

〔研究ノート〕

ヨーロッパとドイツの規整コンセプトの衝突
——電気通信分野における法律の留保を題材に——

異 智 彦

0. はじめに
1. ヨーロッパ法とドイツ電気通信法
 1. 1 ヨーロッパ法と加盟国法の関係
 1. 1. 1 欧州連合の権限
 1. 1. 2 指令 (Richtlinie) と加盟国の義務
 1. 2 市場規整の手続
 1. 2. 1 枠組指令と手続の段階化
 1. 2. 2 枠組指令と協議手続
 1. 3 具体的な規整手段
 1. 3. 1 アクセス指令と接続規整、接続料規整
 1. 3. 2 ユニバーサルサービス指令と末端価格規整、ユニバーサルサービス規定
 1. 3. 3 補論：許可指令
2. 電気通信法をめぐるヨーロッパとドイツの対立
 2. 1 2004 年電気通信法をめぐる対立
 2. 1. 1 2005 年 4 月 12 日の意見——枠組指令およびアクセス指令
 2. 1. 1. 1 アクセス指令 8 条 1 項、2 項および 4 項ならびに 13 条 1 項の転換義務違反
 2. 1. 1. 2 アクセス指令 8 条 1 項、2 項および 4 項ならびに 9 条 2 項の転換義務違反
 2. 1. 1. 3 枠組指令 16 条 4 項の転換義務違反

ヨーロッパとドイツの規整コンセプトの衝突

2. 1. 2 2005年12月15日の意見——ユニバーサルサービス指令
2. 1. 3 欧州委員会意見への対応
 2. 1. 3. 1 2007年電気通信法改正
 2. 1. 3. 2 連邦行政裁判所による指令適合的解釈
2. 2 2007年電気通信法改正をめぐる対立
 2. 2. 1 欧州司法裁判所による指令違反の認定
 2. 2. 2 2011年および12年電気通信法改正
3. 結びに代えて——法律の留保をめぐる対立

主要参照条文

欧州連合条約 (EUV)

欧州連合運営条約 (AEUV)

欧州共同体設立条約 (EGV)

枠組指令 (Rahmenrichtlinie)

アクセス指令 (Zugangsrichtlinie)

ユニバーサルサービス指令 (Universaldienstrichtlinie)

許可指令 (Genehmigungsrichtlinie)

2004年電気通信法 (TKG 2004)

2007年改正電気通信法 (TKG 2007)

2012年改正電気通信法 (TKG 2012)

0. はじめに

本稿は、前稿「規整法 (Regulierungsrecht) について——電気通信分野を中心に」に引き続き、ドイツ公法学における規整法 (Regulierungsrecht) という問題領域を紹介し、そこで提起されている行政作用法上の問題に分析を加えるものである。

前稿の繰り返しとなるが、規整法とは、その定義ないし範囲について未だ意見の一致を見ないものの、大まかに言えば、自然独占が発生するネットワーク産業分野を中心に、当該サービス市場において事業者間の競争を創出し、かつ当該サービスの十分な質および量を確保すべくなされる、事前および事後の行政規制を取り扱う法分野である。典型的には、電力、ガス、電気通信、郵便および鉄道に対する法が、規整法の名の下に論じられ

ている。規整法という問題領域は、一方で競争市場の創出ないし競争の促進に関わる規制と、他方で当該市場で供給されるサービスの質および量の確保に関わる規制との組み合わせのあり方を主題化し、併せて私法学と公法学の協働を促すものであり、とりわけ、事業規制に関する行政法規（経済行政法）と競争法との関係という古典的かつ現代的な論点の処理の一例を示している⁽¹⁾。

規整法が公法学にもたらした具体的な論点については、すでに若干の紹介がなされている⁽²⁾。本稿はそのうち、行政作用法上の論点として、法律の留保ないし行政裁量に関わる問題を取り上げる⁽³⁾。また、規整法と論じられている個別の法のうち、本稿では電気通信分野の法を取り上げる⁽⁴⁾。下記で見る通り、ドイツの電気通信分野を規律する電気通信法（Telekommunikationsgesetz: TKG）は、ヨーロッパ法から法律の留保ないし行政裁量に関わる重大な理論的挑戦を受けており、これを紹介することは、日本における法律の留保ないし行政裁量に関する理論的問題の分析を深めるためにも役立つ。

※本稿は在外研修中に執筆したものであり、日本における先行研究との接続、文献の網羅性に欠ける部分があるが、引き続き研究成果を公表することで補うこととしたい。

-
- (1) 巽智彦「規整法（Regulierungsrecht）について——電気通信分野を中心に」成蹊法学 89号 251頁（2018）。電気通信法に則して規整法の意義を敷衍するものとして、*Jens-Peter Schneider*, in: Michael Fehling/ Matthias Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 8 Rn.3ff.
 - (2) 山本隆司「行政法システムにおける市場経済システムの位置づけに関する緒論」加藤一郎先生追悼『変動する日本社会と法』23頁、32頁以下（有斐閣、2011）。
 - (3) 先行業績として、高田倫子「行政による法の適用の再構成（1）（2・完）——ドイツにおける規整裁量をめぐる論争を手がかりに」中京法学 50巻 2号 145頁、3・4号 273頁（2015-16）。
 - (4) 邦語による概観として、沢田克己「ドイツ電気通信法における市場規制と消費者保護」岸井大太郎＝鳥居昭夫編『情報通信の規制と競争政策——市場支配力規制の国際比較』215頁（白桃書房、2014）。

1. ヨーロッパ法とドイツ電気通信法

ヨーロッパでは、1980年代以降、電気通信市場の自由化および統合が推し進められてきた。ドイツの電気通信法は、その下で大規模に変容を被ってきた⁽⁵⁾。その結果、現在のドイツ電気通信法は、EU法の規定によって「完全に本質的に事前規定されている (ist … ganz wesentlich vorgeprägt)」とも言われる⁽⁶⁾。

以下では、電気通信法に係るヨーロッパ法⁽⁷⁾と加盟国法との関係を整理したのち (1. 1)、加盟国の電気通信法を大幅に変更させることとなった2002年の電気通信指令パッケージ (TK-RL-Paket 2002) の規律のうち、市場規整 (Marktregulierung) の手続に関わるもの (1. 2) と具体的な規整手段に関わるもの (1. 3) を概観する。後二者はヨーロッパとドイツが対立する具体的な争点として、本稿で中心的に取り扱われる (2 参照)。

1. 1 ヨーロッパ法と加盟国法の関係

1. 1. 1 欧州連合の権限

欧州連合条約は、条約によって欧州連合に授権されていない権限が加盟国に留保されることを明確にした (Art.4 Abs.1, Art.5 Abs.2 S.2 EUV)。逆に言えば、欧州連合はそもそも、条約によって授権された権限しか行使

(5) 参照、Hans-Heinrich Trute (徳本広孝訳)「電気通信法——欧州化する経済行政法の一例」明治学院大学法学研究 80 号 67 頁、69 頁以下 (2006)。ドイツ電気通信法の発展史について詳細には、*Matthias Cornils*, in: Martin Geppert/Raimund Schütz (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4.Aufl., 2013, Einl. A. Rn.26ff. しばしば電気通信と比較される電力事業ないしエネルギー法に関する浩瀚な比較法研究として、*Jens-Peter Schneider*, *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation – Eine vergleichende Untersuchung zur Reform des britischen, US-amerikanischen, europäischen und deutschen Energierechts*, 1999.

(6) *Jürgen Kühling et al.*, *Telekommunikationsrecht*, 2.Aufl., 2014, Rn.1.

(7) 本稿では、「ヨーロッパ法」という用語を、欧州共同体に関わる法 (EC 法) および欧州連合に関わる法 (EU 法) の包括概念として使用する。参照、伊藤洋一「EC 条約規定の直接適用性」法教 263 号 106 頁、106-107 頁 (2002)。

することができない。当該権限を確定するにあたっては、「限定された個別授權の原則 (Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung)」が妥当する (Art.5 Abs.1 S.1 EUV)。すなわち、欧州連合は、加盟国が条約において条約の目的を達成するために連合に委ねた権限の範囲内でのみ活動する (Art.5 Abs.2 S.1 EUV)。言い換えれば、欧州連合が活動するにあたっては、個別の条約上の法的根拠が必要である⁽⁸⁾。これらの権限配分のあり方は、基本的にはリスボン条約前の法状況を明確化したものとされ⁽⁹⁾、欧州連合の前身たる欧州共同体も、同様の法状況の下で活動していたものと理解することができる⁽¹⁰⁾。

実際のところ、欧州共同体は、公企業に関する競争法的規律を実施するために欧州委員会に与えられた権限 (Art. 106 Abs. 3 AEUV, ex-Art. 86 Abs. 3 EGV)⁽¹¹⁾に基づくいわゆる自由化指令 (Liberalisierungsrichtlinien) により、電気通信市場の国家独占を解消したのち、域内市場を創出しなしいし機能させるために欧州議会 (Das Europäische Parlament) および理事会 (Der Rat) に与えられた権限 (Art. 114 Abs.1 AEUV, ex-Art. 95 Abs.1 EGV)⁽¹²⁾に基づくいわゆる調和化指令／規則 (Harmonisierungsrichtlinien und -verordnungen) によって、電気通信に関する法の調和ないし統一を図ってきた⁽¹³⁾。現在のヨーロッパの電気通信法を形作っているのは、欧州議会と理事会が後者の権限に基づき発出した⁽¹⁴⁾、2002年の

(8) 中西優美子『EU法』110頁 (新世社、2012)。

(9) 中西・前掲註8) 105頁以下。より詳しくは、中西優美子「リスボン条約—EUと構成国の権限関係を中心に」同『EU権限の法構造』5頁、7頁以下 (信山社、2013) [初出：2008]。

(10) 欧州共同体ないし欧州連合の権限と加盟国の憲法原理との関係は、とりわけドイツにおいては論争的なテーマである (Vgl., *Stefan Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischen Einfluß, 1999, S.183ff.)。独仏西の比較法分析として、*Alina Berger*, Anwendungsvorrang und nationale Verfassungsgerichte, 2016。また、この問題に密接に関わる「加盟国の手続の自律」について、*Christoph Krönke*, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2013。

(11) *Rudolf Streinz*, Europarecht, 10.Aufl., 2016, Rn.1093。

(12) *Streinz*, aa.O. (Anm. 11), Rn. 974ff. 中西・前掲註8) 100頁以下。

(13) *Jürgen Kühling*, in: Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 24 Rn.7ff.; *Robert Klotz*, in: Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz Kommentar, 3.Aufl., 2013, Einl. II Rn.3ff.

電気通信指令パッケージ (TK-RL-Paket 2002) および 2009 年の電気通信レビュー立法パッケージ (Legislativpaket TK-Review 2009) である⁽¹⁵⁾。

1. 1. 2 指令 (Richtlinie) と加盟国の義務

電気通信に関する法の調和ないし統一の手段として活用されている指令 (Richtlinie) は、欧州共同体ないし欧州連合の採択する法行為 (Rechtsakte) の一種であり (Art. 288 UAbs.1 AEUV, ex-Art. 249 UAbs.1 EGV)、「その名宛人である加盟国すべてにとって、達成すべき目的の観点において拘束的である。しかし、形式および手段の選択は、加盟国内の諸機関に委ねられる」ものとされている (Art.288 UAbs.3 AEUV, ex-Art. 249 UAbs.3 EGV)。

指令は通例、一定の期限までに指令の規定内容を国内法に転換する義務を加盟国に負わせるものである⁽¹⁶⁾。この期限までに転換がなされなかった場合や、不十分にしか転換がなされなかった場合には、欧州委員会は条約違反手続を開始することによって、指令の転換義務の十分な履行を加盟

(14) *Grussmann/Honekamp*, in: Geppert/ Schütz (Hrsg.) a.a.O. (Anm. 5), Einl. B. Rn.100. ただし、欧州委員会の発出した競争指令 (Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste) は前者の権限に基づく (*Klaus Ferdinand Gärditz*, in: Klaus-Dieter Scheurle/ Thomas Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz Kommentar, 3.Aufl., 2018, Rn.2)。また、*Martin Nettesheim*, in: Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz Kommentar, 2.Aufl., 2006, Einl. III Rn. 81 はユニバーサルサービス指令も部分的に前者の権限に関わるとしている。なお、ヨーロッパ横断的ネットワーク構築権限 (Art. 170ff. AEUV) との関係についても議論がある (*Gärditz*, a.a.O. Rn.15ff.)。

(15) 電気通信にかかるヨーロッパ法の規律の概観として、*Jürgen Kühling*, Telekommunikationsrecht, in: Matthias Ruffert (Hrsg.), Europäisches sektorales Wirtschaftsrecht (Enzyklopädie Europarecht Bd.5), § 4 Rn.13ff.; *Klotz*, in: Säcker (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 13), Einl. II; *Grussmann/ Honekamp*, in: Geppert/ Schütz (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 5), Einl. B.; *Klaus Ferdinand Gärditz*, in: Klaus-Dieter Scheurle/ Thomas Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz Kommentar, 3.Aufl., 2018, Einf. II. 特に両パッケージの制定過程に関して、*Klotz*, in: Säcker (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 13), Einl. II Rn. 45 ff.; *Grussmann/ Honekamp*, in: Geppert/ Schütz (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 5), Einl. B., Rn.29ff.

(16) 中西・前掲註8) 116頁。

国に求めることになる。条約違反手続とは、加盟国が条約上の義務を履行していないと欧州委員会が思料する場合に、欧州委員会が加盟国に対して理由付き意見 (eine mit Gründen versehene Stellungnahme) を表明し、加盟国がそれに従わない場合には欧州委員会が欧州司法裁判所 (EuGH) へ訴え出ることを認める制度である (Art. 258 AEUV, ex-Art. 226 EGV)⁽¹⁷⁾。欧州司法裁判所が条約違反手続に基づく判決によって加盟国の条約上の義務違反を認定した場合、当該加盟国は当該判決から生じる措置を取らなければならない (Art. 260 Abs.1 AEUV, ex-Art. 228 Abs.1 EGV)。この措置を怠る場合には、欧州委員会は再び欧州司法裁判所に事件を付託することができ、加盟国は一括違約金または強制課徴金を支払う義務を負うこととなり得る (Art. 260 Abs. 2 AEUV⁽¹⁸⁾, ex-Art. 228 Abs.2 EGV)。

実のところ、2002 年の電気通信指令パッケージの転換に関しては、欧州委員会はドイツを含む多くの加盟国に対して転換義務違反を理由とした条約違反手続を開始していた。ドイツについては、2004 年の電気通信法の制定により、当該手続が取り下げられることとなった⁽¹⁹⁾。

1. 2 市場規整の手続

現行の 2004 年電気通信法以来導入されている市場規整 (Marktregulierung) の手続は、2002 年の電気通信指令パッケージ中の枠組指令 (Rahmenrichtlinie)⁽²⁰⁾ が要求する手続を転換する形で設けられたものである。

1. 2. 1 枠組指令と手続の段階化

枠組指令は、欧州委員会による「重要な製品市場およびサービス市場に

(17) 中西・前掲註 8) 173 頁以下。

(18) リスボン条約により、欧州委員会は加盟国の判決履行義務違反を認めた場合に直接欧州裁判所に事件を付託できるようになった。中西・前掲註 8) 177 頁。

(19) 全体像は *Klotz*, in: *Säcker* (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 13), Einl. II, Rn.51 に詳しい。

(20) Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste.

関する勧告 (Empfehlung in Bezug auf relevante Produkt- und Dienstmärkte)⁽²¹⁾ (15 条 1 項) および「市場分析ないし重大な市場支配力の評価のための指針 (Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht)⁽²²⁾ (15 条 2 項) の発出を予定したうえで、「国内規整庁は、当該勧告および当該指針を最大限考慮し (unter weitestgehender Berücksichtigung der Empfehlung und der Leitlinien)、競争法の諸原理に調和するように、国内の諸事情に対応した重要な市場 (die relevanten Märkte) ——とりわけその領域内で重要な地理的市場——を確定する (festlegen)」(15 条 3 項 1 文)、「国内規整庁は、当該勧告または場合によりその具体化のあと可能な限り早く、当該指針を最大限考慮して、重要な市場の分析 (eine Analyse der relevanten Märkte) を実施する」(16 条 1 項 1 文)、「加盟国規整庁がユニバーサルサービス指令 16 条ないし 19 条、またはアクセス指令 7 条および 8 条に従って事業者に対する義務付けを発出する、維持する、変更するまたは取り消すか否かを確定しなければならない場合、同庁は本条 1 項に従った市場分析に基づいて、重要な市場において実効的な競争 (wirksamer Wettbewerb) が存在するか否かを調査する」(16 条 2 項 1 文)、「加盟国規整庁がある重要な市場において実効的な競争が存在しないことを確定した場合、同庁は 14 条に従って当該市場において重大な市場支配力 (beträchtliche Marktmacht) を有する事業者を調査し、当該事業者に本条 2 項に従った適切な個別の義務付け (geeignete spezifische Verpflichtungen) を発し、またはそれが既に存在する場合にはそれを変更し若しくは維持する (16 条 4 項)」と定める。

2004 年電気通信法は、以上の指令の内容を整理し、「実効的な競争 (wirksamer Wettbewerb)」が存在しない市場に市場規整 (Marktregu-

(21) 2014/710/EU: Empfehlung der Kommission vom 9. Oktober 2014 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.

(22) 2002/C165/03: Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste.

lierung) を及ぼすこととし (§ 9 Abs.1 TKG)、当該市場において「著しい市場支配力 (beträchtliche Marktmacht)」を有する事業者を連邦伝送網庁の処分に服さしめる (§ 9 Abs.2 TKG) こととしたうえで、 γ 反競争性を除去するためのエンフォースメントを行う (規整処分 (Regulierungsverfügung) : § 13 TKG) 前に、 α 検討対象市場の確定 (市場画定 (Marktdifinition) : § 10 TKG)、 β 当該市場における反競争性 (および正当化事由) の有無の審査 (市場分析 (Marktanalyse) : § 11 TKG) を配置し、手続を明確に段階化した⁽²³⁾。

1. 2. 2 枠組指令と協議手続

他方で、枠組指令は、上記のように段階化された市場規整の手続に、利害関係を有する国内第三者との協議手続 (Konsultationsverfahren)、および EU-加盟国および加盟国間の安定化手続 (Konsolidierungsverfahren) を仕組むことを要請している。具体的には、一方で、同指令 6 条は、加盟国規整庁が利害関係を有する者に、一定の期限内に措置草案に対する意見を述べる機会を与えるよう求めている。他方で、同指令 7 条は、「加盟国規整庁は、すべての加盟国においてこの指令および関係指令の規定の一貫した適用を保障するために、互いになし欧州委員会と透明性を保ちながら協調することで、域内市場の発展に貢献する」(2 項) と定めている。2009 年の改正⁽²⁴⁾により、7 条 5 項及び 6 項、7a 条、7b 条が追加され、とりわけ安定化手続が詳細化された⁽²⁵⁾。これらの手続は、電気通信法 12 条および 13 条において転換されている。具体的には、市場画定および市場分析の草案 (§ 12 Abs. 1 u. 2 TKG) および規整処分の草案 (§ 13 Abs. 1 u. 4 TKG) について、それぞれ協議手続と安定化手続とを踏むこととされている⁽²⁶⁾。このうち安定化手続においては、他国規整庁や欧

(23) BT-Dr. 15/2316, S.60f.

(24) Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste.

(25) Kühling et al., aa.O. (Anm. 6), Rn. 12, 225ff.

州委員会が加盟国規整庁の判断に介入することが認められることになり、これはドイツの行政法学に大きな理論的インパクトを与えた⁽²⁷⁾。

1. 3 具体的な規整手段

枠組指令 16 条 4 項 1 文に示されているように、枠組指令で予定された市場規整の手続は、対象事業者に対する「適切な個別的な義務付け」の発出に向けられている。当該「義務付け」の詳細を定めるのは、同じく枠組指令 16 条 2 項 1 文に例示されている、アクセス指令やユニバーサルサービス指令といった、指令パッケージ中の個別指令群である⁽²⁸⁾。

個別指令群の要求する規律は、部分的には既にドイツの 1996 年電気通信法の規律に含まれていた。たとえば、指令パッケージの制定以前から、ドイツの電気通信法はネットワーク接続規整 (§ § 33-39 TKG 1996)⁽²⁹⁾や接続料規整 (§ § 23-32 TKG 1996)⁽³⁰⁾、ユニバーサルサービス (§ § 17-22 TKG 1996)⁽³¹⁾、顧客保護 (§ § 40-42 TKG 1996)⁽³²⁾の規定を用意して

(26) 安定化手続は、連邦伝送網庁が他国規整庁および欧州委員会の見解 (Stellungnahme) を最大限考慮しなければならないとされる、いわゆる考慮手続 (Berücksichtigungsverfahren: Art. 7 Abs.3 u. 7 Rahmenrichtlinie, § 12 Abs.2 Nr.2 TKG) と、欧州委員会が拒否権を有する、いわゆる拒否権手続 (Veto-Verfahren: Art. 7 Abs. 4-6 Rahmenrichtlinie, § 12 Abs.2 Nr.3) とに分かれる。なお、規整処分の草案に対する安定化手続においては、拒否権手続は存在しない (Vgl., § 13 Abs.4 TKG)。この点に関しては、2009 年の電気通信レビュー立法パッケージの制定過程において、欧州委員会と加盟国との間で議論が交わされたようである。Vgl., *Kühling et al.*, a.a.O. (Anm. 6), Rn.249.

(27) Vgl. z.B. *Hans-Heinrich Trute*, Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation - ein neues Modell europäisierter Verwaltung, in: Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag, 2004, S.565 (568f., 572ff.); *Karl-Heinz Ladewig/ Christoph Möllers*, Der europäische Regulierungsverbund der Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht, DVBl. 2005, S.525 (527f.). エネルギー分野を主たる素材とした詳細な研究として、*Karsten Herzmann*, Konsultationen - eine Untersuchung von Prozessen kooperativer Maßstabskonkretisierung in der Energieregulierung, 2010.

(28) *Kühling et al.*, a.a.O. (Anm. 6), Rn.16ff.

(29) *Hans-Heinrich Trute*, in: Hans-Heinrich Trute et al. (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz mit FTEG Kommentar, 2001, S.273ff.

(30) *Wolfgang Spoerr*, in: Trute et al. (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 29), S.212ff.

(31) *Wolfgang Bosch*, in: Trute et al. (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 29), S.189ff.

いた⁽³³⁾が、立法者は既存の規定の改正では指令パッケージの要請に応えられないと見、新しい法律の制定という形で個別指令群の転換を行った⁽³⁴⁾。

1. 3. 1 アクセス指令と接続規整、接続料規整

まず、アクセス指令 (Zugangsrichtlinie⁽³⁵⁾) は、加盟国規整庁によるネットワーク事業者に対する各種の義務付けを予定したうえで (4条1項、8条1項)、当該義務付けの内容ないし事業者の義務として、エンドユーザーへの接続義務 (5条1項 a)、透明性義務 (9条)、平等取り扱い義務 (10条)、会計分離義務 (11条)、接続義務 (12条) を定める。これらの規定は電気通信法の接続規整の規定によって転換されている (16条ないし 26条)⁽³⁶⁾。そのほか、アクセス指令は、接続料がエンドユーザーにとって過度に高額であったり、不当に差別的であったりする場合に、加盟国規整庁による価格統制を要求している (13条)。この規定は電気通信法の接続料規整の規定によって転換されている (27条ないし 38条)⁽³⁷⁾。

ドイツの電気通信法との関係で重要なのは、アクセス指令が、接続規整についても接続料規整についても、加盟国規整庁 (die nationalen Regulierungsbehörden) を規整の主体として明記している点である。たとえば、接続規整および接続料規整のための義務付け措置の一般規定である 8

(32) *Bosch*, in: Trute et al. (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 29), S.355ff.

(33) TKG 1996 の接続規整についての詳細な研究として、*Matthias Röhl*, Die Regulierung der Zusammenschaltung – Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Zusammenschaltungsanordnung nach §§ 35, 36, 37 Telekommunikationsgesetz durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, 2002. 同法の特別濫用監視 (§ 33 TKG 1996) の合憲性に焦点を当てたものとして、*Sonja Kallmayer*, Netzzugang in der Telekommunikation – Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 33 TKG, 2004. 同法の料金規整についての詳細な研究として、*Barbara Stamm*, Die Entgeltregulierung im Telekommunikationsgesetz, 2001.

(34) BT-Dr. 15/2316, S.1.

(35) Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung.

(36) BT-Dr. 15/2316, S.64 ff.

(37) BT-Dr. 15/2316, S.66 ff.

条1項は、「加盟国は、加盟国規整庁に、9条ないし13条に掲げる義務付けを発するための権限を確保する」と規定している。9条1項や13条1項も同様である。とりわけ欧州委員会の解釈によれば、こうした規定は加盟国に、加盟国規整庁が指令の目的を達成するために必要な措置を行う権限を確保することを求めるものであり、この点はドイツの立法者の理解との関係で問題にされることとなる(2. 1. 1参照)。

1. 3. 2 ユニバーサルサービス指令と末端価格規整、ユニバーサルサービス規定

次に、ユニバーサルサービス指令(Universaldienstrichtlinie⁽³⁸⁾)は、加盟国に、全てのエンドユーザーに対して支払い可能な価格で一定の品質を利用可能とすること(3条1項、9条1項)、公的電話回線への接続において安定した水準を確保すること(4条1項)等を求め、併せて消費者保護の観点からいくつかの規定を置いている(20条以下)⁽³⁹⁾。ドイツはこれを、主としてユニバーサルサービス規定(78条以下)および顧客保護(Kundenschutz)規定(44条以下)によって転換した⁽⁴⁰⁾。

他方で、ユニバーサルサービス指令は、エンドユーザー向け市場の適正化のために加盟国規整庁に「適切な規整の義務付け(geeignete regulatorische Verpflichtungen)」を行うように配慮することを求めている(17条1項)。この部分は、末端価格規整の規定(39条)によっても転換されている。そしてこの点もまた、規整庁の権限に関する欧州委員会とドイツとの見解の相違が浮き彫りとなる争点となった(2. 1. 2参照)。

1. 3. 3 補論：許可指令

そのほか、以下で見るような先鋭なヨーロッパとドイツの対立がみられるわけではないが、ドイツの電気通信法に重要な転機をもたらしたものと

(38) Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten.

(39) 経緯も含め参照、青木淳一「電気通信分野の市場自由化とユニバーサルサービス」法学研究81巻12号1頁、9頁以下(2008)。

(40) 経緯も含め参照、青木淳一「ドイツ電気通信法制の変遷とユニバーサルサービス」慶應義塾大学法学研究80巻12号173頁、182頁以下(2007)。

して、許可指令 (Genehmigungsrichtlinie⁽⁴¹⁾) がある。

許可指令 3 条は、「加盟国は、電気通信ネットワークおよびサービスをこの指令に規定された条件に沿って提供する自由を保障する。加盟国は、事業者が条約 46 条 1 項に規定する理由⁽⁴²⁾から必要である場合に限り、事業者が電気通信ネットワークまたはサービスの提供を禁止することができる」(1 項) としたうえで、「電気通信ネットワークまたはサービスの提供は・・・一般許可 (Allgemeingenehmigung) のみに掛からしめられる。関係事業者には、申請を要求することができるが、当該許可に結びつけられた権利の行使の前に加盟国規整庁の明確な判断や他の行政行為を得ることを求めてはならない」(2 項 1 文) と規定する。ドイツの 1996 年旧電気通信法は、電気通信に関する一定の事業に許可制を導入していた (§ 6 TKG 1996)⁽⁴³⁾。この規定は、上記の許可指令の転換に当たって削除され、新たに事業開始、変更ないし廃止の際の届出の仕組みが設けられた (§ 6 TKG)⁽⁴⁴⁾。

2. 電気通信法をめぐるヨーロッパとドイツの対立

2002 年の電気通信指令パッケージ (TK-RL-Paket 2002) の転換を行った 2004 年電気通信法に対しては、欧州委員会から様々な疑義が表明された。ここで立ち現れるヨーロッパとドイツの立場の違いは、法律の留保をめぐる理論的な対立として興味深いものである (3 参照)。以下では、欧州委員会が開始した、2004 年電気通信法 (2. 1) およびその 2007 年改正 (2. 2) に対する条約違反手続を具体的に分析し、双方の対立点を具体的に明らかにする。

(41) Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste.

(42) 同条項には「公の秩序、安全または健康の理由 (Gründe (n) der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit)」が挙げられている (Art. 46 Abs.1 EGV)。

(43) Vgl. *Spoerr*, in: Trute et al. (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 29), vor § 6.

(44) BT-Dr. 15/2316, S.59f.

2. 1 2004年電気通信法をめぐる対立

2004年電気通信法の制定後まもなく、欧州委員会はいくつかの条文について条約違反手続を開始している。

2. 1. 1 2005年4月12日の意見——枠組指令およびアクセス指令

まず、2004年10月18日、欧州委員会はドイツに対して、電気通信法による枠組指令およびアクセス指令の転換についての懸念を表明したところ、ドイツは同年12月21日、電気通信法の諸規定は同指令に完全に適合している旨の反論を行った。そこで欧州委員会は、以下のような内容の理由付き意見を表明した⁽⁴⁵⁾。

2. 1. 1. 1 アクセス指令8条1項、2項および4項ならびに13条1項の転換義務違反

アクセス指令8条2項は、加盟国規整庁に、市場支配力を有すると認定された事業者に対して「必要な範囲で (im erforderlichen Umfang)」各種の義務付けを行う権限を付与しており、かつ加盟国規整庁を義務付け判断の主体として明記している。また同条4項は、この義務付けが問題の態様 (der Art des aufgetretenen Problems) に応じて、かつ枠組指令の目的に沿ってなされることを要求している。欧州委員会曰く、こうした規定と併せ見るならば、同条1項および13条は、いかなる義務付けを為すかを加盟国規整庁が単独で (allein) 判断すること、すなわちいかなる義務付けが適切で法の枠組みに適合するかについて、加盟国規整庁に完全な裁

(45) *Kommission*, Stellungnahme v. 12.4.2005, C (2005) 1196: Mit Gründen versehene Stellungnahme - gemäß Artikel 226 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft gerichtet an die Bundesrepublik Deutschland wegen unzulässiger Beschränkung des Ermessensspielraumes, der der deutschen nationalen Regulierungsbehörde im Einklang mit den Richtlinien 2002/21/EG und 2002/19/EG zusteht. 当該文書は欧州委員会への情報公開請求 (GestDem 2019/0579) により入手した (Ref. Ares (2019) 1050702 - 20/02/2019)。

量余地 (der volle Ermessensspielraum) を与えることを求めている。言うなれば、加盟国規整庁には実効的な競争を保障するに際しての「傑出した役割 (eine herausragende Rolle)」が与えられている。言い換えれば、アクセス指令は加盟国規整庁以外の機関に義務付け判断の権限を委譲する余地を認めておらず、立法者がこの裁量余地を制限することは認められない⁽⁴⁶⁾。

しかし、これらの規定を転換したドイツの電気通信法は、法律が加盟国規整庁にいかなる措置を特定の事案において取るべきかを指示することで、加盟国規整庁の裁量余地を狭めている。欧州委員会が問題としている条文は、事前料金規整および事後料金規整の仕組みを定める30条である。すなわち、30条1項1文が、接続料金の事前許可を一定の事例において常に必要としている点、同2文および30条3項が、事後料金規整で足りる場合を一定の場面に限定している点が、上記のアクセス指令の諸規定に反するとされる⁽⁴⁷⁾。具体的には、当時の30条1項は、①重大な市場支配力を有する公的電気通信網事業者が21条によりアクセス義務を課された場合の料金について、原則として「規整庁による許可 (Genehmigung) に服する」(1文)としたうえで、「当該事業者が同時にエンドユーザー向け市場においても市場支配力を有している」等の一定の場合に限り、「規整庁は・・・当該料金を事後規整に服さしめるべきである (soll)」(2文)と規定していた。また同3項は、②当該事業者が21条によりアクセス義務を課されたものではない場合の料金について、すべからく「事後料金規整に服する」ものとしていた。また欧州委員会は、③30条1項2文の掲げる事後料金規整の要件も、指令の趣旨に反すると指摘している⁽⁴⁸⁾。

2. 1. 1. 2 アクセス指令8条1項、2項および4項ならびに9条2項の転換義務違反

アクセス指令9条2項は、加盟国規整庁は、とりわけ平等取り扱い義務を負う事業者に対して、標準申込書の公表 (die Veröffentlichung eines Standardangebots) を要求することができる (können ... verlangen) としている。これに対して、電気通信法23条1項1文は、「規整庁は、重大

(46) *Kommission*, aa.O. (Anm.45), S.5ff.

(47) *Kommission*, aa.O. (Anm.45), S.8.

(48) *Kommission*, aa.O. (Anm.45), S.11ff.

な市場支配力を有し 21 条の接続義務に服する公的電気通信網事業者に対し、一般的な需要 (eine allgemeine Nachfrage) が存在する接続サービスの標準申込書の公表を義務付けなければならない (soll … verpflichten)」としている。

欧州委員会曰く、当該条文は以下の三点において指令に違反している。すなわち、①同条が 21 条の接続義務に服する事業者を対象としており、19 条の平等取り扱い義務のみを課せられた事業者を対象としていない点、②同条が「義務付けなければならない (soll … verpflichten)」と規定しており、規整庁の裁量余地を狭めている点、③同条が一般的な需要の存在する接続サービスのみを対象としている点、である⁽⁴⁹⁾。

2. 1. 1. 3 枠組指令 16 条 4 項の転換義務違反

枠組指令 16 条は、加盟国規整庁がユニバーサルサービス指令やアクセス指令に規定する義務付けをする際に、市場分析に基づいた「実効的な競争」の調査を行うこととしたうえで (2 項)、同庁が「実効的な競争」が存在しないことを確定した場合、重大な市場支配力を有する事業者を調査し、当該事業者に本条 2 項に従った適切な個別的な義務付け (geeignete spezifische Verpflichtungen) を発することを規定している (4 項)。欧州委員会曰く、ドイツは義務付けに際しての規整庁の裁量を狭めていることで、アクセス指令 8 条、9 条および 13 条の転換義務違反が認められ、これは同時に枠組指令 16 条 4 項の転換義務の違反ともなる⁽⁵⁰⁾。

2. 1. 2 2005 年 12 月 15 日の意見——ユニバーサルサービス指令

他方で、2005 年 4 月 19 日、欧州委員会はドイツに対して、電気通信法によるユニバーサルサービス指令の転換についての懸念を表明したところ、ドイツは同年 6 月 17 日、電気通信法の諸規定は同指令に完全に適合している旨の反論を行った。そこで欧州委員会は、以下のような内容の理由付き意見を表明した⁽⁵¹⁾。

(49) *Kommission*, a.a.O. (Anm.45), S.14ff.

(50) *Kommission*, a.a.O. (Anm.45), S.16.

(51) *Kommission*, Stellungnahme v. 15.12.2005, C (2005) 5378: Mit Gründen versehene Stellungnahme - gemäß Artikel 226 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, gerichtet an die Bundesrepublik Deutsch-

ユニバーサルサービス指令 17 条は、加盟国に対して、加盟国規整庁がエンドユーザー市場において重大な市場支配力を有する事業者に対して「適切な規整の義務付け (geeignete regulatorische Verpflichtungen)」を行うように配慮することを求めている (1 項)。この義務付けは、確定された問題の種類に対応し、枠組指令 8 条の目的に適合するものでなければならない (2 項)。これに対して、電気通信法 39 条は、通常の接続料規制と同様に事前許可 (1 項) と事後料金規整 (2 項) を備えるものの、こうした料金規整のほかエンドユーザー市場の適正化に係る手段を用意していない。欧州委員会曰く、同指令 17 条 1 項および 2 項 2 文ならびに枠組指令 14 条 1 項は、加盟国規整庁を措置の主体として明記しており、いかなる具体的な手段をとるかの判断をも加盟国規整庁に委ねるものである⁽⁵²⁾。

これに対してドイツは、同法 42 条の特別濫用監視の制度が末端価格規整とは別にエンドユーザー市場の適正化のために働く点、事後料金規整の中で料金の無効宣言等の手段が採られる (38 条 4 項) 点を指摘しているが、欧州委員会曰く、いずれも加盟国規整庁に事後的に価格濫用を是正する手段を与えるに留まり、価格濫用を事前に防止する手段とはなりえない⁽⁵³⁾。

2. 1. 3 欧州委員会意見への対応

先に見た通り、条約違反手続においては、欧州委員会の理由付き意見に加盟国が従わない場合に、欧州委員会はさらに欧州司法裁判所へ訴え出ることが可能となる (1. 1. 2 参照)。しかし結果的には、ドイツが下記のような対応を行ったこともあって、欧州委員会は訴えの提起まで手続を進めることはなかったようである。

land, wegen einer unzulässigen Einschränkung des Ermessensspielraums der deutschen nationalen Regulierungsbehörde gemäß der Richtlinie 2002/22/EG. 当該文書は EU 欧州委員会への情報公開請求 (GestDem 2019/0580) により入手した (Ref. Ares (2019) 1050702 - 20/02/2019)。

(52) *Kommission*, aa.O. (Anm. 51), S.8f.

(53) *Kommission*, aa.O. (Anm. 51), S.9f.

2. 1. 3. 1 2007年電気通信法改正

電気通信法の2007年改正は、上記の条約違反手続で欧州委員会により示された懸念への対応を含むものであった。

まず、アクセス指令8条1項、2項および4項ならびに13条1項との適合性が問題とされた、電気通信法30条(2. 1. 1. 1参照)に関しては、①重大な市場支配力を有する公的電気通信網事業者が21条によりアクセス義務を課された場合の料金について、一定の要件を満たした場合に事後料金規整に服するものとしていた点(30条1項2文)に加えて、規整庁が2条2項の規整目的の達成のために十分と判断する場合に事後料金規整を導入する可能性を認め(30条3項2文)、②重大な市場支配力を有する公的電気通信網事業者が21条によりアクセス義務を課されたものではない場合の料金について、すべからく事後料金規整に服するものとしていた点を改め、規整庁が2条2項の規整目的の達成のために当該事業者の料金を事前の許可に掛からしめる余地を認める(30条3項1文後段)改正がなされた⁽⁵⁴⁾。他方で、③30条1項2文の掲げる事後料金規整の要件については、見直しはなされなかった⁽⁵⁵⁾。

次に、アクセス指令9条2項との適合性が問題とされた、電気通信法23条1項1文(2. 1. 1. 2参照)に関しては、以下のような対応がなされた。①同条が21条の接続義務に服する事業者を対象としており、19条の平等取り扱い義務のみを課せられた事業者を対象としていない点に関しては、「21条の接続義務に服する」という文言を削除することで、後者の事業者も対象とすることとされた⁽⁵⁶⁾。②同条が「義務付けなければならない(soll … verpflichten)」と規定しており、規整庁の裁量余地を狭めている点に関しては、当該規定を「義務付けることができる(kann … verpflichten)」という文言に改正することで対応がなされた⁽⁵⁷⁾。他方で、

(54) BT-Dr. 16/2581, S.23.

(55) この点に関しては、連邦参議院が、これでは共同体法違反の疑念は払しょくされないとの意見を述べている。BT-Dr. 16/2581, S.35.

(56) BT-Dr. 16/2581, S.23.

(57) BT-Dr. 16/2581, S.23. ドイツの公法学では一般的に、「しなければならない(muss)」、「してはならない(darf nicht)」という規定が裁量を否定するものとして理解されるのに対して、「できる/できない(kann/ kann nicht)」とい

③同条が一般的な需要の存在する接続サービスのみを対象としている点については、改正による対応はなされなかった。

最後に、ユニバーサルサービス指令 17 条との適合性が問題とされた、電気通信法 39 条 (2. 1. 2 参照) についても、実質的な改正はなされなかった⁽⁵⁸⁾。他方で、同じくユニバーサル指令の転換に関わっている顧客保護規定 (1. 3. 2 参照) は、2007 年の電気通信法改正によって大幅に拡充された (43a 条、44a 条、45a-45p 条、47a-47b 条)⁽⁵⁹⁾。

2. 1. 3. 2 連邦行政裁判所による指令適合的解釈

他方で、ドイツ連邦行政裁判所も、2007 年改正前規定の適用がなされる事案において、改正前規定の指令適合的解釈を行うことで、欧州委員会により示された懸念の払拭に努めた。

まず、2007 年改正前の電気通信法 30 条に関しては、連邦行政裁判所 2008 年 4 月 2 日判決は、電気通信法の関係諸規定の構造的な理解 (konstitutives Verständnis) および共同体法適合的解釈から、法文に明確に規定されていない場合でも、規整庁が例外的に事前許可または事後料金規整を導入する可能性を認めた⁽⁶⁰⁾。これに引き続き、同じく 23 条に関して、連邦行政裁判所 2009 年 1 月 28 日判決は、Soll 規定に関する従前のドイツの理解からも非典型的な事例においては行政庁に裁量の行使が義務付けられることと、共同体法適合的解釈とを引き合いに出して、当該事案における規整庁の衡量の欠缺 (Abwägungsausfall) を違法とした⁽⁶¹⁾。さらに、改正による対応がなされなかった 39 条に関して、連邦行政裁判所 2008 年 10 月 29 日判決は、やはり共同体法適合的解釈から、事後料金規

う規定は裁量を肯定するものとして理解される。他方で、「すべきである／ない (soll/ soll nicht)」という規定は、規定が想定する典型的な事案においては裁量が否定されるが、非典型的な事案においてはそれが肯定される、いわば中間的な規定として理解されている。Vgl., *Hartmut Maurer/ Christian Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19. Aufl., 2017, § 7 Rn.9 ff.

(58) 2007 年改正では規整庁 (Regulierungsbehörde) の文言が連邦伝送網庁 (Bundesnetzagentur) に置き換えられたのみである。

(59) 草案理由書ではユニバーサルサービス指令がしばしば参照されている。BT-Dr. 16/2581, S.24ff.

(60) BVerwG Urt. v. 2. 4. 2008, BVerwGE 131, 41, Rn.61ff.

(61) BVerwG Urt. v. 28. 1. 2009, N&R 2009, 130, Rn.42f.

整が法律によって義務付けられることはなく、その適否の判断は規整庁に委ねられるとの理解を示した⁽⁶²⁾。

そのほか、欧州委員会が具体的に懸念を示してはいないものの、上記の諸規定をめぐる問題と同質のものとして、接続義務に係る 21 条 3 項が挙げられる。同条は、規整庁が、重大な市場支配力を有する事業者に対し、ネットワークへの接続に係る各種の義務付けを行うことを予定しているが、義務付けの種類に応じて、「規整庁は・・・できる (kann)」という規定 (1 項、2 項) と「規整庁は・・・すべきである (soll)」という規定 (3 項) を使い分けている。連邦行政裁判所 2010 年 1 月 27 日判決は、先の 2008 年 4 月 2 日判決、2009 年 1 月 28 日判決や欧州司法裁判所 2009 年 12 月 3 日判決を引用しつつ、21 条 3 項の Soll 規定について、処分庁は典型事案において拘束され、非典型事案においてのみ裁量の行使が義務付けられるという解釈は、ヨーロッパ法に適合しないとしている⁽⁶³⁾。この規定は 2007 年改正でも 2012 年改正でも変更されておらず、現在の電気通信法についても、ヨーロッパ法に適合させるような解釈実践が積み重ねられている⁽⁶⁴⁾。

2. 2 2007 年電気通信法改正をめぐる対立

しかし他方で、電気通信法の 2007 年改正では、上記の諸点とは別に、新たに指令適合性が問題となる規律が導入された。すなわち、同改正により追加された 9a 条は、「新しい市場 (neue Märkte)」⁽⁶⁵⁾を原則として規整の対象から除外し (§ 9a Abs.1 TKG)、「規整を欠くことで電気通信サービスまたはネットワークの領域における持続的に競争を志向する市場の発

(62) BVerwG Urt. v. 29. 10. 2008, NVwZ 2009, 653, Rn.56ff.

(63) BVerwG Urt. 27.1.2010, NVwZ 2010, 1359, Rn.15.

(64) Vgl. z.B., *Neumann/Thomaschki*, in: Säcker (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 13), § 21 Rn.198ff.; *Mayen* in: Scheurle/ Mayen, a.a.O. (Anm. 15), § 21 Rn.68ff.; *Joachim Scherer*, in: Hans-Wolfgang Arndt et al. (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz Kommentar*, 2.Aufl., 2015, § 21 Rn.2, 45ff.

(65) その定義は、「性能、サービスエリアおよびより多くの利用者集団にとっての利用可能性 (高度の市場性) の観点、ならびに分別のある需要者からみた価格または品質の観点において、既存のサービスおよび製品から些細ではない形で区別され、既存のサービスおよび製品を単に代替するのではないサービスおよび製品についての市場」である (§ 3 Nr. 12b)。

展が長期にわたって妨げられるという仮定が事実により証明される場合に、例外的に市場規整の手續に服することとした (Abs.2)。この規律の眼目は、新しいネットワークインフラへの投資を創出し、イノベーションを促進することにあつた⁽⁶⁶⁾。

2. 2. 1 欧州司法裁判所による指令違反の認定

しかしこの規律に関しては、「新しい市場」を原則として市場規整の手續から外すことになる点で、指令パッケージが加盟国規整庁に与えた権限を不法に狭めるものとして、欧州委員会から疑義が呈された。欧州委員会は、2007年2月26日、この法改正に対して新たに条約違反手續を開始し、これを契機に指令の諸規定の解釈についてドイツ国内においても議論が戦わされた⁽⁶⁷⁾。今回の条約違反手續は、2004年法に対する手續とは異なつて、欧州司法裁判所への提訴にも至ることとなつた。

欧州委員会は、欧州司法裁判所における手續の中で、a) 2007年改正後ドイツ電気通信法が「新しい市場」を原則として規整の対象から除外することで規整庁の裁量を制限している点、および、b) そこでは枠組指令の予定する協議手續および安定化手續が妥当しなくなる点を問題とした⁽⁶⁸⁾。これを承けて、欧州司法裁判所 2009年12月3日第4小法廷判決は、2007年改正後ドイツ電気通信法のアクセス指令8条4項、枠組指令6条、7条、8条1項2項、15条3項および16条ならびにユニバーサルサービス指令17条2項との適合性を審査し、これらの規定への違反を認定した⁽⁶⁹⁾。

(66) BT-Dr. 16/2581, S.23. そこではとりわけ市場画定の定期的な見直しの負担が指摘されている。共同体法のレベルにおけるイノベーション促進、投資促進の要請を指摘して当該規律の共同体法適合性を論証するものとして、*Jürgen Kühling*, § 9 a TKG-E - Innovationsschutz durch Regulierungsverzicht oder Steigerung der Regulierungskomplexität?, K&R 2006, S.263 (264ff.).

(67) *Christian Kirchner/ Thorsten Käseberg*, in: Klaus-Dieter Scheurle/ Thomas Mayen (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz Kommentar*, 2.Aufl., 2008, § 9a Rn.14ff., 64ff.; *Joachim Scherer/ Juliane Hagelberg*, in: Hans-Wolfgang Arndt et al. (Hrsg.), 2008, § 9a Rn.27ff.

(68) EuGH Urt. v. 3. 12. 2009, Rs. C-424/ 07, Slg. 2009, I-11431 Kommission/ Deutschland, Rn.38.

(69) EuGH Urt. v. 3. 12. 2009, Rs. C-424/ 07, Slg. 2009, I-11431 Kommission/

曰く、a) に関して、①枠組指令 16 条は「新しい市場」を規整の対象から除外するものではないのに、2007 年改正後ドイツ電気通信法 9a 条は新しい市場を原則として規整の対象から除外するものであり、同条は指令上加盟国規整庁に与えることとされた裁量を違法に制限している⁽⁷⁰⁾、②枠組指令 15 条 3 項は「重要な市場の確定」を規整庁の裁量に委ねているのに、同法 3 条 12b は「新しい市場」を定義することで、規整庁の当該裁量を違法に制限している⁽⁷¹⁾、③アクセス指令 8 条 4 項、枠組指令 8 条 1 項 2 項およびユニバーサルサービス指令 17 条 2 項は、市場画定および市場分析に際しての規整の目的の衡量 (Abwägung) を、加盟国の立法者ではなく加盟国規整庁に委ねているのに、同法 9a 条 2 項はそれを法律で事前規定している⁽⁷²⁾、そして、④同法 9a 条 2 項が規定する規整の要件 (「持続的に競争を志向する市場の発展が長期にわたって妨げられる」) は、枠組指令 16 条の市場分析の考慮要素よりも限定的であり、やはり規整庁の裁量を違法に制限している⁽⁷³⁾。また、b) に関しても、同法 9a 条が「新しい市場」を原則として規整の対象から外すことによって、枠組指令 15 条および 16 条が要求している協議手続および安定化手続がその限りで取られないこととなり、当該規定に違反するとした⁽⁷⁴⁾。

2. 2. 2 2011 年および 12 年電気通信法改正

上記の欧州司法裁判所判決を承けて、ドイツは 2011 年 3 月 24 日の法律により、9a 条および 3 条 12 号を削除した⁽⁷⁵⁾。その後は現在まで、規制対

Deutschland.

(70) EuGH Urt. v. 3. 12. 2009, Rs. C-424/ 07, Slg. 2009, I-11431 Kommission/ Deutschland, Rn.63ff.

(71) EuGH Urt. v. 3. 12. 2009, Rs. C-424/ 07, Slg. 2009, I-11431 Kommission/ Deutschland, Rn.80ff.

(72) EuGH Urt. v. 3. 12. 2009, Rs. C-424/ 07, Slg. 2009, I-11431 Kommission/ Deutschland, Rn.85ff.

(73) EuGH Urt. v. 3. 12. 2009, Rs. C-424/ 07, Slg. 2009, I-11431 Kommission/ Deutschland, Rn.95ff.

(74) EuGH Urt. v. 3. 12. 2009, Rs. C-424/ 07, Slg. 2009, I-11431 Kommission/ Deutschland, Rn.105ff.

(75) Art. 3 Gesetz zur Neuregelung des Post- und Telekommunikationssicherstellungsrechts und zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften vom 31.03.2011 (BGBl. I S. 506).

象市場を事前に法律で限定することはなされていない。他方で、2009年の電気通信レビュー立法パッケージ (Legislativpaket TK-Review) の転換のため、電気通信法は翌2012年に2度目の大きな改正を経ることとなった。

この2012年改正においては、接続料規制における事前規制と事後規整との選択について、規整庁のさらなる裁量を認めることが目指された⁽⁷⁶⁾。既に2007年改正において、①重大な市場支配力を有する公的電気通信網事業者が21条によりアクセス義務を課された場合の料金について、一定の要件を満たした場合に事後料金規整に服するものとしていた点 (2012年改正前30条1項2文) に加えて、規整庁が2条2項の規整目的の達成のために十分と判断する場合に事後料金規整を導入する可能性を認め (2012年改正前30条3項1文)、②重大な市場支配力を有する公的電気通信網事業者が21条によりアクセス義務を課されたものではない場合の料金について、すべからく事後料金規整に服するものとしていた点を改め、規整庁が2条2項の規整目的の達成のために当該事業者の料金を事前の許可に掛からしめる余地を認める (2012年改正前30条3項1文後段) 改正がなされていた (2. 1. 3. 1 参照)。2012年改正は、①について、一定の要件を満たした場合に事後料金規整に服するものとしていた点 (2012年改正前30条1項2文) を改め⁽⁷⁷⁾、規整庁が2条2項の規整目的の達成のために十分と判断する場合に事後料金規整を導入する仕組みのみを残すことで、全体として規整庁が事前/事後料金規制の選択を行う余地を拡げた (30条1項2文)。また、②についても、規整庁が2条2項の規整目的の達成のために当該事業者の料金を事前の許可に掛からしめることが「できる (kann)」旨を明確にすることで、やはり規整庁が事前/事後料金規制の選択を行う余地を拡げた (30条2項2文)⁽⁷⁸⁾。

(76) BT-Dr. 17/5707, S.60f. 2012年改正後の電気通信法とエネルギー法を素材に料金規制を論じるものとして、*Kim Sophie Mengerling, Die Entgeltregulierung im Telekommunikations- und Energierecht - Ermittlungsmethoden, Regulierungsermessen, Kontrolldichte*, 2017.

(77) これにより、欧州委員会がかつて懸念を示した③30条1項2文の掲げる事後料金規整の要件についても (2. 1. 1. 1 参照)、問題が解消した。

(78) *Jürgen Kühling*, in: Geppert/ Schütz (Hrsg.), aa.O. (Anm. 5), § 30 Rn.20 は、法改正後も料金規整の原則/例外の建前が維持されたのは不幸なことだ (unglück) として、実際には立法者は広範な裁量を規整庁に与えていること

3. 結びに代えて——法律の留保をめぐる対立

電気通信に関するヨーロッパ法の要請は、加盟国の電気通信法を大規模に変革させるものであったと同時に、とりわけドイツの公法学に対しては、看過しえない理論的な問題を投げかけた。すなわち、枠組指令の要求する市場規整の仕組み、およびアクセス指令やユニバーサルサービス指令が要求する具体的な義務付けの仕組みを転換するにあたって、加盟国の法律による規律の余地がどれだけ残されているか、という問題である。この点に関して、ドイツが法律による規律を積極的に行おうとするのに対して、欧州委員会および欧州司法裁判所はそれを様々な形で牽制ないし阻止しようとしてきたといえる（2参照）。こうした両者の対立は、ドイツの「立法的解決（legislative Lösung）」、「事前構造化（Vorstrukturierung）アプローチ」ないし「規範化規整（normierende Regulierung）」と、欧州共同体ないし欧州連合の「行政的解決（administrative Lösung）」ないし「行政的規整（administrative Regulierung）」との対立として、標語的に語られるところとなっている⁽⁷⁹⁾。

欧州委員会や欧州司法裁判所はしばしば、ドイツの電気通信法が規整庁の裁量を狭めていることを問題としていた（2. 1. 1、2. 1. 2および2. 2. 1参照）。しかし、問題をもう少し具体的に特定するならば、両者の対立は、規整処分の根拠規範の規律密度、すなわちいわゆる法律の留保（Vorbehalt des Gesetzes）に関わるものといえる。処分の法律上の根拠規範の規律密度の問題を扱う法律の留保と、処分の裁判所によるコントロール密度の問題を扱う（狭義の）裁量論⁽⁸⁰⁾とは、理論上区別される⁽⁸¹⁾。

を強調する。

(79) Kühling et al., aa.O. (Anm. 6), Rn.38.

(80) こちらの論点に関しては、電気通信法を題材とした業績が既に多く存在する。Pascale Liebschwager, Gerichtliche Kontrolle Administrativer Regulierungsentscheidungen Im Telekommunikationsrecht, 2005; Klaas Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, 2010; Jan Oster, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht - Eine vergleichende Untersuchung behördlicher Entscheidungsspielräume in der deutschen und amerikanischen Netzinfrastrukturregulierung, 2010.

(81) Neele Ann Christiansen, Optimierung des Rechtsschutzes im Telekommu-

問題をより正確に示しているのは、欧州司法裁判所による、「枠組指令は市場の規整の必要性の判断を加盟国規整庁に委ねているのであり、加盟国立法機関に委ねているのではない」⁽⁸²⁾という言明であろう。

これに対してドイツは、条約違反手続の中で、「憲法上の理由、たとえば法的安定性および明確性の原則から、加盟国規整庁にとっての基準を確定することをまさに強いられている」と主張していた⁽⁸³⁾。すなわち、ヨーロッパ法の要求は、法律の留保を要求する憲法原理に抵触しうるものであり、この意味でまさに、ドイツの電気通信法に対してパラダイム転換(Paradigmenwechsel)⁽⁸⁴⁾を強いるものであった。ドイツの側では、リスボン条約における欧州連合の権限と加盟国の憲法原理の関係を今一度問い直し、2009年の欧州司法裁判所判決(2. 2. 1参照)の射程を限定する試みがなされる⁽⁸⁵⁾一方で、実体法の規律密度にこだわってきたドイツの法律の留保原理を批判的に検討する試みもなされている⁽⁸⁶⁾。こうした試みからは、法律の留保理論の中に侵害的行政行為に対する実体法の規律密度

nikations- und Energierecht, 2013, S.178 Anm.321. この点に関して参照、巽智彦「事実認定論から見た行政裁量論——裁量審理の構造に関する覚え書き」成蹊法学 87号 97頁、99頁以下(2017)。

(82) EuGH Urt. v. 3. 12. 2009, Rs. C-424/07, Slg. 2009, I-11431 Kommission/Deutschland, Rn. 74.

(83) *Kommission*, a.a.O. (Anm. 45), S.3.

(84) *Thorsten Attendorf*, Die Regulierungsbehörde als freier Marktgestalter und Normsetzer? – Entscheidungsprogramm, Gestaltungsspielräume und gerichtliche Kontrolle der Zugangsanordnung nach § 21 TKG im Vergleich zur Festlegungsentscheidung nach § 29 EnWG, 2008, S.69f.

(85) *Klaus Ferdinand Gärditz*, Gestaltungsspielräume und Gestaltungsverantwortung des nationalen Gesetzgebers im europäischen Telekommunikationsregulierungsrecht – Zur Umsetzung der Richtlinie 2009/140/EG („TK-Review“), N&R Beilage 2/2011, S.1; *Klaus Ferdinand Gärditz*, Die Rolle des parlamentarischen Gesetzgebers im Regulierungsrecht – ein Werkstattbericht, in: Matthias Kurth/ Mathias Schmoeckel (Hrsg.), *Regulierung im Telekommunikationssektor – Chancen und Risiken im historischen Prozess*, 2012, S.67.

(86) *Florian Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse – Behördenorganisation und Verwaltungsverfahren als Mittel zur Kompensation materiell-rechtlicher Defizite am Beispiel der Bundesnetzagentur im Telekommunikationsrecht, 2018, S.201ff.

の要請をさほど強く認めておらず、また法律の留保がそもそも及ばないと理解される行政指導を多用してきた日本の規制行政にも、さまざまな示唆を獲得することができると思われるが、紙幅の関係上、具体的分析は今後の課題としたい。

主要参照条文

欧州連合条約 (EUV)

Artikel 4

(1) Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben gemäß Artikel 5 bei den Mitgliedstaaten.

Artikel 5

(1) Für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung. Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

(2) Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten.

(3) Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Die Organe der Union wenden das Subsidiaritätsprinzip nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an. Die nationalen Parlamente achten auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach dem in jenem Protokoll vorgesehenen Verfahren.

欧州連合運営条約 (AEUV)

Artikel 106

(1) Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Verträgen und insbesondere den Artikeln 18 und 101 bis 109 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

(2) Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem

Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft.

(3) Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Beschlüsse an die Mitgliedstaaten.

Artikel 114

(1) Soweit in den Verträgen nichts anderes bestimmt ist, gilt für die Verwirklichung der Ziele des Artikels 26 die nachstehende Regelung. Das Europäische Parlament und der Rat erlassen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben.

...

Artikel 258

Hat nach Auffassung der Kommission ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen, so gibt sie eine mit Gründen versehene Stellungnahme hierzu ab; sie hat dem Staat zuvor Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Kommt der Staat dieser Stellungnahme innerhalb der von der Kommission gesetzten Frist nicht nach, so kann die Kommission den Gerichtshof der Europäischen Union anrufen.

Artikel 260

(1) Stellt der Gerichtshof der Europäischen Union fest, dass ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen hat, so hat dieser Staat die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs ergeben.

(2) Hat der betreffende Mitgliedstaat die Maßnahmen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs ergeben, nach Auffassung der Kommission nicht getroffen, so kann die Kommission den Gerichtshof anrufen, nachdem sie diesem Staat zuvor Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat. Hierbei benennt sie die Höhe des von dem betreffenden Mitgliedstaat zu zahlenden Pauschalbetrags oder Zwangsgelds, die sie den Umständen nach für angemessen hält.

Stellt der Gerichtshof fest, dass der betreffende Mitgliedstaat seinem Urteil nicht nachgekommen ist, so kann er die Zahlung eines Pauschalbetrags oder Zwangsgelds verhängen.

ヨーロッパとドイツの規整コンセプトの衝突

Dieses Verfahren lässt den Artikel 259 unberührt.

...

Artikel 288

Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union nehmen die Organe Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen an.

Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.

...

欧州共同体設立条約 (EGV)

Artikel 46

(1) Dieses Kapitel und die auf Grund desselben getroffenen Maßnahmen beeinträchtigen nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.

Artikel 86

(1) Die Mitgliedstaaten werden in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

(2) Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

(3) Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten.

Artikel 95

(1) Soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist, gilt abweichend von Artikel 94 für die Verwirklichung der Ziele des Artikels 14 die nachstehende

Regelung. Der Rat erläßt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben.

Artikel 226

Hat nach Auffassung der Kommission ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus diesem Vertrag verstoßen, so gibt sie eine mit Gründen versehene Stellungnahme hierzu ab; sie hat dem Staat zuvor Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Kommt der Staat dieser Stellungnahme innerhalb der von der Kommission gesetzten Frist nicht nach, so kann die Kommission den Gerichtshof anrufen.

Artikel 228

(1) Stellt der Gerichtshof fest, daß ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus diesem Vertrag verstoßen hat, so hat dieser Staat die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofes ergeben.

(2) Hat nach Auffassung der Kommission der betreffende Mitgliedstaat diese Maßnahmen nicht ergriffen, so gibt sie, nachdem sie ihm Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat, eine mit Gründen versehene Stellungnahme ab, in der sie aufführt, in welchen Punkten der betreffende Mitgliedstaat dem Urteil des Gerichtshofes nicht nachgekommen ist.

Hat der betreffende Mitgliedstaat die Maßnahmen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofes ergeben, nicht innerhalb der von der Kommission gesetzten Frist getroffen, so kann die Kommission den Gerichtshof anrufen. Hierbei benennt sie die Höhe des von dem betreffenden Mitgliedstaat zu zahlenden Pauschalbetrags oder Zwangsgelds, die sie den Umständen nach für angemessen hält.

Stellt der Gerichtshof fest, daß der betreffende Mitgliedstaat seinem Urteil nicht nachgekommen ist, so kann er die Zahlung eines Pauschalbetrags oder Zwangsgelds verhängen.

Dieses Verfahren läßt den Artikel 227 unberührt.

Artikel 249

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben und nach Maßgabe dieses Vertrags erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemeinsam, der Rat und die Kommission Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen, sprechen Empfehlungen aus oder geben Stellungnahmen ab.

Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des

zu erreichenden Zieles verbindlich, überläßt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.

...

枠組指令 (Rahmenrichtlinie)

Artikel 6 Konsultation und Transparenz

Abgesehen von den Fällen nach Artikel 7 Absatz 6, Artikel 20 oder Artikel 21 sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass die nationalen Regulierungsbehörden interessierten Parteien innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf von Maßnahmen geben, die sie gemäß dieser Richtlinie oder den Einzelrichtlinien zu treffen gedenken und die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden. Die nationalen Regulierungsbehörden veröffentlichen ihre jeweiligen Anhörungsverfahren. Die Mitgliedstaaten sorgen für die Einrichtung einer einheitlichen Informationsstelle, bei der eine Liste aller laufenden Anhörungen aufliegt. Die Ergebnisse des Anhörungsverfahrens werden von der nationalen Regulierungsbehörde der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, außer bei vertraulichen Informationen gemäß den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft und des jeweiligen Mitgliedstaates über die Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen.

Artikel 7 Konsolidierung des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation

(1) Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben gemäß dieser Richtlinie und den Einzelrichtlinien tragen die nationalen Regulierungsbehörden den in Artikel 8 genannten Zielen, auch soweit sie sich auf das Funktionieren des Binnenmarktes beziehen, weitestgehend Rechnung.

(2) Die nationalen Regulierungsbehörden tragen zur Entwicklung des Binnenmarktes bei, indem sie miteinander und mit der Kommission auf transparente Weise kooperieren, um in allen Mitgliedstaaten eine kohärente Anwendung der Bestimmungen dieser Richtlinie und der Einzelrichtlinien zu gewährleisten. Zu diesem Zweck versuchen sie insbesondere, Einvernehmen über die geeignetsten Mittel und Wegen zur Bewältigung besonderer Situationen auf dem Markt zu erreichen.

...

Artikel 14 Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

(1) Wenn die nationalen Regulierungsbehörden aufgrund der Einzelrichtlinien nach dem in Artikel 16 genannten Verfahren festzustellen haben, ob Betreiber über beträchtliche Marktmacht verfügen, gelten die Absätze 2 und 3 dieses Artikels.

...

Artikel 15 Marktdefinitionsverfahren

(1) Nach Anhörung der Öffentlichkeit und der nationalen Regulierungsbehörden erlässt die Kommission eine Empfehlung in Bezug auf relevante Produkt- und Dienstmärkte (nachstehend "Empfehlung" genannt). In der Empfehlung werden gemäß Anhang I der vorliegenden Richtlinie diejenigen Märkte für elektronische Kommunikationsprodukte und -dienste aufgeführt, deren Merkmale die Auferlegung der in den Einzelrichtlinien dargelegten Verpflichtungen rechtfertigen können, und zwar unbeschadet der Märkte, die in bestimmten Fällen nach dem Wettbewerbsrecht definiert werden können. Die Kommission definiert die Märkte im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts.

Die Empfehlung wird regelmäßig von der Kommission überprüft.

(2) Die Kommission veröffentlicht spätestens zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Richtlinie Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht (nachstehend "Leitlinien" genannt), die mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts in Einklang stehen müssen.

(3) Die nationalen Regulierungsbehörden legen unter weitestgehender Berücksichtigung der Empfehlung und der Leitlinien die relevanten Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten - insbesondere der innerhalb ihres Hoheitsgebiets relevanten geografischen Märkte - im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts fest. Bevor Märkte definiert werden, die von denen in der Empfehlung abweichen, wenden die nationalen Regulierungsbehörden die in den Artikeln 6 und 7 genannten Verfahren an.

...

Artikel 16 Marktanalyseverfahren

(1) Sobald wie möglich nach der Verabschiedung der Empfehlung oder deren etwaiger Aktualisierung führen die nationalen Regulierungsbehörden unter weitestgehender Berücksichtigung der Leitlinien eine Analyse der relevanten Märkte durch. Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden gegebenenfalls an dieser Analyse beteiligt werden.

(2) Wenn eine nationale Regulierungsbehörde gemäß den Artikeln 16, 17, 18 oder 19 der Richtlinie 2002/22/EG (Universaldienstrichtlinie) oder nach Artikel 7 oder Artikel 8 der Richtlinie 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie) feststellen muss, ob Verpflichtungen für Unternehmen aufzuerlegen, beizubehalten, zu ändern oder aufzuheben sind, ermittelt sie anhand der Marktanalyse gemäß Absatz 1 des vorliegenden Artikels, ob auf einem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb herrscht.

...

(4) Stellt eine nationale Regulierungsbehörde fest, dass auf einem relevanten

ヨーロッパとドイツの規整コンセプトの衝突

Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, so ermittelt sie Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf diesem Markt gemäß Artikel 14 und erlegt diesen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen nach Absatz 2 des vorliegenden Artikels auf bzw. ändert diese oder behält diese bei, wenn sie bereits bestehen.
...

アクセス指令 (Zugangsrichtlinie)

Artikel 4 Rechte und Pflichten der Unternehmen

(1) Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze sind berechtigt und auf Antrag von hierzu befugten Unternehmen verpflichtet, über die Zusammenschaltung zwecks Erbringung der öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienste zu verhandeln, um die gemeinschaftsweite Bereitstellung von Diensten sowie deren Interoperabilität zu gewährleisten. Die Betreiber bieten den Unternehmen den Zugang und die Zusammenschaltung zu Bedingungen an, die mit den von der nationalen Regulierungsbehörde gemäß den Artikeln 5, 6, 7 und 8 auferlegten Verpflichtungen in Einklang stehen.
...

Artikel 5 Befugnisse und Zuständigkeiten der nationalen Regulierungsbehörden in Bezug auf Zugang und Zusammenschaltung

(1) Die nationalen Regulierungsbehörden fördern und garantieren gegebenenfalls entsprechend dieser Richtlinie bei ihren Maßnahmen zur Verwirklichung der in Artikel 8 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) festgelegten Ziele einen angemessenen Zugang und eine geeignete Zusammenschaltung sowie die Interoperabilität der Dienste und nehmen ihre Zuständigkeit in einer Weise wahr, die Effizienz fördert, den Wettbewerb stimuliert und den Endnutzern größtmöglichen Nutzen bringt. Unbeschadet etwaiger Maßnahmen gemäß Artikel 8 in Bezug auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht können die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere folgende Maßnahmen treffen:

a) In dem zur Gewährleistung des End-zu-End-Verbunds von Diensten erforderlichen Umfang können sie den Unternehmen, die den Zugang zu den Endnutzern kontrollieren, Verpflichtungen auferlegen, wozu in begründeten Fällen auch die Verpflichtung gehören kann, ihre Netze zusammenzuschalten, sofern dies noch nicht geschehen ist.
...

Artikel 8 Auferlegung, Änderung oder Aufhebung von Verpflichtungen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, die in den Artikeln 9 bis 13 genannten Verpflichtungen aufzuerlegen.

(2) Wird ein Betreiber aufgrund einer Marktanalyse nach Artikel 16 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf einem bestimmten Markt eingestuft, so erlegt die nationale Regulierungsbehörde diesem im erforderlichen Umfang die in den Artikeln 9 bis 13 der vorliegenden Richtlinie genannten Verpflichtungen auf.

...

(4) Die nach diesem Artikel auferlegten Verpflichtungen müssen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und müssen im Hinblick auf die Ziele des Artikels 8 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) angemessen und gerechtfertigt sein. Die Verpflichtungen dürfen nur nach der Anhörung gemäß den Artikeln 6 und 7 jener Richtlinie auferlegt werden.

...

Artikel 9 Transparenzverpflichtung

(1) Die nationalen Regulierungsbehörden können Betreibern gemäß Artikel 8 Verpflichtungen zur Transparenz in Bezug auf die Zusammenschaltung und/oder den Zugang auferlegen, wonach diese bestimmte Informationen, z. B. Informationen zur Buchführung, technische Spezifikationen, Netzmerkmale, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie Tarife, veröffentlichen müssen.

(2) Die nationalen Regulierungsbehörden können insbesondere von Betreibern mit Gleichbehandlungsverpflichtungen die Veröffentlichung eines Standardangebots verlangen, das hinreichend entbündelt ist, um sicherzustellen, dass Unternehmen nicht für Leistungen zahlen müssen, die für den gewünschten Dienst nicht erforderlich sind, und in dem die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufgeschlüsselt und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Tarife angegeben werden. Die nationalen Regulierungsbehörden sind unter anderem befugt, Änderungen des Standardangebots vorzuschreiben, um den nach dieser Richtlinie auferlegten Verpflichtungen zur Geltung zu verhelfen.

...

Artikel 13 Verpflichtung zur Preiskontrolle und Kostenrechnung

(1) Weist eine Marktanalyse darauf hin, dass ein Betreiber aufgrund eines Mangels an wirksamem Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte, so kann die nationale Regulierungsbehörde dem betreffenden Betreiber gemäß Artikel 8 hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltung und/oder Zugang Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise auferlegen und ihm bestimmte Auflagen in Bezug auf

Kostenrechnungsmethoden erteilen. Die nationalen Regulierungsbehörden tragen den Investitionen des Betreibers Rechnung und ermöglichen ihm eine angemessene Rendite für das entsprechend eingesetzte Kapital, wobei die damit verbundenen Risiken zu berücksichtigen sind.

ユニバーサルサービス指令 (Universaldienstrichtlinie)

Artikel 3 Verfügbarkeit des Universaldienstes

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in diesem Kapitel beschriebenen Dienste mit der angegebenen Qualität allen Endnutzern in ihrem Hoheitsgebiet, unabhängig von ihrem geografischen Standort und, unter Berücksichtigung der landesspezifischen Gegebenheiten, zu einem erschwinglichen Preis zur Verfügung gestellt werden.

...

Artikel 4 Bereitstellung des Zugangs an einem festen Standort

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass allen zumutbaren Anträgen auf Anschluss an das öffentliche Telefonnetz an einem festen Standort und auf Zugang zu öffentlichen Telefondiensten an einem festen Standort von mindestens einem Unternehmen entsprochen wird.

Artikel 9 Erschwinglichkeit der Tarife

(1) Die nationalen Regulierungsbehörden überwachen die Entwicklung und Höhe der Endnutzertarife der Dienste, die gemäß den Artikeln 4, 5, 6 und 7 unter die Universaldienstverpflichtungen fallen und von benannten Unternehmen erbracht werden, insbesondere im Verhältnis zu den nationalen Verbraucherpreisen und Einkommen.

Artikel 17 Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer

(1) Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass

- a) wenn eine nationale Regulierungsbehörde aufgrund einer nach Artikel 16 Absatz 3 durchgeführten Marktanalyse feststellt, dass auf einem gemäß Artikel 15 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) ermittelten Endnutzermarkt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, und
- b) wenn die nationale Regulierungsbehörde zu der Schlussfolgerung kommt, dass die Verpflichtungen nach der Richtlinie 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie) oder nach Artikel 19 der vorliegenden Richtlinie nicht zur Erreichung der in Artikel 8 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) vorgegebenen Ziele führen würden,

die nationale Regulierungsbehörde den Unternehmen, die auf diesem Endnutzer-

markt gemäß Artikel 14 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft werden, geeignete regulatorische Verpflichtungen auferlegt.

(2) Die nach Absatz 1 auferlegten Verpflichtungen sollen der Art des festgestellten Problems entsprechen und angesichts der Ziele nach Artikel 8 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) verhältnismäßig und gerechtfertigt sein. Zu den auferlegten Verpflichtungen können auch die Anforderungen gehören, dass die Unternehmen keine überhöhten Preise berechnen, den Markteintritt nicht behindern, keine Kampfpreise zur Ausschaltung des Wettbewerbs anwenden, bestimmte Endnutzer nicht unangemessen bevorzugen oder Dienste nicht ungerechtfertigt bündeln. Die nationalen Regulierungsbehörden können diesen Unternehmen geeignete Maßnahmen zur Einhaltung von Obergrenzen bei Endnutzerpreisen, Maßnahmen zur Kontrolle von Einzeltarifen oder Maßnahmen im Hinblick auf kostenorientierte Tarife oder Preise von vergleichbaren Märkten auferlegen, um die Interessen der Endnutzer zu schützen und einen wirksamen Wettbewerb zu fördern.

...

許可指令 (Genehmigungsrichtlinie)

Artikel 3 Allgemeingenehmigung für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste

(1) Die Mitgliedstaaten gewährleisten die Freiheit, elektronische Kommunikationsnetze und -dienste gemäß den in dieser Richtlinie festgelegten Bedingungen bereitzustellen. Sie dürfen ein Unternehmen nur dann an der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze oder -dienste hindern, wenn dies aus den in Artikel 46 Absatz 1 des Vertrags genannten Gründen notwendig ist.

(2) Die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze oder die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsdienste darf unbeschadet der in Artikel 6 Absatz 2 genannten besonderen Verpflichtungen oder der in Artikel 5 genannten Nutzungsrechte nur von einer Allgemeingenehmigung abhängig gemacht werden. Von dem betreffenden Unternehmen kann eine Meldung gefordert werden, aber nicht verlangt werden, vor Ausübung der mit der Genehmigung verbundenen Rechte eine ausdrückliche Entscheidung oder einen anderen Verwaltungsakt der nationalen Regulierungsbehörde zu erwirken. Nach einer entsprechenden Meldung, sofern diese verlangt wird, kann ein Unternehmen seine Tätigkeit aufnehmen, gegebenenfalls vorbehaltlich der Bestimmungen der Artikel 5, 6 und 7 über die Nutzungsrechte.

...

2004年電気通信法 (TKG 2004)

§ 21 Zugangsverpflichtungen

(1) Die Regulierungsbehörde kann auf Antrag oder von Amts wegen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren einschließlich einer nachfragegerechten Entbündelung, insbesondere wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endnutzermarktes behindert oder diese Entwicklung den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde. Bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 steht, hat die Regulierungsbehörde insbesondere zu berücksichtigen:

1. die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung, wobei die Art und der Typ der Zusammenschaltung und des Zugangs berücksichtigt werden, ...

(2) Die Regulierungsbehörde kann Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, unter Beachtung von Absatz 1 unter anderem verpflichten,

1. Zugang zu bestimmten Netzkomponenten oder -einrichtungen einschließlich des entbündelten Breitbandzugangs zu gewähren, ...

(3) Die Regulierungsbehörde soll Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, folgende Verpflichtungen nach Absatz 1 auferlegen:

1. vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss sowie gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss (Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss oder zum Teilnetz in der Weise, dass die Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung ermöglicht wird) zu gewähren, ...

§ 23 Standardangebot

(1) Die Regulierungsbehörde soll einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt und einer Zugangsverpflichtung nach § 21 unterliegt, verpflichten, in der Regel innerhalb von drei Monaten ein Standardangebot für die Zugangsleistung zu veröffentlichen, für die eine allgemeine Nachfrage besteht. Diese Entscheidung kann gemeinsam mit einer Entscheidung über die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach § 21 ergehen.

§ 30 Entgeltregulierung

(1) Vorbehaltlich der nachfolgenden Absätze unterliegen Entgelte eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für nach § 21 auferlegte Zugangsleistungen einer Genehmigung durch die Regulierungsbehörde nach Maßgabe des § 31. Abweichend von Satz 1 soll die Regulierungsbehörde solche Entgelte dann einer nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 unterwerfen, wenn

1. der Betreiber nicht gleichzeitig auch auf dem Markt für Endkundenleistungen, auf dem der Betreiber tätig ist, über beträchtliche Marktmacht verfügt,

...

(3) Entgelte eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für Zugangsleistungen, die nicht nach § 21 auferlegt worden sind, unterliegen der nachträglichen Regulierung nach § 38.

§ 39 Entgeltregulierung bei Endnutzerleistungen

(1) Rechtfertigten Tatsachen die Annahme, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nach § 40 nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 führen würden, kann die Regulierungsbehörde Entgelte von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bezüglich des Angebots von Telekommunikationsdiensten für Endnutzer einer Entgeltgenehmigung unterwerfen. Die Regulierungsbehörde soll die Genehmigungspflicht auf solche Märkte beschränken, auf denen in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen ist. Im Falle einer Genehmigungspflicht gelten die §§ 31 bis 37 entsprechend. Dabei dürfen Entgelte für Endnutzerleistungen nicht nach § 32 Nr. 2 mit Entgelten für Zugangsleistungen in einem Korb zusammengefasst werden.

(2) Leistungen nach § 78 Abs. 2 Nr. 3 und 4 unterliegen der nachträglichen Regulierung; § 38 Abs. 2 bis 4 gilt entsprechend.

...

2007 年改正電気通信法 (TKG 2007)

§ 3 Begriffsbestimmungen

12b. „neuer Markt“ ein Markt für Dienste und Produkte, die sich von den bislang vorhandenen Diensten und Produkten hinsichtlich der Leistungsfähigkeit, Reichweite, Verfügbarkeit für größere Benutzerkreise (Massenmarktfähigkeit), des Preises oder der Qualität aus Sicht eines verständigen Nachfragers nicht nur unerheblich unterscheiden und diese nicht lediglich ersetzen

§ 9a Neue Märkte

(1) Vorbehaltlich des nachfolgenden Absatzes unterliegen neue Märkte grundsätz-

lich nicht der Regulierung nach Teil 2.

(2) Wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass bei fehlender Regulierung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes im Bereich der Telekommunikationsdienste oder -netze langfristig behindert wird, kann die Bundesnetzagentur einen neuen Markt abweichend von Absatz 1 nach den Bestimmungen der §§ 9, 10, 11 und 12 der Regulierung nach Teil 2 unterwerfen. Bei der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit und der Auferlegung von Maßnahmen berücksichtigt die Bundesnetzagentur insbesondere das Ziel der Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen.

§ 23 Standardangebot

(1) Die Bundesnetzagentur kann einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, verpflichten, in der Regel innerhalb von drei Monaten ein Standardangebot für die Zugangsleistung zu veröffentlichen, für die eine allgemeine Nachfrage besteht. Diese Entscheidung kann gemeinsam mit einer Entscheidung über die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach § 21 ergehen.

...

§ 30 Entgeltregulierung

(1) Vorbehaltlich der nachfolgenden Absätze unterliegen Entgelte eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für nach § 21 auferlegte Zugangsleistungen einer Genehmigung durch die Bundesnetzagentur nach Maßgabe des § 31. Abweichend von Satz 1 soll die Bundesnetzagentur solche Entgelte dann einer nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 unterwerfen, wenn

1. der Betreiber nicht gleichzeitig auch auf dem Markt für Endkundenleistungen, auf dem der Betreiber tätig ist, über beträchtliche Marktmacht verfügt,

...

(2) Abweichend von Absatz 1 unterliegen Entgelte für Zugangsleistungen nach § 21 Abs. 2 Nr. 7 einer nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4. Eine Regulierung dieser Entgelte nach diesem Gesetz ist ausgeschlossen, soweit eine Vereinbarung nach § 21 Abs. 2 Nr. 7 zustande gekommen ist oder es sich um Leistungen handelt, zu denen der Rechnungsersteller nicht verpflichtet werden kann.

(3) Entgelte eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für Zugangsleistungen, die nicht nach § 21 auferlegt worden sind, unterliegen der nachträglichen Regulierung nach § 38, soweit die Bundesnetzagentur diese nicht ausnahmsweise zur Erreichung der

Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 einer Pflicht zur Genehmigung nach Maßgabe des § 31 unterwirft. Entgelte eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für die die Bundesnetzagentur eine Genehmigungspflicht nach Absatz 1 Satz 1 unbeschadet der Regelung des Absatzes 1 Satz 2 ausnahmsweise zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 für nicht angemessen hält, unterliegen der nachträglichen Regulierung nach § 38.

§ 39 Entgeltregulierung bei Endnutzerleistungen

(1) Rechtfertigen Tatsachen die Annahme, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 führen würden, kann die Bundesnetzagentur Entgelte von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bezüglich des Angebots von Telekommunikationsdiensten für Endnutzer einer Entgeltgenehmigung unterwerfen. Die Bundesnetzagentur soll die Genehmigungspflicht auf solche Märkte beschränken, auf denen in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen ist. Im Falle einer Genehmigungspflicht gelten die §§ 31 bis 37 entsprechend. Dabei dürfen Entgelte für Endnutzerleistungen nicht nach § 31 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 mit Entgelten für Zugangsleistungen in einem Korb zusammengefasst werden.

2012 年改正電気通信法 (TKG 2012)

§ 30 Entgeltregulierung

(1) Einer Genehmigung durch die Bundesnetzagentur nach Maßgabe des § 31 unterliegen Entgelte für nach § 21 auferlegte Zugangsleistungen von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen. Abweichend von Satz 1 kann die Bundesnetzagentur solche Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 38 oder nach § 38 Absatz 2 bis 4 unterwerfen, wenn dies ausreicht, um die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen.

(2) Einer nachträglichen Regulierung nach § 38 Absatz 2 bis 4 unterliegen:

1. Entgelte, die ein Betreiber im Rahmen von Verpflichtungen nach § 18 verlangt, sowie
2. Entgelte eines Betreibers, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für andere als in Absatz 1 Satz 1 genannte Zugangsleistungen.

Abweichend von Satz 1 kann die Bundesnetzagentur solche Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 38 oder einer Genehmigung nach Maßgabe des § 31 unterwerfen, wenn dies erforderlich ist, um die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen oder im Fall von Satz 1 Nummer 1 den End-zu-End-Verbund von Diensten zu gewährleisten.