

Regulierung von Zusammenschaltungsentgelten
per „Empfehlung“ -
Geht das?

RTR: 5. Diskussion zu
Abrechnungssystemen auf der Vorleistungsebene,
Wien, 18.04.2008

Ewald Lichtenberger, JUCONOMY Rechtsanwälte, Wien

Was plant die Europäische Kommission?

- Ziel: EU-weite Harmonisierung und Senkung der IC-Entgelte.
- Mittel: Empfehlung / Recommendation.
- Inhalt: Siehe: Präsentation RTR vom 23.03.2008.
- Zeit: Konsultation: 06/08. Beschluss 09/08. Übergangsfrist (3-4 Jahre).
- Resultat: Symmetrische Entgelte 2012 auf Niveau von 1-2 Cent.
- Zitat Reding zur jüngsten AGCOM-Entscheidung IP/08/551 (10.04.2008):

den in anderen EU-Mitgliedstaaten getroffenen Regulierungsentscheidungen ab. Es ist bedauerlich, dass den nationalen Regulierungsbehörden wie auch der Kommission noch immer geeignete Instrumente fehlen, um solche Uneinheitlichkeiten, die den Wettbewerb zwischen Betreibern aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten verzerren können, in den Griff zu bekommen. Ich dränge daher die Gruppe Europäischer Regulierungsstellen, auf besser abgestimmte, wirksame Anrufzustellungsentgelte hinzuarbeiten. Gleichzeitig befindet sich ein Rechtsinstrument der EU in Vorbereitung, das für mehr Klarheit und Konsistenz sorgen soll.“

- Empfehlung müsste von NRAs durchgesetzt werden. Die Vorgabe wäre zwar rechtlich nicht bindend, doch die Regulierer müssten sich rechtfertigen, wenn sie der EU nicht folgen (Pressemitteilung 16. April 2008).

Was ist eine „Empfehlung“?

- Art 249 EGV: „Zur Erfüllung ihrer Aufgaben und nach Maßgabe dieses Vertrags erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemeinsam, der Rat und die Kommission Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen, sprechen Empfehlungen aus oder geben Stellungnahmen ab. [...] Die Empfehlungen und Stellungnahmen sind nicht verbindlich.“
- EuGH sagt grundlegend (Rs C-322/88 – Grimaldi) „dass die fraglichen Maßnahmen echte Empfehlungen sind – das heißt Handlungen, die auch gegenüber ihren Adressaten keine bindende Wirkung entfalten sollen. Sie können folglich für die Einzelnen keine vor den innerstaatlichen Gerichten durchsetzbaren Rechte begründen“
- EuGH weiter: „Allerdings können Empfehlungen nicht als gänzlich wirkungslos angesehen werden: Die innerstaatlichen Gerichte sind nämlich verpflichtet, bei der Entscheidung [...] die Empfehlungen zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn diese Aufschluss über die Auslegung zu ihrer Durchführung erlassener innerstaatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften ergänzen sollen.“

Empfehlungen in der TK- Regulierung

- Empfehlungen spielen im europäischen TK-Recht traditionell eine große Rolle. Beispiele:
 - “Recommendation on accounting separation and cost accounting systems under the regulatory framework for electronic communications” (2005)
 - “Recommendation on Relevant Markets” (2003)
 - “Recommendation on IC in a liberalised telecommunications market” (1997)
 - http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/recomm_guidelines/index_en.htm
- Gesteigerte Bindungswirkung, wird etwa für Empfehlungen zur Marktdefinition (Art. 15 R-RL) angenommen, wegen der (i) ausdrücklichen Ermächtigung und (ii) der faktischen Erwägung eines drohenden Vetos durch die Kommission bei Abweichungen durch NRA.
- Deutsche Literatur: NRA muss sich zwar grundsätzlich inhaltlich mit einschlägigen Empfehlungen auseinandersetzen, Abweichungen sind möglich und müssen sachlich gerechtfertigt werden. Es gilt die Willkürgrenze.

18 Gründe, warum IC-Entgelte nicht per Empfehlung reguliert werden können (1)

1. Dass auch der Richtlinienrahmen jedenfalls keine strikte Verbindlichkeit vorsieht, ergibt sich aus der einschränkenden Formulierung in Art. 19 Abs. 1 R-RL: „*Rechnung tragen*“. Es geht also nicht um ein „Befolgen“, sondern vom Wortsinngehalt um ein schlichtes „Berücksichtigen“.
2. Grundsätzlich gilt: Auf Remedy-Ebene soll das Ermessen der NRA nicht nennenswert eingeschränkt werden. Es gibt kein Veto der Kommission.
3. Die Märkteempfehlung und Leitlinien zu Marktanalyse sind in Artt. 15, 16 R-RL konkret erwähnt, während konkrete Themen für Harmonisierungsmaßnahmen in Art. 19 Abs. 1 R-RL nicht genannt werden. Dem Richtliniengeber kann nicht zugesonnen werden, dass es eine schrankenlose Harmonisierungsbefugnis der Kommission für alle Themen gibt, die (irgendwie) mit den politischen Zielen und regulatorischen Grundsätzen des Art 8 in Verbindung gebracht werden können (vgl. Grund 17).
4. Historisch war die Handlungsaufforderung in Art. 7 Abs. 5 S. 1 IC-RL deutlich konkreter: „*Die Kommission erstellt [...] Empfehlungen für die Kostenrechnungssysteme und die Transparenz der Kostenrechnung im Bereich der Zusammenschaltung*“. Paket 2002 sollte Regulierung im Vergleich zu statischeren Vorgängerregelung (IC-RL) flexibilisieren. Dies spricht gegen den Willen zur Bindungswirkung der Empfehlung im Bereich der Entgeltregulierung.

18 Gründe, warum IC-Entgelte nicht per Empfehlung reguliert werden können (2)

5. Kommission empfahl mit der Recommendation 98/195/EG Kostenrechnungsmethoden und Preisniveaus. In der Änderungsempfehlung (2000/263/EG) wurden konkrete Entgelte als „Beste gegenwärtige Praxis“ empfohlen. Diese Zahlen wurden allerdings von NRAs als politische Ziele, nicht als rechtlich verbindlich behandelt. Empfehlungsgrundlage in der IC-RL war allerdings konkret auf Entgelte bezogen (anders Art. 19 R-RL)

Berechnung der Zusammenschaltungsentgelte auf der Grundlage der „besten gegenwärtigen Praxis“ für das Jahr 2000

Verbindungsebene	„Beste gegenwärtige Praxis“ 1999 (Eurocent/Min.)	Derzeitige Zusammenschaltungsentgelte November 1999 (Eurocent/Min.)	„Beste gegenwärtige Praxis“ 2000 (Eurocent/Min.)
Lokal (preiswertester Mitgliedstaat / Untergrenze des Bandes)	0,5	0,54	0,5
Lokal (drittpreiswertester Mitgliedstaat / Obergrenze des Bandes) <i>(Anmerkung 1)</i>	1,0	0,86 <i>(Anmerkung 2)</i>	0,9
Einfachtransit (preiswertester Mitgliedstaat / Untergrenze des Bandes)	0,8	0,82	0,8
Einfachtransit (drittpreiswertester Mitgliedstaat / Obergrenze des Bandes) <i>(Anmerkung 1)</i>	1,6	1,41	1,5
Doppeltransit (preiswertester Mitgliedstaat / Untergrenze des Bandes)	1,5	1,59 <i>(Anmerkung 2)</i>	1,5
Doppeltransit (drittpreiswertester Mitgliedstaat / Obergrenze des Bandes)	2,3	1,71	1,8

18 Gründe, warum IC-Entgelte nicht per Empfehlung reguliert werden können (3)

6. Die begriffliche Zurückhaltung in der R-RL steht in Kontrast zu Entgeltregulierungsbefugnissen der Kommission gemäß Art. 3 StromhandelsVO (Ausgleichszahlungen an Übertragungsnetzbetreiber für grenzüberschreitenden Energietransport). Die dort normierte Leitlinienkompetenz erfasst gemäß Artt. 8, 9 StromhandelsVO ausdrücklich die Harmonisierung der in unmittelbar nationaler Regulierung verbleibenden Netzentgelte.
7. In der Genese der R-RL konnte sich selbst hinsichtlich der Marktdefinition die ursprünglich im Entwurf zu Art. 15 Rahmenrichtlinie vorgeschlagene Entscheidungskompetenz der Kommission zur Marktdefinition nicht durchsetzen. Opposition der Mitgliedstaaten führte dann zur Reduktion auf eine Empfehlung.
8. Für die Verbindlichkeit von Remedy-Empfehlungen kann erst recht kein Konsens bei der Richtlinienggebung angenommen werden, da der ursprüngliche Richtlinienvorschlag der Kommission ein Vetorecht auch für Abhilfemaßnahmen (wie die Entgeltregulierung) enthielt. Es gab dazu aber nicht die erforderliche Zustimmung des Rates.

18 Gründe, warum IC-Entgelte nicht per Empfehlung reguliert werden können (4)

9. Der ursprüngliche Kommissionsvorschlag zu Art. 19 R-RL sah ein wesentlich weitergehendes Vorschlagsrecht für verbindliche Harmonisierungsmaßnahmen vor, die im Regelungsverfahren erlassen werden sollten. Dies ging in die endgültige Fassung der R-RL bewusst nicht ein, nachdem eine Umgehung des Rechtsetzungsverfahrens (Art. 95 EG) durch das Komitologieverfahren kritisiert worden war (vgl. Grund 16).
10. Artt. 19 Abs. 1, 22 Abs. 2 R-RL verweisen daher auch statt des Regelungsverfahrens der Komitologie auf das Beratungsverfahren, das eine geringere Rückanbindung an MS und EP vorsieht und das daher – im Gegensatz zum Regelungsverfahren – gerade nicht für wesentliche Regelungsgegenstände vorgesehen ist. Entgeltregulierung ist aber ein wesentlicher Regelungsgegenstand.
11. Demgegenüber wird etwa für verbindliche Entscheidungen der Kommission zur Festlegung länderübergreifender Märkte gemäß Art. 15 Abs. 4 R-RL das Regelungsverfahren bestimmt.
12. Auch die Leitlinien zur Energieentgeltregulierung nach Artt. 8, 13 StromhandelsVO sind an das Regelungsverfahren gemäß Art. 5 und 7 des Komitologie-Beschlusses (1999/468/EG) geknüpft, das den MS im Rahmen der Komitologie über einen Ausschuss die stärksten Einflussrechte sichert.

18 Gründe, warum IC-Entgelte nicht per Empfehlung reguliert werden können (5)

13. Gemäß Erwägungsgrund 7 im Komitologie-Beschluss soll bei Maßnahmen von allgemeiner Tragweite das Regelungsverfahren verwendet werden. Der Richtliniengeber hielt die Harmonisierungsermächtigung in Art. 19 Abs. 1 R-RL also nicht für eine Subdelegation wesentlicher Entscheidungskompetenzen an die Kommission.
14. Gegen die Ermächtigung zur verbindlichen Entgeltfestsetzung durch Empfehlung spricht auch das schon für Richtlinien geltende Verbot einer unmittelbar belastenden Wirkung für Privatrechtssubjekte. Sowohl Richtlinien als auch TKG 2003 sehen ein Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde vor, welches durch eine Entgeltfestlegung in eine gebundene Verwaltungsentscheidung verkehrt würde. Eine solche Regelung am nationalen Recht vorbei, hätte den Effekt einer unzulässigen unmittelbar belastenden Wirkung für entgeltregulierte Unternehmen.

18 Gründe, warum IC-Entgelte nicht per Empfehlung reguliert werden können (6)

15. Die primärrechtlichen Grundsätze der Subsidiarität und der nationalen Verfahrensautonomie wurden bezogen auf sektorspezifische Regulierungsmaßnahmen in Art. 8 bis 13 Z-RL konkretisiert im Sinne eines Ermessensspielraums der NRA hinsichtlich der Remedies, die im Einklang mit dem gemeinschaftlichen Rechtsrahmen stehen müssen. Dieser von den RL intendierte Ermessensspielraum kann nicht durch eine Empfehlung konterkariert werden, die in der „Normhierarchie“ (es ist schon zweifelhaft, ob Empfehlungen überhaupt zu den Rechtsnormen zu zählen) jedenfalls unterhalb von RL steht („Stufenbau der RO“).
16. Die verbindliche Festlegung von MTR und FTR durch Empfehlung wäre eine politisch bedeutsame Maßnahme mit wesentlichem Einfluss auf den Binnenmarkt, auf die Entwicklung der nat. Kommunikationsmärkte und die subjektiven Rechte der Netzbetreiber und Verbraucher. Sie kann im für Empfehlungen vorgesehenen Komitologieverfahren nicht mit der in Art. 95 EG für wichtige Rechtsetzungsakte vorgeschriebenen Mitbestimmung von Rat und EP getroffen werden. Die Kommission würde sich die Rechtsetzungskompetenz von Rat und EP anmaßen und damit das in Art. 95 EG zum Ausdruck gebrachte institutionelle Gleichgewicht der EU-Organe verletzen.

18 Gründe, warum IC-Entgelte nicht per Empfehlung reguliert werden können (7)

17. Kommission hat die Schwächen von Art. 19 R-RL wohl erkannt und in Änderungsvorschlägen folgende Erweiterungen um einen Absatz 3 und 4 vorgeschlagen:

- „3. *Entscheidungen nach Absatz 1, durch die nicht wesentliche Bestimmungen dieser Richtlinie durch Ergänzung geändert werden, werden nach dem Regelungsverfahren mit Kontrolle gemäß Artikel 22 Absatz 3 erlassen. In Fällen äußerster Dringlichkeit kann die Kommission auf das in Artikel 22 Absatz 4 genannte Dringlichkeitsverfahren zurückgreifen.*
4. *In nach Absatz 1 verabschiedeten Maßnahmen kann eine harmonisierte oder koordinierte Vorgehensweise im Zusammenhang mit folgenden Aspekten festgelegt werden:*
 - a) *einheitliche Anwendung von Regulierungskonzepten, einschließlich der Regulierung neuer Dienste;*
 - [...];*
 - d) *obligatorische Rechnungslegung.*

Damit werden zwei wesentliche Punkte geändert: (i) Regelungsverfahren (im Komitologieausschuß) und (ii) konkretere Benennung der Empfehlungsgegenstände (Abs. 4 a) und d)). Bemerkenswert ist, dass auch laut Abs. 3 nur „*nicht wesentliche Bestimmungen*“ der Richtlinie „*durch Ergänzung geändert*“ werden sollen. Selbst wenn diese Änderungsvorschläge angenommen würden, wäre mehr fragwürdig, ob eine nennenswerte Einschränkung des Entgeltregulierungsermessens ein „nicht wesentlicher“ Gegenstand. Unklar ist auch der zeitliche Zusammenhang.

18 Gründe, warum IC-Entgelte nicht per Empfehlung reguliert werden können (8)

18. Der in seinem Themenbereich unscharf eingegrenzte Art. 19 Abs. 1 R-RL kann wegen des „Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung“ (Art 5 EG) nicht als Ermächtigungsgrundlage für die verbindliche Regelung bedeutender Regulierungsthemen verstanden werden. Da die EU-Organe schon auf Ebene des EG-V gehalten sind, den Rahmen konkreter Einzelermächtigungen zu wahren, kann auch auf Richtlinienenebene keine Generalermächtigung für Eingriffe der Kommission geschaffen werden. Nichts anderes würde aber Art. 19 Abs. 1 R-RL aufgrund seiner Unbestimmtheit nach der bisherigen Lesart der Kommission für den TK-Sektor sein (vgl. das österreichische „Legalitätsprinzip“).

Zusammenfassung

- Eine europaweit einheitliche Regulierung von IC-Entgelten durch eine Empfehlung der Kommission ist europarechtlich unzulässig. Die Gründe:
 - Richtliniengeber 2002 wollte Remedy-Entscheidungen bewusst den NRA überlassen.
 - Art 19 R-RL ist keine geeignete Grundlage für die geplante Maßnahme.
 - Vergleich mit früherem Rahmen zeigt, dass eine Flexibilisierung gewollt ist.
 - Vergleich mit Entwürfen zu Paket 2002 zeigt, dass in Art 19 R-RL keine weitergehende Harmonisierung durch die Kommission gewollt war.
 - Art 19 R-RL verweist auf Beratungsverfahren; es geht aber um wichtige Maßnahmen, die in diesem Verfahren nicht getroffen werden können.
 - Vergleich mit Regulierung in anderen Industrien zeigt, wie spezifisch eine RL sein muss, um der Kommission Regulierungsbefugnis durch Empfehlung einzuräumen.
 - Empfehlung mit zu erwartendem Inhalt wäre in Widerspruch zu Art 13 Z-RL und damit ein Verstoß gegen den Stufenbau der Rechtsordnung.
 - Subsidiarität und nationale Verfahrensautonomie.
 - Legalitätsprinzip.
 - Kommission sieht Problem und will Art 19 R-RL anpassen.
- NRA müsste eine erlassene IC-Empfehlung unangewendet lassen (trotz in Ö § 34 TKG 2003) und sollte die Nichtanwendung begründen.
- Stützt sich NRA auf IC-Empfehlung, kann Rechtswidrigkeit geltend gemacht werden (allenfalls: Vorabentscheidungsverfahren).

Kontakt

JUCONOMY Rechtsanwälte
JUCONOMY Consulting

Parkring 10
1010 Wien
Österreich

Tel: + 43-1-513 514 0-0

Fax: + 43-1-513 514 0-91

Lichtenberger@juconomy.com

Graf-Recke-Strasse 82
40239 Düsseldorf
Deutschland

Tel: + 49-211-68 78 88-0

Fax: + 49-211-68 78 88-33

Ruhle@juconomy.com

www.juconomy.com