



Telekommunikationsrecht

Christian Koenig/Martin Busch

Zur Umsetzung der unionsrechtlich kodifizierten Investitionsanreize nach dem TK-Review im deutschen Telekommunikationsrecht

Durch den neuen Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation in Europa (Ellinghaus, CR 2010, 20 ff.) werden verstärkt Anreize für den Aufbau neuer Hochgeschwindigkeitsnetze – nun auch im operativen Teil der Richtlinien – gesetzt. Der folgende Beitrag verdeutlicht, welche Verpflichtungen des deutschen Gesetzgebers sich hieraus im Lichte des § 9a TKG-Urteils des EuGH und der unionsrechtlichen Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht aufgrund der TA-Luft Rechtsprechung ergeben. Zudem werden vor diesem Hintergrund mögliche Ansatzpunkte für Änderungen des TKG dargestellt.

I. Die neuen Richtlinien direktiven für Investitionsanreize im Lichte des Vertragsverletzungsurteils zu § 9a TKG

1. Die Direktiven des TK-Reviews

Durch den Abschluss des TK-Reviews und insbesondere durch die in diesem Rahmen verabschiedete Richtlinie 2009/140/EG vom 25.11.2009 („Bessere Regulierung“) erhält der EU-Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation maßgebliche Impulse zur Förderung von Infrastrukturinvestitionen und zum Aufbau von Netzen

der nächsten Generation. Während der Rechtsrahmen von 2002 nur an wenigen Stellen auf die Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen und Innovationen einging,¹ spielt der Aufbau neuer Hochgeschwindigkeitsnetze im neuen Rechtsrahmen eine wesentliche Rolle. In den Erwägungsgründen der Richtlinie 2009/140/EG wird die Zielsetzung, „geeignete Anreize für Investitionen in neue Hochgeschwindigkeitsnetze zu schaffen“,² deutlich zum Ausdruck gebracht. Der Richtliniengeber betont, dass „es von ausschlaggebender Bedeutung [sei], nachhaltige Investitionen in die Entwicklung solcher neuen Netze zu fördern, wobei der Wettbewerb gewährleistet und den Wahlmöglichkeiten der Verbraucher durch Vorhersehbarkeit und Kohärenz der Regulierung eine neue Dynamik verliehen werden sollte“.³ Ziel ist es, einen Mittelweg zwischen der Förderung effizienter Investitionen einerseits und dem Wettbewerb andererseits zu finden.⁴ Dabei wird ein wirtschaftlich effizientes Maß an Infrastrukturwettbewerb angestrebt,⁵ welches das Ausmaß des Infrastrukturausbaus bezeichnet, bei dem die „Investoren auf der Grundlage angemessener Erwartungen im Hinblick auf die Entwicklung der

1 Vgl. bspw. Art. 8 Abs. 2 lit. c der RL 2002/21/EG.

2 Erwägungsgrund 8 der RL 2009/140/EG.

3 Erwägungsgrund 8 der RL 2009/140/EG.

4 Vgl. Erwägungsgrund 53 der RL 2009/140/EG sowie den neu gefassten Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 1 Zugangsrichtlinie.

5 Vgl. neu gefasster Art. 12 Abs. 2 lit. d Zugangsrichtlinie.

► Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Martin Busch ist wissenschaftlicher Referent am ZEI.

Umsetzung unionsrechtlich kodifizierter Investitionsanreize nach dem TK-Review

Marktanteile mit einer angemessenen Rendite rechnen können.“⁶

a) Investitionsanreize im Rahmen der Zugangsregulierung

Anreize für Investitionen in den Aufbau neuer Hochgeschwindigkeitsnetze sollen im Rahmen sowohl der Zugangsregulierung als auch der Entgeltregulierung gesetzt werden. So befasst sich Erwägungsgrund 55 der Richtlinie 2009/140/EG ausführlich mit der Schaffung von Investitionsanreizen bei der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen: „Bei der Festlegung von Verpflichtungen bezüglich des Zugangs zu neuen und verbesserten Infrastrukturen sollten die nationalen Regulierungsbehörden dafür sorgen, dass die Zugangsbedingungen die der Investitionsentscheidung zugrunde liegenden Umstände widerspiegeln und u.a. die Aufbaukosten, die voraussichtliche Inanspruchnahmerate der neuen Produkte und Dienstleistungen und die voraussichtlichen Endkunden-Preisniveaus berücksichtigen.“⁷ Aus Gründen der Planungssicherheit „sollten die nationalen Regulierungsbehörden darüber hinaus befugt sein, gegebenenfalls die Bedingungen für den Zugang festzulegen, die während angemessener Überprüfungszeiträume kohärent bleiben. Diese Bedingungen können von Umfang oder Geltungsdauer des Vertrags abhängige Preisfestsetzungsvereinbarungen im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht beinhalten, sofern diese Vereinbarungen keine diskriminierenden Auswirkungen haben.“⁸

Von herausragender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der durch Art. 1 Nr. 8 lit. h der Richtlinie 2009/140/EG neu eingeführte Art. 8 Abs. 5 lit. d Rahmenrichtlinie, der diese Erwägungen in den operativen Teil der Richtlinien überführt und nach dem die nationalen Regulierungsbehörden „effiziente Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen auch dadurch fördern [sollen], dass sie dafür sorgen, dass bei jeglicher Zugangsverpflichtung dem Risiko der investierenden Unternehmen gebührend Rechnung getragen wird, und dass sie verschiedene Kooperationsvereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangsbewerbern zulassen, während sie gleichzeitig gewährleisten, dass der Wettbewerb auf dem Markt und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt werden“.⁹ Diese Vorschrift verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Bereitstellung von (außenrechtsverbindlichen) Mechanismen, mit denen die nationale Regulierungsbehörde im Rahmen der Zugangsregulierung bei „jeglicher“ Verpflichtung, und zwar sowohl bei ihrer Aufrechterhaltung als auch der Auferlegung, dem Investitionsrisiko in neue Hochgeschwindigkeitsnetze gebührend Rechnung tragen kann.

Weitere Änderungen im Bereich der Zugangsregulierung enthält die Neufassung von Art. 12 Abs. 1 Zugangsrichtlinie, wonach nun in lit. a ausdrücklich auf die Möglichkeit hingewiesen wird, Zugangsverpflichtungen zu vorgelagerten Zugangsprodukten einschließlich nicht aktiver Netzkomponenten aufzuerlegen. Zudem ist gem. Art. 12 Abs. 2 lit. a der Zugangsrichtlinie bei der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen im Rahmen der Angemessenheit u.a. die Tragfähigkeit des Zugangs zu anderen Zugangsprodukten wie etwa Leitungsrohren zu prüfen. Die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen, zu

denen auch Leitungs- und Leerrohre zählen, kann gem. Art. 12 der Rahmenrichtlinie von der nationalen Regulierungsbehörde vorgeschrieben werden, um wirtschaftliche Ineffizienzen zu vermeiden.¹⁰ Sowohl der Umstand, dass die Einführung und Inbetriebnahme neuer Netze auf „ökologisch verantwortliche Weise“¹¹ sichergestellt werden soll, als auch eine praktische Wirksamkeit der vorgenannten Vorschriften sprechen dafür, dass sich Zugangsverpflichtungen auch auf Netzbestandteile und zugehörige Einrichtungen der Wasser- oder Energienetzinfrastrukturen erstrecken können. Bei der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen haben die nationalen Regulierungsbehörden gem. dem neuen Art. 12 Abs. 2 lit. d Zugangsrichtlinie die „Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs, unter besonderer Berücksichtigung eines wirtschaftlich effizienten Wettbewerbs im Bereich Infrastruktur“, zu berücksichtigen.

b) Berücksichtigung des Zusatzrisikos im Rahmen der Ex-ante- bzw. Ex-post-Entgeltregulierung

Auch auf der Ebene der Entgeltregulierung sollen in Zukunft Anreize für Investitionen in den Aufbau von Netzen der nächsten Generation gesetzt werden. Hierzu fordert der Richtliniengeber in Erwägungsgrund 57 der Richtlinie 2009/140/EG, dass die „nationalen Regulierungsbehörden [...] bei der Auferlegung von Maßnahmen zur Preissteuerung dafür sorgen, dass die Investoren eine angemessene Rendite erhalten, insbesondere bei neuen Investitionsprojekten. Insbesondere können Risiken im Zusammenhang mit Investitionsprojekten für neue Zugangsnetze bestehen, die Erzeugnisse unterstützen, für die die Nachfrage zum Zeitpunkt der Investition ungewiss ist.“ Dieser Gedanke findet seinen Niederschlag in dem neu gefassten Art. 13 Abs. 1 Satz 2 der Zugangsrichtlinie, der sicherstellen soll, dass Investitionsanreize auch durch eine entsprechende Berücksichtigung bei der Kalkulation der Entgelte geschaffen werden: „Um zu Investitionen der Betreiber auch in Netze der nächsten Generation anzuregen, tragen die nationalen Regulierungsbehörden den Investitionen des Betreibers Rechnung und ermöglichen ihm eine angemessene Rendite für das entsprechend eingesetzte Kapital, wobei gegebenenfalls die spezifischen Risiken im Zusammenhang mit einem bestimmten neuen Netzprojekt, in das investiert wird, zu berücksichtigen sind.“ Bei dieser Formulierung handelt es sich nicht lediglich um eine Klarstellung.¹² Vielmehr wird den nationalen Regulierungsbehörden im operativen Teil der Richtlinien – und nicht wie bisher im Rahmen von Erwägungsgründen, Empfehlungen und Mitteilungen¹³ – aufgetragen, das gesteigerte Risiko im Sinne eines Zusatzrisikos des Aufbaus von Infrastrukturen der nächsten Generation zu berücksichtigen. Das in der Entgeltregulierung abzubildende Zusatzrisiko besteht darin, dass die spätere Nachfrage zum Zeitpunkt der Investition ungewiss ist.¹⁴ Mithin ist eine dieses besondere Zusatzrisiko *eigens* abbildende Kompensationskomponente im *ex-ante* regulierten Entgelt bzw. im Rahmen der *ex-post* Entgeltkontrolle angemessen zu berücksichtigen (*additional risk approach*).

⁶ Erwägungsgrund 54 der RL 2009/140/EG.

⁷ Erwägungsgrund 55 der RL 2009/140/EG.

⁸ Erwägungsgrund 55 der RL 2009/140/EG.

⁹ Im Original nicht kursiv.

¹⁰ Weitere Erwähnung findet der Zugang zu Leitungs- und Leerrohren in Teil A Nr. 1b und c, 2 und 3 des Anhang II der Zugangsrichtlinie.

¹¹ Erwägungsgrund 43 der RL 2009/140/EG.

¹² A.A. Kühling/Heimeshoff/Schall, K&R Beihefter 1/2010, S. 13.

¹³ Siehe zu der bisherigen Rechtslage Koenig/Loetz/Senger, K&R 2006, 258 (259 ff.).

¹⁴ Vgl. hierzu Erwägungsgrund 57 der RL 2009/140/EG.

Umsetzung unionsrechtlich kodifizierter Investitionsanreize nach dem TK-Review

2. Die Lektion aus dem § 9a TKG-Vertragsverletzungsverfahren

Das Urteil des EuGH vom 3.12.2009 in der Rechtssache C-424/07 über die Vertragsverletzung der Bundesrepublik Deutschland durch die Einführung des § 9a TKG zur Regulierung neuer Märkte¹⁵ macht eindeutige Aussagen hinsichtlich zweier Aspekte, die für die Umsetzung der unionsrechtlich kodifizierten Investitionsanreize im TK-Review von wesentlicher Bedeutung sind.

a) Keine Regulierungsfreistellung außerhalb des Marktregulierungsverfahrens

Zum einen hat der EuGH klar gestellt, dass der Unionsrechtsrahmen eine vom Marktregulierungsverfahren unabhängige Regulierungsfreistellung im Sinne einer legislativen Lösung nicht zulässt. Der EuGH hat festgestellt, dass § 9a TKG die Regulierung neuer Märkte aus dem Verfahren der Marktregulierung herauslöst.¹⁶ Der nach Auffassung des EuGH durch § 9a Abs. 1 TKG normierte Grundsatz der Nichtregulierung neuer Märkte verstößt gegen Art. 16 Rahmenrichtlinie, nach dem die nationalen Regulierungsbehörden die Analyse der nach Art. 15 Rahmenrichtlinie festgelegten relevanten TK-Märkte durchführen. Allein die Regulierungsbehörden ermitteln mithilfe der Leitlinien und Empfehlungen der *Kommission*, ob eine Vorabregulierung geboten ist.¹⁷ Des Weiteren wird die *BNetzA* durch § 9a TKG daran gehindert, die relevanten Märkte, wie von Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie vorgesehen, selbst auf Empfehlung der *Kommission* festzulegen.¹⁸ Zudem wird durch § 9a Abs. 2 TKG in unzulässiger Weise eine gesetzliche Rangfolge der Regulierungsziele zugunsten der Förderung von Investitionen und Innovationen eingeführt, obwohl die Abwägung zwischen den gleichrangigen Zielsetzungen gem. Art. 8 Abs. 1 Rahmenrichtlinie, Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie und Art. 17 Abs. 2 Universaldienstrichtlinie allein der *BNetzA* obliegt.¹⁹ Schließlich stellt § 9a Abs. 2 TKG restriktivere Anforderungen, nach denen eine Vorabregulierung in Frage kommt, als Art. 16 Rahmenrichtlinie, wodurch erneut das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde in unzulässiger Weise eingeschränkt wird.²⁰ Insgesamt sind die Urteilsgründe knapp und präzise gefasst und erlauben kaum Raum für Interpretationen.²¹

Damit ist der von dem deutschen Gesetzgeber damals gewählte „neue Märkte“-Ansatz nicht mit dem EU-Rechtsrahmen vereinbar. Zwar zielt der EU-Rechtsrahmen ausdrücklich darauf ab, dass neu entstehende Märkte entweder gar nicht Gegenstand der Regulierung oder verbunden mit einer Begründungsaufgabe Gegenstand möglichst geringer Regulierung sein sollen. Grundlage für eine Rückführung der Regulierungsintensität kann allerdings nur das Marktdefinitions- und das Marktanalyseverfahren sein.²² Im Ergebnis führte § 9a

TKG nach der Urteilsbegründung des EuGH dagegen dazu, dass das Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren für neue Märkte *de lege lata* ausgesteuert würde.

b) Konsequente Umsetzung des EU-Rechtsrahmens

Das EuGH-Urteil bietet eine Lektion zur Art und Weise der Umsetzung unionsrechtlicher Regulierungsvorgaben im vollharmonisierten Bereich.²³ Die Ausgestaltung der Regulierung durch die nationalen Umsetzungsgesetze hat sich maßgeblich an den Vorgaben des Unionsrechts auszurichten. Das Gericht weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass insbesondere die Rahmenrichtlinie „die Aufgaben der NRB sowie eine Reihe von Verfahren fest [legt], die die gemeinschaftsweit harmonisierte Anwendung des Rechtsrahmens gewährleisten“.²⁴ Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber darf „die Entscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers nicht umkehren“, vielmehr hat er die unionsrechtlich determinierten Kompetenzzuweisungen an die nationalen Regulierungsbehörden und die Verfahrensgestaltung des Rechtsrahmens in nationales Recht umzusetzen. Der EuGH stellt mit dem Urteil klar, dass der EU-Rechtsrahmen der elektronischen Kommunikation im Sinne einer Vollharmonisierung ein verbindliches, hinsichtlich der Verfahrensschritte und -inhalte bereits unionsrechtlich ausgestaltetes Regulierungsdesign vorschreibt, von dem der nationale Gesetzgeber nicht abweichen darf.²⁵ Anreize für Investitionen in den Aufbau neuer und innovativer Infrastrukturen im Rahmen der mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzgebung müssen sich in die durch die Richtlinien kodifizierten Regulierungsverfahrensmethoden einfügen. Der nationale Gesetzgeber darf im Falle eines durch die Richtlinien kodifizierten Ermessensspielraums der nationalen Regulierungsbehörde diesen nicht legislativ einschränken oder in einer Weise konditionieren, dass der Behörde eine Ausübung des Ermessensspielraums praktisch erschwert wird oder gar verwehrt bleibt.²⁶ Da nicht die nationalen Regulierungsbehörden, sondern die einzelnen Mitgliedstaaten Adressat der Richtlinien sind,²⁷ müssen sich die entsprechenden Ermächtigungsgrundlagen im nationalen Umsetzungsgesetz wiederfinden.

Durch den neuen Rechtsrahmen ändert sich nichts an der Gültigkeit der Aussagen des Urteils. Der EuGH hat mit seinem Urteil für die Zukunft verdeutlicht, dass sich die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber bei der notwendigen Anpassung der nationalen Gesetze, die bis zum 25.5.2011 zu erfolgen hat, streng an die Vorgaben der Richtlinien halten müssen. Für den Ausbau von Netzen der nächsten Generation bedeutet dies, dass es auch unter dem TKG 2011 keine gesetzlich pauschalierte Regulierungsfreistellung für sog. neue Märkte geben darf. Hingegen gibt es Handlungsbedarf bezüglich der Einführung neuer Mechanismen, die Investitionsanreize schaffen und das gesteigerte Risiko der investierenden Unternehmen im Rahmen des unionsrechtlich determinierten Regulierungsverfahrens kompensieren.

15 Der Erstautor war Prozessbevollmächtigter der Bundesrepublik Deutschland in dem Verfahren vor dem EuGH.

16 EuGH, Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07, CR 2010, 24 (28) – Rz. 106, noch nicht in aml. Slg. Vgl. auch *Ufer*, K&R 2010, 100 (102).

17 EuGH, Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07, CR 2010, 24 (26–27) – Rz. 63–79, noch nicht in aml. Slg.

18 EuGH, Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07, CR 2010, 24 (27) – Rz. 80–84, noch nicht in aml. Slg.

19 EuGH, Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07, CR 2010, 24 (27–28) – Rz. 85–94, noch nicht in aml. Slg.

20 EuGH, Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07, CR 2010, 24 (28) – Rz. 95–99, noch nicht in aml. Slg.

21 *Ufer*, K&R 2010, 100 (103).

22 Zutreffend *Klotz*, CR 2010, 29 (29).

23 Zutreffend *Klotz*, CR 2010, 29 (30).

24 EuGH, Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07, CR 2010, 24 (26) – Rz. 53, noch nicht in aml. Slg.

25 *Klotz*, CR 2010, 29 (29); *Klotz*, K&R 2010, 104 (105).

26 Vgl. EuGH, Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07, CR 2010, 24 (27) – Rz. 74, noch nicht in aml. Slg.

27 Vgl. bspw. Art. 7 der RL 2009/140/EG oder Art. 20 der RL 2002/19/EG.

Umsetzung unionsrechtlich kodifizierter Investitionsanreize nach dem TK-Review

II. Richtlinienumsetzung durch Gesetz!

Durch den TK-Review sollen stärkere Anreize für Investitionen in die Schaffung von Netzen der nächsten Generation gesetzt werden. Während im Rechtsrahmen von 2002 die diesbezüglichen Zielvorgaben kaum verbindlich gehalten waren und vornehmlich die nationalen Regulierungsbehörden auf Grund von Erwägungsgründen, Leitlinien und Empfehlungen der *Kommission* u. a. zur Förderung von Infrastrukturinvestitionen angehalten wurden,²⁸ finden sich nun präzise Vorschriften im operativen Teil der Richtlinien. Zu nennen sind hier vor allem Art. 8 Abs. 5 lit. d der Rahmenrichtlinie sowie Art. 12 Abs. 2 lit. c und Art. 13 Abs. 1 Satz 2 der Zugangsrichtlinie. Diese normative Hochzoning auf eine operative Regelungsebene erfordert einen gesetzlich verbindlichen Umsetzungsmechanismus im TKG und wirft die Frage auf, ob der von der *BNetzA* verfolgte Ansatz der Festlegung von regulatorischen Eckpunkten, also nicht außenrechtsverbindlichen Verwaltungsvorschriften, tragfähig ist.

1. Eckpunkte der *BNetzA*

Die *BNetzA* zielt mit der Festlegung regulatorischer Eckpunkte darauf ab, die Risiken der Investoren zu reduzieren, die Investitions- und Innovationskraft durch eine angemessene Zugangsgewährung und Entgeltgestaltung zu sichern sowie Planungssicherheit zu gewährleisten und Transparenz zu schaffen.²⁹ Zudem kündigt sie an, bei der Abwägungsentscheidung zwischen *Ex-ante*- und *Ex-post*-Entgeltregulierung insbesondere das Ziel der Förderung effizienter Investitionen sowie der Unterstützung von Innovationen zu berücksichtigen. Sie möchte neu entstehende Infrastrukturen auch dadurch fördern, dass dem Erfordernis eines hohen Maßes an Preissetzungsflexibilität Rechnung getragen wird.³⁰

2. Europarechtliche Vorgaben

In den Urteilen³¹ zur TA-Luft hat der EuGH jedoch bereits im Jahre 1991 festgestellt, dass Verwaltungsvorschriften nicht den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an die Umsetzung von EU-Richtlinien genügen.³² Zwar verlange die Umsetzung einer Richtlinie in innerstaatliches Recht nicht, dass „ihre Bestimmungen förmlich und wörtlich in einer ausdrücklichen besonderen Gesetzesvorschrift wiedergegeben werden“. ³³ Dennoch muss die Umsetzung mit einer „Konkretheit, Bestimmtheit und Klarheit“ erfolgen, „die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes notwendig sind, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen“. ³⁴ Der Einzelne muss Gewissheit „über den Umfang seiner Rechte haben [können], um sie gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend machen zu können“. ³⁵ Hieraus folgt,

dass die vom Inhalt der Richtlinien Betroffenen von ihren Rechten und Pflichten Kenntnis erlangen können (Publizität), die Vorschriften zwingenden Charakter haben und Außenrechtswirkung entfalten müssen und dass eine bloße Übereinstimmung der innerstaatlichen Praxis mit den Geboten der Richtlinien hierfür nicht ausreicht.³⁶

Damit hat der EuGH festgeschrieben, dass eine effektive Richtlinienumsetzung zumindest dann durch nationale Rechtsnormen in Form von Gesetzen oder Verordnungen erfolgen muss,³⁷ wenn hierdurch Rechte und Pflichten des Einzelnen begründet oder berührt werden.³⁸ Dieses an die Mitgliedstaaten adressierte Umsetzungsgebot aktualisiert Art. 4 Abs. 1 Rahmenrichtlinie mit seinem Gebot, effektive Rechtsbehelfe gegen Regulierungsentscheidungen einzurichten. Verwaltungsvorschriften (Eckpunkte) alleine sind in der deutschen Rechtsordnung nicht geeignet, subjektiv-öffentliche Rechte im Sinne der Schutznormtheorie³⁹ und der Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) zu stärken. Eckpunkte der *BNetzA*, die die Direktiven des operativen Teils der Richtlinien in die innerstaatliche Regulierungspraxis bloß integrieren, werden darüber hinaus dem speziellen unionsrechtlichen Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 4 Abs. 1 Rahmenrichtlinie nicht gerecht. Die operativen Regelungen des Art. 8 Abs. 5 lit. d Rahmenrichtlinie sowie der Art. 12 und 13 Zugangsrichtlinie müssen vom deutschen Gesetzgeber im Lichte des § 9a TKG-Urteils in das bestehende Gefüge innerstaatlicher Gesetzenormen integriert werden, um den unionsrechtlichen Anforderungen gerecht zu werden.

3. Untauglichkeit einfacher Verwaltungsvorschriften

Befürworter der Festlegung regulatorischer Eckpunkte in Form einfacher Verwaltungsvorschriften durch die *BNetzA* – anstelle von gesetzlichen Regelungen – sehen hierin den Vorteil, dass diese eine höhere Flexibilität aufweisen und schnellere Anpassungsmöglichkeiten bestehen, um eventuellen Fehlentwicklungen in dem sehr komplexen Verfahren der Marktregulierung begegnen zu können. Zum jetzigen Zeitpunkt könne man noch nicht absehen, wie sich beispielsweise die Einführung von „Risk-sharing“-Modellen auswirken werde.⁴⁰ Die Rechtsprechung des EuGH lässt für eine solche Lösung jedoch keinen Raum, was aus Gründen der Rechts- und Planungssicherheit zu begrüßen ist.⁴¹ Auch sind Gesetze oder Verordnungen nicht in Stein gemeißelt und erlauben bei etwaigen Fehlentwicklungen notwendige interpretatorische Anpassungen gerade an die aktualisierten regulatorischen Imperative des *effet utile* der Richtlinien im Rahmen einer unionsrechtskonformen Auslegung.⁴²

III. Ansatzpunkte der Umsetzung des Reviews im TKG

Die Umsetzungsverpflichtungen hinsichtlich der Anreize für Investitionen in neue verbesserte Infrastrukturen, die sich aus den Änderungen des Art. 12 Zugangsrichtlinie

28 Koenig/Loetz/Senger, K&R 2006, 258 (259 ff.).

29 Vgl. *BNetzA*, Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur, Konsultationsentwurf vom 13.5.2009, ABl. *BNetzA* v. 20.5.2009, 2450 (2454).

30 Vgl. *BNetzA*, Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur, Konsultationsentwurf vom 13.5.2009, ABl. *BNetzA* v. 20.5.2009, 2450 (2477).

31 EuGH, Urt. v. 30.5.1991 – Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567; Urt. v. 30.5.1991 – Rs. C-59/89, Slg. 1991, I-2607.

32 Vgl. hierzu Vedder, EWS 1991, 293 (293).

33 EuGH, Urt. v. 30.5.1991 – Rs. C-361/88 – Rz. 15, Slg. 1991, I-2567; Urt. v. 30.5.1991 – Rs. C-59/89 – Rz. 18, Slg. 1991, I-2607.

34 EuGH, Urt. v. 30.5.1991 – Rs. C-361/88 – Rz. 21, Slg. 1991, I-2567; Urt. v. 30.5.1991 – Rs. C-59/89 – Rz. 24, Slg. 1991, I-2607.

35 EuGH, Urt. v. 30.5.1991 – Rs. C-59/89 – Rz. 23, Slg. 1991, I-2607.

36 Vgl. hierzu Vedder, EWS 1991, 293 (295); EuGH, Urt. v. 30.5.1991 – Rs. C-361/88 – Rz. 24, Slg. 1991, I-2567; Urt. v. 30.5.1991 – Rs. C-59/89 – Rz. 28, Slg. 1991, I-2607.

37 Vgl. Langenfeld/Schlemmer-Schulte, EuZW 1991, 622 (624).

38 Vedder, EWS 1991, 293 (293).

39 Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 42 Rz. 78, 83 ff.

40 Kübling/Heimeshoff/Schall, K&R Beih. 1/2010, S. 20.

41 Vgl. so zu der Entscheidung TA-Luft Steiling, NVwZ 1992, 134 (136 f.).

42 Vgl. Rupp, JZ 1991, 1034 (1035).

Umsetzung unionsrechtlich kodifizierter Investitionsanreize nach dem TK-Review

ergeben, werden sich mithilfe von Ergänzungen bzw. Umformulierungen des noch geltenden TKG an den entsprechenden Stellen erfüllen lassen. So könnte beispielsweise § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG, der wörtlich dem Art. 12 Abs. 2 lit. c der Zugangsrichtlinie entspricht, dahingehend geändert werden, dass der neue Wortlaut ebenfalls den neuen Art. 12 Abs. 2 lit. c Zugangsrichtlinie wiedergibt: „Anfangsinvestition des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken“.

Schwieriger ist dagegen die gesetzgeberisch gebotene Umsetzung der Direktiven der Investitionsanreize nach Art. 8 der neuen Rahmenrichtlinie zu bewerkstelligen, der durch Art. 8 Abs. 5 lit. d maßgebliche Änderungen erfährt. Dies macht grundsätzlichere Anpassungen des noch geltenden TKG notwendig.

1. Die neue Struktur des Art. 8 Rahmenrichtlinie

Einerseits wurden durch die Streichung des Art. 8 Abs. 2 lit. c die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovation aus dem „politischen“ Zielekatalog des Art. 8 herausgenommen. Andererseits wurde Art. 8 durch Abs. 5 ergänzt, der beispielhaft Regulierungsgrundsätze aufzählt, die bei der Verwirklichung der in den Abs. 2–4 genannten Ziele von den nationalen Regulierungsbehörden anzuwenden sind. Zum einen sollen die Regulierungsziele dadurch erreicht werden, dass der Wettbewerb zum Nutzen der Verbraucher geschützt und gegebenenfalls der infrastrukturbasierte Wettbewerb gefördert werden soll (Abs. 5 lit. c). Zum anderen sollen die nationalen Regulierungsbehörden „effiziente Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen auch dadurch fördern, dass sie dafür sorgen, dass bei jeglicher Zugangsverpflichtung dem Risiko der investierenden Unternehmen gebührend Rechnung getragen wird, und dass sie verschiedene Kooperationsvereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangsbewerbern zulassen, während sie gleichzeitig gewährleisten, dass der Wettbewerb auf dem Markt und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt werden“ (Abs. 5 lit. d). Die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen wird somit aus dem Katalog der „politischen“ Regulierungsziele in den rechtsoperativen Bereich der Regulierungsgrundsätze überführt. Diese rechtsverbindlichen Präzisierungen müssen nun durch neue Umsetzungsregelungen verbindlich im nationalen Recht kodifiziert werden, um effiziente Infrastrukturinvestitionen und Innovationen verfahrensrechtlich aktiv zu fördern und zwar im Rahmen der regulatorischen Verfahrensmechanik der Verzahnung von Marktdefinition, Marktanalyse und gegebenenfalls der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen mit entsprechenden entgeltregulatorischen Entscheidungen. Diese Hochzonung von vormals bloßen „politischen Zielen“ (Art. 8 Abs. 2 lit. c) auf die Ebene „regulatorischer Grundsätze“ (Art. 8 Abs. 5 lit. d) mit dem verfahrensrechtlichen Imperativ „die nationalen Regulierungsbehörden wenden [...] an“ verpflichtet die Mitgliedstaaten zur gesetzlichen Einrichtung einer entsprechenden praktisch wirksamen Regulierungsverfahrensmechanik.

a) Konkrete Umsetzungsverpflichtung aus Art. 8 Abs. 5 lit. d Rahmenrichtlinie

Die Ziele und Grundsätze des Art. 8 Rahmenrichtlinie spielen aufgrund einer komplexen Verweiskette eine ent-

scheidende Rolle im Rahmen der Auferlegung sektorspezifischer Vorabverpflichtungen nach der Zugangsrichtlinie und sind gerade in diesem systematischen Zusammenhang vom nationalen Gesetzgeber zu verwirklichen. So sind die in Art. 9–13a der Zugangsrichtlinie beschriebenen Verpflichtungen durchgängig dadurch beschränkt, dass sie nur „gemäß Art. 8“ der Zugangsrichtlinie auferlegt werden können. Der konkrete Inhalt der Umsetzungsverpflichtung aus Art. 8 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie erschließt sich nur unter Einbeziehung der dort genannten Art. 9–13a der Zugangsrichtlinie. Durch Rückverweise in diesen Artikeln werden auch die weiteren Absätze von Art. 8 der Zugangsrichtlinie Inhalt der Umsetzungsverpflichtung selbst und bleiben nicht lediglich ergänzende Anforderungen an den nationalen Gesetzgeber oder die nationale Regulierungsbehörde.⁴³ So müssen unter Einbeziehung von Art. 8 Abs. 2–4 der Zugangsrichtlinie die Mitgliedstaaten auch sicherstellen, dass die nationale Regulierungsbehörde Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht der Art des aufgetretenen Problems entsprechende, im Hinblick auf die Ziele von Art. 8 der Rahmenrichtlinie angemessene und gerechtfertigte sektorspezifische Vorabverpflichtungen im erforderlichen Umfang auferlegt.

So ergibt sich im Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 5 lit. d der neuen Rahmenrichtlinie die folgende Umsetzungsverpflichtung: Die Mitgliedstaaten haben aufgrund von Art. 8 Abs. 1 und 4 Zugangsrichtlinie, Art. 8 Abs. 1 und 5 lit. d i.V.m. Art. 8 Abs. 2–4 Rahmenrichtlinie dafür zu sorgen, dass die von den nationalen Regulierungsbehörden auferlegten Verpflichtungen nach Art. 9–13a Zugangsrichtlinie im Hinblick auf die Regulierungsziele des Art. 8 Abs. 2–4 Rahmenrichtlinie angemessen und gerechtfertigt sind und die nationalen Regulierungsbehörden „bei jeglicher Zugangsverpflichtung dem Risiko der investierenden Unternehmen gebührend Rechnung“⁴⁴ tragen und „verschiedene Vereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangsbewerbern zulassen.“

Den betroffenen Unternehmen wird hiermit kraft Art. 8 Abs. 5 lit. d Rahmenrichtlinie ein subjektives Recht auf ein dem Investitionsrisiko eigens gerecht werdendes Prüf- und Entscheidungsverfahren über die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen unter Beachtung der Regulierungsgrundsätze eingeräumt.⁴⁵ Der deutsche Gesetzgeber muss also konkret dafür Sorge tragen, dass die *BNetzA* dazu ermächtigt wird und in der Lage ist, diese operativ anzuwendenden Regulierungsgrundsätze im multipolaren Spannungsfeld zwischen dem rechtlich geschützten Interesse des Investors und dem ebenso rechtlich geschützten Interesse des Zugangspetenten zu verwirklichen und zwar unter Entfaltung eines effektiven Rechtsschutzes nach Art. 4 Abs. 1 Rahmenrichtlinie. Dies erfordert vom Umsetzungsgesetzgeber, dass er entsprechende Regelungen gerade an den Schnittstellen zwischen den verzahnten Verfahrensmechanismen der Marktanalyse und der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen sowie der Entgeltregulierung trifft. Eine solche von den Richtlinien gebotene Umsetzung kann, wie oben dargestellt, nur im Rahmen eines Ge-

⁴³ Koenig/Loetz/Neumann, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes – Eine Untersuchung zu den Umsetzungsspielräumen des EG-Richtlinienpakets auf dem Gebiet der Telekommunikation und ihrer verfassungsrechtlichen Begrenzung sowie zur Optimierung der Verwaltungs- und Rechtsbehelfsverfahren, 2003, S. 17 f.

⁴⁴ Im Original nicht kursiv.

⁴⁵ Ebenfalls zu den subjektiven Rechten gem. Art. 8 Rahmenrichtlinie: Mayen in Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 30 Rz. 50.

Umsetzung unionsrechtlich kodifizierter Investitionsanreize nach dem TK-Review

setzes erfolgen und muss sich zudem in das Gefüge des unionsrechtlich kodifizierten Regulierungsrahmens einfügen.

b) Ansatzpunkt für die Richtlinienumsetzung: § 30 Abs. 1 TKG

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die in § 30 Abs. 1 TKG normierte Konnexität zwischen den Zugangsverpflichtungen marktmächtiger Unternehmen und der – in der Regel *ex-ante* erfolgenden – Entgeltregulierung aufrechterhalten werden kann. Die Regelungssystematik des § 30 TKG wurde aufgrund einer Änderung des Abs. 3 im Jahre 2007⁴⁶ in Reaktion auf ein eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren⁴⁷ noch unübersichtlicher als zuvor.⁴⁸ Nach dieser Regelungssystematik wird gem. Abs. 1 Satz 1 regelmäßig eine nach § 21 TKG auferlegte Zugangsverpflichtung mit einer *Ex-ante*-Entgeltregulierung verknüpft. Dem Netzbetreiber wird die Entgeltgenehmigungspflicht grundsätzlich zusammen mit der Zugangsverpflichtung auferlegt.⁴⁹ Die Regelentscheidung über die Genehmigungspflicht für Entgelte wird kraft Gesetzes an die Zugangsverpflichtung gekoppelt und grundsätzlich nicht von der *BNetzA* getroffen. Ausnahmen von dieser Regel ergeben sich zwar aus § 30 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 2, die jedoch nur unter einschränkenden Voraussetzungen greifen. Das gänzliche Absehen von einer Preiskontrolle bleibt der *BNetzA* jedoch in jedem Falle verwehrt.⁵⁰

Der Umstand, dass § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG unter dem Vorbehalt der nachfolgenden Absätze steht und somit auch unter dem des Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 2, eröffnet der *BNetzA* zwar einen Ermessensspielraum,⁵¹ allerdings wird dieser den neuen unionsrechtlichen Anforderung aufgrund der gesetzlichen Konditionierung im deutschen Recht nicht gerecht. Die gesetzliche Regelverpflichtung des § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG, bei jeder Zugangsverpflichtung auch ein *Ex-ante*-Entgeltgenehmigungsverfahren durchzuführen und den KeL-Maßstab nach § 31 TKG anzuwenden, verstellt der *BNetzA* gerade die Möglichkeit, bei „jeglicher“ von ihr auferlegten Zugangsverpflichtung das Investitionsrisiko des investierenden Unternehmens in neue und bessere Infrastrukturen i.S.d. Art. 8 Abs. 5 lit. d Rahmenrichtlinie zu berücksichtigen, da unter Umständen eine *Ex-ante*-Entgeltregulierung nicht angemessen oder gerechtfertigt ist. Ob in Folge der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung auch eine Entgeltregulierung im Hinblick auf die Ziele des Art. 8 Abs. 2–4 Rahmenrichtlinie gerechtfertigt oder angemessen ist, muss unter Anwendung der in Art. 8 Abs. 5 der neuen Rahmenrichtlinie genannten Regulierungsgrundsätze von der Regulierungsbehörde konkret individuell ermittelt werden.

Im Grunde teilt auch das BVerwG diese Auffassung, welches über eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des § 30 Abs. 1 TKG zu dem Ergebnis kommt, dass die *BNetzA* stets „über das Ob und das Wie der Entgeltregu-

lierung zu entscheiden hat.“⁵² Auch die *BNetzA* ist der Ansicht des BVerwG und erwägt zudem, von jedweder Entgeltkontrolle in Einzelfällen abzusehen.⁵³ Allerdings steht die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolldichte durch die Einräumung eines sog. Regulierungsermessens in Konflikt mit Art. 4 Abs. 1 Rahmenrichtlinie, weshalb dem Regulierungsermessens der *BNetzA* zumindest ein klares gesetzliches Programm auf mitgliedstaatlicher Ebene zugrunde liegen muss. Die Umsetzungsverpflichtung kann vor dem Hintergrund der TA-Luft Rechtsprechung nur mit einer solchen verbindlichen gesetzlichen Regelung erfüllt werden. Eine gerichtlich anerkannte Verwaltungspraxis kann diesen Ansprüchen nicht genügen.

Gleichzeitig führt die Koppelung der Entgeltregulierung an die Zugangsregulierung dazu, dass die Investitionsentscheidungen in Netze der nächsten Generation maßgeblich negativ beeinflusst werden können. Die Komplexität und der Aufwand eines Entgeltgenehmigungsverfahrens kann eine abschreckende Wirkung auf die Investitionsentscheidung in neue Breitbandnetze haben. Dysfunktionale Negativanreize, von einer Investition abzusehen, können aus der Unvorhersehbarkeit resultieren, welches Entgelt am Ende des Verfahrens von der *BNetzA* genehmigt wird. Im Grunde werden die *returns of investment* von der *BNetzA* durch die Festlegung des Entgelts bestimmt, was die ohnehin schon gegebene Ungewissheit bezüglich der zukünftigen Nachfrage neuartiger Produkte und Leistungen in ihrer dysfunktionalen Anreizwirkung verstärken kann. Damit entfaltet die Konnexität der Vorschrift des § 30 Abs. 1 TKG dysfunktionale Effekte, die dazu führen können, dass eine Zugangsverpflichtung im Hinblick auf die Regulierungsziele nicht mehr angemessen und gerechtfertigt ist. Hier können die in Art. 8 Abs. 5 lit. d der neuen Rahmenrichtlinie in Bezug genommenen Zugangsmodelle der Risikoteilung ansetzen. Diese auf die spezifischen Investitionsrisiken ausgerichtete Grundsatzregelung mahnt einen ebenso spezifischen Erforderlichkeitstest für die Zugangsregulierung – und die jeweils mitzudenkenden entgeltregulatorischen Folgen – an. Damit verbietet Art. 8 Abs. 5 lit. d der neuen Rahmenrichtlinie schon auf der vorgelagerten Ebene der Auferlegung von „jeglichen Zugangsverpflichtungen“ eine verbindliche Konnexität nach dem Muster des geltenden § 30 Abs. 1 TKG.

2. Unionsrechtlich induzierte Anpassung des § 31 Abs. 4 TKG

Weiterhin ergibt sich aus der Änderung des Art. 13 Abs. 1 Satz 2 Zugangsrichtlinie eine Umsetzungsverpflichtung, die Auswirkungen auf § 31 Abs. 4 Nr. 3 TKG hat.⁵⁴ Mit der Neufassung sollen Betreiber zu Investitionen in neue Hochgeschwindigkeitsnetze angeregt werden, indem im Rahmen der Berechnung des Zugangsentgelts dem spezifischen Risiko, das mit einem bestimmten neuen Netzprojekt zusammenhängt, eigens durch einen Risikoaufschlag bzw. eine Risikoprämie Rechnung getragen wird. Wenn („gegebenenfalls“) ein solches zusätzliches Risiko – welches bei Investitionen in neuartige Zugangsnetze aufgrund der ungewissen zukünftigen Nachfrage immer gegeben ist – besteht, ist dieses zwingend in der Entgeltkalkulation zu berücksichtigen.

46 BT-Drucks. 16/2581, 35.

47 Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2004/2221.

48 Vgl. *Mayen* in Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 30 Rz. 5.

49 Vgl. *Thomaschkil/Neumann* in Berliner Kommentar zum TKG, 2. Aufl. 2009, § 21 Rz. 2.

50 Vgl. *Mayen* in Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 30 Rz. 39 ff.

51 Der Gesetzgeber beabsichtigte mit den genannten Regelungen, dass der Bundesnetzagentur die vom Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Ermessensspielräume in vollem Umfang zustehen vgl. *Mayen* in Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 30 Rz. 49.

52 BVerwG, Urt. v. 2.4.2008 – 6 C 15.07 – Rz. 63; Urt. v. 28.1.2009 – 6 C 39.07, CR 2009, 366 – Rz. 63; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 29.10.2008 – 6 C 38.07, CR 2009, 298 – Rz. 58 f.

53 Beschluss der *BNetzA*, BK 3d-08/023, abrufbar unter: www.bundesnetzagentur.de/media/archiv/16004.pdf, S. 37 ff.

54 A.A. *Kühling/Heimeshoff/Schall*, K&R Beihemer 1/2010, S. 13.

Telekommunikationsrecht

Dem wird § 31 Abs. 4 Nr. 3 TKG jedoch nicht gerecht. Zwar sind die in Abs. 4 genannten Prüfkriterien zur Festlegung einer „angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals“ zwingender Natur, allerdings müssen gem. Nr. 3 die leistungsspezifischen Risiken nicht zwingend berücksichtigt werden („können“).⁵⁵ Von der Möglichkeit, leistungsbezogene Risiken bei der Berechnung des Entgelts zu würdigen, hat die BNetzA bisher aufgrund von Praktikabilitätsgründen, die mit der Ermittlung leistungsspezifischer Risikofaktoren zusammenhängen, abgesehen.⁵⁶ Dieser Praxis steht aber Art. 13 Abs. 1 Satz 2 der neuen Zugangsrichtlinie entgegen, nach dem die (leistungs-)spezifischen Zusatzrisiken neuer Netzprojekte, in die investiert wird, zwingend im Rahmen der Entgeltregulierung zu berücksichtigen sind (*additional risk approach*).

Wenn es in der Praxis nicht gelingen sollte, die leistungsspezifischen Risikofaktoren neuartiger Infrastrukturprojekte zu ermitteln und abzubilden, muss von einer *Ex-ante*-Regulierung dieser Zugangsleistungen Abstand genommen und die Überprüfung der Entgelte auf die *Ex-post*-Kontrolle beschränkt werden. Eine Regulierungspraxis, in deren Rahmen Entgelte ohne eine das Zusatzrisiko eigens abbildende Kompensationskomponente festgesetzt werden, ist mit den Anforderungen des Art. 13 Abs. 1 Satz 2 der neuen Zugangsrichtlinie nicht vereinbar und würde das dort normierte Ziel der Anregung von Investitionen in Netze der nächsten Generation konterkarieren.

3. Verlängerung der Regulierungsperioden?

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass eine Verlängerung der Fristvorgaben für Entgeltgenehmigungen auf maximal fünf Jahre in Bezug auf neue Hochgeschwindigkeitsnetze wenig zu einer Erhöhung der Planungssicherheit beitragen kann.⁵⁷ Zwar findet sich keine expli-

zite Befristung für Entgeltgenehmigungen im Richtlinientext, weshalb eine Verlängerung rechtlich zulässig wäre. Allerdings hat gem. Art. 16 Abs. 6 lit. a der neuen Rahmenrichtlinie eine Überprüfung der Marktanalyse sowie der Maßnahmenentwürfe regelmäßig alle drei Jahre – und in Ausnahmefällen nach maximal sechs Jahren – zu erfolgen. Da die einzelnen Schritte des Marktregulierungsverfahrens (Marktdefinition, Marktanalyse, ggf. Auferlegung von Zugangsverpflichtungen und Entgeltgenehmigung) aufgrund ihrer engen Verzahnung im Rahmen der telekommunikationsrechtlichen Verfahrensmechanik eine regulatorische Kaskadeneinheit bilden, ist ein Gleichlauf der einzelnen Fristen sinnvoll. Die Regulierungskaskade bis zur Entgeltgenehmigung und die Bezogenheit einer Entgeltgenehmigung auf die davor liegenden Regulierungsschritte erfordert im Falle unterschiedlicher Fristenregelungen die gesetzliche Normierung der Möglichkeit, vorzeitige Entgeltanpassungen vorzunehmen, falls dies aufgrund der Ergebnisse der Marktdefinition und -analyse erforderlich ist. Eine eventuelle Erhöhung der Planungssicherheit durch die Fristverlängerung der Entgeltgenehmigungen würde durch die notwendige Einführung eines entsprechenden Widerrufs- oder Änderungsvorbehalts zunichte gemacht.⁵⁸

IV. Fazit

Im Lichte des § 9a TKG-Urteils und der TA-Luft Rechtsprechung des EuGH sind die neuen unionsrechtlichen Richtlinienvorgaben zur Schaffung von Anreizen für Investitionen in neue und bessere Infrastrukturen im operativen Teil des Richtlinienpakets in das außenrechtsverbindliche Marktregulierungsverfahren nach dem TKG zu integrieren. Die neuen Richtlinienvorgaben des Art. 8 Abs. 5 lit. d der Rahmenrichtlinie sowie der Art. 12 und 13 Abs. 1 Satz 2 der Zugangsrichtlinie müssen – nach dem in dieser Abhandlung dargelegten legislativen Mindestmuster – umgesetzt werden.

⁵⁵ Hölscher/Lünenbürger in Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 31 Rz. 38 ff.; Insofern besetzt schon de lege lata ein Umsetzungsdefizit.

⁵⁶ Hölscher/Lünenbürger in Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 31 Rz. 42; Groebel in Berliner Kommentar zum TKG, 2. Aufl. 2009, § 31 Rz. 72.

⁵⁷ A.A. Kirchner, „Beseitigung regulatorischer und wettbewerbsrecht-

licher Hindernisse für den Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum“, S. 8, 14 f., abrufbar unter: www.dstg.de/homepage/artikel/schwerpunkte/mehr_breitband_fuer_deutschland/materialien/beseitigung_regulatorischer_und_wettbewerbsrechtlicher_hindernisse_fuer_den_ausbau_der_breitbandinfrastruktur_im_laendlichen_raum_pdf_dokument/kirchner_gutachten.pdf, (31.3.2010).

⁵⁸ Zutreffend Kühling/Heimeshoff/Schall, K&R Beihefter 1/2010, S. 7 ff.