

# N&R

## Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,  
Verkehr und andere Netzwirtschaften

5/2018

S. 193–256

15. Jahrgang

### Herausgegeben von

Achim Berg  
Wilhelm Eschweiler  
Peter Franke  
Andrees Gentzsch  
Martin Henke  
Jochen Homann  
Alexander Kirschall  
Wolfgang Kopf  
Stephan Korehnke  
Matthias Kurth  
Barbara Minderjahn  
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>Justus Haucap</i><br>Netzentgelte als Mittel der Sozialpolitik?  | 193 |
| ■ <i>Marie Johanna Raben</i><br>Neues von der Digitalisierung<br>der Energiewende? Ein aktuelles Resümee  | 194 |
| ■ <i>Karsten Zippack</i><br>Die Verhandlungen über den<br>energierechtlichen Netzzugang im Lichte<br>der Transaktionskostentheorie                    | 199 |
| ■ <i>Andreas Neumann</i><br>Das Ergebnis der Trilog-Verhandlungen<br>zum Kodex für die elektronische Kommunikation<br>im Bereich der Marktregulierung | 204 |
| ■ <i>Lothar H. Fiedler/Lorenz Wachinger</i><br>Das Recht des straßengebundenen Verkehrs<br>in den Jahren 2017/2018                                    | 212 |
| ■ <i>Sebastian Giera</i><br>Die neue Zulassungsverordnung (EU) 2018/545<br>für Schienenfahrzeuge –<br>Neuer Wein in längeren Schläuchen?              | 216 |
| ■ <i>Urs Kramer</i><br>Die Entwicklung des Eisenbahnrechts<br>in den Jahren 2017/2018   | 220 |

Andreas Neumann

## Das Ergebnis der Trilog-Verhandlungen zum Kodex für die elektronische Kommunikation im Bereich der Marktregulierung

Am 5. Juni 2018 wurde zwischen dem Europäischen Parlament und dem Rat eine vorläufige Einigung über das am 14. September 2016 von der Kommission initiierte Rechtsetzungsvorhaben zur Schaffung des europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation erzielt. Der Beitrag skizziert die wesentlichen Änderungen im Bereich der Marktregulierung und knüpft damit an eine frühere Darstellung der diesbezüglichen Kommissionsvorschläge (N&R 2016, 262) an.

### I. Einleitung

Nachdem die Kommission vor beinahe zwei Jahren ihren Richtlinienvorschlag zur Reform des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation<sup>1</sup> vorgelegt hatte, wurde in den anschließenden Diskussionen im Europäischen Parlament<sup>2</sup> und im Rat<sup>3</sup> bald deutlich, dass dieses in Breite und Tiefe überaus ambitionierte Gesetzesvorhaben erhebliches Konfliktpotential bietet. Im Oktober 2017 wurde daher die Einleitung eines informellen Trilog-Verfahrens<sup>4</sup> zwischen Parlament, Rat und Kommission beschlossen. In diesem ist es nun am 5. Juni 2018 zu einer vorläufigen Einigung gekommen.<sup>5</sup> Deren Ergebnisse (Kodex-E)<sup>6</sup> wurden am 29. Juni 2018 von den EU-Botschaftern der Mitgliedstaaten im Namen des Rates<sup>7</sup> und am 10. Juli 2018 auch vom zuständigen Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie (Industry, Research and Energy, ITRE)<sup>8</sup> gebilligt. Nach der förmlichen Annahme des Rechtsakts durch Parlament und Rat, die nach der Brüsseler Sommerpause erfolgen soll, ist mit einer Veröffentlichung des Kodex im Amtsblatt der EU voraussichtlich Ende des Jahres zu rechnen,<sup>9</sup> so dass die neue Regelungen von den Mitgliedstaaten grundsätzlich bis Ende 2020 umzusetzen wären (Art. 115 Abs. 1 Kodex-E). Im Folgenden sollen mit Blick auf den diesbezüglichen Handlungsbedarf die wichtigsten Änderungen an dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag aus dem Herbst 2016 vorgestellt werden, die in diesem informellen Trilog im Bereich der Marktregulierung vereinbart wurden.<sup>10</sup>

### II. Grundlagen

#### 1. Anwendungsbereich

Mit Blick auf die seit einiger Zeit verbreitet diskutierte Einbeziehung plattformabhängiger Dienste („Over The Top“, OTT) in den Anwendungsbereich des Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation<sup>11</sup> bleibt es bei der bereits im Kommissionsvorschlag vorgesehene Erweiterung des Begriffs der elektronischen Kommunikationsdienste:<sup>12</sup> Neben Diensten der Signalübertragung sollen künftig auch Internetzugangsdienste i.S.v. Art. 2 UAbs. 2 Nr. 2 der Internetzugangsverordnung (EU) 2015/2120 und die neu zu schaffende Kategorie der „interpersonellen Kommunikationsdienste“ (Art. 2 Nr. 5 Kodex-E) als Dienste der elektronischen Kommunikation einzu-stufen sein (Art. 2 Nr. 4 Kodex-E).

#### 2. Regulierungsziele

Auf Ebene der Regulierungsziele hatte der Kommissionsvorschlag den Katalog der bisherigen drei Zielsetzungen um ein viertes Ziel ergänzt. Diesem zufolge sollten die nationalen Regulierungsbehörden und anderen zuständigen Behörden sowie das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für

elektronische Kommunikation (GEREK) künftig auch explizit den „Zugang zu und die Nutzung von sowohl Festnetz- als auch Mobilfunk-Datenverbindungen mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen der Union“ fördern (Art. 3 Abs. 2 lit. a Kodex-E-KOM). Dieses „Konnektivitätsziel“ ist im Ergebnis der Trilog-Verhandlungen beibehalten, sprachlich aber etwas modifiziert worden. Danach sind nun künftig die Konnektivität sowie der Zugang zu und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität,<sup>13</sup> einschließlich fester, mobiler und drahtloser Netze, durch alle Bürger und Unternehmen der Union zu fördern (Art. 3 Abs. 2 lit. a Kodex-E).

Trotz dieser sprachlichen Modifikation bleibt es damit aber bei den ausdrücklichen und inhaltlichen Überschneidungen mit den anderen Regulierungszielen – insbesondere den auf die Förderung des Wettbewerbs und der Interessen der EU-Bürger gerichteten Zielvorgaben – und dem im Konnektivitätsziel selbst angelegten Spannungsfeld zwischen einer Förderung des Zugangs zu Netzen mit sehr hoher Kapazität einerseits und ihrer Nutzung andererseits.<sup>14</sup> Es erscheint daher weiterhin zweifelhaft, ob diese in hohem Maße ausfüllungs- und abwägungsbedürftige Zielvorgabe regulierungspraktisch wirklich von Nutzen ist. Das gilt auch für den grundsätzlichen Ansatz, die Regulierung an konkreten Marktergebnissen auszurichten, unabhängig von der Ermittlung tatsächlicher Nachfragepräferenzen im Rahmen wettbewerblicher Entdeckungsprozesse. Insoweit haben die Trilog-Verhandlungen vielmehr dazu geführt, dass in dem erläuternden Erwägungsgrund 23 nunmehr die industriepolitischen Ausbauziele explizit aufgeführt werden, die bislang in einer begleitenden

- 1 Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, COM (2016) 590 final, im Folgenden „Kodex-E-KOM“.
- 2 Zur Positionierung des Parlaments siehe Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie, Bericht v. 19.10.2017 – A8-0318/2017, im Folgenden „Kodex-E-EP“.
- 3 Siehe hierzu zuletzt Rat, Vorschlag v. 9.10.2017 – 12797/1/17 REV 1, im Folgenden „Kodex-E-Rat“.
- 4 Das formelle Trilog-Verfahren ist in Art. 294 Abs. 10–12 AEUV geregelt und auf eine Vermittlung zwischen der zweiten und dritten Lesung eines Gesetzesvorschlags gerichtet. Informelle Trilogie sind dagegen in jeder Phase des Gesetzgebungsverfahrens möglich und können zu einer Einigung bereits in erster Lesung führen, siehe Europäisches Parlament, Mitentscheidung und Vermittlung, 2014, S. 22. Kritisch *Dauner/Sohn*, *cepInput* 18/2015, S. 12 ff.
- 5 Rat, Pressemitteilung 428/18 v. 29.6.2018.
- 6 Rat, Verhandlungsergebnisse v. 29.6.2018 – 10692/18.
- 7 Rat, Pressemitteilung 428/18 v. 29.6.2018.
- 8 Siehe etwa Europäische Rundfunkunion (European Broadcasting Union, EBU), Mitteilung „EBU welcomes provisions to expand access to innovative media content in EU Electronic Communications Code“ v. 10.7.2018.
- 9 Rat, Pressemitteilung 428/18 v. 29.6.2018; so bereits die Prognose von *Gerpott*, *K&R* 2016, 801, 808. Zu den optimistischeren Vorstellungen der Kommission *Scherer/Heinickel*, *MMR* 2017, 71, 77.
- 10 Der Einigungstext liegt bei Manuskriptschluss nur in englischer Sprache vor. Diesbezügliche Übersetzungen sind daher allein solche des Verfassers.
- 11 Vgl. etwa GEREK, Report on OTT services, BoR (16) 35; *Gersdorf*, *K&R* 2016, 91; *Körber*, in: Holznapel, 20 Jahre Verantwortung für Netze, 2018, S. 33, 37 f.; *Kühling/Schall*, *CR* 2016, 185; 2015, 641.
- 12 Ausführlich *Neumann*, *N&R* 2016, 262, 263 f.; kritisch *Scherer/Heckmann/Heinickel/Kiparski/Ufer*, *CR* 2017, 197, 198 f.; *Scherer/Heinickel*, *MMR* 2017, 71, 71 f.
- 13 Nach der neu geschaffenen Vorschrift in Art. 78b S. 1 Kodex-E wird das GEREK nach einer Anhörung der interessierten Kreise und in enger Zusammenarbeit mit der Kommission Leitlinien zu den Kriterien veröffentlichen, die ein Netz erfüllen muss, um als Netz mit sehr hoher Kapazität eingestuft zu werden, insbesondere u.a. in Bezug auf Empfangs- und Sendebandbreiten, Fehlertoleranz und Latenz. Die nationalen Regulierungsbehörden müssen diese Leitlinien, die bis Ende 2025 und danach regelmäßig von GEREK zu aktualisieren sind (Art. 78b S. 3 Kodex-E), weitestgehend berücksichtigen (Art. 78b S. 2 Kodex-E).
- 14 Siehe hierzu ausführlich *Neumann*, *N&R* 2016, 262, 264.

Mitteilung der Kommission<sup>15</sup> im Einzelnen verortet waren. Selbst wenn man hier alle wettbewerbsökonomischen Bedenken<sup>16</sup> hintanstellt und die Formulierung solcher Ziele grundsätzlich für sinnvoll erachten wollte, bleiben Zweifel an dieser Vorgehensweise. Denn es mag zwar vom heutigen Standpunkt aus in einer auf das Jahr 2025 gerichteten Perspektive vertretbar erscheinen, eine umfassende Verfügbarkeit von Netzanbindungen mit einer Kapazität von 100 Megabit pro Sekunde (Mbit/s) zu fordern, die kurzfristig auf Gigabitgeschwindigkeiten aufgerüstet werden kann. Ob das im Geltungszeitraum des letztlich frühestens bis Herbst 2020<sup>17</sup> umzusetzenden Kodex auch künftig noch den realen Gegebenheiten und Notwendigkeiten entsprechen wird, scheint aber bestenfalls offen.

Klargestellt wurde in den Trilog-Verhandlungen schließlich, dass das Konnektivitätsziel kein „Superregulierungsziel“ ist, dem sich die anderen Zielsetzungen unterordnen müssten.<sup>18</sup> Insoweit hat sich die Parlamentsposition durchgesetzt, der zufolge die Reihenfolge, in der die vier Regulierungsziele aufgelistet sind, keiner Rangfolge der Prioritäten entspricht. Darüber hinaus richten sich die Regulierungsziele – ebenfalls im Einklang mit der Position des Parlaments – jetzt nicht nur an die nationalen Regulierungsbehörden und andere zuständige Behörden sowie an GEREK, sondern auch an die Mitgliedstaaten und die Kommission. Zugleich wird die Bindung an diese Ziele – der Ratsposition folgend – ausdrücklich auf den Zusammenhang mit dem Kodex beschränkt.

### III. Marktdefinition und -analyse

#### 1. Marktdefinition

Die in Art. 62 Kodex-E-KOM enthaltene Kernvorschrift zur Marktdefinition ist im Trilog nur geringfügig geändert worden. Neben der Vorgabe an die Kommission, die Märkteempfehlung spätestens bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist zu überprüfen (Art. 62 Abs. 1 S. 5 Kodex-E), ist hier insbesondere auch die Maßgabe hinzugekommen, in den Marktanalyseleitlinien genauere Orientierungshilfen zur Anwendung des Konzepts beträchtlicher Marktmacht im spezifischen Kontext der Vorabregulierung zu geben (Art. 62 Abs. 2 Kodex-E). Darüber hinaus haben die nationalen Regulierungsbehörden bei der Definition konkreter geographischer Märkte in ihrem Staatsgebiet nunmehr ausdrücklich u. a. den Grad des Infrastrukturwettbewerbs in diesen Regionen zu berücksichtigen (Art. 62 Abs. 3 S. 1 Kodex-E). Angesichts der großen Bedeutung von Infrastrukturwettbewerb für die Wettbewerbsverhältnisse auf Netzmärkten ist diese Berücksichtigungsvorgabe in der Sache berechtigt, wäre aber wegen der evidenten Relevanz dieses Aspekts letzten Endes wohl auch verzichtbar gewesen.

In der Vorschrift über die Festlegung länderübergreifender Märkte ist es zu einer Umstellung gekommen: die Regelung in Art. 63 Abs. 1 S. 2 Kodex-E-KOM, der zufolge GEREK eine Analyse zu einem potentiellen länderübergreifenden Markt durchführen muss, wenn die Kommission oder mindestens zwei Regulierungsbehörden dies entsprechend substantiiert beantragt haben, wurde an die Spitze der Vorschrift gezogen und ist nun, sprachlich nur leicht abgewandelt, Art. 63 Abs. 1 S. 1 Kodex-E. Bedeutsamer ist jedoch die geänderte Verknüpfung mit dem anderen Teil der Regelung: Sah Art. 63 Abs. 1 S. 1 Kodex-E-KOM noch vor, dass GEREK künftig Beschlüsse zur Festlegung länderübergreifender Märkte fassen kann, ist diese Befugnis – der Position des Rates folgend – nun wieder wie in Art. 15 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG der Kommission zugeordnet, die dabei allerdings die von GEREK durchgeführte Analyse weitestgehend berücksichtigen muss. Zugleich spricht die systematische Umstellung dafür, dass ein entsprechender Beschluss künftig auch nur noch möglich sein soll, wenn eine solche Analyse von GEREK vorliegt (die wiederum einen entsprechenden Antrag der Kommission oder von mindestens zwei Regulierungsbehörden voraussetzt).

Auch für das in Art. 64 Kodex-E-KOM neu vorgesehene Verfahren zur Ermittlung einer länderübergreifenden Nachfrage hat der Trilog Änderungen zur Folge gehabt. Neben einer Verlagerung der im Kommissionsentwurf noch in Abs. 1 UAbs. 3 enthaltenen Regelung in Abs. 2 ist insbesondere die im bisherigen Abs. 2 vorgesehene Ermächtigung der Kommission zum Erlass eines Beschlusses für die Harmonisierung der technischen Spezifikationen für Vorleistungszugangsprodukte entfallen. Diese Befugnis war sowohl im Parlament als auch im

Rat auf Widerstand gestoßen. Stattdessen ist nun in Art. 64 Abs. 2 S. 3 Kodex-E neu vorgesehen, dass von GEREK erlassene Leitlinien zu gemeinsamen Vorgehensweisen der Regulierungsbehörden zur Deckung einer länderübergreifenden Nachfrage auch Orientierungshilfe für eine solche technische Harmonisierung geben können. Diese bleibt also zunächst in der unionsrechtlich nur unverbindlich angeleiteten Verantwortlichkeit der nationalen Regulierungsbehörden.

#### 2. Marktanalyse

Im Bereich der Marktanalyse ist auf entsprechendes Betreiben des Europäischen Parlaments die im Kommissionsvorschlag noch entfallene Vorschrift zur Übertragung von Marktmacht auf benachbarte Märkte (Art. 14 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG) als Art. 61 Abs. 3 Kodex-E wieder in die Vorgaben zur Bestimmung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht aufgenommen worden.

Nicht durchsetzen konnte sich das Parlament demgegenüber mit einem Vorschlag zur Ergänzung der Regelungen in Art. 61 Abs. 2 Kodex-E, mit der auf das Problem enger Oligopole reagiert werden sollte, mit dem sich die regulatorische Praxis zunehmend konfrontiert sieht. Bei solchen Oligopolen kann es schwierig sein, die zur Feststellung gemeinsamer Marktmacht erforderliche (zumindest stillschweigende) Verhaltenskoordination festzustellen, während es zugleich auch ohne eine solche Koordinierung durch sog. „nicht koordinierte“<sup>19</sup> bzw. „unilaterale“<sup>20</sup> Effekte u. U. zu ineffizienten Marktergebnissen kommen kann.<sup>21</sup> Das Parlament hatte daher eine Fiktionsregelung vorgesehen, der zufolge zwei Unternehmen auch ohne strukturelle oder anderweitige Verbindung als Unternehmen gelten sollten, die gemeinsam eine beherrschende Stellung einnehmen, wenn ihnen die Marktstruktur gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten (Art. 61 Abs. 2 UAbs. 3 S. 1 Kodex-E-EP). Zur Beurteilung dieser Frage sollten insgesamt vier Marktstrukturparameter vorgegeben werden (Art. 61 Abs. 2 UAbs. 3 S. 2 Kodex-E-EP). Dieser Vorschlag konnte sich im Trilog nicht durchsetzen, so dass die Problematik auf Ebene des Kodex auch weiterhin nicht ausdrücklich adressiert wird.<sup>22</sup>

Nur minimal geändert wurde durch den Trilog schließlich die Vorschrift zum Marktanalyseverfahren in Art. 65 Kodex-E. Das betrifft u. a. die in Abs. 2 genannten Aspekte, die von den nationalen Regulierungsbehörden bei der Marktanalyse zu berücksichtigen sein werden. Während diese Aspekte im Kommissionsentwurf in der Tendenz durchgängig auf eine zurückhaltendere Beurteilung des Regulierungsbedarfs zielten,<sup>23</sup> wurde hier nun ein wenig gegengesteuert und namentlich der besonders einseitige Aspekt in Art. 65 Abs. 2 lit. a des Entwurfs etwas entschärft. Danach sind jetzt nicht mehr nur solche Aspekte zu berücksichtigen, welche die Wahrscheinlichkeit einer Tendenz zu wirksamem Wettbewerb *erhöhen* können, sondern kommt es auf die Möglichkeit entsprechender *Auswirkungen* an, sind also auch wettbewerbsschwächende Marktentwicklungen zu berücksichtigen. Dementsprechend wurde auch die beispielhafte Bezugnahme auf „gewerbliche Ko-Investitions- oder Zugangsvereinbarungen zwischen Betreibern, die die Wettbewerbsdynamik nachhaltig

15 Kommission, Mitteilung „Konnektivität für einen wettbewerbsfähigen digitalen Binnenmarkt – Hin zu einer europäischen Gigabit-Gesellschaft“, COM (2016) 587 final, S. 5 ff.

16 Siehe *Groebel*, in: *Holznapel* (Fn. 11), S. 71, 85; *Sickmann*, N&R 2017, 129; *Sickmann/Neumann*, *Wirtschaftsdienst* 2018, 333, 339.

17 Vgl. Art. 115 Abs. 1 UAbs. 1 Kodex-E.

18 So bereits *Scherer/Heinickel*, *MMR* 2017, 71, 72, vgl. auch *Scherer/Heckmann/Heinickel/Kiparski/Ufer*, *CR* 2017, 197, 199.

19 So etwa *BKartA*, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test, 2009, S. 4.

20 So etwa *Lucidi*, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 419, 2017, S. 1; *Riesenkampff/Steinbarth*, in: *Loewenheim u. a.*, *Kartellrecht*, 3. A., 2016, Art. 2 FKVO Rn. 159.

21 Siehe *Lucidi*, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 419, 2017, S. 6 ff.; *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch*, Reformbedarf des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, 2017, S. 252 f.

22 Zu einem noch deutlicher am Fusionskontrollrecht orientierten Alternativvorschlag siehe *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch* (Fn. 22), S. 262 ff.; zurückhaltender *Lucidi*, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 419, 2017, S. 35 ff.

23 Siehe *Neumann*, N&R 2016, 262, 266.

fördern“, gestrichen. Im Übrigen bleibt es jedoch bei den zahlreichen rechtstechnischen und -politischen Kritikpunkten an der Umgestaltung der bisher in Art. 16 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG vorgesehenen Bestimmung.<sup>24</sup>

#### IV. Abhilfemaßnahmen

Besonders kontrovers diskutiert wurde nach der Vorlage des Kommissionsentwurfs der Bereich der Abhilfemaßnahmen. Das betraf nicht einmal in erster Linie die von der Kommission vorgesehene Abschaffung der Marktregulierung im Bereich der Endnutzermärkte. Dennoch hat bereits hier der Trilog zu einer wesentlichen Änderung geführt. Wie vom Rat vorgeschlagen ist die bisher in Art. 17 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG enthaltene Vorschrift über Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer als Art. 86b Kodex-E wieder in den künftigen Rechtsrahmen aufgenommen worden. Die Regelung ist weitgehend identisch mit der aktuellen Bestimmung, anders als diese aber als rein fakultative Vorgabe ausgestaltet. Die Mitgliedstaaten können daher künftig an einer Regulierung der Endnutzermärkte festhalten (sofern die engen Voraussetzungen hierfür erfüllt sind, wenn insbesondere also trotz der Vorleistungsregulierung ein Regulierungsbedarf besteht), werden hierzu aber nicht mehr verpflichtet sein.

Weitaus umstrittener war jedoch die Ausgestaltung gerade dieser Vorleistungsregulierung. Hier ist es bereits auf Ebene von Art. 66 Kodex-E als Grundnorm der Zugangsregulierung zu einer nicht unbedeutenden Klarstellung gekommen: Dem Vorschlag des Parlaments entsprechend sieht Art. 66 Abs. 2 S. 2 Kodex-E nun ausdrücklich vor, dass „[g]emäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ... die nationale Regulierungsbehörde keine Verpflichtungen auf[erlegt], die mit einem stärkeren Eingreifen verbunden sind, wenn auf die im Zuge der Marktanalyse festgestellten Probleme mit weniger belastenden Verpflichtungen reagiert werden kann“. Das scheint zunächst einen Vorrang weniger eingriffsintensiver Verpflichtungen zu etablieren, der immer dann greift, wenn diese „weicheren“ Verpflichtungen in irgendeiner Weise geeignet sind, um auf die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu reagieren. Allerdings soll die Vorgabe ausdrücklich den „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ aufgreifen. Das spricht deutlich dafür, dass auch im Lichte von Art. 66 Abs. 2 S. 2 Kodex-E die Eignung der jeweiligen Verpflichtungen eine Rolle spielt, so dass nicht etwa auch dann auf weniger eingriffsintensive und an sich durchaus geeignete Verpflichtungen zurückgegriffen werden muss, wenn zwar eingriffsintensivere, aber gleichzeitig auch wirksamere Verpflichtungen zur Verfügung stehen. Ein anderes Ergebnis würde auch die Erreichung der Regulierungsziele erschweren. Damit besagt Art. 66 Abs. 2 S. 2 Kodex-E letzten Endes nur eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit, zumal bereits Art. 66 Abs. 4 lit. b Kodex-E die Verhältnismäßigkeit der getroffenen Maßnahmen einfordert. Es dürfte sich damit um einen weiteren Fall einer überflüssigen Ausdifferenzierung der Regulierungsvorschriften handeln, der eher neue Rechtsunsicherheiten schafft als bestehende verringert und damit verzichtbar gewesen wäre.<sup>25</sup>

##### 1. Bisherige Vorabverpflichtungen

Obwohl die meisten Streitpunkte in Bezug auf die Abhilfemaßnahmen nicht in erster Linie den Kreis der schon unter dem geltenden Rechtsrahmen vorgesehenen Vorabverpflichtungen betrafen, ist es auch hier im Trilog-Verfahren – zu meist in Details – noch zu einigen Änderungen gekommen. Ausgenommen hiervon sind lediglich die Verpflichtungen zur getrennten Rechnungsführung nach Art. 69 Kodex-E, für die im Trilog keine Änderungen vorgesehen wurden.

##### a) Transparenzverpflichtungen

Demgegenüber wurde für die in Art. 67 (Abs. 1) Kodex-E geregelten Transparenzverpflichtungen – dem Vorschlag des Rates folgend – der beispielhaft umschriebene Kreis der Informationen, deren Veröffentlichung die nationalen Regulierungsbehörden Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht aufgeben können, mit Blick auf künftig erwartete Entwicklungen der Netzmerkmale im Allgemeinen und eine Migration von herkömmlichen Infrastrukturen ergänzt.

Zugleich wurde – insoweit die Position des Parlaments (Art. 67 Abs. 3a Kodex-E-EP) aufgreifend – in Art. 67 Abs. 4 UAbs. 2 S. 1 Kodex-E vorgesehen, dass die nationalen Regulierungsbehörden gegenüber Betreibern, die Verpflichtungen nach Art. 70 oder 71 Kodex hinsichtlich des Zugangs zur Netzinfrastruktur auf der Vorleistungsebene unterliegen, die Festlegung wesentlicher Leistungsindikatoren („key performance indicators“) – wo geboten – und entsprechender Leistungsniveaus („service levels“) sicherstellen, die sie eng überwachen und deren Einhaltung sie sicherstellen müssen. Darüber hinaus werden die nationalen Regulierungsbehörden nun auch ausdrücklich ermächtigt, in diesem Kontext Vertragsstrafen vorzugeben, sofern dies notwendig ist (Art. 67 Abs. 4 UAbs. 2 S. 2 Kodex-E).

##### b) Gleichbehandlungsverpflichtungen

Eine begrüßenswerte Klarstellung ist bei den Gleichbehandlungsverpflichtungen nach Art. 68 Kodex-E erfolgt. Hier war in Art. 68 Abs. 2 S. 2 Kodex-E-KOM eine unglückliche Formulierung gewählt worden, die Anlass zu einem (Miss-) Verständnis in Bezug auf die Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden zur Gewährleistung der Gleichwertigkeit von Vorleistungen („Equivalence of Input“, EoI) geben konnte.<sup>26</sup> Durch eine diesbezügliche Streichung ist jetzt klargestellt, dass sich diese Befugnis nicht auf solche Fälle beschränkt, in denen der Betreiber „neue Systeme“ einsetzt.

##### c) Zugangsverpflichtungen

Korrigiert wurden auch Neuerungen, die der Kommissionsentwurf in Art. 71 Kodex-EG-KOM hinsichtlich der bislang in Art. 12 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG geregelten Verpflichtungen in Bezug auf den Zugang zu bestimmten Netzeinrichtungen und deren Nutzung eingeführt hatte. Insbesondere wurde – auf gemeinsames Betreiben von Parlament und Rat – der formelle Vorrang, der künftig für Verpflichtungen in Bezug auf den Zugang zu baulichen Anlagen (nach der neu geschaffenen Vorschrift in Art. 70 Kodex-E) gegenüber anderen Formen des Infrastrukturzugangs gelten sollte (Art. 71 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 Kodex-E-KOM), zu einem bloßen Prüfauftrag an die nationale Regulierungsbehörde herabgestuft.<sup>27</sup> Diese muss nun lediglich bei der Ausübung ihres Regulierungsermessens überprüfen, ob die alleinige Auferlegung von Verpflichtungen zum Zugang zu baulichen Anlagen ein verhältnismäßiges Mittel zur Förderung des Wettbewerbs und der Endnutzerinteressen darstellt, wenn sie erwägt, zusätzlich Verpflichtungen nach Art. 71 Kodex-E aufzuerlegen (Art. 71 Abs. 2 UAbs. 2 Kodex-E). Damit wird den nationalen Regulierungsbehörden wieder mehr Raum gegeben, auch auf das zwar eingriffsintensivere, zugleich aber auch wirksamere Mittel einer Zugangsverpflichtung nach Art. 71 Kodex-E zurückzugreifen. Fraglich bleibt alleine, ob es dieser neuen Vorgabe überhaupt noch bedurft hätte. Denn die nationalen Regulierungsbehörden müssen bei der Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit von Zugangsverpflichtungen ohnehin stets prüfen, ob nicht bereits weniger weitreichende Maßgaben ausreichen (vgl. Art. 71 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 Kodex-E). Art. 66 Abs. 2 S. 2 Kodex-E hat diese Ausprägung des Verhältnismäßigkeits-

24 Siehe im Einzelnen Neumann, N&R 2016, 262, 265 f.

25 Zu dieser Problematik siehe etwa Neumann/Sickmann/Alkas/Koch (Fn. 22), S. 243 f.

26 Siehe Neumann, N&R 2016, 262, 267.

27 Kritisch zu Art. 71 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 Kodex-E-KOM bereits Neumann, N&R 2016, 262, 267; Scherer/Heckmann/Heinickel/Kiparski/Ufer, CR 2017, 197, 200 f.; zustimmend demgegenüber Eckhardt/Barran/Van Roosebeke, cepAnalyse Nr. 36/2016, S. 4.

grundsatzes sogar auch noch einmal an zentraler Stelle ausdrücklich verankert (siehe dazu oben, eingangs IV.).

Wieder eingeführt wurde im Trilog-Verfahren überdies die explizite Nennung einer Verpflichtung zum Angebot von Weiterverkaufsprodukten („Resale“) als einer der in Betracht kommenden Zugangsverpflichtungen (Art. 71 Abs. 1 UAbs. 2 lit. ca Kodex-E). Im Kommissionsentwurf sollte diese ausdrückliche Ermächtigung abweichend von der geltenden Rechtslage noch gestrichen werden. Zwar wäre es wegen des nur beispielhaften Charakters der Aufzählung wohl auch in diesem Falle möglich geblieben, solche Verpflichtungen im Einzelfall aufzuerlegen.<sup>28</sup> Die jetzige Wiederherstellung des Status quo, die ebenfalls sowohl der Rat als auch das Parlament für sinnvoll erachtet hatten, vermeidet aber diesbezügliche Unklarheiten und Rechtsunsicherheit.

Neben weiteren kleineren, zumeist eher kosmetischen Änderungen an den beispielhaft genannten Zugangsverpflichtungen in Art. 71 Abs. 1 UAbs. 2 Kodex-E<sup>29</sup> hat der Trilog überdies zu Anpassungen bei den Vorgaben für die Entscheidung über die Auferlegung und Auswahl von Zugangsverpflichtungen in Abs. 2 der Vorschrift geführt. Auch hier beschränken sich die Modifikationen aber vor allem auf Schärfungen in einzelnen Details. Lediglich das Erfordernis, für Technologieneutralität zu sorgen, das auf Wunsch des Parlaments Eingang in Art. 71 Abs. 1 UAbs. 1 lit. ba Kodex-E gefunden hat, geht darüber hinaus, ändert aber letzten Endes auch nichts an dem weiterhin ergebnisoffenen Abwägungsprogramm.

#### d) Verpflichtungen zur Preiskontrolle und Kostenrechnung

Nur minimal sind schlussendlich die Änderungen in den Vorgaben für Verpflichtungen zur Preiskontrolle und Kostenrechnung gemäß Art. 72 Kodex-E ausgefallen, die sich aus den Trilog-Verhandlungen ergeben haben: Zum einen sollen Kostendeckungsmechanismen und Tarifsysteme künftig nicht nur für die „Verbraucher“, sondern für die „Endnutzer“ dauerhaft möglichst vorteilhaft sein (Art. 72 Abs. 2 S. 1 Kodex-E). Und zum anderen wurde die im Kommissionsentwurf erstmals vorgesehene Abwägungsvorgabe in Art. 72 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 Kodex-E der Position des Rates entsprechend um die Notwendigkeit der Wettbewerbsförderung ergänzt. Die bislang doch in erster Linie eher an dem neuen Konnektivitätsziel ausgerichtete Vorgabe erfährt so eine begrüßenswerte Rückanbindung an das vielschichtigere Zielbündel aus Art. 3 Abs. 2 Kodex-E und insbesondere an das für die Erreichung der anderen Regulierungsziele besonders bedeutsame Wettbewerbsziel<sup>30</sup>. Diese ausgewogenere Abwägungsanleitung steht im Einklang damit, dass im Trilog-Verfahren ein etwaiger Vorrang des Konnektivitätsziels ausdrücklich ausgeschlossen wurde (siehe oben, unter II. 2.).

Nicht durchsetzen konnte sich der Rat demgegenüber mit dem weiteren Vorschlag, das an sich strikte Entgeltregulierungsverbot zu flexibilisieren, welches Art. 72 Abs. 1 UAbs. 3 Kodex-E in weiterführender Verdichtung von Ziff. 48 und 49 der Nichtdiskriminierungsempfehlung 2013/466/EU für den Fall vorsieht, dass ein nachweisbarer Preisdruck bei den Endkundenpreisen herrscht und dass nach den Art. 67 bis 71 des Kodex auferlegte Verpflichtungen einen effektiven und nicht diskriminierenden Zugang gewährleisten. Diese abwägungsfeste Rechtsfolge erscheint eher systemfremd und jedenfalls auf den ersten Blick nicht unproblematisch.<sup>31</sup> Allerdings ist im Wortlaut der Vorschrift eine Entscheidungsprärogative der nationalen Regulierungsbehörden auf Tatbestandsseite angelegt („wenn sie [= die nationalen Regulierungsbehörden] feststellen, dass“), der nach deutscher Verwaltungsrechtsdogmatik als Beurteilungsspielraum zu qualifizieren sein dürfte. Damit bleibt den Regulierungsbehörden hier jedenfalls auf der entscheidungsvorgelagerten Ebene eine gewisse Restflexibilität erhalten.

#### e) Funktionelle Trennung

Die bisher in Art. 13a der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG vorgesehene Befugnis, Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen zur funktionellen Trennung zu verpflichten, sollte bereits nach Art. 75 Kodex-E-KOM unverändert in den neuen Rechtsrahmen übernommen werden. Hieran hat auch das Trilog-Verfahren nichts geändert. Die auch weiterhin als außerordentliche Maßnahme konzipierte Regelung, die nur als Ultima Ratio ergriffen werden darf, wird in Art. 66 Kodex-E nun aber wieder ihrer Bedeutung entsprechend nicht als gleichwertiger Bestandteil des „regulatorischen

Instrumentenkastens“ behandelt, sondern eben als eine solche Maßnahme, die nur zu ergreifen ist, wenn die Anwendung der üblichen Regulierungsinstrumente zu keinen ausreichenden Ergebnissen geführt hat. Die Wiederherstellung dieser rechtssystematischen Differenzierung ist sinnvoll.<sup>32</sup>

## 2. Neue Vorabverpflichtung

Art. 70 Kodex-E-KOM hatte mit dem Zugang zu baulichen Anlagen eine neue Vorabverpflichtung eingeführt.

Diese hatte bei Lichte betrachtet allerdings in Wirklichkeit nicht zu einer Erweiterung des regulatorischen Instrumentenkastens geführt.<sup>33</sup> Denn bereits der allgemeine Zugangsanspruch nach Art. 12 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG (der in Art. 71 Kodex-E-KOM fortgeschrieben wurde) umfasst den Zugang zu physischen Infrastrukturen wie Gebäuden, Leitungsrohren und Masten (vgl. Art. 2 UAbs. 2 lit. a der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG bzw. Art. 2 Nr. 28 Kodex-E) sowie 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 bzw. Art. 2 Nr. 10 Kodex-E). Dennoch ist auch im Trilog abgesehen von kleineren eher redaktionellen Änderungen an dieser weitgehend überflüssigen, schlimmstenfalls schädlichen Regelung festgehalten worden. Ihr primärer Nutzen dürfte damit darin liegen, das Prüfprogramm für die Auferlegung von Verpflichtungen für den Zugang zu baulichen Anlagen künftig von dem expliziten Abwägungsaufwand nach Art. 71 Abs. 2 Kodex-E zu entlasten.

Durch die im Trilog-Verfahren vereinbarten Änderungen wird zudem im Wortlaut von Art. 70 Abs. 1 Kodex-E – auf Initiative des Rates – eine Einschätzungsprärogative der Regulierungsbehörde angelegt („wenn ... die nationale Regulierungsbehörde zu der Schlussfolgerung kommt“<sup>34</sup>). Und für das Abwägungsprogramm reicht es nun – der Position des Parlaments folgend – aus, dass die Verweigerung des Zugangs (zu angemessenen Bedingungen) die Entwicklung eines dauerhaft wettbewerbsgeprägten Marktes behindern würde. Es geht also nicht mehr wie noch in Art. 70 Abs. 1 Kodex-E-KOM nur um einen nachhaltigen Wettbewerb auf einem Endnutzermarkt. Das erscheint angesichts der in Zeiten von Bitstrom- und Weiterverkaufsprodukten zunehmend bedeutsamen vertikalen Anordnung der Telekommunikationsmärkte sinnvoll.

## 3. Vorgaben für die Auswahl und Ausgestaltung von Vorabverpflichtungen

Der Kommissionsvorschlag hatte überdies in Art. 73, 74 und 77 Kodex-E-KOM neue Bestimmungen eingeführt, mit denen letzten Endes (weitreichende) Vorgaben für die Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörden über die Auferlegung von Vorabverpflichtungen getroffen werden sollten. Während

28 Neumann, N&R 2016, 262, 267.

29 U. a. wurde der Position des Parlaments entsprechend die Nennung einer möglichen Verpflichtung, Einrichtungen für per Software emulierte Netze („Software Emulated Networks“) bereitzustellen, die von der Kommission in Art. 71 Abs. 1 UAbs. 2 lit. f Kodex-E-KOM vorgeschlagen worden war, wieder gestrichen. Das ist aber unschädlich, da entsprechende Einrichtungen ohnehin dem weiten Zugangsbegriff unterfallen, vgl. entsprechend für softwaredefinierte Netze („Software Defined Networks“, SDN) Neumann/Sickmann/Alkas/Koch (Fn. 22), S. 249 f. Dass hieran auch die nun erfolgte Streichung nichts ändert, wird ganz deutlich durch die ebenfalls im Trilog-Verfahren vorgenommene Ergänzung in Erwägungsgrund 14 S. 1 Kodex-E, der zufolge die Reform gerade auch dazu dient, mit technologischen Entwicklungen Schritt zu halten, einschließlich neuer Formen der Netzverwaltung wie beispielsweise durch Software emulierte oder softwaredefinierte Netze.

30 Zu dieser speziellen Bedeutung des Wettbewerbsziels siehe Neumann/Sickmann/Alkas/Koch (Fn. 22), S. 86 ff.

31 Siehe bereits Neumann, N&R 2016, 262, 267 f.; kritisch auch Scherer/Heckmann/Heinickel/Kiparski/Ufer, CR 2017, 197, 201.

32 Siehe die entsprechende Kritik am Kommissionsentwurf bei Neumann, N&R 2016, 262, 268.

33 Ausführlicher Neumann, N&R 2016, 262, 268.

34 Im englischen Original: „where ... the national regulatory authority concludes“.

Art. 74 und 77 Kodex-E nach wie vor in Art. 66 Abs. 2 des Richtlinienvorschlages als zentraler Umschaltnorm in einem Atemzug mit Art. 67 bis 72 Kodex-E als Ermächtigungsgrundlagen für Vorabverpflichtungen genannt werden, was die Funktion dieser neuen Regulierungsinstrumente nicht ganz zutreffend widerspiegelt,<sup>35</sup> ist zumindest Art. 73 Kodex-E hier nicht mehr genannt.

#### a) Terminierungsentgelte

Diese Vorschrift betrifft den regulierungspraktisch besonders bedeutsamen Fall der Entgelte für die Anrufzustellung in festen und mobilen Netzen. Sah der Kommissionsentwurf noch vor, dass für die Auferlegung diesbezüglicher Verpflichtungen jedenfalls zunächst die nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen des üblichen Verfahrens der Marktregulierung zuständig bleiben sollten, wird die künftige Regulierung der Terminierungsentgelte nun – der Position des Rates folgend – von vornherein einem Sonderregime unterstellt. Nach Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 Kodex-E wird die Kommission bis Ende 2020 delegierte Rechtsakte (vgl. Art. 290 AEUV) erlassen, mit denen jeweils ein einheitliches EU-weites Terminierungshöchstentgelt für die Anrufzustellung im Mobilfunk und im Festnetz festgesetzt wird. Dabei muss sich die Kommission nach Art. 73 Abs. 1 UAbs. 2 tir. 1 Kodex-E u. a. an die Grundsätze, Kriterien und Parameter halten, die in Anhang III des Kodex-E normiert sind und den Vorgaben in Art. 73 Abs. 1 sowie Anhang III des Kodex-E-KOM entsprechen, so dass der gegenwärtig in der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG vorgesehene Maßstab der reinen Zusatzkosten<sup>36</sup> zur richtlinienrechtlich verbindlichen Maßgabe aufgewertet wird.

Während Art. 73 Abs. 2 Kodex-E-KOM noch vorsah, dass die von der Kommission festgesetzten Entgeltobergrenzen von den nationalen Regulierungsbehörden den entsprechend marktmächtigen Betreibern auferlegt werden sollten, werden die nun vorgesehenen Entgeltobergrenzen unmittelbar für alle Betreiber gelten, die auf den Mobilfunk- bzw. Festnetzterminierungsmärkten in der EU tätig sind. Den nationalen Regulierungsbehörden bleibt damit nur noch die Aufgabe, die Einhaltung dieser Entgeltobergrenzen zu überwachen (Art. 73 Abs. 3 S. 1 Kodex-E), im Falle der Nichteinhaltung den betreffenden Betreiber von Anrufzustellungsdiensten zur Anpassung seiner Entgelte zu verpflichten (Art. 73 Abs. 3 S. 2 Kodex-E) sowie GEREK und der Kommission einmal jährlich Bericht zu erstatten (Art. 73 Abs. 3 S. 3 Kodex-E).

Für den Terminierungsbereich erhält die Kommission damit nun endgültig die Position eines „Superregulierers“ mit unmittelbarem Durchgriffsrecht auf die mitgliedstaatliche Ebene. Unabhängig von der Frage, wie man diesen Umstand bewerten möchte, wirft die Einbettung dieser Kompetenz in das dezentrale, marktmachtabhängige und an konkreten Wettbewerbsproblemen ausgerichtete Regulierungssystem der Art. 61 ff. Kodex-E nicht unerhebliche Kohärenzprobleme auf.<sup>37</sup> Diese werden durch die Änderungen im Trilog – insbesondere durch die explizite Entkopplung von dem marktanalysegestützten Regulierungsverfahren – noch einmal erheblich verschärft. Jedenfalls auf den ersten Blick gelten die Entgeltvorgaben der Kommission künftig für alle Betreiber, die in der EU auf einem Markt für die Anrufzustellung tätig sind, unabhängig von der Regulierungsbedürftigkeit dieses Marktes (im Lichte des Drei-Kriterien-Tests) und der Marktmacht des betreffenden Betreibers, und damit auch unabhängig davon, ob der betreffende Betreiber überhaupt regulatorischen Vorabverpflichtungen unterliegt. Lediglich die Vorgabe konkreter Höchstentgelte im Richtlinienentwurf selbst, die im Kommissionsentwurf noch vorgesehen war, ist nun entfallen.<sup>38</sup>

Die Kommission ist nach Art. 73 Abs. 2 S. 2 Kodex-E verpflichtet, die delegierten Rechtsakte alle fünf Jahre zu überprüfen. Hierbei muss sie auch überprüfen, ob EU-weite Entgeltobergrenzen überhaupt noch notwendig sind, wobei sie hierfür dann auf den Drei-Kriterien-Test nach Art. 65 Abs. 1 Kodex-E zurückzugreifen hat (nicht aber auf eine Untersuchung bestehender Marktmacht). Sofern die Kommission hierbei zu dem Schluss kommt, dass es keiner EU-weiter Entgeltobergrenzen mehr bedarf, unterfallen die betreffenden Märkte (auch insoweit wieder) dem Marktanalyseverfahren durch die nationalen Regulierungsbehörden (Art. 73 Abs. 2 S. 3 Kodex-E), wobei etwaige Verpflichtungen in Bezug auf kostenorientierte

Terminierungsentgelte den Anforderungen aus Anhang III zum Kodex-E genügen müssen (Art. 73 Abs. 2 S. 4 Kodex-E).

#### b) Neue Netzelemente

Besonders kontrovers wurde im bisherigen Gesetzgebungsprozess die Regelung für den Umgang mit neuen Netzelementen diskutiert, die von der Kommission in Art. 74 Kodex-E-KOM vorgesehen war. Um Anreize für den Ausbau neuer hochleistungsfähiger Netzinfrastrukturen auf Grundlage von Koinvestitionsvorhaben zu setzen, sollten marktmächtige Betreiber hier unter bestimmten Voraussetzungen in den Genuss partieller Regulierungsferien kommen. Dementsprechend umstritten war die Ausgestaltung dieses Anreizinstruments, wogegen seine grundsätzliche Notwendigkeit im politischen Prozess nicht mehr nachhaltig in Zweifel gezogen wurde, obwohl der flexible Regulierungsansatz des europäischen Rechtsrahmens entsprechende Regulierungserleichterungen auch ohne diesbezügliche Anpassungen erlaubt hätte.<sup>39</sup>

Die z.T. stark gegensätzlichen Positionen, die Kommission, Parlament und Rat in Bezug auf die Behandlung von Koinvestitionsvorhaben beim Netzausbau eingenommen hatten, haben zu einer grundsätzlichen Umgestaltung der Richtlinienvorschrift geführt. Dabei wurden u. a. die wesentlichen Verfahrensvorgaben in eine allgemeinere Vorschrift zum Umgang mit Verpflichtungszusagen ausgelagert, deren Anwendungsbereich über den in Art. 74 Kodex-E geregelten Fall von Koinvestitionsvereinbarungen hinausreicht (siehe dazu noch später, unter 5.). Vor allem aber wurden die Voraussetzungen und Abwägungsvorgaben für regulatorische Erleichterungen in Bezug auf neue Netzelemente weitgehend umgestaltet.

Zunächst wurde der Anwendungsbereich von Art. 74 Kodex-E – in Weiterentwicklung der Position des Parlaments – auf den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität beschränkt, die aus Glasfaserelementen bis zum Grundstück des Endnutzers oder bis zur Funkbasisstation bestehen.<sup>40</sup> Damit wird insbesondere ein Netzausbau unter Rückgriff auf Brückentechnologien, bei denen ein Glasfaserausbau etwa nur bis zu den Kabelverzweigern (Fiber To The Curb, FTTC) erfolgt, von den expliziten Privilegierungsmöglichkeiten ausgeschlossen, obwohl auch durch einen solchen Netzausbau letzten Endes der Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität gefördert werden kann.<sup>41</sup> Lässt sich diese Weichenstellung mit Blick auf den weitergehenden Beitrag eines rein glasfaserbasierten Netzausbaus u.U. noch regulierungspolitisch nachvollziehen,<sup>42</sup> gerät die technologiespezifische Privilegierung reiner Glasfasernetze jedenfalls in ein offenes Spannungsverhältnis zu der Definition eines Netzes mit sehr hoher Kapazität in Art. 2 Nr. 2

35 Siehe dazu bereits Neumann, N&R 2016, 262, 269.

36 Zu diesem zuletzt EuGH, N&R 2018, 107, 108 = ECLI:EU:C:2017:989, Rn. 36 f. (Urt. v. 20.12.2017 – Rs. C-277/16) m. Anm. Neumann, N&R 2018, 111.

37 Vgl. Neumann, N&R 2016, 262, 269.

38 Stattdessen verweist Art. 73 Abs. 1 UAbs. 2 tir. 2 Kodex-E nun als Obergrenze grundsätzlich auf das höchste Terminierungsentgelt, das in einem Mitgliedstaat sechs Monate vor Verabschiedung des Rechtsaktes in Kraft war.

39 Siehe zum Ganzen ausführlich Sickmann/Neumann, K&R 2018, 92, sowie Gerpott, K&R 2016, 801, 804 f.; Neumann, N&R 2016, 262, 269 f.

40 Im Entwurfstext heißt es: „the deployment of a new very high capacity network that consists of optical fibre elements up to the end-user premises or base station“.

41 Vgl. Sickmann/Neumann, K&R 2018, 92, 97.

42 Zweifel bestehen freilich insoweit, als ein Glasfaserausbau zu einer Basisstation ausdrücklich in den Anwendungsbereich von Art. 74 Kodex-E fällt, nicht aber ein Glasfaserausbau zu einem Kabelverzweiger, obwohl es z.B. in Deutschland rund 300 000 Kabelverzweiger, aber nur etwas über 75 000 Funkbasisstationen gibt, die flächendeckende Erschließung aller Kabelverzweiger mit Glasfaser also durchaus aufwendiger sein dürfte als eine flächendeckende Erschließung aller Funkbasisstationen. Mit der Einführung von 5G wird sich zwar die Zahl der Funkbasisstationen und damit der entsprechende Aufwand eines Glasfaserausbaus erheblich erhöhen. Art. 74 Kodex-E gilt aber nicht nur für Funkbasisstationen eines 5G-Netzes.

Kodex-E, die zwar ein Glasfasernetz als Vergleichsmaßstab wählt, aber technologieneutral offen formuliert ist.<sup>43</sup>

Neu aufgenommen in den Normtext wurde eine Konkretisierung der in Frage kommenden Koinvestitionszusagen. In einer – nur beispielhaften („for example“) – Aufzählung werden das Angebot von Miteigentum („offering co-ownership“) und einer langfristigen Risikoteilung („long-term risk sharing“) genannt. Damit wird klargestellt, dass eine Koinvestition auch vorliegt, wenn letzten Endes nur der marktmächtige Betreiber investiert (und Eigentum an den Netzbestandteilen erwirbt), sein Investitionsrisiko aber wirtschaftlich von Zugangsnachfragern mitgetragen wird.<sup>44</sup>

Die im bisherigen Verfahren sehr umstrittenen Kriterien, denen eine Koinvestitionszusage genügen muss, sind nunmehr in Art. 74 Abs. 1 UAbs. 2 Kodex-E enthalten. Danach muss eine solche Zusage

- a) während der Lebenszeit des Netzes jedem Anbieter von elektronischen Kommunikationsdiensten und/oder -netzen offenstehen,
- b) es anderen Koinvestoren erlauben, auf den nachgelagerten Märkten, auf denen der marktmächtige Betreiber tätig ist, mit diesem langfristig in einen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb zu treten, und hierfür bestimmte wettbewerbssichernde Voraussetzungen erfüllen,
- c) von dem marktmächtigen Betreiber rechtzeitig und von nicht vertikal getrennten Betreibern grundsätzlich mindestens sechs Monate vor dem Beginn des Netzausbaus veröffentlicht werden,
- d) Zugangsinteressenten, die sich nicht an der Koinvestition beteiligen, dieselbe Qualität, Geschwindigkeit und Bedingungen und Zugang zu denselben Endnutzern wie vor dem Aufbau einräumen, verbunden mit einem Anpassungsmechanismus, der sicherstellt, dass die Nachfrager Zugriff auf die Netzelemente mit sehr hoher Kapazität zu einem Zeitpunkt und zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen erhalten, die das von den Koinvestoren zu verschiedenen Zeitpunkten des Netzausbaus eingegangene Risiko angemessen widerspiegeln und die Wettbewerbssituation auf den Endnutzermärkten berücksichtigen,
- e) den Mindestanforderungen nach Anhang IV zum Kodex-E entsprechen<sup>45</sup> und nach Treu und Glauben abgegeben werden.

Bei der besonders sensiblen Frage der Zugangsrechte für Außenstehende hat der Trilog somit zu einem Kompromiss zwischen den beiden Positionen geführt, indem Außenstehende zwar Zugriff auf die neuen technologischen Möglichkeiten erhalten, die mit dem Netzausbau einhergehen, dies aber erst mit zeitlichem Versatz und ggf. zu differenzierten Bedingungen. Damit werden einerseits Anreize für Koinvestitionen gewahrt und andererseits die wettbewerblichen Möglichkeiten von Außenstehenden auch langfristig grundsätzlich abgesichert, was als Interessenausgleich vertretbar erscheint.<sup>46</sup>

Kommt die nationale Regulierungsbehörde zu dem Schluss,<sup>47</sup> dass eine Koinvestitionszusage den in Art. 74 Abs. 1 UAbs. 2 Kodex-E genannten Kriterien entspricht, muss sie die betreffende Zusage für verbindlich erklären und darf in Bezug auf die Teile des Netzes mit sehr hoher Kapazität, auf die sich die Zusage bezieht, keine zusätzlichen Vorabverpflichtungen auf Grundlage von Art. 66 Kodex-E auferlegen (Art. 74 Abs. 2 UAbs. 2 Kodex-E). Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass zumindest ein potentieller Koinvestor eine Koinvestitionsvereinbarung mit dem marktmächtigen Betreiber abgeschlossen hat.<sup>48</sup> Damit hat sich das Parlament in diesem wichtigen Punkt durchgesetzt, das sich im Gegensatz zu Kommission und Rat nicht mit dem bloßen Angebot des marktmächtigen Unternehmens auf Abschluss einer Vereinbarung begnügen wollte.<sup>49</sup>

Dafür ist es jedoch – entgegen der Forderung des Parlaments – bei einer grundsätzlich obligatorischen Regulierungsfreistellung geblieben: Erfüllt eine Koinvestitionszusage die Voraussetzungen von Art. 74 Abs. 1 Kodex-E (nach Einschätzung der nationalen Regulierungsbehörde), muss von einer

weitergehenden Marktregulierung in Bezug auf die betreffenden Netzbestandteile abgesehen werden. Anknüpfend an die Position des Rates macht Art. 74 Abs. 3 Kodex-E von dieser zwingenden Rechtsfolge jedoch eine Ausnahme: In besonders begründeten Fällen darf eine nationale Regulierungsbehörde auch insoweit regulatorische Vorabverpflichtungen auferlegen, um erheblichen Wettbewerbsproblemen auf bestimmten Märkten zu begegnen, wenn das angesichts der spezifischen Merkmale dieser Märkte erforderlich ist. Durchgesetzt hat sich damit letzten Endes eine Kompromisslösung, die grundsätzlich Rechts- und Planungssicherheit verspricht, Eingriffe zum Schutz des Wettbewerbs aber zulässt.<sup>50</sup>

Darüber hinaus stellt Art. 74 Abs. 2 UAbs. 2 Kodex-E nunmehr ausdrücklich klar, dass auch Zusagen und Vereinbarungen, die nicht den in Art. 74 Abs. 1 Kodex-E genannten Kriterien entsprechen, wegen ihrer etwaigen Auswirkungen auf den Wettbewerb bei der Marktanalyse nach Art. 65 Kodex-E und bei der Entscheidung über die Auferlegung von Vorabverpflichtungen nach Art. 66 Kodex-E berücksichtigt werden können. Damit wird einer diesbezüglichen Rechtsunsicherheit vorgebeugt<sup>51</sup> und zugleich das Regulierungsermessen der nationalen Regulierungsbehörden gestärkt.

### c) Vertikal getrennte Unternehmen

Keine vollständige Regulierungsfreistellung, aber eine grundsätzliche Beschränkung auf Zugangsverpflichtungen nach Art. 70 und 71 Kodex-E hatte der Kommissionsentwurf in Art. 77 für vertikal getrennte Unternehmen, also reine Vorleistungsanbieter bzw. „Wholesale-only“-Betreiber, vorgesehen. Diese Regelung ist im Trilog grundsätzlich beibehalten worden. Sie wurde jedoch in ihren Voraussetzungen dahingehend verschärft, dass die Beschränkung auf den Vorleistungsbereich und der Ausschluss von Tätigkeiten in jeglichen Endnutzermärkten für elektronische Kommunikationsdienste in der EU nun auch auf Anteilseigner erstreckt wurde, die in der Lage sind, Kontrolle über das evtl. zu privilegierende Unternehmen auszuüben (Art. 77 Abs. 1 lit. a Kodex-E).

43 Siehe dazu *Scherer/Heinickel*, MMR 2017, 71, 72; kritisch zur technologiespezifischen Privilegierung von Glasfasernetzen auch *Kopf/Vidal*, MMR 2018, 22, 24 f.

44 Art. 74 Abs. 1 UAbs. 1 Kodex-E nennt hier zwei Arten einer solchen wirtschaftlichen Risikoteilung: eine Kofinanzierung („co-financing“) und den Abschluss von Verträgen über die Abnahme von Zugangsleistungen, die besondere Rechte mit strukturellem Charakter begründen („purchase agreements giving rise to specific rights of a structural character“), so dass der bloße Bezug von Netzkapazität nicht ausreicht, siehe Erwägungsgrund 184 Abs. 1 S. 3 f. Kodex-E.

45 Diese Kriterien können als Ergebnis der Trilog-Verhandlungen nun von den nationalen Regulierungsbehörden ergänzt werden, soweit dies im Lichte besonderer örtlicher Bedingungen und Marktstruktur erforderlich ist, um sicherzustellen, dass die Koinvestition für potentielle Investoren zugänglich ist.

46 Siehe bereits *Sickmann/Neumann*, K&R 2018, 92, 97; a.A. (Regulierungsfreistellung für Glasfasernetze fordernd) *Deutsche Glasfaser u.a.*, Eckpunkte für mehr Investitionen und Kooperationen bei FTTH/B-Netzen durch Verzicht auf Regulierung, 2017, S. 2 Ziff. 10; *Kopf/Vidal*, MMR 2018, 22, 25.

47 Der Wortlaut des Kodexentwurfs („[i]f the national regulatory authority concludes“) legt hier eine Einschätzungsprärogative der nationalen Regulierungsbehörden nahe, was mit Blick auf die investitionsfördernde Zielsetzung der Vorschrift auch sinnvoll erscheint, siehe *Sickmann/Neumann*, K&R 2018, 92, 95 f. Nach Art. 74 Abs. 4 Kodex-E wird GEREK in enger Zusammenarbeit mit der Kommission Leitlinien erlassen, um eine einheitliche Anwendung der Kriterien in Art. 74 Abs. 1 und Anhang IV durch die nationalen Regulierungsbehörden zu gewährleisten.

48 Vor Abschluss einer solchen Vereinbarung sind entsprechende Maßnahmen Erwägungsgrund 184 Abs. 2 S. 2 Kodex-E zufolge nur unter der (aufschiebenden) Bedingung möglich, dass es zu einem derartigen Vertragsschluss kommt.

49 Ausführlich *Sickmann/Neumann*, K&R 2018, 92, 96; siehe auch die entsprechende Forderung von *Scherer/Heckmann/Heinickel/Kiparski/Ufer*, CR 2017, 197, 201.

50 Siehe bereits *Sickmann/Neumann*, K&R 2018, 92, 95.

51 Siehe etwa *Kopf*, Breitbandausbau: EU-Reformen vernachlässigen Investitionen in neue Netze, Blog.Telekom-Beitrag v. 2.6.2017; dagegen *Sickmann/Neumann*, Deregulierung und Verbraucherwohlfahrt auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt, 2017, S. 196; vgl. auch *Neumann*, N&R 2016, 262, 270.

Zugleich wurde die Rechtsfolge in Art. 77 Abs. 2 Kodex-E abgeschwächt, so dass die nationalen Regulierungsbehörden gegenüber vertikal getrennten Unternehmen nicht mehr auf Zugangsverpflichtungen zu baulichen Anlagen nach Art. 70 Kodex-E und Netzeinrichtungen nach Art. 71 Kodex-E beschränkt sind. Zwar kommen Zugangsverpflichtungen nach Art. 70 Kodex-E nicht mehr in Betracht; dafür werden nun in Übernahme der Position des Rates aber auch Gleichbehandlungsverpflichtungen nach Art. 68 Kodex-E und sogar Verpflichtungen in Bezug auf die Preiskontrolle möglich sein, wobei sich letztere jedoch auf Vorgaben für eine gerechte und angemessene Preisgestaltung beschränken müssen, insbesondere also grundsätzlich wohl keine Vorgaben zur kostenorientierten Entgelterhebung umfassen dürfen. Während die Einbeziehung von Gleichbehandlungsverpflichtungen eher zweifelhaft erscheint, da bei Einhaltung der tatbestandlichen Anforderungen an die vertikale Trennung eigentlich gerade keine Anreize zu einer Diskriminierung einzelner Nachfrager bestehen sollten, reagiert die Erstreckung auf eine zumindest basale Entgeltkontrolle auf nachvollziehbare Wettbewerbsgefahren.<sup>52</sup>

Aus Betreibersicht wird das neue Regulierungsmodell durch diese Erhöhung der potentiellen Regulierungsintensität bei gleichzeitiger Verschärfung der Privilegierungsvoraussetzungen<sup>53</sup> vermutlich (weiter<sup>54</sup>) an Attraktivität verlieren. Gerade angesichts dieser Ergebnisse des Trilogs stellt sich damit die Frage, ob es einer umfassenden Sonderregelung überhaupt bedürft hätte oder ob es den nationalen Regulierungsbehörden nicht auch bereits bei Ausübung ihres allgemeinen Regulierungsermessens möglich gewesen wäre, entsprechenden Geschäftsmodellen hinreichend flexibel Rechnung zu tragen.

#### 4. Migration von herkömmlichen Infrastrukturen

In einzelnen Details geschärft wurde außerdem die Vorschrift in Art. 78 Kodex-E-KOM, mit der sichergestellt werden soll, dass ein marktmächtiger Betreiber der Vorabregulierung unterliegende Netzbestandteile nur dann außer Betrieb nimmt, wenn der Betreiber ein angemessenes Verfahren zur Migration auf alternative Zugangsprodukte bereitstellt, soweit dies für die Bewahrung des Wettbewerbs und Wahrung der Rechte der Endnutzer erforderlich ist. Als Ergebnis des Trilogs wird nun im Normtext klargestellt, dass die Vorschrift nicht nur bei der Außerbetriebnahme herkömmlicher Netzbestandteile, sondern auch bei ihrer Ersetzung durch neue Infrastruktureinrichtungen greift. Das erscheint zur Vermeidung diesbezüglicher Missverständnisse und Rechtsunsicherheiten sinnvoll, lenkt den Blick aber zugleich auf die Frage, wie sich die Vorgaben aus Art. 78 Kodex-E zu einem Netzausbau unter den Bedingungen einer Regulierungsfreistellung nach Art. 74 Kodex-E verhalten werden.

Klarestellt wurde in Art. 78 Art. 2 Kodex-E außerdem, dass das Alternativprodukt, das Zugangsnachfragern im Rahmen des Migrationsprozesses zur Verfügung zu stellen ist, *mindestens* vergleichbar sein muss. Damit muss nicht lediglich zum Zwecke der Migration ein Zugangsprodukt ausgestaltet werden, das die größeren technologischen Möglichkeiten der neuen Netzinfrastruktur nicht ausschöpft, nur um mit den vorherigen Zugangsangeboten „vergleichbar“ zu sein.

Darüber hinaus hat der Trilog zu einer weiteren Klarstellung in Art. 78 Abs. 2 UAbs. 3 (S. 2) Kodex-E geführt, wonach die Vorgaben aus Art. 78 Kodex-E unabhängig von der Verfügbarkeit regulierter Produkte sind, die auf entsprechende Vorgaben der nationalen Regulierungsbehörden aufgrund eines Marktanalyseverfahrens zurückgehen. Damit dürfte ein marktmächtiger Betreiber, der seine herkömmliche Infrastruktur durch ein Netz mit sehr hoher Kapazität ersetzt, auch dann zur Bereitstellung von alternativen Zugangsprodukten verpflichtet sein, wenn er hierfür in den Genuss einer Regulierungsfreistellung nach Art. 74 Abs. 2 UAbs. 1 Kodex-E kommt.<sup>55</sup> Das wiederum stünde ohnehin im Einklang mit dem Freistellungskriterium nach Art. 74 Abs. 1 UAbs. 2 lit. d Kodex-E.

#### 5. Verpflichtungszusagen

Im Zuge der Diskussion um Regulierungsferien für Koinvestitionen nach Art. 74 Kodex-E-KOM hatte der Rat eine Regelung auch für den Fall vorgeschlagen, dass zwar kein

Koinvestitionsangebot vorliegt, der marktmächtige Betreiber aber auf kommerzieller Basis dauerhaft Zugang gewährt (Art. 74 Abs. 1a Kodex-E-Rat). Die vorgeschlagene Regelung hätte es der nationalen Regulierungsbehörde erlaubt, unter bestimmten Voraussetzungen eine solche kommerzielle Zugangsgewährung zum Anlass zu nehmen, um von der Auferlegung regulatorischer Vorabverpflichtungen in Bezug auf neue Netzelemente abzusehen.<sup>56</sup>

Als Ergebnis des Trilogs ist dieser Gedanke verallgemeinert und in eine eigene Vorschrift überführt worden, die sich im Kompromisstext in Art. 76bis Kodex-E findet. Dieser Bestimmung zufolge können marktmächtige Betreiber der nationalen Regulierungsbehörde Verpflichtungszusagen in Bezug auf den Zugang zu ihrem Netz und/oder diesbezügliche Koinvestitionsbedingungen vorschlagen (Art. 76bis Abs. 1 UAbs. 1 Kodex-E). Als mögliche Anwendungsbeispiele („inter alia“) nennt die Vorschrift (a) Kooperationsvereinbarungen, die sich auf die Entscheidung über die Auferlegung angemessener Vorabverpflichtungen nach Art. 66 Kodex-E auswirken können, (b) Koinvestitionszusagen in Bezug auf Netze mit sehr hoher Kapazität i.S.v. Art. 74 Kodex-E und (c) die Gewährung eines wirksamen und diskriminierungsfreien Zugangs im Zusammenhang mit einer freiwilligen Trennung durch ein vertikal integriertes Unternehmen i.S.v. Art. 76 Kodex-E.

Entsprechende Vorschläge müssen hinreichend detailliert sein und können über eine Marktanalyseperiode (von grundsätzlich fünf Jahren) hinaus reichen (Art. 76bis Abs. 1 UAbs. 2 Kodex-E). Sofern es sich nicht um einen offensichtlich unzureichenden Vorschlag handelt, haben die nationalen Regulierungsbehörden einen Markttest im Wege einer öffentlichen Konsultation durchzuführen (Art. 76bis Abs. 2 S. 1 Kodex-E), in deren Rahmen sich potentielle Koinvestoren bzw. Zugangsnachfrager dazu äußern dürfen, ob der Vorschlag den jeweils einschlägigen Kriterien (nach Art. 66, 74 oder 76 Kodex-E) entspricht, und auch Änderungen vorschlagen können (Art. 76bis Abs. 2 S. 2 Kodex-E). Sofern sich der Vorschlag auf die Auswahl von Vorabverpflichtungen nach Art. 66 Abs. 4 Kodex-E auswirken soll, haben die Regulierungsbehörden insbesondere zu berücksichtigen, ob die vorgeschlagenen Zusagen gerecht und angemessen sind, ob sie gegenüber allen Marktteilnehmern offen sind, ob Zugang rechtzeitig unter gerechten, angemessenen und diskriminierungsfreien Bedingungen verfügbar ist, bevor entsprechende Endkundendienste eingeführt werden, und allgemein ob die vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen angemessen sind, um nachhaltigen Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten zu ermöglichen und den gemeinsamen Ausbau sowie die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität im Interesse der Endnutzer zu fördern (Art. 76bis Abs. 2 S. 3 Kodex-E). Das vorläufige Ergebnis dieser Beurteilung im Lichte der im Rahmen der öffentlichen Anhörung abgegebenen Stellungnahmen teilt die nationale Regulierungsbehörde dann dem marktmächtigen Betreiber mit und lässt ihn wissen, unter welchen Voraussetzungen sie es in Betracht ziehen würde, die Verpflichtungszusage für verbindlich zu erklären (Art. 76bis Abs. 2 S. 4 Kodex-E), so dass

52 Siehe dazu bereits Neumann, N&R 2016, 262, 271.

53 Über diesbezügliche Änderungen müssen die Unternehmen die nationalen Regulierungsbehörden nun auch unverzüglich informieren (Art. 77 Abs. 3 S. 2 Kodex-E).

54 Skeptisch bereits zu Art. 77 Kodex-E Gerpott, K&R 2016, 801, 805; einen vollständigen Verzicht auf Regulierung fordernd Eckhardt/Baran/Van Roosebeke, cepAnalyse Nr. 36/2016, S. 4.

55 Die im Trilog erfolgte Ergänzung in Erwägungsgrund 191 S. 5 Kodex-E betont demgegenüber, dass die Zugangsnachfrager bei einer Ersetzung der herkömmlichen Netzinfrastruktur auf die regulierten Bedingungen eines höherkapazitären Zugangsprodukts verwiesen seien, die von der nationalen Regulierungsbehörde im Marktanalyseverfahren festgelegt wurden.

56 Siehe ausführlicher Sickmann/Neumann, K&R 2018, 92, 97 f.



das Unternehmen seinen Vorschlag daraufhin abändern kann (Art. 76bis Abs. 2 S. 5 Kodex-E).

Die nationale Regulierungsbehörde kann dann eine Entscheidung erlassen, mit der sie die Verpflichtungszusagen – unbeschadet der spezifischen Bestimmungen für Koinvestitionsangebote nach Art. 74 Abs. 2 Kodex-E – ganz oder teilweise für verbindlich erklärt (Art. 76bis Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 Kodex-E). Dabei kann die Regulierungsbehörde diese Bindung zeitlich über den Regulierungszeitraum einer Marktanalyse hinaus bis zu der angebotenen Dauer hin erstrecken, wobei sie Koinvestitionszusagen, die sie nach Art. 74 Abs. 2 UAbs. 1 Kodex-E für verbindlich erklärt hat, für die Dauer von mindestens sieben Jahren verbindlich machen muss (Art. 76bis Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 Kodex-E).

Jenseits des Anwendungsbereichs der spezifischen Vorschrift für Koinvestitionsvereinbarungen nach Art. 74 Kodex-E gilt die neue Regelung über Verpflichtungszusagen unbeschadet der Marktanalyse nach Art. 65 Kodex-E und der Auferlegung von Vorabverpflichtungen nach Art. 66 Kodex-E (Art. 76bis Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 Kodex-E). Die entsprechenden Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde werden also durch die Verbindlicherklärung nicht zwingend vorgeprägt und schon gar nicht obsolet, auch wenn die Existenz verbindlicher Verpflichtungszusagen bei der Marktanalyse und/oder der Entscheidung über die Auferlegung von Vorabverpflichtungen zu berücksichtigen sind.<sup>57</sup>

Gemäß Art. 76bis Abs. 4 S. 1 Kodex-E muss die nationale Regulierungsbehörde die Einhaltung der für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen in derselben Weise kontrollieren, überwachen und sicherstellen wie im Falle auferlegter Vorabverpflichtungen i.S.v. Art. 66 Kodex-E. Im Falle eines Verstoßes kann die Behörde gegenüber dem Unternehmen Sanktionen nach Art. 29 Kodex-E verhängen (Art. 76bis Abs. 4 S. 2 Kodex-E) und die auferlegten Verpflichtungen in Übereinstimmung mit Art. 66 Abs. 6 Kodex-E neu bewerten (Art. 76bis Abs. 4 S. 3 Kodex-E).

Die besondere Berücksichtigung von Verpflichtungszusagen trägt dem Umstand Rechnung, dass marktmächtige Betreiber zunehmend den Abschluss kommerzieller Zugangs- und Kooperationsvereinbarungen anstreben, oftmals unter Hinweis auf die besonderen Investitions Herausforderungen beim Übergang in die Gigabit-Gesellschaft.<sup>58</sup> Angesichts der weichen Rechtsfolge, bei der eine Verbindlicherklärung im Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde steht („may issue a decision“), und der ausdrücklichen Unbeschadetheit der Vorschriften über die Marktanalyse und die Auferlegung von Vorabverpflichtungen stellt Art. 76bis Kodex-E einen akzeptablen Kompromiss zwischen dem Interesse an einer kommerziellen Regelung entsprechender Zugangsfragen und der Notwendigkeit wettbewerbsfördernder Regulierung dar. Auch hier ist allerdings fraglich, ob es einer spezifischen Regelung – zumal in der erfolgten Detailliertheit – überhaupt bedurft hätte.<sup>59</sup> Denn schon bisher war es möglich, die Existenz entsprechender Verpflichtungszusagen im Rahmen des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens sowie des flexiblen Regulierungsermessens zu verarbeiten.<sup>60</sup> Der eigentliche Mehrwert dürfte daher in der Möglichkeit liegen, solche Zusagen für verbindlich zu erklären. Ob dies den Komplexitätszuwachs und den Zugewinn an strategischen Gestaltungsspielräumen für alle Marktteilnehmer rechtfertigt, die mit der Schaffung dieses expliziten Mechanismus verbunden sind, wird wohl erst die künftige Regulierungspraxis erweisen.

## V. Regulierungsverfahren

Schlussendlich hat der Trilog auch noch kleinere Änderungen im Bereich des Marktregulierungsverfahrens zur Folge gehabt. So wurden zunächst die wiedereingeführten

Regulierungsverpflichtungen in Bezug auf Dienste für Endnutzer auch wieder in den Kreis der konsolidierungspflichtigen Maßnahmen einbezogen (Art. 32 Abs. 3 S. 1 lit. a Kodex-E). Darüber hinaus sind nach Art. 32 Abs. 3 S. 1 Kodex-E konsolidierungspflichtige Maßnahmenentwürfe künftig bereits von der nationalen Regulierungsbehörde selbst zu veröffentlichen und die Kommission, GEREK und die nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten hierüber nur noch zu unterrichten (ohne dass sich hierdurch an den jeweiligen Beteiligungsrechten etwas ändern würde).

Darüber hinaus wird die Rolle von GEREK in den Fällen gestärkt, in denen die Kommission – als Vorstufe einer Vetoentscheidung – ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit einer geplanten Marktdefinition oder -analyse mit dem Binnenmarkt oder dem EU-Recht äußert. Nach Art. 32 Abs. 4a Kodex-E wird GEREK künftig aus Anlass derartiger Zweifel eine Einschätzung (und ggf. spezifische Vorschläge) dazu veröffentlichen, ob der Maßnahmenentwurf aufrechterhalten, geändert oder zurückgezogen werden sollte. Darüber hinaus wird in Art. 32 Abs. 9a Kodex-E klargestellt, dass eine nationale Regulierungsbehörde einen Maßnahmenentwurf jederzeit zurückziehen kann.

Von größerer praktischer Bedeutung ist schließlich eine Änderung in den spezifischen Vorgaben für das Konsolidierungsverfahren für Entscheidungsentwürfe auf Ebene der Abhilfemaßnahmen. Der Kommissionsentwurf hatte hier noch die Einführung einer seit geraumer Zeit diskutierten und umstrittenen Vetokompetenz auf dieser Ebene vorgesehen („veto on remedies“), die allerdings an die Voraussetzung gebunden werden sollte, dass GEREK die Bedenken der Kommission gegen den Maßnahmenentwurf teilt (sog. Doppelschloss- bzw. „double-lock“-Veto).<sup>61</sup> Im Trilog wurde der Anwendungsbereich dieser Vetokompetenz nun auf Maßnahmen der allgemeinen Zugangsregulierung nach Art. 59 Abs. 2 UAbs. 2 Kodex-E und Entscheidungen zur Regulierungsfreistellung (bzw. ihrer ausnahmsweisen Durchbrechung) nach Art. 74 Abs. 2 und 3 Kodex-E<sup>62</sup> beschränkt. Das ist aus regulierungspolitischer und rechtssystematischer Sicht zu begrüßen.

## VI. Fazit

Im Bereich der Marktregulierung hat das Trilog-Verfahren einige Unstimmigkeiten des ursprünglichen Kodexentwurfs bereinigt und zahlreiche Kritikpunkte ausgeräumt, die gerade in Bezug auf befürchtete Einschränkungen bei der wettbewerbssichernden Ausrichtung des Rechtsrahmens geäußert worden waren. Der Kodexkompromiss, auf den sich die europäischen Institutionen geeinigt haben, stellt deshalb insoweit eine spürbare Verbesserung gegenüber dem Kommissionsvorschlag dar. Dennoch wirft der Kodex nicht nur zahlreiche neue Rechts- und Anwendungsfragen auf, mit denen sich die Fachwelt künftig auseinandersetzen muss. Vor allem bleibt es dabei, dass die ohnehin bereits beachtliche Komplexität des Rechtsrahmens künftig noch weiter gesteigert wird,<sup>63</sup> obwohl bei vielen der neuen Vorschriften – insbesondere auch unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Ergebnisse des Trilogs – ein legislativer Handlungsbedarf weder in rechtlicher noch in regulierungspraktischer Hinsicht erkennbar war.

57 Siehe hierzu Erwägungsgrund 189b S. 2 Kodex-E.

58 Vgl. etwa *Kopf/Vidal*, MMR 2018, 22, 25.

59 Kritisch in Bezug auf Art. 74 Abs. 1a Kodex-E-Rat *Sickmann/Neumann*, K&R 2018, 92, 98.

60 Siehe auch Erwägungsgrund 189a Kodex-E; vgl. etwa *Sickmann/Neumann* (Fn. 51), S. 187 ff.; dies., *Wirtschaftsdienst* 2018, 333, 337.

61 Siehe hierzu mit kritischer Würdigung *Gerpott*, K&R 2016, 801, 804; *Groebel* (Fn. 16), S. 86; *Neumann*, NeR 2016, 262, 271.

62 Siehe dazu oben, unter IV. 3. b).

63 Kritisch auch *Eckhardt/Baran/Van Roosebeke*, *cepAnalyse* Nr. 36/2016, S. 4; *Gerpott*, K&R 2016, 801, 807.