
CHRISTIAN KOENIG

Ausgestaltung von Resale im neuen TKG – ohne Staatshaftungsrisiko!

Ein Gespenst geht um in Europa – die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung. Auch bei der Umsetzung des TK-Richtlinienpakets gedeiht diese Drohkulisse in Deutschland auf dem fruchtbaren Boden preußischer Rechts- und Haushaltstugenden. Der Beitrag legt dar, dass auch für den

Fall einer legislativen Konditionierung des Resale, z.B. unter Einsatz der Regelbeispieltechnik, bei Gewährleistung der gebotenen Spielräume der Regulierungsbehörde keine begründeten Risiken einer Staatshaftung der Bundesrepublik Deutschland bestehen.

I. Wohldosiertes Resale als wertvolles Regulierungsinstrument

Resale ist ein wertvolles Instrument zur Herstellung „effektiveren Wettbewerbs auf allen Zugangs- und Dienstleistungs-

märkten“, um „den Nutzern mehr Wahlmöglichkeiten [zu] bieten“ (vgl. Erwägungsgrund 26 der Universaldienstrichtlinie). Art. 17 Abs. 1 lit. b) Universaldienstrichtlinie statuiert den Grundsatz des Vorrangs der Vorleistungs- gegenüber der Endkundenmarktregulierung.¹ Nach der Universaldienstrichtlinie müssen die kumulativen Effekte der verschiedenen Vorleistungsregulierungsmaßnahmen, einschließlich ihrer regulatorischen Interdependenz, insbesondere zwischen der Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und von Resale-Verpflichtungen, integral berücksichtigt werden, um

1) Hierzu Koenig/Winkler, TKMR 2003, 171.

■ Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig LL.M (LSE) ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn. Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten für den Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften (breko).

eine Regulierung auf den Endkundenmärkten zu vermeiden.

Auch bei der entgeltlichen Ausgestaltung der verschiedenen Regulierungsmaßnahmen sind diese regulatorischen Interdependenzen in Rechnung zu stellen. Der Regulierer muss nicht nur die jeweils zu beurteilende einzelne Entgeltregulierungsmaßnahme im Auge behalten, sondern die Auswirkungen auf verbundene, vor- und nachgelagerte Märkte in die Entscheidung mit einbeziehen. So ist für das ausgewogene Verhältnis zwischen Infrastruktur- und Dienstewettbewerb die entsprechende Feinsteuerung durch eine konsistente Entgeltregulierung für Vorleistungen entscheidend.² Dementsprechend verpflichtet § 25 Abs. 2 des Entwurfs eines Telekommunikationsgesetzes³ (TKG-E) die *Regulierungsbehörde*, „darauf zu achten, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind“.

II. Gemeinschaftsrechtliche Umsetzungsgasse mit Blick auf Resale

Aus dem Zusammenspiel von Art. 8 mit Art. 12 Abs. 1 lit. d) Zugangsrichtlinie ergibt sich in Bezug auf Resale folgende komplettierte Umsetzungsverpflichtung, welcher der TKG-Entwurf im Wesentlichen gerecht wird: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht die Verpflichtung aufzuerlegen, bestimmte – mitgliedstaatlich zu definierende – Dienste zu Großhandelsbedingungen zwecks Weitervertrieb durch Dritte anzubieten. Solche Verpflichtungen müssen Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht auf einem bestimmten Markt in erforderlichem Umfang auferlegt werden. Betreibern ohne beträchtliche Marktmacht dürfen solche Resale-Verpflichtungen nicht auferlegt werden. Die auferlegten Resale-Verpflichtungen müssen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und im Hinblick auf die Ziele des Art. 8 Rahmenrichtlinie angemessen und gerechtfertigt sein.“⁴

Art. 12 Abs. 1 lit. d) Zugangsrichtlinie verlangt von den Mitgliedstaaten gerade in Bezug auf Resale eine aktive Wahrnehmung des von dieser Richtlinienvorschrift ausdrücklich aufgegebenen gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungsspielraums, da die aufzuerlegenden Resale-Verpflichtungen danach auf „bestimmte“ Dienste begrenzt werden sollen, die aber in der Richtlinie selbst nicht definiert werden. Damit wird den Mitgliedstaaten nicht nur ein Umsetzungsspielraum,⁵ sondern darüber hinaus eine aktive Gestaltungsaufgabe zugewiesen, den Kreis der von der Regulierungsbehörde aufzuerlegenden Resale-Verpflichtungen zu definieren. Alle innerstaatlich zuständigen Stellen einschließlich des Umsetzungsgesetzgebers sind also von der Zugangsrichtlinie aufgefordert, die Auferlegung von Resale-Verpflichtungen sicherzustellen, die bezogen auf die in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlichen Wettbewerbssituationen auf den Vorleistungs- und Endkundenmärkten jeweils konkret differenzierend, problemensprechend und angemessen sind. Z.B. muss der Kreis der von der Regulierungsbehörde aufzuerlegenden Resale-Verpflichtungen in einem Mitgliedstaat, in dem wie in Deutschland der Dienstewettbewerb⁶ im Festnetz stark durch die Betreiber(vor)auswahl geprägt ist, anders definiert werden als in einem Mitgliedstaat, in dem z.B. wie in Frankreich der Dienstewettbewerb im Festnetzbereich tatsächlich viel weniger durch entsprechende Interdependenzen strukturiert wird. Die Formulierung „(Zugang zu

bestimmten ... Diensten“ in § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E, die insoweit⁷ lediglich den unbestimmten – mitgliedstaatlich gerade nach Maßgabe der jeweils vorherrschenden Marktlagen zu definierenden – Dienstumfang des Richtlinienwortlauts übernimmt, ist angesichts der von Art. 12 Abs. 1 lit. d) Zugangsrichtlinie den Mitgliedstaaten zugewiesenen aktiven Gestaltungsaufgabe noch optimierungsfähig.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat die Zugangsrichtlinie ausdrücklich an die Mitgliedstaaten adressiert (Art. 20) und damit dem Leitbild der Richtlinie nach Art. 249 Abs. 3 EG⁸ entsprochen: „Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“ Dieses Richtlinienleitbild entspricht zugleich den mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen: Erst die mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetze schaffen grundrechtliche Eingriffsbefugnisse der Regulierungsbehörden, etwa zur Auferlegung von Resale-Verpflichtungen, nicht aber die Zugangsrichtlinie selbst.⁹

Selbst bei sehr weitgehenden, mitgliedstaatlich einzuräumenden Auferlegungsbefugnissen der Regulierungsbehörden nach Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie fällt die Entscheidung über das „Ob“ und zumindest das methodische „Wie“ einer gesetzgeberischen Konditionierung in die mitgliedstaatliche „Verfassungszuständigkeit“, soweit nur die Richtlinienvorgaben eingehalten werden. Gemeinschaftsrechtlich äußerst problematisch ist dagegen eine legislative Lösung, welche die aufzuerlegenden Vorabverpflichtungen so detailliert konditional vorgibt, dass damit die praktische Wirksamkeit der in den Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie vorgesehenen und über Art. 7 Rahmenrichtlinie in ein gemeinschaftsweites Koordinierungsverfahren eingebundenen Regulierungsentscheidungen beeinträchtigt wird.

III. Verfassungsrechtliche Umsetzungsgasse mit Blick auf Resale

Im Rahmen dieser gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungsgasse verweist Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie mit dem verwaltungs- und verfassungsrechtlichen terminus technicus „befugt“ („empowered“, „habilitées“) selbst auf die nach Maßgabe der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen geordneten Verfahren und legislativen Konditionierungsvoraussetzungen für die – in Deutschland dem Gesetzesvorbehalt unterliegende – Einräumung von Eingriffsbefugnissen der Verwaltung in die Grundrechte der Bürger und der grundrechtsfähigen Gesellschaften.

Dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber obliegt die Aufgabe, das in der Zugangsrichtlinie verankerte Optimierungs-

2) *Monopolkommission*, 33. Sondergutachten, 2001, Ziff. 36 f.

3) BT-Drs. 15/2316.

4) Hervorh. durch den Verf.

5) Vgl. *Koenig/Loetz/Neumann*, K&R-Beilage 2/2003, 1, 3 ff.

6) Obwohl das komplexe Regulierungsinstrument des Resale keinesfalls einseitig der Förderung des Dienstewettbewerbs zugeordnet werden darf, sollen im Folgenden vornehmlich dessen Auswirkungen auf die Dienstmärkte im Mittelpunkt der Betrachtung stehen.

7) Die Beschränkung auf solche Dienste, wie sie „Endnutzern gem. den AGB angeboten werden“, stellt hingegen bereits eine Konditionierung der Resale-Verpflichtung dar, die vom Gemeinschaftsrecht nicht gefordert wird.

8) *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *Komm. zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. Aufl. 2002, Art. 249 EG Rdnr. 43.

9) *Allgemein Rojyl/Lackhoff*, DVBl. 1998, 1116, 1118 f.

gebot, wonach problematisierende, angemessene und gerechtfertigte Regulierungsmaßnahmen auf die konkreten Markt- und Wettbewerbslagen auszurichten sind, mit den Anforderungen des grundgesetzlichen Erforderlichkeits- und Bestimmtheitsgebots auszugleichen.

Soweit in den seit Jahren bereits regulierten Festnetzbereichen, insbesondere mit Blick auf die Teilnehmeranschlüsse und die Betreiber(vor)auswahl, regulierungsökonomische Daten und Erfahrungssätze vorliegen, und damit – im Vergleich zu regulatorisch weniger erprobten Märkten wie etwa dem Mobilfunk – verfassungsrechtlich strengere Anforderungen an die Bestimmtheit¹⁰ zu stellen sind, vermag eine legislative Konditionierung von Resale-Verpflichtungen, etwa unter Verwendung der Regelbeispieltechnik, die Anforderungen der Zugangsrichtlinie und des grundgesetzlichen Bestimmtheitsgebots miteinander in Einklang zu bringen.

So ist in einigen TK-Märkten, insbesondere in dem nach wie vor weitgehend monopolisierten Anschlussmarkt im Festnetzbereich, keine schnelle Änderung der tatsächlichen Verhältnisse zu erwarten. Soweit der Gesetzgeber auf empirisch vorhandene regulierungsökonomische Erkenntnisse zurückgreifen und Folgerungen aus diesen regelhaft in Gesetzesform „gießen“ kann, müssen Einzelfallabwägungen legislativ eingerahmt werden. Jedenfalls für die bereits regulierten Bereiche, insbesondere für den Bereich der Festnetzteilnehmeranschlüsse, sind verfassungsrechtlich strengere Anforderungen an die Bestimmtheit des gesetzlichen Regelungsrahmens zu stellen.¹¹

Die Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und von Resale-Verpflichtungen dienen als Regulierungsinstrumente gleichermaßen der Verwirklichung der Regulierungsziele. D.h., je strenger und damit belastender bereits die Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl auferlegt worden sind, desto weniger erfordern regelmäßig die Regulierungsziele eine entsprechend belastende Auferlegung von Resale-Verpflichtungen (Erforderlichkeit). Diese umgekehrt proportionale Interdependenz beider Regulierungsinstrumente wirkt sich auch auf den legislativen Bestimmtheitsmaßstab aus, an dem sich eine verhältnismäßige, vor allem erforderliche, gesetzliche Regelung messen lassen muss. Da im Hinblick auf die Teilnehmeranschlüsse und die Betreiber(vor)auswahl verwertbare regulierungsökonomische Daten und Erfahrungssätze für das Festnetz vorliegen, gelten – im Vergleich zu regulatorisch weniger erprobten Märkten – verfassungsrechtlich strengere Anforderungen über den Bestimmtheitsgrundsatz auch beim gesetzlichen Konditionierungsmaßstab der Erforderlichkeit. D.h., je bestimmter der Beurteilungstatbestand und das Rechtsfolgengerinnen einer Koppelungsvorschrift verfassungsrechtlich zu gestalten sind, um so mehr müssen die am wenigsten belastenden (erforderlichen) Regulierungsoptionen gesetzgeberisch auf der Tatbestandsseite erfasst und auf der Rechtsfolgenseite vorkonstruiert werden.

Von der gemeinschafts- und verfassungsrechtlichen Umsetzungsgasse des Gesetzgebers gedeckt wäre z.B. die Ergänzung des § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E um Regelbeispiele,¹² wel-

che auch der von Art. 12 Abs. 1 lit. d) Zugangsrichtlinie den Mitgliedstaaten zugewiesenen aktiven Ausgestaltungsaufgabe gerecht würden. Regelbeispielen kommt eine normative Tendenzwirkung zu. Diese Wirkung ist im Einzelfall jedoch widerlegbar, sodass die Rechtsfolge bei Vorliegen eines Regelbeispiels nicht zwingend eintreten muss.¹³ Eine Regelbeispielnorm stellt eine Koppelungsvorschrift¹⁴ dar. Ein offener, d.h. auf einem unbestimmten Rechtsbegriff basierender Tatbestand (die Behörde kann auch in anderen als den in den Regelbeispielen vertypeten Fällen die vorgesehene Maßnahme ergreifen) wird mit Dispensermessen (ist ein Regelbeispiel erfüllt, ist das Ermessen im Normalfall in Richtung der vorgesehenen Rechtsfolge auszuüben) auf der Rechtsfolgenseite verknüpft.

Um der regulatorischen Interdependenz zwischen der Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und von Resale-Verpflichtungen sowie der Investitionsanreiz-Philosophie¹⁵ gerecht zu werden, könnte § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E alternativ oder kumulativ um folgende Regelbeispiele ergänzt werden: „In der Regel soll die Zugangsverpflichtung nach Nr. 3 nicht auferlegt werden, solange z.B.

- die Verpflichtungen zur Betreiberauswahl bzw. Betreiber(vor)auswahl (§ 38) auferlegt sind;
- sich der Nachfrager auf sog. reines Anschluss-Resale beschränkt, also keine Verbindungsleistungen oder Anschlüsse in Verbindung mit Verbindungsleistungen angeboten werden.“

Zur Vermeidung von Missverständnissen: Anliegen dieses Beitrags ist es nicht, einen bestimmten Konditionierungsvorschlag als gemeinschafts- bzw. verfassungsrechtlich geboten anzudienen. Vielmehr soll an diesem Formulierungsbeispiel illustriert werden, dass der Gesetzgeber mittels der Regelbeispieltechnik den gemeinschafts- und verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht werden kann. Der Einsatz von Regelbeispielen erhöht die Darlegungslast. Will die Regulierungsbehörde von ihnen abweichen, sollte sie z.B. Gründe für eine regulatorische Kumulation von Resale und Betreiber(vor)auswahl darlegen sowie hierzu die Koordinaten zur Feinsteuerung durch eine konsistente Entgeltregulierung aufzeigen. Dies ist mit der Zugangsrichtlinie vereinbar.

IV. Risiko einer staatshaftungsrechtlichen Inanspruchnahme?

Auf der Grundlage der – hier widerlegten – Hypothese eines Verstoßes gegen die Zugangsrichtlinie im Falle einer legislativen Konditionierung des Resale durch Regelbeispiele werden im Folgenden gleichwohl hilfsweise die Voraussetzungen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs geprüft.

1. Funktion und Voraussetzungen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs

Seit der Entscheidung des *EuGH* im Fall „*Francovich*“¹⁶ ist anerkannt, dass die Mitgliedstaaten für Schäden haften, die Einzelne dadurch erleiden, dass ein Mitgliedstaat seiner Pflicht zur Beachtung des Gemeinschaftsrechts nicht nachgekommen ist. Es handelt sich dabei um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des europäischen Gemeinschaftsrechts, wonach eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung die Verpflichtung zum Ersatz des verursachten Schadens nach sich zieht. Der Staatshaftungsanspruch findet seine Grundlage unmittelbar im Gemeinschaftsrecht. Ein Mitgliedstaat hat die Folgen eines von ihm verur-

10) In diesem Sinne allg. auch *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177, 200.

11) *Koenig/Loetz/Neumann*, K&R-Beilage 2/2003, 1, 19 ff.

12) *Koenig/Loetz/Neumann*, K&R-Beilage 2/2003, 1, 15.

13) *Braunsteffer*, NJW 1976, 736; *Callies*, NJW 1998, 929, 935.

14) *Kaffenberger*, Das intendierte Verwaltungsermessen, 2002, S. 94 m.w.Nw.

15) Art. 8 Abs. 2 lit. c) Rahmenrichtlinie, § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E.

16) *EuGH*, Slg. 1991, S. I-5357.

sachten Schadens jedoch „i.R.d. nationalen Haftungsrechts“ zu beheben.¹⁷ Nach der Rechtsprechung des *BGH* führt die Anwendung der vom *EuGH* aufgestellten Grundsätze mangels einer einschlägigen innerstaatlichen Rechtsgrundlage zu einem gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch.¹⁸ Die mitgliedstaatliche Staatshaftung ist als ein in das nationale Recht implantiertes gemeinschaftsrechtliches Haftungsinstitut zu charakterisieren. Ein Staatshaftungsanspruch besteht nach der Rechtsprechung des *EuGH*, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Ein Organ oder Amtsträger eines Mitgliedstaates verstößt gegen eine primär- oder sekundärrechtliche Norm des Gemeinschaftsrechts, welche die Verleihung von Rechten an Einzelne bezweckt.
- Der Verstoß ist hinreichend qualifiziert.
- Zwischen dem Verstoß und dem eingetretenen Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang.

2. Risikoeinschätzung im Falle einer legislativen Konditionierung des Resale

a) Mitgliedstaatlicher Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht

Eine Nichtumsetzung oder eine fehlerhafte Umsetzung der Zugangsrichtlinie könnte eine staatshaftungsrechtlich relevante Verletzung des Gemeinschaftsrechts begründen, wenn die weiteren Voraussetzungen vorlägen.

b) Verleihung subjektiver Rechte

Die verletzte Gemeinschaftsrechtsnorm muss die Verleihung subjektiver Rechte bezwecken. Die Verleihung subjektiver Rechte kann auch durch sekundäres Gemeinschaftsrecht, also durch eine Richtlinie, erfolgen. Da Richtlinien nur hinsichtlich des in ihnen bezeichneten Ziels verbindlich sind und regelmäßig einer innerstaatlichen Umsetzung bedürfen, ist hier zu fordern, dass erstens das durch die Richtlinie vorgeschriebene Ziel die Verleihung von Rechten an Einzelne beinhaltet und zweitens der Inhalt dieser Rechte auf der Grundlage der Richtlinie bestimmt werden kann.¹⁹ Schon diese Voraussetzung ist vorliegend äußerst zweifelhaft. Zwar ließe sich davon ausgehen, dass den nach Art. 8 i.V.m. Art. 12 Zugangsrichtlinie aufzuerlegenden, in der Richtlinie hinreichend bestimmten formulierten Zugangsverpflichtungen subjektive Zugangsrechte der Zugangspetenten gegenüberstehen, auf deren Grundlage letztgenannte ihre Dienste erst anbieten können. Wenn vorliegend ein Gemeinschaftsrechtsverstoß durch eine legislative Konditionierung des Resale als Prüfungshypothese unterstellt wird, so könnte daher darin zugleich auch die Verkürzung subjektiver Zugangsrechte von Diensteanbietern gesehen werden. Allerdings sieht das auf problematisches, angemessene und gerechtfertigte Maßnahmen und eine gemeinschaftsweite Koordinierung ausgerichtete Regulierungsverfahren des EG-Rechtsrahmens große diskretionäre Spielräume vor. In ihrem Rahmen sind gerade auch die regulatorischen Interdependenzen zwischen einzelnen Verpflichtungen zu berücksichtigen. Diese Spielräume können nicht ohne weiteres allein auf Grundlage der Richtlinie ausgefüllt werden. Es ist mithin bereits äußerst zweifelhaft, ob Art. 12 Zugangsrichtlinie selbst die Verleihung von Rechten an Einzelne bezweckt.

c) Kein hinreichend qualifizierter Verstoß

Dies jedoch unterstellt, fordert der *EuGH* des Weiteren in Anlehnung an die Voraussetzungen der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft (Art. 288 Abs. 2 EG),

dass ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen eine gemeinschaftsrechtliche Norm vorliegt. Dies gilt vor allem im Hinblick darauf, dass die mitgliedstaatlichen Organe und Amtsträger bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts, insbesondere bei Rechtsetzungsakten, die wirtschaftspolitische Entscheidungen erfordern, oftmals über einen weiten Handlungsspielraum verfügen. Gleich der Gemeinschaft sollen auch die Mitgliedstaaten nicht jedes Mal durch die Möglichkeit von Schadensersatzklagen behindert werden, wenn das allgemeine Interesse den Erlass von Maßnahmen gebietet, welche die Interessen Einzelner beeinträchtigen können.²⁰

Ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht ist hinreichend qualifiziert, wenn ein Mitgliedstaat die Grenzen, die seinem Ermessen beim Vollzug oder bei der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschreitet.²¹ Dies ist zu bejahen, wenn die verletzte Norm in ihrer Rechtsfolge das gebotene Verhalten so eindeutig aufgibt, dass kein vernünftiger Zweifel über das erlaubte und unerlaubte mitgliedstaatliche Verhaltensspektrum mehr besteht. Zu den entscheidenden Gesichtspunkten gehören das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift und der Umfang des Ermessensspielraums, den die verletzte Norm den nationalen Organen belässt. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, ob der Verstoß vorsätzlich oder nicht vorsätzlich begangen oder der Schaden vorsätzlich oder nicht vorsätzlich zugefügt wurde, die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums sowie der Umstand, dass die Verhaltensweisen eines Gemeinschaftsorgans möglicherweise dazu beigetragen haben, dass nationale Maßnahmen oder Praktiken in gemeinschaftsrechtswidriger Weise unterlassen, eingeführt oder aufrechterhalten wurden.

So ist z.B. ein Verstoß offenkundig, wenn er trotz des Erlasses eines Urteils des *EuGH*, welches diesen Verstoß im konkreten Fall festgestellt hat, oder entgegen gefestigter einschlägiger gemeinschaftsgerichtlicher Rechtsprechung fortbestanden hat. Das Erfordernis eines hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen eine Bestimmung des Gemeinschaftsrechts gilt gleichermaßen für die nicht erfolgte oder unzulängliche Umsetzung von Richtlinien, auch wenn diese Voraussetzung in der *Francovich*-Entscheidung noch nicht explizit genannt wird. Trifft etwa ein Mitgliedstaat unter Verstoß gegen Art. 249 Abs. 3 EG innerhalb der in einer Richtlinie festgesetzten Frist keinerlei Maßnahmen, obwohl dies zur Erreichung des durch diese Richtlinie vorgeschriebenen Ziels erforderlich wäre, so überschreitet er offenkundig und erheblich die Grenzen, die der Ausübung seiner Befugnisse gesetzt sind.²² Ein hinreichend qualifizierter Verstoß ist auch anzunehmen, wenn nur eine Richtlinienbestimmung, die den Mitgliedstaaten keinen Entscheidungsspielraum bei der Umsetzung belässt, nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden ist, selbst wenn der Mitgliedstaat ansonsten alle übrigen Vorschriften der Richtlinie korrekt durchgeführt hat.²³

An einem hinreichend qualifizierten Gemeinschaftsrechtsverstoß fehlt es hingegen, wenn die von einem Mit-

17) *EuGH*, Slg. 1991, S. I-5357, Rdnr. 42 – *Francovich*; *EuGH*, Slg. 1997, S. I-2163, Rdnr. 33 – *Sutton*.

18) *BGHZ* 134, 30, 33.

19) *EuGH*, Slg. 1991, S. I-5357, Rdnr. 40 – *Francovich*.

20) *EuGH*, Slg. 1996, S. I-1029, Rdnr. 45 ff. – *Brasserie du pêcheur*.

21) *EuGH*, Slg. 1996, S. I-1029, Rdnr. 57 – *Brasserie du pêcheur*; *EuGH*, Slg. 1996, S. I-5063, Rdnr. 50 – *Denkavit II*.

22) *EuGH*, Slg. 1996, S. I-4845, Rdnr. 26 – *Dillenkofer*.

23) *EuGH*, Slg. 1999, S. I-3499, Rdnr. 51 ff. – *Rechberger*.

gliedstaat gefundene Auslegung einer Gemeinschaftsrechtsnorm vertretbar erscheint, etwa weil die Richtlinienbestimmung den Mitgliedstaaten einen weiten Umsetzungsspielraum belässt, ungenau ist oder die angestellten Überlegungen nicht offensichtlich von der Hand zu weisen sind.²⁴ Dieser Rechtsprechungsmaßstab spricht entscheidend dafür, dass bei einer legislativen Konditionierung des Resale – unter Gewährleistung der gebotenen regulatorischen Spielräume wie etwa auf Grund von Regelbeispielen – keine begründeten Risiken einer staatshaftungsrechtlichen Inanspruchnahme der Bundesrepublik Deutschland bestehen. Denn zumindest ist die hier begründete Auslegung von Art. 8 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 lit. d) Zugangsrichtlinie i.S.d. Rechtsprechung des *EuGH* nicht offensichtlich von der Hand zu weisen, wonach Resale-Verpflichtungen auf – von der Zugangsrichtlinie nicht näher definierte – „bestimmte“ Dienste begrenzt werden können und dem Mitgliedstaat ausdrücklich ein Umset-

zungsspielraum eingeräumt wird, die von der Regulierungsbehörde aufzuerlegenden Resale-Verpflichtungen im Einklang mit dem mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht zu konditionieren.

Die letzte Voraussetzung des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs, die rechtliche Kausalität zwischen Gemeinschaftsrechtsverstoß und Schaden, wird nicht mehr geprüft, da ein solcher Anspruch schon mangels hinreichend qualifiziertem Gemeinschaftsrechtsverstoß ausscheidet. Auch insoweit bestünden auf Grund der weiten diskretionären Spielräume allerdings erhebliche Zweifel an der Nachweisbarkeit konkreter Kausalitäten.

V. Fazit: Keine Gespenster!

Eine legislative Konditionierung des Resale unter Einsatz der Regelbeispieltechnik ist bei Gewährleistung der gebotenen Spielräume der Regulierungsbehörde mit der Zugangsrichtlinie vereinbar. Ein Staatshaftungsrisiko besteht nicht.

24) *EuGH*, Slg. 1996, S. I-1631, Rdnr. 43 – *British Telecommunications*.