

Gutachten zum Antragsrecht Dritter bzw. Einleitung von Amts wegen hinsichtlich der Kupfer-/Glasmigration

Fraglich ist, ob ein Antragsrecht (bzw. dessen nationale, gesetzliche Einführung) von anderen Unternehmen als das marktmächtige Unternehmen zur Einleitung einer Abschaltung//Kupfer-Glasmigration mit geltendem Unionsrecht vereinbar ist.

Zudem ist in den Blick zu nehmen, ob die Einführung einer nationalen Rechtsgrundlage für die BNetzA, eine Einleitung der Abschaltung//Kupfer-Glasmigration „von Amts wegen“ einzuleiten mit dem geltenden EU-Recht konform ist.

Executive Summary

Ein Antragsrecht anderer Unternehmen oder eine Einleitung der Abschaltung von Amts wegen durch die Nationale Regulierungsbehörde ist im EU-Recht nicht vereinbar.

Die umfassende Auslegung des Art. 81 EECC in deutscher und englischer Fassung nach Wortlaut, Telos, mehrfach in systematischer Hinsicht ergibt, dass kein Antragsrecht Dritter darin enthalten ist. Der Wortlaut von Art. 81 EECC enthält wörtlich weder ein Antragsrecht noch eine Befugnis der Behörde, die Abschaltung einzuleiten. Auch mögliche Umkehrschlüsse zum Wortlaut des Art. 81 EECC deuten nicht auf ein Antragsrecht Dritter oder Befugnis der Nationale Regulierungsbehörde hin. Art. 81 EECC ist kein Antragsverfahren, sondern eine Meldeverfahren. Das marktmächtige Unternehmen „unterrichtet die NRB“, dass es abschalten will. Ein Antragsrecht Dritter wäre de lege lata ebenfalls nicht mit dem Recht der

unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 EU-Grundrechte-Charta und dem Eigentumsrecht Art. 17 EU-Grundrechte-Charta vereinbar.

Art. 81 EECC enthält auch keine Befugnis von Mitgliedsstaaten eine solcher Regelung mit nationalem Gesetz einzuführen. Die Einführung einer nationalen Regelung würde demnach gegen das geltende Unionsrecht verstoßen.

Wortlautauslegung Art. 81 EECC

Unmittelbar anwendbar ist Art. 81 EECC (EU/1972/2019). Dessen Titel lautet: „Migration von herkömmlichen Infrastrukturen“. Der Wortlaut dieser Norm enthält nicht ausdrücklich ein Antragsrecht von anderen Unternehmen als dem marktmächtigen Unternehmen, dessen regulierte Netzteile außer Betrieb genommen oder ersetzt werden sollen. Dies Nicht-Vorhanden-Sein eines solchen Antragsrecht trifft sowohl für die englische als für die deutsche Fassung der Richtlinie zu. In Absatz 1 der deutschen Fassung heißt sinngemäß *„Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht unterrichten die nationale Regulierungsbehörde (NRB) im Voraus und rechtzeitig von ihrer Absicht, Teile des Netzes, die Verpflichtungen ... unterliegen, außer Betrieb zu nehmen oder durch neue Infrastrukturen zu ersetzen.“*

Die englische Fassung lautet: *„Undertakings which have been designated as having significant market power in one or several relevant markets ... shall notify the national regulatory authority in advance and in a timely manner when they plan to decommission or replace with a new infrastructure parts of the network.“*

Inhalt der Regelung von Absatz 1 ist dem Wortlaut nach die Verpflichtung des marktmächtigen Unternehmens, die NRB zu informieren, dass es Teile seines

Netzes, die sich Regulierungsaufgaben unterliegen, außer Betrieb nehmen oder ersetzen will. Dem Wortlaut dieser Regelung lässt sich zugleich entnehmen, dass es dem marktmächtigen Unternehmen obliegt, ob und wann es Teile seines regulierten Netzes außer Betrieb nehmen oder ersetzen will:

- Dt. Fassung sinngemäß: Das marktmächtige Unternehmen unterrichtet...über seine Absicht, regulierte Netzteile außer Betrieb zu nehmen oder ersetzen“.
- Engl. Fassung sinngemäß: „Undertakings which have been designated as having significant market ... shall notify the national regulatory authority, when they plan to decommission or replace with a new infrastructure parts of the network“.

In Absatz 1 findet außerdem sich keine ausdrückliche Erwähnung einer Befugnis der NRB, ein Verfahren zur Abschaltung eines Netzes des marktmächtigen Unternehmens von Amts wegen einzuleiten.

Auch in den Absätzen 2 und 3 des Art. 81 EEECC findet sich kein ausdrücklich erwähntes Antragsrecht anderer Unternehmen als dem marktmächtigen. Absatz 2 regelt Befugnisse der NRB mit bestimmten Voraussetzungen und Bedingungen sowie das Verfahren der Abschaltung und Migration.

Absatz 3 stellt klar, dass Auflagen für das neue Netz (ggf. Zielnetz einer Migration) nicht Regelungsgegenstand von Art. 81 EEECC ist.

In den Absätzen 2 und 3 ist ebenfalls keine Rede von einer Befugnis der NRB, das Verfahren bzgl. einer Abschaltung regulierter Netzteile von Amts wegen zu beginnen.

Der zugehörige Erwägungsgrund zu Art. 81 EECC ist die Nummer (209). Auch dieser enthält nicht ausdrücklich ein Antragsrecht anderer Unternehmen als dem marktmächtigen. Sowohl die englische Fassung als auch die deutsche Fassung des Erwägungsgrundes machen die Einleitung des Verfahrens zur Abschaltung von der Mitteilung des marktmächtigen Unternehmens abhängig:

- „once the network owner has demonstrated the intent and readiness to switch to upgraded networks.“, am Ende des Satz 1 des Erwägungsgrundes 209.
- “schaffen, sobald der Netzeigentümer die Absicht und die Bereitschaft erklärt hat, auf modernisierte Netze umzuschalten.“, am Ende des Satz 1 des Erwägungsgrundes 209.

Auch Umkehrschlüsse zu den Tatbestandsmerkmalen lassen nicht auf Antragsrecht anderer Unternehmen (als dem marktmächtigen) schliessen. Vielmehr müsste das marktmächtige Unternehmen der NRB bspw. die Außerbetriebnahme nicht anzeigen, wenn es sich um Netzteile handelt, die keinen regulatorischen Auflagen unterliegen. Die möglichen Umkehrschlüsse bezogen auf den Wortlaut des 81 EECC deuten auch nicht auf eine Befugnis der NRB von Amts wegen eine Abschaltung einzuleiten, hin.

Teleologische Auslegung d. Art. 81 Abs. 1

Art. 81 bezweckt, dass die Außerbetriebnahme oder Ersetzung regulierter Netzteile des marktmächtigen Unternehmens in einem geordneten und fairen Verfahren abläuft, sobald das marktmächtige Unternehmen die Außerbetriebnahme oder Ersetzung regulierter Netzteile ggü. der NRB anzeigt.

Konkret sollen Wettbewerber, in ihrer Rolle als Zugangsnachfrager nicht durch die Außerbetriebnahme oder Ersetzung nicht daran gehindert sein, weiterhin über (neue) Vorleistungsprodukte des marktmächtigen Unternehmens bestehende Kunden zu versorgen und potentiellen Neukunden ein Angebot unterbreiten zu können. Demnach ist der Regelungszweck das „Wie“ der Abschaltung, nicht das „Ob“.

Die teleologische Auslegung von Art. 81 EECC deutet nicht auf ein Antragsrecht Dritter hin.

Systematische Auslegung d. Art. 81

Art. 81 EECC enthält keine Öffnungsklausel für Mitgliedsstaaten in deren nationalem Recht vor. Öffnungsklauseln in EU-Richtlinien erlauben Mitgliedsstaaten, zu einem Regelungsgegenstand in deren nationalem Recht weitere Regelungen zu erlassen. Im gesamten Kapitel IV „Zugangsverpflichtungen für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht“ finden sich keine solchen Öffnungsklauseln. Die Abwesenheit solcher Öffnungsklauseln im Kapitel IV ist dem geschuldet, dass in vielen EU-Staaten der Incumbent staatliches Unternehmen und Monopolist war – von einigen EU-Ländern werden noch Beteiligungen an den Incumbents gehalten. Daraus folgt ein potentieller Interessenkonflikt zwischen der Unabhängigkeit der NRB gem. Art 6 EECC und den Vermögensinteressen des jeweiligen Staates, der Unternehmensanteile am Incumbent hält.

Als Gegenbeispiele im EECC für solche nationalen Öffnungsklauseln seien Art. 17, Art. 25, Art. 91, Art. 105 usw. genannt. Allen vorgenannten Normen ist die Formulierung gemein: „Die Mitgliedstaaten können...“

In Art. 81 EECC ein Antragsrecht Dritter hinzulesen, wäre systemwidrig. Art. 81 EECC ist kein Antragsverfahren, sondern ein Meldeverfahren. Das marktmächtige Unternehmen meldet („unterrichtet“ – dt. Fassung) der NRB, dass es Teile seines Netzes, die Regulierungsaufgaben unterliegen, außer Betrieb nehmen oder ersetzen will.

Ein Antragsrecht zu Lasten des marktmächtigen Unternehmens bezüglich seines eigenen Netzes wäre hinsichtlich des (Weiter-)Nutzungsrechts auch nicht mit Wesensgehalt des Eigentumsrechts nach Art. 17 EU-Grundrechte-Charta vereinbar, s. u. dazu mehr.

Systematische Auslegung (sonstiger EECC)

In Art. 69 Absatz 1 EECC wird die Migration von herkömmlichen Infrastrukturen in Zusammenhang mit Transparenzverpflichtungen genannt. Art. 69 Abs. 1 EECC enthält nicht ausdrücklich ein Antragsrecht für Wettbewerber, weder in der englischen noch in der deutschen Fassung. Regelungsgegenstand dieser Norm ist die Kompetenz für NRB marktmächtigen Unternehmen zu verpflichten, Informationen veröffentlichen müssen, insbesondere in Bezug auf Änderungen bedingt durch Abschaltung und Migration.

Die systematische Auslegung des Art. 69 EECC, der einen ausdrücklichen Bezug zur -Migration von herkömmlichen Infrastrukturen- aufweist, lässt nicht auf ein Antragsrecht schließen.

Systematische Auslegung (EU-Grundrechte-Charta)

Ein Antragsrecht von anderen Unternehmen als dem marktmächtigen Unternehmen zur Einleitung einer Abschaltung//Kupfer-Glasmigration des marktmächtigen Unternehmens stellte einen Eingriff in

- die Unternehmerische Freiheit nach Art. 16 EU-Grundrechte-Charta, sowie
- das Eigentumsrecht nach Art. 17 EU-Grundrechte-Charta (EU-GrCha)

dar.

Gem. Art. 16 EU-GrCha wird die unternehmerische Freiheit nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften

und Gepflogenheiten anerkannt. Das für den Fall der Migration bei Außerbetriebnahme oder Erstsetzung von regulierten Netzteilen des marktmächtigen Unternehmens anwendbare Gemeinschaftsrecht ist Art. 81 EECC. Dieser sieht kein Antragsrecht anderer Unternehmen als dem marktmächtigen vor. Art. 81 EECC enthält auch keine Öffnungsklausel für Mitgliedsstaaten in diesem Zusammenhang eigene, nationale Gesetze zu erlassen, vor. Demnach würde ein Antragsrecht anderer Unternehmen (als dem marktmächtigen) das Recht der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 EU-GrCha des marktmächtigen Unternehmens, dessen regulierte Netzteile außer Betrieb genommen werden sollen, eingreifen. Dieser Eingriff durch die Einräumung eines Antragsrechts erfolgte ohne unionsrechtliches Gesetz, und auch nicht auf Grund eines solchen Gesetzes. Daher wäre ein nationales Gesetz mit einem solchen Antragsrecht *de lege lata* unionsrechtswidrig.

Nach Art. 17 EuGrCha hat jede Person das Recht, ihr rechtmäßig erworbenes Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, sowie gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums. Die Nutzung des Eigentums kann gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.

Dieses Grundrecht ist auf Unternehmen anwendbar, vgl. EuGH C-398/13, C-98/14. Nach Art. 17 Satz 2 EuGrCha darf niemandem sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, sowie gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums. Ein Antragsrecht anderer Unternehmen als dem marktmächtigen Unternehmen, dass gegen dessen Willen zu einer Außerbetriebnahme regulierter Teilnetze führte, stünde einer Enteignung gleich. Denn das marktmächtige Unternehmen könnte mit diesen Netzteilen keine Erträge mehr erzielen, weder mit eigenen Kunden noch über die Vorleistungsnachfrager.

Erträge aus diesen Netzteilen fallen nach Auffassung des EuGH unter das Eigentum nach Art. 17 EUGrCha, wenn durch die Nutzung dieser Netzteile bereits Erträge erzielt worden. Hier erzielt das marktmächtige Unternehmen Erträge aus den Kupfernetzteilen mittels eigener Kunden und durch Vermietung an Vorleistungsnachfrager, die eigene Kunden über dieses Netz versorgen.

Das Antragsrecht anderer Unternehmen wäre also Eingriff in das Eigentum des marktmächtigen Unternehmens. Dieser Eingriff müsste gem. nach Art. 17

EUGrCha durch ein Gesetz vorgesehen sein. Art. 81 EECC enthält kein Antragsrecht anderer Unternehmen. Die Norm enthält auch keine Befugnis der Mitgliedsstaaten ein Antragsrecht einzuführen. De lege lata ist ein solches Antragsrecht nicht mit dem EU-Recht vereinbar.

Ein Gesetz, dass ein Antragsrecht und somit einen Eingriff in das Eigentum des marktmächtigen Unternehmens vorsähe, müsste auch nach Art. 17 Satz 2 EuGrCha Bedingungen für die Enteignung festlegen sowie eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums regeln. Art. 81 EECC enthält weder Bedingungen für eine noch eine Entschädigung.

Ein Antragsrecht Dritter wäre nach geltendem Recht weder mit Art. 16 noch Art. 17 der EU-Grundrechte-Charta konform.

Ergebnis: Das geltende europäische Recht sieht kein Antragsrecht vor und die Einführung mittels nationaler Rechtsgrundlage wäre ein Verstoß gegen das geltende EU-Recht, konkret Art. 81 EECC und gegen die Art. 16 und Art. 17 der EU-Grundrechte-Charta.