

URTEIL DES GERICHTSHOFES
26. März 1996 *

In der Rechtssache C-392/93

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 177 EWG-Vertrag vom High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

The Queen

gegen

H. M. Treasury,

ex parte: **British Telecommunications plc**

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung von Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 297, S. 1)

erläßt

* Verfahrenssprache: Englisch.

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten G. C. Rodríguez Iglesias, der Kammerpräsidenten C. N. Kakouris, D. A. O. Edward und J.-P. Puissechet sowie der Richter G. F. Mancini, F. A. Schockweiler, J. C. Moitinho de Almeida (Berichterstatter), C. Gulmann und J. L. Murray,

Generalanwalt: G. Tesaurò

Kanzler: L. Hewlett, Verwaltungsrätin

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

- der British Telecommunications plc, vertreten durch G. Barling, QC, sowie Barristers T. Sharpe und H. Davies, beauftragt von Solicitor und Chief Legal adviser C. Green,
- der Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch Assistant Treasury Solicitor J. Collins als Bevollmächtigten und J. Beloff, QC,
- der französischen Regierung, vertreten durch H. Duchène, Sekretär für auswärtige Angelegenheiten im Außenministerium, und C. de Salins, Beraterin für Auswärtige Angelegenheiten im Außenministerium, als Bevollmächtigte,
- der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Rechtsberater H. van Lier und D. McIntyre, zum Juristischen Dienst entsandter nationaler Beamter, als Bevollmächtigte,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der British Telecommunications plc, vertreten durch G. Barling, T. Sharpe und H. Davies, der Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch J. Collins, K. P. E. Lasok, QC, und Barrister

S. Richards, der deutschen Regierung, vertreten durch Ministerialrat E. Röder, Bundesministerium für Wirtschaft, als Bevollmächtigten, der italienischen Regierung, vertreten durch Avvocato dello Stato I. Braguglia, sowie der Kommission, vertreten durch H. van Lier und D. McIntyre, in der Sitzung vom 26. Oktober 1994,

nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 28. November 1995,

folgendes

Urteil

- 1 Der High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court (im folgenden: Divisional Court), hat mit Beschluß vom 28. Juli 1993, beim Gerichtshof eingegangen am 23. August 1993, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag vier Fragen nach der Auslegung von Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 297, S. 1, im folgenden: Richtlinie) zur Vorabentscheidung vorgelegt.
- 2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit der British Telecommunications plc (im folgenden: BT) gegen die Regierung des Vereinigten Königreichs wegen Nichtigerklärung des Anhangs 2 der Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992 (im folgenden: Regulations 1992), durch die Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie durchgeführt wurde.
- 3 Nach Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe d der Richtlinie gehört zu den unter diese Richtlinie fallenden Tätigkeiten namentlich „die Bereitstellung oder das Betreiben von öffentlichen Telekommunikationsnetzen oder das Angebot von einem oder mehreren öffentlichen Telekommunikationsdiensten“.

- 4 Nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b gilt die Richtlinie für Auftraggeber, die „wenn sie nicht staatliche Behörden oder öffentliche Unternehmen sind, als eine ihrer Tätigkeiten eine Tätigkeit im Sinne des Absatzes 2 oder verschiedene dieser Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben, die von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats gewährt wurden“. In Artikel 2 Absatz 3 Buchstabe a heißt es ferner, daß ein Auftraggeber eine Tätigkeit insbesondere dann auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten im Sinne des Absatzes 1 Buchstabe b ausübt, wenn er „zum Bau eines Netzes oder anderer in Absatz 2 beschriebener Einrichtungen durch ein Enteignungsverfahren oder Gebrauchsrechte begünstigt werden kann oder Einrichtungen auf, unter oder über dem öffentlichen Wegenetz anbringen darf“.
- 5 Nach Artikel 2 Absatz 6 erfüllen „die in den Anhängen I bis X bezeichneten Auftraggeber ... die vorgenannten Kriterien“. In Anhang X, der die „Auftraggeber im Bereich der Telekommunikation“ betrifft, sind für das Vereinigte Königreich namentlich BT, die Mercury Communications Ltd (im folgenden: Mercury) und die City of Kingston upon Hull (im folgenden: Hull) aufgeführt.
- 6 Artikel 8 der Richtlinie bestimmt:

„(1) Diese Richtlinie gilt nicht für Aufträge, die die Auftraggeber ... für Einkäufe ausschließlich in Verbindung mit einem oder mehreren Telekommunikationsdiensten vergeben, soweit andere Unternehmen die Möglichkeit haben, diese Dienste in demselben geographischen Gebiet und unter im wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten.

(2) Die Auftraggeber teilen der Kommission auf deren Antrag alle Dienstleistungen mit, die ihres Erachtens unter die Ausnahmeregelung nach Absatz 1 fallen. Die Kommission kann in regelmäßigen Abständen informationshalber im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* Listen der Dienstleistungen veröffentlichen, die ihres Erachtens unter die Ausnahmeregelung fallen. Hierbei wahrt sie die Vertraulichkeit der in geschäftlicher Hinsicht empfindlichen Angaben, soweit die Auftraggeber dies bei der Übermittlung der Informationen geltend machen.“

7 Schließlich bestimmt Artikel 33 Absatz 1 Buchstabe d:

„(1) Die Auftraggeber bewahren sachdienliche Unterlagen über jede Auftragsvergabe auf, die es ihnen zu einem späteren Zeitpunkt ermöglichen, die Entscheidungen zu begründen über

...

d) die Nichtanwendung der Bestimmungen der Abschnitte II, III und IV gemäß den in Abschnitt I vorgesehenen Abweichungsmöglichkeiten.“

8 Im Vereinigten Königreich wurde Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie durch Regulation 7 (1) der Regulations 1992 durchgeführt. Diese lautet:

„Diese Regulations finden keine Anwendung, wenn ein in Anhang 2 genanntes Versorgungsunternehmen Angebote für einen Vertrag einholt, dessen ausschließlicher Zweck darin besteht, ihm die Bereitstellung einer oder mehrerer der öffentlichen Telekommunikationsdienste zu ermöglichen, die in dem Teil des Anhangs 2, in dem das Versorgungsunternehmen genannt ist, aufgeführt sind.“

9 In Teil B des genannten Anhangs 2 heißt es:

„British Telecommunications plc Kingston Communications (Hull) plc

2. Alle öffentlichen Telekommunikationsdienste mit Ausnahme der folgenden Dienste, wenn sie innerhalb des geographischen Gebiets angeboten werden, für das der Anbieter als Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsdienstes zugelassen ist: Grunddienste des Sprechtelefons, Grunddienste der Datenübermittlung, Verpachtung von Netzen an Privatpersonen sowie Bereitstellung von Diensten auf See“.

10 Regulation 7 (2) bestimmt:

„Die in Anhang 2 aufgeführten Versorgungsunternehmen sind verpflichtet, dem Minister auf Verlangen einen Bericht zur Weiterleitung an die Kommission vorzulegen, in dem sie angeben, welche der von ihnen bereitgestellten öffentlichen Telekommunikationsdienste sie als Dienste ansehen, die in dem Teil des Anhangs 2, in dem das Versorgungsunternehmen genannt ist, aufgeführt sind.“

11 BT ist eine am 1. April 1984 durch den British Telecommunications Act 1984 gegründete Aktiengesellschaft. Nach diesem Gesetz wurden Eigentum, Ansprüche und Verbindlichkeiten der früheren öffentlich-rechtlichen Körperschaft „British Telecommunications“ auf sie übertragen. Nach dem British Telecommunications Act 1981 war die British Telecommunications ihrerseits Nachfolgerin des Post Office, das bis dahin das Monopol für den Betrieb der Telekommunikationssysteme fast im gesamten Hoheitsgebiet besaß.

12 Im Bereich der Telekommunikationsdienste mittels fester Verbindungen (wozu das Sprechtelefon mit festen Endstellen gehört) erteilte die Regierung des Vereinigten Königreichs BT und Mercury aufgrund des Telekommunikationsgesetzes von 1984 die erforderlichen Zulassungen. Durch dieses Gesetz wurde auch die Verbin-

derung der beiden Netze angeordnet, um mehr Wettbewerb zu gewährleisten. Auf diese Weise erhielten BT und Mercury das ausschließliche Recht zum Erbringen von Telekommunikationsdiensten mittels fester Verbindungen bis 1990 (Duopol-Periode).

- 13 Die Duopol-Politik in diesem Sektor wurde Anfang der 90er Jahre aufgegeben. Die Regierung des Vereinigten Königreichs erteilte zahlreiche Zulassungen. Gleichwohl kontrollierte BT 1992 noch 90 % des Telefondienstes, während Mercury 7 % und die neuen Leistungserbringer nur 3 % kontrollierten. Zwischen 1984 und Juli 1993 verkaufte die Regierung nach und nach ihren Aktienbesitz am Kapital der BT.
- 14 Die BT für 25 Jahre erteilte Zulassung enthält die Verpflichtung, Sprechtelefondienste im gesamten Vereinigten Königreich mit einigen Ausnahmen jedem zu erbringen, der sie beantragt, selbst wenn die Nachfrage nicht ausreicht, um die entstandenen Kosten zu decken (allgemeine Kontrahierungspflicht bei der Erbringung von Dienstleistungen). Von den Zulassungsinhabern unterliegt allein BT einer Regelung betreffend Änderungen ihrer Preise („price cap“).
- 15 Die Regulations 1992 nahmen durch die Art und Weise, wie sie Artikel 8 der Richtlinie umsetzten, fast alle in diesem Sektor tätigen Betreiber, einschließlich Mercury, hinsichtlich der Aufträge für die Erbringung von Telekommunikationsdiensten von der Verpflichtung zur Befolgung der Richtlinie aus. Allein BT (sowie Hull für das Gebiet, für das sie die Zulassung besitzt) unterliegen weiter den Bestimmungen der Richtlinie, jedoch nur für die Grunddienste des Sprechtelefons, die Grunddienste der Datenübermittlung, die Verpachtung von Netzen an Privatpersonen und die Bereitstellung von Diensten auf See.
- 16 BT begehrt mit der Klage, die sie beim Divisional Court erhoben hat, die Nichtigerklärung des Anhangs 2 der Regulations 1992 mit der Begründung, Regulation 7 (1) und dieser Anhang stellten eine fehlerhafte Durchführung des Artikels 8 der Richtlinie dar. Die Regierung des Vereinigten Königreichs hätte die in Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie enthaltenen Kriterien umsetzen müssen, statt sie anzuwenden. Die Regierung des Vereinigten Königreichs habe BT dadurch, daß sie für

jeden Auftraggeber bestimmt habe, welche der erbrachten Dienstleistungen diesen Kriterien entsprächen, die ihr von der Richtlinie verliehene Entscheidungsbefugnis genommen.

- 17 BT begehrt außerdem Ersatz des Schadens, den sie aufgrund der fehlerhaften Umsetzung der Richtlinie erlitten zu haben behauptet, nämlich der zusätzlichen Kosten, die sie habe aufwenden müssen, um den Regulations 1992 nachzukommen. Diese Kosten hätten sie im übrigen daran gehindert, gewinnbringende Geschäfte zu tätigen, und hätten wegen der — den anderen Wirtschaftsteilnehmern des Sektors nicht obliegenden — Verpflichtung, ihre Vorhaben betreffend Lieferaufträge und -verträge im *Amtsblatt* zu veröffentlichen, kaufmännische und wettbewerbsmäßige Nachteile mit sich gebracht.
- 18 Der Divisional Court hat beschlossen, das durch die Klage der BT eingeleitete Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:
1. Ist die Richtlinie 90/531 des Rates dahin auszulegen, daß es in den einem Mitgliedstaat nach Artikel 189 EWG-Vertrag zustehenden Gestaltungsspielraum fällt, bei der Umsetzung des Artikels 8 Absatz 1 der Richtlinie selbst die vom jeweiligen Auftraggeber bereitgestellten Telekommunikationsdienste zu bezeichnen, für die die in diesem Artikel enthaltene Ausnahme gilt bzw. nicht gilt?
 2. a) Bezieht sich die Wendung „soweit andere Unternehmen die Möglichkeit haben, diese Dienste in demselben geographischen Gebiet und unter im wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten“ in Artikel 8 Absatz 1 nur auf eine „Möglichkeit“ und auf „Bedingungen“ im rechtlichen Sinne?

b) Wenn Frage 2 a) verneint wird:

- i) auf welche anderen Umstände bezieht sich diese Wendung;

 - ii) ist die Stellung eines Auftraggebers auf dem Markt für einen bestimmten Telekommunikationsdienst als ein solcher Umstand erheblich;

 - iii) wenn die Stellung des Auftraggebers erheblich ist, in welcher Weise ist sie dies und unter welchen Umständen kann sie entscheidend sein?
- c) Hängen die Antworten auf die Fragen b, ii und iii von dem Umstand ab — wenn ja, wie —, daß für das Unternehmen gesetzliche Auflagen gelten?

3. Wenn Frage 1 bejaht wird:

- a) Wie hat im Falle eines Rechtsstreits zwischen einem Auftraggeber und den mit der Durchführung des Artikels 8 Absatz 1 befaßten nationalen Behörden das mit dem Rechtsstreit befaßte nationale Gericht zu gewährleisten, daß die Kriterien der Ausnahme in Artikel 8 Absatz 1 ordnungsgemäß angewandt werden; hat es insbesondere seine eigene Beurteilung der Anwendung der Ausnahme in Artikel 8 Absatz 1 an die Stelle derjenigen Beurteilung zu setzen, zu denen die mit der Durchführung des Artikels 8 Absatz 1 befaßten nationalen Behörden gelangt sind;

- b) wenn das nationale Gericht zu dem Ergebnis kommt, daß es dem Auftraggeber unmöglich ist, anhand der von den mit der Durchführung des Artikels 8 Absatz 1 befaßten nationalen Behörden festgelegten Definitionen bestimmter Telekommunikationsdienste festzustellen, ob ein bestimmter Dienst unter die Ausnahme fällt, liegt dann ein Verstoß gegen die Richtlinie 90/531/EWG oder gegen einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, insbesondere gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit, vor;

- c) darf ein Mitgliedstaat bestimmte Telekommunikationsdienste statt anhand von Merkmalen des Dienstes selbst anhand von Merkmalen definieren, die sich auf die bei der Erbringung des Dienstes benutzten technischen Mittel beziehen?
4. Ist ein Mitgliedstaat, der Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie 90/531/EWG des Rates fehlerhaft umgesetzt hat, aufgrund des Gemeinschaftsrechts verpflichtet, dem Auftraggeber den ihm durch diesen Fehler entstandenen Schaden zu ersetzen; welche Voraussetzungen müssen bejahendenfalls für eine solche Haftung erfüllt sein?

Die erste Frage

- 19 Die erste Frage des Divisional Court geht dahin, ob ein Mitgliedstaat bei der Umsetzung der Richtlinie bestimmen kann, welche Telekommunikationsdienste gemäß Artikel 8 Absatz 1 vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen sind, oder ob dies Sache der Auftraggeber selbst ist.
- 20 Nach Auffassung der deutschen, der französischen und der italienischen Regierung sowie der Regierung des Vereinigten Königreichs hindert die Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht daran, die von den Auftraggebern erbrachten Telekommunikationsdienste zu bezeichnen, die unter die Ausnahmeregelung des Artikels 8 Absatz 1 fallen. Auf diese Weise verdeutlichten sie den Inhalt dieser Vorschrift und ermöglichten eine gerichtliche Kontrolle, die es andernfalls nicht gäbe.
- 21 Die deutsche Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs sind darüber hinaus der Meinung, daß sich eine solche Durchführung des Artikels 8 Absatz 1 besonders dann als nötig erweisen könne, wenn — wie im vorliegenden Fall — zwischen einem Mitgliedstaat und einem Auftraggeber Meinungsverschie-

denheiten über die Bestimmung des Geltungsbereichs der Ausnahme bestünden. Nach Ansicht der deutschen Regierung können die Mitgliedstaaten viel besser als die Kommission beurteilen, ob auf dem Telekommunikationsmarkt für einen bestimmten Dienst Wettbewerb herrsche; eine Konkretisierung des Artikels 8 Absatz 1 durch die Mitgliedstaaten ermögliche deshalb eine wirksamere Kontrolle, als sie von der Kommission aufgrund der ihr gemäß Artikel 8 Absatz 2 erteilten Informationen ausgeübt werde.

22 Schließlich weist die deutsche Regierung besonders darauf hin, daß sich aus den Artikeln 8 Absatz 2 und 33 Absatz 1 Buchstabe d nicht ergebe, daß nur die Auftraggeber die Dienstleistungen, die als ausgenommen anzusehen seien, bestimmen könnten. Den Mitgliedstaaten könne nämlich die Befugnis, den Geltungsbereich der in Artikel 8 Absatz 1 vorgesehenen Ausnahme selbst zu bestimmen, nicht deshalb abgesprochen werden, weil die Auftraggeber aufgrund dieser Vorschriften verpflichtet seien, der Kommission die unter die Ausnahmeregelung fallenden Dienstleistungen mitzuteilen und sachdienliche Unterlagen über jede Auftragsvergabe aufzubewahren, die es ihnen zu einem späteren Zeitpunkt ermöglichten, die Entscheidungen über die Nichtanwendung der Bestimmungen der Abschnitte II, III und IV der Richtlinie zu begründen.

23 Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden.

24 Artikel 8 Absatz 2 wie im übrigen auch die Artikel 6 Absatz 3 und 7 Absatz 2 der Richtlinie bestimmen, daß die Auftraggeber der Kommission auf deren Antrag alle Dienstleistungen mitteilen, die ihres Erachtens unter die Ausnahmeregelung nach den genannten Artikeln fallen. Wäre es Sache der Mitgliedstaaten, die fraglichen Dienstleistungen zu bestimmen, so müßten die auf diese Weise von der Geltung der Richtlinie ausgenommenen Dienstleistungen ebenfalls von diesen Mitgliedstaaten der Kommission bekanntgegeben werden, damit diese die ihr in diesen Vorschriften zugewiesene Aufgabe erfüllen kann.

25 Da die Richtlinie insoweit — anders als in Artikel 3 Absatz 4 — keine solche Verpflichtung der Mitgliedstaaten vorgesehen hat, ist es allein Sache der Auftraggeber, die unter die Ausnahmeregelung des Artikels 8 Absatz 1 fallenden Dienstleistungen zu bestimmen.

- 26 Diese Auslegung findet eine Bestätigung in der Zielsetzung der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 76, S. 14), die darin besteht, den Lieferanten oder Unternehmen im Falle von Verstößen gegen das die Auftragsvergabe betreffende Gemeinschaftsrecht angemessene Nachprüfungsverfahren zur Verfügung zu stellen (fünfte Begründungserwägung der Richtlinie 92/13).
- 27 Wäre nämlich die Entscheidung über den Ausschluß bestimmter Dienstleistungen von der Geltung der Richtlinie Sache der Mitgliedstaaten, so wäre es den Wirtschaftsteilnehmern nicht möglich, die in der Richtlinie 92/13 für den Fall von Verstößen der Auftraggeber gegen die Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe vorgesehenen Rechte wahrzunehmen, namentlich den Anspruch auf Schadensersatz und auf Anwendung der Zwangsmaßnahmen, die Artikel 2 Absatz 1 vorsieht, um Rechtsverstößen vorzubeugen oder diese zu beseitigen.
- 28 Schließlich ermöglicht es diese Auslegung, die Gleichbehandlung der Auftraggeber und ihrer Lieferanten sicherzustellen, die auf diese Weise denselben Regeln unterliegen.
- 29 Deshalb ist auf die erste Frage zu antworten, daß ein Mitgliedstaat bei der Umsetzung der Richtlinie nicht bestimmen darf, welche Telekommunikationsdienste nach Artikel 8 Absatz 1 vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen sind, und daß die Befugnis dazu den Auftraggebern selbst zusteht.

Die zweite Frage

- 30 Die zweite Frage des Divisional Court geht dahin, ob die in Artikel 8 Absatz 1 aufgestellte Voraussetzung, daß „andere Unternehmen die Möglichkeit haben,

diese Dienste in demselben geographischen Gebiet und unter im wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten“, nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen ist. Für den letzteren Fall fragt das vorlegende Gericht, welche Umstände bei der Prüfung, ob auf dem Telekommunikationsmarkt für eine bestimmte Dienstleistung tatsächlich Wettbewerb herrscht, zu berücksichtigen sind.

- 31 BT führt aus, die in Artikel 8 Absatz 1 enthaltene Voraussetzung sei erfüllt, wenn Rechts- und Verwaltungsvorschriften den freien Wettbewerb in dem betreffenden Sektor rechtlich gewährleisteten, ohne daß geprüft zu werden brauchte, ob ein solcher Wettbewerb tatsächlich bestehe.
- 32 Wortlaut und Zielsetzung des Artikels 8 Absatz 1 stehen dieser Auslegung entgegen. Die Voraussetzung, daß die anderen Auftraggeber dieselben Dienste unter im wesentlichen gleichen Bedingungen anbieten können, ist nämlich in Artikel 8 Absatz 1 allgemein formuliert. Zudem heißt es in der dreizehnten Begründungserwägung der Richtlinie, daß die Tätigkeiten der Auftraggeber nur dann vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden können, wenn sie „auf Märkten ohne Zugangsbeschränkungen unmittelbar dem Wettbewerb unterliegen“.
- 33 Die in Artikel 8 Absatz 1 aufgestellte Voraussetzung ist somit dahin auszulegen, daß die anderen Auftraggeber nicht nur berechtigt sein müssen, auf dem von Zugangsbeschränkungen freien Markt der fraglichen Dienste tätig zu werden, sondern daß sie auch wirklich in der Lage sein müssen, diese Dienste zu den gleichen Bedingungen anzubieten wie der Auftraggeber.
- 34 Unter diesen Umständen muß die Entscheidung, bestimmte Dienste vom Geltungsbereich der Richtlinie auszunehmen, für jeden Einzelfall getroffen werden, wobei namentlich alle Merkmale dieser Dienste, das Vorhandensein von Ersatzdiensten, die Preisbedingungen, die beherrschende Stellung des Auftraggebers auf dem Markt sowie eventuell bestehende gesetzliche Auflagen zu berücksichtigen sind.

- 35 Die zweite Frage ist somit dahin zu beantworten, daß die in Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie aufgestellte Voraussetzung, daß „andere Unternehmen die Möglichkeiten haben, diese Dienste in demselben geographischen Gebiet und unter im wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten“, in rechtlicher und in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen ist, wobei namentlich alle Merkmale dieser Dienste, das Vorhandensein von Ersatzdiensten, die Preisbedingungen, die beherrschende Stellung des Auftraggebers auf dem Markt sowie eventuell bestehende gesetzliche Auflagen zu berücksichtigen sind.

Die dritte Frage

- 36 Aufgrund der Antwort auf die erste Frage erübrigt sich die Beantwortung der dritten Frage.

Die vierte Frage

- 37 Die vierte Frage des Divisional Court geht dahin, ob ein Mitgliedstaat, der bei der Umsetzung der Richtlinie in sein innerstaatliches Recht selbst bestimmt hat, welche Dienste eines Auftraggebers nach Artikel 8 von der Geltung der Richtlinie ausgenommen sind, aufgrund des Gemeinschaftsrechts verpflichtet ist, diesem Auftraggeber den ihm durch diesen Fehler entstandenen Schaden zu ersetzen.
- 38 Der Grundsatz der Haftung des Staates für Schäden, die dem einzelnen durch dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, folgt aus dem Wesen der mit dem Vertrag geschaffenen Rechtsordnung (Urteile vom 19. November 1991 in den Rechtssachen T-6/90 und C-9/90, Francovich u. a., Slg. 1991, I-5357, Randnr. 35, und vom 5. März 1996 in den Rechtssachen 46/93 und 48/93, Brasserie du Pêcheur und Factortame, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 31). Daraus ergibt sich, daß dieser Grundsatz für jeden Fall des Verstoßes eines Mitgliedstaats gegen das Gemeinschaftsrecht gilt (Urteil Brasserie du Pêcheur und Factortame, Randnr. 32).

- 39 In dem letztgenannten Urteil hat der Gerichtshof im Hinblick auf eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts, die einem Mitgliedstaat zuzurechnen ist, der in einem Bereich tätig wird, in dem er über ein weites Regelungsermessen verfügt, ebenfalls entschieden, daß das Gemeinschaftsrecht einen Entschädigungsanspruch anerkennt, sofern die drei Voraussetzungen erfüllt sind, daß die Rechtsnorm, gegen die verstoßen worden ist, bezweckt, dem einzelnen Rechte zu verleihen, daß der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und daß zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht (Randnr. 50 und 51).
- 40 Diese Voraussetzungen gelten auch für den dem Gerichtshof von dem nationalen Gericht vorgelegten Fall, daß ein Mitgliedstaat eine Gemeinschaftsrichtlinie nicht ordnungsgemäß in sein innerstaatliches Recht umsetzt. Enge Voraussetzungen für die Haftung des Mitgliedstaats sind in diesem Fall aus den Gründen gerechtfertigt, die der Gerichtshof bereits zur Rechtfertigung einer engen Konzeption der außervertraglichen Haftung der Organe oder der Mitgliedstaaten wegen der Wahrnehmung ihrer Rechtsetzungstätigkeit in Bereichen, die unter das Gemeinschaftsrecht fallen und in denen sie über ein weites Ermessen verfügen, entwickelt hat; hierzu gehört die Erwägung, daß die Wahrnehmung dieser Rechtsetzungstätigkeit nicht jedesmal durch die Möglichkeit von Schadensersatzklagen behindert werden darf, wenn das allgemeine Interesse den Erlaß von Maßnahmen, die die Interessen des einzelnen beeinträchtigen können, durch diese Organe oder Mitgliedstaaten gebietet (vgl. insbesondere Urteil vom 25. Mai 1978 in den Rechtssachen 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 und 40/77, HNL u. a./Rat und Kommission, Slg. 1978, 1209, Randnrn. 5 und 6, und Urteil Brasserie du Pêcheur und Factortame, Randnr. 45).
- 41 Zwar ist es grundsätzlich Sache der einzelstaatlichen Gerichte, zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Haftung der Mitgliedstaaten für einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht erfüllt sind; in der vorliegenden Rechtssache verfügt der Gerichtshof jedoch über alle Informationen, die für die Beurteilung der Frage erforderlich sind, ob der hier gegebene Sachverhalt einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht erkennen läßt.
- 42 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist ein Verstoß als hinreichend qualifiziert anzusehen, wenn ein Organ oder ein Mitgliedstaat bei der Ausübung seiner

Rechtsetzungsbefugnis deren Grenzen offenkundig und erheblich überschritten hat (Urteil HNL u. a./Rat und Kommission, a. a. O., Randnr. 6, sowie das Urteil Brasserie du Pêcheur und Factortame, Randnr. 55). Insoweit gehört zu den Gesichtspunkten, die das zuständige Gericht gegebenenfalls zu berücksichtigen hat, insbesondere das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift (Urteil Brasserie du Pêcheur und Factortame, Randnr. 56).

- 43 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, daß Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie ungenau ist und daß neben der vom Gerichtshof in diesem Urteil vorgenommenen Auslegung auch die Auslegung vertretbar war, zu der das Vereinigte Königreich in gutem Glauben aufgrund von Erwägungen gekommen ist, die nicht völlig von der Hand zu weisen sind (siehe oben, Randnrn. 20 bis 22). Diese Auslegung, die auch von anderen Mitgliedstaaten befürwortet worden ist, stand nicht in einem offenkundigen Widerspruch zu Wortlaut und Zielsetzung der Richtlinie.
- 44 Zudem konnte das Vereinigte Königreich der Rechtsprechung des Gerichtshofes nichts zur Auslegung der fraglichen Vorschrift entnehmen, zu der sich auch die Kommission bei Erlaß der Regulations 1992 nicht geäußert hat.
- 45 Unter diesen Umständen kann es nicht als ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht im Sinne des Urteils Brasserie du Pêcheur und Factortame angesehen werden, daß es ein Mitgliedstaat bei der Umsetzung der Richtlinie für notwendig erachtet hat, die gemäß Artikel 8 vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgenommenen Dienste selbst zu bestimmen, und dadurch gegen Artikel 8 verstoßen hat.
- 46 Auf die vierte Frage ist somit zu antworten, daß ein Mitgliedstaat, der bei der Umsetzung der Richtlinie in sein innerstaatliches Recht selbst bestimmt hat, welche Dienste eines Auftraggebers nach Artikel 8 von der Geltung der Richtlinie ausgenommen sind, aufgrund des Gemeinschaftsrechts nicht verpflichtet ist, diesem Auftraggeber den ihm durch diesen Fehler entstandenen Schaden zu ersetzen.

Kosten

- 47 Die Auslagen der deutschen, der französischen und der italienischen Regierung sowie der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

auf die ihm vom High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, mit Beschluß vom 28. Juli 1993 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. Ein Mitgliedstaat darf bei der Umsetzung der Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor nicht bestimmen, welche Telekommunikationsdienste nach Artikel 8 Absatz 1 vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind; die Befugnis dazu steht den Auftraggebern selbst zu.
2. Die in Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie 90/531 aufgestellte Voraussetzung, daß „andere Unternehmen die Möglichkeit haben, diese Dienste in demselben geographischen Gebiet und unter im wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten“, ist in rechtlicher und in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, wobei namentlich alle Merkmale dieser Dienste, das Vorhandensein von Ersatzdiensten, die Preisbedingungen, die beherrschende Stellung des Auftraggebers auf dem Markt sowie eventuell bestehende gesetzliche Auflagen zu berücksichtigen sind.

3. Ein Mitgliedstaat, der bei der Umsetzung der Richtlinie 90/531 in sein innerstaatliches Recht selbst bestimmt hat, welche Dienste eines Auftraggebers nach Artikel 8 von der Geltung der Richtlinie ausgenommen sind, ist aufgrund des Gemeinschaftsrechts nicht verpflichtet, diesem Auftraggeber den ihm durch diesen Fehler entstandenen Schaden zu ersetzen.

Rodríguez Iglesias

Kakouris

Edward

Puissochet

Mancini

Schockweiler

Moitinho de Almeida

Gulmann

Murray

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 26. März 1996.

Der Kanzler

Der Präsident

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias