

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

3&4/2016

S. 129-192

13. Jahrgang

Herausgegeben von
Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Peter Franke
Martin Henke
Jochen Homann
Alexander Kirschall
Roger Kohlmann
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Franz Jürgen Säcker
Geschäftsführender
Herausgeber
Christian Koenig
Schriftleitung
Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- *Norbert Westfal*
Wer Glasfaser will, muss den
Wettbewerb stärken 129
- *Danielle Herrmann/Stefan Heilmann/
Christoph Werkmeister*
Das Telekommunikationsrecht im Jahr 2015 130
- *Claus Leitzke/Johannes Berg*
Das Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus
digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze
(DigiNetzG) aus Sicht eines Betreibers
der Eisenbahninfrastruktur 141
- *Andreas Neumann*
Durchführung eines Konsolidierungsver-
fahrens vor Erlass einer Entgeltgenehmigung?
Zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH
vom 14. Januar 2016 – Rs. C-395/14 146
- *Charlotte Schings*
Entbehrlichkeit der Festnetzregulierung
wegen verstärkter Austauschbarkeit
von Festnetz und Mobilfunk? 156
- *Jochen Mohr*
Anmerkung zum Beschluss des BGH: vor- und
nachlaufende Tätigkeitsverbote für die zweite
Führungsebene bei Unabhängigen Transport-
netzbetreibern 172

Andreas Neumann*

Durchführung eines Konsolidierungsverfahrens vor Erlass einer Entgeltgenehmigung?

Zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 14. Januar 2016 – Rs. C-395/14

Lange Zeit war umstritten, ob die Bundesnetzagentur verpflichtet ist, telekommunikationsrechtliche Entgeltgenehmigungen im sog. Konsolidierungsverfahren im europäischen Regulierungsverbund unter maßgeblicher Beteiligung der Kommission abzustimmen. Mit Urteil vom 14. Januar 2016 hat der EuGH diese Frage nun für die Genehmigung von Mobilfunkterminierungsentgelten dem Grunde nach bejaht. Der Beitrag zeichnet die Argumente nach, auf denen diese Entscheidung beruht, unterzieht sie einer kritischen Würdigung und gibt einen Ausblick auf die praktischen Folgen.

I. Einleitung

Die Regulierung der Telekommunikationsmärkte erfolgt in einem gestuften System:¹ Zunächst wird mit der sog. Marktdefinition (§ 10 TKG) der Kreis der potentiell regulierungsbedürftigen Märkte bestimmt. Hierauf aufbauend wird in der sog. Marktanalyse (§ 11 TKG) überprüft, ob auf den betreffenden Märkten ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht tätig ist. In diesem Fall verdichtet sich der potentielle zu einem tatsächlichen Regulierungsbedarf. Diesem ist dadurch Rechnung zu tragen, dass dem markmächtigen Unternehmen mindestens eine geeignete regulatorische Verpflichtung auferlegt wird (§ 9 Abs. 2 TKG). Zu den hierfür vorgesehenen Verpflichtungen, die dem betreffenden Unternehmen im Rahmen einer sog. Regulierungsverfügung (§ 13 Abs. 1 S. 1 TKG) auferlegt werden können, gehören neben Gleichbehandlungsverpflichtungen (§ 19 TKG), Transparenzverpflichtungen (§ 20 TKG) einschließlich der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots (§ 23 TKG) und Zugangsverpflichtungen (§ 21 TKG) u. a. auch Verpflichtungen im Bereich der Preiskontrolle bzw. (nach der Terminologie des deutschen Telekommunikationsrechts) der Entgeltregulierung.

Von besonderer Bedeutung ist insoweit die Verpflichtung, Entgelte von der Bundesnetzagentur genehmigen zu lassen (§ 30 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 TKG). Wird einem Unternehmen eine solche Genehmigungspflicht auferlegt, darf es keine anderen als die von der Bundesnetzagentur genehmigten Entgelte verlangen (§ 37 Abs. 1 TKG). Das verpflichtete Unternehmen muss der Bundesnetzagentur die genehmigungsbedürftigen Entgelte zusammen mit umfangreichen Kostenunterlagen (§ 34 TKG) vor dem beabsichtigten Inkrafttreten bzw. bei einer bereits befristet erteilten Genehmigung mindestens zehn Wochen vor Fristablauf vorlegen (§ 31 Abs. 3 TKG). Nach einer Prüfung der Entgelte an dem jeweils geltenden Maßstab genehmigt die Bundesnetzagentur entweder die beantragten Entgelte (ganz oder teilweise) oder versagt die beantragte Genehmigung (§ 35 Abs. 3 TKG). Im Gesamtzusammenhang des Regulierungsverfahrens ergeht die Entgeltgenehmigung also gewissermaßen auf einer „vierten Stufe“ (nach Marktdefinition, Marktanalyse und Auferlegung der Genehmigungspflicht). Man kann insoweit von einer Maßnahme zur Umsetzung der Genehmigungspflicht sprechen.

Die Regulierung der Telekommunikationsmärkte ist außerdem in einen europäischen Verfahrenskontext eingebunden. So müssen die nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG die von ihnen beab-

sichtigten und dort näher bezeichneten Maßnahmen einem sog. Konsolidierungsverfahren unterziehen. In diesem Verfahren sind entsprechende Entwürfe der Kommission, dem Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung zu stellen. Dabei sind das GEREK und die anderen Regulierungsbehörden im Wesentlichen darauf beschränkt, eine Stellungnahme zu dem Entwurf abzugeben, die allerdings weitestgehend zu berücksichtigen ist (Art. 7 Abs. 7, Art. 7a Abs. 1 UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG). Der Kommission stehen demgegenüber weitergehende Steuerungsmöglichkeiten zu, bis hin zu einem Vetorecht, das jedoch auf die Ebene von Marktdefinition und -analyse beschränkt ist (Art. 7 Abs. 5 S. 1 lit. a, Abs. 6 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG).

Diese Verfahrensvorgaben werden durch § 12 Abs. 2 TKG für die Marktdefinition und -analyse und durch § 13 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 i. V. m. § 12 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 4 TKG für den Erlass einer Regulierungsverfügung in das deutsche Recht umgesetzt. Im Gegensatz zur Auferlegung der Genehmigungspflicht (im Rahmen einer Regulierungsverfügung) wird der Erlass einer dann erforderlichen Entgeltgenehmigung nach § 35 TKG von diesen Vorschriften nicht erfasst.² Im deutschen Telekommunikationsrecht ist die Durchführung eines Konsolidierungsverfahrens vor der Erteilung einer Entgeltgenehmigung daher nicht vorgesehen. Dementsprechend hat die Bundesnetzagentur Entgeltgenehmigungen ursprünglich auch nicht im europäischen Regulierungsverbund notifiziert.³ Diese Praxis ist schon früh von der Kommission beanstandet worden, die davon ausging, dass auch Entgeltgenehmigungen in den Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG fallen.⁴ Während die Bundesnetzagentur dieser Auffassung zunächst widersprochen hatte,⁵ ist sie dann im Jahr 2010 auf die Linie der Kommission und der wohl überwiegenden Auffassung im wissenschaftlichen Schrifttum⁶ eingeschwenkt,⁷ nachdem die Kommission zu dieser Streitfrage am 25. Juni 2009 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen

* Der Beitrag geht im Kern zurück auf einen ersten Entscheidungsbericht des Verfassers v. 29.3.2016 in der XING-Gruppe zum „Telekommunikationsrecht (Telekommunikationsgesetz, Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz sowie sonstiges TK-Recht)“.

1 Hierzu einführend etwa *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, 2. A., 2014, Rn. 154 ff. (S. 94 ff.); *Neumann/Koch*, Telekommunikationsrecht, 2. A., 2013, Kap. 3 Rn. 15 ff. (S. 85 ff.).

2 BVerwG, N&R 2014, 305, 307 Rn. 27 (Beschl. v. 25.6.2014 – Az. 6 C 10.13); *Coppik/Herrmann*, K&R 2011, 474, 474 f.; für Entgeltanordnungen bereits VG Köln, Beschl. v. 15.3.2006 – Az. 1 L 109/06, Rn. 15 (NRWE).

3 Siehe etwa *Geers*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich*, TKG, 2. A., 2015, § 13 Rn. 11; *Schütze/Salevic*, CR 2010, 80, 84.

4 Vgl. etwa Kommission, Stellungnahme v. 26.11.2008 – Az. SG-Grefe (2008) D/207093 – Sache DE 2008/0813, S. 3 f. Siehe auch die umfangreichen Nachweise bei *Geers* (Fn. 3), § 13 Rn. 11 Fn. 33.

5 Siehe die damalige Position der Bundesnetzagentur zusammenfassend *Kurth*, MMR 2009, 818.

6 *Berger-Kögler/Cornils*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. A., 2013, § 35 Rn. 61 u. 63 ff.; mittlerweile auch *Geers* (Fn. 3), § 13 Rn. 11 (für marktprägende Genehmigungen); offenlassend VG Köln, N&R 2013, 47, 51 (Urt. v. 19.9.2012 – Az. 21 K 7809/10) (die Auffassung sei „jedenfalls nicht offensichtlich unvertretbar“).

7 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 24.2.2011 – Az. BK 3a-10/098, S. 27; vgl. dazu etwa *Capito*, N&R 2011, 277.

die Bundesrepublik Deutschland⁸ eingeleitet und das Bundeswirtschaftsministerium daraufhin der Kommission sinngemäß eine Änderung der Regulierungspraxis angekündigt hatte.⁹ Seitdem führt die Bundesnetzagentur das Konsolidierungsverfahren auch für Entgeltgenehmigungen durch, wenn auch beschränkt auf solche Genehmigungen, die „marktprägend“¹⁰ sind.¹¹

Das deutsche Telekommunikationsrecht sieht jedoch für den Regelfall eine sehr enge Genehmigungsfrist von zehn Wochen ab Eingang des Genehmigungsantrags vor (§ 31 Abs. 4 S. 3 TKG). Auf der anderen Seite nimmt das Konsolidierungsverfahren wegen der entsprechenden Vorgabe in Art. 7 Abs. 3 S. 2 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG mindestens einen Monat in Anspruch, kann sich aber auch über mehrere Monate erstrecken. Es war daher nicht möglich, das Konsolidierungsverfahren neben der Prüfung der Kostenunterlagen einfach in das übliche Genehmigungsverfahren zu integrieren.¹² Die Bundesnetzagentur behilft sich deshalb mit dem Erlass vorläufiger Entgeltgenehmigungen innerhalb der Zehn-Wochen-Frist, die sie dann durch die endgültigen Entgeltgenehmigungen nach anschließender Durchführung des Konsolidierungsverfahrens rückwirkend ersetzt.¹³ Ein solches Verfahren war Anlass für eine gerichtliche Auseinandersetzung zwischen der Bundesnetzagentur und einem Mobilfunknetzbetreiber als betroffenem Unternehmen, deren Einzelheiten vorliegend nicht von Interesse sind,¹⁴ in deren Verlauf aber die Frage entscheidungserheblich wurde, ob die richtlinienrechtlichen Vorgaben die Durchführung des Konsolidierungsverfahrens nicht nur vor der Auferlegung einer Genehmigungspflicht, sondern auch vor jeder Genehmigung konkret beantragter Entgelte gebieten.¹⁵ Da diese Frage nach Auffassung des BVerwG nicht so offenkundig zu beantworten war, wie es nach der „acte claire“-Rechtsprechung¹⁶ für eine Ausnahme von der Vorlagepflicht für letztinstanzliche Gerichte nach Art. 267 Abs. 3 AEUV erforderlich gewesen wäre,¹⁷ hat das BVerwG sie Mitte 2014 dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.

II. Entscheidung des EuGH

Der EuGH hat die Frage nun im Sinne der aktuellen Praxis der Bundesnetzagentur und der wohl vorwiegenden Auffassung beantwortet: Art. 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG sei dahin auszulegen, dass eine nationale Regulierungsbehörde, wenn sie die Mobilfunkterminierungsentgelte eines Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht der Genehmigungspflicht unterworfen hat, das Konsolidierungsverfahren auch vor jeder diesbezüglichen Entgeltgenehmigung erneut durchführen muss, sofern die Genehmigung Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben kann.¹⁸

Nach dieser Vorschrift ist das Konsolidierungsverfahren u. a. dann durchzuführen, wenn die nationalen Regulierungsbehörden den Erlass einer Maßnahme beabsichtigen, die unter Art. 16 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG oder unter Art. 8 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG fällt (und Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten hätte) (Rn. 31). Das führt den EuGH letzten Endes völlig zutreffend zu der Regelung in Art. 8 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG (Rn. 33), der zufolge die nationalen Regulierungsbehörden marktmächtigen Betreibern im erforderlichen Umfang „die in den Artikeln 9 bis 13 der vorliegenden Richtlinie genannten Verpflichtungen“ auferlegen (Rn. 33). Hierzu gehören auch die nach Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG möglichen Verpflichtungen der Preiskontrolle (Rn. 34). Der Gerichtshof fasst die in diesen Vorschriften zum Ausdruck kommende Systematik mit Blick auf das ihm vorgelegte Vorabentscheidungsersuchen treffend dahingehend zusammen, dass eine Genehmigung für Mobilfunkterminierungsentgelte

„in den Geltungsbereich von Art. 7 Abs. 3 Buchst. a [der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG fällt], wenn sie ‚hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltung und/oder Zugang‘ zu den ‚Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise ... und ... Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden‘ im Sinne von Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie gehört“ (Rn. 38).

Des Weiteren stellt der EuGH zutreffend fest, dass die Erteilung einer Genehmigung für Mobilfunkterminierungsentgelte „bestimmte Arten von Zusammenschaltung und/oder Zugang“ im vorgenannten Sinne betrifft (Rn. 43). Damit ist das entscheidende Prüfprogramm klar umrissen: Eine Konsolidierungsverpflichtung für die Genehmigung von (Mobilfunkterminierungs-) Entgelten besteht (vorbehaltlich der erforderlichen Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten), wenn es sich bei Entgeltgenehmigungen um „Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise ... und ... Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden“ i. S. v. Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG handelt. Zur Klärung dieser Frage zieht der EuGH nicht nur den Wortlaut der einschlägigen Richtlinienvorschrift heran, sondern auch ihren Regelungskontext und die mit ihr verfolgten Ziele (Rn. 40). Das entspricht gängigen rechtsmethodischen Grundsätzen.¹⁹

1. Grammatikalische Auslegung

Mit Blick auf den Wortlaut weist der EuGH zunächst darauf hin, dass es für die Anwendung von Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG nicht darauf ankomme, ob es sich bei der in Rede stehenden Maßnahme um eine Verpflichtung handelt, die kostenorientierte Preise betrifft. Die Verwendung des Wortes „einschließlich“ zeige nämlich, dass solche Verpflichtungen, die kostenorientierte Preise betreffen, nur Bei-

8 Kommission, Pressemitteilung IP/09/1008 v. 25.6.2009, und hieran anknüpfend Kommission, Pressemitteilung IP/10/804 v. 24.6.2010.

9 Siehe zu den tatsächlichen Vorgängen Bundesnetzagentur, Beschl. v. 24.2.2011 – Az. BK 3a-10/098, S. 5; *Berger-Kögler/Cornils* (Fn. 6), § 35 Rn. 61; *Gurlit*, N&R 2013, 53; *Schütze*, N&R 2015, 28, 28 f.

10 Das ist der Fall, wenn die zu genehmigenden Entgelte die Angebots- und/oder Nachfragebedingungen auf einem Markt maßgeblich mitbestimmen und derart für die wettbewerbliche Entwicklung und die Erreichung der Regulierungsziele von besonderer Bedeutung sind, siehe Bundesnetzagentur, Beschl. v. 24.2.2011 – Az. BK 3a-10/098, S. 28; *Geers* (Fn. 3), § 13 Rn. 11.

11 Siehe Bundesnetzagentur, Beschl. v. 24.2.2011 – Az. BK 3a-10/098, S. 27 ff.; sowie aus jüngerer Vergangenheit etwa Bundesnetzagentur, Beschl. v. 4.8.2015 – Az. BK 3a-15/020, S. 7.

12 VG Köln, N&R 2013, 47, 49 (Urt. v. 19.9.2012 – Az. 21 K 7809/10); *Capito*, N&R 2011, 277; *Coppik/Herrmann*, K&R 2011, 474, 475; *Neumann/Koch* (Fn. 1), Kap. 3 Rn. 326 (S. 270).

13 Siehe hierzu etwa *Capito*, N&R 2011, 277, 277 f.; *Coppik/Herrmann*, K&R 2011, 474, 475; *Geers* (Fn. 3), § 13 Rn. 11 Fn. 33; *Gurlit*, N&R 2013, 53; *Kühling/Schall/Biendl* (Fn. 1), Rn. 373 (S. 217).

14 Vgl. zu diesem Verfahren BVerwG, N&R 2014, 305 (Beschl. v. 25.6.2014 – Az. 6 C 10.13); VG Köln, N&R 2013, 47 (Urt. v. 19.9.2012 – Az. 21 K 7809/10) m. Anm. *Gurlit*; insgesamt auch *Herrmann*, N&R 2015, 145, 147 f.; sowie zum vorhergehenden Eilverfahren VG Köln, N&R 2011, 274 (Beschl. v. 16.6.2011 – Az. 21 L 154/11) m. Anm. *Capito*.

15 BVerwG, N&R 2014, 305, 309 Rn. 39 (Beschl. v. 25.6.2014 – Az. 6 C 10.13).

16 Grundlegend EuGH, Slg. 1982, 3415, 3430 = ECLI:EU:C:1982:335, Rn. 16 (Urt. v. 6.10.1982 – Rs. 283/81) – *C. I. L. F. I. T./Ministero della Sanità*.

17 BVerwG, N&R 2014, 305, 310 Rn. 51 (Beschl. v. 25.6.2014 – Az. 6 C 10.13).

18 EuGH, N&R 2016, 178 = ECLI:EU:C:2016:9 (Urt. v. 14.1.2016 – Rs. C-395/14) – *Vodafone/Deutschland* (in diesem Heft); soweit nachfolgend im Text auf Randnummern Bezug genommen wird, beziehen sich diese Nachweise auf die vorgenannte Entscheidung.

19 Siehe etwa EuGH, EWS 2009, 527, 531 = ECLI:EU:C:2007:619, Rn. 41 f. (Urt. v. 19.11.2009 – verb. Rs. C-402/07 u. C-432/07) – *Sturgeon u. a./Air France*; EWS 2008, 483, 485 = ECLI:EU:C:2008:572, Rn. 15 (Urt. v. 16.10.2008 – Rs. C-298/07) – *Verbraucherzentrale Bundesverband e. V./deutsche internet versicherung AG*.

spiele für die von der Richtlinienvorschrift erfassten „Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle“ seien (Rn. 41).²⁰ Der Kreis der „Verpflichtungen betreffend ... die Preiskontrolle“ sei vielmehr weit zu ziehen und schließe notwendigerweise eine Maßnahme wie die Erteilung einer Genehmigung ein, da es sich bei ihr dem Wesen nach um eine Maßnahme der Preiskontrolle handele (Rn. 42).

Hieran ist sicher richtig, dass Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG nicht nur Verpflichtungen hinsichtlich kostenorientierter Preise, sondern weitergehend „Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle“ erfasst. Damit kommt es aber auf grammatikalischer Ebene darauf an, was unter einer „Verpflichtung“ zu verstehen ist. Dieser Frage geht der EuGH nicht weiter nach. Er behauptet lediglich, dass der Begriff weit zu verstehen sei und, so wird man den Gerichtshof wohl verstehen müssen, angesichts des üblichen Wortsinnes alle „Maßnahmen der Preiskontrolle“ umfasse. Jedenfalls letztgenannte Annahme begegnet durchgreifenden Bedenken.

Das Richtlinienrecht spricht hier – wie auch in Art. 8 Abs. 2 und 4 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG und in Art. 16 Abs. 2 und 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG als den relevanten „Umschaltnormen“ – gerade nicht von „Maßnahmen“, sondern von „Verpflichtungen“.²¹ Während eine „Maßnahme“ im gewöhnlichen Sprachgebrauch eine Handlung, Regelung oder ähnliches bezeichnet, die etwas Bestimmtes bewirken soll,²² bezeichnet der Begriff „Verpflichtung“ üblicherweise das Verpflichten, Verpflichtetwerden oder Verpflichtetsein.²³ Die Begriffe sind daher keineswegs deckungsgleich. Sie überschneiden sich lediglich, soweit eine „Verpflichtung“ im Sinne der erstgenannten Bedeutungsvariante gemeint ist. Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist es daher gerade nicht so, dass alle „Maßnahmen“ auch „Verpflichtungen“ sind, wie der EuGH implizit unterstellt.

Dieser allgemeine Sprachgebrauch deckt sich im Übrigen auch mit dem Sprachgebrauch des Rechtsrahmens zur elektronischen Kommunikation. Der dort in den genannten Vorschriften verwendete Begriff „Verpflichtungen“ unterscheidet sich nämlich ausdrücklich von dem Begriff „Maßnahme“, der namentlich in Art. 7 Abs. 3 S. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG verwendet wird und als Oberbegriff neben „Verpflichtungen“ insbesondere auch die Marktdefinition und Marktanalyse umfasst.²⁴ Dieser Befund ist im Übrigen nicht auf die deutsche Sprachfassung der Richtlinien beschränkt, der insoweit keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt,²⁵ sondern gilt auch für andere Sprachfassungen.²⁶

Somit wäre richtigerweise auf grammatikalischer Ebene zwischen einer „Verpflichtung“ und einer „Maßnahme“ zu unterscheiden gewesen, wobei jedenfalls der Wortlaut von Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG²⁷ nur Erstere erfasst. Dann reicht es aber gerade nicht aus, dass eine Entgeltgenehmigung „dem Wesen nach eine Maßnahme der Preiskontrolle ist“ (Rn. 42). Sie müsste zugleich eine „Verpflichtung“ (im Bereich) der Preiskontrolle sein. Das wiederum erscheint aber äußerst zweifelhaft.²⁸ Die Verpflichtung, Entgelte von der Bundesnetzagentur genehmigen zu lassen, wird dem marktmächtigen Betreiber bereits mit der Genehmigungspflicht auferlegt. Sie hat dann auch unmittelbar die in §§ 31 ff. TKG geregelten Folgen. Das betrifft namentlich die Verpflichtung auf einen bestimmten Entgeltmaßstab (insbesondere in Form der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung)²⁹ und die Verpflichtung, keine anderen als die genehmigten Entgelte zu verlangen (§ 37 Abs. 1 TKG). Die nachgehende Entgeltgenehmigung hebt demgegenüber das hierdurch bestimmte präventive Verbot wieder auf.³⁰ Es handelt sich somit um eine Erlaubnis und nicht um eine Verpflichtung, was

„angesichts der gewöhnlichen Bedeutung der Worte“ bereits der Begriff „Genehmigung“ nahelegt.

Insbesondere handelt es sich bei der Entgeltgenehmigung auch nicht um ein Anpassungsverlangen i. S. v. Art. 13 Abs. 3 S. 3 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG.³¹ Sie löst nämlich die mit ihr verknüpften Rechtsfolgen unmittelbar selbst aus, die überdies durch Aufhebung des präventiven Verbots *zugunsten* des regulierten Unternehmens wirken, und begründet eben keine Verpflichtung *zulasten* des regulierten Unternehmens (auf Anpassung seiner Entgelte bzw. zur Preiskontrolle und Kostenrechnung). Es kann also sogar offenbleiben, ob auch ein solches Verlangen richtlinienrechtlich als „Verpflichtung“ zu verstehen wäre,³² was seinerseits wegen der klaren terminologischen Unterscheidung³³ sehr zweifelhaft erscheint.³⁴

2. Systematische Auslegung

Der EuGH wendet sich dann dem Regelungskontext von Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG zu. Hierzu verweist er auf vier Aspekte (Rn. 45):

1. In der amtlichen Überschrift von Art. 13 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG werde ausdrücklich die „Preiskontrolle“ erwähnt.
2. Art. 13 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG nehme auf die von einer nationalen Regulierungsbehörde „vorgeschriebenen ... Tarifsysteme“ Bezug.
3. In Erwägungsgrund 20 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG heiße es im Wesentlichen, dass der Eingriff der nationalen Regulierungsbehörde im Rahmen einer Preiskontrolle

20 Ebenso *Groebel*, in: Säcker, TKG, 3. A., 2013, § 30 Rn. 16.

21 Das übersieht auch der argumentative Ansatz der Bundesnetzagentur, Beschl. v. 24.2.2011 – Az. BK 3a-10/098, S. 29.

22 Eintrag zu „Maßnahme, die“ bei *duden.de*.

23 Eintrag zu „Verpflichtung, die“ bei *duden.de*.

24 Wohl a. A. *Kurth*, MMR 2009, 818, 820, der den Begriff „Maßnahme“ als Oberbegriff für die Auferlegung, Beibehaltung oder Änderung von Regulierungsverpflichtungen versteht, was damit nicht im Einklang stehen dürfte, dass Art. 7 Abs. 3 S. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG mit dem Begriff auch Art. 15 und Art. 16 der Richtlinie (in ihrer Gesamtheit) erfasst.

25 Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kann die in einer der Sprachfassungen einer unionsrechtlichen Vorschrift verwendete Formulierung nicht als alleinige Grundlage für die Auslegung dieser Vorschrift herangezogen werden oder insoweit Vorrang vor den anderen sprachlichen Fassungen beanspruchen, siehe EuGH, NJW 2009, 165, 167 = ECLI:EU:C:2008:551, Rn. 38 (Urt. v. 9.10.2008 – Rs. C-239/07) – *Julius Sabatauskas u. a.*

26 So ist etwa in Art. 8 Abs. 2 und 4, Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG und Art. 16 Abs. 2 und 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG in der englischen und französischen Sprachfassung von „obligations“, in der italienischen Sprachfassung von „obblighi“ und in der schwedischen Sprachfassung von „skyldigheter“ die Rede, während in Art. 7 Abs. 3 S. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG der Begriff „measure“ (englische Sprachfassung), „mesure“ (französische Sprachfassung), „misura“ (italienische Sprachfassung) bzw. „åtgärd“ (schwedische Sprachfassung) verwendet wird.

27 Die von der Vorschrift eröffnete weitere Möglichkeit, dem marktmächtigen Betreiber „bestimmte Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden [zu] erteilen“, soll hier nicht weiter berücksichtigt werden. Auch der EuGH ist hierauf nicht eingegangen, handelt es sich bei einer Entgeltgenehmigung doch ersichtlich nicht um eine „Auflage in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden“.

28 Ablehnend deshalb auch etwa *Kurth*, MMR 2009, 818, 822.

29 Siehe *Kurth*, MMR 2009, 818, 822.

30 BVerwG, N&R 2014, 46, 56 Rn. 68 (Urt. v. 25.9.2013 – Az. 6 C 13.12); *Kühling/Schall/Biendl* (Fn. 1), Rn. 379 (S. 219); *Neumann/Koch* (Fn. 1), Kap. 3 Rn. 313 (S. 264).

31 So jedoch Bundesnetzagentur, Beschl. v. 24.2.2011 – Az. BK 3a-10/098, S. 29; *Berger-Kögler/Cornils* (Fn. 6), § 35 Rn. 63.

32 So der Sache nach *Berger-Kögler/Cornils* (Fn. 6), § 35 Rn. 63.

33 Siehe auch die englische Sprachfassung („require“ statt „impose obligations“), die französische Sprachfassung („demander“ statt „imposer des obligations“), die italienische Sprachfassung („esigere“ statt „imporre obblighi“) und die schwedische Sprachfassung („ålägga“ statt „införa skyldigheter“).

34 Vgl. auch *Neumann/Koch* (Fn. 1), Kap. 3 Rn. 157 (S. 169).

„relativ zurückhaltend sein ..., aber auch sehr viel weiter gehen“ könne.

4. Im gleichen Sinne nehme auch Art. 16 Abs. 4 i. V. m. Abs. 2 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG auf die „geeigneten spezifischen Verpflichtungen“ Bezug, von denen u. a. in Art. 8 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG die Rede sei.

Somit könnten sowohl nach der Zugangsrichtlinie als auch nach der Rahmenrichtlinie konkrete Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Preiskontrolle, die so spezifisch sind wie die Erteilung einer Genehmigung für Mobilfunkterminierungsentgelte, zu den von Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG erfassten Verpflichtungen gehören (Rn. 46).

Auch diese Schlussfolgerung überzeugt allerdings nicht. So nimmt (1.) die Überschrift von Art. 13 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG gerade nicht allgemein auf die „Preiskontrolle“ Bezug, sondern auf die „Verpflichtung zur Preiskontrolle“ (und Kostenrechnung). Das bestätigt eher den Wortlautbefund, dass nicht sämtliche hoheitlichen Maßnahmen im Bereich der Preiskontrolle Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG unterfallen. Des Weiteren werden (2.) die von Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie in Bezug genommenen „Tarifsysteme“ nicht in einer Entgeltgenehmigung vorgeschrieben. Vielmehr erfolgen auch entsprechende Vorgaben auf einer vorgelagerten Ebene, namentlich auf Grundlage der Regelung in § 29 Abs. 3 TKG, die gerade der Umsetzung von Art. 13 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG dient.³⁵ Es wird dann nur noch überprüft, ob die Entgelte den vorgeschriebenen Tarifsystemen entsprechen.³⁶

Auch Erwägungsgrund 20 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG spricht (3.) nicht für, sondern gegen die Einbeziehung einer Entgeltgenehmigung, wenn man ihn nicht in der verkürzten Wiedergabe durch den EuGH, sondern im Wortlaut liest:

„Preiskontrolle kann notwendig sein, wenn die Marktanalyse ergibt, dass auf bestimmten Märkten der Wettbewerb unzureichend ist. Der rechtliche Eingriff kann relativ zurückhaltend sein und beispielsweise der in Richtlinie 97/33/EG festgelegten Verpflichtung entsprechen, dass die Preise für die Betreiberauswahl angemessen sein müssen; er kann aber auch sehr viel weiter gehen und etwa die Auflage beinhalten, dass die Preise zur umfassenden Rechtfertigung ihrer Höhe kostenorientiert sein müssen, falls der Wettbewerb nicht intensiv genug ist, um überhöhte Preise zu verhindern. ...“

Es geht also um die Auferlegung einer Verpflichtung, angemessene oder kostenorientierte Preise zu verlangen. Gerade das entspricht aber der mit der Auferlegung der Genehmigungspflicht verbundenen Verpflichtung, einen bestimmten Maßstab einzuhalten (§ 31 Abs. 1 und 2 TKG). Auf der nachgelagerten Ebene der Entgeltgenehmigung wird demgegenüber nur überprüft, ob der relevante Maßstab auch tatsächlich eingehalten wurde.

Und zu guter Letzt sprechen (4.) auch Art. 16 Abs. 2 und 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG nicht von spezifischen „Maßnahmen“, sondern ebenfalls von spezifischen „Verpflichtungen“ (siehe bereits oben, unter 1.). Es ist daher in der Tat möglich, dem regulierten Betreiber sehr konkrete Vorgaben zu machen und ihm möglicherweise sogar konkrete Entgelte vorzugeben. Das ändert aber nichts daran, dass dies nach der Konzeption des Richtlinienrechts im Rahmen einer Verpflichtung erfolgen muss. Es ist nicht ersichtlich, warum die nationale Regulierungsbehörde hierauf nicht verzichten und den marktmächtigen Betreiber stattdessen lediglich dazu verpflichtet dürfte, bestimmte prozedurale und materielle Vorgaben einzuhalten, die gerade hinsichtlich der Genehmigungspflicht nach §§ 30 ff. TKG ja ihrerseits durchaus sehr konkret bzw. „spezifisch“ sein können.

Die systematischen Erwägungen des EuGH tragen seine rechtlichen Schlussfolgerungen somit nicht. Weitaus schwerer wiegt jedoch, dass sich der Gerichtshof mit dem wohl gewichtigsten systematischen Argument für die Gegenauffassung nicht bzw. nur völlig unzureichend auseinandersetzt: Art. 13 Abs. 3 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG knüpft an die Situation an, in der „ein Betreiber dazu verpflichtet [wurde], seine Preise an den Kosten zu orientieren“. In diesem Fall „obliegt es dem betreffenden Betreiber, gegebenenfalls nachzuweisen, dass die Preise sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen“. Spiegelbildlich können die nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 13 Abs. 3 S. 3 der Richtlinie von dem Betreiber (u. a.) „die umfassende Rechtfertigung seiner Preise“ verlangen.

Das zweistufige System, das der Entgeltgenehmigung als Umsetzungsmaßnahme der Genehmigungspflicht nach dem deutschen TKG zugrunde liegt, ist somit in Art. 13 der Richtlinie selbst ausdrücklich angelegt:³⁷ Wird dem regulierten Betreiber eine Verpflichtung auferlegt, seine Preise an den Kosten zu orientieren, muss er ggf. nachweisen, dass er dieser Verpflichtung Folge leistet. Genau das ist das System der Entgeltgenehmigung (jedenfalls für den bislang und gerade auch bei den Mobilfunkterminierungsentgelten maßgeblichen Fall einer Genehmigungspflicht gemäß dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung): Mit dem Genehmigungsantrag muss der regulierte Betreiber nachweisen, dass seine Entgelte tatsächlich kostenorientiert sind. Mit der Entgeltgenehmigung wird dann darüber entschieden, ob bzw. in welcher Höhe dem Betreiber dieser Nachweis gelungen ist. Nichts in Art. 13 Abs. 3 S. 1 und 3 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG deutet darauf hin, dass das Richtlinienrecht eine solche Beurteilung des erbrachten Nachweises ihrerseits als „Verpflichtung“ verstehen könnte, die dann wiederum Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie und damit auch den hierfür maßgeblichen Verfahrensvorgaben unterfiele.³⁸ Die ausdrückliche Differenzierung zwischen der vorher auferlegten Verpflichtung zur Kostenorientierung und dem nachfolgenden Nachweis spricht systematisch vielmehr für das Gegenteil.

Diesen Aspekt übergeht der EuGH. Er beschränkt sich vielmehr auf den Hinweis, dass Art. 13 Abs. 3 (S. 1) der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG nur Fälle betreffe, in denen einem Unternehmen eine Verpflichtung zur Kostenorientierung auferlegt wurde, was aber nur ein Beispiel für die von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie erfassten Verpflichtungen darstelle (Rn. 53).

Damit übersieht der EuGH zum einen, dass die Genehmigungspflicht gerade in dem von ihm zu entscheidenden Fall auf dem Maßstab der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung beruhte. Dem betroffenen Mobilfunknetzbetreiber war also im richtlinienrechtlichen Sinne eine Verpflichtung auferlegt, seine Preise an den Kosten zu orientieren, und der unmittelbare Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 3 S. 1 und 3 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG damit eröffnet.

35 Siehe hierzu die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, 68 (zu § 27 TKG-RegE); *Groebel* (Fn. 20), § 29 Rn. 12 u. 31; etwas unklar *Cornils*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 6), § 29 Rn. 4 einerseits u. Rn. 6 andererseits.

36 Vgl. auch *Cornils* (Fn. 35), § 29 Rn. 64.

37 *Kurth*, MMR 2009, 818, 822; a. A. *Berger-Kögler/Cornils* (Fn. 6), § 35 Rn. 63 f.

38 Der EuGH meint gerade umgekehrt, nichts lasse die Annahme zu, dass bei den von Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG erfassten „Verpflichtungen“ zwischen „Grundmaßnahmen“ (o. ä.) und „Umsetzungsmaßnahmen“ zu differenzieren sei (Rn. 51). Das blendet zum einen Art. 13 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG aus und übersieht zum anderen, dass Maßnahmen, die zur Umsetzung der „Verpflichtungen“ dienen, ohne selbst eine „Verpflichtung“ zu sein, gerade keine von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie allein erfassten „Verpflichtungen“ sind, so dass es einer solchen Differenzierung im Anwendungsbereich dieser Vorschrift überhaupt nicht bedarf.

Und zum anderen übersieht der EuGH, dass in dieser Vorschrift ein allgemeinerer Regelungsansatz zum Ausdruck kommt: Solange die nationale Regulierungsbehörde davon absieht, dem regulierten Betreiber konkrete Entgelte vorzugeben, besteht nämlich regelmäßig der Bedarf für eine entsprechende Umsetzungsmaßnahme, mit der die Einhaltung der ihm auferlegten Verpflichtungen kontrolliert wird. Das betrifft etwa die in Erwägungsgrund 20 S. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG erwähnte Verpflichtung, dass die Preise angemessen sein müssen, die schon wegen der Unbestimmtheit ihres Maßstabes die Notwendigkeit einer nachgehenden Kontrolle in sich trägt. Es betrifft aber auch die Einhaltung von Kostendeckungsmechanismen und Tarifsyste-men, die dem marktmächtigen Betreiber ausweislich Art. 13 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG vorgeschrieben werden dürfen. Welchen Sinn sollte eine solche Befugnis haben, wenn die Einhaltung der betreffenden Verpflichtung nicht durch eine entsprechende Umsetzungsmaßnahme überprüft werden könnte?

Die Regelungssystematik bestätigt somit den Wortlautbefund: Eine Entgeltgenehmigung, mit der die Einhaltung der Vorgaben überprüft wird, die dem marktmächtigen Betreiber mit der Genehmigungspflicht auferlegt wurden, ist als bloße Umsetzungsmaßnahme einer „Verpflichtung“ nach Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG nachgelagert.

3. Teleologische Auslegung

Der EuGH sieht sein gegenteiliges Verständnis aber auch durch die vorliegend relevanten Ziele des Rechtsrahmens bestätigt. Hierzu verweist er zunächst darauf, dass nach dem 13. Erwägungsgrund der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG die Kommission in der Lage sein müsse, die einheitliche Anwendung der Richtlinienbestimmungen zu gewährleisten, und die nationalen Regulierungsbehörden außerdem ihre Tätigkeit koordinieren sollten, damit die geeignetste Abhilfemaßnahme getroffen wird (Rn. 47). Entsprechend zielt das in Art. 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG vorgesehene Verfahren auf eine transparente Zusammenarbeit der nationalen Regulierungsbehörden und der Kommission ab, um eine kohärente Anwendung des Rechtsrahmens zu gewährleisten bzw. gemäß Art. 8 Abs. 3 lit. d der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG eine einheitliche Regulierungspraxis zu entwickeln (Rn. 48).

Als Umsetzung der abstrakten Genehmigungspflicht habe eine Entgeltgenehmigung sowohl für das regulierte Unternehmen als auch für die Zugangsnachfrager konkrete und unmittelbare Auswirkungen in Bezug auf Kosten und Wettbewerbsfähigkeit und könne zu erheblichen Unterschieden in der regulatorischen Behandlung der Mobilfunkterminierungsentgelte führen (Rn. 49). Unter diesen Umständen würden ohne Durchführung eines Konsolidierungsverfahrens alle mit der Rahmenrichtlinie und der Zugangsrichtlinie verfolgten Binnenmarktziele gefährdet (Rn. 50).³⁹

Dem EuGH ist sicherlich zuzugestehen, dass der harmonisierende Einfluss des Konsolidierungsverfahrens mit seinem Anwendungsbereich zunimmt. Das kann aber schwerlich ausreichen, um eine Auslegung von Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG zu stützen, die weder im Wortlaut noch im Regelungskontext Ausdruck findet.⁴⁰ Im Sinne eines funktional-teleologischen Normverständnisses⁴¹ wird man den Gerichtshof wohl so verstehen müssen, dass er auf die praktische Bedeutung der Entgeltgenehmigung abstellt, die als „Konkretisierung“ der „abstrakten“ Genehmigungspflicht erst erkennen lässt, welches Entgelt das regulierte Unternehmen tatsächlich erheben darf. Dieser Zusammenhang könnte im Sinne einer Maximierung der praktischen Wirksamkeit, des „effet utile“, prima facie tatsächlich für eine weite Auslegung von

Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG sprechen. In dieselbe Richtung geht es, wenn die Bundesnetzagentur darauf abstellt, dass es erst die konkreten Einzelentscheidungen sind, mit denen die abstrakten Verpflichtungen umgesetzt werden und die folglich erst konkrete und unmittelbare Auswirkungen für die Marktbeteiligten zeitigen.⁴²

Dagegen spricht jedoch, dass die „abstrakte“ Genehmigungspflicht unstreitig das Konsolidierungsverfahren durchlaufen muss. Wenn nach Auffassung der Kommission (oder anderer nationaler Regulierungsbehörden bzw. von GEREK) der hierbei vorgesehene Maßstab nicht „konkret“ genug oder sonst (vermeintlich) defizitär ist, dann besteht die Möglichkeit, an dieser Stelle auf eine Konkretisierung hinzuwirken, etwa mit Blick auf die Festlegung bestimmter Berechnungsmethoden⁴³ für die maßgebliche Kostengrenze.⁴⁴ Da die Ausgestaltung der Genehmigungs-verpflichtung in den Regulierungsverbund eingebunden ist, besteht somit kein praktisches Bedürfnis dafür, den Anwendungsbereich des Konsolidierungsverfahrens auch auf solche Umsetzungsmaßnahmen zu erstrecken, bei denen es sich nach Wortlaut und Systematik gerade nicht um „Verpflichtungen“ handelt.⁴⁵

Auch dient das Konsolidierungsverfahren insbesondere der Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis und der einheitlichen Anwendung des Rechtsrahmens, wie auch die Zielvorgabe in Art. 8 Abs. 3 lit. d der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG sowie Erwägungsgrund 13 S. 5 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG deutlich zeigen. Es geht also darum, dass in vergleichbaren Situationen vergleichbare Regeln gelten sollen. Diese Regeln sind aber typischerweise Bestandteil der Vorabverpflichtungen, die nach deutschem Telekommunikationsrecht im Rahmen einer Regulierungsverfügung auferlegt werden.⁴⁶ Welche konkreten und unmittelbaren Auswirkungen

39 Ähnlich auch *Berger-Kögler/Cornils* (Fn. 6), § 35 Rn. 63.

40 *Neumann/Koch* (Fn. 1), Kap. 3 Rn. 157 (S. 169).

41 Siehe hierzu instruktiv *Mohr*, N&R 2016, 172, 172 f. (in diesem Heft).

42 Vgl. etwa Bundesnetzagentur, Beschl. v. 2.4.2012 – Az. BK 3b-12/001, S. 15; Beschl. v. 24.2.2011 – Az. BK 3a-10/098, S. 28; hierauf Bezug nehmend BVerwG, N&R 2014, 305, 310 Rn. 50 (Beschl. v. 25.6.2014 – Az. 6 C 10.13).

43 Hierauf stellen *Berger-Kögler/Cornils* (Fn. 6), § 35 Rn. 64 f., ab. In der Praxis dürfte hier gerade auch die Frage relevant werden, ob statt der in der deutschen Regulierungspraxis üblichen Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung lediglich die effizienten Zusatzkosten – also ohne Berücksichtigung eines leistungsmengenneutralen Gemeinkostenanteils – anerkannt werden können, wie die Kommission meint. Siehe hierzu zusammenfassend *Coppik*, N&R 2013, 17; *Neumann/Koch* (Fn. 1), Kap. 3 Rn. 343 (S. 281).

44 Dies dürfte auch nach deutschem Telekommunikationsrecht möglich sein. Zwar hat das BVerwG entschieden, dass die Regulierungsverfügung keine verbindlichen Vorgaben zur Auswahl der Methode für die Berechnung des Anlagevermögens enthalten könne, vgl. BVerwG, N&R 2014, 46, 52 Rn. 45 (Urt. v. 25.9.2013 – Az. 6 C 13.12). Dabei hat es aber weder die hier aufgeworfenen richtlinienrechtlichen Fragestellungen noch die erst 2012 in Kraft getretene Regelung in § 32 Abs. 2 Nr. 2 TKG berücksichtigt, die eine solche Modifikation des üblichen (abstrakten) Genehmigungsmaßstabs erlauben dürfte. Darüber hinaus hat das BVerwG ausdrücklich anerkannt, dass es zumindest möglich ist, Teile der für die nachfolgende Entgeltgenehmigung maßgeblichen Abwägungen auf die Ebene der Regulierungsverfügung „hochzuziehen“, vgl. BVerwG, N&R 2014, 46, 52 Rn. 45 (Urt. v. 25.9.2013 – Az. 6 C 13.12).

45 Die Bundesnetzagentur stellt stattdessen auf das reine Faktum ab, dass die Verfahren zur Umsetzung der Regulierungsverfügung eine „gesteigerte Aufmerksamkeit“ erfahren als die Verfahren zur Auf-erlegung der „abstrakten“ Vorabverpflichtung, siehe etwa Bundes-netzagentur, Beschl. v. 2.4.2012 – Az. BK 3b-12/001, S. 15. Selbst wenn dem rechtliche Bedeutung zukäme, dürfte auch die Prämisse selbst jedenfalls dann in Zweifel gezogen werden, wenn die Frage weiterer Konkretisierungsvorgaben bereits auf der vorgelagerten Ebene stärker diskutiert würde.

46 *Neumann/Koch* (Fn. 1), Kap. 3 Rn. 157 (S. 170). Zu berücksichtigen ist jedoch, dass gerade in Deutschland auf Ebene der Entgeltgenehmigung verbreitet auch Weichenstellungen getroffen werden, die von ihrer Natur und Bedeutung durchaus auf Ebene der Vorabverpflichtung selbst und damit in der Regulierungsverfügung getroffen wer-

sich in Anwendung dieser Regelungen für die Marktbeteiligten ergeben, ist dann wiederum eine Folge der konkreten Situation und keine Frage der geltenden Regeln. Heruntergebrochen auf den hier relevanten Bereich der Entgeltregulierung: Konsolidierungsbedürftig sind von vornherein nur die für die Preissetzung relevanten Regeln, nicht aber die konkreten Preise, die sich hieraus ergeben und die maßgeblich von den individuellen Produktionsbedingungen des jeweils regulierten Betreibers in dem betreffenden Mitgliedstaat abhängen.⁴⁷

Dementsprechend hat es der Richtliniengesetzgeber sehenden Auges hingenommen, dass nach Auferlegung einer „Verpflichtung zur Preiskontrolle“ die sich hieraus ergebende Entgelthöhe gerade nicht konkretisiert wird. So hat er in dem bereits zitierten Erwägungsgrund 20 die Verpflichtung zur Erhebung angemessener Entgelte als ein Beispiel für einen von Art. 13 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG gedeckten Eingriff genannt. Welche Entgelte „angemessen“ sind, ist aber in der Regel noch weitaus konkretisierungsbedürftiger als die Bestimmung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung. Diese bewusste Zurückhaltung des Richtliniengesetzgebers würde ignoriert, wollte man unter Hinweis auf die praktische Wirksamkeit des Konsolidierungsverfahrens den Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG auch auf die Konkretisierung abstrakter Verpflichtungsvorgaben erstrecken.⁴⁸

Schließlich wird auch durch die Regelung zum Streitbeilegungsverfahren in Art. 20 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG bestätigt, dass von der Bedeutung einer regulatorischen Entscheidung für den (Binnen-) Markt nicht auf ihre Einbeziehung in den Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 3 derselben Richtlinie geschlossen werden kann. Entscheidungen, die in einem solchen Streitbeilegungsverfahren ergehen, unterliegen nämlich ungeachtet ihrer tatsächlichen Bedeutung nur dann dem Konsolidierungsverfahren, wenn es sich ihrerseits um Maßnahmen i. S. v. Art. 7 Abs. 3 S. 1 lit. a der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG handelt.⁴⁹ Jenseits des Kreises der dort bezeichneten Maßnahmen ist somit für die Entscheidung in einem Streitbeilegungsverfahren die Durchführung eines Konsolidierungsverfahrens nicht vorgesehen, selbst wenn es durch eine solche Entscheidung zu erheblichen binnenmarkt-relevanten Unterschieden kommen könnte.

Zuzustimmen ist dem EuGH demgegenüber, wenn er in diesem Zusammenhang auch daran erinnert, dass nicht die Art des Verfahrens vor der nationalen Regulierungsbehörde, sondern der Gegenstand der von ihr beabsichtigten Maßnahme dafür ausschlaggebend ist, ob die Maßnahme unter das in Art. 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG vorgesehene Verfahren fällt (Rn. 52).⁵⁰ Das bedeutet aber nicht mehr und nicht weniger, dass es sich um eine von Art. 7 Abs. 3 S. 1 lit. a der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG erfasste Maßnahme handeln muss.⁵¹ Damit kommt es vorliegend, wie gezeigt, wiederum darauf an, ob es sich bei einer Entgeltgenehmigung um eine „Verpflichtung“ handelt. Die vom Gerichtshof unterstellte Schlussfolgerung, die Entgeltgenehmigung unterfalle dem Anwendungsbereich des Konsolidierungsverfahrens, weil es auf den Gegenstand der Maßnahme ankomme, ist demgegenüber ohne interpretatorischen Wert: Die Genehmigung wäre danach deshalb eine Verpflichtung i. S. v. Art. 8 Abs. 2 und 4, Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG, weil sie (nur) als eine solche Verpflichtung dem Anwendungsbereich des Konsolidierungsverfahrens unterfällt. Zur Beantwortung der Frage, ob es sich bei der Entgeltgenehmigung um eine derartige Verpflichtung handelt, trägt ein solcher Zirkelschluss nichts bei.

Unerheblich ist es vor dem Hintergrund der vorstehend herausgearbeiteten Auslegung schließlich, wenn der EuGH zu guter Letzt bisweilen vorgebrachte Bedenken in Bezug auf

die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit⁵² mit der Begründung zurückweist, dass die Durchführung eines Konsolidierungsverfahrens für Entgeltgenehmigungen der Kommission offensichtlich keine Befugnis zur Festsetzung der Entgelte verschaffen würde (Rn. 54). Insoweit ist deshalb nur der Abrundung halber anzumerken, dass hiermit der durch das Kooperationsverfahren nach Art. 7a der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG eröffnete Einfluss der Kommission auf dieses Verfahren unterliegende Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden⁵³ völlig ausgeblendet wird. Gerade dieser dürfte allerdings oftmals auch zumindest ein wesentliches Motiv hinter der Forderung nach der Durchführung eines Konsolidierungsverfahrens für Entgeltgenehmigungen sein.⁵⁴

III. Praktische Folgen der Entscheidung

1. Ausgangsverfahren

Für das konkrete Ausgangsverfahren, das mittlerweile unter dem Az. 6 C 2.16 geführt wird, ist die nun vorliegende Entscheidung verbindlich.⁵⁵ Das BVerwG muss daher im rechtlichen Ausgangspunkt davon ausgehen, dass Art. 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG die Durchführung eines Konsolidierungsverfahrens vorschreibt, da auch die Genehmigung von Mobilfunkterminierungsentgelten nach der Entscheidung des EuGH zum Kreis der von Art. 7 Abs. 3 S. 1 lit. a der Richtlinie erfassten Maßnahmen gehört. Zu klären bleibt somit grundsätzlich nur noch, ob die Erteilung einer solchen Genehmigung auch die darüber hinaus erforderlichen Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten i. S. v. Art. 7 Abs. 3 S. 1 lit. b der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG haben

den könnten. Auf entsprechende Ansätze in der Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur, siehe etwa Bundesnetzagentur, Beschl. v. 5.10.2005 – Az. BK 4-05-002/R, S. 35, hat jedoch gerade das BVerwG bislang eher zurückhaltend reagiert, siehe bereits Fn. 43. Auch insoweit bleibt es aber dabei, dass die Frage, in welchem Umfang eine (abstrakte) Vorabverpflichtung auf Ebene einer Umsetzungsmaßnahme noch konkretisiert werden muss, Gegenstand des Konsolidierungsverfahrens zur erstgenannten (abstrakten) Maßnahme ist. Hier bestehen also ohnehin hinreichende Einflussnahmemöglichkeiten (insbesondere) der Kommission.

47 Vgl. bereits *Kurth*, MMR 2009, 818, 823; *Neumann/Koch* (Fn. 1), Kap. 3 Rn. 157 (S. 170). So schwanken beispielsweise das Preisniveau von Brot und Mehlgütern in der EU zwischen rund 60 und über 150% des EU-Durchschnitts, vgl. die *statista.com*-Übersicht zum „Preisniveauindex von Brot- und Mehlgütern in Europa nach Ländern im Jahr 2014 (EU=28=100)“, abrufbar unter <<http://de.statista.com/statistik/daten/studie/29500/umfrage/brotpreis-und-getreidepreis-in-europa/>> (zuletzt abgerufen am 24.4.2016), und die Kosten für die anwaltliche Tätigkeit (gemessen am jeweiligen Streitwert und ohne Berücksichtigung eines „Ausreißers“) je nach Mitgliedstaat zwischen rund 5 bis 10% des Streitwerts, siehe *Hardege*, Rechtsanwaltsvergütung in Europa, 2008, S. 34, ohne dass dies mit Blick auf die Schaffung des Binnenmarktes als problematisch erachtet würde.

48 In diese Richtung auch mit Blick auf die ebenfalls nach Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG zulässige Vorgabe einer kostenorientierten Preissetzung *Kurth*, MMR 2009, 818, 823.

49 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2015:232, Rn. 40 ff. (Urt. v. 16.4.2015 – Rs. C-3/14) – *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej und Telefonii Dialog*.

50 So bereits EuGH, ECLI:EU:C:2015:232, Rn. 34 (Urt. v. 16.4.2015 – Rs. C-3/14) – *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej und Telefonii Dialog*.

51 Siehe EuGH, ECLI:EU:C:2015:232, Rn. 35, 39 u. 41 (Urt. v. 16.4.2015 – Rs. C-3/14) – *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej und Telefonii Dialog*.

52 *Kurth*, MMR 2009, 818, 823.

53 Siehe hierzu BVerwG, N&R 2014, 305, 308 Rn. 32 (Beschl. v. 25.6.2014 – Az. 6 C 10.13); *Schütze*, N&R 2015, 28, 29.

54 Vgl. etwa *Schütze*, N&R 2015, 28, 29; siehe auch *Neumann/Koch* (Fn. 1), Kap. 3 Rn. 155 (S. 168).

55 EuGH, Slg. 1986, 947, 952 = ECLI:EU:C:1986:104, Rn. 13 (Beschl. v. 5.3.1986 – Rs. 69/85) – *Wünsche/Deutschland*; *Ehrlicke*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., 2012, Art. 267 AEUV Rn. 68; *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. A., 2010, Art. 267 AEUV Rn. 37.

wird, was das BVerwG überprüfen muss (Rn. 57). Hier könnte sich zwar revisionsrechtlich die vorliegend nicht weiter zu vertiefende Folgefrage stellen, ob hierfür hinreichende tatrichterliche Feststellungen⁵⁶ vorliegen oder ob solche evtl. entbehrlich sind. Der EuGH hat aber schon recht deutlich gemacht, dass den ihm vorliegenden Informationen zufolge von solchen Auswirkungen auszugehen ist (Rn. 56 f.), was angesichts der tatsächlichen Bedeutung der Mobilfunkterminierungsentgelte eine durchaus naheliegende Schlussfolgerung sein dürfte.

Sollte auch das BVerwG diesen Schluss ziehen, wird es ausweislich der Begründung seines Vorlagebeschlusses den richtlinienrechtlichen Vorgaben in der Auslegung des EuGH durch eine analoge Anwendung der Verweisungsnorm des § 13 Abs. 1 S. 1 TKG 2004 (entspricht nach geltendem Recht § 13 Abs. 1 S. 2 TKG) auf die Entscheidung der Bundesnetzagentur zur Erteilung einer Entgeltgenehmigung Rechnung tragen.⁵⁷ Es bemüht hierzu die schon in der „Quelle“-Entscheidung des BGH prominent hervorgehobene Lösung, die für eine Analogie notwendige Planwidrigkeit der Regelungslücke⁵⁸ aus der konkret geäußerten Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers abzuleiten, hinter welche die getroffene Sachregelung selbst zurücktritt,⁵⁹ hier also die bewusste Entscheidung des nationalen Gesetzgebers, das Konsolidierungsverfahren nicht auf das Entgeltgenehmigungsverfahren zu erstrecken.⁶⁰ Das ist im vorliegenden Fall methodisch dennoch nicht unzweifelhaft.⁶¹ So wird mit beachtlichen Gründen eine analoge Anwendung aufgrund des gesetzgeberischen Umsetzungswillens bereits dann für ausgeschlossen erachtet, wenn der Gesetzgeber die drohende Richtlinienwidrigkeit nicht erkannt hat,⁶² weil dann immer noch offenbliebe, ob er andernfalls eine

richtlinienkonforme Regelung erlassen oder den Richtlinienverstoß in Kauf genommen⁶³ hätte.⁶⁴

Jedenfalls für Entgeltgenehmigungen, die im Gegensatz zu der des Ausgangsverfahrens⁶⁵ nach der TKG-Novelle im Jahr 2012 ergangen sind, dürfte eine analoge Anwendung aber an die Grenzen des methodisch Zulässigen (oder noch darüber hinaus) gehen. Seinerzeit hat der deutsche Gesetzgeber das TKG nämlich umfassend novelliert. Er hat dabei u.a. durch die Aufnahme von § 23 TKG in § 13 Abs. 1 S. 1 TKG ausdrücklich die vorherige „Aufzählungslücke“ geschlossen, da auch die Auferlegung einer Standardangebotsverpflichtung konsolidierungspflichtig sei.⁶⁶ Das Entgeltgenehmigungsverfahren wurde demgegenüber nicht in den Anwendungsbereich von § 13 Abs. 1 S. 1 (und 2) TKG einbezogen.⁶⁷ In dessen Erstreckung auf Verpflichtungen nach § 23 TKG könnte zwar durchaus eine konkret geäußerte Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers i. S. d. „Quelle“-Entscheidung des BGH⁶⁸ gesehen werden. Zweifelhaft ist jedoch, ob sie auch von der seinerzeit vorgefundenen „Annahme der Richtlinienkonformität“⁶⁹ getragen wäre. Zum Zeitpunkt der TKG-Novelle war dem Gesetzgeber angesichts des zwischenzeitlich eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens die drohende Richtlinienwidrigkeit nämlich genauso bekannt wie die in Reaktion hierauf geänderte Praxis der Bundesnetzagentur.⁷⁰ Dennoch hat er keine diesbezügliche Regelung erlassen, obwohl er es mit Blick auf § 23 TKG für erforderlich gehalten hatte, die insoweit bestehende „Aufzählungslücke“ zu schließen, und sich eine entsprechende Vorgehensweise hier angeboten hätte.⁷¹ Das spricht dafür, dass der für die Bestimmung des gesetzlichen Regelungsplans maßgebliche (objektive) Sachwille des Gesetzgebers darauf gerichtet war, die Entgeltgenehmigung unabhängig von der Frage der Richtlinienkonformität⁷² weiter-

56 Bei der Frage, ob eine Maßnahme Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten i. S. v. Art. 7 Abs. 3 S. 1 lit. b der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG haben kann, handelt es sich nach der Rechtsprechung des EuGH um eine Tatsachenwürdigung, siehe EuGH, ECLI:EU:C:2015:232, Rn. 57 (Urt. v. 16.4.2015 – Rs. C-3/14) – *Prezes Urzedu Komunikacji Elektronicznej und Telefonica Dialog*.

57 BVerwG, N&R 2014, 305, 310 f. Rn. 54 (Beschl. v. 25.6.2014 – Az. 6 C 10.13); ebenfalls für eine richtlinienkonforme Auslegung bzw. Rechtsfortbildung *Berger-Kögler/Cornils* (Fn. 6), § 35 Rn. 61 u. 69.

58 Für alle etwa BVerwG, Urt. v. 28.6.2012 – Az. 2 C 13.11, Rn. 24; BGH, NJW 2007, 992, 993 Rn. 15 (Urt. v. 14.12.2006 – Az. IX ZR 92/05); BAG, NJW 2007, 1831, 1833 Rn. 28 (Urt. v. 23.11.2006 – Az. 6 AZR 394/06).

59 BVerwG, N&R 2014, 305, 311 Rn. 55 (Beschl. v. 25.6.2014 – Az. 6 C 10.13). Siehe zu dieser methodischen Kompromisslösung BGH, BB 2009, 292, 295 Rn. 25 (Urt. v. 26.11.2008 – Az. VIII ZR 200/05); kritisch zum Ansatz des BGH etwa *Sperber*, EWS 2009, 358, 359; befürwortend demgegenüber *Pfeiffer*, NJW 2009, 412, 413, und bereits vorbereitet *Möllers/Möhring*, JZ 2008, 919, 924.

60 Siehe hierzu BVerwG, N&R 2014, 305, 310 Rn. 53 (Beschl. v. 25.6.2014 – Az. 6 C 10.13).

61 Die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung dementsprechend ablehnend *Coppik/Herrmann*, K&R 2011, 474, 475, sowie *Gurlit*, in: Säcker (Fn. 20), § 13 Rn. 12, sowie dies., N&R 2013, 53, 54, die aber stattdessen eine unmittelbare Anwendung der Richtlinienvorschriften befürwortet. Auch *Berger-Kögler/Cornils* (Fn. 6), § 35 Rn. 68, halten eine unmittelbare Anwendung für möglich. Dagegen dürfte jedoch sprechen, dass die Durchführung eines Konsolidierungsverfahrens die Zehn-Wochen-Frist nach § 31 Abs. 4 S. 3 TKG aushebeln würde, die das Entgeltgenehmigungsverfahren wesentlich prägt und die vor allem möglichst frühzeitig Rechtssicherheit sowohl für das regulierte Unternehmen als auch die anderen Marktbeteiligten schaffen soll, BVerwG, N&R 2014, 305, 308 Rn. 34 u. 36 (Beschl. v. 25.6.2014 – Az. 6 C 10.13). Durch eine unmittelbare Anwendung von Art. 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG würde sich die Bundesrepublik diesem rechtlich geschützten Interesse der Marktbeteiligten entziehen und sich gegenüber dem regelmäßig gegebenen Anspruch des regulierten Unternehmens auf Erteilung einer Entgeltgenehmigung innerhalb von zehn Wochen auf die von ihr selbst (vermeintlich) unzureichend umgesetzte Richtlinie berufen, siehe auch *Coppik/Herrmann*, K&R 2011, 474, 475. Es dürfte daher ein Fall umgekehrter vertikaler Drittwirkung vorliegen, die unzuläs-

sig ist, siehe hierzu nur EuGH, Slg. 2004, I-8835, 8916 = ECLI:EU:C:2004:584, Rn. 108 (Urt. v. 9.3.2004 – verb. Rs. C-397/01 – C-403/01) – *Pfeiffer u.a.*; *Arnold/Fischer/Fetzer*, Europarecht, 11. A., 2015, Rn. 195 (S. 52 f.). Dieser Eingriff in den Anspruch auf Erteilung der Genehmigung innerhalb einer bestimmten Frist wird übersehen, wenn bei der Durchführung des Konsolidierungsverfahrens nur von einem mittelbaren Effekt auf Rechtspositionen Einzelner ausgegangen wird.

62 Das wird man für den Gesetzgeber des TKG 2004 unterstellen dürfen. 63 Zu einem Beispiel hierfür *Möllers/Möhring*, JZ 2008, 919, 923.

64 *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 123, 126.

65 Für diese war das TKG in der zuletzt im Februar 2010 geänderten Fassung maßgeblich, siehe BVerwG, N&R 2014, 305, 306 Rn. 7 (Beschl. v. 25.6.2014 – Az. 6 C 10.13).

66 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/5707, 43, 53 (zu Nr. 8).

67 Nicht überzeugend ist es, wenn *Berger-Kögler/Cornils* (Fn. 6), § 35 Rn. 69, in der Verwendung des Begriffs „Maßnahme“ in § 13 Abs. 4 TKG einen Ansatzpunkt für die Einbeziehung auch einer Entgeltgenehmigung sehen. § 13 Abs. 4 S. 1 TKG spricht nicht allgemein von „Maßnahmen“, sondern von einer „Maßnahme nach den Absätzen 1 bis 3“, zu denen Entgeltgenehmigungen nicht gehören. Diese Formulierung sollte „verdeutlichen, dass auch die Auferlegung, Aufhebung etc. von Verpflichtungen nach § 18“ unter das in § 13 Abs. 4 TKG geregelte Verfahren fällt, Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/5707, 43, 53 f. (zu Nr. 8), also von *Verpflichtungen*, die in § 13 Abs. 1 S. 5 TKG ausdrücklich genannt werden. Das lässt es nicht zu, in der Verwendung des Begriffs „Maßnahme“ eine Durchbrechung des Zusammenhangs zwischen dem Konsolidierungsverfahren und der enumerativen Umschreibung seines Anwendungsbereichs in § 13 Abs. 1 TKG zu sehen.

68 BGH, BB 2009, 292, 295 Rn. 25 (Urt. v. 26.11.2008 – Az. VIII ZR 200/05).

69 Zu dieser Notwendigkeit auch *Pfeiffer*, NJW 2009, 412.

70 *Heun*, CR 2011, 152, 154.

71 Siehe zu letztgenanntem Aspekt *Heun*, CR 2011, 152, 154.

72 Soweit ein *unbewusstes* Abweichen von der Richtlinie gefordert wird, *Möllers/Möhring*, JZ 2008, 919, 922, spricht vorliegend also einiges für die Annahme, dass dem Gesetzgeber jedenfalls die richtlinienrechtliche Problematik bekannt war, er aber dennoch bewusst an dem gesetzlichen Regelungsansatz festgehalten, die Möglichkeit eines Richtlinienverstößes also sehenden Auges in Kauf genommen

hin nicht in den Kreis der konsolidierungspflichtigen Maßnahmen einzubeziehen.⁷³ Denn die hierfür maßgebliche Frage, ob der Normgeber die von ihm angeordnete Rechtsfolge (die Durchführung des Konsolidierungsverfahrens) auch auf den nicht erfassten Sachverhalt (den Erlass einer Entgeltgenehmigung) erstreckt hätte, wenn er diesen bedacht hätte,⁷⁴ lässt sich vor dem geschilderten Hintergrund schwerlich bejahen. Eine analoge Anwendung würde sich dann eigentlich verbieten,⁷⁵ will man nicht die Grenze zwischen einer Rechtsfortbildung unter Wahrung rechtsstaatlicher Anforderungen einerseits und der Korrektur rechtspolitischer Fehler des Gesetzgebers andererseits verwischen.⁷⁶

2. Möglichkeit einer neuerlichen Vorlage an den EuGH?

Gerade auch mit Blick auf diese praktischen Folgen stellt sich die Frage, ob nicht doch noch eine Möglichkeit besteht, die nun vorliegende Entscheidung des EuGH zu korrigieren. Das erscheint nicht gänzlich ausgeschlossen. Denn die Bindungswirkung eines im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteils des EuGH schließt es nicht aus, dass das nationale Gericht, an das dieses Urteil gerichtet ist, eine erneute Anrufung des Gerichtshofes vor der Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits für erforderlich hält.⁷⁷ Zwar kann mit einer solchen Vorlage die Gültigkeit des früheren Urteils nicht in Zweifel gezogen werden.⁷⁸ Eine erneute Vorlage ist aber u.a. gerechtfertigt, wenn das nationale Gericht dem EuGH neue Gesichtspunkte unterbreitet, die ihn dazu veranlassen könnten, eine bereits gestellte Frage abweichend zu beantworten.⁷⁹ Dabei kommt es auf die Beurteilungsfaktoren an, die das innerstaatliche Gericht dem EuGH vorgelegt hat, und nicht auf etwaigen Parteivortrag, auch wenn das vorliegende Gericht ihn (nur) referiert hatte.⁸⁰

Eine erneute Vorlage einzig mit dem Zweck, die rechtliche Würdigung des EuGH einer kritischen Würdigung zu unterziehen, käme somit zwar nicht in Betracht. Es bestehen aber vorliegend durchaus Anhaltspunkte dafür, dass der EuGH zum einen die Funktion der Entgeltgenehmigung im deutschen Telekommunikationsrecht nicht vollständig erfasst und zum anderen wesentliche rechtliche Argumente nicht lediglich in wenig überzeugender Weise, sondern überhaupt nicht gewürdigt hat. Insoweit bestünde dann evtl. die Möglichkeit, ihm diese neuen Gesichtspunkte zu unterbreiten, bei deren Berücksichtigung er die ihm bereits gestellte Vorlagefrage vielleicht abweichend beantwortet.

So spricht der Umstand, dass der EuGH in der Entgeltgenehmigung ohne weiteres eine „Verpflichtung“ i. S. v. Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG gesehen hat, dafür, dass er ihr Zusammenspiel mit der vorhergehenden Genehmigungspflicht nicht im Einzelnen erfasst hatte. Denn

sonst hätte er zumindest die Frage thematisieren müssen, ob eine *Erlaubnis*, mit der zugunsten des bereits verpflichteten Betreibers ein vorübergehendes Verbot aufgehoben wird, „angesichts der gewöhnlichen Bedeutung der Worte“ (Rn. 42) als „*Verpflichtung*“ verstanden werden kann. Auch wecken die Ausführungen des EuGH zu den rechtlichen Ausführungen des BVerwG durchgreifende Zweifel daran, dass der Gerichtshof den Vorlagebeschluss zutreffend rezipiert hat. Der EuGH erklärt nämlich die (vermeintliche) Auffassung des BVerwG zur Auslegung des Richtlinienrechts an mehreren Stellen für unzutreffend (etwa Rn. 51 und 54). In Wirklichkeit war das BVerwG aber ausdrücklich der nun auch vom EuGH vertretenen Auffassung, „dass nicht nur die Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht in einer Regulierungsverfügung, sondern auch deren ‚Umsetzung‘ durch die Erteilung einer Entgeltgenehmigung nach § 35 Abs. 3 Satz 1 TKG von dem Begriff der ‚Verpflichtungen‘ betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise“ erfasst wird, die die Regulierungsbehörde nach Art. 13 Abs. 1 Satz 1 der Zugangsrichtlinie auferlegen kann.“⁸¹ Es hat sich lediglich nicht in der Lage gesehen, mit der für die Anwendung der „acte claire“-Doktrin⁸² erforderlichen Sicherheit die Unrichtigkeit der anderen Auffassung auszuschließen.⁸³

Aber auch hinsichtlich der Anwendung des Richtlinienrechts selbst lässt das Urteil des EuGH nicht erkennen, dass er alle maßgeblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat, so dass auch insoweit ggf. Raum für eine ergänzende Vorlage bliebe. So hat der EuGH den Umstand übergangen, dass der in Art. 16 Abs. 2 und 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG sowie Art. 8 Abs. 2 und 4, Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG verwendete Begriff der „Verpflichtungen“ von dem weiter gefassten Begriff der „Maßnahme“ abzugrenzen ist, wie er insbesondere in Art. 7 Abs. 3 S. 1 lit. a der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG verwendet wird. Auch hat der Gerichtshof sich nicht damit auseinandergesetzt, dass die Auferlegung einer „Verpflichtung“ zur Kostenkontrolle systematisch eine weitere Maßnahme der nationalen Regulierungsbehörde impliziert, mit der die Einhaltung dieser Verpflichtung überprüft wird, insbesondere wenn sich der Eingriff nach Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG i. S. v. Erwägungsgrund 20 derselben Richtlinie auf eine Verpflichtung zur Erhebung angemessener oder kostenorientierter Preise beschränkt. Schlussendlich hat der EuGH auch Art. 7a und Art. 20 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG völlig übergangen.

Obwohl somit durchaus Ansatzpunkte für eine ergänzende Vorlage zu finden wären, dürfte die Wahrscheinlichkeit, dass das BVerwG von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wird, nicht sonderlich hoch sein, zumal es selbst im Vorlagebeschluss bereits die nun erfolgte Auslegung präferiert hatte.

hat. In strafrechtlichen Kategorien gesprochen wäre somit zwar nicht von einem vorsätzlichen Richtlinienverstöß, aber von einem Fall der bewussten Fahrlässigkeit auszugehen. Das würde allerdings nicht ausreichen, wenn mit der Forderung nach einem unbewussten Abweichen als *Voraussetzung für* eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung in Wirklichkeit die Forderung nach einem bewussten Richtlinienverstöß für den *Ausschluss* einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung zu sehen sein sollte, vgl. in diese Richtung etwa *Möllers/Möhring*, JZ 2008, 919, 923.

73 *Berger-Kögler/Cornils* (Fn. 6), § 35 Rn. 66, finden die Nichteinbeziehung der Entgeltgenehmigungen vor diesem Hintergrund „erstaunlich“ und „unerfindlich“.

74 BVerwG, Urt. v. 28.6.2012 – Az. 2 C 13.11, Rn. 24.

75 Obwohl außerhalb des Verfahrensgegenstands liegend, wäre deshalb bereits im Ausgangsverfahren ein ausdrücklicher Hinweis des BVerwG wünschenswert, ob es auch für Entgeltgenehmigungen, die auf das TKG 2012 gestützt sind, von der Möglichkeit einer analogen Anwendung des Konsolidierungsverfahrens ausgeht.

76 Siehe hierzu *Schürnbrand*, JZ 2007, 910, 916.

77 EuGH, Slg. 2003, I-2219, 2272 = ECLI:EU:C:2003:127, Rn. 39 (Urt. v. 6.3.2003 – Rs. C-466/00) – *Kaba*; Slg. 1998, I-1889, 1894 = ECLI:EU:C:1998:169, Rn. 8 (Beschl. v. 28.4.1998 – Rs. C-116/96 REV) – *Reisebüro Binder*; Slg. 1986, 947, 953 = ECLI:EU:C:1986:104,

Rn. 15 (Beschl. v. 5.3.1986 – Rs. 69/85) – *Wünsche/Deutschland*; BVerwG, CR 2010, 97, 99 Rn. 23 (Beschl. v. 25.2.2009 – Az. 6 C 25.08); *Ehricke* (Fn. 55), Art. 267 AEUV Rn. 68.

78 EuGH, Slg. 1986, 947, 953 = ECLI:EU:C:1986:104, Rn. 15 (Beschl. v. 5.3.1986 – Rs. 69/85) – *Wünsche/Deutschland*; BVerwG, CR 2010, 97, 99 Rn. 23 (Beschl. v. 25.2.2009 – Az. 6 C 25.08); vorsichtiger *Ehricke* (Fn. 55), Art. 267 AEUV Rn. 68 (entsprechende Vorlage „dürfte“ unzulässig sein).

79 EuGH, Slg. 2003, I-2219, 2272 = ECLI:EU:C:2003:127, Rn. 39 (Urt. v. 6.3.2003 – Rs. C-466/00) – *Kaba*; Slg. 1998, I-1889, 1894 = ECLI:EU:C:1998:169, Rn. 9 (Beschl. v. 28.4.1998 – Rs. C-116/96 REV) – *Reisebüro Binder*; Slg. 1986, 947, 953 = ECLI:EU:C:1986:104, Rn. 15 (Beschl. v. 5.3.1986 – Rs. 69/85) – *Wünsche/Deutschland*; BVerwG, CR 2010, 97, 99 Rn. 23 (Beschl. v. 25.2.2009 – Az. 6 C 25.08); *Ehricke* (Fn. 55), Art. 267 AEUV Rn. 68.

80 EuGH, Slg. 2003, I-2219, 2272 = ECLI:EU:C:2003:127, Rn. 41 (Urt. v. 6.3.2003 – Rs. C-466/00) – *Kaba*.

81 BVerwG, N&R 2014, 305, 310 Rn. 49 (Beschl. v. 25.6.2014 – Az. 6 C 10.13).

82 Siehe bereits oben, Fn. 16.

83 BVerwG, N&R 2014, 305, 310 Rn. 51 (Beschl. v. 25.6.2014 – Az. 6 C 10.13).

3. Regulierungspraxis

Sollte das BVerwG von einer erneuten Vorlage absehen, sähe sich die Regulierungspraxis grundsätzlich bestätigt. Die Bundesnetzagentur könnte (und müsste) also weiterhin für Entgeltgenehmigungen, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben, ein Konsolidierungsverfahren durchführen. Hierfür müsste sie entweder, wie im Ausgangsverfahren, vorläufige Entgeltgenehmigungen erlassen, um dann die endgültige und konsolidierte Genehmigung rückwirkend in Kraft zu setzen, oder darauf hinwirken, dass die verpflichteten Betreiber ihre Entgeltanträge deutlich früher als zehn Wochen vor dem Befristungsende der bisherigen Genehmigung einreichen.⁸⁴

Offen bliebe jedoch vor allem, ob das Konsolidierungsverfahren auch für nach der TKG-Novelle 2012 ergangene Genehmigungen durchzuführen wäre. Vom methodischen Ausgangspunkt des BVerwG aus bestehen hieran beachtliche Zweifel, da insoweit wegen des seinerzeit bereits eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens nur schwer von einem Vorrang des Umsetzungswillens ausgegangen werden kann (siehe hierzu bereits oben, unter 1.).

Nicht geklärt hat der EuGH des Weiteren, ob die von der Bundesnetzagentur praktizierte Ausnahme für nicht marktprägende Entgeltgenehmigungen richtlinienkonform ist.⁸⁵ Einen ausdrücklichen Anhaltspunkt für eine diesbezügliche Beschränkung der Verpflichtung zur Durchführung des Konsolidierungsverfahrens enthält Art. 7 Abs. 3 S. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG zwar nicht. Allerdings setzt diese Vorschrift die vorherige Durchführung eines Konsultationsverfahrens nach Art. 6 der Richtlinie voraus („nach Abschluss der in Artikel 6 genannten Konsultation“).⁸⁶ Ein derartiges Verfahren ist nach Art. 6 UAbs. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG jedoch nur für solche Maßnahmen vorgesehen, „die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden“. Damit ist auch das Konsolidierungsverfahren nur durchzuführen, soweit die beabsichtigte Maßnahme solche beträchtlichen Auswirkungen auf den Markt haben wird und in diesem Sinne „marktprägend“⁸⁷ ist. Es wäre auch in teleologischer Hinsicht überraschend, wenn eine Maßnahme, die wegen ihrer eher geringen Bedeutung noch nicht einmal auf nationaler Ebene zur Anhörung gestellt werden muss, im europäischen Regulierungsverbund abgestimmt werden müsste. So verstanden ist gegen die entsprechende Handhabung des Kriteriums durch die Bundesnetzagentur also richtlinienrechtlich nichts zu erinnern. Eine weitere Einschränkung der Konsolidierungspflicht könnte sich darüber hinaus im Einzelfall aus der Tatbestandsvoraussetzung nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 lit. b der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG ergeben, wenn (etwa bei regional abgegrenzten oder sehr national geprägten) Märkten die beabsichtigte Maßnahme keine Auswirkungen auf den mitgliedstaatlichen Handel haben wird.

4. Übertragbarkeit auf andere Umsetzungsmaßnahmen?

Klärungsbedürftig bleibt schließlich auch noch, ob und inwieweit die nun vorliegende Entscheidung des EuGH auf andere Umsetzungsmaßnahmen übertragbar ist, mit denen die „abstrakten“ Verpflichtungen konkretisiert werden, die einem markt mächtigen Betreiber im Rahmen einer Regulierungsverfugung auferlegt wurden.

Zu denken ist zunächst an Zugangsanordnungen nach § 25 TKG. Indem sie als „Anordnungen“ auf eine Befolgung durch die jeweiligen Adressaten gerichtet sind (§ 25 Abs. 8 S. 1 TKG), ließen sie sich rein begrifflich eher noch als Genehmigungen unter den richtlinienrechtlichen Begriff „Verpflichtung“ fassen. Da die individuelle Zugangsanordnung eine „Konkretisierung“ der abstrakten Zugangsverpflichtung ist,⁸⁸ wäre sie

von dieser nach der Logik des EuGH möglicherweise umfasst,⁸⁹ zumal grundsätzliche Fragen über den Umfang einer Zugangsverpflichtung bisweilen erst im Rahmen einer Zugangsanordnung geklärt werden.⁹⁰ Es scheint deshalb nicht ausgeschlossen, auch für Zugangsanordnungen grundsätzlich von der Notwendigkeit eines Konsolidierungsverfahrens auszugehen, wenn man – zu Unrecht – das äußerst extensive Verständnis zugrunde legt, das der EuGH in seiner Entscheidung zu den Entgeltgenehmigungen entwickelt hat. Allerdings ist nach der Konzeption des deutschen Telekommunikationsrechts die Zugangsanordnung eine zugangsspezifische Maßnahme der Streitschlichtung i. S. v. Art. 20 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG.⁹¹ Da solche Maßnahmen in Art. 7 Abs. 3 S. 1 lit. a der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG nicht genannt werden, könnte diese Vorschrift auch auf Grundlage des nun vorliegenden Urteils nicht auf Zugangsanordnungen anwendbar sein.⁹²

Dem steht jedoch wiederum entgegen, dass es nach der Rechtsprechung des EuGH für die Anwendung von Art. 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG nicht auf die Art des jeweiligen Verfahrens, sondern auf den Gegenstand der beabsichtigten Maßnahme ankommt (Rn. 52).⁹³ Insbesondere hat der Gerichtshof deshalb auch für Streitschlichtungsmaßnahmen i. S. v. Art. 20 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG die Notwendigkeit eines Konsolidierungsverfahrens angenommen, wenn die beabsichtigte Maßnahme ihrerseits dem Kreis der in Art. 7 Abs. 3 S. 1 lit. a der Richtlinie genannten Maßnahmen unterfällt.⁹⁴ Auf Grundlage dieser Rechtsprechung dürfte somit allein der Umstand, dass es sich bei einer Zugangsanordnung um eine Streitschlichtungsmaßnahme handelt, der Notwendigkeit eines Konsolidierungsverfahrens nicht entgegenstehen. Da Zugangsanordnungen unmittelbar nur inter partes wirken und sich damit von der erga omnes wirkenden Entgeltgenehmigung unterscheiden, könnte jedoch einiges dafür sprechen, dass ein solches Verfahren für Zugangsanordnungen zumindest rein faktisch oftmals unterbleiben kann, weil es häufig an Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten als weiterer Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 3 S. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG fehlen mag.

Das weite Verständnis des EuGH könnte außerdem für Maßnahmen im Rahmen eines Standardangebotsverfahrens nach § 23 (insbesondere Abs. 3 S. 2 und 3 i. V. m. S. 5) TKG von Bedeutung sein.⁹⁵ Bei einer diesbezüglichen „Aufforderung“ (vgl. § 23 Abs. 3 S. 3 TKG) handelt es sich ebenfalls weit eher noch als bei einer Entgeltgenehmigung um eine „Verpflichtung“. Das gilt insbesondere unter Ansehung von § 149 Abs. 1 Nr. 4 lit. a TKG, dem zufolge es sich um eine Ordnungswidrigkeit handelt, wenn einer entsprechenden „Anordnung“ nicht nachgekommen wird. Hier ist es daher ebenfalls durchaus

84 *Capito*, N&R 2011, 277, 279.

85 Siehe auch tendenziell kritisch *Gurlit*, N&R 2013, 53, 55.

86 *Kurth*, MMR 2009, 818, 820.

87 Die Terminologie der Bundesnetzagentur knüpft demzufolge ersichtlich an die Erwägungen von *Kurth*, MMR 2009, 818, 821, zu Art. 6 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG an.

88 BVerwG, N&R 2010, 233, 233 f. Rn. 18 (Urt. v. 23.6.2010 – Az. 6 C 36.08); *Kühling/Neumann*, in: *Säcker* (Fn. 20), § 25 Rn. 25.

89 In diese Richtung deshalb wohl *Heun*, CR 2011, 152, 154.

90 *Neumann/Koch* (Fn. 1), Kap. 3 Rn. 155 Fn. 338 (S. 167); siehe als Beispiel den angeordneten Zugang zu einem neu zu errichtenden Schaltverteiler VG Köln, N&R 2013, 107 (Urt. v. 21.12.2012 – Az. 21 K 4150/09) m. Anm. *Geppert/Schramm*.

91 Siehe hierzu *Kühling/Neumann* (Fn. 88), § 25 Rn. 13.

92 So *Geers* (Fn. 3), § 13 Rn. 12.

93 Siehe bereits oben, bei und in Fn. 50.

94 EuGH, ECLI:EU:C:2015:232, Rn. 40 (Urt. v. 16.4.2015 – Rs. C-3/14) – *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej und Telefonii Dialog*.

95 So denn auch etwa Kommission, Stellungnahme v. 8.8.2013 – Az. C (2013) 5382 final – Sache DE/2013/1484, S. 8. Ablehnend *Kurth*, MMR 2009, 818, 821.

denkbar, dass man auf der Grundlage eines extensiven Verständnisses von einer konsolidierungsbedürftigen „Verpflichtung“ im richtlinienrechtlichen Sinne ausgeht. Da das Standardangebot auf eine „allgemeine Nachfrage“ reagiert (§ 23 Abs. 2 S. 1 TKG) und „von den einzelnen Nachfragern ohne weitere Verhandlungen angenommen werden kann“ (§ 23 Abs. 3 S. 4 TKG), wird man hier auch weit eher von Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten ausgehen können als bei Zugangsanordnungen.

Und selbst bei Maßnahmen der nachträglichen Entgeltregulierung kommt auf Grundlage der extensiven Auffassung des EuGH die Durchführung eines Konsolidierungsverfahrens in Betracht.⁹⁶ Das gilt namentlich für die Untersagung rechtswidriger Entgelte nach § 38 Abs. 4 S. 1 TKG und die Anordnung rechtmäßiger Entgelte nach § 38 Abs. 4 S. 2 TKG.

Damit wird in der Regulierungspraxis zu klären sein, ob und inwieweit es in Zukunft nicht nur bei Entgeltgenehmigungen, sondern auch bei Entscheidungen im Rahmen von Standardangebotsverfahren, bei Maßnahmen der nachträglichen Entgeltregulierung und wohl sogar bei einzelnen Zugangsanordnungen erforderlich sein wird, ein Konsolidierungsverfahren in entsprechender Anwendung von § 13 Abs. 1 S. 1 f. TKG durchzuführen, obwohl es für diese Umsetzungsmaßnahmen gesetzlich gerade nicht vorgesehen ist. Die Bundesnetzagentur jedenfalls verfährt bereits – konsequenterweise – zumindest für allgemein (also nicht lediglich im Verhältnis zu einzelnen Zugangsnachfragern) geltende Entscheidungen entsprechend,⁹⁷ wenn sie marktprägende Bedeutung haben. Eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung hierzu steht noch aus. Sie dürfte auch im Ausgangsverfahren zu dem vorstehend näher besprochenen EuGH-Urteil nicht zu erwarten sein.

5. Rechtspolitischer Ausblick

Ohne eine Korrektur der nun vorliegenden Rechtsprechung des EuGH bleibt die Situation daher insgesamt unbefriedigend:⁹⁸ Das deutsche Telekommunikationsrecht bildet die Durchführung eines Konsolidierungsverfahrens für Umsetzungsmaßnahmen nicht ab. Sie steht vielmehr insbesondere im offenen Widerspruch etwa zu der Zehn-Wochen-Frist, innerhalb derer über Anträge auf Erteilung einer Entgeltgenehmigung und auf Erlass einer Zugangsanordnung in aller Regel zu entscheiden ist (§ 31 Abs. 4 S. 3, § 25 Abs. 1 S. 1 TKG). Aber auch mit Blick auf den europäischen Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation sind die Konsequenzen der nun gerichtlich vorgegebenen Erstreckung des Konsolidierungsverfahrens auf Entgeltgenehmigungen zweifelhaft: Es erfolgt ein potentiell kleinteiliger Eingriff in die Umsetzung auf europäischer Ebene bereits konsolidierter Verpflichtungen, der im Widerspruch zu dem Regelungsansatz des Richtliniengesetzgebers steht, wie er insbesondere in Erwägungsgrund 20 sowie Art. 13 Abs. 3 S. 1 und 3 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG zum Ausdruck kommt. Damit einher gehen Abgrenzungsprobleme zu den Maßnahmen, die der Kontrolle dienen, ob die „Verpflichtungen“ im richtlinienrechtlichen Sinne eingehalten wurden, und vor allem zusätzliche Belastungen für die betroffenen Marktteilnehmer und die nationalen Regulierungsbehörden.

Die anstehende Reform des Rechtsrahmens⁹⁹ sowie die in diesem Zusammenhang zu erwartende Novellierung des TKG bieten in den kommenden Jahren die Gelegenheit, diese Probleme zu adressieren und mit einem „Federstrich des Gesetzgebers“ die Rechtsprechung des EuGH ggf. zumindest teilweise zu korrigieren. Selbst wenn der europäische Richtliniengesetzgeber untätig bleiben sollte, wäre der deutsche Gesetzgeber im Übrigen nicht darauf beschränkt, das TKG an die Notwendigkeit eines Konsolidierungsverfahrens für Umsetzungsmaßnahmen anzupassen. Er könnte vielmehr auch dafür Sor-

ge tragen, dass die abstrakte Regelsetzung so weit wie sinnvoll möglich bereits auf Ebene der Regulierungsverfügung erfolgt, etwa indem zentrale Vorgaben für den Entgeltmaßstab und die Kostenbewertung nicht erst (und immer wieder erneut) auf Ebene der einzelnen Entgeltgenehmigung, sondern bereits bei Ausgestaltung der Genehmigungspflicht festgelegt werden.¹⁰⁰ Zumindest dann wäre dem aktuellen Urteil des EuGH eine faktische Grundlage entzogen¹⁰¹ und die Frage nach der Anwendung von Art. 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG auf Entgeltgenehmigungen neu zu beantworten.

IV. Fazit

Bis auf weiteres hat der EuGH gesprochen: Entgeltgenehmigungen fallen jedenfalls grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 3 S. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG. Haben sie Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten, sind die nationalen Regulierungsbehörden deshalb insoweit verpflichtet, vor Erlass einer entsprechenden Genehmigung ein Konsolidierungsverfahren im europäischen Regulierungsverbund durchzuführen. Einiges spricht dafür, dass diese Rechtsprechung auch auf andere Umsetzungsmaßnahmen übertragbar ist, namentlich auf Änderungsverlangen im Rahmen von Standardangebotsverfahren, auf Maßnahmen im Bereich der nachträglichen Entgeltregulierung und auf Zugangsanordnungen.

Die Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur entspricht schon jedenfalls in weiten Teilen den Vorgaben des Gerichtshofs. Und das BVerwG hat bereits deutlich gemacht, dass hiergegen für Entscheidungen auf Grundlage des TKG 2004 auch bundesrechtlich nichts zu erinnern ist, da es eine analoge Anwendung von § 13 Abs. 1 S. 1 TKG 2004 für zulässig erachtet. Fraglich ist jedoch, ob das auch für Entscheidungen gelten kann, für die es auf die Rechtslage nach der TKG-Novelle 2012 ankommt, da spätestens damals dem Gesetzgeber die Möglichkeit eines Umsetzungsdefizits bekannt war, er den gesetzlichen Regelungsplan aber dennoch nicht hieran angepasst hat. Insoweit bleibt es insbesondere dabei, dass die telekommunikationsrechtlichen Grundlagen in einem offenen Spannungsverhältnis zur Durchführung eines u. U. sehr zeitaufwendigen Konsolidierungsverfahrens innerhalb des jeweiligen Verwaltungsverfahrens stehen.

Vor diesem Hintergrund wiegt es umso schwerer, dass die Entscheidung des EuGH nicht einmal ansatzweise überzeugen kann: Die wichtigsten Aspekte, die gegen die Einbeziehung von Entgeltgenehmigungen in den Anwendungsbereich von

96 So denn auch etwa *Geers* (Fn. 3), § 13 Rn. 11. Allgemein ablehnend für Maßnahmen, mit denen die Einhaltung von Preisvorgaben i. S. v. Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG überprüft wird, *Kurth*, MMR 2009, 818, 821.

97 Siehe beispielsweise für Maßnahmen nach § 23 Abs. 4 TKG Bundesnetzagentur, Konsultationsentwurf v. 27.6.2014 – Az. BK3d-13/056, S. 9 f. (noch ohne Anerkennung einer Rechtspflicht); für Maßnahmen nach § 38 Abs. 4 TKG Bundesnetzagentur, Beschl. v. 2.4.2012 – Az. BK 3b-12/001, S. 15 ff.

98 Vgl. auch *Schütze*, N&R 2015, 28, 32.

99 Siehe hierzu Kommission, Mitteilung „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“, COM (2015) 192 final, S. 10 ff.

100 Vgl. zu diesbezüglichen Entwicklungen in der Regulierungspraxis *Neumann/Koch* (Fn. 1), Kap. 3 Rn. 355 (S. 289 f.). Das deckt sich mit der Abgrenzung von *Kurth*, MMR 2009, 818, 821, dem zufolge Konsultations- und Konsolidierungsverfahren auf solche Maßnahmen beschränkt sein sollten, bei denen die Regulierungsbehörde nach Maßgabe gesetzlicher Zielvorgaben und Abwägungsgrundsätze potentiell gegenläufige Belange in einen grundlegenden Ausgleich bringt. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass bloße Umsetzungsmaßnahmen von solchen umfassenden Abwägungsprozessen – zumindest an der „Nahtstelle“ des Regulierungsermessens – weitgehend freizuhalten wären. Auch der zentralen Erwägung von *Berger-Kögler/Cornils* (Fn. 6), § 35 Rn. 64 f., wäre damit Rechnung getragen.

101 Siehe bereits *Neumann/Koch* (Fn. 1), Kap. 3 Rn. 355 (S. 290).

Art. 7 Abs. 3 S. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG sprechen, übergeht der EuGH zumindest der Sache nach vollständig. Zudem kommt in der Entscheidungsbegründung deutlich zum Ausdruck, dass der EuGH den Vorlagebeschluss des BVerwG in wesentlichen Punkten missverstanden hat.

Es wäre daher wünschenswert, dass der EuGH schnellstmöglich noch einmal mit der von ihm nur unzureichend beantworteten Rechtsfrage befasst wird und dann evtl. im Gegensatz zur jetzt gewählten Vorgehensweise auch nicht ohne Schlusserträge des Generalanwalts entscheiden wird, nachdem sich nicht zum ersten Mal gezeigt hat, dass eine solche

Aufbereitung des Verfahrensstoffs angesichts der komplexen Materie des Telekommunikationsrechts sinnvoll ist.¹⁰² Sollte es hierzu nicht kommen oder der EuGH an seiner derzeitigen Auffassung festhalten, sind der europäische und der deutsche Gesetzgeber aufgerufen, die notwendigen rechtspolitischen Konsequenzen zu ziehen.

102 Siehe etwa *Neumann*, CR 2013, 21, zur Kritik an der nur im Ergebnis überzeugenden Entscheidung des EuGH zu Art. 6 Abs. 2 und 5 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG (EuGH, ECLI:EU:C:2012:748 [Urt. v. 22.11.2012 – Rs. C-119/12] – *Probst/mr. nernet*).

Charlotte Schings

Entbehrlichkeit der Festnetzregulierung wegen verstärkter Austauschbarkeit von Festnetz und Mobilfunk?

Im Oktober 2014 veröffentlichte die Europäische Kommission eine neue Märkteempfehlung für den Telekommunikationssektor. Sie schlägt vor, die Regulierung der Festnetzendkundenmärkte in den Mitgliedstaaten aufzuheben. Die vermehrte Umorientierung von Festnetzkunden hin zum Mobilfunk verursache genügend Wettbewerbsdruck, um das Festnetz aus der Regulierung zu entlassen. Diese Grundannahme des Deregulierungsvorschlags wird derzeit von der Bundesnetzagentur nicht geteilt. Der Beitrag überprüft und verifiziert daher eine asymmetrische Substitutionsbeziehung zwischen Festnetz und Mobilfunk im Rahmen der wettbewerbsrechtlich orientierten Marktabgrenzung des TKG.

I. Einleitung

„Neue Trends bedeuten neuen Wettbewerb.“¹ Die neue Märkteempfehlung für Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors greift als solchen Trend die steigende Nachfrage nach Mobilfunkdiensten auf. Die Europäische Kommission attestiert dieser Entwicklung wettbewerbsfördernde Wirkung im Hinblick auf die Festnetzmärkte Europas. Sie empfiehlt dort eine Deregulierung.²

Die Umsetzbarkeit dieses Vorschlags muss auf nationaler Ebene in einem Marktüberprüfungsverfahren (§§ 9 ff. TKG) untersucht werden. Maßgeblich für die Bundesnetzagentur ist dabei die Marktdefinition, d. h. die Abgrenzung der Festnetzmärkte und Prüfung ihrer Regulierungsbedürftigkeit.³

Die Marktabgrenzung (§ 10 Abs. 1 TKG) wird dabei anhand der Substituierbarkeit des Festnetzes durch andere Telekommunikationsdienste bestimmt. Nur symmetrisch, d. h. beidseitig austauschbare Dienste gehören einem einheitlichen Markt an.⁴ Die Kommissionsempfehlung nimmt eine asymmetrische Substituierbarkeit von Festnetz und Mobilfunk an, deren Wettbewerbsdruck trotz getrennter Märkte die Regulierungsbedürftigkeit (§ 10 Abs. 2 TKG) des Festnetzes ausschließt.⁵

Um auch für den deutschen Festnetzendkundenmarkt⁶ Deregulierungspotential annehmen zu können, müsste sich die Prämisse der asymmetrischen Austauschbarkeit bestätigen. Die Verschiedenheit der Festnetzleitung gegenüber der Drahtlosverbindung des Mobilfunks steht dem nicht entgegen: Verbraucher halten Telekommunikationsdienste wegen technologischer Konvergenz ungeachtet der verschiedenen Infrastrukturen zunehmend für austauschbar.⁷ Die Bundesnetzagentur

lehnt aber jegliche Substituierbarkeit von Festnetz und Mobilfunk ab und verneint damit bereits die Grundannahme der Kommission.⁸

Mit Blick auf diese Differenzen liegt der Untersuchungsschwerpunkt auf der Marktabgrenzung von Festnetz- und Mobilfunkdiensten. Sie wird zeigen, dass die Bundesnetzagentur ihre Sichtweise insoweit aufgeben muss, als Mobilfunk bereits ein Substitut zum Festnetz ist. Der zweite Teil der Marktdefinition, die Untersuchung der sektorspezifischen Regulierungsbedürftigkeit des Festnetzendkundenmarktes, kann vorliegend nur angerissen werden, ebenso wie mögliche Folgen und Risiken einer Festnetz deregulierung für die Universaldienstgewährleistung.

1 *Neelie Kroes*, seinerzeitige EU-Kommissarin, zitiert nach dem *teltarif.de*-Beitrag „EU-Kommission erlaubt Staaten Abschied von der Festnetz-Regulierung“ v. 9.10.2014, abrufbar unter <<http://www.teltarif.de/eu-kommission-festnetz-regulierung/news/57301.html>> (zuletzt abgerufen am 13.4.2016).

2 Erwägungsgründe 1, 2, 6 der Märkteempfehlung 2014/710/EU; vgl. Art. 8 Abs. 5 lit. f, Erwägungsgründe 1, 27 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG; nur bei Nichtvorliegen wirksamen Wettbewerbs darf reguliert werden; Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F. D. P., BT-Drs. 13/3609, 33, 34 f.

3 Vgl. Kommission, Commission Staff Working Document „Explanatory Note Accompanying the document Commission Recommendation“, SWD (2014) 298, S. 7; *Gersdorf*, in: *Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien*, 3. A., 2015, § 10 TKG Rn. 3; vgl. *Fiedler*, *Marktabgrenzung in der Telekommunikation*, 2009, S. 18; Kommission, *Marktanalyseleitlinien 2002/C 165/03*, Rn. 34.

4 *Kühling/Schall/Biendl*, *Telekommunikationsrecht*, 2. A., 2014, Rn. 161.

5 Kommission (Fn. 3), SWD (2014) 298, S. 21 ff.

6 Endkunden- und Vorleistungsmärkte werden getrennt, siehe Kommission, Mitteilung 98/C 265/02 über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich, Rn. 45; *Schütz*, in: *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. A., 2013, § 10 Rn. 5.

7 Vgl. Kommission, *Marktanalyseleitlinien 2002/C 165/03*, Rn. 47; *Kühling/Schall/Biendl* (Fn. 4), Rn. 162.

8 Bundesnetzagentur, *Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2014/2015*, 2015, S. 47 ff., 107 f.; Festlegung v. 8.8.2013 – Az. BK 1-11/006, S. 91 ff. – *Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten*; *golem.de*-Beitrag „Festnetz trotz EU-Vorgabe weiter regulieren“ v. 12.10.2014, abrufbar unter <<http://www.golem.de/news/bundesnetzagentur-fest-netz-trotz-eu-vorgabe-weiter-regulieren-1410-109785.html>> (zuletzt abgerufen am 13.4.2016).