

# Zu guter Letzt ...

**... würde die EU-Kommission mit einem etwaigen Vertragsverletzungsverfahren in Sachen „pure LRIC“ Schiffbruch erleiden!**

Am 31. Januar 2013 hat die Bundesnetzagentur sowohl die vorläufigen Regulierungsverfügungen als auch die darauf basierenden vorläufigen Entgeltgenehmigungen für die Mobilfunkterminierung gegenüber der Kommission, dem Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und den übrigen nationalen Regulierungsbehörden notifiziert und somit das auf Art. 7a der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG (i. d. F. der Richtlinie 2009/140/EG) basierende „gestufte Verfahren“ des § 13 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG eingeleitet. Aufgrund der Abweichung der Bundesnetzagentur von dem von der Kommission empfohlenen und von vielen anderen nationalen Regulierungsbehörden

angewandten – selbst die unvermeidbaren Gemeinkosten negierenden – „pure LRIC“-Maßstab ist zu erwarten, dass die Kommission nach Ablauf eines Monats ein sog. „Phase II“-Verfahren gemäß § 13 Abs. 4 TKG – dessen legislative Vorsteuerung in Art. 7a der Rahmenrichtlinie angesiedelt ist – eröffnen wird, indem sie die Bundesnetzagentur darüber informiert, dass die vorläufigen Entscheidungen „ein Hemmnis für den Binnenmarkt“ darstellen bzw. „erhebliche“ Zweifel an deren Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht bestehen. Im Rahmen dieses Verfahrens kann die Kommission die Bundesnetzagentur aber letztlich nicht zwingen, ihre vorläufigen Regulierungsverfügungen und Entgeltgenehmigungen zu ändern.

Auch lässt sich keine Kompetenz der Kommission zum Erlass von Entscheidungen über die Harmonisierung bzw. Koordination von Kostenmodellen für regulierte Zugangsentgelte aus Art. 19 Abs. 1, 3 der Rahmenrichtlinie herleiten (Koenig/Meyer, N&R 2012, 250).

Sollte die Kommission deshalb erwägen, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland einzuleiten, so wäre ein solches Verfahren mangels Unionsrechtsverstoß unbegründet. Im Rahmen der Überprüfung der Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten durch die Kommission beschränkt sich der Prüfungsrahmen des EuGH darauf, ob die Verfahrensregeln eingehalten wurden, die Begründung ausreichend ist, der Sachverhalt zutreffend festgestellt wurde sowie kein offensichtlicher Beurteilungsfehler und kein Ermessensmissbrauch vorliegen („Remia“-Voraussetzungen). Es ist davon auszugehen, dass der EuGH im Rahmen einer Vertragsverletzungsklage nach Art. 258 AEUV die weitreichende Beurteilungsbefugnis der Bundesnetzagentur im Rahmen der Art. 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie, Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG i. V. m. Art. 8 der Rahmenrichtlinie nach Maßgabe der „Remia“-Voraussetzungen prüfen würde.

Die Pflicht zur weitestgehenden Berücksichtigung von Empfehlungen gemäß Art. 19 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 der Rahmenrichtlinie und diese weitreichende Beurteilungsbefugnis der nationalen Regulierungsbehörde stehen sich diametral gegenüber. Die Pflicht zur (weitestgehenden) Berücksichtigung der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG nach Art. 19 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 der Rahmenrichtlinie beschränkt sich mithin darauf, „sich inhaltlich mit den vorgeschlagenen Punkten auseinanderzusetzen und die in der Empfehlung vertretene Auffassung der Kommission mit in die Abwägung einzustellen“. Somit ist das dargelegte Spannungsverhältnis zwischen der weitreichenden Beurteilungsbefugnis der nationalen Regulierungsbehörde im Rahmen der Art. 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie, Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie i. V. m. Art. 8 der Rahmenrichtlinie einerseits und der Pflicht zur weitestgehenden Berücksichtigung von Empfehlungen gemäß Art. 19 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 der Rahmenrichtlinie andererseits wie folgt aufzulösen:

Die dargelegten Begründungsanforderungen an die prinzipiell mögliche Abweichung der Bundesnetzagentur von der Terminierungsempfehlung sind, im Rahmen der eingeschränkten Überprüfungsmöglichkeit des EuGH im Hinblick auf die – den nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen der Art. 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie, Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie i. V. m. Art. 8 der Rahmenrichtlinie zugewiesene – weitreichende Beurteilungsbefugnis der Bundesnetzagentur bei Abhilfemaßnahmen, zu berücksichtigen. Insbesondere ist die „Remia“-Voraussetzung der ausreichenden Begründung dahingehend anzuwenden, dass sich die gegenständlichen Verfügungen der Bundesnetzagentur inhaltlich mit den vorgeschlagenen Punkten der Terminierungsempfehlung, von denen die Bundesnetzagentur im Einzelfall abgewichen ist, auseinandersetzen und die in der Empfehlung vertretene Auffassung der Kommission mit in die Abwägung eingestellt wurde. Vorliegend betrifft dies ausschließlich Ziff. 6 der Terminierungsempfehlung und somit die Empfehlung, die Mobilfunkterminierungsentgelte unter Zugrundlegung eines „pure LRIC“-Kostenmodells zu bestimmen.

Die Bundesnetzagentur wirft auf den Seiten 34 bis 38 des Konsultationsentwurfes zum Az. BK 3a-12/005 die Frage auf, ob „sich ein Wettbewerbspreis eher auf LRIC-Niveau als auf KeL-Niveau einschwingen würde“, also auf einem Niveau i. H. d. in § 32 TKG definierten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Auf den Seiten 38 bis 44 geht sie der Frage nach, „ob eine LRIC-Preisobergrenze deshalb besser zur Erreichung des 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“. Mit dieser Vorgehensweise stellt die Bundesnetzagentur die in den Sätzen 5 und 6 des 13. Erwägungsgrundes der Terminierungsempfehlung enthaltenen Prämissen zur Disposition und setzt sich somit inhaltlich detailliert mit diesen auseinander. Ein Abweichen von Ziff. 6 der Terminierungsempfehlung begründet die Bundesnetzagentur insbesondere mit nationalen Gegebenheiten. Die Bundesnetzagentur führt auf Seite 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“. Die hiesigen Verbindungsanteile liegen vielmehr „über dem europäischen Durchschnitt“. Des Weiteren führt die Bundesnetzagentur beispielsweise im Hinblick auf das Argument der Kommission, dass zu hohe Kapitalabflüsse in den Mobilfunkbereich hemmende Faktoren des Glasfaserausbaus seien, gute (entkräftende) Gegenargumente an, welche 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. Somit trägt die Bundesnetzagentur sowohl der Forderung des GEREK als auch derjenigen der Kommission nach einer ökonomischen Rechtfertigung für eine Abweichung vom „pure LRIC“-Kostenmaßstab Rechnung. Namentlich prüft die Bundesnetzagentur die unterschiedlichen Kostenmaßstäbe auf ihre Eignung, die unterschiedlichen regulatorischen Ziele des § 2 TKG – deren unionsrechtliches Pendant in Art. 8 der Rahmenrichtlinie normiert ist – zu verwirklichen. Hierbei gelangt die Bundesnetzagentur insbesondere zu dem Ergebnis, dass „eine symmetrische KeL-Preisobergrenze ... das Regulierungsziel eines chancengleichen, nachhaltigen Wettbewerbs besser als die Missbrauchsgrenze“ erfüllt. Eine weitere Absenkung des Preisniveaus auf eine „pure LRIC“-Preisobergrenze „ist dagegen mit Blick auf [dieses] Wettbewerbsziel nicht angezeigt.“ Somit ist die Bundesnetzagentur den verschärften Begründungsanforderungen, die sich vor dem Hintergrund einer Abweichung von Ziff. 6 der Terminierungsempfehlung ergeben, umfassend nachgekommen.

Angesichts der hohen Begründungsqualität der vorläufigen Regulierungs- und Entgeltentscheidungen ist somit davon auszugehen, dass sich die Kommission in einem etwaigen Vertragsverletzungsverfahren in Sachen „pure LRIC“ verheben und dieser von vielen Ökonomen zu Recht kritisierte Ansatz auf der hohen See („vor Gericht und auf hoher See“) Schiffbruch erleiden würde!

Christian Koenig