

## Umsetzungsmängel bei Richtlinien

### Anwendungsvorrang, direkte Wirkung und Staatshaftung bei der bisherigen Betreiber Auswahl in Deutschland und bei der österreichischen Umsetzung der Universaldienstrichtlinie

Der folgende Beitrag untersucht die Folgen einer nicht fristgerechten oder unzureichenden Umsetzung von EG-Richtlinien und erläutert sie anhand von konkreten Beispielen aus dem Telekommunikationsrecht. Die Punkte I.–IV. geben die Rechtsprechung des EuGH zur Wirkung von Richtlinien komprimiert wieder und diskutieren dabei die Umsetzung und Interpretation von Richtlinien, den Anwendungsvorrang des EU-Rechts, die unmittelbare Wirkung von Richtlinien sowie die Frage der Staatshaftung. Punkt V. zeigt, anhand der aktuellen Beispiele der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl für Ortsverbindungen in Deutschland sowie anhand der Regelungen zum Universaldienst in Österreich, dass in der Praxis sehr oft das Verständnis für die richtige Anwendung von EG-Richtlinien fehlt und dass sowohl im „alten“ wie auch im „neuen“ EU-Rechtsrahmen für den Sektor der Tele-/elektronischen Kommunikation der Anwendungsvorrang des EU-Rechts gelegentlich übersehen wird.

#### I. Umsetzung von Richtlinien – richtlinienkonforme Interpretation

Eine Richtlinie ist gem. Art. 249 Abs. 3 EGV ein an Mitgliedstaaten gerichteter Rechtsakt der Europäischen Gemeinschaft, deren Zielvorgaben von den Mitgliedstaaten in innerstaatliches Recht umzusetzen sind, wobei die Mitgliedstaaten bei der Wahl der Form und Mittel frei sind. Die Mitgliedstaaten haben nach Art. 10 EGV „alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie entsprechend ihrer Zielsetzung zu gewährleisten“,<sup>1</sup> alle Maßnahmen zu un-

terlassen, die geeignet sind, die in der Richtlinie vorgeschriebenen Ziele zu gefährden<sup>2</sup> und die Umsetzungsfrist einzuhalten.<sup>3</sup> Ein Mitgliedstaat kann sich nicht auf Bestimmungen, Übungen (Verwaltungspraxis) und Umstände des innerstaatlichen Rechts berufen, um seine Nichtbeachtung von Verpflichtungen und Fristen aus Richtlinien zu entschuldigen.<sup>4</sup> Nationales Recht ist richtlinienkonform zu interpretieren;<sup>5</sup> dabei dürfen jedoch nicht die der Auslegung gesetzten Grenzen überschritten werden.<sup>6</sup>

#### II. Anwendungsvorrang

Ist eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich, so müssen die nationalen Behörden die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts dadurch gewährleisten, dass sie erforderlichenfalls jede entgegenstehende Bestimmungen des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lassen, ohne die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren zu beantragen oder abzuwarten.<sup>7</sup>

#### III. Unmittelbare Wirkung von Richtlinien

##### 1. Vertikale unmittelbare Wirkung

###### a) Unbedingte und hinreichend bestimmte Richtlinienbestimmungen

Einzelne können sich gegenüber dem Staat auf nicht bzw. nicht richtig umgesetzte Richtlinien berufen, wenn die Umsetzungsfrist abgelaufen ist und die Richtlinie unbedingte und hinreichend genaue Vorschriften enthält.<sup>8</sup> Eine Richtlinienbestimmung ist unbedingte, wenn sie eine Verpflichtung begründet, die weder an eine Bedingung geknüpft ist noch zu ihrer Erfüllung und Wirksamkeit einer Maßnahme der Gemeinschaftsorgane oder der Mitgliedstaaten bedarf.<sup>9</sup> Sie ist hinreichend genau, wenn sie unzweideutig eine Verpflichtung begründet.<sup>10</sup> Ein säumiger Mitgliedstaat kann sich jedoch nicht auf eine Richtlinie zu Lasten eines Einzelnen berufen.<sup>11</sup>

###### b) Den Mitgliedstaaten zurechenbare Rechtsträger

Die unmittelbare, vertikale Wirkung von Richtlinienbestimmungen besteht gegenüber den Mitgliedstaaten bzw. ihnen zuzurechnenden Rechtsträgern; dazu gehören „Organisationen oder Einrichtungen, die dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen oder mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über diejenigen hinausgehen, die nach den Vorschriften für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gelten“.<sup>12</sup> Im Zuge der Liberalisierung wurden die oben angesprochenen besonderen Rechte, die über diejenigen hinausgehen, die nach den Vorschriften für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gelten, im Telekommunikationsbereich abgeschafft.<sup>13</sup> Es stellt sich lediglich die Frage, ob die Ex-Monopolisten auch heute noch unter der Aufsicht der betreffenden Staaten stehen.<sup>14</sup>

Dr. Ernst-Olav Rühle ist Unternehmensberater bei der Rechtsanwaltskanzlei Piepenbrock Schuster, Düsseldorf. Dr. Hannes Lattenmayer, LL.M. (Brügge)-LATYER ist Rechtsanwaltsanwarter bei der Rechtsanwaltssozietät Lattenmayer, Luks & Enzinger Rechtsanwälte OEG, Wien.

<sup>1</sup> EuGH von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891, Rz. 15.

<sup>2</sup> EuGH Inter-Environment Wallonie/Région wallonne, Slg. 1997, I-7411, Rz. 45.

<sup>3</sup> EuGH Kommission/Italien, Slg. 1976, 1359, Rz. 11 f.

<sup>4</sup> EuGH Kommission/Spanien, Slg. 1997, I-3193, Rz. 10.

<sup>5</sup> EuGH v. Colson u. Kamann, Slg. 1984, 1891.

<sup>6</sup> EuGH Miret, Slg. 1993, I-6911, Rz. 20, 22.

<sup>7</sup> EuGH Simmenthal, Slg. 1978, 629, Rz. 24; EuGH v. 22.5.2003 – Rs. C-462/99 – Connect (abrufbar unter [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)), Rz. 40 f., Lattenmayer, eolex 2003, 722. Zur Voraussetzung der Bestimmtheit siehe Öblinger/Potacs, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht, 2. Aufl., 2001, S. 69 ff.; Wegener in Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2. Aufl., Art. 220, Rz. 22f.

<sup>8</sup> EuGH van Duyn, Slg. 1974, 1337, Rz. 12; EuGH Ratti, Slg. 1979, 1629, Rz. 18 ff.; BVerfG v. 8.4.1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223; VfSlg. 15427/1999.

<sup>9</sup> EuGH Comitato di coordinamento per la difesa della Cava u. a., Slg. 1994, I-483, Rz. 9.

<sup>10</sup> EuGH Federatie Nederlandse Vakbeweging, Slg. 1986, 3855, Rz. 18.

<sup>11</sup> EuGH Kolpinghuis Nijmegen, Slg. 1987, 3969, Rz. 9.

<sup>12</sup> EuGH Foster, Slg. 1990, I-3313, Rz. 18.

<sup>13</sup> Zu weit wäre dabei auf die Kriterien der besonderen bzw. ausschließlichen Rechte aus dem Vergaberecht (vgl. Art. 2 Abs. 3 Richtlinie 93/38/EWG i. d. F. der Richtlinie 98/4/EG) abzustellen; vgl. auch EuGEI Friuli/Kommission, Slg. 2001, II-1871, Rz. 95.

<sup>14</sup> Wernicke, Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 120.

## Umsetzungsmängel bei Richtlinien

Die Bundesrepublik Deutschland hält noch immer direkt 30,92% (und weitere 12,13% über die KfW (Kreditanstalt für Wiederaufbau) – zusammen somit 43,05%) der Anteile an der *Deutschen Telekom AG*. Ebenso ist die Republik Österreich noch immer indirekte Eigentümerin von 47,8% der Anteile an der *Telekom Austria AG*. Es gibt noch keine Rechtsprechung des *EuGH*, ob die Staatsbeteiligungen von nahezu 50% ausreichen, um solche Unternehmen als staatliche Einrichtungen i.S. der zitierten Rechtsprechung anzusehen, mit dem Effekt, dass ihnen direkt aus Richtlinien auch Pflichten erwachsen können. Die verbleibenden Anteile<sup>15</sup> der beiden Ex-Monopolisten befinden sich im freien Verkehr („free float“), sodass der jeweilige Staatsanteil auf Hauptversammlungen in aller Regel ausreicht, um gewünschte Entscheidungen herbeizuführen (oder nicht erwünschte Entscheidungen zu verhindern).

Die direkte Wirkung von Richtlinien wird damit begründet, dass verhindert werden muss, dass ein Mitgliedstaat aus der Nichtbeachtung des Gemeinschaftsrechtes einen Nutzen ziehen kann.<sup>16</sup> Eine Verzögerung der Liberalisierung bewirkt höhere Marktanteile und damit größere Umsätze der jeweiligen ex-monopolistischen Unternehmen verglichen mit den Marktbedingungen bei effektivem Wettbewerb. Die Mitgliedstaaten erhalten dadurch zusätzliche Einnahmen in Form von Dividenden bzw. einen höheren Preis bei einer möglichen Veräußerung der Staatsanteile. Die Mitgliedstaaten könnten als Haupteigentümer der Ex-Monopolisten aus der Nichtumsetzung von Richtlinienbestimmungen daher einen Nutzen ziehen.

Die Mitgliedstaaten haben nach Art. 3 Abs. 2 Rahmenrichtlinie<sup>17</sup> eine wirksame strukturelle Trennung zwischen der hoheitlichen Funktion und der Eigentümerrolle sicher zu stellen. Regulierungsziele sind unter anderem die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder -verzögerungen.<sup>18</sup> Eine einseitige Anwendung von nicht fristgerecht oder nicht richtig umgesetzten, verpflichtenden Richtlinienbestimmungen zu Lasten von (zumindest teilweise) im Staatseigentum stehenden Ex-Monopolisten kann zu einer Verzerrung des Wettbewerbes zum Nachteil der Ex-Monopolisten führen.

Auf der Grundlage des Art. 86 Abs. 3 EGV wurde eine Richtlinie<sup>19</sup> erlassen, die für Transparenz in den Beziehungen zwischen dem Staat und öffentlichen Unternehmen sorgen soll. In Art. 2 Abs. 2 lit. b und c Transparenz-Richtlinie wird u.a. vermutet, dass der Staat einen beherrschenden Einfluss ausübt, wenn er mehr als die Hälfte der Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane bestellen kann oder über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt. Der *EuGH* ließ eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung von dem Staat zugerechneten<sup>20</sup> öffentlichen und privaten Unternehmen wegen des Einflusses der öffentlichen Hand ausdrücklich zu.<sup>21</sup>

Besteht keine wirksame Trennung zwischen der hoheitlichen Funktion<sup>22</sup> und der Eigentümerfunktion (am ex-monopolistischen Unternehmen) des Staates, oder wird eine offensichtlich gegen Europarecht verstößende, politisch motivierte Maßnahme zu Gunsten des Ex-Monopolisten erlassen, so können sich betroffene Dritte direkt auf in der Richtlinie gewährte Rechte auch gegenüber den Ex-Monopolisten berufen. Denn nach der ständigen *EuGH*-Rechtsprechung muss verhindert werden, dass ein Mitgliedstaat aus seiner Nichtbeachtung des Gemeinschaftsrechtes nutzen ziehen kann.<sup>23</sup> Die Möglichkeit der Staatshaftung erfüllt für sich allein nicht das Erfordernis der effektiven Durchsetzung von Gemeinschafts-

recht,<sup>24</sup> sodass in derartigen Fallkonstellationen eine Zurechnung der Ex-Monopolisten zum Mitgliedstaat angesichts der hohen Staatseigentumsanteile und damit auch eine unmittelbare Wirkung gegenüber den entsprechenden Ex-Monopolisten gerechtfertigt erscheint.

## 2. Objektive bzw. horizontale Drittwirkung

Nicht rechtzeitig bzw. vollständig umgesetzte Richtlinienbestimmungen entfalten in der Regel keine unmittelbare horizontale Wirkung in Beziehungen zwischen Einzelnen.<sup>25</sup> Eine unmittelbare, horizontale Wirkung – in der Literatur auch als objektive Wirkung bezeichnet – wurde aber vereinzelt bei staatlichen Rechtsakten mit Doppelwirkung, wie etwa im Vergaberecht,<sup>26</sup> bzw. bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklagen<sup>27</sup> angenommen.<sup>28</sup>

## IV. Staatshaftung

Ein Verstoß einer nationalen Behörde gegen EU-Recht kann eine Staatshaftung des betreffenden Mitgliedstaates auslösen.<sup>29</sup> Die Rechtsprechung des *EuGH* hat drei Voraussetzungen für die Staatshaftung entwickelt:

- ▷ Die Rechtsnorm, gegen die verstoßen wird, muss bezwecken, dem Einzelnen Recht zu verleihen,
- ▷ der Verstoß muss hinreichend qualifiziert sein und schließlich
- ▷ muss ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem der geschädigten Person entstandenen Schaden bestehen.<sup>30</sup>

Die europarechtliche Norm, die dem Einzelnen subjektive Rechte verleiht, muss dabei nicht schon selber das Recht verleihen. Es genügt, dass die europarechtliche Bestimmung lediglich die Verleihung bezweckt, d.h. dass

15 Abgesehen von den 14,8% Anteilen der Telekom Italia an der Telekom Austria AG

16 *EuGH* Foster, Slg. 1990, I-3313, § 17; *EuGH* Marshall, Slg. 1986, 723, Rz. 49; *EuGH* Collino und Chiappero, Slg. 2000, I-6659, Rz. 22 und 23.

17 Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, 33)

18 Art. 8 Abs. 2 lit. b Rahmenrichtlinie

19 Richtlinie 80/723/EWG der Kommission v. 25.6.1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (ABl. EG Nr. L 195 v. 29.7.1980, 35) i d F. Richtlinie 2000/52/EG der Kommission v. 26.7.2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (ABl. EG Nr. L 193 v. 29.7.2000, 75).

20 Vgl. auch *EuGH* Dubois, Slg. 1995, I-2421, Rz. 20

21 *EuGH* Frankreich u.a./Kommission, Slg. 1982, 2545, Rz. 21

22 In Form von der legislativen, judikativen oder exekutiven Gewalt: z.B. politische Verzögerung einer Regulierungsmaßnahme

23 *EuGH* Marshall I, Slg. 1986, 723, Rz. 49

24 Staatshaftung kann nur ein qualitatives Minus im Vergleich zur Durchsetzung der Rechte sein (Schlussanträge von GA Tesouro in der Rechtssache Brasserie du pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029, Rz. 34; Schlussanträge von GA Philippe Léger v. 8.4.2003 in der Rechtssache Köbler Rs. C-224/01, Rz. 39)

25 *EuGH* El Corte Inglés, Slg. 1996, I-1281, Rz. 16 und 17; *EuGH* Silhouette II, Slg. 1998, I-4799; Lattenmayer, ecollex, 1999, 100.

26 Vgl. *EuGH* Fratelli Costanzo, Slg. 1989, 1839.

27 *EuGH* CIA Security, Slg. 1996, I-2201.

28 EuZW 2001, 145

29 *EuGH* Francovich, Slg. 1990, I-5357.

30 *EuGH* Brasserie du pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029, Rz. 51: Die unmittelbare Kausalität wird im Sinne einer objektiven Vorherrschaft verstanden.

## Umsetzungsmängel bei Richtlinien

durch die Umsetzung das einklagbare Recht erst entstehen soll.<sup>31</sup>

Ein Verstoß ist hinreichend qualifiziert, wenn der Mitgliedstaat die Grenzen seines Ermessens offenkundig und erheblich überschritten hat. Beurteilungskriterien dafür sind

- ▷ die Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift,
- ▷ der Umfang des Ermessensspielraumes, den die verletzte Vorschrift lässt,
- ▷ die Entschuldbarkeit eines möglichen Rechtsirrtums und
- ▷ der Umstand, dass die Verhaltensweisen eines Gemeinschaftsorgans möglicherweise dazu beigetragen haben, dass nationale Maßnahmen oder Praktiken in gemeinschaftsrechtswidriger Weise eingeführt wurden.<sup>32</sup>

Ein qualifizierter Verstoß liegt jedenfalls vor, wenn die nationale Maßnahme einem *EuGH*-Urteil im Konkreten bzw. der gefestigten, einschlägigen Rechtsprechung des *EuGH* widerspricht,<sup>33</sup> oder wenn eine Richtlinie nicht (fristgerecht) umgesetzt wird. Der Nachweis eines Verschuldens des Mitgliedstaates ist nicht erforderlich.<sup>34</sup>

Während der Staatshaftungsanspruch direkt aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleitet wird,<sup>35</sup> richten sich die Zuständigkeit, Verfahrensmodalitäten und die Bemessung der (angemessenen) Höhe des Schadensersatzanspruches<sup>36</sup> nach nationalem Recht. Dabei darf das natio-

nale Recht die Staatshaftungsverfahren nicht weniger günstig ausgestalten, als die entsprechenden innerstaatlichen Klagen. Die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte ist nicht praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren.<sup>37</sup> Der Ersatz kann weder auf besondere Rechtsgüter beschränkt werden, noch darf der Ersatz des entgangenen Gewinns vollständig ausgeschlossen werden.<sup>38</sup>

## V. Beispiele für unzureichende Umsetzungen

Zwei Beispiele aus dem Telekommunikationsbereich sollen die Wirkung von nicht ausreichend bzw. nicht fristgerecht umgesetzten EG-Richtlinien verdeutlichen. Der erste Fall betrifft die Frage der Betreiberauswahl in Deutschland und bezieht sich auf den bisherigen Rechtsrahmen, d.h. das Regulierungsumfeld bis zum 25.7.2003. Das zweite Beispiel diskutiert die österreichische Umsetzung des neuen Regulierungsrahmens hinsichtlich des Universaldienstes.

### 1. Anschlusskostenbeitrag in Deutschland

In Deutschland wurde mit der Liberalisierung des Telekommunikationsbereiches auch die Auswahl alternativer Anbieter (Carrier Selection) für Sprachtelefondienste eingeführt,<sup>39</sup> was zu erheblichen Kosteneinsparungen durch ein allgemeines Absinken des Preisniveaus für die Endkunden führte. Entgegen den europarechtlichen Vorgaben<sup>40</sup> wurde Carrier Selection zunächst nur für nationale Fern- und internationale Gespräche<sup>41</sup> nicht jedoch für Gespräche innerhalb eines Ortsnetzes eingeführt.<sup>42</sup>

Erst als die EU-Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland einleitete,<sup>43</sup> änderte der deutsche Gesetzgeber das Telekommunikationsgesetz.<sup>44</sup> Mit der Änderung von § 43 Abs. 6 dTKG wurden marktbeherrschende Unternehmen verpflichtet, jedem Nutzer die Betreiberauswahl auch im Ortsnetz (sowohl im Einzelwahlverfahren durch Wählen einer Kennzahl (Call-by-Call) als auch durch permanent eingestellte Betreibervorauswahl (Preselection)) zu ermöglichen.

Für die tatsächliche Realisierung der Carrier Selection ist eine Vereinbarung zwischen dem Betreiber, der den Teilnehmeranschluss im Ortsnetz betreibt, und dem ausgewählten Betreiber erforderlich. Kommt keine Einigung zwischen beiden Betreibern zu Stande, so hat die *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP)* auf Antrag einerseits die Zusammenschaltung und andererseits (dies allerdings in einem nachgelagerten gesonderten Verfahren) die Zusammenschaltungsentgelte anzuordnen.

Die *RegTP* hat bei der Anordnung der Zusammenschaltung Anreize für effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen sicher zu stellen, um langfristig einen stärkeren Wettbewerb zu sichern. Eine effiziente Nutzung des vorhandenen Netzes soll durch ortsnahe Zuführung<sup>45</sup> erfolgen. Nach § 43 Abs. 6 S. 4 dTKG „ist sicher zu stellen, dass der vom Nutzer ausgewählte Netzbetreiber angemessen an den Kosten des dem Nutzer bereitgestellten Teilnehmeranschlusses beteiligt wird.“ Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat der ausgewählte Betreiber einen derartigen „Anschlusskostenbeitrag“ zusätzlich (als gesondertes Entgelt für eine gesondert definierte Leistung) zu den Zusammenschaltungskosten zu tragen.<sup>46</sup>

Nach Art. 7 Abs. 4 Zusammenschaltungsrichtlinie<sup>47</sup> dürfen keine Zahlungen für Leistungen erfolgen, die

31 *EuGH* Dillenkofer, Slg. 1996, I-4845.

32 *EuGH* Brasserie du pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029, Rz. 51

33 *EuGH* Dillenkofer, Slg. 1996, I-4845.

34 Schlussanträge von GA Tesouro in der Rechtssache Brasserie du pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029, Rz. 88

35 *EuGH* Eunice Sutton, Slg. 1997, I-2190

36 *EuGH* Brasserie du pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029, Rz. 88.

37 Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz: *EuGH* Grundig Italiana, Slg. 2002, I-1003, Rz. 33.

38 *EuGH* Brasserie du pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029, Rz. 87 und 90.

39 Man unterscheidet die fallweise (Call-by-Call) von der dauerhaften (Preselection) Nutzung eines Verbindungsnetzbetreibers.

40 Vgl. hierzu Art. 12 Abs. 7 Satz 1 der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.6.1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABl. EG Nr. L 199 v. 26.7.1997, 32 i d F. Richtlinie 98/61/EG, ABl. EG Nr. L 268 v. 3.10.1998, 37.

41 Vgl. zur diesbezüglichen Diskussion *Capitol/Elspaß*, Die Auswahl des Betreibers und der neue Rechtsrahmen der Europäischen Gemeinschaft für die Märkte der elektronischen Kommunikation, K&R 2003, 111.

42 Die Regulierungsbehörde argumentierte gestützt auf die Definition eines Verbindungsnetzbetreibers im Zusammenhang mit § 3 Nr. 23 dTKG, dass sie keine gesetzliche Ermächtigung zur Anordnung der Carrier Selection im Ortsnetz hätte.

43 Unabhängig von wahrscheinlich berechtigten Staatshaftungsansprüchen wegen nicht fristgerechter Umsetzung der Verpflichtung zur Carrier Selection im Ortsnetz wird hier die aktuelle Frage der Anschlusskostenbeitrages diskutiert (hierzu s. u.).

44 Vgl. Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes v. 21.10.2002 (BGBl. I, 4186 mit Wirkung v. 1.12.2002) abrufbar unter [www.bmwi.de/Homepage/download/telekommunikation\\_post/TKG1.pdf](http://www.bmwi.de/Homepage/download/telekommunikation_post/TKG1.pdf).

45 Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren und der Frage der ortsnahe Zuführung: Müller, CR 2003, 177 f.

46 Siehe hierzu auch Piepenbrock/Rühmer/Ruhle, CR 2003, 97 ff.

47 Vgl. Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.6.1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP; ABl. EG Nr. L 199 v. 26.7.1997, 32): „Zusammenschaltungsentgelte müssen im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht hinreichend aufgliedert sein, damit der Antragsteller nicht für Leistungen zahlen muss, die mit der gewünschten Dienstleistung nicht direkt in Zusammenhang stehen.“

## Umsetzungsmängel bei Richtlinien

nicht im Zusammenhang mit der gewünschten Leistung stehen. Die Regelung des § 43 Abs. 6 S. 4 dTKG, nach der der ausgewählte Betreiber den Anschlusskostenbeitrag zu zahlen hat, widerspricht klar und eindeutig Art. 7 Abs. 4 Zusammenschaltungsrichtlinie.<sup>48</sup>

Nach der ständigen Rechtsprechung des *EuGH* zum Anwendungsvorrang<sup>49</sup> haben nationale Gerichte und Verwaltungsbehörden<sup>50</sup> die Bestimmungen der Richtlinien dadurch einzuhalten, dass sie Vorschriften des nationalen Rechtes, die nicht im Einklang mit der Richtlinie stehen, unangewendet lassen.

Die *RegTP* stellte in einem konkreten Verfahren<sup>51</sup> ausdrücklich fest, dass eine richtlinienkonforme Auslegung der Bestimmung des § 43 Abs. 6 TKG nicht möglich ist<sup>52</sup> und legte den ausgewählten Betreibern die Zahlung des Anschlusskostenbeitrags an die DTAG entgegen den europarechtlichen Vorgaben auf.<sup>53</sup> Die *RegTP* begründete dies damit, dass ein Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben nicht von ihr entschieden werden muss und führt aus: „Dabei kann offen bleiben, wie die inhaltlichen Anforderungen des Gemeinschaftsrechts im Einzelnen lauten. Denn selbst wenn sich (zitiert werden dann relevante europarechtlichen Bestimmungen, Anm. d. Verf.) eine *Beaufschlagung von IC-Verbindungsentgelten im obigen Sinne verbieten sollten, dürfte die Beschlusskammer nicht ohne weiteres ein solches Verbot beachten und sich demzufolge über die nationale Rechtsvorschrift hinwegsetzen.*“<sup>54</sup>

Die *RegTP* stellt fest, dass die nationale Regelung des § 43 Abs. 6 S. 4 dTKG den europarechtlichen Bestimmungen widerspricht und wendet § 43 Abs. 6 S. 4 dTKG dessen ungeachtet an. Die *RegTP* begeht damit einen doppelten Verstoß gegen Europarecht. Zum einen widerspricht sich die *Regulierungsbehörde* der ständigen Rechtsprechung des *EuGH* zum Anwendungsvorrang; dies stellt einen qualifizierten Verstoß gegen Europarecht dar, der einen Staatshaftungsanspruch auslösen kann. Zum anderen missachtet die *RegTP* eine klare Richtlinienbestimmung, die dem betroffenen Anbieter ein unmittelbares Recht gewährt, nämlich das Recht, bei Zusammenschaltung nicht mehr zu bezahlen, als von den gewünschten Leistungen her beansprucht wird. Die zitierte Richtlinienbestimmung ist klar und lässt keinen Ermessensspielraum bei der Frage zu, ob ein Anschlusskostenbeitrag zulässig ist oder nicht. Die Missachtung der zitierten Richtlinienbestimmung stellt daher auch einen qualifizierten Europarechtsverstoß dar. Ein betroffener Anbieter, dem durch die Entscheidung der *RegTP* ein Schaden erwachsen ist, für den die zitierte Entscheidung der *RegTP* kausal war, kann seinen Staatshaftungsanspruch auf dem Zivilrechtsweg durchsetzen.

Dieser Sichtweise schloss sich auch das *VG Köln* an. Mit Entscheidung v. 27.6.2003 ordnete es im Eilverfahren die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den zitierten Bescheid der *RegTP* an und gab damit den Beschwerdeführern recht.<sup>55</sup>

## 2. Bestimmung des Universaldienstverpflichteten in Österreich

Bestimmte Kommunikationsdienste<sup>56</sup> müssen für jeden Endnutzer zu erschwinglichen Preisen zur Verfügung stehen, auch wenn diese Kommunikationsdienste nicht kostendeckend angeboten werden können. Die Universaldienstrichtlinie<sup>57</sup> regelt das Angebot derartiger Dienste. In Österreich erbringt derzeit die *Telekom Austria AG* den Universaldienst gem. § 125 Abs. 8 öTKG 1997

i.V.m. § 133 Abs. 9 TKG 2003<sup>58</sup>, ohne dass ein konkretes Vergabeverfahren durchgeführt wurde.

Die Universaldienstrichtlinie regelt die Rahmenbedingungen für die Erbringung und einen möglichen finanziellen Ausgleich für den Erbringer des Universaldienstes. Die Mitgliedstaaten haben gem. Art. 3 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie die Verfügbarkeit des Universaldienstes sicher zu stellen. Der Erbringer des jeweiligen Universaldienstes ist in einem effizienten,<sup>59</sup> objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahren zu ermitteln,<sup>60</sup> „wobei kein Unternehmen von vornherein von der Benennung ausgeschlossen“ werden darf.<sup>61</sup> Die Mitgliedstaaten können das Verfahren für die Universaldienstvergabe wählen; sie müssen keine öffentliche Ausschreibung und auch keine öffentliche Versteigerung

48 Dieser Artikel konzentriert sich auf den Verstoß gegen Art. 7 Abs. 4 Zusammenschaltungsrichtlinie. Es sind auch andere Aspekte der gesetzlichen Regelung zu bemängeln: Die erforderliche kostenrechnerische Trennung zwischen Anschluss- und Kernnetz wird in der Entscheidung durch die Abdeckung eines potentiellen Defizits im Anschlussbereich und durch einen Aufschlag auf Zusammenschaltungsleistungen entgegen der Empfehlung der Kommission v. 8.1.1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (Teil 1 – Zusammenschaltungsentgelte), 98/195/EG, ABl. EG Nr. L 73 v. 12.3.1998, 42) verwischt. Kritisch ist die Entscheidung auch, weil die Abdeckung von Fehlbeiträgen des Anschlussbereichs durch Erlöse aus dem Verbindungsbereich, die über das normale kommerzielle Maß hinausgehen nur zulässig sind, wenn die Ursache für das Anschlussdefizit in regulatorischen Maßnahmen liegt und ferner die Gewährung von (Ausgleichsmaßnahmen für) Anschlussdefiziten bis Ende 1999 ausläuft. Vgl. Mitteilung der EU-Kommission über Bewertungskriterien für nationale Systeme der Kostenrechnung und Finanzierung im Universaldienst in der Telekommunikation und Leitlinien für die Mitgliedstaaten für die Anwendung dieser Systeme v. 27.11.1996 (KOM[96]608), Annex B, <http://europa.eu.int/spot/infosoc/legreg/com96608.htm>. Vgl. hierzu auch die Empfehlung der Kommission v. 8.1.1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (s.o.) Punkt 2.2: „Die Zusammenschaltungsrichtlinie verlangt die Trennung der Entgelte für die Zusammenschaltung von den Entgelten für den Universaldienst, einschließlich etwaiger Entgelte, die erhoben werden können, wenn Betreibern von den nationalen Regulierungsbehörden Beschränkungen bei der Anpassung der Tarife auferlegt werden (Ausgleichszahlungen für Zugangsdefizite, ADC). Die Kommission wies darauf hin, dass die Erreichung ausgewogener Tarife bis zum 1.1.2000 abgeschlossen sein sollte. Eine Ausnahme bilden diejenigen Mitgliedstaaten, denen gem. der Richtlinie zur Einführung des vollständigen Wettbewerbs eine Verlängerung der Einführungsfrist gewährt wurde.“ [Anm. d. Verf.: ADC = Access Deficit Contribution].

49 Siehe Punkt II oben

50 *EuGH* Costanzo, Slg. 1989, 1839, Rz. 28 ff.; *EuGH* Großknutzenburg, Slg. 1995, I-2189, Rz. 37 ff.

51 BK 4a-03-009.

52 Vgl. ebd., S. 11 des amtlichen Umdrucks.

53 Konkret gewährte sie der DTAG auf deren Entgeltantrag hin einen Zuschlag von 0,4 Cent/min exkl. Ust. für zuführende Verbindungen des Sprachtelefondienstes (neu definierte Zusammenschaltungsleistung Telekom B 2-Ort).

54 Vgl. *RegTP* – BK 4a-03-009, S. 10 des amtlichen Ausdrucks.

55 Vgl. *VG Köln*, Beschl. v. 27.6.2003 – 1 L 1223/03, CR 2003, 677. Das Gericht stütze sich dabei vor allem auf den Anwendungsvorrang des Europäischen Gemeinschaftsrechts, vgl. ebd., S. 6 ff. des Beschlusses.

56 Darunter fallen zur Zeit: der Zugang zum öffentlichen Telefondienst über einen Festnetzanschluss, ein betreiberübergreifender Auskunftsdienst, ein betreiberübergreifendes Teilnehmerverzeichnis und eine flächendeckende Versorgung mit öffentlichen Sprechstellen.

57 Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 7.3.2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten in ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, 51.

58 BGBl. I Nr. 70/2003 v. 19.8.2003.

59 Nicht der billigste sondern der effizienteste Anbieter ist auszuwählen. Nach Erwägungsgrund 14 ist es auch nicht das Ziel, das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zur Erbringung des Universaldienstes zu verpflichten, sondern es kann auch ein Unternehmen verpflichtet werden, das den Zugang und die Dienste nachweislich am kostengünstigsten bereitstellen kann.

60 Vgl. *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 2002, Rz. 168.

61 Art. 8 Abs. 2 Universaldienstrichtlinie.

## Umsetzungsmängel bei Richtlinien

durchführen.<sup>62</sup> Bewerben sich keine Unternehmen bei einem Ausschreibungsverfahren, so können einzelne Unternehmen zur Erbringung des Universaldienstes durch „einfache Benennung“<sup>63</sup> verpflichtet werden.

Nach der österreichischen Umsetzung der Universaldienstrichtlinie im öTKG<sup>64</sup> ist ein Verfahren zur Erbringung des Universaldienstes periodisch (mindestens alle zehn Jahre) auszuschreiben. Die Ausschreibungspflicht steht allerdings unter mehreren richtlinienwidrigen Einschränkungen.

Nach der Übergangsbestimmung<sup>65</sup> des § 133 Abs. 9 S. 1 öTKG 2003 gilt die bestehende Universaldienstverpflichtung für die Telekom Austria AG bis zum 31.12.2004 weiter. Die Telekom Austria AG wird dadurch bis Ende 2004 als Erbringer zum Universaldienst benannt ohne, dass ein richtlinienkonformes Verfahren durchgeführt wurde.

Weiters bestimmt die österreichische Umsetzung, dass nach § 30 Abs. 1 S. 5 öTKG 2003 auf eine Ausschreibung verzichtet werden kann, „wenn lediglich ein Unternehmen die betrieblichen Voraussetzungen für die Erbringung des Universaldienstes erfüllt und die Erbringung des Universaldienstes durch dieses Unternehmen bis zur nächsten Ausschreibung voraussichtlich gewährleistet ist“. Da die Kriterien für die Beurteilung der betrieblichen Voraussetzungen offen bleiben, ist damit das Gebot der Transparenz der Universaldienstrichtlinie verletzt.<sup>66</sup>

Eine einfache Benennung des Universaldiensteserbringers<sup>67</sup> sowie die übergangsmäßige Benennung der Telekom Austria AG<sup>68</sup> erfolgen jeweils ohne Durchführung eines richtlinienkonformen Verfahrens. Eine derartige Benennung ist darüber hinaus unzulässig, da andere Unterneh-

men entgegen Art. 8 Abs. 2 Universaldienstrichtlinie von vornherein von der Benennung ausgeschlossen sind. Eine richtlinienkonforme Interpretation ist nicht möglich.

Das Ziel der Universaldienstrichtlinie ist es, die Versorgung der Bevölkerung mit grundlegenden Telekommunikationsdiensten sicher zu stellen, die Kosten für die Bereitstellung des Universaldienstes durch geeignete Verfahren zu senken<sup>69</sup> und durch den Universaldienst verursachte Wettbewerbsverzerrungen auszuschließen.<sup>70</sup> Die beiden beschriebenen Verstöße gegen die Universaldienstrichtlinie stellen wesentliche Verfahrensverstöße insbesondere hinsichtlich des Zieles der Senkung der Universaldienstkosten als auch hinsichtlich der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrung da. Nach der Rechtsprechung des EuGH zum Anwendungsvorrang<sup>71</sup> von Richtlinien ist sowohl die Benennung der Telekom Austria AG nach § 133 Abs. 9 S. 1 öTKG 2003 als auch das Verfahren ohne Ausschreiben gem. § 30 Abs. 1 S. 5 öTKG 2003 nicht anwendbar.

Nach Art. 13 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie kann nur ein nach den Bestimmungen der Universaldienstrichtlinie benanntes Unternehmen einen Antrag auf einen Finanzierungsausgleich für die Erbringung des Universaldienstes stellen. Unternehmen die im selben Markt tätig sind, müssten Beiträge für diesen Finanzierungsausgleich leisten. Eine solche Beitragsleistung ist eine Art Steuer für Telekommunikationsunternehmen, die vom Staat auferlegt und eingehoben wird.<sup>72</sup> Ein betroffenes Telekommunikationsunternehmen kann sich daher gegenüber dem Staat direkt auf die Universaldienstrichtlinie stützen und die dargelegten Europarechtsverstöße geltend machen. Wird nach den genannten, richtlinienwidrigen Verfahren ein Universaldienstverpflichteter bestimmt, so können Telekommunikationsunternehmen nicht zu einer Beitragsleistung zum Universaldienstfond verpflichtet werden.<sup>73</sup>

## VI. Zusammenfassung

Staatliches Recht ist immer stärker von EG-Richtlinien determiniert. Um die volle Wirksamkeit der EG-Richtlinien zu gewährleisten ist das nationale Recht richtlinienkonform zu interpretieren. Ist dies nicht möglich, so sind innerstaatliche Vorschriften, die Richtlinien-Bestimmungen widersprechen, nicht anzuwenden. Einzelne können Ansprüche gegen den Staat auch unmittelbar auf Richtlinien stützen. Ist auch dadurch die Umsetzung der Richtlinien nicht gewährleistet, so können bei qualifizierten Verstößen gegen Richtlinien Staatshaftungsansprüche offenstehen.

Der Anschlusskostenbeitrag in § 43 Abs. 6 S. 4 dTKG widerspricht Art. 7 Abs. 4 Richtlinie 97/33/EG und ist daher nicht anzuwenden; anders lautende Behördenentscheidungen können Staatshaftungsansprüche auslösen.

Wesentliche Elemente des Verfahrens zur Benennung des Universaldienstverpflichteten im österreichischen TKG zur Umsetzung des neuen Regulierungsrahmen widersprechen Art. 8 Abs. 1 Richtlinie 2002/22/EG.

62 Außerdem kann die Universaldienstverpflichtung auf mehrere Unternehmen aufgeteilt werden, was auch schon in Art. 5 der Richtlinie 98/10/EG vorgesehen war. Diese Aufteilung kann sowohl geographische Gebiete als auch einzelne Dienste umfassen

63 Verfahrensrechtlich könnte dies in Österreich durch einen Bescheid oder durch eine gesetzliche Bestimmung, wie z B. die Überleitungsbestimmung in § 125 Abs 8 des TKG 1997 (BGBl I Nr. 100/1997 i.d.F. BGBl. I Nr. 134/2002), die sich in ähnlicher Form in § 133 Abs 9 öTKG 2003 (BGBl. I Nr. 70/2003 v. 19.8.2003) findet, erfolgen.

64 § 30 Abs. 1 Satz 4 öTKG 2003

65 Eine derartige Übergangsbestimmung fällt nicht unter Art. 16 Universaldienstrichtlinie.

66 Es fehlen eine öffentliche Beteiligung (Konsultation) sowie die Verwendung von vorweg veröffentlichter Beurteilungskriterien. Vgl. EuGH Canal Satellite, Slg. 2002, I-607, Rz. 35.

67 Nach § 30 Abs. 1 Satz 5 öTKG 2003 bzw. eine „automatische Verlängerung“ nach § 133 Abs. 9 öTKG 2003.

68 Gemäß § 133 Abs. 9 Satz 1 öTKG 2003 i.V.m. § 125 Abs. 8 öTKG 1997.

69 Art. 8 Abs. 2 Universaldienstrichtlinie.

70 18 Begründungserwägung der Universaldienstrichtlinie

71 EuGH Simmenthal, Slg. 1978, 629, Rz. 24; EuGH v. 22.5.2003 – Rs. C-462/99 – (abrufbar unter [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)), Rz. 40f. Argumentierbar erscheint auch, sich auf die objektive Wirkung von Richtlinien zu berufen (EuGH CIA Security, Slg. 1996, I-2201, Rz. 48 ff; EuGH Unilever, Slg. 2000, I-7335, Rz. 49 ff).

72 Nach Art. 13 Abs. 1 lit. a und b Universaldienstrichtlinie kann der Universaldienst aus öffentlichen Mitteln oder über die Einrichtung eines Universaldienstfonds finanziert werden

73 EuGH Ciola, Slg. 1999, I-2517, Rz. 32 f.