# URTEIL DES GERICHTSHOFES (Fünfte Kammer)

22. Mai 2003 *

In der Rechtssache C-462/99

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 234 EG vom österreichischen Verwaltungsgerichtshof in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

**Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH**

gegen

**Telekom-Control-Kommission,**

Beteiligte:

**Mobilkom Austria AG,**

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über 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 Einfüh-

* Verfahrenssprache: Deutsch.

rung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision — ONP) (ABl. L 192, S. 1) in der durch die Richtlinie 97/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 (ABl. L 295, S. 23) geänderten Fassung, von Artikel 2 Absätze 3 und 4 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 (ABl. L 20, S. 59), der Artikel 9 Absatz 2 und 11 Absatz 2 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 (ABl. L 117, S. 15) sowie der Artikel 82 EG und 86 Absatz 1 EG

erlässt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Richters D. A. O. Edward in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten der Fünften Kammer sowie der Richter A. La Pergola (Berichterstatter) und P. Jann,

Generalanwalt: L. A. Geelhoed,
Kanzler: H. A. Rühl, Hauptverwaltungsrat,

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

— der Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt P. Hoffmann,

— der Telekom-Control-Kommission, vertreten durch ihren Vorsitzenden W. Schramm,

— der Mobilkom Austria AG, vertreten durch Rechtsanwalt P. Lewisch,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch H. Dossi als Bevollmächtigten,

— der schwedischen Regierung, vertreten durch A. Kruse als Bevollmächtigten,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch B. Doherty und C. Schmidt als Bevollmächtigte,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, vertreten durch die Rechtsanwälte A. Foglar-Deinhardstein und P. Hoffmann, der Telekom-Control-Kommission, vertreten durch W. Schramm, der Mobilkom Austria AG, vertreten durch Rechtsanwalt P. Lewisch, der österreichischen Regierung, vertreten durch T. Kramler als Bevollmächtigten, und der Kommission, vertreten durch C. Schmidt, in der Sitzung vom 11. Oktober 2001,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 13. Dezember 2001

folgendes

## Urteil

1 Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 24. November 1999, beim Gerichtshof eingegangen am 2. Dezember 1999, gemäß Artikel 234 EG zwei Fragen nach der 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) (ABl. L 192, S. 1) in der durch die Richtlinie 97/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 (ABl. L 295, S. 23) geänderten Fassung (nachstehend: Richtlinie 90/387), von Artikel 2 Absätze 3 und 4 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 (ABl. L 20, S. 59), der Artikel 9 Absatz 2 und 11 Absatz 2 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 (ABl. L 117, S. 15) sowie der Artikel 82 EG und 86 Absatz 1 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH (nachstehend: Beschwerdeführerin) und der Telekom-Control-Kommission über die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 (DCS — Digital Cellular System) reservierten Frequenzbereich ohne gesonderte Gebühr an die Mobilkom Austria AG (nachstehend: Mobilkom), die bereits eine Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem GSM 900-Standard (GSM — Global System for Mobile Computing) (nachstehend: GSM 900-Lizenz) besitzt.

## Rechtlicher Rahmen

*Gemeinschaftsrecht*

3 Die Richtlinie 96/2 soll den freien Wettbewerb auf dem Markt für mobile Kommunikation und Personal Communications herstellen.

4 Die achte Begründungserwägung dieser Richtlinie lautet:

„Einige Mitgliedstaaten haben zur Zeit Lizenzen für mobile Funkdienste im Frequenzbereich zwischen 1700-1900 MHz, dem DCS 1800 Standard entsprechend, vergeben. In der Mitteilung der Kommission über die Konsultation zum Grünbuch über Mobilkommunikation und Personal Communications vom 23. November 1994 wurde festgestellt, dass DCS 1800 zur GSM-System-Familie gehört.... Mitgliedstaaten, die dies bisher unterlassen haben, [müssen] innerhalb eines angemessenen Zeitraumes Verfahren zur Vergabe solcher Lizenzen einrichten. 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."

5 Die fünfzehnte Begründungserwägung der Richtlinie 96/2 lautet:

„Im Zusammenhang mit Mobilkommunikations- und Personal-Communications-Systemen sind Funkfrequenzen entscheidende, aber rare Ressourcen.... 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 geografischen Markt innehaben.

Die Mitgliedstaaten sollten gewährleisten, dass Verfahren zur Zuteilung von Funkfrequenzen auf objektiven Gesichtspunkten beruhen und keine diskriminierenden Wirkungen haben.... Die Gebühren für die Verwendung der Frequenzen sollten in einem angemessenen Verhältnis stehen und je nach der Anzahl der tatsächlich vergebenen Kanäle erhoben werden."

6 Gemäß Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 96/2 „dürfen sich [die Mitgliedstaaten] nicht weigern,... mindestens eine Genehmigung für den Betrieb von Mobilsystemen nach der DCS-1800-Norm spätestens nach Verabschiedung eines Beschlusses durch den Europäischen Ausschuss für Funkangelegenheiten über den Zugang zu DCS-1800-Frequenzen oder jedenfalls spätestens zum 1. Januar 1998 zu erteilen".

7 Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2 lautet:

„(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."

8 Die Richtlinie 97/13 betrifft nach ihrem Artikel 1 Absatz 1 „die Verfahren zur Erteilung von Genehmigungen für die Erbringung von Telekommunikationsdiensten und die an diese Genehmigungen geknüpften Auflagen, einschließlich Genehmigungen für die Errichtung und/oder den Betrieb von Telekommunikationsnetzen für die Erbringungen derartiger Dienste".

9 In Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 97/13 wird „nationale Regulierungsbehörde" definiert als „die Stelle oder Stellen, die von den Telekommunikationsunternehmen rechtlich und organisatorisch unabhängig sind und von einem Mitgliedstaat mit der Ausfertigung und der Überwachung der Einhaltung von Genehmigungen beauftragt sind".

10 Artikel 9 Absatz 2 erster Gedankenstrich der Richtlinie 97/13 sieht vor:

„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."

11 Artikel 11 der Richtlinie 97/13 bestimmt:

„(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."

12 Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass geeignete Verfahren auf nationaler Ebene 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."

*Nationales Recht*

13 Gemäß Artikel 130 Absatz 1 Buchstabe a des Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG) „erkennt [der Verwaltungsgerichtshof] über Beschwerden, womit... Rechtswidrigkeit von Bescheiden der Verwaltungsbehörden einschließlich der unabhängigen Verwaltungssenate... behauptet wird".

14 Artikel 133 B-VG bestimmt:

„Ausgeschlossen von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes sind:

1. die Angelegenheiten, die zur Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes gehören;

2. [Aufgehoben]

3. die Angelegenheiten des Patentwesens;

4. die Angelegenheiten, über die in oberster Instanz die Entscheidung einer Kollegialbehörde zusteht, wenn nach dem die Einrichtung dieser Behörde regelnden Bundes- oder Landesgesetz unter den Mitgliedern sich wenigstens ein Richter befindet, auch die übrigen Mitglieder in Ausübung dieses Amtes an keine Weisungen gebunden sind, die Bescheide der Behörde nicht der Aufhebung oder

Abänderung im Verwaltungsweg unterliegen und nicht, ungeachtet des Zutreffens dieser Bedingungen, die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes ausdrücklich für zulässig erklärt ist."

15 Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich, dass gemäß § 49 Absatz 12 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) (BGBl. I Nr. 100/1997) die Zuteilung von Frequenzen, die zur Erbringung von öffentlichen Mobilkommunikationsdiensten vorgesehen sind, durch eine Konzession in dem durch die §§ 22 ff. TKG geregelten Verfahren erfolgt. § 22 Absatz 1 TKG bestimmt, dass die Regulierungsbehörde die Konzession für Mobilfunkdienste dem Antragsteller zu erteilen hat, der die allgemeinen Bedingungen erfüllt und die effizienteste Nutzung der Frequenzen gewährleistet; dies wird durch die Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgelts festgestellt. § 22 Absatz 2 TKG sieht vor, dass die Vergabe nach den Grundsätzen eines offenen, fairen und nichtdiskriminierenden Verfahrens aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung erfolgt.

16 Die Zuteilung weiterer Frequenzen an einen Konzessionsinhaber für denselben Dienst ist gemäß § 20 Absatz 4 TKG eine Erweiterung der bestehenden Konzession und erfolgt nach den Bestimmungen der Konzession. Sind in dieser darüber keine Bestimmungen enthalten, ist ein Verfahren gemäß § 22 TKG durchzuführen.

17 § 125 Absatz 3 TKG, eine Übergangsbestimmung, mit der der mit Wirkung vom 1. März 1997 dem Fernmeldegesetz 1993 (BGBl. I Nr. 44/1997) angefügte § 20a Absatz 3b wörtlich übernommen wurde, lautet:

„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."

## Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

18 Dem Vorlagebeschluss zufolge erhielt in Österreich die mehrheitlich im öffentlichen Eigentum stehende Mobilkom mit Bescheid vom 6. November 1996, geändert durch Bescheid vom 23. Juli 1997, eine GSM 900-Lizenz für das Frequenzspektrum von 2 × 8 MHz. Die Firma max.mobil Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, früher Ö CALL-MOBIL Telekommunikation Service GmbH (nachstehend: max.mobil), ist Inhaberin einer gleichartigen Lizenz, die mit Bescheid vom 25. Januar 1996, geändert durch Bescheid vom 23. Juli 1997, erteilt wurde. Diese Firma hatte eine Gebühr von 4 Milliarden ATS angeboten. Eine Gebühr gleicher Höhe war am 2. Juli 1996 von der Post & Telekom Austria AG, Rechtsvorgängerin der Mobilkom, gefordert worden.

19 Am 19. August 1997 wurde der Beschwerdeführerin aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung gegen eine Gebühr von 2,3 Milliarden ATS die erste Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem DCS 1800-Standard (nachstehend: DCS 1800-Lizenz) erteilt. Der Beschwerdeführerin wurde ein Frequenzspektrum von 2 × 16,8 MHz zugewiesen und eine Aufstockung auf 2 × 22,5 MHz bei Erreichen eines Teilnehmervolumens von 300 000 und eines Versorgungsgrads von 75 % in Aussicht gestellt.

20 Mit Bescheid vom 10. August 1998 (nachstehend: angefochtener Bescheid), der auf § 125 Absatz 3 TKG gestützt war, teilte die Telekom-Control-Kommission als nationale Regulierungsbehörde der Mobilkom in Erweiterung ihrer GSM 900-Lizenz ein zusätzliches Frequenzspektrum von 2 x 5 MHz aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste unter Einsatz von Basisstationen nur im Bundesland Wien zu.

21 Die Beschwerdeführerin erhob gegen diesen Bescheid Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof. Dieser wies mit Erkenntnis vom 24. Februar 1999 die Beschwerde ab, weil die Beschwerdeführerin durch den angefochtenen Bescheid weder in einem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht noch wegen Anwendung einer rechtswidrigen allgemeinen Norm in ihren Rechten verletzt worden sei.

22 In den Entscheidungsgründen dieses Erkenntnisses führte der Verfassungsgerichtshof jedoch aus, Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 sei in Bezug auf das Recht auf ein Einspruchsverfahren gegen die Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde hinreichend genau, um im Sinne der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. Urteil vom 19. November 1991 in den Rechtssachen C-6/90 und C-9/90, Francovich u. a., Slg. 1991, I-5357) insofern unmittelbar wirksam zu sein, als es ein wirksames Rechtsmittel an eine unabhängige Stelle geben müsse. In Anbetracht der beschränkten Prüfungsbefugnis des Verfassungsgerichtshofes erfülle der bei ihm eingelegte Rechtsbehelf nicht die Voraussetzungen der genannten Vorschrift, doch könne die dem Verwaltungsgerichtshof obliegende Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts genügen. Im Rahmen des Anwendungsbereichs der Richtlinie 90/387 werde daher Artikel 133 Ziffer 4 B-VG, der der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes für die Entscheidung über Beschwerden gegen die Bescheide der Telekom-Control-Kommission entgegenstehe, aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts verdrängt.

23 Mit Beschluss vom 3. März 1999 trat der Verfassungsgerichtshof die Beschwerde gegen den angefochtenen Bescheid an den Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung ab.

24 Der Verwaltungsgerichtshof weist darauf hin, dass nach dem Telekommunikationsgesetz die Telekom-Control-Kommission Regulierungsbehörde sei, insbesondere was die Erteilung, die Entziehung und den Widerruf von Konzessionen sowie die Zustimmung bei Übertragungen und Änderungen von Konzessionen betreffe. Die Telekom-Control-Kommission sei eine weisungsfreie Kollegialbehörde, bestehend aus drei von der Bundesregierung ernannten Mitgliedern, von denen eines dem Richterstand anzugehören habe, und entscheide in oberster und einziger Instanz.

25 Gemäß Artikel 144 Absatz 1 B-VG könne gegen Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission der Verfassungsgerichtshof angerufen werden, soweit der Beschwerdeführer behaupte, in einem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen Staatsvertrags in seinen Rechten verletzt zu sein.

26 Eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof wegen Rechtswidrigkeit des Bescheides der Telekom-Control-Kommission sei nach Artikel 133 Ziffer 4 B-VG nicht zulässig, weil die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ausdrücklich für zulässig erklärt worden sei.

27 Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Zusammenhang Zweifel, ob Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 in Anbetracht des Urteils des Gerichtshofes vom 17. September 1997 in der Rechtssache C-54/96 (Dorsch Consult, Slg. 1997, I-4961, Randnrn. 40 ff.) unmittelbare Wirkung habe mit der Folge, dass er Artikel 133 Ziffer 4 B-VG außer Acht zu lassen und sich für die Entscheidung über die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den angefochtenen Bescheid für zuständig zu erklären habe.

28 Für den Fall der Bejahung dieser ersten Frage weist der Verwaltungsgerichtshof darauf hin, dass § 125 Absatz 3 TKG die Zuteilung von Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich ohne zusätzliche Gebühr an ein öffentliches Unternehmen mit beherrschender Stellung auf dem Markt für digitale

Mobilfunkdienste nach dem GSM 900-Standard ermögliche. Eine derartige Regelung könne einerseits durch eine weitere Stärkung der bereits dominierenden Marktposition des öffentlichen Unternehmens zu einer nach Artikel 82 EG in Verbindung mit Artikel 86 Absatz 1 EG und Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2 unzulässigen Wettbewerbsverzerrung zu Lasten des Inhabers der DCS 1800-Lizenz führen. Andererseits könne im Hinblick auf dessen Verpflichtung, für die Nutzung der dem DCS 1800-Standard entsprechenden Frequenzen eine Gebühr zu zahlen, eine derartige Regelung aber auch gegen das in den Artikeln 9 Absatz 2 und 11 Absatz 2 der Richtlinie 97/13 verankerte Diskriminierungsverbot verstoßen.

29 Der Verwaltungsgerichtshof hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Artikel 5 a 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 Sinn 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 Artikel 82 und 86 Absatz 1 EG, Artikel 2 Absatz 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 In-

habern einer Konzession zur Erbringung des reservierten Fernmeldedienstes mittels Mobilfunks im digitalen zellularen Mobilfunkbereich vor Ablauf von drei Jahren ab Rechtskraft des Konzessionsbescheids 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?

## Zur ersten Vorlagefrage

*Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen*

30 Die Beschwerdeführerin trägt vor, nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor innerstaatlichem Recht liege es auf der Hand, dass der die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs ausschließende Artikel 133 Ziffer 4 B-VG verdrängt werde. Daher sei die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs für die Entscheidung über Beschwerden gegen Bescheide der Telekom-Control-Kommission zu bejahen, soweit ein solcher Rechtsbehelf dem Erfordernis eines geeigneten Verfahrens im Sinne von Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 genüge.

31 Die österreichische Regierung vertritt unter Berufung auf die Randnummern 25 ff. des Urteils Francovich u. a. die Auffassung, dass Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 keine unmittelbare Wirkung habe. Diese Vorschrift sei insofern nicht unbedingt, als sie den Mitgliedstaaten aufgebe, auf nationaler Ebene geeignete Verfahren vorzusehen, und ihnen somit einen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Ausgestaltung des konkreten Verfahrens, insbesondere hinsichtlich der zuständigen „unabhängigen Stelle", lasse.

32 Jedenfalls entspreche die Möglichkeit, gegen Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission beim Verfassungsgerichtshof nach Artikel 144 B-VG Beschwerde zu erheben, sowohl den Grundsätzen der Gleichwertigkeit und Effektivität des Rechtsschutzes (Urteile vom 14. Dezember 1995 in der Rechtssache C-312/93, Peterbroeck, Slg. 1995, I-4559, Randnr. 12, Dorsch Consult, Randnr. 40, und vom 21. Januar 1999 in der Rechtssache C-120/97, Upjohn, Slg. 1999, I-223, Randnr. 32) als auch den Vorgaben des Artikels 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387.

33 Die schwedische Regierung trägt vor, Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 gebe nicht an, welches Organ über den Rechtsbehelf zu entscheiden habe, sondern setze voraus, dass die Mitgliedstaaten weitere Maßnahmen ergriffen, um das zuständige Organ zu benennen und die anwendbaren Verfahrensvorschriften festzusetzen. Diese Vorschrift entfalte deshalb keine unmittelbare Wirkung. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. Urteil Dorsch Consult) sei es nicht dessen Aufgabe, in die Lösung des Zuständigkeitsproblems einzugreifen, das sich in der innerstaatlichen Gerichtsorganisation aufgrund von individuellen Rechten ergeben könne, die auf dem Gemeinschaftsrecht beruhten.

34 Die Kommission trägt vor, Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 habe den gleichen Aussagegehalt wie Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33) in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1). Beide Vorschriften legten den Mitgliedstaaten nämlich die Verpflichtung auf, von den entscheidenden Behörden unabhängige Stellen zu schaffen, die von den Betroffenen angerufen werden könnten, um die Entscheidungen dieser Behörden zu überprüfen. Der Gerichtshof solle daher die erste Frage in Anlehnung an die Rechtsprechung zur Nachprüfung der Verfahren im öffentlichen Auftragswesen (vgl. Urteile Dorsch Consult sowie vom 24. September 1998 in der Rechtssache C-76/97, Tögel, Slg. 1998, I-5357, und vom 24. September 1998 in der Rechtssache C-111/97, EvoBus Austria, Slg. 1998, I-5411) beantworten.

*Würdigung durch den Gerichtshof*

35 Zum einen ist es nach ständiger Rechtsprechung Sache der Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zuständig ist, in denen es um individuelle Rechte geht, die aus der Gemeinschaftsrechtsordnung hergeleitet werden, wobei die Mitgliedstaaten jedoch für den wirksamen Schutz dieser Rechte in jedem Einzelfall verantwortlich sind. Unter diesem Vorbehalt ist es nicht Aufgabe des Gerichtshofes, bei der Lösung von Zuständigkeitsfragen mitzuwirken, die die Qualifizierung einer bestimmten, auf dem Gemeinschaftsrecht beruhenden Rechtslage im Bereich der nationalen Gerichtsbarkeit aufwerfen kann (vgl. insbesondere Urteile vom 9. Juli 1985 in der Rechtssache 179/84, Bozzetti, Slg. 1985, 2301, Randnr. 17, und vom 4. März 1999 in der Rechtssache C-258/97, HI, Slg. 1999, I-1405, Randnr. 22).

36 Zum anderen gibt Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 den Mitgliedstaaten zwar auf, sicherzustellen, dass auf nationaler Ebene geeignete Verfahren bestehen, um einer von einer Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde betroffenen Partei das Recht zu gewähren, bei einer unabhängigen Stelle gegen diese Entscheidung Einspruch zu erheben; doch ist in dieser Bestimmung nicht angegeben, welche Stelle im betreffenden Mitgliedstaat für die Entscheidung über einen solchen Rechtsbehelf zuständig ist.

37 Am 3. März 1999, dem Tag, an dem der Verfassungsgerichtshof die Beschwerde der Beschwerdeführerin an den Verwaltungsgerichtshof verwies, war Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 nicht in das österreichische Recht umgesetzt. Wie der Verfassungsgerichtshof zutreffend festgestellt hat und entgegen der Auffassung der österreichischen Regierung stellt nämlich ein Beschwerderecht wie das zum Verfassungsgerichtshof, das auf den Fall beschränkt ist, in dem der Beschwerdeführer behauptet, in einem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen Staatsvertrags in seinen Rechten verletzt zu sein, kein geeignetes Verfahren im Sinne von Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 dar und entspricht somit nicht den Anforderungen dieses Artikels.

38 Unter diesen Umständen ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser vorgesehene Ziel zu erreichen, sowie die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß Artikel 10 EG, alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten obliegen, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten. Folglich muss ein nationales Gericht, soweit es das nationale Recht — gleich, ob es sich um vor oder nach der Richtlinie erlassene Vorschriften handelt — bei der Anwendung auszulegen hat, seine Auslegung soweit 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 (vgl. Urteile vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-91/92, Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325, Randnr. 26, EvoBus Austria, Randnr. 18, HI, Randnr. 25, und vom 26. September 2000 in der Rechtssache C-262/97, Engelbrecht, Slg. 2000, I-7321, Randnrn. 38 und 39).

39 Diese Verpflichtung gebietet es dem nationalen Gericht, zu prüfen, ob im nationalen Recht geeignete Verfahren bestehen, nach denen dem Einzelnen gegen die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde ein Anspruch auf Nachprüfung zuerkannt werden kann. Unter Umständen wie denen des vorliegenden Falles hat das nationale Gericht insbesondere zu prüfen, ob dieser Anspruch auf Nachprüfung vor dem Gericht geltend gemacht werden kann, das grundsätzlich für die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Behörden zuständig ist (vgl. in diesem Sinne Urteil EvoBus Austria, Randnr. 19).

40 Ist eine den Anforderungen von Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 genügende Anwendung des nationalen Rechts nicht möglich, so ist das nationale Gericht verpflichtet, das Gemeinschaftsrecht in vollem Umfang anzuwenden und die Rechte, die dieses dem Einzelnen einräumt, zu schützen, indem es notfalls jede Bestimmung unangewandt lässt, deren Anwendung im konkreten Fall zu einem gegen diese Richtlinie verstoßenden Ergebnis führen würde, während die Nichtanwendung dieser Bestimmung das nationale Recht mit der Richtlinie in Einklang bringen würde (vgl. in diesem Sinne, Urteil Engelbrecht, Randnr. 40).

41 Folglich ist ein den Anforderungen von Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 entsprechendes nationales Gericht, das zur Entscheidung über Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde zuständig wäre, stünde dem nicht eine Bestimmung des nationalen Rechts wie Artikel 133 B-VG entgegen, die seine Zuständigkeit ausdrücklich ausschließt, verpflichtet, diese Bestimmung unangewandt zu lassen.

42 Daher ist auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass die Erfordernisse einer der Richtlinie 90/387 entsprechenden Auslegung des nationalen Rechts und eines effektiven Schutzes der Rechte des Einzelnen es den nationalen Gerichten gebieten, zu prüfen, ob dem Einzelnen aufgrund der anwendbaren Bestimmungen des nationalen Rechts gegen die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde ein Anspruch auf Nachprüfung zuerkannt werden kann, der den Kriterien von Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 entspricht. Ist eine den Anforderungen von Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 genügende Anwendung des nationalen Rechts nicht möglich, so ist ein diesen Anforderungen entsprechendes nationales Gericht, das für die Entscheidung über Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde zuständig wäre, stünde dem nicht eine Bestimmung des nationalen Rechts wie die im Ausgangsverfahren fragliche entgegen, die seine Zuständigkeit ausdrücklich ausschließt, verpflichtet, diese Bestimmung unangewandt zu lassen.

## Zur zweiten Vorlagefrage

*Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen*

43 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Mobilkom sei ein öffentliches Unternehmen im Sinne von Artikel 86 Absatz 1 EG und verfüge auch über ausschließliche Rechte im Sinne dieser Bestimmung, da sie als einziges Unternehmen zum Betrieb eines analogen Mobiltelefonnetzes, des „D-Netzes", berechtigt sei.

Für diese Lizenz, die bis zum 31. Dezember 2007 gelte und zur Nutzung eines Frequenzspektrums von 2 x 11 MHz berechtige, habe die Mobilkom keine gesonderte Gebühr gezahlt, was sie mit einer angeblichen Betriebspflicht rechtfertige.

44 Die Mobilkom habe auf dem österreichischen GSM-Markt aufgrund ihres überragenden Marktanteils von rund 70 % eine beherrschende Stellung, so dass Artikel 82 EG auf sie Anwendung finde.

45 Unter diesen Umständen verstoße die entgeltfreie Zuteilung der DCS 1800-Frequenzen an die Mobilkom, die dadurch ihre marktbeherrschende Stellung aufrechterhalten und erweitern könne, gegen Artikel 82 EG in Verbindung mit Artikel 86 EG. Denn durch diese Zuteilung erhalte die Mobilkom als einziger Anbieter die Möglichkeit, alle technisch verfügbaren Mobilfunkdienste (die analogen wie die digitalen nach dem GSM 900- bzw. dem DCS 1800-Standard) aus einer Hand anbieten zu können. Die überwältigenden Wettbewerbsvorteile, die Mobilkom bereits aufgrund ihrer langjährigen Monopolstellung sowie ihrer ebenfalls langjährigen und noch weiter andauernden marktbeherrschenden Stellung besitze, würden dadurch ungemein vergrößert. Dieser Effekt könne nur durch die Verpflichtung zur Zahlung eines Lizenzentgelts für die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich ausgeglichen werden.

46 Aus den beiden Entscheidungen der Kommission 95/489/EG vom 4. Oktober 1995 über die in Italien dem zweiten Betreiber von GSM-Mobilfunkdiensten auferlegten Bedingungen (ABl. L 280, S. 49) und 97/181/EG vom 18. Dezember 1996 über die dem zweiten spanischen GSM-Mobilfunknetzbetreiber auferlegten Bedingungen (ABl. 1997, L 76, S. 19) werde deutlich, dass durch die einseitige Belastung der Neueinsteiger auf dem italienischen und dem spanischen GSM-Markt den ehemaligen staatlichen Monopol-Telefongesellschaften ermöglicht werde, ihre dominante Stellung auf den genannten Märkten unter Verstoß gegen die Artikel 82 Absatz 2 Buchstabe b EG und 86 EG auszudehnen. Dieselbe Überlegung treffe auch auf den vorliegenden Fall zu.

47 Die Bevorzugung der Mobilkom folge aus einem Akt des Gesetzgebers, nämlich aus § 125 Absatz 3 TKG in der Auslegung der Telekom-Control-Kommission.

48 Artikel 2 Absätze 3 und 4 in Verbindung mit der achten Begründungserwägung der Richtlinie 96/2 sehe ausdrücklich die Möglichkeit vor, Betreiber, die bereits eine GSM 900-Lizenz besäßen, von der Lizenzvergabe im DCS 1800-Bereich auszuschließen, insbesondere im Fall der Ausdehnung einer marktbeherrschenden Stellung. Im Ausgangsrechtsstreit könne die Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbs im Sinne der Richtlinie 96/2 nur durch einen Ausschluss der Mobilkom von der DCS 1800-Technologie oder zumindest durch die Zahlung einer Gebühr für die Nutzung der DCS 1800-Frequenzen gewährleistet werden. Die Beschwerdeführerin weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sie seit Mitte des Jahres 1997 Investitionskosten von mehreren Milliarden ATS habe aufwenden müssen.

49 Zur Richtlinie 97/13 trägt die Beschwerdeführerin vor, es stelle eine unterschiedliche Behandlung der Antragsteller im Sinne von Artikel 9 Absatz 2 dieser Richtlinie dar, wenn § 125 Absatz 3 TKG so auszulegen sei, dass die Mobilkom und die max.mobil keine Verpflichtung zur Zahlung einer Frequenznutzungsgebühr treffe, wohingegen sämtliche anderen Bewerber verpflichtet seien, das Verfahren nach den §§ 22 ff. TKG zu durchlaufen.

50 Die Telekom-Control-Kommission trägt vor, aus dem Ausschussbericht zur Begründung der Fernmeldegesetznovelle ergebe sich in Bezug auf § 20a Absatz 3b des Fernmeldegesetzes 1993, dass § 125 Absatz 3 TKG zur Sicherstellung eines effektiven Wettbewerbs auf dem Mobilfunkmarkt beitragen solle, unter Berücksichtigung u. a. der Artikel 82 EG und 86 EG sowie der Richtlinien 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste (ABl. L 192, S. 10) und 96/2.

51 Die Notwendigkeit einer Übergangsbestimmung wie § 125 Absatz 3 TKG, die für Betreiber, die bereits eine GSM 900-Lizenz besäßen, Sonderbestimmungen hinsichtlich der Frequenzvergabe vorsehe, ergebe sich aus der Änderung des Verfahrens für die Erteilung von Lizenzen. Die Mobilkom und die max.mobil hätten ihre Lizenzen nämlich zu einem Zeitpunkt erhalten, in dem die Zuteilung weiterer Frequenzen in der Regel nicht nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens und Zahlung einer Frequenznutzungsgebühr habe erfolgen müssen.

52 Diese Übergangsbestimmung habe zugleich den Lizenzwerbern für die 1997 zu vergebende DCS 1800-Lizenz Planungssicherheit im Hinblick auf das wettbewerbspolitische Umfeld und eine Schutzfrist für den Zuschlagsempfänger bieten sollen. Der österreichische Gesetzgeber habe dies für erforderlich gehalten, damit der Markteintritt des neuen Betreibers nicht von den Betreibern, die bereits eine GSM 900-Lizenz besäßen, aufgrund der durch das bereits ausgebaute Netz gegebenen Startvorteile „unterlaufen" und der effektive Wettbewerb nicht dadurch behindert werde, dass auch die bestehenden Betreiber digitale Mobilfunkdienste nach dem DCS 1800-Standard anböten.

53 Die Betreiber, die bereits eine GSM 900-Lizenz besäßen, sollten aber derartige Dienste anbieten können, wenn die Kapazitätsgrenze des ihnen zur Verfügung gestellten GSM 900-Spektrums erreicht sei, damit ihre Möglichkeit, eine größere Anzahl von Teilnehmern zu versorgen, nicht an technisch und wirtschaftlich unüberwindbare Grenzen stoße.

54 § 125 Absatz 3 TKG solle nämlich nicht eine Ausweitung der Geschäftstätigkeit verhindern, sondern dazu beitragen, eine effiziente Frequenznutzung zu gewährleisten.

55 Zur Anwendung von Artikel 82 EG in Verbindung mit Artikel 86 EG trägt die Telekom-Control-Kommission vor, mit den Frequenzen aus dem für DCS 1800

reservierten Frequenzbereich könnten keine Dienste angeboten werden, die nicht auch mit den Frequenzen aus dem für GSM 900 reservierten Frequenzbereich angeboten werden könnten, da in beiden Bereichen die gleichen technischen Systeme eingesetzt würden. Die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen an die Mobilkom stelle daher für diese keinen Wettbewerbsvorteil dar.

56 Dagegen hätte unter den Umständen des Ausgangsrechtsstreits die Verweigerung der Zuteilung an die Mobilkom zu einer Einschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt für Mobilfunkdienste geführt, denn dann hätten nur noch zwei Unternehmen, die max.mobil und die Beschwerdeführerin, effektiv am Wettbewerb teilnehmen können, während es der Mobilkom aus technischen Gründen nicht mehr möglich gewesen wäre, Dienste entsprechender Qualität anzubieten.

57 Im Übrigen stünden einer Zuteilung zusätzlicher Frequenzen gemäß § 125 Absatz 3 TKG ohne gesonderte Gebühr keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken entgegen. Man müsse vielmehr eine Gesamtbetrachtung der Lizenz- bzw. Frequenznutzungsgebühren sowie der jeweiligen Frequenzausstattung und des Zeitpunkts des Marktzutritts vornehmen.

58 Die Mobilkom und die max.mobil hätten jeweils eine Gebühr von 4 Milliarden ATS für die Ausstattung mit einem Frequenzspektrum von 2 x 8 MHz aus dem für GSM 900 reservierten Frequenzbereich gezahlt. Die Beschwerdeführerin hingegen habe eine Gebühr von 2,3 Milliarden ATS entrichtet für die Ausstattung mit einem Frequenzspektrum von 2 x 16,8 MHz, das in der Folge ohne zusätzliche Gebühr auf 2 x 22,5 MHz habe ausgedehnt werden können. Die Telekom-Control-Kommission habe im Übrigen am 3. April 2000 einem entsprechenden Antrag stattgegeben. Die Beschwerdeführerin habe also ein deutlich niedrigeres Entgelt als ihre Mitbewerber gezahlt und dafür eine wesentlich bessere Frequenzausstattung bekommen.

59 Zu Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2 macht die Telekom-Control-Kommission geltend, aus ihren Ausführungen ergebe sich, dass sie beim Erlass des angefochtenen Bescheides den wettbewerbsrechtlichen Vorgaben Rechnung getragen habe.

60 Zu den Artikeln 9 Absatz 2 und 11 Absatz 2 der Richtlinie 97/13 trägt die Telekom-Control-Kommission vor, sie ließen den Mitgliedstaaten insofern, als sie es ihnen freistellten, solche Abgaben überhaupt einzuführen, einen weiten Gestaltungsspielraum und hätten daher keine unmittelbare Wirkung.

61 Die Mobilkom macht zu Artikel 82 EG in Verbindung mit Artikel 86 EG geltend, sie sei nur einer von mehreren Anbietern im Bereich der Mobilfunkdienste, denn sie besitze weder ein ausschließliches noch ein besonderes Recht. Die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen an sie könne keine Ausdehnung einer beherrschenden Stellung auf einen benachbarten Markt darstellen, da die beiden digitalen Mobilfunksysteme nach dem GSM 900- bzw dem DCS 1800-Standard Teil desselben Produktmarktes seien und im Hinblick auf ihre technische Leistungsfähigkeit und Produktcharakteristika austauschbar seien.

62 Zur Richtlinie 96/2 trägt die Mobilkom vor, wenn Betreibern mit einer GSM 900-Lizenz, um ihnen nach Erreichung ihrer Kapazitätsgrenzen die weitere Teilnahme am Wettbewerb zu ermöglichen, zusätzliche Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich zugeteilt würden, sei dies für den Wettbewerb nicht schädlich, sondern förderlich. Dagegen würde der Wettbewerb beeinträchtigt, wenn der Beschwerdeführerin schlechthin ein Monopol im Bereich der digitalen Mobilfunkdienste nach dem DCS 1800-Standard zugewiesen würde.

63 Hinsichtlich der Richtlinie 97/13 führt die Mobilkom aus, diese beruhe auf dem Grundsatz, dass die Frequenzzuteilungen frei von Gebühren erfolgten, und lasse die Erhebung von Gebühren nur in besonderen Fällen zu. Artikel 11 der

Richtlinie 97/13 beschränke die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, Abgaben oder Gebühren zu erheben, verpflichte sie aber keineswegs dazu. Aus Artikel 9 der Richtlinie ergebe sich nichts anderes, denn dieser Artikel regele das Verfahren für die Erteilung von Einzelgenehmigungen und nicht die Zuteilung von zusätzlichen Frequenzen.

64 Schließlich seien der Beschwerdeführerin im Vergleich zur Mobilkom und zur max.mobil ein ungleich größeres Frequenzspektrum zu einem ungleich günstigeren Preis zugewiesen worden. Eine gebührenfreie Zuteilung zusätzlicher Frequenzen an die Mobilkom und die max.mobil sei als zumindest partieller Ausgleich für diese Begünstigung der Beschwerdeführerin unbedingt erforderlich.

65 Die österreichische Regierung trägt vor, § 125 Absatz 3 TKG sei erlassen worden, um dem Inhaber der ersten in Österreich vergebenen DCS 1800-Lizenz, also dem dritten Inhaber einer Lizenz im Bereich der Mobilfunkdienste, die Möglichkeit zu bieten, Wettbewerbsvorteile, die durch den früheren Markteintritt der Mitbewerber entstanden seien, wettzumachen.

66 Außerdem sei mit der Gebühr, die die ersten beiden Inhaber einer Lizenz im Bereich der Mobilfunkdienste ursprünglich entrichtet hätten, bereits die bei Bedarf dieser beiden Lizenzinhaber gemäß § 125 Absatz 3 TKG bestehende Möglichkeit einer späteren unentgeltlichen Zuteilung zusätzlicher Frequenzen abgegolten gewesen. Diese Annahme sei durch die damalige Rechtslage gedeckt gewesen.

67 Zu Artikel 82 EG in Verbindung mit Artikel 86 EG trägt die österreichische Regierung vor, § 125 Absatz 3 TKG knüpfe die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen an objektive Kriterien, die vom Markterfolg des Mobilfunkbetreibers

und der Nachfrage nach Mobilfunkdiensten abhingen. Unter diesen Umständen könne in der Möglichkeit, einem öffentlichen Unternehmen zusätzliche Frequenzen zuzuteilen, für sich allein noch kein Verstoß gegen Artikel 86 EG in Verbindung mit Artikel 82 EG gesehen werden (vgl. Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76, Hoffmann-La Roche/Kommission, Slg. 1979, 461, Randnr. 91).

68 Der in Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2 verwendete Begriff „effektiver Wettbewerb" sei im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Artikel 82 EG auszulegen. Die österreichische Regierung verweist insoweit insbesondere auf Randnummer 38 des Urteils Hoffmann-La Roche/Kommission. Nach den ihr vorliegenden Daten könne sich jedoch keines der in Österreich auf dem Markt für Mobilfunkdienste befindlichen Unternehmen in nennenswertem Umfang gegenüber seinen Konkurrenten unabhängig verhalten, so dass ein den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts entsprechender wirksamer Wettbewerb gewährleistet sei.

69 Zudem verfolge § 125 Absatz 3 TKG das Ziel, die Investitionen eines neu auf den Markt tretenden Unternehmens zu schützen, wie es in der achten Begründungserwägung der Richtlinie 96/2 gefordert werde.

70 Zu den Artikeln 9 Absatz 2 und 11 Absatz 2 der Richtlinie 97/13 bemerkt die österreichische Regierung schließlich, die Beschwerdeführerin habe für ein Frequenzspektrum von 2 × 22,5 MHz 2,3 Milliarden ATS gezahlt, wohingegen Mobilkom für ein Frequenzspektrum von 2 × 8 MHz 4 Milliarden ATS entrichtet habe.

Würdigung durch den Gerichtshof

71 Vorab ist, was die Auslegung von § 125 Absatz 3 TKG angeht, daran zu erinnern, dass es nicht Sache des Gerichtshofes ist, über die Auslegung nationaler Vorschriften zu befinden; er hat jedoch im Rahmen der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Gerichten der Gemeinschaft und denen der Mitgliedstaaten den Sachverhalt und die Rechtslage, bezüglich deren sich die Vorabentscheidungsfrage, wie sie vorgelegt worden ist, stellt, zu berücksichtigen (vgl. Urteil vom 25. Oktober 2001 in der Rechtssache C-475/99, Ambulanz Glöckner, Slg. 2001, I-8089, Randnr. 10).

Zur Auslegung der Artikel 82 EG und 86 Absatz 1 EG

72 Nach Artikel 86 Absatz 1 EG dürfen die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine dem EG-Vertrag und insbesondere Artikel 82 EG widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

73 Artikel 82 EG verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben, soweit dies dazu führen kann, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird.

74 Insoweit ist erstens festzustellen, dass aus dem Vorlagebeschluss hervorgeht, dass die Mobilkom ein öffentliches Unternehmen ist und auf dem Markt für digitale Mobilfunkdienste nach dem GSM 900-Standard eine beherrschende Stellung innehat.

75 In diesem Zusammenhang ist, auch wenn die Festlegung des relevanten Dienstleistungsmarkts Sache des vorlegenden Gerichts ist, daran zu erinnern, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nur dann von einem hinreichend homogenen und von den anderen Märkten abgegrenzten Markt gesprochen werden kann, wenn die Dienstleistung durch besondere Merkmale gekennzeichnet ist, durch die sie sich von anderen Dienstleistungen so unterscheidet, dass sie für den Verbraucher mit diesen nur in geringem Maß austauschbar und ihrem Wettbewerb nur in wenig spürbarer Form ausgesetzt ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76, United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207, Randnrn. 11 und 12, und vom 11. April 1989 in der Rechtssache 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen und Silver Line Reisebüro, Slg. 1989, 803, Randnr. 40). Insoweit sind nicht nur die objektiven Merkmale der fraglichen Dienstleistungen, sondern auch die Wettbewerbsbedingungen sowie die Struktur der Nachfrage und des Angebots auf dem Markt zu berücksichtigen (vgl. Urteil vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81, Michelin/Kommission, Slg. 1983, 3461, Randnr. 37).

76 Daher hat das vorlegende Gericht im vorliegenden Fall zu prüfen,

— ob es drei gesonderte Märkte gibt, nämlich einen für analoge Mobilfunkdienste, einen für digitale Mobilfunkdienste nach dem GSM 900-Standard und einen für digitale Mobilfunkdienste nach dem DCS 1800-Standard, oder

— ob es zwei gesonderte Märkte gibt, nämlich einen für analoge Mobilfunkdienste und einen für digitale Mobilfunkdienste nach dem GSM 900- und dem DCS 1800-Standard, oder

— ob es nur einen einzigen Markt gibt, nämlich den für Mobilfunkdienste, der sowohl die analogen Mobilfunkdienste als auch die digitalen Mobilfunkdienste nach dem GSM 900- und dem DCS 1800-Standard umfasst.

77 Hierzu hat das vorlegende Gericht insbesondere festzustellen, ob die digitalen Mobilfunkdienste nach dem GSM 900-Standard und die digitalen Mobilfunkdienste nach dem DCS 1800-Standard aus der Sicht des Verbrauchers austauschbar sind, und dabei auch zu prüfen, ob Dual-Band-Mobiltelefone zur Verfügung stehen, die beide Frequenzbereiche nutzen können. Außerdem hat es zu prüfen, welche Bedeutung der Markt für analoge Mobilfunkdienste hat und ob insbesondere auf lokaler Ebene in Großstädten die drei Systeme miteinander konkurrieren.

78 Falls das vorlegende Gericht feststellt, dass der relevante Dienstleistungsmarkt derjenige der Mobilfunkdienste insgesamt ist, hat die Mobilkom, wie sich aus der Akte ergibt, auch auf diesem Markt eine beherrschende Stellung inne.

79 Da sich die beherrschende Stellung der Mobilkom auf das Gebiet eines Mitgliedstaats erstreckt, kann sie eine nach Artikel 82 EG unzulässige beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellen (vgl. in diesem Sinne, Urteil vom 17. Mai 2001 in der Rechtssache C-340/99, TNT Traco, Slg. 2001, I-4109, Randnr. 43).

80 Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung ein Mitgliedstaat dann gegen die in Artikel 86 Absatz 1 EG in Verbindung mit Artikel 82 EG aufgestellten Verbote verstößt, wenn er im Bereich der Gesetzgebung oder Verwaltung eine Maßnahme trifft, mit der er eine Situation schafft, in der ein Unternehmen, dem er besondere oder ausschließliche Rechte verliehen hat, zur missbräuchlichen Ausnutzung seiner beherrschenden Stellung veranlasst wird (vgl. in diesem Sinne insbesondere Urteile vom 13. Dezember 1991 in der Rechtssache C-18/88, GB-Inno-BM, Slg. 1991, I-5941, Randnr. 20, vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-242/95, GT Link, Slg. 1997, I-4449, Randnrn. 33 und 34, und vom 25. Juni 1998 in der Rechtssache C-203/96, Dusseldorp u. a., Slg. 1998, I-4075, Randnr. 61).

81 Praktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens, die darauf abzielen, seine beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken, stellen jedoch eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung dar (vgl. in diesem Sinne Urteile Hoffmann-La Roche/Kommission, Randnr. 90, und Michelin/Kommission, Randnr. 73).

82 Dies gilt auch dann, wenn das Verhalten eines Unternehmens, das auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung innehat, auf eine Ausdehnung dieser beherrschenden Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb auf einen benachbarten, aber getrennten Markt abzielt.

83 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes kann ein System nicht verfälschten Wettbewerbs, wie es der Vertrag vorsieht, nur gewährleistet werden, wenn die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sichergestellt ist (vgl. Urteile vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-202/88, Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223, Randnr. 51, und GB-Inno-BM, Randnr. 25).

84 Beruht die Ungleichheit der Chancen von Wirtschaftsteilnehmern, also der verfälschte Wettbewerb, auf einer staatlichen Maßnahme, so verstößt diese Maßnahme gegen Artikel 86 Absatz 1 EG in Verbindung mit Artikel 82 EG.

85 Insoweit kann der Umstand, dass im Ausgangsrechtsstreit ein neu auf den fraglichen Markt tretendes Unternehmen, nämlich der dritte nationale Betreiber im Bereich der Mobilfunkdienste, für die Erteilung seiner DCS 1800-Lizenz eine Gebühr entrichten muss, während dem ersten nationalen Betreiber, einem öffentlichen Unternehmen mit beherrschender Stellung, ohne gesonderte Gebühr zusätzliche Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich zugeteilt werden, einen Wettbewerbsvorteil darstellen, der es diesem Unternehmen ermöglicht, je nach der Definition des relevanten Marktes entweder seine be-

herrschende Stellung auf den Markt für digitale Mobilfunkdienste nach dem DCS 1800-Standard auszudehnen oder seine beherrschende Stellung auf dem Markt für digitale Mobilfunkdienste oder auf dem für Mobilfunkdienste, durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken, und damit gegen Artikel 82 EG verstoßen.

86 Aufgrund der finanziellen Belastung ihres Wettbewerbers, der die DCS 1800-Lizenz erhielt, also der Beschwerdeführerin, könnte nämlich die Mobilkom als öffentliches Unternehmen mit beherrschender Stellung und, wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausgeführt hat, früherer Monopolist, der bereits über eine Reihe von Vorteilen — so die Präsenz auf den Märkten für analoge Mobilfunkdienste und für digitale Mobilfunkdienste nach dem GSM 900-Standard sowie einen umfangreichen Kundenbestand — verfügt, sich in einer Situation befinden, in der sie insbesondere veranlasst wäre, namentlich den potenziellen Nutzern des Systems nach dem DCS 1800-Standard niedrige Tarife anzubieten und intensive Werbekampagnen unter Bedingungen zu führen, mit denen die Beschwerdeführerin kaum konkurrieren könnte.

87 So kann eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche, die die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an ein öffentliches Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung ohne gesonderte Gebühr gestattet, während das neu auf den fraglichen Markt tretende Unternehmen für seine DCS 1800-Lizenz eine Gebühr entrichten musste, das öffentliche Unternehmen mit beherrschender Stellung veranlassen, dadurch gegen Artikel 82 EG zu verstoßen, dass es je nach der Definition des relevanten Marktes seine beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb ausdehnt oder stärkt. Da in diesem Fall der verfälschte Wettbewerb auf einer staatlichen Maßnahme beruhen würde, die eine Situation schafft, in der die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer nicht sichergestellt wäre, kann diese Maßnahme gegen Artikel 86 Absatz 1 EG in Verbindung mit Artikel 82 EG verstoßen.

88 Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich jedoch, dass im Ausgangsrechtsstreit die Mobilkom und die max.mobil je 4 Milliarden ATS für Lizenzen zahlten, durch die ihnen jeweils ein Frequenzspektrum von 2 x 8 MHz aus dem für GSM 900

reservierten Frequenzbereich zugeteilt wurde, während die Beschwerdeführerin eine Gebühr von 2,3 Milliarden ATS für eine Lizenz entrichtete, durch die ihr ein Frequenzspektrum von 2 x 16,8 MHz aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich zugeteilt wurde, das bei Erreichen eines Teilnehmervolumens von 300 000 auf 2 x 22,5 MHz ausgedehnt werden sollte.

89 Hierzu ist hervorzuheben, dass eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche nicht gegen die Artikel 82 EG und 86 Absatz 1 EG verstößt, wenn im Hinblick auf die von den verschiedenen Betreibern für ihre Lizenzen jeweils erhobenen Gebühren davon auszugehen ist, dass die ohne gesonderte Gebühr erfolgende Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an das öffentliche Unternehmen mit beherrschender Stellung dem Erfordernis entspricht, die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sicherzustellen, und mithin einen unverfälschten Wettbewerb gewährleistet.

90 Ist nämlich die Gebühr, die von dem öffentlichen Unternehmen mit beherrschender Stellung für seine GSM 900-Lizenz einschließlich der späteren, ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Wettbewerber, dem die DCS 1800-Lizenz erteilt wurde, erhoben wurde, gleichwertig, so ist davon auszugehen, dass eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sicherstellt und mithin einen unverfälschten Wettbewerb gewährleistet.

91 Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob dies im Ausgangsrechtsstreit der Fall ist.

92 Insoweit ist zum einen zu beachten, dass, da die Festsetzung der Gebühren die Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte erfordert, von den na-

tionalen Behörden dabei nicht die Einhaltung starrer Kriterien verlangt werden kann, solange sie die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Beschränkungen beachten.

93 Zum anderen hat das vorlegende Gericht im Rahmen seiner Prüfung den wirtschaftlichen Wert der fraglichen Lizenzen festzustellen, wobei es insbesondere den Umfang der verschiedenen zugeteilten Frequenzspektren, den Zeitpunkt des Markteintritts des jeweiligen Betreibers und die Bedeutung der Fähigkeit zu berücksichtigen hat, sämtliche Mobilfunksysteme anbieten zu können.

94 Was das Vorbringen der Beschwerdeführerin angeht, die Mobilkom habe für ihre Lizenz zur Erbringung analoger Mobilfunkdienste keine Gebühr gezahlt, ist es Sache des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob es diese Lizenz bei der Prüfung, ob die Verpflichtung, die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sicherzustellen, von den österreichischen Behörden beachtet wurde, zu berücksichtigen hat; dabei ist insbesondere darauf abzustellen, wann diese Lizenz erteilt wurde, welche Regelung damals galt, ob etwa eine Betriebspflicht bestand und gegebenenfalls welchen wirtschaftlichen Wert diese Lizenz, insbesondere ab der Öffnung des Mobilfunksektors für den Wettbewerb, hatte.

95 Folglich stehen die Artikel 82 EG und 86 Absatz 1 EG einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen grundsätzlich entgegen, die die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an ein öffentliches Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung, das bereits eine GSM 900-Lizenz besitzt, ohne gesonderte Gebühr gestattet, während ein neu auf den fraglichen Markt tretendes Unternehmen für den Erwerb einer DCS 1800-Lizenz eine Gebühr entrichten musste. Diese Bestimmungen stehen jedoch einer solchen nationalen Regelung nicht entgegen, wenn die Gebühr, die von dem öffentlichen Unternehmen mit beherrschender Stellung für seine GSM 900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Wettbewerber, dem die DCS 1800-Lizenz erteilt wurde, erhoben wurde, gleichwertig ist.

Zum Verstoß gegen Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2

96 Die Richtlinie 96/2 bezweckt die Schaffung eines ordnungspolitischen Umfeldes, das es ermöglicht, das Potential der Mobilkommunikation und der Personal Communications zu nutzen. Dazu sieht sie vor, dass möglichst bald alle ausschließlichen und besonderen Rechte aufgehoben werden, indem für die Mobilnetzbetreiber sowohl die Beschränkungen der Freiheit des Betriebes und des Ausbaus ihrer Netze für die in der entsprechenden Genehmigung oder Berechtigung vorgesehenen Zwecke als auch die Wettbewerbsverzerrungen beseitigt werden und ihnen die Kontrolle über ihre Kosten ermöglicht wird (vgl. Urteil vom 16. Oktober 2001 in den Rechtssachen C-396/99 und C-397/99, Kommission/Griechenland, Slg. 2001, I-7577, Randnr. 25).

97 Entsprechend dieser Zielsetzung verbietet es Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 96/2 den Mitgliedstaaten für die Zeit ab dem 1. Januar 1998, Genehmigungen für den Betrieb von Mobilsystemen nach dem DCS 1800-Standard zu verweigern (vgl. Urteil Kommission/Griechenland, Randnr. 26).

98 Wie aus Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2 hervorgeht, dürfen die Mitgliedstaaten bestehende Lizenzen für die Erbringung von digitalen Mobilfunkdiensten nur dann auf Kombinationen von digitalen Mobilfunksystemen nach dem GSM 900- bzw. dem DCS 1800-Standard ausdehnen, wenn eine solche Ausdehnung durch die Notwendigkeit gerechtfertigt ist, den effektiven Wettbewerb zwischen Betreibern von Systemen, die auf den betreffenden Märkten miteinander im Wettbewerb stehen, zu gewährleisten.

99 Gemäß der achten Begründungserwägung der Richtlinie 96/2 hatten die Mitgliedstaaten bei der Einrichtung eines Verfahrens zur Vergabe von DCS 1800-Lizenzen der Notwendigkeit, die Investitionen von neu auf den Markt tretenden Unternehmen in diesem Bereich zu fördern, gebührend Rechnung zu tragen. Die Mitgliedstaaten sollten von der Erteilung von Lizenzen an einen be-

reits bestehenden Betreiber, zum Beispiel an einen bereits auf ihrem Territorium tätigen GSM 900-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 900- oder DCS 1800-Betreiber nur unter Bedingungen erteilt werden, die auf die Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbs zielen.

100 Hierzu ist festzustellen, dass, sofern eine bestehende GSM 900-Lizenz eines öffentlichen Unternehmens mit marktbeherrschender Stellung ohne gesonderte Gebühr auf zusätzliche Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich ausgedehnt wird, während das neu auf den fraglichen Markt tretende Unternehmen für die Erteilung einer DCS 1800-Lizenz eine Gebühr entrichten musste, eine solche Ausdehnung nicht als gemäß Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie 96/2 gerechtfertigt angesehen werden kann, wenn dadurch die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer nicht mehr sichergestellt und der Wettbewerb mithin verfälscht ist.

101 Daher kann eine nationale Regelung wie § 125 Absatz 3 TKG, der eine solche Ausdehnung gestattet, gegen Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2 verstoßen.

102 Wie jedoch oben in Randnummer 90 festgestellt, ist dann, wenn die Gebühr, die von dem öffentlichen Unternehmen mit beherrschender Stellung für seine GSM 900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Wettbewerber, dem die DCS 1800-Lizenz erteilt wurde, erhoben wurde, gleichwertig ist, davon auszugehen, dass eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sicherstellt, mithin einen unverfälschten Wettbewerb gewährleistet und somit, da sie einen effektiven Wettbewerb zwischen Betreibern von Systemen, die auf den betreffenden Märkten miteinander im Wettbewerb stehen, gewährleistet, im Einklang mit Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2 steht.

103 Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, anhand der oben in den Randnummern 92 bis 94 gegebenen Hinweise festzustellen, ob dies im Ausgangsrechtsstreit der Fall ist.

104 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach der fünfzehnten Begründungserwägung der Richtlinie 96/2 etwaige Gebühren für die Verwendung der Frequenzen in einem angemessenen Verhältnis zur Anzahl der tatsächlich vergebenen Kanäle stehen sollten.

105 Folglich steht Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2 einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen grundsätzlich entgegen, die die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an ein öffentliches Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung, das bereits eine GSM 900-Lizenz besitzt, ohne gesonderte Gebühr gestattet, während ein neu auf den fraglichen Markt tretendes Unternehmen für den Erwerb einer DCS 1800-Lizenz eine Gebühr entrichten musste. Diese Bestimmung steht jedoch einer solchen nationalen Regelung nicht entgegen, wenn die Gebühr, die von dem öffentlichen Unternehmen mit beherrschender Stellung für seine GSM 900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Wettbewerber, dem die DCS 1800-Lizenz erteilt wurde, erhoben wurde, gleichwertig ist.

106 Die Beschwerdeführerin hat jedoch außerdem geltend gemacht, im Ausgangsrechtsstreit könne die Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbs im Sinne der Richtlinie 96/2 nur durch den vollständigen Ausschluss der Mobilkom von der Zuteilung von Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich gewährleistet werden.

107 Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Behörde gemäß § 125 Absatz 3 Satz 1 TKG Betreibern, die bereits eine GSM 900-Lizenz besitzen, zusätzliche Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich nicht vor Ablauf von zumindest drei Jahren seit der Erteilung der DCS 1800-Lizenz im Jahr 1997

und nur im Ausmaß von jeweils 5 MHz zuteilen darf. Mit einer solchen Bestimmung wird der Notwendigkeit, die Investitionen von neu auf den Markt tretenden Unternehmen zu fördern, wie dies in der achten Begründungserwägung der Richtlinie 96/2 vorgesehen ist, gebührend Rechnung getragen, wie auch dem Anliegen, das in Absatz 1 der fünfzehnten Begründungserwägung dieser Richtlinie zum Ausdruck kommt, wonach, weil Funkfrequenzen entscheidende, aber rare Ressourcen sind, die Entwicklung eines effektiven Wettbewerbs im Telekommunikationssektor eine objektive Rechtfertigung für die Ablehnung der Vergabe von Frequenzen an Betreiber, die bereits eine marktbeherrschende Stellung auf dem geografischen Markt innehaben, sein kann.

108 Wie sich jedoch aus § 125 Absatz 3 Satz 2 TKG ergibt, können Betreibern, die bereits eine GSM 900-Lizenz besitzen, sofern ihre Teilnehmerkapazität nachweislich unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbaren technischen Möglichkeiten ausgeschöpft ist, zusätzliche Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erteilt werden.

109 Hierzu ist festzustellen, dass DCS 1800 ein digitales Mobilfunksystem ist, das auf dem internationalen GSM-Standard beruht, bei dem aber ein Frequenzspektrum um 1800 MHz statt 900 MHz verwendet wird. Grundsätzlich sind im DCS 1800-Frequenzspektrum mehr Frequenzen verfügbar als im GSM 900-Frequenzspektrum, weshalb dieses System eine größere Zahl von Benutzern zulässt und belastbarer ist. Da die Reichweite bei höheren Frequenzen geringer ist, sind die Sendegebiete jeder Basisstation bei DCS 1800 kleiner als bei GSM 900, was eine höhere Dichte von Basisstationen bedingt und damit eine höhere Kapazität des Netzes.

110 Zur Zeit des Erlasses des in § 125 Absatz 3 TKG wörtlich übernommenen § 20a Absatz 3b des Fernmeldegesetzes 1993 kam es in mehreren Mitgliedstaaten in den Großstädten wegen der rasch steigenden Benutzerzahl zu Zeiten der Spitzenbelastung leicht zu Überlastungsproblemen. Mit Einführung der Dual-Band-

Mobiltelefone, die das System wechseln konnten, ermöglichte es die Einrichtung von DCS 1800-Basisstationen in den Großstädten zusätzlich zu den GSM 900-Basisstationen den Betreibern der GSM 900-Netze, diese durch den Anstieg der Benutzerzahl bedingten Überlastungsprobleme zu verringern.

111 In dieser Situation ist eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche, die zum einen nach Ablauf von mindestens drei Jahren seit der Erteilung der DCS 1800-Lizenz im Jahr 1997 die Zuteilung eines beschränkten Spektrums zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an Betreiber gestattet, die bereits eine GSM 900-Lizenz besitzen, auch wenn es sich um ein öffentliches Unternehmen mit beherrschender Stellung handelt, und die zum anderen eine solche Zuteilung vor Ablauf dieses Zeitraums gestattet, sofern die Teilnehmerkapazität dieser Betreiber nachweislich unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbaren technischen Möglichkeiten ausgeschöpft ist, als im Sinne von Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2 durch die Notwendigkeit gerechtfertigt anzusehen, den effektiven Wettbewerb zwischen Betreibern von Systemen, die auf den betreffenden Märkten miteinander im Wettbewerb stehen, zu gewährleisten.

112 Folglich steht Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2 einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen grundsätzlich nicht entgegen, die nach Ablauf von mindestens drei Jahren seit der Erteilung der DCS 1800-Lizenz im Jahr 1997 die Zuteilung eines beschränkten Spektrums zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an Betreiber gestattet, die bereits eine GSM 900-Lizenz besitzen, auch wenn es sich um ein öffentliches Unternehmen mit beherrschender Stellung handelt. Diese Richtlinienbestimmung steht auch einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegen, die eine solche Zuteilung vor Ablauf dieses Zeitraums gestattet, sofern die Teilnehmerkapazität dieser Betreiber nachweislich unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbaren technischen Möglichkeiten ausgeschöpft ist.

## Zur Auslegung der Artikel 9 Absatz 2 und 11 Absatz 2 der Richtlinie 97/13

113 Zu den Artikeln 9 Absatz 2 und 11 Absatz 2 der Richtlinie 97/13 möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob das dort aufgestellte Diskriminierungsverbot einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, die die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an Betreiber, die bereits eine GSM 900-Lizenz besitzen, ohne gesonderte Gebühr gestattet, während vom Inhaber einer DCS 1800-Lizenz für deren Erwerb eine Gebühr erhoben wurde.

114 Hierzu ist zum einen festzustellen, dass die Artikel 9 Absatz 2 und 11 Absätze 2 der Richtlinie 97/13 entgegen dem Vorbringen der Telekom-Control-Kommission inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind und sich der Einzelne daher nach ständiger Rechtsprechung (vgl. insbesondere Urteile vom 19. Januar 1982 in der Rechtssache 8/81, Becker, Slg. 1982, 53, Randnr. 25, und vom 10. September 2002, Kügler, C-141/00, Slg. 2002, I-6833, Randnr. 51) in Ermangelung fristgemäß erlassener Umsetzungsmaßnahmen gegenüber allen nicht richtlinienkonformen innerstaatlichen Vorschriften auf sie berufen kann; er kann sich auf diese Bestimmungen auch berufen, soweit sie so geartet sind, dass sie Rechte festlegen, die der Einzelne dem Staat gegenüber geltend machen kann.

115 Zum anderen liegt nach ständiger Rechtsprechung eine Diskriminierung insbesondere dann vor, wenn vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt und dadurch bestimmte Wirtschaftsteilnehmer gegenüber anderen benachteiligt werden, ohne dass diese Ungleichbehandlung durch das Vorliegen objektiver Unterschiede von einigem Gewicht gerechtfertigt wäre (vgl. u. a. Urteile des Gerichtshofes vom 13. Juli 1962 in den Rechtssachen 17/61 und 20/61, Klöckner Werke und Hoesch/Hohe Behörde, Slg. 1962, 655, 692, und vom 26. September

2002 in der Rechtssache C-351/98, Spanien/Kommission, Slg. 2002, I-8031, Randnr. 57).

116 Ohne dass über die Frage entschieden zu werden braucht, ob Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 97/13 nur für die Erteilung von Lizenzen oder auch für die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen gilt, ist festzustellen, dass, wenn die Gebühr, die von den bestehenden Betreibern für ihre GSM 900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Betreiber, dem die DCS 1800-Lizenz erteilt wurde, erhoben wurde, gleichwertig ist, eine solche Zuteilung keine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte darstellt.

117 Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, anhand der oben in den Randnummern 92 bis 94 gegebenen Hinweise festzustellen, ob dies im Ausgangsrechtsstreit der Fall ist.

118 Folglich steht das in den Artikeln 9 Absatz 2 und 11 Absatz 2 der Richtlinie 97/13 aufgestellte Diskriminierungsverbot einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegen, die die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an Betreiber, die bereits eine GSM 900-Lizenz besitzen, ohne gesonderte Gebühr gestattet, während vom Betreiber, dem eine DCS 1800-Lizenz erteilt wurde, eine Gebühr erhoben wurde, wenn die Gebühr, die von den bestehenden Betreibern für ihre GSM 900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Betreiber, der die DCS 1800-Lizenz besitzt, erhoben wurde, gleichwertig ist.

## Kosten

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

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

auf die ihm vom Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 24. November 1999 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. **Die Erfordernisse einer 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) (ABl. L 192, S. 1) in der durch die Richtlinie 97/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 (ABl. L 295, S. 23) geänderten Fassung entsprechenden Auslegung des nationalen Rechts und eines effektiven Schutzes der Rechte des Einzelnen gebieten es den nationalen Gerichten, zu prüfen, ob dem Einzelnen aufgrund der anwendbaren Bestimmungen des nationalen Rechts gegen die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde ein Anspruch auf Nachprüfung zuerkannt werden kann, der den Kriterien von Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 in der durch die Richtlinie 97/51 geänderten Fassung entspricht. Ist eine den Anforderungen von Artikel 5a Absatz 3 dieser Richtlinie genügende An-**

wendung des nationalen Rechts nicht möglich, so ist ein diesen Anforderungen entsprechendes nationales Gericht, das für die Entscheidung über Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde zuständig wäre, stünde dem nicht eine Bestimmung des nationalen Rechts wie die im Ausgangsverfahren fragliche entgegen, die seine Zuständigkeit ausdrücklich ausschließt, verpflichtet, diese Bestimmung unangewandt zu lassen.

2. Die Artikel 82 EG und 86 Absatz 1 EG stehen einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen grundsätzlich entgegen, die die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an ein öffentliches Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung, das bereits eine Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem GSM 900-Standard besitzt, ohne gesonderte Gebühr gestattet, während ein neu auf den fraglichen Markt tretendes Unternehmen für den Erwerb einer Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem DCS 1800-Standard eine Gebühr entrichten musste. Diese Bestimmungen stehen jedoch einer solchen nationalen Regelung nicht entgegen, wenn die Gebühr, die von dem öffentlichen Unternehmen mit beherrschender Stellung für seine GSM 900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Wettbewerber, dem die DCS 1800-Lizenz erteilt wurde, erhoben wurde, gleichwertig ist.

3. Artikel 2 Absätze 3 und 4 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 steht einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen grundsätzlich entgegen, die die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an ein öffentliches Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung, das bereits eine Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem GSM 900-Standard besitzt, ohne gesonderte Gebühr gestattet, während ein neu auf den fraglichen Markt tretendes Unternehmen für den Erwerb einer Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem DCS 1800-Standard eine Gebühr entrichten musste. Diese Bestimmung steht jedoch einer solchen nationalen Regelung nicht entgegen, wenn die Gebühr, die von dem öffentlichen Unternehmen mit

beherrschender Stellung für seine GSM 900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Wettbewerber, dem die DCS 1800-Lizenz erteilt wurde, erhoben wurde, gleichwertig ist.

4. Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2 steht einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen grundsätzlich nicht entgegen, die nach Ablauf von mindestens drei Jahren seit der Erteilung der Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem DCS-1800 Standard im Jahr 1997 die Zuteilung eines beschränkten Spektrums zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an Betreiber gestattet, die bereits eine Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem GSM 900-Standard besitzen, auch wenn es sich um ein öffentliches Unternehmen mit beherrschender Stellung handelt. Diese Richtlinienbestimmung steht auch einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegen, die eine solche Zuteilung vor Ablauf dieses Zeitraums gestattet, sofern die Teilnehmerkapazität dieser Betreiber nachweislich unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbaren technischen Möglichkeiten ausgeschöpft ist.

5. Das in den Artikeln 9 Absatz 2 und 11 Absatz 2 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 aufgestellte Diskriminierungsverbot steht einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegen, die die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an Betreiber, die bereits eine Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem GSM 900-Standard besitzen, ohne gesonderte Gebühr gestattet, während vom Betreiber, dem eine Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem DCS-1800 Standard erteilt wurde, eine Gebühr erhoben wurde, wenn die Gebühr, die von den bestehenden Betreibern für ihre GSM 900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirt-

**schaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Betreiber, der die DCS 1800-Lizenz besitzt, erhoben wurde, gleichwertig ist.**

Edward La Pergola Jann

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 22. Mai 2003.

Der Kanzler

R. Grass

Der Präsident der Fünften Kammer

M. Wathelet