

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

2/2018

S. 65–128

15. Jahrgang

Herausgegeben von

Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Peter Franke
Andrees Gentzsch
Martin Henke
Jochen Homann
Alexander Kirschall
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Barbara Minderjahn
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker

Geschäftsführender

Herausgeber
Christian Koenig

Schriftleitung

Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- | | | |
|---|---|-----|
| ■ | <i>Klaus Müller</i>
Verbraucherfreundliche Netzwirtschaften: Erwartungen
an die neue Bundesregierung | 65 |
| ■ | <i>Norman Fricke</i>
Die Billigkeitskontrolle von regulierten Netzentgelten –
Die Folgen des Urteils des EuGH vom 9. November 2017
für Stromnetzentgelte | 66 |
| ■ | <i>Thomas Mann</i>
Grobkörniger Sand im Getriebe des „Smart Meter“-Roll-
outs – Randnotizen zur Digitalisierung der Energiewende | 73 |
| ■ | <i>Boris Scholtka/Laurenz Keller-Herder/Melanie Meyer</i>
Systemsicherheit in der Energiewende –
Der neue § 11 Abs. 3 EnWG | 78 |
| ■ | <i>Kristina Schreiber</i>
Das Energiewirtschaftsrecht im Jahr 2017 | 85 |
| ■ | <i>Michael Weise/Nadine Voß/Roman Schüttke</i>
Technische Regelwerke und ihre rechtliche Relevanz am
Beispiel der VDE-Anwendungsregel zur Kaskade | 97 |
| ■ | <i>Andreas Neumann</i>
Anmerkung zum Urteil des EuGH: Festsetzung von
Mobilfunkterminierungsentgelten unterhalb der
tatsächlich entstehenden Kosten | 111 |
| ■ | <i>Lisa Pientak</i>
Anmerkung zum Beschluss des VG Köln: behördliche
Vorgaben bei einer beabsichtigten Ablehnung von Anträgen
auf Zuweisung einer nicht betriebssicheren Zugtrasse | 125 |
| | N&R-Beilage 1/2018
<i>Andreas Neumann/Jörn Sickmann</i>
Schaffung eines rechtlich abgesicherten Anspruchs auf einen
Zugang zum schnellen Internet – Eine Analyse der Zielvorgabe
im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD | 1 |

Andreas Neumann

Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 20. Dezember 2017 – Rs. C-277/16

I. Problem

Die Entgeltregulierung ist der Kristallisationspunkt der wettbewerbsfördernden Marktregulierung¹. Die Höhe der Entgelte, die Nachfrager für den Zugang zum Netz bzw. für Vorleistungen eines regulierten marktmächtigen Unternehmens bezahlen müssen, entscheidet darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen es für diese Zugangsnachfrager wirtschaftlich sinnvoll ist, den freiwillig oder – in aller Regel – auf Grundlage einer entsprechenden regulatorischen Verpflichtung gewährten Zugang in Anspruch zu nehmen.² Die Entgelte sind damit auch die entscheidende Stellschraube für die Intensität des Wettbewerbs auf den nachgelagerten Endnutzermärkten. Ihre Höhe ist darüber hinaus von erheblicher Bedeutung für das regulierte Unternehmen, da hierüber u. a. Anreize für oder gegen eine Optimierung bestehender Produktionsprozesse und Netzinfrastrukturen gesetzt werden und nicht zuletzt natürlich auch die finanzielle Ausstattung des Unternehmens unmittelbar beeinflusst wird.

Im Telekommunikationssektor setzt Art. 13 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG den unionsrechtlichen Rahmen für eine regulatorische Kontrolle der Zugangsentgelte. Dem System der Vorabverpflichtungen nach Art. 16 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG i. V. m. Art. 8 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG entsprechend sieht Art. 13 Abs. 1 S. 1 jener Richtlinie vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden einem marktmächtigen Betreiber „hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltung und/oder Zugang Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise auferlegen und ihm bestimmte Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilen“ können. Nach Art. 13 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie stellen die „nationalen Regulierungsbehörden ... sicher, dass alle vorgeschriebenen Kostendeckungsmechanismen und Tarifsysteme die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb fördern und für die Verbraucher möglichst vorteilhaft sind“. Abs. 3 der Vorschrift bezieht sich schließlich auf den Fall, dass „ein Betreiber dazu verpflichtet [wurde], seine Preise an den Kosten zu orientieren“. Dann „obliegt es dem betreffenden Betreiber, gegebenenfalls nachzuweisen, dass die Preise sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen“ (S. 1). Weiter wird eine Ermächtigung der nationalen Regulierungsbehörden vorgesehen, „[z]ur Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung ... eine von der Kostenberechnung des Unternehmens unabhängige Kostenrechnung an[z]ustellen“ (S. 2) und „von einem Betreiber die umfassende Rechtfertigung seiner Preise und gegebenenfalls deren Anpassung [zu] verlangen“ (S. 3). Diese – insoweit durch die Reform des Rechtsrahmens im Jahr 2009 nicht veränderten – Vorgaben erweisen sich einerseits als vergleichsweise schlank (etwa gegenüber den ausführlichen Regelungen zur Entgeltregulierung in §§ 28 bis 38 TKG). Andererseits weisen sie damit aber auch ein nicht unerhebliches Auslegungspotential auf. Dieses beschäftigt mittlerweile – immerhin deutlich mehr als zehn Jahre nach Inkrafttreten der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG – zunehmend den EuGH.³

Der vorliegend vorabentschiedene Fall reicht zurück bis ins Jahr 2006. Damals stufte der Präsident der polnischen Regulierungsbehörde das polnische Mobilfunkunternehmen Polkomtel als Unternehmen ein, das auf dem Markt für

Sprachanrufzustellungen in seinem Mobilfunknetz – also auf dem netzbezogenen Terminierungsmarkt – über beträchtliche Marktmacht verfügt. Das Unternehmen wurde auf dieser Grundlage u. a. verpflichtet, seine diesbezüglichen Zugangsentgelte anhand der für die Erbringung dieser Dienstleistungen entstehenden Kosten festzulegen. Nachdem der Präsident der Regulierungsbehörde die von Polkomtel abgegebene Rechtfertigung für die Höhe der Entgelte als nicht ordnungsgemäß abgelehnt hatte, leitete er ein Verfahren zur Überprüfung der Entgelte ein. Dieses ergab, dass die Polkomtel tatsächlich entstehenden Terminierungskosten etwa 0,0398 Euro pro Minute betragen. Dies hielt der Präsident der polnischen Regulierungsbehörde mit Blick auf die Förderung der wirtschaftlichen Effizienz und eines nachhaltigen Wettbewerbs und zur Gewährleistung der größtmöglichen Vorteile für die Endnutzer für unzureichend. Er setzte daher mit Bescheid vom 9. Dezember 2009 die Entgelte auf der Grundlage des Durchschnitts der von den anderen auf dem polnischen Mobiltelefoniemarkt tätigen etablierten Betreibern erhobenen Terminierungsentgelte i. H. v. etwa 0,0395 Euro pro Minute fest. Außerdem verpflichtete er Polkomtel, ihm jährlich eine Rechtfertigung für die eigenen Terminierungsentgelte vorzulegen. Gegen diesen Bescheid beschritt der Betreiber den Rechtsweg.

Nach wechselhaftem Erfolg in den Instanzen legte der Sąd Najwyższy, das polnische Oberste Gericht, dem EuGH mit Entscheidung vom 21. Januar 2016 drei Fragen zur Auslegung von Art. 13 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG, z. T. i. V. m. Art. 8 Abs. 4 derselben Richtlinie und Art. 16 GRCh, vor. Diese betreffen zum einen die richtlinienrechtliche Zulässigkeit einer Festsetzung von Entgelten für eine Zugangsdienstleistung unterhalb der durch die nationale Regulierungsbehörde verifizierten und als im Kausalzusammenhang mit dieser Dienstleistung stehend anerkannten Kosten der Leistungserbringung durch den Betreiber (Vorlagefrage 1). Zum anderen geht es darum, ob es – auch mit Blick auf die Unionsgrundrechte – EU-rechtlich zulässig ist, einen Betreiber, der einer Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung unterliegt, zu verpflichten, in regelmäßigen Abständen eine Rechtfertigung für die anhand der Kosten festgelegten Entgeltsätze vorzulegen (Vorlagefrage 2), und eine Anpassung des Entgeltniveaus auch dann zu verlangen, wenn der Betreiber die von ihm berechneten Entgelte noch überhaupt nicht angewendet hat, sondern lediglich das von der Regulierungsbehörde festgesetzte Entgelt (Vorlagefrage 3).

II. Entscheidung

Der EuGH hat diese Fragen mit seinem Urteil beantwortet.

1. Vorlagefrage 1: Festsetzung kostenunterdeckender Entgelte

Bei der Beantwortung der Frage, ob eine nationale Regulierungsbehörde die Entgelte eines zur kostenorientierten

1 Zu diesem Begriff siehe *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch*, Reformbedarf des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, 2017, S. 3.

2 *Klotz*, in: Säcker, TKG, 3. A., 2013, Einl. II Rn. 161.

3 Siehe zuletzt etwa EuGH, N&R 2016, 307 = ECLI:EU:C:2016:692 (Urt. v. 15.9.2016 – Rs. C-28/15) – *Koninklijke KPN u. a.*; N&R 2016, 178 = ECLI:EU:C:2016:9 (Urt. v. 14.1.2016 – Rs. C-395/14) – *Vodafone*.

Preisgestaltung verpflichteten Betreibers auf einem Niveau festlegen darf, das unter den tatsächlichen Kosten der Leistungserbringung liegt (Rn. 27), geht der EuGH schrittweise vor.

a) Keine Verpflichtung zur Festlegung kostendeckender Entgelte

Zunächst stellt sich der Gerichtshof die Frage, ob es unter Geltung einer Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung zulässig ist, Entgelte in nicht kostendeckender Höhe festzulegen.

Insoweit werde zwar in der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG nicht angegeben, was unter „Verpflichtungen betreffend ... kostenorientiert[e] Preise“⁴ i. S. v. Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie zu verstehen ist (Rn. 30).⁵ Angesichts der Formulierung „einschließlich“ sei aber davon auszugehen, dass die „Verpflichtungen betreffend ... kostenorientiert[e] Preise“ eine genauere Ausgestaltung⁶ sowohl von Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung als auch von Verpflichtungen betreffend die Preiskontrolle sein können (Rn. 31).⁷ Es handelt sich nach Auffassung des EuGH also bei der kostenorientierten Preisgestaltung um ein Beispiel⁸ für beide Arten von Verpflichtungen. Wie sich aus den weiteren Ausführungen des EuGH ergibt, legt der Gerichtshof damit den argumentativen Grundstein für eine begrifflich-funktionale Unterscheidung zwischen Verpflichtungen in Bezug auf die Kostendeckung einerseits und Preiskontrollverpflichtungen andererseits, in deren Folge Letztere eben nicht zwingend auf Kostendeckung ausgelegt sein müssen. Da Verpflichtungen betreffend kostenorientierte Preise eine Ausgestaltung beider Verpflichtungskategorien sein können, müssen sie – sofern sie eine Verpflichtung zur Preiskontrolle sind – also auch keine Kostendeckung zum Gegenstand haben.⁹

Des Weiteren bezeichne eine Verpflichtung „betreffend ... kostenorientiert[e] Preise“ schon nach dem gewöhnlichen Wortsinn gerade keine Verpflichtung zur Deckung aller entstehenden Kosten, sondern eben nur eine Verpflichtung, die Preise an den Kosten zu orientieren (Rn. 31).

Dieses Ergebnis der grammatikalischen Auslegung stützt der Gerichtshof dann durch systematische Erwägungen ab.

Zunächst weist er darauf hin, dass sich die Überschrift von Art. 13 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG ausdrücklich auf die „Preiskontrolle“ beziehe (Rn. 32). Dieser Hinweis wird nur vor dem Hintergrund der zuvor auf Wortlautebene herausgearbeiteten Differenzierung zwischen Verpflichtungen in Bezug auf die Kostendeckung einerseits und Verpflichtungen in Bezug auf die Preiskontrolle andererseits verständlich: Wenn, so wohl der EuGH, Preiskontrollverpflichtungen nicht zwingend auf Kostendeckung ausgelegt sein müssen, so ist die Nennung der Preiskontrolle in der Überschrift von Art. 13 der Zugangsrichtlinie ein systematisches Indiz dafür, dass Entgelte, die auf Grundlage dieser Vorschrift festgesetzt werden, nicht zwingend kostendeckend sein müssen.

In eine ähnliche Richtung geht das zweite systematische Argument des EuGH: Art. 13 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG nehme nicht nur auf „Kostendeckungsmechanismen“ Bezug, sondern auch auf die von einer nationalen Regulierungsbehörde „vorgeschriebenen ... Tarifsysteme“ (Rn. 32). Auch dieses Argument erscheint nur verständlich, wenn man es im Sinne einer Differenzierung zwischen einem auf Kostendeckung angelegten Mechanismus und einem nicht entsprechend beschränkten Tarifsystem versteht.

Weiter verweist der Gerichtshof auf den zweiten Satz im 20. Erwägungsgrund der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG (auch hierzu und zum Folgenden Rn. 32), in dem Verpflichtungen im Rahmen der Preiskontrolle erläutert werden und der folgenden Wortlaut hat:

„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.“

Hieraus leitet der EuGH ab, dass den nationalen Regulierungsbehörden bei der Wahl der im jeweiligen Fall aufzuerlegenden Preiskontrollmaßnahmen ein weiter Ermessensspielraum zustehe. Diese Annahme sieht er durch die Bezugnahme auf „geeignete spezifische Verpflichtungen“ in Art. 16 Abs. 2 und 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG bestätigt. Dahinter dürfte die Überlegung stehen, dass die Entscheidung, welche spezifische Verpflichtung geeignet ist, von den Umständen des Einzelfalls abhängt, so dass die nationale Regulierungsbehörde hier über einen weiten Entscheidungs- und Ausgestaltungsspielraum verfügen muss, damit die Auferlegung einer solchen Verpflichtung gewährleistet ist.

Unklar bleibt freilich die interpretatorische Bedeutung dieser Feststellung für den konkreten Fall. Generalanwalt *Tanchev* hatte in seinen Schlussanträgen auf das weite Ermessen der Regulierungsbehörde im Sinne einer Hilferwägung abgestellt: Selbst wenn im Rahmen einer Verpflichtung zur Anwendung kostenorientierter Preise entgegen seiner eigentlichen Auffassung die entstehenden Kosten gedeckt werden müssten, werde hierdurch wegen des weiten Ermessens der nationalen Regulierungsbehörden die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, „einem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht die Verpflichtung aufzuerlegen, seine Preise auf einem Niveau festzusetzen, das unter seinen Kosten liegt“.¹⁰ Der EuGH greift diesen

4 Rein sprachlich ist in der deutschen Sprachfassung der Richtlinie von solchen Verpflichtungen betreffend kostenorientierte Preise allerdings nicht die Rede. Vielmehr sind danach „kostenorientiert[e] Preise“ als solche ein Beispiel („einschließlich“) für „Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle“. Ein Vergleich mit den anderen Sprachfassungen der Richtlinie zeigt aber, dass die Vorschrift in dem vom EuGH ohne weiteres unterstellten Sinne zu verstehen sein dürfte. So ist in der englischen Fassung von „obligations relating to cost recovery and price controls, including obligations for cost orientation of prices“ die Rede, in der französischen Fassung von „des obligations liées à la récupération des coûts et au contrôle des prix, y compris des obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts“ und in der niederländischen von „verplichtingen inzake het terugverdienen van kosten en prijscontrole opleggen, inclusief verplichtingen inzake kostenoriëntering van prijzen“, wird also jeweils die Kostenorientierung als Gegenstand einer Verpflichtung in Bezug genommen. Die deutsche Sprachfassung dürfte deshalb schlicht unglücklich formuliert sein.

5 So auch *Klotz* (Fn. 2), Einl. II Rn. 166, 170.

6 Die deutsche Sprachfassung des Urteils spricht hier von „Modalität“, was insbesondere im Vergleich mit der englischen und insbesondere der (nach Art. 41 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs als Verfahrenssprache verbindlichen) polnischen Sprachfassung im Sinne einer genaueren Ausgestaltung zu verstehen sein dürfte. Das entspräche auch dem argumentativen Ansatz, der an die Formulierung „Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise“ anknüpft und das Verhältnis von Verpflichtungen betreffend kostenorientierte Preise zu den vorher genannten Verpflichtungen anhand des Wortes „einschließlich“ ausdeutet.

7 Anders möglicherweise *Kühling*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. A., 2013, § 30 Rn. 5, der von einem „Unterfall einer Preiskontrolle“ ausgeht.

8 So EuGH, N&R 2016, 178, 179 f. = ECLI:EU:C:2016:9, Rn. 41, 53 (Urt. v. 14.1.2016 – Rs. C-395/14) – *Vodafone*; GA *Tanchev*, ECLI:EU:C:2017:611, Rn. 33 (Schlussanträge v. 26.7.2017 – Rs. C-277/16) – *Polkomtel*; *Groebel*, in: Sacker (Fn. 2), § 30 Rn. 16; *Kühling* (Fn. 7), § 30 Rn. 5; *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch* (Fn. 1), S. 139.

9 So wohl auch die Überlegung von GA *Tanchev*, ECLI:EU:C:2017:611, Rn. 33 (Schlussanträge v. 26.7.2017 – Rs. C-277/16) – *Polkomtel*.

10 GA *Tanchev*, ECLI:EU:C:2017:611, Rn. 38 (Schlussanträge v. 26.7.2017 – Rs. C-277/16) – *Polkomtel*.

Gedankengang nicht auf, sondern verwirft vielmehr ausdrücklich eine Auslegung, der zufolge eine Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung eine Deckung der entstehenden Kosten ermöglichen müsse (Rn. 31). Für die Hilfsargumentation über das weitere Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden bestand daher weder Anlass noch Raum, so dass die diesbezüglichen Ausführungen des Gerichtshofs argumentativ in der Luft hängen (bzw. vorliegend ins Leere gehen).

b) Begriff der „Kosten“

Hat der EuGH im ersten Schritt festgestellt, dass im Rahmen einer Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung keine Verpflichtung zur Kostendeckung besteht, wendet er sich im Anschluss dem Begriff der „Kosten“ zu, an denen sich die Preise (im Falle einer entsprechenden Verpflichtung) orientieren müssen. Dieser Kostenbegriff werde in Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG (ebenfalls) nicht definiert (hierzu und zum Folgenden Rn. 33).¹¹ Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie zeige jedoch, dass im Falle einer Verpflichtung, die Preise an den Kosten zu orientieren, die nationalen Regulierungsbehörden die Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung ermitteln und zu diesem Zweck eine von der Kostenberechnung des Betreibers unabhängige Kostenrechnung anstellen können. Dieses Argument, das an Art. 13 Abs. 3 S. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG anknüpft, dürfte auf der Überlegung beruhen, dass es keinen Sinn ergäbe, die nationalen Regulierungsbehörden zur Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung zu ermächtigen, wenn es bei einer Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung entscheidend auf die dem Betreiber tatsächlich entstehenden Kosten ankäme, nicht aber auf hiervon abweichende Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Das ist im Ergebnis überzeugend.¹²

Allerdings sieht Art. 13 Abs. 3 S. 1 der Richtlinie vor, dass es einem zur kostenorientierten Preissetzung verpflichteten Betreiber obliegt, „gegebenenfalls nachzuweisen, dass die Preise sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen“. Diese Formulierung, die auf die Erkenntnislage des verpflichteten Betreibers abstellt, könnte bei unbefangener Lektüre durchaus den Eindruck erwecken, als müssten sich kostenorientierte Preise eben doch aus einer Summe der tatsächlichen Kosten und einer angemessenen Investitionsrendite ergeben, zumindest aber aus diesen tatsächlichen Kosten des Betreibers abgeleitet¹³ sein. Mit diesem potentiellen Gegenargument, das Polkomtel auch tatsächlich vorgebracht hatte,¹⁴ setzt sich der Gerichtshof leider nicht auseinander. In der Sache wird es insbesondere durch das vom EuGH zuvor belastete systematische Argument aus dem folgenden Satz entkräftet, der gerade die unabhängige Kostenberechnung und die Notwendigkeit einer effizienten Leistungsbereitstellung betont.

Weiter weist der EuGH darauf hin, aus Art. 13 Abs. 1 und 3 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG gehe i. V. m. ihrem 20. Erwägungsgrund außerdem hervor, dass die nationalen Regulierungsbehörden „bei der Auferlegung von Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung gehalten sind, eine angemessene Rendite für das entsprechend eingesetzte Kapital zu berücksichtigen, und dabei den eingegangenen Risiken Rechnung zu tragen haben“ (Rn. 33). Leider führt der Gerichtshof auch hier nicht weiter aus, welche Schlussfolgerungen er aus diesem Umstand ziehen möchte. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Gerichtshof hier ausdrücklich auf Verpflichtungen „betreffend die Kostendeckung“ abstellt, nicht aber auf Verpflichtungen zur Preiskontrolle. Wie sich das zu der von ihm zuvor argumentativ angelegten Differenzierung zwischen Kostendeckungsverpflichtungen einerseits und nicht zwingend auf Kostendeckung angelegten Maßnahmen der Preiskontrolle andererseits verhält, bleibt dunkel. Das ist

umso unverständlicher, als jedenfalls Art. 13 Abs. 1 und 3 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG die Notwendigkeit, eine angemessene Rendite zu berücksichtigen und Investitionsrisiken Rechnung zu tragen, entgegen der Formulierung des EuGH gerade nicht in einen spezifischen Zusammenhang mit Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung stellen: In Art. 13 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie geht es insoweit um allgemein zu beachtende Anforderungen an Maßnahmen der Regulierungsbehörde im Anwendungsbereich von Art. 13 und in Art. 13 Abs. 3 S. 1 um Verpflichtungen betreffend die Kostenorientierung, bei denen es sich den eigenen Überlegungen des EuGH zufolge sowohl um Verpflichtungen zur Kostendeckung als auch zur Preiskontrolle handeln kann. Lediglich der 20. Erwägungsgrund der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG befasst sich (in seinem vierten Satz) bei der Berücksichtigung einer angemessenen Rendite mit den „Kosten, die für die Einrichtung eines nach dieser Richtlinie zugelassenen Dienstes entstehen“.

Ähnlich unklar bleibt der sich anschließende Hinweis des EuGH, dem zufolge im 20. Erwägungsgrund auch klargestellt werde, dass „die Methode der Kostendeckung auf die Umstände abgestimmt sein und das Erfordernis berücksichtigen sollte, die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb zu fördern und für die Verbraucher möglichst vorteilhaft zu sein“ (Rn. 34). Denn auch insoweit geht es gerade um eine Methode der „Kostendeckung“, nicht aber der „Preiskontrolle“.

Besser entspricht es dem argumentativen Ausgangspunkt des EuGH daher, dass er im Folgenden auf Art. 13 Abs. 2 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG verweist (Rn. 35), dem zufolge die Förderung der wirtschaftlichen Effizienz und eines nachhaltigen Wettbewerbs und die Optimierung der Vorteile für die Verbraucher eine gerade nicht auf Kostendeckungsmechanismen beschränkte Handlungsmaxime für die nationalen Regulierungsbehörden ist.¹⁵ Ebenfalls unproblematisch relevant sind die allgemeinen Vorgaben aus Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG i. V. m. Art. 8 Abs. 2 lit. a und b der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, auf die der EuGH in diesem Zusammenhang auch verweist (ebenfalls Rn. 35) und mit denen die Regulierungsbehörden zur Sicherstellung größtmöglicher Vorteile – auch preislicher Natur – für die Nutzer und zur Vermeidung von Wettbewerbsbeeinträchtigungen angehalten werden.

Wieder nebligere Auslegungsgefilde betritt der Gerichtshof dann jedoch im unmittelbaren Anschluss, indem er auf die Terminierungsempfehlung 2009/396/EG verweist: Diese sei zur Umsetzung von Art. 13 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG erlassen worden und halte die nationalen Regulierungsbehörden an, bei insoweit regulierten Netzbetreibern Zustellungsentgelte festzulegen, die sich auf die einem effizienten Betreiber entstehenden Kosten stützen (Rn. 36). Es trifft zwar zu, dass die nationalen Regulierungsbehörden dieser Empfehlung nach Art. 19 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG weitestgehend Rechnung tragen müssen, was nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁶ eine grundsätzliche Pflicht zur Befolgung der Empfehlung zur Folge hat (Rn. 37), die noch über die bereits aus allgemeinen Grundsätzen folgende Berücksichtigungspflicht¹⁷ hinausgeht. Aus den Vorgaben der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG kann auch durchaus geschlossen werden, dass nach Auffassung der Kommission, die diese Empfehlung erlassen hat, eine entsprechende

11 So auch *Klotz* (Fn. 2), Einl. II Rn. 166.

12 Ebenso BVerwG, N&R 2014, 46, 47 Rn. 19 (Urt. v. 25.9.2013 – Az. 6 C 13.12); *Kühling* (Fn. 7), § 30 Rn. 5 Fn. 12, § 31 Rn. 4, § 32 Rn. 2; *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, 2013, S. 198. Entsprechend wohl auch *Fetzer*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. A.*, 2015, § 30 Rn. 1, § 31 Rn. 1, § 32 Rn. 2.

13 In diese Richtung etwa der englische Richtlinienwortlaut: „that charges are derived from costs“.

14 Siehe GA *Tanchev*, ECLI:EU:C:2017:611, Rn. 25 (Schlussanträge v. 26.7.2017 – Rs. C-277/16) – *Polkomtel*.

15 Ebenso *Ludwigs* (Fn. 12), S. 198.

16 EuGH, N&R 2016, 307, 308 = ECLI:EU:C:2016:692, Rn. 37 f. (Urt. v. 15.9.2016 – Rs. C-28/15) – *Koninklijke KPN u. a.*

17 EuGH, ECLI:EU:C:2008:510, Rn. 40 (Urt. v. 18.3.2010 – verb. Rs. C-317/08, C-318/08, C-319/08 u. C-320/08) – *Alassini u. a.*; Slg. 1993, I-363, 388 = ECLI:EU:C:1993:24, Rn. 18 (Urt. v. 21.1.1993 – Rs. C-188/91) – *Deutsche Shell AG*; Slg. 1989, 4407, 4421 = ECLI:EU:C:1989:646 Rn. 18 (Urt. v. 13.12.1989 – Rs. C-322/88) – *Grimaldi/Fonds des maladies professionnelles*.

Preisfestsetzung zulässig ist. Ob sich daraus irgendwelche belastbaren Rückschlüsse auf die Auslegung einer normhierarchisch höherrangigen, sieben Jahre zuvor erlassenen Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates gewinnen lassen, erscheint rechtsmethodisch jedoch äußerst zweifelhaft. Und selbst bei Betrachtung nur des konkreten Ausgangsverfahrens ist schon mit Blick auf die Umsetzungsfrist bis zum 31. Dezember 2012 nach Ziff. 11 der Empfehlung¹⁸ zumindest unklar, ob die Terminierungsempfehlung 2009/396/EG zu berücksichtigen wäre.¹⁹

Es ist daher zu begrüßen, dass der Gerichtshof seine anschließende Schlussfolgerung nicht mehr auf die Terminierungsempfehlung, sondern ausschließlich auf eine „Gesamtschau“ von Art. 8 Abs. 2 lit. a, b und Art. 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG i. V. m. Art. 8 Abs. 4 und Art. 13 Abs. 1 und 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG stützt (hierzu und zum Folgenden Rn. 38). Aus dieser Gesamtschau ergebe sich, dass eine nationale Regulierungsbehörde, die einem Betreiber eine Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung auferlegt, „im Prinzip verlangen muss, dass die Gebührensätze für Anrufzustellungen anhand der einem effizienten Betreiber entstehenden Kosten einschließlich einer angemessenen Rendite für das von diesem entsprechend eingesetzte Kapital ... festgelegt werden“.²⁰ Deshalb könne eine solche Behörde dem Betreiber vorschreiben, „die Gebühren auf einem Niveau festzulegen, das unter den ihm entstehenden Kosten liegt, falls diese Kosten höher sind als die Kosten eines effizienten Betreibers, wobei die letztgenannten Kosten eine angemessene Rendite für das von dem effizienten Betreiber entsprechend eingesetzte Kapital einschließen müssen“ (Rn. 39).

c) Zwischenergebnis

Der EuGH erachtet es somit zum einen für zulässig, einem zur kostenorientierten Preisgestaltung verpflichteten Betreiber Entgelte vorzugeben, die nicht zwingend auf eine Deckung der entstehenden Kosten angelegt sind, während sich zum anderen seiner Auffassung nach kostenorientierte Entgelte an den Kosten eines effizienten Betreibers orientieren müssen (die eine angemessene Rendite zu enthalten haben). Auf dieser Grundlage kommt er in Bezug auf die erste Vorlagefrage zu dem Ergebnis, dass eine nationale Regulierungsbehörde die Preise eines zur kostenorientierten Preisgestaltung verpflichteten Betreibers „für die von dieser Verpflichtung erfassten Dienstleistungen zu Zwecken der Förderung der wirtschaftlichen Effizienz und eines nachhaltigen Wettbewerbs auf einem Niveau festsetzen darf, das unter den Kosten liegt, die diesem Unternehmen durch die Leistungserbringung entstehen, falls diese Kosten höher sind als die eines effizienten Betreibers, was zu prüfen Sache des nationalen Gerichts ist“ (Rn. 40).

Dieses Ergebnis überzeugt. Zwar halten viele Elemente seiner argumentativen Herleitung einer genaueren Prüfung nicht stand. Das ist aber unschädlich, da die Argumentation des EuGH mit (1.) der Differenzierung zwischen Verpflichtungen zur Kostendeckung einerseits und zur Preiskontrolle andererseits, (2.) der Ermächtigung zur Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung im Rahmen einer Überprüfung kostenorientierter Entgelte und (3.) der Ausrichtung auf die Förderung wirtschaftlicher Effizienz sowie der Optimierung der Vorteile für die Verbraucher auf drei Säulen ruht, die der kritischen Überprüfung standhalten.

2. Vorlagefrage 2: Verpflichtung zur regelmäßigen Rechtfertigung der Entgelte

Während die erste Vorlagefrage den Maßstab der Entgeltregulierung betraf, bezog sich die zweite Frage auf einen verfahrensrechtlichen Aspekt, nämlich darauf, ob ein zur kostenorientierten Preisgestaltung verpflichteter Betreiber von der Regulierungsbehörde verpflichtet werden kann, „seine Preise jährlich anhand der aktuellsten Daten festzulegen und ihr diese Preise sowie ihre Rechtfertigung vor ihrer Anwendung zum

Zweck der Verifizierung vorzulegen“ (Rn. 41). Auch bei der Beantwortung dieser Frage geht der EuGH schrittweise vor.

a) Grundsätzliche Zulässigkeit einer Verpflichtung zur jährlichen Entgeltkontrolle

Der Gerichtshof weist zunächst darauf hin, dass Art. 8 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG nichts dafür zu entnehmen sei, ob die nationalen Regulierungsbehörden bei der Auferlegung einer Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung die (gerade auch diesbezüglichen) Modalitäten ihrer Umsetzung festlegen dürfen (Rn. 42). Aus Art. 13 Abs. 3 S. 1 und 3 der Richtlinie ergebe sich zwar, dass von einem Betreiber, der zur kostenorientierten Preisgestaltung verpflichtet ist, die umfassende Rechtfertigung seiner Preise und ggf. deren Anpassung verlangt werden könne (hierzu und zum Folgenden Rn. 43). In welcher Häufigkeit das möglich sei, ergebe sich hieraus aber nicht. Der Unionsgesetzgeber habe also die Modalitäten der Umsetzung einer Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung insoweit nicht festlegen wollen (Rn. 44).

Maßgeblich sei somit die allgemeine Vorgabe aus Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG, wonach die von der nationalen Regulierungsbehörde auferlegten Verpflichtungen gerade auch nach Art. 13 der Richtlinie der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und im Hinblick auf die Ziele nach Art. 8 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG angemessen und gerechtfertigt sein müssen (Rn. 45 f.). Wegen der schnellen Entwicklung der Telekommunikationsmärkte aufgrund des technologischen Fortschritts könne eine Verpflichtung zur jährlichen Anpassung der Entgelte, die dem verpflichteten Betreiber ein Mindestmaß an Rechtssicherheit gewährleiste und die Transparenz der regulatorischen Maßnahmen sicherstelle, diesen Vorgaben entsprechen (Rn. 46). Sie ist also nicht etwa von vornherein unverhältnismäßig.

Die nationalen Regulierungsbehörden könnten einem zur kostenorientierten Preisgestaltung verpflichteten Betreiber daher vorschreiben, „seine Preise jährlich anhand der aktuellsten Daten festzulegen und ihnen eine Rechtfertigung dieser Preise vorzulegen, wenn derartige Verpflichtungen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen, angemessen sind und im Hinblick auf die Ziele des Art. 8 der Rahmenrichtlinie ... gerechtfertigt sind“ (Rn. 47). Die endgültige Beurteilung der Angemessenheit bleibt damit den mitgliedstaatlichen Gerichten vorbehalten.

b) Keine Notwendigkeit der Durchführung einer neuen Marktanalyse

Der EuGH wendet sich dann einem zentralen Einwand von Polkomtel zu, der von der niederländischen Regierung unterstützt worden war und dem zufolge die Verpflichtung zur Anpassung kostenorientierter Preise die Verknüpfung zwischen der Durchführung einer Marktanalyse und der Auferlegung einer hierauf basierenden Vorabverpflichtung unterlaufe.²¹ Sehr knapp – aber im Ergebnis uneingeschränkt zustimmungswürdig – weist der Gerichtshof diesen Einwand zurück. Insbesondere auch angesichts des 15. Erwägungsgrunds der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG (Rn. 48) sei die Durchführung einer neuen Marktanalyse nicht erforderlich, wenn die nationale Regulierungsbehörde die Auferlegung einer spezifischen

18 Siehe auch Erwägungsgrund 21 der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG.

19 Siehe auch GA *Tanchev*, ECLI:EU:C:2017:611, Rn. 48 (Schlussanträge v. 26.7.2017 – Rs. C-277/16) – *Polkomtel*.

20 Zumindest missverständlich daher etwa Kommission, Beschl. v. 13.3.2014 – Az. C (2014) 1787 final – Sache DE/2014/1566, S. 5 (grundsätzlich Orientierung „an den tatsächlichen Kosten“ im Falle einer Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung).

21 Vgl. GA *Tanchev*, ECLI:EU:C:2017:611, Rn. 51 f. (Schlussanträge v. 26.7.2017 – Rs. C-277/16) – *Polkomtel*.

Verpflichtung beabsichtigt, mit der eine zuvor auferlegte allgemeine Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung durchgesetzt werden soll (Rn. 49). Die Durchführung eines nationalen Konsultationsverfahrens und eines unionsweiten Konsolidierungsverfahrens dürfte dem Argumentationsansatz der EuGH zufolge (Rn. 45) und im Lichte seiner bisherigen Rechtsprechung²² aber grundsätzlich (also bei entsprechender Bedeutung) erforderlich sein, bevor einem zur kostenorientierten Preisgestaltung verpflichteten Betreiber die Pflicht zur jährlichen Preiskontrolle auferlegt wird.

c) Keine Grundrechtsverletzung bei richtlinienkonformer Verpflichtung

Zu guter Letzt hatte der EuGH mit Blick auf die zweite Vorlagefrage zu prüfen, ob die Auferlegung einer jährlichen Entgeltkontrollverpflichtung das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GRCh verletzt und deshalb unzulässig ist. Der EuGH führt zunächst aus, dass das Grundrecht aus Art. 16 GRCh auf der einen Seite zwar u.a. als Bestandteil der geschützten Vertragsfreiheit die Freiheit umfasst, den Preis für eine Leistung festzulegen,²³ auf der anderen Seite aber nicht schrankenlos gilt (Rn. 50). Die Befugnis der nationalen Regulierungsbehörde, von einem Betreiber zu verlangen, seine Preise jährlich zu aktualisieren und einer regelmäßigen Kontrolle zu unterwerfen, stelle vor diesem Hintergrund einen Eingriff dar, der nur unter den Voraussetzungen des Art. 52 Abs. 1 GRCh zulässig sei (Rn. 51).

Diesen Anforderungen genüge nach Auffassung des EuGH der im Ausgangsverfahren streitgegenständliche Bescheid des Präsidenten der polnischen Regulierungsbehörde (hierzu und zum Folgenden Rn. 52): Er beruhe, erstens, auf einer Vorschrift des polnischen Rechts und sei damit gesetzlich vorgesehen. Dabei sei, zweitens, der Wesensgehalt der unternehmerischen Freiheit nicht beeinträchtigt worden, da der betreffende Betreiber die Terminierungsleistungen weiterhin erbringen konnte. Die mit der polnischen Regelung verfolgten Ziele des Allgemeininteresses entsprächen, drittens, den Zielen der Union, insbesondere nach Art. 8 Abs. 2 und 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG sowie Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG. Schlussendlich entspreche das von Art. 52 Abs. 1 GRCh außerdem normierte Erforderlichkeitsmaß den in Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG vorgesehenen Voraussetzungen (denen zufolge Vorabverpflichtungen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und im Hinblick auf die Ziele nach Art. 8 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG angemessen und gerechtfertigt sein müssen). Sofern diese Voraussetzungen vorliegen – was das mitgliedstaatliche Gericht zu prüfen habe (Rn. 52 f.) –, stehe Art. 16 GRCh einer Befugnis der nationalen Regulierungsbehörde nicht entgegen, „von einem als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf einem bestimmten Markt eingestuftem Unternehmen zu verlangen, jährlich seine Gebührensätze zu aktualisieren, und sie einer regelmäßigen Kontrolle zu unterwerfen“ (Rn. 54).

d) Zwischenergebnis

Ob die nationale Regulierungsbehörde einem zur kostenorientierten Preisgestaltung verpflichteten Betreiber vorschreiben darf, seine Preise jährlich anhand der aktuellsten Daten festzulegen und ihr diese Preise sowie ihre Rechtfertigung vor ihrer Anwendung zum Zweck der Verifizierung vorzulegen, richtet sich damit insgesamt vor allem danach, ob eine solche Verpflichtung im konkreten Einzelfall den allgemeinen Anforderungen aus Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG an Vorabverpflichtungen entspricht. Unter dieser Voraussetzung stehen nach der Entscheidung des EuGH auch Art. 13 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie und Art. 16 GRCh einer solchen Vorgabe nicht entgegen (Rn. 55). Das überzeugt sowohl im Ergebnis als auch in der argumentativen Herleitung.

3. Vorlagefrage 3: Voraussetzungen für Anpassungsverlangen

Mit seiner dritten Vorlagefrage wollte das Oberste Gericht Polens wissen, ob die Befugnis, von einem zur kostenorientierten Preisgestaltung verpflichteten Unternehmen die Anpassung des Preises verlangen zu können, voraussetzt, dass der Betreiber vor zunächst selbständig den Preis bestimmt und ihn bereits anwendet. Diese Frage beruht auf der polnischen Sprachfassung von Art. 13 Abs. 3 S. 3 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG, die ein solches Verständnis nahelegt (Rn. 56), da sie – wie auch die spanische Sprachfassung – auf eine Rechtfertigung und Anpassung der „angewandten“ Preise abstellt.²⁴ Nach anderen Sprachfassungen – u.a. der deutschen – muss der Betreiber demgegenüber mit der Anwendung der anzupassenden Entgelte noch nicht notwendigerweise begonnen haben (Rn. 58). Zur Klärung der damit aufgeworfenen Frage verweist der EuGH auf seine ständige Rechtsprechung, der zufolge die Bestimmungen des Unionsrechts einheitlich ausgelegt und angewandt werden müssen, so dass bei abweichenden Sprachfassungen eines Rechtstexts die fragliche Vorschrift anhand der allgemeinen Systematik und des Zwecks der Regelung auszulegen ist, zu der sie gehört (Rn. 59).²⁵

Diesbezüglich weist der EuGH zum einen darauf hin, dass Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG die Möglichkeit einer Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung enthalte, während Art. 13 Abs. 3 (S. 3) der Richtlinie den nationalen Regulierungsbehörden die Mittel an die Hand gebe, um die Durchsetzung dieser Befugnis sicherzustellen und sich zu vergewissern, dass der Betreiber tatsächlich kostenorientierte Preise anwendet (Rn. 60). Zum anderen seien die nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 8 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG bei der Wahrnehmung ihrer im Rechtsrahmen festgelegten regulatorischen Aufgaben befugt, alle angezeigten Maßnahmen zu treffen, die den in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie vorgegebenen Zielen dienen (hierzu und zum Folgenden Rn. 61). Die Anwendung der Befugnisse aus Art. 13 Abs. 3 (S. 3) der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG ermögliche es den nationalen Regulierungsbehörden somit, den Zielvorgaben aus Art. 8 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG und aus Art. 13 Abs. 1 und 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG zu dienen.

Die entscheidende Anwendung dieser Grundsätze auf die konkret zu beantwortende Frage nimmt der EuGH dann in einem einzigen Satz vor: Könnten die nationalen Regulierungsbehörden von einem zur kostenorientierten Preisgestaltung verpflichteten Betreiber eine Rechtfertigung und ggf. Anpassung der Entgelte nur verlangen, wenn diese Entgelte bereits angewendet werden, würden die genannten Ziele nicht immer erreicht werden (Rn. 62). In der Sache ist diese sehr kondensierte Begründung zutreffend: Könnten die nationalen Regulierungsbehörden erst kontrollierend eingreifen, wenn ein zur kostenorientierten Preisgestaltung verpflichteter Betreiber Entgelte bereits anwendet, sie also von Zugangsnachfragern für die Erbringung von Vorleistungen bzw. die Gewährung des Netzzugangs verlangt, würde diese regulatorische Kontrolle erst mit zeitlicher Verzögerung wirken. Das könnte Zugangsnachfrager von der Inanspruchnahme des Zugangs abhalten und dadurch den Wettbewerb zulasten der Endnutzer schwächen, zur Weitergabe überhöhter Zugangsentgelte an die Endnutzer führen und sie damit schädigen oder den Wettbewerb auf Vorleistungsebene verzerren, was insgesamt im Widerspruch zu den Regulierungszielen und den Zwecken der Entgeltregulierung stünde. Zwar könnten entsprechende

22 EuGH, N&R 2016, 178, 179 = ECLI:EU:C:2016:9, Rn. 42 ff. (Urt. v. 14.1.2016 – Rs. C-395/14) – *Vodafone*; zustimmend *Cornils*, N&R 2017, 178; ablehnend *Neumann*, N&R 2016, 146.

23 Entsprechend für Art. 12 GG BVerfG, ZNER 2012, 65, 68 Rn. 45 (Beschl. v. 8.12.2011 – Az. 1 BvR 1932/08); BVerwG, N&R 2014, 177, 180 Rn. 28 (Beschl. v. 26.2.2014 – Az. 6 C 3.13); 2014, 46, 51 Rn. 39 (Urt. v. 25.9.2013 – Az. 6 C 13.12).

24 *GAanchev*, ECLI:EU:C:2017:611, Rn. 77 (Schlussanträge v. 26.7.2017 – Rs. C-277/16) – *Polkomtel*.

25 Siehe auch EuGH, EWS 2011, 299, 300 = ECLI:EU:C:2011:374, Rn. 23 f. (Urt. v. 9.6.2011 – Rs. C-52/10) – *Eleftheri tileorasi und Giannikos*; NJW 2009, 165, 167 = ECLI:EU:C:2008:551, Rn. 38 f. (Urt. v. 9.10.2008 – Rs. C-239/07) – *Julius Sabatauskas u. a.*

Nachteile auch durch einen Ex-post-Eingriff der nationalen Regulierungsbehörde abgestellt werden. Die bis dahin eingetretenen Nachteile – wie etwa nicht erzielte Marktanteilsgewinne oder gar eingetretene Marktanteilsverluste eines Wettbewerbers sowie erfolgte Schädigungen der Endnutzer etwa durch zu hohe Endkundenpreise – wären nachträglich aber nicht oder nur sehr schwer ungeschehen zu machen.²⁶

Es ist dem EuGH daher zuzustimmen, wenn er auf Grundlage seiner systematisch-funktionalen Betrachtung zu dem Ergebnis gelangt, dass eine nationale Regulierungsbehörde nach Art. 13 Abs. 3 (S. 3) der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG „einem Betreiber, der nach Art. 13 Abs. 1 dieser Richtlinie zur kostenorientierten Preisgestaltung verpflichtet worden ist, eine Verpflichtung zur Anpassung der Preise auferleg[en] kann, bevor oder nachdem er mit ihrer Anwendung begonnen hat“ (Rn. 63).

III. Praxisfolgen

Das Urteil des Gerichtshofs klärt zum einen grundlegende Fragen zu den unionsrechtlichen Vorgaben für die Regulierung von Zugangsentgelten. Zum anderen wird damit aber natürlich auch der Blick auf weitere klärungsbedürftige Aspekte geschärft.

1. Tatsächliche Kosten der Leistungsbereitstellung keine Entgeltuntergrenze

Die unmittelbare Praxisfolge des Judikats aus Luxemburg dürfte in der endgültigen Klarstellung liegen, dass die tatsächlichen Kosten der Leistungsbereitstellung jedenfalls dann keine Untergrenze für regulatorisch festgelegte Entgelte sind, wenn dem betreffenden Betreiber eine Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung auferlegt worden ist. Einziger Wermutstropfen ist in dieser Hinsicht der Umstand, dass der EuGH sich bei der Beantwortung der diesbezüglichen (ersten) Vorlagefrage auf eine Auslegung des Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation beschränkt hat und nicht auf grundlegende Aspekte eingegangen ist. Diese hat der Gerichtshof ausschließlich bei der zweiten Vorlagefrage thematisiert, also bei der Zulässigkeit einer nachfolgenden Verpflichtung zur jährlichen Rechtfertigung der Entgelte, obwohl die vorgelagerte Auferlegung einer Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung potentiell eingriffintensiver sein dürfte.

Er hat jedoch – im Einklang mit Generalanwalt *Tanchev*²⁷ – seine grundrechtlichen Erwägungen auch auf diese vorgelagerte Verpflichtung zur Kostenorientierung erstreckt und sie ebenfalls für konform mit dem Grundrecht auf unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GRCh erachtet, sofern sie in einer gesetzlichen Vorschrift des nationalen Rechts vorgesehen ist und im konkreten Fall den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsanforderungen aus Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG entspricht (Rn. 52). Da die Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung ausweislich der Antwort des EuGH auf die erste Vorlagefrage keine Deckung der tatsächlich entstehenden Kosten erfordert, hat der Gerichtshof mit seinen diesbezüglichen Überlegungen also letzten Endes – wenn gleich eher in Form eines obiter dictums – auch geklärt, dass die Unionsgrundrechte einer regulatorischen Festlegung von Entgelten unterhalb der tatsächlichen Kosten jedenfalls dann nicht zwingend entgegenstehen, wenn die festgelegten Entgelte nicht unter den Kosten eines effizienten Betreibers liegen, die eine angemessene Rendite einschließen müssen.

Für die deutsche Regulierungspraxis dürften sich hieraus keine weichenstellenden Änderungen ergeben. So wurde insbesondere die Ausrichtung der Ex-ante-Entgeltregulierung an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung i. S. d. jetzt in § 32 Abs. 1 TKG enthaltenen Definition von der Rechtsprechung nie ernstlich in Zweifel gezogen, obwohl die Vorschrift mit der Begrenzung auf die zur Leistungsbereitstellung „notwendigen“ Kosten nicht auf die Ist-Kosten des regulierten Unternehmens

abhebt, sondern auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als normativ vorgegebene Soll-Kosten.²⁸ Vielmehr hat das BVerfG die Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht anhand dieses Maßstabs nicht als unangemessenen Eingriff und damit Verletzung der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG gewertet, da namentlich mit dem Effizienzmaßstab dem Betreiber kein finanzielles Sonderopfer zugunsten der Allgemeinheit auferlegt, sondern lediglich ein möglicherweise lukratives Geschäft unmöglich gemacht werde.²⁹

Offen bleibt damit in erster Linie noch die Frage, ob das Richtlinienrecht eine untere Grenze für regulatorisch festgelegte Entgelte statuiert. Generalanwalt *Tanchev* hatte in seinen Schlussanträgen die Auffassung vertreten, dass „kostenorientierte Preise, die aufgrund einer nach Art. 13 der Zugangsrichtlinie auferlegten Verpflichtung festgesetzt werden, ... nicht unter den Kosten liegen können, die einem effizient handelnden Betreiber durch die Erbringung der betreffenden Zusammenschaltungs- oder Zugangsdienste entstehen“.³⁰ Er hat das mit dem Interesse des regulierten Betreibers an einer Pflege und Weiterentwicklung seiner Infrastruktur und den Anreizen für konkurrierende Betreiber zur Errichtung eigener Infrastruktur begründet. Zwar hat der EuGH diesen Gedankengang nicht aufgenommen und ist vielmehr von der vom Generalanwalt diesbezüglich vorgeschlagenen Formulierung bei der Beantwortung der ersten Vorlagefrage³¹ abgewichen, so dass es hier an einer gerichtlichen Klärung fehlt.³² Die Auffassung des Generalanwalts lässt sich aber in jedem Fall gut hören.³³ Zumindest bedürfte es tragfähiger Gründe, Entgelte unterhalb der so verstandenen Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung festzusetzen, sofern die diesbezüglichen Annahmen des Generalanwalts auch im konkreten Fall greifen.

Zugleich sind die von Generalanwalt *Tanchev* angeführten Gründe letzten Endes aber auch unabhängig von der konkret auferlegten Preiskontrollverpflichtung. Es könnte daher einiges dafür sprechen, kostenorientierte Entgelte in diesem Sinne im Regelfall als generelle Untergrenze für entgeltregulatorische Vorgaben zu verstehen. Das würde zugleich die besondere Hervorhebung der kostenorientierten Preise in Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG erklären: Sie sind eben möglicherweise nicht ein beliebiger „Beispielfall“, sondern zeigen evtl. die Grenze der zulässigen Belastung des regulierten Betreibers auf, dem eine Kostenunterdeckung dann jedenfalls grundsätzlich nur bis zu den Kosten eines effizienten Betreibers zugemutet werden dürfte.³⁴

26 Vgl. aus der Perspektive einer Folgenabwägung im Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes auch z. B. VG Köln, Beschl. v. 5.2.2007 – Az. 21 L 1591/06, Rn. 40 (NRWE).

27 GA *Tanchev*, ECLI:EU:C:2017:611, Rn. 74 (Schlussanträge v. 26.7.2017 – Rs. C-277/16) – *Polkomtel*.

28 *Neumann/Koch*, Telekommunikationsrecht, 2013, Kap. 3 Rn. 267 (S. 238); zum inhaltlich insoweit identischen § 31 (Abs. 2) TKG 2004 BVerfG, N&R 2010, 40, 41 Rn. 21 (Urt. v. 25.11.2009 – Az. 6 C 34.08).

29 BVerfG, ZNER 2012, 65, 68 Rn. 49 (Beschl. v. 8.12.2011 – Az. 1 BvR 1932/08); ebenso dann u. a. BVerfG, N&R 2014, 177, 183 f. Rn. 53 (Beschl. v. 26.2.2014 – Az. 6 C 3.13).

30 Hierzu und zum Folgenden GA *Tanchev*, ECLI:EU:C:2017:611, Rn. 46 (Schlussanträge v. 26.7.2017 – Rs. C-277/16) – *Polkomtel*.

31 Der Generalanwalt hatte eine Einschränkung dahingehend vorgeschlagen, dass kostenunterdeckende Entgelte nur zulässig sind, wenn „sie ... nicht unter den Kosten festgesetzt [werden], die einem effizient handelnden Betreiber durch die Erbringung [des betreffenden] Dienstes entstehen“, GA *Tanchev*, ECLI:EU:C:2017:611, Rn. 49 u. 81 (Schlussanträge v. 26.7.2017 – Rs. C-277/16) – *Polkomtel*.

32 Man könnte natürlich das Fehlen einer expliziten Ablehnung genauso als Zustimmung werten wie das Fehlen einer expliziten Übernahme der diesbezüglichen Überlegungen als Ablehnung, bliebe bei einer solchen Argumentation aber wohl weitgehend im Bereich der Spekulation.

33 Zu den mehrdimensionalen Anforderungen an das Effizienzkostenkriterium siehe auch *Mengering*, Die Entgeltregulierung im Telekommunikations- und Energierecht, 2017, S. 118 ff.

34 In diese Richtung auch bereits *Groebel* (Fn. 8), § 28 Rn. 12, § 30 Rn. 16; *Kühling* (Fn. 7), § 30 Rn. 5 Fn. 11.

2. Andere Preiskontrollverpflichtungen

Das führt unmittelbar zu der Frage, ob und ggf. welche anderen Preiskontrollverpflichtungen Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG zulässt. In dem vom EuGH beurteilten Fall unterlag der regulierte Betreiber einer Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung. Eine solche Kostenorientierung ist den Ausführungen des EuGH zufolge aber nur eine „Modalität“ der von Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG vorgesehenen Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und der Preiskontrolle (Rn. 31). Gemeint ist damit – in den Worten des Generalanwalts *Tanchev* und im Einklang mit einer früheren Entscheidung des Gerichtshofs – ein „Beispielfall“.³⁵ Das spricht deutlich dafür, dass andere Preiskontrollverpflichtungen und insbesondere auch andere Kostenmaßstäbe ebenfalls denkbar sind. Diese Schlussfolgerung wird gestützt durch den vom EuGH ausdrücklich (in Rn. 32) zitierten Erwägungsgrund 20 der Zugangsrichtlinie, dem zufolge der rechtliche Eingriff im Rahmen der Preiskontrolle „relativ zurückhaltend sein und beispielsweise der in Richtlinie 97/33/EG festgelegten Verpflichtung entsprechen [kann], dass die Preise für die Betreiberwahl angemessen sein müssen“, er „aber auch sehr viel weiter gehen und etwa die Auflage beinhalten [kann], dass die Preise zur umfassenden Rechtfertigung ihrer Höhe kostenorientiert sein müssen“.

Diese Formulierung impliziert zugleich einen entsprechenden Ausgestaltungsspielraum der nationalen Regulierungsbehörde. Wie weit dieser Spielraum reicht, ist in der Praxis umstritten. Insbesondere ist umstritten, ob die Auferlegung einer Verpflichtung, Zugangsentgelte im Einklang mit dem Missbrauchsverbot des § 28 TKG festzusetzen, eine zulässige Preiskontrollverpflichtung nach Art. 13 Abs. 3 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG ist³⁶ oder nicht³⁷.

Eine ausdrückliche Aussage zur Reichweite des diesbezüglich bestehenden Ausgestaltungsspielraums lässt sich dem vorliegenden Urteil nicht entnehmen. Allerdings hat der Gerichtshof ausdrücklich den „weiten Ermessensspielraum“ betont, der den nationalen Regulierungsbehörden „bei der Wahl der im jeweiligen Fall aufzuerlegenden Preiskontrollmaßnahmen“ eingeräumt sei, und die Notwendigkeit hervorgehoben, im Einzelfall geeignete Verpflichtungen aufzuerlegen (Rn. 32). Und bereits in einer früheren Entscheidung hatte der EuGH darauf hingewiesen, dass der Kreis der von Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG erfassten Maßnahmen weit zu verstehen ist.³⁸

Zwar wird insbesondere für den Bereich der Zugangsregulierung der Kreis der in Betracht kommenden Vorabverpflichtungen (Transparenz, Gleichbehandlung, getrennte Buchführung, Zugangsgewährung, Preiskontrolle und Kostenrechnung) grundsätzlich³⁹ abschließend umschrieben, wie sich aus Erwägungsgrund 14 S. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG ergibt.⁴⁰ Das mag ggf. auch im Richtlinientext hervorgehobene Grenzen dieser Verpflichtungen wie u.U. gerade die Kostenorientierung im Bereich der Entgeltregulierung⁴¹ umfassen. Davon abgesehen ist die inhaltliche Ausgestaltung der Vorabverpflichtungen aber gerade nicht ausdrücklich abschließend geregelt.⁴² Eine andere Sichtweise stünde auch mit der in Art. 16 Abs. 2 und 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG sowie Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG ausdrücklich hervorgehobenen Notwendigkeit einer flexiblen, problemsprechenden Regulierung und dem dafür vorgesehenen weiten Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden⁴³ nicht im Einklang.

Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dass auch die Festlegung eines bloßen Missbrauchsmaßstabs jedenfalls dann eine zulässige Maßnahme der Preiskontrolle i. S. v. Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG ist, wenn sie eine vorherige Prüfung der Entgelte an diesem Maßstab (in Form einer Ex-ante-Genehmigung) vorsieht, sofern das eine problemsprechende und verhältnismäßige Reaktion auf das festgestellte Wettbewerbsproblem ist. Durch die Notwendigkeit einer

vorherigen Überprüfung des Entgeltes handelt es sich schon dem Wortlaut nach um eine Verpflichtung der Preiskontrolle,⁴⁴ unabhängig von dem zur Anwendung gelangenden Maßstab.⁴⁵ Dementsprechend hat der EuGH im hier besprochenen Urteil die Verpflichtung, in regelmäßigen Abständen eine Rechtfertigung für die anhand des im konkreten Fall anwendbaren, aber mit gesonderter Verpflichtung auferlegten Kostenmaßstabs festgelegten Entgeltsätze vorzulegen, ohne weiteres als eine Vorabverpflichtung i. S. v. Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG verstanden. Aber auch die Verpflichtung eines Betreibers, seine Entgelte einer nachträglichen Kontrolle durch die nationale Regulierungsbehörde in einem besonders ausgestalteten Verfahren zu unterziehen, dürfte schon mit Blick auf die damit vorab begründete Verpflichtung, solche (Ex-post-) Kontrollen der Entgelte zu dulden, und ebenfalls unabhängig von dem anwendbaren Kostenmaßstab eine spezifische Verpflichtung der Preiskontrolle i. S. v. Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG sein.⁴⁶

3. Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung

Ungeachtet der Frage, ob mit der Verpflichtung zur Kostenorientierung eine absolute Untergrenze für

35 Siehe dazu bereits Fn. 6 und 8.

36 *Groebel* (Fn. 8), § 28 Rn. 13; *Mayen*, in: Scheurle/Mayen, 3. A., 2018, § 27 Rn. 10; siehe auch Bundesnetzagentur, Beschl. v. 28.10.2015 – Az. BK 3h-14/114, Ziff. 2.1 des Tenors.

37 *Kleinlein/Schubert*, N&R 2017, 270, 273.

38 EuGH, N&R 2016, 178, 179 = ECLI:EU:C:2016:9, Rn. 42 (Urt. v. 14.1.2016 – Rs. C-395/14) – *Vodafone*. Siehe auch *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch* (Fn. 1), S. 139; *Scherer*, K&R 2002, 329.

39 Zur Ausnahme siehe Art. 8 Abs. 3 UAbs. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG; vgl. auch *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch* (Fn. 1), S. 141.

40 *Grussmann/Honekamp*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 7), Einl. B Rn. 128, 132; *Kleinlein/Schubert*, N&R 2017, 270, 271; *Klotz* (Fn. 2), Einl. II Rn. 152; *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch* (Fn. 1), S. 135, 222.

41 So BVerwG, N&R 2014, 46, 48 Rn. 24 (Urt. v. 25.9.2013 – Az. 6 C 13.12).

42 *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch* (Fn. 1), S. 139 f., 222. So für den Bereich der Preiskontrolle ausdrücklich auch *Klotz* (Fn. 2), Einl. II Rn. 166. Evtl. a.A. *Kleinlein/Schubert*, N&R 2017, 270, 271, die aber hinsichtlich des Maßstabs von einer Spanne von den vermeidbaren Kosten als Untergrenze bis hin zu den Kosten, die anfielen, wenn die betreffende Leistung unabhängig von anderen Leistungen bereitgestellt würde („Stand-alone“-Kosten), als Obergrenze ausgehen, innerhalb derer ohne weiteres auch die Schwelle missbräuchlich überhöhter Entgelte liegen dürfte; so im Ergebnis auch *Schütz/Neumann*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 7), § 28 Rn. 4.

43 Siehe hierzu auch EuGH, N&R 2016, 307, 308 = ECLI:EU:C:2016:692, Rn. 36 (Urt. v. 15.9.2016 – Rs. C-28/15) – *Koninklijke KPN u. a.*; *Klotz* (Fn. 2), Einl. II Rn. 153.

44 Zu kurz dürfte es daher greifen, wenn *Kleinlein/Schubert*, N&R 2017, 270, 273, allein darauf abheben, dass keine Verpflichtung betreffend die Kostendeckung vorliege. Angesichts der ausdrücklichen und zutreffenden Differenzierung durch den EuGH (siehe oben, unter II. 1. a)) reicht es aus, dass es sich um eine Verpflichtung betreffend die Preiskontrolle (anhand des Missbrauchsmaßstabs) handelt.

45 Das muss zumindest dann gelten, wenn gegen den Maßstab selbst keine unionsrechtlichen Bedenken bestehen. Solche sind bei einem bloßen Missbrauchsmaßstab eher fernliegend, der einerseits das ohnehin für marktbeherrschende Unternehmen geltende Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV) aufgreift und andererseits jedenfalls auch innerhalb einer von der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG ggf. nur zugelassenen Bandbreite liegt, siehe zu Letzterem oben, in Fn. 42.

46 *Groebel* (Fn. 8), § 30 Rn. 3; *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch* (Fn. 1), S. 223 f.; im Ergebnis ebenso *Kühling* (Fn. 7), § 30 Rn. 5; *Mayen* (Fn. 36), § 27 Rn. 10, § 30 Rn. 8; *Schütz/Neumann* (Fn. 42), § 28 Rn. 4. A. A. – allerdings unter der Prämisse einer bloßen Zuständigkeitsverlagerung und ohne Einbeziehung spezifischer Verfahrensvorgaben – *Klotz* (Fn. 2), Einl. II Rn. 171, im Widerspruch zu den Ausführungen zur strukturell identischen Vorgabe für Endnutzerentgelte in Art. 17 Abs. 2 der Universalienrichtlinie 2002/22/EG a. a. O., Rn. 172. Zum Meinungsstreit auch *Groebel* (Fn. 8), § 27 Rn. 16. Keine grundsätzlichen Bedenken, aber im konkreten Fall ablehnend wegen vermeintlich ungenügender Eignung und Wirksamkeit (insbesondere mit Blick auf nach Auffassung der Kommission mangelnde Rechtssicherheit für die Zugangsnachfrager und unzureichende Förderung effizienter Investitionen) Kommission, Beschl. v. 3.8.2012 – Az. C (2012) 5689 – Sache DE/2012/1350, S. 4.

regulierungsbehördlich festgelegte Entgelte definiert wird (aber natürlich erst recht unter dieser Prämisse), ist für den in der Praxis besonders bedeutsamen Kostenmaßstab der kostenorientierten Preisgestaltung auch im Lichte des vorliegenden Urteils die Bestimmung der „Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung“ i. S. v. Art. 13 Abs. 3 S. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG von erheblicher Relevanz. Sie sind jedenfalls ein wichtiger Maßstab für die Kontrolle, ob eine solche Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung eingehalten wurde. Mangels abschließender Definition in der Richtlinie⁴⁷ hat sich dementsprechend in der Regulierungspraxis die Diskussion in den letzten Jahren gerade auch um die Frage gedreht, was unter den „Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung“ zu verstehen ist.

In Deutschland wurde das vor allem mit der Gegenüberstellung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung i. S. v. § 32 Abs. 1 TKG (bzw. § 31 Abs. 2 TKG 2004) mit den einem effizienten Betreiber entstehenden Kosten i. S. v. Ziff. 1 S. 1 der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG relevant:⁴⁸ Erstgenannte Kosten enthalten insbesondere auch einen „angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten“, also einen Anteil an den Kosten von Produktionsmitteln, die auch für andere Leistungen des Betreibers genutzt werden. Demgegenüber umfassen letztgenannte lediglich die Kosten, die vermieden werden, wenn die betreffende Zugangsleistung (konkret: die Anrufterminierung) nicht länger für Dritte erbracht wird (Ziff. 6 S. 5 der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG). Es werden daher insbesondere leistungsmengenneutrale Gemeinkosten nicht erfasst,⁴⁹ da diese definitionsgemäß auch für die Erbringung anderer Leistungen anfallen, also durch eine Einstellung der Zugangsleistung nicht entfielen. Das hat zur Folge, dass die Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung i. S. d. TKG (u. U. deutlich) über den einem effizienten Betreiber entstehenden Kosten der Terminierungsempfehlung liegen.

In seinem vorliegenden Urteil äußert sich der Gerichtshof nicht ausdrücklich zu der Frage, was unter den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung i. S. v. Art. 13 Abs. 3 S. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG zu verstehen ist. Er nimmt jedoch gerade auch bei der Ausleuchtung dieses Begriffs explizit Bezug auf die Terminierungsempfehlung 2009/396/EG, obwohl dies, wie (oben, unter II. 1. b)) dargelegt, methodisch nicht erforderlich und eher zweifelhaft war. Stattdessen übernimmt er in seiner Antwort auf die zweite Vorlagefrage die Terminologie der Terminierungsempfehlung („Kosten ... eines effizienten Betreibers“) (Rn. 40) und weicht damit vom Wortlaut der Zugangsrichtlinie ab („Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung“). Darüber hinaus hat der EuGH diese Empfehlung auch bereits in einem früheren Urteil herangezogen,⁵⁰ ohne auf den begrenzten Umfang seiner rechtlichen Würdigung hinzuweisen, wie er es in anderen Fällen bereits praktiziert hatte,⁵¹ um zu verdeutlichen, dass er darüber hinausgehende Kritik zur Kenntnis genommen, über sie aber (noch) nicht entschieden hat. In der Zusammenschau spricht das tendenziell dafür, dass der EuGH zumindest keine gravierenden Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG hat.

4. Umsetzung der Pflicht zur kostenorientierten Preisgestaltung

Ein weiterer interessanter Punkt des vorliegenden Urteils betrifft den Umstand, dass auch nach Einschätzung des EuGH die Entgeltkontrolle in einem gestuften Verfahren erfolgt: In einem ersten Schritt wird nach Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG die grundsätzliche Verpflichtung zur Preiskontrolle – namentlich in Form einer allgemeinen Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung (Rn. 49) – auferlegt. Die grundsätzliche Preiskontrollverpflichtung wird dann in einem zweiten Schritt konkret umgesetzt (Rn. 42, 44) bzw. durchgesetzt (Rn. 49). Diese zustimmungswürdige Erkenntnis⁵² steht in einem gewissen Spannungszusammenhang zu einer früheren Entscheidung des EuGH zur Notwendigkeit eines Konsolidierungsverfahrens vor Erlass einer Entgeltgenehmigung. Dort hatte der Gerichtshof noch ausdrücklich festgestellt, dass nicht zwischen „Grundmaßnahmen“

und darauf bezogene „Umsetzungsmaßnahmen“ zu unterscheiden sei.⁵³

Dieser potentielle Widerspruch lässt sich allerdings bzw. nur auflösen, wenn man den seinerzeitigen Bezugsrahmen in den Blick nimmt: Sofern sich eine Maßnahme zur Umsetzung oder Durchsetzung einer Preiskontrollverpflichtung ihrerseits als eine Verpflichtung betreffend die Kostendeckung oder Preiskontrolle i. S. v. Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG erweist, unterscheidet sie sich nach Auffassung des Gerichtshofs in Bezug auf die sonstigen Vorgaben des Rechtsrahmens qualitativ nicht von der Verpflichtung, deren Umsetzung bzw. Durchsetzung sie dient.⁵⁴ Insbesondere müssen ihr deshalb nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ggf. ein nationales Konsultations- und ein unionsweites Konsolidierungsverfahren vorangehen. Ein solches Verständnis der Konzeption des EuGH wird durch das vorliegende Urteil bestätigt, das für Verpflichtungen, mit denen die Modalitäten der Umsetzung einer Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung festgelegt werden, auf Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG und die dort u. a. vorgesehene Durchführung der beiden Verfahren nach Art. 6 und 7 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG verweist (Rn. 45).⁵⁵

5. Ausblick: Kodex für elektronische Kommunikation

In seinen grundsätzlichen Aussagen wird das vorliegende Urteil nach derzeitigem Stand auch nach der laufenden Reform des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation relevant bleiben. Insbesondere haben weder Kommission⁵⁶ noch Parlament⁵⁷ oder der Rat⁵⁸ bislang diesbezügliche Änderungen vorgeschlagen: Art. 13 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG würden vielmehr praktisch unverändert in Art. 72 des Kommunikationskodex übernommen werden.⁵⁹

47 Kühling (Fn. 7), § 32 Rn. 2; Ludwigs (Fn. 12), S. 198 f.

48 Siehe hierzu etwa Coppik, N&R 2014, 20; Groebel (Fn. 8), § 31 Rn. 5 ff.; Mengerling (Fn. 33), S. 98 ff.; Säcker/Mengerling, N&R 2014, 74, 77 ff.

49 Kleinlein/Schubert, N&R 2017, 270, 272; Ludwigs (Fn. 12), S. 200.

50 EuGH, N&R 2016, 307 = ECLI:EU:C:2016:692 (Urt. v. 15.9.2016 – Rs. C-28/15) – Koninklijke KPN u. a.

51 Etwa zur Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie 2006/24/EG, die er zunächst in Bezug auf die Wahl der Rechtsgrundlage für primärrechtskonform erklärt hat, dabei aber explizit von der Prüfung einer Grundrechtsverletzung absah, siehe EuGH, ECLI:EU:C:2009:68, Rn. 57 (Urt. v. 10.2.2009 – Rs. C-301/06) – Irland/Parlament und Rat. Eine solche Prüfung erfolgte später mit der Folge, dass der EuGH die Richtlinie dann in einem zweiten Urteil für ungültig erklärte, EuGH, ECLI:EU:C:2014:238 (Urt. v. 8.4.2014 – verb. Rs. C-293/12 und C-594/12) – Digital Rights Ireland.

52 Neumann, N&R 2016, 146, 149.

53 EuGH, N&R 2016, 178 = ECLI:EU:C:2016:9 (Urt. v. 14.1.2016 – Rs. C-395/14) – Vodafone.

54 So in der Sache auch Cornils, N&R 2017, 178, 181.

55 Eine hier nicht weiter zu vertiefende Frage ist, ob damit alle Umsetzungsmodalitäten Gegenstand des „weiten Ermessens“ der nationalen Regulierungsbehörden sein müssen oder ob hier nicht angesichts der bewussten Enthaltung des Richtliniengesetzgebers (Rn. 44) die grundsätzliche Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten greift und Raum für eine gesetzliche Ausgestaltung lässt. In letztgenanntem Sinne wohl VG Köln, Urt. v. 21.12.2016 – Az. 21 K 5914/13, Rn. 86 (NRWE); Fetzer (Fn. 12), § 31 Rn. 1, § 33 Rn. 1. Zum Zusammenhang zwischen unionsrechtlicher Regelung und der die institutionelle und verfahrensrechtliche Autonomie umfassenden Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten siehe zusammenfassend Neumann/Sickmann/Alkas/Koch (Fn. 1), S. 227 f. m. w. N.

56 Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, COM (2016) 590 final/2.

57 Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie, Bericht v. 19.10.2017 – A8-0318/2017.

58 Rat, Vorschlag v. 9.10.2017 – 12797/1/17 REV 1.

59 Zu den diskutierten Änderungen in Bezug auf eine materiell stärkere Ausrichtung an dem neuen Konnektivitätsziel siehe Neumann, N&R 2016, 262, 267; Scherer/Heimickel, MMR 2017, 71, 75; beachtliche Bedenken insoweit bei Scherer/Heckmann/Heimickel/Kiparski/Ufer, CR 2017, 197, 201.

Etwas anders gilt freilich für den speziellen Bereich der Terminierungsentgelte, auf den sich auch das hier besprochene Urteil bezieht: Hier sehen die derzeit vorliegenden Vorschläge der europäischen Institutionen trotz zahlreicher Abweichungen in den Einzelheiten in Art. 73 des Kodexentwurfs vor, dass wesentliche Aspekte der Entgeltfestsetzung bereits auf Richtlinienenebene geregelt werden und überdies künftig die Kommission in Weiterentwicklung der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG verbindliche Vorgaben für einheitliche Zustellungshöchstentgelte erlassen soll.⁶⁰

60 Kritisch zum Vorschlag der Kommission *Gerpott*, K&R 2016, 801, 805; *Neumann*, N&R 2016, 262, 269; siehe auch *Scherer/Heinickel*, MMR 2017, 71, 75 („marktferne Tradition der Preissetzung durch EU-Rechtsakt“).

Regelung von Fragen der Entgeltgenehmigung im Rahmen einer Regulierungsverfügung

VG Köln, Beschl. v. 31.1.2018 – Az. 21 L 2426/17*

§§ 13, 14, 30, 31, 35, 137 TKG

1. Eine Regulierungsverfügung, die im Rahmen der in § 14 Abs. 2 S. 1 TKG vorgesehenen zeitabschnittswisen Überprüfung Verpflichtungen aus einer früheren Regulierungsverfügung beibehält, ändert und ergänzt, ersetzt diese frühere Regulierungsverfügung umfassend, so dass im Falle der Aufhebung einzelner Verpflichtungen inhaltsgleiche Verpflichtungen in der früheren Verfügung nicht wieder (isoliert) aufleben.
2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Regulierungsverfügung ist grundsätzlich der Zeitpunkt ihres Erlasses.
3. Im Rahmen einer Regulierungsverfügung dürfen Fragen der Entgeltgenehmigung nach § 31 TKG nicht geregelt werden.

[Leitsätze der Schriftleitung]

Der Antragstellerin wurden mit Regulierungsverfügung der Bundesnetzagentur vom 30. August 2016 (Az. BK 3b-15/060) verschiedene Verpflichtungen in Bezug auf ihre beträchtliche Marktmacht auf dem Markt für Anrufzustellung in ihr Mobilfunk auferlegt, u.a. in Form von diversen Zugangsverpflichtungen in Ziff. 1 bis 3 des Beschlusstextes, namentlich einschließlich der Pflicht zur Anrufzustellung (Terminierung) in Ziff. 2. In Ziff. 7 des Tenors werden insbesondere die Entgelte für eine Zugangsgewährung nach Ziff. 1. bis 3. des Tenors der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen. In Ziff. 7.1 ist darüber hinaus festgelegt, dass die Entgelte für Terminierungen nach Ziff. 2 grundsätzlich gemäß der in der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG empfohlenen Vorgehensweise genehmigt werden und hierbei das in Erwägungsgrund 2 dieser Empfehlung genannte Ziel einer unionsweiten Harmonisierung angemessen zu berücksichtigen ist. Weiter regelt Ziff. 7.2, dass die Entgelte für die Gewährung der Zugänge nach Ziff. 1 und 3 auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG unter Zugrundelegung symmetrischer Anforderungen und vorrangig per Vergleichsmarktbetrachtung i.S.v. § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG genehmigt werden. Mit ihrem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz begehrt die Antragstellerin sinngemäß, die aufschiebende Wirkung ihrer Klage hinsichtlich Ziff. 7 des Beschlusses der Bundesnetzagentur, hilfsweise gegen den Beschluss insgesamt anzuordnen.

Aus den Gründen

Der [...] Antrag [...] hat im tenorierten Umfang [und damit hinsichtlich Ziff. 7.1 und 7.2 des Beschlusstextes] Erfolg. Der Antrag ist insgesamt zulässig. Insbesondere steht der Zulässigkeit des Antrags nicht ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis entgegen, soweit Ziffer 7 Satz 1 der Regulierungsverfügung angegriffen wird. Ein Fehlen des

Rechtsschutzbedürfnisses wäre allenfalls anzunehmen, wenn eine Aufhebung von Ziffer 7 Satz 1 der Regulierungsverfügung „nur“ dazu führte, dass die – jedenfalls im Wesentlichen – inhaltsgleiche Ziffer I 7 Satz 1 der Regulierungsverfügung vom 19. Juli 2013 [...] wieder auflebt. Indes ist dies nicht der Fall, da mit der angegriffenen Regulierungsverfügung – bezogen auf den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens, den 1. Dezember 2016 – die Regulierungsverfügung vom 19. Juli 2013 umfassend ersetzt wurde. Es handelt sich insoweit um eine insgesamt neue Sachentscheidung und nicht lediglich um eine wiederholende Verfügung. Dies wird schon am Tenor der Regulierungsverfügung vom 30. August 2016 deutlich. Zunächst heißt es darin, dass die im Beschluss vom 19. Juli 2013 auferlegten Verpflichtungen wie folgt beibehalten und geändert bzw. neu auferlegt würden. Dann folgt eine umfassende Regelung aller Regulierungsverpflichtungen. Das kann nur bedeuten, dass ab dem 1. Dezember 2016 nur die angegriffene Regulierungsverfügung umfassend Geltung beanspruchen sollte. Dementsprechend hat sich die Bundesnetzagentur in den Gründen der Regulierungsverfügung mit allen auferlegten Regulierungsverpflichtungen auseinandergesetzt. Gegen eine neue Sachentscheidung spricht nicht, dass sich in der Regulierungsverfügung vom 30. August 2016 keine Ausführungen über die Rücknahme oder den Widerruf der zuvor ergangenen Behördenentscheidung finden. Solche Ausführungen waren nicht veranlasst, denn die Vorentscheidung ist durch die überholende Entscheidung gemäß § 43 Abs. 2 VwVfG „auf andere Weise erledigt“.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Juni 2011 – 6 C 3.10 –, juris, Rn. 13.

Die „auf andere Weise erledigte“ Regulierungsverfügung vom 19. Juli 2013 würde auch nicht dadurch wieder „aufleben“, dass Ziffer 7 Satz 1 der angegriffenen Regulierungsverfügung aufgehoben wird. Denn die angegriffene Regulierungsverfügung zielt – wie gesagt – auf eine umfassende Regelung der regulatorischen Verpflichtungen ab dem 1. Dezember 2016. Dies schließt es – bei Aufhebung einzelner Verpflichtungen aus der Regulierungsverfügung – aus, ein isoliertes „Aufleben“ von Altverpflichtungen anzunehmen. Dem steht die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Verhältnis von vorläufigen zu endgültigen Regulierungsverfügungen nicht entgegen. Dass bei Aufhebung einer endgültigen Regulierungsverfügung die vorläufige Regulierungsverfügung wieder Geltung beansprucht, liegt im Zweck der vorläufigen Regulierungsverfügung – Klärung der Rechtslage bis zum endgültigen Erlass einer Regulierungsverfügung – begründet. Anders liegt es hingegen im Verhältnis der zeitabschnittswise ergehenden Regulierungsverfügungen, vgl. § 14 Abs. 2 Satz 1 TKG.

Vgl. zur vorläufigen Regulierungsverfügung BVerwG, Urteile vom 25. März 2009 – 6 C 3.08 –, juris, Rn. 16 ff. [= N&R 2009, 205, 206 f.] und 9. Mai 2012 – 6 C 3.11 –, juris, Rn. 14.

Der Antrag ist teilweise begründet. Im Verfahren nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO entscheidet das Gericht auf der Grundlage einer eigenen Abwägung des widerstreitenden Vollzugsinteresses der Antragsgegnerin und des Suspensivinteresses der Antragstellerin. Wesentliches Element dieser Interessensabwägung ist – auch, wenn von Gesetzes wegen der Sofortvollzug angeordnet worden ist (vgl. § 137 Abs. 1 TKG) – die Beurteilung der Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache, die dem Charakter des Eilverfahrens entsprechend nur

* Der Volltext der Entscheidung wurde freundlicherweise von der Rechtsprechungsdatenbank des Landes Nordrhein-Westfalen, abrufbar unter <<http://www.justiz.nrw.de/Bibliothek/nrwe2/index.php>> (zuletzt abgerufen am 14.2.2018), zur Verfügung gestellt.