URTEIL DES GERICHTSHOFES (Erste Kammer)

20. Oktober 2005 *

In der Rechtssache C-334/03

betreffend eine Vertragsverletzungsklage nach Artikel 226 EG, eingereicht am 30. Juli 2003,

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch A. Alves Vieira, S. Rating und G. Braga da Cruz als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Portugiesische Republik, vertreten durch L. Fernandes und P. de Pitta e Cunha als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Portugiesisch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten P. Jann, des Richters K. Schiemann, der Richterin N. Colneric (Berichterstatterin) sowie der Richter J. N. Cunha Rodrigues und E. Levits,

Generalanwalt: L. A. Geelhoed,
Kanzler: R. Grass,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 2. Juni 2005

folgendes

Urteil

1 Mit ihrer Klageschrift beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften die Feststellung, dass die Portugiesische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen verstoßen hat, dass sie die Umsetzung von Artikel 4d der Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste (ABl. L 192, S. 10) in der durch die Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13. März 1996 (ABl. L 74, S. 3) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 90/388) in der Praxis nicht gewährleistet hat.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

2 Nach der 23. Begründungserwägung der Richtlinie 96/19 genießen die Telekommunikationsorganisationen „in vielen Mitgliedstaaten gesetzliche Privilegien, ihr Netz auf öffentlichem oder privatem Grund zu errichten, und zwar ohne Entgelt oder zu einem Entgelt, das lediglich die entstandenen Kosten ausgleicht. Wenn die Mitgliedstaaten neu lizenzierten Betreibern nicht vergleichbare Möglichkeiten zum Ausbau ihrer Netze einräumen, würde dies zu Verzögerungen führen und in manchen Gebieten der Beibehaltung ausschließlicher Rechte zugunsten der Telekommunikationsorganisationen gleichkommen."

3 Artikel 2 der Richtlinie 90/388 bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten ziehen alle Vorschriften zurück, die Folgendes gewähren:

a) ausschließliche Rechte für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen, einschließlich der Errichtung und der Bereitstellung von Telekommunikationsnetzen für die Erbringung solcher Dienste, oder

b) besondere Rechte, die die Anzahl der Unternehmen, die zur Erbringung solcher Telekommunikationsdienste oder zur Errichtung oder Bereitstellung solcher Netze berechtigt sind, auf zwei oder mehr beschränken, ohne dabei objektive, verhältnismäßige und nicht diskriminierende Kriterien einzuhalten, oder

c) besondere Rechte, die nach anderen als objektiven, verhältnismäßigen und nicht diskriminierenden Kriterien mehrere konkurrierende Unternehmen dazu ausersehen, solche Telekommunikationsdienste bereitzustellen oder solche Netze zu errichten oder bereitzustellen.

(2) Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass jedes Unternehmen berechtigt ist, die in Absatz 1 genannten Telekommunikationsdienste bereitzustellen und die dort genannten Telekommunikationsnetze zu errichten und bereitzustellen.

...“

4 Artikel 4d der Richtlinie lautet:

„Die Mitgliedstaaten dürfen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze bei der Erteilung von Wegerechten für die Bereitstellung solcher Netze nicht diskriminieren.

Soweit die Einräumung zusätzlicher Wegerechte an Unternehmen, die öffentliche Telekommunikationsnetze bereitstellen wollen, aufgrund einschlägiger grundlegender Anforderungen nicht möglich ist, müssen die Mitgliedstaaten den Zugang zu bestehenden Einrichtungen, für die Wegerechte erteilt wurden und neben denen zusätzliche Einrichtungen nicht errichtet werden können, zu angemessenen Bedingungen sicherstellen."

5 Nach Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) (ABl. L 199, S. 32) berechnen die Organisationen mit Universaldienstverpflichtungen auf Ersuchen ihrer nationalen Regulierungsbehörde die Nettokosten solcher Verpflichtungen, um die etwaige Belastung, die sich aus der Bereitstellung eines Universaldienstes ergibt, zu ermitteln.

Nationales Recht

6 Artikel 12 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 91/97 vom 1. August 1997 (*Diário da República* I, Serie A, Nr. 176, vom 1. August 1997, S. 4010) beschreibt das „Basistelekommunikationsnetz" als öffentliches Netz, das im gesamten Inland den Kommunikationsbedürfnissen der Bürger sowie den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Betätigungen entspricht und das die internationalen Verbindungen gewährleistet.

7 Nach Artikel 12 Absatz 2 in der durch das Gesetz Nr. 29/2002 vom 6. Dezember 2002 (*Diário da República* I, Serie A, Nr. 282, vom 6. Dezember 2002, S. 7556) geänderten Fassung wird das Basistelekommunikationsnetz durch sämtliche Bestandteile des Netzes gebildet, die für die Erbringung des Telekommunikations-Universaldienstes notwendig sind.

8 Nach Artikel 13 des Gesetzes Nr. 91/97 sind die Betreiber von Basistelekommunikationsnetzen von Steuern und anderen Abgaben für die Errichtung der Telekommunikations-Infrastrukturen oder für den Zugang zu den verschiedenen Teilen der Anlagen oder der Ausrüstung befreit, der für den Betrieb des betreffenden Netzes erforderlich ist.

9 Am 20. März 1994 schlossen der portugiesische Staat und PT Comunicações, die Tochtergesellschaft der Portugal Telecom SA für den Bereich des Telefonfestnetzes, einen Konzessionsvertrag über die Erbringung von als öffentliche Dienstleistungen angesehenen Kommunikationsdiensten, mit dem PT Comunicações die Nutzung und der Betrieb der Telekommunikations-Infrastrukturen für einen Zeitraum von zunächst 30 Jahren übertragen wurde.

10 Die Grundregeln für diese Konzession für das öffentliche Telekommunikationsnetz, die durch die gesetzesvertretende Verordnung Nr. 40/95 vom 15. Februar 1995 (*Diário da República* I, Serie A, Nr. 39, vom 15. Februar 1995, S. 969) gebilligt wurden, übertrugen PT Comunicações das ausschließliche Recht, die Infrastrukturen, die das „Basistelekommunikationsnetz" bilden, zu verwalten und zu betreiben. Nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a dieser Grundregeln, die der gesetzesvertretenden Verordnung Nr. 40/95 als Anhang beigefügt sind, hat diese Konzession „die Einrichtung, die Verwaltung und den Betrieb der Infrastrukturen, die das Basistelekommunikationsnetz bilden", zum Gegenstand. Mit der Konzession wurde PT Comunicações gleichzeitig der Besitz der Infrastrukturen mit der Auflage übertragen, diese in gutem Funktions-, Sicherheits- und Erhaltungszustand zu halten und sie qualitativ und quantitativ weiterzuentwickeln, um die Erbringung der im allgemeinen Interesse liegenden Telekommunikationsdienste als Universaldienst im gesamten Inland zu gewährleisten.

11 Als Gegenleistung für diese Konzession war PT Comunicações nach den Artikeln 24, 25 und 32 der Grundregeln für die Konzession verpflichtet, an den konzessionserteilenden Staat eine Abgabe in Höhe von 1 % der Bruttoeinkünfte aus dem Betrieb der übertragenen Dienstleistungen zu entrichten, wobei ein Anspruch auf einen Ausgleich für den Fall vorgesehen war, dass die Erfüllung der Universaldienst-Verpflichtungen zu finanziellen Belastungen für den Konzessionsinhaber führen sollte.

12 Die Infrastrukturen, die das Basistelekommunikationsnetz bilden, gehörten dem portugiesischen Staat, bis dieses Netz Ende 2002 PT Comunicações zu dem seinerzeitigen Wert übertragen wurde, der dem Gesamtbetrag der Abgabe entsprach, die dem Staat gemäß dem Konzessionsvertrag von 1995 bis zum Ende von dessen ursprünglicher Geltungsdauer geschuldet wurde.

13 Ein neuer Konzessionsvertrag wurde durch die gesetzesvertretende Verordnung Nr. 31/2003 vom 17. Februar 2003 (*Diário da República* I, Serie A, Nr. 40, vom 17. Februar 2003, S. 1044) gebilligt, durch die die Grundregeln für die Konzession geändert wurden. Die Verpflichtungen des Betreibers des Basisnetzes wurden im Wesentlichen aufrechterhalten. Artikel 6 Buchstabe b des Anhangs dieser Verordnung sieht vor, dass PT Communicações als Konzessionsinhaber verpflichtet ist, die Dienstleistungen zu erbringen, die Gegenstand der Konzession für den öffentlichen Telekommunikationsdienst sind, und dabei die Interoperabilität, Kontinuität, Verfügbarkeit, Stabilität und Qualität dieser Dienstleistung zu gewährleisten.

Das Vorverfahren

14 Mit Mahnschreiben vom 2. Mai 2002 an die portugiesischen Behörden forderte die Kommission diese auf, zu dem Umstand Stellung zu nehmen, dass die Befreiung von der Entrichtung sämtlicher Abgaben für die Einrichtung der Netze von PT Comunicações, dem einzigen für die Verwaltung und den Betrieb des Basistelekommunikationsnetzes zuständigen Unternehmen, die diesem gemäß Artikel 13 des Gesetzes Nr. 91/97 gewährt wurde, in Bezug auf die in Artikel 4d der Richtlinie 90/388 vorgesehene Gewährung von Wegerechten das Diskriminierungsverbot verletze.

15 Mit Schreiben vom 2. Juli 2002 gab die portugiesische Regierung ihre Absicht bekannt, die angebliche diskriminierende Behandlung abzustellen. Da der Kommission jedoch keine ergänzende Antwort zuging, erließ sie mit Schreiben vom

19. Dezember 2002 eine mit Gründen versehene Stellungnahme, mit der die Portugiesische Republik aufgefordert wurde, dieser Stellungnahme binnen zwei Monaten nach ihrer Bekanntgabe nachzukommen.

16 Da die portugiesische Regierung auf die mit Gründen versehene Stellungnahme nicht antwortete, hat die Kommission die vorliegende Klage erhoben.

Zur Klage

Vorbringen der Parteien

17 Nach Ansicht der Kommission hat die Portugiesische Republik durch die Befreiung aufgrund von Artikel 13 des Gesetzes Nr. 91/97 in Verbindung mit der gesetzesvertretenden Verordnung Nr. 31/2003 und zuvor mit der gesetzesvertretenden Verordnung Nr. 40/95, wonach PT Comunicações für die Einrichtung und den Betrieb des Basisnetzes verantwortlich ist, diesem Unternehmen eine andere Behandlung zukommen lassen, als sie den anderen Wirtschaftsteilnehmern zuteil wird. Diese Behandlung verstoße, da es an einer präzisen Rechtfertigung fehle, gegen Artikel 4 der Richtlinie 90/388.

18 Da PT Comunicações durch ihr Basistelekommunikationsnetz Dienstleistungen erbringe, die im unmittelbaren Wettbewerb mit denjenigen stünden, die von anderen Wirtschaftsteilnehmern erbracht würden, verliehen die in Rede stehenden Vorrechte PT Comunicações einen unmittelbaren Vorteil gegenüber ihren Wettbewerbern. Der Umstand, dass die neuen Wirtschaftsteilnehmer höhere Kosten zu tragen hätten als der etablierte Betreiber, könne zu einer Verzögerung bei der Entwicklung der Netze dieser Wirtschaftsteilnehmer führen.

19 Nach Ansicht der Kommission ist die in Rede stehende unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt.

20 Die portugiesische Regierung macht dagegen geltend, dass die unterschiedliche Behandlung ungleicher Sachverhalte nicht rechtlich als diskriminierend qualifiziert werden dürfe. Alle mit der Gewährleistung des Universaldienstes betrauten Unternehmen unterlägen Verpflichtungen zur Weiterentwicklung und Unterhaltung des Netzes, die den Wettbewerbern nicht auferlegt würden.

21 Mit der Befreiung von Abgaben, die für die Benutzung des öffentlichen Eigentums und die Möglichkeit, in diesem ohne das Erfordernis einer gemeindlichen Genehmigung Arbeiten auszuführen, gegebenenfalls geschuldet würden, werde allein das Ziel verfolgt, die Hindernisse für die Weiterentwicklung der Infrastrukturen des Basisnetzes durch die Erleichterung der Vornahme der für deren Errichtung, Erhaltung und Unterhaltung erforderlichen Arbeiten zu beseitigen. Es habe keine Absicht bestanden, PT Comunicações einen Vorteil gegenüber ihren Wettbewerbern zu verschaffen.

22 PT Comunicações sei verpflichtet, den Wettbewerbern in transparenter und nicht diskriminierender Weise Zugang zum Basisnetz zu gewähren. Mit anderen Worten, dieses Unternehmen könne im Rahmen der Erbringung der Telekommunikationsdienstleistungen aus der Abgabenbefreiung, die es für die Weiterentwicklung und die Unterhaltung des Netzes genieße, keinen Vorteil ziehen.

Würdigung durch den Gerichtshof

23 Artikel 4d der Richtlinie 90/388, der vorschreibt, dass die Mitgliedstaaten Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze bei der Erteilung von Wegerechten für die Bereitstellung solcher Netze nicht diskriminieren dürfen, ist eine besondere Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes (vgl. entsprechend in Bezug auf Artikel 7 Absatz 5 der Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt [ABl. 1997, L 27, S. 20] Urteil vom 7. Juni 2005 in der Rechtssache C-17/03, VEMW u. a., Slg. 2005, I-0000, Randnr. 47).

24 Das Diskriminierungsverbot, das zu den fundamentalen Prinzipien des Gemeinschaftsrechts gehört, verlangt, dass gleiche Sachverhalte nicht ungleich behandelt werden, es sei denn, dass eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre (vgl. insbesondere Urteil vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-280/93, Deutschland/Rat, Slg. 1994, I-4973, Randnr. 67).

25 Im vorliegenden Fall steht fest, dass PT Comunicações von der Entrichtung der Gebühren im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Telekommunikations-Infrastrukturen oder dem Zugang zu den verschiedenen Teilen der Anlagen oder der Ausrüstung befreit ist, die für den Betrieb des Netzes, für das die Konzession erteilt wurde, erforderlich sind.

26 Vorab ist festzustellen, dass in diesem Zusammenhang nicht maßgeblich ist, ob diese Befreiung auf Artikel 13 des Gesetzes Nr. 91/97 in Verbindung mit der gesetzesvertretenden Verordnung Nr. 31/2003 oder zuvor mit der gesetzesvertretenden Verordnung Nr. 40/95 beruht, wie die Kommission geltend macht, oder ob sie, wie die portugiesische Regierung vorträgt, von der Rechtsprechung der portugiesischen Verwaltungsgerichte herrührt, wonach die Inanspruchnahme des öffentlichen Eigentums für die Erbringung eines öffentlichen Dienstes nur dann zu einer Abgabenerhebung führen kann, wenn halböffentliche Güter individuell genutzt werden, um neben den allgemeinen Bedürfnissen individuelle Bedürfnisse zu befriedigen. Denn in beiden Fällen beruht die Abgabenbefreiung auf dem nationalen Recht des betreffenden Mitgliedstaats.

27 Ferner ist ein Vergleich der Lage eines Unternehmens, das mit der Gewährleistung des Universaldienstes betraut ist und das Verpflichtungen zur Weiterentwicklung und Unterhaltung des Netzes unterliegt, mit derjenigen anderer Wirtschaftsteilnehmer im Bereich der Telekommunikation nicht ausgeschlossen, die die von ihnen ausgewählten Dienstleistungen unter den Bedingungen erbringen, die sie als die vorteilhaftesten erachten.

28 Zwar lässt sich die Benutzung des öffentlichen Eigentums für individuelle Zwecke von der Benutzung des öffentlichen Eigentums für die Zwecke der Erfüllung allgemeiner Bedürfnisse unterscheiden. Entgegen der Ansicht der portugiesischen Regierung darf jedoch der Vergleich der Lage der Unternehmen des Telekommunikationssektors nicht auf die Unternehmen beschränkt werden, die gemeinschaftlichen Verpflichtungen unterliegen.

29 Denn die Lage von PT Comunicações als Betreiberin eines öffentlichen Netzes ist mit derjenigen der Wettbewerber dieses Unternehmens zu vergleichen, die ihre Tätigkeit ebenfalls auf dem Telekommunikationsmarkt ausüben und alternative Netze einrichten möchten. Andernfalls würde das mit der Gemeinschaftsregelung verfolgte Ziel der Einrichtung eines von Wettbewerb geprägten Marktes auf dem Telekommunikationssektor stark gefährdet. Wie sich aus der 23. Begründungserwägung der Richtlinie 96/19 ergibt, würde es, wenn die Mitgliedstaaten neu lizenzierten Betreibern nicht dieselben Möglichkeiten und gesetzliche Privilegien, ihr Netz auf öffentlichem oder privatem Grund zu errichten, einräumten wie den etablierten Telekommunikationsorganisationen, zu Verzögerungen beim Ausbau der Netze dieser neu lizenzierten Betreiber führen und in manchen Gebieten der Beibehaltung ausschließlicher Rechte zugunsten der etablierten Telekommunikationsorganisationen gleichkommen.

30 Daher ist zu prüfen, ob die im vorliegenden Fall festgestellte unterschiedliche Behandlung, die in der Befreiung von Abgaben aufgrund der in Rede stehenden nationalen Maßnahmen besteht, in Anbetracht der Richtlinie 90/388 gerechtfertigt ist.

31 Erstens hat nach Artikel 9 in Verbindung mit Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe a der Grundregeln für die Konzession für den öffentlichen Telekommunikationsdienst der portugiesische Staat PT Comunicações mit der Aufgabe betraut, die betreffenden Infrastrukturen in ordnungsgemäßem Funktions-, Sicherheits- und Erhaltungszustand zu halten und sie qualitativ und quantitativ weiterzuentwickeln, um die Erbringung der im allgemeinen Interesse liegenden Telekommunikationsdienste als Universaldienst im gesamten Inland zu gewährleisten.

32 Der Ausgleich der aus einer solchen Verpflichtung erwachsenden Kosten ist im vorliegenden Fall nicht geeignet, eine diskriminierende Unterscheidung zwischen den Wirtschaftsteilnehmern in Bezug auf die Gewährung von Wegerechten zu rechtfertigen.

33 Denn die Nettokosten für die Erbringung eines Universaldienstes hätten gemäß Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie 97/33 in Verbindung mit deren Anhang III berechnet werden müssen. Eine solche Berechnung der Nettokosten ist jedoch im vorliegenden Fall nicht erfolgt. Daher braucht weder geprüft zu werden, ob die Befreiung von Kommunalabgaben eine Maßnahme der Finanzierung der Leistung des Universaldienstes ist, noch, ob diese Befreiung, wie die portugiesische Regierung meint, nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die Kosten der Dienstleistung im Sinne des Urteils vom 24. Juli 2003 in der Rechtssache C-280/00 (Altmark Trans und Regierungspräsidium Madgeburg, Slg. 2003, I-7747) zu decken.

34 Zweitens ist der Umstand, dass PT Comunicações verpflichtet ist, den Wettbewerbern in transparenter und nicht diskriminierender Weise Zugang zum Basistelekommunikationsnetz zu gewähren, ebenfalls nicht geeignet, die in Rede stehende unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen. Zwar werden Anordnungen über die gemeinsame Nutzung oder Koordinierung sowie die Erstellung von Regeln für die Umlegung von Kosten bei gemeinsamer Nutzung von Einrichtungen oder Grundbesitz durch Artikel 12 Absatz 2 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. L 108, S. 33) gefördert. Jedoch kann der Zugang der anderen Wirtschaftsteilnehmer zum Netz keine unterschiedliche Behandlung in Bezug auf die Kosten rechtfertigen, die durch die Einrichtung eines neuen Netzes entstehen.

35 Drittens kann der Umstand, dass die portugiesische Regierung im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2002/21 die Einführung einer transparenten und nicht diskriminierenden Kommunalabgabe auf die Wegerechte gewährleisten möchte, nicht berücksichtigt werden, da das Vorliegen einer Vertragsverletzung anhand der Situation des Mitgliedstaats zu beurteilen ist, wie sie bei Ablauf der Frist bestand, die durch die mit Gründen versehene Stellungnahme gesetzt worden war.

36 Nach allem ist festzustellen, dass die Portugiesische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen verstoßen hat, dass sie die Umsetzung von Artikel 4d der Richtlinie 90/388 nicht gewährleistet hat.

Kosten

37 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Portugiesische Republik mit ihrem Vorbringen im Wesentlichen unterlegen ist, sind ihr gemäß dem entsprechenden Antrag der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Erste Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Portugiesische Republik hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen verstoßen, dass sie die Umsetzung von Artikel 4d der Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste in der durch die Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13. März 1996 geänderten Fassung nicht gewährleistet hat.**

2. **Die Portugiesische Republik trägt die Kosten des Verfahrens.**

Unterschriften.