

Aufsätze

Prof. Dr. Christian Koenig und Matti Meyer*

Entscheidungsdurchgriff der Europäischen Kommission zur Harmonisierung von Kostenmethoden für regulierte Telekommunikationszugangsentgelte?

Nachdem die Kommission unter Ziff. 6 der Empfehlung 2009/396/EG den nationalen Regulierungsbehörden bei der Kalkulation der Mobilfunkterminierungsentgelte die Anwendung eines einheitlichen Kostenmodells unter Verzicht auf eine Gemeinkostenzuschlüsselung („Pure Long-Run Incremental Costs“, „Pure LRIC“) „sehr nahegelegt“ hat, erwägt sie nun, diesem Anliegen durch den Erlass einer Entscheidung (nach Art. 288 Abs. 4 AEUV: „Beschluss“) mehr Nachdruck zu verleihen. Art. 19 Abs. 1 der 2009 geänderten Rahmenrichtlinie 2002/21/EG sieht die Kompetenz der Kommission vor, „eine Empfehlung oder eine Entscheidung über die harmonisierte Anwendung dieser Richtlinie und der Einzelrichtlinien [zu] erlassen“. Art. 19 Abs. 3 der Richtlinie schränkt allerdings die Entscheidungskompetenz auf Fälle der „uneinheitlichen Umsetzung des allgemeinen Regulierungskonzeptes gemäß den Artikeln 15 und 16 ... durch die nationalen Regulierungsbehörden“ (lit. a) sowie der Nummerierung (lit. b) ein. Damit stellen sich die im Folgenden zu beantwortenden Auslegungsfragen nach der Reichweite der Entscheidungskompetenz der Kommission, insbesondere im Hinblick auf Kostenmethoden für regulierte Telekommunikationszugangsentgelte.

I. Ermächtigungsgrundlagen innerhalb des Art. 19 Abs. 3 lit. a der Rahmenrichtlinie

Die Kompetenz der Kommission zum Erlass von Entscheidungen über die Harmonisierung bzw. Koordinierung von Kostenmethoden für regulierte Zugangsentgelte könnte in Art. 19 Abs. 3 lit. a der Rahmenrichtlinie¹ angelegt sein. Innerhalb dieser Norm kommen sowohl Unterabsatz 1 Satz 1 als auch Unterabsatz 2 als taugliche Ermächtigungsgrundlagen in Betracht. Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie ermächtigt die Kommission zum Erlass einer Entscheidung, wenn

„die uneinheitliche Umsetzung des allgemeinen Regulierungskonzeptes gemäß den Artikeln 15 und 16 zur Regulierung der Märkte der elektronischen Kommunikation durch die nationalen Regulierungsbehörden ... das Funktionieren des Binnenmarkts behindert“.

Zunächst ist zu klären, ob es sich bei der Harmonisierung bzw. Koordinierung, insbesondere im Hinblick auf Kostenmethoden für regulierte Zugangsentgelte, um eine Angelegenheit handelt, die in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fällt und somit eine Kompetenz der Kommission zum Erlass von

Entscheidungen begründet; in einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob diese Ermächtigung dadurch entfällt, dass der Tatbestand des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie einschlägig ist (dazu unten, unter 1.). Danach gilt:

„Diese Entscheidungen beziehen sich nicht auf spezifische Mitteilungen der nationalen Regulierungsbehörden nach Artikel 7a.“

Unter der Prämisse, dass es sich bei der Harmonisierung bzw. Koordinierung im Hinblick auf Kostenmethoden für regulierte Zugangsentgelte um eine Angelegenheit handelt, welche die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt, könnte sich eine Entscheidungskompetenz der Kommission aber noch aus Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie ergeben. Diese Bestimmung normiert:

„In diesen Fällen schlägt die Kommission einen Entwurf einer Entscheidung nur dann vor, wenn ...“

Ob sich hieraus für die Fallgruppen des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie eine gesonderte Kompetenz zum Erlass von Entscheidungen der Kommission ergibt, bedarf der Klärung (dazu unten, unter 2.).

1. Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 der Rahmenrichtlinie

a) *Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie*
Der Kommission könnte nach Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie die Befugnis zustehen, die Harmonisierung bzw. Koordinierung verschiedener Kostenmethoden für regulierte Zugangsentgelte im Wege der Entscheidung festzulegen, wenn hierdurch der uneinheitlichen Umsetzung des allgemeinen Regulierungskonzeptes gemäß den Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie zur Regulierung der Märkte der elektronischen Kommunikation durch die nationalen Regulierungsbehörden entgegengewirkt würde (dazu unten, unter aa)) und soweit durch diese Umsetzungsdiskrepanzen Hindernisse für das Funktionieren des Binnenmarktes entstehen (dazu unten, unter bb)). Liegen diese notwendigen Voraussetzungen vor, bezieht sich die Entscheidung der Kommission jedoch gleichzeitig gemäß Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie auf spezifische Mitteilungen der nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 7a der Rahmenrichtlinie (dazu un-

* Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten im Auftrag der Vodafone D2 GmbH.

1 I. d. F. der Richtlinie 2009/140/EG.

ten, unter b)), ist die Befugnis der Kommission nach Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie nicht gegeben.

aa) Uneinheitliche Umsetzung des allgemeinen Regulierungskonzeptes gemäß den Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie durch die nationalen Regulierungsbehörden

Es ist zu prüfen, ob eine rechtlich verbindliche Entscheidung über die Harmonisierung von Kostenmethoden für den Bereich der Zugangsregulierung dem allgemeinen Regulierungskonzept der Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie zugeordnet werden kann. Art. 15 der Rahmenrichtlinie regelt das Verfahren für die Festlegung und Definition von Märkten. Der Kommission obliegt nach Art. 15 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie u. a. die Pflicht, diesbezüglich eine Empfehlung zu verabschieden.² Hierin sind die relevanten Produkt- und Dienstmärkte festgelegt, die von den nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 15 Abs. 3 S. 1 der Rahmenrichtlinie weitestgehend zu berücksichtigen sind. Art. 16 der Rahmenrichtlinie normiert das Marktanalyseverfahren. Dieses dient der Untersuchung der auf einem relevanten Produkt- bzw. Dienstmarkt bestehenden Marktstruktur. Die nationalen Regulierungsbehörden haben nach Art. 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie zu ermitteln, ob auf einem relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht und welche Unternehmen auf einem solchen Markt allein oder gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen.

Kostenmethoden sind demgegenüber die Grundlage für Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden über die genaue Gestaltung der Zugangsentgelte. Für den Bereich der Zugangsregulierung hält die Zugangsrichtlinie 2002/19/EG³ in den Artikeln 9 bis 13a Abhilfemaßnahmen unterschiedlichen Inhalts bereit: den sog. „Instrumentenkasten“ bzw. die „Remedies Toolbox“. Gemäß Art. 8 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, die in den Art. 9 bis 13a der Zugangsrichtlinie genannten Verpflichtungen aufzuerlegen. Besondere Bedeutung ist Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie beizumessen. Diese Norm konstituiert u. a. das Instrument der Preiskontrolle. Es beinhaltet die Anwendung von Kostenmethoden. Ob solche Abhilfemaßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden und somit die diesen zugrundeliegenden Kostenmethoden als Teil des Marktanalyse- bzw. Marktdefinitionsverfahrens nach den Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie anzusehen sind, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln.

aaa) Grammatikalische Auslegung

Ausgangspunkt der Auslegung von Richtlinienvorschriften ist ihr Wortlaut. Weder Marktdefinition noch Marktanalyse werden in der Rahmenrichtlinie legaldefiniert. Der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes von 1997,⁴ auf die Randnummer 24 der Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse⁵ ausdrücklich Bezug nimmt, lässt sich entnehmen, dass es sich bei der Marktdefinition um die Abgrenzung eines Gebiets handelt, auf dem Unternehmen miteinander in Wettbewerb stehen.⁶ Das Ergebnis dieses Vorgangs sind konkret bestimmte Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht.

Eine Regulierungsverfügung der Bundesnetzagentur nach § 13 TKG schließt das in Deutschland – in die Verfahrensabschnitte Marktdefinition und -analyse einerseits und Abhilfemaßnahmen andererseits unterteilte – gestreckte Verfahren

ab. Vorliegend wird einheitlich der unionsrechtliche Begriff der Abhilfemaßnahme verwendet. Dem Erlass einer Abhilfemaßnahme auf der dritten Verfahrensebene ist der Abschluss der Verfahrensabschnitte der Marktdefinition und der -analyse auf der ersten bzw. zweiten Ebene zwingend vorgelagert; dies gilt auch für die anderen nationalen Regulierungsbehörden, welche die Regulierungsmaßnahmen Marktdefinition, Marktanalyse und Abhilfemaßnahmen nicht im gestreckten Verfahren (wie im Falle der deutschen Bundesnetzagentur), sondern tatsächlich insgesamt notifizieren. In jedem Fall würde eine Subsumtion von Abhilfemaßnahmen unter den Terminus des „allgemeinen Regulierungskonzeptes“ gemäß den Art. 15 (Marktdefinition) und 16 (Marktanalyse) der Rahmenrichtlinie bereits die zulässige Wortlautgrenze überschreiten, gleich ob eine nationale Regulierungsbehörde das gestreckte Verfahren anwendet oder nicht.

Die Grundsätze zur Marktanalyse finden sich in den Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse. Insbesondere in Abschnitt 3 wird deutlich, dass die Marktanalyse die Würdigung der Marktstrukturen und die Analyse beträchtlicher Marktmacht zum Gegenstand hat.⁷ Dem Erlass von Abhilfemaßnahmen ist die abschließende Feststellung über die bestehenden Marktverhältnisse vorgelagert. Folglich ist die Möglichkeit einer Subsumtion von Abhilfemaßnahmen unter den Terminus der Marktanalyse nach Art. 16 der Rahmenrichtlinie, gleich ob eine nationale Regulierungsbehörde das gestreckte Verfahren anwendet oder nicht, im Hinblick auf die einzuhaltende Wortlautgrenze ebenso zu verneinen.

Selbst regulatorische Rückkoppelungseffekte von der Abhilfemaßnahmen- auf die Marktanalyse- bzw. Marktdefinitionsebene machen die nach Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie ergehenden Abhilfemaßnahmen zur Preiskontrolle und die diesen zugrundeliegenden Kostenmethoden noch nicht zu einem Teil des Marktanalyse- bzw. Marktdefinitionsverfahrens i. S. d. Wortlautes nach Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie. Zwar kann es nicht ausgeschlossen werden, dass Abhilfemaßnahmen zur Preiskontrolle, denen eine neue – etwa eine die Zugangsentgelte radikal absenkende – Kostenmethode zugrunde liegt, derart intensiv auf die Marktstruktur einwirken, dass sich (in der nächsten Regulierungsperiode) die Marktanalyse oder sogar die Marktdefinition (etwa die digitaltechnologische Substituierbarkeit von Zugangsprodukten nach dem Bedarfsmarktkonzept⁸) anders als bisher gestaltet.

Sollte der Wortlaut von Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie solche regulatorischen Rückkoppelungseffekte von der Abhilfemaßnahmen- auf die Marktanalyse- bzw. Marktdefinitionsebene umfassen, hätte er aber etwa wie folgt gefasst werden müssen:

„die uneinheitliche Umsetzung des allgemeinen Regulierungskonzeptes gemäß den Artikeln 15 und 16 zur

² Märkteempfehlung 2007/879/EG.

³ I. d. F. der Richtlinie 2009/140/EG.

⁴ Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG 1997 C 372, 5.

⁵ Kommission, Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG 2002 C 165, 6.

⁶ Kommission (Fn. 4), ABl. EG 1997 C 372, 5, 5 Rn. 2.

⁷ Kommission (Fn. 5), ABl. EG 2002 C 165, 6, 14 ff. Rn. 70 ff.

⁸ Vgl. Kommission (Fn. 4), ABl. EG 1997 C 372, 5, 6 Rn. 13; Koenig/Schreiber, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2010, S. 38 ff.

Regulierung der Märkte der elektronischen Kommunikation durch die nationalen Regulierungsbehörden *oder die uneinheitliche Gestaltung von Abhilfemaßnahmen, welche auf das vorgenannte allgemeine Regulierungskonzept erheblich rückwirkt*, sofern das Funktionieren des Binnenmarkts behindert wird“ (der Zusatz *de lege ferenda* ist hervorgehoben).

Selbst unter Zugrundelegung der Prämisse erheblicher regulatorischer Rückkoppelungseffekte von Abhilfemaßnahmen zur Preiskontrolle einschließlich der diesen zugrundeliegenden Kostenmethoden auf die Marktanalyse- bzw. Marktdefinitionsebene würde eine Subsumtion dieser Rückkoppelungseffekte unter den Ermächtigungstatbestand des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie – ohne einen Zusatz *de lege ferenda* (wie vorstehend markiert) – dessen Wortlautgrenze *de lege lata* unzulässig überschreiten.

bbb) Systematische Auslegung

Das Ergebnis der grammatikalischen Auslegung wird durch systematische Argumente gestärkt. Wichtige Aspekte bei der Auslegung von Vorschriften des Unionsrechts sind insbesondere der Kontext, in dem sie stehen, sowie ihre jeweilige Stellung im Gesamtgefüge der Rechtsordnung und innerhalb des betreffenden Rechtsakts.⁹ Zwar ließe sich gegen das Ergebnis der grammatikalischen Auslegung anführen, dass Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie gegen das systematische Postulat der Nichtredundanz verstoßen würde. Vorausgesetzt, dass ausschließlich Abhilfemaßnahmen in den Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestandes fallen, diese jedoch gleichzeitig weder Teil des Marktdefinitions- noch des Marktanalyseverfahrens sind, verbliebe Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie kein eigener Anwendungsbereich und wäre folglich obsolet. Des Weiteren könnte argumentiert werden, dass Abhilfemaßnahmen neben Marktdefinition und -analyse unter den Terminus des „allgemeinen Regulierungskonzeptes“ zu subsumieren seien, da Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie pauschal auf Art. 16 der Rahmenrichtlinie verweist und dieser in seinen Absätzen 2 und 3 auch auf Abhilfemaßnahmen Bezug nimmt. Dies könnte für eine Verflechtung der Ebenen Marktanalyse einerseits und Abhilfemaßnahmen andererseits und somit dafür sprechen, dass diese gleichermaßen als Teilmengen eines „allgemeinen Regulierungskonzeptes“ anzusehen seien.

Andererseits lassen sich aus der Rahmenrichtlinie, der Zugangsrichtlinie und den Marktanalyseleitlinien der Kommission Argumente für die Vorzugswürdigkeit des Ergebnisses der grammatikalischen Auslegung ableiten.

Art. 15 Abs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie führt zum Marktdefinitionsverfahren aus:

„Darin [im Marktdefinitionsverfahren] werden diejenigen Märkte für elektronische Kommunikationsprodukte und -dienste festgelegt, deren Merkmale *die Auferlegung von Verpflichtungen nach den Einzelrichtlinien* rechtfertigen können ...“ (Hervorhebung hinzugefügt).

Zum Marktanalyseverfahren lässt sich in Art. 16 Abs. 2 S. 1 der Rahmenrichtlinie eine ähnliche Formulierung finden:

„Wenn eine nationale Regulierungsbehörde ... feststellen muss, *ob Verpflichtungen für Unternehmen aufzuerlegen, beizubehalten, zu ändern oder aufzuheben sind*, ermittelt sie anhand der Marktanalyse ..., ob auf einem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb herrscht“ (Hervorhebung hinzugefügt).

In Art. 8 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie tritt die angelegte Trennung zwischen Marktanalyse auf der einen und Abhilfemaßnahmen auf der anderen Seite noch deutlicher hervor:

„Wird ein Betreiber *aufgrund einer Marktanalyse* ... als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf einem bestimmten Markt eingestuft, *so erlegt* die nationale Regulierungsbehörde diesem im erforderlichen Umfang *die in den Artikeln 9 bis 13 der vorliegenden Richtlinie genannten Verpflichtungen auf*“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

Auch die Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse bestätigen den dargelegten Befund. In Randnummer 107 führt die Kommission aus:

„Abschnitt 3 dieser Leitlinien beschäftigte sich mit der Analyse der relevanten Märkte ... Dieser Abschnitt [Abschnitt 4] enthält Leitlinien zu den Maßnahmen, die die [nationalen Regulierungsbehörden] *im Anschluss* an ihre Analyse ergreifen können, *spricht zu der Auferlegung, Beibehaltung, Änderung oder Aufhebung (je nach Fall) von bereichsspezifischen Verpflichtungen* für Unternehmen ...“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

Für das Ergebnis der grammatikalischen Auslegung spricht zum einen entscheidend die auch im Wortlaut und in der Verweisungssystematik des Art. 16 Abs. 2 und 3 der Rahmenrichtlinie (auf die Zugangsrichtlinie und die Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG¹⁰) unterstrichene Zäsur zwischen dem Abschluss des „allgemeinen [Rahmen-] Regulierungskonzeptes“ der Marktanalyse auf der zweiten Ebene (nach dem Verfahrensabschnitt der Marktdefinition auf der ersten Ebene) einerseits und dem Erlass spezifischer Abhilfemaßnahmen auf der dritten Verfahrensebene andererseits.

Zum anderen ist eine Subsumtion von Abhilfemaßnahmen unter den Terminus der Marktanalyse nach Art. 16 der Rahmenrichtlinie auch aufgrund der Tatsache abzulehnen, dass im Rahmen der Überarbeitung des Richtlinienrahmens zur elektronischen Kommunikation 2009 das Vetorecht gegen Abhilfemaßnahmen, das sog. „Veto on Remedies“, von der Kommission nicht durchgesetzt werden konnte. Das in Art. 7 Abs. 5 lit. a der Rahmenrichtlinie kodifizierte Vetorecht der Kommission umfasst seinem Umfang nach, gemäß Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie, lediglich geplante Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden im Hinblick auf das Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren. Sonstige Maßnahmen nach Art. 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie, insbesondere Abhilfemaßnahmen, sind hiervon nicht umfasst. Über eine – schon wortlaut- und systemwidrige – Subsumtion von Abhilfemaßnahmen unter den Terminus der Marktanalyse nach Art. 16 der Rahmenrichtlinie würde auf dem Weg einer extensiven Auslegung von Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie in unzulässiger Weise das *de lege lata* gescheiterte „Veto on Remedies“ surrogiert.

ccc) Teleologische Auslegung

Die Ziele eines Rechtsaktes sind besonders wichtige Auslegungsmittel. Das Regelungsziel einer Vorschrift kann indes nicht postuliert werden, sondern muss seinerseits im Wege wertender Erkenntnis gewonnen werden. Das Regelungsziel kann sich also nur aus einer ausdrücklichen Vorgabe –

⁹ Umfassend zur diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH Koenig/Loetz/Neumann, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003, S. 20 Fn. 44.

¹⁰ I. d. F. der Richtlinie 2009/136/EG.

namentlich in den Erwägungsgründen des Rechtsaktes oder in einer eigenen Vorschrift über die Zielsetzung – sowie aus der Funktion der betreffenden Vorschrift ergeben, wie sie sich angesichts des unter Anwendung der anderen Interpretationstopoi gewonnenen Auslegungsergebnisses darstellt. Aus dem dritten Erwägungsgrund der Rahmenrichtlinie ergibt sich, dass es Sinn und Zweck des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste ist, den Binnenmarkt für elektronische Kommunikation zu vollenden. Indem im Rahmen des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens zuvörderst das Vorliegen eines Marktversagens geprüft und somit über die Notwendigkeit eines regulatorischen Eingreifens entschieden wird, geschieht dies – sofern die Regulierungsbedürftigkeit des Marktes zu bejahen ist – auch „zum Zweck der Auferlegung von Vorabverpflichtungen“, wie sich der Randnummer 37 der Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse entnehmen lässt. Solche Vorabverpflichtungen sind insbesondere Abhilfemaßnahmen, die Zugangsverpflichtungen gemäß den Art. 9 bis 13a der Zugangsrichtlinie auferlegen.¹¹ Folglich stellen diese Maßnahmen im Hinblick auf den engen instrumentellen Telos des Marktdefinitions- bzw. des Marktanalyseverfahrens bereits dessen Verwirklichung dar. Eine Tatsache kann jedoch nicht einerseits den Eintritt des erstrebten Zwecks erst kausal fundieren, wenn aus deren Vorliegen andererseits der Telos schon unmittelbar heraustritt. Mithin scheidet auch aus teleologischen Gründen eine Subsumtion von Abhilfemaßnahmen unter die Begriffe der Marktdefinition und der Marktanalyse aus.

ddd) Zwischenergebnis

Nach Maßgabe der grammatikalischen, systematischen und teleologischen Auslegung sind Abhilfemaßnahmen weder Bestandteil des Marktdefinitions- noch des Marktanalyseverfahrens. Kostenmethoden sind die Grundlage für Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden über die genaue Ausgestaltung von Abhilfemaßnahmen zur Preiskontrolle und somit untrennbar mit diesen verbunden. Dies bedeutet, dass auch Kostenmethoden nicht unter den Terminus des allgemeinen Regulierungskonzeptes gemäß den Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie subsumiert werden können.

Bereits mangels Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals kann eine Kompetenz der Kommission zum Erlass einer rechtlich verbindlichen Entscheidung über die Harmonisierung von Kostenmethoden für den Bereich der Zugangsregulierung nicht aus der Ermächtigungsgrundlage des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie hergeleitet werden. An diesem Auslegungsergebnis vermögen auch etwaige regulatorische Rückkoppelungseffekte von Abhilfemaßnahmen zur Preiskontrolle einschließlich der diesen zugrundeliegenden Kostenmethoden auf die Marktanalyse- bzw. Marktdefinitionsebene nichts zu ändern, denn eine Subsumtion dieser Rückkoppelungseffekte unter den Ermächtigungstatbestand des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie würde dessen Wortlautgrenze unzulässig überschreiten.

bb) Hindernisse für das Funktionieren des Binnenmarktes

Der Tatbestand des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie verlangt, dass durch die uneinheitliche Umsetzung des allgemeinen Regulierungskonzeptes gemäß den Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie (Ursache) das Funktionieren des Binnenmarktes behindert wird (Wirkung/Tatbestandserfolg). Ungeachtet der Tatsache, dass Abhilfemaßnahmen und die diesen zugrundeliegenden Kostenmethoden be-

reits keine berücksichtigungsfähigen Tatbestandsursachen i. S. d. Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie darstellen, ist der Eintritt der ebenfalls notwendigen tatbestandlichen Binnenmarktstörungen, selbst bei isolierter Betrachtung, ebenso zweifelhaft.

Die Kommission plädiert im Bereich der Terminierungsentgelte für die Anwendung eines einheitlichen Kostenmodells – „Pure LRIC“¹² – durch die nationalen Regulierungsbehörden. Dies ergibt sich aus Ziff. 6 der Empfehlung 2009/396/EG. Ob der empfohlene Verzicht auf eine Gemeinkostenzuschlüsselung unter Zugrundelegung der „Arcor“-Rechtsprechung des EuGH¹³ mit Art. 13 der Zugangsrichtlinie vereinbar ist und ob die Empfehlung überhaupt eine Bindungswirkung entfalten kann, ist jedenfalls sehr fraglich.¹⁴

Die geschlossene Umsetzung dient, ausweislich des ersten Erwägungsgrundes der Empfehlung 2009/396/EG, der Verwirklichung der politischen Ziele des Art. 8 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie; insbesondere soll die Entwicklung des Binnenmarktes durch eine einheitliche Regulierungspraxis forciert werden. Die Tatsache, dass durch die nationalen Regulierungsbehörden unterschiedliche Kostenmethoden angewendet werden, stellt zwar eine uneinheitliche Regulierungspraxis im Vergleich der einzelnen Mitgliedstaaten – aus denen sich der Binnenmarkt zusammensetzt – dar. Inwieweit durch eine Vereinheitlichung der Regulierungspraxis gleichzeitig die Entwicklung des Binnenmarktes vorangetrieben werden kann, hängt maßgeblich von der Beantwortung der Frage ab, ob die Regulierung der nationalen Terminierungsmärkte einen hinreichenden Binnenmarktbezug aufweist.¹⁵ Ein Nachweis für das Vorliegen des hinreichenden Binnenmarktbezuges findet sich in der Kommissionsempfehlung nicht. Die Bejahung dieser Frage ist jedoch sowohl für die Möglichkeit des Vortreibens der Entwicklung des Binnenmarktes als auch für eine mögliche Behinderung des Funktionierens desselben im Hinblick auf Abhilfemaßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden notwendige Bedingung.

Haucap und *Kühling* lehnen einen hinreichenden Binnenmarktbezug im Rahmen der Festsetzung von Terminierungsentgelten grundsätzlich ab.¹⁶ Anders als beim Auslandsroaming sei nicht erkennbar, dass die Wohlfahrt der Bürger anderer Mitgliedstaaten der EU aufgrund einer (höheren) Festsetzung von Terminierungsentgelten durch eine nationale Regulierungsbehörde relevant beeinträchtigt werde. *Kühling* sieht darüber hinaus in der unterschiedlichen Berechnung der nationalen Terminierungsentgelte keine signifikante Erhöhung der Transaktionskosten, da die Unternehmen im nachgelagerten Markt über nationale Tochtergesellschaften operieren, die sich bereits auf unterschiedliche Regulierungskordinaten in den Mitgliedstaaten eingestellt haben.¹⁷ Dann

11 *Fetzer*, MMR 2010, 515, 518.

12 Diese Kostenmethode beinhaltet den Verzicht auf eine Gemeinkostenzuschlüsselung bei der Berechnung der Mobilfunkterminierungsentgelte; vgl. *Kühling*, Schranken der Zulässigkeit eines Verzichts auf eine Gemeinkostenzuschlüsselung bei Terminierungsentgelten im Mobilfunk, 2011, S. 10; *Kühling/Schall*, CR 2012, 82.

13 EuGH, Slg. 2008, I-2931 (Urt. v. 24.4.2008 – Rs. C-55/06) – *Arcor*.

14 Vgl. dazu *Kühling* (Fn. 12), S. 10.

15 Vgl. dazu *Kühling* (Fn. 12), S. 29.

16 *Haucap*, in: Cave u. a., Monitoring EU Telecoms Policy 2009, S. 29; *Kühling* (Fn. 12), S. 29; siehe auch die Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 56, BT-Drs. 17/285, 157, 203 f. Tz. 172 ff.

17 *Kühling* (Fn. 12), S. 29.

lässt sich nach Auffassung von Kühling das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts bezweifeln.¹⁸

Differierende Terminierungsentgelte und die diesen zugrundeliegenden Kostenmethoden lassen zumindest keinen pauschalen A-priori-Schluss auf eine Binnenmarktstörung zu. Die unterschiedliche Berechnung der nationalen Terminierungsentgelte vermag eine A-priori-Annahme von Binnenmarktstörungen nicht zu begründen, da die unterschiedliche Anwendung von Kostenmethoden durch die nationalen Regulierungsbehörden letztlich (zumindest mittelbar) auch eine nachgelagerte Folge der nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen gemäß Art. 15 der Rahmenrichtlinie vorzunehmenden sachlichen und räumlichen Definition von nationalen Märkten mit ihren jeweiligen Spezifika sein kann. Die Segmentierung in nationale Märkte wurzelt letztlich in einer unionsrechtlich angeordneten und harmonisierten Methode. Diese unionsrechtlich induzierte Segmentierung setzt sich dann im Marktanalyseverfahren nach Art. 16 der Rahmenrichtlinie fort und mündet schließlich in differenzierte Methoden auf der Ebene der Zugangsentgeltkontrolle.

Gleichwohl stellen diese Unterschiede noch nicht die nach Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie angestrebte einheitliche Umsetzung des „allgemeinen Regulierungskonzeptes gemäß den Artikeln 15 und 16“ der Richtlinie in Frage. Vielmehr müssen bei national unterschiedlichen Regulierungsmaßnahmen die der Rechtsangleichung unterliegenden „allgemeinen Regulierungskonzepte“ unionseinheitlich gewahrt werden. Wenden sich die vorangegangenen Ausführungen im Hinblick auf die unterschiedliche Berechnung der nationalen Terminierungsentgelte gegen eine A-priori-Annahme von Binnenmarktstörungen, so kann umgekehrt auch nicht a priori ein Binnenmarktbezug ausgeschlossen werden. Dies im Detail im Rahmen des „allgemeinen Regulierungskonzeptes“ der Analyse von national (gleichwohl nach unionseinheitlichen Methoden) definierten Märkten gemäß den Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie mit ihren jeweiligen Spezifika zu untersuchen, obliegt den nationalen Regulierungsbehörden. Auch dies spricht dezidiert dagegen, dass die Kommission auf dem Weg des Entscheidungserlasses nach einer extensiven Auslegung von Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie diese den nationalen Regulierungsbehörden zugewiesene Untersuchungsprärogative, die auch den Binnenmarktbezug nationaler Märktespezifika umfasst, konterkarieren darf.

Differenzierte Methoden der nationalen Regulierungsbehörden auf der Ebene der Zugangsentgeltkontrolle stellen somit noch nicht die nach Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie angestrebte einheitliche Umsetzung des „allgemeinen Regulierungskonzeptes gemäß den Artikeln 15 und 16“ der Richtlinie in Frage, solange die national unterschiedlichen Regulierungsmaßnahmen die der Rechtsangleichung unterliegenden Marktdefinitions-, Marktanalyse- und Zugangsverpflichtungsverfahren nach der Rahmenrichtlinie bzw. der Zugangsrichtlinie unionseinheitlich wahren.

b) Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie

Darüber hinaus liegt eine Kompetenz der Kommission nach Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie nicht vor, sollte der Tatbestand des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie einschlägig sein. Entscheidungen nach Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie, die sich auf spezifische Mitteilungen der nationalen Regulie-

rungsbehörden nach Art. 7a der Rahmenrichtlinie beziehen, überschreiten die Grenzen dieser Ermächtigungsgrundlage. Ob Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie im Hinblick auf Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie als Ausnahmetatbestand anzusehen ist oder diesem „lediglich“ klarstellende Bedeutung zukommt, hängt von der genauen Bestimmung des Anwendungsbereiches dieser Norm ab.

Art. 7a Abs. 1 der Rahmenrichtlinie nimmt auf die Verpflichtungsmöglichkeiten der Art. 9 bis 13 der Zugangsrichtlinie und des Art. 17 der Universaldienstrichtlinie Bezug. Diese Normen konkretisieren die inhaltliche Ausgestaltung der einzelnen Abhilfemaßnahmen. Eine Einbeziehung des Marktanalyseverfahrens kann, trotz des Anknüpfens an Art. 16 der Rahmenrichtlinie im Tatbestand, ausgeschlossen werden. Dies folgt daraus, dass Art. 7a Abs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie nur solche beabsichtigten Maßnahmen erfasst, die unmittelbar auf eine „Auferlegung, Änderung oder Aufhebung von Verpflichtungen“ gerichtet sind, während durch eine Marktanalyse vorab ermittelt wird, ob die gegebenen Marktstrukturen die Anwendung sektorspezifischer Instrumente überhaupt zulassen. Die Trennung der Ebenen Marktdefinition und -analyse von der Ebene der Abhilfemaßnahmen folgt ferner aus der Tatsache, dass ein Vetorecht der Kommission lediglich geplante Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden im Hinblick auf das Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren umfasst und ein „Veto on Remedies“ im Rahmen der Überarbeitung des Rechtsrahmens 2009 nicht durchgesetzt werden konnte.

Daraus ergibt sich, dass ausschließlich die Abhilfemaßnahmen der einzelnen nationalen Regulierungsbehörden als Gegenstände spezifischer Mitteilungen der nationalen Regulierungsbehörden anzusehen sind. Abhilfemaßnahmen und die diesen zugrundeliegenden Kostenmethoden unterfallen somit dem Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie, dem insoweit also nur klarstellende Funktion zukommt.

c) Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich eine Kompetenz der Kommission zum Erlass von Entscheidungen über die Harmonisierung bzw. Koordinierung von Kostenmethoden für regulierte Zugangsentgelte nicht aus der Ermächtigungsgrundlage des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie herleiten lässt. Abhilfemaßnahmen und die diesen zugrundeliegenden Kostenmethoden können nicht unter das Tatbestandsmerkmal des „allgemeinen Regulierungskonzeptes gemäß den Artikel 15 und 16“ subsumiert werden. Da Kostenmethoden insoweit keine berücksichtigungsfähigen tatbestandlichen Ursachen sind, ist die Anwendung der Rechtsfolge des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie bereits ausgeschlossen. Darüber hinaus ist bei einer isolierten Betrachtung die Frage, ob durch die uneinheitliche Anwendung von Kostenmethoden pauschal das „Funktionieren des Binnenmarkts behindert wird“, negativ zu beantworten. Des Weiteren fallen Abhilfemaßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden und somit die diesen zugrundeliegenden Kostenmethoden in den Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie, der die Anwendbarkeit der Ermächtigungsgrundlage des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie ausschließt.

18 Kühling (Fn. 12), S. 32.

2. Regelungsgehalt von Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie

Zu klären ist, ob Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie für die Fallgruppen des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie eine gesonderte Kompetenz zum Erlass von Entscheidungen der Kommission begründet.

a) Grammatikalische Auslegung

Ausgangspunkt der Auslegung von Richtlinienvorschriften ist ihr Wortlaut. Richtlinien werden, wie auch die Verträge, in mehreren Sprachen abgefasst. Der Wortlaut der Verträge ist in jeder dieser Sprachen gleichermaßen verbindlich. Dieser Grundsatz gilt auch für die grammatikalische Auslegung einzelner Vorschriften in Richtlinien,¹⁹ so dass der englischen und französischen Sprachfassung mit Blick auf die Arbeitssprache der Kommission im Einzelfall kein höheres Gewicht beigemessen werden kann. Der EuGH greift bei der Auslegung ggf. auf einen Vergleich dieser authentischen Texte zurück.²⁰

Die deutsche Fassung des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie verwendet den Plural („In diesen Fällen“) und deckt sich insoweit mit der dänischen („I sådanne tilfælde“) und schwedischen („I sådana fall“). Da unter Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie Abhilfemaßnahmen unterschiedlichen Inhalts fallen, könnte die Verwendung des Numerus in den aufgeführten Fassungen ein Indiz dafür sein, dass sich diese Norm – Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie – auf die spezifischen Mitteilungen der nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 7a der Rahmenrichtlinie und somit auf Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie bezieht.

Allerdings enthalten Fassungen anderer mitgliedstaatlicher Sprachen an dieser Stelle die Singularform, u. a. die englische („In this case“), die französische („Dans un tel cas“), die spanische („En tel caso“), die italienische („In tal caso“), die niederländische („In een dergelijk geval“) und die finnische („Tällaisissa tapauksissa“). Dieser Numerus deutet eher auf einen Gesamtbezug des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie hin. Hiernach sind Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 und 2 der Rahmenrichtlinie, bezüglich Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 2 der Richtlinie, als „ein Fall“ anzusehen. Nach dieser Auslegungsvariante würde Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie keine eigenständige Ermächtigungsgrundlage darstellen, sondern die des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie näher konkretisieren.

Die grammatikalische Auslegung führt somit zu keinem eindeutigen Ergebnis. Dementsprechend erlaubt eine vergleichende Untersuchung der verschiedenen sprachlichen Fassungen keine Schlussfolgerung zugunsten einer der vorgetragenen Auslegungsvarianten. Folglich kann aus der verwendeten Terminologie kein dezidiertes Auslegungsergebnis abgeleitet werden.²¹ In solchen Fällen ist es regelmäßig erforderlich, auf die allgemeine Systematik sowie auf den Sinn und Zweck der Gesamtregelung zu rekurrieren.²²

b) Systematische Auslegung

Für die Vorzugswürdigkeit der zweiten Auslegungsvariante der grammatikalischen Exegese lassen sich folgende systematische Argumente ins Feld führen:

Der Kommission wird nach Art. 7 Abs. 5 lit. a der Rahmenrichtlinie ein Vetorecht eingeräumt. Hiernach kann diese eine Entscheidung erlassen, deren Inhalt von den nationalen Regulierungsbehörden gemäß Art. 7 Abs. 6 der Rahmenrichtlinie

innerhalb von sechs Monaten herbeizuführen ist. Allerdings umfasst diese Kompetenz ihrem Umfang nach, gemäß Art. 7 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie, nur geplante Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden im Hinblick auf das Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren. Sonstige Maßnahmen nach Art. 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie, insbesondere Abhilfemaßnahmen, unterfallen nicht diesem Vetorecht. Art. 7a Abs. 5 der Rahmenrichtlinie ermöglicht es der Kommission lediglich, an die nationale Regulierungsbehörde eine unverbindliche Empfehlung hinsichtlich der in Frage stehenden Regulierungsverfügungen auszusprechen. Die aus dieser Differenzierung resultierende Wertung der Art. 7 und 7a der Rahmenrichtlinie würde unterlaufen, sollte Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie i. S. d. ersten grammatikalischen Auslegungsvariante aufgefasst werden. Würde Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie eine gesonderte Kompetenz der Kommission zum Erlass von Entscheidungen im Hinblick auf Abhilfemaßnahmen begründen, hätte dies die dargelegten Friktionen zur Folge, die vor dem systematischen Postulat der Widerspruchsfreiheit nicht hingenommen werden können.

Für einen Gesamtbezug des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie auf Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 der Richtlinie und somit für eine Konkretisierungsfunktion hinsichtlich der Ermächtigungsgrundlage nach Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie spricht auch, dass der Unionsgesetzgeber die auszulegende Vorschrift in einem Unterabsatz normiert hat. Ein intendierter, eigenständiger Bezug auf Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie hätte gesetzestechnisch beispielsweise dadurch unterstrichen werden können, dass ein Unterabsatz bereits nach Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie eingeführt worden wäre und die Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 und UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie zu einer Einheit zusammengefasst worden wären. Die systematische Auslegung ergibt folglich, dass auf der Abhilfemaßnahmenebene durch Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie keine Entscheidungskompetenzen der Kommission begründet werden und den nationalen Regulierungsbehörden insoweit bei der Anwendung von Kostenmethoden ein Beurteilungsspielraum verbleibt.

Dieses Ergebnis deckt sich mit der unionsrechtlichen Rechtsprechung. In der Sache „Arcor“ führt der EuGH aus:

„In Ermangelung sonstiger Hinweise ist festzustellen, dass es das Gemeinschaftsrecht den [nationalen Regulierungsbehörden] überlässt, auf der Grundlage des anwendbaren Rechts die Kostenrechnungsmethoden zu verwenden, die ihnen im Einzelfall am besten geeignet erscheinen.“²³

c) Teleologische Auslegung

Aus dem dritten Erwägungsgrund der Rahmenrichtlinie ergibt sich, dass es Sinn und Zweck des EU-Rechtsrahmens für elek-

19 EuGH, Ur. v. 20.11.2003 – Rs. C-152/01, Rn. 32 – *Kyocera Electronics*.

20 Vgl. dazu *Haratsch/Koenig/Pechstein*, *Europarecht*, 8. A., 2012, S. 262 Rn. 472.

21 EuGH, Ur. v. 28.3.1985 – Rs. 100/84, Rn. 16 – *Kommission/Vereinigtes Königreich*.

22 EuGH, Ur. v. 17.12.1998 – Rs. C-236/97, Rn. 26 – *Codan*; vgl. hierzu die Urteilsanmerkung v. *Luttermann*, *EuZW* 1999, 401; EuGH, Ur. v. 13.4.2000 – Rs. C-420/98, Rn. 21 – *W. N./Staatssecretaris van Financiën*.

23 EuGH, Slg. 2008, I-2931, 3028 Rn. 132 (Ur. v. 24.4.2008 – Rs. C-55/06) – *Arcor*.

tronische Kommunikationsnetze und -dienste ist, den Binnenmarkt für elektronische Kommunikation zu vollenden. In Anbetracht der Eingriffsintensität des sektorspezifischen Regulierungsrechts wird ein eingeschränkter, sektorspezifischer Binnenmarktbezug, der sich in seiner Tragweite von dem des Unionsprimärrechts unterscheidet, zugrunde gelegt. Vor diesem Zweckverständnis kann Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie für die Fallgruppen des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie schon dann nicht als gesonderte Ermächtigungsgrundlage der Kommission zum Erlass von Entscheidungen über die Harmonisierung bzw. Koordinierung von Kostenmethoden für regulierte Zugangsentgelte angesehen werden, wenn dieses Verständnis von Beginn an ungeeignet ist, den angestrebten Telos zu verwirklichen. Eine Vereinheitlichung der Regulierungspraxis trägt im Hinblick auf Abhilfemaßnahmen und die diesen zugrundeliegenden Kostenmethoden weder zu einer Entwicklung des Binnenmarktes bei noch können uneinheitliche Abhilfemaßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden regelmäßig eine Behinderung des Funktionierens des Binnenmarktes a priori herbeiführen, solange die harmonisierten „allgemeinen Regulierungskonzepte gemäß den Artikeln 15 und 16“ der Rahmenrichtlinie unionseinheitlich gewahrt werden.

Ferner ist die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden im Zuge der Reform des Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation 2009 gemäß Art. 3 der Rahmenrichtlinie weiter gestärkt worden. Nach Art. 3 Abs. 3a S. 1 der Rahmenrichtlinie holen die zuständigen nationalen Regulierungsbehörden

„für die Vorabregulierung des Markts ... im Zusammenhang mit der laufenden Erfüllung der ihnen nach den nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts übertragenen Aufgaben weder Weisungen einer anderen Stelle ein noch nehmen sie solche entgegen.“

Der Maßstab der Kostenorientierung ist ein unionsrechtlich vorgesehener, möglicher Entgeltmaßstab nach Art. 13 der Zugangsrichtlinie. Entscheidet sich die nationale Regulierungsbehörde dazu, diesen anzuwenden, wird ihr durch die Richtlinie vorgegeben, dass sich die Entgelte aus den (Effizienz-) Kosten und einer angemessenen Rendite für das entsprechend eingesetzte Kapital berechnen müssen. Innerhalb der durch den Unionsgesetzgeber vorgegebenen Grenzen verfügen die nationalen Regulierungsbehörden über einen Ermessensspielraum.²⁴ Der EuGH hat in seinem Urteil zu § 9a TKG festgestellt, dass es dem nationalen Gesetzgeber untersagt ist, (Ermessens-) Entscheidungen, die europarechtlich den Regulierungsbehörden zugewiesen sind, legislativ vorzusteuern oder selbst zu treffen.²⁵

Im Gegensatz zu einer Empfehlung, die nach Art. 288 Abs. 4 AEUV nicht verbindlich ist und eine abweichende Praxis der nationalen Regulierungsbehörden weiterhin ermöglicht,²⁶ lassen Entscheidungen der Kommission über die Harmonisierung bzw. Koordinierung von Kostenmethoden für regulierte Zugangsentgelte keine substantiellen Handlungsspielräume mehr offen. Der den nationalen Regulierungsbehörden durch die Rahmenrichtlinie und die Zugangsrichtlinie zugewiesene Ermessensspielraum würde durch eine Entscheidung der Kommission entgegen dem Ermessenspostulat des Gerichtshofes in der Rechtssache „Arcor“ und der Entscheidung zu § 9a TKG unverhältnismäßig eingeschränkt. Dabei würde auch der im Zusammenspiel von Art. 8 Abs. 1 mit Abs. 4 der

Zugangsrichtlinie zum Ausdruck gebrachte Grundsatz der präzisen marktbezogenen Angemessenheit der Regulierungsmaßnahmen und der hierzu erforderlichen Flexibilität nationaler Regulierungsbehörden konterkariert.

Zwar adressiert der Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie „die Mitgliedstaaten“. Die der Bestimmung zugrundeliegende Regulierungslogik der Rahmenrichtlinie und der Zugangsrichtlinie nimmt jedoch genauso die Kommission in die Pflicht, wie der EuGH in dem Urteil in der Rechtssache „Arcor“ zum Ausdruck bringt, dass „es das Gemeinschaftsrecht den [nationalen Regulierungsbehörden] überlässt, auf der Grundlage des anwendbaren Rechts die Kostenrechnungsmethoden zu verwenden, die ihnen im Einzelfall am besten geeignet erscheinen.“²⁷ Auch die Kommission ist damit an die den einzelnen Bestimmungen der Rahmenrichtlinie und der Zugangsrichtlinie zugrundeliegende Regulierungslogik des „Gemeinschaftsrecht[s]“ gebunden, insbesondere an den – das gesamte Regulierungsfundament der Rahmenrichtlinie und der Zugangsrichtlinie setzenden – Grundsatz der präzisen marktbezogenen Angemessenheit der Regulierungsmaßnahmen und der hierzu erforderlichen Flexibilität nationaler Regulierungsbehörden.

Folglich führt auch die teleologische Auslegung zu dem Ergebnis, dass Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie keine gesonderte Ermächtigungsgrundlage für die Fallgruppen des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie darstellt und insoweit keine Entscheidungskompetenzen der Kommission begründet.

d) Ergebnis

Nach Maßgabe der grammatikalischen, systematischen und teleologischen Auslegung begründet Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie für die Fallgruppen des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie keine gesonderte Kompetenz der Kommission zum Erlass von Entscheidungen über die Harmonisierung bzw. Koordinierung von Kostenmethoden für regulierte Zugangsentgelte. Die Vorschrift bezieht sich vielmehr auf den gesamten Art. 19 Abs. 3 lit. a der Rahmenrichtlinie. Insoweit erschöpft sich die Reichweite dieser Norm in der Konkretisierung der Ermächtigungsgrundlage des Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie.

II. Unionsprimärrechtliche Grenzen

Grenzen für die Kommission im Hinblick auf den Erlass von Entscheidungen über die Harmonisierung bzw. Koordinierung von Kostenmethoden für regulierte Zugangsentgelte können sich ferner aus dem Primärrecht, namentlich aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (dazu unten, unter 1.) und den Grundsätzen der Subsidiarität (dazu unten, unter 2.) und der Verhältnismäßigkeit (dazu unten, unter 3.), ergeben.

1. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Der EUV und der AEUV haben eine supranationale Organisation geschaffen, deren Recht für die Mitgliedstaaten und/oder für deren Individuen sowie Körperschaften unmittelbar ver-

²⁴ So schon GA Maduro, Schlussanträge v. 23.4.2009 – Rs. C-424/07, Rn. 64.

²⁵ EuGH, Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07, Rn. 78 ff.

²⁶ Vgl. dazu Kühling (Fn. 12), S. 15

²⁷ EuGH, Slg. 2008, I-2931, 3028 Rn. 132 (Urt. v. 24.4.2008 – Rs. C-55/06) – Arcor.

bindlich und anwendbar ist. Entstanden ist jedoch kein Hoheitsträger mit Allzuständigkeit (Kompetenz-Kompetenz), sondern eine Union mit echten, aus der Beschränkung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten oder der Übertragung von Hoheitsrechten der Mitgliedstaaten auf die Union herrührenden Hoheitsrechten.²⁸ Der EUV und der AEUV erteilen der Union und ihren Organen daher keine generelle Befugnis zum Erlass aller Maßnahmen, die zur Verwirklichung der in den Verträgen festgelegten Ziele erforderlich sind. Die dargestellten Kompetenzen der Union und ihrer Organe sind vielmehr nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung²⁹ auszuüben.

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung kommt auf zwei Ebenen zum Tragen: Für die Union als den Mitgliedstaaten gegenüberstehender Verband ist es in Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 EUV niedergelegt. Danach wird sie nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, welche die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben (begrenzte Verbandskompetenz). Lässt sich bereits aus Art. 5 Abs. 2 EUV schlussfolgern, dass die mitgliedstaatliche Zuständigkeit die Regel, die Unionszuständigkeit die Ausnahme ist, wird dies durch Art. 4 Abs. 1 EUV ausdrücklich bestätigt. Danach verbleiben alle der Union nicht übertragenen Zuständigkeiten bei den Mitgliedstaaten. Der Inhalt des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung erschöpft sich allerdings nicht in der Kompetenzabgrenzung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten. Für die Organe ist das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUV geregelt. Es besagt insofern, dass jedes Unionsorgan nur nach Maßgabe der ihm eigens zugewiesenen Befugnisse handelt (begrenzte Organkompetenz).³⁰

Eine Kompetenz der Kommission zum Erlass von Entscheidungen über die Harmonisierung bzw. Koordinierung von Kostenmethoden für regulierte Zugangsentgelte kann weder aus Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie noch aus Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie hergeleitet werden. Erließe die Kommission eine Entscheidung über die Anwendung eines einheitlichen Kostenmodells, das von allen mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden im Bereich der Zugangsregulierung zugrunde zu legen wäre – beispielsweise „Pure LRIC“ –, läge hierin ein Verstoß gegen das im Primärrecht verankerte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung.

2. Subsidiaritätsprinzip

Das Subsidiaritätsprinzip sieht vor, dass die Union in Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig wird „sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind“ („Ob“ der Maßnahme). Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon liegt dessen primärrechtliche Kodifizierung in Art. 5 Abs. 3 EUV. Das Subsidiaritätsprinzip findet nur in den Bereichen Anwendung, in denen auch der Union durch die Verträge eine Rechtssetzungskompetenz zugewiesen ist. Keine Anwendung findet dieses Prinzip hingegen, wenn eine Materie in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fällt. Positiv ausgedrückt ist das Subsidiaritätsprinzip anwendbar, wenn die EU eine geteilte Zuständigkeit gemäß Art. 4 AEUV besitzt, d. h. sowohl die Union als auch die Mit-

gliedstaaten handeln dürfen. Der Binnenmarkt unterliegt gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV der geteilten Zuständigkeit. Das Prinzip der Subsidiarität unionalen Handelns ist mithin keine Kompetenzverteilungs-, sondern eine Kompetenzausübungsmaxime. Selbst wenn die Verträge der Union eine geteilte Zuständigkeit einräumen, darf sie nach dem Subsidiaritätsprinzip nur unter zwei Voraussetzungen handeln:

1. Fehlende Effizienz mitgliedstaatlichen Handelns: Die Unionsziele können durch die Mitgliedstaaten und ihre Untergliederungen „nicht ausreichend verwirklicht werden“ und
2. Mehrwert europäischen Handelns: Die Unionsziele sind „wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen“.³¹

Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.³²

Aus dem dritten Erwägungsgrund der Rahmenrichtlinie ergibt sich, dass es Sinn und Zweck des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste ist, den Binnenmarkt für elektronische Kommunikation zu vollenden. Bei einer differenzierten Anwendung von Kostenmethoden darf im Rahmen der Regulierung der Terminierungsentgelte nicht a priori von einer Binnenmarktstörung i. S. v. Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie ausgegangen werden. Folglich sind im Hinblick auf die Verwirklichung des Binnenmarktziels Entscheidungen auf der Unionsebene bereits auf der ersten Stufe des Subsidiaritätsprinzips nicht geeignet, dieses zu verwirklichen, schon gar nicht „besser zu verwirklichen“. Auf der zweiten Stufe des Subsidiaritätsprinzips ist dann ein Mehrwert durch den Erlass von Entscheidungen der Kommission über die Harmonisierung bzw. Koordinierung von Kostenmethoden für regulierte Zugangsentgelte a priori ausgeschlossen. Der Erlass solcher Entscheidungen verstieße gegen den Grundsatz der Subsidiarität.

Das Nichtvorliegen der ersten Voraussetzung des Subsidiaritätsprinzips lässt sich ferner aus der zu Art. 95 EG (nunmehr: Art. 114 AEUV³³) ergangenen Rechtsprechung des EuGH zur Roamingverordnung (EG) Nr. 717/2007/EG und der gegenständlichen Problematik der Abhilfemaßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden im Bereich der Zugangsregulierung vergleichend ableiten. Die Roamingverordnung fußt insbesondere deshalb auf der Rechtsgrundlage des Art. 95 EG, da für den Bereich der Roamingmärkte den nationalen Regulierungsbehörden im nationalen Recht keine ausreichenden Instrumente zur Verfügung stehen, um wirkungsvolle und entscheidende Maßnahmen im Bereich der Preisbildung bei gemeinschaftsweiten Roamingdiensten zu treffen.³⁴ Die Effektivität der nationalen Regulierungsvorschriften zeigt sich dagegen im Rahmen der Entgeltregulierung – beispielsweise im

28 EuGH, Slg. 1964, 1251, 1269 (Urt. v. 15.7.1964 – Rs. 6/64) – *Costa/ENEL*.

29 „Compétences d'attribution“; EuGH, Slg. 1996, I-1759, 1787 f. Rn. 23 ff. (Gutachten v. 28.3.1996 – Az. 2/94) – *EMRK-Beitritt*; Slg. 2000, I-8419, 8524 Rn. 83 (Urt. v. 5.10.2000 – Rs. C-376/98) – *Deutschland/Parlament u. Rat*.

30 Vgl. zu den vorangegangenen Ausführungen *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 20), S. 106 Rn. 153 ff.

31 Vgl. EuGH, Slg. 2001, I-7079, 7159 Rn. 32 (Urt. v. 9.10.2001 – Rs. C-377/98) – *Biopatent-Richtlinie*.

32 Vgl. zu den vorangegangenen Ausführungen *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 20), S. 110 Rn. 162 ff.

33 Diese Norm ermächtigt das Europäische Parlament und den Rat, die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zu erlassen, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben.

34 EuGH, Urt. v. 8.6.2010 – Rs. C-58/08, Rn. 42 – *Roaming*.

Bereich der regulierten Terminierungsentgelte – bereits dadurch, dass es bei diesen durch die Interventionen der nationalen Regulierungsbehörden zu erheblichen Preissenkungen gekommen ist. Des Weiteren unterscheidet sich das Verhältnis der Entgelte auf den Roamingmärkten (Großkunden- und Endkundenebene) von den (regulierten) Vorleistungs- und Endkundenentgelten auf rein nationalen Zugangsmärkten. Während auf den Roamingmärkten das Vorliegen überhöhter Großkundenentgelte ebenfalls überhöhte Endkundenentgelte hervorbringt,³⁵ verursacht die auf den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung basierende Zugangsentgeltregulierungspraxis der Bundesnetzagentur auf den nationalen Vorleistungsmärkten bereits keine überhöhten Vorleistungsentgelte.

3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Art. 5 Abs. 3 EUV (Subsidiaritätsgrundsatz) wird ergänzt durch Art. 5 Abs. 4 EUV, in welchem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Ausdruck gefunden hat. Die Formulierung des Art. 5 Abs. 4 UAbs. 1 EUV beschränkt Maßnahmen der Union zwar nur auf das „für die Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß“. Dies darf jedoch nicht so verstanden werden, als sei damit nur ein Teilbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips, die Erforderlichkeit, vertragsrechtlich anerkannt. Mit Art. 5 Abs. 4 UAbs. 1 EUV ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der umfassenden Ausformung normiert, die er durch die Rechtsprechung des EuGH gefunden hat.³⁶ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt dabei für alle Kompetenzformen der EU, also auch bei der Ausübung ausschließlicher Kompetenzen. Nach Art. 5 Abs. 4 UAbs. 1 EUV ist die Union bei der Ausübung ihrer Kompetenzen verpflichtet, nicht über das für die Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinauszugehen. Schon frühzeitig hat der EuGH das Verhältnismäßigkeitsprinzip als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, heute des Unionsrechts, anerkannt.³⁷ Danach sind Maßnahmen der Union verhältnis-

mäßig, wenn sie zur Erreichung der zulässigerweise verfolgten Ziele geeignet und erforderlich sind.³⁸

Im Hinblick auf die Verwirklichung des Ziels, den Binnenmarkt für elektronische Kommunikation zu vollenden, darf bei einer differenzierten Anwendung von (auch unterschiedlichen) Kostenmethoden durch die nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen der Regulierung der Terminierungsentgelte nicht a priori von einer Binnenmarktstörung ausgegangen werden. Folglich wäre der Erlass einer Entscheidung über die Harmonisierung bzw. Koordinierung von Kostenmethoden für regulierte Zugangsentgelte der Kommission von vornherein ungeeignet, zur Verwirklichung dieses Ziels beizutragen. Vielmehr läge hierin ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

4. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Erlass einer Entscheidung der Kommission über die Harmonisierung bzw. Koordinierung von Kostenmethoden für regulierte Zugangsentgelte gegen das primärrechtliche Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung sowie gegen die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit verstoßen würde.

III. Fazit

Art. 19 der Rahmenrichtlinie räumt der Europäischen Kommission keine Kompetenz zum Entscheidungsdurchgriff zur Harmonisierung von Kostenmethoden für regulierte Telekommunikationszugangsentgelte ein.

35 EuGH, Urt. v. 8.6.2010 – Rs. C-58/08, Rn. 39 f. – *Roaming*.

36 Hirsch, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 10 ff.

37 EuGH, Slg. 1956, 297, 311 (Urt. v. 29.11.1956 – Rs. 8/55) – *Fédération Charbonnière de Belgique*.

38 Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 20), S. 115 Rn. 174 ff.