

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE) und Matti Meyer, Bonn*

Erfolgsaussichten eines etwaigen EU-Vertragsverletzungsverfahrens wegen Nichtanwendung des „pure LRIC“-Kostenmaßstabes für die Anrufzustellung

Dieser Beitrag thematisiert die Frage, ob die EU-Kommission die Bundesnetzagentur (BNetzA) rechtlich zwingen könnte, ihre vorläufigen Entscheidungen vom 16. 11. 2012 zu den Mobilfunkterminierungsentgelten dahingehend zu ändern, dass die BNetzA anstelle des von ihr angewandten Maßstabs der „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ (KeL) den von der EU-Kommission empfohlenen – selbst die unvermeidbaren Gemeinkosten negierenden – „pure LRIC“-Kostenmaßstab (Long Run Incremental Cost) anwenden muss. Die Kommission ist im Rahmen des Konsolidierungsverfahrens nach Art. 7 a RRL nicht ermächtigt, die BNetzA zur Änderung des von ihr verwandten KeL-Kostenmaßstabs rechtlich zu verpflichten. Allerdings hat die Kommission aufgrund der Abweichung der BNetzA von der Kommissionsempfehlung zu „pure LRIC“ ein so genanntes „Phase II“-Verfahren gemäß § 13 Abs. 4

TKG, Art. 7 a RRL eröffnet. Sollte die Kommission schließlich ein Vertragsverletzungsverfahren wegen Nichtanwendung des „pure LRIC“-Kostenmaßstabes für die Anrufzustellung einleiten, stellt sich die Frage nach dessen Erfolgsaussichten.

I. Der Streit zwischen der EU-Kommission und der BNetzA

Die BNetzA hat festgelegt, dass die vier Mobilfunknetzbetreiber Telekom Deutschland GmbH (DT), Vodafone

* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn, der Zweitautor ist wissenschaftlicher Referent am ZEI. Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten im Auftrag der E-PLUS Mobilfunk GmbH & CO. KG. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

D2 GmbH (VF), E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG (E-Plus) sowie Telefónica Germany GmbH & Co. OHG (Telefónica) auf dem Vorleistungsmarkt für die Anrufzustellung in ihrem jeweiligen Mobilfunknetz („Markt 7“ der EU-Märkteempfehlung 2007¹) über beträchtliche Marktmacht verfügen. Um Missbräuchen dieser beträchtlichen Marktmacht vorzubeugen, hat die BNetzA unter den Aktenzeichen BK3-12/003 - 006 am 18. 5. 2012 Entwürfe von weitestgehend inhaltsgleichen Regulierungsverfügungen gegenüber den einzelnen Mobilfunknetzbetreibern veröffentlicht. Im Anschluss hat die BNetzA diese Entwürfe einem nationalen Konsultationsverfahren unterzogen und sie am 5. 9. 2012 durch einstweilige Anordnungen vorläufig in Kraft gesetzt. In diesen vorläufigen Regulierungsverfügungen wird den einzelnen Mobilfunknetzbetreibern unter anderem die Verpflichtung auferlegt, sich die Entgelte für die Terminierung von Sprachanrufen (Mobile Call Termination Rates – MTR) gemäß § 31 TKG vorab genehmigen zu lassen. Diese Pflicht wird in den vorläufigen Regulierungsverfügungen insofern konkretisiert, als die BNetzA klarstellt, dass sie bei der Festlegung dieser Entgelte insoweit von der Terminierungsempfehlung (2009/396/EG) der Kommission² (Terminierungsempfehlung) abweichen möchte, als sie diese Entgelte weiterhin auf Basis des in § 32 TKG legal definierten Maßstabs der „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ (KeL-Maßstab) und nicht auf Basis des von der Kommission insofern empfohlenen „pure LRIC“-Maßstabs festlegen wird.

Der wesentliche Unterschied zwischen diesen Maßstäben besteht darin, dass beim KeL-Maßstab auch die beim regulierten Unternehmen anfallenden nicht vermeidbaren Gemeinkosten berücksichtigt werden, während dies beim „pure LRIC“-Maßstab nicht der Fall ist.³ Am 16. 11. 2012 hat die BNetzA auf Basis der vorläufigen Regulierungsverfügungen unter den Aktenzeichen BK3-12/084 - 087 im Rahmen vorläufiger Entgeltentscheidungen die bis zum 30. 11. 2011 geltenden MTR in Höhe von 3,36 - 3,39 ct/min auf einheitlich 1,85 ct/min (1. 12. 2012 - 30. 11. 2013) bzw. auf 1,79 ct/min (1. 12. 2013 - 30. 11. 2014) abgesenkt. Diese vorläufigen Entscheidungen sind vom 22. 11. 2012 - 19. 12. 2012 national konsultiert worden. Am 31. 1. 2013 hat die BNetzA sowohl die vorläufigen Regulierungsverfügungen als auch die darauf basierenden vorläufigen Entgeltgenehmigungen gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG gegenüber der EU-Kommission, dem GEREK und den übrigen nationalen Regulierungsbehörden notifiziert. Aufgrund der Abweichung der BNetzA von dem von der EU-Kommission empfohlenen und von vielen anderen nationalen Regulierungsbehörden angewandten „pure LRIC“-Maßstab hat die EU-Kommission am 28. 2. 2013 ein so genanntes „Phase II“-Verfahren gemäß § 13 Abs. 4 TKG – dessen legislative Vorsteuerung in Art. 7 a der Rahmenrichtlinie 2009⁴ (RRL) angesiedelt ist – eröffnet, indem sie an die BNetzA eine sog. „Erhebliche-Zweifel-Mitteilung“⁵ gerichtet hat.⁶

Es soll an dieser Stelle nicht näher darauf eingegangen werden, ob die von der Kommission aufgeführten Gründe für die Einleitung des „Phase II“-Verfahrens vor dem Hintergrund der Marktgegebenheiten tatsächlich bestehen. Jedenfalls ist unstrittig, dass die Kommission die BNetzA im Rahmen des Konsolidierungsverfahrens nach Art. 7 a RRL nicht zwingen kann, ihre vorläufigen Regulierungsverfügungen und Entgeltgenehmigungen zu ändern.⁷ Auch lässt sich keine Kompetenz der Kommission zum Erlass von Entscheidungen über die Harmonisierung bzw. Koor-

dinierung von Kostenmodellen für regulierte Zugangsentgelte aus Art. 19 Abs. 1, Abs. 3 RRL herleiten.⁸

Dieser Beitrag wird angesichts dieses Sachverhaltes daher die Frage beantworten: Könnte die Kommission die Anwendung des „pure LRIC“-Maßstabes gemäß Nr. 6 der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG nach Durchführung eines entsprechenden Vorverfahrens im Wege einer Vertragsverletzungsklage nach Art. 258 AEUV gegenüber der Bundesrepublik Deutschland durchsetzen und auf diesem Weg die BNetzA zur Änderung der (vorläufigen) Regulierungsverfügungen und der (vorläufigen) Entgeltgenehmigungen zwingen?

II. Zur Zulässigkeit einer etwaigen Vertragsverletzungsklage

Nach der in Art. 256 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV i. V. m. Art. 51 EuGH-Satzung geregelten Verteilung der Zuständigkeiten zwischen EuG und EuGH fällt das Vertragsverletzungsverfahren in die ausschließliche Zuständigkeit des EuGH, so dass eine Klageerhebung der Kommission vor dem EuGH erfolgen müsste. Die Kommission besitzt gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV im Aufsichtsklageverfahren die „aktive Parteifähigkeit“ und somit die Fähigkeit, klagende Partei eines Rechtsstreits zu sein. Verfahrensgegner können nicht etwa die staatlichen Organe wie die BNetzA, deren Verhalten gerügt wird, sein, sondern ausschließlich der Mitgliedstaat, dem das Verhalten der staatlichen Organe, hier der BNetzA, zugerechnet wird (sog. „passive Parteifähigkeit“).⁹ Das förmliche Vorverfahren gliedert sich im Rahmen der Aufsichtsklage nach Art. 258 AEUV in die Verfahrensstufen: Mahnschreiben der Kommission, Gegendarstellung des betroffenen Mitgliedstaates und die begründete Stellungnahme der Kommission.¹⁰ Fraglich ist, ob die Möglichkeit der Einleitung des Vorverfahrens zum gegenwärtigen Zeitpunkt oder nach Abschluss des Konsolidierungsverfahrens aus rechtlichen und/oder aus faktischen Gründen präkludiert ist.

1. Vorliegen einer rechtlichen Präklusion

Am 31. 1. 2013 hat die BNetzA sowohl die vorläufigen Regulierungsverfügungen als auch die darauf basierenden vorläufigen Entgeltgenehmigungen gegenüber der EU-

1 Empfehlung der Kommission vom 17. 12. 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, Amtsblatt Nr. L 344 vom 28. 12. 2007, S. 65 - 69.

2 Empfehlung der Kommission vom 7. 5. 2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk Zustellungsentgelte in der EU, Amtsblatt Nr. L 124 vom 20. 5. 2009, S. 67 - 74.

3 Vgl. hierzu bereits *Kühling/Schall*, CR 2012, 82 ff., die sich im Ergebnis für eine Beibehaltung des „KeL-Maßstabes“ aussprechen. Vgl. zum Kostenbenchmark der „pure LRIC“ *Coppik*, N&R 2013, 17, 18.

4 RL 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 11. 2009 zur Änderung der RL 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der RL 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der RL 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste; Amtsblatt Nr. L 337 vom 18. 12. 2009, S. 37 - 69.

5 Vgl. *Kühling/Elbracht*, in: Leopold/Glossner, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 2. Aufl. 2011, Teil 6. Rn. 53.

6 Kommission, Beschl. v. 28. 2. 2013 in der Sache DE/2013/1424, C(2013) 1266 final.

7 Vgl. *Kühling/Elbracht* (Fn. 5), Teil 6. Rn. 54.

8 Vgl. hierzu bereits *Koenig/Meyer*, N&R 2012, 250 ff.

9 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 8. Aufl. 2012, S. 215 Rn. 490.

10 Vgl. hierzu vertiefend *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, S. 139 ff.

Kommission, dem GEREK und den übrigen nationalen Regulierungsbehörden notifiziert und somit das auf Art. 7 a RRL basierende „gestufte Verfahren“ der §§ 13 Abs. 1 S. 2 i.V.m. 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG eingeleitet.

Am 28.2.2013 hat die Kommission in dieser Sache ein „Phase II“-Verfahren eröffnet, da die vorläufigen Entscheidungen aus ihrer Sicht ein Hemmnis für den Binnenmarkt darstellen bzw. „erhebliche“ Zweifel an deren Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht bestehen.¹¹ Somit verlängert sich das Verfahren gemäß § 13 Abs. 4 Nr. 1 TKG zunächst um drei weitere Monate.

Im Hinblick auf dieses gegenwärtig nicht abgeschlossene Konsolidierungsverfahren stellt sich die Frage, ob dieser offene Verfahrensausgang der parallelen Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland entgegensteht. Ob der Abschluss des Konsolidierungsverfahrens gleichzeitig notwendige Bedingung für die Einleitung des Vorverfahrens im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens ist oder die Einleitung eines solchen Vorverfahrens sogar nach Abschluss dieses Verfahrens präkludiert ist, muss im Wege der Auslegung ermittelt werden.

a) Grammatikalische Auslegung

Den Ausgangspunkt der Auslegung bildet sowohl im Unionsrecht – unabhängig davon, ob es sich um Richtlinienvorschriften oder primärrechtliche Bestimmungen handelt –, als auch im deutschen Recht der Wortlaut einer Bestimmung.¹²

Weder Art. 258 AEUV, der das Vertragsverletzungsverfahren normiert, noch Art. 7 a RRL enthalten Regelungen, die das Verhältnis zwischen Vertragsverletzungsverfahren und Konsolidierungsverfahren aufgreifen. Folglich führt die grammatikalische Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis. In einem solchen Fall ist es erforderlich, auf die allgemeine Systematik sowie den Sinn und Zweck der Gesamtsystematik zu rekurrieren.¹³

b) Systematische Auslegung

Ein wichtiger Aspekt bei der Auslegung von Vorschriften des Unionsrechts ist insbesondere der Kontext, in dem diese stehen, sowie ihre jeweiligen Stellungen im Gesamtgefüge der Rechtsordnung und innerhalb des betreffenden Rechtsakts.¹⁴

Abgesehen davon, dass eine Norm des Sekundärrechts (Art. 7 a RRL) nicht im Wege des „lex specialis derogat legi generali“-Grundsatzes Anwendungsvorrang vor einer Norm des EU-Primärrechts (Art. 258 AEUV) genießen kann, lässt sich für die Auffassung einer parallelen Anwendbarkeit beider Verfahren der unionsprimärrechtliche „Grundsatz der Verfahrenselbstständigkeit“ ins Feld führen. Dieser tritt aus der systematischen Synopse des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV und der Staatenklage nach Art. 259 AEUV deutlich hervor. Denn zwischen der Staatenklage und der von der Kommission zu erhebenden Aufsichtsklage kommt es immer dann zu Überschneidungen, wenn die Kommission nach Eingang des staatlichen Befassungsschreibens (Art. 259 Abs. 2 AEUV) bezogen auf denselben Sachverhalt ein eigenes Verfahren einleitet.¹⁵ Da den Mitgliedstaaten und der Kommission vom AEUV eine unabhängige Hüterfunktion im Hinblick auf Vertragsverletzungen zugewiesen ist, hindert ein Staatenklageverfahren die Kommission nicht daran, wegen desselben Verstoßes im Wege der Aufsichtsklage vorzugehen.¹⁶

Folglich wird weder das Vorverfahren des Art. 258 AEUV vom kontradiktorischen Anhörungsverfahren des Art. 259 Abs. 3 AEUV, noch umgekehrt das Vorverfahren des Art. 259 Abs. 2 AEUV von einer abschließenden Stellungnahme der Kommission nach Art. 258 AEUV präkludiert.

Wie bereits im Wege der grammatikalischen Auslegung festgestellt wurde, finden sich weder in Art. 7 a RRL noch in den diese Bestimmung konkretisierenden Umsetzungsnormen des TKG Regelungen zum Vertragsverletzungsverfahren. Ebenso wenig lassen sich aus den Erwägungsgründen der RRL (2009) im Hinblick auf eine Präklusion des Vorverfahrens nach Art. 258 AEUV Schlussfolgerungen ableiten. Folglich gelangt die systematische Auslegung vorliegend zu dem Ergebnis der grundsätzlichen parallelen Anwendbarkeit beider Verfahrensarten.

c) Teleologische Auslegung

Das Ergebnis der systematischen Auslegung wird durch teleologische Argumente gestärkt. Während mit dem Vorverfahren des Art. 258 AEUV *ratione materiae* einem drohenden diplomatischen Gesichtverlust eines Mitgliedstaates schonend entgegengetreten werden soll,¹⁷ zielt Art. 7 a RRL auf die einheitliche Anwendung der Abhilfemaßnahmen durch die nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten auf der Ebene der Gleichordnung zwischen Kommission, GEREK und den betreffenden nationalen Regulierungsbehörden ab.¹⁸ Diese teleologische Diskrepanz beider Verfahren findet insbesondere darin ihren Ausdruck, dass Beteiligte des Vorverfahrens nach Art. 258 AEUV die Mitgliedstaaten sind, während Verfahrensbeteiligte des Konsolidierungsverfahrens *ratione personae* die nationalen Regulierungsbehörden sind. Indem beiden Verfahren im Unionsrecht ein unterschiedlicher Telos zuteil wird, würde die Annahme, dass dem Konsolidierungsverfahren ein „lex specialis“-Status zukommt, eine optimale Entfaltung des Telos des Vorverfahrens verhindern und somit den *effet utile* des Art. 258 AEUV konterkarieren.

Die Einleitung des Vorverfahrens nach Art. 258 AEUV ist somit unter Zugrundelegung der dargelegten teleologisch-systematischen Erwägungen *de lege lata* weder zum gegenwärtigen Zeitpunkt, noch nach Abschluss des Konsolidierungsverfahrens rechtlich präkludiert.

2. Vorliegen einer faktischen Präklusion

Die BNetzA hat durch einstweilige Anordnungen sowohl die „vorläufigen Regulierungsverfügungen“, als auch die „vorläufigen Entgeltgenehmigungen“ gegenüber den vier Mobilfunkteilnehmern vorläufig in Kraft gesetzt, so dass diese bereits – anders als bloße „Entwürfe“ – konkrete Rechtswirkung entfalten. Unter der Fiktion, dass sich aus diesen Verfügungen ein Unionsrechtsverstoß ergäbe, läge aufgrund der – wenn auch vorläufigen – Rechtsverbindlichkeit dieser Verfügungen, bereits gegenwärtig eine Vertragsverletzung vor, so dass ein Rechtsschutzbedürfnis der Kommission anzunehmen wäre. Gleichwohl ist davon aus-

11 Kommission, Beschl. v. 28.2.2013 in der Sache DE/2013/1424, C(2013) 1266 final.

12 Vgl. zu den Auslegungsgrundsätzen des Unionsrechts bereits *Bleckmann*, NJW 1982, 1177 ff.

13 EuGH, 17.12.1998 – C-236/97, Rn. 26 – *Codan*; EuGH, 13.4.2000 – C-420/98, Rn. 21 – *W.N./Staatssecretaris van Financiën*.

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

15 Vgl. *Pechstein* (Fn. 10), S. 135 Rn. 259.

16 Vgl. *Pechstein* (Fn. 10), S. 135 Rn. 259.

17 Vgl. *Pechstein* (Fn. 10), S. 139 Rn. 266.

18 So auch *Kühling/Elbracht* (Fn. 5), Teil 6. Rn. 52.

zugehen, dass die Kommission nicht vor Abschluss des Konsolidierungsverfahrens das Vorverfahren des Art. 258 AEUV einleiten wird. Zum einen würde dies einen erheblichen verwaltungsinternen Mehraufwand bedeuten und zum anderen würde dies die Bedeutung des „Phase II“-Verfahrens aushöhlen. Folglich ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt von einer *faktischen Präklusion* des Vertragsverletzungsverfahrens bis zum Abschluss des Konsolidierungsverfahrens auszugehen.

3. Zwischenergebnis

Zwar ist die parallele Einleitung des Vorverfahrens gemäß Art. 258 AEUV nach dem unionsrechtlichen „Grundsatz der Verfahrenselbstständigkeit“ durch das Konsolidierungsverfahren rechtlich nicht präkludiert. Jedoch würde die parallele Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens die Bedeutung des „Phase II“-Verfahrens aushöhlen. Es ist somit bis zum Abschluss des Konsolidierungsverfahrens von einer *faktischen Präklusion* auszugehen.

III. Zur Begründetheit einer etwaigen Vertragsverletzungsklage

Unter der Prämisse, dass die von der Kommission behaupteten Tatsachen zutreffen, könnte die Vertragsverletzungsklage begründet sein, wenn das angegriffene Verhalten der BNetzA der Bundesrepublik Deutschland zuzurechnen ist und wenn sich hieraus ein Verstoß gegen eine Bestimmung des Unionsrechts ergibt. Entscheidungsgegenstand ist die Frage, ob der beklagte Mitgliedstaat die ihm vorgeworfene Vertragsverletzung objektiv begangen und innerhalb der gesetzten Frist nicht abgestellt hat.¹⁹

1. Zurechenbarkeit des Verhaltens der BNetzA

Bei der BNetzA handelt es sich gemäß § 1 BEGTPG²⁰ um eine selbstständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie. Folglich sind die erlassenen vorläufigen Regulierungsverfügungen und Entgeltgenehmigungen der Bundesrepublik Deutschland zuzurechnen.

2. Unionsrechtsverstoß/Verstoß gegen Art. 16 Abs. 4 RRL, Art. 8 Abs. 4 ZRL i. V. m. Art. 8 RRL

Ein etwaiger Verstoß gegen Unionsrecht könnte vorliegend in einem Verstoß gegen Art. 16 Abs. 4 RRL, Art. 8 Abs. 4 ZRL i. V. m. Art. 8 RRL liegen.

Stellt eine nationale Regulierungsbehörde (NRB) im Rahmen des Marktanalyseverfahrens fest, dass auf einem relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, so postuliert Art. 16 Abs. 4 RRL, dass sie Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf diesem Markt gemäß Art. 14 RRL ermittelt und diesen Unternehmen „geeignete spezifische Verpflichtungen“ nach Art. 16 Abs. 2 RRL auferlegt bzw. ändert oder beibehält, wenn diese bereits bestehen. Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie²¹ (ZRL) normiert, dass die auferlegten Remedies einer NRB „der Art des aufgetretenen Problems entsprechen“ und im Hinblick auf die Ziele des Art. 8 RRL „angemessen und gerechtfertigt“ sein müssen. Aus diesen Bestimmungen geht hervor, dass die NRB verpflichtet sind, die in Art. 8 RRL genannten Regulierungsziele bei der Wahrnehmung der im gemeinsamen Rechtsrahmen genannten regulatorischen Aufgaben zu fördern. Der EuGH hat bereits am 3. 12. 2009 im Rahmen einer vorangegangenen Vertragsverletzungsklage gegen die Bundesrepublik Deutschland – den alten § 9 a TKG betreffend – entschieden, dass die Abwägung

zwischen den Zielen des Art. 8 RRL in das Ermessen der NRB gestellt ist. Dieser Autonomiegrundsatz zugunsten der NRB gilt im Rahmen von Remedies grundsätzlich auch im Hinblick auf die zugrunde zu legende Kostenrechnungsmethode. Dies folgt unmittelbar aus Randnummer 132 des „Arcor-Urteils“,²² in dem der EuGH feststellt, dass das Unionsrecht es „(...) den NRB überlässt, auf der Grundlage des anwendbaren Rechts die Kostenrechnungsmethoden zu verwenden, die ihnen im Einzelfall am besten geeignet erscheinen.“²³ Folglich verfügen die NRB über eine „weitreichende Beurteilungsbefugnis“²⁴ bei der Wahrnehmung ihrer hoheitlichen Funktionen.

Fraglich ist, ob die BNetzA, indem sie vorläufige Regulierungsverfügungen und vorläufige Entgeltgenehmigungen gegenüber den marktmächtigen Mobilfunkunternehmen erlassen hat, ohne dass sie die Mobilfunkterminierungsentgelte gemäß Nr. 6 der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG auf Basis eines „pure LRIC“-Kostenmodells festgelegt hat, die ihr vom Unionsgesetzgeber zugestandene *weitreichende Beurteilungsbefugnis* überschritten und somit gegen Art. 16 Abs. 4 RRL, Art. 8 Abs. 4 ZRL i. V. m. Art. 8 RRL verstoßen hat.

a) *Überschreitung der weitreichenden Beurteilungsbefugnis im Rahmen von Remedies durch die BNetzA*

aa) Prüfungsmaßstab des EuGH bei Ermessensspielräumen der Kommission im Zusammenhang mit komplexen wirtschaftlichen Gegebenheiten (sog. „Remia-Voraussetzungen“)

Der EuGH unterscheidet, anders als das deutsche Verwaltungsprozessrecht,²⁵ nicht zwischen dem Beurteilungsspielraum auf Tatbestands- und dem Ermessensspielraum auf der Rechtsfolgenseite. Vielmehr spricht der EuGH uneinheitlich von „Ermessensspielraum“,²⁶ „Ermessensbefugnis“²⁷ und „Beurteilungsspielraum“.²⁸ Im Folgenden wird innerhalb dieses Beitrages einheitlich der Terminus des *Ermessensspielraums* verwendet. Grundsätzlich ist es dem EuGH, im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung einer behördlichen Maßnahme, verwehrt, „(...) die Beurteilungen, zu denen die zuständige Behörde gelangt ist, durch seine eigenen [zu] ersetzen“²⁹ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz normiert Art. 261 AEUV. Nach dieser Norm ist der Unionsgesetzgeber befugt, im Rahmen von Verordnungen, die die Verhängung von Zwangsmaßnahmen

19 EuGH, 18. 5. 1994 – C-118/92, Rn. 7 – Kommission/Luxemburg; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 9), S. 217 Rn. 498.

20 Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 7. 7. 2005 (BGBl. I S. 1970, 2009), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 26. 7. 2011 (BGBl. I S. 1554) geändert worden ist.

21 RL 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 3. 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), Amtsblatt Nr. L 108 vom 24. 4. 2002, S. 7 - 20.

22 EuGH, 24. 4. 2008 – C-55/06 – Arcor.

23 EuGH, 24. 4. 2008 – C-55/06 – Arcor.

24 EuGH, 3. 12. 2009 – C-424/07, Rn. 61 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland; EuGH, 24. 4. 2008 – C-55/06, Rn. 132 - 156 – Arcor.

25 Siehe hierzu allgemein *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2008, § 25 Rn. 22 ff. Zum Beurteilungsspielraum der BNetzA beim sog. „Dreikriterien-Test“ vgl. VG Köln, 19. 12. 2005 – 1 L 1586/05, Rn. 22 ff. (zitiert nach juris); VG Köln, 1. 3. 2007 – 1 K 4148/06, Rn. 54 ff. (zitiert nach juris); VG Köln, 8. 3. 2007 – 1 K 3918/06, Rn. 36 ff. (zitiert nach juris); VG Köln, 5. 9. 2007 – 21 K 4193/06, Rn. 51. Zum Beurteilungsspielraum der BNetzA bei der Marktangrenzungen vgl. BVerwG, 28. 1. 2009 – 6 C 39/07, Rn. 14; BVerwG, 2. 4. 2008 – 6 C 15/07, Rn. 16; VG Köln, 5. 9. 2007 – 21 K 3395/06, Rn. 47; VG Köln, 8. 3. 2007 – 1 K 3918/06, Rn. 35 ff.

26 EuGH, 1. 4. 1982 – 11/81, Rn. 10 – Dürbeck/Kommission.

27 EuGH, 5. 10. 1988 – 260/85, Rn. 13 – TEC/Rat.

28 EuGH, 21. 5. 1987 – 249/85, Rn. 12 – ALBAKO/Balm.

29 EuGH, 13. 3. 1975 – 78/74, Rn. 9 – Deuka.

durch Organe der Union ermöglichen, dem EuGH eine Zuständigkeit zur *unbeschränkten Ermessensnachprüfung* und zur Abänderung oder Verhängung solcher Maßnahmen einzuräumen. Von dieser eingeräumten Befugnis hat der Unionsgesetzgeber insbesondere im Wettbewerbsrecht, namentlich in Art. 31 der VO 1/2003³⁰ (Kartellverordnung) und Art. 16 der VO 139/2004³¹ (Fusionskontrollverordnung), Gebrauch gemacht. Fehlt es jedoch an einer solchen ausdrücklichen Ermächtigung, ergibt sich das anzulegende Prüfungsraster bereits aus der „Remia-Entscheidung“³² des EuGH. Im Rahmen der Überprüfung der Beurteilung *komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten* durch die Kommission beschränkt sich der richterliche Prüfungsrahmen darauf, ob:

- (a) die Verfahrensregeln eingehalten wurden,
- (b) die Begründung ausreichend ist,
- (c) der Sachverhalt zutreffend festgestellt wurde und
- (d) kein offensichtlicher Beurteilungsfehler und kein Ermessensmissbrauch vorliegen. (Im Folgenden: „Remia-Voraussetzungen“).³³

bb) Entsprechende Anwendung der Remia-Voraussetzungen auf die weitreichende Beurteilungsbefugnis der BNetzA im Rahmen von Remedies

- (1) Vorliegen von die Übertragung rechtfertigenden Tatsachen

Eine Ermächtigung des EuGH zur *unbeschränkten Ermessensüberprüfung* bei Remedies ist im Unionsrecht nicht vorgesehen. Der Auferlegung, Änderung oder Beibehaltung „geeignete[r] spezifische[r] Verpflichtungen“ nach Art. 16 Abs. 4 RRL sowie dem Postulat des Art. 8 Abs. 4 ZRL, dass die auferlegten Remedies einer NRB „der Art des aufgetretenen Problems entsprechen“ und im Hinblick auf die Ziele des Art. 8 RRL „angemessen und gerechtfertigt“ sind, ist die Würdigung *komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten* durch die NRB immanent. Das Marktdefinitions- und das Marktanalyseverfahren der Art. 15, 16 RRL beinhalten neben der Ermittlung aller relevanten Marktdaten eine komplexe Bewertung dieser, da relevante Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten unter weitestgehender Berücksichtigung der von der Kommission erlassenen Rechtsakte – insbesondere der EU-Märkteempfehlung – zu definieren (Art. 15 Abs. 3 RRL) und Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu ermitteln sind (Art. 16 Abs. 4 RRL). Darüber hinaus stellen Remedies zugleich einen Eingriff in marktwirtschaftliche Produktions- und Allokationsprozesse dar, indem diese entweder nachträglich marktliche Lösungen korrigieren oder ex-ante an die Stelle der (unausgeprägten) Steuerungs- und Ordnungsfunktion des Wettbewerbs treten. Die Auferlegung, Änderung oder Aufhebung von Verpflichtungen gegenüber marktmächtigen Unternehmen und somit im Bereich der Zugangsregulierung die Anwendung eines Kostenmodells – gleich ob „pure LRIC“ oder ein anderer Benchmark – ist den, den Entscheidungen in Sachen „Remia“,³⁴ „Clearstream“³⁵ und „Microsoft“³⁶ zugrunde liegenden, Sachverhalten in Bezug auf die *wirtschaftliche Komplexität* der zu beurteilenden Gegebenheiten wenigstens vergleichbar. Ferner betrafen die aufgeführten Entscheidungen ausschließlich Maßnahmen der Kommission, so dass es sich sowohl bei diesen, als auch bei den diesem Beitrag zugrunde liegenden vorläufigen Regulierungsverfügungen und Entgeltgenehmigungen, um exekutive Maßnahmen handelt.

Aufgrund der Vergleichbarkeit der Sachverhalte in Sachen „Remia“, „Clearstream“ und „Microsoft“ mit dem – den vorläufigen Regulierungsverfügungen und Entgeltgenehmigungen der BNetzA – zugrundeliegenden Sachverhalt in Bezug auf die *Komplexität der zu beurteilenden wirtschaftlichen Gegebenheiten* einerseits und der Tatsache, dass es sich jeweils um exekutive Maßnahmen handelt, andererseits, ist davon auszugehen, dass der EuGH im Rahmen einer Vertragsverletzungsklage nach Art. 258 AEUV die *weitreichende Beurteilungsbefugnis* der BNetzA im Rahmen der Art. 16 Abs. 4 RRL, Art. 8 Abs. 4 ZRL i.V.m. Art. 8 RRL nach Maßgabe der *Remia-Voraussetzungen* prüfen wird.

- (2) Modifizierungsnotwendigkeit der Remia-Voraussetzungen im Lichte der Terminierungsempfehlung (2009/396/EG) der Kommission

Zu klären ist, ob es aufgrund der Tatsache, dass die BNetzA im Zuge der ihr zustehenden *weitreichenden Beurteilungsbefugnis* im Rahmen der Art. 16 Abs. 4 RRL, Art. 8 Abs. 4 ZRL i.V.m. Art. 8 RRL von Nr. 6 der Terminierungsempfehlung abgewichen ist, einer Modifizierung der *Remia-Voraussetzungen* bedarf. Insbesondere stellt sich diese Frage im Hinblick auf das Erfordernis der „*ausreichenden Begründung*“.

Zwar besitzen Empfehlungen der Kommission gemäß Art. 288 Abs. 4 AEUV keine „originäre“ Rechtsverbindlichkeit, allerdings hat der EuGH bereits frühzeitig im „Grimaldi-Urteil“³⁷ klargestellt, dass hieraus nicht geschlossen werden kann, dass diese Handlungsform „als rechtlich völlig wirkungslos“ angesehen werden könne.³⁸ Nach dieser Rechtsprechung sind insbesondere die nationalen Gerichte verpflichtet, die Empfehlungen der Kommission bei ihren Entscheidungen „zu berücksichtigen“.³⁹ Diese allgemeine Berücksichtigungspflicht von Empfehlungen wird im europäischen TK-Richtlinienrecht in Art. 19 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 RRL sekundärrechtlich noch stärker betont, indem diese Norm die NRB dazu verpflichtet, den Empfehlungen der Kommission zur harmonisierten Anwendung der TK-Richtlinien „weitestgehend Rechnung zu tragen“.⁴⁰ Die Pflicht zur weitestgehenden Berücksichtigung von Empfehlungen gemäß Art. 19 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 RRL und die weitreichende Beurteilungsbefugnis der NRB im Rahmen der Art. 16 Abs. 4 RRL, Art. 8 Abs. 4 ZRL i.V.m. Art. 8 RRL stehen sich diametral gegenüber. Wie von Kühling und Schall allerdings dezidiert dargelegt wurde, beschränkt sich die Pflicht zur (weitestgehenden) Berücksichtigung der Terminierungs-

30 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, Amtsblatt Nr. L 1 vom 4. 1. 2003, S. 1 - 25.

31 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. 1. 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Amtsblatt Nr. L 24 vom 29. 1. 2004, S. 1 - 22.

32 EuGH, 11. 7. 1985 - 42/84 - Remia/Kommission.

33 EuGH, 11. 7. 1985 - 42/84, Rn 34 - Remia/Kommission; EuG, 15. 9. 1998 - T-126/96 und T-127/96, Rn. 81 - BFM und EFIM/Kommission; EuG, 12. 12. 2000 - T-296/97, Rn. 105 - Alitalia/Kommission; EuG, 17. 9. 2007 - T-201/04, Rn. 482 - Microsoft; EuG, 9. 9. 2009 - T-301/04, Rn. 47 - Clearstream; EuG, 3. 3. 2010 - T-163/05, Rn. 38 - Bundesverband deutscher Banken e. V./Kommission.

34 EuGH, 11. 7. 1985 - 42/84 - Remia/Kommission.

35 EuG, 9. 9. 2009 - T-301/04 - Clearstream.

36 EuG, 17. 9. 2007 - T-201/04 - Microsoft.

37 EuGH, 13. 12. 1989 - C-322/88 - Grimaldi/Fonds des maladies professionnelles.

38 EuGH, 13. 12. 1989 - C-322/88, Rn. 18 - Grimaldi/Fonds des maladies professionnelles; so auch Kühling/Schall, CR 2012, 82, 83.

39 So bereits Kühling/Schall, CR 2012, 82, 83.

40 So bereits Kühling/Schall, CR 2012, 82, 83.

empfehlung (2009/396/EG) darauf, „(...) sich inhaltlich mit den vorgeschlagenen Punkten auseinanderzusetzen und die in der Empfehlung vertretene Auffassung der Kommission mit in die Abwägung einzustellen.“⁴¹ Ein Abweichen von Nr. 6 der Terminierungsempfehlung ist der BNetzA – im Zuge der ihr zustehenden *weitreichenden Beurteilungsbefugnis* im Rahmen der Art. 16 Abs. 4 RRL, Art. 8 Abs. 4 ZRL i.V.m. Art. 8 RRL – daher prinzipiell möglich.⁴²

Somit ist das dargelegte Spannungsverhältnis zwischen der weitreichenden Beurteilungsbefugnis der NRB im Rahmen der Art. 16 Abs. 4 RRL, Art. 8 Abs. 4 ZRL i.V.m. Art. 8 RRL einerseits und der Pflicht zur weitestgehenden Berücksichtigung von Empfehlungen gemäß Art. 19 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 RRL andererseits, wie folgt aufzulösen:⁴³ Die dargelegten Begründungsanforderungen an die prinzipiell mögliche Abweichung der BNetzA von der Terminierungsempfehlung sind, im Rahmen der eingeschränkten Überprüfungsmöglichkeit des EuGH im Hinblick auf die – den NRB im Rahmen der Art. 16 Abs. 4 RRL, Art. 8 Abs. 4 ZRL i.V.m. Art. 8 RRL zugewiesene – *weitreichende Beurteilungsbefugnis* der BNetzA bei Remedies, zu berücksichtigen. Insbesondere ist die *Remia-Voraussetzung* der *ausreichenden Begründung* dahingehend zu verschärfen, dass sich die gegenständlichen Verfügungen der BNetzA *inhaltlich* mit den vorgeschlagenen Punkten der Terminierungsempfehlung, von denen die BNetzA im Einzelfall abgewichen ist, *auseinandersetzen* und *die in der Empfehlung vertretene Auffassung der Kommission mit in die Abwägung eingestellt wurde*. Vorliegend betrifft dies ausschließlich Nr. 6 der Terminierungsempfehlung und somit die Empfehlung, die MTR-Entgelte unter Zugrundlegung eines „pure LRIC“-Kostenmodells zu bestimmen.

(3) Konkrete Prüfung der weitreichenden Beurteilungsbefugnis der BNetzA im Rahmen von Remedies nach Maßgabe der modifizierten Remia-Voraussetzungen

Es ist somit zu klären, ob sich die BNetzA bei Erlass der vorläufigen Regulierungsverfügungen und Entgeltgenehmigungen in den Grenzen der ihr eingeräumten *weitreichenden Beurteilungsbefugnis* gemäß Art. 16 Abs. 4 RRL, Art. 8 Abs. 4 ZRL i.V.m. Art. 8 RRL bewegt hat. Hierbei wird der EuGH den der BNetzA eingeräumten Ermessensspielraum bei Remedies – da diesen die Würdigung *komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten* durch die NRB immanent ist – nach Maßgabe der *Remia-Voraussetzungen* überprüfen. Zu prüfen ist nachfolgend, ob die BNetzA die Verfahrensregeln eingehalten hat (a), die gegenständlichen Verfügungen ausreichend begründet wurden (b), der Sachverhalt von der BNetzA zutreffend festgestellt wurde (c) und kein offensichtlicher Beurteilungsfehler und kein Ermessensmissbrauch vorliegen (d). Hierbei sind die dargelegten Begründungsanforderungen an eine prinzipiell mögliche Abweichung der BNetzA von der Terminierungsempfehlung zu berücksichtigen.

(a) Einhaltung der Verfahrensregeln

Vor Erlass der vorläufigen Regulierungsverfügungen und Entgeltgenehmigungen hat die BNetzA das in § 12 TKG vorgesehene nationale Konsultations- und Konsolidierungsverfahren durchgeführt. Am 31.1.2013 hat die BNetzA sowohl die vorläufigen Regulierungsverfügungen als auch die darauf basierenden vorläufigen Entgeltgenehmigungen gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 1

TKG gegenüber der EU-Kommission, dem GEREK und den übrigen nationalen Regulierungsbehörden notifiziert.

Aufgrund der Abweichung der BNetzA von dem von der EU-Kommission empfohlenen und von vielen anderen nationalen Regulierungsbehörden angewandten „pure LRIC“-Maßstab hat die EU-Kommission am 28.2.2013 das so genannte „Phase II“-Verfahren gemäß § 13 Abs. 4 TKG – dessen legislative Vorsteuerung in Art. 7 a der Rahmenrichtlinie 2009 (RRL) angesiedelt ist – eröffnet, indem sie an die BNetzA eine sog. „Erhebliche-Zweifel-Mitteilung“ gerichtet hat.

Während dieses Verfahrens hat die BNetzA auf die Einhaltung der Verfahrensvorschriften des Art. 7 a RRL zu achten.

(b) Ausreichende Begründung

Die BNetzA ist in ihren vorläufigen Regulierungsverfügungen und Entgeltgenehmigungen von Nr. 6 der Terminierungsempfehlung abgewichen. Im Rahmen der Prüfung des Vorliegens einer *ausreichenden Begründung* ist es insbesondere notwendig, dass sich die BNetzA in diesen Verfügungen *inhaltlich* mit diesem Punkt auseinandergesetzt hat und die *vertretene Auffassung der Kommission mit in die Abwägung eingestellt wurde*.

Gemäß Erwägungsgrund 13 S. 5 der Terminierungsempfehlung fördert „[e]in auf zusätzliche Kosten gestütztes Konzept, das nur effizient entstandene Kosten berücksichtigt, die nicht entstehen würden, wenn der den Mehrkosten zugrunde liegende Dienst nicht mehr bereitgestellt würde (...), die effiziente Bereitstellung und Nutzung und hält etwaige Wettbewerbsverzerrungen gering.“ In Erwägungsgrund 13 S. 6 der Terminierungsempfehlung heißt es weiter: „Je weiter sich die Anrufzustellungsentgelte von den Zusatzkosten entfernen, desto größer sind die Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Festnetz- und Mobilfunkmärkten und/oder zwischen Betreibern mit asymmetrischen Marktanteilen und Verkehrsflüssen.“

Auf Basis dieser Erwägungen empfiehlt die Kommission in Nr. 6 der Terminierungsempfehlung, bei der Berechnung der *Vorleistungs-Zustellungsentgelte* davon abzusehen, *verkehrsunabhängige Kosten* zu berücksichtigen und hält – so ist Randnummer 32 des an die OPTA gerichteten Empfehlungsschreiben der Kommission zu entnehmen – die einheitliche Anwendung eines „pure LRIC“-Kostenmaßstabs im Hinblick auf die Erreichung der in Art. 8 Abs. 2 RRL postulierten Ziele für den „geeignetsten Maßstab“ („the most appropriate remedy“).⁴⁴

Die BNetzA hat sich in den gegenständlichen Regulierungsverfügungen und Entgeltgenehmigungen detailliert mit den dargelegten Prämissen der Kommission und somit mit dem „pure LRIC“-Kostenmaßstab auseinandergesetzt. Die BNetzA wirft auf den Seiten 34 - 38 des Konsultationsentwurfes BK 3a-12/005 (Konsultationsentwurf) die Frage auf, ob „sich ein Wettbewerbspreis eher auf LRIC-Niveau als auf KeL-Niveau einschwingen würde.“⁴⁵ Auf den Seiten 38 - 44 geht die BNetzA der Frage nach, „ob eine LRIC-Preisobergrenze deshalb besser zur Erreichung des

41 Kühling/Schall, CR 2012, 82, 83.

42 So auch Kühling/Schall, CR 2012, 82, 83.

43 Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen bereits Koenig, N&R 2/2013, Zu guter Letzt.

44 Commission Recommendation of 13 June 2012 – Case NL/2012/1285, para. 32. Published at: https://circabc.europa.eu/sd/d/53ee7185-b75d-4018-852e-f1981bb77538/NL-2012-1284-1285%20Recommendation_EN-12_publication.pdf.

45 Konsultationsentwurf BNetzA BK 3a-12/005, S. 34.

wettbewerblichen Regulierungsziels geeignet sein könnte, weil dadurch ein unerwünschter Kapitalabfluss aus anderen Bereichen verhindert und/oder das Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber und der anderen Mobilfunknetzbetreiber auf den Endkundenmärkten entscheidend verbessert wird.⁴⁶ Mit dieser Vorgehensweise stellt die BNetzA die in den Sätzen 5 und 6 des 13. Erwägungsgrundes der Terminierungsempfehlung enthaltenen Prämissen zur Disposition und setzt sich somit inhaltlich mit diesen auseinander. Dabei gelangt die BNetzA zu folgendem Ergebnis: „Es kann weder festgestellt werden, dass der empfohlene LRIC-Preis den Wettbewerbspreis besser trifft als ein KeL-Preis, noch im Wege der Folgenabschätzung geschlossen werden, dass ein LRIC-Preis besser als ein KeL-Preis geeignet wäre, einen unerwünschten Kapitalabfluss aus anderen Bereichen zu verhindern und/oder das Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber und der anderen Mobilfunkanbieter auf den Endkundenmärkten deutlich zu verbessern.“⁴⁷

Ein Abweichen von Nr. 6 der Terminierungsempfehlung begründet die BNetzA insbesondere mit *nationalen Gegebenheiten*. Die BNetzA führt auf S. 40 des Konsultationsentwurfes im Hinblick auf die „höhere Faktorproduktivität des Kapitals im Festnetzsektor“ aus, dass sich die hierfür in der Terminierungsempfehlung angeführten Beispiele „jedenfalls für Deutschland nicht bestätigen“ lassen. So ist in Deutschland „keine ineffizient geringe Nutzung des Festnetzes zu beobachten“.⁴⁸ Die hiesigen Verbindungsanteile liegen vielmehr „über dem europäischen Durchschnitt“.⁴⁹ Des Weiteren führt die BNetzA beispielsweise im Hinblick auf das Argument, dass zu hohe Kapitalabflüsse in den Mobilfunkbereich hemmende Faktoren des Glasfaserausbaus sind, einschlägige Studien an,⁵⁰ die die Ursachen hierfür in „der tendenziell zu geringe[n] Höhe der Zahlungsbereitschaft der Endkunden, der Liquidität des Kapitalmarkts und der von den Anteilseignern erwarteten Amortisationsdauer“ sehen.⁵¹ Ferner erscheint der BNetzA im Hinblick auf die Prognose des voraussichtlichen Wettbewerbsverhaltens der Festnetzbetreiber der Punkt maßgebend, dass sich seit Jahren die „Kundenwahrnehmung und Werbetätigkeit im Festnetzbereich auf die Anschlussbandbreite und den Preis, der für das Komplettangebot aus Anschluss mit Doppelflatrate für Festnetztelefonie und Internetverbindungen zu zahlen ist“, verengen, während „die Preise anderer Angebotskomponenten – wie etwa der Festnetz-Mobilfunk-Verbindung – (...) dagegen weitaus weniger Aufmerksamkeit [erfahren]“.⁵² Somit trägt die BNetzA, anders als die OPTA – die eine Abweichung vom „pure LRIC“-Kostenmaßstab im Wesentlichen damit begründet hat, dass einer entsprechenden Entscheidung des „College van Beroep voor het bedrijfsleven“ (Cbb) Folge zu leisten ist –, sowohl der Forderung des GEREK⁵³ als auch der der Kommission⁵⁴ nach einer *ökonomischen Rechtfertigung* für eine Abweichung vom „pure-LRIC“-Kostenmaßstab Rechnung. Insbesondere prüft die BNetzA die unterschiedlichen Kostenmaßstäbe auf ihre Eignung, die regulatorischen Ziele des § 2 TKG – deren unionsrechtliches Pendant in Art. 8 RRL normiert ist – zu verwirklichen. Hierbei gelangt die BNetzA zu dem Ergebnis, dass „eine symmetrische KeL-Preisobergrenze (...) das Regulierungsziel eines chancengleichen, nachhaltigen Wettbewerbs besser als die Missbrauchsgrenze [erfüllt]“.⁵⁵ Eine weitere Absenkung des Preisniveaus auf eine LRIC-Preisobergrenze „ist dagegen mit Blick auf [dieses] Wettbewerbsziel nicht angezeigt.“⁵⁶ Im Hinblick auf das Ziel der Wahrung von Nutzer- und Verbraucherinteressen stellt die BNetzA fest, dass es sich nicht belegen

lässt, „dass eine LRIC-Preisobergrenze besser geeignet wäre als eine KeL-Preisobergrenze, die Interessen der Nutzer und Verbraucher zu wahren.“⁵⁷ Ebenso wenig sieht die BNetzA eine bessere Eignung der LRIC-Preisobergrenze „zur Förderung der Binnenmarkt-Entwicklung“.⁵⁸

Somit ist die BNetzA den verschärften Begründungsanforderungen, die sich vor dem Hintergrund einer Abweichung von Nr. 6 der Terminierungsempfehlung ergeben, nachgekommen, indem sie sich inhaltlich mit dem empfohlenen „pure-LRIC“-Kostenmaßstab auseinandergesetzt hat und die vertretene Auffassung der Kommission mit in ihre eigene Abwägung eingestellt hat. Insbesondere erreicht die Begründung der BNetzA die – von GEREK und Kommission unisono geforderte – ökonomische Dimension.

(c) Zutreffende Feststellung des Sachverhalts

Anhaltspunkte dafür, dass die BNetzA den Sachverhalt entgegen der ihr obliegenden Verpflichtung aus § 24 Abs. 1, Abs. 2 VwVfG unzutreffend ermittelt hat, liegen nicht vor.

(d) Kein offensichtlicher Beurteilungsfehler und kein Ermessensmissbrauch

Die BNetzA hat die vorläufigen Regulierungsverfügungen und Entgeltgenehmigungen im Lichte der Regulierungsziele des § 2 TKG – abweichend von Nr. 6 der Terminierungsempfehlung – festgelegt und somit das ihr im TKG eingeräumte Ermessen gemäß § 40 VwVfG entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt.

b) Zwischenergebnis

Folglich hat die BNetzA die ihr durch die Art. 16 Abs. 4 RRL, Art. 8 Abs. 4 ZRL i.V.m. Art. 8 RRL eingeräumte *weitreichende Beurteilungsbefugnis* nach Maßgabe der modifizierten *Remia-Voraussetzungen* nicht überschritten. Somit hat die BNetzA mit Erlass der vorläufigen Regulierungsverfügungen und Entgeltgenehmigungen nicht gegen die Art. 16 Abs. 4 RRL, Art. 8 Abs. 4 ZRL i.V.m. Art. 8 RRL verstoßen. Weitere Unionsrechtsverstöße kommen nicht in Betracht.

IV. Fazit

Ein Vertragsverletzungsverfahren der Kommission – wegen der Nichtanwendung des „pure LRIC“-Maßstabes im Rahmen von vorläufigen Regulierungsverfügungen und Entgeltgenehmigungen – gegen die Bundesrepublik Deutschland wäre somit zwar zulässig, mangels Unionsrechtsverstoß in der Sache jedoch unbegründet.

46 Konsultationsentwurf BNetzA BK 3a-12/005, S. 38.

47 Konsultationsentwurf BNetzA BK 3a-12/005, S. 34.

48 Konsultationsentwurf BNetzA BK 3a-12/005, S. 40.

49 Konsultationsentwurf BNetzA BK 3a-12/005, S. 40.

50 *Büllingen/Stamm/Stett/Hillebrand*, Analyse der Kabelbranche und ihrer Migrationsstrategien auf dem Weg in die NRA-Welt, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 365, Februar 2012.

51 Konsultationsentwurf BNetzA BK 3a-12/005, S. 40.

52 Konsultationsentwurf BNetzA BK 3a-12/005, S. 40.

53 Opinion of BEREC of 23 March 2012, BoR(12)23, page 17. Published at: http://erg.eu.int/doc/2012/boR12_23.pdf.

54 Commission Recommendation of 13 June 2012 – Case NL/2012/1285, para. 36. Published at: https://circabc.europa.eu/sd/d/53ee7185-b75d-4018-852e-f1981bb77538/NL-2012-1284-1285%20Recommendation_EN-12_publication.pdf.

55 Konsultationsentwurf BNetzA BK 3a-12/005, S. 44.

56 Konsultationsentwurf BNetzA BK 3a-12/005, S. 44.

57 Konsultationsentwurf BNetzA BK 3a-12/005, S. 45.

58 Konsultationsentwurf BNetzA BK 3a-12/005, S. 45.