

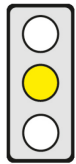
ZUGANGSREGULIERUNG FÜR TK-NETZBETREIBER MIT BETRÄCHTLICHER MARKTMACHT

cepAnalyse Nr. 36/2016

KERNPUNKTE

Ziel der Richtlinie: Die Kommission will den Ausbau schneller Telekommunikationsnetze beschleunigen.

Betroffene: Kunden und Unternehmen der TK-Branche, Nationale Regulierungsbehörden (NRBs).



Pro: (1) Die Kommission betont, dass Ex-ante-Regulierung nur zur Sicherstellung des Wettbewerbs auf der Endkundenebene notwendig ist.

(2) Die NRBs sollen künftig Zugangspflichten vorrangig für „bauliche Anlagen“ auferlegen, also an der niedrigst möglichen Stufe der Wertschöpfungskette ansetzen.

Contra: (1) Die regulatorische Privilegierung von „Netzen mit sehr hoher Kapazität“ greift unzulässig in Marktprozesse ein. Insbesondere sollte die – an sich vertretbare – Bevorzugung von Ko-Investitionsmodellen für neue Netzbestandteile nicht nur für Netze mit sehr hoher Kapazität gelten.

(2) Die sektorspezifische Ex-ante-Regulierung vertikal getrennter Netzbetreiber ist nicht nötig.

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 (diese **cepAnalyse**),
 - die „symmetrische“ – marktmachtunabhängige – Zugangsregulierung und die Regulierung von Terminierungsentgelten (s. **cepAnalyse**) sowie
 - institutionelle Fragen (s. **cepAnalyse**).
- „Asymmetrische Zugangsregulierung“ meint die Verpflichtung für TK-Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht, anderen Unternehmen der Telekommunikationsbranche („TK-Unternehmen“) gegen Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen zu gewähren.
- „Netze mit sehr hoher Kapazität“ basieren zumindest bis zum Verteilerpunkt – bei Festnetzanschlüssen ist das etwa der Keller eines Mehrfamilienhauses – vollständig auf Glasfasertechnologien oder auf Technologien, die eine „ähnliche“ Netzleistung aufweisen (Art. 2 Abs. 2, Erwägungsgrund 13).

► Ziele der asymmetrischen Zugangsregulierung

- Bisher sollte die asymmetrische Zugangsregulierung insbesondere den Binnenmarkt und den Wettbewerb stärken, effiziente Investitionen und Innovationen im Bereich „neuer und verbesserter Infrastruktur“ auslösen und die Interessen der Endnutzer fördern (Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie 2002/21/EG).
- Künftig soll die asymmetrische Zugangsregulierung zusätzlich fördern:
 - den Aufbau von „Netzen mit sehr hoher Kapazität“ (Art. 59 Abs. 1) und
 - Zugang und Nutzung der Netze durch Bürger und Unternehmen („Konnektivitätsziel“; Art. 3 Abs. 2).

► Verfahrensschritte bei der asymmetrischen Zugangsregulierung

- Wie bisher erfolgt die asymmetrische Zugangsregulierung grundsätzlich in folgenden Schritten (Art. 59):
 - Definition der zu regulierenden Märkte („Marktdefinition“),
 - Analyse der Märkte („Marktanalyse“),
 - Festlegung der Zugangsverpflichtungen für die TK-Netzbetreiber mit „beträchtlicher Marktmacht“.

► Marktdefinition

- Wie bisher listet die Kommission in einer unverbindlichen Empfehlung [„Märkteempfehlung“ (2014/710/EU)] alle Märkte für elektronische Kommunikationsprodukte oder -dienste auf, die sie für grundsätzlich regulierungsbedürftig hält (Art. 62 Abs. 1, Erwägungsgrund 158).

- Wie bisher grenzen die nationalen Regulierungsbehörden (NRBs) diese Märkte anschließend entsprechend den nationalen Gegebenheiten näher ab („Marktdefinition“) (Art. 62 Abs. 3).
- Künftig müssen die NRBs geographische Erhebungen über die aktuelle und geplante Breitbandnetzabdeckung im Inland durchführen und deren Ergebnisse bei der Marktdefinition berücksichtigen (Art. 62 Abs. 3 i.V.m. Art. 22 Abs. 1).

► **Marktanalyse**

- Wie bisher prüfen die NRBs den Regulierungsbedarf in jedem definierten Markt („Marktanalyse“). Künftig müssen sie dafür den „Drei-Kriterien-Test“ – das Ausmaß von Marktzutrittschranken, das Vorliegen wirksamen Wettbewerbs und das Potential der Anwendung des Wettbewerbsrechts – anwenden (Art. 65 Abs. 1). Dieser Test war bisher nur in der unverbindlichen Märkteempfehlung (2014/710/EU) erwähnt.
- Statt in der Regel alle drei Jahre analysieren die NRBs die Märkte künftig alle fünf Jahre (Art. 65 Abs. 5).
- Künftig berücksichtigen die NRBs bei der Marktanalyse zusätzlich, ob folgende Entwicklungen „in der Vorausschau“ eine asymmetrischen Regulierung überflüssig machen:
 - „andere Arten der Regulierung oder Maßnahmen“, die im analysierten Markt oder in anderen relevanten Märkten, insbesondere in Endkundenmärkten, bereits getroffen wurden (Art. 65 Abs. 2 lit. c und d);
 - „alle relevanten Wettbewerbszwänge“ (Art. 65 Abs. 2 lit. b), insbesondere auch „Wettbewerbszwänge“ auf der Endkundenebene,
 - die von anderen Netzen oder von anderen Diensten herrühren,
 - wobei diese Netze bzw. Dienste aus Endnutzersicht mit den Diensten im analysierten Markt vergleichbar sein, aber nicht zwingend Teil des analysierten Marktes sein müssen;
 - „symmetrische“ Zugangsverpflichtungen, also solche, die unabhängig von der Marktmacht festgelegt werden (Art. 65 Abs. 2 lit. c).
 - Ko-Investitions- oder Zugangsvereinbarungen zwischen Netzbetreibern (Art. 65 Abs. 2 lit. a);
- Rechtfertigen die Ergebnisse eine asymmetrischen Regulierung nicht, werden keine neuen Verpflichtungen auferlegt und bestehende Verpflichtungen aufgehoben (Art. 65 Abs. 3).

► **Verpflichtungen für TK-Netzbetreiber mit „beträchtlicher Marktmacht“**

Zentrale Prinzipien

- Wie bisher dürfen die NRBs den TK-Netzbetreibern mit „beträchtlicher Marktmacht“ im relevanten Markt bestimmte Verpflichtungen auferlegen. Künftig dürfen sie das aber nur noch, wenn die Verpflichtungen
 - zur Förderung eines wirksamen Wettbewerbs auf „einem oder mehreren Endkundenmärkten“ notwendig sind (Art. 65 Abs. 4),
 - der Art des Problems, „insbesondere auf der Endkundenebene“, entsprechen (Art. 66 Abs. 4),
 - unter Berücksichtigung der „Kosten und Vorteile“ und der Ziele der Richtlinie angemessen sind (Art. 66 Abs. 4).

Netzinfrasturkturzugang

- Die Verpflichtung für Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht, Zugang zu „baulichen Anlagen“ – Gebäude, Leerrohre, Masten, Antennen – zu gewähren, muss zukünftig von den NRBs zuerst, vor anderen Netzzugangsverpflichtungen, in Betracht gezogen werden (Art. 70 Abs. 1 UAbs. 1).
- Künftig dürfen NRBs den TK-Netzbetreibern mit beträchtlicher Marktmacht erst dann eine darüber hinausgehende „klassische Netzzugangsverpflichtung“ auferlegen, wenn der Zugang zu baulichen Anlagen nicht ausreicht, um (Art. 71 Abs. 1)
 - einen wettbewerbsorientierten Endkundenmarkt zu entwickeln und
 - die allgemeinen Ziele der Richtlinie zu erreichen.
- „Klassische Netzzugangsverpflichtungen“ umfassen den Zugang zu „Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen“. Das beinhaltet etwa den Zugang zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung (TAL) und zu physischen Infrastrukturen, etwa Leerrohren und Masten. (Art. 71 Abs. 1 UAbs. 2)
- Ob und wie die NRBs „klassische Netzzugangsverpflichtungen“ auferlegen, müssen sie auch von „anderen Formen des Zugangs“ zu Vorleistungsprodukten im demselben oder in einem „damit verbundenen“ Vorleistungsmarkt abhängig machen, wenn diese „anderen Formen“ das Wettbewerbsproblem auf Endkundenebene auch lösen können (Art. 71 Abs. 2).
- Künftig dürfen die NRBs den TK-Netzbetreibern von „neuen Netzbestandteilen“ mit beträchtlicher Marktmacht keinerlei Zugangsverpflichtungen auferlegen, sofern (Art. 74, Anhang 4)
 - diese Netzbestandteile „wesentlich“ zum Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität beitragen,
 - die Betreiber anderen Netzbetreibern „Angebote“ für Ko-Investitionen zum Aufbau der Bestandteile zu „gerechten, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen“ machen, die „langfristig“ den Wettbewerb stärken,
 - diese „Angebote“ den Investoren über die komplette Bauphase offenstehen und
 - Zugangsinteressierte, die sich nicht an der Ko-Investition beteiligen, weiterhin ihre Kunden zu den vorherigen Bedingungen erreichen können; dies kann auch bedeuten, dass die NRBs die Zugangsverpflichtungen zu alten Netzen beibehalten.

Preiskontrolle

- Wie bisher können die NRBs für den verpflichtenden Netzzugang Preise vorschreiben (Art. 72 Abs. 1).
- Künftig sollen die NRBs dabei auf „die langfristigen Interessen der Endnutzer am Aufbau und der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität“ achten (Art. 72 Abs. 1).

„Vertikal getrennte“ Netzbetreiber

- „Vertikal getrennte“ Netzbetreiber sind Betreiber, die (Art. 77 Abs. 1)
 - nur auf den Vorleistungsmärkten und nicht auf Endnutzerebene tätig sind und
 - keine Exklusivvereinbarungen mit auf Endnutzerebene tätigen Unternehmen eingegangen sind.
- Künftig dürfen die NRBs bei „vertikal getrennten“ Netzbetreibern mit beträchtlicher Marktmacht nur den „klassischen Netzzugang“ und den Zugang zu „baulichen Anlagen“ vorschreiben, nicht aber Preiskontrolle, Transparenz- oder Gleichbehandlungsverpflichtungen (Art. 77 Abs. 2).

Subsidiaritätsbegründung der Kommission

Ohne eine EU-weite asymmetrische Zugangsregulierung drohen negative Auswirkungen auf den Binnenmarkt und die Verbraucherinteressen.

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](#)].

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), Berichterstatter: 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

Ordnungspolitische Beurteilung

Die Zugangsregulierung für TK-Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht ist eine sektorspezifische Weiterentwicklung des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Jede Zugangsregulierung birgt aber die Gefahr in sich, dass Unternehmen auf riskante Investitionen in den Auf- oder Ausbau eigener Netze verzichten und stattdessen den Zugang zu den Netzen anderer Netzbetreiber vorziehen. Dieser Problematik muss die asymmetrischen Zugangsregulierung gerecht werden. Denn Netzinvestitionen können zu einem nachhaltigen Wettbewerb auf der Endkundenebene beitragen und die asymmetrische Zugangsregulierung überflüssig machen.

Die regulatorische Privilegierung von „Netzen mit sehr hoher Kapazität“, insbesondere von glasfaserbasierten Netzen, bei der Zugangsregulierung greift ordnungspolitisch unzulässig in Marktprozesse ein. Denn sie führt zu einer politischen Lenkung der Netzzugangpreise – und damit auch Endkundenpreise – für unterschiedliche Netztechnologien. Dadurch könnten Investitionen in weniger leistungsfähige Netze unterbleiben, die aber den Wettbewerb zumindest auf Teilen des Endkundenmarktes positiv beeinflussen. Darüber, wann und wo schnellere Netze sinnvoll sind, sollte die Nachfrage der Kunden entscheiden und nicht ein industriepolitisch motivierter Wunsch der Kommission.

Einen sachgerechten Ausgleich zwischen Wettbewerbsförderung und Investitionsanreizen bietet ein Regulierungskonzept, das auf der niedrigst möglichen Stufe der Wertschöpfungskette – d.h. möglichst weit vom Endkunden entfernt – den nicht von Wettbewerbern angreifbaren Engpass („bottleneck“) für den Wettbewerb auf Endkundenebene identifiziert, und den Zugang zu diesem Engpass risikogerecht reguliert. Das von der Kommission vorgelegte Konzept erfüllt diese Anforderungen nur teilweise:

Die **Ex-ante-Regulierung** von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht **ist, wie auch die Kommission stärker als bisher betont, nur zur Sicherstellung des Wettbewerbs auf der Endkundenebene notwendig.**

Die Vorgabe an die NRBs, „alle relevanten Wettbewerbszwänge“ und „andere Arten der Regulierung oder Maßnahmen“ sowohl auf dem analysierten Markt als auch auf anderen relevanten Märkten – vorrangig den Endkundenmärkten – zu berücksichtigen, ist daher sachgerecht. Gleiches gilt für die Berücksichtigung geographischer Daten über die aktuelle Breitbandnetzabdeckung bei der Marktdefinition durch die NRBs (s. [cepStudie](#) zur Regionalisierung der TK-Regulierung). Beides erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass die jeweiligen Wertschöpfungsketten korrekt erfasst, etwaige Marktmacht richtig eingeschätzt und auf der niedrigst möglichen Stufe der Wertschöpfungskette reguliert wird. Eine der Investitionsbereitschaft abträgliche Überregulierung wird damit weniger wahrscheinlich. Gleichzeitig wird die sektorspezifische Ex-ante-Regulierung durch die – notwendige – Berücksichtigung der obigen Faktoren komplexer und schwerfälliger. Ihre Vorteile dem allgemeinen Wettbewerbsrecht gegenüber werden immer geringer.

Der Vorrang der Verpflichtung für TK-Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht, Zugang zu „baulichen Anlagen“ zu gewähren, vor „klassischen Netzzugangsverpflichtungen“ setzt zu Recht an der niedrigst möglichen Stufe der Wertschöpfungskette an.

Bei der Prüfung, ob Netzbetreibern Zugangsverpflichtungen für bauliche Anlagen aufzuerlegen sind, sollten die NRBs aber berücksichtigen, dass die Richtlinie zur Senkung der Breitbandausbaukosten (2014/61/EU, s. [cepAnalyse](#)) bereits eine umfassende Zugangspflicht zu solchen Anlagen für alle Unternehmen mit eigenen Netzen – also etwa auch Strom- oder Gasanbieter – vorsieht. Ebenfalls sollten sie berücksichtigen, dass einem vertikal getrennten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ggf. im Vorleistungsmarkt eine Zugangsverpflichtung für bauliche Anlagen auferlegt wurde.

Das Verbot für NRBs, Betreibern von „neuen Netzbestandteilen“ mit beträchtlicher Marktmacht Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen, sofern sie „Angebote“ für Ko-Investitionen zu „gerechten, angemessenen und nichtdiskriminierenden“ Bedingungen machen, ist eine Weiterentwicklung der bestehenden risikoadäquaten Zugangsbepreisung für schnelle Netze der nächsten Generation (Next Generation Networks, NGN). Dies ist eine vertretbare Abwägung zwischen Investitionsanreizen und Wettbewerb. Erstens: Auch im Ko-Investitionsmodell kontrollieren die NRBs über die implizite Genehmigung der Bedingungen des Investitionsangebots indirekt die Netzzugangspreise. Fraglich ist allerdings, auf welcher Basis die NRBs diese Bedingungen als „gerecht“ und „angemessen“ einstufen. Zweitens: **Der etwaige Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung infolge der fehlenden Zugangsverpflichtung kann mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht geahndet werden. Besonders problematisch ist allerdings, dass die regulatorische Bevorzugung von Ko-Investitionsmodellen für „neue Netzbestandteile“ nur für Netze mit sehr hoher Kapazität gilt.**

Die geplante sektorspezifische Ex-ante-Regulierung von vertikal getrennten Netzbetreibern stellt zwar eine Lockerung gegenüber der jetzigen Rechtslage dar, ist aber dennoch verfehlt, da **nicht nötig**: Diese Unternehmen haben ein originäres Interesse daran, ihre Netze anderen Unternehmen zur Nutzung anzubieten; besondere Maßnahmen zur Öffnung der Netze für Dritte sind hier also nicht notwendig. Die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts reicht aus.

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 Richtlinie ermöglicht in gewissem Umfang eine Reduzierung der marktmachtabhängigen Zugangsverpflichtungen. Die Regelungen verstoßen nicht gegen das Eigentumsrecht [Art. 17 Charta der Grundrechte der EU (GRCh)] und die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh) der TK-Netzbetreiber. Denn sie sollen u.a. den Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität und deren Nutzung fördern sowie den Wettbewerb sichern und sind dazu nicht offensichtlich ungeeignet. Ein milderes Mittel ist nicht ersichtlich. Sie sind mit Blick auf die oben genannten Gemeinwohlziele und die ökonomischen Besonderheiten von Netzwirtschaften auch angemessen. Die Regelungen verstoßen auch nicht gegen die unternehmerische Freiheit der Wettbewerber, da dieses Grundrecht lediglich ein Abwehrrecht gegenüber der EU darstellt und somit kein „Recht auf Regulierung“ enthält.

Auswirkungen auf das deutsche Recht

In Deutschland muss das Telekommunikationsgesetz, insbesondere dessen Teil 2 über die Marktregulierung, nach den Vorgaben der Richtlinie geändert werden.

Zusammenfassung der Bewertung

Ex-ante-Regulierung ist, wie auch die Kommission stärker als bisher betont, nur zur Sicherstellung des Wettbewerbs auf der Endkundenebene notwendig. Die NRBs sollen künftig Zugangspflichten vorrangig für „bauliche Anlagen“ auferlegen, also an der niedrigst möglichen Stufe der Wertschöpfungskette ansetzen. Die regulatorische Privilegierung von „Netzen mit sehr hoher Kapazität“ greift ordnungspolitisch unzulässig in Marktprozesse ein. Insbesondere sollte die – an sich vertretbare – Bevorzugung von Ko-Investitionsmodellen für neue Netzbestandteile nicht nur für Netze mit sehr hoher Kapazität gelten. Eine sektorspezifische Ex-ante-Regulierung von vertikal getrennten Netzbetreibern ist nicht nötig.