

Rechtssache C-494/21

Vorabentscheidungsersuchen

Eingangsdatum:

11. August 2021

Vorlegendes Gericht:

High Court (Irland)

Datum der Vorlageentscheidung:

30. Juli 2021

Klägerin:

Eircom Limited

Beklagte:

Commission for Communications Regulation

THE HIGH COURT (HOHES GERICHT, IRLAND)

COMMERCIAL (KAMMER FÜR HANDELSSACHEN)

... [nicht übersetzt]

... [nicht übersetzt]

[Verfahrensfragen] ... [nicht übersetzt]

ES ERGEHT FOLGENDER BESCHLUSS: Gemäß Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union wird dem Gerichtshof der Europäischen Union hiermit folgende, im schriftlichen Urteil des [vorlegenden] Gerichts vom 5. Mai 2021 wiedergegebene Frage zur Entscheidung vorgelegt:

In einem Fall, in dem

- (i) der Telekommunikationsmarkt liberalisiert wurde und es mehrere Anbieter von Telekommunikationsdiensten gibt, die auf dem Markt tätig sind,

(ii) die nationale Regulierungsbehörde (im Folgenden auch: NRB) zur Erfüllung von Universaldienstverpflichtungen einen Diensteanbieter (im Folgenden: Universaldienstanbieter) ausgewählt hat,

(iii) die NRB festgestellt hat, dass mit der Erfüllung der Universaldienstverpflichtungen positive Nettokosten verbunden sind (im Folgenden: Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen), und

(iv) die NRB festgestellt hat, dass die Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen im Vergleich zu den Verwaltungskosten für die Einrichtung eines Mechanismus zur Aufteilung der Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen auf die Marktteilnehmer wesentlich sind,

ist es dann, wenn die NRB aufgrund ihrer Verpflichtungen nach der Universaldienstrichtlinie 2002/22 zu prüfen hat, ob sich die Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen angesichts der Belastungsfähigkeit des Universaldienstanbieters aufgrund aller seiner Merkmale, insbesondere des Stands seiner Einrichtungen, seiner wirtschaftlichen und finanziellen Situation sowie seines Marktanteils, als unzumutbar im Sinne von übermäßig darstellen (wie in Rn. 42 des Urteils Base ausgeführt), nach den Richtlinien zulässig, dass sie diese Prüfung ausschließlich unter Berücksichtigung der Merkmale/Situation des Universaldienstanbieters vornimmt, oder muss sie die Merkmale/Situation des Universaldienstanbieters im Vergleich zu seinen Wettbewerbern auf dem relevanten Markt prüfen?

... [nicht übersetzt]

1 ... [nicht übersetzt] [Abkürzungen]

... [nicht übersetzt]

I. DAS VORLEGENDE GERICHT

2 ... [nicht übersetzt]

II. DIE PARTEIEN DES AUSGANGSVERFAHREN UND IHRE VERTRETUNG

3 ... [nicht übersetzt]

4 ... [nicht übersetzt]

5 ... [nicht übersetzt]

6 ... [nicht übersetzt]

III. GEGENSTAND DES AUSGANGSVERFAHRENS UND RELEVANTER SACHVERHALT

- 7 Es bedarf seitens des Gerichtshofs der Europäischen Union einer Klärung der Frage, wie das Urteil in der Rechtssache Base (C-389/08), in dem es um die Auslegung der Universaldienstrichtlinie und speziell die Prüfung einer unzumutbaren Belastung geht, richtig anzuwenden ist, wenn es auf dem irischen Markt nur einen Universaldienstanbieter, aber mehrere Telekommunikationsdiensteanbieter gibt.
- 8 Das Ausgangsverfahren betrifft eine von Eircom nach Regulation 4 der European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Framework) Regulations 2011 (Verordnung zu Vorschriften der Europäischen Gemeinschaften [Elektronische Kommunikationsnetze und –dienste] [Rahmen] von 2011, im Folgenden: Rahmenverordnung) beim irischen High Court (Hohes Gericht) erhobene Klage.
- 9 Eircom begehrt Rechtsschutz in Bezug auf fünf Entscheidungen der ComReg (Commission for Communications Regulation [Kommission für Kommunikationsregulierung, Irland]), mit denen festgestellt wurde, dass die Nettokosten, die sie für die Erbringung der Universaldienstverpflichtung der Bereitstellung des Zugangs an festen Standorten für die Jahre 2010/2011 bis einschließlich 2014/2015 getragen habe, keine unzumutbare Belastung für sie darstellten und dass daher die von ihr nach Regulation 11 der European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011 (Verordnung zu Vorschriften der Europäischen Gemeinschaften [Elektronische Kommunikationsnetze und -dienste] [Universaldienst und Nutzerrechte] von 2011 (im Folgenden: Universaldienstverordnung) gestellten Anträge auf Finanzierung abzulehnen seien.

IV. ÜBERBLICK ÜBER DIE ZEITLICHE ABFOLGE

- 10 Am 30. Juni 2010 benannte die ComReg nach einer öffentlichen Anhörung Eircom erneut als den Universaldienstanbieter für die Bereitstellung des Zugangs an festen Standorten für eine Dauer von zwei Jahren und für alle anderen Aspekte der Universaldienstverpflichtung für die Zeit vom 1. Juli 2010 bis zum 30. Juni 2012. In späteren Entscheidungen wurde Eircom für bestimmte Aspekte der Universaldienstverpflichtung erneut benannt, und die Bedingungen und Verpflichtungen wurden unter Berücksichtigung der Marktbedingungen geändert. Eircom ist bis heute der einzige Universaldienstanbieter für die Bereitstellung des Zugangs an einem festen Standort sowie eines Sprachdienstes und öffentlicher Münz- oder Kartentelefone in Irland.
- 11 Am 31. Mai 2011 veröffentlichte die ComReg im Anschluss an mehrere öffentliche Anhörungen die Entscheidung 04/11, die eine Reihe nummerierter Entscheidungen umfasst und die Grundsätze und Methoden zur Berechnung der

Nettokosten und -erträge der Universaldienstverpflichtung, die Grundsätze und Methoden zur Berechnung der sonstigen Vorteile der Universaldienstverpflichtung sowie die Modalitäten festlegt, nach denen festzustellen ist, ob dem Universaldienstanbieter mit den Nettokosten eine unzumutbare Belastung auferlegt wird. Die Bestimmungen der einschlägigen Entscheidungen, in denen diese Modalitäten festgelegt sind, sind in Anhang A wiedergegeben.

- 12 Zwischen September 2014 und März 2016 stellte Eircom gemäß Regulation 11 der Universaldienstverordnung Anträge auf Finanzierung der Nettokosten der Universaldienstverpflichtung für jedes der fünf Jahre von 2010/2011 bis 2014/2015.
- 13 Am 18. April 2019 veröffentlichte die ComReg im Anschluss an eine öffentliche Anhörung zu den fünf Anträgen ihre fünf Entscheidungen (im Folgenden: Entscheidungen), in denen sie feststellte, dass die positiven Nettokosten, die Eircom für die Erbringung der Universaldienstleistung in den Jahren 2010/2011 bis 2014/2015 entstanden seien, jeweils keine unzumutbare Belastung darstellten.
- 14 Am 15. Mai 2019 erhob Eircom Klage gegen die Entscheidungen, mit der sie geltend macht, dass die ComReg zu Unrecht festgestellt habe, dass für sie keine unzumutbare Belastung vorliege.

V. DIE ANGEFOCHTENEN ENTSCHEIDUNGEN

- 15 Die ComReg erließ für jedes Jahr, für das Eircom eine Finanzierung beantragt hatte, eine eigene Entscheidung. Diese Entscheidungen wurden zusammen veröffentlicht, und in jedem Fall wurde entschieden, dass die Nettokosten keine unzumutbare Belastung für Eircom darstellten.
- 16 Die ComReg berechnete, dass die Nettokosten der Universaldienstverpflichtung für Eircom in den fünf Jahren insgesamt knapp 43 Mio. Euro betragen. Die von der ComReg für die einzelnen Jahre ermittelten positiven Nettokosten sind in Anhang B aufgeführt.
- 17 Der Gewinn vor Zinsen und Steuern von Eircom in Bezug auf ihr Festnetzgeschäft belief sich in dem betreffenden Fünfjahreszeitraum auf 1,397 Mia. Euro, wobei die Zahlen für die einzelnen Jahre in Anhang C aufgeführt sind.
- 18 Für jede der Entscheidungen stützte sich die ComReg auf einen „Unfair Burden Report“ (Bericht über unzumutbare Belastungen), der von Oxera, einer Wirtschaftsberatungsgesellschaft, für das betreffende Jahr vorgelegt wurde. Der Bericht von Oxera für das Jahr 2014/2015 ist in Anhang D als Muster beigefügt, ebenso wie die entsprechende Entscheidung der ComReg in Anhang E.
- 19 In jeder Entscheidung wurde festgestellt, dass es überprüfbare und überprüfte direkte Nettokosten gebe, dass die Vorteile des Universaldienstanbieters die

Nettokosten nicht überwögen (es also positive Nettokosten gebe) und dass die positiven Nettokosten im Vergleich zu den Verwaltungskosten eines Aufteilungsmechanismus wesentlich seien (und somit die Voraussetzungen in (i), (ii) und (iii)(a) der Entscheidung 38 erfüllten, wie in Anhang A wiedergegeben).

- 20 Oxera kam in jedem ihrer Berichte zu dem Schluss, dass die Rentabilität des Universaldienstanbieter und seine Fähigkeit, eine angemessene Rendite auf sein eingesetztes Kapital zu erwirtschaften, durch die Nettokosten der Universaldienstverpflichtung in dem betreffenden Zeitraum nicht wesentlich beeinträchtigt gewesen seien (diese Bewertung war gemäß der Entscheidung 40 vorzunehmen, wie in Anhang A wiedergegeben).
- 21 Der von Oxera verwendete (und von der ComReg übernommene) Maßstab, um festzustellen, ob Eircom eine angemessene Rendite erzielt hat, bestand darin, die Eigenkapitalrendite (Return on Capital Employed, im Folgenden: ROCE¹) als Maßstab der finanziellen Erträge von Eircom mit den regulierten gewichteten durchschnittlichen Kapitalkosten (Weighted Average Cost of Capital, im Folgenden: WACC) zu vergleichen, wobei die Kosten zuvor von der ComReg ermittelt worden waren. Im Bericht von 2014/2015 wurde z. B. festgestellt, dass der ROCE des Festnetzgeschäfts (Endkunden- und Großkundengeschäft) von Eircom einschließlich der Nettokosten 11,4 % betragen habe, während die regulierten zulässigen WACC von Eircom 8,18 % betragen hätten (und der ROCE im Festnetzgeschäft einschließlich der Nettokosten die WACC in jedem untersuchten Jahr überstiegen habe). Eine Tabelle mit diesen Zahlen für jedes untersuchte Jahr findet sich in Anhang F. Oxera berücksichtigte auch zusätzliche Indikatoren (obwohl Eircom der Ansicht ist, dass Oxera ihnen keine Bedeutung beigemessen habe) für die Finanzlage und die wirtschaftliche Situation von Eircom, einschließlich ihres Marktanteils am Festnetzmarkt nach Einnahmen, der Veränderungen bei ihren durchschnittlichen Einnahmen pro Nutzer im Laufe der Zeit und der Veränderungen bei der Anzahl ihrer Kunden im Laufe der Zeit als „größeren Kontext“ für die von Oxera durchgeführte Rentabilitätsanalyse. Oxera kam in jedem der untersuchten Jahre zu dem Schluss, dass die Nettokosten der Universaldienstverpflichtung die Rentabilität von Eircom und deren Fähigkeit, einen angemessenen ROCE-Satz zu erwirtschaften, nicht nennenswert beeinträchtigt hätten, so dass die Belastung durch die Nettokosten in dem betreffenden Zeitraum angesichts der Belastungsfähigkeit von Eircom nicht übermäßig gewesen sei.
- 22 Oxera erklärte, dass sie daher auf der Grundlage der vorgenommenen Würdigung nicht geprüft habe, ob die Nettokosten die Fähigkeit von Eircom, künftig unter gleichen Bedingungen mit Wettbewerbern zu konkurrieren, im Sinne der Entscheidung 41 (wie in Anhang A wiedergegeben) wesentlich beeinträchtigten.

¹ Der ROCE ist eine buchhalterische Renditekennzahl, die das Verhältnis zwischen Betriebsgewinn und eingesetztem Kapital in einem Unternehmen erfasst.

- 23 Die ComReg stellte fest, dass der Befund, dass die Nettokosten keine wesentlichen Auswirkungen auf die Rentabilität von Eircom und ihre Fähigkeit, einen angemessenen ROCE-Satz zu erzielen, hätten, für jedes Jahr der Anwendung belege, dass die Nettokosten für Eircom keinen wesentlichen Wettbewerbsnachteil verursacht hätten. Es sei daher nicht erforderlich, die in Entscheidung 41 der Entscheidung 04/11 geregelte Prüfung einer Wettbewerbsverzerrung durchzuführen.
- 24 Weder die ComReg noch Oxera haben eine Prüfung von Wettbewerbern von Eircom auf dem Markt vorgenommen. Sowohl die Berichte von Oxera als auch die Entscheidungen der ComReg konzentrieren sich auf die Merkmale von Eircom.

VI. DER FESTNETZKOMMUNIKATIONSMARKT IN IRLAND

- 25 Die nationalen Marktanteile der Marktteilnehmer auf dem irischen Festnetzmarkt für den Großteil des relevanten Zeitraums, wie sie aus dem Marktbericht 2015 der ComReg hervorgehen, sind in Anhang G wiedergegeben: Wie sich daraus ergibt, ist der nationale Marktanteil von Eircom (dem ehemaligen etablierten Monopolisten) bei den Festnetzanschlüssen von 74,5 % (erstes Quartal 2010) auf 47,2 % (viertes Quartal 2014) gesunken, während z. B. Virgin seinen nationalen Anteil im selben Zeitraum von 5 % auf 21,7 % erhöht hat. Im Marktbericht 2014 der ComReg wurde festgestellt, dass der Marktanteil von Virgin in Dublin bei einer Haushaltsbefragung 2013 bei 42 % lag, während Eircom 44 % erreichte.
- 26 Da Eircom auf einer Reihe von Festnetzmärkten (Großkunden- und Endkundenmarkt) als einziges Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ausgewiesen worden ist, so dass ihre Großkunden- und Endkundenpreise reguliert sind, ist sie der einzige Marktteilnehmer, für den die ComReg eine WACC angesetzt hat. Die Höhe der regulierten WACC ist nicht streitig, wohl aber die Angemessenheit ihrer Verwendung bei der Prüfung der unzumutbaren Belastung.
- 27 Der Universaldienstanbieter ist insbesondere verpflichtet, jedem angemessenen Antrag eines Bürgers auf Anschluss an das öffentliche Kommunikationsnetz an einem festen Standort zu einem von ihm festgelegten einheitlichen nationalen Preis („Geographically Averaged Price“, geografisch gemittelter Preis) stattzugeben.
- 28 Der größte Teil der Nettokosten der Universaldienstverpflichtung (über 85 % im Zeitraum 2014/2015) entsteht durch die Erbringung von Universaldienstleistungen an unwirtschaftliche Kunden in wirtschaftlichen Gebieten oder an wirtschaftliche Kunden in unwirtschaftlichen Gebieten.
- 29 Obwohl über die Relevanz dieser Fragen für die Klage Streit besteht, ist unstrittig, dass es grundsätzlich ein Merkmal eines wettbewerbsorientierten Telekommunikationsmarkts ist, dass auch Diensteanbieter, die keine Universaldienstanbieter sind, davon profitieren, dass Verbraucher an das Netz

angeschlossen werden, die andernfalls unversorgt blieben (im Folgenden: positive externe Effekte), und dass es auch ein anerkanntes Merkmal solcher wettbewerbsorientierter Märkte ist, dass alle Diensteanbieter sich theoretisch in profitableren geografischen Zentren „die Rosinen herauspicken“ können.

VII. EINSCHLÄGIGE RECHTSVORSCHRIFTEN

- 30 Zur maßgeblichen Zeit bestand der Rechtsrahmen der Union für elektronische Kommunikation aus der Rahmenrichtlinie und vier Einzelrichtlinien, von denen hier die Universaldienstrichtlinie von Bedeutung ist.
- 31 Die Rahmenrichtlinie sieht vor, dass jeder Mitgliedstaat entweder eine oder mehrere zuständige Stellen benennt, die als nationale Regulierungsbehörde tätig werden und dass diese Stelle(n) mit den Verpflichtungen aus der Rahmenrichtlinie selbst und aus den einzelnen Einzelrichtlinien betraut wird/werden. In Art. 3 Abs. 3 heißt es: *„Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die nationalen Regulierungsbehörden ihre Befugnisse unparteiisch und transparent ausüben.“*
- 32 Die ComReg ist als Regulierungsbehörde für den Bereich der elektronischen Kommunikation in Irland die nationale Regulierungsbehörde im Sinne der Rahmenrichtlinie und der Einzelrichtlinien.
- 33 In den Art. 7 und 8 der Rahmenrichtlinie sind die von der nationalen Regulierungsbehörde anzuwendenden Grundsätze genannt, darunter Nichtdiskriminierung, Gewährleistung des Wettbewerbs, Angemessenheit und Transparenz².
- 34 Für die sich hier stellenden Fragen, die Anlass sind für das Ersuchen der Parteien um Vorlage gemäß Art. 267, sind die folgenden Bestimmungen der Universaldienstrichtlinie relevant:
- Art. 1, der das Ziel und den grundlegenden Charakter des Universaldienstes festlegt;
 - Art 3, der den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auferlegt, die Verfügbarkeit des Universaldienstes sicherzustellen und dabei bestimmte Grundsätze zu beachten;
 - Art. 12, der festlegt, welche Maßnahmen zu ergreifen sind, wenn ein Universaldiensteanbieter nach Auffassung einer nationalen Regulierungsbehörde möglicherweise in unzumutbarer Weise belastet wird;
 - Art. 13, der vorsieht, dass die Mitgliedstaaten auf Antrag des Universaldiensteanbieters entweder ein Verfahren einführen können, mit dem

² Art. 2 Buchst. g, Art. 3 Abs. 1 und die Erwägungsgründe 1 und 36 der Rahmenrichtlinie sind ebenfalls von Bedeutung.

der Universaldienstanbieter für die ermittelten Nettokosten unter transparenten Bedingungen aus öffentlichen Mitteln entschädigt wird, und/oder die Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen unter den verschiedenen Betreibern von elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten aufteilen dürfen, wenn eine nationale Regulierungsbehörde festgestellt hat, dass ein Universaldienstanbieter unzumutbar belastet wird,

- Teil A des Anhangs IV, der die korrekte Berechnung der Nettokosten der Universaldienstverpflichtung regelt³.

- 35 Auf nationaler Ebene sieht Regulation 11 der Universaldienstverordnung (S.I. 337/2011)⁴ vor, dass der Universaldienstanbieter bei der ComReg die Feststellung beantragen kann, dass die Nettokosten der Universaldienstverpflichtung eine unzumutbare Belastung darstellen.
- 36 Nach Regulation 12 teilt die ComReg die Nettokosten der Universaldienstverpflichtung unter den Betreibern elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste auf, wenn sie eine unzumutbare Belastung des Universaldienstanbieters feststellt.

VIII. URTEIL BASE (C-389/08)

- 37 Zwischen den Parteien besteht Uneinigkeit über die Bedeutung der Feststellungen des Gerichtshofs im Urteil Base (C-389/08) und deren Anwendung auf die Prüfung einer unzumutbaren Belastung, wenn es nur einen Universaldienstanbieter auf dem Markt gibt, sowie über das richtige Kriterium für die Feststellung einer unzumutbaren Belastung im Allgemeinen. Infolgedessen ist der Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen, die im Wesentlichen die Anwendung des Urteils Base (C-389/08) auf das vorliegende Verfahren betrifft.
- 38 Der tatsächliche Hintergrund der Anrufung des Gerichtshofs in jener Rechtsache war eine gesetzliche Regelung, nach der alle Betreiber auf dem Markt potenziell Universaldienstanbieter waren, wenn ihre Kunden Anspruch auf Sozialtarife hatten. In Fällen, in denen ein Betreiber einen größeren Anteil an den gesamten auf dem Markt gewährten Sozialtarifen gewährte, als es seinem Marktanteil entsprach, sah das belgische Recht vor, dass dieser Betreiber entschädigt wurde.
- 39 Die Nettokosten wurden jedoch nicht unter Bezugnahme auf die Merkmale der einzelnen Betreiber berechnet, sondern auf der Grundlage der Kosten von Belgacom, dem früheren etablierten Betreiber.

³ Folgende Erwägungsgründe sind im vorliegenden Verfahren ebenfalls relevant: Erwägungsgründe 2, 3, 4, 18, 21 und 23.

⁴ European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011 (Verordnung zu Vorschriften der Europäischen Gemeinschaften [Elektronische Kommunikationsnetze und -dienste] [Universaldienst und Nutzerrechte] von 2011).

- 40 In den Rn. 42 und 43 hat der Gerichtshof zur Bedeutung des Begriffs „unzumutbare Belastung“ Folgendes ausgeführt⁵:

„Insoweit geht aus dem 21. Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/22 hervor, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Mechanismen zur Anlastung der Nettokosten, die die Bereitstellung des Universaldienstes einem Unternehmen verursachen kann, vom Vorliegen einer unzumutbaren Belastung für dieses Unternehmen abhängig machen wollte. Indem er in diesem Zusammenhang den Standpunkt vertreten hat, dass die Nettokosten des Universaldienstes nicht unbedingt für alle betroffenen Unternehmen eine unzumutbare Belastung darstellen, wollte er ausschließen, dass alle Nettokosten des Universaldienstes automatisch ein Recht auf Entschädigung eröffnen. Die unzumutbare Belastung, deren Vorliegen die nationale Regulierungsbehörde vor jeder Entschädigung feststellen muss, ist demnach die Belastung, die sich für das einzelne betroffene Unternehmen angesichts seiner Belastungsfähigkeit aufgrund aller ihm eigenen Merkmale, insbesondere des Stands seiner Einrichtungen, seiner wirtschaftlichen und finanziellen Situation sowie seines Marktanteils, als unzumutbar im Sinne von übermäßig darstellt.

In Ermangelung einer entsprechenden Präzisierung in der Richtlinie 2002/22 ist es zwar Sache der nationalen Regulierungsbehörde, in allgemeiner und von konkreten Personen unabhängiger Weise die Kriterien festzulegen, mit denen die Schwellen bestimmt werden können, bei deren Überschreitung eine Belastung unter Berücksichtigung der in der vorstehenden Randnummer genannten Merkmale als unzumutbar angesehen werden kann, doch kann diese Behörde nur dann feststellen, dass die Belastung durch die Bereitstellung des Universaldienstes im Hinblick auf die Anwendung von Art. 13 dieser Richtlinie unzumutbar ist, wenn sie die Situation jedes betroffenen Unternehmens anhand dieser Kriterien gesondert prüft.“

- 41 Es ist unstrittig, dass sowohl die ComReg als auch der irische High Court nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verpflichtet sind, die Feststellungen des Gerichtshofs anzuwenden. Die Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien betreffen die richtige Auslegung des Urteils Base (C-389/08) und seine korrekte Anwendung auf den Sachverhalt des vorliegenden Falles.

⁵ Die gleichen Grundsätze werden in der Rechtssache Kommission/Belgien (C-222/08) im Zusammenhang mit einem von der Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren angeführt.

IX. STANDPUNKTE DER VERFAHRENSBETEILIGTEN ZU DEN RECHTSFRAGEN

42 Die Parteien sind sich darüber einig, dass die ComReg gesetzlich verpflichtet ist, festzustellen, ob die Kosten (abzüglich der Vorteile) der Erfüllung der Universaldienstverpflichtung eine unzumutbare Belastung für den Universaldienstanbieter darstellen. Zwischen den Parteien besteht jedoch Uneinigkeit über die Bedeutung der Feststellungen des Gerichtshofs im Urteil Base (C-389/08) und deren Anwendung auf die Prüfung einer unzumutbaren Belastung, wenn es nur einen Universaldienstanbieter auf dem Markt gibt, sowie über das richtige Kriterium für die Feststellung einer unzumutbaren Belastung im Allgemeinen.

Der Standpunkt von Eircom

43 Der Standpunkt von Eircom, soweit er für die Fragen relevant ist, die diesem Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 zugrunde liegen, ist folgender:

- (i) Die Prüfung, ob die Universaldienstverpflichtung eine unzumutbare Belastung auf einem Wettbewerbsmarkt darstelle, erfordere eine Wettbewerbsanalyse zur Prüfung der Frage, ob Wettbewerbsverzerrungen durch Benachteiligung des Universaldienstanbieters gegenüber seinen Mitbewerbern auf dem Markt einträten, wenn die Nettokosten der Universaldienstverpflichtung einseitig dem Universaldienstanbieter auferlegt würden.
- (ii) Zu prüfen sei die relative Fähigkeit des Universaldienstanbieters, die Nettokosten der Universaldienstverpflichtung zu tragen, und dabei müssten nicht nur die Eircom eigenen Merkmale, sondern auch die Merkmale ihrer Wettbewerber berücksichtigt werden. Der von Eircom betraute unabhängige Wirtschaftssachverständige vertrete die Auffassung, dass ohne diese Prüfung ein erhebliches Risiko bestehe, dass alle Anbieter von Kommunikationsdiensten von den positiven externen Effekten der Universaldienstverpflichtung profitierten, aber nur der Universaldienstanbieter deren Kosten trage, obwohl er sich nicht in einer wesentlich besseren Position befinde, was definitionsgemäß als unzumutbar anzusehen sei, da es keine objektive Rechtfertigung für eine solche Ungleichbehandlung gebe.
- (iii) Die Verweise im Urteil Base (C-389/08) auf die Notwendigkeit, die dem Universaldienstanbieter eigenen Merkmale zu berücksichtigen, müssten im tatsächlichen Kontext jener Rechtssache betrachtet werden, in der es mehrere Universaldienstanbieter gegeben und das rechtswidrige Verhalten der nationalen Regulierungsbehörde darin bestanden habe, die jedem dieser Universaldienstanbieter potenziell auferlegte unzumutbare Belastung in allgemeiner Weise zu behandeln. Die Ausführungen des Gerichtshofs seien

in diesem Licht zu sehen und nicht als Auftrag, die Merkmale nur eines Unternehmens auf einem Wettbewerbsmarkt zu berücksichtigen.

- (iv) Darüber hinaus seien die Merkmale, die im Rahmen der im Urteil Base (C-389/08) aufgestellten Kriterien zu berücksichtigen seien, wie z. B. der Stand der Einrichtungen und der Marktanteil, grundlegend vergleichende Begriffe, und ihre Relevanz könne nur der Vorteil oder Nachteil sein, den der Universaldienstanbieter gegenüber seinen Mitbewerbern habe.
- (v) Die Feststellungen im Urteil Base (C-389/08) seien auch im Zusammenhang mit den den nationalen Regulierungsbehörden nach der Rahmenrichtlinie und der Universaldienstrichtlinie obliegenden verbindlichen Verpflichtungen sowie unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts zu verstehen. Aus den Bestimmungen der Rahmenrichtlinie und der Universaldienstrichtlinie sowie aus den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts gehe eindeutig hervor, dass die Minimierung von Wettbewerbsverzerrungen eine zwingende Pflicht sei, die der ComReg als nationaler Regulierungsbehörde auferlegt worden sei.
- (vi) Die Festlegung eines sehr hohen Schwellenwerts, der erreicht werden müsse, damit die ComReg eine „erhebliche Auswirkung“ auf die Rentabilität und/oder die Fähigkeit, eine angemessene Kapitalrendite zu erwirtschaften, in Betracht ziehe, bevor geprüft werde, ob eine Belastung den Universaldienstanbieter im Wettbewerb benachteilige, verstoße gegen die Pflichten, die der ComReg als nationaler Regulierungsbehörde nach der Rahmenrichtlinie und der Universaldienstrichtlinie oblägen.
- (vii) Die Methodik der Prüfung der Frage, ob die Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen für den Universaldienstanbieter einen Wettbewerbsnachteil darstellten, indem geprüft werde, ob der ROCE des Universaldienstanbieters in dem betreffenden Jahr seine WACC überschritten habe, sei fehlerhaft. Der Ansatz der ComReg berücksichtige nur, ob der Universaldienstanbieter in der Lage gewesen sei, die Kosten zu absorbieren, ohne dass sein ROCE auf das Niveau seiner WACC gefallen sei. Außerdem berücksichtige der Schwellenwert den ROCE des gesamten Festnetzgeschäfts im Großkunden- und Endkundengeschäft von Eircom und nicht den ROCE ihres gesamten Universaldienstgeschäfts (das nur das Endkundengeschäft umfasse).
- (viii) Einem Unternehmen in einem wettbewerbsorientierten Markt eine einseitige Pflicht zur Finanzierung eines Universaldienstes allein deshalb aufzuerlegen, weil die nationale Regulierungsbehörde der Auffassung sei, dass es sich die Erbringung dieses Dienstes kurz- bis mittelfristig leisten könne, könne niemals objektiv gerechtfertigt sein. Der Umstand, dass der Universaldienstanbieter einen ROCE aufweise, der über seiner WACC liege, belege ohne nähere Angaben nicht, dass der Universaldienstanbieter in der Lage sei, die Kosten ohne nachteilige Auswirkungen auf seine

- Wettbewerbsposition auf dem Markt zu tragen. Er sage nichts über die Marktmacht des Universaldienstanbieters oder die Macht seiner Konkurrenten aus und sei ein schwacher Indikator für die Marktbedingungen und die Auswirkungen der Universaldienstverpflichtungen auf den Wettbewerb.
- (ix) Der von dem Wirtschaftssachverständigen von Eircom berechnete ROCE jedes Marktteilnehmers für den betreffenden Zeitraum ist in Anhang H enthalten. Der von Eircom betraute unabhängige Wirtschaftssachverständige vertritt die Auffassung, dass diese Zahlen zeigten, dass der durchschnittliche ROCE von Eircom im Zeitraum 2010-2015 der niedrigste aller in der Analyse berücksichtigter Wirtschaftsteilnehmer sei.
- (x) Die Verwendung der von der ComReg in Bezug auf Eircom festgelegten WACC sei kein geeigneter Vergleichsmaßstab: Der unabhängige Wirtschaftssachverständige habe nachgewiesen, dass Unternehmen in vielen Branchen eine Rendite erzielten, die über der WACC liege, und dass jeder Betreiber auf diesem Markt ein Rentabilitätsniveau aufweise, das weit über der auf Eircom angewandten WACC liege. Die Universaldienstverpflichtung, bei der es sich um eine ordnungspolitische Verpflichtung handele, die gewährleisten solle, dass die Nutzer Zugang zu einer Reihe von Basiskommunikationsdiensten zu erschwinglichen Preisen hätten, zielen nicht darauf ab, die Erträge der Universaldienstanbieter in einem wettbewerbsorientierten Umfeld zu schmälern. Es verstoße gegen die Ziele der Rahmenrichtlinie und der Universaldienstrichtlinie, die Verhältnismäßigkeit zu gewährleisten und Diskriminierung und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, wenn einem Universaldienstanbieter einseitig die Kosten der Universaldienstverpflichtung auferlegt würden, selbst wenn er dadurch einen Wettbewerbsnachteil erleide und ungeachtet des Umstands, dass gegen seine Hauptkonkurrenten keine Maßnahmen zur Verringerung ihrer Gewinne auf ein ähnliches Niveau getroffen worden seien.
- (xi) Nach Angaben des Wirtschaftssachverständigen von Eircom, denen der Sachverständige der ComReg nicht widersprochen habe, hätten die Nettokosten in den Jahren 2010-2011 244 Mio. Euro betragen müssen, um dieses Kriterium zu erfüllen (was 62 % des Gewinns vor Zinsen und Steuern entspreche), und in den Jahren, für die die Finanzierung beantragt worden sei, wäre der niedrigste Betrag, der dieses Kriterium in einem der Jahre erfüllt hätte, Nettokosten in Höhe von 51 Mio. Euro gewesen (was 23 % des Gewinns vor Zinsen und Steuern entspreche).
- (xii) Das von der ComReg in ihren Entscheidungen angewandte Kriterium habe zur Folge, dass eine unzumutbare Belastung nur dann vorliege, wenn der ROCE von Eircom für das gesamte Festnetzgeschäft auf einen Punkt gesunken sei, an dem das Unternehmen nach den Erkenntnissen des Wirtschaftssachverständigen Schwierigkeiten bei der Beschaffung von

neuem Kapital bekäme. Dies sei unvereinbar mit dem Regelungsrahmen, dessen Ziel die Förderung eines wirksamen Wettbewerbs sei.

- (xiii) Soweit die Feststellungen im Urteil Base (C-389/08) für Märkte mit einem einzigen Universaldienstanbieter relevant seien, folge daraus, dass die nationale Regulierungsbehörde erstens eine individuelle Prüfung der tatsächlichen Nettokosten für einen Universaldienstanbieter vornehmen müsse, ohne allgemeine Annahmen über den Zusammenhang zwischen positiven Nettokosten und einer unzumutbaren Belastung zu treffen, und dass sie zweitens ihrer verbindlichen Verpflichtung nach der Universaldienstrichtlinie nachkommen müsse, nämlich festzustellen, ob es sich um eine unzumutbare Belastung in dem vollständigen tatsächlichen Kontext des Marktes handele, auf dem der Universaldienstanbieter tätig sei.
- (xiv) Die Rentabilität von Eircom und deren Fähigkeit, eine angemessene Rendite zu erwirtschaften, würden durch die Nettokosten der Universaldienstverpflichtung erheblich beeinträchtigt, da diese Eircom zusätzliche Kosten auferlegten, die ihre Konkurrenten nicht trügen, ohne dass sie über einen Ausgleichsvorteil verfüge (wie z. B. eine quasi-monopolistische Marktmacht auf dem Endkundenmarkt), um den Nachteil der zusätzlichen Kostenbelastung auszugleichen. Das Vorliegen einer „*erheblichen Auswirkung*“ auf die Rentabilität und/oder die Fähigkeit, eine angemessene Rendite zu erwirtschaften, könne nicht anhand einer Rentabilitätsschwelle bestimmt werden, wodurch Erwägungen zu Wettbewerbsverzerrungen und objektiver Rechtfertigung ausgeschlossen würden.

Der Standpunkt der ComReg

- 44 Der Standpunkt der ComReg, soweit er für die dem Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 zugrunde liegenden Fragen erheblich ist, ist folgender:
- (i) Die Feststellungen im Urteil Base (C-389/08) hätten zur Folge, dass das Hauptaugenmerk auf der Frage liege, ob der Universaldienstanbieter unter Berücksichtigung der ihm eigenen Merkmale fähig sei, die Nettokosten zu tragen. Dieses Kriterium sehe eine einseitige Analyse der eigenen Belastungsfähigkeit eines Unternehmens vor und keine Analyse aller Wettbewerber auf dem Markt und ihrer jeweiligen Fähigkeit, die Nettokosten zu tragen.
 - (ii) Die Universaldienstrichtlinie erlaube es den nationalen Regulierungsbehörden nicht nur, allgemeine und objektive Kriterien festzulegen, anhand deren sich bestimmen lasse, ob eine Belastung als unzumutbar angesehen werden könne, sondern im Licht des Urteils Base (C-389/08) gebiete sie dies den nationalen Regulierungsbehörden geradezu. Diese Kriterien seien weder in der Richtlinie noch durch den Gerichtshof festgelegt, sondern müssten von jeder nationalen Regulierungsbehörde

beschlossen werden. Es sei daher nicht verwunderlich, dass jeder Mitgliedstaat seine eigenen Kriterien festgelegt habe und dass diese sich je nach Mitgliedstaat unterschieden.

- (iii) Das im Urteil Base (C-389/08) aufgestellte Kriterium ziele auf die Frage ab, ob die Nettokosten im Hinblick auf die Belastungsfähigkeit des Universaldienstanbieters und unter Berücksichtigung bestimmter Kriterien, die sich auf die Merkmale des Universaldienstanbieters konzentrierten, übermäßig seien.
- (iv) In Anbetracht der im Urteil Base (C-389/08) vorgenommenen Prüfung sei die Rentabilität eine entscheidende Variable bei der Bestimmung der Fähigkeit von Eircom, die Nettokosten zu tragen.
- (v) Die Rentabilität und die Fähigkeit von Eircom, einen angemessenen ROCE-Satz zu erwirtschaften, seien Maßstäbe für die Finanzlage des Unternehmens und würden angemessen verwendet, um die Fähigkeit des Unternehmens, die Nettokosten zu tragen, zu beurteilen. Die regulierten zulässigen WACC stellten ein angemessenes wettbewerbsfähiges Benchmark-Renditeniveau für die Verwendung bei dieser Beurteilung dar. Die WACC würden von Regulierungsbehörden und anderen Behörden in Wettbewerbsfällen üblicherweise als Maßstab für die Rendite verwendet, die Investoren (d. h. Eigen- und Fremdkapitalgeber) von Investitionen in ein Unternehmen erwarten könnten. Die WACC stellten die Opportunitätskosten dar, die einem Investor durch die Übernahme des Risikos einer Investition in ein Unternehmen entstünden, d. h. die Rendite, die ein Investor als Richtwert für eine Investition verlangen würde.
- (vi) Die Oxera-Berichte und die Entscheidungen der ComReg konzentrierten sich entsprechend diesem Kriterium auf die Merkmale von Eircom sowie deren Fähigkeit, die Nettokosten zu tragen, und seien zu dem Schluss gelangt, dass die Nettokosten unter Berücksichtigung der Belastungsfähigkeit von Eircom nicht übermäßig seien.
- (vii) Die Fähigkeit eines Unternehmens zur Quersubventionierung aus den erzielten Gewinnen sei für die Fähigkeit, die Nettokosten der Universaldienstverpflichtung zu tragen, von Bedeutung, und die Quersubventionierung als Grundsatz liege der Argumentation im Urteil Base (C-389/08) zugrunde.
- (viii) Eircom betone, dass es für sie unzumutbar sei, eine Belastung von 45 Mio. Euro über fünf Jahre tragen zu müssen, während ihr Gewinn vor Zinsen und Steuern im gleichen Zeitraum 1,397 Mia. Euro betragen habe. Dies sei insofern bemerkenswert, als die Prüfung der unzumutbaren Belastung auf die Fähigkeit des Universaldienstanbieters abziele, die Nettokosten zu tragen.

- (ix) Eircom lege keine Beweise dafür vor, dass ihre Rentabilität und ihre Fähigkeit, einen angemessenen ROCE-Satz zu erwirtschaften, durch die Nettokosten der Universaldienstverpflichtung erheblich beeinträchtigt worden seien. Sie trage auch nicht vor, dass die Nettokosten der Universaldienstverpflichtung zu mangelnder Rentabilität (denn es gebe keine mangelnde Rentabilität) oder, was noch wichtiger sei, zu mangelnder Belastungsfähigkeit führten. Die absolute Höhe der Gewinne sowie die Analyse von ROCE und WACC zeigten, dass die Nettokosten keinen wesentlichen Einfluss auf die Rentabilität von Eircom gehabt hätten. Als Beispiel sei das Jahr 2010/2011 herangezogen, in dem Eircom in einem wettbewerbsorientierten Umfeld tätig gewesen sei und ihr Gewinn vor Zinsen und Steuern 388 Mio. Euro betragen habe, während sie für dieses Jahr positive Nettokosten in Höhe von 7,5 Mio. Euro getragen habe.
- (x) Im Urteil Base (C-389/08) werde an keiner Stelle ausgeführt oder die Behauptung gestützt, dass die ComReg eine Bewertung der Wettbewerber des Universaldienstansbieters, ihres Gewinns, ihres Marktanteils und des Vorteils, den die Wettbewerber aus der Universaldienstverpflichtung zögen, vornehmen müsse. An keiner Stelle werde im Urteil Base (C-389/08) zu verstehen gegeben, dass eine solche Marktanalyse oder irgendein Vergleich zwischen Eircom und ihren Wettbewerbern vorzunehmen sei, bevor festgestellt werde, ob Eircom die Nettokostenlast tragen könne.
- (xi) Die Marktanteile der Wettbewerber und ihre (von Eircom angeführten) Entwicklungstendenzen enthielten keinen Hinweis auf die Fähigkeit von Eircom, die Nettokosten zu tragen, und seien hierfür erst recht nicht ausschlaggebend. Die von Eircom in Anhang H wiedergegebene Analyse der ROCE anderer Marktteilnehmer enthalte schwankungsanfällige und widersprüchliche Daten über die Rentabilität der Wettbewerber und sei in jedem Fall für die Prüfung irrelevant.
- (xii) Würde eine Prüfung der unzumutbaren Belastung eine solche Marktanalyse erfordern, wäre vernünftigerweise zu erwarten, dass die Rahmenrichtlinie oder die Universaldienstrichtlinie dies in ähnlicher oder gleichartiger Weise vorsähen oder der Gerichtshof dies im Urteil Base (C-389/08) festgestellt hätte, was er jedoch nicht getan habe.
- (xiii) Die Methodik der ComReg berücksichtige sehr wohl die Wettbewerbssituation auf dem Markt, da, wenn festgestellt werde, dass positive Nettokosten die Rentabilität eines Universaldienstansbieters erheblich beeinträchtigten, geprüft werde, ob diese Nettokosten die Fähigkeit eines Universaldienstansbieters, künftig unter gleichen Bedingungen mit Wettbewerbern zu konkurrieren, wesentlich beeinträchtigten. Darüber hinaus hätten die ComReg und Oxera im Rahmen der Würdigung nach der Entscheidung 40 sehr wohl Aspekte des Marktes als größeren Kontext für die Rentabilitätsbewertung (einschließlich der Preisgestaltung von Eircom und ihres Marktanteils im Festnetzbereich)

berücksichtigt, wie z. B. aus Tabelle 5.1 und den Schlussfolgerungen der Oxera-Berichte hervorgehe, die den einzelnen Entscheidungen beigelegt seien, von denen ein Beispiel für den Zeitraum 2014/2015 in Anhang D wiedergegeben sei.

- (xiv) Die Rentabilität sei ein aussagekräftiger Indikator für das wettbewerbsorientierte Umfeld, und das Ergebnis einer Rentabilitätsprüfung sei nicht losgelöst von wettbewerblichen Erwägungen.
- (xv) Im vorliegenden Verfahren gehe es um die Nettokosten der Universaldienstverpflichtung – die Auswirkungen eines Geldbetrags – und nicht um andere qualitative Anforderungen der Universaldienstverpflichtung, die Auswirkungen auf den Wettbewerb haben könnten, wie z. B. den geografisch gemittelten Preis.
- (xvi) Bei der Entscheidung in der Rechtssache Base (C-389/08) stehe außer Zweifel, dass der Gerichtshof die Erfordernisse der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit und der Minimierung von Marktverzerrungen sowie die Abweichung von den Marktbedingungen aus Sicht des Universaldiensteanbieters im Blick gehabt habe, als er die geeigneten Kriterien für Prüfung zur Feststellung des Vorliegens einer unzumutbaren Belastung bestimmt habe.
- (xvii) Der von ComReg betraute Wirtschaftssachverständige sei davon überzeugt, dass der Vergleich von ROCE und WACC im Rahmen der Bewertung der wirtschaftlichen und finanziellen Lage eines Universaldiensteanbieters angemessen sei.

X. GRÜNDE FÜR DIE VORLAGE

- 45 Zwischen den Parteien besteht Uneinigkeit über die Bedeutung der Feststellungen des Gerichtshofs im Urteil C-389/08 (Base) und deren Anwendung auf die Prüfung einer unzumutbaren Belastung, wenn es nur einen Universaldiensteanbieter auf dem Markt gibt, sowie über das richtige Kriterium für die Feststellung einer unzumutbaren Belastung im Allgemeinen.
- 46 Die Entscheidung in der Rechtssache Base (C-389/08) befasst sich nämlich nicht mit einem Fall, in dem es auf dem relevanten Markt mehrere Anbieter von Telekommunikationsdiensten, aber nur einen Universaldiensteanbieter gibt. Ein solcher Fall liegt in Irland vor. Für eine Entscheidung über die Fragen des Ausgangsverfahrens sind die Hinweise des Gerichtshofs erforderlich. Darüber hinaus ist es wahrscheinlich, dass die Hinweise des Gerichtshofs auch für Gerichte in anderen Mitgliedstaaten von Interesse sind; Irland dürfte nicht der einzige Mitgliedstaat mit einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt sein, in dem sich diese Frage stellen könnte.

XI. VORLAGEFRAGE

In einem Fall, in dem

- (i) der Telekommunikationsmarkt liberalisiert wurde und es mehrere Anbieter von Telekommunikationsdiensten gibt, die auf dem Markt tätig sind,
- (ii) die nationale Regulierungsbehörde (im Folgenden auch: NRB) zur Erfüllung von Universaldienstverpflichtungen einen Diensteanbieter (im Folgenden: Universaldienstanbieter) ausgewählt hat,
- (iii) die NRB festgestellt hat, dass mit der Erfüllung der Universaldienstverpflichtungen positive Nettokosten verbunden sind (im Folgenden: Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen), und
- (iv) die NRB festgestellt hat, dass die Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen im Vergleich zu den Verwaltungskosten für die Einrichtung eines Mechanismus zur Aufteilung der Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen auf die Marktteilnehmer wesentlich sind,

ist es dann, wenn die NRB aufgrund ihrer Verpflichtungen nach der Universaldienstrichtlinie 2002/22 zu prüfen hat, ob sich die Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen des Universaldienstanbieters angesichts seiner Belastungsfähigkeit aufgrund aller seiner Merkmale, insbesondere des Stands seiner Einrichtungen, seiner wirtschaftlichen und finanziellen Situation sowie seines Marktanteils, als unzumutbar im Sinne von übermäßig darstellen (wie in Rn. 42 des Urteils Base ausgeführt), nach den Richtlinien zulässig, dass sie diese Prüfung ausschließlich unter Berücksichtigung der Merkmale/Situation des Universaldienstanbieters vornimmt, oder muss sie die Merkmale/Situation des Universaldienstanbieters im Vergleich zu seinen Wettbewerbern auf dem relevanten Markt prüfen?