SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS L. A. GEELHOED

vom 13. Dezember 2001 [1]

I — Einleitung

1. In der vorliegenden Rechtssache hat der österreichische Verwaltungsgerichtshof zwei Fragen gestellt.

2. Die erste Frage betrifft die Auslegung von Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision — ONP) [2] in der Fassung der Richtlinie 97/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 [3]. Des Näheren fragt der Verwaltungsgerichtshof, ob diese Bestimmung, die bestimmten Parteien das Recht verleiht, bei einer unabhängigen Stelle Einspruch einzulegen, unmittelbare Wirkung hat.

3. In der zweiten Frage — betreffend die Auslegung von Artikel 82 EG, Artikel 86 EG und Artikel 2 der Richtlinie 96/2/EG der Kommission vom 16. Januar 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG betreffend die mobile Kommunikation und Personal Communications [4] und die Artikel 9 und 11 der Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste [5] — geht es um die Zulässigkeit bestimmter Zuweisungen von zusätzlichen Frequenzen für DCS—1800. DCS—1800 gehört zu den im digitalen zellularen Mobilfunkbereich (GSM) bestehenden Systemen. Die Beantwortung dieser zweiten Frage ist nach Auffassung des vorlegenden Gerichts nur erforderlich, wenn Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 unmittelbare Wirkung hat.

II — Der rechtliche Rahmen

Gemeinschaftsrecht

4. Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 lautet:

„(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass geeignete Verfahren auf nationaler Ebene

1 — Originalsprache: Niederländisch.

2 — ABl. L 192, S. 1. Verweisungen auf diese Richtlinie in den vorliegenden Schlussanträgen beziehen sich auf den Wortlaut der durch die Richtlinie 97/51 geänderten Fassung.

3 — ABl.L 295, S. 23.

4 — ABl. L 20, S. 59.

5 — ABl. L 117, S. 15.

bestehen, um einer von einer Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde betroffenen Partei das Recht zu gewähren, bei einer von den betroffenen Parteien unabhängigen Stelle gegen diese Entscheidung Einspruch zu erheben."

5. Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2, der für die zweite Frage des vorlegenden Gerichts von Bedeutung ist, bestimmt: [6]

„(3) Die Mitgliedstaaten dürfen die Kombination von Mobiltechnologien oder Systemen nicht beschränken, insbesondere wenn Multistandardgerät verfügbar ist. Dehnen sie bestehende Lizenzen auf solche Kombinationen aus, so stellen sie sicher, dass eine solche Ausdehnung gemäß Absatz 4 gerechtfertigt ist.

(4) Die Mitgliedstaaten ergreifen, soweit erforderlich, Maßnahmen, um die Umsetzung dieses Artikels sicherzustellen, wobei sie der Notwendigkeit Rechnung tragen, den effektiven Wettbewerb zwischen Betreibern von Systemen, die auf den betreffenden Märkten miteinander im Wettbewerb stehen, zu gewährleisten."

6 — Obwohl ich in den vorliegenden Schlussanträgen, wie sich herausstellen wird, nicht auf die Beantwortung der zweiten Frage eingehen werde, zitiere ich in diesem rechtlichen Zusammenhang jedoch einige Bestimmungen, die im Rahmen der zweiten Frage zur Diskussion stehen. Diese Bestimmungen geben nämlich ein gutes Bild von der rechtlichen Regelung und dienen hier zur Veranschaulichung meines Vorschlags hinsichtlich der ersten Frage.

6. Ich möchte auch auf die Begründungserwägungen der Richtlinie 96/2 hinweisen. In der achten Begründungserwägung heißt es:

„Dabei sollte der Notwendigkeit, die Investitionen von neu auf den Markt tretenden Unternehmen in diesem Bereich zu fördern, gebührend Rechnung getragen werden. Die Mitgliedstaaten sollten von der Erteilung von Lizenzen an einen bereits bestehenden Betreiber, zum Beispiel an einen bereits auf ihrem Territorium tätigen GSM-Betreiber, absehen können, wenn nachgewiesen werden kann, dass dies effektiven Wettbewerb verhindern könnte, insbesondere durch die Ausdehnung einer marktbeherrschenden Stellung. Vor allem wenn ein Mitgliedstaat DCS—1800-Lizenzen erteilt oder bereits erteilt hat, dürfen neue Lizenzen an bestehende GSM- oder DCS—1800-Betreiber nur unter Bedingungen erteilt werden, die auf die Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbs zielen."

In der fünfzehnten Begründungserwägung heißt es u. a.:

„Im Zusammenhang mit Mobilkommunikations- und Personal-Communications-Systemen sind Funkfrequenzen entscheidende, aber rare Ressourcen. Die Vergabe von Funkfrequenzen für Mobilkommunikations- und Personal-Communications-Systeme durch die Mitgliedstaaten nach Kriterien, die nicht objektiv, transparent und nichtdiskriminierend sind, lässt sich nicht mit Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 59 des Vertrages

vereinbaren, soweit sie Betreiber aus anderen Mitgliedstaaten benachteiligen. Die Entwicklung eines effektiven Wettbewerbs im Telekommunikationssektor kann eine objektive Rechtfertigung für die Ablehnung der Vergabe von Frequenzen an Betreiber sein, die bereits eine marktbeherrschende Stellung auf dem geographischen Markt innehaben."

7. Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 97/13 bestimmt:

„(2) Bei der Erteilung von Einzelgenehmigungen müssen die Mitgliedstaaten Folgendes beachten:

— Einzelgenehmigungen müssen durch offene, nichtdiskriminierende und transparente Verfahren erteilt werden, die für alle Antragsteller gleich sind, sofern kein objektiver Grund für eine unterschiedliche Behandlung besteht.

— Es sind angemessene Fristen festzulegen; unter anderem ist dem Antragsteller sobald wie möglich, spätestens aber sechs Wochen nach Eingang des Antrags, die Entscheidung über den Antrag mitzuteilen. In den Bestimmungen zur Durchführung dieser Richtlinie können die Mitgliedstaaten die Frist in objektiv begründeten Fällen, die in diesen Bestimmungen einzeln aufgeführt sind, auf bis zu vier Monate ausdehnen ..."

8. Artikel 11 dieser Richtlinie lautet:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass von dem Unternehmen im Rahmen der Genehmigungsverfahren nur die Gebühren erhoben werden, die die für die Ausstellung, Verwaltung, Kontrolle und Durchsetzung der jeweiligen Einzelgenehmigungen anfallenden Verwaltungskosten abdecken. Die Gebühren für eine Einzelgenehmigung müssen in Relation zu dem damit verbundenen Aufwand stehen und sind mit ausreichenden Einzelheiten in geeigneter Form zu veröffentlichen, damit die Kenntnisnahme ohne Schwierigkeiten möglich ist.

(2) Ungeachtet des Absatzes 1 können die Mitgliedstaaten ihren nationalen Regulierungsbehörden für den Fall, dass auf knappe Ressourcen zurückgegriffen werden soll, gestatten, Abgaben zu erheben, die die Notwendigkeit widerspiegeln, die optimale Nutzung dieser Ressourcen sicherzustellen. Diese Abgaben müssen nichtdiskriminierend sein und insbesondere der Notwendigkeit Rechnung tragen, die Entwicklung innovativer Dienste und den Wettbewerb zu fördern."

Nationales Recht

9. Das Telekommunikationsgesetz[7] bestimmt, dass die Zuteilung von Frequenzen, die zur Erbringung von öffentlichen Mobilkommunikationsdiensten vorgesehen sind, durch eine Konzession in dem durch die §§ 22 ff. dieses Gesetzes geregelten Verfahren erfolgt. Die Konzession wird von der Regulierungsbehörde jenem Antragsteller erteilt, der die effizienteste Nutzung der Frequenzen gewährleistet; dies wird durch die Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgelts festgestellt. Die Vergabe erfolgt nach den Grundsätzen eines offenen, fairen und nichtdiskriminierenden Verfahrens aufgrund öffentlicher Ausschreibung. Die Zuteilung weiterer Frequenzen an einen Konzessionsinhaber für denselben Dienst ist eine Erweiterung der bestehenden Konzession und erfolgt nach den Bestimmungen der Konzession. Sind in dieser darüber keine Bestimmungen enthalten, ist das normale Verfahren durchzuführen.

10. Als nationale Regulierungsbehörde wurde die Telekom-Control-Kommission benannt[8]. Dieser sind u. a. die Erteilung, Entziehung und der Widerruf von Konzessionen sowie die Zustimmung bei Übertragung und Änderungen von Konzessionen zugewiesen. Die Telekom-Control-Kommission wurde durch das Gesetz als weisungsfreie Kollegialbehörde eingerichtet. Sie besteht aus drei Mitgliedern, die durch die Bundesregierung ernannt werden. Ein Mitglied hat dem Richterstand anzugehören. Sie entscheidet in erster und letzter Instanz.

11. Gegen die Entscheidung der Telekom-Control-Kommission kann gemäß Artikel 144 Absatz 1 Bundes-Verfassungsgesetz (im Folgenden: B-VG) der Verfassungsgerichtshof angerufen werden. Die Nachprüfungsbefugnis des Verfassungsgerichtshofes ist jedoch beschränkt. Er kann nur prüfen, ob eine Verletzung in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder eine Rechtsverletzung wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen Staatsvertrags vorliegt.

12. Eine Beschwerde aus anderen als den genannten Gründen ist im österreichischen Recht, soweit es im Ausgangsverfahren anwendbar ist, nicht vorgesehen. Angelegenheiten, über die die Telekom-Control-Kommission entschieden hat, sind nach diesem Recht von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgeschlossen. Nach Artikel 133 Ziffer 4 B-VG sind Angelegenheiten, über die in oberster Instanz die Entscheidung einer Kollegialbehörde zusteht, wenn unter den Mitgliedern sich wenigstens ein Richter befindet, von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgeschlossen, es sei denn, dessen Anrufung wird ausdrücklich für zulässig erklärt. Dies ist für Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission, die als ein in Artikel 133 Ziffer 4 genanntes Kontrollorgan angesehen werden kann, nicht erfolgt.

7 — BGBl I 1997/100.

8 — Für bestimmte Gegenstände, die hier keine Rolle spielen, ist die Telekom-Control-Kommission nicht zuständig. Für diese Gegenstände wurde als nationale Regulierungsbehörde die Telekom-Control GmbH benannt.

13. Im Übrigen ist das österreichische Recht zwischenzeitlich geändert worden. Seit dem 1. Juli 2000 ist der Verwaltungsgerichtshof für die Entscheidung über Beschwerden gegen Bescheide der Telekom-Control-Kommission zuständig. Dies war auch der Grund, aus dem die Kommission kein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Österreichische Republik eingeleitet hat, wie sie in der mündlichen Verhandlung in der vorliegenden Rechtssache erklärt hat.

14. Für die Beantwortung der zweiten Frage des vorlegenden Gerichts ist § 125 Absatz 3 des Telekommunikationsgesetzes von Bedeutung. Dieser lautet wie folgt:

„Die Behörde darf bestehenden Inhabern einer Konzession zur Erbringung des reservierten Fernmeldedienstes mittels Mobilfunk im digitalen zellularen Mobilfunkbereich bei Bedarf zusätzliche Frequenzen im Ausmaß von jeweils 5 MHz aus dem für DCS—1800 reservierten Frequenzbereich zuweisen, wenn seit der Rechtskraft des Konzessionsbescheides des Lizenzwerbers für die 1997 zu vergebende DCS—1800-Konzession zumindest drei Jahre vergangen sind. Vor diesem Zeitpunkt können den bestehenden Konzessionsinhabern zusätzliche Frequenzen aus dem für DCS—1800 reservierten Frequenzbereich nur dann zugewiesen werden, wenn deren Teilnehmerkapazität nachweislich, unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbarer technischer möglicher Möglichkeiten ausgeschöpft ist."

15. Für die Verwertung „des restlichen für DCS—1800 reservierten Frequenzbereichs" wurde 1998 ein Absatz 3a in § 125 des Telekommunikationsgesetzes eingefügt[9], der bestimmt, dass jedenfalls eine weitere Konzession mit einer bundesweiten Versorgungspflicht und darüber hinaus mehrere andere, nicht bundesweite Konzessionen vergeben werden sollen, wobei die Inhaber von bestehenden Konzessionen von der Vergabe einer weiteren Konzession mit bundesweiter Versorgungspflicht ausgeschlossen sind. Die Inhaber von bestehenden Konzessionen können jedoch die Zuweisung neuer Frequenzen beantragen, dürfen diese Frequenzen jedoch nicht vor Ablauf der in § 125 Absatz 3 festgesetzten Dreijahresfrist nutzen.

III — Sachverhalt und Verfahren

16. Die Mobilkom Austria AG (im Folgenden: Mobilkom) erhielt mit Bescheiden vom 6. November 1996 und 23. Juli 1997 vom zuständigen Minister eine Konzession für 2 x 8 MHz (39 Kanäle) im 900 MHz-Bereich. Mobilkom ist die Rechtsnachfolgerin des vormaligen Monopolinhabers auf dem Gebiet der Post und Telekommunikation in Österreich (Post & Telekom Austria AG). Sie steht mehrheitlich im öffentlichen Eigentum.

9 — BGBl I 1998/98.

17. Aufgrund der Bescheide des Ministers vom 25. Januar 1996 und 23. Juli 1997, die aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung erlassen wurden, verfügt Ö CALL-MOBIL Telekommunikation Service GmbH (nunmehr max.mobil Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, im Folgenden: max.mobil) über ein gleiches Recht. Diese Firma bezahlte ein Konzessionsentgelt in Höhe von 4 Milliarden ATS. Ein ebenso hohes Entgelt war am 2. Juli 1996 von der Rechtsvorgängerin der Mobilkom verlangt worden. Zahlungsverpflichtet ist nunmehr Mobilkom.

18. Am 19. August 1997 wurde aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung die Konzession im Bereich DCS—1800 der Klägerin des Ausgangsverfahrens Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH (im Folgenden: Klägerin) erteilt. Diese musste dafür ein Entgelt von 2,3 Mrd. ATS entrichten. Ihr wurde ein Frequenzspektrum von 2 × 16,8 MHz (84 Kanäle) zugewiesen und eine Aufstockung auf 2 × 22,5 MHz (112 Kanäle) bei Erreichen eines Teilnehmervolumens von 300 000 Abonnenten und 75 % Versorgungsgrad in Aussicht gestellt.

19. Mit Bescheid vom 10. August 1998 wies die Telekom-Control-Kommission der Mobilkom in Erweiterung der ihr früher erteilten Konzession ein zusätzliches Frequenzspektrum für DCS—1800 zu. Dieses zusätzliche Frequenzspektrum wurde per 1. Januar 1999 zugewiesen, hatte einen Frequenzbereich von 2 x 5 MHz (24 DCS—1800-Kanäle) und war zur Erbringung des digitalen zellularen Mobilfunkdienstes unter Einsatz von Basisstationen im Bundesland Wien bestimmt. Ein Antrag auf Zuweisung eines weiteres Frequenzspektrums von 2 x 3,4 MHz aus dem für DCS—1800 reservierten Frequenzbereich wurde abgelehnt. Dieser Bescheid vom 10. August 1998 beruhte auf § 125 Absatz 3 des Telekommunikationsgesetzes. Es ist dieser Bescheid, der nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochten wird.

20. Die Klägerin erhob gegen den Bescheid vom 10. August 1998 Beschwerde zum Verfassungsgerichtshof. Dieser sprach mit Erkenntnis vom 24. Februar 1999 aus, dass die Klägerin durch den angefochtenen Bescheid weder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht noch wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in ihren Rechten verletzt worden sei. Die Beschwerde wurde abgewiesen.

21. In der Begründung seines Bescheides geht der Verfassungsgerichtshof auch auf Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 ein. Er hält den Inhalt dieser Bestimmung „in Bezug auf das Recht auf ein Einspruchsverfahren gegen die Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde [für] hinreichend genau, um im Sinne der ständigen Rechtsprechung des EuGH ... [10] insofern unmittelbar wirksam zu sein, als es irgend ein wirksames (aufsteigendes) Rechtsmittel an eine unabhängige Stelle geben muss". Aus der Richtlinie gehe nicht hervor, welche nationale Stelle zuständig sei.

10 — Der Verfassungsgerichtshof verweist auf das Urteil vom 19. November 1991 in den Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich, Slg. 1991, I-5357).

22. Der Verfassungsgerichtshof leitet sodann aus den Artikeln 131 Absatz 1 Unterabsatz 1 und 133 Ziffer 4 B-VG her, „dass gegen Entscheidungen mit richterlichem Einschlag nur die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes in Betracht kommt". Zwar scheine Artikel 133 Ziffer 4 B-VG einer Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes im Wege zu stehen. Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts — der Verfassungsgerichtshof geht insoweit von einer unmittelbaren Wirkung des Artikels 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 aus — habe jedoch zur Folge, dass für den Anwendungsbereich der Richtlinie Artikel 133 Ziffer 4 B-VG nicht anwendbar sei. Gegen eine Entscheidung der Telekom-Control-Kommission in ihrer Rolle als „nationale Regulierungsbehörde" sei somit eine Beschwerde zum Verwaltungsgerichtshof zulässig.

23. Für die Erwägungen des Verfassungsgerichtshofes spielt eine Rolle, dass die Möglichkeit, sich an den Verfassungsgerichtshof selbst zu wenden, nicht als ein Recht, Einspruch zu erheben, im Sinne von Artikel 5a Absatz 3 der genannten Richtlinie angesehen werden könne. Der Verfassungsgerichtshof habe nämlich nur eine beschränkte Nachprüfungsbefugnis. Die dem Verwaltungsgerichtshof übertragene Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Verwaltung genüge sehr wohl den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts.

24. Aufgrund dieser Erwägungen trat der Verfassungsgerichtshof die Beschwerde mit Beschluss vom 3. März 1999 gemäß Artikel 144 Absatz 3 B-VG dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung ab.

Vorabentscheidungsfragen

25. Daraufhin hat der österreichische Verwaltungsgerichtshof den Gerichtshof mit Beschluss vom 24. November 1999, bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen am 2. Dezember 1999, um Vorabentscheidung über folgende Fragen ersucht:

1. Ist Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387/EWG des Rates in der Fassung der Richtlinie 97/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates dahin auszulegen, dass dieser Norm unmittelbare Wirkung in dem Sinne zukommt, dass sie unter Verdrängung einer entgegenstehenden innerstaatlichen Zuständigkeitsvorschrift die Zuständigkeit einer bestimmten auf nationaler Ebene bestehenden „unabhängigen Stelle" für die Durchführung eines „geeigneten Verfahrens" über den Einspruch einer betroffenen Partei gegen eine Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde bestimmt?

2. Für den Fall der Bejahung der ersten Frage: Sind die Artikel 82 und 86 Absatz 1 EG, Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2/EG der Kommission sowie Artikel 9 Absatz 2 und Artikel 11 Absatz 2 der Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates oder die sonstigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Rechtsvorschrift entgegenstehen, die vorsieht, dass bestehenden Inhabern einer Konzession zur Erbringung des reservierten Fernmeldedienstes mittels Mobilfunks im digitalen zellularen Mobilfunkbereich vor Ablauf von drei Jahren ab Rechtskraft des Konzessionsbescheides

für die im Jahr 1997 an einen Lizenzwerber vergebene DCS—1800-Konzession zusätzliche Frequenzen aus dem für DCS—1800 reservierten Frequenzbereich zugewiesen werden dürfen, wenn deren Teilnehmerkapazität nachweislich unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbarer technischer Möglichkeiten ausgeschöpft ist, wobei die Frequenzzuweisung ohne Vorschreibung eines gesonderten Frequenznutzungsentgelts und auch an ein öffentliches Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung im 900 MHz-Bereich erfolgen kann? [11]

26. Beim Gerichtshof haben schriftliche Erklärungen eingereicht die Klägerin des Ausgangsverfahrens, Connect Austria, die Beklagte des Ausgangsverfahrens, die Telekom-Control-Kommission, sowie Mobilkom Austria AG, die österreichische Regierung, die schwedische Regierung und die Kommission. In der Sitzung des Gerichtshofes am 11. Oktober 2001 haben alle diese Beteiligten mit Ausnahme der schwedischen Regierung ihren Standpunkt mündlich erläutert.

IV — Die erste Frage

Eingereichte Erklärungen

27. Die Klägerin leitet die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts her. Aufgrund der Regelung des Artikels 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 müsse Artikel 133 Ziffer 4 B-VG unangewendet bleiben. In der Sitzung hat die Klägerin darauf hingewiesen, dass der Verwaltungsgerichtshof das höchste Gericht mit allgemeiner Zuständigkeit zur richterlichen Kontrolle der österreichischen Verwaltung sei. Es stehe fest, dass kein anderes Gericht für die Entscheidung der Ausgangsrechtsstreitigkeiten zuständig sei; ein Zuständigkeitskonflikt sei deshalb nicht vorstellbar.

28. Mobilkom bringt ein ganz anderes Argument vor. Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 sei in der vorliegenden Rechtssache nicht anwendbar. Diese Vorschrift verleihe den Telekommunikationsanbietern ein Einspruchsrecht gegen an sie gerichtete Entscheidungen der nationalen Regelungsbehörde betreffend den Zugang zu zusammengeschalteten Netzwerken. Die Vorschrift verleihe keinen wettbewerbsrechtlichen Schutz. Dritte Betroffene könnten aus diesem Artikel kein Einspruchsrecht herleiten. Mobilkom regt aus diesem Grund an, die dem Gerichtshof gestellte Frage umzuformulieren.

29. Sowohl die österreichische als auch die schwedische Regierung weisen darauf hin, dass Artikel 5a Absatz 3 keine unmittelbare Wirkung besitze, da er nicht unbedingt und hinreichend genau sei, wie dies nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes erforderlich sei. Die Mitgliedstaaten müssten nämlich Durchführungsvorschriften erlassen. Sie hätten die zuständige Stelle zu benennen und ihre Arbeitsweise festzulegen. Die schwedische Regierung trägt

11 — Die Fußnote betrifft nur die niederländische Originalfassung (Anm. d. Übers).

unter Hinweis auf das Urteil Dorsch Consult [12] vor, dass die Benennung eines zuständigen Gerichts in die nationale Zuständigkeit falle und dass sich der Gerichtshof in diese Benennung nicht einzumischen habe.

30. Die österreichische Regierung führt noch ein anderes Argument an. Die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes genüge sowohl dem allgemeinen Grundsatz eines effektiven Rechtsschutzes als auch den Anforderungen von Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387. In der Sitzung hat die österreichische Regierung ihren Standpunkt wie folgt erläutert: Die Telekom-Control-Kommission müsse als ein Gericht im Sinne von Artikel 234 EG angesehen werden und sei außerdem — wenn sie in letzter Instanz entscheide — verpflichtet, Vorabentscheidungsfragen zu stellen. Wenn sie dieser Verpflichtung nicht nachkomme und keine Vorabentscheidungsfragen stelle, werde dies nach österreichischem Recht als ein Verstoß gegen ein verfassungsmäßiges Recht angesehen, gegen den die Beschwerde zum Verfassungsgerichtshof gegeben sei.

31. Die Kommission weist darauf hin, dass Artikel 5a Absatz 3 denselben Charakter habe wie Artikel 41 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge [13], um den es im Urteil Dorsch gegangen sei. Zur unmittelbaren Wirkung des Artikels 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 führt die Kommission aus: Inhaltlich habe diese Bestimmung unmittelbare Wirkung, da der Einzelne ein Beschwerderecht daraus herleiten könne. Verfahrensmäßig habe sie jedoch keine unmittelbare Wirkung. Das nationale Recht müsse bestimmen, bei welcher Instanz er sein Beschwerderecht ausüben könne. Gleichwohl machten es die richtlinienkonforme Auslegung und der wirksame Schutz der Rechte der Bürger erforderlich, dass die nationalen Stellen — wie hier der Verwaltungsgerichtshof — prüfen müssten, ob ein Beschwerderecht gegen Bescheide der Regulierungsbehörde auf dem Gebiet der Telekommunikation existiere. Wenn ein solches Beschwerderecht, das der Richtlinie 90/387 genüge, nicht bestehe, könnten die Betroffenen von dem Mitgliedstaat Schadensersatz wegen der nicht rechtzeitigen Umsetzung der Richtlinie verlangen [14].

32. Im vorliegenden Fall sei Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 nicht ordnungsgemäß in das österreichische Recht umgesetzt worden, da es keine unabhängige Stelle gebe, die die Rechtmäßigkeit der Bescheide der nationalen Regulierungsbehörde kontrolliere.

12 — Urteils des Gerichtshofes vom 17. September 1997 in der Rechtssache C-54/96 (Slg. 1997, I-4961).

13 — ABl. L 209, S. 1.

14 — Siehe Urteil vom 24. September 1998 in der Rechtssache C-111/97 (EvoBus Austria, Slg. 1998, I-5311).

Das Urteil Dorsch Consult

33. Zu Recht wird in mehreren der eingereichten Erklärungen ein Vergleich zwischen der vorliegenden Rechtssache und dem Urteil Dorsch Consult angestellt. In diesem Urteil ging es um die Frage der unmittelbaren Wirkung einer Richtlinienbestimmung in einem Fall, in dem eine Richtlinie — die Richtlinie 92/50 über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge [15] — nicht rechtzeitig umgesetzt worden war. Konkret ging es um die Frage, ob die nach dem Recht der Mitgliedstaaten zur Nachprüfung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau- und Lieferaufträge zuständigen Instanzen auch zur Nachprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge befugt seien, ohne dass der nationale Gesetzgeber ihnen diese Zuständigkeit ausdrücklich verliehen hätte. Der Gerichtshof hat folgende Erwägungen angestellt [16].

34. Zuerst untersucht der Gerichtshof allgemein die Schaffung eines angemessenen Verfahrens bei Rechtsstreitigkeiten, in denen es um individuelle, auf dem Gemeinschaftsrecht beruhende Rechte geht. Er vertritt die Auffassung, dass es nicht seine Aufgabe sei, bei der Lösung von Zuständigkeitsfragen mitzuwirken, die die Qualifizierung bestimmter auf dem Gemeinschaftsrecht beruhender Rechtslagen aufwerfen könne. Es sei Sache der Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zuständig sei, in denen es um individuelle, auf dem Gemeinschaftsrecht beruhende Rechte gehe. Die diesbezügliche Zuständigkeit nationaler gerichtlicher Instanzen sei deshalb Sache der Mitgliedstaaten. Sie seien dabei jedoch verpflichtet, auf jeden Fall einen effektiven Schutz der Rechte der Bürger sicherzustellen.

35. Sodann wendet sich der Gerichtshof der Richtlinie 92/50 zu. Diese Richtlinie verpflichte die Mitgliedstaaten zwar, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um eine wirksame Nachprüfung auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge sicherzustellen, gebe jedoch nicht an, welche nationalen Instanzen zuständig sein müssten oder dass es sich dabei um dieselben Instanzen handeln müsse, die die Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Bau- und Lieferaufträge bestimmt hätten.

36. Der Gerichtshof geht weiterhin auf die Bedeutung der nicht rechtzeitigen Umsetzung der Richtlinie 92/50 ein. Er erinnert daran, dass die sich aus einer Richtlinie ergebenden Verpflichtungen der Mitgliedstaaten allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten oblägen, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten. Dies gelte auch für die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung von Vorschriften des innerstaatlichen Rechts.

37. Der Einzelne habe unter bestimmten Umständen das Recht, sich vor Gericht gegenüber einem Mitgliedstaat, der der

15 — Siehe Nr. 31 meiner Schlussanträge.

16 — Randnrn. 40 ff. des Urteils. Der Gerichtshof folgt derselben Argumentation im Urteil vom 24. September 1998 in der Rechtssache EvoBus Austria (zitiert in Fußnote 14).

Richtlinie nicht nachgekommen sei, auf diese zu berufen, ohne dass diese Mindestgarantie dem Mitgliedstaat als Rechtfertigung dafür dienen könnte, sich der Verpflichtung zum rechtzeitigen Erlass der erforderlichen Durchführungsmaßnahmen zu entziehen. Wenn eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich sei, könnten die Betroffenen gemäß dem einschlägigen Verfahren des nationalen Rechts den Ersatz des Schadens verlangen, der ihnen dadurch entstanden sei, dass die Richtlinie nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist umgesetzt worden sei.

38. Aufgrund dieser Erwägungen beantwortet der Gerichtshof die ihm gestellte Frage dahin, dass sich aus der Richtlinie 92/50 nicht ergebe, „dass mangels Umsetzung dieser Richtlinie innerhalb der hierzu vorgesehenen Frist die zur Nachprüfung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau- und Lieferaufträge zuständigen Instanzen der Mitgliedstaaten auch zur Nachprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge befugt sind. Die Erfordernisse einer der Richtlinie 92/50 entsprechenden Auslegung des nationalen Rechts und eines effektiven Schutzes der Rechte des Einzelnen gebieten es dem nationalen Gericht jedoch, zu prüfen, ob dem Einzelnen aufgrund der einschlägigen Vorschriften des nationalen Rechts ein Anspruch auf Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge zuerkannt werden kann. Unter Umständen wie denen des vorliegenden Falles hat das nationale Gericht insbesondere zu prüfen, ob dieser Anspruch auf Nachprüfung vor denselben Instanzen geltend gemacht werden kann, die auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge vorgesehen sind“ [17].

17 — Urteil Dorsch Consult, Punkt 46.

39. Kurz gesagt kann der Einzelne in einem Fall, in dem eine Richtlinie nicht umgesetzt wurde, nicht unmittelbar aus dem Gemeinschaftsrecht ein Recht auf Nachprüfung herleiten. Ein solches Recht auf Nachprüfung kann — aber dies ist Sache des innerstaatlichen Gerichts — nur aus einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts hergeleitet werden. Insoweit regt der Gerichtshof an, dem nationalen Recht entsprechende Maßnahmen zu entnehmen.

Würdigung

40. Meines Erachtens kann sich der Gerichtshof in der vorliegenden Rechtssache auf die im Urteil in der Rechtssache Dorsch Consult angestellten Überlegungen stützen. Ich unterscheide bei der Anwendung der in jenem Urteil angestellten Überlegungen auf die vorliegende Rechtssache eine Reihe von Schritten.

41. Der erste Schritt ist für mich die Feststellung, dass Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden ist. In diesem Zusammenhang erinnere ich zunächst an die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Artikel 249 EG, wonach jeder Mitgliedstaat verpflichtet ist, im Rahmen seiner nationalen Rechtsordnung alle Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, um die uneingeschränkte Wirkung einer Richtlinie gemäß dem mit ihr verfolgten Ziel sicherzustellen.

42. Die Richtlinie 90/387 gehört zu einer Gruppe von Gemeinschaftsmaßnahmen aus den 90er Jahren, die die Liberalisierung des Kommunikationssektors bezweckten. Es war häufig der Erlass detaillierter Vorschriften nötig, um dafür zu sorgen, dass Newcomer tatsächlichen Zugang zu einem Markt erhielten, der bis dahin von einem Monopolisten beherrscht war. Das Merkmal eines Großteils dieser Vorschriften ist, dass sie dem früheren Monopolisten Verpflichtungen auferlegen, von denen die neu auf den Markt tretenden Unternehmen profitieren können. Zur Veranschaulichung verweise ich hier auf die Begründungserwägungen der Richtlinie 96/2, die in Nummer 6 der vorliegenden Schlussanträge zitiert wurden. Die Notwendigkeit, die Investitionen von neu auf den Markt tretenden Unternehmen zu fördern, konnte sogar dazu führen, dass bereits bestehende GSM-Betreiber keine Lizenz für DCS—1800 erhalten konnten. So hatte im vorliegenden Fall § 125 des österreichischen Telekommunikationsgesetzes zur Folge, dass die existierenden Marktbeteiligten Mobilkom und max.mobil nur unter sehr einschränkenden Voraussetzungen für eine Frequenz für DCS—1800 in Betracht kommen konnten. Auf diese Art sollte sichergestellt werden, dass neu auf den Markt tretende Unternehmen wie die Klägerin auch wirklich Zugang zu dem österreichischen GSM-Markt erhalten konnten.

43. In einem solchen System, das bezweckt, die bestehende Ungleichheit zwischen — potenziellen — Marktbeteiligten zu beseitigen, muss nicht nur für eine ausgeglichene materielle Regelung, sondern auch für eine ausgeglichene und tatsächliche Durchführung gesorgt werden.

44. In diesem Rahmen spielen die nationalen Regulierungsbehörden eine wichtige Rolle. Ihr Tätigwerden muss, wie sich u. a. aus der neunten Begründungserwägung der Richtlinie ergibt, von Unabhängigkeit, ja sogar von einer unparteiischen Haltung bestimmt sein. Sie müssen nicht nur von den Marktbeteiligten, sondern auch von den Dienststellen der zentralen Hoheitsgewalt unabhängig sein, soweit dies im Zusammenhang mit der oft noch bestehenden finanziellen Beteiligung der Hoheitsgewalt an dem früheren Monopolinhaber erforderlich ist. Und gerade eine solche unabhängige Instanz — die hauptsächlich aus Sachverständigen auf dem betreffenden Fachgebiet besteht und über die die parlamentarische Aufsicht allenfalls indirekt ausgeübt werden kann — passt nur dann in einen Rechtsstaat, wenn ihre Entscheidungen gerichtlich nachprüfbar sind. In diesem Zusammenhang sehe ich Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387, der bestimmt, dass „einer von einer Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde betroffenen Partei das Recht zu gewähren [ist], bei einer von den betroffenen Parteien unabhängigen Stelle gegen diese Entscheidung Einspruch zu erheben".

45. Die nationalen Regulierungsbehörden wie die Telekom-Control-Kommission haben in erster Linie eine Verwaltungsfunktion, die sie von den zentralen Hoheitsträgern übernommen haben. Zu ihren Kernaufgaben gehört u. a. die Erteilung von Lizenzen. Sie sind somit als Verwaltungsorgane anzusehen und haben entgegen dem Vorbringen der österreichischen Regierung keine richterliche Funktion. Bei der Lizenzerteilung werden mit Sicherheit nicht die Anforderungen erfüllt, die der Gerichtshof an die Befugnis zur Vorlage von

Vorabentscheidungsfragen gemäß Artikel 234 EG stellt. Ich verweise zu diesem Punkt auf das kürzlich ergangene Urteil in der Rechtssache Salzmann [18], aus dem hervorgeht, das eine Befugnis zur Vorlage an den Gerichtshof nur dann besteht, wenn bei der vorlegenden Instanz ein Rechtsstreit anhängig ist und sie im Rahmen eines Verfahrens zu entscheiden hat, das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abzielt.

46. Die Auffassung der österreichischen Regierung, dass die nationalen Regulierungsbehörden selbst Vorabentscheidungsfragen stellen könnten, ist deshalb offensichtlich unrichtig. Darüber hinaus weise ich noch darauf hin, dass selbst dann, wenn der Gerichtshof der Auffassung der österreichischen Regierung folgen würde, dies nicht dazu führen würde, dass die Voraussetzungen des Artikels 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 erfüllt wären. Nach dieser Vorschrift muss nämlich der Einspruch gegen eine Entscheidung der Regulierungsbehörde gegeben sein. Die Regulierungsbehörde kann schon nach dem Wortlaut der Richtlinie nicht selbst Einspruchsbehörde sein.

47. Das Recht auf Nachprüfung ist meines Erachtens in dem von der Richtlinie geschaffenen System und noch allgemeiner in dem System der Liberalisierung des Telekommunikationsrechts unentbehrlich. Abgesehen davon, dass alle Bestimmungen einer EG-Richtlinie genau und vollständig umgesetzt werden müssen, bedeutet dies, dass das Recht auf Nachprüfung nicht eng ausgelegt werden darf. Eine Beschränkung des Umfangs des Einspruchsrechts oder der Arten der Entscheidungen, gegen die Einspruch eingelegt werden kann, halte ich nicht für zulässig.

48. Ich habe übrigens weder im Wortlaut, noch in den Begründungserwägungen der Richtlinie eine Stütze für die Auffassung von Mobilkom gefunden, dass Artikel 5a Absatz 3 sich nicht auf Rechtsstreitigkeiten über die Zuweisung von Frequenzen durch die Telekom-Control-Kommission bezieht. Artikel 5a hat allgemeinen Charakter und will sicherstellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden ihre Entscheidungen unter Beachtung der nötigen Garantien fällen. Es geht nicht an, dass dritte Betroffene, die von der Entscheidung unmittelbar berührt werden, kein Einspruchsrecht haben. Mehr noch, Artikel 5a Absatz 3 bezweckt gerade auch den Schutz der Interessen von neu auf den Markt tretenden Firmen wie der Klägerin.

49. Weiterhin genügt meines Erachtens die im österreichischen Recht vorgesehene be-

18 — Urteil vom 14. Juni 2001 in der Rechtssache C-178/99 (Slg. 2001, I-4421, Randnrn. 13 und 14).

grenzte Prüfung durch den Verfassungsgerichtshof nicht den Voraussetzungen der Vorschrift über das Einspruchsrecht. Für mich ist klar, dass Artikel 5a Absatz 3 ein uneingeschränktes Einspruchsrecht vorsieht. Alle denkbaren Gründe für die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung müssen erörtert werden können.

50. Daher steht für mich fest, dass die Republik Österreich Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 nicht ordnungsgemäß umgesetzt hat, da gegen (bestimmte) Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission kein Einspruch gegeben ist, der den Anforderungen der Richtlinie entspricht.

51. Der zweite Schritt bezieht sich auf die individuelle unmittelbare Wirkung des Artikels 5a Absatz 3. Aus dem Urteil Dorsch Consult ergibt sich meines Erachtens, dass Artikel 5a Absatz 3 keine unmittelbare Wirkung haben kann. Die jeweilige Zuständigkeit der Gerichte ist Sache der Mitgliedstaaten. Diese — und somit nicht der Gemeinschaftsgesetzgeber — müssen ein zuständiges Gericht benennen. So ist die Aufgabenverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Rechtsschutzes. Das Gemeinschaftsrecht kann auf dem Gebiet des Rechtsschutzes materielle Anforderungen stellen und tut dies auch häufig. Es ist Sache der Mitgliedstaaten, den Rechtsschutz auch tatsächlich durch ihre eigene Gerichtsorganisation sicherzustellen. In diesem Licht sehe ich auch die Bemerkung der Kommission, dass Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 zwar inhaltlich, nicht jedoch verfahrensmäßig unmittelbare Wirkung hat.

52. Auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofes über die unmittelbare Wirkung von Richtlinien komme ich zu dem selben Schluss. Die Einzelnen können sich gegen die Mitgliedstaaten nur auf solche Bestimmungen nicht umgesetzter Richtlinien berufen, die unbedingt und hinreichend genau sind. In dieser Frage teile ich die Auffassung der Kommission, dass Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 zwar hinreichend genau und unbedingt ist, was seinen Inhalt betrifft, dass dies jedoch noch nicht bedeutet, dass Einzelne sich vor den nationalen Gerichten auf diese Bestimmung berufen können [19]. Auf alle Fälle ist das Tätigwerden des nationalen Gesetzgebers erforderlich, der das Gericht bestimmen muss, das befugt ist, über den Einspruch zu entscheiden.

53. Dieser Schluss steht auch im Einklang mit dem kürzlich ergangenen Urteil in der Rechtssache Gharehveran [20]. Dort hat der Gerichtshof entschieden, dass ein Arbeitnehmer gegen den Mitgliedstaat vorgehen kann, wenn er nach innerstaatlichen, gegen eine Richtlinie verstoßenden Vor-

19 — Diese Formulierung übernehme ich aus dem Urteil vom 19. November 1991 in der Rechtssache Francovich u. a. (zitiert in Fußnote 10).

20 — Urteil vom 18. Oktober 2001 in der Rechtssache C-441/99 (Slg. 2001, I-7687).

schriften aus dem Kreis der Personen ausgeschlossen ist, die einen Anspruch auf eine bestimmte Bezahlung haben. Der Gerichtshof stützt sich insoweit darauf, dass der fragliche Mitgliedstaat sich nicht auf das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums stützen konnte. Im vorliegenden Fall liegt dies anders: Die Benennung eines zuständigen Gerichts liegt gerade im Ermessen des Mitgliedstaats.

54. Beim dritten Schritt geht es um die Frage, ob eine richtlinienkonforme Auslegung eine Lösung herbeiführen kann. Nach dem vielfach vom Gerichtshof angewandten Grundsatz [21] muss das nationale Gericht seine Auslegung des innerstaatlichen Rechts so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen und auf diese Weise Artikel 249 Absatz 3 EG nachzukommen.

55. In der vorliegenden Rechtssache erscheint mir auch die richtlinienkonforme Auslegung nicht als ein erfolgversprechender Weg. Das von der österreichischen Verfassung errichtete System ist nämlich völlig eindeutig und keiner Auslegung zugänglich. Nach innerstaatlichem Recht ist der österreichische Verwaltungsgerichtshof nur zuständig, wenn der Gesetzgeber seine Anrufung ausdrücklich für zulässig erklärt. Hieran kann eine richtlinienkonforme Auslegung nichts ändern. Dazu kommt, dass nach nationalem Recht eine Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zu einem bestimmten Zeitpunkt unanfechtbar geworden ist und dass die Schaffung einer Einspruchsmöglichkeit — contra legem! — aufgrund einer richtlinienkonformen Auslegung die Rechtssicherheit anderer Betroffener ernsthaft beeinträchtigen würde.

56. Auch die Überlegungen des Gerichtshofes in der Rechtssache Dorsch Consult bringen mich nicht zu einer anderen Überzeugung. Dort verpflichtet der Gerichtshof das innerstaatliche Gericht, der Frage weiter nachzugehen, ob im innerstaatlichen Recht eine Befugnis entnommen werden kann, insbesondere, wenn es sich um Instanzen handelt, die ganz ähnliche Streitigkeiten schlichten.

57. Auch in diesem Punkt ähnelt der vorliegende Fall stark dem Sachverhalt in der Rechtssache Dorsch Consult. In beiden Rechtssachen liegt es nahe, einem bestimmten nationalen Gericht die in Rede stehende Befugnis einzuräumen. Würde diesem Gericht diese Befugnis zuerkannt, so würde dies in keinem der beiden Fälle zu einer Beeinträchtigung der innerstaatlichen Gerichtsorganisation führen oder Zuständigkeitsfragen aufwerfen. In der Rechtssache Dorsch Consult war eine Instanz für die Schlichtung ganz ähnlicher Streitsachen wie derjenigen, um die es in jenem Rechtsstreit ging, benannt worden; in der vorliegenden Rechtssache geht es um eine Art von Konflikten, für die der österreichische Verwaltungsgerichtshof zuständig ist, die jedoch aus Gründen, die

21 — Siehe z. B. Urteil vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-106/89 (Marleasing, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8).

nichts mit der Richtlinie zu tun haben, seiner Entscheidungsbefugnis entzogen sind.

58. Die vom Gerichtshof im Urteil Dorsch Consult gewählte Lösung läuft im Grunde darauf hinaus, das vorlegende Gericht aufzufordern, zu prüfen, ob es sich selbst durch eine richtlinienkonforme Auslegung des innerstaatlichen Rechts eine Zuständigkeit verschaffen kann. Ich lasse hier offen, was diese Prüfung durch das vorlegende Gericht in der Rechtssache Dorsch Consult ergeben hat oder hätte ergeben können. Im vorliegenden Fall halte ich dagegen eine derartige Prüfung nicht für sinnvoll. Nach österreichischem Recht besteht kein Zweifel an der fehlenden Befugnis des Verwaltungsgerichtshofes. Dies steht unumstößlich fest.

59. Natürlich — und dies ist der vierte Schritt — hat der Betroffene, der durch die unzureichende Umsetzung des Artikels 5a der Richtlinie 90/387 beeinträchtigt worden ist, das Recht, vor Gericht wegen der Richtlinie gegen den Mitgliedstaat Österreich zu klagen. Eine solche Klage könnte meines Erachtens zur Zuerkennung von Schadensersatz an die Betroffene führen [22], nicht dagegen zur Änderung einer bereits erlassenen Entscheidung der Telekom-Control-Kommission.

60. Im Ergebnis: Obwohl Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 nicht in das österreichische Recht umgesetzt wurde, kann der Einzelne sein Einspruchsrecht weder auf die unmittelbare Wirkung dieser Bestimmung noch auf die richtlinienkonforme Auslegung des innerstaatlichen Rechts stützen. Ihm bleibt nur eine Klage auf Schadensersatz gegen den österreichischen Staat.

V — Die zweite Frage

61. Aufgrund meiner — verneinenden — Antwort auf die erste Frage habe ich die zweite Frage nicht zu beantworten. Das vorlegende Gericht ersucht um Beantwortung der zweiten Frage nur für den Fall, dass die erste Frage bejaht wird. Auch steht meines Erachtens zur Genüge fest, dass der Verwaltungsgerichtshof nicht befugt ist, den Ausgangsrechtsstreit zu entscheiden. Damit steht die zweite Frage nicht mehr im Zusammenhang mit einem wirklichen Rechtsstreit. Nach ständiger Rechtsprechung beantwortet der Gerichtshof in diesen Fällen die ihm gestellten Fragen nicht.

22 — Ich verweise auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes im Anschluss an das Urteil vom 19. November 1991 in der Rechtssache Francovich u. a. (zitiert in Fußnote 10).

VI — Ergebnis

62. Aufgrund dieser Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Fragen des Verwaltungsgerichtshofes wie folgt zu beantworten:

1. Ist Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387/EWG vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision — ONP) in der Fassung der Richtlinie 97/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 nicht oder nur unzureichend in das nationale Recht umgesetzt worden, so kann der Einzelne sein Recht auf Nachprüfung durch eine unabhängige Stelle nicht unmittelbar aus der Richtlinie herleiten. Schließt das innerstaatliche Recht einen Anspruch auf Nachprüfung ausdrücklich aus, so kann dieses auch nicht auf den Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung gestützt werden.

2. Die zweite Frage erfordert keine Antwort.