

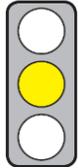
# BREITBANDINVESTITIONEN: NICHTDISKRIMINIERUNG, PREISREGULIERUNG UND KOSTENRECHNUNG

cepAnalyse Nr. 33/2014

## KERNPUNKTE

**Ziel der Empfehlung:** Die Kommission will Investitionen in Telekommunikationsnetze der nächsten Generation (NGA-Netze) fördern und einen wirksamen Wettbewerb aufrechterhalten.

**Betroffene:** Betreiber von Telekommunikationsnetzen und Anbieter von Breitbanddiensten.



**Pro:** (1) Der EoI-Ansatz ist geeignet, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Angesichts divergierender nationaler Marktgegebenheiten sollte die Entscheidung darüber, ob der EoI-Ansatz verhältnismäßig ist, der nationalen Regulierungsbehörde (NRB) überlassen bleiben.

(2) Die Möglichkeit für NRB, auf Preisregulierung zu verzichten, erhöht den Spielraum, mit einer dynamischen Preispolitik die noch zögernde Nachfrage nach schnellen Breitbanddiensten zu stimulieren. Dies kann Investitionen in NGA-Netze fördern.

**Contra:** (1) NRB sollten nicht nur auf eine Preisregulierung, sondern auch auf eine Zugangsregulierung verzichten, wenn durch alternative Infrastrukturen ein „effektiver Wettbewerb“ möglich ist.

(2) Die Festlegung einer EU-weit einheitlichen Kostenrechnungsmethode (BU LRIC+) bei gleichzeitiger Vorwegnahme des Ergebnisses ihrer Anwendung stellt die EU-rechtlich vorgeschriebene Unabhängigkeit der NRB infrage.

## INHALT

### Titel

**Empfehlung (2013/466/EU)** vom 11. September 2013 über **einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden** zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen

### Kurzdarstellung

#### ► Hintergrund und Ziele

- Die nationale Regulierungsbehörde („NRB“) kann einem marktmächtigen Betreiber von Telekommunikationsnetzen („marktmächtiger Betreiber“) zur Wahrung des Wettbewerbs Vorschriften für den Zugang anderer Unternehmen („externe Diensteanbieter“) zu seinen Netzen machen („Abhilfemaßnahmen“). Dazu zählen insbesondere folgende Verpflichtungen:
  - „Nichtdiskriminierung“: Ein marktmächtiger Betreiber muss externen Diensteanbietern den Zugang zu seinen Netzen zu Bedingungen bereitstellen, die denen für interne Anbieter innerhalb des eigenen Unternehmens „gleichwertig“ sind [Art. 10 Zugangsrichtlinie (2002/19/EG), ZRL].
  - „Preisregulierung“: Ein marktmächtiger Betreiber muss externen Diensteanbietern Vorleistungen – insbesondere den Netzzugang – zu regulierten Entgelten bereitstellen (Art. 13 ZRL).
  - „Kostenrechnung“: Ein marktmächtiger Betreiber muss zur Berechnung regulierter Vorleistungsentgelte Auflagen bei der zu verwendenden Kostenrechnungsmethode erfüllen (Art. 13 ZRL).
- Der Geltungsbereich der Empfehlung beschränkt sich auf Abhilfemaßnahmen für folgende Netzzugangsprodukte (Erwägungsgrund 5):
  - den passiven Netzzugang, das ist insbesondere der entbündelte Zugang zur letzten Meile [in der Regel noch eine Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung (Kupfer-TAL, Markt 4 der Märktempfehlung (2007/879/EG)] oder ein virtuelles Zugangsprodukt (in der Regel mit höherem Glasfaseranteil) und
  - den aktiven Netzzugang, insbesondere den Zugang zum bereits beschalteten Vorleistungsprodukt Bitstrom [Markt 5 der Märktempfehlung (2007/879/EG)].
- Laut Kommission gibt es „große“ Unterschiede zwischen den von den NRB vorgeschriebenen Abhilfemaßnahmen, obwohl die „zugrunde liegenden Marktprobleme vergleichbar sind“. Diese Unterschiede „behindern die Entwicklung des Binnenmarkts“. (Erwägungsgrund 6 bis 8)
- Mit der Empfehlung will die Kommission zugleich Investitionen in Netze der nächsten Generation (im Folgenden: NGA-Netze) fördern und einen wirksamen Wettbewerb im Breitbandmarkt aufrechterhalten (Erwägungsgrund 3). Dies soll geschehen durch
  - strengere Nichtdiskriminierungsverpflichtungen,
  - mehr Klarheit darüber, wann die Verpflichtungen zur Preisregulierung bei NGA-Netzen wegfallen sollten, und
  - eine einheitliche Kostenrechnungsmethode.

► **Nichtdiskriminierung durch Equivalence of Input (Eol) und technische Replizierbarkeit**

- Für die Abhilfemaßnahme der Nichtdiskriminierung kommen zwei Ansätze in Frage (Rn. 6 lit. g und h):
  - „Eol-Ansatz“ (Equivalence of Input, Gleichwertigkeit des Inputs): Der marktmächtige Betreiber muss externen und internen Diensteanbietern Netzzugang zu „denselben“ Bedingungen und unter Nutzung „gleicher“ Systeme und Prozesse gewähren.
  - „EoO-Ansatz“ (Equivalence of Output, Gleichwertigkeit des Outputs): Der marktmächtige Betreiber muss externen und internen Diensteanbietern Netzzugang zu „vergleichbaren“ Bedingungen gewähren und darf dafür „unterschiedliche“ Systeme und Prozesse nutzen.
- Die NRB sollte zunächst eine „Verhältnismäßigkeitsprüfung“ durchführen, ob der Eol-Ansatz zu verfolgen ist. Entscheidend dabei ist, ob die mit dem Eol-Ansatz verbundenen Vorteile für den Wettbewerb die Kosten seiner Befolgung beim marktmächtigen Betreiber übertreffen. (Rn. 7)
- Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung sollte die NRB berücksichtigen, dass (Rn. 7)
  - die Befolgungskosten bei NGA-Netzen oft niedriger sind als bei bestehenden Kupfernetzen,
  - bei Nutzung des Eol-Ansatzes die Preisregulierung entfallen könnte (s. u.),
  - der Eol-Ansatz „potenziell positive“ Wettbewerbs- und Innovationseffekte hervorrufen könnte und
  - der marktmächtige Betreiber den Eol-Ansatz möglicherweise bereits freiwillig umsetzt.
- Ist der Einsatz des Eol-Ansatzes unverhältnismäßig, sollte die NRB den EoO-Ansatz wählen (Rn. 9).
- Ein marktmächtiger Betreiber, der von der NRB zur Nichtdiskriminierung verpflichtet wurde, muss externen Diensteanbietern den Netzzugang so gewähren, dass diese seine neuen Endkundenprodukte „technisch replizieren“, also in vergleichbarer Form, anbieten können. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Einsatz des Eol-Ansatzes noch nicht vollständig greift. (Rn. 11)
- Die NRB oder der marktmächtige Betreiber prüfen die technische Replizierbarkeit. Prüft die NRB, muss sie vom marktmächtigen Betreiber „rechtzeitig“ vor Markteinführung Einzelheiten zu neuen Endkundenprodukten verlangen. Prüft der Betreiber selbst, sollte die NRB die Prüfergebnisse „validieren“. (Rn. 14-16)
- Die NRB sollte den marktmächtigen Betreiber dazu verpflichten (Rn. 17 und 18),
  - sein Netzzugangsprodukt so anzupassen, dass das Endkundenprodukt technisch replizierbar ist, und
  - sein Endkundenprodukt erst oder erst wieder anzubieten, wenn es technisch replizierbar ist.

► **Wegfall der Preisregulierung für den Zugang zum NGA-Netz**

- Die NRB sollte die Preise von NGA-Netzzugangsprodukten eines marktmächtigen Betreibers nicht regulieren, wenn dieser verpflichtet wurde zu (Rn. 48 und 49)
  - Nichtdiskriminierung nach dem Eol-Ansatz,
  - technischer Replizierbarkeit der Endkundenprodukte, wenn der Eol-Ansatz nicht vollständig greift und
  - wirtschaftlicher Replizierbarkeit seiner Endkundenprodukte; Voraussetzung hierfür ist, dass sein Endkundenpreis das von ihm verlangte Netzzugangsentgelt so weit übersteigt, dass seine Gemeinkosten und nachgelagerten Kosten gedeckt werden.
- Weitere Voraussetzung für den Wegfall der Preisregulierung ist (Rn. 48 und 49)
  - bei aktiven NGA-Zugangsprodukten, dass einem Wettbewerber ausreichend vorgelagerte und regulierte passive (oder in der Wirkung ähnliche aktive) Zugangsprodukte zur Verfügung stehen oder alternative Infrastrukturen vorhanden sind, sodass die Endkundenpreise nachweislich gedämpft werden,
  - bei passiven NGA-Zugangsprodukten, dass der marktmächtige Betreiber einen Kupfer-TAL-Zugang zu kostenorientierten, regulierten Entgelten anbietet („Preisanker“) oder es alternative Infrastrukturen gibt, welche einen „nachweisbaren Wettbewerbsdruck auf den Endkundenpreis“ ausüben.
- Die NRB kann auch auf Preisregulierungen für NGA-Zugangsprodukte verzichten, wenn eine „effektive Gleichwertigkeit“ des Zugangs und ein „effektiver Wettbewerb“ durch alternative Infrastrukturen besteht (Rn. 58).
- Die NRB kann nach einem Wegfall von Preisregulierungen diese erneut einführen oder Sanktionen festlegen, wenn der marktmächtige Betreiber einen vereinbarten Eol-Ansatz nicht vollständig umsetzt (Rn. 54).
- Die NRB sollte flankierend zu einem Wegfall von Preisregulierungen (Rn. 55)
  - die Wettbewerbs- und Investitionsverhältnisse für NGA-Netze überwachen und
  - von den TK-Netzbetreibern Informationen über ihre NGA-Ausbaupläne einholen.
- Die NRB sollte ihre Regulierungspraxis innerhalb geographischer Märkte differenzieren und auch in solchen Teilgebieten auf Preisregulierung verzichten, in denen die genannten Bedingungen erfüllt sind („regionale Regulierung“) (Rn. 50).
- Ein marktmächtiger Betreiber darf für den Zugang zu seinen Netzen Mengenrabatte gewähren. Rabatte für interne Diensteanbieter dürfen jedoch die für externe nicht überschreiten. (Erwägungsgrund 19).

► **Kostenrechnungsmethode „BU LRIC+“**

- Die NRB sollte, wenn sie die Preise der Netzzugangsprodukte eines marktmächtigen Betreibers reguliert, die Kostenrechnungsmethode des „erweiterten Bottom-Up-Ansatzes der langfristigen Zusatzkosten“ (BU LRIC+) anwenden. Dies gilt sowohl für Kupfer- als auch für NGA-Netze. (Rn. 30)
- Der BU LRIC+-Ansatz berücksichtigt (Rn. 31)
  - die variablen Kosten – inkl. Investitionen – eines „hypothetisch effizienten“ Betreibers beim Bau eines modernen und effizienten NGA-Netzes sowie
  - einen Aufschlag für die Gemeinkosten.

- Die NRB sollte bei der Modellierung des NGA-Netzes darauf achten, dass (Rn. 32)
  - das NGA-Netz nicht vollständig aus „optischen Komponenten“ – Glasfaser – bestehen muss und
  - bestehende bauliche Anlagen NGA-Netze teilweise aufnehmen können, andere Anlagen jedoch neu errichtet werden müssen.
- Die NRB sollte den BU LRIC+-Ansatz spätestens ab Ende 2016 anwenden (Rn. 39). Jedoch kann sie auch danach noch eine andere Kostenrechnungsmethode anwenden, sofern diese (Rn. 40)
  - zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Empfehlung bereits angewandt wurde,
  - die Ziele des BU LRIC+-Ansatzes – insbesondere die Schaffung von Anreizen für Investitionen in NGA-Netze – erfüllt (Erwägungsgründe 25–28),
  - den Übergang von Kupfer- auf NGA-Netze berücksichtigt, wenn sie kein NGA-Netz modelliert,
  - berücksichtigt, dass bestimmte bauliche Anlagen voraussichtlich nicht zu replizieren sind und
  - stabile, transparente und vorhersehbare Netzzugangsentgelte für Kupfernetze garantiert.
- Die Kommission rechnet damit, dass die NRB ein durchschnittliches monatliches Netzzugangsentgelt für den Kupfer-TAL-Zugang von 8 bis 10 Euro („Preisspanne“) in Preisen von 2012 festlegen (Rn. 41). Die NRB sind jedoch nicht verpflichtet, ein Zugangsentgelt innerhalb dieser Preisspanne festzulegen (Rn. 43).
- Die NRB eines Mitgliedstaats, in dem das Zugangsentgelt für den Kupfer-TAL-Zugang außerhalb der Preisspanne liegt, sollte „so bald wie möglich“ das Entgelt auf Grundlage des BU-LRIC+-Ansatzes neu berechnen, sodass deren Anwendung ab Ende 2016 sichergestellt ist. Dies gilt nicht für NRB, deren abweichende Kostenrechnungsmethode die obigen Kriterien erfüllt. (Rn. 43)
- Kann die NRB die BU LRIC+-Kostenrechnungsmethode nicht bis Ende 2016 einführen, sollte sie ein „vorläufiges Zugangsentgelt“ festlegen, dass sich an den Entgelten „vergleichbarer Länder“ orientiert (Rn. 45).

## Politischer Kontext

Ausgangspunkt der Empfehlung sind die im Jahr 2010 festgelegten Ziele der „Digitalen Agenda für Europa (DAE)“ [Mitteilung KOM(2010) 245, s. [cepAnalyse](#)], in der der Ausbau von Breitbandzugangsnetzen der nächsten Generation (NGA-Netze) eine wichtige Rolle spielt. Parallel zur Empfehlung legte die Kommission eine Verordnung über Maßnahmen zum europäischen Binnenmarkt der elektronischen Kommunikation und zur Verwirklichung des vernetzten Kontinents [COM (2013) 627] vor (s. [cepAnalyse](#) zur Netzneutralität und der Vollharmonisierung der Rechte der Endnutzer, [cepAnalyse](#) zur Anmeldepflicht für Telekommunikationsunternehmen, Funkfrequenzen und zu virtuellen Breitbandzugangsprodukte sowie [cepAnalyse](#) zum Roaming).

## Politische Einflussmöglichkeiten

Federführende Generaldirektion: GD Kommunikation

## BEWERTUNG

### Ökonomische Folgenabschätzung

Die Fokussierung auf den EoI-Ansatz bei der Auferlegung einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung ist grundsätzlich sachgerecht. Denn **der EoI-Ansatz ist** gegenüber dem EoO-Ansatz eher **geeignet, Wettbewerbsverzerrungen** zwischen externen und internen Diensteanbietern **zu vermeiden** und deren Gleichbehandlung sicherzustellen. Entscheidend ist jedoch, dass – wie von der Kommission empfohlen – geprüft wird, ob seine Implementierung verhältnismäßig ist. Denn der EoI-Ansatz ist in der Praxis regelmäßig zu aufwendig oder zu teuer und wird selbst von externen Diensteanbietern oft nicht favorisiert. **Angesichts divergierender nationaler Marktgegebenheiten ist es sachgerecht, dass** die von der Kommission empfohlenen Prüfkriterien unverbindlich sind und **die Entscheidung, welcher Ansatz anzuwenden ist, der nationalen Regulierungsbehörde (NRB) überlassen bleibt.**

**Die Möglichkeit für NRB**, unter hinreichenden Schutzvorkehrungen – Nichtdiskriminierung, technische und wirtschaftliche Replizierbarkeit – **auf Preisregulierung zu verzichten, kann Investitionen in NGA-Netze fördern. Denn damit steigt** sowohl für den marktmächtigen Betreiber als auch für externe Diensteanbieter **der Spielraum, mit einer dynamischen Preispolitik die noch zögernde Nachfrage nach schnellen Breitbanddiensten zu stimulieren.** Die Empfehlung geht aber nicht weit genug. **Die NRB sollte** nicht nur auf eine Preisregulierung, sondern **auch auf eine Zugangsverpflichtung verzichten, wenn durch alternative Infrastrukturen ein „effektiver Wettbewerb“ möglich ist.**

Vielversprechend ist die Aufforderung an die NRB zu einer regionalen Differenzierung der Regulierung. Denn der Wandel von Kupfer- zu NGA-Netzen lässt vielerorts die traditionellen Marktstrukturen aufbrechen. Statt der bisher üblichen gesamtstaatlichen Monopolstruktur kann es in einzelnen Regionen mehrere, in anderen nur ein marktmächtiger Anbieter geben. In diesem Umfeld ist es sinnvoll, Märkte geographisch abzugrenzen und in Teilgebieten mit funktionierendem Wettbewerb auf Preisregulierung zu verzichten (s. dazu auch [cepStudie](#)).

**Die Festlegung einer EU-einheitlichen Kostenrechnungsmethode (BU LRIC+) bei gleichzeitiger impliziter Vorwegnahme des Ergebnisses ihrer Anwendung – 8 bis 10 Euro für die Kupfer-TAL – ist höchst problematisch.** Zwar handelt es sich um eine formell unverbindliche Empfehlung. Praktisch jedoch entsteht Druck zu ihrer Befolgung, weil die NRB rechtlich angehalten sind, den Empfehlungen der Kommission „weitestgehend“

Rechnung zu tragen und Abweichungen zu begründen (Art. 19 Abs. 2 Rahmenrichtlinie). **Damit stellt die Kommission die EU-rechtlich vorgeschriebene Unabhängigkeit der NRB (Art. 3 Rahmenrichtlinie) in Frage.** Fraglich ist nämlich, ob eine unvoreingenommene Anwendung des BU-LRIC+-Ansatzes durch die NRB die bisher stark divergierenden Kupfer-TAL-Netzzugangsentgelte tatsächlich in die von der Kommission gewünschte Richtung lenken würde [Folgenabschätzung SWD(2013) 329, S. 56]. Nationale Unterschiede, etwa bei der Besiedlungsdichte, der Geographie und den Lohn- und Materialkosten, bestehen schließlich fort. Und wenn eine NRB einen Preis im gewünschten Korridor festlegt, ist unklar, ob dies aus objektiven ökonomischen oder aus politischen Gründen geschehen ist. Erschwerend kommt hinzu, dass die Kommission mit der Vorgabe eines Preiskorridors die Preissetzungsbefugnis der NRB für ein politisches Ziel – Ausbau schneller NGA-Netze – missbrauchen will, also das eigentliche Ziel einer an den Marktgegebenheiten ausgerichteten Preisregulierung unterläuft. Denn die mangelnden Investitionen sind nicht primär auf die unterschiedlichen Netzzugangsentgelte in den Mitgliedstaaten zurückzuführen. Ihre Ursachen sind vielmehr technisch bedingt und lassen sich teils mit der zögernden Nachfrage der Endkunden nach schnellen Breitbanddiensten erklären.

## Juristische Bewertung

### Kompetenz

Die Kommission darf die Empfehlung erlassen, da sie der Ansicht ist, dass aufgrund der unterschiedlichen Umsetzung der in der Rahmenrichtlinie (2002/21/EG, RRL) und den TK-Einzelrichtlinien vorgesehenen Regulierungsaufgaben durch die NRB Hindernisse für den Binnenmarkt bestehen (Art. 19 Abs. 1 RRL).

### Subsidiarität

**Die Empfehlung verstößt gegen den Subsidiaritätsgrundsatz.** Dieser erlaubt EU-Handeln nur in den Fällen, in denen die Ziele der Kommission auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend und auf der EU-Ebene besser verwirklicht werden können. Die Kommission empfiehlt den NRB, bei der Auferlegung von Abhilfemaßnahmen auf dem TAL- und Bitstromzugangsmarkt eine bestimmte Vorgehensweise zu beachten. Zwar ist die Palette möglicher Abhilfemaßnahmen richtigerweise EU-weit harmonisiert. Jedoch stellt jeder Mitgliedstaat (mindestens) einen räumlich abgegrenzten TAL- und Bitstrom-Zugangsmarkt dar. Deshalb kann die Wahl der konkreten Abhilfemaßnahmen besser auf nationaler Ebene getroffen werden. Aus dem gleichen Grund kann auch das Ziel, Investitionen in NGA-Netze zu fördern, besser national erreicht werden.

### Verhältnismäßigkeit gegenüber den Mitgliedstaaten

Die Empfehlung ist verhältnismäßig. Denn Empfehlungen sind grundsätzlich nicht verbindlich (Art. 288 Abs. 5 AEUV). Die NRB müssen Empfehlungen nach Art. 19 Abs. 1 RRL bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zwar „weitestgehend“ Rechnung tragen (Art. 19 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 RRL). In der Praxis befolgen die meisten NRB diese Empfehlungen auch. Jedoch können die NRB sich entschließen, sich nicht an eine Empfehlung zu halten. Sie müssen ihr Abweichen dann der Kommission unter Angabe der Gründe mitteilen (Art. 19 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 RRL). Auch kann die Kommission diese Empfehlung nicht gemäß Art. 19 Abs. 3 RRL in eine verbindliche Entscheidung umwandeln, da sie weder Marktdefinition noch -analyse betrifft (s. [cepStudie](#)).

### Sonstige Vereinbarkeit mit EU-Recht

Hat ein Betreiber auf einem bestimmten Markt eine marktmächtige Stellung, muss ihm die NRB eine der in der Zugangsrichtlinie (2002/19/EG, ZRL) vorgesehenen Abhilfemaßnahmen auferlegen (Art. 8 Abs. 2 ZRL). Bei der Auswahl der konkreten Maßnahme hat die NRB allerdings einen weiten Ermessensspielraum (Art. 8 Abs. 4 S. 1 ZRL). Die Empfehlung legt den NRB zwar nahe, welche Abhilfemaßnahmen sie in bestimmten Situationen einzusetzen hat. Da sie aber unverbindlich ist, bleibt – rein rechtlich gesehen – der weite Ermessensspielraum der NRB erhalten.

### Auswirkungen auf das deutsche Recht

Eine Anwendung der BU LRIC+-Kostenmethode durch die Bundesnetzagentur (BNetzA) ist grundsätzlich möglich. Seit 2012 kann die BNetzA Entgelte nach „anderen Vorgehensweisen“ als nach dem Maßstab der „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ festlegen. Sie kann dies tun, wenn diese besser geeignet sind, die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen. Die bessere Eignung ist besonders zu begründen. (§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG)

## Zusammenfassung der Bewertung

Der EoI-Ansatz ist geeignet, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Angesichts divergierender nationaler Marktgegebenheiten sollte die Entscheidung darüber, ob der EOI-Ansatz verhältnismäßig ist, der nationalen Regulierungsbehörde (NRB) überlassen bleiben. Die Möglichkeit für NRB, auf Preisregulierung zu verzichten, erhöht den Spielraum, mit einer dynamischen Preispolitik die noch zögernde Nachfrage nach schnellen Breitbanddiensten zu stimulieren. Dies kann Investitionen in NGA-Netze fördern. NRB sollten darüber hinaus auch auf eine Zugangsregulierung verzichten, wenn durch alternative Infrastrukturen ein „effektiver Wettbewerb“ möglich ist. Die Festlegung einer EU-einheitlichen Kostenrechnungsmethode (BU LRIC+) bei gleichzeitiger Vorwegnahme des Ergebnisses ihrer Anwendung stellt die EU-rechtlich vorgeschriebene Unabhängigkeit der NRB infrage. Die Empfehlung verstößt gegen den Subsidiaritätsgrundsatz.