

Dies wird von Seiten der Völkerrechtslehre dahingehend gedeutet, dass solche Staaten keine mit dem islamischen Recht unvereinbare Verpflichtungen übernehmen möchten.¹³⁷ Art. 19 WVRK benennt als auf den Grundsatz von Treu und Glauben basierende Schranke Kriterien, nach denen ein Vorbehalt als unzulässig gilt.¹³⁸ So ist ein Vorbehalt dann unzulässig, wenn er nach Art. 19 lit. c.) WVRK mit dem Ziel und Zweck des Vertrags unvereinbar ist. Unter Berufung dieser Norm bezeichneten westliche Staaten bereits einige Male die Vorbehalte islamisch geprägter Staaten als unzulässig.

Ist ein gewisses Maß an gemeinsamen Wertevorstellungen nicht gegeben, so gäbe jeder Staat nach der Theorie von der *Heydtes* aus seinem eigenen Wertedenken heraus den Rechtsnormen einen anderen Sinn mit der Folge, dass Staaten untereinander in der Deutung ihres Verhaltens schwer täten.¹³⁹ Die Vertragsparteien wären dann immer noch an den Vertragsinhalt gebunden, den aber jeder Staat anders, und zu seinen Gunsten, interpretieren würde.¹⁴⁰

In dieser fragmentierten Werteordnung würden sich die Wertmaßstäbe der politisch stärkeren Staaten gegen die der weniger starken Staaten durchsetzen.¹⁴¹ Die aktuel-

137 Ebd. Rn. 49.

138 Schütz, Die Ausnahmeklausel der nationalen Verteidigung im Verfahren vor dem Internationalen Gerichtshof: Eine „*exceptio universalis*“, in Schreuer (Hg.), *Autorität und internationale Ordnung*, 1979, S. 189.

139 von der Heydte (Fn. 39), S. 372.

140 Ebd. S. 372.

141 Ebd. S. 372.

le Relevanz von Treu und Glauben hängt vom Bestand seiner Grundlage ab, welche durch zusehende Nationalisierung und Regionalisierung erheblich strapaziert wird. Als vorausschauend erweist sich daher die Übernahme des Grundsatzes in geschriebenes Völkerrecht, sowie dessen Konkretisierung durch das Richterrecht.

V. Fazit

Die historisch gewachsene Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben erklärt seine jetzige Omnipräsenz. Die tiefe Verwurzelung seines Stammes mit dem Grundsatz der Reziprozität, der wörtlich in der deutschen Paarformel von „Treu und Glauben“ verdeutlicht wird, seine reiche und verzweigte Baumkrone an abgeleiteten Grundsätzen und sein Schatten des Vertrauensschutzes machen aus der *bona fides* einen Baum, dessen Schatten auf die gesamte Rechtsordnung fällt. Während die *bona fides* als allgemeiner Rechtsgrundsatz einer eigenständigen Rechtsquelle zugeordnet wird, wurde sie schon früh in geschriebenes Völkerrecht aufgenommen. Art. 2 Abs. 2 UN-Charta kommt aufgrund des generellen Wortlautes eine besondere Rolle zu, da er den Grundsatz in seiner abstrakten Form übernimmt, ohne die Verhaltenspflichten weiter zu konkretisieren. Stelle man die Relevanz der *bona fides* als allgemeiner Rechtsgrundsatz also in Frage, so ist er dem Völkerrecht trotzdem in ähnlich abstrakter Form immanent. Wenn also von § 242 BGB als „königlichem Paragraphen“ die Rede ist, müsste im Völkerrecht Art. 2 Abs. 2 UN-Charta die Krone zugesprochen werden.

Christian Kartheiser*

Risikobeteiligungsmodelle in der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung

Die Themenarbeit erörtert die Verwendung von Risikobeteiligungsmodellen in der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung und Bewertung ihres Innovations- und Missbrauchspotenzials in unterschiedlichen Regelungen der Marktregulierung, insbesondere unter Berücksichtigung des Verhältnisses der Telekommunikationsregulierung zum Kartellrecht.

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Hausarbeit zum Thema Telekommunikationsrecht. Die Hausarbeit wurde gestellt von Jun.-Prof. Dr. Broemel. Die Arbeit wurde mit „gut“ bewertet.

1 Breitbandstrategie der Bundesregierung, S. 5, <http://www.bmwi.de/Dateien/BBA/PDF/breitbandstrategie-der-bundesregierung.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> (31.10.2015).

A. Einleitung

Die im Jahr 2009 entwickelte Breitbandstrategie der Bundesregierung sah vor, bis 2014 75% aller Haushalte mit besonders schnellen Breitbandanschlüssen (Übertragungsraten über 50 Mb/s in Empfangsrichtung) zu versorgen.¹ Um dies zu erreichen wurden im Rahmen TKG-Novelle 2012² unter anderem Vorschriften zu Risikobeteiligungsmodellen in die telekommunikationsrechtliche Marktregulierung an mehreren Stellen eingeführt.³ Unternehmen

2 Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen vom 09.05.2012, BGBl. I S. 958.

3 Ausdrücklich in den §§ 15a II 1, 30 III 3 TKG.

sollten dadurch ermutigt werden, in modernste Netzstrukturen zu investieren und so Innovationen zu erzeugen.⁴ Bis 2018 sollen derartig schnelle Breitbandanschlüsse sogar flächendeckend zur Verfügung stehen.⁵

Ende 2014 hatten allerdings nur 66,4% aller deutschen Haushalte Zugang zu besonders schnellen Breitbandanschlüssen mit Übertragungsraten von mind. 50 Mb/s.⁶ Breitbandanschlüsse mit Übertragungsraten größer als 30 Mb/s, sogenannte Next Generation Access Networks⁷ (nachfolgend: NGA) sind dagegen aktuell in ca. 81% aller deutschen Haushalte verfügbar. Dies stellt gegenüber dem Vorjahr eine Verbesserung um 6% dar. Im europäischen Vergleich steht Deutschland damit, obwohl es über dem EU-Durchschnitt von rund 68% liegt, allerdings nur an zwölfter Stelle.⁸

Das Ziel der Breitbandstrategie für 2014 wurde demnach nicht ganz erreicht, wobei der aktuelle Stand des Ausbaus von NGA in Deutschland insgesamt jedoch positiv zu bewerten ist. Es erscheint daher sinnvoll zu beleuchten, inwieweit Risikobeteiligungsmodelle tatsächlich einen Beitrag zur Investitions- und Innovationsförderung leisten, und inwieweit möglicherweise bestehende positive Effekte durch Missbrauchsgefahren konterkariert werden.

B. Einordnung von Risikobeteiligungsmodellen

Um eine Analyse der Vorschriften des TKG in Bezug auf Innovationschancen und Missbrauchsrisiken im Rahmen von Risikobeteiligungsmodellen durchführen zu können, ist zunächst eine nähere Untersuchung des vielschichtigen Begriffs der Risikobeteiligungsmodelle durchzuführen. Gegenstand dieser Untersuchung sind Definition und Umfang der Modelle, sowie der rechtliche Rahmen, in dem sie ihre Wirkung entfalten.

I. Definition und Umfang

Nach der Legaldefinition in § 15a II 1 TKG sind Risikobeteiligungsmodelle „Vereinbarungen zur Aufteilung des Investitionsrisikos zwischen Investoren untereinander und zwischen Investoren und Zugangsbegehrenden

bei Projekten zur Errichtung von Netzen der nächsten Generation“. Umfasst sind somit grundsätzlich gleichermaßen Risk-Sharing-Modelle und Kooperationen im engeren Sinne⁹, jedoch nur soweit diese im Rahmen von Projekten zur Errichtung von Netzen der nächsten Generation (auch: Next Generation Networks, NGN) vereinbart werden. Daher fokussieren sich alle folgenden Darstellungen nur auf Risk-Sharing-Modelle und Kooperationen, die sich auf die Errichtung von NGN beziehen.

1. Next Generation Networks

Der Gesetzesbegründung des TKG¹⁰ zufolge sind unter dem dynamisch auszulegenden¹¹ Begriff der Next Generation Networks (nachfolgend: NGN) „vor allem auch Zugangsnetze der nächsten Generation“ (NGA) im Sinne der NGA-Empfehlung der Kommission¹² zu verstehen.¹³

Nach dieser sind NGA leitungsgebundene Zugangsnetze¹⁴ zumindest teilweise auf Glasfaserbasis, die über höhere Bandbreiten als herkömmliche Netztechnologien verfügen. Zentrales Merkmal ist (bei NGA und NGN gleichermaßen) die deutlich erhöhte Bandbreite, nicht die zugrundeliegende Technik.¹⁵ Diese Definition gilt grundsätzlich ebenso für NGN, nur mit dem Unterschied, dass der weitere Begriff der NGN nicht auf Zugang beschränkt ist und auch Mobilfunk umfassen kann.¹⁶

2. Risk-Sharing-Modelle

Risk-Sharing-Modelle sind Vereinbarungen, in denen sich ein Unternehmen, um Investitionen in NGN vornehmen zu können, verpflichtet, anderen Unternehmen, die sich am Investitionsrisiko möglichst früh beteiligen, Zugang zur neuen NGN-Infrastruktur zu vergünstigten Bedingungen zu gewähren, sobald sie errichtet ist. Insofern ist zu unterscheiden zwischen dem investierenden Unternehmen (Investor), den am Risiko teilhabenden und nicht teilhabenden Zugangspetenten (Beteiligte und Unbeteiligte). Die Beteiligung am Risiko kann dabei auf verschiedene Weisen erfolgen. Denkbar sind Vereinba-

⁹ Vgl. *Kühling*, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 43: Der Begriff ist abzugrenzen von dem weiteren Begriff der Kooperationsvereinbarungen in § 2 III Nr. 4 TKG.

¹⁰ BT-Drucks. 17/ 5707, 113 f.

¹¹ *Kühling*, Säcker TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 21.

¹² Empfehlung der Kommission über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA-Empfehlung), 2010/572/EU.

¹³ NGA sind demnach ein Unterfall von NGN.

¹⁴ Dazu *Kühling* u. a., Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 95, 99, 115 f.

¹⁵ Gemeinhin wird die höhere Bandbreite von NGN hervorgehoben, siehe *Kirchner*, Beseitigung regulatorischer und wettbewerbsrechtlicher Hindernisse für den Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum, S. 5, http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner_gutachten.pdf (31.10.2015); *Rofsnagel* u. a., Die TKG-Novelle 2012, K&R 2012, 244 (248); die EU Kommission tut dies ebenfalls, unterstellt aber, dass nur Glasfasernetze eine ausreichend hohe Bandbreite ermöglichen, NGA-Empfehlung, 2010/572/EU, Nr. 40.

¹⁶ *Kühling*, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 21.

⁴ Siehe die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/5707, 57, 61.

⁵ Digitale Agenda 2014–2017 der Bundesregierung, S. 4, http://www.digitale-agenda.de/Content/DE/_Anlagen/2014/08/2014-08-20-digitale-agenda.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (31.10.2015).

⁶ TÜV Rheinland im Auftrag des BMVI, Bericht zum Breitbandatlas Ende 2014, Teil 1 S. 4, http://www.zukunft-breitband.de/SharedDocs/DE/Anlage/Digitales/bericht-zum-breitbandatlas-ende-2014-ergebnisse.pdf?__blob=publicationFile (31.10.2015).

⁷ So die Definition der EU Kommission, http://digital-agenda-data.eu/datasets/digital_agenda_scoreboard_key_indicators/indicators (31.10.2015).

⁸ Digital Agenda Scoreboard der EU Kommission, <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/scoreboard/germany#1-connectivity> (31.10.2015).

rungen, in denen sich die Beteiligten verpflichten, eine Vorabzahlung an den Investor zu tätigen (Vorabzahlungsmodelle), ein bestimmtes Kontingent abzunehmen (Kontingentmodelle) oder eine längere Vertragslaufzeit festzulegen (Langzeitverträge).¹⁷

3. Kooperationen

Weiterhin bezieht die Definition auch Kooperationen¹⁸ mit ein. Diese sind als Gegenstück zu den Risk-Sharing-Modellen Vereinbarungen nur zwischen Investoren zur Aufteilung des Investitionsrisikos bei der Errichtung von NGN.¹⁹ Umfasst sind damit beispielsweise Ko-Investitionsmodelle, in denen die Investoren gemeinsames Eigentum an der neu errichteten Infrastruktur erlangen können²⁰, das sogenannte Infrastruktur-Sharing, welches die gemeinschaftliche Nutzung von Netzteilen umfasst²¹ und Gebietsabsprachen, die eine gemeinsame Erschließung bestimmter Ausbaugebiete durch NGN-Infrastruktur vorsehen, wobei die Beteiligten sich gegenseitig vergünstigten Zugang zu den von ihnen aufgebauten NGN-Infrastrukturen gewähren, jedoch unter gleichzeitiger Verpflichtung, jeweiligen anderen Beteiligten in deren Gebieten keine Konkurrenz auf Infrastrukturebene zu machen.²² Zu beachten ist jedoch insoweit, dass derartige Risikobeteiligungsmodelle, anders als Risk-Sharing-Modelle, überwiegend dem allg. Kartellrecht und damit dem Zuständigkeitsbereich des Bundeskartellamts (BKartA) unterfallen. Ihre Zulässigkeit richtet sich nach den §§ 1, 2 GWB, Art. 101 AEUV.²³ Im Rahmen des § 2 GWB sind allerdings insbesondere Zugangs- und Entgeltbedingungen von Kooperationsverträgen von Bedeutung, welche zum Teil der Regulierung durch die Bundesnetzagentur (BNetzA) unterfallen können.²⁴ Eine enge Zusammenarbeit der BNetzA und des BKartA ist insofern bereits unter praktischen²⁵, wie auch unter rechtlichen²⁶ Gesichtspunkten geboten.

4. Risikoprämien

Schließlich ist eine Abgrenzung zwischen Risikobeteiligungsmodellen und Risikoprämien vorzunehmen. Eine Risikoprämie im hiesigen Sinne ist ein gleichmäßiger

¹⁷ Kühling u. a., Künftige Regulierung moderner Breitbandinfrastrukturen, K&R 2010, Beihefter 1, 1 (12); Kirchner, S. 6f., http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner_gutachten.pdf (31.10.2015).

¹⁸ Die folgende Verwendung des Kooperationsbegriff bezeichnet ausschließlich Kooperationen i. e. S.

¹⁹ Kühling, Beck'scher TKG Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 30 Rn. 51; Kirchner, S. 6ff., http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner_gutachten.pdf (31.10.2015).

²⁰ BT-Drucks. 17/5707, 57.

²¹ Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (20).

²² Ebd., (20f.).

²³ Kirchner, S. 8ff.; Heun, Der Referentenentwurf zur TKG-Novelle 2011, CR 2011, 152 (156).

²⁴ Vgl. Kühling, Regulierungskonzepte nach § 15a TKG-E – ein neuer Baustein im Regulierungsverwaltungsrecht?, JZ 2012, 341 (344).

²⁵ Siehe dazu weiter Kühling in: Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 43.

²⁶ So sieht § 123 I TKG eine weitgehende Zusammenarbeit vor.

Entgeltzuschlag „pro Einheit“ für den Zugang zu einem NGN, dessen Höhe das spezifische Risiko des Investors bei Errichtung des NGN widerspiegelt.²⁷ Je höher das Investitionsrisiko, desto höher sind die Entgelte, die ein Investor für den Zugang verlangen kann. Der Unterschied zu Risikobeteiligungsmodellen besteht darin, dass die Aufteilung des Investitionsrisikos zum einen erst nach der Investition und der Errichtung des NGN eintritt, zum anderen wird die Risikoteilung in Form des Entgeltzuschlages den Zugangspetenten einseitig durch den Investor auferlegt.

II. Rechtlicher Rahmen der Risikobeteiligungsmodelle

Auf europäischer Ebene ist der Rechtsrahmen der Risikobeteiligungsmodelle insbesondere durch die Artikel 8 V lit. a, d der Rahmenrichtlinie (RL 2002/21/EG) und 13 I 2 der Zugangsrichtlinie (RL 2002/19/EG) geprägt. Diese Vorschriften wurden im Rahmen der TK-Reviews 2009 aufgrund der Richtlinie „Bessere Regulierung“ (RL 2009/140/EG) durch die Artikel 1 Nr. 8 lit. h und 2 Nr. 9 neu eingefügt.

Diese europarechtlichen Vorgaben wurden im Rahmen der TKG-Novelle 2012 durch das „Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen“ in deutsches Recht umgesetzt. Die neue Regelung des Art. 8 V lit. a RRL schlug sich dabei nieder in den §§ 2 III Nr. 1, 15a II TKG. Art. 8 V lit. d RRL wurde in den §§ 2 III Nr. 4, 21 I 2 Nr. 3, 28 I 3 TKG umgesetzt. Dem Artikel 13 I 2 ZRL wurde durch die §§ 30 III 3, 32 III Nr. 3 TKG entsprochen.

Ergänzt werden die Regelungen des TKG durch die §§ 1, 2 GWB und durch Art. 101 AEUV, welche die allgemeine Zulässigkeit von Kooperationen, die auch explizit nach Art. 8 V lit. d RRL rechtlich ermöglicht werden sollen, betreffen.

C. Innovation und Missbrauch im Zusammenhang mit Risikobeteiligungsmodellen

Im Folgenden sollen verschiedene Arten und Nebenerscheinungen von Risikobeteiligungsmodellen im rechtlichen Gefüge der Marktregulierung bezogen auf deren Innovations- und Missbrauchspotenzial bewertet werden.

I. Allgemeines

Zunächst ist dazu der Innovationsbegriff näher zu erläutern, insbesondere hinsichtlich seines Bezuges zu Investi-

²⁷ Vgl. Kühling in: Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 25.

tionen. Sodann soll erörtert werden, welche spezifischen Investitionsrisiken beim Ausbau von NGN bestehen.

1. Der Innovationsbegriff und sein Verhältnis zu Investitionen

Das TKG verwendet den Innovationsbegriff insb. in den §§ 2 III Nr. 4 und 15a II 1. Dabei erscheint er stets in Verbindung mit dem Investitionsbegriff.²⁸ Zwischen beiden besteht insofern eine enge (systematische) Beziehung. Auch unter praktischen Gesichtspunkten stehen beide Begriffe in einem engen Verhältnis zueinander, da Investitionen fast immer die Voraussetzung von Innovation sind. Insbesondere bei der Errichtung von NGN, auf die beide Begriffe im Rahmen der telekommunikationsrechtlichen Vorschriften bezogen sind, ist die Investition in und der darauffolgende Ausbau der NGN die Voraussetzung für Innovation auf nachgelagerten Dienstmärkten, welche die von den NGN bereitgestellten größeren Bandbreiten benötigen, um angeboten werden zu können.²⁹ Die Innovation ist aber vielfach auch eine typische Folge der Investition in NGN-Infrastruktur³⁰, da Verbraucher für den Anschluss an NGN höhere Entgelte entrichten müssen, was dazu führt, dass sie in Bezug auf die Dienste, die sie über die NGN-Infrastruktur nutzen, auch einen entsprechenden Mehrwert verlangen, was wiederum Diensteanbieter dazu zwingt, innovative Dienste zu entwickeln, die nur oder nur in optimaler Qualität über eine NGN Infrastruktur genutzt werden können.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass die Begriffe Investition und Innovation im Rahmen von NGN zu einem gewissen Grad austauschbar sind, da Investitionen in NGN gleichermaßen Voraussetzung und Faktor für Innovationen sind. Daher sind Investitionsförderungen im Bereich der NGN regelmäßig zugleich innovationsfördernd.

2. Typische Investitionsrisiken hinsichtlich der Errichtung von NGN

Wie bereits erörtert³¹ dienen Risikobeteiligungsmodelle dazu, Investitionsrisiken in Bezug auf den Ausbau von NGN zu teilen und dadurch zu vermindern, was eine Investitionsförderung (und somit regelmäßig auch eine Innovationsförderung) zur Folge hat. Ein Überblick über

die bestehenden Investitionsrisiken ist daher geboten, wobei eine Differenzierung zwischen Risiken regulatorischer und wirtschaftlicher Art vorzunehmen ist.³²

Regulatorische Risiken sind Unsicherheiten, die die Regulierungsentscheidungen der BNetzA oder des BKartA betreffen. Die Gefahr für investierende Unternehmen liegt dabei darin, dass (unerwartete) Regulierungsentscheidungen oder Veränderungen der Regulierungspraxis erhebliche Folgen für getroffene Vereinbarungen beziehungsweise für die Wirtschaftlichkeit einer Investition haben können.³³

Wirtschaftliche Risiken betreffen die Frage, ob die Investition einen angemessenen Wettbewerbsvorteil erzeugt, der das ihm zugrundeliegende (finanzielle) Risiko rechtfertigt. In diesem Zusammenhang besteht vor allem die Gefahr, dass, aufgrund unerwartet geringer Nachfrage für die über die neu errichtete Struktur angebotenen Leistungen, die Investitionskosten sich nicht (vollständig) amortisieren lassen, beziehungsweise nicht profitabel sind.³⁴ Auch kann es aufgrund der dynamischen Entwicklung der Telekommunikationstechnologie sein, dass kurz nach dem Aufbau der NGN-Infrastruktur bereits eine bessere Technologie entwickelt wurde.³⁵

II. Beachtung von NGN-spezifischen Investitionsrisiken, insb. im Rahmen von Risikoprämien

An mehreren Stellen im TKG³⁶ finden spezifische Investitionsrisiken der NGN-Errichtung bei der Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen Beachtung. Durch diese Regulierungsinstrumente und -vorgaben sollen sie weitestgehend verringert werden, damit Investitionen getätigt werden und Innovation stattfinden kann. Von Relevanz sind in diesem Zusammenhang die sogenannten Risikoprämien, die im Rahmen der §§ 30 III 3 und 32 III Nr. 3 TKG als Faktor der angemessenen Verzinsung des Kapitals bei Festlegung der Kosten der effizienten Leistungserbringung nach § 32 I TKG beachtet werden sollen.

Diese Beachtung von Investitionsrisiken, insbesondere im Rahmen von Risikoprämien, steht dabei in engem

²⁸ Auch anderenorts treten die Begriffe der Innovation und Investition meist im Gleichklang auf, so u. a. in der Breitbandstrategie der Bundesregierung, S. 18, <http://www.bmwi.de/Dateien/BBA/PDF/breitbandstrategie-der-bundesregierung.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> (31.10.2015); und in der Digitalen Agenda 2014–2017 der Bundesregierung, S. 9, http://www.digitale-agenda.de/Content/DE/_Anlagen/2014/08/2014-08-20-digitale-agenda.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (31.10.2015).

²⁹ So empfiehlt beispielsweise der Streaming-Anbieter „Netflix“ eine Übertragungsrate von mindestens 25 Mb/s für Ultra-HD-Streaming, siehe: <https://help.netflix.com/de/node/306> (01.11.2015).

³⁰ Ähnlich auch Möschel, Investitionsförderung als Regulierungsziel, MMR 2010, 450 (452).

³¹ S. o. B I 2 und 3, C I 1.

³² Vgl. dazu Bender/Götz, Schnelles Internet und weiße Flecken?, Wirtschaftsdienst 2011, 42 (44).

³³ Die Bedeutung von Regulierungssicherheit bzw. Rechtssicherheit hervorhebend u. a. die Stellungnahme der Deutschen Telekom AG zum Konsultationsentwurf der BNetzA vom 13.05.2009, S. 27 f., http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/NGA_NGN/NGA_Eckpunkte/DTAG220709pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (01.11.2015); NGA-Empfehlung, 2010/572/EU, Nr. 1, sowie Erwägungsgründe 3 und 6.

³⁴ Vgl. Kühling u. a., Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 329.

³⁵ Fetzer, Anforderungen an die künftige Ausgestaltung der Telekommunikationsregulierung, WiVerw 2010, 145 (147).

³⁶ So die §§ 2 III Nr. 4, 21 I 2 Nr. 3, 30 III 3 und 32 III Nr. 3 TKG.

Zusammenhang mit Risikobeteiligungsmodellen und bedarf daher näherer Untersuchung. Der Zusammenhang ergibt sich zunächst in systematischer Hinsicht, da wesentliche Regelungen des TKG, insbesondere die §§ 2 III Nr. 4, 15a II 1, 30 III 3 und Art. 8 V lit. d der RRL, Investitionsrisiken und Risikobeteiligungsmodelle in gleicher Weise und an gleicher Stelle in die Regulierung mit einbeziehen. Weiter besteht der Zusammenhang in tatsächlicher Hinsicht, da Risikoprämien und Risikobeteiligungsmodelle dahingehend dieselbe Zielsetzung haben, dass sie Investitionen in NGN durch Risikoteilung zwischen dem Investor und den Zugangspetenten bewirken sollen, um letztendlich eine Investitionsförderung im Bereich der NGN zu bewirken.

1. Das Verhältnis der Risikobeachtung zu Innovation

Risikoreiche Investitionen werden im Wettbewerb von Unternehmen nur getätigt, wenn sie einen zusätzlichen Gewinn -eine Prämie- aus dem Wettbewerbsvorteil, welcher auf dem Gegenstand der Investition beruht, generieren können, da ansonsten aus wirtschaftlicher Sicht das Eingehen des Risikos nicht gerechtfertigt wäre.³⁷

Solche Risikoprämien, welche für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Sinne der §§ 10, 11 TKG entweder von der Bundesnetzagentur in der Regel Kosten der effizienten Leistungserbringung nach § 32 I, III Nr. 3 TKG unter dem Gesichtspunkt der angemessenen Verzinsung genehmigt werden, oder von den Unternehmen selbst festgelegt und von der Bundesnetzagentur im Rahmen von ex-post-Regulierung nicht untersagt werden, dienen daher im Gegensatz zu Risk-Sharing-Modellen nicht nur dazu, Investitionsrisiken zu teilen, sondern vor allem auch dazu, überhaupt erst einen Anreiz für Investitionen zu schaffen.

Das Investitionsrisiko ist dabei nicht ausschließlich im Rahmen der Entgeltregulierung, sondern gemäß dem Regulierungsgrundsatz des § 2 III Nr. 4 TKG in sämtlichen Vorschriften der Marktregulierung, nach § 21 I 2 Nr. 3 TKG insbesondere auch in der Zugangsregulierung, zu beachten. Letzteres ist von erheblicher Bedeutung, da ansonsten investierende Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zwar das Risiko einer Fehlinvestition vollständig tragen müssten, aber nicht von wettbewerblichen Vorteilen einer erfolgreichen Investition profitieren könnten, schließlich würden die Wettbewerber insbesondere aufgrund von § 21 II, III TKG Zugangsrechte geltend machen, und somit ohne eigenes Risiko vollständig an den Vorteilen der neuen Infrastruktur teilhaben.³⁸ Dieser Zustand wäre als Umkehr des sogenannten First-

³⁷ Ähnlich Fetzer, WiVerw 2010, 145 (148).

³⁸ Dies wird oftmals als „Trittbrettfahren“ bezeichnet, so u. a. Kirchner, S. 6 f., http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner_gutachten.pdf (01.11.2015).

Mover-Advantage³⁹ der Prävalenz von Innovation und Investition im Telekommunikationssektor abträglich, da Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in Ermangelung einer Aussicht auf Wettbewerbsvorteile keine Investitionen tätigten, und Wettbewerber warteten, bis das marktmächtige Unternehmen investiert.⁴⁰

Neben ihrer Wirkung als Investitionsanreiz verringern Risikoprämien zugleich das Investitionsrisiko, indem sie einen Teil davon auf die späteren Zugangspetenten der neuen Breitbandinfrastruktur, in Form von relativ zum Risiko der zugrundeliegenden Investition erhöhten (Vorleistungs-) Entgelten, gleichmäßig übertragen.⁴¹

Die aus dem aufgezeigten folgende innovationsfördernde Wirkung wird allerdings in mehrfacher Hinsicht wieder eingeschränkt. In dem Fall, dass andere Unternehmen Vorleistungsprodukte über die neue Breitbandinfrastruktur nicht in ausreichendem Maß nachfragen, insbesondere weil von Seite der Endnutzer für über die neue Infrastruktur erbrachte Dienste nur geringe Nachfrage besteht, kann das Unternehmen, welches die Investition getätigt hat, keine in Anbetracht des Risikos angemessene Verzinsung erzielen.⁴² Auch würden Entgeltzuschläge in einer solchen Situation die tatsächliche Nachfrage zudem weiter verringern.

Problematisch ist insoweit, dass sich erst im Nachhinein⁴³ beurteilen lässt, ob Risikoprämien eine Risikoteilung durch Übertragung von Investitionskosten auf die Nachfrager der neuen Infrastruktur tatsächlich bewirken. Durch die so entstehende Unsicherheit wird sowohl die Anreizwirkung als auch die risikovermindernde Wirkung relativiert.⁴⁴ Beide werden dadurch beeinträchtigt, dass durch Risikoprämien Fehlinvestitionen nicht abgemildert werden, sondern nur erfolgreiche Investitionen einen größeren Vorteil gewähren, weswegen der Anreiz- beziehungsweise Risikoteilungseffekt nur für NGN-Investitionen in Gebieten mit ohnehin besonders geringem Nachfragerisiko bestehen bleibt.

Entsprechend ist die Beachtung von Investitionsrisiken nach den §§ 30 III 3 und 32 III Nr. 3 TKG durch die BNetzA hauptsächlich in urbanen Gebieten, in denen regelmäßig eine hohe Nachfrage für NGN besteht, geeignet, Innovation zu fördern.⁴⁵

³⁹ Zum Begriff: Neitzel/Hofmann, Spindler/ Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 21 Rn. 22.

⁴⁰ Möschel, MMR 2010, 450 (451).

⁴¹ Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (11).

⁴² Ebd.

⁴³ Vgl. Bender/Götz, Wirtschaftsdienst 2011, 42 (45).

⁴⁴ Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1, (12).

⁴⁵ Bender/Götz, Wirtschaftsdienst 2011, 42 (45); allg. kritisch Holz-nagel, Die TKG-Novelle 2010, K&R 2010, 761 (766).

Schließlich ist zu beachten, dass Risikoprämien nur dann optimal wirken, wenn ihre Höhe angemessen ist. Sind sie zu niedrig, so können sie Innovation nicht hinreichend fördern, sind sie hingegen überhöht, besteht die Gefahr, dass sie die Marktmacht des Investors unverhältnismäßig erhöhen und so Wettbewerb und Innovation insgesamt abschwächen.⁴⁶

Die Festlegung der Höhe einer Risikoprämie durch die BNetzA muss aus diesem Grund besonders differenziert erfolgen. Dabei hat die BNetzA gemäß Art. 19 II Uabs. II 1 RRL den auf Art. 19 I RRL gestützten Vorgaben des Anhangs I Nr. 6 der NGA-Empfehlung weitestgehend Rechnung zu tragen.⁴⁷ Diese enthält detaillierte Vorgaben zu den bei der Berechnung der Prämienhöhe relevanten (Risiko-) Faktoren, wobei nach verschiedenen Glasfasertechnologien differenziert wird.

2. Das Verhältnis von Risikoprämien zu Missbrauch

Missbrauchsgefahren ergeben sich, wenn Risikoprämien unangemessen hoch ausfallen, oder wenn allgemein das Investitionsrisiko eines marktmächtigen Unternehmens im Rahmen der Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen zu starke Beachtung findet.

Zu hohe Risikoprämien können einerseits Preishöhenmissbrauch nach § 28 I 2 Nr. 1 TKG darstellen, wenn das Unternehmen die erhöhten Entgelte nur aufgrund seiner Marktmacht durchsetzen kann, oder zu Beeinträchtigungsmisbrauch nach § 28 I 2 Nr. 2, II Nr. 2 TKG in Form von Preis-Kosten-Scheren führen, indem die Gewinnmarge zwischen dem vom Investor für den Zugang zum neu errichteten NGN geforderten Entgelt und dem auf dem nachgelagerten Markt erzielbaren Gewinn auch für effiziente Wettbewerber unangemessen gering ist.

Andererseits können sie Innovation auf Diensteebene beeinträchtigen, indem aufgrund der (zu) hohen Preise weniger Anbieter die neue NGN-Infrastruktur optimal nutzen können, und es von daher ein weniger reichhaltiges Dienstangebot auf Endkundenebene gibt. Ein kleineres Angebot führt zu weniger dynamischem Wettbewerb, was wiederum den Innovationsprozess verlangsamt.⁴⁸ Eine solche Entwicklung widerspricht dem Ziel des § 30 III 1 TKG, welcher vorsieht, dass die BNetzA Entgelte derart reguliert, dass sie auch mittel- und langfristig möglichst vorteilhaft für Verbraucher sind.

Weiterhin besteht bei überhöhten Risikoprämien oder insbesondere auch bei zu starker Berücksichtigung der Investitionsrisiken des marktmächtigen Unternehmens durch die BNetzA im Rahmen der Zugangsregulierung die Gefahr, dass das Problem der Marktmachtübertragung auf benachbarte Märkte zugespitzt wird, vor allem, wenn die Berücksichtigung so weit geht, dass es dem Unternehmen möglich sein soll, zunächst seine Investition unabhängig vom Wettbewerb vollumfänglich zu amortisieren.⁴⁹ § 21 I 2 Nr. 3 TKG kann unter diesem Gesichtspunkt folglich nicht als Rechtfertigungsgrund für eine Zugangsverweigerung, sondern, wie sich bereits aus dem Wortlaut der Norm ergibt, als von der Bundesnetzagentur innerhalb ihres Ermessens zu beachtendes Berücksichtigungsgebot verstanden werden.⁵⁰

Der Gefahr überhöhter Risikoprämien kann die Bundesnetzagentur allerdings mit den bestehenden telekommunikationsrechtlichen Instrumenten der Entgeltregulierung grundsätzlich effektiv entgegenzutreten, auch wenn es im Rahmen der ex-ante-Regulierung anspruchsvoll sein kann, eine angemessene Prämienhöhe unter Beachtung aller Aspekte des Anhangs I Nr. 6 der NGA-Empfehlung zu bestimmen.

3. Fazit

Insgesamt führt die angemessene Beachtung NGN-spezifischer Investitionsrisiken im Rahmen der Marktregulierung durch die BNetzA zu Investitionsanreizen und leichten Risikoverringerungen in urbanen Gebieten und ist daher zu begrüßen. Missbrauch kann die BNetzA durch Nutzung der Regulierungsinstrumente des TKG unterbinden, auch wenn dies sehr anspruchsvoll sein kann.

III. Aufteilung von Investitionsrisiken durch Risk-Sharing-Modelle

Risk-Sharing-Modelle sind in der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung von hoher Relevanz. Sie sind generell als Regulierungsgrundsatz nach § 2 III Nr. 4 TKG bei Auferlegung jeglicher Regulierungsverpflichtungen zu beachten, sie sind wesentlicher Bestandteil von Regulierungskonzepten nach § 15a II 1 TKG, sie werden in der Entgeltregulierung nach § 30 III 3 TKG beachtet und gemäß § 28 I 3 TKG besteht die Vermutung, dass Entgeltdifferenzierungen die auf ihnen beruhen, regelmäßig keinen Diskriminierungsmisbrauch darstellen.

1. Das Verhältnis von Risk-Sharing-Modellen zu Innovation

Investitionen in NGN sind mit erheblichen Risiken verbunden.⁵¹ Während Risikoprämien zwar überhaupt erst

⁴⁶ Vgl. NGA-Empfehlung, 2010/572/EU, Anhang I Nr. 6.

⁴⁷ Kühling, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 30 Rn. 49.

⁴⁸ Vgl. dazu die Innovationstheorie von Joseph A. Schumpeter, im Überblick dargestellt in: Rutkowski, Innovationsförderung im Telekommunikationsrecht zwischen Netzzugang und Regulierungsfreiheit, Diss., Univ. Hamburg 2009, S. 64.

⁴⁹ BVerwG vom 27.01.2010, 6 C 22.08, Rn. 22; Neumann/Thomashki, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 21 Rn. 89.

⁵⁰ Ebd.

⁵¹ S. o., C I 2.

Anreize für Investitionen schaffen, tragen sie regelmäßig nur wenig zur Verringerung des Investitionsrisikos bei. Marktmächtige Unternehmen, die grundsätzlich eine Investition tätigen wollen, werden dies daher aufgrund des erheblichen Risikos möglicherweise unterlassen. Aufgabe von Risk-Sharing-Modellen ist es daher, die bestehenden Risiken soweit wie möglich durch Teilung zwischen Investor und Beteiligten zu verringern, damit Investitionen erfolgen und Innovation bedingen können.

Da diese Modelle Risiken aufteilen, ist ihre Wirkung in Gebieten mit höheren Investitionsrisiken, insb. in ländlichen Gebieten am größten.⁵² Insofern bilden sie eine ideale Ergänzung zu Risikoprämien, die vor allem Investitionen in Gebieten mit geringeren Risiken fördern.⁵³

Zudem bieten Risk-Sharing-Modelle den Beteiligten einen starken Anreiz, Dienste über die neu errichtete NGN-Infrastruktur mit dem Ziel größtmöglicher Auslastung zu vermarkten, was zu einer schnelleren Amortisierung führt und bald neue Investitionen ermöglicht.⁵⁴

Unterstützt wird das innovationsfördernde Potenzial der Risk-Sharing-Modelle durch den Regulierungsgrundsatz des § 2 III Nr. 4 TKG, der eine weitergehende Relevanz von Risk-Sharing-Modellen in der gesamten telekommunikationsrechtlichen Regulierung zur Folge hat, sowie durch § 30 III 3 TKG, aufgrund dessen Risk-Sharing-Modelle weitestgehend in die Berechnung der angemessenen Verzinsung im Rahmen der Kosten der effizienten Leistungserbringung einzubeziehen sind. Durch diese Regelungen steigt die Attraktivität der Modelle weiter an, wodurch sich Marktteilnehmer in größerer Zahl und früher an risikoreichen Investitionen beteiligen. In Bezug auf die frühe Risikobeteiligung sind besonders die Vorabzahlungsmodelle insoweit positiv hervorzuheben, als dass sie nicht nur das Investitionsrisiko verringern, sondern zugleich auch für die nötige Liquidität zur Vornahme der Investition sorgen.⁵⁵

Die einschränkende Vorgabe des § 2 III Nr. 4 TKG, dass die BNetzA bei „Kooperationsvereinbarungen zur Aufteilung des Investitionsrisikos“ die Wahrung des Wettbewerbs und des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes sicherzustellen hat, wird durch § 28 I 2 Nr. 2 und 3 umgesetzt, wobei für Risk-Sharing-Modelle allerdings nach § 28 I 3 TKG die Vermutung gilt, dass sie nicht diskriminierend wirken. Letztere Regelung ist entscheidend, ohne sie könnten an die Beteiligung an Risk-Sharing-Modellen keine finanziellen Vorteile geknüpft werden,

da ein solcher Vorteil zugleich eine Diskriminierung im Sinne des § 28 I 2 Nr. 3 TKG wäre. Zwar könnte diese Diskriminierung dennoch nach § 28 I 2 am Ende TKG gerechtfertigt sein, jedoch bestünde insoweit erhebliche (Regulierungs-)Unsicherheit. Dies hätte zur Folge, dass sich weniger Unternehmen an Investitionen in NGN über Risk-Sharing-Modelle beteiligten.

Der innovationsfördernden Wirkung der Risk-Sharing-Modelle stehen jedoch mehrere Probleme entgegen.

Das erste betrifft die Frage des Verhältnisses des übernommenen Risikos eines beteiligten Zugangspetenten zum Vorteil, der diesem deswegen vom investierenden Unternehmen eingeräumt wird. Wird dieses Verhältnis derart falsch berechnet, dass kleinere beteiligte Unternehmen ein größeres Risiko als andere Unternehmen aufnehmen müssen, um dieselben Vorteile zu erlangen, schmälert dies die Attraktivität von Risk-Sharing-Modellen für diese (kleineren) Unternehmen beträchtlich, was im Ergebnis weniger Beteiligung durch sie und somit weniger Investition in NGN zur Folge hat⁵⁶. Bei Kontingent- und Vorabzahlungsmodellen besteht insoweit eine erhöhte Gefahr, dass es zwischen den Beteiligten zu solchen relativen Ungleichbehandlungen kommt. Diese liegt darin begründet, dass ein größeres Unternehmen bspw. im Rahmen eines Vorauszahlungsmodells eine absolut betrachtete große Summe (Z) entrichten kann, die für das Unternehmen aber dennoch nur ein geringes Eigenrisiko bedeutet, um einen Vorteil (Y) zu erlangen. Dem steht ein kleineres Unternehmen gegenüber, welches, um dieselbe Summe (Z) zu entrichten und damit denselben Vorteil (Y) zu erlangen, ein erhebliches Eigenrisiko eingehen muss. Entsprechendes gilt für die Kontingentgröße bei Kontingentmodellen. Dieser Problematik kann dadurch begegnet werden, dass bei Berechnung des Entgeltabschlags nicht die absolute Beteiligung der Zugangspetenten am Risiko des investierenden Unternehmens beachtet wird, sondern deren durch die Beteiligung verursachtes Eigenrisiko. Dadurch müsste das kleinere Unternehmen die gegenüber (Z) geringere Summe (X) bereitstellen, um denselben Vorteil (Y) wie das größere Unternehmen zu erhalten, solange das Eigenrisiko bei (X) dem Eigenrisiko des größeren Unternehmens bei (Z) entspricht.⁵⁷

Im Rahmen von Langzeitverträgen besteht diese Problematik nur dann, wenn kleinere Unternehmen mit unsicheren Geschäftsaussichten durch langfristige Bindungen höhere Risiken eingehen.⁵⁸

⁵² Vgl. *Bender/Götz*, Wirtschaftsdienst 2011, 42 (45).

⁵³ S. o., C II 1.

⁵⁴ *Kirchner*, S. 7, http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner_gutachten.pdf (02.11.2015).

⁵⁵ Monopolkommission: Sondergutachten 56, Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten, Nr. 213, http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s56_volltext.pdf (02.11.2015).

⁵⁶ Vgl. *Kühling* u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (14).

⁵⁷ Eingehend *Kühling* u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (14); insofern ist die Ansicht der EU Kommission, nur auf das Risiko des Investors abzustellen, verfehlt. Dazu ebd. (16f.).

⁵⁸ NGA-Empfehlung, 2010/572/EU, Anhang I Nr. 7.

Ferner ist problematisch, dass die langfristige Bindung der Beteiligten diese davon abhalten kann, eine eigene NGN-Infrastruktur zu errichten. Entschärft werden kann dieses Problem dadurch, dass Unternehmen die Wahl zwischen verschiedenen langen Vertragslaufzeiten haben, sodass sie ihre Wahl im Einklang mit ihrer marktstrategischen Ausrichtung treffen können. Möchte ein Unternehmen zeitnah in eigene NGN-Infrastruktur investieren, kann es eine kürzere Vertragslaufzeit wählen.⁵⁹

Schließlich ist gegen die ex-ante-Entgeltregulierung an sich einzuwenden, dass sie mit der Funktionsweise der Risk-Sharing-Modelle teilweise inkompatibel ist. Dies liegt daran, dass diese Modelle regelmäßig vor der Investition in NGN abgeschlossen werden, zu dem Zeitpunkt jedoch noch keine vollständigen Kostenunterlagen im Sinne des § 34 TKG und somit wegen § 31 III 1 TKG auch keine ex-ante-Entgeltgenehmigungen vorliegen.⁶⁰ Entsprechend kann keine verbindliche Einigung mit den beteiligungswilligen Unternehmen getroffen werden, es können lediglich die Berechnungsparameter festgelegt werden, aufgrund derer die spätere Entgeltberechnung unter Einbeziehung des übernommenen Risikos erfolgt, sobald eine Entgeltgenehmigung für das als Maßstab zugrundezulegende Entgelt für Unbeteiligte vorliegt.⁶¹ Daher ist die ex-post-Regulierung grundsätzlich besser geeignet, um Risk-Sharing-Modelle zwischen Unternehmen zu ermöglichen.

2. Das Verhältnis von Risk-Sharing-Modellen zu Missbrauch

Missbräuchliches Marktverhalten kann im Rahmen von Risk-Sharing-Modellen insbesondere in Form des Diskriminierungsmissbrauchs gem. § 28 I 2 Nr. 3 TKG auftreten, wenn das Risiko des Investors anstelle des Eigenrisikos der Beteiligten für die Festlegung der Entgelte durch den Investor zugrundegelegt wird. Differenzierungen anhand der Eigenrisiken der Beteiligten werden dagegen regelmäßig unter die Rechtfertigungsvermutung des § 28 I 3 TKG fallen.⁶²

Speziell im Bereich der Langzeitverträge besteht die Gefahr, dass marktmächtige Unternehmen ihren eigenen

Sparten auf nachgeordneten Märkten aufgrund von deren „Beteiligung“ im Rahmen eines Langzeitvertrags besonders niedrige Entgelte berechnen, was zu einer Marktabschottung führen kann.⁶³ Daher ist sicherzustellen, dass das durch die Laufzeit bedingte Eigenrisiko der jeweiligen Beteiligten ausschlaggebend für die Entgeltminderung ist. So kann verhindert werden, dass nachgeordnete Sparten eines marktmächtigen Unternehmens, die regelmäßig besonders lange Vertragslaufzeiten vereinbaren werden, von überproportionalen Entgeltabstrichen profitieren⁶⁴, da ihr Eigenrisiko wegen ihrer Beziehung zum marktmächtigen Unternehmen regelmäßig trotz der langen Laufzeit gering sein wird.

Weiterhin besteht die Gefahr der Entstehung von Preis-Kosten-Scheren, wenn zu ihrer Feststellung ein falscher Maßstab angewendet wird, oder wenn den Risk-Sharing-Modellen von der Bundesnetzagentur im Rahmen der §§ 2 III Nr. 4, 30 III 3 TKG zu viel Gewicht beigemessen wird. Bezüglich des Maßstabs gilt es zu vermeiden, die Unternehmen, die aufgrund ihrer Beteiligung von geringeren Entgelten profitieren, oder die Unternehmer, die überhaupt nicht an einem Risk-Sharing-Modell beteiligt sind, als effiziente Unternehmer im Sinne des § 28 II Nr. 2 TKG anzusetzen. Bei Ersteren könnte es dazu kommen, dass fälschlicherweise von einer großen möglichen Verzinsungsmarge zwischen dem (verringerten) Vorleistungsentgelt und dem erzielbaren Endnutzerpreis ausgegangen wird, und dadurch tatsächlich für nicht am Risiko beteiligte Unternehmen, die höhere Entgelte entrichten müssen und daher eine geringere Verzinsung erreichen können, bestehende Preis-Kosten-Scheren übersehen werden⁶⁵. Bei Zugrundelegung Letzterer als „effiziente Unternehmer“ kann es wegen der Pflicht des in der Regel beträchtlich marktmächtigen⁶⁶ Investors, die Gewinnmarge bei nicht am Risiko beteiligten Unternehmen so zu halten, dass keine Preis-Kosten-Schere vorliegt, dazu kommen, dass der Investor im Vergleich zu anderen am Risiko beteiligten Unternehmen die jeweiligen Endkundenprodukte nur zu schlechteren Preisen anbieten kann⁶⁷. Als Maßstab ist daher als Mittelweg ein hypothetischer, effizienter Unternehmer anzusetzen, welcher eine Form der Risikobeteiligung gewählt hat, die zu den Marktgegebenheiten in einem angemessenen Verhältnis steht.⁶⁸

59 Vgl. BNetzA: Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur, S. 48 f., http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/NGA_NGN/NGA_Eckpunkte/NGA_Eckpunkte_Id16268pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (02.11.2015).

60 Vgl. Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (18).

61 Eingehend dazu Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (18).

62 Vgl. BNetzA: Eckpunkte, S. 51, http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/NGA_NGN/NGA_Eckpunkte/NGA_Eckpunkte_Id16268pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (02.11.2015).

63 NGA-Empfehlung, 2010/572/EU, Anhang I Nr. 7.

64 Ebd.

65 Vgl. BNetzA Eckpunkte, S. 53, http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/NGA_NGN/NGA_Eckpunkte/NGA_Eckpunkte_Id16268pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (02.11.2015).

66 I. S. d. §§ 10, 11 TKG.

67 Vgl. BNetzA Eckpunkte, 53, http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/NGA_NGN/NGA_Eckpunkte/NGA_Eckpunkte_Id16268pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (02.11.2015).

68 Eingehend ebd.

Schließlich ist sicherzustellen, dass die Teilnahmevorteile an Risk-Sharing-Modellen nicht derart unverhältnismäßig groß sind, dass ein faktischer Beteiligungszwang, und entsprechend auch eine Sogwirkung zu dem ohnehin bereits marktmächtigen Investor entsteht.

3. Fazit

Insgesamt sind Risk-Sharing-Modelle insb. innerhalb der ex-post-Entgeltregulierung sehr gut geeignet, um Investitionsrisiken im Rahmen von NGN zu verringern und somit Innovation zu begünstigen. Ihnen wohnt jedoch auch eine erhebliche Missbrauchsgefahr inne, welche allerdings durch aufmerksame Regulierung, unter Beachtung der aufgezeigten Problemfelder, eingegrenzt werden kann.

IV. Aufteilung von Investitionsrisiken durch Kooperationen

Kooperationsvereinbarungen zwischen Unternehmen sind, als Erscheinungsformen von Risikobeteiligungsmodellen, grundsätzlich sowohl von Regelungen des TKG als auch des GWB umspannt. So nehmen die §§ 2 III Nr. 4, 15a II 1 und 30 III 3 TKG auf sie Bezug.⁶⁹ In kartellrechtlicher Hinsicht wird die Zulässigkeit von Kooperationen insbesondere von den §§ 1, 2 GWB und Art. 101 AEUV geregelt, wobei diese annähernd inhaltsgleich sind und die folgende Darstellung sich daher nur auf die Normen des GWB bezieht.

1. Das Verhältnis von Kooperationen zu Innovation

Kooperationen sind ein wichtiges Gegenstück zu Risk-Sharing-Modellen, da sie die gleichermaßen bedeutende Ebene der Vereinbarungen zwischen Investoren in vergleichbarer Weise betreffen.

So dienen auch Kooperationen der Teilung von Investitionsrisiken zwischen den kooperierenden Investoren⁷⁰, und fördern insofern Investition und Innovation auf ähnliche Weise wie Risk-Sharing-Vereinbarungen. Auch gleichen Kooperationen Risk-Sharing-Modellen insofern, als dass sie die stärkste Wirkung bei Investitionen in Gebieten mit erheblichem Investitionsrisiko zeigen.

Über Risk-Sharing-Modelle hinausgehend besteht bei Kooperationen der Vorteil, dass sie dazu beitragen können, ineffiziente Infrastrukturduplizierungen zu vermeiden.⁷¹

⁶⁹ Näher zum Verhältnis des Begriffs der Risikobeteiligungsmodelle zu Kooperationen, insbesondere hinsichtlich der Anwendbarkeit des TKG, s. o. B I 3.

⁷⁰ Monopolkommission: Sondergutachten 56, Nr. 206, http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s56_volltext.pdf (02.11.2015).

⁷¹ Ebd.

Besonders vorteilhaft sind dabei Gebietsabsprachen⁷², da durch sie beteiligte Unternehmen Breitbandzugang in verschiedenen Gebieten zu günstigen Bedingungen erhalten können, ohne selbst in allen Gebieten eine eigene NGN-Infrastruktur aufbauen zu müssen.⁷³

Eine Einschränkung erfährt die innovationsfördernde Wirkung dadurch, dass die Beurteilung einer Kooperation durch das BKartA hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit § 1 GWB nicht immer leicht abzuschätzen ist und daher Regulierungsunsicherheit erzeugt. Um dieser Unsicherheit entgegenzutreten⁷⁴, hat das BKartA bereits am 19.01.2010 in Zusammenarbeit mit der Bundesnetzagentur ein Eckpunktepapier veröffentlicht, das wesentliche Fragen in Bezug auf die Zulässigkeit von Kooperationen beim Glasfaserausbau klärt.

2. Das Verhältnis von Kooperationen zu Missbrauch

Kooperationen, die regelmäßig zwischen Unternehmen mit nicht unerheblicher Marktmacht geschlossen werden, sind insoweit missbrauchsanfällig, als dass sie im Widerspruch zu § 1 GWB stehen können.

Es ist daher zu untersuchen, inwieweit und unter welchen Umständen Kooperationen unter das Verbot des § 1 GWB fallen, und, sollte dies der Fall sein, ob sie möglicherweise nach § 2 GWB freigestellt sind. Dabei soll im Folgenden auf Gebietsabsprachen eingegangen werden, da diese bedeutend größere rechtliche Probleme aufwerfen als andere Kooperationsformen.⁷⁵

Zunächst ist unproblematisch festzustellen, dass Gebietsabsprachen in aller Regel „Vereinbarungen zwischen Unternehmen“ im Sinne des § 1 GWB sind.⁷⁶

Weiter müssten die Absprachen wettbewerbsbeschränkende, das heißt eine die wettbewerbliche Handlungsfreiheit von Beteiligten oder unbeteiligten Dritten beeinträchtigende Wirkung haben, wobei eine weite Auslegung zugrunde zu legen ist.⁷⁷ Weil die an Gebietsabsprachen beteiligten Unternehmen sich dazu verpflichten, anderen Beteiligten in deren Gebieten keine Konkurrenz auf Infrastrukturebene zu machen, werden sie in ihrer wettbewerblichen Handlungsfreiheit auf die-

⁷² S. o. B I 3.

⁷³ Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (23 f.).

⁷⁴ Vgl. BKartA: Beschluss vom 04.11.2014, B 7 – 46/13, Rn. 64.

⁷⁵ Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (21); Monopolkommission: Sondergutachten 56, N 206, http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s56_volltext.pdf (02.11.2015).

⁷⁶ BKartA: Hinweise zur Wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland, Nr. 36 ff., http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Wettbewerbsrechtliche%20Bewertung%20von%20Kooperationen%20beim%20Glasfaserausbau.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (02.11.2015).

⁷⁷ Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (21).

ser Ebene eingeschränkt.⁷⁸ Auch liegt regelmäßig eine Beeinträchtigung auf der Diensteebene nachgelagerter Märkte vor, da die Gebietsabsprachen auch regelmäßig Vereinbarungen dahingehend enthalten, dass sich die Beteiligten in ihren Gebieten verpflichten, anderen Beteiligten vergünstigten Zugang zu ihrer NGN-Infrastruktur zu gewähren, wodurch einerseits die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der Beteiligten, andererseits die Wettbewerbschancen anderer Unternehmen ohne vergünstigte Zugangsbedingungen eingeschränkt werden.⁷⁹ Es wird also eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt. Auf ein Bezwecken kommt es daher ausweichlich des Wortlauts des § 1 GWB nicht an.

Schließlich muss die Wettbewerbsbeschränkung spürbar, also nicht nur geringfügig sein.⁸⁰ Dieses Kriterium wird durch die Bagatellbekanntmachung des BKartA⁸¹ konkretisiert. So ist für die Beurteilung der Geringfügigkeit gemäß Nr. 6 der Bekanntmachung der Marktanteil der beteiligten Unternehmen nach den Nr. 8 ff. ausschlaggebend: Ist er nicht hoch genug, leitet das Bundeskartellamt das Verfahren nach § 1 GWB nicht ein. Dies gilt jedoch nicht, wenn Kernbeschränkungen nach den Nr. 13–15 betroffen sind. Im vorliegenden Fall können Gebietsabsprachen jedoch, wie bereits dargelegt, gegen Nr. 15 durch die gegebenenfalls mittelbare Produktionsbeschränkung von Dienstleistungen verstoßen. Von daher sind die Wettbewerbsbeschränkungen durch Gebietsabsprachen, auch von Unternehmen ohne große Marktanteile, regelmäßig als spürbar einzustufen.⁸²

Aufgrund des Vorliegens der entsprechenden Tatbestandsmerkmale ist festzustellen, dass Gebietsabsprachen regelmäßig und unabhängig von der Marktmacht ihrer Beteiligten nach § 1 GWB verboten sind. Eine weitere Eingrenzung des Tatbestands bspw. durch die sogenannte Rule of Reason kommt nicht in Betracht.⁸³

Dennoch können Gebietsabsprachen gemäß § 2 I GWB freigestellt sein. Dazu müsste die Gebietsabsprache zunächst Effizienzvorteile erzeugen, was sich aufgrund der investitionsfördernden Wirkung und des dadurch bedingten Fortschritts grundsätzlich bejahen lässt.⁸⁴ Auch

werden die Verbraucher an den Effizienzgewinnen beteiligt, indem sie durch die Möglichkeit, auf eine verbesserte Netzinfrastruktur bzw. verbesserte Dienste auf Grundlage der neuen Netzinfrastruktur zuzugreifen, von den investitionsbedingten technischen Verbesserungen profitieren.⁸⁵

Problematisch erscheint allerdings die Frage, ob Gebietsabsprachen einen wesentlichen Teil des Wettbewerbs ausschalten. Dies wäre dann der Fall, wenn auf dem betreffenden Markt kein wirksamer Wettbewerb mehr bestünde, was wiederum davon abhängt, wie marktmächtig die an der Kooperation beteiligten Unternehmen sind. Unternehmen mit geringer Marktmacht werden daher regelmäßig nach § 2 I GWB freigestellte Gebietsabsprachen vornehmen können⁸⁶, während marktmächtige Unternehmen beziehungsweise gerade Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (insbesondere die Deutsche Telekom AG) dies zwar grundsätzlich auch können, deren Vereinbarungen allerdings kritischer zu betrachten sind.⁸⁷ Dabei ist insbesondere zu erwägen, dass gerade marktmächtige Unternehmen zu den größten Investitionen in der Lage sind, und damit die größten Effizienzen erzeugen können. Überdies ist die von ihnen im Rahmen der Gebietsabsprachen geschaffene NGN-Infrastruktur gegebenenfalls Grundlage für einen Dienstewettbewerb neuartiger Produkte, die es ohne die Infrastruktur nicht geben könnte. Schließlich ist zu beachten, dass durch telekommunikationsrechtliche Zugangs- und Entgeltregulierung sichergestellt werden kann, dass Wettbewerb weiterhin besteht⁸⁸, wobei natürlich auch freiwillige Open-Access-Angebote der Beteiligten diese Wirkung entfalten können.⁸⁹ Es ist insoweit darauf zu achten, dass bereits in den Kooperationsvereinbarungen sichergestellt wird, dass die Wettbewerbsbeschränkungen durch telekommunikationsrechtliche Regulierung ausgeglichen werden können.⁹⁰ Auch insoweit wird daher die Bedeutung der Zusammenarbeit der BNetzA und des BKartA deutlich.

Bewertung%20von%20Kooperationen%20beim%20Glasfaserausbau.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (02.11.2015).

⁸⁵ Vgl. Kirchner, S. 11, http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner_gutachten.pdf (02.11.2015); näher zur Gewinnbeteiligung der Verbraucher siehe BKartA: Hinweise zu Kooperationen, Nr. 77 ff., http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Wettbewerbsrechtliche%20Bewertung%20von%20Kooperationen%20beim%20Glasfaserausbau.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (02.11.2015).

⁸⁶ Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (24).

⁸⁷ Ebd.

⁸⁸ Ebd.

⁸⁹ Eingehend zu Open-Access-Angeboten, insb. von der Deutschen Telekom AG, siehe die Ausführungen zum 2. Eckpunkt in BNetzA Eckpunkte insbesondere S. 3, 17 f., 23 f., http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/NGA_NGN/NGA_Eckpunkte/NGA_Eckpunkte_Id16268pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (02.11.2015).

⁹⁰ Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (24).

⁷⁸ Vgl. ebd. (21f.); Monopolkommission: Sondergutachten 56, Nr. 206, http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s56_volltext.pdf (02.11.2015).

⁷⁹ Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (22).

⁸⁰ Eingehend zum Kriterium der Spürbarkeit siehe *Bechtold* in: *Bechtold/Bosch, Kartellgesetz: GWB*, 7. Aufl. 2013, § 1 Rn. 41ff.

⁸¹ BKartA: Bekanntmachung Nr.18/2007 über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bekanntmachungen/Bekanntmachung%20-%20Bagatellbekanntmachung.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (02.11.2015).

⁸² Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (22).

⁸³ Dazu eingehend ebd. (22f.).

⁸⁴ Ebd. (23f.); näher zu möglichen Effizienzgewinnen siehe BKartA: Hinweise zu Kooperationen, Nr. 75 f., <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Wettbewerbsrechtliche%20>

Schließlich muss die von der Gebietsabsprache ausgehende Wettbewerbsbeschränkung unerlässlich sein, um das Ziel der Investitions- beziehungsweise Innovationsförderung durch technischen Fortschritt in gleichem Maße zu erreichen. Entscheidend ist dabei die Frage, ob nur durch Gebietsabsprachen eine entsprechende Infrastruktur errichtet würde.⁹¹ Dies lässt sich zwar nur im jeweiligen Einzelfall sicher feststellen, es erscheint aber aufgrund der stark investitionsfördernden Wirkung von Gebietsabsprachen und der regelmäßig hohen Investitionskraft der Beteiligten durchaus möglich, dass regelmäßig gleichwertige oder zumindest ausreichende Investitionen ohne derartige Absprachen nicht vorgenommen würden.

Im Ergebnis werden daher Gebietsabsprachen von Unternehmen mit wenig Marktmacht regelmäßig nach § 2 I GWB freigestellt sein. Gebietsabsprachen marktmächtiger Unternehmen können im Einzelfall auch freigestellt sein.

3. Fazit

Kooperationen stellen insgesamt eine weitere effektive Methode der Risikoverringering beziehungsweise Risikoteilung dar, die Investitionen zur Errichtung von NGN fördert. Die wesentlichen Missbrauchsgefahren können durch die Regelungen des allgemeinen Kartellrechts effektiv eingedämmt werden. Rechtsunsicherheit wird insofern durch das detaillierte Eckpunktepapier des Bundeskartellamts erheblich verringert.

V. Regulierungskonzepte und Auskünfte in Bezug auf Risikobeteiligungsmodelle

Die Möglichkeit der Bundesnetzagentur Regulierungskonzepte bezüglich Risikobeteiligungsmodellen in Form von Verwaltungsvorschriften zu erlassen, ergibt sich aus § 15a II 1 TKG, welcher allerdings aufgrund der ohnehin bestehenden Möglichkeit von Behörden, Verwaltungsvorschriften zu erlassen, nur deklaratorische Wirkung hat.⁹² Weiterhin hat die BNetzA nach § 15a IV TKG die Pflicht, in Bezug auf Fragen des Auf- und Ausbaus von NGN auf Antrag von Betreibern öffentliche Telekommunikationsnetze (§ 3 Nr. 16 TKG) Auskünfte bezüglich zu erwartender regulatorischer Rahmenbedingungen oder Maßnahmen zu erteilen.

⁹¹ Vgl. BKartA: Hinweise zu Kooperationen, Nr. 81f., http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Wettbewerbsrechtliche%20Bewertung%20von%20Kooperationen%20beim%20Glasfaserausbau.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (02.11.2015).

⁹² Kühling, JZ 2012, 341 (346).

1. Das Verhältnis von Regulierungskonzepten zu Innovation

Im Rahmen der Errichtung von NGN, bestehen erhebliche regulatorische Risiken⁹³, die auch etwaige Unsicherheiten über die Zulässigkeit von Risikobeteiligungsmodellen umfassen. Durch diese Risiken wird die Bereitschaft von Unternehmen, derartige Modelle zu vereinbaren oder allg. in die Errichtung von NGN zu investieren, vermindert.⁹⁴

Aus diesem Grund finden sich im TKG Vorschriften zur Verringerung dieses Regulierungsrisikos, die §§ 2 III Nr. 4, 15a II, IV und 30 III 3 TKG. Die §§ 2 III Nr. 4 und 30 III 3 TKG gewähren dabei eine allgemeinere Sicherheit, indem sie die Beachtung von Risikobeteiligungsmodellen innerhalb der Regulierung vorschreiben. Auch trägt eine einheitliche, konsistente Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur im Einklang mit dem Gebot des § 27 II 1 TKG zur Beseitigung von Unsicherheiten bei.⁹⁵

§ 15a II TKG hingegen, dessen erklärtes Ziel nach Satz 1 die Förderung von Investitionen in NGN ist, geht darüber hinaus, indem er die Möglichkeit vorsieht, Regulierungskonzepte in Form von Verwaltungsvorschriften zu erlassen, die wesentliche regulatorische Anforderungen an Risikoprämien und Risikobeteiligungsmodelle enthalten. Dadurch steigt die Regulierungssicherheit in Bezug auf diese Instrumente. Der Regelungsumfang der Regulierungskonzepte erstreckt sich allerdings nur auf Unternehmen, die der Regulierung nach dem TKG unterfallen, da die Kompetenz der BNetzA nicht weiter sein kann, als der Anwendungsbereich des TKG.⁹⁶ In Bezug auf Kooperationen können nur entgeltregulatorische Aspekte geregelt werden, da sonstige Fragen in den Kompetenzbereich des BKartA fallen⁹⁷, eine enge Zusammenarbeit von BNetzA und BKartA ist daher, wie in § 123 I 4 TKG vorgesehen, geboten.⁹⁸

Die Auskunft nach § 15a IV TKG ist verbindlich, was sich insb. aus ihrer Funktion, Regulierungssicherheit zu schaffen, ergibt.⁹⁹ Dadurch erlangt sie erhebliche Bedeutung, da sie es Unternehmen im Vorfeld einer Investition in NGN erlaubt, ein bedeutendes Maß an Regulierungssicherheit zu erlangen, wobei sich in dieser Hinsicht gewisse Einschränkungen unter dem Gesichtspunkt des

⁹³ S. o. C I 2.

⁹⁴ Fetzer, Next Generation Regulierung für Next Generation Networks, MMR 2010, 515 (519); Nolte/König, Das Telekommunikationsrecht im Jahr 2010, N&R 2011, 122; Gersdorf in: Spindler/ Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 15a Rn. 1.

⁹⁵ Dazu Kühling, JZ 2012, 341.

⁹⁶ Kühling, JZ 2012, 341 (344).

⁹⁷ Vgl. dazu bereits oben, B I 3.

⁹⁸ Zur Bedeutung der Zusammenarbeit von BKartA und BNetzA s. o. B I 3.

⁹⁹ Schönau, Beck'scher TKG Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 15a Rn. 38, 42; Kühling, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 52.

prognostischen Charakters der Auskunft ergeben.¹⁰⁰ Insbesondere steht die Auskunft unter dem Vorbehalt sich verändernder Umstände.¹⁰¹

Der zentrale Vorteil von Regulierungskonzepten und Auskünften ist, dass sie das Problem, dass Unternehmen nur schwer Vereinbarungen auf Basis von Risk-Sharing-Modellen treffen können bevor eine ex-ante-Entgeltgenehmigung vorliegt, abschwächen, da die Unternehmen ein erhebliches Maß an Sicherheit über den Inhalt der erwarteten Genehmigung erlangen.¹⁰²

Einschränkungen der dargelegten Regulierungssicherheit gewährenden und daher investitionsfördernden Wirkung des § 15a II, IV TKG ergeben sich nur in geringem Umfang.

Hauptsächlich kritisiert wurde an den Verwaltungsvorschriften mangelnde Einklagbarkeit beziehungsweise Außenwirkung und somit auch eine Ungeeignetheit zur Gewährung von Regulierungssicherheit.¹⁰³ Im vorliegenden Fall wirkt die in § 15a IV TKG normierte Auskunftspflicht insoweit allerdings bereits entschärfend¹⁰⁴, weiterhin kommt den Verwaltungsvorschriften vermittelt über Art. 3 I GG eine mittelbare Außenwirkung zu¹⁰⁵, die dieses Problem weiter relativiert.

Darüber hinaus unterliegt die Wirksamkeit der Regulierungskonzepte der Schwierigkeit, dass die BNetzA kaum in der Lage ist, eine theoretische Entwicklung und Einordnung verschiedenster Risikobeteiligungsmodelle im Vorfeld vorzunehmen, wie es von ihr aber nach § 15a II 2 Var. 1 TKG erwartet wird.¹⁰⁶ Stattdessen kann die BNetzA sinnvollerweise solche Modelle nur analysieren und klassifizieren, die Unternehmen selbst entwickelt und ihr beispielsweise im Rahmen der § 15a IV TKG vorgelegt haben.¹⁰⁷

2. Das Verhältnis von Regulierungskonzepten zu Missbrauch

Regulierungskonzepte und verbindliche Auskünfte nach § 15a II 1, IV TKG können Missbrauch insoweit verhindern, als dass Unternehmen Gewissheit darüber erlangen, welche Vereinbarungen die BNetzA als missbräuchlich ansehen und folglich untersagen wird. Dies verhindert bereits im Vorfeld, dass derartige missbräuchliche Vereinbarungen überhaupt getroffen werden.

¹⁰⁰ Kühling, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 52.

¹⁰¹ Schönau, Beck'scher TKG Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 15a Rn. 52.

¹⁰² Zu diesem Problem bereits oben, C III 1 a. E.

¹⁰³ So u. a. *Kafka/König*, Referentenentwurf zur Novellierung des TKG - Erster Schritt in die richtige Richtung?, IR 2011, 7 (8).

¹⁰⁴ Kühling, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 37; *Scherer/Heinckel*, Die TKG-Novelle 2012, NVwZ 2012, 585 (588 f.).

¹⁰⁵ Kühling, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 40; *Kiparski*, TKG-Novelle 2011 - Der Regierungsentwurf, NR 2011, 114 (115).

¹⁰⁶ Vgl. *Körber*, TKG-Novelle 2011, MMR 2011, 215 (217).

¹⁰⁷ Kühling, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 34.

3. Fazit

Im Ergebnis ist insbesondere die Auskunftspflicht nach § 15a IV TKG durchweg positiv zu bewerten. Durch sie können Investoren im Einzelfall ein hohes Maß an Regulierungssicherheit erreichen. Der Ansatz des § 15a II 1 TKG, der BNetzA den Erlass von Regulierungskonzepten nahelegen, ist zwar grundsätzlich gut, in praktischer Hinsicht werden sie aber regelmäßig keine ausreichende Regulierungssicherheit gewähren, aufgrund begrenzter Einklagbarkeit und mangelnder Konkretisierung zulässiger Risikobeteiligungsmodelle. Zudem besteht kein subjektives Recht auf ihren Erlass, sodass die Frage, ob § 15a II 1 TKG überhaupt eine Wirkung entfaltet, allein bei der Bundesnetzagentur liegt.

D. Ergebnis

Abschließend ist festzustellen, dass Risikobeteiligungsmodelle das Ziel ihrer Einführung in die telekommunikationsrechtliche Marktregulierung, die Förderung von Investitionen in NGN, im Wesentlichen erfüllen.

Insbesondere ermutigen sie Unternehmen durch ihre risikoteilende und somit -verringende Wirkung, Investitionen in NGN vorzunehmen, welche zugleich Innovation gerade auf nachgelagerten Dienstmärkten erzeugen.

Diese Wirkungsweise der Risikobeteiligungsmodelle wird durch etwaige Missbrauchsgefahren oder sonstige praktische oder rechtliche Probleme zwar teilweise eingeschränkt, allerdings lässt sich diese Beeinträchtigung grundsätzlich durch effektive und differenzierte Regulierung unter enger Zusammenarbeit der BNetzA und des BKartA weitgehend reduzieren.

Schließlich ist hervorzuheben, dass die Risikobeteiligungsmodelle sinnvoll ergänzt werden durch Risikoprämien, die einen besonderen Investitionsanreiz in NGN setzen, und durch die zusätzliche von Regulierungskonzepten und Auskünften ausgehende Regulierungssicherheit, welche die Vereinbarung von Risikobeteiligungsmodellen zwischen Unternehmen von regulatorischen Risiken befreit und daher begünstigt.