

Mehr Binnenmarkt – mehr Recht: Zur Europäisierung des Verwaltungsrechts¹

14.Salzburger Telekom-Forum, 22.August 2013

1. Vorbemerkungen

Eigentlich sollte mein Kollege, Prof. Handstanger, heute an diesem Pult stehen: an ihn waren die Veranstalter zunächst mit der Einladung herangetreten, hier auf dem Salzburger Telekom-Forum ein Referat zur Europäisierung des Verwaltungsrechts zu halten – nicht zuletzt, weil er sich vor nicht allzu langer Zeit bei einer Tagung der Österreichischen Juristenkommission mit einschlägigen Fragen, vor allem mit der Europäischen Behördenkooperation, befasst hatte. Leider musste er aber knapp vor der Aussendung des Programms absagen – und so wurde ich gewissermaßen als Ersatzmann kurzfristig gefragt und habe, schon aus langjähriger Verbundenheit mit dieser Veranstaltung, gerne zugesagt.

Thema und Titel des Vortrags standen daher schon fest und stammen nicht von mir. Das hatte den Vorteil, dass ich mir keinen Titel mehr überlegen musste. Es hatte zugleich den Nachteil, dass ich zunächst nicht so recht wusste, wie ich an dieses Thema herangehen sollte.

1.1. Mehr Recht

Schon der erste Teil des Titels: „Mehr Binnenmarkt – mehr Recht“ wirkte auf mich ambivalent. „Mehr Recht“, das bedeutet ja nicht zwingend eine positive Verheißung, da schwingt auch die Angst vor der „Gesetzesflut“ mit, vor Bürokratisierung oder Überregulierung. Und denken wir an Shakespeares Kaufmann von Venedig: „Recht soll dir werden, mehr als du begehrt“, verspricht da die als Richter verkleidete Porcia dem vor Gericht stehenden Shylock – und das ist in ihrem Fall nichts anderes eine höchst brutale Drohung.

Nun kann man vielleicht unterschiedlicher Meinung sein, ob der – gestern schon erörterte – demnächst zu erwartende Vorschlag der Kommission für die Verordnung zum "vernetzten Kontinent" auch als Drohung verstanden werden kann, primär geht es dabei aber nicht um "mehr Recht", sondern um „mehr Binnenmarkt“. Quantitativ verringert jede Verordnung - anstelle einer Richtlinie -

¹ Vortragsmanuskript, ohne weitere Ergänzungen, insbesondere auch ohne Anmerkungsapparat. Zum Zeitpunkt des Vortrags war kein offizieller Text des Kommissionsvorschlags für die „Connected Continent“-Verordnung verfügbar; ich habe mich daher auf den inoffiziellen, von EDRI am 17.07.2013 geleakten Entwurf, <http://www.edri.org/files/130709-SM-ISC.pdf>, bezogen. Der endgültige Vorschlag der Kommission soll am 11.09.2013 präsentiert werden, dem Vernehmen nach sollen dabei vor allem die Regeln zum "EU-Passport" für Unternehmen deutlich anders ausfallen als in dem hier erörterten Entwurf.

natürlich die Zahl der Rechtsvorschriften, weil man sich die mitgliedstaatlichen Umsetzungsvorschriften spart. Qualitativ freilich wird eine solche Verordnung gewissermaßen eine Verdichtung des Telekommunikationsrechts auf Unionsebene bringen und Spielräume der Mitgliedstaaten beschränken. Die Verordnung bringt also einerseits nicht mehr, sondern weniger nationales Recht, aber andererseits gerade damit zwar nicht quantitativ, aber doch qualitativ mehr europäisches Recht und mehr Binnenmarkt.

Bitte verstehen Sie den Vortragstitel daher nicht als quantitative Ansage, ich möchte Ihnen hier nicht verkaufen, dass "mehr Binnenmarkt", dass also die Europäisierung, zwangsläufig zu einem stetigen Mehr an Rechtsvorschriften führen muss und/oder wird.

1.2. Europäisierung gerade des Verwaltungsrechts?

Eine zweite Bemerkung zum Titel: nun zum zweiten Teil, zur „Europäisierung des Verwaltungsrechts“. Da möchte ich vorweg nur klarstellen, dass die Europäisierung keine neue Tendenz gerade im Verwaltungsrecht ist - eher im Gegenteil. Mit der Schaffung des Binnenmarkts standen zunächst gerade Marktzutrittsbeschränkungen und andere überwiegend verwaltungsrechtliche Normen im Fokus, die den Unternehmen eine die Grenzen der MS überschreitende Tätigkeit erschwerten: im Telekombereich begann die Europäisierung mit der Harmonisierung von (iWS) Produktzulassungsvorschriften, mit dem Abbau nationaler Hemmnisse für das Inverkehrbringen von Endgeräten. All das waren im Kern verwaltungsrechtliche Materien, in denen die Integration bzw die Europäisierung viel früher zu greifen begann als im zivil- und strafrechtlichen Bereich.

Insofern hat mich das Vortragsthema auch ein wenig überrascht, weil ich dachte, dass die Europäisierung des Verwaltungsrechts doch längst kein Thema mehr sei, viel spannender schiene mir heute eher die Frage, wie weit die Europäisierung im Zivilrecht gehen kann - Stichwort zB: Common European Sales Law - oder wo die Grenzen der Europäisierung des Strafrechts liegen, vom Europäischen Haftbefehl bis zum jüngsten Vorschlag für einen europäischen Staatsanwalt. Gerade im Bereich der Terrorismusbekämpfung hat übrigens das Strafrecht durchaus heikle Berührungspunkte mit dem Telekommunikationsrecht, wenn man etwa an die Vorratsdatenspeicherung denkt.

Dass den nationalen Verwaltungsrechtsordnungen eine durchgreifende Europäisierung bevorstand, war klar, als vor fast 25 Jahren die Verhandlungen über den EWR (und etwas später den EU-Beitritt) aufgenommen wurden. Ich erinnere mich an das durchaus mühsame Acquis-Screening, also das Durchgehen des gesamten EU-Rechtsbestands und die Prüfung, ob die nationale Rechtslage damit kompatibel ist: das hat uns - ich war damals in der Arbeitsgruppe IV, horizontale und flankierende Politiken, der Beitrittsverhandlungen - im Verwaltungsrecht viel stärker als im Zivil- und Handelsrecht oder gar im - zu jener Zeit kaum relevanten - Strafrecht beschäftigt.

Europäisierung des Verwaltungsrechts ist also der Sache nach nichts grundsätzlich Neues, aber es gibt doch Entwicklungen der jüngeren Zeit, die die Europäisierung dieses Rechtsbereichs für die Betroffenen vielleicht etwas verdeutlicht hat.

Denn war es zu Beginn eher so, dass zwar das materielle Verwaltungsrecht gewissermaßen im Hintergrund längst europäisiert war, so blieb überwiegend doch die Schnittstelle zum Bürger oder zum Unternehmen sehr national geprägt: Verfahrensrecht, Verwaltungsorganisation und Rechtsschutz etwa wurden erst in den letzten Jahren stärker von der Europäisierung erfasst. Im Wesentlichen sind es also diese Themen, mit denen ich mich in der kommenden knappen halben Stunde befassen werde.

2. Europäisierung des materiellen Rechts

Ich werde die aus meiner Sicht interessantesten Entwicklungstendenzen - natürlich am Beispiel des Telekommunikationsrechts - ansprechen, und folge dabei einer losen Gliederung in die Bereiche materielles Recht, Verfahrensrecht und institutionelles Recht, ergänzt mit einigen Worten zur Bedeutung des höherrangigen Unionsrechts. Abschließend möchte ich auch noch die Frage stellen, ob die Europäisierung eine Einbahnstraße ist oder ob es Umkehrmöglichkeiten gibt.

Der akademische Gastgeber möge entschuldigen, wenn ich vor Ihnen jetzt kein imposantes Theoriegebäude aufbaue, aber mir geht es zunächst um eine pragmatische Bestandsaufnahme und vorsichtige Einschätzung der Entwicklungen.

Beginnen wir also mit dem materiellen Recht: Das Telekommunikationsrecht im engeren Sinne – Marktzutritt, Wettbewerbsregulierung, Endgeräterecht – ist längst durchgehend europäisiert, mit Richtlinien und teilweise Verordnungen, die sowohl auf die Binnenmarktkompetenz zur Harmonisierung nationaler Vorschriften (Art 114 AEUV) als auch auf die Liberalisierungskompetenz - zur Beseitigung von Monopolen - (Art 106 AEUV) gestützt sind. Daran hat sich vom Grundsatz her weder mit dem (damals) neuen Rechtsrahmen von 2002 noch mit der Reform 2009 etwas geändert.

Wenn wir hier eine weitere Europäisierung beobachten können, dann sind es folgende Aspekte, auf die ich hinweisen möchte:

- zunächst einmal die fortschreitende Einbeziehung bislang überwiegend national wahrgenommener und geregelter Bereiche (Erweiterung),
- sodann geht es um stets detailliertere Regeln (Verdichtung)
- weiters – In konsequenter Fortführung der Verdichtung – um die immer häufiger werdende Wahl des Rechtsinstruments der Verordnung, wodurch der gesetzgeberische Spielraum der Mitgliedstaaten auf Null reduziert wird

- und schließlich ist eine stärkere Hinwendung hin zum Endkunden erkennbar, dessen Position zunehmend nicht bloß als Reflexwirkung von unternehmensbezogenen Regelungen beachtet wird.

2.1. Erweiterung

War das europäische Verwaltungsrecht früher stärker auf Kernbereiche des Binnenmarktes ausgerichtet, etwa Marktzugang und Wettbewerbsförderung, so werden zunehmend auch Bereiche erfasst, die etwas weiter weg vom klassischen Marktrecht liegen.

Das sozusagen "klassische" Telekommunikationsrecht, wie ich es gerade angesprochen habe – Marktzutritt, Wettbewerbsregulierung, Endgeräte – war in zwei Punkten recht zurückhaltend: das betraf Leitungs- bzw Wegerechte und die Verwaltung von Funkfrequenzen. Das hat verschiedene Gründe, im Bereich der Leitungsrechte vor allem der prima facie nicht grenzüberschreitende Aspekt; die größten Probleme gibt es bei lokalen Installationen, und in diesem Bereich war die Gemengelage nationaler Rechtsvorschriften, vor allem auch hinsichtlich der Behördenzuständigkeiten, besonders komplex. Vielfach – eigentlich überwiegend – wurden Wegerechtsangelegenheiten nicht von Telekom-Regulierungsbehörden wahrgenommen, sondern von lokalen, oft kommunalen Einrichtungen. Zudem bestanden und bestehen vielfältige (nationale) zivilrechtliche Besonderheiten – gerade das Sachenrecht bereitet ja bemerkenswerte Probleme in der Europäisierung des Privatrechts. Auch der sogenannte "neue Rechtsrahmen" 2002 beschränkte sich in diesem Bereich im Wesentlichen auf sehr allgemein formulierte Aufträge und Zielbestimmungen.

Was passierte seither: die faktischen Schwierigkeiten beim Netzausbau, sei es bei der Verlegung von Glasfaserleitungen oder der Installation von Mobilfunkanlagen, kamen immer stärker in Konflikt mit dem politischen Programm der Kommission, das eine flächendeckende Breitbandversorgung als zentrales Element der allgemeinen Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik erkannte und dementsprechend auf die Beseitigung der wesentlichsten Hürden drängte. Bemerkenswert ist nun der aktuelle Vorschlag der Kommission zur Breitbandverordnung: hier geht es primär gar nicht mehr so sehr um die Harmonisierung der Rechtsvorschriften zur Beseitigung von Hürden, denen die Unternehmen im Binnenmarkt gegenüberstehen, sondern um eine wirtschaftspolitische Maßnahme, durch die die Kosten für den Netzausbau reduziert werden sollen.

Dabei werden zum einen klassische Instrumente des Regulierungsrechts angewandt, wie etwa Zugangsrechte, die freilich nicht mehr nur Telekom-Unternehmen, sondern zB auch Energienetzbetreiber in die Pflicht nehmen. Zusätzlich werden aber über den engeren Bereich des Telekommunikationsrechts hinaus Vorschriften geschaffen, die etwa Bauträger und sogar einfache Häuslbauer betreffen und für Österreich alle neun Bauordnungen "overrulen" werden. Dass das europäische Verwaltungsrecht im Bereich der Telekommunikation einmal die Verpflichtung eines Häuslbauers enthalten würde,

in seinem Heim eine hochgeschwindigkeitsfähige gebäudeinterne physikalische Infrastruktur zu schaffen, hätte ich noch vor 10 Jahren nicht angenommen. Wir werden erst sehen, ob die Verordnung in dieser Form, mit dieser Verpflichtung, kommen wird, aber die Richtung scheint jedenfalls vorgezeichnet.

Auch bei den Funkfrequenzen ist die Entwicklung eindeutig: was in der ersten Welle der Telekommunikationsliberalisierung noch nicht im Vordergrund stand, wurde im Reformpaket 2002 - unter dem Eindruck der UMTS-Vergaben - schon deutlich umfassender als Regelungsgegenstand erfasst, und die Entscheidung Nr. 676/2002/EG vom 7. März 2002 über einen Rechtsrahmen für die Funkfrequenzpolitik in der EG (Frequenzentscheidung) schuf die Grundlage, um stärkeren Einfluss auf die bis dahin national und supranational im Rahmen der ITU bzw CEPT wahrgenommenen Aufgaben zu nehmen und sie verstärkt zu Aufgaben der Union zu machen. Auch hier ist der weitere Weg erkennbar, wenn die Kommission nach dem geleakten Entwurf der "Connected Continent"-Verordnung zB Zeitpläne für Lizenzvergaben vorgeben können soll.

Zugleich kann man hier deutlich erkennen, dass Europäisierung nicht immer bedeutet, dass bisher allein von den Mitgliedstaaten ausgeübte Kompetenzen nach "Brüssel" verschoben werden; gerade bei Funkfrequenzen geht die Europäisierung eigentlich noch stärker zu Lasten internationaler Organisationen. Denn auch wenn ITU und CEPT natürlich formal nicht betroffen sind und keine Kompetenzen verlieren, so will die Kommission doch stärker in die Frequenzverteilung zwischen den Mitgliedstaaten eingreifen. Besonders auffällig ist dies, wenn das Gewährleisten von "equitable access to spectrum", eine Kernaufgabe des internationalen Fernmeldevertragsrechts (zu bewerkstelligen vor allem mit den Frequenzplänen der ITU, auch auf regionaler Ebene), nach Art 13 des Verordnungsentwurfs - hinsichtlich des Verhältnisses unter den Mitgliedstaaten - Aufgabe der Kommission werden soll.

2.2 Verdichtung

Neben der Erweiterung der Regelungsgegenstände des europäischen Verwaltungsrechts und von dieser natürlich nicht immer scharf abgrenzbar, kommt es in Welle auf Welle von Reform oder "Review" natürlich auch großflächig zu Verdichtungen des Rechtsbestandes. So wurden etwa mit der Reform 2009 manche bereits bestehende Regelungen "verbessert" - mit anderen Worten immer detaillierter gefasst. Was zB die Verpflichtungen von Unternehmen betrifft, ihre Kunden über verschiedenste Aspekte des Vertrages aufzuklären, sind die Vorgaben seither so dicht, dass jedenfalls sichergestellt scheint, dass der Begriff des Kleingedruckten schon deshalb nicht ausstirbt, weil anders als durch "Kleingedrucktes" die Informationen gar nicht mehr zum Endkunden transportiert werden könnten.

Mit dieser detaillierteren Regelung, dieser Verdichtung, wird der mitgliedstaatliche Spielraum für die Umsetzung immer kleiner. Ganz deutlich sieht man dies etwa bei der umstrittenen Frage der Netzneutralität: schon beim letzten Reformpaket umstritten, hat sich der Unionsgesetzgeber dabei schließlich in das Vorschreiben

einer Informationsverpflichtung gerettet, die freilich dem nationalen Gesetzgeber in den Niederlanden und in Slowenien nicht weit genug ging. Ob die von diesen Staaten geschaffenen Regelungen zur Netzneutralität nun im Umsetzungsspielraum liegen oder vielleicht doch über die Richtlinie hinausgehende Einschränkungen der Tätigkeit von Telekom-Unternehmen bedeuten, darüber steht die Entscheidung noch aus. Trotz kritischer Seitenbemerkungen der Kommissarin Kroes hat die Kommission meines Wissens in dieser Sache aber noch kein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet (dass für dieses Zuwarten mit Vertragsverletzungsverfahren auch Fragen der Öffentlichkeitswirkung eine Rolle gespielt haben könnten, würden die Kommissionsdienststellen sicher verneinen).

Aber was passiert in Sachen Netzneutralität nach dem Entwurf der "Connected-Continent"-Verordnung? Die dort vorgesehenen Bestimmungen, sofern sie in dieser Form Gesetz werden sollten, würden sicherstellen, dass mitgliedstaatlichen Regelungen zur Gewährleistung der Netzneutralität jedenfalls die Grundlage entzogen wird. Denn mit der neuen "Freiheit", dass Endkunden jedenfalls "frei" sein sollen, Vereinbarungen über bestimmte Geschwindigkeiten, Datenvolumen und auch allgemeine Qualitätskriterien einzugehen, stellt der Entwurf sicher, dass die Betreiber in der Lage bleiben, weitgehende Beschränkungen der Netzneutralität durchzusetzen.

2.3. Rechtsinstrumente

Den dritten Aspekt habe ich indirekt schon mehrfach angesprochen: zunehmend greift der europäische Gesetzgeber auf das Rechtsinstrument der Verordnung statt der Richtlinie zurück. Im Telekommunikations-Bereich begann dieser Trend mit der Roaming-Verordnung (die ehemalige EntbündelungsVO war ein Sonderfall mit letztlich eher beschränkter Bedeutung in einer Übergangszeit). Die RoamingVO führte – ganz entgegen dem marktwirtschaftlich/wettbewerblichen Grundkonzept des Rechtsrahmens – eine simple hoheitliche Preisregulierung ein. Damit konnte man kaschieren, dass die Generaldirektion Wettbewerb nach langen Jahren der Sektoruntersuchung zu keinem brauchbaren Ergebnis gekommen war, um dem Ärgernis überhöhter Roamingentgelte Einhalt gebieten zu können; auch hatte es die Kommission nicht geschafft, wie im Rechtsrahmen vorgesehen, transnationale Märkte zu definieren und schließlich war es auch den nationalen Regulierungsbehörden nicht gelungen, in Anwendung des neuen Rechtsrahmens Bewegung in diesen Bereich zu bringen. Dass es Handlungsbedarf gab, war schon wegen der lästigen EU-Abgeordneten klar, die selbst Opfer überhöhter Roamingentgelte waren. Die damals zuständige Kommissarin Reding erkannte zielsicher, dass ihr ein Kappen der Roamingentgelte Popularität bringen würde. Das ging aber nur, wenn die Maßnahme erstens relativ rasch greifen würde und andererseits auch in der Öffentlichkeit als Maßnahme der EU, nicht als Wohltat der Regierung oder des Parlaments des jeweiligen Mitgliedstaats, angesehen würde.

Rechtstechnisch war daher die Verordnung das Mittel der Wahl. Denn Verordnungen gelten bekanntlich unmittelbar in allen Mitgliedstaaten und

müssen nicht mehr umgesetzt werden (besser: sie dürfen gar nicht mehr umgesetzt werden). Das hat einerseits schon den Vorteil, dass sie - durch Wegfall des Umsetzungszeitraums - schneller wirksam werden können, worauf man gerade bei der RoamingVO besonders stolz war, und andererseits ist damit sichergestellt, dass die Mitgliedstaaten in der Umsetzung weder säumig noch auf unerwünschte Weise kreativ werden können.

Dieser Trend zur Verordnung, der auch in anderen Materien zu beobachten ist, setzt sich im Telekommunikations-Bereich nun fort mit der BreitbandVO und vielleicht der "Connected Continent"-Verordnung.

Rechtstechnisch ist das natürlich gerade angesichts der zuvor schon angesprochenen Verdichtung auch im Richtlinien-Bereich, die den Spielraum der Mitgliedstaaten ebenfalls stetig einschränkt, durchaus sinnvoll.

Gerne hätte ich in dem Zusammenhang übrigens gesagt, dass die Zeit kommen wird, in der Richtlinien im Verwaltungsrecht der Union ebenso antiquiert sein werden wie Grundsatzgesetze im föderalen System Österreichs - aber da würde ich der Trägheit des österreichischen föderalen Systems nicht gerecht werden, in dem tatsächlich auch heute noch zB in einem Rechtsbereich, der dem Telekom-Recht systematisch durchaus naheliegt, dem Elektrizitätsrecht, manches Unions-Richtlinienrecht nicht einmal, sondern zehnmal umgesetzt wird: einmal als Grundsatzgesetz, neunmal als Ausführungsgesetz. In einem derartigen System könnte man auch aus mitgliedstaatlicher Perspektive auf die Idee kommen, sich auf EU-Ebene eine Verordnung statt einer Richtlinie zu wünschen.

Neben dem Vormarsch der Verordnung ist auch auffällig, dass der europäische Gesetzgeber verstärkt auch auf "delegierte Rechtsakte", also im Wesentlichen Durchführungsverordnungen der Kommission, setzt. Im Telekomrecht hat man fast den Eindruck, als wolle die Kommission damit die Konsequenzen ziehen aus den aus ihrer Sicht vielleicht leidvollen Erfahrungen mit den Empfehlungen und Leitlinien, die eben nicht von allen nationalen Regulierungsbehörden und Gerichten als de facto gesetzesgleich angewendet werden, wie es die Kommission gerne hätte.

Erst letzte Woche hat etwa der irische High Court die Mobilterminierungsentscheidung der irischen Regulierungsbehörde aufgehoben, weil sich diese bei ihrem "benchmarking"-Zugang auf eine Kommissionsempfehlung abstützte, die das Gericht in dieser Form nicht anerkannte. Verständlich, dass die Kommission da lieber auf Beschlüsse und Durchführungsverordnungen setzt, wie sie insbesondere auch im aktuellen Entwurf des "Connected- Continent"-Verordnungsvorschlags vorgesehen sind, zB gerade auch im Bereich der Netzneutralität.

2.4 VerbraucherInnen als Zielgruppe

Als letzten Punkt bei den Entwicklungstendenzen des materiellen Verwaltungsrechts auf europäischer Ebene möchte ich die stärkere Verbraucherzentrierung ansprechen. Stand in den ersten beiden Regelungswellen

im Telekomrecht das Aufbrechen der Monopole und die Ermöglichung des Marktzutritts durch neue Betreiber im Mittelpunkt, so hat der europäische Gesetzgeber in den letzten Jahren zunehmend die Bedeutung der Endkunden und oft auch spezifisch der Verbraucher entdeckt. Das hängt sicher auch damit zusammen, dass das Parlament selbstbewusster geworden ist, dass sich manchmal auch die Zivilgesellschaft stärker artikuliert (ACTA, Netzneutralität, Internetsperren a la "riposte graduée"), und dass insbesondere Kommissarin Reding als eine der ersten erkannt hatte, dass sie ihr Standing in der Öffentlichkeit und wohl auch in der Kommission mit populären und öffentlichkeitswirksamen Maßnahmen verbessern konnte. Die RoamingVO war, wie schon erwähnt, das erste auch offensiv gegenüber Konsumenten vermarktete Vorhaben, und die aktuelle Kommissarin hat erkannt, dass ihr eine Fortsetzung dieser Kampagne - diesmal beim Datenroaming - wohl helfen könnte, das gesamte Paket besser durch das Parlament zu bringen. Die Konsumenten werden so, wenn schon nicht zur Kernzielgruppe der Rechtsvorschriften selbst, doch zu einer ganz wesentlichen Zielgruppe im Legislativmarketing, einem nun auch auf europäischer Ebene immer wichtiger werdenden Bereich der Öffentlichkeitsarbeit der Organe.

Nicht zufällig hatte man übrigens für eine der beiden Änderungsrichtlinien 2009 den Begriff der Citizens' Rights Directive gewählt, was meines Erachtens freilich fast ebenso irreführend war wie die doch recht mutige Bezeichnung "Better Regulation" Directive für die andere Richtlinie.

3. Europäisierung des Verfahrensrechts

Die heilige nationale Verfahrensautonomie - die Vorstellung, dass das Unionsrecht nicht in mitgliedstaatliches Verfahrensrecht eingreift - ist besonders im Telekom-Bereich jedenfalls seit dem neuen Rechtsrahmen 2002 Geschichte.

3.1. Art 7 und 7a Rahmenrichtlinie

Wie schon im Wettbewerbsregulierungsrecht schlechthin hat das Telekomrecht auch im spezifischen europäischen Verfahrens- und Behördenkooperationsrecht einen gewissen Pilotcharakter mit dem Verfahren nach Art 7 und nun auch 7a der RahmenRL. Ich glaube, dass ich vor diesem Auditorium dieses Art 7/7a-Verfahren nicht näher vorstellen muss. Kernelement des Verfahrens ist jedenfalls, dass ein Entscheidungsentwurf einer nationalen Behörde zunächst zur Konsultation den "Schwesterbehörden" in den anderen Mitgliedstaaten und BEREC - also gewissermaßen der Dachorganisation der nationalen Regulierungsbehörden -, vor allem aber der Kommission übermittelt werden muss und dass allfällige Kommentare Kommission, allenfalls auch der anderen Regulierungsbehörden, bei der endgültigen Beschlussfassung zu berücksichtigen sind, bzw dass - in der Art des "comply or explain" - zumindest eine Auseinandersetzung damit erfolgen muss. Hat die Kommission ernsthafte Zweifel über die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt, so wird das Verfahren verlängert und kann auch mit einem Veto der Kommission (Art 7) oder einer Veto-ähnlichen Empfehlung (Art 7a) enden.

Dieses Verfahren ist einerseits der Versuch einer Art peer review durch andere nationale Regulierungsbehörden, andererseits aber natürlich eine Vorabprüfung der nationalen Entscheidung durch die Kommission, die damit die Einheitlichkeit der Verwaltungspraxis in den Mitgliedstaaten sicherstellen möchte. Dass die Kommission damit in das nationale Verwaltungsverfahren eingreifen kann, noch bevor die nationale Behörde eine Entscheidung trifft, war für die österreichische Verwaltungsrechtsordnung neu, ist aber meines Erachtens ohne besondere Reibungsverluste ins System aufgenommen worden.

Bemerkenswert ist, dass ein vergleichbares Verfahren nun in der "Connected Continent"-VO auch zur Koordination von Frequenzverfahren vorgesehen werden soll, wenngleich hier nicht BEREC, sondern das COCOM für die Koordination verantwortlich sein soll.

Gerade verfahrenstechnisch hat die Europäisierung in anderen Verwaltungsbereichen auch andere Vollzugsmodelle mit sich gebracht, wie etwa den direkten Vollzug durch die Kommission (zB Wettbewerbsrecht) oder Agenturen (zB im Chemikalienrecht nach der REACH-VO), aber auch Möglichkeiten der Erlassung von Referenzentscheidungen durch eine nationale Behörde, die von den Behörden anderer Mitgliedstaaten erst anzuerkennen sind (dh aber anerkannt werden müssen, wenn nicht bestimmte eng gefasste Ausnahmen greifen). Solche Mechanismen gibt es etwa im Arzneimittelrecht oder Biozidprodukterecht. Und schließlich gibt es auch echte transnationale Entscheidungen, bei denen eine Entscheidung einer nationalen Behörde Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten erübrigt oder ersetzt, so typischerweise zB im Zollrecht.

Die neue "Connected Continent"-VO sieht nun mit dem "EU-Passport" eine derartige transnationale Entscheidung vor. Die Anerkennung eines EU-Betreibers durch den Heimatstaat soll jegliche andere Allgemeingenehmigung in einem anderen Mitgliedstaaten ersetzen. Das Konzept unterscheidet sich vom Grundkonzept der DienstleistungsRL, die für zahlreiche andere Dienstleistungen die grenzüberschreitende Leistungserbringung ebenso wie die Gründung von Niederlassungen an anderen Mitgliedstaaten erleichtern soll, aber eben nicht für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste gilt, und es unterscheidet sich auch von den Regeln für Anbieter audiovisueller Mediendienste nach der AVMD-RL, die eine Heimatstaatskontrolle für Fernsehveranstalter vorsieht. Dass ein Fernsehveranstalter der Kontrolle seines Heimatstaates unterworfen ist, bedeutet dort nicht, dass er in allen anderen Mitgliedstaaten Niederlassungen gründen und von dort aus auch Fernsehen veranstalten kann. Eine Besonderheit der "Connected Continent"-VO liegt meines Erachtens auch darin, dass nicht auf die juristische Person abgestellt wird, sondern auch Tochter- und Enkelgesellschaften erfasst sind - man kann sich schon heute auf die gesellschaftsrechtlichen Abgrenzungsprobleme freuen! Während sich also die Unternehmen weiter landesspezifisch mit Tochtergesellschaften organisieren können, sollen nationale Regulierungsbehörden nicht in gleicher Weise landesspezifisch reagieren (regulieren) können.

3.2. Allgemeines Verfahrensrecht, Parteirechte

Die zunehmende Europäisierung zeigt sich auch darin, dass das Unionsrecht – auch abseits der europaweiten Koordinations- und Konsultationsverfahren – Auswirkungen auf die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens hat.

Grundsätzlich verlangt das Unionsrecht, dass es in Verfahren durchgesetzt sind, die dem innerstaatlichen Verfahrensstand entsprechend äquivalent und effizient sind. Eine Benachteiligung der Durchsetzung von Unionsrecht gegenüber der Durchsetzung mitgliedstaatlichen Rechts wird also nicht hingenommen.

Über das mitgliedstaatliche Recht hinaus verlangt das Unionsrecht aber vielfach auch weitere Verfahrensgarantien: Deutlich wird dies etwa bei der Verpflichtung zur Anhörung der Wettbewerbsbehörden, einer Regelung, die ohne unionsrechtliche Vorgabe in Österreich kaum je getroffen worden wäre, zumal die letzten Jahrzehnte eher geprägt waren vom Versuch, Einvernehmens- und Mitwirkungskompetenzen im Sinne der Verfahrensstraffung abzubauen.

Vor allem aber bestimmt das Unionsrecht zunehmend - zumindest indirekt - wer in nationalen Verwaltungsverfahren zu beteiligen ist und Parteistellung hat. Die Prüfung, wem das Unionsrecht durch eine Richtlinie oder Verordnung Rechte einräumt, ist Voraussetzung für die Entscheidung über die Frage, wer einem Verwaltungsverfahren als Partei beizuziehen ist. Das läuft im Ergebnis zwar auf nichts anderes hinaus, als es im § 8 AVG ohnehin angelegt ist (Partei ist, wer vermöge eines Rechtsanspruchs oder rechtlichen Interesses an einer Sache beteiligt ist), aber während im rein nationalen Bereich der Gesetzgeber eine gewisse Freiheit zur Festlegung gerade dieses rechtlichen Interesses oder eben zur ausdrücklichen Regelung der Parteistellung hat, kann er dies im Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht bzw nur eingeschränkt tun. Der österreichische Gesetzgeber muss das schon bei der Regelung der Parteistellung in Marktanalyseverfahren zur Kenntnis nehmen, und derzeit ist beim EuGH auf Grund einer österreichischen Vorlage die Frage anhängig, ob ein Mitbewerber in einem nationalen Frequenzuteilungsverfahren bei der Genehmigung einer Eigentumsänderung seines "Konkurrenten" Betroffener im Sinne des Art 4 Abs 1 der Rahmenrichtlinie ist. Wer letztlich in einem Verfahren vor der Regulierungsbehörde zu beteiligen ist, liegt damit in der Entscheidungsmacht des EuGH.

3.3. Anforderungen an Rechtsmittelverfahren

Nur kurz erwähnen möchte ich, dass auch die Erfordernisse des Rechtsschutzes sich trotz aller Ansprüche an die Verfahrensautonomie nicht allein nach nationalem Recht bestimmen, sondern durch die Richtlinie teilweise vorgegeben werden. Dies betrifft zB die Anordnung, dass Rechtsmitteln generell keine aufschiebende Wirkung zukommen soll, und die ebenfalls in Art 4 RahmenRL vorgegebenen allgemeinen Anforderungen an das Rechtsmittelverfahren.

Darüber hinaus verlangt insb die Grundrechtecharta eine umfassende Rechtsschutzgewährleistung, die sich im Kern an den Verfahrensgarantien der Art 6 und 13 EMRK orientiert. Anders als nach Art 6 EMRK gilt dies aber nicht nur

für zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen und strafrechtliche Anklagen- Auch in Verwaltungssachen, in denen keine "civil rights" zur Disposition stehen, verlangt die Charta echten gerichtlichen Rechtsschutz - der natürlich nach dem Unionsrecht stets dem nationalen Rechtsschutz (zumindest) äquivalent und effizient sein muss. Für Österreich war und ist dieser Punkt durchaus heikel, wengleich nicht im Telekomrecht, wo erstinstanzlich in der Regel ein Tribunal entscheidet, wohl aber in anderen Materien wie etwa dem Umweltrecht, zumal hier der VfGH, wie der VfGH im Kompetenz-Erkenntnis zur UVP bei Eisenbahn-Hochleistungsstrecken ausgesprochen hat, gegebenenfalls über die ihm gesetzlich eingeräumte Kognitionsbefugnis hinausgehen hätte müssen, um den geforderten Rechtsschutz zu gewährleisten. Dieses Problem wird mit 1.1.2014 durch Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit aber der Vergangenheit angehören.

4. Europäisierung des institutionellen Rechts

4.1. Anforderungen an die nationale Regulierungsbehörde

Auch die institutionelle Autonomie der Mitgliedstaaten ist zunehmend eingeschränkt: die normativen Vorgaben an die nationale Regulierungsbehörde in Art 3 der RahmenRL wurden mit der Reform 2009 weiter ausgebaut; etwa mit der Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur finanziellen Ausstattung oder zur Aufstellung von Haushaltsplänen, vor allem aber mit der Verpflichtung, die entscheidenden Organe der nationalen Regulierungsbehörde in bestimmten Fällen weisungsfrei zu stellen. In anderen Regulierungsbereichen wie dem Energierecht gibt es ähnliche, manchmal noch weitergehende Bestimmungen - etwa dass es pro Mitgliedstaaten nur eine nationale Regulierungsbehörde geben darf, was gerade in einem föderal geprägten Staat wie Österreich auch politisch schwer lösbar ist. Da aber Telekommunikation in Gesetzgebung und Vollziehung Bundesache ist und auch unmittelbar von Bundesbehörden vollzogen wird, haben wir hier in diesem Sektor keine schwierigen föderalen Abgrenzungsprobleme.

4.2. ULTRA?

Ein ewiges Thema ist die Frage, ob die Institutionalisierung auf europäischer Ebene fortschreitet, ob also etwa durch eine Agentur mehr an tatsächlichen Vollzugsaufgaben auf die europäische Ebene gehoben werden sollte. Was Ende der 90er Jahre als "ULTRA" (Union Level Telecommunications Regulatory Authority) durch die Debatte geisterte (ausgehend von einer von der Kommission in Auftrag gegebene Studie), ist gerade angesichts der Debatte um einen "vernetzten Kontinent", wieder aktuell geworden.

Der Entwurf für die "Connected Continent"-Verordnung sieht eine derartige europaweite Regulierungsbehörde nicht vor, was wohl am Widerstand gegen die vergangenen Versuche liegt, aber vielleicht auch daran, dass angesichts der Rechtsprechung des EuGH der mögliche Handlungsspielraum einer Agentur auf Unionsebene doch recht beschränkt ist und sie den komplexen Wettbewerbsregulierungsverfahren wohl nicht gewachsen wäre. Zudem hat man

mit der Netzsicherheitsagentur ENISA ohnehin ein ständiges Sorgenkind, das wahrlich nicht Lust auf Nachwuchs an solchen Agenturen macht.

5. „Europäisierung“ des höherrangigen Rechts

Ein weiterer Aspekt der Europäisierung des Verwaltungsrechts, der meines Erachtens eine kurze gesonderte Erwähnung verdient, ist die zunehmend deutlicher werdende Grundrechtsbindung auf europäischer Ebene. Zwar war der relevante Kernbestand des Grundrechtsschutzes schon vor dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta durch die Rechtsprechung des EuGH gesichert (Stichwort: allgemeine Rechtsgrundsätze und gemeinsame Verfassungsüberlieferung), aber in der Verwaltung und sonstigen Rechtsanwendung so richtig bewusst wurde die Grundrechtsdimension der Union wohl tatsächlich erst mit der Charta.

Der wesentlichste aktuelle Prüfstein ist sicher die Vorratsdatenspeicherung, deren Vereinbarkeit mit der Grundrechtecharta derzeit Gegenstand mehrerer Verfahren vor dem EuGH ist.

Im Anwendungsbereich des Unionsrechts - also zB immer auch dann, wenn nationale Rechtsvorschriften angewendet werden, mit denen eine Richtlinie umgesetzt wird - werden die Grundrechtsverbürgungen der Charta - in der Auslegung, die ihnen die zahlreicher werdende Rechtsprechung des EuGH gibt - jedenfalls weiter an Bedeutung zulegen, zu Lasten wohl der nationalen Verfassungsgerichte. Dabei tun sich verschiedenste Fragen auf, ua nach den vom EuGH teilweise erst zu entwickelnden Abwägungskriterien bei konkurrierenden Grundrechtspositionen, etwa zwischen der Informationsfreiheit (Art 11) und dem Datenschutz (Art 8) oder Art 11 und 17 (Eigentumsrecht). Bemerkenswert ist etwa, dass der EuGH im Urteil Scarlet Extended (Netzsperrn) der unternehmerischen Freiheit entscheidende Bedeutung beigemessen hat, zumal nach Art 16 GRC die unternehmerische Freiheit nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten bloß "anerkannt" wird, dass hier also kein Recht eingeräumt oder garantiert wird, und dass der EuGH das dennoch als gleichrangiges Grundrecht dem Eigentumsrecht gegenüberstellt. Auf die Bedeutung speziell der Rechtsschutzgarantien der GRC, die für Österreich durch die Sicherung der Tribunalgarantien auch in einfachen Verwaltungssachen durchaus Neues bringen, habe ich schon hingewiesen.

6. Grenzen der Europäisierung / Rücknahme von Kompetenzen?

Eigentlich dachte ich, dass ich auf die deutsche Kanzlerin Merkel verweisen müsste oder den niederländischen Premier Rutte oder gar den britischen Premier Cameron, um aktuelle Tendenzen nationaler Regierungsvertreter zur De-Europäisierung oder europäischen Dis-Integration anzusprechen. Gestern aber fand sich mit Europa-Staatssekretär Lopatka auch ein führender Politiker einer österreichischen Regierungspartei, der sich dem Vorbild Merkel anschloss und - wie er es sagte - „die Macht der EU eindämmen“ will.

Dass sich mit anti-europäischer Stimmungsmache Oppositionswahlkampf machen lässt, ist seit langem klar, dass nun auch staatstragende Parteien – oder das, was von ihnen übrig ist – in diese Richtung gehen, ist – abgesehen vom Vereinigten Königreich und von Dänemark – doch eine relativ rezente Entwicklung. Die Gründe dafür sind vielfältig, manches davon hat wohl auch mit der wachsenden Unpopularität des ESM zu tun, aber die Ablehnung fortschreitender Integration und darüber hinaus der Wunsch nach Rücknahme von Kompetenzen ist nicht auf diesen Stabilitätsmechanismus beschränkt. Lopatka etwa hat Arbeitsmarkt und Sozialpolitik erwähnt, zwei Bereiche, in denen die Integration übrigens lang zurückgeht, man denke nur an die Verordnung 1408/76. Dass der Telekommunikationsmarkt als solcher von einer Rücknahme von Kompetenzen unmittelbar betroffen sein könnte, ist aber prima facie nicht anzunehmen – zu eng ist hier die Integration mit dem Binnenmarkt, und es gibt wohl wenige Sektoren, in denen die Überbrückung der Binnengrenzen so klar angelegt ist wie in der Telekommunikation.

Doch dieser erste Befund sollte nicht täuschen: Telekommunikationspolitik ist auch Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik, in manchem Regionalpolitik, und gerade die großen Mitgliedstaaten wollen in diesen Bereichen durchaus ihre Eigenständigkeit bewahren – oft auch zum Wohle ihrer großen Unternehmen. Das muss nicht immer den Wunsch nach Rücknahme der Gesetzgebungskompetenzen bedeuten, es reicht vielleicht schon, wieder Richtlinien zu schaffen, die weitere Spielräume für die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten lässt, oder auch die Vollziehung wieder stärker zu renationalisieren.

Nirgends wird dies wohl so deutlich wie in Deutschland, wo schon mit der Regelung der sogenannten „Regulierungsferien“ sehr bewusst ein – juristisch von Anfang an aussichtsloser – Kampf gegen die Kommission in Kauf genommen wurde. Ergebnis war, dass der EuGH zwar eine Vertragsverletzung Deutschlands feststellte, dass auf politischer Ebene aber mit dem Reformpaket 2009 einige der deutschen Anliegen – im Kern eine verstärkte Berücksichtigung von Investitionsrisiken – aufgenommen wurden. Die Nebenwirkung, dass der deutsche Incumbent in der Zeit des Vertragsverletzungsverfahrens die Vorteile der „Regulierungsferien“ genießen konnte, nahm Deutschland natürlich in Kauf.

Und nun will es Deutschland – diesmal die nationale Regulierungsbehörde – auch in der Vollziehung im Streit um die Terminierungsentgelte auf eine Auseinandersetzung mit der Kommission ankommen lassen, ausdrücklich unter Hinweis auf den Wettbewerb der Regulierungssysteme. Hier dürfte zwar die Rechtslage nicht so eindeutig sein wie bei den Regulierungsferien, aber es ist jedenfalls ein Signal, das sich in diesem Fall nicht nur gegen die Kommission, sondern auch gegen andere nationale Regulierungsbehörden richtet, die von der Entscheidung ja mittelbar betroffen sind.

Für mich ist aber das Interessante an diesem Fall nicht zuletzt, dass man auch hier schon, wenn man denn will, etwas von dem vorhersehen kann, was in dem

geleakten Entwurf des "Connected Continent"-Verordnungsvorschlags angelegt ist. Denn wenn einmal die Heimatstaatskontrolle Wirklichkeit wird und der Wunsch der Kommission nach wenigen starken europäischen Playern aufgegangen, mit anderen Worten: ein europaweites Oligopol hergestellt ist, dann werden eben zB BT und Vodafone im UK, Telefónica in Spanien, Orange in Frankreich und Deutsche Telekom in Deutschland reguliert werden. Wie "intensive" solche nationale Kontrolle sein kann, zeigt sich vielleicht auch daran, dass es den Incumbents sowohl in Spanien als auch in Frankreich und Deutschland möglich war, jahrelang unter den Augen der Regulierungsbehörde ihre Marktmacht durch margin squeeze oder predatory pricing zu missbrauchen, wie die einschlägigen Urteile des EuGH bzw EuG zeigen.

Aber bedeuten solche Vollzugsprobleme schon eine "De-Europäisierung", eine Umkehrung des bisher recht geradlinigen Wegs zur Verstärkung der europäischen Integration? Wohl nicht. Denn zumindest das materielle Recht bleibt europäisiert, und dass es in der Vollziehung starke nationale Abweichungen gibt ist auch nichts wirklich Neues.

Ein Aspekt, der eher gegen einer Renationalisierung von Rechtssetzungsbefugnissen spricht, ist gerade auch die von der Kommission gewünschte Oligopolisierung: wenn einmal die kleineren Betreiber aufgekauft oder in eine Marktnische gedrängt sind (oder ganz aus dem Markt gedrängt wurden), wenn also einmal die drei, vier oder fünf europaweite "Referenzbetreiber" übrig sind, dann fehlt jeder Anreiz zu differenzierter regionaler Rechtssetzung: die drei/vier/fünf Betreiber werden einen möglichst verständigen Heimatregulator aussuchen und die anderen nationalen Regulierungsbehörden verlieren drastisch an Bedeutung. Neue - renationalisierte - Rechtssetzungsbefugnisse der Mitgliedstaaten würden daran nichts ändern, die fusionierten Unternehmen würden dadurch auch nicht mehr neu in ihren Teilen auferstehen.

7. Ausblick

Damit komme ich ganz zum Schluss noch zu einem knappen, wie das gesamte Referat: höchst subjektiven Ausblick. Auch der ist ambivalent und mag widersprüchlich klingen, denn meiner Ansicht nach wird die nun diskutierte Verordnung die Europäisierung vorantreiben und zugleich zurücknehmen. Was meine ich damit?

Die "Connected Continent"-VO treibt die Europäisierung voran, indem sie - eben in Verordnungsform - das materielle TK-Recht weiter vereinheitlicht und die paneuropäische Dienstleistungsförderung fördert. Sie schafft aber zugleich die Chance, dass sich die europäischen Anbieter von Kommunikationsnetzen und -diensten konsolidieren und sich einem in gewissem Rahmen von ihnen ausgesuchten "Heimatregulator" unterwerfen, der den strukturellen, systembedingten Anreiz hat, gerade diesen Anbieter möglichst sanft zu regulieren. Die nationalen Regulierungsbehörden kleinerer Länder bzw ohne starke Heimat-Player würden

deutlich an Bedeutung verlieren und zu besseren Briefkästen werden, an die Notifikationen der starken Heimatstaaten geschickt werden. Vielleicht kommt es dann, wie von Deutschland gewünscht, tatsächlich zu einem Wettbewerb der Regulierungssysteme, aber ob der auf einem level playing field ausgetragen wird, scheint fraglich.