

Zeitschrift für
Informations-,
Telekommunikations-
und Medienrecht

MMMR

MultiMedia und Recht

4/2006

HERAUSGEBER

Dietrich Beese, Geschäftsführer Corporate Affairs, O₂ Germany GmbH & Co oHG, München – **Dorothee Belz**, Director Legal & Corporate Affairs, Microsoft Deutschland GmbH, Unterschleißheim – **Dr. Michael Bertrams**, Präsident VerfGH und OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, Münster – **Prof. Dr. Herbert Burkert**, Forschungsstelle für Informationsrecht, Universität St. Gallen – RA **Prof. Dr. Oliver Castendyk**, Universität Potsdam/ Erich Pommer Institut, Potsdam – **Jürgen Doetz**, Präsident Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation e.V. (VPRT), Berlin/Präsident der Fernsehakademie Mitteldeutschland, Leipzig – **Prof. Dr. Carl-Eugen Eberle**, Justitiar ZDF, Mainz – **Dr. Peter Heinacher**, Leiter des Zentralbereichs Politische Interessenvertretung und Regulierungsgrundsätze, Deutsche Telekom, Bonn – **Prof. Dr. Reto M. Hilty**, Direktor am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München/Ordinarius an der Universität Zürich – **Prof. Dr. Thomas Hoeren**, Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Bernd Holznapel**, Direktor der Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Günter Knieps**, Direktor des Instituts für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik, Universität Freiburg – **Christopher Kuner J.D., LL.M.**, Attorney at Law, Hunton & Williams, Brüssel – **Matthias Kurth**, Präsident der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Bonn – **Prof. Dr. Bernhard Möschel**, Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi/Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität Tübingen – **Prof. Dr. Christoph Paulus**, Humboldt Universität zu Berlin – **Dr. Bernd Pill**, Leiter Recht und Regulierung Vodafone D2 GmbH, Düsseldorf – **Robert Queck**, Maître de Conférences, Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID), Universität Namur, Belgien – RA **Prof. Dr. Peter Raue**, Hogan & Hartson Raue L.L.P. Berlin – RA **Dr. Wolfgang von Reinersdorff**, Justitiar Verband Privater Kabelnetzbetreiber e.V. (AN-GA), Bonn/Heuking Kühn Lüer Wojtek, Frankfurt – **Prof. Dr. Alexander Roßnagel**, Universität GH Kassel/wissenschaftlicher Direktor des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR), Saarbrücken – RA **Prof. Dr. Joachim Scherer**, Döser Amereller Noack/Baker & McKenzie, Frankfurt a.M. – RA **Dr. Raimund Schütz**, Loschelder Rechtsanwälte, Köln – **Prof. Dr. Ulrich Sieber**, Direktor und Leiter der strafrechtlichen Abteilung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg / Honorarprofessor und Leiter des Rechtsinformatikzentrums an der Ludwig-Maximilians-Universität, München – **Prof. Dr. Gerald Spindler**, Universität Göttingen – **Prof. Dr. Eike Ullmann**, Vors. Richter des I. Zivilsenats am BGH, Karlsruhe

REDAKTION

Anke Zimmer-Helfrich, Chefredakteurin –
RA **Ain Ruth Schrödl**, Redakteurin –
Marianne Gerstmeyr, Redaktionsassistentin
Wilhelmstr. 9, 80801 München

EDITORIAL

EU-Zugangsrichtlinie: Verteidigt den Umsetzungsspielraum!

Die *EU-Kommission* wirft der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen eines laufenden Vertragsverletzungsverfahrens eine fehlerhafte Umsetzung von Art. 8 Abs. 1, 2 und 4 sowie von Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG (ZRL) vor. Nach Auffassung der *Kommission* überantwortet Art. 8 ZRL allein der nationalen Regulierungsbehörde – nicht aber dem Umsetzungsgesetzgeber – die Entscheidungsbefugnis darüber, welche der in Art. 9–13 ZRL genannten regulatorischen Vorabverpflichtungen sie Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht nach einer Marktanalyse auferlegt. Die *Kommission* wirft der Bundesrepublik Deutschland vor, dass die Vorschriften des TKG, mit denen Art. 8 Abs. 1, 2 und 4 ZRL umgesetzt werden, den Richtlinienvorgaben und Art. 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG (RRL) insoweit widersprechen, als das TKG selbst Anweisungen an die nationale Regulierungsbehörde enthalte, welche Maßnahmen in bestimmten Fällen zu treffen sind. Im Visier der *Kommission* sind die Vorschriften zum Standardangebot (§ 23 TKG) und zur Auswahl der Entgeltregulierungsinstrumente (§ 30 TKG).



Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE) ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Es entspricht einer grundrechtsbewehrten, die Justiziabilität gewährleistenden deutschen Gesetzgebungstradition, gesetzliche Ermessensvorstrukturierungen vorzunehmen: Alle wesentlichen grundrechtsbeschränkenden Entscheidungsgrundlagen sind vom Gesetzgeber selbst zu normieren („Wesentlichkeitstheorie“). Da auch das TKG die Richtlinienumsetzung nicht etwa in einem die mitgliedstaatliche Rechtsordnung negierenden autonomen EU-Rechtsraum vollzieht, sondern – wie es die Rechtsprechung des *EuGH* verlangt – in die ins-

besondere den subjektiven Rechtsschutz gewährleisten- den Mechanismen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung einpasst, finden sich im TKG vollkommen gemeinschaftsrechtskonform zahlreiche gesetzliche Ermessensvorstrukturierungen.

Ganz im Sinne der Rechtsprechung des *EuGH* schreibt Art. 4 Abs. 1 RRL den Mitgliedstaaten vor, sicherzustellen, dass gegenüber einer Entscheidung der Regulierungsbehörde dem Betroffenen ein wirksamer Rechtsbehelf zur Verfügung steht. Danach ist der mitgliedstaatliche Umsetzungsgesetzgeber gemeinschaftsrechtlich geradezu aufgefordert, in seiner Rechtsordnung die Erfordernisse einer effizienten Regulierung mit den Rechtsschutzbelangen der Betroffenen aktiv in Ausgleich zu bringen. Die der *Kommission* vorschwebende streng administrative Umsetzungslösung wäre jedenfalls im deutschen System des Verwaltungsrechtsschutzes nicht geeignet, einen solchen durch Art. 4 Abs. 1 RRL gebotenen Ausgleich herzustellen. Die Rechtmäßigkeit einer regulierungsbehördlichen Entscheidung ließe sich dann nämlich im Wesentlichen nur daran messen, ob die auferlegte Verpflichtung der Art des aufgetretenen Problems entspricht und im Hinblick auf die Ziele des Art. 8 RRL angemessen und gerechtfertigt ist und im erforderlichen Umfang auferlegt wurde. Dies sind Kriterien, deren Einhaltung nach deutschem Verfassungs- und Verwaltungsrecht ohnehin als Bestandteil des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geprüft werden muss. Eine bloße Verhältnismäßigkeitskontrolle würde aber weit hinter der, nämlich spezifischen verwaltungsrechtlichen Voraussetzungen folgenden, Ermessenskontrolle zurückbleiben. Sowohl die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe und die nach Art. 19 Abs. 4 GG nur sehr eingeschränkt zulässigen behördlichen Beurteilungsspielräume auf der Tatbestandsseite als auch Ermessensentscheidungen auf der Rechtsfolgenseite sind in der deutschen Verfassungs- und Rechtsordnung an gesetzlich besonders ausformende Voraussetzungen geknüpft. Diese vom *BVerfG* zunächst für Beurteilungsspielräume auf der Tatbestandsseite herausgearbeitete „normative Ermächtigungslehre“ tritt bei Ermessensentscheidungen auf der Rechtsfolgenseite im Gewand der „Wesentlichkeitstheorie“ auf den Gesetzgebungsplan. Der deutsche Gesetzgeber kommt dem nach, indem er der Behörde einen klar abgegrenzten Kreis möglicher Rechtsfolgen zur Verfügung stellt. Die Verwaltungsgerichte stärken dann gerade auf der Grundlage einer gesetzlichen Vorstrukturierung der Ermessensentscheidung

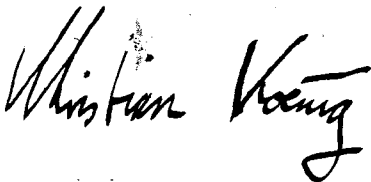
den effektiven Rechtsschutz. Dieser auch von Art. 4 Abs. 1 RRL intendierte effektive Rechtsschutz liefe aber bei einer rein administrativen Lösung weitgehend leer. Im Rahmen des deutschen Rechtsschutzgefüges wird auf der anderen Seite der gemeinschaftsrechtlich gebotene Entscheidungsspielraum der Regulierungsbehörde innerhalb des gesetzlich vorstrukturierten Entscheidungsprogramms vor einem weitergehenden Zugriff durch die Beschwerdestelle besser durch eine gesetzliche Ermessensstrukturierung als ohne eine solche gewahrt.

Auf den Fingernägeln brennt mir darüber hinaus die Grundsatzfrage, die weit über die Bedeutung des anhängigen Vertragsverletzungsverfahrens hinausgeht. Die Grundsatzfrage ist von fundamentaler Bedeutung für das Verfassungsverhältnis zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten:

Darf eine Richtlinie nach Art. 249 Abs. 3 EG überhaupt dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, der Legislative, kategorisch verbieten, der mitgliedstaatlichen Exekutive ihrerseits materiell gemeinschaftsrechtskonforme Ermessensausübungsleitlinien vorzugeben? Konkreter formuliert: Muss der mitgliedstaatliche Gesetzgeber die Entscheidung über die Auswahl aus den von Art. 9–13 ZRL erfassten regulatorischen Vorabverpflichtungen allein der nationalen Regulierungsbehörde überlassen?

Diese Fragen sind schon am sekundärrechtlichen Maßstab der Richtlinienauslegung klar und deutlich zu verneinen. Die hier gestellte europäische Verfassungsfrage bezieht sich dagegen auf den in vielen Sektoren zu beobachtenden schleichenden Prozess eines Bruchs mit dem „common sense“ der europäischen Integration. Wäre die Auffassung der *Kommission* zutreffend, so könnte sich der Gemeinschaftsgesetzgeber des Richtlinieninstruments bedienen, um in die durch die mitgliedstaatlichen Verfassungen vorgegebene binneninstitutionelle Gewaltenteilung, also in die durch die unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen geprägten „checks and balances“ zwischen Legislative und Exekutive einzugreifen. So abstrakt auf die Spitze getrieben ist dies ein primärrechtlich und integrationspolitisch ungeheuerlicher Vorgang, dem in Luxemburg sektorenübergreifend Einhalt geboten werden sollte. Deshalb plädiere ich im laufenden TK-Vertragsverletzungsverfahren für einen ritterlichen Rechtskampf mit offenem Verfassungsvisier vor dem *EuGH*. Davor zu kneifen hieße, den Integrationskonflikt auf später zu verschieben!

Bonn, im April 2006



Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

■ **Anm. d. Red.:** In MMR 6/2006 wird ein Beitrag von *Koenig/Neumann/Senger* veröffentlicht werden, der sich schwerpunktmäßig mit den Einzelheiten der erhobenen Verletzungsvorwürfe der *Kommission* und der sekundärrechtlichen Richtlinienauslegung befassen wird: