

## OHNE MARKTMACHT; TERMINIERUNGSENTGELTE

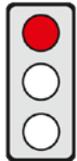
cepAnalyse Nr. 03/2017

## KERNPUNKTE

**Ziel der Richtlinie:** Die marktmachtunabhängige („symmetrische“) Regulierung der Telekommunikationsbranche soll neu ausgerichtet werden, um den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität zu beschleunigen. Zudem werden eine einheitliche Berechnung und Höchstgrenzen für die Terminierungsentgelte eingeführt.

**Betroffene:** Unternehmen der Telekommunikationsbranche, Endkunden, Nationale Regulierungsbehörden.

**Pro:** –



**Contra:** (1) Die vorgeschlagene symmetrische Zugangsregulierung ist insgesamt sachwidrig. Sachgerecht wäre eine marktmachtabhängige und geographisch ausdifferenzierte Regulierung oder eine konsequente Anwendung des Wettbewerbsrechts.

(2) Ob die symmetrische Regulierung den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität begünstigt oder ihn sogar bremst, ist ungewiss. Die vielfach vagen Vorschriften bremsen den Netzausbau.

(3) EU-weite Höchstgrenzen für Terminierungsentgelte stellen eine politisch gelenkte Preissetzung dar. Sie verstoßen gegen das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh) und gegen das Eigentumsrecht (Art. 17 GRCh).

## INHALT

## Titel

**Vorschlag COM(2016) 590** vom 14. September 2016 für eine **Richtlinie** des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen **Kodex für die elektronische Kommunikation**.

## Kurzdarstellung

► **Allgemeiner Hintergrund und Definitionen**

- Die Kommission will den EU-Regulierungsrahmen für die Telekommunikationsbranche – Rahmen- (2002/21/EG), Genehmigungs- (2002/20/EG), Zugangs- (2002/19/EG) und Universaldienstrichtlinie (2002/22/EG) – überarbeiten. Dazu werden diese Richtlinien in einer neuen Richtlinie zusammengefasst.
- Die Richtlinie regelt umfassend den Betrieb von TK-Netzen und das Angebot von TK-Dienstleistungen. Besonders relevant sind die Vorschriften für
  - die „asymmetrische“ Regulierung des Zugangs zu Netzinfrastrukturen von TK-Netzbetreibern mit beträchtlicher Marktmacht (siehe [cepAnalyse](#)),
  - die „symmetrische“ – marktmachtunabhängige – Zugangsregulierung und die Regulierung von Terminierungsentgelten (diese [cepAnalyse](#)) sowie
  - die Aufsicht über die Telekommunikationsbranche ([cepAnalyse](#) folgt).
- „Symmetrische Zugangsregulierung“ meint die Verpflichtung für TK-Netzbetreiber – unabhängig davon, ob sie über eine beträchtliche Marktmacht verfügen –, anderen Unternehmen der Telekommunikationsbranche („TK-Unternehmen“) gegen Entgelt Zugang zur eigenen Infrastruktur zu gewähren.
- Terminierungsentgelte sind Vorleistungsentgelte, die sich TK-Netzbetreiber für die Zustellung von Anrufen ins jeweils andere Netz gegenseitig in Rechnung stellen.

► **Hintergrund und Ziele**

- Laut Kommission hat die bisherige Zugangsregulierung nicht ausreichend zu Netzinvestitionen beigetragen (S. 8). Künftig soll die symmetrische Zugangsregulierung für Verkabelungen und die für Netzinfrastrukturen für funkabhängige Dienste insbesondere den „Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität“ fördern (Art. 59 Abs. 1).
- Die Kommission schlägt außerdem eine EU-weit einheitliche Berechnungsmethode und Höchstgrenzen für die Terminierungsentgelte vor. Dies soll die „administrativen Belastung“ der nationalen Regulierungsbehörden (NRBs) verringern. (S. 18)

► **Symmetrische Zugangsregulierung für Verkabelungen**

- Bisher können die NRBs Eigentümern bzw. Nutzungsberechtigten von Verkabelungen deren „gemeinsame Nutzung“ in Gebäuden oder bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilungspunkt außerhalb von Gebäuden vorschreiben, falls die Replizierung der Infrastruktur „ineffizient oder praktisch unmöglich“ ist.
- Künftig können NRBs in solchen Fällen „auf angemessenen Antrag“ den „Zugang“ zu solchen Verkabelungen vorschreiben. „Zugang“ umfasst im Unterschied zur „gemeinsamen Nutzung“ auch die alleinige Nutzung durch den Zugangsinteressierten. (Art. 59 Abs. 2 UAbs. 1)

- Die NRBs können den Zugang zu Verkabelungen auch hinter dem ersten Konzentrations- oder Verteilungspunkt vorschreiben, jedoch „so nah wie möglich am Endnutzer“ und nur, wenn dies unbedingt notwendig ist, um unüberwindbare wirtschaftliche oder natürliche Hindernisse für eine Replizierung der Infrastruktur in weniger dicht besiedelten Gebieten zu umgehen“ (Art. 59 Abs. 2 UAbs. 2).
- Diese Zugangsverpflichtung dürfen die NRBs nicht auferlegen, wenn (Art. 59 Abs. 2 UAbs. 3 i.V.m. Art. 77 Abs. 1 lit. a und b)
  - dem Zugangsinteressierten der Zugang zu einem Netz mit sehr hoher Kapazität von einem vertikal getrennten Netzbetreiber angeboten wird, d.h. ein TK-Netzbetreiber, der nicht auf der Endnutzerebene tätig ist, oder
  - die Zugangsgewährung die wirtschaftliche oder finanzielle Tragfähigkeit von Investitionen in neue Netzbestandteile, insbesondere von „kleinen, lokalen“ Projekten, in Frage stellen würde.
- Wie bisher ist der Zugang kostenpflichtig. Der Zugangspreis muss „Risikofaktoren“ „berücksichtigen“ bzw. der Zugang zu „fairen und angemessenen Bedingungen“ erfolgen (Art. 59 Abs. 2 UAbs. 1 und 2).
- ▶ **Symmetrische Zugangsregulierung für Netzinfrastrukturen für funkabhängige Dienste**
  - Die NRBs können TK-Netzbetreiber künftig verpflichten, „auf der Grundlage fairer und angemessener Bedingungen“ bei Netzinfrastrukturen, die für die Bereitstellung von funkabhängigen Diensten auf lokaler Ebene erforderlich sind, (Erwägungsgrund 142, Art. 59 Abs. 3)
    - passive Netzinfrastrukturen – u.a. Fernleitungen, Masten und Leitungsrohre – gemeinsam zu nutzen,
    - aktive Netzinfrastrukturen – u.a. Router – gemeinsam zu nutzen,
    - Vereinbarungen für den Zugang zu Mobilfunknetzen abzuschließen („lokale Roamingzugangvereinbarungen“) und
    - gemeinsam Infrastrukturen auszubauen.
  - Die NRBs dürfen diese Verpflichtungen nur auferlegen, wenn (Art. 59 Abs. 3 UAbs. 1)
    - die Replizierung der jeweiligen Infrastruktur „ineffizient oder praktisch unmöglich“ ist und
    - in dem fraglichen Gebiet die Netzanbindung oder die Auswahl und Qualität für die Endkunden stark eingeschränkt ist.
  - Die NRBs müssen bei ihrer Entscheidung insbesondere berücksichtigen (Art. 59 Abs. 3 UAbs. 2):
    - das Ziel der Maximierung der Netzanbindung,
    - die bestehende Wettbewerbsintensität,
    - die technische Durchführbarkeit und
    - die Schaffung von Investitionsanreizen.
- ▶ **Regulierung von Terminierungsentgelten**
  - Wie bisher können NRBs die Entgelte festlegen, die sich die Netzbetreiber für die Zustellung („Terminierung“) von Anrufen in ihren Fest- und Mobilfunknetzen gegenseitig in Rechnung stellen. Voraussetzung dafür ist eine beträchtliche Marktmacht der Netzbetreiber auf dem Terminierungsmarkt. (Art. 73 Abs. 1)
  - Künftig müssen die NRBs bei der Regulierung von Terminierungsentgelten ein Kostenmodell anwenden, das nur die langfristigen Zusatzkosten – und nicht die Fixkosten – der Terminierung (pure long-run incremental costs, pure LRIC) berücksichtigt (Art. 73 Abs. 1 UAbs. 2).
  - Bisher wird dieses Modell von der Kommission lediglich empfohlen (Empfehlung über Terminierungsentgelte 2009/386/EG).
  - Die Kommission legt künftig durch delegierte Rechtsakte zwei EU-weite Höchstgrenzen – für das Festnetz und für den Mobilfunk – für die Terminierungsentgelte fest. Die NRBs dürfen diese nicht überschreiten. (Art. 73 Abs. 2)
  - Die von der Kommission festgelegten Höchstgrenzen dürfen maximal betragen (Art. 73 Abs. 4):
    - für Mobilfunkgespräche 1,23 Cent pro Minute und
    - für Festnetzgespräche 0,14 Cent pro Minute.
  - Die Kommission muss bei der Festlegung der Höchstgrenzen die Zahl der Endnutzer in jedem Mitgliedstaat und nationale Besonderheiten berücksichtigen (Art. 73 Abs. 5).
  - Die Kommission muss die Höchstgrenzen alle fünf Jahre überprüfen (Art. 73 Abs. 7).
  - Die Kommission kann das GEREK auffordern, ein ökonomisches Modell zu entwickeln, das die Kommission bei der Festlegung der maximalen Terminierungsentgelte unterstützt (Art. 73 Abs. 6).

### Subsidiaritätsbegründung der Kommission

Ohne eine EU-weite symmetrische Zugangsregulierung drohen negative Auswirkungen auf den Binnenmarkt.

### Politischer Kontext

Im Mai 2015 hat die Kommission in einer Mitteilung die Überarbeitung des EU-Rechtsrahmens für die Telekommunikationsbranche angekündigt [COM(2015) 192, s. [cepAnalyse](#)]. Darin hat sie bereits Änderungen der Regulierung des Netzzugangs angekündigt. Bereits 2014 hatte die EU zudem Maßnahmen zur Senkung der Baukosten beim Netzausbau beschlossen, die auch symmetrische Regulierungsverpflichtungen umfassen (Richtlinie 2014/61/EU, s. [cepAnalyse](#)).

## Stand der Gesetzgebung

14.09.2016 Annahme durch Kommission

Offen Annahme durch Europäisches Parlament und Rat, Veröffentlichung im Amtsblatt, Inkrafttreten

## Politische Einflussmöglichkeiten

Generaldirektion:	GD Kommunikationsnetze, Inhalte und Technologien (federführend)
Ausschüsse des Europäischen Parlaments:	Industrie (federführend), Berichtersterter: Pilar Del Castillo Vera (EVP)
Bundesministerien:	Bundeswirtschaftsministerium (federführend)
Ausschüsse des Deutschen Bundestags:	Wirtschaft (federführend); Digitale Agenda; Verkehr
Entscheidungsmodus im Rat:	Qualifizierte Mehrheit (Annahme durch 55% der Mitgliedstaaten, die 65% der EU-Bevölkerung ausmachen)

## Formalien

Kompetenznorm:	Art. 114 AEUV (Binnenmarkt)
Art der Gesetzgebungszuständigkeit:	Geteilte Zuständigkeit (Art. 4 Abs. 2 AEUV)
Verfahrensart:	Art. 294 AEUV (ordentliches Gesetzgebungsverfahren)

## BEWERTUNG

### Ökonomische Folgenabschätzung

Mit der Neuausrichtung und zusätzlichen Instrumenten für die symmetrische Zugangsregulierung will die Kommission der fortschreitenden Auflösung der Marktmacht einzelner TK-Netzbetreiber auf nationaler Ebene und der steigende Relevanz von wettbewerblichen Engpässen (Bottlenecks) auf lokaler Ebene gerecht werden. Grundsätzlich gilt: TK-Netzbetreiber sollten Wettbewerbern nur dann Zugang zu den eigenen Netzen gewähren müssen, wenn sie in einem sachlich und geographisch abgegrenzten Markt über eine unangreifbare Marktmacht verfügen. Sind essentielle Netzelemente aber keine natürlichen Monopole oder können Endnutzer auch über andere Technologien – etwa Funk – erreicht werden, besteht zumindest potentieller Wettbewerb. Dann entfällt auch die Notwendigkeit, den Netzzugang regulatorisch vorzuschreiben.

**Die vorgeschlagene symmetrische Zugangsregulierung** – sowohl die für Verkabelungen als auch die für Netzinfrastrukturen für funkabhängige Dienste – **ist insgesamt sachwidrig**, denn sie ist weder an eine ernsthafte Marktmachanalyse noch an eine sachliche und geographische Marktabgrenzung gebunden. **Sachgerecht wäre entweder eine marktmachtabhängige und geographisch ausdifferenzierte Regulierung** („Regionalisierung der Regulierung“, s. dazu auch [cepStudie](#)) **oder eine konsequente Anwendung des Wettbewerbsrechts**. Letzteres lässt Raum für freiwillige Zugangsvereinbarungen zwischen Netzbetreibern.

**Ob die symmetrische Regulierung** tatsächlich – wie von der Kommission angestrebt – **den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität begünstigt oder ihn sogar eher bremst, ist ungewiss**.

Einerseits kann der symmetrische Zugang zu Verkabelungen bis zu einem Zugangspunkt hinter dem ersten Konzentrations- oder Verteilungspunkt Netzbetreiber davon abhalten, ihre Netze tatsächlich auszubauen, da viele dieser Betreiber bisher keiner Zugangsregulierung unterworfen waren. Investitionen in den Netzausbau zwischen Endkunde und diesem Zugangspunkt würden also tendenziell gebremst, wenn der Netzbetreiber nicht vertikal getrennt ist oder wenn auf die Zugangsregulierung deshalb verzichtet wird, weil sie die finanzielle Tragfähigkeit des Ausbauprojekts gefährdet. Andererseits kann der symmetrische Zugang zu den Verkabelungen den Netzausbau hinter diesem Zugangspunkt begünstigen: In den Fällen, in denen Netzbetreiber ihre Netze, trotz symmetrischer Regulierung, bis zum Zugangspunkt ausgebaut haben, können andere Netzbetreiber einfacher die Endkunden erreichen, was ihre Anreize zum Netzausbau hinter dem Zugangspunkt erhöht. Ob im Ergebnis ein positiver oder ein negativer Ausbaureiz überwiegt, lässt sich nicht seriös abschätzen.

**Viele der** von der Kommission vorgeschlagenen **Vorschriften sind zu vage gehalten**. Die von der Kommission angestrebten **Netzinvestitionen setzen aber eine vorhersehbare Zugangsregulierung voraus**. Das gilt im besonderen Maße für den Ausbau der Netzinfrastrukturen für funkabhängige Dienste. Der künftige Umfang der Zugangs- oder Ausbaupflichtungen ist unklar. Betreiber können die damit verbundenen Kosten daher nicht in die Preise der – etwa durch Auktion vergebenen – Frequenznutzungsrechte einkalkulieren. Deshalb sollten politisch gewünschte Zugangs- und Ausbaupflichtungen schon bei der Vergabe der Frequenzrechte in deren Nutzungsbedingungen festgeschrieben werden.

Bei der Regulierung der Terminierungsentgelte geht es der Kommission nicht – wie sie behauptet – darum, die administrativen Lasten der NRBs zu verringern. Vielmehr versucht sie seit Jahren niedrigere Terminierungsentgelte und damit niedrige Endkundenpreise durchzusetzen. Preise sollten sich aber grundsätzlich am Markt bilden und nur reguliert werden, wenn mangelnder Wettbewerb dies erfordert. Das hat dann aber durch die hierfür vorgesehenen unabhängigen nationalen Regulierungsbehörden zu geschehen und eben nicht durch Intervention des Gesetzgebers oder durch die Kommission.

Die Vorgabe an die NRBs, bei der Regulierung der Terminierungsentgelte zwingend das „pure LRIC“-Kostenmodell zu nutzen, ist dabei lediglich Mittel zum Zweck: Dieses Modell führt durch die äußerst fragwürdige Ausblendung von Fix- und Gemeinkosten zwangsläufig zu niedrigeren regulierten Terminierungsentgelten (vgl. [cepStudie](#)) und so dazu, dass der angestrebte Netzausbau eher behindert, als gefördert wird.

Die weitere Harmonisierung der Terminierungsregulierung auf EU-Ebene schränkt die Spielräume der NRBs zusätzlich ein. Alternative Regulierungsansätze für die Terminierung – wie der „bill and keep“-Ansatz, nach dem Netzbetreiber sich keine Entgelte für die Terminierung in Rechnung stellen und die Kosten für die Terminierung allein von den eigenen Kunden getragen werden – werden erst gar nicht geprüft.

**Indem die Kommission** einerseits das „pure LRIC“-Modell vorschreibt und andererseits **mit** der Festlegung von **Höchstgrenzen für die Terminierungsentgelte das Ergebnis** der Anwendung des „pure LRIC“-Modells **vorherbestimmt, betreibt sie politisch gelenkte Preissetzung**, die mit ordnungspolitischen Prinzipien nicht vereinbar ist.

## Juristische Bewertung

### Kompetenz

Die Richtlinie wird zu Recht auf die Binnenmarktkompetenz (Art. 114 AEUV) gestützt. Denn sie erleichtert die Wahrnehmung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit und vermindert Wettbewerbsverzerrungen.

### Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit gegenüber den Mitgliedstaaten

Unproblematisch.

### Sonstige Vereinbarkeit mit EU-Recht

Die Pflicht zur Gewährung von symmetrischem Zugang zu Verkabelungen über den ersten Konzentrations- oder Verteilungspunkt hinaus ist ein – juristisch – gerechtfertigter Eingriff in die unternehmerische Freiheit [Art. 16 Charta der Grundrechte der EU (GRCh)] und das Eigentumsrecht (Art. 17 GRCh). Zur Erreichung des Ziels – Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität – ist diese Pflicht nicht offensichtlich ungeeignet, da fraglich ist, ob der Netzausbau insgesamt durch diese Vorschrift gefördert wird (s. ökonomische Bewertung). Die Ausnahmeregelungen erhöhen jedenfalls die Wahrscheinlichkeit eines Netzausbaus auf dem Kabelabschnitt zwischen dem ersten Konzentrations- oder Verteilungspunkt und dem hinter diesem liegenden Zugangspunkt. Die Vorschrift ist auch erforderlich. Zwar kommt als milderes Mittel die asymmetrische Zugangsregulierung in Betracht. Es ist aber unsicher, ob sie für den Netzausbau gleich wirksam wie die symmetrische Zugangsregulierung ist. Die Zugangsgewährungspflicht ist auch angemessen. Die Versorgung der Bevölkerung mit Telekommunikationsdienstleistungen stellt ein wichtiges Gemeinwohlziel dar. Die Belastung für den einzelnen Eigentümer bzw. Nutzungsberechtigten einer Verkabelung wird dadurch begrenzt, dass die Zugangsgewährungspflicht „unbedingt notwendig“ sein muss, „um unüberwindbare wirtschaftliche oder natürliche Hindernisse für eine Replizierung in weniger dicht besiedelten Gebieten zu umgehen“. Zudem sind für die Zugangsgewährung „faire und angemessene Bedingungen“ vorgesehen.

Die Pflicht zur Gewährung von symmetrischem Zugang zu Netzinfrastrukturen für funkbabhängige Dienste ist – juristisch – ebenfalls gerechtfertigt. Sie soll durch eine funkbabhängige Versorgung den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität insbesondere in weniger dicht besiedelten Gebieten sicherstellen. Sie ist dazu nicht offensichtlich ungeeignet, da ihre Auswirkungen auf den Netzausbau ungewiss sind (s. ökonomische Bewertung). Sie sind auch erforderlich, da unsicher ist, ob die asymmetrische Zugangsregulierung gleich wirksam ist. Sie sind mit Blick auf das Gemeinwohlziel des Netzausbaus auch angemessen, da sie nur auferlegt werden können, wenn eine „Replizierung dieser Infrastrukturen wirtschaftlich ineffizient oder praktisch unmöglich wäre“. Zusätzliche Voraussetzung ist ein Versorgungsengpass. Außerdem können diese Verpflichtungen nur zu „fairen und angemessenen Bedingungen“ vorgeschrieben werden.

**EU-weit einheitliche Höchstgrenzen für Terminierungsentgelte verstoßen** indessen **gegen das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh) und gegen das Eigentumsrecht (Art. 17 GRCh)**. Ziel der Regelung laut Kommission ist, den Aufwand der NRBs zu senken. Fraglich ist bereits, ob die Regelung geeignet ist. Denn die NRBs müssen nach wie vor das Verfahren zur Festlegung der Terminierungsentgelte durchführen und nun zusätzliche Vorgaben beachten. Geht man von einer Geeignetheit aus, ist die Regelung auch erforderlich, da kein milderes Mittel ersichtlich ist. Die Regelung ist aber jedenfalls nicht angemessen: durch ein EU-weit einheitliches Terminierungshöchstentgelt kann nationalen Besonderheiten und der konkreten Situation eines TK-Netzbetreibers unter Umständen nicht ausreichend Rechnung getragen werden. Dies gilt für die absoluten Obergrenzen der Richtlinie noch mehr als für die durch die Kommission im delegierten Rechtsakt festgelegten Werte: Kommt eine NRB nach Prüfung zu dem Ergebnis, dass ein höheres Terminierungsentgelt zu zahlen wäre, als in der Richtlinie vorgesehen, müsste die Richtlinie zeitaufwendig im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren angepasst werden.

### Auswirkungen auf das deutsche Recht

In Deutschland muss das Telekommunikationsgesetz nach den Vorgaben der Richtlinie geändert werden.

## Zusammenfassung der Bewertung

Die vorgeschlagene symmetrische Zugangsregulierung ist insgesamt sachwidrig; sachgerecht wäre entweder eine marktmachtabhängige und geographisch ausdifferenzierte Regulierung oder eine konsequente Anwendung des Wettbewerbsrechts. Ob die symmetrische Regulierung den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität begünstigt oder ihn sogar eher bremst, ist ungewiss. Die vielfach vagen Vorschriften bremsen jedenfalls tendenziell den Netzausbau. EU-weite Höchstgrenzen für Terminierungsentgelte stellen eine politisch gelenkte Preissetzung dar und verstoßen gegen das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh) und gegen das Eigentumsrecht (Art. 17 GRCh).