

# Zu guter Letzt ...

... sind die Ermessensspielräume der Bundesnetzagentur bei der Maßstabsfindung für die Regulierung der Mobilfunkterminierungsentgelte größer als angenommen!

Die Bundesnetzagentur hat am 18. Mai 2016 Konsultationsentwürfe für die Regulierungsverfügungen betreffend die Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen vorgelegt (z.B. Bundesnetzagentur, Konsultationsentwurf v. 18.5.2016 – Az. BK 3b-15/062). Statt für die Bestimmung des Mobilfunkterminierungsentgelts die bisher angewandte Methode des Kostenmaßstabs der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) beizubehalten, wonach sich das Entgelt aus Gemein- und Grenzkosten zusammensetzt, ist die Bundesnetzagentur im Rahmen des nun vorgelegten Konsultationsentwurfs der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG der Europäischen Kommission gefolgt. Im Einklang mit der Kommissionsempfehlung plant die Bundesnetzagentur, fortan die Methode der reinen Zusatzkosten („Pure Long-Run Incremental Cost“, „Pure LRIC“) zum anzuwendenden Kostenmaßstab zu erklären, wonach Gemeinkosten von der Entgeltermittlung auszuschließen sind.

Die Frage ist hier nicht, ob die reinen Zusatzkosten oder die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als „richtiger“

Kostenmaßstab anzuwenden sind, vielmehr ob bzw. inwieweit die Empfehlung 2009/396/EG zugunsten der reinen Zusatzkosten die diesbezüglichen Entscheidungsspielräume der Bundesnetzagentur vorzeichnet und – wenn ja – mit welchem normativen oder prozeduralen Verbindlichkeitsgrad. Erst auf dieser Grundlage könnte später das Verwaltungsgericht überprüfen, ob die Bundesnetzagentur das ihr zustehende Ermessen beim Erlass der Regulierungsverfügungen für die Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen gegenüber den regulierten Mobilfunkbetreibern ausweislich der Begründungen unterschreitet, wenn sie – abweichend von der bisherigen Verwaltungspraxis – der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG folgt.

Am 28. April 2016 hat der Generalanwalt beim EuGH *Mengozzi* in einem niederländischen Vorabentscheidungsverfahren (Rs. C-28/15), welches die nationalen Spielräume bei der Festlegung des Kostenmaßstabs für Mobilfunkterminierungsentgelte zum zentralen Gegenstand hat, seine Schlussanträge

vorgelegt und zum lenkenden Charakter der Kommissionsempfehlung 2009/396/EG Stellung bezogen.

Wie von den Vorlagefragen des niederländischen Gerichts vorgegeben, beziehen sich die Ausführungen des Generalanwalts nicht unmittelbar auf die Spielräume der nationalen Regulierungsbehörde bei der Festlegung des Kostenmaßstabs für die Mobilfunkterminierungsentgelte, sondern auf die Spielräume der nationalen Gerichte, welche die Rechtmäßigkeit einer solchen Festlegung im Falle der Anfechtung im Einklang mit Art. 4 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG kontrollieren. Aufgrund dieser – die Abweichungsspielräume nationaler Gerichte fokussierenden – Richtung der Vorlagefragen sind die Schlussanträge in Bezug auf die der Gerichtskontrolle vorgelagerten Spielräume der nationalen Regulierungsbehörde selbst weniger rechtsdogmatisch präzise begründet. Im Ergebnis geht Generalanwalt *Mengozzi* aber von einem erheblichen Spielraum zur Abweichung von der „Pure LRIC“-Methode nach der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG aus und zwar unmittelbar in Bezug auf die Spielräume der nationalen Gerichte sowie mittelbar auch in Bezug auf die vorgelagerten Spielräume der nationalen Regulierungsbehörden selbst. Allerdings bleiben die Schlussanträge des Generalanwalts rechtsdogmatisch auf einem recht oberflächlichen Begründungsniveau.

Selbst wenn den Empfehlungen nach Art. 19 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG „weitestgehend Rechnung zu tragen“ ist, muss ein wohlbegründetes Abweichen von der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG möglich bleiben. Die Ablehnung einer Quasiverbindlichkeit der Empfehlung 2009/396/EG wird besonders von ihrem begrenzten Einzelermächtigungsbezug zu der Entscheidungsermächtigung nach Art. 19 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG gestützt, die zwar verbindliche Entscheidungen zulässt, hierfür aber besondere Voraussetzungen aufstellt. Eine Entscheidung über die Festlegung eines Kostenmaßstabs wäre nicht von der auf „Regulierungskonzepte gemäß den Artikeln 15 und 16“ der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 19 Abs. 3 der Richtlinie gedeckt. Die Zuerkennung einer Quasiverbindlichkeit der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG würde mithin die auf allgemeine Regulierungskonzepte gemäß Art. 15 (Marktdefinition) und Art. 16 (Marktanalyse) der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG begrenzte Entscheidungsermächtigung nach Art. 19 Abs. 3 lit. a UAbs. 1 S. 1 der Richtlinie unterlaufen und ist daher entschieden abzulehnen.

Kommt der Empfehlung 2009/396/EG keine normative Verbindlichkeit zu, kann sie gleichwohl prozedurale Obliegenheiten der nationalen Regulierungsbehörden auslösen, ein Abweichen von der Empfehlung mehr oder weniger substantiiert zu begründen.

In einem anderen Zusammenhang, nämlich der „weitestgehenden Berücksichtigung“ der Märkteempfehlung der Kommission nach Art. 15 Abs. 3 S. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG (§ 10 Abs. 2 S. 3 TKG), geht das BVerwG so weit, eine „gesetzliche Vermutung“ für die Regulierungsbedürftigkeit der in der Märkteempfehlung aufgeführten Märkte und damit eine Vorprägung der Entscheidung der Bundesnetzagentur auszusprechen (BVerwG, Urt. v. 2.4.2008 – Az. 6 C 15.07, Rn. 24). Der Märkteempfehlung der Kommission wird aber nach Art. 15 Abs. 3 S. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG unionsrechtlich ein viel höheres Harmonisierungsgewicht eingeräumt als den in Art. 19 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG in Bezug genommenen Empfehlungen wie der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG. So wird der Kommission zur Durchsetzung ihrer Festlegungen in der Märkteempfehlung in Art. 7 Abs. 4 S. 1 lit. a i. V. m. Art. 7 Abs. 5 S. 1 lit. a der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, also auf den Ebenen der Markt-

definition und Marktanalyse, sogar ein Vetorecht eingeräumt. Demgegenüber bleibt der Kommission ein Vetorecht auf der Ebene der Abhilfemaßnahmen versagt. Damit sind im Rahmen der Auferlegung von Ex-ante-Entgeltkontrollpflichten (Art. 13 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG) wie der Festlegung des Kostenmaßstabs für die Mobilfunkterminierungsentgelte die Ermessensspielräume der nationalen Regulierungsbehörden gegenüber der Einflussnahme auf der EU-Ebene durch die Empfehlung 2009/396/EG ungleich größer als auf den Ebenen der Marktdefinition und der Marktanalyse. Mithin räumt die Regulierungssystematik der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG selbst den nationalen Regulierungsbehörden eine Letztentscheidungsbefugnis auf der Abhilfemaßnahmenebene und damit auch bei der Festlegung des Kostenmaßstabs für die Mobilfunkterminierungsentgelte ein.

Im Gegensatz zur Märkteempfehlung begründet die „weitestgehende Berücksichtigung“ der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG also keine wie auch immer strukturierte Bindungswirkung, sondern lediglich die prozedurale Obliegenheit der nationalen Regulierungsbehörden, sich mit der von der Kommission empfohlenen „Pure LRIC“-Methode aktiv auseinanderzusetzen und diese Methode insbesondere als Option in die Abwägung einzustellen.

Das BVerwG übersieht diese gebotene Differenzierung, wenn es den Stellungnahmen der Kommission zu Regulierungsmaßnahmen – also auf der Ebene von Abhilfemaßnahmen – eine zu weitgehende Vorprägung zuerkennt (BVerwG, N&R 2014, 305, 308 Rn. 32 [Beschl. v. 25.6.2014 – Az. 6 C 10.13]):

„Soweit die Bundesnetzagentur über Beurteilungsspielräume verfügt, wird die ihr ... obliegende Abwägung ... durch die Pflicht zur weitestgehenden Berücksichtigung der Stellungnahmen der Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden vorgeprägt. ... Aufgrund der in § 12 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 TKG enthaltenen Wertungsvorgabe können die von der Kommission und den anderen nationalen Regulierungsbehörden geltend gemachten Belange grundsätzlich nur dann überwunden werden, wenn vom europäischen Standard abweichende nationale Besonderheiten vorliegen ... oder wenn gegenläufige öffentliche oder private Belange zu berücksichtigen sind, denen nach der besonders zu begründenden Einschätzung der Bundesnetzagentur im konkreten Einzelfall ein so hohes Gewicht zukommt, dass ihr Zurücktreten nicht gerechtfertigt erscheint.“

Auf den Punkt gebracht stellt die Terminierungsempfehlung 2009/396/EG – im Gegensatz zur Märkteempfehlung – gerade kein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der „Pure LRIC“-Methode auf. Differenzierte und wohlbegründete Kostenmaßstäbe für die Regulierung der Mobilfunkterminierungsentgelte der nationalen Regulierungsbehörden stellen nicht die einheitliche Umsetzung des nach der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG sowie der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG harmonisierten Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation in Frage, solange die national unterschiedlichen Regulierungsmaßnahmen die der Rechtsangleichung unterliegenden Marktdefinitions-, Marktanalyse- und Zugangsverpflichtungsverfahren nach der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG bzw. der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG unionseinheitlich wahren. Dabei darf bei einer Anwendung differenzierter Kostenmethoden durch die nationalen Regulierungsbehörden auf der Ebene der Zugangsentgeltkontrolle nicht a priori von einer – wie auch immer supranationale Verbindlichkeitseffekte der Empfehlung 2009/396/EG auslösenden – Binnenmarktstörung ausgegangen werden.

Diese Diskussion wird uns jedenfalls noch lange beschäftigen!

*Christian Koenig*