

24. Februar 2021

**Stellungnahme des Bundesverbandes Breitbandkommunikation e.V. (BREKO)  
zur öffentlichen Anhörung  
des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Energie  
zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung**

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz)**

**BT-Drs. 19/26108**

## **Inhalt**

A. Einleitung.....	1
B. Wirtschaftliche und marktregulatorische Aspekte zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts.....	3
1. Regulierung von Glasfasernetzen .....	3
2. Kundenschutz.....	8
3. Modernisierung der Umlagefähigkeit des Breitbandanschlusses als Anreiz für Glasfaserinvestitionen.....	11
C. Infrastrukturelle Aspekte zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts .....	12
1. Gebiete mit Ausbaufizit (§ 83 TKG-RegE) .....	12
2. Wegerechte, Mitverlegung (§§ 124 TKG-RegE) .....	13
3. Universaldienst / Recht auf schnelles Internet.....	20
4. Sonstige Themen - Frequenzordnung.....	23

### **A. Einleitung**

Am 16.12.2020 hat die Bundesregierung den Gesetzentwurf zu einem „Telekommunikationsmodernisierungsgesetz“ (TKModG) verabschiedet und das weitere Gesetzgebungsverfahren eingeleitet. Im Fokus des TKModG als Mantelgesetz stehen weitreichende Änderungen des Telekommunikationsgesetzes (TKG). Darüber hinaus werden auch Änderungen anderer branchenrelevanter Rechtsvorschriften adressiert. Hervorzuheben ist hier die geplante Änderung der Betriebskostenverordnung.

Wir bedanken uns für die Einladung zur Sachverständigenanhörung und die Möglichkeit, im Vorfeld der Anhörung eine Stellungnahme abzugeben.

Da der Revisionszyklus des TKG erfahrungsgemäß mindestens acht Jahre beträgt, setzt das neue TKG den rechtlich-regulatorischen Rahmen für die entscheidende Phase des Ausbaus von zukunftssicheren Glasfasernetzen bis in die Gebäude (FTTB) und Wohnungen (FTTH) in Deutschland. Dabei gilt es einerseits, den Weg für Investitionen in Glasfasernetze frei zu machen und das große Investitionspotenzial zu heben und andererseits faire Bedingungen für eine wettbewerbsgerechte Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze zu schaffen.

Der Regierungsentwurf (TKG-RegE) bietet hierfür gute Impulse, ohne allerdings die rechtlich-regulatorischen Möglichkeiten für eine Beschleunigung des Glasfaserausbaus wirklich auszuschöpfen.

Positiv hervorzuheben sind die (allerdings weitgehend vom europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation vorgegebenen) Regelungen im Regierungsentwurf zur flexibleren Regulierung von Glasfasernetzen marktbeherrschender Betreiber, die Zurückhaltung bei der Umsetzung der Vorgaben des Europäischen Kodex (EECC) zu einer (nicht hilfreichen) symmetrischen Regulierung und die Ansätze zur Beschleunigung der Genehmigungsverfahren.

Die im Regierungsentwurf vorgesehene Streichung der Umlagefähigkeit der Kosten des Breitbandanschlusses in der Betriebskostenverordnung ist nach Auffassung des BREKO ebenso wenig sinnvoll wie die Beibehaltung der Regelung in ihrer bisherigen Form. Vielmehr sollte die investitionsfördernde Wirkung der Umlagefähigkeit zeitlich begrenzt genutzt werden, um ausschließlich Glasfaserinvestitionen anzureizen und durch einen offenen Zugang („Open Access“) den Dienstewettbewerb zu fördern und den Mieterinnen und Mietern die volle Dienstvielfalt zugänglich zu machen. Der BREKO unterstützt das von Professor Dr. Fetzer (Universität Mannheim) vorgelegte Konzept zur Neugestaltung der Umlagefähigkeit in § 71 TKG-RegE und Ziffer 2 Nr. 15 BetrKVO.

Kritisch sieht der BREKO die nicht gemeinschaftsrechtskonforme Umsetzung des Universaldienstes, in den auch der „Rechtsanspruch auf schnelles Internet“ integriert werden soll, und die äußerst einseitigen Regelungen zum Kundenschutz. Im Gesetzentwurf fehlen zudem Vorgaben zur Erarbeitung und Umsetzung eines umfassenden Migrationskonzeptes von Kupfer- auf Glasfasernetze.

Bei den Regelungen zur Mitverlegung gibt es zwar Verbesserungen im Vergleich zu den gegenwärtigen Bestimmungen in § 77i TKG, jedoch bleibt das grundlegende Problem einer sachgerechten Definition des Tatbestandsmerkmals der „Finanzierung einer Baumaßnahme aus öffentlichen Mitteln“ weiter ungelöst.

Über die folgende Stellungnahme hinaus, verweisen wir auf unsere ausführlichen Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren die unter

[https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/C-D/breko-anlage-3.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/C-D/breko-anlage-3.pdf?__blob=publicationFile&v=2)

<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Stellungnahmen/Stellungnahmen-TKMoG/breko.pdf?blob=publicationFile&v=4>

<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Stellungnahmen/Stellungnahmen-TKMoG/breko.pdf?blob=publicationFile&v=4> abrufbar sind.

## **B. Wirtschaftliche und marktregulatorische Aspekte zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts**

### **1. Regulierung von Glasfasernetzen**

Während es richtig und notwendig ist, die bisherige Regulierung des Kupfernetzes in vollem Umfang aufrecht zu erhalten, taugt das dafür entwickelte Regime und sein Instrumentarium aufgrund der stark unterschiedlichen Markthistorie und Marktstruktur nicht zur regulatorischen Handhabung von Glasfasernetzen von Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht. Die Instrumente der ex-ante-Regulierung sind für die Öffnung sowie die Wettbewerbsentwicklung und -sicherung eines Monopolmarktes entwickelt worden und haben sich hier auch weitgehend bewährt.

Demgegenüber ist gerade der deutsche „Glasfasermarkt“ durch viele lokale und regionale Investitionen und Ausbauaktivitäten gekennzeichnet. Absehbar etablieren sich hier ganz andere Marktstrukturen als auf dem vom ehemaligen Staatsmonopol charakterisierten Kupfermarkt. Eine entsprechende sachliche und räumliche Marktabgrenzung vorausgesetzt, könnten sich im Glasfasermarkt perspektivisch lokal oder regional marktbeherrschende Unternehmen herausbilden. Es wäre allerdings weder praktikabel noch angemessen, Unternehmen, die den Glasfaserausbau eigenwirtschaftlich vorantreiben, dem gleichen ex-ante-Regulierungsregime zu unterziehen wie dem ehemaligen Monopolisten im Kupfernetz.

Es ist daher richtig und zielführend, dass der EECC mit Blick auf VHC-Netze („Very-High-Capacity-Networks“), bei denen es sich mindestens um Glasfasernetze bis in die Gebäude handelt, einen regulatorischen Paradigmenwechsel vorgenommen und marktmächtigen Betreibern durch eine seitens der nationalen Regulierungsbehörden akzeptierte Verpflichtungszusage die Möglichkeit eröffnet, eine weitergehende Regulierung abzuwenden. Dies gilt zumindest soweit der Betreiber mit besonderer Marktmacht anderen Unternehmen Ko-Investitionsmodelle anbietet und hierfür mindestens einen Partner findet.

Dieses auf einem kontrollierten „Open-Access“-Ansatz basierende Konzept des EECC sollte allerdings in der gesetzgeberischen Umsetzung auf nationaler Ebene in zweifacher Hinsicht nachgeschärft werden.

Zum einen sollten auch Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht, die kein Ko-Investitionsangebot machen möchten oder keinen Ko-Investitionspartner finden, aber eine angemessene und seitens der Bundesnetzagentur (BNetzA) geprüfte Verpflichtungszusage für

einen „Open-Access“ vorlegen, eine gewisse Sicherheit erhalten, nicht weitergehend reguliert zu werden.

Zum anderen sollte in § 18 Abs. 2a) und 4 TKG-RegE klargestellt werden, dass die dort gegenüber den Ko-Investitionspartnern als auch gegenüber Vorleistungsnachfragern zu gewährleistenden „*fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen*“ nur dann eingehalten sind, wenn das Ko-Investitionsangebot das Prinzip einer „Equivalence of Input“ (Eoi) umsetzt.

#### **a) Behandlung marktmächtiger Unternehmen außerhalb von Kooperationen**

Grundsätzlich sollten Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auch dann von den Regulierungserleichterungen profitieren können, wenn sie kein Ko-Investitionsangebot abgeben bzw. keinen Ko-Investitionspartner für ihr Angebot finden – vorausgesetzt sie geben eine Verpflichtungszusage für ein Vorleistungsangebot („kommerzielle Vereinbarung“) ab, die durch die BNetzA geprüft und für verbindlich erklärt worden ist. Diesbezüglich unterstützt der BREKO den Formulierungsvorschlag von Professor Dr. Fetzer (s. Anlage 1), in dem dieser Gedanke gemeinschaftsrechtskonform umgesetzt wird.

Im Ergebnis sollen für Verpflichtungszusagen eines marktmächtigen Betreibers, die „kommerzielle Vereinbarungen“ betreffen, spezielle Anforderungen gelten. Eine Verbindlicherklärung durch die BNetzA soll nur dann in Betracht kommen, wenn die Verpflichtungszusage dazu geeignet ist, weitere Regulierungsaufgaben im Sinne des § 13 TKG-RegE entfallen zu lassen.

Im Gegenzug soll das marktmächtige Unternehmen davon ausgehen können, dass die BNetzA nach Verbindlicherklärung der Verpflichtungszusage keine gleichartigen Regulierungsverpflichtungen auferlegt. Tut sie dies doch, darf das betroffene Unternehmen sich auch noch nach der Verbindlichmachung von der Verpflichtungszusage lösen.

#### **b) Equivalence of Input (Eoi) als Nichtdiskriminierungsprinzip im Rahmen von Verpflichtungszusagen**

Das Konzept der „Gleichwertigkeit des Inputs“ („Equivalence of Input“, Eoi) sieht vor, dass Vorleistungsnachfrager oder Ko-Investitionspartner des marktbeherrschenden Betreibers auf dieselben sachlichen und personellen Ressourcen zugreifen wie der Retailbereich des marktmächtigen Betreibers. Es können also dieselben Datenbanken zur Information über Anschlüsse, dieselben Eingangstore und Verfahren für Bestellungen und dieselben Technikerressourcen für Bereitstellungen und Entstörungen genutzt werden, die der marktmächtige Betreiber auch den eigenen Vertriebseinheiten zur Verfügung stellt. Auf diese Weise wird das Risiko eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung erheblich reduziert.

Aus diesem Grund hat sich auch die EU-Kommission in der Empfehlung 2013/466 („Nichtdiskriminierung und Kostenmethodik“) für Eoi als das vorrangige Konzept zur Sicherung der Diskriminierungsfreiheit ausgesprochen.

Die BNetzA hat für die kupferbasierten Vorleistungsmärkte das EoI-Prinzip nicht von der Telekom als dem dort marktbeherrschenden Unternehmen eingefordert. Der Hintergrund war, dass in Deutschland schon seit der Marktöffnung das "EoO"-Prinzip ("Equivalence of Output") etabliert war, in dem das marktmächtige Unternehmen den Vorleistungsnachfragern stets separate Prozesse, Datenbanken, Eingangstore und Personalressourcen zugewiesen hat. Die Folge war ein hohes Maß an Intransparenz, das immer wieder Anlass zu langwierigen Streitigkeiten zwischen der Telekom und den Wettbewerbern gegeben hat. Gleichwohl hat die BNetzA im Kupferbereich unter Hinweis auf vermeintlich erforderliche umfangreiche IT-Umstellungen bei der Telekom auf die Einführung des EoI-Prinzips verzichtet.

Der Übergang auf Glasfasernetze sollte nunmehr der Anlass sein, um das Nichtdiskriminierungsregime auf das moderne EoI-Regime umzustellen. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass sich die Marktstruktur im Glasfaserbereich deutlich von der in der Kupferwelt unterscheidet und die Telekom hier keine vergleichbar dominante Stellung einnimmt. Von daher können die notwendigen Prozesse und Schnittstellen zukünftig auch nicht im Wesentlichen durch die Telekom vorgegeben werden, sondern müssen ohnehin stärker aus dem Markt heraus entwickelt werden. Die Entwicklung der Orderschnittstelle S/PRI, die gemeinsam durch verschiedene Glasfaser ausbauende Unternehmen entwickelt wurde, bietet hierfür ein gutes Beispiel.

### **c) Gestaltung der Kupfer-Glas-Migration**

Neben der Schaffung eines investitionsfreundlichen Regulierungsrahmens ist die Gestaltung wettbewerbssichernder und fairer Migrationsbedingungen die zweite große Aufgabe des neuen TKG. Die Migration hat dabei zwei Aspekte. Zum einen ist sicherzustellen, dass durch eine strategische Abschaltung des Kupfernetzes durch die Telekom nicht stark unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen in den Ausbaugebieten der Telekom und solchen der Wettbewerber geschaffen werden, was im Ergebnis zu einer Marktmachtübertragung der Telekom aus dem Kupfernetz in die Glasfaserwelt führen würde.

Zum anderen muss für die Unternehmen, die bislang kupferbasierte Vorleistungen bei der Telekom nachgefragt haben und dies ggf. noch über einen längeren Zeitraum tun müssen, ein sicherer Übergang auf eigene oder dritte Glasfasernetze sichergestellt sein. Dies betrifft insbesondere die Sicherung der Preisstabilität für kupferbasierte Vorleistungen trotz naturgemäß sinkender Abnahmemengen.

#### **(1) Gleichbehandlung aller Glasfaserausbaugebiete**

In Gebieten, in denen die Telekom als marktbeherrschendes Unternehmen im Kupfermarkt selbst Glasfasernetze ausbaut, wird sie ein Interesse daran haben, das von ihr dann nicht mehr benötigte Kupfernetz nach der Migration der Kunden auf die Glasfaserinfrastruktur zu schließen. § 34 TKG-RegE beschreibt für diesen Fall ein Verfahren und die Voraussetzungen,

unter denen sich das marktbeherrschende Unternehmen von Regulierungsaufgaben im Kupfernetz und damit von dessen weiteren Betrieb befreien lassen kann.

Allerdings steht selbst dann, wenn das marktbeherrschende alle Voraussetzungen (Migrationsplan, Glasfaservorleistungen etc.) erfüllt hat, die Entscheidung über die Befreiung vom weiteren Betrieb des Kupfernetzes am Ende im Ermessen der BNetzA. Dieses Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde ist in Art. 81 EECC auch ausdrücklich vorgesehen.

Es ist auch sinnvoll, der BNetzA ein umfangreiches Ermessen über die Entscheidung der Abschaltung oder des Weiterbetriebs von Teilen des Kupfernetzes einzuräumen, weil die Behörde auf diese Weise in den Stand gesetzt wird, ein Gesamtkonzept für die Kupfer-Glas-Migration zu entwickeln und auch gegenüber der Telekom durchzusetzen.

Art. 81 EECC und in der Folge § 34 TKG-RegE regeln nämlich nur einen Teil-Aspekt der Migration. Da die dort getroffene Regelung zum Verfahren und den materiellen Voraussetzungen einer Abschaltung von Teilen des Kupfernetzes nur für die eigenen Glasfaserausbaugelände des marktbeherrschenden Unternehmens gilt, stellt sich die Frage, wie mit dem Kupfernetz in Glasfaserausbaugeländen der Wettbewerber zu verfahren ist. Hierzu keine Lösung anzubieten würde es dem marktmächtigen Unternehmen erlauben, über eine strategische Abschaltung des Kupfernetzes stark unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse in den eigenen Glasfaserausbaugeländen und den Glasfaserausbaugeländen alternativer Betreiber zu schaffen. Während das marktmächtige Unternehmen in den eigenen Glasfaserausbaugeländen durch die Abschaltung des Kupfernetzes die eigenen Endkunden und alle Kunden der Vorleistungsnachfrager zügig auf das eigene Glasfasernetz migrieren könnte und auf diese Weise schnell eine hohe Netzauslastung erreichen würde, könnte es das Kupfernetz in den Ausbaugeländen anderer Glasfaserausbauer mit Vectoring und Super-Vectoring noch mittelfristig weiter betreiben und zumindest einen Teil der eigenen Endkunden sowie die Vorleistungsnachfrager über attraktive Konditionen und Kontingent- und Commitmentmodelle noch für einige Jahre an ihr Kupfernetz binden.

Dies hätte zur Konsequenz, dass es infolge der Abschaltestrategie des marktmächtigen Unternehmens für alternative Glasfaserausbauer deutlich schwieriger würde, ähnlich hohe Auslastungsquoten ihrer Glasfasernetze zu erreichen wie das marktmächtige Unternehmen. Dies würde dann wiederum die Fähigkeit der Unternehmen, zügig weitere Investitionen zu tätigen negativ beeinflussen und die Telekom diesbezüglich in eine „Pole Position“ bringen. Im Ergebnis wäre ein einseitiges Abschalterecht der Telekom in Verbindung mit der Sogwirkung langfristiger Kontingent- oder Commitmentmodelle in den weiter betriebenen Teilen des Kupfernetzes (den Glasfaserausbaugeländen der Wettbewerber) der ideale Hebel für eine Marktmachtübertragung vom Kupfernetz auf die Glasfasernetze.

Da der Telekom unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht vorgeschrieben werden kann, ihr Kupfernetz auch in den Glasfasergebieten anderer Betreiber abzuschalten, (sofern diese Betreiber adäquate Vorleistungen anbieten), bleibt für die Herstellung bzw. Sicherung gleicher Wettbewerbsverhältnisse nur der umgekehrte Weg, im Zuge der Ermessensausübung der BNetzA nach § 32 TKG-RegE der Telekom die Abschaltung des Kupfernetzes in ihren eigenen Glasfaserausbaugeländen solange zu verweigern, bis im Rahmen eines auch von der

Telekom akzeptierten Regulierungskonzeptes für alle Glasfaserausbauggebiete gleiche Spielregeln zur Abschaltung des Kupfernetzes gefunden worden sind. Zudem braucht es weitere Anreize für eine insgesamt beschleunigte Migration von Kupfer- zu Glasfaserinfrastrukturen.

## **(2) Lösung: Erarbeitung und Erlass eines Migrationskonzepts durch die BNetzA**

Einem weiteren Formulierungsvorschlag von Professor Dr. Fetzer folgend (s. Anlage 2) sollte der BNetzA im Rahmen des § 17 Abs.3 TKG-RegE die Erarbeitung und der Erlass einer Verwaltungsvorschrift verbindlich zugewiesen werden, die die wesentlichen Aspekte zur Kupfer-Glas-Migration regelt (Migrationskonzept). Das Migrationskonzept sollte dabei bundesweit einheitliche Prinzipien für die Migration von Kupfer- zu Glasfasernetzen aufstellen sowie einen Migrationspfad beschreiben, der den zeitlichen Ablauf der Migration beschreibt. Da die Entscheidung über die Migration letztlich bei dem betroffenen Unternehmen liegt, wäre der Migrationspfad den Unternehmen nicht zwingend vorzugeben, sondern als Soll-Vorschrift auszugestalten. Schließlich muss das Migrationskonzept auch Regelungen zur Zugangs- und Entgeltregulierung für das marktmächtige Unternehmen während der Migrationsphase enthalten.

Der BNetzA sollte bei der Ausgestaltung des Migrationskonzepts ein weiter Spielraum eröffnet werden. Gleichzeitig sollte die Branche aber von Anfang an intensiv und kontinuierlich an dem Prozess beteiligt werden.

Das Migrationskonzept fließt dann wiederum in die Ermessensentscheidung nach § 34 Reg-E TKG ein.

### **d) Stabilität der Entgelte für kupferbasierte Vorleistungen**

Der zweite zu lösende Aspekt der Kupfer-Glas-Migration ist die Stabilisierung der Vorleistungsentgelte für kupferbasierte Vorleistungen, insbesondere für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) und den bitstrombasierten Vorleistungen.

Infolge des verstärkten Ausbaus von Glasfasernetzen und der verstärkten Migration auf diese Netze kommt es zu dynamisch sinkenden Abnahmemengen für die TAL-basierten Vorprodukte. Gleichzeitig sind aber noch viele Unternehmen auf diese Vorleistungen in den Regionen angewiesen, in denen Glasfasernetze noch nicht flächendeckend verfügbar sind.

Würde die gegenwärtige Form der Entgeltregulierung für die kupferbasierten Vorleistungen unverändert beibehalten, so würden sich die Vorleistungsentgelte aufgrund der sinkenden Abnahmemengen zügig exorbitant erhöhen. Dieser Trend ist bereits heute in den aktuellen Entgeltregulierungsrunden klar festzustellen. Damit würde den Nachfragern nach kupferbasierten Vorleistungen schnell die Grundlage für ihre Geschäftsmodelle entzogen, da sie nicht mehr wettbewerbsfähig wären.

Es ist daher erforderlich, zügig einen Paradigmenwechsel bei der Regulierung der kupferbasierten Vorleistungsentgelte vorzunehmen und ein System zu etablieren, dass die Entgelte von Volumeneffekten unabhängig macht und stabil hält.



Ausgangspunkt eines solchen, in den Vorschriften zur Entgeltregulierung des neuen TKG zu verankernden Systems sollte dabei die EU-Empfehlung 2013/466/EU sein.

Mit Inkrafttreten des neuen TKG wäre ein Ausgangspreisniveau nach objektiven Maßstäben und mit Blick auf eine langfristige Stabilität für die herkömmlichen Kupferkabelnetzen zu fixieren. Alle folgenden Preisänderungen folgen dann ausschließlich einem geeigneten Preisindex. Nach der EU-Empfehlung soll Bezugspunkt für Preisveränderungen das allgemeine Niveau der Verbraucherpreise sein. Um die Berechnung zu erleichtern und die Vergleichbarkeit zu erhöhen, wird daher vorgeschlagen, den harmonisierten Verbraucherpreisindex (HVPI) zu verwenden, der von Eurostat auf der Rechtsgrundlage der Verordnung Nr. 2016/792 nach unionsweit einheitlichen Regeln berechnet und veröffentlicht wird.

Neben der Sicherung einer Stabilität der kupferbasierten Vorleistungsentgelte hätte die hier vorgeschlagene Systematik eine hohe Transparenz und Vorhersehbarkeit der Entgelte sowie die Vermeidung von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen für sich, die zu einem deutlich größeren Begründungsaufwand der BNetzA mit entsprechenden Risiken im Rechtsschutzverfahren führen.

Für die Einzelheiten des Vorschlags verweisen wir auf die ausführlichen Ausführungen in der BREKO-Stellungnahme vom 20.11.2020 zum „Diskussionsentwurf“ (dort S. 14 ff.).

## **2. Kundenschutz**

Die umfangreichen Änderungen in den kundenschutzrechtlichen Regelungen des 3.Teils (§§ 51-71 TKG-RegE) können hier nur angerissen werden. Wir verweisen insoweit auf die ausführliche verbändeübergreifende Stellungnahme vom 20.11.2020.

Es ist allerdings festzustellen, dass die im Regierungsentwurf getroffenen Regelungen die Telekommunikationsbranche insgesamt schlechter stellen als andere Branchen und zum Teil auch rechtsstaatlichen Bedenken begegnen.

Als Beispiel hierfür sei die Regelung zur Minderung und außerordentlichen Kündigung im Falle erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Leistungsabweichungen (§ 57 TKG-RegE). Gegen ein Recht zur Minderung bzw. außerordentlichen Kündigung selbst ist in gravierenden Fällen nichts zu sagen, allerdings ist die Feststellung entsprechender Leistungsabweichungen nicht fair geregelt. Maßgeblich für die Ermittlung der Leistungsabweichungen soll ein von der BNetzA bereitgestellter oder von einem von ihr beauftragten Dritten zertifizierter Überwachungsmechanismus sein. In der Gesetzesbegründung (S. 338) wird klar, dass hiermit das bereits existierende Breitbandmesstool der BNetzA gemeint sein soll. Dies ist aber zu Beweis Zwecken ungeeignet, weil es die Endkundenumgebung nicht abbildet. Misst der Kunde per WLAN und nicht direkt am LAN-Anschluss oder laufen während der Messung andere Anwendungen parallel, so wird das Messergebnis erheblich zulasten des Anbieters verfälscht. Zudem ist es mit Programmen wie NetBalancer möglich, die verfügbare Internet-Bandbreite auf verschiedene laufende



Anwendungen aufzuteilen. Trotz Hinweisen der BNetzA, wie die Messung durchgeführt werden sollte, ist nicht kontrollierbar, ob der Kunde sich auch daran gehalten hat.

Mag es in vielen Fällen die Nachlässigkeit des Kunden sein, die zu verfälschten Messergebnissen führt, so eröffnet diese Regelungen auch einen erheblichen Spielraum für Missbrauchsfälle. Will ein Kunde das Entgelt mindern oder sich vorzeitig aus dem Vertrag lösen, kann er die Voraussetzungen dafür durch eine einfache Manipulation der Messergebnisse selbst herbeiführen.

Erschwerend hinzu kommt, dass die Ergebnisse des Messtools nicht lediglich eine widerlegliche Vermutung für eine erhebliche Leistungsabweichung bieten sollen (wozu sie schon nicht taugen), sondern ihnen eine unwiderlegliche Beweiswirkung zugeschrieben wird. Dies bedeutet, dass der Anbieter nicht einmal die Chance hat, die Ergebnisse des Messtools durch eigene Messungen zu widerlegen. Dem Breitbandmesstool der BNetzA trotz der bekannten und viel diskutierten Schwächen eine unwiderlegliche Beweiswirkung zuzuschreiben ist unter Rechtsstaatsgesichtspunkten inakzeptabel.

Dem Grunde nach nachvollziehbar wäre ggf. auch die Einführung von Schadenspauschalen für eine verspätete Entstörung (§ 58 RegE-TKG), allerdings bringt auch hier die geplante Ausgestaltung die Dinge in ein erhebliches Ungleichgewicht. Zum einen soll der Anbieter verschuldensunabhängig haften, d.h. auch für ein Verschulden Dritter. Durchtrennt z.B. der durch einen Dritten beauftragte Baggerführer eine Hauptleitung des Anbieters (wodurch eine Vielzahl von Kunden betroffen sein können) und gelingt die Wiederherstellung der Leitung nicht binnen 3 Tagen, ist der Anbieter den betroffenen Kunden gleichwohl zur Zahlung der erheblichen Schadenspauschalen verpflichtet, ohne eine reale Chance zu haben, selbst eine Kompensation gegenüber dem Baggerführer bzw. dessen Arbeitgeber durchsetzen zu können. Zum anderen passt die Höhe der Schadenspauschalen nicht zu den regulierten Kompensationen für eine verspätete Entstörung durch die Deutsche Telekom. Wird diese zur Entstörung einer angemieteten Kupferleitung benötigt und erfolgt diese Entstörung nicht fristgerecht, so hat der Anbieter ohnehin nur Anspruch auf eine Kompensation, wenn er eine kostenpflichtige "Carrier Express Entstörung" mit der Telekom vereinbart hat. Die dort festgelegten Schadenspauschalen liegen aber erheblich unter den für den in § 58 TKG-RegE vorgesehenen Endkunden-kompensationen.

Schließlich fehlt es auch an einer Gesamtbegrenzung der Höhe der Schadenspauschalen.

Als letztes Beispiel für die erhebliche Unausgewogenheit sei die Verschärfung der Voraussetzungen für die Anschlussperre angeführt. Hier wurde einerseits die Verzugsschwelle für eine Sperre auf 150 EUR verdoppelt. Andererseits wird in der Gesetzesbegründung (S. 345) darauf hingewiesen, dass bei der Berechnung der Verzugsschwelle nur die Verbindungsentgelte und z.B. nicht die monatlichen Grundentgelte zu betrachten sind. Eine Schwelle von 150 EUR nur über Verbindungsentgelte wird aber in einem durch Flatrates gekennzeichneten Markt praktisch nicht erreicht werden können. Der Kunde kann also durch nicht gezahlte Grundentgelte mit einem Mehrfachen des genannten Betrages in Verzug sein, ohne dass der Anbieter die Möglichkeit einer Sperre hat. Damit dürfte die Telekommunikationsbranche die einzige Branche sein, die trotz erheblicher und langfristiger Zahlungsrückstände des Kunden, keine Möglichkeit der Leistungsverweigerung hat.

Anzusprechen sind schließlich auch die vorgesehenen maximalen Vertragslaufzeiten. Obwohl der EECC ausdrücklich maximale Vertragslaufzeiten von 24 Monaten weiter ermöglicht, sollen die Anbieter nach § 56 TKG-RegE verpflichtet werden, für jeden 24-Monatstarif auch eine Tarifvariante mit maximal 12 Monaten Laufzeit vorzuhalten, deren Preis den Preis für den Vertrag mit der längeren Laufzeit um nicht mehr als 25 % im Monatsdurchschnitt übersteigen darf. Die Regelung ist ein erheblicher und verfassungsrechtlich fragwürdiger Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit der Unternehmen. Hinzu kommt, dass es nach den Erfahrungen der Unternehmen für die 12-Monats-Varianten kaum einen praktischen Bedarf gibt. Die Kunden schätzen in der Regel die mit der 24-Monats-Variante verbundenen Vorteile, wie z.B. die Bereitstellung von Endgeräten. Die Vorgabe, für jeden 24-Monatsvertrag eine Variante mit 12 Monaten Laufzeit vorhalten zu müssen, führt damit zu einem erheblichen Aufwand für die Unternehmen, der durch die Kundennachfrage nicht gerechtfertigt ist.

Verschärfend wirken die strengen Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Verpflichtung zur Vorlage eines 12-Monatsvertrages vor Vertragsabschluss. Rechtsfolge ist die Unwirksamkeit aller 24-Monats-Verträge bei deren Vertragsschluss kein den gesetzlichen Anforderungen entsprechender 12-Monats-Vertrag angeboten wurde. Rechtliche Unsicherheiten, die mit dieser neuen Regelung behaftet sind, gehen allein zu Lasten der Unternehmen. Bedeutet: die Unwirksamkeit des vom Kunden abgeschlossenen 24-Monats-Vertrages droht auch dann, wenn diesem zwar vor Vertragsschluss eine 12-Monats-Vertragsvariante vorgelegt wurde, diese aber in irgendeiner Weise nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprochen hat. Diese Regelung ist wesentlich weitergehend als die im Gesetzentwurf für faire Verbraucherverträge und muss daher angepasst werden.

Aus unserer Sicht ist eine angemessene Umsetzungsfrist für die neuen, aus dem EECC stammenden Kundenschutzvorschriften verfassungsrechtlich zwingend geboten. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestätigt, dass Unternehmen erst ab Inkrafttreten neuer Gesetze angehalten sind, mit der Umsetzung neuer Vorschriften zu beginnen (BVerfG, Urteil v. 4. Mai 2012, Az. 1 BvR 367/12). Da die Vorgaben des EECC sehr viele teils tiefgreifende und komplexe Eingriffe in IT-Systeme und Geschäftsprozesse erfordern, ist eine Umsetzungsfrist von mindestens 18 Monaten notwendig.

Für die Ermittlung des Umsetzungsbedarfs, die Ausführungsplanung, Tests und die abgestimmte Umsetzung in den IT-Systemen sind schon 18 Monate nur knapp ausreichend. Kürzere Umsetzungsfristen sind unbedingt zu vermeiden, da eine kurzfristige Umsetzung von den Unternehmen schlicht nicht zu leisten ist. Diese wären gezwungen, nicht absehbare Veränderungen binnen kürzester Zeit umzusetzen, was einen unverhältnismäßig hohen IT-Aufwand bedeuten würde. Bis heute stellen sich bei den umzusetzenden Vorgaben des EECC – auch im Hinblick auf vermeintlich bekannten Maßnahmen – viele ungeklärte Fragen. Dies kann jedoch letztlich den Unternehmen nicht zum Nachteil gereichen. Zahlreiche Fragen der Umsetzung werden sich erst im Gesetzgebungsverfahren oder gar danach klären lassen, so dass eine 18-monatige Umsetzungsfrist ab Wirksamkeit des Gesetzes zwingend geboten ist. Es ist den Unternehmen nicht zuzumuten, aufgrund einer fehlenden ausreichenden Umsetzungsfrist ad hoc eine Umsetzung „ins Blaue hinein“ zu starten und dann die Umsetzungsmaßnahmen später anzupassen oder sogar rückgängig zu machen. Darüber hinaus ist es für eine Umsetzung innerhalb der genannten Frist auch von großer Bedeutung,

dass das TKMoG möglichst eindeutige Vorgaben trifft und unklare Regelungen aus dem EECC nicht der Klärung durch die Rechtsprechung überlässt.

### **3. Modernisierung der Umlagefähigkeit des Breitbandanschlusses als Anreiz für Glasfaserinvestitionen**

Mit einer zukunftsgerichteten Ausgestaltung kann die Umlagefähigkeit zum Motor für den Glasfaserausbau werden. Dazu bedarf es einer grundlegenden Überarbeitung bestehender Regelungen zur Umlagefähigkeit. Für Netzbetreiber und Investoren hat eine auf den Glasfaserausbau bezogene Ausgestaltung der Umlagefähigkeit einen positiven Effekt auf die Kalkulierbarkeit der oft unsicheren Einnahmenseite im „Business-Case“. Dies kann Investitionsentscheidungen positiv beeinflussen und diese damit insbesondere auch in den Ballungsräumen beschleunigen. Durch die Einbeziehung von Mehrfamilienhäusern in die Ausbauplanungen werden größere zusammenhängende Gebiete attraktiv für einen Glasfaserausbau, da das Kundenpotenzial größer wird.

**Der BREKO unterstützt bei der konkreten Gesetzesformulierung den Vorschlag von Prof. Dr. Thomas Fetzner zu § 71 TKG-RegE und Art. 14 (Änderung der Betriebskostenverordnung) und schließt sich diesem vollumfänglich an.**

Zusammengefasst muss eine modernisierte Umlagefähigkeit folgende Aspekte enthalten und berücksichtigen:

- Die Möglichkeit der Abrechnung der Kosten des Breitbandanschlusses über die Betriebskosten wird zukünftig an neue Investitionen in Glasfasernetze bis in die Gebäude und Wohnungen gekoppelt. Die Unternehmen, die Mehrparteienhäuser mit echten Glasfaseranschlüssen anbinden (dabei geht es um die Glasfaseranbindung von der Grundstücksgrenze bis ins Gebäude bzw. die Glasfaser-Inhouse-Verkabelung), können die Kosten für diesen Anschluss weiterhin über die Betriebskosten abrechnen.
- Dabei soll die Umlage nicht „unendlich“ vereinbart werden können, sondern für einen Zeitraum von 7 Jahren, der dem Wert der Investitionen in die neue Glasfaserinfrastruktur hinreichend Rechnung trägt. Erforderliche Wartungs- und Erhaltungsarbeiten am Netz sollten auch darüber hinaus als Betriebskosten abgerechnet werden können.
- Um darüber hinaus Anreize für Kooperationen und eine möglichst große Angebotsvielfalt zu schaffen, ist ein offener Netzzugang (Open-Access) zu gewähren, der anderen Anbietern den Zugang zum Netz und damit zu den Kunden ermöglicht.
- Ein Bestandsschutz für insgesamt maximal 7 Jahre gilt ausschließlich für Glasfaseranschlüsse, die nach dem 20.12.2018 errichtet wurden und dies auch nur dann, wenn Sie die oben genannten Kriterien (Errichtung eines Glasfaseranschlusses bis ins Gebäude bzw. bis in die Wohnung und Open-Access) erfüllen. Ein weitergehender Bestandsschutz für andere Netze und über einen längeren Zeitraum würde zu einem Hemmnis für den weiteren

Glasfaserausbau und zu einer Zementierung des aktuellen „Kabelmonopols“ in der Wohnungswirtschaft führen. Eine unterschiedliche Behandlung wäre auch angemessen, da bei Netzen, die lediglich technisch aufgerüstet wurden, keine vergleichbaren Investitionen getätigt wurden bzw. sich diese längst amortisiert haben. Für eine geordnete Umstellung der bestehenden Miet- und Gestattungsverträge ist ebenfalls kein Bestandsschutz erforderlich. § 313 BGB bietet eine hinreichende Rechtsgrundlage, um eine Vertragsanpassung oder Kündigung der laufenden Verträge innerhalb eines angemessenen Zeitraums vorzunehmen, ohne dass dafür eine gesonderte gesetzliche Übergangsfrist notwendig wäre.

Durch eine modernisierte Umlagefähigkeit können Mieterinnen und Mieter einen zukunftssicheren und nachhaltigen Glasfaseranschluss zu einem attraktiven Preis erhalten. Dieser läge deutlich unter den Kosten, die im Falle eines Wegfalls des Sammelinkasso bei der Buchung von Einzelanschlüssen entstehen würden. Zudem stünde den Mieterinnen und Mietern durch die Öffnung der Netze ein sehr viel umfassenderes Dienstangebot zur Verfügung.. Dies würde zu deutlich mehr Wettbewerb auf dem Anbietermarkt führen. Eine Kostensteigerung für die Mieterinnen und Mieter und für Empfänger von Sozialleistungen ist damit nicht verbunden.

Für Gebäudeeigentümer und Wohnungsbaugesellschaften, die ihre Immobilien durch eine leistungs- und zukunftsfähige digitale Infrastruktur fit für die Zukunft und damit für private und gewerbliche Mieter attraktiv machen wollen, ergibt sich eine deutliche Wertsteigerung der Immobilien. Aufwändige und kostspielige weitere Modernisierungen der Infrastruktur oder technische Aufrüstungen entfallen.

## **C. Infrastrukturelle Aspekte zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts**

### **1. Gebiete mit Ausbaufizit**

Der BREKO spricht sich für eine Streichung von § 83 TKG-RegE aus. Die in § 83 TKG-RegE vorgesehene allgemeine Vorausschau für den Netzausbau bietet im Vergleich zu den etablierten Markterkundungsverfahren im Vorfeld von staatlichen Fördermaßnahmen keinen Mehrwert und kann die regionalen Markterkundungsverfahren, die sich auf konkrete Projektgebiete beziehen, auch nicht ersetzen. Zudem ist diese Regelung auch nicht durch die Vorgaben des EECC zwingend vorgegeben, da Art. 22 EECC in Bezug auf die Vorausschau lediglich eine „Kann-Vorschrift“ enthält.

Eine allgemeine Ausbauabfrage für das komplette Bundesgebiet und ohne konkreten Projektbezug würde einen hohen bürokratischen Aufwand auslösen, jedoch keine validen Ergebnisse produzieren, da kein Unternehmen in der Lage ist für ganz Deutschland eine verlässliche Ausbauplanung für den zukünftigen Glasfaserausbau abzugeben. Ob ein Glasfaserausbau in einer bestimmten Region zu einer bestimmten Zeit erfolgt hängt von verschiedenen Faktoren ab. So ist die konkrete Nachfrage der BürgerInnen und Unternehmen vor Ort ein zentrales Kriterium für eine Ausbauentcheidung der Unternehmen. Ein weiteres

wichtiges Kriterium sind die zur Verfügung stehenden Tiefbaukapazitäten, die begrenzt sind und nicht beliebig zur Verfügung stehen. Selbst wenn also für Gebiete ein eigenwirtschaftliches Ausbaupotenzial besteht, was für den Großteil der Fall ist, können Gründe bestehen, warum in einzelnen Gebieten innerhalb des abgefragten Zeitraums keine Ausbauplanung angezeigt wird. Dies ist dann aber nicht gleichbedeutend mit einer Unwirtschaftlichkeit des Ausbaus.

Die in § 83 Abs. 2 S. 2 TKG-RegE vorgesehene Logik, nach erfolgter Ausbauankündigung eines Unternehmen andere Unternehmen aufzufordern, ebenfalls eine etwaige Ausbauabsicht zu bekunden, wird nicht zu dem beabsichtigten Ziel der besseren Planbarkeit des Geschäftsplans führen. Vielmehr würde dies dazu führen, Unternehmen, die bisher keinen Ausbau in diesem Gebiet geplant haben zu motivieren, einen strategisch destruktiven und volkswirtschaftlichen unsinnigen Überbau durchzuführen.

## **2. Wegerechte, Mitverlegung**

Großes Potenzial für eine weitere Beschleunigung des Glasfaserausbaus liegt in der Verkürzung der Dauer der Genehmigungsverfahren. Je nach Art des Ausbaus und der Charakteristika des Ausbaugesbietes sind eine Vielzahl von Genehmigungen aus dem Bereich des Straßen- und Wegerechts, des Baurechts, des Verkehrsrechts, des Naturschutzes, des Denkmalschutzes, des Wasserhaushaltsrechts sowie ggf. der Kampfmittelfreiheit erforderlich. Diese Genehmigungsverfahren laufen heute in der Regel hintereinander und unkoordiniert ab, was zu erheblichen Genehmigungsdauern führen kann.

### **a) Koordinierende Stelle für Genehmigungsverfahren**

Der Regierungsentwurf sieht in § 126 Abs. 5 die Einrichtung einer koordinierenden Stelle für die verschiedenen Genehmigungsverfahren (Ausnahme: Kampfmittelfreiheit) vor, die durch die Länder zu bestimmen sein soll. Dies bedeutet nicht, dass die Stelle auf Landesebene einzurichten ist, was auch wenig sinnvoll wäre. Die richtige Ebene für die Einrichtung der koordinierenden Stelle sind die Kreise bzw. kreisfreien Städte, weil dort die meisten der Behörden angesiedelt sind, deren Kooperation benötigt wird. Die koordinierende Stelle erteilt die erforderlichen Genehmigungen nicht selbst, sondern soll dafür sorgen, dass mit der Zustimmung des Wegebausträgers, die in der Regel binnen drei Monate nach Eingang des vollständigen Antrags, zu erteilen ist, auch die ggf. erforderlichen Genehmigungen aus den Bereichen Naturschutz, Denkmalschutz und Wasserhaushalt sowie die erforderlichen verkehrsrechtlichen Anordnungen vorliegen.

Dieser Ansatz ist dem europäischen und dem nationalen Recht nicht fremd. Bereits Art. 6 der EU-Dienstleistungsrichtlinie („DLRL“ - 2006/123/EG ) vom 12.12.2006 sah die Schaffung eines „Einheitlichen Ansprechpartners“ als zentrale Anlaufstelle für Dienstleister vor. Der „Einheitliche Ansprechpartner“ soll Dienstleistungserbringer aus dem Gebiet der Europäischen Union bei der Abwicklung aller Verfahren und Formalitäten, die mit der Aufnahme und Ausübung ihrer Tätigkeit verbunden sind, unterstützen. So sollen alle mit der Aufnahme und Ausübung der Dienstleistungstätigkeit erforderlichen Verfahren und

Formalitäten elektronisch über den „Einheitlichen Ansprechpartner“ abgewickelt werden können (Art. 8 DLRL).

Ein weiteres Beispiel für die Koordinierung von Genehmigungsverfahren im deutschen Verwaltungsrecht ist die Konzentrationswirkung bei der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 13 BImSchG. Danach schließt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen ein. Die Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG betrifft baurechtliche Genehmigungen ebenso wie naturschutzrechtliche Genehmigungen, Ausnahmen und Befreiungen nach dem Naturschutzrecht einen Teil der wasserrechtlichen Genehmigungen sowie Waldumwandlungs- und Rodungsgenehmigungen nach § 9 BWaldG.

Die Konzentrationswirkung besteht darin, dass statt mehrerer Genehmigungen in jeweils selbständigen Verfahren eine einzige (immissionsschutzrechtliche) Genehmigung erteilt wird, die in einem einzigen Verfahren als einheitlicher Verwaltungsakt ergeht.

Insofern wäre die Wirkung des § 126 Abs. 5 weniger weitgehend, da es bei Einzelgenehmigungen bleiben würde, die aber koordiniert mit der Zustimmung des Wegebausträgers in der dafür vorgesehenen Frist erteilt werden.

### **(1) One-Stop-Shop als Beschleuniger für den Glasfaserausbau**

Die Einrichtung einer koordinierenden Stelle wäre für die ausbauenden Unternehmen unter verschiedenen Aspekten hilfreich. Zum einen ist es für die Unternehmen oft nicht einfach, zu erkennen, welche Genehmigungen überhaupt benötigt werden und wer die richtigen Ansprechpartner sind. Bereits im Vorfeld der Antragstellung könnte die koordinierende Stelle helfen, die erforderlichen Genehmigungen und die jeweils beizubringenden Unterlagen zu identifizieren. Zum anderen wäre die koordinierende Stelle das zentrale Eingangstor für die notwendigen Anträge. Sie könnte die Vollständigkeit und Richtigkeit der Anträge vorab prüfen und diese dann an die anderen Behörden weiterleiten. Auf diese Weise würden die erforderlichen Genehmigungsverfahren parallel und nicht (wie in der Regel heute) hintereinander geführt. Weiter würde die koordinierende Stelle als „zentraler Kümmerer“ bei den beteiligten Behörden nachfragen, woran Genehmigungen ggf. „haken“ und als Mittler zwischen den beteiligten Behörden und den Unternehmen dazu beitragen, Hindernisse möglichst schnell aus dem Weg zu räumen. Im Endeffekt wäre die koordinierende Stelle der „Anwalt für den Glasfaserausbau“ in der Verwaltung.

Gelänge es zudem, die erforderlichen Genehmigungen innerhalb der 3-Monats-Frist für die Zustimmung des Wegebausträgers bzw. des § 149 TKG-RegE zu erteilen und wäre somit die Dauer des gesamten Genehmigungsverfahrens für die Unternehmen kalkulierbar, könnten diese die Zeit bis zu Genehmigungserteilung bereits für die Einleitung der weiteren Maßnahmen (z.B. der Planung und Beauftragung des nachfolgenden Tiefbaus) nutzen. Die dergestalt verbesserte Planbarkeit würde im Ergebnis auch zu einer effizienteren Auslastung der knappen Tiefbaressourcen führen.



Die Einrichtung einer koordinierenden Stelle hätte daher erhebliche positive Effekte für die Beschleunigung des Glasfaserausbau. Insofern ist es nicht nachvollziehbar, dass der Bundesrat diesen Ansatz in seiner Stellungnahme abgelehnt und die Streichung des § 126 Abs.5 RegE gefordert hat, ohne selbst Alternativen anzubieten. Zwar ist es richtig, dass in einigen Städten und Kreisen bereits ähnliche Konzepte verfolgt werden, jedoch sind diese Konzepte sehr unterschiedlich und bei weitem nicht flächendeckend umgesetzt.

Die von den Bundesländern u.a. angeführten Finanzierungsfragen zu einer angemessenen sachlichen und personellen Ausstattung der koordinierenden Stellen wären unseres Erachtens lösbar, wie noch zu zeigen sein wird.

## **(2) Digitalisierung des Verfahrens**

Weiteres Beschleunigungspotenzial läge in einer vollständigen Digitalisierung des Antrags- und Genehmigungsverfahrens. Gerade weil es sich bei der Einrichtung der koordinierenden Stellen um eine neue Ressource und ein neues Verfahren handelt, bestünde die Chance, dieses von Anfang an konsequent digital umzusetzen.

Weiter wäre zu prüfen, ob mit Hilfe der BNetzA und unter Beteiligung der betreffenden Behörden, Antragsmuster mit einem festen Set an beizubringenden Unterlagen erarbeitet werden könnten. Dies würde die Qualität der Antragstellung von vorneherein verbessern und wäre gerade für Unternehmen, die über Stadt- oder Kreisgrenzen hinweg tätig sind, sehr hilfreich. Zudem würde das auch die Prüfung der Vollständigkeit des Antrags durch die koordinierende Stelle erleichtern.

## **(3) Finanzierung**

Der Haupteinwand der Bundesländer betrifft die Finanzierung der koordinierenden Stellen. Hier wäre eine Ko-Finanzierung des Bundes denkbar und verfassungsrechtlich zulässig.

Art. 104b GG erlaubt eine Finanzhilfe für besonders bedeutsame Investitionen der Länder und Gemeinden bzw. Gemeindeverbände, soweit ein bundesrechtlicher Anknüpfungspunkt besteht (hier das TKG) und einer Fördertatbestände des Art. 104b Abs. 1 Satz Nr.1 bis 3 GG einschlägig ist. Danach ist eine Finanzhilfe des Bundes zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums (Art. 104b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GG) möglich. Zwar ist dieser Tatbestand auf der Ermessensebene restriktiv zu handhaben, um sich systemkonform in die bundesstaatliche Finanzverfassung einzufügen, andererseits beschränkt sich die verfassungsgerichtliche Überprüfung wegen der Unbestimmtheit der Förderziele notwendigerweise auf die Frage, ob der Bundesgesetzgeber bzw. die Beteiligten einer Verwaltungsvereinbarung das Förderziel richtig ausgelegt haben und sich in diesem Rahmen bewegen. Die erhebliche Beschleunigung und Effektivierung der Genehmigungsverfahren sowie die Berechenbarkeit von deren Dauer für die Unternehmen durch die Einrichtung der koordinierenden Stellen kann zweifellos als wesentlicher Beitrag zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums angesehen werden.

Der Ausbau leistungsfähiger Glasfasernetze ist essentiell für das wirtschaftliche Wachstum in der modernen Dienstleistungs- und Industriegesellschaft. Dies zeigt sich insbesondere auch in Zeiten von Corona. Aktuell beweisen sich insbesondere die Branchen als besonders widerstandsfähig, deren Geschäftsmodelle auf digitalen Anwendungen aufbauen bzw. die ihre



Geschäftsmodelle weitgehend auf digitale Anwendungen umstellen konnten. Auch der Umfang und die Qualität von Home-Office-Lösungen hängt wesentlich von der Verfügbarkeit leistungsstarker Anschlüsse ab.

Die Umsetzung der Ko-Finanzierung könnte durch die Aufnahme eines neuen Absatz 6 in § 126 TKG-RegE erfolgen, wobei die Regelung der Einzelheiten einer Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern überlassen bleiben sollte.

### **b) Keine Konzessionierung in Fördergebieten**

In seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf regt der Bundesrat die Aufnahme eines neuen Absatz 3a) in § 126 TKG-RegE an, wonach der Träger der Wegebauast die Zustimmung zur Ausübung des Wegerechts nach Abs. 1 verweigern kann, wenn diese zum Überbau öffentlich geförderter Glasfasernetze, führen würde, die einen diskriminierungsfreien offenen Netzzugang mit ausreichender Kapazität bieten. Faktisch handelt es sich dabei um eine Konzessionierung.

Seitens des BREKO bestehen gegen den Vorschlag des Bundesrates erhebliche, insbesondere auch verfassungsrechtliche Bedenken.

Der Vorschlag verstößt aus unserer Sicht gegen Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG, der die Errichtung öffentlicher Telekommunikationsnetze durch private Anbieter vorsieht.

Zudem würde man der Zustimmung des Wegebauastträgers auf diese Weise eine andere Funktion geben als ihr heute gesetzessystematisch zukommt. Die Zustimmung des Wegebauastträgers ist nicht konstitutiv für die Erteilung. Das Wegerecht wird nach § 124 TKG-RegE wie bisher durch die BNetzA erteilt. Liegen die Voraussetzungen des § 124 Abs. 3 TKG-RegE vor, handelt es sich um eine gebundene Entscheidung, d.h. der Antragsteller hat einen Anspruch auf die Erteilung des Wegerechts. Die Frage des „Ob“ eines Wegerechts ist damit in § 124 TKG-RegE abschließend geregelt und vollständig der BNetzA überlassen.

Die Zustimmung des Wegebauastträgers betrifft ausschließlich das „Wie“ der Ausübung des Wegerechts. Dies bedeutet, dass die Wegebauastträger die Zustimmung nicht verweigern können (was dann auch auf eine Art Rücknahme des durch den Bund erteilten Wegerechts hinauslief), sondern im Rahmen des § 126 Abs. 7 TKG-RegE lediglich mit Nebenbestimmungen versehen können, um z.B. die Regeln der Technik, die erforderliche Sicherheit, die Leichtigkeit des Verkehrs oder eine übliche Dokumentation der Leitungen sicherzustellen.

Dieses seit Einführung des TKG bewährte System würde durch eine neu eingeführte Möglichkeit des Wegebauastträgers, die Zustimmung in Fällen eines Überbaus öffentlich geförderter Glasfasernetze zu verweigern, grundlegend verändert. Rechtstechnisch würde es nicht ausreichen, dem Wegebauastträger die Verweigerung der Zustimmung zu ermöglichen, weil es dann zu widersprüchlichen Entscheidungen auf der Bundesebene (Erteilung des Wegerechts) und der Landesebene (Verweigerung der Ausübung des vom Bund erteilten Wegerechts) käme. Dieser Konflikt wäre nur auflösbar, wenn das Wegerechtsregime komplett durch die Länder abgewickelt würde, was nach unserer Auffassung aber nicht zweckmäßig wäre.

Auch materiell ist der Vorschlag der Bundesländer aus unserer Sicht nicht zielführend. Im Ergebnis würde ein Infrastrukturwettbewerb dort verhindert, wo er – zumindest nach Auffassung des nachfolgend ausbauenden Unternehmens – möglich wäre. Zum Schutz des geförderten Unternehmens ist es ausreichend, dass im Bereich der Förderung bereits heute in § 77i TKG die Mitverlegung im Rahmen der erforderlichen Bauarbeiten ausgeschlossen ist. Der nachfolgende Ausbauer muss sein Glasfasernetz also komplett eigenwirtschaftlich errichten.

Hinzu kommt, dass durch die Einführung der „Graue-Flecken-Förderung“ voraussichtlich noch deutlich mehr Gebiete von der Möglichkeit einer Zustimmungsverweigerung betroffen sein würden, als dies heute schon bei den mehr als 2000 auf Grundlage des aktuellen Breitbandförderprogramms des Bundes aufgesetzten Förderprojekten der Fall wäre. Dies würde wiederum die Frage aufwerfen, warum nur ein geförderter Ausbau und nicht auch (oder sogar vorrangig) der eigenwirtschaftliche Ausbau durch ein exklusives Wegerecht geschützt werden sollte, zumal das Kernargument der Bundesländer – der Schutz städtebaulicher Belange – hier wie dort gilt.

Im Ergebnis läuft der Vorschlag der Bundesländer damit auf eine - aus den klassischen Versorgungsbereichen bekannte - Konzessionierung hinaus, die dem wettbewerblich geprägten Telekommunikationsmarkt fremd ist. Dies führt vom verfassungsrechtlich garantierten vorrangig privatwirtschaftlichen TK-Infrastrukturausbau weg zu einem staatlich gelenkten Ausbau.

Dem Interesse der Bundesländer an Vermeidung von Mehrfacheingriffen in den Straßenkörper trägt der Regierungsentwurf bereits an anderer Stelle Rechnung. Gemäß § 127 Abs.4 TKG-RegE kann die BNetzA die Mitnutzung und gemeinsame Unterbringung (Kollokation) der zugehörigen Einrichtungen und der Telekommunikationslinien anordnen, wenn u.a. Belange des Umweltschutzes oder der Städteplanung und Raumordnung beeinträchtigt sind.

Auch wenn diese Befugnis der BNetzA gegenüber einer Zustimmungsverweigerung zur Ausübung des Wegerechts das deutlich mildere und damit verhältnismäßigere Mittel ist, sollte auch die BNetzA davon nur in den Ausnahmefällen einer erheblichen Beeinträchtigung der städtebaulichen Belange durch die geplanten Baumaßnahmen und vorheriger Aufforderung an die beteiligten Unternehmen zur Kooperation Gebrauch machen dürfen. Grundsätzlich wären freiwillige Kooperationen der beteiligten Unternehmen deutlich vorzugswürdig.

### **c) Alternative Verlegeverfahren**

Die Einführung einer Widerspruchslösung anstelle des bisherigen Erfordernisses einer Zustimmung der Behörde beim Einsatz von alternativen Verlegemethoden in § 125 Abs.2 TKG-RegE ist als gesetzgeberischer Fortschritt zu bewerten. Letztlich sollte aber das Regel-Ausnahmeverhältnis beim Einsatz dieser Verfahren grundsätzlich überdacht werden und diese als Standard anerkannt werden, um den Glasfaserausbau weiter zu beschleunigen.

#### **d) Kostentragsregelungen bei gebotenen Änderungen einer TK-Linie oder späteren besonderen Anlagen**

Die Betreiber von TK-Netzen sollen nach § 129 TKG-RegE verpflichtet werden, eine Verlegung oder Beseitigung der TK-Linie auf eigene Kosten in Fällen vorzunehmen, in denen die TK-Linie spätere erforderliche Arbeiten des Wegebausträgers zur Unterhaltung oder Änderung des Verkehrsweges verhindert (§ 129 TKG-RegE). Diese Kostentragsregelung hat sich in den vergangenen Jahren zu einer erheblichen finanziellen Belastung für die Branche entwickelt, da im Zuge der verstärkten Erneuerung öffentlicher Infrastrukturen (Straßen, Brücken), der Verbreiterung von Autobahnen, neuen Bahntrassen oder des stärkeren Ausbaus von Kreisverkehren deutlich häufiger und zum Teil auch umfangreichere Leitungsverlegungen erforderlich geworden sind. Hinzu kommt, dass bei Glasfasernetzen eine Verlegung wesentlich aufwändiger zu bewerkstelligen ist. Während beim Kupfernetz oftmals nur ein Kabel oder ein DN50-Rohr verlegt werden muss, können bei einem großflächigeren Glasfaserausbau mehrere Flachverbände übereinander liegen. Wird hier eine Verlegung erforderlich, kann dies schnell zu einer finanziellen Belastung im fünfstelligen Bereich führen. Wir halten es daher für angemessen, dass die Kosten für die notwendige Verlegung oder Beseitigung von TK-Linien entweder verursachungsgerecht den Veranlassern nachträglicher Baumaßnahmen bzw. später hinzukommender besonderer Anlagen (§ 131 TKG-RegE) zugerechnet werden (soweit diese Baumaßnahmen zum Zeitpunkt der Verlegung der TK-Linie noch nicht absehbar waren) oder eine Kostenübernahme bzw. eine Kostenbeteiligung der öffentlichen Hand, z.B. durch das "Sondervermögen Digitale Infrastruktur" erfolgt. Dies ist auch deshalb gerechtfertigt, weil eine leistungsfähige Kommunikationsinfrastruktur dem Gemeinwohl ebenso dient wie andere Netzinfrastrukturen. Es wäre daher nicht nachvollziehbar, warum im Rahmen einer Güterabwägung bei Interessenkollisionen allein die TK-Netzbetreiber die Lasten tragen sollten.

#### **e) Mitverlegung**

Nach der gegenwärtigen Rechtslage (§ 77i TKG) ist nicht auszuschließen, dass Investitionen von Unternehmen mit kommunaler Beteiligungsstruktur, wie z.B. Stadtwerke, aber auch anderer öffentlicher Versorgungsunternehmen als „aus öffentlichen Mitteln finanzierte Bauarbeiten“ angesehen werden könnten und unter dem Risiko einer Mitverlegungsverpflichtung stehen. Dieses besondere Investitionsrisiko, das aktuell den Ausbauplänen dieser Marktakteure anhaftet, wird auch nicht dadurch abgemildert, dass § 142 TKG-RegE nur noch Baumaßnahmen adressiert, die „ganz oder überwiegend“ aus öffentlichen Mitteln finanziert sind. Kommunale Unternehmen werden die von ihnen zum Zweck des Glasfaserausbaus initiierten Bauarbeiten – sofern sie nicht Förderprojekte umsetzen - stets vollständig oder überwiegend selbst finanzieren, so dass für die Frage, ob diese Investitionen dem Anwendungsbereich des § 142 TKG-RegE (bzw. heute § 77i TKG) zuzuordnen sind, durch die Änderung nichts gewonnen ist.

Auch die Einführung einer weiteren Fallgruppe zur Zumutbarkeit einer Mitverlegung ist zwar ein Schritt in die richtige Richtung, löst aber die Problematik nicht vollständig auf. Danach soll ein Mitverlegungsantrag dann zumutbar sein, wenn der Hauptzweck der Bauarbeiten durch

die nachgefragte Mitverlegung nicht beeinträchtigt wird. Bedeutet im Umkehrschluss: sofern der „Hauptzweck der Bauarbeiten“ durch eine Mitverlegung beeinträchtigt würde, dürfte der Mitverlegungsantrag als unzumutbar abgelehnt werden. Erst durch einen Blick in die Gesetzesbegründung wird klar, was gemeint ist: danach könne der „Hauptzweck der Bauarbeiten“ dann beeinträchtigt sein, wenn dem Ausbau des Glasfasernetzes zugrundeliegende Geschäftsplan durch die begehrte Mitverlegung so maßgeblich tangiert wäre, dass der Glasfaserausbau als „Hauptzweck der Bauarbeiten“ beeinträchtigt sei.

Abgesehen davon, dass die Auswirkungen auf den Geschäftsplan als (Un-) zumutbarkeitskriterium des § 142 TKG-RegE sich dann auch direkt im Gesetz und nicht lediglich in der Begründung finden sollten, bietet auch dieses Instrument den kommunalen Unternehmen nicht die notwendige Rechts- und Planungssicherheit.

Ob die Auswirkungen der begehrten Mitverlegung auf den Geschäftsplan des ausbauenden Unternehmens so stark sind, dass der Glasfaserausbau als „Hauptzweck“ verfehlt wird, ist eine Sachverhaltsfrage, die eine Prüfung des konkreten Geschäftsplans im Einzelfall voraussetzt und im Übrigen – hinsichtlich des Ausmaßes der Beeinträchtigung - der Wertung der BNetzA im Rahmen eines Streitbeilegungsverfahrens unterliegt. Dies bedeutet aber, dass das ausbauende kommunale Unternehmen erst im Laufe eines Streitbeilegungsverfahrens und auch nur für den konkreten Einzelfall die Sicherheit darüber bekommt, ob es eine Mitverlegung zulassen muss oder nicht.

Damit wird die notwendige Investitionssicherheit für kommunale Unternehmen nicht wirklich verbessert. Die Umsetzung der Ausbauprojekte dürfte sich um die Dauer der Streitbeilegung verlängern, während sich die Zahl der Streitbeilegungsverfahren wegen deren Einzelfallcharakter nicht reduzieren dürfte.

Um die notwendige Rechtssicherheit zu schaffen, ist eine Legaldefinition der „*öffentlichen Mittel*“, aus denen die Baumaßnahmen finanziert werden, in den Definitionskatalog des § 3 TKG-RegE aufzunehmen. In diesem Zusammenhang muss klar gestellt werden, dass als „*öffentliche Mittel*“ im Sinne des TKG ausschließlich Fördermittel und direkte Haushaltsmittel der Gebietskörperschaften anzusehen sind, nicht aber eigenfinanzierte Baumaßnahmen von kommunalen Unternehmen. Dieses Verständnis entspricht auch der Auffassung, die die Bundesregierung gegenüber einem Entschließungsantrag des Bundesrates zum Ausdruck gebracht hat.

Kommunale Unternehmen, wie Stadtwerke und deren Tochtergesellschaften haben in aller Regel eine privatwirtschaftliche Rechtsform und stehen - jedenfalls was ihr Telekommunikationsgeschäft angeht - auch im unmittelbaren Wettbewerb mit anderen privaten Unternehmen.

Eine einseitige Verpflichtung kommunaler Unternehmen, ihre Wettbewerber zu regulierten Entgelten ggf. mitverlegen und damit „Trittbrettfahren“ lassen zu müssen, würde einen erheblichen Wettbewerbsnachteil zulasten dieser Unternehmen, die zu den Hauptakteuren des Glasfaserausbaus in Deutschland zählen, darstellen.

### **3. Universaldienst / Recht auf schnelles Internet**

#### **a) Umsetzung des Universaldienstes widerspricht abgestuften Konzept des Europäischen Kodex (EECC)**

Der BREKO die Umsetzung der Regelungen zum Universaldienst für nicht gemeinschaftsrechtskonform.

Art. 86 EECC ist so konzipiert, dass der Universaldienst in einem abgestuften Instrumentarium nur als letztes Mittel („Ultima Ratio“) in Betracht kommt, wenn die Verfügbarkeit von angemessenen Breitbandinternetzugangsdiensten *„unter normalen wirtschaftlichen Gegebenheiten oder durch andere mögliche politische Instrumente“* nicht gewährleistet werden kann. Die Erwägungsgründe 229 und 230 konkretisieren, welche vorrangigen „politischen Instrumente“ der Europäische Richtliniengeber im Blick gehabt hat:

*“In Gebieten, in denen der Markt keine entsprechende Versorgung hervorbringt, wird zur Förderung des angemessenen Breitbandzugangs auf andere Mittel zur Erreichung der Gemeinwohlziele zurückgegriffen, die grundsätzlich kosteneffizienter und weniger wettbewerbsverzerrend scheinen als Universaldienstverpflichtungen, so z.B. Finanzinstrumente im Rahmen des Europäischen Fonds für strategische Investitionen und der Fazilität *“Connecting Europe“*, die Inanspruchnahme von Mitteln aus dem Europäischen Struktur- und Investitionsfonds, die Verknüpfung von Versorgungsverpflichtungen mit Funkfrequenznutzungsrechten zur Förderung des Breitbandausbaus in dünner besiedelten Gebieten sowie öffentliche Investitionen in Einklang mit dem Beihilferecht der Union.“ (Erw. 229; Hervorhebung durch den Verfasser)*

Der Europäische Kodex formuliert also einen klaren Vorrang des eigenwirtschaftlichen Ausbaus und der Breitbandfördermaßnahmen vor der Auferlegung eines Universaldienstes. Dies hat Rückwirkungen auf das Prüfprogramm zum Universaldienst. .

#### **b) Auswirkungen auf das Prüfprogramm zum Universaldienst**

##### **(1) Verfügbarkeit des Telekommunikationsdienstes**

§ 156 TKG-RegE beschreibt das Universaldienstniveau. Als Kriterium zur Feststellung der verfügbaren Mindestbandbreite soll dabei die von 80 Prozent der Verbraucher tatsächlich genutzte Bandbreite dienen. Das Kriterium ist sachgerecht und entspricht der Empfehlung des Europäischen Kommunikations-ausschusses (CoCom). Da das Kriterium dynamisch ist, wäre eine Bestimmung aufzunehmen, die die BNetzA diesbezüglich zu einer regelmäßigen Datenerhebung ermächtigt und verpflichtet. Wichtig ist dabei, dass die BNetzA nicht lediglich die vermarkteten Bandbreiten, sondern die tatsächlich genutzten Bandbreiten ermittelt, weil letztere der Bezugspunkt des 80-Prozent-Kriteriums sind und vermarktete und tatsächlich genutzte Bandbreiten oft deutlich voneinander abweichen. Ergänzt wird das

die vermarkteten Bandbreiten, sondern die tatsächlich genutzten Bandbreiten ermittelt, weil letztere der Bezugspunkt des 80-Prozent-Kriteriums sind und vermarktete und tatsächlich genutzte Bandbreiten oft deutlich voneinander abweichen. Ergänzt wird das Bandbreitenkriterium um die Liste des Anhang V des Europäischen Kodex, die eine Reihe von Diensten vorgibt, die über den Internetzugangsdienst ermöglicht werden müssen. Auch insoweit ist die Regelung sachgerecht.

## **(2) Feststellung der Unterversorgung**

Im Rahmen der Unterversorgungsfeststellung nach § 157 TKG-RegE sollte aus der Vorschrift klar hervorgehen, dass sämtliche leitungsgebundenen und funkgestützten Technologien, in die Betrachtung einzubeziehen sind. Ist in dem betreffenden Gebiet eine Versorgung zu erschwinglichen Preisen über Festnetz, Richtfunk, Mobilfunk oder Satellit verfügbar, ist für einen Universaldienst kein Raum mehr.

## **(3) Versorgungsverpflichtung**

Wie oben kurz dargestellt wurde, geht das Konzept des Art. 86 EEC vom Universaldienst als „Ultima Ratio“ aus. Danach kommt die Auferlegung nur dann in Betracht, wenn weder ein eigenwirtschaftlicher Ausbau noch ein staatlich geförderter Ausbau perspektivisch die Unterversorgung beseitigen wird. Angesichts der klaren Abstufung in den Vorgaben des TK-Kodex einerseits und der erheblichen Eingriffstiefe einer Versorgungsverpflichtung andererseits, ist es erforderlich, dass nicht lediglich eine cursorische oder abstrakte Betrachtung der vorrangigen Alternativen vorgenommen wird. Vielmehr ist zu fordern, dass eine Versorgungsverpflichtung nur dann auferlegt werden kann, wenn zuvor ein im Einklang mit dem Europäischen Beihilferecht konkret eingeleitetes Förderverfahren in dem betreffenden Gebiet erfolglos geblieben ist. Zu fordern ist also die Durchführung eines Markterkundungsverfahrens und die Ausschreibung der Förderung. Erst wenn sich auf Markterkundungsverfahren und Ausschreibung hin kein Unternehmen findet, das einen Netzausbau zur Herstellung der Mindestversorgung vornimmt, ist der Weg zur Auferlegung einer Versorgungsverpflichtung frei. Den „Ultima Ratio“-Charakter betont auch die Monopolkommission in einer aktuellen Veröffentlichung (Policy Brief, 7. Ausgabe, Februar 2021).

### **c) Rechtsanspruch auf schnelles Internet**

Der im Koalitionsvertrag festgelegte „Rechtsanspruch auf einen schnellen Internetzugang“ soll ebenfalls im Rahmen des Universaldienstes gelöst werden. Diese Grundsatzentscheidung hat Rückwirkungen auf den Inhalt des Rechtsanspruchs.

- Gemäß § 155 TKG-RegE wird der Rechtsanspruch in Form eines Kontrahierungsanspruchs gegen das dienstverpflichtete Unternehmen umgesetzt. Dies setzt voraus, dass das gesamte Verfahren zur Auferlegung der Versorgungsverpflichtung – ggf. einschließlich möglicher Rechtsmittel – durchlaufen.



- Die Auferlegung der Versorgungsverpflichtung ist ein Verwaltungsakt, gegen den der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Bestehen Zweifel bezüglich einer gemeinschaftsrechtskonformen Umsetzung könnte dies ein Vorlageverfahren beim EuGH einschließen.
- Zumindest soweit der Universaldienst umlagefinanziert erfolgen soll, beschränkt sich der Rechtsanspruch auf die Mindestversorgung nach § 156 TKG-RegE. Soweit in der Gesetzesbegründung zu § 156 TKG-RegE (S. 416) über die Dienstliste des Anhang V hinausgehende Dienste und Qualitätsniveaus nachgedacht wird, wäre dies nach allen hierzu vorliegenden Gutachten nur über eine (zusätzliche) öffentliche Finanzierung des Universaldienstes verfassungskonform möglich.<sup>1</sup> Dasselbe Ergebnis folgt aus Art. 92 EEC. Art. 90 und Erwägungsgrund 242 EEC bieten beide Finanzierungsinstrumente – eine Umlagefinanzierung und eine öffentliche Finanzierung – für den Universaldienst an und legen auch eine Kombination nah. Der Regierungsentwurf greift diese Anregung nicht auf und beschränkt sich auf die Umlagefinanzierung als einzige Finanzierungsform des Universaldienstes. Aus dieser gesetzgeberischen Entscheidung folgt dann aber rechtlich zwingend auch die Beschränkung des Rechtsanspruchs auf das Mindestniveau nach § 156 TKG-RegE.

Es erscheint daher nicht wirklich glücklich, den „Rechtsanspruch auf einen schnellen Internetzugangsdienst“ im Wege des Universaldienstes umzusetzen. Eine Universaldienstlösung führt immer nur zu Zwischenschritten auf dem jeweiligen Niveau der nach § 156 TKG-RegE zu bestimmenden Mindestversorgung. Da der Universaldienst einen tiefen Eingriff in die unternehmerische Freiheit des dienstverpflichteten Unternehmens darstellt, ist ein komplexes Prüfprogramm durchzuführen, das auch nicht abgekürzt werden kann. Zudem sind gegen die Auferlegung einer Versorgungsverpflichtung Rechtsmittel möglich, wodurch sich weitere Verzögerungen ergeben dürften. Eine sofortige Vollziehbarkeit der Versorgungsverpflichtung kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil durch die Verpflichtung zum Ausbau die Hauptsacheentscheidung vorweggenommen würde, so dass von einer Wiederherstellung des einstweiligen Rechtsschutzes bis zur Hauptsacheentscheidung durch die Verwaltungsgerichte auszugehen wäre.

Nach Auffassung des BREKO wäre ein flächendeckend verfügbarer schneller Internetzugangsdienst durch den mit einer umsichtigen Anreiz- und Förderpolitik flankierten eigenwirtschaftlichen Ausbau schneller und auf einem höheren Qualitätsniveau umsetzbar. Nachdem der „Rechtsanspruch auf schnelles Internet“ aber gleichwohl über den Universaldienst umgesetzt werden soll, ist jedenfalls strikt auf eine (gemeinschafts-) rechtlich nicht angreifbare Umsetzung zu achten, um langwierige gerichtliche Auseinandersetzungen ebenso zu vermeiden wie einen Konflikt mit der Europäischen Kommission. Dies betrifft vor allem den gemeinschaftsrechtlich zwingenden Vorrang von eigenwirtschaftlichen und staatlich geförderten Ausbauprojekten vor der Auferlegung von Versorgungsverpflichtungen.

---

<sup>1</sup> Kühling/Toros: Rechtliche Herausforderungen bei der Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen (2019), S. 53.

Andreas Neumann: Optionen für die Ausgestaltung eines Rechtsanspruchs auf schnelles Internet aus telekommunikationsrechtlicher Sicht (2019), S. 13.



#### 4. Sonstige Themen - Frequenzordnung

Im Rahmen der Frequenzregulierung ist eine klare Rechtsgrundlage für die Auferlegung einer **Dienstanbieter- und MVNO-Verpflichtung** als obligatorische Nebenbestimmung zur Frequenzzuteilung zu schaffen. Bei den bisherigen Zuteilungen von 5G-Frequenzen an die Mobilfunknetzbetreiber hat die BNetzA keine ausreichende Rechtsgrundlage für die Auferlegung der zur Wettbewerbssicherung zwingend erforderlichen Verpflichtungen gesehen. Auch die Regelungen in § 98 Abs. 2 und § 104 Abs. 2 Nr.1 TKMoG-E sind diesbezüglich nicht ausreichend.

### **§ 13 Regulierungsverfügung**

- (1) Die Bundesnetzagentur erlegt Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, Verpflichtungen nach den §§ 24 bis 30, 38 oder 49 auf, ändert bestehende Verpflichtungen oder behält diese bei, wenn sie der Ansicht ist, dass das Marktergebnis für die Endnutzer ohne diese Verpflichtungen keinen wirksamen Wettbewerb darstellen würde.
- (2) Die Bundesnetzagentur kann auferlegte Verpflichtungen widerrufen. Der Widerruf ist den betroffenen Unternehmen mit angemessener Frist anzukündigen. Die Frist ist so zu bemessen, dass ein geordneter Übergang zur durch den Widerruf ausgelösten Situation ohne die betreffenden Verpflichtungen für die Begünstigten der Verpflichtungen und die Endnutzer sichergestellt ist. Bei der Festsetzung der Frist ist den Bedingungen und Fristen bestehender Zugangsvereinbarungen Rechnung zu tragen.
- (3) Die Bundesnetzagentur stellt bei der Auferlegung, Änderung, Beibehaltung oder dem Widerruf von Verpflichtungen (Regulierungsverfügung) sicher, dass die Verpflichtungen
  1. der Art des auf dem relevanten Markt festgestellten Problems entsprechen, gegebenenfalls unter Berücksichtigung einer länderübergreifenden Nachfrage nach Artikel 66 der Richtlinie (EU) 2018/1972,
  2. angemessen sind, insbesondere unter Berücksichtigung der Kosten und des Nutzens der Verpflichtungen und
  3. im Hinblick auf die Ziele des § 2 gerechtfertigt sind.
- (4) Die Bundesnetzagentur berücksichtigt in der Regulierungsverfügung Verpflichtungszusagen nach § 19. Sie berücksichtigt hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der auferlegten Verpflichtung gemäß Absatz 3 mit Blick auf die Verpflichtungszusagen insbesondere
  1. den Nachweis des fairen und angemessenen Charakters der Verpflichtungszusagen,
  2. die Offenheit der Verpflichtungszusagen gegenüber allen Marktteilnehmern,
  3. die rechtzeitige Verfügbarkeit des Zugangs unter fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen, auch zu Netzen mit sehr hoher Kapazität, im Vorfeld der Einführung entsprechender Endnutzerdienste und
  4. die allgemeine Angemessenheit der Verpflichtungszusagen, um einen effektiven und nachhaltigen Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten zu ermöglichen und den kooperativen Aufbau und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität im Interesse der Endnutzer zu erleichtern.

Betreffen für verbindlich erklärte Verpflichtungszusagen ein Ko-Investitionsangebot nach § 18 Absatz 1 Nummer 2 und nimmt mindestens ein Ko-Investor das Angebot an, sieht die Bundesnetzagentur für die von der Verpflichtungszusage umfassten Netzbestandteile von der Auferlegung von Verpflichtungen nach Absatz 1 ab und widerruft nach Absatz 2 insoweit bestehende Verpflichtungen. Abweichend von Satz 2 kann die Bundesnetzagentur Verpflichtungen nach Absatz 1 auferlegen, ändern oder beibehalten, wenn sie feststellt, dass aufgrund der besonderen Merkmale des

betrachteten Marktes das festgestellte Wettbewerbsproblem anderenfalls nicht zu beheben wäre.

- (5) Im Falle des § 11 Absatz 5 können Verpflichtungen nach Absatz 1 auf dem benachbarten Markt nur getroffen werden, um die Übertragung der Marktmacht zu unterbinden.
- (6) Im Falle des § 11 Absatz 6 legt die Bundesnetzagentur einvernehmlich mit den betroffenen nationalen Regulierungsbehörden fest, welche Verpflichtungen das oder die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu erfüllen haben.
- (7) Die Entscheidungen zur Auferlegung, Änderung und Beibehaltung der Verpflichtungen nach Absatz 1 oder zum Widerruf nach Absatz 2 ergehen mit den Maßnahmen nach den §§ 10 und 11 als einheitlicher Verwaltungsakt.

## § 15

### Überprüfung von Marktdefinition, Marktanalyse und Regulierungsverfügung

- (1) Werden der Bundesnetzagentur Tatsachen bekannt oder bekannt gemacht, prüft sie innerhalb von sechs Wochen, ob diese Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Ergebnisse von Marktdefinition und Marktanalyse nach §§ 10 und 11 nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten entsprechen und eine Überprüfung der Ergebnisse zu erfolgen hat. Als eine solche Tatsache gilt insbesondere die Vorlage einer Verpflichtungszusage im Sinne von § 18 Absatz 1 durch ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, sofern die Bundesnetzagentur aufgrund einer vorläufigen Bewertung nach § 19 Absatz 4 Satz 1 zu dem Ergebnis gelangt, dass die Verpflichtungszusage den jeweils anzuwendenden Bedingungen des § 18 Absatz 1 bis 4 entspricht. Die Regelungen der §§ 10 bis 14 finden im Falle der Überprüfung der Ergebnisse der §§ 10 und 11 entsprechende Anwendung.
- (2) Stellt die Bundesnetzagentur innerhalb der Sechswochenfrist nach Absatz 1 Satz 1 fest, dass
  1. die Tatsachen nach Absatz 1 nicht bedeutend genug sind, um eine neue Marktdefinition und Marktanalyse notwendig zu machen und
  2. die dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegten Verpflichtungen nicht mehr den in § 13 Absatz 1 genannten Bedingungen entsprechen,kann sie bestehende Verpflichtungen im Verfahren nach § 14 ändern oder widerrufen oder neue Verpflichtungen auferlegen. Satz 1 findet insbesondere Anwendung, wenn das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Verpflichtungszusagen nach § 18 Absatz 1 vorgelegt hat, die aufgrund einer vorläufigen Bewertung durch die Bundesnetzagentur nach § 19 Absatz 4 Satz 1 voraussichtlich für verbindlich erklärt werden können, oder wenn die Bundesnetzagentur nach § 19 Absatz 6 feststellt, dass das Unternehmen die für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen nicht eingehalten hat.
- (3) Außer in den Fällen des Absatzes 1 und des Absatzes 4 legt die Bundesnetzagentur spätestens alle fünf, jedoch nicht vor Ablauf von drei Jahren nach Veröffentlichung der Ergebnisse der Marktdefinition und Marktanalyse

nach § 12 Absatz 6 einen neuen Entwurf der Ergebnisse der Marktdefinition und Marktanalyse vor. Die Bundesnetzagentur kann diese Frist ausnahmsweise um ein Jahr verlängern. Hierzu meldet sie der Kommission vier Monate vor Ende der Fünfjahresfrist einen mit Gründen versehenen Vorschlag zur Verlängerung. Wenn die Kommission innerhalb eines Monats nach der Meldung des Verlängerungsvorschlags durch die Bundesnetzagentur keine Einwände erhoben hat, gilt die beantragte verlängerte Überprüfungsfrist.

- (4) Hat sich die Empfehlung nach Artikel 64 Absatz 1 der Richtlinie (EU) 2018/1972 geändert, sind bei Märkten, zu denen die Kommission keine vorherige Vorlage nach § 12 Absatz 2 erhalten hat, die Entwürfe der Marktdefinition und Marktanalyse nach den §§ 10 und 11 und der Regulierungsverfügung nach § 13 innerhalb von drei Jahren nach Verabschiedung der Änderung der Empfehlung nach den Verfahren der §§ 12 und 14 vorzulegen.
- (5) Hat die Bundesnetzagentur die Marktdefinition und Marktanalyse nach den §§ 10 und 11 im Hinblick auf einen relevanten Markt, der in der jeweils geltenden Fassung der Empfehlung betreffend relevante Produkt- und Dienstmärkte nach Artikel 64 Absatz 1 der Richtlinie EU 2018/1972 festgelegt ist, nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist abgeschlossen oder zweifelt die Bundesnetzagentur anderem fristgemäßen Abschluss, so kann sie das GEREK um Unterstützung bei der Fertigstellung der Marktdefinition, der Marktanalyse und der Regulierungsverfügung ersuchen. Im Fall eines solchen Ersuchens legt die Bundesnetzagentur der Kommission die Entwürfe der Marktdefinition, der Marktanalyse und der Regulierungsverfügung im Verfahren nach § 12 Absatz 2 innerhalb von sechs Monaten vor, nachdem das GEREK mit seiner Unterstützung begonnen hat.

## **§ 18 Verpflichtungszusagen**

- (1) Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht können der Bundesnetzagentur zu den für ihre Netze geltenden Zugangs- oder Ko-Investitionsbedingungen Verpflichtungszusagen vorlegen, damit die Bundesnetzagentur über eine Verbindlichkeitserklärung nach § 19 entscheiden kann; die Verpflichtungszusagen können sich insbesondere auf Folgendes beziehen:
1. kommerzielle Vereinbarungen, die in Bezug auf die Bewertung geeigneter und angemessener Verpflichtungen nach § 13 relevant sind;
  2. Ko-Investitionsangebote betreffend die Errichtung von Netzen mit sehr hoher Kapazität, die bis zu den Gebäuden des Endnutzers oder der Basisstation aus Glasfaserkomponenten bestehen, oder
  3. Zugang für Dritte nach § 32, sowohl während des Umsetzungszeitraums als auch nach vollständiger Umsetzung einer freiwilligen funktionellen Trennung durch ein vertikal integriertes Unternehmen.

Das Unternehmen veröffentlicht die nach Satz 1 vorgelegten Verpflichtungszusagen zugleich auf seiner Internetseite.

(2) Verpflichtungszusagen müssen fair, angemessen, nichtdiskriminierend und für alle Marktteilnehmer offen sein. Die Bundesnetzagentur prüft die vorgelegten Verpflichtungszusagen im Marktprüfungsverfahren nach § 19, es sei denn, die vorgelegten Verpflichtungszusagen erfüllen eine oder mehrere relevante Bedingungen offenkundig nicht.

(3) Verpflichtungszusagen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 müssen solche Zusagen enthalten, die die Geeignetheit oder Angemessenheit einer Auferlegung oder Beibehaltung von Verpflichtungen nach § 13 entfallen lassen bzw. die einen Widerruf entsprechender Verpflichtungen durch die Bundesnetzagentur ermöglichen.

(4) Verpflichtungszusagen für Ko-Investitionsangebote nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 müssen folgende Anforderungen erfüllen:

1. das Ko-Investitionsangebot steht Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze oder Anbietern öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste zu jedem Zeitpunkt während der Lebensdauer des Telekommunikationsnetzes offen;
2. die Konditionen des Ko-Investitionsangebots ermöglichen es anderen Ko-Investoren, die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze oder Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste sind, auf den nachgelagerten Märkten, in denen das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht tätig ist, langfristig wirksam und nachhaltig im Wettbewerb zu bestehen; dies umfasst:
  - a) faire, angemessene und nichtdiskriminierende Bedingungen, die den Zugang zur Kapazität des Netzes in vollem, mindestens aber der Ko-Investition entsprechendem Umfang sichern;
  - b) Flexibilität hinsichtlich Umfang und Zeitpunkt der Beteiligung der einzelnen Ko-Investoren, einschließlich der Möglichkeit, den Umfang der Beteiligung zukünftig auszuweiten und die im Rahmen der Ko-Investitionen übernommenen Rechte und Pflichten auf Dritte zu übertragen;
  - c) Gewährung gleicher wechselseitiger Rechte durch die Ko-Investoren nach Abschluss der Errichtung der von der Ko-Investition umfassten Infrastruktur, einschließlich der Gewährung gegenseitigen Zugangs;
3. das Ko-Investitionsangebot ist transparent und wird durch das marktmächtige Unternehmen rechtzeitig, spätestens aber sechs Monate vor Beginn der Errichtung des von der Ko-Investition umfassten Netzes öffentlich auf seinen Internetseiten verfügbar gemacht;
4. die Konditionen des Zugangs für nicht an der Ko-Investition beteiligte Unternehmen ermöglichen es Zugangsnachfragern auf den nachgelagerten Märkten, in denen das marktmächtige Unternehmen tätig ist, langfristig wirksam und nachhaltig im Wettbewerb zu bestehen; dies umfasst faire, angemessene und nichtdiskriminierende Bedingungen des Zugangs, die mindestens die Qualität, die Geschwindigkeit und die Endnutzerreichweite aufweisen wie vor Errichtung der von der Ko-Investition umfassten Infrastruktur sowie einen Anpassungsmechanismus, der solche Bedingungen mit Blick auf die Entwicklung der Endkundenmärkte auch langfristig absichert.

Die Bundesnetzagentur trägt hierbei den Leitlinien, die das GEREK nach Artikel 76 Absatz 4 der Richtlinie (EU) 2018/1972 veröffentlicht, weitestgehend Rechnung.

- (5) Verpflichtungszusagen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 müssen einen effektiven und nichtdiskriminierenden Zugang für Dritte sowohl während des Umsetzungszeitraums als auch nach vollständiger Umsetzung einer freiwilligen funktionellen Trennung durch ein vertikal integriertes Unternehmen gewährleisten.

## **§ 19**

### **Marktprüfungsverfahren für Verpflichtungszusagen**

- (1) Die Bundesnetzagentur erklärt Verpflichtungszusagen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht regelmäßig für den angebotenen Zeitraum ganz oder teilweise durch Beschluss für verbindlich, wenn sie die jeweils anzuwendenden Bedingungen des § 18 Absatz 1 bis 4 erfüllen. Verpflichtungszusagen nach § 18 Absatz 1 Nummer 2 sind abweichend von Satz 1 für mindestens sieben Jahre für verbindlich zu erklären. Wird aufgrund einer von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vorgelegten Verpflichtungszusage eine bestehende Regulierungsverfügung nach § 15 Absatz 1 oder Absatz 2 durch die Bundesnetzagentur einer Überprüfung unterzogen, ergehen die Entscheidung nach § 15 Absatz 1 oder Absatz 2 als einheitlicher Verwaltungsakt mit der Verbindlichkeitserklärung der vorgelegten Verpflichtungszusage durch die Bundesnetzagentur.
- (2) Wird eine Verpflichtungszusage von einem Unternehmen vorgelegt, dem bisher noch keine Verpflichtungen nach § 13 auferlegt worden sind, kann das Unternehmen eine für verbindlich erklärte Verpflichtungszusage mit Wirkung für die Zukunft auch vor dem Ende der Befristung mit angemessener Frist widerrufen, sofern dem Unternehmen nach der Verbindlichkeitserklärung durch die Bundesnetzagentur Verpflichtungen nach § 13 auferlegt werden sollen, die denen der Verpflichtungszusage gleichartig sind. Die Frist ist so zu bemessen, dass ein geordneter Übergang zur durch den Widerruf ausgelösten Situation ohne die betreffenden Verpflichtungen für die Begünstigten der Verpflichtungszusage und die Endnutzer sichergestellt ist. Hierbei ist insbesondere den Bedingungen und Fristen bestehender Zugangsvereinbarungen Rechnung zu tragen.
- (3) Die Bundesnetzagentur gibt den interessierten Parteien Gelegenheit, zu den nach § 18 Absatz 1 vorgelegten Verpflichtungszusagen in der Regel innerhalb eines Monats Stellung zu nehmen.
- (4) Die Bundesnetzagentur teilt dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht innerhalb von sechs Wochen nach Ablauf der Anhörungsfrist nach Absatz 3 eine vorläufige Bewertung der vorgelegten Verpflichtungszusagen mit. Genügen diese den jeweils anzuwendenden Bedingungen des § 18 Absatz 1 bis 4 nicht, teilt die Bundesnetzagentur dies dem Unternehmen mit

beträchtlicher Marktmacht mit. Die vorläufige Bewertung nach Satz 1 soll zudem mögliche Auswirkungen einer Verpflichtungszusage auf Verfahren nach § 13 und § 15 beinhalten.

- (5) Nach Mitteilung der vorläufigen Bewertung durch die Bundesnetzagentur kann das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die ursprünglich vorgelegten Verpflichtungszusagen innerhalb von sechs Wochen ändern, um der vorläufigen Bewertung der Bundesnetzagentur Rechnung zu tragen. Die Bundesnetzagentur prüft, ob die geänderten Verpflichtungszusagen die jeweils anzuwendenden Bedingungen des § 18 Absatz 1 bis 4 erfüllen und erklärt diese gegebenenfalls nach Absatz 1 für verbindlich. Im Falle wesentlicher Änderungen ist den interessierten Parteien im Rahmen der Prüfung nach Satz 2 erneut Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.
- (6) Die Bundesnetzagentur prüft zwölf Monate vor Ablauf des Geltungszeitraums von für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen eine Verlängerung der Laufzeit.
- (7) Die Bundesnetzagentur überwacht und gewährleistet die Einhaltung der von ihr nach Absatz 1 für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen. Sie kann das marktmächtige Unternehmen zu diesem Zwecke auffordern, jährliche Konformitätserklärungen abzugeben.

### **Zu § 13 (Regulierungsverfügung)**

§ 13 regelt die Auferlegung, Änderung, Beibehaltung und den Widerruf von Verpflichtungen (sogenannte Regulierungsverfügung) durch die Bundesnetzagentur. Die Maßnahmen können sich an Unternehmen richten, für die nach § 11 Absatz 4 eine Feststellung beträchtlicher Marktmacht erfolgt ist.

Die Vorschrift übernimmt insoweit die Regelung zur Rechtsfolge einer Marktanalyse mit Feststellung eines oder mehrerer Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht des bisherigen § 13. Die im bisherigen § 13 geregelten verfahrensrechtlichen Bestimmungen werden neu in § 14 (Verfahren der Regulierungsverfügung) überführt.

### **Zu Absatz 1**

§ 13 Absatz 1 regelt die Auferlegung, Änderung und die Beibehaltung von Verpflichtungen. Der bisherige § 9 Absatz 2 wird hier aufgenommen; eine Neuerung stellt dar, dass die Auferlegung (mindestens) einer Verpflichtung durch die Bundesnetzagentur nach Feststellung eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht nunmehr nicht obligatorisch ist. Vielmehr erfolgt sie nur dann, wenn ohne diese Verpflichtung im Ergebnis kein wirksamer Wettbewerb erzielbar ist. Denkbar ist insoweit auch, dass aufgrund von Verpflichtungszusagen, die das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einreicht und welche die Bundesnetzagentur für verbindlich erklärt und deren Einhaltung überwacht, eine Auferlegung weiterer Verpflichtungen verzichtbar wird, wenn wettbewerbliche Marktergebnisse hierdurch abgesichert sind. Diese Anpassung entspricht der Änderung der europäischen Vorgaben: Während Artikel 8 Absatz 2 Zugangs-RL die Auferlegung einer der Maßnahmen des



Verpflichtungskatalogs vorsah, bestimmt Artikel 68 Absatz 2 Richtlinie (EU) 2018/1972, dass eine Auferlegung „gegebenenfalls im erforderlichen Umfang“ und mit geringstmöglichem Eingriff erfolgen soll. Nach Artikel 67 Absatz 4 Satz 2 Richtlinie (EU) 2018/1972 soll eine Auferlegung von Maßnahmen nur erfolgen, sofern ohne diese Maßnahmen die Marktergebnisse für Endnutzer keinen wirksamen Wettbewerb darstellten.

Der Verpflichtungskatalog des Absatzes 1 verweist auf §§ 24 bis 30 (Abschnitt 2 Unterabschnitt 2 Zugangsvorschriften für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht), auf § 38 (Abschnitt 3 Entgeltregulierung) sowie auf § 49 (Abschnitt 4 Regulierung von Endnutzerleistungen). Es erfolgt die Streichung des Verweises des bisherigen § 13 Absatz 1 Satz 1 (sowie Folgeverweis des bisherigen § 13 Absatz 2) auf den bisherigen § 42 Absatz 4 Satz 3; dessen Regelungsgehalt geht in § 49 auf.

Neben dem „Regelkatalog“ der Verpflichtungen kann in Ausnahmefällen nach der Richtlinie auch eine Verpflichtung nach Artikel 77 Richtlinie (EU) 2018/1972 zur funktionellen Separierung auferlegt werden; hierfür sieht Artikel 68 Absatz 3 Unterabsatz 2 Richtlinie (EU) 2018/1972 vor, dass zunächst eine Anfrage an die Kommission zu richten ist (vgl. hierzu § 31). Diese und die übrigen in Abschnitt 2 Unterabschnitt 3 enthaltenen Maßnahmen werden an dieser Stelle nicht genannt; eine Anwendung erfolgt unter den Voraussetzungen, die in den §§ 31 bis 34 gesondert aufgeführt sind. An dortiger Stelle erfolgt gegebenenfalls ein Verweis auf die Verfahren des Abschnitt 1.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 regelt den Widerruf (Entsprechung Artikel 67 Absatz 3 Unterabsatz 1 Richtlinie (EU) 2018/1972). Satz 2 betreffend die vorherige Ankündigung des Widerrufs führt die Bestimmungen des bisherigen § 13 Absatz 1 Satz 3 fort. Die Sätze 3 und 4 setzen Artikel 67 Absatz 3 Unterabsatz 2 Richtlinie (EU) 2018/1972 um und spezifizieren die Festsetzung der Frist.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 legt fest, welche Aspekte die Bundesnetzagentur bei der Ausgestaltung der Regulierungsverfügung zu berücksichtigen hat (Umsetzung Artikel 68 Absatz 4 Buchstabe a bis c Richtlinie (EU) 2018/1972). Während die Richtlinie gemäß Wortlaut die Berücksichtigung mit Blick auf auferlegte Verpflichtungen vorsieht, wird die Prüfung der Verhältnismäßigkeit in der nationalen Umsetzung allgemein auf die Ausgestaltung der Regulierungsverfügung übertragen (d.h. auch Beibehaltung, Änderung oder den Widerruf von Verpflichtungen).

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 sieht vor, dass im Rahmen der Ausgestaltung der Regulierungsverfügung verbindlich erklärte Verpflichtungszusagen des marktmächtigen Unternehmens zu berücksichtigen sind und setzt somit Artikel 79 Absatz 3 Unterabsatz 4 Richtlinie (EU) 2018/1972 um (vgl. auch Erwägungsgrund 205 Richtlinie (EU) 2018/1972).

Gemäß Artikel 79 Absatz 2 Unterabsatz 2 Richtlinie (EU) 2018/1972 soll die Regulierungsbehörde bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Verpflichtungen nach Artikel 68 Absatz 4 Richtlinie (EU) 2018/1972 (Umsetzung erfolgt in § 14 Absatz 4) mit Blick auf Verpflichtungszusagen insbesondere berücksichtigen, inwieweit deren fairer und angemessener Charakter nachweisbar ist, welchen Grad der Offenheit

gegenüber dem Markt diese absichern, ob eine rechtzeitige Verfügbarkeit des Zugangs, einschließlich zu Netzen mit sehr hoher Kapazität, zu den sogenannten „FRAND“ („fair, reasonable and non-discriminatory“)-Bedingungen im Vorfeld der Einführung von Endnutzerdiensten durch das marktmächtige Unternehmen über das von der Verpflichtungszusage umfasste Netz gesichert ist und inwieweit die Zusagen sich mit Blick auf die Zielsetzungen der Schaffung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Märkte und der Erleichterung des kooperativen Netzaufbaus und der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität als angemessen erweisen. Umsetzung finden diese Richtlinienvorgaben in § 13 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 bis 4.

Sonderfall: Rechtsfolge der Verbindlichmachung von Verpflichtungszusagen bzgl. Ko-Investition und Annahme durch mindestens einen Ko-Investor

Nach § 13 Absatz 4 Satz 3 gilt in Umsetzung von Artikel 76 Absatz 2 Richtlinie (EU) 2018/1972 als besondere Rechtsfolge im Falle der Verbindlichmachung solcher Verpflichtungszusagen, die sich auf Ko-Investitionsangebote nach § 17 Absatz 2 Nummer 2 beziehen, und der Annahme dieses Ko-Investitionsangebots durch mindestens einen Ko-Investor, dass für die von der Zusage umfassten Netzbestandteile keinerlei Verpflichtungen nach § 14 Absatz 1 gelten sollen. Bestanden bis zum Zeitpunkt der Verbindlichmachung und Annahme durch den Ko-Investor insoweit Verpflichtungen, sind diese somit zu widerrufen. Gemäß Richtlinie (EU) 2018/1972 können die „Vorteile im Hinblick auf die Bündelung von Kosten und Risiken“ es auch „kleineren Unternehmen [ermöglichen] zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen zu investieren und somit einen nachhaltigen, langfristig angelegten Wettbewerb auch in Gebieten zu fördern, in denen ein infrastrukturbasierter Wettbewerb möglicherweise nicht effizient“ ist (vgl. Erwägungsgrund 198 Richtlinie (EU) 2018/1972).

Eine Ausnahme gilt nach Satz 4, sofern die Auferlegung, Beibehaltung oder Änderung von Maßnahmen ausnahmsweise mit Blick auf die besonderen Merkmale des Marktes erforderlich bleibt (Umsetzung Artikel 76 Absatz 2 Unterabsatz 3 Richtlinie (EU) 2018/1972).

Zeitliches Verhältnis:

Fällt die Verbindlichmachung einer Verpflichtungszusage in den Zeitraum der Überprüfung einer Regulierungsverfügung (insbesondere infolge der Veröffentlichung einer neuen Marktdefinition und Marktanalyse des betreffenden Marktes), erfolgt deren Berücksichtigung im Rahmen dieser Überprüfung. Daneben gilt die Vorlage einer Verpflichtungszusage, die von der Bundesnetzagentur aufgrund einer vorläufigen Bewertung nach § 19 Abs. 4 die Voraussetzungen für eine Verbindlichmachung erfüllt, nach § 15 Abs. 1 S. 2 als „neue Marktentwicklung“ – d. h. neu gegenüber einer bereits abgeschlossenen Marktdefinition und Marktanalyse oder einer bereits beschlossenen Regulierungsverfügung – im Sinne von Artikel 68 Absatz 6 Unterabsatz 1 Richtlinie (EU) 2018/1972 ist Auslöser einer Überprüfung der Regulierungsverfügung, vgl. hierzu § 15.

Artikel 68 Absatz 6 Richtlinie (EU) 2018/1972 sieht gegenüber Artikel 8 Zugangs-RL neu vor, dass neue Marktentwicklungen mit Einfluss auf die Wettbewerbsdynamik berücksichtigt werden sollen; sofern die Entwicklungen nicht derart bedeutend sind,

dass sie eine neue Marktanalyse erforderlich machen, soll die Regulierungsbehörde „unverzüglich“ eine Überprüfung der auferlegten Verpflichtungen vornehmen.

Artikel 79 Absatz 3 Unterabsatz 4 Richtlinie (EU) 2018/1972 beschreibt zudem, dass die Regulierungsbehörde **im Rahmen der Verbindlichmachung** einer Verpflichtungszusage gemäß Artikel 68 Richtlinie (EU) 2018/1972 den Einfluss der Verbindlichmachung auf die Marktentwicklungen und die (weitere) Angemessenheit der bereits auferlegten Verpflichtungen bzw. die Angemessenheit solcher Verpflichtungen, die ohne die Verpflichtungszusage auferlegt würden, **prüfen muss**.

Eine konkrete Berücksichtigung von Verpflichtungszusagen (und damit eine Wertung als „neue Marktentwicklung“) im Rahmen der Regulierungsverfügung kann nur insoweit erfolgen, wie die Bundesnetzagentur aufgrund einer vorläufigen Bewertung nach § 19 Abs. 4 zu dem Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzungen für eine Verbindlichmachung vorliegen. Auf diese Weise wird einerseits sichergestellt, dass die Bundesnetzagentur nicht allein aufgrund einer ggf. untauglichen Verpflichtungszusage das Verfahren des § 15 einleiten muss. Andererseits erhalten Unternehmen, die eine Verpflichtungserklärung vorlegen, hinreichende Rechts- und damit Investitionssicherheit, wenn sie schon vor der Verbindlichmachung der Verpflichtungszusage erkennen können, welche konkreten Auswirkungen die Verpflichtungszusage auf ihnen auferlegte Verpflichtungen nach § 13 haben wird.

#### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 nimmt den bisherigen § 13 Absatz 2 Satz auf und regelt die Rechtsfolge im Falle der Marktmachtübertragung gemäß § 11 Absatz 5. Artikel 63 Absatz 3 Satz 2 Richtlinie (EU) 2018/1972 sieht in diesem Falle in dem benachbarten Markt lediglich die Möglichkeit der Auferlegung von Verpflichtungen eines eingeschränkten Maßnahmenkatalogs (Artikel 69, 70, 71, 74 Richtlinie (EU) 2018/1972) vor (so auch bereits Artikel 14 Absatz 3 Rahmen-RL).

#### **Zu Absatz 6**

Absatz 6 nimmt die Regelungen des bisherigen § 13 Absatz 3 auf (Umsetzung Artikel 65 Absatz 2 Richtlinie (EU) 2018/1972). Die Verfahrensregelungen des bisherigen § 13 Absatz 3 Satz 2 und 3 gehen im neuen § 14 (Verfahren der Regulierungsverfügung) auf; es ist nicht erkennbar, inwieweit bislang Abweichungen bezüglich der Auferlegung von Verpflichtungen im Falle länderübergreifender Märkte gegenüber dem Verfahren des bisherigen § 13 Absatz 2 Satz 1 und 2 bestanden. Über die Neufassung von § 14 Absatz 1 Satz 1, der sich auf jegliche nach § 13 auferlegte Maßnahmen bezieht, ist die bisherige Geltung der Verfahren abgesichert.

#### **Zu Absatz 7**

Absatz 7 nimmt den bisherigen § 14 Absatz 5 auf und bestimmt, dass die nach § 12 Absatz 6 veröffentlichten Ergebnisse von Marktdefinition und Marktanalyse und Entscheidungen zur Aufhebung, Änderung, Beibehaltung oder zum Widerruf der Verpflichtungen als einheitlicher Verwaltungsakt ergehen.

#### **Zu § 15 (Überprüfung von Marktdefinition, Marktanalyse und Regulierungsverfügung)**

§ 15 führt die Bestimmungen des bisherigen § 14 zur Überprüfung von Marktdefinition, Marktanalyse und Regulierungsverfügung fort. Die Vorschrift regelt das Vorgehen der Bundesnetzagentur im Falle des Bekanntwerdens neuer Tatsachen während einer geltenden Marktdefinition und Marktanalyse oder Regulierungsverfügung sowie das regelmäßige Verfahren der Überprüfung von Marktdefinition und Marktanalyse (neu: Fünfjahresturnus).

Mit den Bestimmungen der Richtlinie (EU) 2018/1972 will der europäische Gesetzgeber zum einen hinreichende Verlässlichkeit und Stabilität für den Markt hinsichtlich regulatorischer Maßnahmen schaffen: Hierzu wird der bisher regelmäßig dreijährige Zeitraum (Artikel 16 Absatz 6 Buchstabe a Rahmen-RL) zwischen Marktanalyseentscheidungen auf künftig fünf Jahre ausgedehnt, „vorausgesetzt, die Veränderungen auf dem Markt erfordern innerhalb des betreffenden Zeitraums keine erneute Analyse“ (vgl. Erwägungsgrund 177 Richtlinie (EU) 2018/1972). Zugleich sollen die Auswirkungen „neuer Marktentwicklungen“ durch die Überprüfbarkeit der dem marktmächtigen Unternehmen auferlegten Verpflichtungen während der nun verlängerten Marktregulierungsperiode flexibel berücksichtigt werden können (vgl. Erwägungsgrund 181 Richtlinie (EU) 2018/1972).

### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 nimmt in Teilen die Regelungen des bisherigen § 14 Absatz 1 auf. Die Bestimmungen des Absatzes 1 finden dann Anwendung, wenn während einer laufenden Marktregulierungsperiode (künftig gemäß Richtlinie (EU) 2018/1972 regelmäßig fünf Jahre) der Bundesnetzagentur neue Tatsachen (vgl. hierzu Artikel 68 Absatz 6 Richtlinie (EU) 2018/1972 „neue Marktentwicklungen“) zur Kenntnis kommen, die eine Anpassung der Marktdefinition und Marktanalyse und/oder der Regulierungsverfügung erforderlich machen können.

Die Ergänzung von Satz 1 („oder bekannt gemacht“) stellt klar, dass entsprechende Tatsachen der Regulierungsbehörde auch durch Dritte zur Kenntnis gebracht werden können.

Satz 2 bestimmt, dass als neue Tatsache insbesondere die Vorlage einer Verpflichtungserklärung im Sinne von § 18 Abs. 1 durch ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gilt, soweit die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer nach § 19 Abs. 4 vorzunehmenden vorläufigen Bewertung der Verpflichtungszusage zu dem Ergebnis gelangt, dass die Verpflichtungszusage grundsätzlich die Voraussetzungen für eine Verbindlichmachung erfüllt. Durch das Anknüpfen an die vorläufige Bewertung der Bundesnetzagentur nach § 19 Abs. 4 wird einerseits sichergestellt, dass die Behörde nicht allein durch die Vorlage einer ggf. völlig ungeeigneten Verpflichtungszusage gezwungen ist, eine Überprüfung einer bestehenden Regulierungsverfügung durchzuführen. Da nach § 18 Abs. 3 Verpflichtungszusagen im Sinne von § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 nur dann für verbindlich für erklärt werden können, wenn sie geeignet sind, die Notwendigkeit von Verpflichtungen nach § 13 entfallen zu lassen, ist auch in diesem Verfahrensstadium schon hinreichend sichergestellt, dass eine Verpflichtungszusage sich auf eine bestehende Regulierungsverfügung auswirken wird. Andererseits erhalten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht damit aber schon vor der endgültigen Verbindlichmachung einer Verpflichtungszusage hinreichend Rechtssicherheit im Hinblick auf die regulatorischen Folgen der Verpflichtungszusage, wenn die Bundesnetzagentur ein Überprüfungsverfahren nach dieser Norm durchführen muss. Die zeitliche Abfolge ist unionsrechtlich zulässig: Nach

Art. 79 Abs. 3 UAbs. 4 S. 1 Richtlinie (EU) 2018/1972 ist es nicht zwingend, dass eine Verpflichtungszusage bereits für verbindlich erklärt worden ist. Vielmehr kann schon im Verfahren der Verbindlichmachung ein Verfahren nach Art. 68 über die Auswirkungen einer Verbindlichmachung auf die Marktentwicklung und die Angemessenheit bestehender Verpflichtungen durchgeführt werden.

Der bisherige § 14 Absatz 1 Satz 2 wird verschoben in § 15 Absatz 4.

### **Zu Absatz 2**

Mit dem inhaltlich an Absatz 1 anknüpfenden Absatz 2 soll im Sinne der Rechtssicherheit im Markt zügig Klarheit darüber geschaffen werden, ob von vorliegenden Tatsachen derartig bedeutende Auswirkungen auf die grundlegenden Marktumstände ausgehen, dass eine Überprüfung gemäß der Regelungen der §§ 10 bis 14 der räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung oder der Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht und in der Folge eine Änderung auch der hierauf aufsetzenden Regulierungsverfügung angezeigt sein kann oder bedeutende Auswirkungen auf die Wettbewerbsdynamik des Marktes ausgehen, die eine Überprüfung der Regulierungsverfügung mit Blick auf die Anforderungen des § 12 Absatz 1 Satz 2 erforderlich machen.

Satz 2 dient dabei der Umsetzung von Artikel 79 Absatz 3 Unterabsatz 4 Satz 1 sowie Artikel 79 Absatz 4 Satz 3 Richtlinie (EU) 2018/1972: Bedeutende Auswirkungen auf die Wettbewerbsdynamik des Marktes, die eine Überprüfung der geltenden Regulierungsverfügung während einer Marktregulierungsperiode erforderlich machen, gehen insbesondere von Verpflichtungszusagen aus, sofern die Bundesnetzagentur aufgrund einer vorläufigen Bewertung nach § 19 Abs. 4 zu dem Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzungen für eine Verbindlichkeitserklärung gegeben sind. Ebenso kann die Regulierungsbehörde gemäß Artikel 79 Absatz 4 Satz 3 Richtlinie (EU) 2018/1972 Verpflichtungen einer Überprüfung unterziehen, sofern das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verbindlich erklärte Verpflichtungszusagen nicht eingehalten hat.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 nimmt die Bestimmungen des bisherigen § 14 Absatz 2 – angepasst an die geänderten Vorgaben der Richtlinie (EU) 2018/1972 – auf. Künftig hat die Bundesnetzagentur einen neuen Entwurf der Ergebnisse zu Marktdefinition und Marktanalyse – außer im Falle der Absätze 1 und 4 (zwischenzeitliche neue Marktentwicklungen oder die Änderung der EU-Märkte-Empfehlung machen eine vorzeitige Überprüfung erforderlich) – spätestens fünf Jahre nach der Veröffentlichung der Ergebnisse zu Marktdefinition und Marktanalyse nach § 12 Absatz 6 vorzulegen; eine Vorlage kann in dynamischen Märkten auch früher, jedoch nicht vor Ablauf von drei Jahren erfolgen. Als dynamische Märkte sind nach Einschätzung der Kommission solche Märkte zu werten, „wenn sich die technologische Entwicklung und die Nachfragemuster der Endnutzer wahrscheinlich so entwickeln, dass die Ergebnisse der Analyse mittelfristig für eine bedeutende Gruppe von geografischen Gebieten oder von Endnutzern auf dem von der nationalen Regulierungsbehörde festgelegten geografischen und sachlichen Markt überholt wären“ (vgl. Erwägungsgrund 181 Richtlinie (EU) 2018/1972).

Im Sinne der Verfahrensstraffung wurde der bisherige § 14 Absatz 2 Satz 1 insoweit angepasst, dass die relevanten Zeitpunkte für den Beginn und das Ende einer

Regulierungsperiode klargestellt wurden: Ein Zyklus beginnt mit der Veröffentlichung der Ergebnisse der Marktdefinition und Marktanalyse nach § 12 Absatz 6; hierdurch soll sichergestellt werden, dass durch Abschluss der Binnenmarktkonsolidierung für die Marktteilnehmer hinreichend Sicherheit mit Blick auf die Rahmenbedingungen der Regulierungsperiode gegeben ist. Spätestens mit Ablauf der Frist von fünf Jahren (im Falle dynamischer Märkte: drei Jahren) hat die Bundesnetzagentur dann einen neuen Entwurf der Ergebnisse für Marktdefinition und Marktanalyse nach § 12 Absatz 1 vorzulegen. Der Fristenlauf beginnt dann wieder mit Veröffentlichung der konsultierten und konsolidierten Ergebnisse für Marktdefinition und Marktanalyse. Somit wird zugleich eine Anpassung an die europäischen Vorgaben vorgenommen (Artikel 67 Absatz 5 Buchstabe a Richtlinie (EU) 2018/1972 sowie Erwägungsgrund 177); die Kommission stellt gegenüber Artikel 16 Absatz 6 Buchstabe a Rahmen-RL klar, dass als Beginn eines Marktüberprüfungszeitraums lediglich Maßnahmen angesehen werden, die in jedem Falle eine Überprüfung von Marktdefinition und Marktanalyse gemäß der §§ 10 und 11 umfassen.

Die Änderungen der Sätze 2 und 3 erfolgen in Anpassung an die geänderten europäischen Vorgaben (Artikel 67 Absatz 5 Buchstabe a Richtlinie (EU) 2018/1972).

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 übernimmt die Regelungen des bisherigen § 14 Absatz 1 Satz 2; Anpassung erfolgte an die geänderten europäischen Vorgaben (Artikel 67 Absatz 5 Buchstabe b Richtlinie (EU) 2018/1972).

#### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 übernimmt – mit Anpassungen der Verweise – die Regelungen des bisherigen § 14 Absatz 3 (Entsprechung Artikel 67 Absatz 6 Richtlinie (EU) 2018/1972).

#### **Zu § 18 (Verpflichtungszusagen)**

§ 18 führt das durch die Richtlinie (EU) 2018/1972 neu in der sektorspezifischen Regulierung (bislang bereits im Wettbewerbsrecht, vgl. § 32b GWB) hinzutretende Instrument der Verpflichtungszusagen (im Englischen: „Commitments“) ein. Artikel 79 Richtlinie (EU) 2018/1972 regelt das betreffende Verfahren; es soll Transparenz und einen (unionsweit) einheitlichen Umgang mit den durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vor-gelegten Verpflichtungszusagen sicherstellen (vgl. Erwägungsgrund 205 Richtlinie (EU) 2018/1972).

Konstellationen mit Verpflichtungszusagen:

Verpflichtungszusagen können sich dabei gemäß Artikel 79 Absatz 1 Unterabsatz 1 Richtlinie (EU) 2018/1972 beziehen auf

- im Allgemeinen, jegliche Kooperationsvereinbarungen des marktmächtigen Unternehmens („Cooperative Arrangements“, im deutschen Recht umgesetzt als „kommerzielle Vereinbarungen“) oder

4. im Speziellen,

- Ko-Investitionen des marktmächtigen Unternehmens in Netze mit sehr hoher Kapazität, die bis zu den Gebäuden des Endnutzers



- oder bis zu der Basisstation aus Glasfaser bestehen, gemäß Artikel 76 Richtlinie (EU) 2018/1972 oder
- Zugangsvereinbarungen des marktmächtigen Unternehmens im Rahmen der freiwilligen funktionellen Trennung eines vertikal integrierten marktmächtigen Unternehmens während des Umsetzungszeitraums und nach Umsetzung der Trennung gemäß Artikel 78 Richtlinie (EU) 2018/1972.

Rein kommerzielle Vereinbarungen vs. mit Verpflichtungszusagen nach § 18 in Verbindung mit § 19 verbundene Vereinbarungen:

Die Vorlage von Verpflichtungszusagen durch Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht müssen von der Bundesnetzagentur bei der Ausgestaltung der regulatorischen Verpflichtungen berücksichtigt werden (vgl. § 13 Absatz 4 sowie § 15 Absatz 1).

Nicht ausgeschlossen ist, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht kommerzielle Zugangsvereinbarungen (im Englischen „commercial agreements“) abschließt, die nicht im Zuge des Verfahrens für Verpflichtungszusagen eingereicht werden (insoweit rein kommerzielle Zugangsvereinbarungen). Die Begriffe der kommerziellen Zugangsvereinbarung und kommerziellen Vereinbarungen fallen hierbei nicht auseinander; im vorliegenden Kontext dürften sich Vereinbarungen stets im weiteren Sinne auf den Zugang beziehen. Auch diese können durch die Regulierungsbehörde berücksichtigt werden (vgl. Artikel 68 Absatz 6 Richtlinie (EU) 2018/1972, Erwägungsgrund 170).

Allerdings kommt solchen Vereinbarungen, die nicht rein auf kommerzieller Basis bestehen, sondern im Rahmen der Verbindlichmachung von Zusagen des marktmächtigen Unternehmens gegenüber der Regulierungsbehörde künftig nach den §§ 18 und 19 bereits (Selbst-)Verpflichtungen des Unternehmens mit Blick auf bestimmte Bedingungen absichern, ein hoher Verbindlichkeitsgrad und damit auch eine gestärkte Berücksichtigungspflicht zu. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil ihr Verbindlichmachung nach Absatz 3 davon abhängig ist, dass in ihrer Folge die Auferlegung von Verpflichtungen nach § 13 nicht mehr erforderlich ist bzw. bestehende Verpflichtungen von der Bundesnetzagentur widerrufen werden können.

Zum Begriff der Ko-Investition:

Erwägungsgrund 198 Kodex führt aus, inwieweit Ko-Investitionen von kommerziellen Zugangsvereinbarungen abzugrenzen sind: Demnach können Ko-Investitionen in unterschiedlicher Form erfolgen, unter anderem auch als Miteigentum an Netzanlagen oder als langfristige Risikoteilung durch Kofinanzierung oder durch Abnahmevereinbarungen. In diesem Zusammenhang umfassten Abnahmevereinbarungen, die Ko-Investitionen darstellen, den Erwerb von spezifischen Kapazitätsrechten mit strukturellem Charakter und bringen ein bestimmtes Maß an Mitbestimmung mit sich. Nicht als Ko-Investitionen zu betrachten sind gemäß EU-Vorgaben kommerziellen Zugangsvereinbarungen, die nicht mit solchen Rechten einhergehen und sich auf die Anmietung von Kapazitäten beschränken. Auch die gemäß Artikel 76 Absatz 4 Kodex zu veröffentlichen Leitlinien zu einer einheitlichen Anwendung der Ko-Investitionsbedingungen enthalten weitere Hinweise zur Frage der Abgrenzung einer Ko-Investition gegenüber einer mit weniger Rechten ausgestatteten kommerziellen Vereinbarung. Es kann im Einzelfall durch die



Bundesnetzagentur zu beurteilen sein, ob es sich um eine Ko-Investition oder (lediglich) eine kommerzielle Vereinbarung handelt.

§ 18 beschreibt die materiellen Regelungen der Verpflichtungszusagen, § 19 das Verfahren zur Verbindlichmachung dieser Zusagen.

### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 79 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 76 Absatz 1 Richtlinie (EU) 2018/1972 um und sieht grundsätzlich die Möglichkeit für das marktmächtige Unternehmen vor, Verpflichtungszusagen bezüglich der für die Netze geltenden Zugangsbedingungen oder – im Falle von Ko-Investitionen – auch der für die Netze geltenden Ko-Investitionsbedingungen für die oben genannten Konstellationen (Nummer 1: jegliche kommerziellen Vereinbarungen; Nummer 2: Ko-Investitionsangebote betreffend die Errichtung von Netzen mit sehr hoher Kapazität, die bis zu den Gebäuden des Endnutzers oder bis zu der Basisstation aus Glasfaserkomponenten bestehen; Nummer 3: Zugang für Dritte bei freiwilliger funktioneller Trennung) einzureichen.

Die vorgelegten Zusagen müssen hinreichend ausführlich sein, um der Bundesnetzagentur eine Bewertung möglich zu machen (vgl. Artikel 79 Absatz 1 Unterabsatz 2 Richtlinie (EU) 2018/1972: „Das Angebot für Verpflichtungszusagen muss so ausführlich gehalten sein, u. a. in Bezug auf die Zeitplanung und den Umfang ihrer Umsetzung und auf ihre Dauer, dass die nationale Regulierungsbehörde ihre Bewertung gemäß Absatz 2 dieses Artikels durchführen kann.“ sowie Artikel 78 Absatz 1 Unterabsatz 3 „Die angebotenen Verpflichtungszusagen müssen hinreichend detailliert sein und Angaben zum zeitlichen Ablauf der Umsetzung und zur Laufzeit enthalten, um es der nationalen Regulierungsbehörde zu ermöglichen, ihre Aufgaben gemäß Absatz 2 des vorliegenden Artikels wahrzunehmen“).

Mit Blick auf die Herstellung größtmöglicher Transparenz sind nach Satz 2 die der Behörde vorgelegten Verpflichtungszusagen durch das Unternehmen zugleich auf den Internetseiten zu veröffentlichen.

### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 sieht eine Bewertung der vorgelegten Verpflichtungszusagen durch die Bundesnetzagentur vor, soweit diese nicht bereits offenkundig relevante Bedingungen nicht erfüllen (Umsetzung Artikel 79 Absatz 2 Unterabsatz 1 sowie Artikel 76 Absatz 1 Unterabsatz 2 Richtlinie (EU) 2018/1972).

Satz 1 bestimmt dabei, dass jegliche über die Verpflichtungszusagen abgesicherten Bedingungen des Zugangs bzw. der Ko-Investition fair, angemessen und nichtdiskriminierend und allen Marktteilnehmern offenstehen müssen Satz 2 dient unmittelbar der Umsetzung der Vorgaben aus Artikel 79 Absatz 2 Unterabsatz 1 Satz 1 Richtlinie (EU) 2018/1972; das Verfahren der Marktprüfung (einschließlich der Bewertung) wird gesondert geregelt in § 19.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 regelt in Ergänzung zu Absatz 2 Satz 1 die speziellen Anforderungen für Verpflichtungszusagen, die kommerzielle Vereinbarungen im Sinne von Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 betreffen. Da derartige Verpflichtungszusagen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht abgegeben werden, um den Widerruf bestehender

Regulierungsverpflichtungen zu erreichen bzw. die Auferlegung neuer Verpflichtungen nach § 13 zu vermeiden, kommt eine Verbindlichmachung einer Verpflichtungszusage nur dann in Betracht, wenn die Bundesnetzagentur gemessen am Maßstab des § 13 zu dem Ergebnis kommt, dass eine Verpflichtungszusage die Erforderlichkeit weitergehender Verpflichtungen entfallen lässt. Dieser Maßstab ergibt sich unionsrechtlich aus Artikel 79 Abs. 1 Buchstabe a Richtlinie (EU) 2018/1972, wonach sich Verpflichtungszusagen gerade auf die Bewertung geeigneter und angemessener Verpflichtungen gemäß Artikel 68 Richtlinie (EU) 2018/1972 beziehen müssen. Grundsätzlich können Verpflichtungszusagen im Sinne von Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 nicht nur im Hinblick auf Netze mit sehr hoher Kapazität abgegeben werden. Sofern Verpflichtungszusagen bezogen auf ein Netz mit sehr hoher Kapazität abgegeben werden, ist dabei insbesondere das Ziel des neuen europäischen Rechtsrahmens zu berücksichtigen, den Ausbau dieser Netze sowie deren Nutzung voranzutreiben. Diesem Ziel kommt auch bei der Bewertung der Angemessenheit weitergehender Verpflichtungen für Netze mit sehr hoher Kapazität besondere Bedeutung zu. Dies kommt bei Netzen nicht zum Tragen, die nicht die Voraussetzungen eines Netzes mit sehr hoher Kapazität erfüllen.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 3 regelt in Ergänzung zu Absatz 2 Satz 1 die speziellen Anforderungen, die für Verpflichtungszusagen betreffend Ko-Investitionen gemäß Absatz 1 Nummer 1 gelten; es erfolgt die Umsetzung von Artikel 76 Absatz 1 Unterabsatz 2 Richtlinie (EU) 2018/1972 sowie Annex IV.

Nummer 2 Buchstabe a bis c regeln im Einzelnen, wie die Wettbewerbsfähigkeit der Ko-Investoren gegenüber dem marktmächtigen Unternehmen durch die Ausgestaltung des Ko-Investitionsangebots sicherzustellen ist.

Buchstabe a sieht dabei fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Zugang vor; hierbei kann sich die Festlegung von Bedingungen, die diesen Anforderungen genügen, auch nach Zeitpunkt des Einstiegs, Umfang und Ausgestaltung der Beteiligung der Ko-Investoren unterscheiden (Umsetzung Annex IV Buchstabe c erster Spiegelstrich der Richtlinie (EU) 2018/1972 „Nichtdiskriminierende Bedingungen bedeutet in diesem Zusammenhang nicht, dass allen potenziellen Ko-Investoren genau die gleichen – auch finanziellen – Bedingungen angeboten werden müssen, sondern dass sämtliche Abweichungen anhand derselben objektiven, transparenten, nichtdiskriminierenden und vorhersehbaren Kriterien, wie z. B. die Zahl der zugesagten Endnutzer-Anschlussleitungen, gerechtfertigt sein müssen.“ sowie Annex IV Buchstabe c dritter Spiegelstrich Richtlinie (EU) 2018/1972 „Ein mit der Zeit steigender Mehrbeitrag für erst später abgegebene Verpflichtungszusagen und für neue Ko-Investoren, die der Ko-Investitionsvereinbarung erst nach Beginn des Projekts beitreten, gilt als gerechtfertigt, da er die sinkenden Risiken widerspiegelt und jedem Anreiz entgegenwirkt, in früheren Phasen Kapital zurückzuhalten.“). Eine Beschränkung der Kapazität des Netzzugangs, die eine Einschränkung der Wettbewerbsfähigkeit der Ko-Investoren zur Folge haben dürfte, darf hierbei nicht erfolgen.

Buchstabe b stellt Anforderungen an die Flexibilität in der Ausgestaltung der Ko-Investitionsvereinbarungen sowie die Übertragung der erworbenen Rechte (Umsetzung Annex IV c Richtlinie (EU) 2018/1972) zweiter und vierter Spiegelstrich).

Buchstabe c sieht eine Gewährung reziproker Rechte durch die Ko-Investoren betreffend die von der Ko-Investition erfasste Infrastruktur vor (Umsetzung Artikel 76 Absatz 1 Unterabsatz 2 Buchstabe b Ziffer iv Richtlinie (EU) 2018/1972). Diesbezüglich sieht Annex IV Buchstabe c fünfter Spiegelstrich 2. Satz vor, dass im Falle der Errichtung der in Rede stehenden Infrastruktur durch ein Ko-Investitionsvehikel (d. h. Muttergesellschaft o.Ä.) ein solcher Zugang – unter Berücksichtigung der unterschiedlichen übernommenen Risikohöhe – auf Basis der Gleichwertigkeit des Inputs („EoI“) zu gewähren ist.

Nummer 3 fordert Transparenz und rechtzeitige Verfügbarkeit des Ko-Investitionsangebots vor Beginn der Errichtung der in Rede stehenden Infrastruktur (Umsetzung Artikel 76 Absatz 1 Unterabsatz 2 Buchstabe c Richtlinie (EU) 2018/1972). Das Angebot sollte auf den Internetseiten des Unternehmens leicht auffindbar sein, um Transparenz auch gegenüber allen Marktteilnehmern zu gewährleisten (vgl. Annex VI Buchstabe b Richtlinie (EU) 2018/1972).

Während Nummer 1 die Wettbewerbsfähigkeit der Ko-Investoren absichert, regelt Nummer 4 die Bedingungen, die eine Wettbewerbsfähigkeit der Zugangsnachfrager gegenüber dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht langfristig und wirksam absichern sollen. Sicherzustellen ist, dass jedenfalls die Zugangsbedingungen abgesichert werden, die bestanden, bevor die im Rahmen der Ko-Investition errichtete Infrastruktur vorhanden war. In Umsetzung von Artikel 76 Absatz 1 Unterabsatz 2 Buchstabe d Richtlinie (EU) 2018/1972 ist jedoch auch ein Anpassungsmechanismus vorzusehen, der sicherstellt, dass eine Wettbewerbsfähigkeit nicht an der Ko-Investition beteiligter Zugangsnachfrager auch im Zeitablauf erhalten bleibt, indem mit Blick auf Entwicklungen im Endkundenmarkt (insbesondere Entwicklung der Substitutionsbeziehungen zwischen kupfer- und glasfaserbasierten Endkundenprodukten) ab einem gewissen Zeitpunkt auch Zugang zu der im Rahmen der Ko-Investition errichteten Glasfaserinfrastruktur gewährt wird. Hierbei ist darauf zu achten, dass die Ausgestaltung eines etwaigen Zugangs „die Anreize für eine Beteiligung an den Ko-Investitionen“ aufrechterhält und „das unterschiedliche Ausmaß des Risikos für die jeweiligen Ko-Investoren in den verschiedenen Phasen des Aufbaus angemessen“ widerspiegelt (vgl. Artikel 76 Absatz 1 Unterabsatz 2 Buchstabe d zweiter Halbsatz Richtlinie (EU) 2018/1972).

Eine Überprüfung des Anpassungsmechanismus durch die Regulierungsbehörde (vgl. Artikel 76 Absatz 1 Unterabsatz 2 Buchstabe d Halbsatz 1 Richtlinie (EU) 2018/1972) ist durch das Monitoring der Verpflichtungszusagen sichergestellt.

#### **Zu Absatz 5**

Absatz 4 regelt in Ergänzung zu Absatz 2 Satz 1 die speziellen Anforderungen, die für Verpflichtungszusagen betreffend den Zugang für Dritte nach § 32 gelten (d.h. effektiver und nichtdiskriminierender Zugang für Dritte während des Umsetzungszeitraums und nach vollständiger Umsetzung einer freiwilligen funktioneller Trennung); Absatz 4 dient der Umsetzung von Artikel 79 Absatz 1 Buchstabe c sowie Artikel 78 Absatz 1 Unterabsatz 3 Richtlinie (EU) 2018/1972).

## **Zu § 19 (Marktprüfungsverfahren für Verpflichtungszusagen)**

§ 19 regelt das Marktprüfungsverfahren für Verpflichtungszusagen; die Vorschrift setzt insbesondere Artikel 79 Absatz 2 Unterabsatz 1 und 3 Richtlinie (EU) 2018/1972 um.

### **Zu Absatz 1**

§ 19 Absatz 1 regelt die Verbindlichmachung der Verpflichtungszusagen und setzt Artikel 79 Absatz 3 Unterabsatz 1 und 2 sowie Artikel 76 Absatz 2 Richtlinie (EU) 2018/1972 um. Nach Satz 1 sind – den jeweils anzulegenden und im Marktprüfungsverfahren umfassend geprüften Bedingungen entsprechende – Verpflichtungszusagen regelmäßig für den angebotenen Zeitraum (für Ko-Investitionen mindestens sieben Jahre, sofern die Verpflichtungszusage sich entsprechend lang erstreckt, vgl. Satz 2) durch Beschluss für verbindlich zu erklären. Insoweit können sich Verpflichtungszusagen auch über den Zeitraum der Marktregulierungsperiode hinaus erstrecken (vgl. Artikel 79 Absatz 1 Unterabsatz 2 Satz 2 sowie 78 Absatz 1 Unterabsatz 3 Richtlinie (EU) 2018/1972). Die Durchführung eines weiteren Konsultations- und Konsolidierungsverfahren ist hierfür – nach Durchführung der Marktanhörung nach Absatz 2 – nicht erforderlich.

Satz 2 regelt den Fall, in dem ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine Verpflichtungszusage vorgelegt hat, aufgrund derer die Bundesnetzagentur eine bestehende Regulierungsverfügung nach § 15 Absatz 1 oder Absatz 2 einer Überprüfung unterzogen hat. In diesem Fall ergeht die Verbindlichkeitserklärung der Verpflichtungszusage gemeinsam mit der Entscheidung nach § 15 Absatz 1 oder Absatz 2 als einheitlicher Verwaltungsakt. Unionsrechtlich ist dies nach Artikel 79 Abs. 4 Satz 1 Richtlinie (EU) 2018/1972 zulässig und unterliegt insoweit der Vollzugsautonomie der Mitgliedstaaten. Durch die einheitliche Entscheidung wird die Vorhersehbarkeit der Regulierung für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ebenso wie für seine Zugangsnachfrager erhöht, da zwischen Verbindlichmachung und der Entscheidung nach § 15 Absatz 1 oder Absatz 2 kein Zeitraum der Ungewissheit liegt.

### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 erfasst Fälle, in denen ein Unternehmen vorsorglich eine Verpflichtungszusage abgibt, um eine Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen zu vermeiden. Grundsätzlich ist zwar angesichts der identischen Prüfungsmaßstäbe für die Verbindlichmachung insbesondere von kommerziellen Vereinbarungen in § 18 Abs. 3 einerseits und für die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen nach § 15 andererseits davon auszugehen, dass aufgrund einer für verbindlich erklärten Verpflichtungszusage eine Auferlegung von diesbezüglichen Regulierungsverpflichtungen nicht mehr in Betracht kommt, allerdings ist die Bundesnetzagentur nicht entsprechend gebunden. Kommt die Bundesnetzagentur daher im Verfahren nach § 15 zu dem Ergebnis, dass einem Unternehmen, das eine für verbindlich erklärte Verpflichtungszusage abgegeben hat, gleichwohl Regulierungsverpflichtungen auferlegt werden sollen, muss es dem Unternehmen möglich sein, sich auch nach der Verbindlichmachung von der Verpflichtungszusage zu lösen, die es im Hinblick auf ein Absehen von Regulierung abgegeben hat. Satz 2 stellt sicher, dass ein solcher Widerruf durch das Unternehmen nur mit Wirkung für die Zukunft möglich ist, um die Rückabwicklung bereits auf Grundlage der Verpflichtungszusage erbrachter Leistungen auszuschließen. Zudem muss der Widerruf so ausgestaltet werden, dass für von einer Verpflichtungszusage Begünstigte und Endnutzer ein geordneter Übergang möglich

ist. Nach Satz 3 ist dabei insbesondere auf vertragliche Vereinbarungen und Fristen Rücksicht zu nehmen, die auf Grundlage der Verpflichtungszusage eingegangen worden sind.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 setzt die Vorgaben von Artikel 79 Absatz 2 Unterabsatz 1 Richtlinie (EU) 2018/1972 zur Durchführung einer Marktkonsultation um. Im Rahmen dieser Konsultation können Unternehmen dazu Stellung nehmen, ob die vorgelegten Verpflichtungszusagen die Bedingungen hinreichend erfüllen und der Bundesnetzagentur gegebenenfalls Änderungen vorschlagen (regelmäßig möglich im Rahmen beispielsweise der Verfahren nach § 14). Die Stellungnahmefrist soll regelmäßig einen Monat betragen.

### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 Satz 1 setzt Artikel 79 Absatz 2 Unterabsatz 4 Satz 1 Richtlinie (EU) 2018/1972 um, wonach die Regulierungsbehörde dem vorliegenden Unternehmen nach der Marktanhörung – innerhalb von sechs Wochen – eine vorläufige Feststellung ihrer Bewertung mitteilt. Diese Mitteilung soll nach Satz 3 auch auf mögliche Auswirkungen der Verpflichtungszusage auf Verfahren nach § 13 und § 15 eingehen. Die Vorschrift ist also Soll-Vorschrift ausgestaltet, da derartige Auswirkungen von der Bundesnetzagentur insbesondere bei bisher noch nicht der Regulierung unterliegenden Märkten nicht immer prognostiziert werden können.

### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 setzt Artikel 79 Absatz 2 Unterabsatz 4 Satz 2 Richtlinie (EU) 2018/1972 um, wonach das Unternehmen sein ursprüngliches Angebot ändern kann, um den vorläufigen Feststellungen der nationalen Regulierungsbehörde Rechnung zu tragen. Im Falle wesentlicher Änderungen an den ursprünglich vorgelegten Verpflichtungszusagen ist den interessierten Parteien nochmals Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben.

### **Zu Absatz 6**

Absatz 6 regelt eine Überprüfung einer Verlängerung der Laufzeit der Verpflichtungszusage (Umsetzung von Artikel 79 Absatz 4 Satz 1 Richtlinie (EU) 2019/1972).

### **Zu Absatz 7**

Absatz 7 regelt die Überwachung und Gewährleistung der Einhaltung verbindlich erklärter Verpflichtungszusagen und setzt Artikel 79 Absatz 4 Satz 1 Richtlinie (EU) 2018/1972 um. Hierzu kann für verbindliche Verpflichtungszusagen nach Satz 2 stets eine Vorlage von Konformitätserklärungen verlangt werden (Umsetzung Artikel 76 Absatz 3 Richtlinie (EU) 2018/1972, dort nur im Zusammenhang mit Verpflichtungszusagen betreffend Ko-Investitionen). Die Abgabe von Konformitätserklärungen dient jedoch nicht als Ersatz der unabhängig davon durchzuführenden Überwachung und Gewährleistung der Einhaltung der Verpflichtungszusagen. Eine Anpassung der Verpflichtungen kann nach § 15 Absatz 1 erfolgen (Nichteinhaltung der Zusagen als „neue Tatsache“).



## § 17

### **Verwaltungsvorschriften zu Regulierungsgrundsätzen, zur Migration auf Netze mit sehr hoher Kapazität und Anträge auf Auskunft über den Regulierungsrahmen für Netze mit sehr hoher Kapazität**

(1) Zur Verfolgung einheitlicher Regulierungskonzepte im Sinne von § 2 Absatz 3 Nummer 1 kann die Bundesnetzagentur Verwaltungsvorschriften zu ihren grundsätzlichen Herangehensweisen und Methoden für

1. die Marktdefinition nach § 10,
2. die Marktanalyse nach § 11 und
3. die Regulierungsverfügungen nach § 13

erlassen.

(2) Zur Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen im Sinne des § 2 Absatz 3 Nummer 4 kann die Bundesnetzagentur im Hinblick auf eine Regulierungsverfügung nach § 11 oder eine Zugangsvereinbarung nach § 23 Verwaltungsvorschriften zu den grundsätzlichen regulatorischen Anforderungen an die Berücksichtigung folgender Aspekte erlassen:

1. Investitionsrisiken bei Projekten zur Errichtung von Netzen mit sehr hoher Kapazität und
2. kommerzielle Vereinbarungen zur Aufteilung des Investitionsrisikos zwischen Investoren untereinander sowie zwischen Investoren und Zugangsnachfragern bei Projekten zur Errichtung von Netzen mit sehr hoher Kapazität.

Dies umfasst insbesondere Anforderungen an die Methodik zur Bestimmung der Anforderungen an die Ausgestaltung der Zugangs- und Entgeltkonditionen. Sofern die Anforderungen von wesentlicher und allgemeiner Bedeutung für den Markt sind, soll die Bundesnetzagentur Verwaltungsvorschriften nach Satz 1 erlassen.

(3) Zur Förderung des Übergangs von bestehenden öffentlichen Telekommunikationsnetzen, die nicht die Voraussetzungen des § 30 Nr. 30 erfüllen, zu Netzen mit sehr hoher Kapazität im Sinne des § 3 Nr. 30 erlässt die Bundesnetzagentur nach Anhörung der interessierten Kreise Verwaltungsvorschriften zu den grundsätzlichen regulatorischen Rahmenbedingungen des Übergangs (Migrationskonzept). Das Migrationskonzept umfasst insbesondere einheitliche Regelungen über die Methodik der Zugangs- und Entgeltkonditionen zu bestehenden öffentlichen Telekommunikationsnetzen, die nicht die Voraussetzungen des § 3 Nr. 30 erfüllen. Darüber hinaus soll das Migrationskonzept auch einen Migrationspfad enthalten.

(4) Für den Erlass der Verwaltungsvorschriften nach den Absätzen 1 bis 3 gilt das Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nach § 12 entsprechend.

(5) Die Bundesnetzagentur erteilt einem Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, der einen Auf- und Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität plant oder vornimmt, auf dessen Antrag für eine konkret

bezeichnete Region, eine Auskunft über die zu erwartenden regulatorischen Rahmenbedingungen oder Maßnahmen nach diesem Teil.

- (6) Hat die Auskunft nach Absatz 4 Auswirkungen auf die Ergebnisse der Marktdefinition und der Marktanalyse nach den §§ 10 und 11, gilt das Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nach § 12 entsprechend. Hat die Auskunft Auswirkungen auf Maßnahmen nach § 13 gilt das Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nach § 14 entsprechend.

### **§ 34**

#### **Migration von herkömmlichen Infrastrukturen**

- (1) Beabsichtigt ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Teile seines Netzes außer Betrieb zu nehmen oder durch neue Infrastrukturen zu ersetzen und wird infolgedessen das Angebot eines nach § 26 auferlegten Zugangsproduktes unmöglich, muss es dies der Bundesnetzagentur rechtzeitig, mindestens jedoch ein Jahr vor Beginn der Außerbetriebnahme oder der Ersetzung anzeigen.
- (2) Die Anzeige des Unternehmens nach Absatz 1 muss Folgendes enthalten:
1. einen Zeitplan zum Prozess der Außerbetriebnahme oder der Ersetzung,
  2. die Bedingungen der Migration, einschließlich einer Beschreibung der während und nach Abschluss der Migration angebotenen alternativen Zugangsprodukte und
  3. den Antrag auf Änderung des Standardangebots, soweit das Unternehmen ein Standardangebot gemäß § 29 für das auferlegte Zugangsprodukt veröffentlicht hat.
- (3) Die Bundesnetzagentur veröffentlicht die nach Absatz 2 vorgelegten Unterlagen auf ihrer Internetseite unter Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und gibt den interessierten Parteien Gelegenheit, innerhalb einer angemessenen Frist, die in der Regel einen Monat betragen soll, hierzu Stellung zu nehmen.
- (4) Die Bundesnetzagentur prüft die nach Absatz 2 vorgelegten Unterlagen zum Prozess der Außerbetriebnahme oder der Ersetzung. Sie legt hierbei **unter Berücksichtigung eines auf Grundlage von § 17 Absatz 3 erstellten Migrationskonzepts** einen transparenten Zeitplan, einschließlich einer angemessenen Kündigungsfrist für die Zugangsvereinbarung, und transparente und angemessene Bedingungen fest. Die Festlegung umfasst auch die Verfügbarkeit alternativer Zugangsprodukte zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen, soweit dies für die Wahrung des Wettbewerbs und der Rechte der Endnutzer erforderlich ist. Die Bedingungen der alternativen Zugangsprodukte, einschließlich Qualität, Geschwindigkeit und Endnutzerreichweite, müssen jedenfalls vergleichbar zu den Bedingungen der zuvor verfügbaren Zugangsprodukte sein.
- (5) Die Bundesnetzagentur kann die Verpflichtungen, die dem Unternehmen auferlegt wurden, für solche Netze, die außer Betrieb genommen oder ersetzt



werden, mit dem Wirksamwerden der Kündigung der Zugangsvereinbarung widerrufen, wenn die Bedingungen des Absatzes 4 Satz 2 und 3 eingehalten werden. Es gilt das Verfahren nach § 14. Die Änderung des Standardangebots erfolgt gleichzeitig mit der Änderung der Regulierungsverfügung.

- (6) Die Regulierungsverfügung nach § 13 für die aufgerüstete oder neue Netzinfrastruktur bleibt unberührt.
- (7) Beabsichtigt ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sein Netz oder Teile davon zu veräußern, finden die Absätze 1 bis 4 entsprechende Anwendung auf den Verkaufsprozess.

### **Zu § 17 (Verwaltungsvorschriften zu Regulierungsgrundsätzen und Anträge auf Auskunft über den Regulierungsrahmen für Netze mit sehr hoher Kapazität)**

§ 17 führt die Bestimmungen des bisherigen § 15a „Regulierungskonzepte und Antrag auf Auskunft über den Regulierungsrahmen für Netze der nächsten Generation“ unter der neuen Überschrift „Verwaltungsvorschriften zu Regulierungsgrundsätzen und Anträge auf Auskunft über den Regulierungsrahmen für Netze mit sehr hoher Kapazität“ fort.

Durch die Anpassung der Überschrift soll der Regelungsgehalt der Absätze klarer heraus- gestellt werden (Absätze 1 und 2) Möglichkeit zum Erlass von Verwaltungsvorschriften; Absatz 4 Verfahren für den Erlass von Verwaltungsvorschriften; Absatz 5 Antragsmöglichkeit bezüglich des Regulierungsrahmens für Netze mit sehr hoher Kapazität; Absatz 6 Verfahren im Falle der Auswirkung der Auskunft nach Absatz 5 von Maßnahmen auf §§ 8, 9 oder 11).

#### **Zu Absatz 1**

Zur Harmonisierung der Vorschriften des Absatzes 2 und des Absatzes 3 wurde klargestellt, dass Verwaltungsvorschriften erlassen werden können.

#### **Zu Absatz 2**

In Absatz 2 erfolgt die Klarstellung, dass die Regelungen dazu dienen, der Bundesnetzagentur die Möglichkeit zu geben, im Zusammenhang mit Netzen mit sehr hoher Kapazität Verwaltungsvorschriften zu den grundsätzlichen regulatorischen Anforderungen an die Berücksichtigung von Investitionsrisiken sowie an die Berücksichtigung von kommerziellen Vereinbarungen mit Blick auf die regulatorischen Verpflichtungen nach § 13 im Zusammenhang mit der Regulierung eines marktmächtigen Unternehmens zu erlassen. Neu aufgenommen wurde die Möglichkeit, auch in Bezug auf symmetrische Verpflichtungen nach § 23 (Umsetzung Artikel 61 Absatz 3 Unterabsatz 2 Richtlinie (EU) 2018/1972) solche Verwaltungsvorschriften zu erlassen (unter anderem zur Festlegung eines diskriminierungsfreien Zugangsproduktes zu nicht-replizierbaren Netzen).

Gemäß Satz 2 ist neu ein Erlass solcher Verwaltungsvorschriften insbesondere zu

prüfen, wenn diese grundsätzlichen regulatorischen Anforderungen von wesentlicher Bedeutung für den Markt sind, vgl. hier auch ergänzend Satz 3 („Dies umfasst insbesondere Anforderungen an die Methodik zur Bestimmung der Risiken und Anforderungen an die Ausgestaltung der Zugangs- und Entgeltkonditionen“); dies soll der Schaffung zusätzlicher Planungssicherheit dienen.

Der Verweis auf Risikobeteiligungsmodelle in Satz 3 wurde gestrichen (bereits ausweislich der Gesetzesbegründung BT-Drs. 17/5707, S. 57, nicht hierauf zu verengen).

### **Zu Absatz 3 (neu)**

Ein zentrales Ziel der Telekommunikationsregulierung ist nach Art. 2 Abs. 2 Buchstabe a) der Richtlinie (EU) 2018/1972 der Ausbau und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität. Bestehende Kupfernetze erfüllen nicht die Voraussetzungen eines Netzes mit sehr hoher Kapazität und werden daher mittel- und langfristig ersetzt werden. Zwar kann die Bundesnetzagentur diese Migration nicht verbindlich vorgeben. Es obliegt vielmehr den Betreibern solcher Netze, über den Fortbetrieb bzw. eine Stilllegung zu entscheiden. Allerdings hat die bestehende ebenso wie die künftige Regulierung von Kupfernetzen Auswirkungen auf die Migration zu Netzen mit sehr hoher Kapazität. Sowohl Betreiber von Kupfernetzen als auch Unternehmen, die Netze mit sehr hoher Kapazität aufbauen wollen, haben ein Bedürfnis, frühzeitig ein regulatorisches Migrationskonzept aufgezeigt zu bekommen. Die damit einhergehende erhöhte Planungssicherheit kann sich positiv auf Investitionen in Netze mit sehr hoher Kapazität auswirken und damit die Migration auf solche Netze beschleunigen.

§ 34 schafft für marktmächtige Betreiber eines bestehenden Kupfernetzes sowie deren Zugangsnachfrager regulatorische Vorhersehbarkeit für den Migrationsprozess eines konkreten Netzes bzw. konkreter Netzbestandteile. Durch die Norm wird hingegen keine regulatorische Vorhersehbarkeit im Hinblick auf bestehende Kupfernetze für solche Unternehmen erzeugt, die selbst Netze mit sehr hoher Kapazität ausbauen wollen. Durch Absatz 3 wird die Bundesnetzagentur daher verpflichtet, Verwaltungsvorschriften zu erlassen, die ein allgemeines regulatorisches Migrationskonzept für den Übergang von bestehenden Kupfernetzen zu Netzen mit sehr hoher Kapazität beinhalten. Dabei kommt der Bundesnetzagentur ein denkbar weiter Gestaltungsspielraum im Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung des Migrationskonzeptes zu. Es müssen aber zumindest Regelungen über die Methodik der Zugangs- und Entgeltregulierung während der Migrationsphase getroffen werden. Das Migrationskonzept ist dabei nicht auf spezifische geographische Märkte auszurichten, sondern soll soweit möglich bundesweit einheitliche Prinzipien für die Migration von Kupfernetzen zu Netzen mit sehr hoher Kapazität aufstellen. Darüber hinaus sollen die Verwaltungsvorschriften einen Migrationspfad enthalten, der den zeitlichen Ablauf der Migration und die damit einhergehenden regulatorischen Maßnahmen beschreibt. Der Migrationspfad ist als Sollvorschrift ausgestaltet, weil die Entscheidung über die Migration den betroffenen Unternehmen unterliegt, so dass die Bundesnetzagentur einen Migrationspfad nicht vorgeben kann, sondern lediglich in Abhängigkeit von den unternehmerischen Migrationsentscheidungen beschreiben und regulatorisch begleiten kann. Es sollen bereits frühzeitig alle interessierten Kreise beteiligt werden, damit die Bundesnetzagentur Erkenntnisse über die Migrationspläne der Marktteilnehmer gewinnen kann.

Durch die Wahl des Instruments der Verwaltungsvorschrift wird zum einen sichergestellt, dass die Behörde weder durch den Gesetzgeber noch aufgrund einer außenrechtswirksamen Selbstverpflichtung einer unionsrechtlich unzulässige Vorabvorlegung für die künftige Regulierung bestehender öffentlicher Telekommunikationsnetze, die nicht die Voraussetzungen des § 3 Nr. 30 erfüllen, unterliegt. Sollten sich im Laufe der Migration wesentliche Rahmenbedingungen verändern, kann die Behörde von ihren Verwaltungsvorschriften mit entsprechender Begründung jederzeit wieder abweichen. Gleichwohl wird zum anderen durch die Verwaltungsvorschriften eine höhere Planungssicherheit für die Marktteilnehmer geschaffen, da ein grundsätzlicher Migrationspfad aufgezeigt wird, von dem nur noch mit sachlichem Grund abgewichen werden kann.

Mit den Verwaltungsvorschriften getroffene Festlegungen im Hinblick auf den regulatorischen Migrationspfad müssen insbesondere im Verfahren der Marktregulierung bei der Ausübung behördlicher Ermessensentscheidungen berücksichtigt werden. Dies gilt auch im Rahmen von Entscheidungen nach § 34 über die Abschaltung bestehender Kupfernetze durch ein marktbeherrschendes Unternehmen.

Beim Erlass der Verwaltungsvorschriften ist nach Absatz 3 das Konsultationsverfahren des § 10 durchzuführen. Hierdurch wird insbesondere sichergestellt, dass alle Marktteilnehmer bei der Aufstellung eines Migrationspfades angemessen beteiligt werden.

#### **Zu Absatz 4**

**Absatz 4** entspricht dem bisherigen § 15a Absatz 3.

#### **Zu Absatz 5**

Der bisherige § 15a Absatz 4 sieht für jeden Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes ein Recht auf Antrag zur Auskunft über die zu erwartenden regulatorischen Rahmenbedingungen oder Maßnahmen nach diesem Teil in einer konkret bezeichneten Region vor. **§ 17 Absatz 5** führt diese Regelung fort. Klargestellt wurde, dass das Antragsrecht allen Unternehmen zukommt, die einen Auf- oder Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität planen oder vornehmen; das Antragsrecht knüpft nicht an eine marktmächtige Stellung des Unternehmens an, sondern an einen – hinreichend im Antrag zu präzisierenden – Auf- oder Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität in einer konkret bezeichneten Region. Die Auskunft soll dabei verbindlich erfolgen: Insoweit besteht Bindungswirkung, sofern sich keine wesentlichen Abweichungen bezüglich des Sachverhalts ergeben, über den Auskunft erteilt wurde.

#### **Zu Absatz 6**

**Absatz 5** nimmt die Regelung des bisherigen § 15a Absatz 4 Satz 2 auf. Nach dem bisherigen Wortlaut gilt das Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nur für solche nach Absatz 4 erteilten Auskünfte, die im Zusammenhang mit „Festlegungen nach diesem Teil“ stehen.

Es erfolgt die Klarstellung, dass die jeweiligen Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nach §§ 12 oder 14 nur dann erfolgen müssen, wenn eine Auskunft auch Auswirkungen auf die nach **§ 14 Absatz 7** als gemeinsamer Verwaltungsakt erlassenen und geltenden Ergebnisse der Marktdefinition und

Marktanalyse oder die dazugehörigen geltenden Verpflichtungen hat (vgl. hierzu bereits BT-Drs. 17/7521, S. 111).

### **Zu § 34 (Migration von herkömmlichen Infrastrukturen)**

Die Regelung des § 34 wird in Umsetzung von Artikel 81 Richtlinie (EU) 2018/1972 neu in das Gesetz aufgenommen. § 34 betrifft den Ablauf der Migration herkömmlicher Infrastrukturen, also regelmäßig von Kupferkabelnetzen, zu neuer Netzinfrastrukturen für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht. Ziel der Regelung ist es, den Migrationsprozess nicht zu verzögern oder gar zu verhindern, sondern vielmehr – im Interesse der Zugangsnachfrager und insbesondere der Endnutzer – zu begünstigen und geordnet unter der Kontrolle der Bundesnetzagentur ablaufen zu lassen.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 bestimmt den Anwendungsbereich und verpflichtet das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für den Fall, dass es sein gesamtes Netz oder Teile davon außer Betrieb nehmen oder durch neue Infrastrukturen ersetzen möchte und dass infolgedessen das Angebot eines bisher nach § 26 auferlegten Zugangsprodukts unmöglich wird, dies der Bundesnetzagentur rechtzeitig, mindestens jedoch ein Jahr zuvor anzuzeigen.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 konkretisiert das Verfahren der in Absatz 1 genannten Anzeigepflicht.

Parallel zur Anzeige muss das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht der Bundesnetzagentur einen Zeitplan, eine Beschreibung der während und nach Abschluss der Migration angebotenen alternativen Zugangsprodukte sowie ggf. einen Antrag auf Änderung des festgelegten Standardangebots vorlegen.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 beinhaltet die Veröffentlichungspflicht der Unterlagen nach Absatz 2 für die Bundesnetzagentur und schafft eine diesbezügliche Konsultationsregelung für den Markt.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 gibt den Prüfungsprozess der Unterlagen nach Absatz 2 für die Bundesnetzagentur vor und gibt dieser zudem eine Festlegungskompetenz zum Ablauf des Migrationsprozesses. Hierbei muss die Bundesnetzagentur insbesondere ein von ihr auf Grundlage des § 17 Abs. 3 erstelltes Migrationskonzept berücksichtigen. Durch die Berücksichtigungspflicht soll sichergestellt werden, dass ein Migrationskonzept nach § 17 Abs. 3, das Unternehmen eine Migration nicht verbindlich vorgeben kann, sondern die regulatorischen Rahmenbedingungen der Migration regeln soll, und unternehmerische Migrationsentscheidungen in Einklang miteinander stehen.

#### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 regelt den Widerruf der dem Unternehmen in den Regulierungsverfügungen auferlegten Verpflichtungen hinsichtlich der Netze bzw. der Teile der Netze, die außer Betrieb genommen oder ersetzt werden. Durch den Verweis auf Absatz 4 wird unter

anderem sichergestellt, dass bei dieser Entscheidung auch ein mögliches Migrationskonzept der Bundesnetzagentur berücksichtigt wird.

#### **Zu Absatz 6**

Absatz 6 betrifft – spiegelbildlich zu Absatz 4 – regulatorische Maßnahmen im Hinblick auf die aufgerüstete oder neue Infrastruktur. Zugangsnachfrager, die von einem Zugangsprodukt auf Grundlage der herkömmlichen Infrastruktur zu einem Zugangsprodukt auf Grundlage der aufgerüsteten oder neuen Infrastruktur migrieren, sollten in der Lage sein, ihren Zugang auf eigenen Wunsch durch ein beliebiges reguliertes Produkt mit höherer Kapazität zu verbessern, aber nicht dazu verpflichtet sein (vgl. Erwägungsgrund 209 Richtlinie (EU) 2018/1972).

#### **Zu Absatz 7**

Absatz 7 stellt klar, dass die Vorgaben der Absätze 1 bis 4 auf für den Fall Anwendung finden, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sein Netz oder Teile des Netzes veräußern möchte. Die Auswirkungen stellen sich für Zugangsnachfrager und insbesondere Endnutzer als vergleichbar dar.