

RECHTSGUTACHTEN

NUTZUNG VON MOBILFUNKNETZEN IM EU-AUSLAND

10.10.2008

Vorschlag KOM(2008) 580 vom 23. September 2008 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 717/2007 über das **Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft** und der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste

1. Kompetenz

a) Art. 95 EGV (Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Verwirklichung des Binnenmarktes)

Die Kommission stützt sich auf die Binnenmarktkompetenz der Gemeinschaft aus Artikel 95 EGV. Eine Begründung für die Eröffnung dieses Kompetenzbereichs bleibt sie indes schuldig: Sie führt allein den grenzüberschreitenden Bezug an, ohne die erforderliche Betroffenheit des Binnenmarktes zu belegen.

Die Voraussetzungen des Artikels 95 EGV liegen in Wirklichkeit nicht vor. Die EU besitzt keine Kompetenz für den Erlass einer Roaming-Verordnung, und folglich auch nicht zum Erlass einer Verordnung, die diese ändern soll.

Damit die EU Maßnahmen „zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“ (Art. 95 EGV), ergreifen dürfte, müssten (1) unterschiedliche Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bestehen und angeglichen werden sowie (2) die vorgesehenen Maßnahmen (a) tatsächlich einen Binnenmarktbezug aufweisen (objektive Komponente) und (b) das Funktionieren des Binnenmarktes zum Ziel haben (subjektive Komponente) (EuGH, Rs. C-376/98, Urteil vom 05. Oktober 2000, Rz. 84; Rs. C-491/01, Urteil vom 10. Dezember 2002, Rz. 60; Herrfeld in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 95 EGV Rn. 7). Ausnahmsweise und unter strengen Voraussetzungen können im Rahmen von Artikel 95 EGV auch (3) bestimmte präventive Maßnahmen zulässig sein (Herrfeld in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 95 EGV Rn. 22). Wenn keine der genannten Voraussetzungen – entweder (1) und (2) oder ausnahmsweise (3) und (2) – erfüllt sind, kann eine Maßnahme nicht auf Artikel 95 EGV gestützt werden (EuGH, Rs. C-376/98, Urteil vom 05. Oktober 2000, Rz. 83 ff.).

(1) Zur Begründung der Binnenmarktkompetenz aus Art. 95 EGV müssten unterschiedliche mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften existieren, denn auf deren Angleichung stellt Artikel 95 EGV gerade ab (Fischer in: Lenz/Borchardt, EU-/EG-Vertrag, Art. 95 EGV Rn. 13). Schon an dieser Voraussetzung fehlt es aber, denn es existieren keine nationalen Rechtsvorschriften zum Auslandsroaming. Gemäß Art. 8 und 16 der EU-Rahmenrichtlinie 2002/21/EG haben die nationalen Regulierungsbehörden die Regulierungsziele des EU-Rechtsrahmens umzusetzen, indem sie nach Abschluss eines Marktanalyseverfahrens Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gegebenenfalls Regulierungsverpflichtungen auferlegen. Dies geschieht aber im Wege von Verwaltungsakten, also Einzelentscheidungen, nicht im Wege von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften. Wenn aber in den Mitgliedstaaten keine Rechtsvorschriften bestehen, können diese auch nicht miteinander kollidieren, also auch keine Hemmnisse bei der Verwirklichung des Binnenmarktes hervorrufen, und damit keine Harmonisierung erforderlich machen oder rechtfertigen.

(2) Die vorgesehenen Maßnahmen erfüllen auch im Übrigen nicht die Anforderungen des Artikels 95 EGV.

(a) Schon ein objektiver Binnenmarktbezug liegt nicht vor. Er wäre nur dann gegeben, wenn entweder Hemmnisse bei der Verwirklichung der Grundfreiheiten (vgl. dazu Tietje in: Grabitz/Hilf, Recht der EU, Art. 95 EGV Rn. 28 f.) oder bestehende oder drohende spürbare Wettbewerbsverzerrungen (vgl. dazu EuGH, Rs. C-376/98, Urteil vom 05. Oktober 2000, Rz. 106 ff.) vorlägen, welche durch die Maßnahmen beseitigt

würden (Fischer in: Lenz/Borchardt, EU-/EG-Vertrag, Art. 95 EGV Rn. 4, 23). Dies ist bei der vorgeschlagenen Verordnung nicht der Fall.

(aa) Es liegen keine Hemmnisse der Verwirklichung der Grundfreiheiten vor. Auf Endkundenebene kommen solche Hemmnisse schon deshalb nicht in Betracht, da es an diskriminierungsfähigen Vertragsverhältnissen zwischen dem nationalen Endkunden und dem ausländischen Netzbetreiber, der die Leistung erbringt, fehlt. In Betracht käme höchstens eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit auf Großkundenebene.

Eine solche findet aber deshalb nicht statt, weil jeder Anbieter in der Wahl seiner ausländischen Vertragspartner frei und weder durch rechtliche noch durch tatsächliche Hindernisse eingeschränkt ist.

(bb) Auch mit bestehenden oder drohenden spürbaren Wettbewerbsverzerrungen lässt sich ein Binnenmarktbezug nicht begründen – weder auf Großkundenebene noch auf Endkundenebene.

Allein von den hohen Roamingpreisen kann nicht auf eine Wettbewerbsverzerrung geschlossen werden; vielmehr sind die Preisstrukturen am Markt entstanden. Wettbewerbsverzerrungen auf Großkundenebene könnten einzig von unterschiedlichen nationalen Rechtsvorschriften herrühren; solche existieren aber gerade nicht.

Auch auf Endkundenebene liegen keine Wettbewerbsverzerrungen vor. Insbesondere lässt sich nicht argumentieren, dass eine Benachteiligung des ausländischen Endkunden gegenüber dem nationalen Endkunden darin liege, dass der Ausländer für das Gespräch zu einer nationalen Rufnummer erheblich mehr bezahlt als der nationale Endkunde für dasselbe Gespräch. Denn dieser Ungleichbehandlung liegt keine rechtliche Beschränkung zugrunde. Im Gegenteil wird der ausländische Endkunde durch keinerlei nationale Rechtsvorschriften daran gehindert, einen Vertrag mit einem nationalen Netzbetreiber zu schließen oder die Prepaid-Möglichkeit zu nutzen und so zu den gleichen Konditionen und Preisen wie der nationale Endkunde zu telefonieren. Der Endkunde ist in seiner individuellen Freiheitsausübung nicht eingeschränkt. Eine spürbare Wettbewerbsverzerrung, die Voraussetzung für ein Eingreifen nach Art. 95 EGV wäre, besteht deshalb nicht.

(b) Auf das Vorliegen der Zielsetzung „Binnenmarktharmonisierung“ (subjektive Komponente) kommt es nicht an, da die Maßnahmen schon tatsächlich nicht der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen (s. oben).

(3) Ausnahmsweise wären, wenn keine mitgliedstaatlichen Vorschriften bestehen, EU-Maßnahmen zulässig, wenn aufgrund einer Prognose Hemmnisse bei der Verwirklichung der Grundfreiheiten bzw. spürbare Wettbewerbsverzerrungen bei heterogener Rechtsentwicklung nicht nur möglich, sondern wahrscheinlich sind (EuGH, Rs. C-376/98, Urteil vom 05. Oktober 2000, Rz. 86; Rs. C-491/01, Urteil vom 10. Dezember 2002, Rz. 61; Fischer in: Lenz/Borchardt, EU-/EG-Vertrag, Art. 95 EGV Rn. 13). Auf die Notwendigkeit einer solchen präventiven Rechtsangleichung beruft sich die Kommission in ihrem Vorschlag aber nicht; im übrigen würde auch diese Voraussetzung nicht vorliegen, da zum Zeitpunkt des Kommissionsvorschlags keine mitgliedstaatlichen Maßnahmen bevorstanden.

Eine allgemeine – über die dargelegten Umstände hinausgehende – Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes eröffnet Art. 95 EGV nicht, wie der Europäische Gerichtshof mehrfach deutlich gemacht hat (z. B. EuGH, Rs. C-376/98, Urteil vom 05. Oktober 2000, Rz. 83; Fischer in: Lenz/Borchardt, EU-/EG-Vertrag, Art. 95 EGV Rn. 18; Tietje in: Grabitz/Hilf, Recht der EU, Art. 95 EGV Rn. 26).

Die EU besitzt somit aus Art. 95 EGV keine Kompetenz für die vorgelegte Roaming-Verordnung.

b) Art. 153 Abs. 3 lit. b EGV (Verbraucherschutz)

Entgegen der offiziellen Begründung ist allein der Verbraucherschutz Ziel der Maßnahme. Damit die EU auf dem Gebiet der Auslandsroamingdienste auf der Basis von Art. 153 Abs. 3 lit. b EGV legislativ tätig werden dürfte, müsste es einschlägige Politikansätze der Mitgliedstaaten geben, die durch EU-Handeln zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher „unterstützt“ oder „ergänzt“ werden könnten (vgl. Pfeiffer, in: Grabitz/Hilf, Recht der EU, Art. 153 Rn. 35). Solche Politiken sind aber nicht ersichtlich.

Auch Art. 153 Abs. 3 lit. b EGV liefert damit keine Rechtsgrundlage für den Erlass der Verordnung.

2. Subsidiarität

Da es bereits an einer EU-Kompetenz fehlt, stellt sich die Frage nach einer Verletzung des Subsidiaritätsgrundsatzes, das eine Kompetenzausübungsregel darstellt, nur hilfsweise. Nach Art. 5 Abs. 2 EGV darf die Gemeinschaft nur tätig werden, sofern und soweit die jeweiligen Ziele durch die Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können. Dass eine Senkung der Roamingentgelte nicht ausreichend durch die Mitgliedstaaten erreicht werden kann, wird jedoch in keiner Weise glaubhaft gemacht. Im Übrigen weist das EU-Sekundärrecht ausdrücklich den nationalen Behörden die Zuständigkeit für die Regulierung der Telekommunikation zu und bindet sie zu diesem Zweck an die Durchführung eines bestimmten Marktanalyseverfahrens (Art. 3, 8 und 16 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG). Zwar ist nicht einmal mehr der Vorleistungsmarkt für internationale Roamingdienste Gegenstand der aktuellen Märkteempfehlung 2007/879/EG vom 17. Dezember 2007. Der Wegfall dieses Marktes aus der Auflistung der für Regulierungsmaßnahmen relevanten Märkte ist aber nicht gleichbedeutend mit einem Übergang der einschlägigen Regulierungszuständigkeit auf die EU. Im Gegenteil: Die Märkteempfehlung gibt lediglich der Einschätzung der EU-Kommission Ausdruck, welche Märkte als potentiell regulierungsbedürftig anzusehen sind. Sie vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass die Märkte für internationale Roamingdienste wie die übrigen Märkte für elektronische Kommunikation auch in die Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörden fallen.

Für ein regulierendes Eingreifen der EU gibt es folglich auch unter Subsidiaritätsgesichtspunkten keine Rechtfertigung.

3. Verhältnismäßigkeit

Ungeachtet der Kompetenz- und Subsidiaritätsfrage widerspricht der Inhalt der Verordnung dem ebenfalls in Art. 5 EGV verankerten Verhältnismäßigkeitgrundsatz. Danach ist von mehreren geeigneten Mitteln das mildeste auszuwählen (EuGH, Rs. C-189/01 Urteil vom 12. Juli 2001, Rz. 81). Zwar lässt sich über verbindliche Preisobergrenzen das gesetzte Ziel erreichen, die Verbraucher von als zu hoch empfundenen Preisen zu entlasten. In Gestalt von Preisdiktaten wird jedoch ein Mittel gewählt, das einen krassen Eingriff in die unternehmerische Handlungsfreiheit darstellt. Dass die Verordnung nur Höchstwerte festlegt, kann an dieser Einschätzung nichts ändern, weil die Intensität des Wettbewerbs unterhalb der vorgegebenen Höchstwerte, die laufend weiter sinken, notwendig gering ist. Demgegenüber stellte eine Verpflichtung, den roamenden Kunden vor jeder Nutzung von Mobilfunknetzen im EU-Ausland die geltenden Tarife bekannt zu geben, einen weniger intensiven Eingriff dar. Er wäre aber ausreichend, um die Endkunden in die Lage zu versetzen, selbst zu beurteilen, ob sie Mobilfunkdienste im EU-Ausland zu den nunmehr bekannten Tarifen nutzen wollen. Ein obligatorischer Hinweis auf die geltenden Tarife könnte Unternehmen auch dazu veranlassen, der Nachfrage entsprechende Tarife für Auslandsroamingdienste zu entwickeln.

Da die Festlegung von verbindlichen Preisobergrenzen nicht erforderlich ist, um die Ziele der Verordnung zu erreichen, verstößt die Verordnung auch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Verfasser: Verena Güßregen; Klaus-Dieter Sohn; Dr. Dieter Wolfram.

Zitierte Literatur:

Lenz, Carl Otto; Borchardt (Hrsg.): „EU- und EG-Vertrag“, 3. Auflage 2003
Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard (Hrsg.): „Das Recht der Europäischen Union“, Band II EUV/EGV, Stand: Juni 2006 [Loseblattsammlung]
Schwarze, Jürgen (Hrsg.): „EU-Kommentar“, 1. Auflage 2000