SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS M. POIARES MADURO vom 1. Oktober 2009[1]

I — Tatsächlicher und rechtlicher Hintergrund

1. Zu den schwierigsten, gleichzeitig aber auch wichtigsten Aufgaben des Gerichtshofs gehört die Kontrolle der Grenzen, die dem Handeln der Union gesteckt sind. Diese Kontrolle ist entscheidend für die Wahrung des Kräftegleichgewichts zwischen den Staaten und der Union. Auch für die Wahrung eines angemessenen Gleichgewichts der Kräfte zwischen den eigenen Organen der Union ist sie unerlässlich. Darüber hinaus ist die Kontrolle des Handelns der Union von Bedeutung, um die angemessene politische Verantwortung innerhalb der Staaten (da die Union ihr internes Kräftegleichgewicht berührt) und die angemessene Verteilung dieser politischen Verantwortung zwischen der Union und den Staaten (damit die Bürger erkennen, wer eigentlich für welche Bereiche Verantwortung trägt) zu garantieren. Gerichtliche Überprüfung ist jedoch nicht der einzige Weg zur Kontrolle der Kompetenzen der Union und insbesondere der Gemeinschaft. Die Entscheidungsfindungsprozesse, die im Rahmen der Gemeinschaftskompetenzen zu beachten sind, und die dabei vorgesehene Mitwirkung der Mitgliedstaaten und der verschiedenen Gemeinschaftsorgane stellen häufig das wirksamste Mittel zur Kontrolle dieser Kompetenzen dar. Man kann ohne Weiteres sagen, dass über einen langen Zeitraum hinweg der Gerichtshof deshalb nicht in nennenswerter Weise zur Kontrolle der Gemeinschaftskompetenzen angerufen wurde, weil diesen Kompetenzen durch die damit verbundenen Entscheidungsfindungsprozesse bereits klare Grenzen gesetzt waren. Neuerdings wird der Gerichtshof aufgrund der Ausweitung der Gemeinschaftskompetenzen und der Änderungen in den entsprechenden Entscheidungsfindungsprozessen jedoch in zunehmendem Maße zur Ausübung dieser Kontrollfunktion eingeschaltet. Einer der schwierigsten Bereiche ist dabei der Umfang der Gemeinschaftskompetenzen in Bezug auf den Binnenmarkt und insbesondere der Umfang der Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinschaft auf der Grundlage von Art. 95 EG. Der vorliegende Fall bietet hierfür ein gutes Beispiel: Im Kern geht es um die Frage, ob die Gemeinschaft aufgrund von Art. 95 EG Preise regulieren darf und, falls ja, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen. Es besteht kein Zweifel, dass die Gemeinschaft unter dem Gesichtspunkt des Funktionierens des Binnenmarkts bezüglich der von den Unternehmen festgelegten Preise (aufgrund von Wettbewerbsvorschriften) und bezüglich der von den Mitgliedstaaten festgelegten Preise (namentlich aufgrund der Vorschriften über den freien Verkehr) zum Tätigwerden befugt ist. Darf die Gemeinschaft aufgrund von Art. 95 EG jedoch selbst Vorschriften erlassen und beispielsweise bestimmte Preisgrenzen festsetzen? Unter welchen Voraussetzungen darf sie das gegebenenfalls tun? Die Antwort des Gerichtshofs hängt davon ab, wie der Zweck von Art. 95 ganz allgemein zu verstehen ist. Meines Erachtens ergibt sich aus der Auslegung, die der Gerichtshof Art. 95 EG gegeben hat, dass es sich nicht um eine Norm handelt, die der Gemeinschaft eine allgemeine Regelungsbefugnis im Bereich des

1 — Originalsprache: Englisch.

Binnenmarkts verleiht. Auf der anderen Seite hat der Gerichtshof die Funktion von Art. 95 EG aber auch nicht nur darauf beschränkt, die Gemeinschaft lediglich insoweit zu ermächtigen, als dies zur Beseitigung der dem Funktionieren des Binnenmarkts entgegenstehenden Hindernisse erforderlich ist. Der Grund hierfür ist in der Doppelnatur der Vorschrift zu finden. Es handelt sich um eine Bestimmung, die Maßnahmen ermöglichen soll, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben, jedoch treten diese Gemeinschaftsmaßnahmen an die Stelle einzelstaatlicher Maßnahmen, mit denen eine Reihe unterschiedlicher Marktregelungsziele verfolgt werden. Dass es zu Binnenmarktzwecken eines gemeinschaftlichen Tätigwerdens bedarf, sollte die Möglichkeit der Verfolgung dieser anderen Regelungsziele unberührt lassen. Die Auslegung von Art. 95 EG muss dieses Gleichgewicht in jedem Fall bewahren. Ein Tätigwerden der Gemeinschaft rechtfertigt sich vom Ziel der Marktintegration her, muss aber die politische Freiheit bestehen lassen, zwischen verschiedenen Maßnahmenoptionen zur Regelung des Marktes zu wählen. Auslegung und Anwendung von Art. 95 EG im vorliegenden Fall müssen sich an diesem grundlegenden Anliegen orientieren.

2. Der Fall betrifft eine Anfechtung der Verordnung (EG) Nr. 717/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG (ABl. L 171, S. 32, im Folgenden: Roamingverordnung), mit der der gemeinsame Rechtsrahmen geändert wurde, um gemeinschaftsweit geltende Höchstentgelte (mit der Bezeichnung „Eurotarif“) für das Roaming[2] zwischen öffentlichen Mobilfunknetzen in den Mitgliedstaaten festzusetzen. Der gemeinsame Rechtsrahmen besteht aus einer Reihe von Gemeinschaftsmaßnahmen zur Schaffung harmonisierter Verfahren, die zur Regelung elektronischer Kommunikationsdienste in der gesamten Union gelten. Vor Erlass der Roamingverordnung war im gemeinsamen Rechtsrahmen keine Befugnis der Gemeinschaftsorgane zur Festsetzung gemeinschaftsweiter Höchstentgelte für das Roaming vorgesehen.

3. Vodafone u. a. fochten vor dem High Court of Justice (England & Wales) die Gültigkeit der Roamingverordnung an. Das nationale Gericht hat dem Gerichtshof gemäß Art. 234 EG folgende Fragen vorgelegt:

„1. Ist die Verordnung (EG) Nr. 717/2007 ganz oder teilweise ungültig, weil Art. 95 EG als Rechtsgrundlage ungeeignet ist?

2 — „Roaming“ bezeichnet die Nutzung des Netzes eines Mobilfunkanbieters in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, in dem sich das Netz des Mobiltelefons des Nutzers befindet.

2. Ist Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 717/2007 (in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 Buchst. a und Art. 6 Abs. 3, soweit sie sich auf den Eurotarif und den Eurotarif betreffende Verpflichtungen beziehen) ungültig, weil die Festsetzung einer Preisobergrenze für Endkundenroamingentgelte gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und/oder den Subsidiaritätsgrundsatz verstößt?“

4. Wie aus den Fragen hervorgeht, wird die Anfechtung der Verordnung damit begründet, dass die Roamingverordnung ungültig sei, weil Art. 95 EG keine geeignete Rechtsgrundlage für ein Tätigwerden der Gemeinschaft sei und weil, selbst wenn dies der Fall wäre, die in der Verordnung vorgesehenen Endkundenentgeltkontrollen einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und den Subsidiaritätsgrundsatz darstellten. Ich schlage vor, zunächst die Frage der Rechtsgrundlage zu prüfen und anschließend die Problematik der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität zu behandeln.

5. Die einschlägigen Absätze von Art. 95 EG lauten:

„(1) Soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist, gilt abweichend von Artikel 94 für die Verwirklichung der Ziele des Artikels 14 die nachstehende Regelung. Der Rat erlässt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben.

(2) Absatz 1 gilt nicht für die Bestimmungen über die Steuern, die Bestimmungen über die Freizügigkeit und die Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer.

(3) Die Kommission geht in ihren Vorschlägen nach Absatz 1 in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz von einem hohen Schutzniveau aus und berücksichtigt dabei insbesondere alle auf wissenschaftliche Ergebnisse gestützten neuen Entwicklungen. Im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse streben das Europäische Parlament und der Rat dieses Ziel ebenfalls an.“

6. Die einschlägigen Absätze von Art. 14 EG lauten:

„(1) Die Gemeinschaft trifft die erforderlichen Maßnahmen, um bis zum 31. Dezember 1992 gemäß dem vorliegenden Artikel, den Artikeln 15 und 26, Artikel 47 Absatz 2 und den Artikeln 49, 80, 93 und 95 unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags den Binnenmarkt schrittweise zu verwirklichen.

(2) Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrags gewährleistet ist.“

A — *Rechtsgrundlage*

7. Wie der Gerichtshof wiederholt entschieden hat, kann Art. 95 EG im Fall von Unterschieden oder potenziellen Unterschieden zwischen den nationalen Regelungen herangezogen werden, „wenn diese Unterschiede geeignet sind, die Grundfreiheiten zu beeinträchtigen oder Wettbewerbsverzerrungen zu verursachen“. [3] Auf dieser Grundlage erlassene Maßnahmen haben nur Bestand, „wenn aus dem Rechtsakt objektiv und tatsächlich hervorgeht, dass er den Zweck hat, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern“. [4] Art. 95 EG gewährt keine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarkts. [5] Vorschriften auf der Grundlage von Art. 95 EG dürfen daher nicht dazu bestimmt sein, den Binnenmarkt lediglich in einer vom Gemeinschaftsgesetzgeber als wünschenswert erachteten Weise zu regeln. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs widerspräche die Zulassung einer solchen Heranziehung von Art. 95 EG nicht nur dem Wortlaut dieser Bestimmung, sondern verstieße auch gegen den wichtigen verfassungsmäßigen Grundsatz, dass die Befugnisse der Gemeinschaft auf Einzelermächtigungen beruhen. [6] Sie wäre auch unvereinbar mit der Existenz anderer im Vertrag genannter Rechtsgrundlagen, die die Gemeinschaft im Einzelnen zur Regelung bestimmter Aspekte des Marktes ermächtigen.

8. Damit ist nicht gesagt, dass mit aufgrund von Art. 95 EG erlassenen Vorschriften keine eigenständigen Regelungsziele verfolgt werden können. Wenn nämlich Art. 95 EG so auszulegen wäre, dass der Gemeinschaft mit dieser Bestimmung nur diejenigen Befugnisse verliehen werden, die zur Beseitigung von der Marktintegration entgegenstehenden Hindernissen erforderlich sind, hätte die Gemeinschaft bei ihrem Tätigwerden andere Marktregelungsziele stets darauf zu prüfen, ob sie zur Beseitigung der dem freien Verkehr entgegenstehenden Hindernisse unbedingt erforderlich sind. Dies käme dem Postulat gleich, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber nur Maßnahmen erlassen darf, die auf eine gegenseitige Anerkennung abzielen, da derartige Maßnahmen stets ausreichen, um das Entstehen oder das Fortbestehen von dem freien Verkehr entgegenstehenden Hemmnissen zu vermeiden. Alle anderen Maßnahmen wären übermäßig, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber im Rahmen eines auf Art. 95 EG gestützten Tätigwerdens zur Beseitigung von Beschränkungen des freien Verkehrs niemals über das hinausgehen dürfte, was zur Beseitigung von Hindernissen für den freien Verkehr ausreicht. Dies hätte zur Folge, dass Art. 95 EG Marktintegration nur durch Deregulierung der nationalen Märkte fördern könnte. Eine solche Auslegung würde eine bestimmte politische Präferenz in Art. 95 EG verankern, ohne dass sich im Vertrag Anhaltspunkte zur Begründung dieser Sichtweise finden. Wie Generalanwalt Fennelly ausgeführt hat, „sind die Artikel 7a und 57 Absatz 2 sowie Artikel 100a des EG-Vertrags [jetzt Art. 14 EG, 47 Abs. 2 EG und 95 EG] nach [der] Rechtsprechung [des Gerichtshofs]

3 — Urteil vom 10. Februar 2009, Irland/Parlament und Rat („Vorratsspeicherung von Daten“, C-301/06, Slg. 2009, I-593, Randnrn. 63 f.)

4 — Urteil vom 2. Mai 2006, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (C-217/04, Slg. 2006, I-3771, Randnr. 42).

5 — Urteil vom 5. Oktober 2000, Deutschland/Parlament und Rat (C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Randnr. 83).

6 — Ebd.

nicht als liberale Charta auszulegen, die eine Harmonisierung auf dem niedrigsten Niveau oder auch nur auf irgendeinem Durchschnitt der früheren mitgliedstaatlichen Niveaus zur Folge hätte".[7] Bei richtiger Auslegung von Art. 95 EG ist vielmehr zu unterscheiden zwischen den eine gemeinschaftliche Harmonisierung auslösenden Ursachen einerseits (Gefahr einer Beschränkung des freien Verkehrs oder einer Wettbewerbsverzerrung) und dem Umfang und Inhalt der Harmonisierung andererseits. Es muss die Möglichkeit bestehen, mit der Harmonisierung genau die gleichen vielfältigen politischen Ziele zu verfolgen, die üblicherweise mit den nationalen Maßnahmen angestrebt werden, an deren Stelle die Gemeinschaftsregelung treten soll. Mit anderen Worten, Art. 95 EG ist dahin auszulegen, dass er dem Gemeinschaftsgesetzgeber die Verfolgung und Abwägung einer Vielfalt von Regelungszielen gestattet, sobald seine Zuständigkeit durch die Notwendigkeit der Harmonisierung eines bestimmten Bereichs begründet ist.

9. Art. 95 EG kann eine Grundlage nicht nur für eine Deregulierung, sondern durchaus auch für eine Intensivierung regulativer Maßnahmen liefern. Maßgebend hierfür ist grundsätzlich der politische Prozess. Nach Art. 95 Abs. 3 EG sollen nämlich die Regelungen, für die diese Vorschrift die Rechtsgrundlage bildet, in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz ausdrücklich ein hohes Schutzniveau anstreben. Diese Ziele müssen sich jedoch in ein Vorschriftenwerk einfügen, das insgesamt die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts durch Angleichung und Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zum Gegenstand hat. Mit anderen Worten, die Gemeinschaftsmaßnahme muss zur Marktintegration beitragen, auch wenn sie nicht auf das zur Förderung der Marktintegration unbedingt Erforderliche beschränkt zu sein braucht. Die Förderung der Marktintegration ist zwar eine zwingende Voraussetzung für die Begründung der Gemeinschaftskompetenz nach Art. 95 EG, die Wahrnehmung dieser Kompetenz darf jedoch nicht auf das Ziel der Marktintegration beschränkt werden. Wäre dies nämlich der Fall, würde die Erreichung anderer legitimer Regelungsziele in Frage gestellt, die die Staaten dann nicht mehr eigenständig verfolgen könnten.

10. Die auf den Vorwurf der unzutreffenden Rechtsgrundlage gestützte Anfechtung der Verordnung berührt im Kern genau diese Problematik. Vodafone macht geltend, dass die Roamingverordnung nicht die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Regelungen in diesem Bereich zum Gegenstand gehabt haben könne, da mit dem gemeinsamen Rechtsrahmen bereits eine umfassende Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Regulierung der Mobilfunkbranche erfolgt sei. Dementsprechend sei die Verordnung unzulässigerweise auf Art. 95 EG zur Regulierung des Binnenmarkts gestützt worden.

11. Der Gerichtshof hat jedoch wiederholt darauf hingewiesen, dass eine bereits erfolgte umfassende Harmonisierung eines bestimmten Bereichs auf der Grundlage von Art. 95 EG „keineswegs [bedeutet], dass der Gemeinschaftsgesetzgeber diese Vorschriften nicht ändern oder anpassen oder, falls erforderlich, nicht neue Vorschriften einführen darf, um die Ziele der [ursprünglichen

7 — Schlussanträge von Generalanwalt Fennelly in der Rechtssache Deutschland/Parlament und Rat, Urteil in Fn. 5 angeführt, Nr. 85.

Harmonisierungsmaßnahme] besser zu verfolgen“.[8] Wie oben ausgeführt, brauchen diese Ziele nicht auf die Marktintegration beschränkt zu sein, wenngleich die Marktintegration Voraussetzung für die Wahrnehmung der Gemeinschaftskompetenz ist. Andernfalls hätte die Gemeinschaft keine Möglichkeit, auf der Grundlage von Art. 95 EG Mängel der Harmonisierungsmaßnahmen zu beheben. Wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber auf der Grundlage von Art. 95 EG tätig wird, kommen darin bestimmte politische Entscheidungen zum Ausdruck. Hierzu gehört z. B. die Entscheidung für ein bestimmtes Verbraucherschutzniveau und damit gegen andere Optionen, die auf ein höheres oder niedrigeres Schutzniveau abzielen. Diese Entscheidungen können zu unvorhergesehenen negativen Konsequenzen führen, oder — wie dies in einem demokratischen Gemeinwesen vorkommt — eine veränderte politische Mehrheit kann der Auffassung sein, dass der mit der früheren Entscheidung hergestellte Interessenausgleich unangebracht ist. Es wäre abwegig und undemokratisch, wenn es dem Gemeinschaftsgesetzgeber verwehrt wäre, frühere politische Entscheidungen, die im Rahmen der auf Art. 95 EG gestützten Maßnahmen getroffen wurden, zu revidieren, um Änderungen der öffentlichen Meinung und neue Erkenntnisse zu berücksichtigen oder um unvorhergesehene negative Konsequenzen von Harmonisierungsmaßnahmen zu korrigieren. Selbst wenn sich eine Harmonisierungsmaßnahme wie der gemeinsame Rechtsrahmen zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen und von Beschränkungen des freien Verkehrs als wirksam erwiesen und offensichtlich die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts gefördert hat, muss es dem Gemeinschaftsgesetzgeber offenstehen, die Maßnahme dem sich entwickelnden Kenntnisstand oder den politischen Präferenzen anzupassen.[9] Der Einwand, der Erlass der Roamingverordnung sei deshalb unzulässig, weil mit dem gemeinsamen Rechtsrahmen bereits eine Harmonisierung des betreffenden Bereichs erfolgt sei, ist daher unbegründet.

12. Diejenigen, die die Gültigkeit der Roamingverordnung in Frage stellen, machen des Weiteren geltend, dass die Verordnung nicht als Änderung des gemeinsamen Rechtsrahmens angesehen werden könne, da sie einen Ansatz verfolge, der von dem im gemeinsamen Rechtsrahmen vorgesehenen Ansatz erheblich abweiche.[10] Auch wenn die Änderungsmaßnahme möglicherweise nicht mit dem Ansatz des gemeinsamen Rechtsrahmens übereinstimmt, so stellt sie doch eine Änderung dar. Harmonisierungsmaßnahmen können durch Änderungen ergänzt oder vervollständigt werden.[11] Die Maßnahmen können auf diese Weise auch novelliert werden. Die Notwendigkeit einer Änderung kann gerade darauf zurückzuführen sein, dass bestimmte Harmonisierungsmaßnahmen ihrer Funktion nach als nicht mehr zufriedenstellend angesehen werden und daher einer Änderung bedürfen, die mit dem ursprüng-

8 — Urteil vom 8. November 2007, Gintec (C-374/05, Slg. 2007, I-9517, Randnr. 29).

9 — Urteil vom 10. Dezember 2002, British American Tobacco (Investments) und Imperial Tobacco, (C-491/01, Slg. 2002, I-11453, Randnr. 80), in dem der Gerichtshof ausgeführt hat, dass neue wissenschaftliche Erkenntnisse nicht der einzige Grund seien, aus dem der Gemeinschaftsgesetzgeber eine Anpassung der Gemeinschaftsvorschriften beschließen könne, da er bei der Ausübung des Ermessens, über das er auf diesem Gebiet verfüge, auch andere Erwägungen wie die zunehmende politische und soziale Bedeutung des Kampfes gegen den Tabakkonsum berücksichtigen könne.

10 — Der gemeinsame Rechtsrahmen sieht ein Eingreifen der nationalen Regulierungsbehörden und ganz allgemein in Fällen vor, in denen ein bestimmter Marktteilnehmer nachweislich „beträchtliche Marktmacht“ hat. Mit der Roamingverordnung werden jedoch gemeinschaftsweite Entgelte auch für Sachverhalte festgesetzt, bei denen keine beträchtliche Marktmacht nachzuweisen ist.

11 — Urteil Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, in Fn. 4 angeführt.

lichen Ansatz nicht übereinstimmt.[12] Der Gerichtshof hat entschieden, dass Harmonisierungsmaßnahmen aufgrund eines politischen Meinungswandels angepasst werden können, und hat mit Blick auf Änderungen der harmonisierten Gemeinschaftsregelung über Tabakerzeugnisse ausgeführt, dass „der Gemeinschaftsgesetzgeber in einem solchen Fall die ihm obliegende Aufgabe, über den Schutz der im Vertrag anerkannten allgemeinen Interessen … zu wachen, aber nur dann … wahrnehmen [kann], wenn es ihm erlaubt ist, die einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften den Umständen oder neuen Erkenntnissen anzupassen".[13] Neue Erkenntnisse können Änderungen erfordern, die von dem Ansatz der ursprünglichen Harmonisierungsmaßnahme abweichen. Dass die Roamingverordnung einen Ansatz verfolgt, der mit dem Ansatz des gemeinsamen Rechtsrahmens nicht übereinstimmt, bedeutet nicht, dass sie nicht als Änderung des gemeinsamen Rechtsrahmens angesehen werden kann. Die zweifellos bestehenden Grenzen der durch Art. 95 EG verliehenen Gemeinschaftskompetenz können keine Verpflichtung der Union begründen, an einer bestimmten Form der Harmonisierung auch dann festzuhalten, wenn diese nicht mehr angemessen erscheint.

13. Auf der anderen Seite kann der Gemeinschaftsgesetzgeber, auch wenn es ihm freisteht, die durch Harmonisierungsmaßnahmen nach Art. 95 EG getroffenen politischen Entscheidungen im Wege von Änderungsvorschriften zu revidieren, sich selbst nicht die Befugnis verleihen, von Art. 95 EG an sich nicht erfasste Bereiche zu regeln, indem er die entsprechenden Maßnahmen einfach als Änderungen deklariert. Vorschriften über beispielsweise einen anderen Bereich als denjenigen der ursprünglichen Harmonisierungsmaßnahme — etwa eine Änderung des gemeinsamen Rechtsrahmens, mit der z. B. Fischfangquoten geschaffen werden sollen —, können nicht als zulässige Änderungen angesehen werden.[14] Meines Erachtens würde dies auch für eine gemeinschaftsrechtliche Maßnahme gelten, mit der — um ein abwegiges Beispiel zu nennen — Roamingdienste ganz verboten würden.[15] Die Gemeinschaft kann auch nicht einfach dadurch, dass sie eine bestimmte Maßnahme als Änderung bezeichnet, zulässigerweise Vorschriften zur Harmonisierung von Bereichen erlassen, die in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten fallen, ohne darzutun, dass die Vorschriften die Beseitigung von tatsächlichen oder potenziellen Unterschieden zwischen den nationalen Regelungen bezwecken, die „geeignet sind, die Grundfreiheiten zu beeinträchtigen oder Wettbewerbsverzerrungen zu verursachen"[16]. Mit anderen Worten,

12 — Urteil British American Tobacco (Investments) und Imperial Tobacco, in Fn. 9 angeführt, Randnr. 80.

13 — Ebd., Randnr. 77.

14 — So verhält es sich im vorliegenden Fall nicht. Die Befugnis zur Festsetzung von Höchstentgelten für Roamingdienste fällt eindeutig in den Regelungsbereich der ursprünglichen Harmonisierungsmaßnahmen, in deren Mittelpunkt die elektronischen Kommunikationsdienste in den Mitgliedstaaten standen.

15 — Im Urteil vom 14. Dezember 2004, Swedish Match (C-210/03, Slg. 2004, I-11893), hat der Gerichtshof jedoch akzeptiert, dass eine Gemeinschaftsmaßnahme, mit der der Handel mit einem bestimmten Erzeugnis insgesamt verboten wird, auf Art. 95 EG gestützt werden kann, wenn die Gefahr besteht, dass voneinander abweichende nationale Vorschriften zu einer Behinderung des Handels mit diesem Erzeugnis führen. Der Gerichtshof geht offenbar davon aus, dass die Gefahr von Handelshemmnissen bezüglich des Erzeugnisses ein umfassendes gemeinschaftliches Verbot für dessen Verkauf rechtfertigen kann. Auch wenn fraglich ist, inwieweit ein solches Verbot noch einen Zusammenhang mit den Zielen von Art. 95 EG aufweist (im Sinne von Art. 95 EG ist eine eingeschränkte Verkehrsfreiheit möglicherweise immer noch besser als gar keine), braucht sich doch der Gerichtshof im vorliegenden Fall nicht erneut mit dieser Problematik zu befassen. Wie später noch deutlich werden wird, bin ich allerdings der Auffassung, dass für die Rechtfertigung einer auf Art. 95 EG gestützten Maßnahme (einschließlich einer geänderten Maßnahme) als Ausgangspunkt nicht einfach nur die Feststellung ausreicht, dass aufgrund von Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften Handelshemmnisse auftreten können. Darüber hinaus muss die Maßnahme auch zur Erreichung der mit Art. 95 EG verfolgten Ziele beitragen. Sie braucht sich allerdings nicht auf die Verfolgung nur dieser Ziele zu beschränken.

16 — Urteil Vorratsspeicherung von Daten, in Fn. 3 angeführt, Randnrn. 63 f.

die Änderung selbst braucht nicht durch die Notwendigkeit der Beseitigung von Handelshemmnissen oder Wettbewerbsverzerrungen gerechtfertigt zu sein, aber auch die geänderte Maßnahme muss den mit Art. 95 EG verfolgten Zwecken dienen. Die Entscheidung, wie diese Grundsätze auf den Einzelfall zu übertragen sind, ist jedoch nicht einfach.

14. Meines Erachtens hat der Gerichtshof im Rahmen dieser Entscheidung die Änderung im Gesamtzusammenhang der Regelung zu betrachten, um beurteilen zu können, ob die Regelung (in ihrer geänderten Form) weiterhin die Marktintegration fördert und damit die Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 95 EG erfüllt. Die Änderung kann auch gerechtfertigt sein, wenn sie zur Behebung bestimmter Mängel erforderlich ist, an deren wirksamer Beseitigung die Mitgliedstaaten aufgrund der ursprünglichen Harmonisierungsmaßnahme gehindert sind.

15. Im vorliegenden Fall ergibt sich eine Möglichkeit, Art. 95 EG als Rechtsgrundlage für die geänderte Regelung heranzuziehen, wenn die Gefahr unterschiedlicher nationaler Preiskontrollmaßnahmen bestand. Diese Gefahr darf jedoch nicht bezogen auf die Situation nach Erlass des gemeinsamen Rechtsrahmens und die damit verbundenen Beschränkungen des Erlasses nationaler Preiskontrollmaßnahmen beurteilt werden. Nach diesem Maßstab hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber keinerlei Möglichkeit zur Änderung einer Maßnahme, die in ihrer ursprünglichen Form geeignet war, Handelshemmnisse zu beseitigen, auch wenn ihre Auswirkungen auf andere politische Zielbereiche jetzt gegebenenfalls eine andersgeartete Regelung rechtfertigen mögen. Dies wäre aus den vorstehend dargelegten Gründen nicht hinnehmbar: Auf Art. 95 EG gestützte Maßnahmen müssen die politische Freiheit bestehen lassen, zwischen verschiedenen Maßnahmenoptionen zur Regelung des Marktes zu wählen. Im Rahmen der mit Blick auf Art. 95 EG vorzunehmenden Beurteilung ist nicht zu fragen, ob die Änderung der Regelung in dieser Form zur Vermeidung von Handelshemmnissen erforderlich ist, sondern ob die geänderte Regelung ebenfalls der Vermeidung von Handelshemmnissen dient. Dabei ist darauf abzustellen, wie sich die Situation ohne eine Gemeinschaftsregelung des betreffenden Bereichs darstellen würde. Es liegt auf der Hand, dass potenzielle Handelshemmnisse, die auf nationalen Preiskontrollmaßnahmen beruhen [17], entweder durch die Beschränkung nationaler Preisregelungen oder durch die Regulierung der Preise auf Gemeinschaftsebene vermieden werden können. Der Umstand, dass sich der Gemeinschaftsgesetzgeber zunächst für die erstgenannte Lösung zur Vermeidung von Handelshemmnissen entschieden hat, darf der späteren Übernahme einer anderen Lösung nicht entgegenstehen, wenn dies durch andere politische Zielsetzungen geboten ist. Das bedeutet nicht, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber bei der Wahl zwischen zwei verschiedenen Mitteln zur Erreichung der mit Art. 95 EG verfolgten Ziele vollkommen freie Hand hätte. Dies kann angesichts anderer

17 — Vgl. z. B. Urteil vom 5. Dezember 2006, Cipolla u. a. (C-94/04 und C-202/04, Slg. 2006, I-11421).

gemeinschaftsrechtlicher Grundsätze wie des Subsidiaritäts- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu verneinen sein. Diese Problematik hat jedoch nichts mit der Frage zu tun, ob eine der beiden Lösungen (sei es in ihrer ursprünglichen oder in ihrer geänderten Form) nach Art. 95 EG zulässig ist. Für Letzteres ist lediglich erforderlich, dass Unterschiede zwischen den nationalen Vorschriften bestehen, die zu Handelshemmnissen oder Wettbewerbsverzerrungen führen können, und dass die Gemeinschaftsmaßnahme der Vermeidung dieser Hemmnisse oder Verzerrungen dient. Daraus ergibt sich kein Zwang, zu ihrer Vermeidung eine bestimmte regulative Maßnahme zu wählen.

16. Insoweit bleibt zu prüfen, ob im vorliegenden Fall ohne eine Gemeinschaftsregelung tatsächlich die Gefahr unterschiedlicher nationaler Preiskontrollmaßnahmen bestand und ob diese gegebenenfalls geeignet waren, Handelshemmnisse zu schaffen und somit gemeinschaftliche Preiskontrollmaßnahmen zu rechtfertigen. Mit anderen Worten: Bestand ohne den gemeinsamen Rechtsrahmen die Gefahr von Hindernissen für Roamingdienste aufgrund unterschiedlicher nationaler Preiskontrollmaßnahmen?

17. Dass nationale Preiskontrollmaßnahmen zu Handelsbeschränkungen führen können, ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs. Auch wenn derartige Maßnahmen „als solche zwar noch keine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung darstellen", können sie „jedoch eine solche Wirkung entfalten …, wenn die Preise derart festgesetzt werden, dass die eingeführten Erzeugnisse gegenüber gleichartigen inländischen Erzeugnissen benachteiligt werden". [18] Bei Regelungen, die Höchstpreise vorschreiben, tritt dies ein, „wenn die Preise so niedrig sind, dass der Absatz der eingeführten Erzeugnisse entweder unmöglich oder gegenüber dem inländischer Erzeugnisse erschwert wird". [19] Dies ist der Fall, wenn Höchstpreise so niedrig sind, dass ausländische Anbieter keinen angemessenen Gewinn erzielen können [20], wenn ausländischen Anbietern höhere Kosten entstehen, die bei der Festsetzung des Höchstpreises unberücksichtigt geblieben sind oder wenn die Preisobergrenze dazu führt, dass die Erbringung qualitativ höherwertiger Dienstleistungen durch ausländische Anbieter nicht angemessen vergütet wird [21].

18. Allerdings sind nicht alle nationalen Preiskontrollmaßnahmen so geartet, dass

18 — Urteil vom 13. November 1986, Edah (80/85 und 159/85, Slg. 1986, 3359, Randnr. 11). Vgl. auch Urteile vom 26. Februar 1976, Tasca (65/75, Slg. 1976, 291), vom 24. Januar 1978, Van Tiggele (82/77, Slg. 1978, 25), und vom 7. Mai 1991, Kommission/Belgien (C-287/89, Slg. 1991, I-2233, Randnr. 17).

19 — Urteil vom 19. März 1991, Kommission/Belgien (C-249/88, Slg. 1991, I-1275, Randnr. 15).

20 — Urteil Kommission/Belgien vom 19. März 1991, in Fn. 19 angeführt, Randnr. 17.

21 — Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache Cipolla u. a. (Urteil in Fn. 17 angeführt, Nrn. 69 bis 75).

sie Hindernisse für den Handel schaffen; vielmehr muss die Entstehung solcher Hindernisse auch wahrscheinlich sein [22]. Meines Erachtens hat der Gemeinschaftsgesetzgeber nicht dargetan, dass entweder zum Zeitpunkt des Erlasses der ursprünglichen Maßnahme oder zum Zeitpunkt ihrer Änderung eine solche Gefahr bestand. Paradoxerweise ergibt sich der deutlichste Hinweis auf das Bestehen einer solchen Gefahr aus dem Vorbringen der Klägerinnen, der gemeinsame Rechtsrahmen in der vom Gemeinschaftsgesetzgeber ursprünglich erlassenen Form habe die Mitgliedstaaten in ihren Möglichkeiten zur Einführung von Preiskontrollen im Mobilkommunikationssektor beschränkt, da er eine Vorabregulierung vom Bestehen „beträchtlicher Marktmacht" abhängig gemacht habe. Daraus ist zu schließen, dass der gemeinsame Rechtsrahmen eine Reaktion auf die Gefahr war, dass infolge der Festsetzung unterschiedlicher Höchst- oder Mindestpreise durch die Behörden der Mitgliedstaaten im Mobilkommunikationssektor Hindernisse und Wettbewerbsverzerrungen entstehen. Sollte dies der Fall gewesen sein, stand der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des gemeinsamen Rechtsrahmens vor der Wahl, dieser Gefahr entweder durch Beschränkung der Möglichkeiten der Mitgliedstaaten zur Festsetzung der Preise in diesem Bereich oder durch die unionsweite Festsetzung von Preisen zu begegnen (wobei es eine ganz andere Frage ist, ob bei der letztgenannten Lösung die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität gewahrt sind). Beide Lösungen stellen einen wirksamen Beitrag zum Funktionieren des Binnenmarkts dar. Indem der Gesetzgeber das Bestehen beträchtlicher Marktmacht zur Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Vorabregulierung gemacht hat, hat er sich für die erstgenannte Lösung entschieden. Dass diese Lösung die Entstehung von Handelshemmnissen und Wettbewerbsverzerrungen wirksam verhindert hat, darf der Verfolgung eines abweichenden Regelungsansatzes nicht entgegenstehen, vorausgesetzt, dass auch dieser abweichende Ansatz Handelshemmnisse und Wettbewerbsverzerrungen verhindert. Tatsächlich war die durch den gemeinsamen Rechtsrahmen vorgesehene Beschränkung der Regulierungsbefugnisse der Mitgliedstaaten allerdings nur allgemein formuliert und weder ausdrücklich dazu bestimmt, Unterschiede in den nationalen Preiskontrollen zu vermeiden, noch beruhte sie auf einer ausdrücklichen Einschätzung, dass zukünftige nationale Preiskontrollvorschriften wahrscheinlich zu Hindernissen für den Handel führen würden. Daher kann ich nicht feststellen, dass die Gefahr, dass zukünftige Unterschiede in den nationalen Preiskontrollvorschriften Hindernisse für den Handel schaffen, in einem Maße dargetan wurde, dass gemeinschaftliche Preiskontrollmaßnahmen auf der Grundlage von Art. 95 EG gerechtfertigt wären.

22 — Urteile vom 12. Dezember 2006, Deutschland/Parlament und Rat (C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Randnr. 37), British American Tobacco (Investments) und Imperial Tobacco, in Fn. 9 angeführt, Randnr. 61, Swedish Match, in Fn. 15 angeführt, Randnr. 30, vom 12. Juli 2005, Alliance for Natural Health u. a. (C-154/04 und C-155/04, Slg. 2005, I-6451, Randnr. 29), sowie Urteil Vorratsspeicherung von Daten, in Fn. 3 angeführt, Randnr. 64.

19. Meines Erachtens durfte der Gemeinschaftsgesetzgeber die Regelung der

Roamingentgelte jedoch aus einem anderen Grund auf Art. 95 EG stützen, nämlich zur Beseitigung von Beschränkungen des freien Verkehrs, die auf ein Verhalten Privater zurückzuführen sind, das grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeit beeinträchtigt. Die Preisunterschiede zwischen Anrufen innerhalb des eigenen Mitgliedstaats und Roaminganrufen können berechtigterweise als Abschreckung von der Inanspruchnahme grenzüberschreitender Dienste wie des Roaming bezeichnet werden. [23] Zur Beseitigung des Problems hoher Roamingentgelte hat sich der Gesetzgeber für das Mittel einer unionsweiten Preisbegrenzung entschieden. Dieses Mittel muss unter dem Gesichtspunkt der durch Art. 95 EG verfolgten Ziele gerechtfertigt sein. Nach dem Wortlaut des Artikels sind diese Ziele „die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes“ [24], und der Binnenmarkt „umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrags gewährleistet ist“ [25]. Die Beeinträchtigung grenzüberschreitender Tätigkeiten ist geeignet, die Errichtung eines Binnenmarkts, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist, zu behindern, da die Kunden von einer grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeit wie der Inanspruchnahme von Roamingdiensten abgehalten werden. Im Mobiltelekommunikationssektor gibt es wohl keine augenfälligere grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeit als das Roaming. Eine Preisbegrenzung für Roamingdienste lässt sich zu Recht als Mittel zur Errichtung des Binnenmarkts durch Beseitigung von Hindernissen für eine grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeit betrachten.

20. Obwohl mit einer solchen Preisbegrenzung der Erlass einer gemeinschaftsweiten Regelung verbunden war, die an Private — nicht an staatliche Stellen — gerichtet ist, bedeutet der Umstand, dass eine solche Maßnahme zulässig ist, noch nicht, dass die Gemeinschaft einen Freibrief zur Regulierung jeder beliebigen wirtschaftlichen Tätigkeit auf der Grundlage von Art. 95 EG erhält. Mit der Roamingverordnung wollte der Gemeinschaftsgesetzgeber nicht einfach nur gegen ein Verhalten Privater vorgehen, das zu unerwünschten Ergebnissen geführt hat, sondern gegen ein Verhalten Privater, das eine grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeit (Roaming) im Vergleich zu einer innerstaatlichen wirtschaftlichen Tätigkeit (Nutzung von Mobilfunkdiensten im Inland) unmittelbar beeinträchtigte. Verhaltensweisen — einschließlich solcher von Privaten —, die grenzüberschreitende Tätigkeiten unmittelbar beeinträchtigen, sind eher als Behinderung der Errichtung des Binnenmarkts einzustufen. Selbstverständlich sind die meisten privaten Verhaltensweisen auf dem Markt nicht geeignet, den freien Verkehr zu beschränken, und können daher für sich allein noch nicht auf Art. 95 EG gestützte Maßnahmen rechtfertigen. Nur wenn das Verhalten privater Wirtschaftsteilnehmer unmittelbar eine grenzüberschreitende Tätigkeit betrifft und nur wenn sie in der Lage sind, diese grenzüberschreitende Tätigkeit und damit den freien Verkehr tatsächlich zu beschränken, kann ein Tätigwerden der Gemeinschaft zur Regelung dieses Verhaltens auf Art. 95 EG gestützt werden.

23 — Wie ich in mehreren Schlussanträgen, zuletzt in der Rechtssache ČEZ (C-115/08, anhängig, Nr. 12), ausgeführt habe, kann eine Behandlung grenzüberschreitender Sachverhalte, die ungünstiger als die Behandlung rein innerstaatlicher Sachverhalte ist, eine Beeinträchtigung der Rechte auf freien Verkehr darstellen, von denen der Binnenmarkt abhängt.

24 — Art. 95 EG.

25 — Art. 14 EG.

21. Insoweit fordere ich den Gerichtshof schlicht auf, bei der Würdigung von Art. 95 EG die logischen Konsequenzen aus seiner Rechtsprechung zur horizontalen Anwendung der Vorschriften über den freien Verkehr zu ziehen. Im Rahmen dieser Rechtsprechung hat der Gerichtshof anerkannt, dass das Verhalten Privater unter bestimmten Umständen eine Beschränkung des freien Verkehrs darstellen kann. Dies war z. B. in der Rechtssache The International Transport Workers' Federation und The Finnish Seamen's Union [26] und in der Rechtssache Laval un Partneri [27] der Fall, in denen es um Gewerkschaftsaktionen ging, durch die ein Reeder an der Umflaggung seines Schiffes auf einen anderen Staat bzw. ein Bauunternehmen an der Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen Staat gehindert wurde. Das Verhalten der Gewerkschaften griff unmittelbar in die Niederlassungsfreiheit und in die Dienstleistungsfreiheit ein, und der Gerichtshof hat entschieden, dass die Vorschriften über den freien Verkehr unmittelbar auf die Gewerkschaften Anwendung fänden, obwohl es sich bei diesen um Private handele. Bei dieser Feststellung hat sich der Gerichtshof auf zurückliegende Entscheidungen gestützt, in denen er ausgeführt hatte, dass private Demonstrationen sich auf den freien Warenverkehr auswirken könnten, wenn damit die Beförderung der Waren verhindert werde. [28] Art. 95 EG kann als Rechtsgrundlage für ein Tätigwerden des Gemeinschaftsgesetzgebers dienen, wenn es zur Gewährleistung des Funktionierens des Binnenmarkts nicht ausreicht, lediglich dafür zu sorgen, dass die staatlichen Stellen keine die Grundfreiheiten beeinträchtigenden Maßnahmen treffen. [29] Daraus folgt aber naturgemäß, dass diese Beschränkungen des freien Verkehrs auch Gegenstand einer auf Art. 95 EG gestützten Regelung sein können.

22. Der Gerichtshof hat bekanntlich ausgeführt, dass z. B. bestimmte Vorschriften von Fußballverbänden zur Regelung u. a. des Transfers von Fußballspielern ins Ausland die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beschränkten. Meines Erachtens liegt auf der Hand, dass dies nicht nur ein gemeinschaftliches Verbot solcher Vorschriften, sondern auch eine gemeinschaftliche Regelung auf der Grundlage von Art. 95 EG rechtfertigen würde. [30] Wenn die Gemeinschaft ein bestimmtes Verhalten eines Privaten verbieten darf, sollte sie auch befugt sein, dieses Verhalten einfach nur zu regeln. Damit erhielte die

26 — Urteil vom 11. Dezember 2007 (C-438/05, Slg. 2007, I-10779).

27 — Urteil vom 18. Dezember 2007 (C-341/05, Slg. 2007, I-11767).

28 — Vgl. auch Urteile vom 9. Dezember 1997, Kommission/Frankreich (C-265/95, Slg. 1997, I-6959), und vom 12. Juni 2003, Schmidberger (C-112/00, Slg. 2003, I-5659).

29 — Vgl. hierzu von Bogdandy, A., und Bast, J., „The Vertical Order of Competences" in: *Principles of European Constitutional Law,* Oxford, Hart Publishing, 2006. Vgl. auch Somek, A., *Individualism,* Oxford University Press, 2008, S. 128, der — durchaus nicht unkritisch — argumentiert, dass die jüngere Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 95 EG „davon ausgeht, dass die Grundfreiheiten und die Rechtssetzungsbefugnis der Union ein und demselben Ziel dienen". Vgl. auch Weiler, J., „The Constitution of the Common Market Place: The Free Movement of Goods" in: *The Evolution of EU Law* (Hrsg. Craig, P., und de Búrca, G., Oxford University Press, 1999). Ich bin jedoch nicht unbedingt der Ansicht, dass eine solche genaue Parallele besteht. Meine Argumentation lautet, dass die Gründe für die Anwendbarkeit der Vorschriften über den freien Verkehr auf Private zumindest in einigen Fällen auch im Bereich von Art. 95 EG gelten.

30 — Ob, in welcher Weise und zu welchem Zweck diese Befugnis ausgeübt werden sollte, ist eine andere Frage, zu der sich der Gerichtshof im vorliegenden Fall jedoch nicht zu äußern braucht.

Gemeinschaft keineswegs die Befugnis zur Regelung jedweden Verhaltens dieser Privaten. Die Befugnis besteht nur dann, wenn das Verhalten — wie oben ausgeführt und entsprechend dem Grundsatz der horizontalen Anwendung der Vorschriften über den freien Verkehr — unmittelbar eine grenzüberschreitende Tätigkeit betrifft und diese grenzüberschreitende Tätigkeit und den freien Verkehr tatsächlich zu beschränken vermag. Dagegen würden Maßnahmen wie etwa der Versuch, die Preise für Koffer oder für ein Essen im Restaurant zu regulieren, nicht darauf abzielen, gegen eine unmittelbare Beeinträchtigung einer grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeit vorzugehen, so dass in einem solchen Fall nicht dargetan werden könnte, dass die Auswirkungen auf den freien Verkehr und die Errichtung des Binnenmarkts einen Umfang erreicht haben, der die Rechtssetzungszuständigkeit der Gemeinschaft nach Art. 95 EG begründet.

23. Ebenso wie für die Anwendbarkeit der Vorschriften über den freien Verkehr auf Private strengere Voraussetzungen gelten als für deren Anwendbarkeit auf staatliche Stellen, müssen auch auf Art. 95 EG gestützte Gemeinschaftsvorschriften zur Regelung des Verhaltens Privater, das die Errichtung des Binnenmarkts beeinträchtigt, besondere Voraussetzungen erfüllen. Wie im vorliegenden Fall ist zu verlangen, dass das Verhalten eine grenzüberschreitende Tätigkeit unmittelbar beeinträchtigt. Falls Handlungen privater Akteure eine grenzüberschreitende Tätigkeit tatsächlich behindern, müssen sie einer gemeinschaftlichen Regelung unterworfen werden können.

24. Vielleicht wird der von mir vertretene Standpunkt noch deutlicher, wenn man sich vor Augen führt, dass es auch um ein Tätigwerden (oder Untätigbleiben) des Staats geht. Man könnte nämlich argumentieren, dass die Beschränkung der grenzüberschreitenden Mobilkommunikation darauf zurückzuführen ist, dass die Staaten die von den Betreibern in ihrem Gebiet geübte Praxis diskriminierender Preise [31] zwischen Roaming- und Inlandsanrufen „dulden“. Insofern ließe sich das auf Art. 95 EG gestützte Tätigwerden der Gemeinschaft damit rechtfertigen, dass die nationalen Regelungen nicht die diskriminierende Behandlung der grenzüberschreitenden Mobilkommunikation verhindert haben.

25. Zur Frage der Rechtsgrundlage habe ich noch einen Punkt anzumerken. Wie oben ausgeführt, kann die Änderung auch gerechtfertigt sein, wenn sie zur Korrektur eines bestimmten Problems erforderlich ist, an dessen wirksamer Beseitigung die Mitgliedstaaten aufgrund der ursprünglichen Harmonisierungsmaßnahmen gehindert sind. Sowohl aus dem Vorbringen von Vodafone als auch aus dem vierten und dem neunten Erwägungsgrund der Roamingverordnung ergibt sich, dass gemäß dem gemeinsamen Rechtsrahmen eine Vorabregulierung durch die staatlichen Regulierungsstellen nur für Fälle vorgesehen war, in denen das Bestehen beträchtlicher Marktmacht eines bestimmten Wirtschaftsteilnehmers festgestellt wird. Nach der alten Regelung war also ein Tätigwerden der nationalen Regulierungsstellen ohne eine solche Feststellung nicht möglich.

31 — Bei der Verwendung des Begriffs „diskriminierende Preise“ in diesem Zusammenhang ist aus mehreren Gründen Vorsicht geboten, nicht zuletzt deshalb, weil Preisunterschiede zwischen Roaming- und Inlandsanrufen durchaus begründet sein können. Offenkundig gibt es jedoch keinen Grund für die bestehenden Preisunterschiede, und dies war der Anlass für das Tätigwerden der Gemeinschaft.

Da die Kommission [32] und die Gruppe Europäischer Regulierungsstellen (ERG) [33] der Auffassung waren, dass die Entgelte für Roamingdienste selbst auf denjenigen Märkten überhöht seien, in denen keine Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht tätig waren, erwies sich der gemeinsame Rechtsrahmen selbst für die nationalen und die EU-Regulierungsstellen als Hindernis für den Erlass eines Regelwerks, das eine Senkung der Entgelte für Roamingdienste bewirken würde. Wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber feststellt, dass es in einem durch eine Regelung harmonisierten Bereich zu Marktversagen und sozialen Kosten kommt und dies sogar durch diese Regelung verursacht wird, muss er aus den oben genannten und vom Gerichtshof in den Urteilen Gintec bzw. British American Tobacco (Investments) und Imperial Tobacco [34] ausgeführten Gründen die Befugnis besitzen, dieser Situation abzuhelfen und entweder auf einzelstaatlicher oder auf gemeinschaftlicher Ebene eine Änderung einer Regelung zu ermöglichen, die nach seinen Erkenntnissen nicht richtig funktioniert.

26. Die Gemeinschaft ist daher befugt, gegen hohe Entgelte für Roamingdienste durch Änderung des gemeinsamen Rechtsrahmens vorzugehen. Gleichwohl ist, wie oben ausgeführt, zu unterscheiden zwischen einerseits der Regelungsbefugnis als solcher und andererseits der Regelungsintensität sowie der Ebene, auf der die Regelung erfolgt. Auch wenn Vorschriften auf der Grundlage von Art. 95 EG als Änderung einer früheren Harmonisierungsmaßnahme erlassen werden, bleiben die sich aus dieser Vorschrift und den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts ergebenden Grenzen der Gemeinschaftskompetenz zu beachten. Mit der Heranziehung von Art. 95 EG als Rechtsgrundlage ist u. a. die Voraussetzung verbunden, dass die der Gemeinschaft durch diese Vorschrift verliehene Befugnis so ausgeübt werden muss, dass die erlassenen Maßnahmen zu den mit ihnen verfolgten Zielen in einem angemessenen Verhältnis stehen und nach dem Subsidiaritätsgrundsatz gerechtfertigt sind.

B — *Subsidiarität*

27. Die Entscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers, gemeinschaftsweite Höchstentgelte auf Großkunden- und auf Endkundenebene festzusetzen, wirft in der Tat gewichtige Fragen im Hinblick auf den Subsidiaritätsgrundsatz auf. Bezüglich der Großkundenentgelte leuchtet ohne Weiteres ein, warum auf Gemeinschaftsebene gehandelt werden musste. Großkundenentgelte werden von Anbietern erhoben, die nicht im Mitgliedstaat des Kunden ansässig sind. Dementsprechend ist die nationale Regulierungsstelle des Mitgliedstaats des Kunden nicht in der Lage, gegen Anbieter in dem vom Kunden besuchten Staat vorzugehen, die dem Heimatnetz

32 — Vgl. KOM(2006) 382 endg. vom 12. Juli 2006.

33 — ERG Response to the European Commission's call for input on its proposed EC Regulation in the International Roaming Market vom 22. März 2006.

34 — In Fn. 8 bzw. 9 angeführt.

des Kunden überhöhte Entgelte in Rechnung stellen. Darüber hinaus besteht für nationale Regulierungsstellen kein Anreiz zur Kontrolle der Großkundenentgelte, die ausländischen Anbietern und den Kunden dieser Anbieter in Rechnung gestellt werden.

28. Die Regulierung der Endkundenentgelte ist in gewisser Weise problematischer. Nach Festsetzung der für Großkunden geltenden Höchstentgelte und nach Aufgabe der Bestimmung, dass regulative Eingriffe nur bei Bestehen beträchtlicher Marktmacht zulässig sind, hätte die Gemeinschaft die nationalen Regulierungsbehörden zur Festsetzung der Endkundenhöchstentgelte ermächtigen können, soweit diese der Ansicht sind, dass die von den Anbietern in ihrem Staat verlangten Endkundenentgelte überhöht sind. Stattdessen entschied man sich dafür, mit der Roamingverordnung einen gemeinschaftsweiten Höchstsatz für das Endkundenentgelt festzusetzen. Eine solche Entscheidung, einen Gegenstand nicht auf nationaler, sondern auf Gemeinschaftsebene zu regeln, bedarf angesichts des Bekenntnisses der Gemeinschaftsrechtsordnung zum Subsidiaritätsprinzip der Rechtfertigung. Nach dem in Art. 5 EG verankerten Subsidiaritätsprinzip darf die Gemeinschaft nur dann tätig werden, wenn die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können. Mit anderen Worten, es muss dargetan werden, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber besser zur Regelung der Endkundensätze der Roamingentgelte in der Lage war als der nationale Gesetzgeber. Während bei den Großkundenentgelten auf der Hand lag, dass kollektiver Handlungsbedarf bestand, der ein Tätigwerden auf Gemeinschaftsebene erforderlich machte, ist dies auf der Ebene der Endkundenentgelte nicht so offensichtlich (nach Festsetzung der Großkundenentgelte auf Gemeinschaftsebene könnten die Mitgliedstaaten grundsätzlich ungehindert und wirksam ihre Endkundenentgelte festsetzen). Hindert die Mitgliedstaaten vielleicht etwas anderes daran, das Problem überhöhter Roamingentgelte auf Endkundenebene zu lösen?

29. In der Roamingverordnung wird als Rechtfertigung vor allem angeführt, dass ihre Ziele, angemessenen Verbraucherschutz zu gewährleisten und sicherzustellen, dass den Kunden keine überhöhten Preise in Rechnung gestellt werden, „auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht … in sicherer und harmonisierter Weise rechtzeitig verwirklicht werden können und daher besser auf Gemeinschaftsebene zu verwirklichen sind“. [35]

30. Der Rat macht geltend, dass es sich bei dem Subsidiaritätsprinzip im Wesentlichen um einen subjektiven und politischen Grundsatz handele [36]. Hiervon ausgehend verweist er auf die Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers und auf das verfolgte Ziel, nämlich — wie es in den Erwägungsgründen der Verordnung heißt — dass „ein gemeinsamer Ansatz angewandt werden [sollte], um sicherzustellen,

35 — 38. Erwägungsgrund der Roamingverordnung.
36 — Vgl. hierzu von Bogdandy, A., und Bast, J., a. a. O. (Fn. 29).

dass den Nutzern terrestrischer öffentlicher Mobilfunknetze, die auf Reisen innerhalb der Gemeinschaft das gemeinschaftsweite Roaming für Telefondienste in Anspruch nehmen, für abgehende oder ankommende Anrufe keine überhöhten Preise in Rechnung gestellt werden, um auf diese Weise sowohl ein hohes Niveau beim Verbraucherschutz als auch einen wirksamen Wettbewerb zwischen den Mobilfunkbetreibern sicherzustellen, und zwar unter Beibehaltung von Innovationsanreizen und der Wahlmöglichkeiten für die Verbraucher“ [37]. Meines Erachtens ist jedoch bei der Beurteilung, ob der Subsidiaritätsgrundsatz gewahrt ist, weder das mit der Verordnung angestrebte Ziel noch die Absicht des Verordnungsgebers maßgebend. Erstens geht es unter dem Gesichtspunkt des Subsidiaritätsprinzips nicht um das verfolgte Ziel, sondern um die Frage, ob zur Verfolgung dieses Ziels ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich ist. Bestimmte Gemeinschaftsziele (die an sich die Zuständigkeit der Gemeinschaft rechtfertigen) können von den Mitgliedstaaten besser verfolgt werden (so dass die Wahrnehmung dieser Zuständigkeit nicht gerechtfertigt ist). Zweitens ist die Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers noch kein Beweis für die Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes. Für Letzteres ist vielmehr erforderlich, dass die Auffassung, es bestehe Bedarf für ein Tätigwerden der Gemeinschaft, vernünftig begründet wird. [38] Hierzu reicht es nicht aus, einfach nur auf die möglichen Vorteile eines Gemeinschaftshandelns hinzuweisen. Vielmehr müssen auch die möglichen Probleme oder Kosten ermittelt werden, die entstehen, wenn die Angelegenheit den Mitgliedstaaten überlassen wird. Soweit der Gerichtshof dieses Erfordernis aufstellt, setzt er keineswegs seine eigene Einschätzung an die Stelle derjenigen des Gemeinschaftsgesetzgebers, sondern zwingt diesen lediglich, Subsidiarität ernst zu nehmen.

31. Auch wenn, wie ausgeführt, ein deutlicher Bedarf für eine Kollektivmaßnahme ein Tätigwerden der Gemeinschaft auf Ebene der Großkundenentgelte gerechtfertigt hat, ist kein unmittelbar zwingendes Argument für eine Harmonisierung der Endkundenentgelte erkennbar. Im Gegenteil, die nationalen Regulierungsstellen scheinen — wie die Klägerinnen vortragen — eher in der Lage zu sein, über die Notwendigkeit von Preiskontrollen (und gegebenenfalls über die Höhe der Preise) auf den verschiedenen nationalen Märkten zu entscheiden. Die Kommission vertritt in ihren schriftlichen Erklärungen hingegen die Auffassung, dass es zu Wettbewerbsverzerrungen gekommen wäre, wenn man diese Angelegenheit den Mitgliedstaaten überlassen hätte, da die verschiedenen

37 — 16. Erwägungsgrund der Roamingverordnung.

38 — Das Parlament und der Rat weisen in ihren Erklärungen darauf hin, dass die Entscheidung, die Regulierung auf Gemeinschaftsebene vorzunehmen, von den Mitgliedstaaten über die ERG mitgetragen worden sei. Es ließe sich argumentieren, dass an die Begründung des Gemeinschaftsgesetzgebers für ein Tätigwerden der Gemeinschaft umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je umstrittener der Bedarf für ein solches Tätigwerden ist. Andererseits sollte selbst die einstimmige Unterstützung aller Mitgliedstaaten im Rat für die Beurteilung des Bestehens und der Wahrnehmung einer Gemeinschaftszuständigkeit nicht als maßgebend erachtet werden. Es ist daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten im Rat durch ihre nationalen Regierungen vertreten werden. Daher wirkt sich die Wahrnehmung einer konkreten gemeinschaftlichen Zuständigkeit auf das interne Kräftegleichgewicht der Mitgliedstaaten und auf ihre Mechanismen der politischen Verantwortung aus. Bei der Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsvorschriften müssen diese Belange ebenfalls berücksichtigt werden.

Mobilkommunikationsbetreiber in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlichen Preisobergrenzen unterlegen hätten. Diese Argumentation kann keinen Bestand haben. Preisunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen in nahezu jedem Bereich. Solche Preisunterschiede mögen Wirtschaftsteilnehmern in einigen Mitgliedstaaten Wettbewerbsvorteile verschaffen oder auch nicht. Ebenso wie in zahlreichen anderen Bereichen haben sie unter Umständen einfach nur zur Folge, dass die Preise in den Mitgliedstaaten voneinander abweichen. Insoweit scheint kein klarer Unterschied zu dem Markt für Inlandsanrufe zu bestehen, auf dem die Wirtschaftsteilnehmer möglicherweise ebenfalls unterschiedliche Preisobergrenzen zu beachten haben. Außerdem können nicht alle Wettbewerbsvorteile unbedingt als Wettbewerbsverzerrung bezeichnet werden. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, müsste der Gemeinschaftsgesetzgeber entsprechende Argumente vorbringen, was er aber nicht getan hat. [39]

32. Auf der anderen Seite kommt dem Argument, dass zur Erreichung der mit der Roamingverordnung angestrebten Ziele die rechtzeitige Festlegung von Höchstentgelten erforderlich gewesen sei, angesichts der Tatsache, dass die Verordnung drei Jahre nach ihrem Erlass außer Kraft treten sollte, einiges Gewicht zu. Es läuft auf das Argument wirksamer Rechtssetzung hinaus. Da es um die Notwendigkeit von Gemeinschaftsmaßnahmen auf Ebene der Großkundenentgelte geht, ließe sich anführen, dass es sowohl zweckmäßiger als auch angemessener sei, gleichzeitig auch die Endkundenentgelte zu regulieren. Großkundenentgelte könnten mit Blick auf die vorgesehenen Endkundenentgelte festgelegt werden und umgekehrt, so dass die Ergebnisse der Gemeinschaftsmaßnahmen für die Kunden unmittelbar spürbar seien.

33. Das entscheidende Argument basiert jedoch auf dem grenzüberschreitenden Charakter der zu regelnden wirtschaftlichen Tätigkeit. Selbst wenn das Problem, das mit der Kollektivmaßnahme auf der Ebene der Endkundenentgelte gelöst werden sollte, vielleicht nicht schwerwiegend genug war, kann man doch zu Recht davon ausgehen, dass die Gemeinschaft die Frage der Endkundenentgelte für das Roaming besser zu lösen vermag als die Mitgliedstaaten. Aufgrund des länderübergreifenden Charakters der in Rede stehenden wirtschaftlichen Tätigkeit (Roaming) mag die Gemeinschaft eher bereit sein, sich mit dem Problem zu befassen, und eher in der Lage sein, die sich für den Binnenmarkt ergebenden Kosten und Vorteile der vorgesehenen Maßnahme abzuwägen.

34. Eben der grenzüberschreitende Charakter der wirtschaftlichen Tätigkeit selbst lässt

39 — Dies alles darf nicht mit der oben dargestellten Problematik verwechselt werden, dass Preisobergrenzen eine Beschränkung des Zugangs zu nationalen Märkten darstellen können. Das die Wettbewerbsverzerrung betreffende Argument bezieht sich darauf, dass auf ein und demselben Markt unterschiedliche Preisvorschriften gelten, und nicht darauf, dass die Festlegung bestimmter Preisobergrenzen auf einem nationalen Markt ausländische Mitbewerber daran hindern könnte, sich (aufgrund einer höheren Qualität oder eines niedrigeren Preises der Produkte oder Dienstleistungen, die sie potenziell anbieten könnten, wenn es die betreffende Preisobergrenze nicht gäbe) erfolgreich am Wettbewerb zu beteiligen.

den Gemeinschaftsgesetzgeber zur Regulierung auf der Ebene der Endkundenentgelte potenziell geeigneter erscheinen als die nationalen Behörden. Da es um die Korrektur einer gemeinschaftlichen Rechtslage ging, durfte der Gemeinschaftsgesetzgeber vernünftigerweise davon ausgehen, dass die nationalen Regulierungsbehörden diesem Anliegen möglicherweise nicht die Priorität einräumen würden, die er für geboten hielt. In der Tat setzen, wie verschiedentlich in den Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung von mehreren Verfahrensbeteiligten ausgeführt worden ist, die Mobilkommunikationsbetreiber die Höhe der Roamingentgelte häufig im Rahmen eines Leistungspakets fest, das auch andere Dienste, wie Inlandskommunikationsleistungen, umfasst. Außerdem macht das Roaming nur einen kleinen Teil dieser Dienste aus, und die Nachfrage nach Roamingleistungen ist geringer als die Nachfrage nach Inlandskommunikationsleistungen.[40] Wenn nationale Regulierungsstellen diesen Markt regeln, steht zu erwarten, dass sie sich dabei auf die Preise und andere Aspekte inländischer Kommunikationsleistungen und nicht auf die Roamingentgelte konzentrieren. Aufgrund des grenzüberschreitenden Charakters des Roaming ist es die Gemeinschaft, die ein besonderes Interesse an dem Schutz und der Förderung dieser wirtschaftlichen Tätigkeit hat. Das ist genau die Art von Situation, in der der demokratische Prozess der Mitgliedstaaten dazu führen kann, dass grenzüberschreitende Tätigkeiten nicht geschützt werden.[41] Insofern ist verständlich, warum der Gemeinschaftsgesetzgeber tätig geworden ist.

35. Der Gemeinschaftsgesetzgeber macht im Wesentlichen geltend, dass die Frage der Endkundenentgelte nicht an die nationale Ebene abgegeben werden konnte, da die 27 verschiedenen nationalen Regulierungsstellen zu lange gebraucht hätten, um wirksame Kontrollen für die Endkundenentgelte einzuführen. Auch ließe sich — obwohl dies in den Erwägungsgründen nicht ausgesprochen wird — die Meinung vertreten, dass es zu einer unendlichen Verzögerung auf Seiten der nationalen Regulierungsstellen gekommen wäre. Die nationalen Regulierungsstellen hätten den Roamingentgelten möglicherweise nicht die gleiche Bedeutung beigemessen wie den innerstaatlichen Kommunikationspreisen. Da die Roamingverordnung bezweckt, grenzüberschreitende Tätigkeiten zu erleichtern und einen Beitrag zum Funktionieren des Binnenmarkts zu leisten, indem sie gewährleistet, dass die Ausübung der sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte auf freien Verkehr angemessen ermöglicht und geschützt wird, war ein Tätigwerden auf Gemeinschaftsebene erforderlich, um sicherzustellen, dass diesen Rechten die gebotene Priorität eingeräumt wird.

40 — Vgl. z. B. ERG Common Position on the Coordinated Analysis of the Markets for Wholesale International Roaming, Juni 2005, Nr. 59 (Erörterung der Nachfrage); ERG Response, in Fn. 33 angeführt, Nrn. 3.10 bis 3.11 (Erörterung der Möglichkeit, dass Einsparungen bei den Großkundenentgelten für das Roaming zur Senkung der Preise für Inlandsdienste verwendet werden).

41 — Einige Kommentatoren sind der Ansicht, die EU beziehe ihre demokratische Legitimation teilweise aus ihrer Fähigkeit, mobile Akteure zu schützen, deren Interessen im demokratischen Prozess der einzelnen Mitgliedstaaten nicht hinreichend geschützt würden. Vgl. in jüngerer Zeit Somek, A., „The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement", U. Iowa Legal Studies Research paper Nr. 09-23, Mai 2009.

36. Schließlich erlaubt — wie der Rat ausführt — die Festlegung einer Preisobergrenze

die Berücksichtigung nationaler Unterschiede bei der Gestaltung der Preise unterhalb dieser Grenze. Die Gemeinschaftsregelung lässt daher den Mitgliedstaaten immer noch einen gewissen Handlungsspielraum. Nach alledem kann die Gemeinschaftsregelung nicht als Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip betrachtet werden.

C — *Verhältnismäßigkeit*

37. Im Rahmen der Frage der Verhältnismäßigkeit hat der Gerichtshof zu beurteilen, ob die Entscheidung des Gesetzgebers über die Art des Vorgehens gegen hohe Roamingentgelte unter dem Gesichtspunkt sowohl des in Art. 95 EG genannten Ziels der Errichtung des Binnenmarkts als auch des politischen Ziels des Verbraucherschutzes in Anbetracht des Verlusts der mitgliedstaatlichen Autonomie und der Eingriffe in die Rechte der Klägerinnen verhältnismäßig war.

38. Diejenigen, die die Gültigkeit der Roamingverordnung in Frage stellen, machen geltend, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber mit der Einführung einer unionsweiten Preisbegrenzung über das zur Erreichung einer Senkung des Preises für Roamingdienste Erforderliche hinausgegangen sei und somit ungerechtfertigterweise in die Eigentumsrechte der Klägerinnen sowie in ihr Recht auf Ausübung einer kommerziellen Tätigkeit eingegriffen habe. Der Gerichtshof hat in zahlreichen Urteilen ausgeführt, dass er bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Entscheidung des Gesetzgebers diesem einen Ermessensspielraum zuzubilligen hat. Daher gilt grundsätzlich und in diesen Bereichen, dass „sich die gerichtliche Kontrolle der Ausübung [der] Befugnis [des Gesetzgebers] auf die Prüfung beschränken [muss], ob ein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder ein Ermessensmissbrauch vorliegt oder ob der Gesetzgeber die Grenzen seines Ermessens offenkundig überschritten hat“ [42]. Gewiss gehören Preiskontrollen zu den einschneidendsten Markteingriffen und stellen eine besonders starke Beschränkung der Eigentumsrechte und der unternehmerischen Freiheit dar. Der Gesetzgeber darf die Entscheidung zur Einführung solcher Kontrollen nicht leichtfertig treffen. Im vorliegenden Fall hat er dies aber offensichtlich auch nicht getan.

39. Erstens hat der Gemeinschaftsgesetzgeber auf ein Tätigwerden erst als letztes Mittel zurückgegriffen. In der Folgenabschätzung sind die Maßnahmen aufgeführt, mit denen die Kommission versucht hat, eine Senkung der Endkundenroamingentgelte zu erreichen, u. a. wettbewerbsrechtliche Ermittlungen, Initiativen für mehr Transparenz, Regulierungsmaßnahmen nach Maßgabe des alten Rahmens und Ausübung von politischem Druck. [43] Die Kommission machte darauf aufmerksam, dass es zu Regulierungsmaßnahmen kommen werde, wenn sich die Preise

42 — Urteil vom 2. April 1998, Norbrook Laboratories (C-127/95, Slg. 1998, I-1531, Randnrn. 89 f).

43 — Folgenabschätzung der politischen Entscheidungsalternativen zum Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft, KOM(2006) 382 endg., 12. Juli 2006, S. 27.

„nicht erheblich einem marktgängigen Niveau annähern", hatte damit aber keinen Erfolg. [44] Sie stellte auch ausführliche Informationen über Roamingentgelte zusammen, aus denen hervorgeht, dass „[Endkundenroamingentgelte] ohne ersichtlichen Grund sehr hoch waren", dass „hohe Endkundenaufschläge" erhoben und dass Senkungen der Großkundenentgelte kaum an die Endkunden weitergegeben wurden. [45] Die Kommission stellte fest, dass die Gewinnspannen der Betreiber bei den Endkundenentgelten für abgehende Roaminganrufe über 200 % und für ankommende Roaminganrufe annähernd 300 % oder 400 % erreichten [46] und dass große Preisunterschiede bestünden, die sich durch die zugrunde liegenden Kosten nicht erklären ließen. Aufgrund der ihr vorliegenden Angaben kam die Kommission zu dem Ergebnis, dass die Endkundenroamingentgelte „in keinem sinnvollen Verhältnis zu den zugrunde liegenden Kosten für die Bereitstellung des Dienstes stehen" [47] und dass es keinen Grund zu der Annahme gebe, dass eine Herabsetzung der Großkundenentgelte zu einer Herabsetzung der Endkundenentgelte führen würde [48].

40. Der verfolgte Regelungsansatz erscheint auch nicht unvernünftig angesichts der einander widersprechenden Ausführungen, die die Verfahrensbeteiligten zu der Frage gemacht haben, ob die vom Gemeinschaftsgesetzgeber gewählte Form des Tätigwerdens erforderlich war. So verweisen z. B. diejenigen, die die Verordnung für gültig halten, auf die Feststellungen der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen, dass die Entgelte für Roamingdienste überhöht seien und dass eine Preiskontrolle auf Endkundenebene notwendig werden könnte, falls sich herausstellen sollte, dass die Marktkräfte zur Bewirkung von Preissenkungen nicht ausreichen. [49] Demgegenüber macht Vodafone geltend, die Gruppe habe ursprünglich einen flexiblen Ansatz befürwortet, der den nationalen Gegebenheiten Rechnung getragen habe. [50] Der Gemeinschaftsgesetzgeber ist jedoch nicht verpflichtet, alle Empfehlungen eines solchen Expertengremiums zu übernehmen. Die Gruppe Europäischer Regulierungsstellen hatte erklärt, dass hohe Endkundenaufschläge bestünden [51] und dass Senkungen der Großkundenentgelte voraussichtlich in Form von Preisnachlässen für inländische Dienste an die Nutzer weitergegeben würden [52] — eine Lösung, die, wie oben im Rahmen der Option einer Regelung auf nationaler Ebene erörtert, nicht zu einer Korrektur der fraglichen gemeinschaftlichen Rechtslage geführt hätte. Grenzüberschreitende Kommunikation wäre weiterhin „diskriminiert" worden. Außerdem hatte die Gruppe Europäischer Regulierungsstellen dem Gemeinschaftsgesetzgeber lediglich vorgeschlagen, zu warten, ob die Marktkräfte die Endkundenentgelte nicht drücken würden. Angesichts der umfangreichen Hinweise, dass Senkungen der Großkundenentgelte nicht an Endkunden weitergegeben wurden [53], war der Gemeinschaftsgesetzgeber zu einer solchen abwartenden Haltung nicht

44 — Mitteilung von Viviane Reding an die Gruppe Europäischer Regulierungsstellen, Towards a True Internal Market for Electronic Communications, Paris, 8. Februar 2006, S. 5; vgl. auch Folgenabschätzung, in Fn. 43 angeführt, S. 12.

45 — Folgenabschätzung, in Fn. 43 angeführt, S. 22 [AdÜ: freie Übersetzung].

46 — Ebd., S. 6 und 47.

47 — Ebd., S. 17 [AdÜ: freie Übersetzung].

48 — Ebd., S. 48.

49 — ERG Response, in Fn. 33 angeführt, S. 1 f.

50 — Ebd., S. 2.

51 — Ebd., Nr. 2.6.

52 — Ebd., Nrn. 3.10 bis 3.11.

53 — Vgl. z. B. Folgenabschätzung, in Fn. 43 angeführt. GSM macht geltend, in der Folgenabschätzung sei die kurz zuvor erfolgte Herabsetzung der Endkundenentgelte nicht angemessen berücksichtigt worden. Die Kommission räumte in der Folgenabschätzung zwar ein, dass erhebliche Preissenkungen angekündigt worden seien, stellte aber fest, dass Vodafone, T-Mobile, Telefónica O2 und Orange die Preisreduzierung erst in der letzten Woche des Konsultationszeitraums für die Folgenabschätzung angekündigt hätten, und kam zu dem Ergebnis, dass die Herabsetzung auf die drohende Regulierung und nicht auf Marktkräfte zurückzuführen sei (Folgenabschätzung, S. 10 und 27). Im Übrigen waren, wie im ersten Erwägungsgrund der Verordnung festgestellt wird, die Preissenkungen bei den Endkundenentgelten angesichts von Gewinnspannen im Endkundengeschäft von bis zu 400 % geringfügig.

verpflichtet. Wie die Kommission ausführt, hat die Gruppe Europäischer Regulierungsstellen selbst erklärt, dass die Rechtzeitigkeit ein wichtiger zu berücksichtigender Faktor sei, so dass angesichts dessen und angesichts der klaren Feststellung, dass die für das Roaming in Rechnung gestellten Entgelte übermäßig seien, die Entscheidung, die Endkundenentgelte zu regulieren, zu den Optionen gehörte, die dem Gesetzgeber billigerweise offenstanden.

41. Darüber hinaus geht es bei dem vom Gemeinschaftsgesetzgeber gewählten Mittel der Preiskontrolle nicht um eine langfristige Regulierung der Marktpreise, sondern um das Bestreben, Preise zu senken (und möglicherweise einen wirksamen Marktwettbewerb in Gang zu setzen), da es zu einer künstlichen Ballung der Preise aufgrund eines Marktversagens gekommen war, das sich durch ein wettbewerbsrechtliches Vorgehen nicht beheben ließ. Dies wird in den Erwägungsgründen 5, 6 und 9 der Roamingverordnung deutlich, in denen auf die Schwierigkeiten der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen hingewiesen wird, gegen die hohen Preise auf der Grundlage des geltenden Wettbewerbsrechts vorzugehen, sowie im 28. Erwägungsgrund, in dem hervorgehoben wird, dass die Verordnung Anreize für innovative Angebote für Roamingkunden, die günstiger als die zulässigen Höchstentgelte sind, bieten solle. Durch die Begrenzung der Geltungsdauer der Verordnung auf drei Jahre hat der Gemeinschaftsgesetzgeber auch den Umfang der mit den Kontrollen verbundenen Eingriffe begrenzt und damit dem Markt „eine zweite Chance“ gegeben, dieses Versagen zu korrigieren.

42. Wegen ihrer äußerst einschneidenden Wirkung auf den Markt sind Preiskontrollen stets sorgfältig zu prüfen, im vorliegenden Fall lassen sie sich jedoch angesichts ihrer begrenzten Dauer und des mit ihnen verfolgten Ziels, ein durch ein wettbewerbsrechtliches Vorgehen nicht zu behebendes Marktversagen zu korrigieren, eher akzeptieren. Darüber hinaus mildert die Existenz einer Verfallsklausel die Folgen für die Rechte der Wirtschaftsteilnehmer. Derartige Verfallsklauseln stellen sicher, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber seine Maßnahmen in Bereichen wie Roaming, die einem raschen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wandel unterliegen, regelmäßig überprüft. [54] Sollte der Gemeinschaftsgesetzgeber die zeitliche

54 — Das Erfordernis einer regelmäßigen Überprüfung der vom Gemeinschaftsgesetzgeber gewählten Mittel in diesem sich rasch entwickelnden Markt ist in der Rahmenrichtlinie selbst deutlich formuliert (Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 108, S. 33). Im 27. Erwägungsgrund der Rahmenrichtlinie heißt es mit Blick auf eine Vorabregulierung zur Gewährleistung der Herausbildung wettbewerbsorientierter Märkte: „Die Kommission sollte die Leitlinien regelmäßig überprüfen, damit diese in einem sich rasch entwickelnden Markt auf Dauer angemessen sind.“

Geltung der Preiskontrollen ausdehnen oder die Kontrollen dauerhaft machen wollen, müsste auch diese Entscheidung die Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit erfüllen und bedürfte zu ihrer Rechtfertigung zusätzlicher Gründe.

43. Vodafone trägt außerdem vor, nach Erlass der Verordnung hätten sich die Entgelte für Roamingdienste um die Höchstgrenze geballt, was ein Anhaltspunkt dafür sei, dass die Verordnung einen wirksamen Preiswettbewerb in diesem Bereich unterdrückt habe. Eine derartige Preisballung lässt sich allerdings ebenso als Anhaltspunkt für einen fehlenden Preiswettbewerb beim Roaming deuten, der dafür spricht, dass die früheren höheren Preise ohne ein Tätigwerden des Gesetzgebers bestehen geblieben wären. Nach alledem ist nicht davon auszugehen, dass die Mittelwahl des Gesetzgebers offensichtlich fehlerhaft war und damit einen ungerechtfertigten Eingriff in die Rechte der Klägerinnen darstellte.

44. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung hat der Gerichtshof außerdem zu beurteilen, ob der Umstand, dass die Gemeinschaft die Ziele der betreffenden Maßnahme besser zu erreichen vermag, den Verlust der mitgliedstaatlichen Autonomie, der mit der vom Gesetzgeber gewählten Lösung verbunden ist, rechtfertigen kann. [55] Das Vorbringen der Verfahrensbeteiligten zu diesem Punkt ist verhältnismäßig spärlich. Es liegt auf der Hand, dass die Festsetzung eines gemeinschaftsweiten Höchstpreises die Autonomie der Regulierungsorgane der Mitgliedstaaten einschränkt. Da sich die betreffenden Stellen der Mitgliedstaaten fast einhellig für den Erlass der fraglichen Verordnung ausgesprochen haben, verliert das Argument jedoch einiges an Durchschlagskraft, und angesichts des begrenzten Anwendungsbereichs der in Rede stehenden Regelung (Roamingdienste), des Ermessensspielraums, den der Gerichtshof dem Gesetzgeber in diesen Angelegenheiten zubilligt, und des Fehlens eines begründeten gegenläufigen Vorbringens der Klägerinnen hierzu kann die Verordnung insoweit nicht als unverhältnismäßig angesehen werden.

55 — Obwohl sich der Gerichtshof in seinen jüngsten Urteilen, wie im Urteil Swedish Match, in Fn. 15 angeführt, auf die Verhältnismäßigkeit einer Gemeinschaftsmaßnahme in Bezug auf ihr sachliches Ziel konzentriert hat, muss die Verhältnismäßigkeit jedoch auch im Hinblick auf die Folgen für die Autonomie der Mitgliedstaaten geprüft werden. Vgl. hierzu Kumm, M., „Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union", *European Law Journal*, Bd. 12, Nr. 4, Juli 2006, S. 522 bis 524. Generalanwalt Fennelly hat — wenngleich mit anderem Ausgangspunkt — argumentiert, dass Sachziele wie der Gesundheitsschutz für sich allein im Gegensatz zu Binnenmarktzielen den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit nicht genügten (Schlussanträge in der Rechtssache Imperial Tobacco u. a., C-74/99, Urteil vom 5. Oktober 2000, Slg. 2000, I-8599, Nr. 149).

II — Ergebnis

45. Demnach schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom nationalen Gericht vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

Die Prüfung der vom High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division, Administrative Court, vorgelegten Fragen hat nichts ergeben, was die Gültigkeit der Verordnung (EG) Nr. 717/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG berühren könnte.