

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
PHILIPPE LÉGER
vom 17. Mai 2001¹

1. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat mit Klageschrift vom 3. November 1999 gemäß Artikel 226 EG Klage erhoben auf Feststellung, dass die Portugiesische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 2 Absatz 2 Unterabsatz 4 der Richtlinie 90/388/EWG² in ihrer durch die Richtlinie 96/19/EG³ geänderten Fassung verstoßen hat.

2. Die Portugiesische Republik beantragt, die Klage abzuweisen.

I — Rechtlicher Rahmen

A — *Das Gemeinschaftsrecht*

Die Richtlinien 90/388 und 96/19

3. Artikel 1 Absatz 1 siebter Gedankenstrich der Richtlinie 90/388 de-

finiert den „Sprach-Telefondienst“ wie folgt:

„die kommerzielle Bereitstellung für die Öffentlichkeit des direkten Transports und der Vermittlung von Sprache in Echtzeit von und zu den Netzabschlusspunkten des öffentlichen, vermittelten Netzes, wobei jeder Benutzer das an solch einem Netzabschlusspunkt angeschlossene Endgerät zur Kommunikation mit einem anderen Netzabschlusspunkt verwenden kann“.

4. Nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 90/388 in ihrer durch die Richtlinie 96/19/EG geänderten Fassung ziehen die Mitgliedstaaten alle Vorschriften zurück, die ausschließliche Rechte für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen, einschließlich der Errichtung und der Bereitstellung von Telekommunikationsnetzen für die Erbringung solcher Dienste, gewähren.

5. Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 90/388 in ihrer durch die Richtlinie 96/19/EG geänderten Fassung bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzu-

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste (ABl. L 192 vom 24.7.1990, S. 10).

3 — Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13. März 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten (ABl. L 74 vom 22.3.1996, S. 13).

stellen, dass jedes Unternehmen berechtigt ist, die in Absatz 1 genannten Telekommunikationsdienste bereitzustellen und die dort genannten Telekommunikationsnetze zu errichten und bereitzustellen.

wendigen strukturellen Anpassungen zu erreichen ...“

Die Entscheidung 97/310/EG

Unbeschadet Artikel 3c und Artikel 4 dritter Absatz können die Mitgliedstaaten für Sprachtelefondienst und für die Errichtung und Bereitstellung öffentlicher Telekommunikationsnetze besondere und ausschließliche Rechte bis zum 1. Januar 1998 aufrechterhalten.

6. Mit dieser Entscheidung vom 12. Februar 1997 hat die Kommission der Portugiesischen Republik Zusatzfristen für die Umsetzung u. a. der Richtlinie 90/388 in Bezug auf den vollständigen Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten eingeräumt.⁴

Die Mitgliedstaaten sorgen jedoch dafür, daß alle Beschränkungen bei der Erbringung von Telekommunikationsdiensten — mit Ausnahme des Sprachtelefondienstes — auf Netzen, die durch den Anbieter des Telekommunikationsdienstes geschaffen wurden, über Infrastrukturen, die durch Dritte bereitgestellt werden, und hinsichtlich der gemeinsamen Benutzung von Netzen, anderen Einrichtungen und Standorten bis zum 1. Juli 1996 aufgehoben und die entsprechenden Maßnahmen der Kommission zum gleichen Zeitpunkt notifiziert werden.

7. Nach Artikel 3 darf „Portugal... bis zum 1. Januar 2000 die Aufhebung der ausschließlichen Rechte verschieben, die Portugal Telecom gegenwärtig in Bezug auf die Erbringung des Sprachtelefondienstes und des Aufbaus und der Bereitstellung öffentlicher Telekommunikationsnetze eingeräumt werden, sofern [bestimmte] Bedingungen gemäß den angegebenen Terminen erfüllt werden ...“

Hinsichtlich der oben im zweiten und dritten Unterabsatz sowie in Artikel 3 und Artikel 4a Absatz 2 genannten Daten kann Mitgliedstaaten mit weniger entwickelten Netzen auf Antrag eine zusätzliche Umsetzungsfrist von bis zu fünf Jahren und Mitgliedstaaten mit sehr kleinen Netzen auf Antrag eine zusätzliche Umsetzungsfrist von bis zu zwei Jahren gewährt werden, soweit dies erforderlich ist, um die not-

B — *Das portugiesische Recht*

8. Aus Artikel 47 Absatz 1 Buchstabe a des Regulamento de Exploração do Serviço

⁴ — ABl. L 133, S. 19, im Folgenden: Entscheidung.

Fixo de Telefone (Verordnung über die Bereitstellung von Festnetztelefondiensten), genehmigt durch die gesetzvertretende Verordnung Nr. 240/97 vom 16. September 1997, ergibt sich, dass das kommerzielle, unmittelbare oder mittelbare Angebot des Festnetztelefondienstes durch nicht zugelassene Anbieter, soweit es mit Hilfe von Rückrufsystemen hergestellte internationale Verbindungen umfasst, eine Verletzung der ausschließlichen Rechte des Inhabers der Lizenz für die Erbringung von Festnetztelefondiensten darstellt.

II — Anträge und Vorbringen der Parteien

9. Da nach Auffassung der Kommission das Rückrufsystem ein Mehrwertdienst und kein Sprachtelefondienst ist und daher nicht von der der Portugiesischen Republik eingeräumten Zusatzfrist erfasst wird, übermittelte sie der portugiesischen Regierung am 27. Mai 1998 ein Mahnschreiben.

10. In ihrer Antwort vom 14. Juli 1998 machte die portugiesische Regierung hiergegen geltend, dass dieser Dienst ein Sprachtelefondienst sei. Der Rückruf sei nämlich eine in die Telekommunikationsnetze eingefügte technische Vorrichtung, durch die die Transportkapazität eines Netzes außerhalb des eigenen Anschlussgebiets genutzt werden könne und so Sprachübermittlung in Echtzeit ermöglicht werde.

11. Die portugiesischen Behörden haben diese Auffassung in ihrem Schreiben vom 18. Juni 1999 in Beantwortung der mit Gründen versehenen Stellungnahme der Kommission vom 4. Mai 1999 wiederholt.

12. In ihrer Klageschrift beschreibt die Kommission das Rückrufsystem als einen Dienst, mit dem der Verkehr der Betreiber des vermittelten Telefonnetzes⁵ auf dem öffentlichen Telefonnetz umgekehrt werde. Dieser Dienst bestehe darin, die über die öffentlichen, vermittelten Netze geführten Gespräche umzuleiten, damit sie von den günstigsten verfügbaren Tarifen profitierten. Das Rückrufsystem sei ein Wegewahl- und Tarifierungsdienst, der zusätzlich zum Sprachtelefondienst angeboten werde. Er könne nicht als ein Ersatz für jenen Dienst angesehen werden, da er nicht den direkten Transport der Sprache umfasse, der dem Betreiber des öffentlichen Netzes überlassen bleibe.

13. Die Kommission trägt vor, dass der Rückrufdienst, da es sich nicht um einen Sprachtelefondienst im Sinne der Richtlinie 90/388 handele, in Portugal mit Inkrafttreten dieser Richtlinie hätte liberalisiert werden müssen. Das entsprechende Verbot der gesetzvertretenden Verordnung Nr. 240/97 verstoße damit gegen die Richtlinie 90/388.

14. In ihrer Klagebeantwortung macht die portugiesische Regierung geltend, dass die

5 — Der Kommission zufolge umfasst die Leitungsvermittlung die Bereitstellung der Verbindung, die Bearbeitung von Gesprächen und die Erledigung von Aufträgen. Die Bearbeitung von Gesprächen bestehe in der Herstellung und Unterbrechung der Verbindungen entsprechend der vom Teilnehmer gegebenen Informationen.

Erlaubnis zur Aufrechterhaltung der ausschließlichen Rechte, die ihr in Bezug auf die Sprachtelefonie bis zum 1. Januar 2000 erteilt worden sei, auch den Rückrufdienst erfasse.

15. Auch wenn der Anbieter des Rückrufdienstes effektiv an die Stelle des Betreibers des Sprachtelefondienstes trete, so sei es in Wirklichkeit doch Letzterer, der für den direkten Transport der Sprache zuständig bleibe.

16. Der Standpunkt der portugiesischen Regierung ergebe sich aus dem Sinn und Zweck der durch die Entscheidung gewährten Ausnahmeregelung, wonach zusätzliche Übergangszeiträume erforderlich seien, um das finanzielle Gleichgewicht der öffentlichen Telekommunikationsunternehmen nicht zu gefährden und die unerlässlichen strukturellen Anpassungen vor der Liberalisierung der Telekommunikationsdienste insbesondere hinsichtlich der Tarife zu ermöglichen.

17. Andernfalls könnten diese Anpassungen nicht vorgenommen werden, da sie sich aus Marktmechanismen ergäben. Der Rückrufdienst rufe Verzerrungen bei den Bereitstellungsbedingungen des Sprachtelefondienstes hervor.

18. In ihrer Erwiderung führt die Kommission aus, dass gemäß der 26. Begründungserwägung der Entscheidung die durch die Richtlinie 90/388 vorgesehene

Zusatzfrist strikt den Erfordernissen der Strukturanpassung entsprechen müsse. Diese Anpassungen bestünden im Fall Portugals in einer stärkeren Verbreitung des Sprachtelefondienstes. Damit nicht vergleichbar sei hingegen die Modernisierung des Telefonnetzes, wo Portugal Telecom einen Vorsprung vor anderen Telekommunikationsbetreibern der Gemeinschaft habe.

19. Der Ausgang des Rechtsstreits hänge von der Definition des Begriffs „Sprachtelefondienst“ ab. Da der Begriff durch die Richtlinie 90/388 harmonisiert worden sei, sei jeder spätere Rechtsakt, der auf ihn Bezug nehme, in dem ihm damit gegebenen Sinn auszulegen.

20. Ein Betreiber eines Rückrufdienstes könne nie an die Stelle des Betreibers des Sprachtelefondienstes treten. Letzterer Sorge für den Transport und die Vermittlung der Sprache in Echtzeit zwischen zwei Netzabschlusspunkten. Ohne ihn könne ein Rückrufsystem daher nicht funktionieren.

21. Der Zweck der Entscheidung habe mit der kommerziellen Bereitstellung des Sprachtelefondienstes nichts zu tun. Die der Portugiesischen Republik eingeräumte Zusatzfrist sei ausschließlich durch die Not-

wendigkeit einer weiteren Verbreitung des Telefons in Portugal gerechtfertigt. Da es sich um eine Ausnahme von einem der gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze des freien Verkehrs handele, sei diese Bestimmung eng auszulegen.

22. Schließlich funktioniere das Rückrufsystem nur bei internationalen Gesprächen. Die tatsächliche Auswirkung der Liberalisierung dieses Dienstes sei daher gering, zumal er auch innerhalb dieser Gesprächskategorie nur von marginaler Bedeutung sei.

23. In ihrer Gegenerwiderung führt die portugiesische Regierung aus, sie bestreite nicht, dass der Begriff „Sprachtelefondienst“ im Wesentlichen das in Artikel 1 der Richtlinie 90/388 Genannte umfasse. Er sei daher im Sinne dieser Definition auszulegen und anzuwenden.

24. Im vorliegenden Rechtsstreit gehe es nicht um diesen Begriff, sondern um den Inhalt der ausschließlichen Rechte der Portugal Telecom in Bezug auf die Sprachtelefonie sowie die Errichtung und Bereitstellung der öffentlichen Telekommunikationsnetze. Diese Rechte entsprächen nicht genau dem Sprachtelefondienst, sondern umfassten auch das Verbot der freien Erbringung von Rückrufdiensten.

25. Die Frage, die sich stelle, sei, ob die ausschließlichen Rechte zur kommerziellen Bereitstellung des Sprachtelefondienstes, die Portugal Telecom zeitlich begrenzt gewährt worden seien, wirtschaftlich gesehen und im Hinblick auf die geltenden Rechtsvorschriften mit dem Rückrufsystem vereinbar seien.

26. Die portugiesische Regierung erläutere, dass mit dem Rückruf die Richtung des Transports der Stimme geändert werde, diese aber weiter über das öffentliche vermittelte Netz übertragen werde. Es handele sich also um einen Dienst, der mit Hilfe von an den Netzabschlusspunkten angeschlossenen Geräten erbracht werde. Der Anbieter könne damit die Bedingungen der kommerziellen Bereitstellung des vom Betreiber des öffentlichen Netzes erbrachten Dienstes des Sprachtransports ändern. Da der Rückrufdienst seine Existenz den Tarifunterschieden der verschiedenen Anbieter von Sprachtelefondiensten verdanke und voraussetze, dass der Wettbewerb zwischen ihnen erlaubt sei, lasse sich seine Bereitstellung auf wettbewerblicher Basis nicht mit den den Sprachtelefondienst betreffenden ausschließlichen Rechten vereinbaren.

27. Die Entscheidung sei gemäß ihrem Ziel auszulegen, das darin bestehe, die Sprachtelefondienste vom Wettbewerb auszunehmen, um die weitere Verbreitung des Telefons mit den Tarifanpassungen in Einklang zu bringen. Rückrufdienste führten aber in der Praxis dazu, dass der Sprachtelefondienst zu anderen als den vom Inhaber des ausschließlichen Rechts zur Be-

reitstellung der Sprachtelefonie angebotenen Bedingungen erbracht werde.

III — Zur Vertragsverletzungsklage

28. Eine solche Auslegung sei mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht unvereinbar, da sich die Entscheidung zum Ausmaß des Wettbewerbs, dem Portugal Telecom ausgesetzt wäre, nicht äußere.

29. Das Vorbringen der Kommission, dass der Rückrufdienst im internationalen Verkehr nur marginale Bedeutung habe, sei zurückzuweisen.

30. Die Bedeutung dieses Dienstes hänge vom Grad des Wettbewerbs zwischen den Betreibern ab. Das Verbot des Rückrufdienstes durch die nationalen Rechtsvorschriften erkläre das Fehlen von Daten über die tatsächliche Auswirkung, die er hätte, wenn er erlaubt wäre. Es sei bezeichnend, dass seit Ablauf der der Portugiesischen Republik gewährten Frist kein Rückrufdienstanbieter einen Lizenzantrag gestellt habe. Dies könne als ein Zeichen für die der Wettbewerbsstruktur entsprechende Anpassung der Tarife von Portugal Telecom und als Beleg dafür gesehen werden, dass das Interesse am Rückrufsystem während der Portugal Telecom gewährten Schutzfrist opportunistisch gewesen sei.

31. Nach Artikel 3 der Entscheidung darf Portugal die Aufhebung der ausschließlichen Rechte, die Portugal Telecom gegenwärtig in Bezug auf die Erbringung des Sprachtelefondienstes und des Aufbaus und der Bereitstellung öffentlicher Telekommunikationsnetze eingeräumt werden, bis zum 1. Januar 2000 verschieben.

32. Der Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits hängt davon ab, ob — wie die portugiesische Regierung vorträgt — das Aufrechterhalten der ausschließlichen Rechte der Liberalisierung des Rückrufdienstes entgegensteht.

33. Ich möchte zunächst klarstellen, dass den Parteien zufolge der Rückruf ein Dienst ist, der der Öffentlichkeit zusätzlich zum bloßen direkten Transport und zur bloßen Vermittlung der Sprache in Echtzeit angeboten wird.

34. So bestreitet die portugiesische Regierung ebenso wenig wie die Kommission, dass der Rückrufdienst kein eigentlicher Sprachtelefondienst im Sinne des Artikel 1 der Richtlinie 90/388 ist. Die portugiesische Regierung stellt klar, dass sie nicht behaupte, der Begriff solle so weit ausgedehnt werden, dass er Call-back-Dienste umfasse.⁶ Auch wenn der Anbieter des Rückrufdienstes effektiv an die Stelle des Betreibers des Sprachtelefondienstes trete,

⁶ — Punkt 4 der Gegenerwiderung.

so sei es doch Letzterer, der den unmittelbaren Transport der Sprache auszuführen habe. Der Anbieter des Rückrufdienstes lege aus kommerzieller Sicht die Bedingungen des Transports und der Erbringung des Dienstes fest.⁷

35. Die zeitlich begrenzten ausschließlichen Rechte für die kommerzielle Bereitstellung des Sprachtelefondienstes seien jedoch mit einem Rückrufsystem nach Wettbewerbsregeln nicht in Einklang zu bringen, da eine solche Liberalisierung das finanzielle Gleichgewicht des öffentlichen Betreibers gefährde und die Tarifanpassungen behindere.

36. Für dieses Vorbringen bietet nicht nur der Wortlaut der Entscheidung, der die Verschiebung der Aufhebung der ausschließlichen Rechte der Portugal Telecom auf die Erbringung des Sprachtelefondienstes und die Errichtung und die Bereitstellung öffentlicher Telekommunikationsnetze beschränkt, keinen Anhaltspunkt. Es verstößt zudem gegen den Grundsatz, dass Ausnahmen von gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen restriktiv auszulegen sind.

37. Wie sich aus der Präambel der Richtlinie 96/19 ergibt, wurde im Jahr 1990 gemäß Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Artikel 86 Absatz 2 EG) eine Ausnahme im Sinne des Artikels 90 EG-Vertrag in Ver-

bindung mit den Artikeln 59 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 49 EG) und 86 EG-Vertrag (jetzt Artikel 82 EG) in Bezug auf die Sprachtelefonie gewährt.⁸

38. Diese Abweichung von den Grundsätzen des freien Wettbewerbs und der Dienstleistungsfreiheit wurde durch die Richtlinie 96/19 — außer für Mitgliedstaaten mit weniger entwickelten oder mit sehr kleinen Netzen, die unter bestimmten Voraussetzungen in den Genuss einer vorübergehende Ausnahmeregelung kamen — beendet.⁹ Die Entscheidung, mit der die Kommission der Portugiesischen Republik in Anwendung dieser Vorschriften Zusatzfristen eingeräumt hat, verlängert daher zugunsten dieses Mitgliedstaats die Ausnahme, die ihm ursprünglich gewährt worden war.

39. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ist jede Ausnahme von Bestimmungen, die dazu dienen, die Wirksamkeit der vom Vertrag zugebilligten Rechte zu gewährleisten, eng auszulegen.¹⁰ Es ist daher gerechtfertigt, die ausschließlichen Rechte der Portugal Telecom nach Artikel 3 der Entscheidung — außer auf den Bereich der öffentlichen Telekom-

8 — Dritte und vierte Begründungserwägung.

9 — Fünfte Begründungserwägung der Richtlinie 96/19 und Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 90/388.

10 — Vgl. z. B. Urteil des Gerichtshofes vom 1. Juni 1995 in der Rechtssache C-40/93 (Kommission/Italien, Slg. 1995, I-1319, Randnr. 23).

7 — Punkt 14 der Klagebeantwortung.

munikationsnetze — auf den Bereich der Sprachtelefonie zu beschränken.

ausschließlichen Rechte in Bezug auf die Sprachtelefonie nur zwei Jahre.

40. Diese Auslegung des Artikels 3 der Entscheidung steht im Einklang mit den in der Präambel der Richtlinie 96/19 und in der Entscheidung selbst angeführten Zielen der Richtlinie 90/388.

41. Die Aufrechterhaltung der ausschließlichen Rechte ist für die Strukturpassungen erforderlich, die die Telekommunikationsunternehmen insbesondere in Form einer schrittweisen Änderung der Tarife und einer Ausdehnung des Sprachtelefonnetzes vornehmen müssen.

42. Die portugiesische Regierung hat nicht dargelegt, inwiefern der Ausschluss des Rückrufdienstes von den der Portugiesischen Republik im Bereich der Sprachtelefonie gewährten ausschließlichen Rechten die erwähnten Ziele gefährden könnte.

43. Aus dem Vorbringen der Kommission, das in diesem Punkt nicht bestritten wird, ergibt sich, dass das Rückrufsystem auf internationale Gespräche beschränkt ist.¹¹ Außerdem beträgt die Verlängerung der

44. Es ist kein Beweismittel vorgelegt worden, das die Annahme stützen würde, die Liberalisierung des Rückrufsystems zwei Jahre vor derjenigen der Sprachtelefonie habe zur Gefährdung der Ziele der Richtlinie 90/388 im Bereich der Sprachtelefonie geführt oder auch nur dazu beigetragen. Die portugiesische Regierung hat zur Stützung ihres Vorbringens insbesondere keine Schätzungen vorgelegt, welchen Anteil Rückrufdienste im Falle ihrer Liberalisierung an der Gesamtheit aller Telekommunikationsdienste einnehmen und inwieweit sie dem Sprachtelefondienst nach einem Zeitraum von zwei Jahren tatsächlich Konkurrenz machen könnten.

45. In Ermangelung solcher Belege ist es zweifelhaft, ob der Gerichtshof in der Lage ist, das Vorbringen der portugiesischen Regierung zur möglichen Gefährdung der durch die Richtlinie 90/388 im Bereich der Sprachtelefonie gegenüber bestimmten Mitgliedstaaten verfolgten Ziele durch die Auslegung der Kommission zu würdigen.

46. Der vorliegenden Klage ist daher stattzugeben.

¹¹ — Punkt 11 der Klageschrift und Punkt 21 der Erwiderung.

IV — Ergebnis

47. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt zu entscheiden:

1. Die Portugiesische Republik hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 2 Absatz 2 Unterabsatz 4 der Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste in der Fassung der Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13. März 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten und aus Artikel 3 der Entscheidung vom 12. Februar 1997 über Zusatzfristen, die Portugal für die Umsetzung der Richtlinien 90/388 und 96/2 in Bezug auf den vollständigen Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten eingeräumt werden, verstoßen, dass sie die Aufhebung der ausschließlichen Rechte der Portugal Telecom im Bereich der Rückrufdienste auf den 1. Januar 2000 verschoben hat.
2. Die Portugiesische Republik trägt die Kosten des Verfahrens.