

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

6/2016

S. 257-320

13. Jahrgang

Herausgegeben von

Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Peter Franke
Martin Henke
Jochen Homann
Alexander Kirschall
Roger Kohlmann
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Barbara Minderjahn
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>Florian Gerster</i>
Wettbewerbshemmnisse auf den Paketmärkten
beseitigen! | 257 |
| ■ <i>Knut Werner Lange/Christina Möllnitz</i>
Die flächendeckende Markteinführung intelligenter
Messsysteme zwischen Wettbewerb und Regulierung | 258 |
| ■ <i>Andreas Neumann</i>
Der Kommissionsvorschlag für einen europäischen
Kodex für die elektronische Kommunikation – Geplante
Änderungen im Bereich der Marktregulierung | 262 |
| ■ <i>Bernd Sörries</i>
Breitbandausbau: Hochgeschwindigkeitsinfrastrukturen
in Gebäuden und das DigiNetz-Gesetz | 272 |
| ■ <i>Torsten J. Gerpott</i>
Das neue Eisenbahnregulierungsgesetz – Wettbewerbs-
impulse für den Bahnsektor? | 277 |
| ■ <i>Andy Niekamp</i>
Grundsatzentscheidungen des BVerwG zum
Gleisanschlussrecht gemäß § 13 AEG – Anmerkung zu
den Urteilen des BVerwG vom 3. März 2016 –
Az. 6 C 63.14 und 6 C 64.14 | 284 |
| ■ <i>Erik Staebe/Alexander Ernert</i>
Trassenzuweisung auf überlasteten Schienenwegen –
Sylt und kein Ende? | 289 |
| ■ <i>Ludwig Gramlich</i>
Das Postrecht in den Jahren 2015/2016 | 294 |

den hat, ggf. zu einem erneuten Tätigwerden gezwungen, will er seinen Messstellenbetrieb weiterhin von einem wettbewerblichen Dritten durchführen lassen. Gleichzeitig gelten die Preisobergrenzen gemäß § 36 Abs. 2 MsbG nicht für beauftragte Dritte. Bietet der gewählte Messstellenbetreiber mit hin keinen Einbau eines intelligenten Messsystems innerhalb der gesetzlichen Preisobergrenzen an, so ist der Verbraucher entweder gezwungen, die höheren Entgelte des Dritten zu akzeptieren bzw. einen Wechsel hin zu dem grundzuständigen Messstellenbetreiber hinzunehmen oder aber erneut den Messstellenbetreiber nach Einbau zu wechseln. Insofern scheint es sinnvoll, wettbewerbliche Messstellenbetreiber an der Verpflichtung zur flächendeckenden Markteinführung zumindest im Rahmen bereits bestehender Verträge zu beteiligen.

V. Fazit

Bis zum Jahr 2005 waren der Betrieb der Messstelle und die Durchführung der Messung fest in der Hand der Netzbetreiber.⁴² Mit dieser Aufgabenstellung verbunden war eine faktische Monopolstellung der Netzbetreiber beim Messstellenbetrieb. Mit § 21b EnWG 2005 hatte der Gesetzgeber den ersten Schritt unternommen, dieses Monopol aufzubrechen, auch wenn Messstellenbetrieb und Messung weiterhin grundsätzlich Aufgabe des Netzbetreibers blieben. Allerdings wurde dem Anschlussnehmer die Möglichkeit eröffnet, die Durchführung des Messstellenbetriebs auf einen Dritten zu übertragen (§ 21b EnWG 2005). Von der weitergehenden Möglichkeit, ihm das Recht zu gewähren, auch die Messung durch einen Dritten durchführen zu lassen, wurde jedoch kein Gebrauch gemacht, da die entsprechende Rechtsverordnung nie erlassen wurde (§ 21b Abs. 3 S. 2 EnWG 2005). Erst mit der Reform des EnWG im Jahr 2008⁴³ erhielten Anschlussnutzer erstmals das Recht, einen Dritten mit dem Messstellenbetrieb und mit der Messung zu beauftragen. Einzelheiten wurden in

der MessZV geregelt. Weitere Schritte in Richtung Wettbewerb unternahm der Gesetzgeber mit der Reform des Jahres 2011.⁴⁴ Allerdings blieb etwa die Zählpunktverwaltung noch beim Verteilnetzbetreiber monopolisiert.⁴⁵

Trotz mehrfacher Reformbemühungen ist der Wettbewerb im Bereich des Messstellenbetriebs nie richtig in Gang gekommen, sind in den meisten deutschen Haushalten und auch bei vielen kleinen und mittleren Unternehmen immer noch Messgeräte installiert, die weder eine zeitgenaue Ablesung ermöglichen noch in ein wie auch immer geartetes Kommunikationsnetz eingebunden sind bzw. eingebunden werden können.⁴⁶ Das Beispiel Italien zeigt, dass vor allem die Verbindung von „Smart Grid“-Strategie mit intelligenter Messtechnik als ein wichtiger Erfolgsfaktor für die schnelle Einführung der Technologie anzusehen ist. Vor dem Hintergrund dieser Erfahrung muss die Trennung von Netzbetrieb und Messstellenbetrieb kritisch gesehen werden. Italien zeigt zudem, dass sich der Einsatz von „Smart Meter“-Technologie für Verbraucher nicht auszahlt; Haushalte sparen kaum Kosten ein.⁴⁷ Mit dem neuen MsbG als wichtigem Bestandteil des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende unternimmt der Gesetzgeber erneut den Versuch, den Wettbewerb zu steigern und zugleich die flächendeckende Markteinführung von intelligenten Messsystemen in Gang zu setzen. Er setzt dabei auf eine Art Wettbewerb mit staatlicher Regulierung. Es bleibt abzuwarten, ob sein Instrumentenmix von Erfolg gekrönt sein wird. Auf die Verbraucher werden jedenfalls neue Kosten zukommen.

42 Gabler/Pennekamp-Jost (Fn. 5), Kap. 73 Rn. 1.

43 Gesetz zur Öffnung des Messwesens bei Strom und Gas für Wettbewerb, BGBl. 2008 I, 1790.

44 Siehe Fn. 6.

45 Dazu Filipowicz, EWeRK 2016, 59.

46 Gabler/Pennekamp-Jost (Fn. 5), Kap. 73 Rn. 7.

47 Weiterführend Di Nucci, et 4/2014, 59.

Andreas Neumann

Der Kommissionsvorschlag für einen europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation

Geplante Änderungen im Bereich der Marktregulierung

Am 14. September 2016 hat die Kommission den Vorschlag für eine Richtlinie zur Schaffung des europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation („European Electronic Communications Code“) vorgelegt (COM [2016] 590 final). Der Beitrag gibt einen ersten Überblick über die wichtigsten Änderungen, die das Gesetzesvorhaben im Bereich der Marktregulierung umfasst.

I. Einleitung

Sieben Jahre nach der letzten größeren Reform des europäischen Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation¹ bereitet die Kommission nun erneut eine umfassende Novellierung der einschlägigen Rechtsakte vor. Unmittelbare Grundlage der Mitte September 2016 veröffentlichten Legislativvorschläge ist die „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“, die von der Kommission im Mai 2015 vor-

gestellt worden war.² Diese erstreckt sich, auf insgesamt drei Pfeilern ruhend, erheblich über den Bereich der elektronischen Kommunikation hinaus, sah aber von Anfang an auch eine „eine ambitionierte Reform der Telekommunikationsvorschriften“ vor.³ Diese hat die Kommission nun förmlich in die Wege geleitet.

1 Siehe hierzu Busch, N&R 2009, 159; Klotz/Brandenburg, N&R 2010, 8, 10 f.

2 Kommission, Mitteilung „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“, COM (2015) 192 final; hierzu etwa Eckhardt/Baran/Van Roosebeke, cepAnalyse Nr. 12/2015; zu früheren Reformüberlegungen im Kontext des Gesetzespaketes „Vernetzter Kontinent“ – COM (2013) 627 final – siehe etwa Gerpott, K&R 2013, 781; Klotz/Hofmann, N&R 2014, 2, 5; Sörries/Spiegel, N&R 2014, 205, 206 f.

3 Kommission (Fn. 2), COM (2015) 192 final, S. 12.

Kern des Vorhabens⁴ ist ein Richtlinienvorschlag,⁵ mit dem vier der fünf zentralen Richtlinien des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation in einem einzigen Rechtsakt zusammengeführt werden sollen, nämlich die Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, die Zugangsrichtlinie 2002/19/EG, die Genehmigungsrichtlinie 2002/20/EG und die Universalienrichtlinie 2002/22/EG.⁶ Das Gesetzesvorhaben, mit dem ein europäischer Kodex für die elektronische Kommunikation errichtet werden soll, steht damit in einer Linie mit der Reform des Rechtsrahmens für den Eisenbahnsektor im Jahr 2012,⁷ mit der ebenfalls mehrere Einzelrichtlinien zu einem einzigen Regelwerk zusammengefasst wurden und an die der programmatische Klammerzusatz „Recast“ im englischsprachigen Titel des Kommissionsvorschlags auch begrifflich anknüpft. Wie im Eisenbahnsektor sieht auch der Vorschlag für den Kommunikationskodex nicht nur eine formale Konsolidierung des Rechtsrahmens, sondern auch dessen inhaltliche Weiterentwicklung vor. Die vorgeschlagenen Änderungen umfassen alle Bereiche des Rechtsrahmens und insbesondere auch weitreichende Neuerungen im Bereich der Frequenzregulierung und des Universalienregimes. Nachfolgend soll es jedoch mit einer Fokussierung auf den Kernbereich der netzwirtschaftsrechtlichen Vorgaben sein Bewenden haben, stehen also die Vorschläge der Kommission zur Reform der Vorschriften über die Marktregulierung⁸ (und hier namentlich über die marktmachtabhängige Regulierung i.S.v. Art. 15, 16 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG) im Mittelpunkt.⁹

II. Grundlagen

1. Anwendungsbereich

Mit Blick auf den Anwendungsbereich des Rechtsrahmens war im Vorfeld vor allem über die Einordnung plattformabhängiger Dienste („Over The Top“, OTT) diskutiert worden.¹⁰ Der Kommissionsvorschlag reagiert hierauf insbesondere durch eine Erweiterung des Begriffs der elektronischen Kommunikationsdienste. Waren solche Dienste bisher dadurch bestimmt, dass sie „ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen“,¹¹ soll der Begriff nun dreigliedrig definiert werden: Neben solchen Diensten der Signalübertragung sollen künftig auch Internetzugangsdienste i.S.v. Art. 2 UAbs. 2 Nr. 2 der Internetzugangsverordnung (EU) 2015/2120¹² und die neu zu schaffende Kategorie der „zwischenmenschlichen Kommunikationsdienste“ („interpersonal communications services“) als Dienste der elektronischen Kommunikation einzustufen sein. Für diese beiden Dienstekategorien würde sich daher künftig nicht mehr die Frage stellen, ob sie ganz oder überwiegend in der Signalübertragung bestehen.

Dabei geht der Vorschlag ausdrücklich und völlig zu Recht davon aus, dass die Kategorien nicht trennscharf voneinander zu unterscheiden sind, sondern manche Dienste mehreren Kategorien unterfallen können.¹³ Da die Legaldefinition für den Begriff „Internetzugangsdienst“ ihrerseits ausdrücklich auf den Begriff des elektronischen Kommunikationsdienstes Bezug nimmt, ist das für diesen so offensichtlich und stets der Fall, dass seine Einbeziehung rechtstechnisch nicht geschickt wirkt. Vielmehr würde sie zu einer selbstreferentiellen Begriffsbestimmung führen, die es zu vermeiden gilt. Die weitere Kategorie der zwischenmenschlichen Kommunikationsdienste ist demgegenüber neu und umfasst Dienste, die einen unmittelbaren zwischenmenschlichen und interaktiven Informationsaustausch über elektronische Kommunikationsnetze zwischen einer bestimmten¹⁴ Zahl an Personen ermöglichen und in deren Rahmen die Kommunikationsteilnehmer den oder die Empfänger auswählen. Durch diesen rein funktionalen An-

satz¹⁵ wird ohne weiteres sichergestellt, dass populäre Kommunikationsdienste wie „WhatsApp“ erfasst werden.

Allerdings wird der Begriff in der Legaldefinition dahingehend eingeschränkt, dass solche Dienste nicht erfasst werden, bei denen die zwischenmenschliche und interaktive Kommunikation nur als untergeordnete Zusatzfunktion ermöglicht wird, die untrennbar mit einem anderen Dienst verbunden ist.¹⁶ Insoweit besteht also weiterhin erheblicher Raum für Abgrenzungsschwierigkeiten. Darüber hinaus soll es auch weiterhin dabei bleiben, dass ein elektronischer Kommunikationsdienst – egal in welcher der drei Varianten – nur vorliegt, wenn der Dienst „gewöhnlich gegen Entgelt erbracht[t]“ wird. Gerade auch an diesem Merkmal entzündet sich freilich der Streit um die Einordnung von Diensten, die wie „WhatsApp“ jedenfalls keine unmittelbare monetäre Gegenleistung erfor-

4 Vgl. auch die weiteren Bestandteile: Kommission, Mitteilung „Konnektivität für einen wettbewerbsfähigen digitalen Binnenmarkt – Hin zu einer europäischen Gigabit-Gesellschaft“, COM (2016) 587 final (nebst begleitendem Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, SWD [2016] 300 final); Mitteilung „5G für Europa: Ein Aktionsplan“, COM (2016) 588 final (nebst begleitendem Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, SWD [2016] 306 final); Entwurf für eine Verordnung zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation, COM (2016) 591 final; Entwurf für eine Verordnung über die Förderung der Internetanbindung in Kommunen und an öffentlichen Orten (WiFi4EU), COM (2016) 589 final.

5 Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie zur Schaffung des europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, COM (2016) 590 final (nebst begleitendem Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen zur Evaluierung des geltenden Rechtsrahmens, SWD [2016] 313 final, sowie einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse, SWD [2016] 305 final, und nebst dem Arbeitsdokument zur Folgenabschätzung, SWD [2016] 303 final, sowie einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse, SWD [2016] 304 final).

6 Für einen Überblick über den geltenden Rechtsrahmen auf EU-Ebene siehe etwa *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, 2. A., 2014, Rn. 9 ff. (S. 8 ff.); *Neumann/Koch*, Telekommunikationsrecht, 2. A., 2013, Kap. 2 Rn. 11 ff. (S. 51 ff.).

7 Siehe zur neugefassten Eisenbahnrichtlinie 2012/34/EU etwa *Klotz/Simon*, NeR 2013, 2, 7 f.; *Lerche*, NeR 2013, 27; *Neumann*, NeR 2013, 199.

8 Zu diesem Begriff siehe *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 5. A., 2016, TKG Rn. 89; *Neumann/Koch* (Fn. 6), Kap. 3 Rn. 1 (S. 77).

9 Zum Zeitpunkt des Manuskriptschlusses lagen alle vorbereitenden Dokumente der Kommission ausschließlich in englischer Sprache vor. Diese sind daher Gegenstand nachfolgender Bezugnahmen auf die Kommissionsvorschläge von Mitte September 2016; etwaige Übersetzungen in die deutsche Sprache fallen in die alleinige Verantwortung des Verfassers.

10 Zur Diskussion nach geltender Rechtslage siehe etwa GEREK, Report on OTT services, BoR (16) 35; *Gersdorf*, K&R 2016, 91; *Kühling/Schall*, CR 2016, 185; 2015, 641; *Schumacher*, K&R 2015, 771; *Schuster*, CR 2016, 173.

11 Hierzu etwa *Koenig/Neumann*, K&R-Beilage 3/2004, 1, 23 ff.; *Neumann/Koch* (Fn. 6), Kap. 1 Rn. 4 ff. (S. 2 ff.).

12 Danach ist ein „Internetzugangsdienst“ „ein öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienst, der unabhängig von der verwendeten Netztechnologie und den verwendeten Endgeräten Zugang zum Internet und somit Verbindungen zu praktisch allen Abschlusspunkten des Internets bietet“.

13 Erwägungsgrund 16 S. 7 des Richtlinienvorschlags.

14 Der Richtlinienvorschlag spricht von „finite number of persons“, also einer begrenzten bzw. endlichen Zahl an Personen. Mit Blick auf die ohnehin begrenzte Zahl der Erdbevölkerung scheint der Begriff nicht glücklich gewählt. Intendiert ist eine Abgrenzung zu einem potentiell unbeschränkten Kreis natürlicher Personen, vgl. Erwägungsgrund 18 S. 2 des Richtlinienvorschlags, letztlich also wohl zu öffentlicher Kommunikation.

15 Siehe Erwägungsgrund 16 S. 3 des Richtlinienvorschlags: „functionally equivalent services“. Ähnlich auch der Ansatz der hiesigen Rechtsprechung zur geltenden Rechtslage, vgl. VG Köln, K&R 2016, 141, 143 f. (Urt. v. 11.11.2015 – Az. 21 K 450/15).

16 Als potentiell Beispiel werden Kommunikationskanäle in Online-Spielen genannt, siehe Erwägungsgrund 18 S. 7 des Richtlinienvorschlags.

dern.¹⁷ Die entsprechenden Unklarheiten würden durch die Ausdehnung der Begriffsdefinition nicht beseitigt. Jedoch soll in einem Erwägungsgrund klargestellt werden, dass ein Dienst beispielsweise auch dann gegen Entgelt erbracht wird, wenn der Nutzer dem Anbieter als Gegenleistung persönliche Daten zur Verfügung stellt oder wenn ihm Werbung angezeigt wird, durch die der Anbieter Einnahmen generiert.¹⁸ Da Erwägungsgründe zur Auslegung einer Richtlinie heranzuziehen sind,¹⁹ würde insoweit künftig für eine Vielzahl von Fällen in hinreichendem Maße Rechtssicherheit geschaffen.

2. Regulierungsziele

Aber nicht nur hinsichtlich des Anwendungsbereichs sollen die Grundlagen des Rechtsrahmens in einem wichtigen Punkt geändert werden. Auch auf Ebene der Regulierungsziele plant die Kommission eine potentiell bedeutsame Modifikation: Der derzeit drei Regulierungsziele umfassende Katalog der Zielbestimmungen (bisher Art. 8 der Rahmenrichtlinie) soll um ein viertes Ziel ergänzt werden. Neben der Förderung des Wettbewerbs, des Binnenmarkts und der Interessen der EU-Bürger sollen die nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 3 (Abs. 2) des Richtlinienvorschlags künftig auch den Zugang zu und die Nutzung von sehr hochkapazitiver²⁰ Datenkonnektivität fördern („very high capacity data connectivity“). Dieses „Konnektivitätsziel“²¹ ist eines der wichtigsten Anliegen, die von der Kommission mit ihren Reformvorschlägen verfolgt werden. Es zielt darauf, als wünschenswert erachtete Marktergebnisse zu erreichen,²² und ist nicht auf die Angebotsseite beschränkt, also auf den Zugang zu Netzen (und damit auf die hierfür erforderlichen Infrastrukturinvestitionen). Vielmehr bezieht das Konnektivitätsziel ausdrücklich die Nachfrageseite mit ein, also die *Nutzung* entsprechender Netze und Dienste („take-up“). Obwohl eine hochkapazitive Datenanbindung anerkanntermaßen mit vielen sozioökonomischen Vorteilen verbunden ist,²³ erscheinen beide Aspekte (und erst recht ihre Verquickung in einem Regulierungsziel) nicht unproblematisch.

Angebotsseitig dürfte die Förderung des Ausbaus hochkapazitiver Netze ohne weiteres im Interesse der EU-Bürger liegen,²⁴ und zwar auch soweit es um einen entsprechenden Anschluss von Unternehmen und Institutionen geht. Darüber hinaus stellt die Kommission in ihrem Vorschlag selbst fest, dass wirksamer und nachhaltiger Wettbewerb effiziente Investitionen auslöst.²⁵ Die Förderung des Ausbaus hochkapazitiver Netze ist also *zumindest* auch Gegenstand der bereits vorhandenen, auf den Wettbewerb und die Interessen der Bürger gerichteten Zielsetzungen. Es ist daher fraglich, ob es insoweit einer neuen Zielbestimmung bedarf, deren Verhältnis zu den vorhandenen Regulierungszielen neue Rechtsunsicherheit zur Folge haben könnte: Soll der Ausbau hochkapazitiver Netze künftig auch dann gefördert werden, wenn er überhaupt nicht im Interesse der EU-Bürger liegt? Soll er auch gefördert werden, wenn die hierfür erforderlichen Investitionen überhaupt nicht (einzel- und volkswirtschaftlich) effizient sind²⁶ und die entstehenden Kosten u.U. sogar den (Infrastruktur-) Wettbewerb beeinträchtigen können?

Entsprechende Fragen stellen sich mit Blick auf die vorgesehene Pflicht zur nachfrageseitigen Konnektivitätsförderung: Sollen wirklich auch dann Anreize für die Nutzung hochkapazitiver Netze geschaffen werden, wenn dies nicht (ohnehin) bereits im Interesse der EU-Bürger liegt? Ist es gerechtfertigt, eine solche Nutzung voranzutreiben, auch soweit sie keiner wettbewerblich effizienten Ressourcenallokation entspricht?

Hinzu kommt schließlich, dass offenbleibt, wie sich die Förderung des Ausbaus von hochkapazitiven Netzen einerseits mit der Förderung der Nutzung entsprechender Netze in Ein-

klang bringen lässt. So deutet der Kommissionsvorschlag selbst an einigen Stellen an, dass ihm die verbreitete (hier aber nicht näher bewertete) Auffassung zugrunde liegen dürfte, wonach der Netzausbau eher durch Zurückhaltung bei der Auferlegung von regulatorischen Verpflichtungen gefördert werden kann,²⁷ namentlich im Bereich der Entgeltregulierung.²⁸ Die höheren Refinanzierungsmöglichkeiten, die dadurch u.U. eröffnet werden sollen, stehen aber in einem zumindest tendenziellen Widerspruch zur Förderung der Nachfrage nach hochkapazitiver Konnektivität, die nämlich vielmehr durch intensiveren Wettbewerb auf Diensteebene und niedrigere Preise belebt werden dürfte. Insoweit bleibt es weiterhin abzuwarten, ob sich die bereits früher geäußerte Erwartung der Kommission erfüllt, dass marktmächtige Betreiber in Abwesenheit von Zugangsverpflichtungen (im Bereich neuer Netze) und ohne die Sorge vor entsprechenden Preis-Kosten-Scheren-Vorwürfen die Nachfrage nach entsprechender Konnektivität durch besonders *niedrige* (bzw. sonst „nachfragegerechte“) Preise ankurbeln werden.²⁹

Im Ergebnis steht somit zu erwarten, dass die Etablierung eines Konnektivitätsziels den Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation industriepolitisch aufladen würde, mit einerseits ungeklärten Folgen für die bisherigen Zielsetzungen der Förderung von Wettbewerb, Binnenmarkt und Bürgerinteressen,³⁰ ohne dass die Notwendigkeit einer entsprechenden Neuausrichtung andererseits klar ersichtlich wäre, da die Förderung des Ausbaus und der Nutzung hochkapazitiver Netze bereits vom geltenden Zielkatalog abgedeckt wird.

17 VG Köln, K&R 2016, 141, 143 (Urt. v. 11.11.2015 – Az. 21 K 450/15); *Kühling/Schall*, CR 2016, 185, 195 ff.; *Schuster*, CR 2016, 173, 182 f. Siehe auch *Woltering*, N&R 2016, 21, 22, zu einer ähnlichen Problematik im Energiewirtschaftsrecht.

18 Erwägungsgrund 17 des Richtlinienvorschlags.

19 BVerwG, CR 2012, 712, 715 Rn. 38 (Urt. v. 25.7.2012 – Az. 6 C 14.11).

20 Der in Art. 2 lit. 2 des Richtlinienvorschlags vorgesehenen Definition eines sehr hochkapazitiven Netzes („very high capacity network“) ist zu entnehmen, dass die Leistungsfähigkeit eines Glasfaseranschlusses als Maßstab für eine sehr hohe Kapazität dienen soll.

21 Erwägungsgrund 24 S. 1 des Richtlinienvorschlags: „connectivity objective“.

22 Erwägungsgrund 24 S. 1 des Richtlinienvorschlags: „articulated in terms of outcomes“.

23 Vgl. etwa *Elixmann/Neumann/Stumpf*, N&R-Beilage 1/2013, 1, 4 f.; *Grützner/Ufer*, N&R 2015, 138; *Ufer*, MMR 2015, 697.

24 Siehe Erwägungsgrund 28 S. 2 des Richtlinienvorschlags und ganz deutlich auch Art. 3 Abs. 2 lit. d des Richtlinienvorschlags selbst sowie Art. 72 Abs. 1 S. 2 des Richtlinienvorschlags, wo auf langfristige Endnutzerinteressen in Bezug auf den Ausbau und die Inanspruchnahme von Netzen der nächsten Generation und insbesondere von hochkapazitiven Netzen abgestellt wird („long-term end-user interests related to the deployment and take-up of next-generation networks, and in particular of very high capacity networks“).

25 Kommission (Fn. 5), KOM (2016) 590 final, S. 6. Siehe des Weiteren auch *Groebel*, in: *Bien/Ludwigs*, Das europäische Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien, 2015, S. 171, 172; *Grützner/Ufer*, N&R 2015, 138, 139 u. 143; *Wheeler*, The Facts and Future of Broadband Competition, Vortrag v. 4.9.2014, S. 3; vgl. außerdem *Fetzer*, MMR 2011, 707, 710.

26 Kritisch diesbezüglich auch *Eckhardt/Baran/Van Roosebeke*, cep-Analyse Nr. 12/2015, S. 3.

27 Vgl. etwa Art. 71 Abs. 2 S. 3 lit. d des Richtlinienvorschlags und dazu unten, unter IV. 1. d), sowie Art. 74 des Richtlinienvorschlags und dazu unten, unter IV. 3. b).

28 Siehe etwa Erwägungsgrund 180 S. 1 sowie Art. 72 Abs. 1 S. 2 des Richtlinienvorschlags und dazu unten, unter IV. 1. e).

29 Vgl. Erwägungsgrund 62 S. 1 der Nichtdiskriminierungsempfehlung 2013/466/EU.

30 In diesem Zusammenhang ist auch bemerkenswert, dass der Regulierungsgrundsatz des Wettbewerbschutzes (Art. 8 Abs. 5 lit. c der Rahmenrichtlinie) gestrichen werden soll, durch den zumindest normativ abgesichert worden wäre, dass die Förderung der Konnektivität in wettbewerbsverträglicher Weise zu erfolgen hat.

III. Marktdefinition und -analyse

1. Marktdefinition

Die bisher in Art. 15 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG enthaltene Bestimmung zur Marktdefinition³¹ soll weitgehend unverändert in Art. 62 der neuen Richtlinie übernommen werden. Vorgesehen ist lediglich zum einen, bereits auf Richtlinienebene festzuschreiben, dass die Kommission die für die Aufnahme in der Märkteempfehlung vorgesehenen Märkte anhand des bislang nur in der Empfehlung selbst enthaltenen Drei-Kriterien-Tests³² zu beurteilen hat, der seinerseits zugleich in die Richtlinie überführt werden soll. Und zum anderen sollen die nationalen Regulierungsbehörden bei der Marktdefinition die Ergebnisse der geographischen Untersuchung nach Art. 22 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags berücksichtigen. Hierbei handelt es sich um ein neu vorgesehene Instrument, bei dem in periodischen Abständen die Versorgungsbereiche der vorhandenen und der in den nächsten drei Jahren geplanten Breitbandnetze ermittelt werden sollen. Die Pflicht zur Berücksichtigung der hierbei gewonnenen Erkenntnisse dürfte darauf zielen, die Abgrenzung regionaler Märkte in diesem Bereich zu erleichtern.

Neben diesen überschaubaren Änderungen an Art. 15 der Rahmenrichtlinie sieht der Richtlinienvorschlag aber auch weitere Neuerungen im Bereich der Marktdefinition vor. So soll in Art. 63 des Entwurfs die Befugnis zur Identifizierung länderübergreifender („transnationaler“) Märkte fortgeschrieben werden, die bislang nach Art. 15 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG der Kommission zukam und nun dem Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) übertragen werden soll.³³ Neu ist, dass künftig eine Verpflichtung zur Durchführung einer entsprechenden Untersuchung bestehen soll, wenn die Kommission oder mindestens zwei nationale Regulierungsbehörden dies mit hinreichender Begründung beantragen. Neu ist außerdem, dass zwei oder mehr Regulierungsbehörden ausdrücklich berechtigt sein sollen, ihre Maßnahmenentwürfe für eine Marktanalyse und für Abhilfemaßnahmen auch dann gemeinsam zu notifizieren, wenn keine länderübergreifenden Märkte bestehen, solange sie die Marktbedingungen für hinreichend homogen erachten (Art. 63 Abs. 2 UAbs. 2 des Richtlinienvorschlags).

Noch erheblich weitergehend ist die in Art. 64 des Richtlinienvorschlags vorgesehene Regelung. Danach soll das GEREK das Vorliegen einer länderübergreifenden Nachfrage („transnational demand“) untersuchen können bzw. (auf begründete Anforderung der Kommission oder von mindestens zwei Regulierungsbehörden) untersuchen müssen. Mit dieser Untersuchung soll festgestellt werden, ob eine erhebliche länderübergreifende Nachfrage der Endnutzer³⁴ besteht, die durch regulierte oder auf rein kommerzieller Basis angebotene Dienste bzw. Produkte nicht ausreichend befriedigt wird (vgl. Art. 64 Abs. 1 UAbs. 3 S. 1 des Richtlinienvorschlags). In diesem Fall soll das GEREK Leitlinien für einen gemeinsamen Ansatz zur Befriedigung dieser Nachfrage festlegen, die dann von den nationalen Regulierungsbehörden (insbesondere auch bei der Auswahl und Ausgestaltung relevanter Abhilfemaßnahmen) weitestgehend zu berücksichtigen sind (Art. 64 Abs. 1 UAbs. 3 des Richtlinienvorschlags). Zugleich soll die Kommission in einem solchen Fall die (Reserve-)³⁵ Befugnis erhalten, die technischen Spezifikationen von Vorleistungsprodukten zu harmonisieren, die zur Befriedigung eines solchen Bedarfs geeignet sind, wenn sie marktmächtigen Betreibern von nationalen Regulierungsbehörden auferlegt werden (Art. 64 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags). Dieses neue Instrument ergänzt das System der Marktdefinition und -analyse und erweitert es um eine länderübergreifende Perspektive, um trotz fragmentierter Marktbedingungen auf Angebotsseite

die Nutzung von Effizienz- und Größenvorteilen zu ermöglichen,³⁶ ohne – wie zumindest partiell im Falle länderübergreifender Märkte – von der Umsetzung auf mitgliedstaatlicher Ebene abzuweichen. Ob und wie sich dieses Instrument in der Praxis bewähren würde, bleibt offen. Jedenfalls auf den ersten Blick nicht völlig klar ist zumindest, wieso in Art. 64 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 des Richtlinienvorschlags maßgeblich auf die *Endnutzernachfrage* nach Produkten und Diensten abgestellt wird, die *in* einem oder mehreren der Empfehlungsmärkte erbracht werden, obwohl die geltende Märkteempfehlung 2014/710/EU nur noch *Vorleistungsmärkte* enthält und nach dem Ansatz des Richtlinienvorschlags voraussichtlich auch in Zukunft nur noch solche Märkte der sektorspezifischen Regulierung unterfallen dürften.³⁷ Endnutzer fragen aber per Definition keine Vorleistungsprodukte nach, so dass es eher um einen mittelbaren Bedarf mit Blick auf die eigene Nachfrage nach Endkundenprodukten gehen dürfte, die auf Grundlage entsprechender Vorleistungen bereitgestellt werden können.

2. Marktanalyse

Erhebliche Änderungen sind auch für die Ebene der Marktanalyse³⁸ vorgesehen. Das betrifft allerdings nicht die Beurteilung beträchtlicher Marktmacht, die nach Art. 61 des Richtlinienvorschlags im Grundsatz unverändert den geltenden Vorgaben in Art. 14 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG folgen soll.³⁹ Neu ist aber, dass Art. 65 des Richtlinienvorschlags, der Art. 16 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG aufgreift, den nationalen Regulierungsbehörden zunächst keine diesbezügliche Beurteilung aufgibt. Stattdessen sollen diese nun – im Rahmen der Marktanalyse – zu prüfen haben, ob ein relevanter Markt (i. S. v. Art. 62 Abs. 3 des Richtlinienvorschlags) die Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen rechtfertigt (Art. 65 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 des Richtlinienvorschlags). Das entscheidet sich gemäß Art. 65 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 des Richtlinienvorschlags nach Maßgabe des Drei-Kriterien-Tests.⁴⁰

31 Hierzu *Kühling/Schall/Biendl* (Fn. 6), Rn. 159 ff. (S. 96 ff.); *Neumann/Koch* (Fn. 6), Kap. 3 Rn. 31 ff. (S. 93 ff.).

32 Diesem zufolge kommen solche Märkte für eine Vorabregulierung in Betracht, die durch hohe und anhaltende strukturell, rechtlich oder regulatorisch bedingte Marktzutrittschranken gekennzeichnet sind, deren Marktstruktur innerhalb des relevanten Zeitraums nicht zu wirksamem Wettbewerb tendiert und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen angemessen entgegenzuwirken.

33 Fortgeschrieben werden soll die bisher in Art. 16 Abs. 5 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG geregelte Konsequenz der Festlegung eines länderübergreifenden Marktes, der zufolge die betreffenden nationalen Regulierungsbehörden gemeinsam die Marktanalyse durchführen und einvernehmlich über etwaige Abhilfemaßnahmen entscheiden (Art. 63 Abs. 2 UAbs. 1 des Richtlinienvorschlags).

34 Erwägungsgrund 154 S. 2 des Richtlinienvorschlags nennt als Beispiel insbesondere Geschäftskunden mit Unternehmensstandorten in mehreren Mitgliedstaaten.

35 Gemäß Erwägungsgrund 155 des Richtlinienvorschlags soll diese Befugnis nur bestehen, wenn die nationalen Regulierungsbehörden dem gemeinsamen Ansatz nicht gefolgt sind, der von GEREK empfohlen wurde.

36 Erwägungsgrund 154 S. 4 des Richtlinienvorschlags.

37 Vgl. Erwägungsgrund 150 S. 1 des Richtlinienvorschlags, der ausdrücklich auf die Auferlegung von Vorabverpflichtungen auf einem Vorleistungsmarkt abstellt. Siehe auch Erwägungsgrund 160 S. 4 des Vorschlags, dem zufolge auf Endnutzermärkten keine Befugnis zur Auferlegung marktmachtabhängiger Vorabverpflichtungen mehr bestehen soll.

38 Hierzu *Kühling/Schall/Biendl* (Fn. 6), Rn. 214 ff. (S. 133 ff.); *Neumann/Koch* (Fn. 6), Kap. 3 Rn. 74 ff. (S. 119 ff.).

39 Entfallen soll allerdings die in der Praxis weitgehend bedeutungslos gebliebene Vorschrift zur Übertragung von Marktmacht auf benachbarte Märkte (Art. 14 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG).

40 Art. 65 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 des Richtlinienvorschlags sieht insoweit nunmehr ausdrücklich eine gesetzliche Vermutungsregel zugunsten einer Regulierung der Empfehlungsmärkte vor, die nur durch die Verneinung mindestens eines Kriteriums angesichts mitgliedstaatlicher Besonderheiten widerlegt werden kann. Dem entspricht jeden-

Diese beabsichtigte Neuregelung ist offensichtlich systemwidrig, da die drei Kriterien schon für die Märkteempfehlung der Kommission maßgeblich sind, also eine Frage der Marktdefinition und nicht etwa der Marktanalyse betreffen. Auch würde bei ihrer vorgesehenen Verlagerung auf die Ebene der Marktanalyse jegliche Eingrenzung für die Verpflichtung zur Definition (bzw. dann schlichten Abgrenzung) von Märkten durch die nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 62 Abs. 3 des Richtlinienvorschlags fehlen.

Neu sind des Weiteren umfassende Vorgaben in Art. 65 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags zu Aspekten, die von den nationalen Regulierungsbehörden bei der Marktanalyse zu berücksichtigen sein werden. Diese zielen allerdings jedenfalls in der Tendenz durchgängig auf eine zurückhaltendere Beurteilung des Regulierungsbedarfs.⁴¹ Die Kommission will also offensichtlich zusätzliche Deregulierungsspielräume eröffnen oder zumindest bestehende Spielräume deutlicher machen.

In eine ähnliche Richtung weist eine Ergänzung, die für die bisher in Art. 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG enthaltene Regelung über Abhilfemaßnahmen gegenüber marktmächtigen Unternehmen vorgesehen ist. War bisher weitgehend anerkannt, dass einem solchen Unternehmen auf einem als potentiell regulierungsbedürftig identifizierten Markt zumindest eine sektorspezifische Vorabverpflichtung aufzuerlegen ist,⁴² sieht Art. 65 Abs. 4 des Richtlinienvorschlags eine Einschränkung vor, der zufolge es künftig darauf ankommen soll, ob die nationale Regulierungsbehörde davon ausgeht, dass auf einem oder mehreren Endnutzermärkten ohne solche Verpflichtungen kein wirksamer Wettbewerb bestünde.⁴³ Im Lichte von Erwägungsgrund 159 S. 4 ff. des Richtlinienvorschlags soll damit wohl auch erreicht werden, dass sich die Auswahl der Vorabverpflichtungen im Vorleistungsbereich ganz wesentlich an ihren Auswirkungen auf die nachgelagerten Endnutzermärkte ausrichtet. Dem entspricht die vorgesehene Regelung in Art. 66 Abs. 4 S. 1 des Richtlinienvorschlags, der zufolge Vorabverpflichtungen *insbesondere* der Art des Problems auf Endnutzerebene entsprechen müssen.

Dieser neue Ansatz erscheint regelungstechnisch nicht stimmig. Denn ob ein Vorleistungsmarkt potentiell regulierungsbedürftig ist, wird sich auch künftig nach Maßgabe des Drei-Kriterien-Tests bestimmen (vgl. Art. 62 Abs. 1 UAbs. 2, Art. 65 Abs. 1 UAbs. 2 des Richtlinienvorschlags). Dieser stellt aber auf Wettbewerbsdefizite des betrachteten *Vorleistungsmarkts* ab und umfasst die Frage, welcher Maßnahmen es bedarf, um das betreffende Marktversagen zu kompensieren.⁴⁴ Dazu stünde es im Widerspruch, die Auswahl der Maßnahmen dann nicht an den Wettbewerbsdefiziten des Vorleistungsmarkts auszurichten, sondern an vermuteten Auswirkungen auf nachgelagerte Endnutzermärkte,⁴⁵ zumal diese schon bisher ohnehin auch zu berücksichtigen sind.⁴⁶ Auch regulierungsökonomisch scheint es zweifelhaft, die nationalen Regulierungsbehörden dazu anzuhalten, sich hier detailliertes Wissen um die Auswirkungen dynamischer Marktprozesse auf nachgelagerten Marktebenen anzumaßen, statt – wie dem bisherigen Ansatz zufolge – den Fokus auf die Simulation funktionsfähiger Wettbewerbsprozesse auf Vorleistungsebene zu legen, die dann aus sich heraus die optimalen Ergebnisse auf den nachgelagerten Märkten erzielen.

Erwähnenswert im Zusammenhang mit der Marktanalyse ist schlussendlich, dass die bisher dreijährige Frist für die periodische Überprüfung der letzten Analyse eines Marktes in Art. 65 Abs. 5 S. 2 lit. a des Richtlinienvorschlags auf fünf Jahre verlängert werden soll. Das soll den Vorstellungen der Kommission zufolge dem Interesse an größerer Stabilität und Vorhersehbarkeit regulatorischer Maßnahmen dienen.⁴⁷ Im Gegenzug soll die Möglichkeit einer Verlängerung dieser Frist von drei Jahren auf ein Jahr reduziert werden.

IV. Abhilfemaßnahmen

Im Bereich der Abhilfemaßnahmen soll künftig die Möglichkeit entfallen, marktmächtigen Unternehmen Vorabverpflichtungen auf Endnutzermärkten aufzuerlegen. Das ergibt sich daraus, dass Art. 66 ff. des Richtlinienvorschlags keine diesbezügliche Ermächtigungsgrundlage vorsieht, und wird durch Erwägungsgrund 160 S. 4 des Vorschlags⁴⁸ bestätigt. Marktmachtbezogene Abhilfemaßnahmen sollen daher künftig nur noch im Vorleistungsbereich möglich sein, weshalb das betreffende Kapitel des Richtlinienvorschlags konsequenterweise mit „Zugangsmaßnahmen und beträchtliche Marktmacht“ („Access Remedies and Significant Market Power“) überschrieben ist. Dabei soll der grundsätzliche Ansatz eines „regulatorischen Instrumenten-/Werkzeugkastens“⁴⁹ beibehalten werden, aus dem die nationalen Regulierungsbehörden situationsadäquat die geeigneten Vorabverpflichtungen auswählen können. Art. 8 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG als diesbezüglich zentrale Umschaltnorm wird hierfür in Art. 66 des Richtlinienvorschlags aufgegriffen.

1. Bisherige Vorabverpflichtungen

Dabei soll der bisher bestehende Katalog möglicher Vorabverpflichtungen (im Vorleistungsbereich) beibehalten werden.

a) Transparenzverpflichtungen

Die Möglichkeit zur Auferlegung von Transparenzverpflichtungen (Art. 9 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG)⁵⁰ wird in

falls im Wesentlichen das bisherige Verständnis bereits zur geltenden Rechtslage, siehe BVerwGE 131, 41, 53 Rn. 30 (Urt. v. 2.4.2008 – Az. 6 C 15.07); *Neumann/Koch* (Fn. 6), Kap. 3 Rn. 55 (S. 107).

- 41 Das kommt ganz deutlich in Art. 65 Abs. 2 lit. a des Richtlinienvorschlags zum Ausdruck, wenn dort nur auf solche Marktentwicklungen Bezug genommen wird, welche die Wahrscheinlichkeit einer Tendenz zu wirksamem Wettbewerb *erhöhen* können, gilt aber auch für die anderen Aspekte, die der Sache nach mögliche Beschränkungen des Verhaltensspielraums eines potentiell marktmächtigen Unternehmens aufgreifen.
- 42 Kommission, Marktanalyseleitlinien 2002/C 165/03, Ziff. 21 u. 114; BVerwG, N&R 2008, 87, 89 f. Rn. 28 (Urt. v. 28.11.2007 – Az. 6 C 42.06); VG Köln, Urt. v. 13.4.2011 – Az. 21 K 3062/07, Rn. 67 (NRWE); *Geers*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG*, 2. A., 2015, § 9 Rn. 8; *Koenig/Loetz/Neumann*, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003, S. 13 f. Wohl auch *Woesler/Heinen-Hosseini*, in: *Säcker, TKG*, 3. A., 2013, § 9 Rn. 16.
- 43 Damit im Einklang steht es, wenn Art. 66 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags zufolge die nationalen Regulierungsbehörden nur noch *in der Lage* sein sollen, spezifische Vorabverpflichtungen aufzuerlegen, während Art. 8 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG noch vorsieht, dass sie solche Verpflichtungen *aufzuerlegen*.
- 44 Dementsprechend hat das BVerwG das Ergebnis des Marktanalyseverfahrens als die das Ermessen steuernde Grundlage der Verwaltungsentscheidung bezeichnet, BVerwGE 126, 74, 90 Rn. 49 (Beschl. v. 17.5.2006 – Az. 6 C 14.05).
- 45 Erwägungsgrund 165 des Richtlinienvorschlags versucht hier im Sinne eines Kompromisses den Spagat und fordert Abhilfemaßnahmen, die sich in Bezug auf das identifizierte Problem auf dem Vorleistungsmarkt *und* auf dem verbundenen Endnutzermarkt als angemessen erweisen.
- 46 EuGH, N&R 2016, 307, 309 f. = ECLI:EU:C:2016:692 Rn. 53 ff. (Urt. v. 15.9.2016 – Rs. C-28/15) (in diesem Heft) – *Koninklijke KPN NV u. a./Autoriteit Consument en Markt (ACM)*.
- 47 Erwägungsgrund 164 S. 1 des Richtlinienvorschlags. Bei dieser Begründung kommt allerdings der Umstand etwas zu kurz, dass sich die durch eine Verlängerung der regelmäßigen Regulierungsperiode erreichbare (grundsätzliche) Rechtssicherheit letzten Endes nur auf die Ebene der Marktdefinition und -analyse bezieht, da sich die auferlegten Vorabverpflichtungen auch während der Geltungsdauer einer Marktdefinition und -analyse ändern können, siehe EuGH, N&R 2016, 178 = ECLI:EU:C:2016:9 Rn. 36 (Urt. v. 14.1.2016 – Rs. C-395/14) – *Vodafone*; vgl. auch Erwägungsgrund 164 S. 3 des Richtlinienvorschlags.
- 48 Siehe dazu bereits Fn. 37.
- 49 *Neumann/Koch* (Fn. 6), Kap. 3 Rn. 122 (S. 149).
- 50 Hierzu *Kühling/Schall/Biendl* (Fn. 6), Rn. 293 (S. 176 f.); *Neumann/Koch* (Fn. 6), Kap. 3 Rn. 206 ff. (S. 204 ff.).

Art. 67 des Richtlinienvorschlags fortgeschrieben. Neu ist allerdings, dass das GEREK Leitlinien über Minimalanforderungen an ein Standardangebot festlegen (und dann künftigen technischen und wirtschaftlichen Entwicklungen anpassen) soll. Dabei soll das GEREK insbesondere die Interessen von Zugangsnachfragern und Endnutzern berücksichtigen, die in mehr als einem Mitgliedstaat tätig sind, und auch etwaige Feststellungen zu einer länderübergreifenden Nachfrage.⁵¹ Diese Leitlinien sollen an die Stelle der bisher in Anhang II der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG genannten Mindestbestandteile des Standardangebots für den Zugang zur Netzinfrastruktur auf Vorleistungsebene treten.⁵²

b) Gleichbehandlungsverpflichtungen

Art. 68 des Richtlinienvorschlags übernimmt die bisher in Art. 10 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG vorgesehenen Gleichbehandlungsverpflichtungen.⁵³ Die Vorschrift soll dabei in Abs. 2 S. 2 um eine Regelung zur Gewährleistung der Gleichwertigkeit von Vorleistungen („Equivalence of Input“, EoI) ergänzt werden, die letzten Endes eine entsprechende Bestimmung in Ziff. 7 i. V. m. Ziff. 6 lit. g der Nichtdiskriminierungsempfehlung 2013/466/EU aufgreift. Die nun vorgesehene Regelung enthält im Ansatz eine Klarstellung zum Umfang der ohnehin gegebenen Befugnis („Insbesondere“). Sie könnte aber durchaus auch im Umkehrschluss als deren Begrenzung interpretiert werden, da sie ausdrücklich nur auf solche Fälle Bezug nimmt, in denen der Betreiber „neue Systeme“ einsetzt, und somit die Frage aufwirft, ob entsprechende Verpflichtungen auch in Bezug auf bereits bestehende Systeme auferlegt werden können. Zur Vermeidung entsprechender Auslegungsschwierigkeiten und Missdeutungen könnte es sich anbieten, die wohl gewünschte Klarstellung zu den ohnehin bestehenden Befugnissen nur in einem Erwägungsgrund zu treffen.

c) Verpflichtungen zur getrennten Buchführung

Die Verpflichtung zur getrennten Buchführung nach Art. 11 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG⁵⁴ soll in Art. 69 des Richtlinienvorschlags in nur redaktionell (leicht) angepasster Form fortgeschrieben werden.

d) Zugangsverpflichtungen

Demgegenüber sind hinsichtlich der bisher in Art. 12 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG geregelten Verpflichtungen in Bezug auf den Zugang zu bestimmten Netzeinrichtungen und deren Nutzung⁵⁵ in Art. 71 des Richtlinienvorschlags etwas weitergehende Modifikationen vorgesehen. Die wichtigste Änderung besteht darin, dass die Auferlegung solcher „klassischen“ Zugangsverpflichtungen künftig nur dann möglich sein soll, wenn die nationale Regulierungsbehörde zu dem Schluss kommt, dass Verpflichtungen zum Zugang zu Einrichtungen des Hoch- und Tiefbaus nach Maßgabe einer neuen Kategorie von Vorabverpflichtungen⁵⁶ alleine nicht ausreichen würden, um die Regulierungsziele zu erreichen. Damit würde ein grundsätzlicher Vorrang des Zugangs zu passiven bzw. physischen Infrastrukturen vor dem Zugang zu aktiven Netzeinrichtungen geschaffen, der allerdings in der Praxis wohl nicht überbewertet werden dürfte, da die Mitnutzung aktiver Netzelemente regelmäßig weit wirksamer dazu beiträgt, die Regulierungsziele zu erreichen. Dennoch wird durch die Vorgabe einer allgemeinen Beurteilungsregel erheblich in den Auswahlspielraum der nationalen Regulierungsbehörden eingegriffen, was dem Ansatz des einzelfallbezogenen „Instrumentenkastens“ zumindest tendenziell zuwiderläuft und auch überflüssig erscheint, da vorgelagerte Zugangsmöglichkeiten ohnehin zu berücksichtigen sind (Art. 12 Abs. 2 lit. a der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG, Art. 71 Abs. 2 S. 3 lit. a des Richtlinienvorschlags).

Des Weiteren soll die bisher ausdrücklich genannte Möglichkeit einer Verpflichtung zum Angebot von Weiterverkaufs-

produkten („Resale“) gestrichen werden. Da der Katalog der ausdrücklich aufgeführten Zugangsverpflichtungen allerdings weiterhin nur beispielhaften Charakter haben wird („inter alia“), wird aber auch künftig die Möglichkeit bestehen, solche Verpflichtungen im Einzelfall aufzuerlegen.

Darüber hinaus sollen die Vorgaben für die Entscheidung über die Auferlegung und Auswahl von Zugangsverpflichtungen in Abs. 2 der Vorschrift geändert werden. Zum einen sollen die nationalen Regulierungsbehörden ausdrücklich angehalten werden, die Notwendigkeit der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen im Lichte bereits bestehender Verpflichtungen, aber auch bestehender bzw. sogar nur absehbarer kommerzieller Zugangsangebote zu überprüfen. Und zum anderen sind verschiedene Änderungen bei den Faktoren beabsichtigt, die von den Regulierungsbehörden insbesondere zu berücksichtigen sind. Dabei sollen die nationalen Regulierungsbehörden nach dem vorliegenden Kommissionsentwurf künftig ein stärkeres Augenmerk auf Investitionen in hochkapazitive Netze und Koinvestitionen richten, ohne dass sich hierdurch jedoch am grundsätzlich ergebnisoffenen Ansatz des Abwägungsprogramms etwas ändern würde.

e) Verpflichtungen zur Preiskontrolle und Kostenrechnung

Schlussendlich sollen auch die bisher in Art. 13 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG enthaltenen und künftig für Art. 72 der neuen Richtlinie vorgesehenen Vorgaben für Verpflichtungen zur Preiskontrolle und Kostenrechnung im Sinne einer stärkeren Ausrichtung an dem neuen Konnektivitätsziel ergänzt werden. So soll zum einen in Art. 72 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags ein neuer S. 2 eingefügt werden, der die nationalen Regulierungsbehörden ausdrücklich anhält, bei ihrer Entscheidung, ob Preiskontrollverpflichtungen angemessen wären, langfristige Endnutzerinteressen in Bezug auf den Ausbau und die Inanspruchnahme von Netzen der nächsten Generation und insbesondere von hochkapazitiven Netzen zu berücksichtigen.⁵⁷ Ergänzend soll in Abs. 2 die Förderung auch des Ausbaus neuer und verbesserter Netze ausdrücklich als weitere Anforderung an regulatorisch vorgeschriebene Kostendeckungsmechanismen und Tarifsysteine aufgenommen werden.

Vor allem aber soll zum anderen auch Abs. 1 um zwei Unterabsätze ergänzt werden, die ebenfalls letzten Endes auf Erleichterungen für den Ausbau neuer Netze abzielen dürften.

So sieht UAbs. 2 vor, dass Regulierungsbehörden Verpflichtungen im Bereich der Preiskontrolle und Kostenrechnung nicht auferlegen oder beibehalten dürfen, wenn sie feststellen, dass eine Beschränkung der Endkundenpreise nachweisbar ist⁵⁸ und dass sonstige Vorabverpflichtungen (nach Art. 67 bis 71 des Richtlinienvorschlags) einen wirksamen und diskriminierungsfreien Zugang gewährleisten. Dieser Regelungsentwurf greift Ziff. 48 und 49 der Nichtdiskriminierungsempfehlung 2013/466/EU auf, verdichtet diese Empfehlungen zu einer verbindlichen Vorgabe und erweitert sie vom dort primär betrachteten NGA-Bereich zu einer generellen Bestimmung für die Regulierung von Zugangsentgelten. Das ist auch

51 Siehe hierzu oben, unter III. 1.

52 Erwägungsgrund 170 des Richtlinienvorschlags.

53 Hierzu Kühling/Schall/Biendl (Fn. 6), Rn. 291 f. (S. 176); Neumann/Koch (Fn. 6), Kap. 3 Rn. 202 ff. (S. 202 ff.).

54 Hierzu Kühling/Schall/Biendl (Fn. 6), Rn. 294 (S. 177); Neumann/Koch (Fn. 6), Kap. 3 Rn. 228 ff. (S. 212 ff.).

55 Hierzu Kühling/Schall/Biendl (Fn. 6), Rn. 272 ff. (S. 163 ff.); Neumann/Koch (Fn. 6), Kap. 3 Rn. 178 ff. (S. 180 ff.).

56 Siehe hierzu unten, unter 2.

57 Siehe bereits Fn. 24.

58 Erwägungsgrund 180 S. 2 des Richtlinienvorschlags nennt Infrastrukturwettbewerb oder einen aus anderen regulierten Zugangsleistungen folgenden Preisanker als Beispiele für solche Beschränkungen der Endkundenpreise.

insoweit bemerkenswert, als die begleitende Begründungserwägung selbst nur Breitbanddienste der nächsten Generation im Blick hat.⁵⁹ Der Vorschlag dürfte daher zumindest kontrovers diskutiert werden und erscheint jedenfalls auf den ersten Blick nicht unproblematisch.

Ergänzend sollen die nationalen Regulierungsbehörden nach UAbs. 3 bei der Auferlegung von Preiskontrollen für den Zugang zu bestehenden Netzelementen auch den Nutzen vorhersehbarer und stabiler Vorleistungspreise zur Gewährleistung eines effizienten Markteintritts und ausreichender Anreize für alle Betreiber zum Ausbau neuer und verbesserter Netze berücksichtigen. Diese Vorgabe greift ebenfalls Grundgedanken der Nichtdiskriminierungsempfehlung 2013/466/EU auf,⁶⁰ ist aber gleichermaßen zurückhaltend, auf eine bloße Berücksichtigungsvorgabe beschränkt, wie auch in der Sache wohl weitgehend konsensfähig. Es stellt sich daher die Frage, ob es einer entsprechenden Aufblähung des Richtlinien textes bedarf oder ob hier nicht, wenn überhaupt, ein entsprechender Hinweis in einem Erwägungsgrund ausreichend wäre.

f) Funktionelle Trennung

In der Sache unverändert soll schließlich die bisher in Art. 13a der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG vorgesehene Befugnis fortbestehen, Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen zur funktionellen Trennung zu verpflichten.⁶¹ Die in Art. 75 des Richtlinien vorschlags aufgegriffene Regelung wird nun allerdings in Art. 66 Abs. 2 des Richtlinien vorschlags als Grundnorm der Zugangsregulierung unmittelbar neben den anderen Vorabverpflichtungen genannt. Wie sich aus ihren (unveränderten) Tatbestandsvoraussetzungen ergibt, soll es sich aber auch in Zukunft nicht um einen gleichwertigen Bestandteil des „regulatorischen Instrumentenkastens“ handeln, sondern weiterhin um eine außerordentliche Maßnahme, die nur als Ultima Ratio ergriffen werden darf. Insoweit ist es wenig glücklich, dass die entsprechende Generalklausel in Art. 66 Abs. 3 UAbs. 2 des Richtlinien vorschlags nun auch auf außerordentliche Maßnahmen *jenseits* dieser ohnehin schon außerordentlichen Maßnahme (einer funktionellen Trennung) verweist. Zur Vermeidung von Missverständnissen wäre es daher sinnvoll, dem Regelungsvorbild in Art. 8 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG folgend Art. 75 des Richtlinien vorschlags nur in Art. 66 Abs. 1, nicht aber auch in Art. 66 Abs. 3 (und auch nicht in Abs. 2) des Richtlinien vorschlags zu nennen.

2. Neue Vorabverpflichtung

Neben der Weiterentwicklung der bisherigen Instrumente im Bereich der Zugangsrichtlinie sieht der Richtlinien vorschlag der Kommission des Weiteren eine Ergänzung des „regulatorischen Instrumentenkastens“ vor.

So soll es gemäß Art. 70 des Richtlinien vorschlags künftig möglich sein, Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht zu verpflichten, berechtigten Anträgen auf Zugang zu Einrichtungen des Hoch- und Tiefbaus („civil engineering“) und deren Nutzung stattzugeben, wenn die Marktanalyse darauf hinweist, dass eine Verweigerung des Zugangs zu vernünftigen Bedingungen das Entstehen eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endnutzerebene behindern und den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde. Als mögliche Zugangs- und Nutzungsobjekte nennt Art. 70 Abs. 1 des Vorschlags u.a. Gebäude, Gebäudezugänge, Pfähle, Masten, Leitungsrohre, Leerrohre, Kontrollkammern, Einstiegsschächte und Verteilerkästen, letzten Endes also typische Bestandteile physischer Infrastrukturen i.S.v. Art. 2 UAbs. 2 lit. 2 der Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU, die somit auch Gegenstand der dort verankerten, nicht marktmachtabhängigen Zugangsrechte sind.

Wie bereits in Bezug auf jene Richtlinie soll auch die nun vorgesehene Vorabverpflichtung dem Umstand Rechnung tragen, dass gerade die Kosten für Maßnahmen des Hoch- und Tiefbaus von wesentlicher Bedeutung für den Aufbau neuer hochkapazitiver Netze sind.⁶² Allerdings umfasst bereits jetzt der Zugangsanspruch nach Art. 12 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG auch den Zugang zu physischen Infrastrukturen wie Gebäuden, Leitungsrohren und Masten (vgl. Art. 2 UAbs. 2 lit. a der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG) und insbesondere auch zu zugehörigen Einrichtungen, zu denen u.a. „Gebäude oder Gebäudezugänge, Verkabelungen in Gebäuden, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen, Leitungsrohre, Leerrohre, Masten, Einstiegsschächte und Verteilerkästen“ gehören (vgl. Art. 2 lit. e der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG). Die Notwendigkeit einer neuen Vorabverpflichtung gerade mit Blick auf Einrichtungen eines Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht erschließt sich daher zumindest nicht auf den ersten Blick. Im Gegenteil: Da künftig allgemeine Zugangsverpflichtungen nur noch dann in Betracht kommen sollen, wenn Verpflichtungen in Bezug auf Einrichtungen des Hoch- und Tiefbaus alleine nicht ausreichen (Art. 71 Abs. 1 UAbs. 1),⁶³ hätte die Einführung dieser „neuen“ Vorabverpflichtung zur Folge, dass die Rechtfertigungslast der nationalen Regulierungsbehörden für den Erlass darüber hinausgehender Zugangsverpflichtungen zumindest formell erhöht würde. Die Möglichkeiten der nationalen Regulierungsbehörden, den Breitbandausbau zu fördern, würden damit im Ergebnis wohl eher geschwächt als gestärkt.

Wenig gelungen ist auch die in Art. 70 Abs. 2 des Richtlinien vorschlags enthaltene Regelung, der zufolge Verpflichtungen in Bezug auf Einrichtungen des Hoch- und Tiefbaus unabhängig davon auferlegt werden können, ob die betreffenden Einrichtungen Teil des relevanten Marktes sind, solange nur die Verpflichtung sich als notwendig und angemessen zur Erreichung der Regulierungsziele erweist. Hintergrund dieser Bestimmung dürfte der Umstand sein, dass Vorleistungen im Bereich der elektronischen Kommunikation nicht unmittelbar über Einrichtungen des Hoch- und Tiefbaus erbracht werden, so dass sich die im Marktanalyseverfahren identifizierte Marktmacht in aller Regel nicht auf die Bereitstellung etwa von Leitungsrohren, Masten oder Einstiegsschächten beziehen wird. Allerdings entspricht es ohnehin der geltenden Rechtslage, dass die Auferlegung einer Vorabverpflichtung keine zusätzliche Marktanalyse erfordert, sondern lediglich eine Begründung dafür, dass die betreffende Verpflichtung im Verhältnis zum festgestellten Problem sinnvoll und angemessen ist (Erwägungsgrund 15 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG). Hieraus wird gemeinhin gefolgert, dass auch solche Einrichtungen Gegenstand von Zugangsverpflichtungen sein können, die nicht Teil des relevanten Marktes sind, sofern nur ein hinreichend enger funktionaler Zusammenhang zwischen dem Zugangsobjekt und dem regulierungsbedürftigen Markt besteht.⁶⁴ Ansonsten wäre auch die Weite des Begriffs der zu-

59 Erwägungsgrund 180 S. 1 des Richtlinien vorschlags.

60 Vgl. etwa Erwägungsgrund 27 der Nichtdiskriminierungsempfehlung 2013/466/EU.

61 Hierzu *Kühling/Schall/Biendl* (Fn. 6), Rn. 401 ff. (S. 235); *Neumann/Koch* (Fn. 6), Kap. 3 Rn. 392 ff. (S. 310 ff.). Die Vorschrift zu einer freiwilligen Trennung durch ein vertikal integriertes Unternehmen, die derzeit in Art. 13b der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG enthalten ist, soll demgegenüber ausweislich Art. 76 des Richtlinien vorschlags in einigen Punkten geändert werden; siehe hierzu Erwägungsgründe 190 f. des Richtlinien vorschlags.

62 Erwägungsgrund 174 S. 1 des Richtlinien vorschlags.

63 Siehe hierzu oben, unter 1. d).

64 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/Thomaschki*, in: Sacker (Fn. 42), § 21 Rn. 128; a.A. *Möschel*, MMR 2007, 547, 548.

gehörigen Einrichtungen nicht erklärbar, die ebenfalls schon de lege lata Gegenstand von Zugangsverpflichtungen sein können. Die in Art. 70 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags vorgesehene Regelung ist daher bestenfalls eine überflüssige Klarstellung. Schlimmstenfalls könnte sie im Umkehrschluss die Frage aufwerfen, ob Zugangsverpflichtungen nach Art. 71 des Richtlinienvorschlags nur in Bezug auf solche Einrichtungen in Betracht kommen, die Teil des relevanten Marktes sind, da hier eine Art. 70 Abs. 2 entsprechende Regelung fehlt. Derartige Rechtsunsicherheit sollte gerade mit Blick auf das Ziel des Breitbandausbaus vermieden werden.

3. Vorgaben für die Auswahl und Ausgestaltung von Vorabverpflichtungen

Ergänzend zu den vorstehenden (bereits geltenden und künftig vorgesehenen) Vorabverpflichtungen enthält der nun vorgelegte Kommissionsvorschlag neue Bestimmungen, mit denen letzten Endes (weitreichende) Vorgaben für die Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörden über die Auferlegung solcher Verpflichtungen getroffen werden sollen. Insoweit ist es etwas irreführend, wenn die betreffenden Vorschriften in Art. 66 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags als zentraler Umschaltnorm in einem Atemzug mit Art. 67 bis Art. 72 als Ermächtigungsgrundlagen für Vorabverpflichtungen genannt werden („obligations set out in“). In Wirklichkeit sollen die entsprechenden Handlungsmöglichkeiten der nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 73, 74 und 77 des Richtlinienvorschlags durch verbindliche Vorgaben des Richtliniegebers – z. T. erheblich – eingeschränkt werden.

a) Terminierungsentgelte

Das betrifft zunächst den regulierungspraktisch besonders bedeutsamen Fall der Entgelte für die Anrufzustellung in festen und mobilen Netzen. Hier ist die Kommission der Auffassung, dass die Preisgestaltungsmöglichkeiten auf Vorleistungsebene auch in absehbarer Zukunft durch keine Alternativen wirksam begrenzt würden, wohingegen angesichts der Gegenseitigkeit der Leitungserbringung die Gefahr von Quersubventionen zwischen Betreibern bestehe.⁶⁵ Diesen Befund eines bis auf weiteres stabilen Regulierungsbedarfs nimmt die Kommission zum Anlass, weitgehende Vorgaben für die Regulierung von Terminierungsentgelten vorzuschlagen, um „die regulatorische Last bei der Lösung der Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit der Anrufzustellung in kohärenter Weise unionsweit zu senken“.⁶⁶ Hierfür sollen die nationalen Regulierungsbehörden, sofern sie Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht auf einem Terminierungsmarkt Kostendeckungs- und Preiskontrollverpflichtungen auferlegen, künftig verpflichtet sein, ein maximales symmetrisches Terminierungsentgelt auf der Grundlage der Kosten eines effizienten Betreibers festzusetzen (Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 des Richtlinienvorschlags).

Die Kostenmethode zur Berechnung dieses Entgelts soll auf einem „Bottom-up“-Kostenmodell⁶⁷ basieren, das langfristige inkrementelle Zusatzkosten der Verkehrsabwicklung bei einem Angebot der Zustellungsvorleistungen an Dritte abbildet (Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 S. 3 des Richtlinienvorschlags). Im Kern würde damit der gegenwärtig in der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG vorgesehene Maßstab der reinen Zusatzkosten, die insbesondere auch keine Kosten für den Frequenzerwerb umfassen,⁶⁸ zur richtlinienrechtlich verbindlichen Maßgabe aufgewertet. Nachdem erst unlängst der EuGH ausdrücklich bestätigt hat, dass auf mitgliedstaatlicher Ebene von den grundsätzlichen Vorgaben der Terminierungsempfehlung im Einzelfall durchaus abgewichen werden darf,⁶⁹ würde dem Streit um den regulierungsökonomisch richtigen Kostenmaßstab für die Regulierung der Terminierungsentgelte⁷⁰ so über den Umweg des Sekundärrechts (abgesehen von

der Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Primärrechts) der Boden entzogen.

Damit aber nicht genug. Die Kommission sieht für sich auch noch eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer verbindlichen Entscheidung über die Einzelheiten der Kostenrechnungsmethode vor (Art. 73 Abs. 1 UAbs. 2 des Richtlinienvorschlags).⁷¹ Mehr noch: Die Kommission will selbst durch einen delegierten Rechtsakt (vgl. Art. 290 AEUV) in Anwendung der vorstehend skizzierten Prinzipien ein einheitliches maximales Terminierungsentgelt festlegen, das dann von den nationalen Regulierungsbehörden den entsprechend marktmächtigen Betreibern aufzuerlegen wäre (Art. 73 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags). Hierfür sieht Art. 73 Abs. 4 des Richtlinienvorschlags dann auch gleich noch richtlinienrechtliche Obergrenzen vor. Danach soll das von der Kommission zu bestimmende Maximalentgelt für die Anrufzustellung in Mobilfunknetzen 1,23 Cent pro Minute und für die Anrufzustellung in Festnetzen 0,14 Cent pro Minute nicht übersteigen.

Die vorgesehene Neuregelung ist damit in mehrerlei Hinsicht überaus bemerkenswert: Sie bricht in unsystematischer Weise aus dem gestuften Verfahren der Marktregulierung aus, und das auch noch inkonsequent, weil den nationalen Regulierungsbehörden einerseits weiterhin die Feststellung eines konkreten Regulierungsbedarfs und die Entscheidung über die Auferlegung von Preiskontrollverpflichtungen überlassen bleiben soll, also die Entscheidung über das „Ob“ der Regulierung von Terminierungsentgelten, während andererseits im Falle einer solchen Regulierung verbindliche Vorgaben vorgesehen sind, ohne dass es insoweit noch auf die ansonsten maßgeblichen Umstände des Einzelfalls ankäme. Darüber hinaus soll die Kommission selbst in Abweichung von der im Übrigen dezentralen Ausgestaltung des Regulierungsverbands unmittelbaren Zugriff auf einen praktisch besonders relevanten Parameter der Marktregulierung erhalten. Und schlussendlich sollen sogar auf Richtlinienebene selbst konkrete Höchstpreisvorgaben verankert werden, ungeachtet der Frage, ob diese auch noch in fünf, zehn oder fünfzehn Jahren den tatsächlichen Bedingungen entsprechen. Insgesamt hätte Art. 73 des Richtlinienvorschlags somit zur Folge, dass die regulierungspolitische Auffassung der Kommission zur zutreffenden Regulierung der Terminierungsentgelte richtlinienrechtliche Verbindlichkeit erlangen würde und damit künftig grundsätzlich auch gegenüber den mitgliedstaatlichen Gerichten durchsetzbar wäre. Unabhängig von der regulierungsökonomischen Bewertung dieser Auffassung wäre es ein zumindest rechtstechnischer Sündenfall, wenn die Kommission mit diesem Vorhaben am Ende Erfolg haben sollte.

b) Neue Netzelemente

Ebenfalls sehr weitreichend ist die in Art. 74 des Richtlinienvorschlags vorgesehene Neuregelung. Sie betrifft „neue Netzelemente“, die Gegenstand eines regulierungsbedürftigen Marktes sind und die der insoweit marktmächtige Betreiber

65 Erwägungsgrund 182 des Richtlinienvorschlags.

66 Erwägungsgrund 183 des Richtlinienvorschlags („In order to reduce the regulatory burden in addressing the competition problems relating to wholesale voice call termination coherently across the Union ...“).

67 Zu einem solchen Modell siehe *Neumann/Koch* (Fn. 6), Kap. 3 Rn. 271 (S. 240 f.).

68 Erwägungsgrund 184 S. 3 des Richtlinienvorschlags.

69 EuGH, N&R 2016, 307, 308 f. = ECLI:EU:C:2016:692 Rn. 38 u. 42 (Urt. v. 15.9.2016 – Rs. C-28/15) (in diesem Heft) – *Koninklijke KPN NV u. a./Autoriteit Consument en Markt (ACM)*.

70 Hierzu etwa *Coppik*, N&R 2014, 20; *Neumann/Koch* (Fn. 6), Kap. 3 Rn. 342 f. (S. 280 ff.); *Säcker/Mengering*, N&R 2014, 74, 77 ff.

71 Siehe auch Erwägungsgrund 183 des Richtlinienvorschlags.

aufgebaut hat oder aufzubauen plant. Die vorgeschlagene Bestimmung sieht drei kumulative Voraussetzungen vor, die sich auf sog. Koinvestitionsvereinbarungen beziehen und unter denen eine nationale Regulierungsbehörde dem Betreiber keine Vorabverpflichtungen in Bezug auf die betreffenden neuen Netzelemente mehr auferlegen darf. Hintergrund dieser beabsichtigten Regulierungsfreistellung für neue Netzelemente ist die Annahme der Kommission, dass angesichts der Ungewissheit darüber, wann sich die Nachfrage nach hochkapazitiven Netzen einstellen wird, und angesichts allgemeiner Größen- und Dichtevorteile Koinvestitionsvereinbarungen erhebliche Vorteile in Bezug auf die Bündelung von Kosten und Risiken bieten, die auch kleineren Betreibern und auch in solchen Gebieten Investitionen ermöglichen, die sich nicht für infrastrukturbasierten Wettbewerb eignen mögen.⁷²

Im Einzelnen soll die Regulierungsfreistellung für neue Netzelemente voraussetzen, dass

1. der Ausbau der neuen Netzelemente offen für Koinvestitionsangebote auf Grundlage eines transparenten Verfahrens und zu Bedingungen ist, die langfristig einen nachhaltigen Wettbewerb fördern, wobei Anhang IV des Richtlinienvorschlags umfangreiche Vorgaben enthält, anhand derer die nationalen Regulierungsbehörden entsprechende Angebote und Verfahren zu überprüfen haben,
2. der Ausbau der neuen Netzelemente erheblich zum Ausbau hochkapazitiver Netze beiträgt und
3. Zugangspetenten, die nicht an der Koinvestition teilhaben, von derselben Qualität, derselben Geschwindigkeit, denselben Bedingungen und derselben Endnutzerreichweite profitieren, die vor dem Ausbau verfügbar waren.

Die Idee, den Breitbandausbau durch Koinvestitionen zu fördern und durch regulatorische Erleichterungen entsprechende Anreize zu setzen, erscheint zumindest auf den ersten Blick reizvoll. Sie steht im Einklang damit, dass bereits nach geltender Rechtslage die nationalen Regulierungsbehörden „verschiedene Kooperationsvereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangsbewerbern zulassen“ müssen (Art. 8 Abs. 5 lit. d der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG). Solche Kooperationen können jedoch, insbesondere unter Beteiligung des marktmächtigen Betreibers, auch wettbewerbsrechtliche Bedenken aufwerfen, und zwar nicht nur mit Blick auf das Kartellverbot,⁷³ sondern je nach Form der Kooperation auch in Bezug auf die Fusionskontrolle.⁷⁴ Eine genauere Analyse wird zeigen müssen, ob die vorgeschlagene Regelung diesen Anforderungen genügt bzw. inwieweit hier eine Abstimmung der beiden Rechtsgebiete gelingen kann.

Unabhängig davon erscheint es aber evtl. auch fragwürdig, die beabsichtigte Förderung von Koinvestitionsvereinbarungen durch eine zwingende Regulierungsfreistellung⁷⁵ zu befördern. Systematisch stimmiger könnte es u. U. sein, entsprechende Vereinbarungen als – wenn auch möglicherweise gewichtigen – Aspekt bei der Ausübung des Regulierungsermessens zu berücksichtigen. Das würde es einerseits erlauben, im Einzelfall trotz entsprechender Koinvestitionsvereinbarungen Vorabverpflichtungen in Bezug auf neue Netzelemente aufzuerlegen, und sei es ggf. in Form bloßer Gleichbehandlungspflichten (mit der Möglichkeit der sachlichen Differenzierung zwischen investierenden und nicht investierenden Zugangsnachfragern). Andererseits wäre aber auch largestellt, dass u. U. auch solche Koinvestitionsvereinbarungen, die nicht alle der in Art. 74 des Richtlinienvorschlags genannten Voraussetzungen erfüllen (oder bei denen dies zumindest streitig ist), zum Anlass für regulatorische Erleichterungen genommen werden könnten. Für eine solche Beibehaltung des einzelfallbezogenen Ansatzes der Marktregulierung könnte nicht zu-

letzt auch der Umstand sprechen, dass die nun vorgesehenen Regelungen ein gewisses Maß an Unbestimmtheit aufweisen, das sich nicht ohne weiteres mit einer zwingenden Regulierungsfreistellung verträgt. So dürfte bereits die Frage, was „neue Netzelemente“ im Sinne der Vorschrift sind, Diskussionsbedarf auslösen, dem an dieser Stelle freilich nicht im Einzelnen nachgegangen werden kann. Entsprechendes gilt für die Frage, wann der Ausbau neuer Netzelemente „erheblich“ zum Ausbau hochkapazitiver Netze beiträgt.

c) Vertikal desintegrierte Unternehmen

Ein weiteres Geschäftsmodell, dem die Kommission Potential für den von ihr erwünschten Aufbau hochkapazitiver Netze beimisst, sind vertikal desintegrierte Unternehmen, die sich ausschließlich auf das Vorleistungsgeschäft konzentrieren (sog. reine Vorleistungsanbieter bzw. „Wholesale-only“-Betreiber). Die Kommission geht davon aus, dass ein solches Geschäftsmodell gerade auch für Finanzinvestoren attraktiv sein könnte,⁷⁶ die beispielsweise in lokale hochkapazitive Netze investieren.⁷⁷ Der Vorteil eines reinen Vorleistungsanbieters liegt aus regulatorischer Sicht darin, dass ein solches Unternehmen grundsätzlich keinen Anreiz hat, zwischen einzelnen Zugangsnachfragern zu diskriminieren oder externe Zugangsnachfrager generell zu behindern, um hierdurch seine eigene Stellung auf den Endnutzermärkten zu verbessern. Art. 77 des Richtlinienvorschlags sieht vor diesem Hintergrund ein vereinfachtes Regulierungsmodell⁷⁸ für solche reinen Vorleistungsanbieter vor.

Dabei müssen nach Art. 77 Abs. 1 des Vorschlags zunächst vergleichsweise strenge Voraussetzungen erfüllt sein, damit überhaupt von einem reinen Vorleistungsanbieter ausgegangen werden kann. So dürfen alle Firmen und Geschäftseinheiten innerhalb des Unternehmens, einschließlich der von ihm kontrollierten Unternehmen, jetzt und im Rahmen künftiger Planungen ausschließlich im Vorleistungsbereich tätig sein; Tätigkeiten in jeglichen Endnutzermärkten für elektronische Kommunikationsdienste in der EU sind nicht zulässig. Darüber hinaus darf das betreffende Unternehmen keine exklusive oder vergleichbare Vereinbarung mit einem einzelnen und eigenständigen Unternehmen auf nachgelagerter Ebene haben, das auf einem Endkundenmarkt tätig ist. Kommt die nationale Regulierungsbehörde zu dem Schluss, dass es sich bei einem marktmächtigen Betreiber in diesem Sinne um einen reinen Vorleistungsanbieter handelt, soll sie ihm Art. 77 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags zufolge nur Verpflichtungen hinsichtlich des Zugangs zu Einrichtungen des Hoch- und Tiefbaus sowie zu Netzeinrichtungen nach Art. 70 und 71 des Richtlinienvorschlags auferlegen können.

Die nationalen Regulierungsbehörden haben jedoch jederzeit weitergehende Verpflichtungen aufzuerlegen, soweit dies erforderlich ist, wenn die Voraussetzungen für die Annahme eines reinen Vorleistungsanbieters nicht mehr gegeben sind

72 Erwägungsgrund 186 S. 1 des Richtlinienvorschlags.

73 BKartA, Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland, 2010, Rn. 35 ff.

74 BKartA (Fn. 73), Rn. 90 ff.

75 Insoweit ist es eine kleine Ironie der Telekommunikationsrechtsgeschichte, dass jetzt ausgerechnet die Kommission eine Regulierungsfreistellung für neue Netzelemente (sogar auf einem an sich regulierungsbedürftigen Markt) fordert, nachdem sie seinerzeit – in der Sache zu Recht und letztlich auch mit Erfolg – nachdrücklich gegen eine Regulierungsfreistellung für neue Märkte (§ 9a TKG) vorgegangen war, vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2009:749 (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*; siehe zum Ganzen auch Neumann, IRNIK-Diskussionspapier Nr. 1, 2006.

76 Erwägungsgrund 192 S. 2 des Richtlinienvorschlags.

77 Kommission (Fn. 5), KOM (2016) 590 final, S. 16.

78 Kommission (Fn. 5), KOM (2016) 590 final, S. 16 („simplified regulatory model for wholesale-only networks“).

(Art. 77 Abs. 3 des Richtlinienvorschlags). Darüber hinaus können sie solche weitergehenden Verpflichtungen aber auch auferlegen, wenn die Bedingungen, die das marktmächtige Unternehmen den Zugangsnachfragern anbietet, auf Wettbewerbsprobleme zulasten der Endnutzer schließen lassen (Art. 77 Abs. 4 des Richtlinienvorschlags). Diese regulatorischen Absicherungen heben die vorgesehene Regelung zu vertikal desintegrierten Unternehmen bzw. reinen Vorleistungsanbietern wohltuend von der Alles-oder-nichts-Lösung ab, die hinter den Regelungsvorschlägen zu den Terminierungsentgelten und zu neuen Netzelementen stehen (siehe dazu soeben, unter a) und b)). Richtig ist sicher auch die Annahme, dass reine Vorleistungsanbieter grundsätzlich keine relevanten Anreize haben, zwischen einzelnen Zugangsnachfragern zu diskriminieren. Da sie jedoch im Anwendungsbereich von Art. 77 des Richtlinienvorschlags definitionsgemäß über beträchtliche Marktmacht verfügen, sich also unabhängig von ihren Kunden verhalten können (Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG bzw. Art. 61 Abs. 2 UAbs. 1 des Richtlinienvorschlags), haben sie nicht nur einen eigenwirtschaftlichen Anreiz, sondern auch die Möglichkeit, ihre Profite zu maximieren, indem sie – diskriminierungsfrei – von allen Nachfragern überhöhte Preise verlangen.⁷⁹ Es erscheint daher nicht ohne weiteres ausgemacht, dass in dem vereinfachten Regulierungsmodell für reine Vorleistungsanbieter die Beschränkung auf eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung sinnvoll ist, ohne dass zugleich (oder evtl. sogar auch stattdessen) Maßnahmen der Preiskontrolle möglich sind.

4. Migration von herkömmlichen Infrastrukturen

Ergänzt werden die Vorgaben für die Auferlegung und Ausgestaltung von Vorabverpflichtungen durch ein neues Regulierungsinstrument, das in Art. 78 des Richtlinienvorschlags vorgesehen ist. Es hat die Migration von herkömmlichen hin zu neuen Infrastrukturen zum Gegenstand (und dabei ausweislich Abs. 1 und Erwägungsgrund 193 S. 1 insbesondere auch die Aufgabe des Kupfernetzes im Festnetzbereich im Blick). Gemäß Art. 78 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags sollen künftig marktmächtige Betreiber ausdrücklich verpflichtet sein, die nationale Regulierungsbehörde vorab und rechtzeitig darüber zu informieren, wenn sie beabsichtigen, Teile des Netzes stillzulegen, auf die sich ihnen auferlegte Vorabverpflichtungen beziehen.

Die nationale Regulierungsbehörde muss dem Vorschlag zufolge dann sicherstellen, dass das Stilllegungsverfahren einen transparenten Zeitplan sowie transparente Informationen umfasst und alternative Produkte hervorbringt, auf deren Grundlage Zugang zu Netzelementen gewährt wird, welche die stillgelegte Infrastruktur ersetzen, wenn dies notwendig ist, um den Wettbewerb und die Rechte der Endnutzer zu schützen (Art. 78 Abs. 2 UAbs. 1 des Richtlinienvorschlags). Stellt die nationale Regulierungsbehörde fest, dass der marktmächtige Betreiber nachweislich die angemessenen Voraussetzungen für eine Migration erfüllt hat, einschließlich der Bereitstellung eines alternativen Zugangsprodukts zur Versorgung derselben Endkunden, und dass er sich an das vorgesehene Stilllegungsverfahren und die diesbezüglichen Bedingungen gehalten hat, kann sie die betreffenden Vorabverpflichtungen aufheben (Art. 78 Abs. 2 UAbs. 2 des Richtlinienvorschlags).

V. Regulierungsverfahren

Schlussendlich umfasst der Richtlinienvorschlag auch die verfahrensrechtlichen Vorgaben für die Marktregulierung. War das Regulierungsverfahren noch ein Schwerpunkt der

letzten größeren Reform im Jahr 2009, sind in diesem Bereich nun jedoch nur kleinere Änderungen vorgesehen.

1. Konsultationsverfahren

Für das bisher in Art. 6 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG verankerte Konsultationsverfahren, also für die Beteiligung interessierter Parteien auf nationaler Ebene,⁸⁰ soll eine generelle Mindestdauer von mindestens 30 Tagen vorgegeben werden, die nur unter außergewöhnlichen Umständen verkürzt werden darf (Art. 23 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags).

2. Konsolidierungsverfahren

Aber auch das Konsolidierungsverfahren, das derzeit in Art. 7 und 7a der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG fein verästelt ausdifferenziert ist,⁸¹ soll nur geringfügig angepasst werden. Diese Änderung wäre aber in der Praxis potentiell weitreichend, umfasst sie doch die Befugnis der Kommission, die nationalen Regulierungsbehörden verbindlich zur Rücknahme eines Entwurfs auf Ebene der Abhilfemaßnahmen zu verpflichten. Eine solche Vetokompetenz („veto on remedies“) war bereits 2002 und 2009 intensiv diskutiert worden und sehr umstritten.⁸² Sie soll nun durch eine Ergänzung der bisher in Art. 7a Abs. 5 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG enthaltenen Bestimmung rechtstechnisch durchaus elegant umgesetzt und zugleich an die Voraussetzung gebunden werden, dass das GEREK die Bedenken der Kommission gegen den Maßnahmenentwurf teilt (sog. Doppelschloss- bzw. „double-lock“-Veto⁸³). Diese zusätzliche Eingriffsvoraussetzung ändert jedoch nichts an dem Ergebnis, dass der Kommission im Konsolidierungsverfahren erstmals unmittelbare rechtlich bindende Eingriffsbefugnisse auf Ebene der Abhilfemaßnahmen eingeräumt würden.

Es erscheint fraglich, ob es sinnvoll ist, auch die neue Reformdiskussion erneut mit dem Streit um eine solche Verschiebung der Balance im europäischen Regulierungsverbund zu belasten. Darüber hinaus weist die Kommission selbst darauf hin, dass sich gerade auch die Breitbandmärkte erheblich unterscheiden.⁸⁴ Das spräche eher für eine weitere Stärkung der dezentralen Ausgestaltung des Regulierungsverbunds und gerade nicht für eine zusätzliche Zentralisierung.⁸⁵ Vor diesem Hintergrund dürfte einiges dafür sprechen, auf die vorgeschlagene Ausweitung der Kommissionskompetenzen zu verzichten und stattdessen das überkomplexe Konsolidierungsverfahren⁸⁶ zu straffen, zu vereinfachen und zu entbürokratisieren.

79 Vgl. allgemein *Mohr*, N&R 2016, 194; *Schmidt*, WuW 2012, 795.

80 Hierzu *Kühling/Schall/Biendl* (Fn. 6), Rn. 229 (S. 139) u. Rn. 247 (S. 151); *Neumann/Koch* (Fn. 6), Kap. 3 Rn. 100 f. (S. 135 f.).

81 Hierzu *Kühling/Schall/Biendl* (Fn. 6), Rn. 230 ff. (S. 139 ff.) u. Rn. 248 ff. (S. 152 ff.); *Neumann/Koch* (Fn. 6), Kap. 3 Rn. 102 ff. (S. 136 ff.) u. Rn. 149 ff. (S. 163 ff.).

82 Ablehnend etwa *Gerpott*, K&R 2013, 781, 787; *Knauth*, K&R-Beih. 3/2008, 9, 11; befürwortend demgegenüber *Schütz*, K&R-Beih. 3/2008, 13, 14.

83 Kommission (Fn. 5), KOM (2016) 590 final, S. 20.

84 Siehe Erwägungsgrund 62 S. 1 des Richtlinienvorschlags, dem zufolge Breitbandnetze sich zunehmend hinsichtlich der Technologie, der Topologie, des Übertragungsmediums und der Eigentumsverhältnisse unterscheiden.

85 Vgl. auch *Eckhardt/Baran/Van Roesebeke*, cepAnalyse Nr. 12/2015, S. 3.

86 Kritisch zum erreichten Komplexitätsgrad etwa *Abegg* u.a., N&R-Beilage 1/2015, 1, 12; *Körber*, MMR 2011, 215, 218; sowie bereits zur Rechtslage vor der Reform im Jahr 2009 *Koenig/Neumann*, CR 2005, 487, 491.

VI. Fazit

Mit dem vorgeschlagenen Kodex für die elektronische Kommunikation würde ein einheitliches Regelwerk für diesen Sektor geschaffen, das an die Stelle von vier separaten Richtlinien träte. Der erheblichen Komplexitätszunahme, die eine solche Kodifikation zur Folge hätte, steht der Vorteil eines systematisch in sich geschlossenen Regelwerks gegenüber, in dessen Rahmen auch Widersprüche und Unklarheiten besser aufgedeckt und idealerweise im Rechtsetzungsprozess beseitigt werden können. Allerdings würde auch das ehrgeizige Vorhaben der Kommission nichts daran ändern, dass es selbst auf Ebene des Sekundärrechts bei einem Nebeneinander verschiedener, z.T. aufeinander bezogener Rechtsakte für den Telekommunikationssektor bliebe: Weder soll die Datenschutz-

richtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG in den Kodex einbezogen werden, noch ist eine Eingliederung der Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU geplant, obwohl gerade auch diese den Breitbandausbau fördern soll.

In der Sache ist der Kommissionsvorschlag, wie bereits im Jahr 2015 angekündigt,⁸⁷ ohne Zweifel ambitioniert. Auf einem ganz anderen Blatt steht jedoch, ob die vorgeschlagenen Regeln diesen hohen Ambitionen gerecht werden können. Für den Bereich der Marktregulierung darf das zumindest nach erster Analyse in durchaus erheblichen Teilen bezweifelt werden. Eine gleichermaßen interessante wie kontroverse Reformdiskussion ist in jedem Fall zu erwarten.

87 Siehe Fn. 3.

Dr. Bernd Sörries

Breitbandausbau: Hochgeschwindigkeitsinfrastrukturen in Gebäuden und das DigiNetz-Gesetz

Welche gesetzlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen erforderlich sind, um skalierbare und nachhaltige Breitbandnetze zu fördern, wird weiter offen und kontrovers diskutiert. Weniger im Blick der Marktteilnehmer sind die gebäudeinternen physikalischen Infrastrukturen. Was aber bringen leistungsfähige Netze vor den Gebäuden, wenn der Datenfluss in den Gebäuden abebbt? Zudem kann die Infrastruktur in Gebäuden entscheiden, welcher Netzbetreiber im Wettbewerb einen Vorteil hat. Mit dem sog. DigiNetz-Gesetz verschwindet ein blinder Fleck der Breitbandpolitik.

I. Einleitung

Seitdem die Politik in Europa und Deutschland Breitbandziele definiert, wird kontrovers darüber diskutiert, wie skalierbare und nachhaltige Telekommunikationsnetze gefördert werden können.¹ Einig sind sich Marktteilnehmer, Wissenschaftler, Interessenverbände und staatliche Institutionen, dass leistungsstarke Telekommunikationsnetze das Rückgrat moderner Volkswirtschaften sind.² Kontroversen gibt es dagegen beispielsweise über die Zieldefinition (Festlegung einer Übertragungsrates [z.B. 50 Megabit pro Sekunde] oder eines Infrastrukturziels), den potentiellen oder praktischen Einfluss der Regulierung³ oder wie sich Übergangstechnologien („Vectoring“) auf den glasfaserbasierten Breitbandausbau auswirken.⁴ Damit wird in der Diskussion ein ganz wesentlicher Bereich ausgeklammert: die gebäudeinternen physikalischen Infrastrukturen. Die Netzebenen 4 (Gebäude) und 5 (Wohnung)⁵ spielen bisher nur eine untergeordnete, vernachlässigte Rolle bei der Frage, wie die Infrastruktur der Zukunft aussehen soll.⁶ Jedoch ist ihre Bedeutung nicht zu unterschätzen: Was für einen Mehrwert können Telekommunikationsnetze liefern, wenn der Endkunde durch eine mangelhaft ausgestaltete gebäudeinterne Infrastruktur von nur einem Bruchteil der Übertragungsgeschwindigkeiten profitieren kann? Zudem kann die (Kupferzweidraht-, Koaxial- oder Glasfaser-) Infrastruktur in Gebäuden Einfluss auf den Wettbewerb der Netzbetreiber in Liegenschaften haben.

Mit der Verabschiedung des „Gesetzes zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG)“⁷ im Juli 2016, das Änderungen im TKG vornimmt, wird nun die gebäudeinterne Infrastruktur zum Thema beim Breitbandausbau. Damit werden Regelungen in das Telekommunikationsrecht aufgenommen, deren Regelungsinhalt das Baurecht unmittelbar berührt. So wurde im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens angezweifelt, ob das TKG der richtige Ort für Regelungen über die „Breitbandgeeignetheit“ von Gebäuden ist.⁸

Der vorliegende Beitrag greift die Regelungen des DigiNetzG auf, die sicherstellen sollen, dass künftig leistungsfähige Infrastrukturen in den Gebäuden entstehen. Dazu werden zunächst (sogleich, unter II.) die diesbezüglichen EU-rechtlichen Regelungen erläutert. Danach werden (unten, unter III.) die parlamentarische Diskussion in Deutschland nachgezeichnet und die Neuregelungen im TKG analysiert. Der Beitrag zeigt auf, dass die gesetzlichen Rahmenbedingungen des Breitbandausbaus grundsätzlich nicht nur das Telekommunikationsrecht betreffen. Im abschließenden Teil werden (unten, unter IV.) einzelne Aspekte der Implementierung der neuen Regelungen betrachtet. Hierbei könnte eine Regelung des europäischen Richtliniengebers an Bedeutung gewinnen, die zwar nicht Eingang in das Gesetz gefunden hat, jedoch in der Ausbaupraxis Relevanz beanspruchen könnte.

1 Vgl. Grützner/Ufer, N&R 2015, 138.

2 Vgl. Czernich u.a., Economic Journal 2011, 505; Bundesregierung, Digitale Agenda 2014-2017, 2014.

3 Briglauer/Frübing, N&R 2014, 198; Gerpott/Winzer, N&R 2013, 178.

4 Vgl. Plückerbaum/Jay/Neumann, EUI Working Paper RSCAS 2014/69; Sörries, CR 2015, 162.

5 Die Unterteilung in verschiedene Netzebenen kommt aus der baumförmigen Netzinfrastruktur des Kabelfernsehens.

6 Eine Ausnahme Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK), Stellungnahme v. 9.10.2015 zum Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG); Stellungnahme v. 13.11.2015 zum Entwurf der Änderung der Musterbauordnung (MBO) aufgrund des EuGH-Urteils C-100/13.

7 Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages, BR-Drs. 466/16.

8 Vgl. Schuster u.a., CR 2014, 436.