SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO
vom 23. Mai 1996 *

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsverfahren betrifft die Auslegung der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision — ONP [1], im folgenden: ONP-Richtlinie) sowie die Auslegung und Gültigkeit der Richtlinie 92/44/EWG des Rates vom 5. Juni 1992 zur Einführung des offenen Netzzugangs bei Mietleitungen [2] (im folgenden: Mietleitungsrichtlinie).

Der High Court of Justice, Queen's Bench Division (Divisional Court), ersucht den Gerichtshof, den Anwendungsbereich und die Bedeutung einiger Bestimmungen der genannten Richtlinien zu bestimmen, damit er die Vereinbarkeit der britischen Durchführungsbestimmungen mit ihnen prüfen kann, zu erklären, ob im Fall einer fehlerhaften Durchführung dieser Richtlinien durch den nationalen Gesetzgeber die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch der geschädigten Unternehmen gegenüber dem Staat vorliegen, und ferner hilfsweise zur Frage der Gültigkeit der Mietleitungsrichtlinie im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Diskriminierungsverbot Stellung zu nehmen.

* Originalsprache: Italienisch.
1 — ABl. L 192, S. 1.
2 — ABl. L 165, S. 27.

Die einschlägigen gemeinschaftlichen und nationalen Rechtsvorschriften

2. Die ONP-Richtlinie, die sich auf Artikel 100a des Vertrages stützt, bezweckt in erster Linie „die Harmonisierung der Bedingungen für den offenen und effizienten Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen und gegebenenfalls zu öffentlichen Telekommunikationsdiensten sowie die Harmonisierung der Bedingungen für deren offene und effiziente Benutzung" (Artikel 1 Absatz 1). Nach Artikel 1 Absatz 2 soll mit diesen Bedingungen „das Angebot von Diensten auf der Basis öffentlicher Telekommunikationsnetze und/oder öffentlicher Telekommunikationsdienste innerhalb und zwischen den Mitgliedstaaten erleichtert werden", insbesondere wenn der Anbieter in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist als der Bezieher.

Artikel 2 der ONP-Richtlinie bestimmt u. a.:

„Für die Zwecke dieser Richtlinie sind

1. ‚Fernmeldeorganisationen' staatliche oder private Einrichtungen, denen ein

Mitgliedstaat besondere oder ausschließliche Rechte zur Bereitstellung von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und gegebenenfalls zur Erbringung von öffentlichen Telekommunikationsdiensten gewährt.

Im Rahmen der Durchführung dieser Richtlinie teilen die Mitgliedstaaten der Kommission die Einrichtungen mit, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewährt haben;

2. ‚besondere oder ausschließliche Rechte' die Rechte, die von einem Mitgliedstaat oder einer Behörde einer oder mehreren öffentlichen oder privaten Einrichtungen auf dem Gesetzes- oder Verwaltungsweg gewährt werden und diesen die Erbringung einer Dienstleistung oder die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit vorbehalten".

3. In Anhang I der ONP-Richtlinie ist eine Reihe von Einzelbereichen aufgeführt, für die ONP-Bedingungen ausgearbeitet werden können; hierzu gehört unter Ziffer 1 der Mietleitungssektor.

Die Mietleitungsrichtlinie stellt die erste Einzelbereichsanwendung der ONP-Richtlinie dar. Sie stützt sich ebenfalls auf Artikel 100a des Vertrages und betrifft „die Harmonisierung der Bedingungen für den offenen und effizienten Zugang zu und die Nutzung von Mietleitungen, die Benutzern des öffentlichen Telekommunikationsnetzes bereitgestellt werden, sowie die Bereitstellung eines gemeinschaftsweiten Mindestangebots von Mietleitungen mit harmonisierten technischen Merkmalen" (Artikel 1).

4. Artikel 2 der Mietleitungsrichtlinie bestimmt, daß die Begriffsbestimmungen der ONP-Richtlinie gegebenenfalls auch für die erstgenannte Richtlinie gelten, und definiert die sonstigen besonderen Begriffe des in Rede stehenden Sektors.

Hierzu gehören, soweit hier von Bedeutung, die Begriffsbestimmungen „Mietleitungen" [„im Zusammenhang mit der Einrichtung, der Entwicklung und dem Betrieb des öffentlichen Telekommunikationsnetzes bereitgestellte Telekommunikationseinrichtungen, die transparente Übertragungskapazität zwischen Netzabschlußpunkten, jedoch keine Vermittlungsfunktionen, die der Benutzer selbst als Bestandteil des Mietleitungsangebots steuern kann (on-demand switching), zur Verfügung stellen"] und „Benutzer" („Endbenutzer und Anbieter von Diensten einschließlich der Telekommunikationsorganisationen, soweit diese Telekommunikationsorganisationen Dienste bereitstellen, die auch von anderen Dienstanbietern bereitgestellt werden oder bereitgestellt werden können").

5. Zur Erreichung des in Artikel 1 genannten Zweckes erlegt die Mietleitungsrichtlinie den Mitgliedstaaten eine Reihe von Ver-

pflichtungen bei den Bedingungen für die Bereitstellung der Netze auf (Artikel 3 bis 10).

Diese Verpflichtungen betreffen insbesondere die Verfügbarkeit der Informationen über die Mietleitungsangebote (Artikel 3), die Informationen über die Lieferbedingungen (Artikel 4), die Bedingungen für die Aufhebung der Angebote (Artikel 5), die Zugangs- und Nutzungsbedingungen und grundlegende Anforderungen (Artikel 6), die Überwachung durch die nationale Regulierungsbehörde (Artikel 8), die gemeinsamen Auftrags- und Abrechnungsverfahren (Artikel 9) sowie die Tarifgrundsätze und die Kostenrechnung (Artikel 10).

Artikel 7 sieht ferner die Bereitstellung eines Mindestangebots an Mietleitungen mit einheitlichen technischen Merkmalen vor. Dieser Artikel bestimmt in Absatz 1: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß die Telekommunikationsorganisationen einzeln oder gemeinsam ein Mindestangebot an Mietleitungen gemäß Anhang II bereitstellen, um ein gemeinschaftsweit harmonisiertes Angebot zu garantieren." [3]

6. Gemäß Artikel 2 Absatz 1 der ONP-Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten, wie bereits erwähnt, der Kommission die Einrichtungen mitteilen müssen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewährt haben, meldete das Vereinigte Königreich die Namen von über 120 Kabelnetzbetreibern. Diese Betreiber besaßen schon die in der einschlägigen nationalen Regelung [4] vorgesehene Lizenz, die ihnen den Betrieb von Telekommunikationssystemen im Vereinigten Königreich erlaubte und die Eigenschaft eines „Konzessionärs öffentlicher Telekommunikationsdienste" verlieh. Dazu gehören die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die British Telecommunications plc (im folgenden: BT oder Klägerin), die Mercury Communications Ltd (im folgenden: Mercury) und die City of Kingston Communications (Hull) plc (im folgenden: Kingston).

7. Die Mietleitungsrichtlinie wurde im Vereinigten Königreich durch die Telecommunications (Leased Lines) Regulations 1993 [5] durchgeführt, die einige Änderungen der Lizenzbedingungen der drei vorgenannten Betreiber, nämlich BT, Mercury und Kingston, mit sich brachten.

Mit diesen Änderungen wurden den genannten Betreibern im wesentlichen alle oder einige in den Artikeln 3 bis 10 der Mietlei-

3 — Anhang II bestimmt die Leitungstypen und die technischen Merkmale dieser Leitungen, die „sobald wie möglich und spätestens zu dem äußersten Termin für die Umsetzung der Richtlinie bereitgestellt werden müssen".

4 — Telecommunications Act 1984, auf den in Nummer 9 näher eingegangen wird.

5 — S. I. 1993, Nr. 2330.

tungsrichtlinie genannte Verpflichtungen auferlegt. [6] Insbesondere wurde die Verpflichtung zur Bereitstellung eines Mindestangebots an Mietleitungen, die in Artikel 7 dieser Richtlinie vorgesehen ist, uneingeschränkt nur BT auferlegt; Kingston wurde diese Verpflichtung nur für den örtlichen Bereich auferlegt, in dem sie ihre Tätigkeit ausübt. Den übrigen auf dem britischen Markt tätigen Betreibern öffentlicher Telekommunikationssysteme wurden dagegen keine derartige Verpflichtungen auferlegt.

Die Regulierungsbestimmungen des Vereinigten Königreichs

8. Es erscheint zweckmäßig, zunächst kurz auf die Besonderheiten des britischen Regulierungssystems auf dem Gebiet der Telekommunikation einzugehen. Bekanntlich erreichte dieser Markt in den letzten Jahren aufgrund eigener wirtschaftpolitischer Entscheidungen und im Vorgriff auf die Gemeinschaftsregelung einen besonders hohen Liberalisierungsgrad. Die britische Regelung ist — um die Worte des Gerichts in der Vorlageentscheidung aufzugreifen — „die weitaus liberalste in der Europäischen Gemeinschaft und eine der freizügigsten der Welt".

9. Der betreffende Liberalisierungsprozeß setzte ein, als der British Telecommunications Act 1984 (im folgenden: Gesetz 1984) im Jahr 1984 das Monopol für den Betrieb der Telekommunikationssysteme abschaffte, das bis dahin eine öffentlich-rechtliche Gesellschaft innehatte, die ebenfalls British Telecommunications hieß.

Durch das Gesetz 1984 wurde zum einen die Klägerin in Form einer Aktiengesellschaft gegründet, wobei alle Rechte und Pflichten der vorherigen Monopolgesellschaft auf sie übertragen wurden; zum anderen wurde das jetzt geltende System geschaffen, wonach jeder, der ein Telekommunikationssystem im Vereinigten Königreich betreiben will, eine Lizenz benötigt, die ausdrücklich die Tätigkeiten angibt, deren Ausübung genehmigt wurde.

10. Nach der neuen Regelung erhielt BT im Juni 1984 eine Lizenz mit einer Geltungsdauer von 25 Jahren. Diese Lizenz, die der Klägerin die Eigenschaft eines „Konzessionärs öffentlicher Telekommunikationsdienste" verleiht, erlaubt den Betrieb von Telekommunikationssystemen im gesamten Hoheitsgebiet des Vereinigten Königreichs außer in dem Gebiet, für das Kingston zugelassen ist.

BT ist insbesondere gehalten, jedem Antragsteller Sprechtelefondienste zu einem Tarif zu erbringen, der nicht notwendigerweise die Kostendeckung gewährleistet. Ferner unterliegt die Klägerin als einzige Lizenzträgerin

6 — Nach dem Verfahren des Artikels 13 der Mietleitungsrichtlinie beantragte das Vereinigte Königreich bei der Kommission für einen bestimmten Zeitraum die Aussetzung bestimmter nach dieser Richtlinie bestehender Verpflichtungen; diese Anträge, für die die Entscheidung der Kommission zum Zeitpunkt der Vorlageentscheidung noch ausstand, betrafen insbesondere die Aussetzung der Verpflichtung nach Artikel 10 für Mercury sowie die teilweise Aussetzung der Verpflichtung nach Artikel 7 für BT und Kingston.

einer Preisänderungsordnung („price cap"). Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß der Staat bis Juli 1993 schrittweise sein gesamtes Aktienpaket am Kapital der BT verkauft hat.

11. Die breite Marktöffnung, die das Gesetz 1984 ermöglicht hat, führte zur Erteilung von über 600 Lizenzen für verschiedene Tätigkeiten in diesem Bereich und zur Zulassung der bereits erwähnten über 120 Konzessionäre öffentlicher Telekommunikationsdienste. Im allgemeinen können letztere zum Zwecke der Ausübung ihrer Tätigkeit unter Beachtung bestimmter Vorschriften des Gesetzes 1984 ermächtigt werden, Grundstücke im Wege der Enteignung zu erwerben, zu Untersuchungszwecken zu betreten und Vereinbarungen zu ihrem Erwerb zu schließen.

Der Inhalt der Lizenzen unterscheidet sich indessen erheblich je nach Konzessionär. So hatte zum Beispiel die britische Regierung trotz der Marktöffnung die betreffenden Lizenzen auf dem besonderen Sektor der Übermittlung von Signalen über ortsfeste Verbindungen (d. h. von Verbindungen, deren Endstellen nicht beweglich sind) anfänglich nur der Klägerin (sowie Kingston unter Beschränkung auf ihren örtlichen Tätigkeitsbereich) und Mercury erteilt, der insbesondere gestattet wurde, sich an das Netz der Klägerin anzuschließen. Somit hatte die britische Regierung auf dem Sektor der ortsfesten Verbindungen die sogenannte „Duopolpolitik" (Politik der Marktkontrolle durch zwei Anbieter) eingeleitet.

12. Anfang der neunziger Jahre wurde sodann auch auf diesem Sektor die Duopolpolitik zugunsten einer ausgeprägteren Wettbewerbspolitik, zumindest beschränkt auf die Inlandsverbindungen, aufgegeben.

Seit 1991 werden nämlich in dem von der nationalen Regierungsbehörde aufgezeigten Sinne alle Lizenzanträge privater Firmen für ortsfeste Verbindungen, die objektiven und transparenten Kriterien entsprechen, aufgrund einer allgemeinen Konformitätsvermutung beurteilt, die die Genehmigung dieser Anträge gewährleistet, es sei denn, es bestünden berechtigte Ablehnungsgründe. [7] Die Öffnung des Marktes betraf jedoch nicht die internationalen Verbindungen, für die nur BT und Mercury zugelassen sind.

13. Die Funktionsfähigkeit eines so komplexen Systems mit zahlreichen nebeneinander tätigen Betreibern, die sich, allerdings unter Beachtung spezifischer und unterschiedlicher Bedingungen, ihre eigenen Einrichtungen schaffen können, wird durch die schon im Gesetz 1984 vorgesehene Vernetzungspflicht gewährleistet, wonach jeder Konzessionär zulassen muß, daß die Systeme anderer Konzessionäre auf deren Verlangen mit seinem

7 — Die 1991 eingeleitete neue Politik der Erteilung von Lizenzen für ortsfeste Verbindungen führte zu zahlreichen Lizenzanträgen. Nach den Angaben des nationalen Gerichts, die sich auf die Zeit von März 1991 bis Juni 1994 beziehen, war zu diesem Zeitpunkt von 86 Anträgen 45 Anträgen stattgegeben worden, 33 waren in Bearbeitung, 6 waren zurückgenommen und nur 2 aus sachlichen Gründen abgelehnt worden.

eigenen Netz verbunden werden. Dies ermöglicht den Kunden eines bestimmten Betreibers den Zugang zum Netz anderer Konzessionäre und somit schließlich die Verbindung mit Benutzern, denen die Dienste der letztgenannten zugute kommen.

Auch bei den internationalen Verbindungen, die — wie bereits erwähnt — nur über das Netz von BT und Mercury zugelassen sind, können die übrigen Konzessionäre die Möglichkeit der Vernetzung mit demselben nutzen, so daß sie dadurch ihren Kunden den internationalen Dienst anbieten können, ohne über die nötigen Einrichtungen zu verfügen.

14. Die fast vollständige Marktöffnung, die in der soeben beschriebenen Zeit und Weise erreicht wurde, scheint im übrigen, zumindest bis heute, praktisch nicht mit einer wesentlichen Zunahme des Wettbewerbs auf dem in Rede stehenden Sektor einhergegangen zu sein. Aus den Akten der vorliegenden Rechtssache geht nämlich eindeutig hervor, daß die BT insgesamt noch immer der bei weitem wichtigste Betreiber in bezug auf Umsatz und Marktanteil im Telekommunikationsbereich ist.

Auf dem besonderen Sektor der Mietleitungen ergibt sich zum Beispiel aus den Mitteilungen der britischen Regierung, daß BT zur Zeit der Umsetzung der Richtlinie ungefähr 800 000 dieser Leitungen im gesamten Hoheitsgebiet besaß, während Mercury ca. 9 100 und die übrigen Konzessionäre insgesamt etwa 300 Leitungen innehatten. [8]

Sachverhalt und Vorabentscheidungsfragen

15. BT beanstandet vor dem vorlegenden Gericht die nationalen Vorschriften zur Durchführung der Mietleitungsrichtlinie und beantragt, wie es in der Vorlageentscheidung heißt, deren „Nichtig-bzw. Ungültigerklärung". Die Klägerin beantragt ferner Ersatz des Schadens, den sie angeblich wegen der fehlerhaften Durchführung der Richtlinie erlitten hat, und bestreitet hilfsweise die Gültigkeit der Richtlinie.

Kingston und Mercury sind dem Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens beigetreten; erstere schließt sich dem Vorbringen und den Anträgen der Klägerin voll, letztere nur teilweise an.

16. Dieses Vorbringen und diese Anträge lassen sich wie folgt zusammenfassen. Wenn, so führt die Klägerin aus, infolge der seit 1991 durchgeführten vollständigen Liberali-

8 — Dies wird von BT bestritten, die die richtige Zahl der Mietleitungen im Jahr 1994 mit etwa 570 000 angibt. Für Kingston ist unstreitig, daß sie praktisch über ein Monopol in dem örtlichen Bereich verfügt, in dem sie ihre Tätigkeit im Sinne der Lizenz ausübt.

sierung des britischen Marktes der Telekommunikationsdienste weder BT noch ein anderes in diesem Bereich tätiges Unternehmen weiterhin ausschließliche oder besondere Rechte im Sinne der in Rede stehenden Richtlinie besitze, könnten ihr nicht die in den Artikeln 3 bis 10 der Mietleitungsrichtlinie genannten Verpflichtungen auferlegt werden, da solche Verpflichtungen nach der genannten Richtlinie nur Unternehmen zu tragen hätten, die noch ausschließliche oder besondere Rechte innehätten.

Hilfsweise trägt die Klägerin vor, wenn das Vereinigte Königreich berechtigt oder verpflichtet wäre, ihr die streitigen Verpflichtungen aufzuerlegen, so müßten diese gemäß dem Diskriminierungsverbot ebenso allen übrigen Lizenzträgern auferlegt werden, die auf dem betreffenden Markt zugelassen seien, oder zumindest denjenigen, die dort effektiv tätig seien.

Wenn die Mietleitungsrichtlinie den Mitgliedstaaten erlaubte, sie in der Weise durchzuführen, daß die betreffenden Verpflichtungen nur einen auf dem Markt tätigen Betreiber träfen, so wäre diese Richtlinie nach Ansicht der Klägerin ungültig, da sie gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen würde.

17. Die Klägerin macht ferner geltend, daß die Richtlinie jedenfalls wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit insoweit ungültig sei, als sie die Bereitstellung eines bestimmten Leitungstyps (2 048 kbit/s) vorschreibe, für den im Vereinigten Königreich weder jetzt noch in Zukunft eine Nachfrage bestehe.

18. Schließlich beantragt die Klägerin, das Vereinigte Königreich zum Ersatz des Schadens zu verurteilen, den sie wegen der fehlerhaften Durchführung der Mietleitungsrichtlinie erlitten habe.

19. Das nationale Gericht hat daher beschlossen, das bei ihm anhängige Verfahren auszusetzen und den Gerichtshof um Vorabentscheidung über folgende Fragen zu ersuchen:

1. a) Sind die Richtlinien 90/387/EWG und 92/44/EWG des Rates dahin auszulegen, daß sie die Mitgliedstaaten berechtigen oder verpflichten, zur Erfüllung der ihnen durch die Artikel 3 bis 10 der Richtlinie 92/44 auferlegten Verpflichtungen nur öffentlichen oder privaten Einrichtungen („Unternehmen") im Sinne des Artikels 2 Absatz 1 der Richtlinie 92/44/EWG des Rates Anforderungen aufzuerlegen, d. h. denjenigen, denen ein Mitgliedstaat „besondere oder ausschließliche Rechte" hinsichtlich der Bereitstellung von Mietleitungen gewährt hat?

   b) Falls die Frage 1 a verneint wird: Unter welchen Umständen ist ein Mitgliedstaat berechtigt oder verpflichtet, die genannten Verpflichtungen dadurch zu erfüllen, daß er einem Unternehmen, das keine solchen „besonderen oder ausschließlichen Rechte" hat, Anforderungen auferlegt?

2. a) Darf ein Mitgliedstaat im Rahmen der Richtlinie 92/44 ein Unternehmen so behandeln, als hätte es „besondere oder ausschließliche Rechte" im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie 90/387, wenn

   i) der Betrieb eines Telekommunikationssystems in dem betreffenden Mitgliedstaat ohne Lizenz der zuständigen Behörden dieses Staates ein Straftatbestand ist;

   ii) es die erklärte Politik des betreffenden Mitgliedstaats ist, daß er alle Anträge auf Lizenzen zur Bereitstellung des fraglichen Dienstes im Rahmen des geltenden nationalen Rechts, nach der Sachlage und auf der Grundlage einer allgemeinen Vermutung der lizenzerteilenden Behörde beurteilt, daß Anträgen, sofern kein besonderer Grund entgegensteht, ohne Begrenzung der Anzahl der erteilten Lizenzen stattgegeben wird;

   iii) mehrere Unternehmen (einschließlich der Klägerin und der Streithelferinnen in der vorliegenden Rechtssache) tatsächlich Mietleitungen entsprechend solchen Lizenzen bereitstellen?

   b) Falls es für die Beantwortung der Frage 2 a auf die dort genannten Umstände nicht ankommt, welche anderen Kriterien sind dann maßgebend?

3. Je nach den Antworten auf die Fragen 1 und/oder 2:

   a) Ist die Richtlinie 92/44 dahin auszulegen, daß sie einen Mitgliedstaat berechtigt, davon abzusehen, die in den Artikeln 3 bis 10 dieser Richtlinie genannten Verpflichtungen einem Unternehmen aufzuerlegen,

      i) dem der Mitgliedstaat gestattet hat, Mietleitungen bereitzustellen, das jedoch diesen Dienst derzeit nicht anbietet;

      ii) das diesen Dienst anbietet?

   b) Falls die vorstehenden Fragen 3 a i und/oder ii bejaht werden: Unter welchen Umständen und anhand welcher Kriterien ist die Richtlinie 92/44 dahin auszulegen, daß sie einen Mitgliedstaat berechtigt, davon abzusehen, einem Unternehmen einzelne oder alle der genannten Verpflichtungen aufzuerlegen?

c) Insbesondere:

i) Ist die Richtlinie dahin auszulegen, daß sie einen Mitgliedstaat deshalb zu dieser Nichtauferlegung von Verpflichtungen berechtigt, weil ein Unternehmen nach Auffassung dieses Mitgliedstaats Mietleitungen tatsächlich in geringfügigem Umfang bereitstellt?

ii) Falls ja, wie ist die Ausnahme der Geringfügigkeit zu definieren? Darf ein Mitgliedstaat seine Beurteilung auf die Marktstellung zum Zeitpunkt der Durchführung der Richtlinie beschränken, oder muß er auch die mögliche Marktentwicklung in Betracht ziehen?

iii) Verlangt das Diskriminierungsverbot in Verbindung mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit, daß eine Geringfügigkeitsschwelle, sofern sie zulässig ist, in den nationalen Maßnahmen zur Durchführung der Richtlinie festgelegt wird?

4. Je nach den Antworten auf die vorstehenden Fragen 1 und/oder 2: Ist die Richtlinie 92/44 und insbesondere Artikel 7 Absatz 1 dahin auszulegen, daß sie einen Mitgliedstaat berechtigen oder verpflichten, zwei Unternehmen, denen von dem Mitgliedstaat gestattet wurde, den fraglichen Dienst anzubieten, die Verpflichtung zur Bereitstellung eines Mindestangebots von Mietleitungen entsprechend Anhang II aufzuerlegen, anderen Unternehmen aber nicht?

5. Falls irgendein Teil der Fragen 3 oder 4 bejaht wird: Ist dann die Richtlinie 92/44 insoweit ungültig, als sie u. a. gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt?

6. Ist die Richtlinie 92/44, insbesondere Artikel 7 Absatz 1 in Verbindung mit Anhang II, wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit insoweit ungültig, als sie die Bereitstellung von Mietleitungen des Typs 2 048 kbit/s, digital strukturiert, die den technischen Merkmalen dieses Anhangs entsprechen, in allen Mitgliedstaaten verlangt?

7. a) Haftet ein Mitgliedstaat nach Gemeinschaftsrecht gegenüber einem Unternehmen auf Schadensersatz für Verluste, die diesem entstanden sind als Folge

i) der fehlerhaften Durchführung einzelner oder aller der in den Artikeln 3 bis 10 der Richtlinie 92/44 genannten Verpflichtungen hinsichtlich dieses Unternehmens;

ii) der Durchführung der fraglichen Richtlinie in einer Art und Weise, die gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstößt;

iii) der Durchführung der fraglichen Verpflichtungen in einer Situation, in der die maßgeblichen Bestimmungen der Richtlinie wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung und/oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ungültig sind?

b) Falls die Fragen 7 a i, ii und iii oder einzelne von ihnen bejaht werden: Unter welchen Voraussetzungen wird eine solche Haftung begründet?

20. Bevor auf die Vorlagefragen eingegangen wird, ist eine Bemerkung allgemeiner Art erforderlich.

Bereits ein erster Blick macht deutlich, daß durch die Mietleitungsrichtlinie der Netzzugang in dem betreffenden Bereich angesichts der tatsächlichen Lage geregelt werden soll, wie sie in den meisten Mitgliedstaaten bestand, als diese Richtlinie erlassen wurde, also einer Marktlage, die noch durch Unternehmen gekennzeichnet war, denen ausschließliche oder besondere Rechte an den Infrastrukturen zustanden. Ebenso klar ist, daß die Richtlinie nicht den Besonderheiten eines Marktes wie des britischen Rechnung trägt, der bereits fast vollständig liberalisiert war.

21. Dies zeigt auch der Wortlaut bestimmter Begründungserwägungen. So heißt es in der dritten Begründungserwägung unter Bezugnahme auf die Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste [9], daß „die Mitgliedstaaten, die für die Bereitstellung und den Betrieb öffentlicher Telekommunikationsnetze besondere oder ausschließliche Rechte aufrechterhalten, die erforderlichen Maßnahmen [ergreifen], um die Bedingungen für den Zugang zum Netz und für dessen Nutzung objektiv und nichtdiskriminierend zu gestalten und zu veröffentlichen".

Nach der elften Begründungserwägung „stellen die Mitgliedstaaten, die besondere oder ausschließliche Rechte für die Bereitstellung und den Betrieb öffentlicher Telekommunikationsnetze aufrechterhalten, sicher, daß Benutzer auf Antrag innerhalb einer zumutbaren Frist Mietleitungen erhalten können".

22. Diese Erwägungen bestätigen, soweit erforderlich, daß diese Richtlinie nicht mit der Gewährung ausschließlicher oder besonderer Rechte an der Einrichtung und am

9 — ABl. L 192, S. 10.

Betrieb des öffentlichen Netzes durch die Mitgliedstaaten interferieren soll; vielmehr sollen unter der Voraussetzung, daß es solche Rechte gibt, etwaige daraus entstehende Wettbewerbsverzerrungen verhindert werden.

23. Die Kommission bemerkte im übrigen folgendes in einem Memorandum vom 23. Juni 1994, in dem sie auf die Notwendigkeit einging, die Kriterien für die Durchführung der ONP-Richtlinie zu ändern, um der durch die Gemeinschaftsrichtlinien vorgesehenen schrittweisen Liberalisierung der Telekommunikationseinrichtungen Rechnung zu tragen:

„The concept of special and exclusive rights has been used up to the present as the major criteria for applying Open Network Provision conditions. With the future abolition of special and exclusive rights, the issue of the entities to be covered by Open Network Provision must be revised." [10]

24. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat festgestellt, daß die Mietleitungsrichtlinie nicht in angemessener Weise die (bereits) liberalisierten oder demnächst zu liberalisierenden Märkte des Telekommunikationssektors ordnet [11]. Die Kommission unterbreitete daher am 4. Januar 1996 einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung der Richtlinien 90/387/EWG und 92/44/EWG des Rates an ein wettbewerbsorientiertes Telekommunikationsumfeld [12] (im folgenden: Anpassungsvorschlag), dessen wichtigste Stellen später geprüft werden.

25. Es bleibt die Tatsache, daß die Mietleitungsrichtlinie, die dem Vereinigten Königreich ebenso wie den anderen Mitgliedstaaten bestimmte Harmonisierungsziele auferlegt, zur Zeit so abgefaßt ist, daß einige Bestimmungen über die Modalitäten für die Erreichung dieser Zwecke angesichts der Lage im Vereinigten Königreich dort zu Durchführungsschwierigkeiten führen müssen.

Das Vereinigte Königreich, das zwar weiterhin verpflichtet ist, die Harmonisierungsziele der Richtlinie zu verfolgen, muß daher in Anbetracht des Ausnahmecharakters dieser Lage und des im wesentlichen vorübergehenden Charakters der eingeführten Regelung über den erforderlichen Ermessensspielraum verfügen können, um diese Ziele in einer Weise zu erreichen, die den in der Richtlinie nicht vorausgesetzten Besonderheiten des britischen Marktes besser entspricht.

Nachstehend werden, auch im Lichte der in dem Anpassungsvorschlag angeregten Ände-

10 — Memorandum on future approach to Open Network Provision, ONP Committee, 23. Juni 1994 (ONCOM94-29), S. 3.

11 — Siehe z. B. die Entschließung des Rates vom 22. Dezember 1994 über die Grundsätze und den Zeitplan für die Liberalisierung der Telekommunikationsinfrastrukturen (ABl. C 379, S. 4).

12 — ABl. C 62, S. 3.

rungen, die Folgen näher geprüft, die sich für die einzelnen Vorlagefragen aus dem mangelnden Einklang der Mietleitungsrichtlinie mit der besonderen Lage des britischen Marktes ergeben können.

Die erste Frage

26. Mit der ersten Vorlagefrage ersucht das nationale Gericht den Gerichtshof im wesentlichen um die Klärung der Frage, ob ein Mitgliedstaat nach Maßgabe der Bestimmungen der Artikel 3 bis 10 der Mietleitungsrichtlinie berechtigt oder verpflichtet ist, die dort vorgesehenen Verpflichtungen nur Unternehmen aufzuerlegen, die über besondere oder ausschließliche Rechte im Sinne der ONP-Richtlinie verfügen und somit als „Telekommunikationsorganisationen" im Sinne der in Rede stehenden Richtlinien bezeichnet werden können.

Die Artikel 3 bis 10 der Mietleitungsrichtlinie stellen bekanntlich eine Reihe von Verpflichtungen auf, die die Mitgliedstaaten den Betreibern der öffentlichen Telekommunikationsnetze auferlegen müssen, damit die den Benutzern in diesen Netzen bereitgestellten Mietleitungen frei und wirksam zugänglich sind und genutzt werden können.

27. Die Antwort auf die erste Frage erscheint mir durchaus evident, und das vorliegende Gericht scheint sie im übrigen auch zu erwarten: Diese Verpflichtungen sind nach der derzeitigen Fassung der Richtlinie für die Telekommunikationsorganisationen bestimmt. Zwar geben nämlich nicht alle diese Bestimmungen genau an, wem der Mitgliedstaat die Verpflichtung auferlegen muß, um die es sich in dem betreffenden Fall handelt [13], sofern aber eine Bestimmung die Adressaten der Verpflichtungen nennt, handelt es sich ausdrücklich um die in den verschiedenen Mitgliedstaaten tätigen Telekommunikationsorganisationen [14].

Dies kann nicht außer acht gelassen werden; es bedarf daher wohl keiner Erörterung, daß die in den Artikeln 3 bis 10 der Mietleitungsrichtlinie genannten Verpflichtungen sich nur auf die Telekommunikationsorganisationen beziehen können, wie sie in der Mietleitungsrichtlinie und in der ONP-Richtlinie definiert sind, also auf alle öffentlichrechtlichen und privaten Betreiber, denen der Staat ausschließliche oder besondere Rechte an der Einrichtung und am Betrieb des öffentlichen Netzes oder zur Erbringung öffentlicher Telekommunikationsdienste verleiht.

28. Der oben genannte Anpassungsvorschlag sieht hingegen zur Anpassung der Mietleitungsrichtlinie an ein wettbewerbsorientiertes Umfeld in Artikel 2 vor, daß die Bezeichnung „Telekommunikationsorganisationen" im Text der Richtlinie durchgehend

13 — Siehe z. B. die Artikel 3 und 4.

14 — Am häufigsten wird nämlich folgende Formulierung in den betreffenden Bestimmungen verwendet: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß die [ihre] Telekommunikationsorganisationen ..." (siehe z. B. Artikel 6 Absatz 4 Unterabsatz 3, den bereits zitierten Artikel 7 Absatz 1 und Artikel 10 Absatz 2).

durch die Worte „gemäß Artikel 11 Absatz 1a benannte Organisationen" ersetzt wird.

In der geänderten Fassung des letztgenannten Artikels sieht der Vorschlag einen Mechanismus vor, wonach die „einzelstaatlichen Aufsichtsbehörden der Kommission die Namen der Organisationen [mitteilen], die Mietleitungen bereitstellen und dieser Richtlinie unterliegen"; somit sieht der Vorschlag meines Erachtens korrekt vor, die Verpflichtungen aus der Richtlinie bestimmten von der zuständigen nationalen Behörde benannten Organisationen aufzuerlegen, die Dienste in dem in Rede stehenden Bereich leisten, und zwar unabhängig davon, inwieweit diese Organisationen ausschließliche oder besondere Rechte besitzen.

29. Es bleibt die Tatsache, daß die Bestimmungen der Artikel 3 bis 10 und somit die betreffenden Verpflichtungen sich in der derzeitigen Fassung nur auf die Telekommunikationsorganisationen beziehen können.

Steht dies fest, so erhebt sich demnach die Frage, welche Unternehmen die genannten Verpflichtungen treffen sollen, wenn der betreffende Markt nicht mehr durch Unternehmen gekennzeichnet ist, die ausschließliche oder besondere Infrastrukturrechte innehaben, sondern vielmehr durch zahlreiche Unternehmen, die im freien Wettbewerb miteinander arbeiten. Eben dies möchte das nationale Gericht mit der zweiten, der dritten und der vierten Frage klären.

Die zweite Frage

30. Mit der zweiten Frage möchte das nationale Gericht vor allem wissen, ob angesichts der besonderen Lage auf dem britischen Telekommunikationsmarkt *alle* Konzessionäre öffentlicher Dienste, die dort tätig sind, als Telekommunikationsorganisationen, d. h. als Inhaber ausschließlicher oder besonderer Rechte im Sinne der in Rede stehenden Richtlinien angesehen werden müssen oder können.

Das vorlegende Gericht ersucht den Gerichtshof insbesondere, festzustellen, ob die zahlreichen Unternehmen, die auf dem Markt der öffentlichen Telekommunikationsdienste eines Mitgliedstaats aufgrund einer hierfür unerläßlichen Lizenz tätig sind, die von den zuständigen Behörden entsprechend einer Entwicklung erteilt wird, die dahin geht, daß allen Anträgen stattzugeben ist, sofern nicht spezielle Ablehnungsgründe vorliegen, schon deshalb alle als Unternehmen angesehen werden können, die besondere oder ausschließliche Rechte im Sinne der ONP-Richtlinie und Mietleitungsrichtlinie innehaben.

31. Hierbei ist BT der Auffassung, daß zumindest seit der Liberalisierung im Jahr 1991 keiner der Konzessionäre öffentlicher

Telekommunikationsdienste im Vereinigten Königreich mehr Inhaber besonderer (oder gar ausschließlicher) Rechte im Sinne der betreffenden Richtlinie sei; der Zugang zum Betrieb von Telekommunikationssystemen sei im wesentlichen frei, und die Lizenzpflicht sei kein ausschlaggebender Faktor, um das Gegenteil zu behaupten.

Es gibt in der Tat viele verschiedene Wirtschaftstätigkeiten, für deren Ausübung in fast allen Mitgliedstaaten eine Lizenz erforderlich ist. Nach Ansicht von BT wäre es falsch und stünde im Widerspruch zu dem Geist des betreffenden Gemeinschaftsbegriffs, wenn man annehmen würde, daß jeder Lizenzträger schon deshalb besondere (oder gar ausschließliche) Rechte für die Ausübung der betreffenden Tätigkeit besitzt, weil er eine Verwaltungsformalität erledigt hat.

32. Dem ist zu folgen.

Zunächst spricht dafür ein Wortlautargument. Wie bereits erwähnt, sind gemäß Artikel 2 Absatz 1 der Mietleitungsrichtlinie und Artikel 2 Absatz 2 der ONP-Richtlinie besondere oder ausschließliche Rechte für die Zwecke der Mietleitungsrichtlinie die Rechte, die von einem Mitgliedstaat oder einer Behörde einer oder mehreren öffentlichen oder privaten Einrichtungen auf dem Gesetzes- oder Verwaltungsweg gewährt werden und diesen die Erbringung einer Dienstleistung oder die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit vorbehalten.

33. Der Gemeinschaftsbegriff der ausschließlichen und besonderen Rechte, insbesondere der besonderen Rechte auf dem Telekommunikationssektor, wurde sodann von der Kommission nach dem Erlaß des Urteils des Gerichtshofes vom 17. November 1992 in der Rechtssache Spanien/Kommission [15] in der neueren Richtlinie 94/46/EG vom 13. Oktober 1994 [16] näher bestimmt.

Obgleich diese Richtlinie den in der ONP-Richtlinie enthaltenen Begriff der ausschließlichen oder besonderen Rechte nicht förmlich ändert, da sie sich ausdrücklich nur auf die Richtlinie 90/388 bezieht, die Gegenstand des genannten Urteils des Gerichtshofes war, stellt sie doch einen nützlichen Anhaltspunkt für die Auslegung des Begriffes dar.

34. Nach Artikel 2 Buchstabe a Ziffer ii der Richtlinie 94/46 sind besondere Rechte solche, die ein Mitgliedstaat durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften für eine begrenzte

15 — Verbundene Rechtssachen C-271/90, C-281/90 und C-289/90 (Slg. 1992, I-5833). In diesem Urteil hat der Gerichtshof zwar die Gültigkeit der Richtlinie 90/388/EWG bestätigt, sie jedoch insoweit, als sie sich auf die besonderen Rechte bezieht, mit der Begründung für ungültig erklärt, daß weder aus dem Artikel noch aus der Begründung der Bestimmung genau hervorgehe, um welche Arten von Rechten es konkret gehe und aus welchem Grunde solche Rechte im Widerspruch zu den Bestimmungen des Vertrages stehen sollten.

16 — Richtlinie 94/46/EWG der Kommission vom 13. Oktober 1994 zur Änderung der Richtlinie 88/301/EWG und 90/388/EWG, insbesondere betreffend die Satelliten-Kommunikation (ABl. L 268, S. 15).

Anzahl von Unternehmen in einem bestimmten Gebiet gewährt, wenn der Staat

„— die Anzahl dieser Unternehmen auf zwei oder mehrere Unternehmen begrenzt, *ohne sich dabei an objektive, angemessene und nichtdiskriminierende Kriterien zu halten*, um eine Leistung zu erbringen oder eine Tätigkeit zu betreiben, oder

— mehrere konkurrierende Unternehmen *nach anderen als diesen Kriterien* bestimmt, um eine Leistung zu erbringen oder eine Tätigkeit zu betreiben, oder

— einem oder mehreren Unternehmen *nach anderen als diesen Kriterien* [durch] Rechts- oder Verwaltungsvorschriften ... Vorteile einräumt, die die Fähigkeit anderer Unternehmen, denselben Telekommunikationsdienst in demselben Gebiet unter wesentlich gleichen Bedingungen zu leisten, wesentlich beeinträchtigen" [17].

17 — Hervorhebung von mir.

35. Man kann daher, auch unter Berücksichtigung der in der Vorlageentscheidung im einzelnen dargelegten Gegebenheiten, die hier nicht erneut in Frage zu stellen sind, nur zum selben Ergebnis gelangen wie die Klägerin: Die zahlreichen Konzessionäre öffentlicher Dienstleistungen, die im Vereinigten Königreich öffentliche Telekommunikationsdienste erbringen dürfen, können nicht als Inhaber ausschließlicher und besonderer Rechte angesehen werden, nur weil sie eine Lizenz beantragen müssen.

36. Die bereits genannte Richtlinie 90/388 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste liefert in Artikel 2 einen Beweis dafür, daß in dem vom Gemeinschaftsgesetzgeber gewollten System die Lizenzpflicht für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit auf dem Gebiet der Telekommunikation nicht zu dem Schluß oder der Annahme berechtigt, daß ausschließliche oder besondere Rechte in bezug auf den Lizenzträger vorliegen.

Diese Bestimmung sieht nämlich vor, daß die „Mitgliedstaaten ... die Beseitigung der besonderen oder ausschließlichen Rechte bei der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen [gewährleisten]", und schreibt sodann in Absatz 2 vor, daß die „Mitgliedstaaten, in denen die Erbringung dieser Dienstleistungen Genehmigungs- und Anmeldeverfahren zur Einhaltung von grundlegenden Anforderungen unterliegt, ... dafür Sorge [tragen], daß die Zulassungen nach Maßgabe objektiver, nichtdiskriminierender und durchschaubarer Kriterien erteilt werden". Die Beseitigung der ausschließlichen oder besonderen Rechte in einem

bestimmten Sektor bleibt also ein Ziel, das sehr wohl mit der Beibehaltung der Pflicht vereinbar ist, vor Ausübung einer Tätigkeit in diesem Sektor eine Lizenz oder Zulassung zu erlangen.

37. Meines Erachtens ändert hieran auch die Tatsache nichts, daß im Vereinigten Königreich die Erteilung einer Lizenz für die Erbringung öffentlicher Telekommunikationsdienste im Sinne des Gesetzes 1984 in den meisten Fällen — allerdings in differenzierter Weise — mit einer Reihe besonderer Vorrechte verbunden ist. Solche Vorrechte bestehen, wie bereits erwähnt, in dem Recht des Lizenzträgers, Grundstücke für die Errichtung der Infrastruktur zu betreten und zu erwerben und Netzeinrichtungen auf oder unter öffentlichen Verkehrswegen oder auch auf Privatgrundstücken mit Einverständnis des Eigentümers zu verlegen (auf dieses Einverständnis kann nur verzichtet werden, wenn eine entsprechende richterliche Entscheidung vorliegt).

Solche Befugnisse erscheinen jedoch offensichtlich unerläßlich für die Ausübung der Tätigkeit, der der Konzessionär im Sinne der Lizenz nachgehen kann; dies genügt meines Erachtens nicht für die Annahme, daß die Betreffenden ausschließliche oder besondere Rechte im Sinne der Mietleitungsrichtlinie besitzen.

38. Hinzu kommt, daß nach der 1991 von der zuständigen Behörde festgelegten Orientierung die Zulässigkeitsprüfung, der die Lizenzanträge unterzogen werden, nur dann gegebenenfalls zu einer Ablehnung des Antrags führen könnte, wenn besondere Gründe vorliegen.

39. Die zweite Frage ist demnach dahin zu beantworten, daß die Unternehmen, die auf dem Markt der öffentlichen Telekommunikationsdienste eines Mitgliedstaats aufgrund einer hierfür unerläßlichen Lizenz tätig sind, die ihnen besondere Vorrechte verleiht und von der zuständigen Behörde aufgrund einer entsprechenden Prüfung des Antrags anhand der einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften nach Maßgabe einer Vermutung erteilt wird, die gewährleistet, daß dem Antrag außer im Falle besonderer Ablehnungsgründe stattgegeben wird, nicht schon deshalb Beteiligte sind, die ausschließliche oder besondere Rechte im Sinne der Mietleitungsrichtlinie innehaben.

Die dritte und die vierte Frage

40. Die dritte und die vierte Frage, mit denen das zentrale Problem des vorliegenden Verfahrens gestellt wird, gehen dahin, ob die britische Regelung zur Durchführung der Mietleitungsrichtlinie mit dieser vereinbar ist, soweit sie alle oder einige Verpflichtungen aus den Artikeln 3 bis 10 der Richtlinie nur drei der zahlreichen Unternehmen auferlegt, die auf dem betreffenden Markt tätig sind.

Das vorlegende Gericht fragt den Gerichtshof, ob und unter welchen Bedingungen es die Richtlinie einem Mitgliedstaat gestattet, die genannten Verpflichtungen nur einigen Telekommunikationsorganisationen aufzuerlegen, die in seinem Hoheitsgebiet arbeiten. Es fragt insbesondere, ob dieses Recht darauf beruhen kann, daß ein Unternehmen nach Auffassung dieses Mitgliedstaats Mietleitungen tatsächlich nur in geringfügigem Umfang bereitstellt, und falls ja, ob der Mitgliedstaat seine Beurteilung auf die Marktstellung zum Zeitpunkt der Durchführung der Richtlinie beschränken darf oder auch die mögliche Marktentwicklung in Betracht ziehen muß, wobei gegebenenfalls vorzusehen wäre, daß ausdrücklich eine Geringfügigkeitsschwelle in den Maßnahmen zur Durchführung der Richtlinie festgelegt wird.

41. Die vierte Frage bezieht sich insbesondere auf Artikel 7 und ist unter dem Gesichtspunkt des besonderen Problems des Universaldienstes zu sehen; das Gericht fragt, ob diese Bestimmung dahin auszulegen ist, daß sie die Mitgliedstaaten berechtigt, die Verpflichtung zur Bereitstellung eines Mindestangebots an Mietleitungen nur zwei der zahlreichen Unternehmen aufzuerlegen, denen gestattet wurde, den fraglichen Dienst auf dem betreffenden Markt anzubieten.

Da das Problem im wesentlichen identisch ist, erscheint es angebracht, die dritte und die vierte Frage zusammen zu prüfen.

42. Die Klägerin erklärt, daß alle Verpflichtungen aus den Artikeln 3 bis 10 der Mietleitungsrichtlinie, einschließlich des Mindestangebots an Mietleitungen, aufgrund des Diskriminierungsverbots verhältnismäßig auf alle auf dem betreffenden Markt tätige Unternehmen aufgeteilt werden müßten.

Die britische Regierung, die von der französischen Regierung und der Kommission unterstützt wird, trägt hingegen vor, daß die Mitgliedstaaten über einen weiten Ermessensspielraum verfügten, um das oder die Unternehmen in ihrem Hoheitsgebiet zu bestimmen, die den in Rede stehenden Verpflichtungen unterlägen. Die britische Behörde habe also diese Verpflichtungen rechtmäßig BT und zum Teil Mercury und Kingston auferlegt, da erstere unzweifelhaft eine beherrschende Stellung auf dem betreffenden Markt einnehme, die zweite über eine erhebliche Marktmacht verfüge und die letztgenannte praktisch ein Monopol in dem örtlichen Bereich besitze, in dem sie tätig sei.

43. Es sei vorausgeschickt, daß — wie bereits erwähnt — die Antwort auf diese Fragen nicht unabhängig von dem schon genannten Umstand zu sehen ist, daß die britischen Konzessionäre öffentlicher Telekommunikationsdienste keine Telekommunikationsorganisationen im Sinne der Mietleitungsrichtlinie in ihrer derzeitigen Fassung sind.

44. Nach den Artikeln 3 bis 10 (ausgenommen Artikel 7) der Mietleitungsrichtlinie stellen die Mitgliedstaaten, wie bereits ausgeführt wurde, sicher, daß ihre Telekommunikationsorganisationen die Mietleitungen unter Berücksichtigung bestimmter Bedingungen und Anforderungen bereitstellen. Diese Bestimmungen betreffen im allgemeinen Verpflichtungen bezüglich der Veröffentlichung und des Zugangs zu den technischen und kommerziellen Informationen über das Leitungsangebot, des technischen Zugangs zu den Leitungen und der Vertragsbedingungen des Angebots (Aufhebung des Angebots, Auftrags- und Abrechnungsverfahren, kostenorientierte Tarife usw.).

45. Diese Erwägungen führen zu dem Schluß, daß es bei einem liberalisierten Markt wie dem britischen nicht nötig zu sein braucht, die in Rede stehenden Verpflichtungen allen auf diesem Markt tätigen Unternehmen aufzuerlegen; vielmehr kann es angebracht sein, sie nur denjenigen Organisationen aufzuerlegen, die aus den oben genannten Gründen in einer praktisch so priviligierten Lage sind, daß sie den Markt negativ beeinflussen können, indem sie zum Beispiel den Zugang zum öffentlichen Netz behindern.

Es handelt sich genau genommen um Verpflichtungen, die auf Marktsituationen beruhen, die durch die Präsenz eines Monopolinhabers oder mehrerer Oligopolinhaber gekennzeichnet sind. In diesem Fall muß nämlich durch besondere Korrekturmechanismen sichergestellt werden, daß diese nicht ihre bevorrechtigte Lage nutzen, um den Markt negativ zu beeinflussen. Im Fall eines liberalisierten Marktes hingegen kann sich die Einhaltung solcher Verpflichtungen nur bei Organisationen als erforderlich erweisen, die aus historischen Gründen noch über eine besonders ausgeprägte Marktmacht verfügen, aufgrund deren sie ihre Dienste zu Bedingungen anbieten können, die dem Wettbewerb durch kleinere und schwächere Unternehmen nicht Rechnung tragen. Bestünde indessen auf einem bestimmten Markt ein echtes Wettbewerbsgleichgewicht, so hätten derartige Verpflichtungen letztlich keine Daseinsberechtigung, da die jeweiligen Erfordernisse, denen solche Verpflichtungen gerecht werden sollen, automatisch bereits durch das Spiel des freien Wettbewerbs gewährleistet wären.

Mit der Mietleitungsrichtlinie soll gerade eine derartige Wettbewerbsverzerrung verhindert werden; damit die Durchführung der Richtlinie durch den Gesetzgeber eines Staates, in dem es keine ausschließlichen oder besonderen Infrastrukturrechte mehr gibt, rechtmäßig ist, genügt es meines Erachtens, daß dieses Ergebnis erreicht wird, und zwar erforderlichenfalls indem die Verpflichtungen bezüglich der Angebotsbedingungen nur den Organisationen auferlegt werden, die aufgrund ihrer Marktmacht in der Lage wären, den Zugang der Benutzer und Konkurrenten zum öffentlichen Netz zu behindern.

46. Der Anpassungsvorschlag vom 6. März 1996 bestätigt nachdrücklich die Richtigkeit dieser Erwägungen. Er sieht in Artikel 2 Absatz 2 vor, daß die Mitgliedstaaten sicherstellen, „daß die Richtlinie in ihrem gesamten Hoheitsgebiet für mindestens eine Organisation gilt" und „daß Verpflichtungen aus dieser Richtlinie nicht Organisationen ohne beträchtliche Marktmacht auferlegt werden".

Im Einklang mit der durch verschiedene andere Gemeinschaftsinstrumente angestrebten Beseitigung der ausschließlichen und besonderen Infrastrukturrechte erlaubt es die aufgezeigte Regelung also den Mitgliedstaaten ausdrücklich, die Verpflichtungen aus den Artikeln 3 bis 10 der Mietleitungsrichtlinie auch nur einigen der verschiedenen auf dem betreffenden Sektor tätigen Organisationen — allerdings nach Maßgabe ihrer Marktmacht — aufzuerlegen.

47. Bei Artikel 7, nach dem die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, daß ihre Telekommunikationsorganisationen getrennt oder gemeinsam ein Mindestangebot an Mietleitungen bereitstellen, um das Angebot gemeinschaftsweit zu harmonisieren, erhebt sich die Frage in ähnlicher Weise.

Die Thematik des Universaldienstes ist vor allem in allgemeiner Hinsicht von Bedeutung, da sie die Notwendigkeit verdeutlicht, zwei Erfordernisse miteinander in Einklang zu bringen, denen der Gemeinschaftsgesetzgeber mit Hilfe von jeweils unterschiedlichen Instrumenten gleiche Bedeutung beimißt. Es handelt sich dabei zum einen um die Liberalisierung der Märkte für die öffentlichen Dienstleistungen kommerzieller Art (Telekommunikation, aber auch bekanntlich Strom, Wasser, Gas, Post) und zum anderen um die Sicherstellung eines effizienten Dienstes für alle, die ihn in Anspruch nehmen wollen.

Der Universaldienst schließt für die betreffenden Unternehmen die Pflicht ein, die Nachfrage unabhängig von der Kostendeckung zu befriedigen; auf einem liberalisierten Markt, auf dem die Pflicht, einen solchen Dienst zu erbringen, nicht mehr das Gegenstück eines ausschließlichen oder besonderen Rechts darstellt, das einem oder wenigen bestimmten Unternehmen zusteht, besteht daher die Gefahr, daß diese Pflicht in übermäßig kostspieliger oder in ungerechtfertigter Weise oder einfach in diskriminierender Weise das Unternehmen (oder die Unternehmen) trifft, dem sie obliegt. Andererseits könnte es bei Bestehen eines Unternehmens, das praktisch ein Monopol besitzt, oder eines oder mehrerer Unternehmen mit beherrschender Stellung auf einem bestimmten bereits liberalisierten Markt widersprüchlich sein, eine derartige Pflicht allen Betreibern und damit auch denjenigen aufzuerlegen, die nicht über eine entsprechende Marktmacht verfügen.

48. Auch hier zeigt sich klar, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber zur Zeit der Abfassung der Mietleitungsrichtlinie die Situation der noch durch ausschließliche und besondere Infrastrukturrechte gekennzeichneten Märkte im Auge hatte.

Im Hinblick auf die (allerdings mit unterschiedlicher Geschwindigkeit in unterschiedlicher Art und Weise) erfolgende schrittweise und graduelle Beseitigung der besonderen und ausschließlichen Rechte in fast allen oben genannten Bereichen trug der Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch dafür Sorge, anhand objektiver und dynamischer Kriterien, die den wirtschaftlichen und technischen Erfordernissen Rechnung tragen, zu bestimmen, welche Unternehmen zur Erbringung des Universaldienstes verpflichtet sein sollen.

49. Wie bereits gezeigt wurde, sieht der Anpassungsvorschlag vor allem vor, daß die Verpflichtung, den Universaldienst in dem Sektor der Mietleitungen zu gewährleisten, zumindest einer der Organisationen aufzuerlegen ist, die in dem jeweiligen Mitgliedstaat tätig sind, wobei diese Organisation im wesentlichen nach Maßgabe ihrer Marktmacht auszuwählen und zu bestimmen ist.

Die vor kurzem erlassene Richtlinie 96/19/EG der Kommission zur Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten [18] sieht vor, daß die Mitgliedstaaten der Kommission, die die Transparenz und Verhältnismäßigkeit dieser Märkte zu prüfen hat, die Maßnahmen mitteilen, die sie zur Gewährleistung des Universaldienstes treffen wollen.

Der von der Kommission am 31. August 1995 vorgelegte Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation, durch den außer der Interoperabilität zwischen den Netzen der Universaldienst gewährleistet werden soll [19], regelt die Materie im einzelnen. Der Vorschlag sieht vor, daß diese Verpflichtung die Telekommunikationsorganisationen „mit beträchtlicher Marktmacht" treffen muß, und zwar auf der Grundlage dynamischer Mechanismen, die soweit erforderlich und unter Aufsicht der zuständigen nationalen und Gemeinschaftsbehörden eine gerechte Aufteilung der Lasten gewährleisten, die sich aus der Erbringung dieses Dienstes ergeben (Artikel 4 und 5).

50. Andererseits bestimmt Artikel 7 der Mietleitungsrichtlinie in seiner derzeitigen Fassung nur, daß jeder Mitgliedstaat die effektive Erbringung eines Dienstes in diesem Sektor für jeden potentiellen Benutzer gewährleistet, der den Dienst in Anspruch nehmen will. Hierin wird in der derzeitigen Fassung nichts anderes bestimmt.

Unter diesen Umständen läßt sich sagen — wiederum im Einklang mit der Entwicklung des einschlägigen Gemeinschaftsrechts —, daß es für die Einhaltung dieser Bestimmung genügt, wenn der Gesetzgeber eines Mitgliedstaats, dessen Telekommunikationsmarkt bereits liberalisiert ist, die betreffende Verpflichtung zumindest einer der in seinem Hoheitsgebiet tätigen Telekommunikationsorganisationen auferlegt.

51. Somit sind die Artikel 3 bis 10 der Mietleitungsrichtlinie dahin auszulegen, daß die Mitgliedstaaten, deren Telekommunikationsmarkt — insbesondere im Mietleitungssektor — nicht mehr durch ausschließliche oder besondere Infrastrukturrechte gekennzeichnet ist, die Verpflichtung zur Erbringung des Universaldienstes jedenfalls zumindest einer der Organisationen auferlegen muß, die Kraft einer Lizenz in diesem Sektor tätig sein dürfen; die übrigen (in den Artikeln 3, 4, 5, 6, 8, 9 und 10 vorgesehenen) Verpflichtungen müssen sie zumindest einer der genannten Organisationen auferlegen, wenn dies durch

18 — Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13. März 1996 zu Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten (ABl. L 74, S. 13).

19 — KOM(95) 379 endg. (ABl. C 313, S. 7).

tatsächliche Gegebenheiten gerechtfertigt ist, die eine Regelung des Verhaltens einer solchen Organisation auf dem betreffenden Markt erforderlich machen.

Die fünfte Frage

52. In Anbetracht der Antworten, die ich für die dritte und die vierte Frage vorgeschlagen habe, erscheint mir die Antwort auf die fünfte Frage des nationalen Gerichts nach der eventuellen Ungültigkeit der Mietleitungsrichtlinie wegen angenommener Verletzung des Diskriminierungsverbots vorgegeben.

Da nämlich, wie gezeigt wurde, die Richtlinie den Mitgliedstaaten keineswegs die Verpflichtung auferlegt, sie so durchzuführen, daß das Diskriminierungsverbot verletzt wird, ergibt sich natürlich unter diesem Gesichtspunkt für die Richtlinie auch kein Gültigkeitsproblem. Ein solches Problem hätte allenfalls die nationalen Durchführungsvorschriften betreffen können. Aber auch dies wird durch die vorstehenden Erwägungen ausgeschlossen.

Die sechste Frage

53. Mit der sechsten Frage ersucht das vorlegende Gericht den Gerichtshof um Stellungnahme zu der Gültigkeit der Mietleitungsrichtlinie, die nach Ansicht der Klägerin den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt, da sie die Bereitstellung eines bestimmten Leitungstyps (2 048 kbit/s) vorschreibe, für den im Vereinigten Königreich weder jetzt noch in Zukunft eine Nachfrage bestehe.

Der betreffende Leitungstyp findet sich ausdrücklich in der Aufstellung des Anhangs II der Richtlinie, der wie erinnerlich die technischen Merkmale der Leitungen festlegt, deren Bereitstellung die Mitgliedstaaten im Sinne des bereits mehrfach zitierten Artikels 7 sicherstellen müssen, um „ein gemeinschaftsweit harmonisiertes Angebot zu garantieren".

54. Das Erfordernis, daß die in den verschiedenen Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellten Mietleitungen bestimmte harmonisierte technische Eigenschaften aufweisen, kommt auch in der zwölften Begründungserwägung zum Ausdruck, in der es heißt: „Um den Benutzern genügend Mietleitungen zur eigenen Nutzung, zur gemeinsamen Nutzung oder zum Erbringen von Diensten für Dritte zur Verfügung zu stellen, ist es erforderlich, daß die Mitgliedstaaten sicherstellen, daß in allen Mitgliedstaaten ein harmonisiertes Angebot an Mietleitungen mit definierten Netzabschlußpunkten verfügbar gemacht wird, und zwar sowohl für die Kommunikation innerhalb eines Mitgliedstaats als auch zwischen Mitgliedstaaten ..."

Es ist demnach klar, daß die Richtlinie durch die Harmonisierung der technischen Eigenschaften auch die Hindernisse technischer Art für den Austausch grenzüberschreitender Dienste beseitigen soll, die auf den unterschiedlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten beruhen.

55. Die Verpflichtung, die Verfügbarkeit der in Anhang II festgelegten Leitungstypen sicherzustellen, ist somit eine wesentliche Bestimmung für die Harmonisierung, die mit der Richtlinie erreicht werden soll; die Mitgliedstaaten können von dieser Bestimmung nicht abweichen, ohne damit den Zweck der Richtlinie zu verfälschen.

Zweifellos ist im übrigen die Tatsache, daß in einem Mitgliedstaat keine Nachfrage nach einem bestimmten Leitungstyp besteht, von keinerlei Bedeutung für die Verpflichtung dieses Mitgliedstaats, die Verfügbarkeit einer solchen Leitung zumindest für den grenzüberschreitenden Dienst zu gewährleisten.

Der Fall könnte anders liegen, wenn nachweisbar wäre, daß für den in Rede stehenden Leitungstyp keine Nachfrage auf dem Gemeinschaftsmarkt besteht; nach den nicht bestrittenen Ausführungen der Kommission besteht jedoch derzeit zumindest in Frankreich, Deutschland und Italien ein Markt für einen solchen Leitungstyp, was endgültig bestätigt, daß die Rüge bezüglich der Gültigkeit der in Rede stehenden Richtlinie unbegründet ist.

Die siebte Frage

56. Die siebte Frage des nationalen Gerichts betrifft die Folgen der angeblich fehlerhaften Durchführung der Mietleitungsrichtlinie durch den britischen Gesetzgeber unter dem Gesichtpunkt der Staatshaftung.

In Anbetracht der Antworten, die ich für die vorhergehenden Fragen vorgeschlagen habe, erscheint es unter der Voraussetzung, daß der Gerichtshof meinen Vorschlägen folgt, völlig klar, daß sich hier keine Frage der Haftung des betreffenden Staates stellt, da dieser die Richtlinie in einer mit dem Zweck der Richtlinie nicht unvereinbaren Weise und somit rechtmäßig durchgeführt hat.

57. Sollte der Gerichtshof anders entscheiden, so würde sich jedoch die Frage der Haftung und der Schadensersatzpflicht des Staates gegenüber den einzelnen stellen, die einen Schaden wegen einer Verletzung des Gemeinschaftsrechts erlitten haben, insbe-

sondere im Fall einer fehlerhaften, obgleich rechtzeitigen, Umsetzung der Bestimmungen einer Richtlinie in das nationale Recht.

58. Dieses Problem behandeln und entwikkeln ausführlich die Schlußanträge in den Rechtssachen Brasserie du Pêcheur und Factortame III [20] und Dillenkofer u. a. [21] sowie insbesondere meine Schlußanträge vom 28. November 1995 in der Rechtssache British Telecommunications plc [22], auf die ich für den Fall einer weiteren Vertiefung des Problems hinweisen möchte.

In dem Urteil vom 5. März 1996 in den Rechtssachen Brasserie du Pêcheur und Factortame III hat der Gerichtshof u. a. erklärt: „Ist eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch einen Mitgliedstaat auf den nationalen Gesetzgeber in einem Bereich zurückzuführen, in dem letzterer über einen weiten Ermessensspielraum bei der Wahl der Rechtsvorschriften verfügt, so können die Geschädigten Schadensersatz verlangen, wenn die verletzte Gemeinschaftsbestimmung ihnen Rechte verleihen soll, die Verletzung offensichtlich und schwerwiegend ist und ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen der genannten Verletzung und dem Schaden der Geschädigten besteht." [23]

Diese Rechtsprechung wurde kürzlich durch das Urteil vom 26. März 1996 in der Rechtssache British Telecommunications plc bestätigt, die der vorliegenden Rechtssache ähnlich ist und den Fall der fehlerhaften Durchführung einer Richtlinie betraf. [24]

59. Hier genügt die Feststellung, daß die Durchführung durch den britischen Gesetzgeber offensichtlich keinesfalls als schwerwiegende und offensichtliche Verletzung der Bestimmungen der beanstandeten Richtlinie im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes angesehen werden kann [25]; auf die übrigen vorgenannten Voraussetzungen braucht nicht eingegangen zu werden.

Entscheidend erscheint mir hier der bereits mehrfach betonte Umstand, daß die in Rede stehende Richtlinie, die die Harmonisierung der Bedingungen für die Bereitstellung der Mietleitungen gewährleisten soll, ganz offensichtlich so abgefaßt ist, daß sie in angemessener Weise die Marktsituationen regelt, die durch die Präsenz einer einzigen oder einer beschränkten Anzahl von Organisationen mit ausschließlichen und besonderen Rechten an den Telekommunikationsinfrastrukturen gekennzeichnet sind, während sie nicht den Besonderheiten eines Marktes wie des britischen Rechnung trägt, der bei Erlaß der Richtlinie bereits liberalisiert war.

20 — Schlußanträge in den verbundenen Rechtssachen C-46/93 und C-48/93 (Slg. 1996, I-1029).

21 — Schlußanträge in den verbundenen Rechtssachen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94 (Slg. 1996, I-4845).

22 — Schlußanträge in der Rechtssache C-392/93 (Slg. 1996, I-1631).

23 — Urteil Brasserie du Pêcheur und Factortame III (Slg. 1996, I-1029, Tenor).

24 — Urteil British Telecommunications plc (Slg. 1996, I-1631, insbesondere Randnr. 42).

25 — Siehe Urteil Brasserie du Pêcheur und Factortame III, a. a. O., insbesondere Randnrn. 55 bis 64.

Antrag

60. Aufgrund der vorausgegangenen Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof daher vor, die Fragen des vorlegenden Gerichts wie folgt zu beantworten:

1) Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 92/44/EWG und Artikel 2 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 90/387/EWG sind dahin auszulegen, daß sie die Mitgliedstaaten verpflichten, die ihnen im Sinne der Artikel 3 bis 10 der Richtlinie 92/44 auferlegten Verpflichtungen zu erfüllen, indem sie den Telekommunikationsorganisationen im Sinne des Artikels 2 Absatz 1 der Richtlinie 90/387 Verpflichtungen auferlegen, d. h. öffentlichen oder privaten Einrichtungen, denen ein Mitgliedstaat besondere oder ausschließliche Rechte zur Bereitstellung von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und gegebenenfalls zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten gewährt hat.

2) Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 92/44 und Artikel 2 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 90/387 sind wie folgt auszulegen: Sind auf dem Markt der öffentlichen Telekommunikationsdienste eines Mitgliedstaats mehrere Unternehmen aufgrund einer hierfür unerläßlichen Lizenz tätig, die ihnen besondere Vorrechte verleiht und von der zuständigen Behörde nach Prüfung des betreffenden Antrags anhand der einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften nach Maßgabe einer Vermutung erteilt wird, die gewährleistet, daß dem Antrag ohne zahlenmäßige Beschränkung außer im Fall besonderer Ablehnungsgründe stattgegeben wird, so sind diese Unternehmen für die Anwendung der Richtlinie 92/44 keine Beteiligten, die ausschließliche oder besondere Rechte im Sinne der Richtlinie 90/387 innehaben.

3) Die Artikel 3 bis 10 der Richtlinie 92/44 sind dahin auszulegen, daß ein Mitgliedstaat, in dem die im Mietleitungssektor zugelassenen Unternehmen keine ausschließlichen oder besonderen Infrastrukturrechte innehaben, die

Verpflichtung zur Erbringung des Universaldienstes jedenfalls zumindest einem dieser Unternehmen auferlegen muß, während er die übrigen Verpflichtungen zumindest einem dieser Unternehmen auferlegen muß, wenn dies aufgrund der Umstände des betreffenden Falles erforderlich ist.

4) Die Prüfung der Richtlinie 92/44 hat nichts ergeben, was deren Gültigkeit in Frage stellen könnte.

5) Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für eine Verurteilung des betreffenden Mitgliedstaats zum Ersatz des Schadens, den die Beteiligten aufgrund einer fehlerhaften Durchführung der Richtlinie 92/44 erlitten zu haben behaupten, nicht erfüllt.