

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

2/2021

S. 65–128

18. Jahrgang

Herausgegeben von

Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Peter Franke
Andrees Gentzsch
Martin Henke
Jochen Homann
Alexander Kirschall
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Jochen Mohr
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker
Christian Seyfert

Geschäftsführender
Herausgeber
Christian Koenig

Schriftleitung
Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- | | |
|---|-----|
| ■ <i>Hubert Aiwanger</i>
Die Rolle der Bundesländer als Träger
der Energiewende vor Ort bei der Verbindung
von Klimaschutz und wirtschaftlichem Wachstum | 65 |
| ■ <i>Bernhard Kreße</i>
Kohleausstieg und Ausgleichszahlung | 66 |
| ■ <i>Kristina Schreiber</i>
Das Energiewirtschaftsrecht im Jahr 2020 | 77 |
| ■ <i>Frank P. Maier-Rigaud/Ulrich Schwalbe/
Claudia L. Beckmann</i>
Erheblichkeitszuschläge: Fremdkörper
in der Regulierungspraxis? | 87 |
| ■ <i>Bastian Reuße/Till Karrer</i>
Die Auswirkungen der TKG-Novelle
auf Ansprüche und Pflichten nach dem DigiNetzG | 90 |
| ■ <i>Georg Speck</i>
Darf die Straßenbahn den Regional-
verkehr bedienen? | 95 |
| ■ <i>Erik Staebe</i>
Zur Weiterentwicklung des Eisenbahn-
regulierungsrechts | 104 |
| ■ <i>Lorenz Wachinger</i>
Never-ending story? Der Streit um die „Altentgelte“
geht in die nächste Runde | 110 |

fördern. Der Bundesrat hat am 11. November 2020 zum Gesetzentwurf Stellung genommen und die Entscheidung der Bundesregierung begrüßt, dass der Übertragungsnetzausbau konsequent und umfassend entsprechend dem bestätigten Netzentwicklungsplan umgesetzt wird.¹⁶¹ Der Bundestag hat das Gesetz im Januar 2021 angenommen.¹⁶²

4. Änderung des BEHG

Das Ende 2019 verkündete BEHG ist kurz vor Start der konkreten Bepreisungen zum 1. Januar 2021 geändert worden: Durch das Erste Gesetz zur Änderung des BEHG vom 3. November 2020 sind u. a. die Zertifikatspreise kurz vor der ersten Anwendbarkeit deutlich erhöht und die Bundesregierung bereits vor dem 1. Januar 2022 zum Ergreifen von Maßnahmen zur Vermeidung einer Kohlenstoffleckage (sog. „Carbon Leakage“) ermächtigt worden.¹⁶³ Im Zuge der neuen Form und Höhe der Bepreisung sind die Erdgaspreise und darauf beruhende Preise, etwa der Wärmelieferung, in etlichen Fällen seit dem 1. Januar 2021 angehoben worden.

XI. Anstehende Entwicklungen im Jahr 2021

Das Energiewirtschaftsrecht im laufenden Jahr 2021 wird erneut maßgeblich von den Herausforderungen der Energiewende und der Reduktion von Treibhausgasemissionen

bestimmt sein. In ihrem Arbeitsprogramm für das Jahr 2021 setzt denn auch die Europäische Kommission weiterhin die Überarbeitung der einschlägigen Klima- und Energievorschriften an oberste Stelle, um insbesondere die avisierten Ziele zur Reduktion der Emissionen zu erreichen.¹⁶⁴ Dies umfasst etwa auch die Absicht, einen Kohlendioxid- bzw. CO₂-Ausgleichsmechanismus vorzuschlagen, „der ausländische Hersteller und EU-Importeure zur Verringerung ihrer CO₂-Emissionen veranlassen und dabei für gleiche Wettbewerbsbedingungen sorgen soll, die einen mit den Bestimmungen der WTO kompatiblen Handel gewährleisten“.¹⁶⁵

Hinzu kommt mit erheblicher Bedeutung für die nationalen Regulierungsstrukturen die anstehende Entscheidung des EuGH zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden im System der deutschen normierenden Regulierung, die – je nach Inhalt – grundlegende Umgestaltungen der etablierten normierenden Regulierung erfordern könnte.

161 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/24236, 1, 18 (elektronische Vorabfassung).

162 Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages, BR-Drs. 85/21.

163 Gesetz v. 3.11.2020, BGBl. I 2020, 2291.

164 Kommission, Mitteilung „Arbeitsprogramm der Kommission für 2021“, COM (2020) 690 final, S. 3 ff.

165 Kommission (Fn. 164), COM (2020) 690 final, S. 4.

Prof. Dr. Frank P. Maier-Rigaud, Prof. Dr. Ulrich Schwalbe und Claudia L. Beckmann*

Erheblichkeitszuschläge: Fremdkörper in der Regulierungspraxis?

In der sektorspezifischen Preisregulierung des Telekommunikations- und Postsektors nutzt die Bundesnetzagentur die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) und schlägt auf diese einen Erheblichkeitszuschlag auf. Der Erheblichkeitszuschlag stammt aus der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht, stellt in der Regulierungspraxis aber einen Fremdkörper dar. Ziel der Preisregulierung ist die Setzung wettbewerbsanaloger Preise, also der geringsten Preise, die langfristig gerade noch kostendeckend sind. Dieses Ziel wird durch die Gewährung von Erheblichkeitszuschlägen verfehlt.

I. Einleitung

Die Regulierung von Zugangspreisen zu wesentlichen Infrastruktureinrichtungen wie z. B. im Fall des Zugangs zum Eisenbahnnetz der Deutschen Bahn oder zum Ebene-2- bzw. „Layer 2“-VDSL-Bitstrom der Telekom Deutschland GmbH hat den Zweck, durch entsprechende Entgelte funktionierenden Wettbewerb nachzubilden und so weit möglich sowohl die statische als auch die dynamische Effizienz in einem Markt zu realisieren. Bei der Festlegung dieser Preise orientieren sich Regulierungsbehörden häufig an den Kosten, die zur Herstellung eines Produktes oder zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind. Die Europäische Kommission führt im Rahmen ihrer Nichtdiskriminierungsempfehlung 2013/466/EU zur geeigneten Kostenrechnungsmethode wie folgt aus:

„Eine Kostenrechnungsmethode ist geeignet, die Ziele des Rechtsrahmens zu erfüllen, wenn sie zu Zugangsentgelten führt, die so weit wie möglich die Entgelte

replizieren, die auf einem Markt zu erwarten sind, auf dem echter Wettbewerb herrscht.“¹

In der sektorspezifischen Regulierung des Telekommunikations- und Postsektors nutzt die Bundesnetzagentur bei der Festlegung dieser Zugangspreise den Ansatz der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL).² Auf die mit dieser Methode ermittelten Entgelte wird den regulierten Unternehmen jedoch in manchen Fällen ein Erheblichkeitszuschlag von bis zu 15% gewährt.³ Dieser Zuschlag wird von der Bundesnetzagentur folgendermaßen begründet:

„Mit der Beaufschlagung um einen Erheblichkeitsfaktor wird dem Umstand Rechnung getragen, dass nicht bereits jede Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises einen Missbrauch darstellt. Wegen des mit dem Missbrauchsvorwurf verbundenen Unwerturteils sind Entgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber einem solchen hypothetischen Preis erst dann missbräuchlich überhöht, wenn sie diese erheblich

* Dieser Beitrag geht auf ein Gutachten von ABC economics zurück, siehe *Maier-Rigaud/Schwalbe/Beckmann*, Ökonomische Einschätzung zu neuen Entgelten für Layer 2 VDSL Anschlüsse – Kurzugutachten für den Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V. (VATM), 2020. Das Kurzugutachten ist abrufbar unter <https://www.abcecon.com/files/PDF-upload/2020/2020.11.11%20ABC%20economics%20Kurzugutachten.pdf> (zuletzt abgerufen am 16.2.2021). Für Hinweise zu einer früheren Fassung danken die Verfasser Dr. Philipp Heller, Tilman Poser und Dr. Laura Robles.

1 Erwägungsgrund 25 S. 1 der Nichtdiskriminierungsempfehlung 2013/466/EU.

2 Vgl. § 32 TKG und § 21 Abs. 1 Nr. 1 PostG.

3 Vgl. Bundesnetzagentur, Beschl. v. 8.3.2018 – Az. BK 3c-17/039, S. 118.

überschreiten, wobei der Missbrauchszuschlag (der abzugrenzen ist vom Sicherheitszuschlag) je nach den Marktgegebenheiten unterschiedlich sein kann.“⁴

Im Folgenden wird gezeigt, dass der Erheblichkeitszuschlag im Kontext der Preisregulierung ein Fremdkörper ist und ihren Zielen widerspricht. Ziel der Preisregulierung ist es nicht, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch einen Preishöhenmissbrauch zu verhindern, sondern wettbewerbsanaloge Preise sicherzustellen. Erheblichkeitszuschläge können zu erheblichen gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrtsverlusten führen – insbesondere wenn sie in der bisher üblichen Größenordnung gewährt werden.

II. Erheblichkeitszuschläge stehen im Widerspruch zu den Zielen der Preisregulierung

Erheblichkeitszuschläge können im Kontext regulierter Entgelte (und Preise) aus ökonomischer Sicht in der Regel nicht gerechtfertigt werden, unabhängig davon, ob es sich bei der Regulierung um eine Ex-ante-Genehmigungspflicht oder eine Ex-post-Kontrolle handelt. Ursprünglich stammt das Konzept des Erheblichkeitszuschlags aus dem Bereich des Ex-post-Preishöhenmissbrauchs eines marktbeherrschenden Unternehmens im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht.⁵ Ein Erheblichkeitszuschlag bei einem Kostenansatz in der Missbrauchsaufsicht wird damit begründet, dass „im Einzelfall ein niedrigerer Preis ermittelt werden [können] als mit der Vergleichsmarktbetrachtung, wenn auf allen in Frage kommenden Vergleichsmärkten – wie hier – Monopolsituationen herrschen“.⁶ Ein von einem marktbeherrschenden Unternehmen geforderter Preis kann daher schon als missbräuchlich gewertet werden, wenn er höher ist als der Preis, der mithilfe einer Kostenberechnung berechnet wird, zuzüglich des Erheblichkeitszuschlags. Bei der Missbrauchskontrolle geht es somit darum, den Preis zu ermitteln, der gerade noch akzeptabel und daher aus einer vorsichtigen Warte heraus nicht als missbräuchlich einzustufen ist, wenn ein Vergleichsmarktansatz nicht durchgeführt werden kann bzw. nicht zielführend wäre. Ein solcher Zuschlag, auch im Rahmen eines Vergleichsmarktansatzes, ergibt im Wettbewerbsrecht nicht nur deshalb Sinn, weil die Wettbewerbsbehörde kein spezialisierter Preisregulierer ist, sondern auch, weil es sich typischerweise nicht um Unternehmen handelt, die unter eine Regulierung fallen.

In der Preisregulierung kann zwar auch eine Vergleichsmarktanalyse durchgeführt werden, allerdings ist dieses nach § 35 Abs. 1 TKG zusätzliche Instrument für sich genommen nach § 35 Abs. 1 S. 2 TKG nur dann ein probates Mittel, wenn die Kosteninformationen für eine Prüfung nicht ausreichen.⁷ Im Rahmen des Ansatzes der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung wird daher in der Regel keine Vergleichsmarktanalyse zur Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises verwendet. Reichen der Bundesnetzagentur die Kosteninformationen aus, gibt es jedoch keinen Grund, weitere Zuschläge zu gewähren, die über die in die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bereits eingeflossenen relevanten Kosten, einschließlich der dort ebenfalls berücksichtigten angemessenen Kapitalrendite, hinausgehen. Letztlich hätte eine Preisregulierung, die solche Erheblichkeitszuschläge gewährt, zumindest in den Fällen, in denen ein solcher Zuschlag in einer Höhe gewährt wird, bei der eine Intervention seitens der Wettbewerbsbehörde ebenfalls erfolgen würde, kaum eine Daseinsberechtigung. Gestattet der Regulierer dem Unternehmen, Preise zu setzen, die wettbewerbsrechtlich gerade noch zulässig sind, dann könnte man im Grunde letztlich auf die Preisregulierung verzichten und stattdessen

allein auf die Ex-post-Missbrauchsaufsicht setzen.⁸ Insbesondere die Begründung für einen Erheblichkeitszuschlag bei einer Kostenschätzung in der Missbrauchskontrolle – dieser Ansatz ermittle im Einzelfall evtl. niedrigere Preise als eine Vergleichsmarktbetrachtung – kann nicht auf die Preisregulierung übertragen werden. Denn Ziel der Preisregulierung ist es gerade, wettbewerbsanaloge Preise zu finden, d.h. die Preise, die langfristig gerade noch kostendeckend sind.⁹

Beispielsweise sollten im Rahmen einer Ex-ante-Entgeltregulierung des Zugangs zum „Layer 2“-VDSL-Bitstrom die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung durch die Bundesnetzagentur, also einen spezialisierten Regulierer, im Detail berechnet werden.¹⁰ Diese Kosten enthalten eine „angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals“ (§ 32 Abs. 1 TKG) und ermöglichen es dem regulierten Unternehmen, eine angemessene Gewinnmarge zu erzielen. Wird anschließend ein willkürlicher und weder theoretisch noch empirisch begründeter Aufschlag hinzugerechnet, dann untergräbt dies die eigentliche Zielsetzung der Preisregulierung, nämlich wettbewerbliche Preise. Wird auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung noch ein Aufschlag gewährt, ähnelt diese Art der Regulierung einer „Mark-up“- bzw. „Cost-plus“-Regulierung. Eine solche Form der Regulierung ist jedoch ungeeignet, da der regulierte Preis über dem wohlfahrtsmaximierenden Niveau liegen wird. Setzt ein Regulierer trotz vorhandener detaillierter Sektor- und Kostenberechnungsexpertise aber Preise, die zumindest theoretisch ohnehin von der Wettbewerbsbehörde im Rahmen der Missbrauchsaufsicht eingefordert würden, dann würde dies die Daseinsberechtigung des Regulierers in Frage stellen.

Laut BGH ist der Erheblichkeitszuschlag in der Missbrauchsaufsicht auch nicht als Sicherheitszuschlag zu verstehen, der mögliche Unsicherheiten hinsichtlich der Marktabgrenzung oder bezüglich etwaiger Vergleichsmärkte auffängt.¹¹ Es ist darauf hinzuweisen, dass der BGH in seinem Beschluss vom 7. Dezember 2010 deutlich gemacht hat, dass ohne Unsicherheiten über die Marktabgrenzung oder den Vergleichsmarkt auch kein Sicherheitszuschlag erhoben werden kann: „Da es sich um die Beurteilung des Verhaltens eines konkreten Unternehmens auf einem bestimmten Markt handelt, ist auch für

4 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 8.3.2018 – Az. BK 3c-17/039, S. 115.

5 Siehe *Maier-Rigaud*, Excessive Prices, OECD Best Practice Roundtables in Competition Policy October 2011, DAF/COMP/WP2(2011)7/REV1, für eine Einführung in die Thematik des Preishöhenmissbrauchs und insbesondere auch die Berührungspunkte zwischen Wettbewerbsrecht und Regulierung, die bei Ausbeutungsmissbräuchen allgemein und insbesondere auch beim Preishöhenmissbrauch oftmals vorliegen. Vgl. auch BGH, N&R 2012, 296, 299 Rn. 25 ff. (Beschl. v. 15.5.2012 – Az. KVR 51/11).

6 BGH, N&R 2012, 296, 299 Rn. 26 (Beschl. v. 15.5.2012 – Az. KVR 51/11).

7 Bis das Kostenmodell vorlag, wurde dies beispielsweise bei der Mobilfunkterminierung so gesehen.

8 Der verbleibende Unterschied wäre lediglich, dass die Regulierung ex ante und das Wettbewerbsrecht ex post ansetzen würde. Für die Verbraucher wäre bei gegebener Prüfung durch die Wettbewerbsbehörde eine Ex-post-Intervention allein deshalb besser, weil das marktbeherrschende Unternehmen eine solche Prüfung antizipieren würde und daher eher unter dem kritischen Preisniveau bleiben würde. Entsprechend wären die Preise niedriger, eine Intervention der Behörde unnötig und es gäbe auch keine Ausgaben beim Sektorregulierer. Neben der Frage, ob die Wettbewerbsbehörde tatsächlich interveniert, ist natürlich unklar, wie das marktbeherrschende Unternehmen die Wahrscheinlichkeit einer solchen Ex-post-Prüfung einschätzt.

9 Vgl. dazu *Maier-Rigaud/Schwalbe/Beckmann*, NZKart 2021, 84.

10 Vgl. dazu *Maier-Rigaud/Schwalbe/Beckmann*, Ökonomische Einschätzung zu neuen Entgelten für Layer 2 VDSL Anschlüsse, 2020, sowie dies., NZKart 2021, 84.

11 Vgl. BGH, N&R 2015, 311, 316 Rn. 63 (Beschl. v. 14.7.2015 – Az. KVR 77/13) – *Wasserpreise Calw II*.

einen auf den Unwägbarkeiten bei der Vergleichbarkeit von Märkten oder Unternehmen beruhenden zusätzlichen Sicherheitszuschlag von vornherein kein Raum.“¹² Auch ein Sicherheitszuschlag wäre also in der Preisregulierung aufgrund der Abwesenheit von Unsicherheiten über die Marktabgrenzung oder den Vergleichsmarkt fehl am Platz. Darüber hinaus dürften bei einem spezialisierten Sektorregulierer wie der Bundesnetzagentur aufgrund der Kenntnisse über die Marktgegebenheiten grundsätzlich wesentlich weniger Unsicherheiten bei der Preisfindung vorhanden sein als bei einer Wettbewerbsbehörde, deren Aufgabe typischerweise gerade nicht die Preisregulierung ist.¹³

III. Erheblichkeitszuschläge können die gesamtwirtschaftliche Entwicklung beeinträchtigen

Der Erheblichkeitszuschlag auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung impliziert höhere Kosten für die direkten Abnehmer und letztlich auch höhere Preise und eine verringerte Wohlfahrt bei den Verbrauchern. Neben diesem Preiseffekt sind darüber hinaus noch wohlfahrtsreduzierende Mengeneffekte zu berücksichtigen.¹⁴ Selbst bei einer nur partiellen Weitergabe des Erheblichkeitszuschlags an die Endkunden führt dies zu einer geringeren Nachfrage bei den Endkunden.¹⁵

Im Fall von Telekommunikationsdienstleistungen bewirkt dieser Mengeneffekt insbesondere, dass vor allem Anschlüsse mit geringerer Bandbreite nachgefragt werden, was die Konsumentenwohlfahrt zusätzlich zu den Preiseffekten weiter reduziert. Werden daher weniger ultraschnelle Breitbandanschlüsse nachgefragt, dann hat dies auch Auswirkungen auf die gesamtwirtschaftliche Entwicklung. So zeigt eine aktuelle Studie, dass die Verwendung ultraschneller Breitbandanschlüsse im Vergleich zu herkömmlichen Breitbandanschlüssen eine signifikante positive Auswirkung auf das Bruttoinlandsprodukt hat.¹⁶ In Anbetracht der Schlüsselrolle, die Netze mit sehr hoher Kapazität für die Wirtschaft, z. B. im Kontext der Industrie 4.0 und in der Bildung im Zusammenhang mit der zunehmenden Bedeutung digitaler Kommunikation und Lehre, spielen, können diese Mengeneffekte selbst bei geringer Preiselastizität der Nachfrage zu erheblichen Wohlfahrtseinbußen führen.¹⁷

IV. Die Höhe bisher gewährter Erheblichkeitszuschläge entspricht den durchschnittlichen Preisauflagen von Kartellen

Ein Erheblichkeitszuschlag ist im Kontext der Regulierung von Preisen oder Entgelten daher grundsätzlich problematisch. Entsprechend erübrigt sich eigentlich auch die Diskussion einer eventuellen Höhe. Die Größenordnung in der Vergangenheit gewährter Erheblichkeitszuschläge macht diese Regulierungspraxis aber zusätzlich fragwürdig, so dass diese dennoch kurz dargestellt werden soll. Bisher hat die Rechtsprechung in der Missbrauchsaufsicht die Höhe der Erheblichkeitszuschläge von der wettbewerblichen Situation abhängig gemacht, wobei mit zunehmender Konzentration prozentual geringere Zuschläge gewährt wurden:

„Jedoch kann der Umstand, dass der sachliche Markt von einer natürlichen Monopolsituation geprägt ist, in der Weise zu berücksichtigen sein, dass ein Missbrauch bereits bei einem geringeren Zuschlag bejaht werden kann, als er unter normalen Marktgegebenheiten erforderlich ist“.¹⁸

In Monopolsituationen, also den Konstellationen, die wohl noch am ehesten regulierten Märkten ähneln dürften, hat die Rechtsprechung in der Missbrauchsaufsicht Erheblichkeitszuschläge von 7,5 % oder weniger für angemessen erachtet.¹⁹ In seiner Entscheidung vom 14. Juli 2015 argumentiert der BGH in Bezug auf Märkte, die durch eine Monopolsituation gekennzeichnet sind, wie folgt: „Für die Bemessung entscheidend ist nicht die tatsächliche Spürbarkeit, sondern die rechtliche Erheblichkeit der Preisüberschreitung. Insoweit kann durchaus auch ein Zuschlag in Höhe von 3 % oder weniger ausreichen.“²⁰ Umso weniger ist nachvollziehbar, dass in der Regulierungspraxis Erheblichkeitszuschläge in der Größenordnung von 15 % geboten sein könnten.²¹ Diese Größenordnung ist durchaus mit den in der Literatur ermittelten durchschnittlichen kartellbedingten Preisauflagen vergleichbar.²²

V. Schlussbemerkung

Insgesamt gesehen zeigt sich, dass der aus der Missbrauchsaufsicht stammende Erheblichkeitszuschlag im Kontext der Preisregulierung einen Fremdkörper darstellt. In der Missbrauchsaufsicht stehen zwar ebenfalls marktbeherrschende Firmen im Mittelpunkt, diese sind aber nicht einer systematischen Preisregulierung unterzogen. Entsprechend gehen Wettbewerbsbehörden, gerade bei einem Kostenansatz, mit einer gewissen Vorsicht vor und verlangen eine gewisse Erheblichkeit des Missbrauchs. Ist aber eine Preis- oder Entgeltregulierung grundsätzlich notwendig und steht dem Regulierer im Gegensatz zur Wettbewerbsbehörde detailliertes Fachwissen, insbesondere auch zur Kostenstruktur, zur Verfügung, geht es nicht mehr um die Frage, ab wann ein Preis missbräuchlich wird, sondern ab welchem Preis es sich

- 12 Vgl. BGH, N&R 2011, 90, 95 Rn. 61 (Beschl. v. 7.12.2010 – Az. KZR 5/10) – *Entega II*.
- 13 Siehe *Maier-Rigaud* (Fn. 5), DAF/COMP/WP2(2011)7/REV1, Abschnitt 3, für eine Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Rollen von Wettbewerbsbehörden vs. Sektorregulierern.
- 14 Zur Rolle von Preis- und Mengeneffekten siehe *Maier-Rigaud*, *Journal of Competition Law and Economics* 10 (2) (2014), 341.
- 15 Zur Frage der Weitergabe von Auflagen vgl. *Maier-Rigaud/Heller/Hanspach*, WuW 2019, 561; NZKart 2019, 650.
- 16 Vgl. *Briglaue/Gugler*, *Journal of Common Market Studies* 57 (5) (2019), 1071.
- 17 Vgl. die für die Kommission erstattete Studie von *Durand* u. a., *Study on the Passing-On of Overcharges*, 2016.
- 18 Siehe OLG Frankfurt a. M., *openJur* 2012, 32573 Rn. 52 (Urt. v. 26.1.2010 – Az. 11 U 12/07).
- 19 Vgl. u. a. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.3.2004 – Az. VI-Kart 18/03; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 26.1.2010 – Az. 11 U 12/07 (Kart), Rn. 46 (juris); OLG Stuttgart, Beschl. v. 5.9.2013 – Az. 201 Kart 1/12. Das OLG Stuttgart weist u. a. auch deutlich auf den Unterschied zwischen Preisregulierung und Missbrauchsaufsicht hin.
- 20 BGH, N&R 2015, 311, 316 Rn. 64 (Beschl. v. 14.7.2015 – Az. KVR 77/13) – *Wasserpreise Calw II*.
- 21 Siehe Bundesnetzagentur, Beschl. v. 8.3.2018 – Az. BK 3c-17/039, S. 115 ff. In dieser Entscheidung zur Entgeltregulierung für den „Layer 2“-Bitstromzugang diskutiert die Bundesnetzagentur vorhergehende Entscheidungen mit Erheblichkeitszuschlägen zwischen 5–25 % und entscheidet sich mit 15 % für die „Mitte“ dieser Spannbreite. Auf Märkten, die weniger stark konzentriert sind, wären sogar höhere Erheblichkeitszuschläge denkbar. Dass die Zielsetzung der Regulierung nicht die Verhinderung missbräuchlich überhöhter Preise, sondern die Festsetzung wettbewerbsanaloger Preise ist, wird nicht gesehen.
- 22 Vgl. *Maier-Rigaud/Schwalbe*, in: Ashton (Hrsg.), *Competition Damages Actions in the EU – Law and Practice*, 2. A., 2018, S. 401, 411 f.; Oxera, *Quantifying antitrust damages: Towards non-binding guidance for courts*, 2009, S. IX, hat in einer Studie für die Europäische Kommission, basierend auf der umfangreichen, allerdings kontroversen Studie von *Connor/Lande*, in: Collins (Hrsg.), *Issues in Competition Law and Policy*, Bd. 3, 2008, S. 2203, einen durchschnittlichen kartellbedingten Preisauflagen i. H. v. 20 % und einen Medianwert von 18 % festgestellt.

nicht mehr um einen wettbewerbsanalogen Preis handelt. Um durch eine effiziente Regulierung wettbewerbsanaloge Preise sicherzustellen, sollte daher bei der Preisregulierung kein Erheblichkeitszuschlag gewährt werden. Marktbeherrschenden Unternehmen im Rahmen der Preisregulierung Aufschläge auf die langfristigen Inkrementalkosten zu gestatten ist grundsätzlich nicht sinnvoll. Ebenfalls nicht sinnvoll wäre es, den Unterschied zwischen einem wettbewerbsanalogen Preis

und einem gerade nicht mehr missbräuchlichen Preis zu verwischen. Erheblichkeitszuschläge in der Missbrauchsaufsicht dienen einem grundsätzlich anderen Ziel. Fällt der aus der Missbrauchsaufsicht übertragene Erheblichkeitszuschlag dann noch „großzügig“ aus und entspricht in seiner Höhe den durchschnittlichen von illegalen Kartellen verlangten Preisaufschlägen, ist ein solcher Regulierungsansatz nicht mehr nachvollziehbar.

Bastian Reuße und Dr. Till Karrer

Die Auswirkungen der TKG-Novelle auf Ansprüche und Pflichten nach dem DigiNetzG

Am 16. Dezember 2020 hat das Bundeskabinett den Entwurf für das Telekommunikationsmodernisierungsgesetz (TKModG-RegE) zur Umsetzung der am 20. Dezember 2018 in Kraft getretenen Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Kommunikationskodex) beschlossen (BR-Drs. 29/21). Die umfangreichen Änderungen des TKG, die der Entwurf vorsieht, betreffen auch die im Jahr 2016 mit dem Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG) eingeführten Ansprüche und Vorgaben der §§ 77a ff. TKG – sei es beim Infrastrukturatlas, bei der Koordinierung von Bauarbeiten, der Mitverlegung, der Mitnutzung oder beim Streitbeilegungsverfahren. Der Beitrag analysiert und bewertet die beschlossenen Änderungen und gibt einen Ausblick auf die Wirkungen in der Praxis.

I. Einführung

Die Novelle des TKG setzt den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation in nationales Recht um. Das Ziel des Kodex, den Ausbau und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität voranzutreiben, unterstützt die Novelle mit verschiedenen Lösungsansätzen. Bezogen auf die Rechte und Pflichten aus dem DigiNetzG (bislang §§ 77a ff. TKG) liegen die Schwerpunkte der Novelle zum einen in der Verbesserung der Informationen über telekommunikationsrelevante Infrastrukturen. Hierzu soll ein neuer Fünfter Teil „Informationen über Infrastruktur und Netzausbau“ geschaffen werden, in dem sämtliche Informationsrechte gebündelt werden. Neue Zuständigkeitsregelungen und technische Instrumente sollen die Informationsbereitstellung optimieren.¹ Zum anderen sollen die Mitnutzungs-, Koordinierungs- und Mitverlegungsrechte gestärkt werden. Auch hier sieht der Gesetzentwurf die Schaffung eines eigenen Achten Teils des TKG vor, in dem das DigiNetzG-Regime auf Netze mit sehr hoher Kapazität ausgerichtet, in der Systematik z. T. neu geordnet und auf Trägerstrukturen für den 5G-Mobilfunkausbau erweitert werden soll.² Die Entscheidungskompetenz der Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle wird in dem Entwurf ausgeweitet und die Zuständigkeit für die verwaltungsgerichtliche Überprüfung von Beschlusskammerentscheidungen zentralisiert.

II. Die einzelnen Änderungen

Die DigiNetzG-bezogenen Regelungen, die bislang in den §§ 77a bis 77r TKG geregelt sind, sollen künftig zusammen

mit den Wegerechten in einem eigenen Achten Teil des Gesetzes verortet werden, dort im zweiten Abschnitt in den §§ 135 bis 150 TKG-RegE³. Mit der Überführung der Wege- und Mitnutzungsvorschriften in einen eigenen Teil des TKG trägt die Novelle der gestiegenen Bedeutung dieser Regelungen für den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität sowie den rechtlichen Modernisierungen auf Unions- und nationalstaatlicher Ebene Rechnung.⁴ Zugleich werden die bisher vor allem in § 77a TKG enthaltenen Regelungen über Informationen zu telekommunikationsrelevanten Infrastrukturen in einen weiteren neuen Fünften Teil, die §§ 77 bis 85 TKG-RegE, überführt und ausdifferenziert.

Grundlegend für beide Neustrukturierungen sind zunächst aber die vorgesehenen Änderungen der Begriffsbestimmungen in § 3 TKG-RegE.

1. Begriffsbestimmungen

Der Katalog der Begriffsbestimmungen in § 3 TKG soll im Zuge der Novelle umfassend überarbeitet werden. Dies hat auch Auswirkungen auf die DigiNetzG-bezogenen Regelungen des Gesetzes. Ist Gegenstand dieser Regelungen bislang meist das „digitale Hochgeschwindigkeitsnetz“ i. S. v. § 3 Nr. 7a TKG, so wird dieser Begriff nun abgelöst durch das „Netz mit sehr hoher Kapazität“. Dieses bezeichnet nach § 3 Nr. 33 TKG-RegE

„ein Telekommunikationsnetz, das entweder komplett aus Glasfaserkomponenten zumindest bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung besteht oder das zu üblichen Spitzenlastzeiten eine vergleichbare Netzleistung in Bezug auf die verfügbare Downlink- und Uplink-Bandbreite, Ausfallsicherheit, fehlerbezogene Parameter, Latenz und Latenzschwankung bieten kann; die Netzleistung kann als vergleichbar gelten, unabhängig davon, ob der Endnutzer Schwankungen feststellt, die auf die verschiedenen inhärenten Merkmale des Mediums zurückzuführen sind, über das das Netz letztlich mit dem Netzabschlusspunkt verbunden ist“.

1 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 29/21, 230, 233.

2 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 29/21, 230, 234.

3 Die in Art. 1 des TKModG-RegE enthaltenen künftigen Regelungen des TKG werden hier und im Folgenden mit TKG-RegE zitiert.

4 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 29/21, 230, 234.