

VfGH Erkenntnis **Datum** **Sammlungsnummer**
 19990224 15427

Geschäftszahl

B1625/98

Index

91 Post-und Fernmeldewesen
91/01 Fernmeldewesen

Norm

B-VG Art7 Abs1 / Verwaltungsakt;
B-VG Art83 Abs2;
B-VG Art133 Z4;
B-VG Art144 Abs1 / Legitimation;
Lizenzierungsrichtlinie 97/13/EG;
Mobilfunkrichtlinie 96/2/EG Art2 Abs4;
Richtlinie 90/387 / EWG §5a Abs3 idF der Richtlinie 97/51/EG;
EG-Vertrag Art86;
EG-Vertrag Art90;
EG-Vertrag Art177;
TelekommunikationsG §20 Abs4;
TelekommunikationsG §110 ff;
TelekommunikationsG §125 Abs3;
FernmeldeG §20a Abs3;

Leitsatz

Keine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte durch Zuweisung von zusätzlichen Frequenzen aus dem für DCS-1800 festgelegten Frequenzbereich an die beteiligte Inhaberin einer Mobilfunkkonzession; keine Bedenken gegen die Einrichtung der Telekom-Control-Kommission als weisungsfreie Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag angesichts der Eigenart des ihr zugewiesenen Sachbereiches; Zulässigkeit einer Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof gegen Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission als Regulierungsbehörde aufgrund des Anwendungsvorranges des Gemeinschaftsrechtes; unmittelbare Wirksamkeit der Bestimmung einer Richtlinie betreffend das Recht auf ein Einspruchsverfahren gegen Entscheidungen einer nationalen Regulierungsbehörde; Telekom-Control-Kommission kein vorlagepflichtiges Gericht; keine Verletzung im Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter infolge unrichtiger Zusammensetzung der Behörde; keine Verletzung im Gleichheitsrecht durch die bekämpfte Zuweisung zusätzlicher Frequenzen ohne Vorschreibung eines weiteren Entgelts bzw ohne Ausschreibung nach dem TelekommunikationsG; keine willkürliche oder denkbare Vergabe infolge gröblicher Außerachtlassung des Gemeinschaftsrechtes; kein Verstoß gegen die aufgrund der Mobilfunkrichtlinie bestehende Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Gewährleistung eines effektiven Wettbewerbs zwischen den Mitbewerbern auf dem Mobilfunkmarkt bei Ausdehnung von (GSM-)Lizenzen auf die DCS-1800 Technologie; kein Verstoß gegen die Lizenzierungsrichtlinie; keine Willkür infolge grober Verfahrensmängel hinsichtlich der Annahme des Vorliegens einer erschöpften Teilnehmerkapazität

Spruch

Die beschwerdeführende Gesellschaft ist durch den angefochtenen Bescheid weder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht noch wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in ihren Rechten verletzt worden.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Die beschwerdeführende Gesellschaft ist schuldig, der beteiligten Mobilkom Austria AG zuhanden ihrer Vertreter die mit 27.000 S bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen bei

sonstigem Zwang zu ersetzen.

Begründung

Entscheidungsgründe:

I. Mit dem angefochtenen Bescheid vom 10. August 1998 weist die Telekom-Control-Kommission der Mobilkom Austria AG in Erweiterung der ihr am 6. November 1996 erteilten Konzession ab 1. Jänner 1999 ein zusätzliches Frequenzspektrum aus den für DCS-1800 festgelegten Frequenzbereich im Ausmaß von 2 x 5 MHz (24 DCS-1800 Kanäle) zur Erbringung des digitalen zellularen Mobilfunkdienstes (GSM DCS-1800) unter Benutzung durch Basisstationen zu, die im Bundesland Wien liegen. Ein Antrag auf Zuweisung eines weiteren Frequenzspektrums von 2 x 3,4 MHz aus den für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich wird abgewiesen.

1. Grundlage der Frequenzzuweisung ist die mit Bescheid des Bundesministers für (Wissenschaft,) Verkehr (und Kunst) vom 6. November 1996 festgestellte Berechtigung der Mobilkom Austria AG (aufgrund des Fernmeldegesetzes 1993), den reservierten Fernmeldedienst im digitalen zellularen Mobilfunkbereich (GSM) zu erbringen. Die Berechtigung wurde für ein Frequenzspektrum von 2 x 5 MHz (27 Kanäle einschließlich Schutzkanal) mit der Maßgabe festgestellt, daß bei entsprechendem Netzausbauplan mit einer Aufstockung um weitere 2,5 MHz (13 Kanäle) gerechnet werden könne (§4 Z2 der Konzession) und für einen weiteren Ausbau des Netzes "aus heutiger Sicht im 900 MHz-Bereich ... keine zusätzlichen Frequenzen zur Verfügung" stünden, "Anträge um Überlassung eines weiteren Frequenzspektrums in geeigneten Frequenzbereichen ... jedoch zulässig" seien (§4 Z5 der Konzession). Die verheißenen 2,5 MHz wurden mit Bescheid des Bundesministers für (Wissenschaft und) Verkehr vom 23. Juli 1997 zugewiesen.

Eine gleichartige Konzession war aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung mit Bescheid vom 25. Jänner 1996 der Ö CALL-MOBIL Telekommunikation Service GmbH erteilt worden. Auch ihr (nunmehr als max.mobil Gesellschaft für Telekommunikation GmbH) wurden am 23. Juli 1997 weitere 2,5 MHz zugeteilt.

Die Ö CALL hatte ein Konzessionsentgelt in Höhe von 4 Milliarden S angeboten. Ein Entgelt gleicher Höhe war noch am 2. Juli 1996 der Post & Telekom Austria AG mit der Verpflichtung vorgeschrieben worden, es für den Fall der Übertragung des Fernmeldedienstes an ein Tochterunternehmen diesem zu überbinden.

Mit Novelle BGBI. I 44/1997 wurde dem §20a FernmeldeG (mit Wirkung vom 1. März 1997) ein Absatz folgenden Inhaltes angefügt:

"(3b) 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."

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage hieß es dazu:

"Hinsichtlich der Zuweisung weiterer Frequenzen an die bestehenden Mobilfunkbetreiber erhalten Mobilkom und max. mobil die Zusage, daß sie Frequenzen im Ausmaß von jeweils 5 MHz aus dem für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich bei Bedarf zugewiesen erhalten, wenn seit Rechtskraft des Konzessionsbescheides drei Jahre vergangen sind (temporärer Ausschluß von der Erschließung des 1800-Marktes). Dieser temporäre Ausschluß ist aus wettbewerbsspolitischen Gründen geboten, um dem künftigen Inhaber der DCS-1800-Lizenz eine entsprechende Planungssicherheit zu geben. Vor diesem Zeitpunkt können den bestehenden Betreibern nur dann weitere Frequenzen aus dem 1800er Bereich zugewiesen werden, wenn ihre Teilnehmerkapazität unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbarer technischer Möglichkeiten nachweislich ausgeschöpft ist. Zur Objektivierung der Frage, ab welchem Teilnehmerstand die 'Teilnehmerkapazität ausgeschöpft ist' wird vom Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr eine Studie an einen unabhängigen Gutachter in Auftrag gegeben."

2. Am 19. August 1997 wurde aufgrund öffentlicher Ausschreibung der beschwerdeführenden Gesellschaft gegen ein Entgelt von 2,3 Milliarden S die Mobilfunkkonzession im Bereich DCS-1800 erteilt; es wurde ihr ein Frequenzspektrum von 2 x 16,8 MHz (84 Kanäle) zugewiesen und eine Aufstockung auf 2 x 22,5 MHz (112 Kanäle) bei Erreichen eines Teilnehmercolumens von 300.000 und 75 % Versorgungsgrad in Aussicht gestellt.

Inzwischen war am 1. August 1997 das geltende Telekommunikationsgesetz (TKG), BGBl. I 100/1997, in Kraft getreten. Zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens bestandene Konzessionen blieben aufrecht (§125 Abs4), anhängige Verwaltungsverfahren, insbesondere das Verfahren zur Vergabe der dritten Mobilfunkkonzession, waren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen (§125 Abs2); §20a Abs3b des Fernmeldegesetzes wurde als §125 Abs3 in die Übergangsbestimmungen des TKG aufgenommen.

Im Bericht des Verkehrsausschusses (824 BlgNR 20.GP) heißt es dazu:

"Der Verkehrsausschuß geht davon aus, daß nach Ablauf der in §125 Abs3 erwähnten dreijährigen Frist Frequenzen aus dem DCS-1800-Frequenzbereich an die bestehenden Mobilfunkbetreiber Mobilkom und max. mobil nur dann zugewiesen werden, wenn tatsächlich 'ein Bedarf nach zusätzlichen Frequenzen' steht.

Vor Ablauf der erwähnten dreijährigen Frist sollen an die bestehenden Mobilfunkbetreiber nur dann weitere Frequenzen aus dem DCS-1800-Frequenzbereich zugewiesen werden, wenn ihre Teilnehmerkapazität unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbaren technischen Möglichkeiten nachweislich ausgeschöpft ist.

Die Beantwortung der Frage, ab welchem Teilnehmerstand 'ein Bedarf nach zusätzlichen Frequenzen' besteht bzw ab welchem 'Teilnehmerstand die Teilnehmerkapazität ausgeschöpft ist', ist durch eine vom Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr in Auftrag zu gebenden Studie an einen unabhängigen Gutachter zu klären".

Mit der Vergabe des "restlichen für DCS-1800 reservierten Frequenzbereichs" befaßt sich ein mit der Novelle BGBI. I 98/1998 eingefügter Abs3a des §125 derart, daß jedenfalls eine weitere Konzession mit einer bundesweiten Versorgungspflicht und darüber hinaus mehrere andere, nicht bundesweite Konzessionen vergeben werden sollen, wobei wiederum Inhaber bestehender Konzessionen von der Vergabe einer weiteren mit bundesweiter Versorgungspflicht ausgeschlossen sind.

3. Die maßgebende Vorschrift des §125 Abs3 TKG steht im folgenden normativen Zusammenhang:

Die Konzession für Mobilfunkdienste wird von der Regulierungsbehörde jenem Antragsteller erteilt, der die allgemeinen Bedingungen erfüllt und die effizienteste Nutzung der Frequenzen gewährleistet; dies wird durch die Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgelts festgestellt (§22 Abs1). Die Vergabe erfolgt nach den Grundsätzen eines offenen, fairen und nichtdiskriminierenden Verfahrens aufgrund öffentlicher Ausschreibung (§22 Abs2). Die Zuteilung von Frequenzen, die zur Erbringung von öffentlichen Mobilkommunikationsdiensten vorgesehen sind, erfolgt durch eine Konzession in dem durch die §§22 ff geregelten Verfahren (§49 Abs12). 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 ein Verfahren nach §22 durchzuführen (§20 Abs4).

Regulierungsbehörde ist die Telekom-Control GmbH, soweit nicht die Telekom-Control-Kommission zuständig ist (§109); der Kommission sind unter anderem die Erteilung, Entziehung und der Widerruf von Konzessionen sowie die Zustimmung zur Übertragung und die Änderungen der Konzession zugewiesen (§111 Z1). Nachträgliche Änderungen der Konzession sieht das Gesetz auf Antrag vor, wenn eine ordnungsgemäße Erfüllung der Anordnungen des Konzessionsbescheides aufgrund geänderter Umstände nicht mehr zumutbar ist, wenn und insoweit dadurch von der Behörde wahrzunehmende Interessen und ein fairer Wettbewerb nicht beeinträchtigt werden, und auf Antrag oder von Amts wegen, wenn eine Anpassung der im Konzessionsbescheid zur Nutzung zugewiesenen Frequenzen aufgrund geänderter technischer oder rechtlicher Voraussetzungen im Interesse einer effizienten Frequenzverwaltung und eines fairen Wettbewerbs erforderlich ist, und schließlich von Amts wegen bei Nichtausnützen zugewiesener Frequenzen (§16 Abs2).

Die Funktionen der Regulierungsbehörde hatte (mit einer hier nicht einschlägigen Ausnahme) bis zum Ablauf von drei Monaten nach Inkrafttreten des TKG allerdings noch der Bundesminister für (Wissenschaft und) Verkehr wahrzunehmen; dann ging sie auf die Regulierungsbehörde über (§125 Abs11).

4. Die belangte Behörde wertet die Zuweisung von zusätzlichen Frequenzen aus dem für DCS-1800 reservierten Bereich im Sinne des §125 Abs3 TKG als eine Erweiterung der Konzession nach §20 Abs4 TKG und erachtet sich dazu als Konzessionsbehörde zuständig. §125 Abs3 TKG verwehre es den beiden bestehenden Inhabern von Mobilfunkkonzessionen (bis 27. August 2000), eine Erweiterung der Konzession anzustreben und sich an der Ausschreibung von Frequenzen aus dem 1800-Band zu beteiligen,

berechtigte sie jedoch, im Falle der Kapazitätserschöpfung eine Zuweisung zu erhalten. Er sei

"als primär wettbewerbspolitisch motivierte Norm zu verstehen, die - unter Bedachtnahme insbesondere auch auf Art 86 und 90 EGV sowie auf die Liberalisierungsrichtlinien 90/388/EWG und 96/2/EG - zur Sicherstellung eines effektiven Wettbewerbs auf dem Mobilfunkmarkt beitragen sollte. Diese grundsätzliche Ausrichtung der Konzessions- bzw. Frequenzvergabeverfahren im Mobilfunkbereich im Hinblick auf die Sicherstellung effektiven Wettbewerbs kommt auch in dem mit BGBl I Nr. 98/1998 neu eingefügten §125 Abs 3a TKG zum Ausdruck; auch in dieser Bestimmung werden den bestehenden Konzessionsinhabern Beschränkungen auferlegt, die die Sicherstellung des effektiven Wettbewerbs zum Ziel haben; Art 2 Abs 4 der Richtlinie 96/2/EG der Kommission vom 16. Jänner 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG betreffend die mobile Kommunikation und Personal Communications, ABl L 20/59 vom 26.1.1996, wird in §125 Abs 3a TKG nun auch ausdrücklich zitiert.

Die Notwendigkeit einer Übergangsbestimmung, die für 'bestehende Konzessionsinhaber' Sonderbestimmungen hinsichtlich der Frequenzvergabe vorsah, ergab sich auch daraus, daß hinsichtlich der Vergabe von Konzessionen für den öffentlichen mobilen Sprachtelefondienst das anzuwendende Vergabeverfahren mit der Fernmeldegesetznovelle 1997 und sodann mit dem am 1. August 1997 in Kraft getretenen Telekommunikationsgesetz gegenüber dem bisherigen Vergabeverfahren geändert wurde. Während die Konzessionsinhaber Mobilkom Austria AG und max.mobil ihre Konzessionen zu einem Zeitpunkt erhielten, in dem nach der geltenden gesetzlichen Lage die Zuteilung weiterer Frequenzen nicht - wie nunmehr in §20 Abs 4 TKG - ausschließlich nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens und Zahlung eines entsprechenden (weiteren) Frequenznutzungsentgelts erfolgen konnte, war für die 1997 zu vergebende DCS-1800 Konzession dieses Regime mit §20a Fernmeldegesetz (in der Fassung der Fernmeldegesetznovelle 1997) bereits Grundlage der Ausschreibung und Konzessionsvergabe. Zugleich sollte §125 Abs 3 TKG den Konzessionswerbern für die 1997 zu vergebende DCS-1800-Konzession Planungssicherheit im Hinblick auf das wettbewerbspolitische Umfeld bieten.

Vor diesem Hintergrund stellt §125 Abs 3 TKG den Versuch dar, die wettbewerbspolitisch vom Gesetzgeber als geboten erachtete Schutzfrist für den neuen DCS-1800-Betreiber so auszugestalten, daß der Markteintritt des DCS-1800-Betreibers nicht durch die bestehenden Betreiber aufgrund der durch das bereits ausgebaute Netz gegebenen Startvorteile 'unterlaufen' und damit der effektive Wettbewerb behindert werden kann, indem auch die bestehenden Betreiber Mobiltelefonie im DCS-1800-MHz-Band anbieten, solange die Kapazitätsgrenze des für sie vorhandenen GSM 900-Spektrums noch nicht erreicht ist. Damit wird auch das in §1 Z 5 TKG positivierte Ziel der Sicherstellung einer effizienten Nutzung von Frequenzen konkretisiert.

Zugleich aber sollte durch §125 Abs 3 TKG ausdrücklich sichergestellt werden, daß die Möglichkeit der bestehenden Betreiber, eine höhere Teilnehmeranzahl zu versorgen, nicht an technisch und wirtschaftlich unüberwindbare Grenzen stößt und daher eine grundsätzlich mögliche - und angesichts der steigenden Penetrationsrate im Mobilfunk durchaus realistische - Ausweitung der Geschäftstätigkeit nicht verunmöglicht wird."

Sei aber §125 Abs3 TKG eine Schutznorm zugunsten des - aus damaliger Sicht - "künftigen Inhabers der DCS-1800-Lizenz", so habe die Connect Austria als deren Erwerber einen Rechtsanspruch darauf, daß die "bestehenden Betreiber" während der Ausschußfrist nur nach Ausschöpfen ihrer Teilnehmerkapazität solche Frequenzen zugewiesen erhalten.

Die belangte Behörde hat daher auch der beschwerdeführenden Gesellschaft im Verfahren Parteistellung eingeräumt.

Deren nunmehr vorliegende Beschwerde rügt die Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter infolge unrichtiger Zusammensetzung der Behörde, des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Gleichheit vor dem Gesetz durch Willkür bei Erlassung des Bescheides infolge schwerer Verfahrensmängel und gleichheitswidriger Auslegung des Gesetzes wegen Vergabe ohne Ausschreibung und Entgelt oder aber Anwendung eines insofern und wegen Unbestimmtheit verfassungswidrigen Gesetzes sowie die Verletzung nicht näher genannter verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte durch qualifizierten Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht (Art90 iVm 86 EG-Vertrag, Mobilfunkrichtlinie 96/2/EG und Lizenzierungsrichtlinie 97/13/EG) und - abermals - jenes auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter durch Unterlassung der Vorlage an den Europäischen Gerichtshof.

Die belangte Behörde beantragt in ihrer Gegenschrift die Abweisung, die mitbeteiligte Mobilkom Austria AG in ihrer Äußerung die Zurückweisung mangels Parteistellung und in eventu gleichfalls die Abweisung.

II. Die Beschwerde ist zulässig.

Die Telekom-Control-Kommission entscheidet in oberster Instanz (§115 Abs2 TKG). Im Verfahren über die Zuweisung einer zusätzlichen Frequenz aus dem für DCS-1800 reservierten Bereich an Inhaber einer älteren Mobilfunkkonzession aufgrund des §125 Abs3 TKG hat der Inhaber der für 1997 vergebenen DCS-1800-Konzession bis zum Ablauf der dreijährigen Frist nach Rechtskraft seines Konzessionsbescheides Parteistellung. Das Verbot der Zuweisung solcher weiterer Frequenzen an die bereits am Markt befindlichen Betreiber dient dem Schutz des neuen Wettbewerbers und soll ihm -wie die Materialien formulieren - "eine entsprechende Planungssicherheit ... geben". Er hat Anspruch darauf, daß innerhalb dieser Frist keine zusätzlichen Frequenzen zugewiesen werden, wenn nicht die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausnahme erfüllt sind.

Die Beschwerdelegitimation ist daher gegeben.

III. Die Beschwerde ist jedoch im Ergebnis nicht begründet.

1. Vorweg ist die Stellung der belangten Behörde im Gefüge der Staatsorganisation und in bezug auf die Anwendung von Gemeinschaftsrecht zu erörtern.

a) Die Telekom-Control-Kommission ist durch das Gesetz als weisungsfreie Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag im Sinne des Art133 Z4 B-VG eingerichtet (vgl. im einzelnen

B1172/98 vom 16. Dezember 1998). Gegen ihre Entscheidungen käme nach dieser Verfassungsbestimmung daher eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof nur in Betracht, wenn sie ausdrücklich für zulässig erklärt wäre; das ist aber nicht der Fall. Die Kommission entscheidet ferner nicht bloß in oberster Instanz, sondern ist einzige Instanz und besorgt alle gewichtigen staatlichen Aufgaben auf dem Gebiet der Telekommunikation. Schließlich sind auch die übrigen Regulierungsaufgaben einer aus der staatlichen Verwaltung ausgegliederten Gesellschaft, der Telekom-Control GmbH, zur Besorgung überlassen, die den Weisungen des zuständigen Bundesministers als obersten Organes der Vollziehung nur im Rahmen des Aufsichtsrechts unterworfen ist (§117 Abs2 TKG).

Nun hat der Verfassungsgerichtshof allerdings schon im Erkenntnis 11.500/1987 dargelegt, daß die in der Bundesverfassung als Möglichkeit vorgesehene Einrichtung von Kollegialbehörden im Sinne des Art133 Z4 B-VG eine Ausnahme nicht nur von der Leitungsbefugnis der obersten Organe (Art20 Abs1 B-VG), sondern auch vom System der nachprüfenden Kontrolle der Verwaltung des Bundes und der Länder durch den Verwaltungsgerichtshof darstellt und daß es verfassungsrechtlich ausgeschlossen ist, diese Kontrolle in wesentlichen Teilen durch die Einrichtung solcher Kollegialbehörden zu ersetzen. Deren Zahl steigt neuerdings im Bereich des Bundes an. Auch das Gewicht der von ihnen zu besorgenden Angelegenheiten nimmt deutlich zu, was insbesondere dort staatsrechtliche Probleme aufwirft, wo die Aufgabe der (unmittelbaren) Verwaltungsführung mit der Funktion der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zusammenfällt. Gleichwohl dürfte die Einrichtung der Telekom-Control-Kommission angesichts der Eigenart des ihr zugewiesenen Sachbereiches noch zulässig sein. Handelt es sich doch bei den Regulierungsaufgaben im Bereich der Telekommunikation um einen weitgehend neuen Verwaltungsbereich, dessen Bewältigung einerseits nicht nur juristischen und wirtschaftlichen, sondern in hohem Maß auch technischen Sachverstand und andererseits regelmäßig (wenn auch gerade nicht im vorliegenden Fall) die Entscheidung über "civil rights" in jenem Sinn erfordert, den der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte diesem Begriff des Art6 EMRK beilegt.

Dazu kommt, daß die Richtlinie 97/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 90/387/EWG und 92/44/EWG des Rates zwecks Anpassung an ein wettbewerbsorientiertes Telekommunikationsumfeld in ihrem Art1 Z6 der Richtlinie 90/387/EWG einen neuen Artikel 5a eingefügt hat, dessen Abs3 wie folgt lautet:

"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."

Nach Art3 Abs1 der Richtlinie 97/51/EG setzen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft, um dieser Richtlinie bis spätestens zum 31. Dezember 1997 nachzukommen.

Der Inhalt des Art5a Abs3 der Richtlinie 90/387/EWG ist in bezug auf das Recht auf ein Einspruchsverfahren gegen die Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde hinreichend genau, um im Sinne der ständigen Rechtsprechung des EuGH (EuGH

verb Rs C-6, C-9/90 Francovich, Slg. 1991, I-5357) insofern unmittelbar wirksam zu sein, als es irgend ein wirksames (aufsteigendes) Rechtsmittel an eine unabhängige Stelle geben muß. Es ergibt sich zwar aus der Richtlinie auch hier nicht, welche nationale Instanz zuständig ist (vgl. G450/97 vom 3. März 1998 zum Tiroler Vergabegesetz); aus den Artikeln 131 Abs1 Z1 und 133 Z4 B-VG ist aber abzuleiten, daß gegen Entscheidungen von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag nur die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes in Betracht kommt; sie wird bloß durch Art133 Z4 für den Fall ausgeschlossen, daß sie nicht ausdrücklich für zulässig erklärt ist. Der im innerstaatlichen Recht an sich vorgesehenen Möglichkeit eines Einspruchs im Sinn der Richtlinie 90/387/EWG iVm der Richtlinie 97/51/EG steht mithin lediglich Art133 Z4 B-VG entgegen. Daß die Möglichkeit der Anrufung des Verfassungsgerichtshofs dem Recht auf Einspruch im Sinne des Art5a Abs3 der genannten Richtlinie nicht genügt, bedarf angesichts der beschränkten Prüfungsbefugnis des Verfassungsgerichtshofs keiner näheren Begründung (vgl. dazu VfSlg. 14390/1995 betreffend die Qualifikation des Bundesvergabebeamten als vorlagepflichtiges Gericht). Die dem Verwaltungsgerichtshof obliegende Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist hingegen in der Lage, die Erfordernisse des Gemeinschaftsrechts zu erfüllen. Ihr steht auch nicht etwa ein beschränkter, erst vom Gesetzgeber zu erweiternder Aufgabenkreis dieses Gerichtshofes, sondern nur Art133 Z4 B-VG entgegen. Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts muß also dahingehend durchschlagen, daß für den Anwendungsbereich der Richtlinie Art133 Z4 B-VG verdrängt wird. Auch gegen Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission als Regulierungsbehörde ist solcherart eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zulässig.

Da mithin nicht nur besondere Gründe für die Einrichtung einer weisungsfreien Kollegialbehörde sprechen, sondern diese Kollegialbehörde auch der Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof unterworfen bleibt, hegt der Verfassungsgerichtshof gegen ihre Einrichtung keine Bedenken. Er sieht sich bei dieser Gelegenheit jedoch veranlaßt, darauf aufmerksam zu machen, daß nach dem gegenwärtigen Stand seiner Überlegungen Ausmaß und Gewicht der von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag zu besorgenden Aufgaben sich der Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen inzwischen so weit genähert haben, daß die Einrichtung solcher Behörden, welche die Besorgung wesentlicher Staatsaufgaben in größerem Umfang aus der (insbesondere parlamentarischen) Verantwortlichkeit der zur Leitung der Verwaltung berufenen obersten Organe entläßt und der Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof entzieht, nach beiden Richtungen bereits einer besonderen Rechtfertigung durch gewichtige Gründe bedarf.

b) Kann aber die Entscheidung der Telekom-Control-Kommission mit einem - wenn auch außerordentlichen - "Rechtsmittel des innerstaatlichen Rechts" angefochten werden, ist sie jedenfalls nicht zur Anrufung des Europäischen Gerichtshofs im Sinne des Art177 EGV verpflichtet. Demgegenüber geht die vorliegende Beschwerde von der Konzeption des TKG aus, nach welcher die Kommission ein vorlagepflichtiges Gericht wäre (was übrigens zur Folge hätte, daß sie als verwaltungsführende Regulierungsbehörde in allen wesentlichen Angelegenheiten des Telekommunikationsrechts, einem vom Gemeinschaftsrecht besonders dicht überzogenen Bereich, wegen der Notwendigkeit der Einholung einer Vorabentscheidung vielfach an einer rechtzeitigen Entscheidung gehindert wäre). Es kommt daher auch die Verletzung

des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter durch Unterlassung der Vorlage einer Auslegungsfrage an den EuGH im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg. 14390/1995) nicht in Betracht. Unter dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes hat der Gerichtshof aber nur zu prüfen, ob ein der Willkür gleichzuhaltender offenkundiger Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht vorliegt, der den Vorwurf völliger Gesetzlosigkeit verdient (VfSlg. 14886/1997).

2. Zunächst geht der Vorwurf der Beschwerde unter dem Titel des Rechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter allerdings dahin, daß bei der Bestellung des Sachverständigen ein anderer Richter den Vorsitz geführt habe als bei Erlassung des angefochtenen Bescheides. Dabei übersieht sie nicht nur die aus den Akten ersichtliche Tatsache, daß der von der Sitzung am 16. Juni 1998 an bis zur Erlassung des Bescheides vorsitzführende Richter schon an der Sitzung vom 28. Mai als Ersatzmitglied teilgenommen hat, in der die Kommission nach Erörterung der ihr vom ursprünglich zuständig gewesenen Bundesminister vorgelegten Studie Prof. M beschlossen hat, deren Verfasser zur Ergänzung seines Gutachtens aufzufordern und - im Falle von dessen Bereitschaft - in der Person Prof. W einen Sachverständigen zu bestellen, weshalb schon die Annahme der Beschwerde, es habe an der Abstimmung ein Mitglied teilgenommen, das an der vorangegangenen Verhandlung nicht teilgenommen hat, nicht zutrifft. Vielmehr wurde das Beweisverfahren überhaupt erst mit der Befragung des Gutachters Prof. M und des Sachverständigen Prof. W am 16. Juni eröffnet (und in den Sitzungen vom 29. Juni, 3., 20. und 30. Juli fortgesetzt). In den diesen Beweisaufnahmen vorausgegangenen Sitzungen war der Eingang des Antrages besprochen, die Zuständigkeit der Kommission erwogen und der Bundesminister um Zuteilung der erforderlichen Frequenzen ersucht (20. April), mit Vertretern der antragstellenden Gesellschaft die Dringlichkeit der Behandlung erörtert (14. Mai) und schließlich - am 28. Mai - die Notwendigkeit der Bestellung eines eigenen Sachverständigen festgestellt und ein solcher bestimmt worden. Eine Wiederholung dieser prozeßleitenden Akte kam nach Lage der Sache nicht in Betracht. Das für die Entscheidung der Kommission wesentliche, der Abhaltung einer Verhandlung entsprechende Verfahren, bei dessen Durchführung Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs (VfSlg. 11108/1986 und 11336/1987) angesichts ihrer gerichtsähnlichen Stellung in der Frage der Zusammensetzung zur Durchführung fortgesetzter Verhandlungen denselben strengen Regeln unterworfen sind wie kollegial besetzte Gerichte, sodaß ihre Mitglieder in diesem Verfahrensstadium nicht mehr ausgewechselt werden dürfen, hat mithin überhaupt erst am 16. Juni begonnen. Auch ohne Bedachtnahme auf die für Kollegialgerichte vorgesehene Möglichkeit der vorbeugenden Beiziehung von Ersatz- oder Ergänzungsrichtern (§§221 Abs3, 300 Abs3 StPO oder §9 Abs2 JN) erweist sich der in Rede stehende Vorwurf einer Grundrechtsverletzung daher als unbegründet.

3. Als Verletzung des Gleichheitssatzes macht die Beschwerde fürs erste geltend, die Zuweisung der (zusätzlichen) Frequenzen hätte nur durch Ausschreibung nach §22 TKG gegen Entgelt erfolgen dürfen.

a) Der angefochtene Bescheid geht davon aus, daß die Zuteilung aufgrund des in §125 Abs3 TKG geschaffenen Anspruchs nicht in einem solchen Verfahren erfolgen könne und meint zur Frage des

Entgelts:

"§125 Abs3 TKG ist nicht bloß als Schutzklausel für den DCS-1800 Betreiber konzipiert, sie ist - nicht nur aufgrund der systematischen Einordnung in §125 TKG - (auch) als Übergangsbestimmung im eigentlichen Wortsinn zu verstehen, die für Mobilkom und max.mobil Sonderregeln geschaffen hat, um den - für diese Betreiber zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung nicht absehbaren - Regimewechsel hinsichtlich der Frequenzvergabeverfahren im Mobilfunk gewissermaßen 'abzufedern' und tatsächlich die neue rechtliche Situation, die für die Betreiber mit bedeutenden wirtschaftlichen Auswirkungen verbunden ist, nicht völlig übergangslos in Kraft treten zu lassen. Die Bestimmung des §125 Abs3 TKG ist daher - insbesondere auch vor dem Hintergrund des VAB 619 B1gNR 20. GP dahingehend zu verstehen, daß die angesprochene Frequenzzuweisung wie bereits die vorangegangenen Frequenzzuweisungen an Mobilkom Austria AG und max.mobil durch den BMWV, noch unter Geltung des Fernmeldegesetzes 1993 - ohne Frequenznutzungsentgelt im Sinn des §21 TKG zu erfolgen hat. Das Vergabeverfahren nach den §§20 ff TKG - das schon aufgrund der lex specialis-Regel im Fall des §125 Abs3 TKG keine Anwendung finden kann - stellt auf den in diesen Bestimmungen festgelegten Regelfall der Ausschreibung und gegebenenfalls ein darauffolgendes Auktionsverfahren ab. Ein derartiges Konzept wäre im Fall des §125 Abs3 TKG unanwendbar, gewährt diese Bestimmung doch bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen der Antragstellerin einen Rechtsanspruch auf Frequenzzuweisung - und damit ein exklusives, nicht im Rahmen eines Auktionsverfahrens durch entsprechend hohe Angebote gegenüber Mitbieter durchzusetzendes subjektives Recht. §125 Abs3 TKG enthält auch keinen Hinweis darauf, daß die in dieser Bestimmung angesprochene Frequenzzuweisung an ein dafür zu leistendes Frequenznutzungsentgelt gebunden wäre.

Gemäß der Telekommunikationsgebührenverordnung (TKGV) war jedoch die Verpflichtung zur Entrichtung von Frequenznutzungsgebühren nach dem 2. Abschnitt Punkt A III 2 c TKGV ('anderes Einsatzgebiet', da die Zuweisung räumlich nicht bundesweit und auch nicht lokal im Sinne des 2. Abschnitts Punkt A III 2 a TKGV erfolgte) festzulegen.

Daß die Frequenzzuweisung gemäß §125 Abs3 TKG ohne gesondertes Frequenznutzungsentgelt zu erfolgen hat, begegnet auch keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Die Telekom-Control-Kommission verkennt nicht, daß die Höhe der von den Anbietern im Markt für öffentliche mobile Sprachtelefonie gezahlten Frequenznutzungsentgelte bzw. Konzessionsgebühren bei der Beurteilung der Auswirkungen auf den effektiven Wettbewerb, dessen Förderung - auch in Umsetzung der RL 96/2/EG - wesentliches Regulierungsziel des Telekommunikationsgesetzes ist (§§1 Abs2 Z2 und 32 Abs1 Z1 TKG), Beachtung zu finden hat. Eine isolierte Betrachtung bloß der Frequenzzuweisung nach §125 Abs3 TKG ist in diesem Zusammenhang jedoch nicht angebracht, zumal - wie bereits ausgeführt - die Bestimmung auch den Übergang zwischen dem vor Inkrafttreten der Fernmeldegesetznovelle 1997 bzw. des TKG angewandten Vergaberegime und dem nunmehr ausschließlich anzuwendenden Ausschreibungsverfahren regelt und somit eine Gesamtbetrachtung der Konzessions- bzw. Frequenznutzungsentgelte, ebenso wie der jeweiligen Frequenzausstattung und des Zeitpunkts des Marktzutritts zu erfolgen hat.

Vor diesem Hintergrund zeigt sich, daß die Mobilkom Austria AG zwar als ehemaliger Monopolanbieter und weiterhin - jedoch mit abnehmendem Marktanteil - mit deutlichem Abstand größter Anbieter auf dem Markt für öffentliche mobile Sprachtelefonie ein Konzessionsentgelt von 4 Mrd S zu leisten hatte und dafür eine Frequenzausstattung im GSM-900-Bereich von 2 x 8 MHz erhielt (selbst unter Berücksichtigung des von der Mobilkom Austria AG aufgrund einer gesonderten Konzession betriebenen analogen D-Netzes beträgt die Frequenzausstattung gegenwärtig 2 x 19 MHz und wird in rund eineinhalb Jahren auf 2 x 16 MHz absinken). Auch die max.mobil hatte für eine Frequenzausstattung von 2 x 8 MHz im 900 MHz-Band ein Frequenznutzungsentgelt von 4 Mrd S zu entrichten.

Die Connect Austria hat im Zuge eines Ausschreibungsverfahrens ein Entgelt von 2,3 Mrd S für eine Frequenzausstattung von jedenfalls 2 x 16,8 MHz geboten und entrichtet; ohne weiteres Entgelt wird die Frequenzausstattung der Connect Austria ab Erreichen eines Teilnehmervolumens von 300.000 und 75% Versorgungsgrad auf 2 x 22,5 MHz erhöht; dieser Versorgungsgrad ist spätestens am 27. August 1999 (laut Konzession 80% Versorgungsgrad) jedenfalls zu erreichen, der Zeitpunkt des Erreichens der genannten Teilnehmeranzahl ist naturgemäß zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht bestimmbar.

Connect Austria hat daher ein deutlich niedrigeres Entgelt als die Mitbewerber bezahlt und dafür eine wesentlich bessere Frequenzausstattung bekommen.

Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung ist zudem nicht unerheblich, daß die (wortidentische) Vorgängerbestimmung zu §125 Abs3 TKG noch vor der Vergabe der DCS-1800-Konzession durch die Fernmeldegesetznovelle 1997 geschaffen wurde. Connect Austria selbst beruft sich darauf, daß §20a Abs3b Fernmeldegesetz 1993 in der Fassung der Novelle 1997 (entspricht §125 Abs3 TKG) eine wesentliche Grundlage für das gelegte Angebot und die getroffene Investitionsentscheidung war; gerade im Zusammenhalt mit den damals geltenden Bestimmungen des Fernmeldegesetzes 1993 mußte jedoch klar sein, daß für die solcherart für den Fall entsprechenden Bedarfs (jedenfalls ab etwa Mitte des Jahres 2000) 'reservierten' Frequenzen kein Entgelt zu zahlen wäre. Wenn zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebots für die DCS-1800-Konzession allenfalls die Dynamik des Mobilfunkmarktes und die notwendige Zeit für die Verwirklichung des Netzaufbaus unterschätzt wurde, so trifft dies die unternehmerische Sphäre der Connect Austria und begründet keinen Anspruch auf ein erweitertes Verständnis der 'Schutzklausel', wonach im Ergebnis die Zuweisung der Frequenzen gemäß §125 Abs3 TKG an einen der 'bestehenden Inhaber' trotz Erreichen der Kapazitätsgrenze erst nach tatsächlich erfolgtem Markteintritt der Connect Austria erfolgen dürfe. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, daß die Frequenzzuweisung durch die Mobilkom Austria AG ab dem 1. Oktober 1998 beantragt wurde, also zu einem Zeitpunkt, da der Markteintritt der Connect Austria nach den Bestimmungen der Konzession längst vollzogen sein mußte. Der Vorwurf einer Störung des Markteintritts der Connect Austria geht insofern ins Leere, als die Frequenzzuweisung von der Mobilkom Austria AG bereits zu einem Zeitpunkt beantragt wurde, als die Mobilkom Austria AG noch von einem Markteintritt der Connect Austria jedenfalls vor dem beantragten Zuweisungsdatum 1. 10. 1998 ausgehen konnte, wäre doch die Connect Austria gemäß ihrer Konzession verpflichtet, spätestens bis 27. August 1998 das Erreichen eines tatsächlichen

Versorgungsgrades von 52% - Erreichbarkeit der Bevölkerung - zu gewährleisten."

Die Beschwerde hält die Auslegung der Behörde weder durch den Wortlaut noch durch den systematischen Zusammenhang gedeckt. Soweit zusätzliche Frequenzen im 900 MHz-Band wie auch solche in anderen Frequenzbereichen oder Frequenzen im DCS-1800-Bereich nach Ablauf der dreijährigen Frist vergeben würden, müssten sie von allen Bewerbern in einem Verfahren nach §22 TKG angestrebt werden; bloß im Falle des §125 Abs3 TKG sollte es anders sein:

"Hier soll für zwei Betreiber (und ausgerechnet die Betreiber, die bereits über eine gefestigte Marktstellung verfügen) der Nachweis des dringenden Bedarfs ausreichen, um ein nicht unwesentliches Frequenzspektrum entgeltfrei und unter Ausschluß jeder Bietkonkurrenz gleichsam geschenkt zu erhalten.

Sollte diese Auslegung richtig sein, fällt auf, daß der Gesetzgeber hinsichtlich anderer Betreiber weniger einfühlsam vorgeht: So dringend kann deren Bedarf, so überlastet kann deren Netzwerk gar nicht sein, daß eine unentgeltliche Zuweisung von zusätzlichen Frequenzen auch nur in Frage käme. Diese anderen Betreiber werden in jedem Fall auf ein Verfahren nach §22 TKG verwiesen.

Es liegt auf der Hand, daß es durch eine derartige Auslegung zu einer massiven Bevorzugung der beiden ersten Mobilfunkbetreiber kommt. Es stellt sich daher die Frage, wo die sachliche Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung liegen kann.

Diese Frage stellt sich um so dringlicher, wenn man sich den Normzweck des §125 Abs3 TKG vor Augen führt. Diese Bestimmung, deren Genese oben unter A. ausführlich dargelegt wurde, bezweckt den Schutz neuer Mobilfunkbetreiber dergestalt, daß diese gegenüber der bereits etablierten Konkurrenz gleichsam eine Schonfrist eingeräumt bekommen. Gerade in einem Übergang von einem Monopol zu einem Wettbewerbsmarkt sind derartige Schutzbestimmungen geradezu geboten, da erfahrungsgemäß die bloße Öffnung eines Marktes nicht ausreicht, um die bereits vorhandene Marktmacht des Ex-Monopolisten zu erschüttern. Dieser Leitgedanke einer 'asymmetrischen Regulierung' liegt dem TKG in seiner Gesamtheit zugrunde. Die Öffnung eines bestehenden Monopols hin zu effizientem Wettbewerb ist die offensichtliche Zielrichtung dieses Gesetzes, wobei europarechtliche Vorgaben einzelne Regelungen bereits weitgehend determiniert haben. Allein vor diesem Hintergrund ist es bereits kühn, eine Norm, die unzweifelhaft asymmetrische Regulierung umsetzt, indem sie bestehenden Betreibern Schranken auferlegt, um neue Betreiber zu schützen, derart auszulegen, daß damit gleichzeitig eine wesentliche Privilegierung dieser bestehenden Betreiber gegenüber ihren neuen Mitbewerbern verbunden ist. Dies ist um so weniger haltbar, als ausgerechnet die bestehenden Betreiber über eine Marktmacht verfügen, die sich naturgemäß auch in finanzielle Stärke umsetzt, woraus folgt, daß diese in einem Versteigerungsverfahren ohnehin tendenzielle Vorteile gegenüber neuen Betreibern genießen, die mit der Finanzierung zusätzlicher Frequenzen in aller Regel größere Schwierigkeiten haben. Für einen neuen Betreiber bestehen weitaus größere Planungsunsicherheiten bei der Entscheidung, ob und zu welchem Preis er sich an einem Verfahren nach §22 TKG beteiligen soll, da er - im Gegensatz zu den etablierten Betreibern - noch nicht

über eine gefestigte Marktstellung verfügt. Dies gilt vor allem im Telekommunikationssektor, der von massiven Investitionen und damit einhergehend von enormen Anlaufverlusten geprägt ist.

Die Auslegung der belangten Behörde verkehrt daher den Normzweck des §125 Abs3 TKG geradezu in sein Gegenteil und unterstellt dieser Bestimmung einen Inhalt, die unser verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf Gleichbehandlung verletzt.

Das Gesetz erlaubt jedoch eine Auslegung, die dieses verfassungswidrige Ergebnis vermeidet:

Sofern einer der bestehenden Betreiber (Mobilkom oder max.mobil) DCS-1800 Frequenzen benötigt, ist ein Verfahren gemäß §20 Abs4 iVm. §22 TKG einzuleiten. Dies sieht vor, daß in der ersten Stufe geprüft wird, ob die Voraussetzungen des §15 Abs2 TKG erfüllt sind. Deren Erfüllung ist bei bestehenden Betreibern wohl anzunehmen. Innerhalb der Schutzfrist des §125 Abs3 TKG ist nun als weitere Vorfrage zu prüfen, ob dessen Voraussetzungen für einen Entfall der dreijährigen Sperrwirkung, nämlich Erschöpfung der Teilnehmerkapazität unter 'Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbarer technischer möglicher Möglichkeiten' (sic) im GSM-900 Netz, erfüllt sind. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist ein Verfahren gemäß §22 TKG einzuleiten, an dem der bestehende Betreiber unter den gleichen Voraussetzungen wie andere Interessenten teilnehmen kann.

Nach Ablauf der Sperrfrist hat die Prüfung dieser Vorfrage zu entfallen.

Eine verfassungskonforme Auslegung des angewandten Gesetzes muß daher zu dem Ergebnis führen, daß die Vergabe dieser Frequenzen ausschließlich im Rahmen eines Versteigerungsverfahrens gegen ein entsprechendes Frequenznutzungsentgelt erfolgen hätte müssen. §125 Abs3 TKG ist also nicht Grundlage für die Vergabe von Frequenzen, sondern statuiert in Ergänzung zu den Verfahrensbestimmungen der §§20 ff TKG Sperrwirkungen für die beiden marktbeherrschenden Unternehmen, die mitbeteiligte Partei und max.mobil, wodurch ein befristeter Schutz für uns realisiert wird.

Sofern von diesem verfassungsrechtlich gebotenen Verständnis des §125 Abs3 TKG ausgegangen werden muß, wird somit deutlich, daß die Mangelhaftigkeit des angefochtenen Bescheides in die Verfassungssphäre reicht: Indem die belangte Behörde die Unentgeltlichkeit der Zuteilung ohne Durchführung eines Verfahrens gemäß §22 TKG verfügt, unterstellt sie dem Gesetz einen verfassungswidrigen Inhalt und kommt aufgrund dieser Auslegung, welche einer denkunmöglichen Gesetzesanwendung gleichzuhalten ist, zu einem gleichheitswidrigen Ergebnis."

Andernfalls wäre das Gesetz selbst gleichheitswidrig. Verfassungswidrig sei es auch deshalb, weil es mehrere unbestimmte Begriffe verwende, ohne dafür Beispiele als Interpretationshilfe zu geben, und in der Wendung "technischer möglicher Möglichkeiten" vollends unverständlich sei.

Die Gegenschrift pflichtet der Beschwerde, was die Notwendigkeit einer Ausschreibung bei Vergabe in den verglichenen Fällen betrifft, mit der Einschränkung bei, daß im Konzessionsbescheid nichts anderes vorgesehen sei, sieht sich

aber in ihrer Auslegung durch den neuen Abs3a der Novelle 1998 noch bestärkt:

"Diese Bestimmung schließt sowohl die beschwerdeführende Gesellschaft als auch die Mobilkom und die max.mobil von einer Vergabe einer Konzession mit einer bundesweiten Versorgungspflicht im für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich gänzlich aus. Allenfalls steht es diesen Unternehmen frei, sich an einer nicht bundesweiten Ausschreibung oder einer Ausschreibung anderer als der für DCS-1800 reservierten Frequenzbereiche zu beteiligen. Aber auch in einem solchen Fall dürfen diese Unternehmen die zugeteilten, nicht bundesweit nutzbaren Frequenzen erst nach Ablauf der Dreijahresfrist nutzen. Entgegen der Ansicht der beschwerdeführenden Gesellschaft (S 31 der Beschwerde) ist die Mobilkom auch nach Ablauf der Dreijahresfrist daher nicht berechtigt, sich an einem Vergabeverfahren über eine bundesweite Konzession im DCS-1800 Frequenzbereich zu beteiligen. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Regelung, die für den Fall des Erreichens der Kapazitätsgrenze und der damit verbundenen Behinderung der Geschäftstätigkeit eines bestehenden Inhabers, und nicht etwa schon im Falle des dringenden Bedarfes - wie es die beschwerdeführende Gesellschaft (S 31 der Beschwerde) darstellt -, eine Ausnahme von der Sperrwirkung des §125 Abs3 TKG vorsieht, aus Gründen der Sachlichkeit geradezu geboten.

Von einem 'Außerkräftsetzen durch die Hintertür' kann daher von vornherein keine Rede sein. Daß die Erweiterung nicht durch ein Vergabeverfahren nach den Bestimmungen des §22 ff TKG erfolgt, ist zudem dem TKG auch außerhalb des Anwendungsbereiches des §125 Abs3 TKG nicht ganz fremd, sieht doch §22 Abs4 TKG vor, daß die Erweiterung einer Konzession nach den Bestimmungen der Konzession erfolgt. Nur für den Fall, daß diese keine Regelungen enthält, ist ein Vergabeverfahren nach §22 ff TKG durchzuführen."

Das Unterbleiben einer Entgeltforderung erkläre sich aus der Funktion als Übergangsregelung.

Die Äußerung der mitbeteiligten Mobilkom sieht darin ebenfalls keine systemfremde Gleichheitswidrigkeit:

"§20 Abs4 TKG sieht nämlich eine ergänzende Frequenzzuteilung an einen Konzessionsinhaber ohne zusätzliches Konzessionsentgelt vor. Eine derartige Regelung kann auch der Beschwerdeführerin nicht fremd sein. Sie findet sich im Konzessionsbescheid der Connect Austria selbst: Auch dort ist für den Fall einer - allerdings ungleich weniger restriktiv geregelten - Frequenzauslastung die weitere Frequenzzuteilung ('Frequenzaufstockung') vorgesehen. Warum aber sollte nicht eine sachlich gleichartige Regelung in einer Gesetzesnorm geregelt sein? Es gibt keinen vernünftigen Grund dies auszuschließen. §125 Abs3 TKG ist eine solche gesetzliche (Spezial)Regelung der Frequenzaufstockung für die bestehenden Mobilfunkbetreiber Mobilkom und max-mobil; sachlich steht diese Bestimmung durchaus in Einklang mit den Regelungen des TKG: Während §20 Abs4 TKG die entgeltfreie ergänzende Frequenzzuteilung bei entsprechender bescheidmäßiger Vorsorge zuläßt, trifft §125 Abs3 TKG in bezug auf die bestehenden Konzessionäre des GSM-900-Bereichs - ohne Vermittlung durch einen individuellen Vollzugsakt - eine inhaltlich gleichartige Regelung unmittelbar selbst. Was an dieser Rechtstechnik unzulässig sein soll, ist nicht ersichtlich.

Der Grund dafür, daß sich eine Regelung über die Frequenzaufstockung bei Mobilkom und max.mobil im Gesetz selbst findet, liegt, wie oben dargetan, in der diesbezüglichen gesetzlichen Entwicklung: Auch schon das Fernmeldegesetz 1993 sah in der Novellenbestimmung des §20a Abs3b eine idente Regelung vor. Diese Bestimmung gewährte den bestehenden Mobilfunkbetreibern den Anspruch auf ergänzende Frequenzzuweisung unter der oben im einzelnen dargestellten gesetzlichen Voraussetzungen. Eben diese Vorschrift des §20a Abs3b FernmeldeG hat §125 Abs3 TKG - wie unter b. gezeigt: durchaus in Einklang mit den Grundwertungen des §20 Abs4 TKG - ins TKG übergeführt.

Gewiß ist §125 Abs3 TKG als eine spezialgesetzliche Vorschrift mit den Regelungen des TKG selbst (§20 Abs4 TKG sieht, wie dargestellt, die entgeltfreie Frequenzaufstockung nur bei bescheidmäßiger, nicht genereller Vorsorge vor) nicht ident: Gerade deshalb aber war eine Übergangsvorschrift erforderlich: Würde die Übergangsvorschrift des §125 Abs3 inhaltlich nur die Regelungen des TKG wiederholen, so hätte es ihrer Normierung ja gar nicht bedurft. §125 Abs3 TKG will aber als Übergangsbestimmung - ihrem Wesen gemäß - in einem Teilbereich den Übergang von alter auf neue Rechtslage, also vom Fernmeldegesetz zum Telekommunikationsgesetz in spezieller Weise abfedern und die - den bestehenden Mobilfunkbetreibern gesetzlich (§20a Abs3b FernmeldeG) eingeräumte - Berechtigung zur Frequenzaufstockung erhalten. Ganz gezielt schließt daher die Übergangsbestimmung des §125 Abs3 TKG an der alten Rechtslage an und führt diese in das Regime des neuen TKG über (nichts anderes gilt hinsichtlich der Übergangsbestimmung des §125 Abs2 TKG hinsichtlich der weiteren Maßgeblichkeit des §20a Fernmeldegesetz für die Konzessionszuteilung an Connect Austria). Betrachtet man nun einen solchen - beim Übergang vom Fernmeldegesetz zum Telekommunikationsgesetz vollzogenen - Wechsel im regulatorischen Regime im Lichte des Gleichheitssatzes, so ist eine derartige Übergangsbestimmung keineswegs zu beanstanden: Da bereits die alte Rechtslage gemäß §20a Abs3b TKG den Anspruch der bestehenden Mobilfunkbetreiber auf ergänzende Frequenzzuweisung normierte, wäre es gar nicht einzusehen gewesen, wieso diese Berechtigung mit dem Inkrafttreten des TKG dahinfallen sollte. Im Lichte des gleichheitsrechtlichen Vertrauensschutzes war die Normierung einer derartigen Übergangsbestimmung sogar zwingend erforderlich. Im Ergebnis erweist sich die Übergangsvorschrift des §125 Abs3 TKG sohin als sachlich jedenfalls gerechtfertigt."

Die Regelung sei sogar zur Vermeidung einer offensichtlichen Gleichheitswidrigkeit zwingend geboten. Die Mobilkom selbst habe nämlich für eine Frequenzeinheit 0,5 Milliarden S, die beschwerdeführende Gesellschaft nur 0,1 Milliarden S gezahlt:

"Geht man nun mit dem Bescheid der Telekom-Control-Kommission davon aus, daß auch die ergänzende Zuteilung von zusätzlichen 5 MHz (technisch 2 x 5 MHz) aus dem DCS-1800-Bereich vom ursprünglichen Konzessionsentgelt erfaßt war, dann bedeutet dies die folgende Änderung: Mobilkom hat sodann insgesamt ein Frequenzspektrum von 13 MHz für eine Lizenzgebühr von öS 4 Mrd. zugeteilt erhalten. Das Entgelt pro Frequenzeinheit (1 MHz) beträgt somit $4 : 13 = \text{öS } 0,31$ Mrd. Dieses Entgelt pro Frequenzeinheit ist daher immer noch um das mehr als 3-fache (!) höher als die entsprechende Entgeltleistung der Connect Austria.

Sieht hingegen, so wie dies die Beschwerdeführerin ersichtlich gerne hätte, §20a Abs3b Fernmeldegesetz 1993 idF BGBl 44/1997 - und nunmehr §125 Abs3 TKG - vor, daß die Mobilkom hinsichtlich des ergänzend zugewiesenen Frequenzbereiches von 5 MHz ein weiteres Entgelt zu entrichten hat, so würde das ohnedies bestehende finanzielle Mißverhältnis zugunsten der Connect Austria noch weiter gesteigert: Schon vor Frequenzzuteilung betrug das Mißverhältnis zwischen den Entgeltleistungen pro Frequenzeinheit zwischen Mobilkom und Connect Austria 5 : 1. Die Mobilkom hatte daher im Verhältnis zu Connect Austria pro Frequenzeinheit den 5-fachen Betrag zu entrichten. Wäre auch für die Frequenzaufstockung ein Entgelt zu leisten gewesen, so hätte sich dieses Mißverhältnis zum 7- oder 8-fachen erhöht. Eine solche Gesetzesinterpretation hätte aber, wie unmittelbar augenscheinlich, dem Gesetz einen unerträglich gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt. Sie würde zudem die ohnedies schon bestehende Beihilfesituation der Connect Austria nur noch weiter zuspitzen. Schon aus diesem Grund erweist sich daher die Regelung des §125 Abs3 TKG, wonach für die Frequenzaufstockung im Bereich von zweimal 5 MHz an bestehende GSM-900-Betreiber kein zusätzliches Frequenzentgelt zu entrichten ist, als zwingend notwendig. Jede andere Auslegung, insbesondere die von der Beschwerdeführerin vorgetragene, würde dem Gesetz einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellen. Sie verbietet sich daher schon im Lichte einer verfassungskonformen Interpretation."

b) Auszugehen ist davon, daß schon die unter der Herrschaft des Fernmeldegesetzes der Mobilkom und der max.mobil erteilten Konzessionen neben einer Aufstockung in einer bestimmten Ausbauphase ausdrücklich auch "Anträge um Überlassung eines weiteren Frequenzspektrums in geeigneten Frequenzbereichen" vorgesehen hatten; selbst das der beschwerdeführenden Gesellschaft zugewiesene - weit größere - Frequenzspektrum von 84 Kanälen soll nach Inhalt der Konzession bei Eintritt gewisser Bedingungen auf 112 Kanäle aufgestockt werden. Vor dem Hintergrund dieser Praxis sind offenkundig die eingangs wiedergegebenen Erläuterungen der Regierungsvorlage zu der 1997 in §20a Fernmeldegesetz eingefügten Bestimmung des Abs3b zu verstehen, wonach die bestehenden Mobilfunkbetreiber die "Zusage" erhalten, "daß sie Frequenzen ... aus dem für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich bei Bedarf zugewiesen erhalten".

Im System des TKG besteht eine ähnliche Einrichtung. Nach §20 Abs4 TKG ist es Aufgabe des Konzessionsbescheides, allfällige Erweiterungen der bestehenden Konzession vorzusehen (so auch die Erläuterungen der Regierungsvorlage). In dieses neue System hat die Übergangsbestimmung des §125 Abs3 TKG den Inhalt des §20a Abs3b des Fernmeldegesetzes eingefügt. Er war der beschwerdeführenden Gesellschaft bei Erteilung der Konzession an sie auch bekannt.

Wenn die Behörde das Gesetz unter diesen Umständen dahin versteht, daß die in der Konzession vorgesehene "Überlassung eines weiteren Frequenzspektrums in geeigneten Frequenzbereichen" im System des TKG (während der diesen Betreibern auferlegten Sperrfrist) bei Erschöpfung der Teilnehmerkapazität gleichfalls in Gestalt einer Erweiterung der Konzession nach dem Muster des §20 Abs4 Satz 1 ohne Vorschreibung eines weiteren Entgelts und daher auch ohne Ausschreibung zu erfolgen hat, ist das weder willkürlich noch die Unterstellung eines gleichheitswidrigen Inhaltes. Sie behandelt damit die Zuteilung der Frequenzen nach §125 Abs3 so, als wäre die Erweiterung aus dem Blickwinkel des

TKG gesehen bereits Inhalt der Konzession gewesen und daher mit dem dafür entrichteten Nutzungsentgelt abgegolten. Daß eine solche Auslegung des §125 Abs3 etwa wirtschaftliche Gegebenheiten verkennen würde oder sich nicht auf berechnete Erwartungen der Beteiligten stützen könnte, sondern solche bloß vorschöbe und damit nur andere Wirkungen und Absichten verdeckt, hat das Verfahren nicht ergeben. Ob sie richtig ist, hat der Verfassungsgerichtshof nicht zu prüfen.

Daß der Inhalt des §125 Abs3 TKG (arg. "wirtschaftlich vertretbar" und "technisch möglich") zu unbestimmt wäre, kann der Gerichtshof nicht finden (vgl. VfSlg. 5428/1966, 7052/1973 und 13785/1994). Die Wendung "möglicher Möglichkeiten" ist, mag sie auch wie die Wortfolge "bestehende Inhaber" (statt "Inhaber einer bestehenden Konzession") in das TKG übernommen worden sein, ein offenkundiges Redaktionsversehen und für die Auslegung ohne Bedeutung.

4. Die Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte durch denkunmögliche und willkürliche Vergabe unter gröblicher Außerachtlassung von Gemeinschaftsrecht rügt die Beschwerde sodann in bezug auf die Art86 und 90 EG-Vertrag.

a) Nach Darlegung der Pflichten der belangten Behörde als Wettbewerbsbehörde führt die Beschwerde dazu aus:

"Der Mitgliedstaat ist gemäß Art86 iVm Art90 verpflichtet, Maßnahmen zu unterlassen, die die marktbeherrschende Stellung des öffentlichen Telekom-Unternehmens weiter verstärken und damit zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen, also zu einer Situation, in der eine mißbräuchliche Ausnutzung der Marktmacht durch den Marktbeherrscher geradezu herausgefordert wird. Daß die Zuteilung der DCS-1800-Frequenzen an die Mobilkom unter den gegebenen Umständen dem Art86 EGV widerspricht, ist offensichtlich:

- die Mobilkom erhält damit als einziger Anbieter die Möglichkeit, alle technisch verfügbaren Mobilfunkdienste (analoges D-Netz, GSM-900 und DCS-1800) aus einer Hand anbieten zu können;

- die Mobilkom kann damit ihre schon überwältigenden Wettbewerbsvorteile auf Grund ihrer Marktstellung, ihres langjährigen Know-how, ihrer Kundenbasis und ihrer überlegenen finanziellen Ressourcen weiter verfestigen und erhält damit uneinholbare Wettbewerbsvorteile gegenüber den Mitbewerbern;

- die Öffnung des 1800-MHz-Bereichs für die Mobilkom zum jetzigen Zeitpunkt verstärkt die erheblichen wirtschaftlichen Risiken für uns, auf einem schon erschlossenen Mobilfunkmarkt Fuß zu fassen, sodaß der Markteintritt erheblich erschwert, wenn nicht verunmöglicht wird."

Die Einschränkung der Zuweisung auf Standorte in Wien trage dem Erfordernis der Sicherung des effektiven Wettbewerbs nicht Rechnung, weil 40 bis 50 % des gesamten österreichischen Mobilfunkverkehrs in Wien abgewickelt würden. Die Behörde habe es vielmehr

"... unterlassen, die notwendigen Ermittlungen zur Abschätzung der Auswirkungen des Zutritts der Mobilkom in den DCS-1800-Bereich auf den Wettbewerb im konkreten Fall anzustellen. Sie behauptet zwar, daß die regional beschränkte

Zuteilung für Wien den effektiven Wettbewerb sichern soll, hat sich aber überhaupt nicht mit den regionalen Marktgegebenheiten und den Auswirkungen auf den Markt Wien auseinandergesetzt. Auch fehlen jegliche Ermittlungen, wie sich die Zuteilung der Frequenzen an die Mobilkom auf die Beschwerdeführerin als neu in den Markt eintretende Mitbewerberin auswirken kann. Eine solche Prüfung hätte auch unter dem Aspekt erfolgen müssen, daß die Frequenzzuteilung an die Mobilkom ohne Leistung eines sonst notwendigen Frequenznutzungsentgelts erfolgt. Die Behörde hat sich zwar sehr ausführlich - mit zwei Gutachtern - der Frage der Ausschöpfung der Teilnehmerkapazität im GSM-Netz der Mobilkom iS des §125 Abs3 TKG gewidmet, aber keine Sachverständigen zur Frage der wettbewerblichen Marktauswirkungen angehört.

Wir verweisen in diesem Zusammenhang auf die Regelungen des Kartellgesetzes, wonach der Vorsitzende des Kartellgerichts zur Frage des Vorliegens des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß §49 Abs1 zwingend das Gutachten des paritätischen Ausschusses, also eines auf Wettbewerbsfragen spezialisierten Sachverständigengremiums einzuholen hat. Dies entspricht der besonderen wirtschaftlichen Komplexität dieser Fragestellungen. Es erscheint daher außerordentlich bedenklich, wenn die belangte Behörde für die sehr komplexe Frage der wettbewerblichen Auswirkungen der Markterweiterung der Mobilkom auf Erhebungen unter Beiziehung eines Sachverständigen verzichtet."

Nach einem Hinweis auf die im Kartellrecht bestehende Pflicht zur Einholung eines Gutachtens des sachverständigen paritätischen Ausschusses fährt die Beschwerde fort:

"Es liegt auf der Hand, daß die Anwendung des Art90 iVm Art86 EGV auf den vorliegenden Fall erhebliche Auslegungsprobleme aufwirft, die durch die bisherige Rechtsprechung des EuGH nicht geklärt sind. Im gegenständlichen Verfahren ergibt sich ein Bedarf nach Auslegung des anzuwendenden (primären) Gemeinschaftsrechts zumindest in folgende Richtungen:

- Steht Art90 iVm Art86 der Anwendung einer gesetzlichen Regelung entgegen, die bei Nachweis der Ausschöpfung der Teilnehmerkapazität im GSM-Netz die Zuteilung von Frequenzen aus dem DCS-1800-Bereich an einen marktbeherrschenden GSM-Anbieter ermöglicht, wenn dieser Anbieter zugleich über die ausschließliche Berechtigung zum Betrieb des analogen Mobilfunknetzes und über eine dominierende Stellung im GSM-Bereich verfügt und somit Mobilfunktechnologien in drei Bereichen anbieten kann?

- Diese Frage stellt sich insbesondere unter dem Aspekt, daß mit der Zuteilung der Frequenzen der Markteintritt des neuen DCS-1800-Konzessionsinhabers unterlaufen werden kann.

- Steht Art90 iVm Art86 der Anwendung einer solchen gesetzlichen Regelung insbesondere dann entgegen, wenn diese Zuteilung ohne Leistung eines Frequenznutzungsentgelts erfolgt, obwohl in allen anderen Fällen der Zuteilung von weiteren Frequenzen an Mobilfunkbetreiber die Ausschreibung der Frequenzvergabe und die Erteilung an den Höchstbieter zwingend vorgesehen ist?

Angesichts dieser Unsicherheit über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts wäre die belangte Behörde gemäß Art177 EGV

verpflichtet gewesen, diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen."

Die Gegenschrift räumt zwar ein, daß die Mobilkom Austria ein öffentliches Unternehmen im Sinne des Art90 EG-Vertrag ist (nicht aber eines, dem besondere oder ausschließliche Rechte gewährt sind, weil das in keinem Mobilfunkbereich der Fall sei), sieht indes keinen Fall (der Gefahr) einer mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinn des Art86 und hält zu den wirtschaftlichen Auswirkungen der Frequenzzuweisung fest,

"daß mit Hilfe der DCS-1800-Frequenzen keine Dienste angeboten werden, die nicht auch mit GSM-900-Frequenzen angeboten werden, da beide mit Hilfe derselben technischen Systeme genutzt werden. Die Zuweisung von zusätzlichen Frequenzen an die Mobilkom stellt daher für die Mobilkom keinen Wettbewerbsvorteil dar. Da die Mobilkom bereits an ihre Kapazitätsgrenze gestoßen ist, ermöglicht die Zuweisung dieser zusätzlichen Frequenzen der Mobilkom lediglich die weitere Teilnahme am weiteren Leistungswettbewerb. Die Verweigerung der Zuweisung an Mobilkom hätte dagegen zu einer Einschränkung des Wettbewerbs am Mobilfunkmarkt geführt, da nur noch zwei Unternehmen (die max.mobil und die beschwerdeführende Gesellschaft) effektiv am Wettbewerb teilnehmen könnten, während es der Mobilkom aus technischen Gründen nicht möglich wäre, um weitere Kunden zu werben.

Die Zuweisung der zusätzlichen Frequenzen an Mobilkom bedeuten aber auch für die Connect keine Schlechterstellung in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten: Die Connect ist durch diese Zuweisung in ihrem Wettbewerbsverhalten in keinster Weise beeinträchtigt. Welches Marktverhalten der Connect durch die Zuweisung an Mobilkom im Unterschied zu vorher nunmehr unmöglich oder unwirtschaftlich ist, vermag die Telekom-Control-Kommission nicht zu erkennen. Die - freilich auch nicht weiter substantiierte - Argumentation der beschwerdeführenden Gesellschaft, durch die Zuweisung von Frequenzen an Mobilkom werde sie wesentlich beim Markteintritt gehindert (z.B. Beschwerde S 42 , S 44 Mitte) läßt sich nicht nachvollziehen.

Insoweit die beschwerdeführende Gesellschaft meint, durch die Zuweisung der Frequenzen an Mobilkom wurden ihre wirtschaftlichen Risiken verstärkt, zumal Mobilkom den Mobilfunkmarkt inzwischen weiter erschließen könne (S. 38), bestätigt sie nur die Ansicht der Telekom-Control-Kommission: Die von der beschwerdeführenden Gesellschaft befürchtete weitere Markterschließung durch Mobilkom könnte ja nur deshalb durch die Zuweisung der Frequenzen an Mobilkom bewirkt werden, wenn diese Mobilkom in die Lage versetzt, weiterhin aktiv am Wettbewerb teilzunehmen. Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen wurden also klarer Weise durch die Frequenzzuweisung an Mobilkom nicht bewirkt.

Wenn die beschwerdeführende Gesellschaft meint, daß schon allein aufgrund der Zuteilung weiterer Frequenzen der Tatbestand des Art90 in Verbindung mit Art86 EGV erfüllt sei, liegt diesen Ausführungen die Ansicht zugrunde, daß bereits die Tatsache, daß einem Marktbeherrscher die weitere Teilnahme am Wettbewerb ermöglicht wird, einen Mißbrauch darstellt. Dem ist entgegenzuhalten, daß das Marktverhalten eines Unternehmers allenfalls dann als Mißbrauch zu qualifizieren ist, weil es seine

Macht in besonderer Weise gebraucht, nicht weil es Macht hat (vergleiche Koch in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Rz 46 zu Art86 EGV). In diesem Sinn hält auch Art3 a 5. Unterabsatz (vergleiche auch den zwölften Erwägungsgrund), der Mobilfunkrichtlinie fest, daß Fernmeldeorganisationen, die 'nicht oder nicht mehr über ausschließliche Rechte oder besondere Rechte ... in bezug auf den Aufbau und die Bereitstellung der öffentlichen Netzinfrastruktur verfügen, ... nicht von vornherein von den Lizenzverfahren ausgeschlossen werden' dürfen. Daß die Mobilkom keine besonderen und ausschließlichen Rechte übertragen bekommen hat, wurde bereits dargelegt. "

Es sei offensichtlich, daß die Frequenzzuweisung auch ohne gesondertes Nutzungsentgelt im Hinblick auf das Gesamtgeschehen keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken begegne.

Auch die Mobilkom sieht in ihrer Äußerung den Leistungswettbewerb durch die Frequenzzuweisung nicht etwa behindert, sondern geradezu ermöglicht, und hält der Behauptung, diese fordere eine mißbräuchliche Ausnützung der Marktmacht geradezu heraus, entgegen:

"Der EuGH hat freilich durchaus Rechtsakte eines Mitgliedsstaates auch dann mit Art90 EGV unvereinbar angesehen, wenn dadurch bloß eine Lage geschaffen werden könnte, in welcher das Unternehmen gegen Art86 EGV verstößt. Diese Fälle betrafen aber - ganz anders als der vorliegende Fall - die Einräumung ausschließlicher Rechte (also von Monopolrechten) an öffentliche Unternehmen. Insoweit meinte der EuGH etwa im Falle der Einräumung eines Fernsehmonpols, daß die Einräumung eines derartigen 'ausschließlichen Rechts zur Ausstrahlung von Sendungen und eines ausschließlichen Rechts zur Übertragung von Fernsehsendungen an ein einziges Unternehmen' dann in Widerspruch mit Art90 EGV steht, 'wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der das Unternehmen durch eine seine eigenen Programme bevorzugende diskriminierende Sendepolitik gegen Art86 verstößt' (Urteil vom 18.6.1991, C-260/89, Rs Elliniki, Slg 1991, I-2925). Gleiches hat der EuGH bezüglich 'des ausschließlichen Rechts für die Ausstrahlung von Fernsehsendungen' in der Rechtssache Sacchi (C-155/73, Urteil vom 30.4.1974, Slg 1974, 409) ausgesprochen und in weiterer Folge in Hinblick auf Arbeitsvermittlungsmonopole in der Rechtssache Höfner (C-41/90, Urteil vom 23.4.1991, Slg 1991, I-1979) bestätigt. Im vorliegenden Fall ist aber von vornherein keine Rede davon, daß ein Mitgliedsstaat 'ausschließliche Rechte' an ein nationales Unternehmen vergibt. Denn die Zuteilung von 5 MHz aus dem DCS-1800-Bereich ist nun einmal keine solche Übertragung eines ausschließlichen Rechts."

b) Haben die der Mobilkom Austria und der max.mobil 1996 erteilten Konzessionen von vornherein eine Aufstockung im 900 MHz-Bereich vorgesehen und eine spätere Überlassung eines weiteren Frequenzspektrums in geeigneten Bereichen in Aussicht genommen und wurde keinem dieser Betreiber eine besondere oder ausschließliche Berechtigung eingeräumt, beiden vielmehr durch einen Zeitraum von mehr als drei Jahren im Interesse der beschwerdeführenden Gesellschaft als neuem Anbieter nur unter einer besonderen Voraussetzung ein Zugang zum DCS-1800-Bereich eröffnet, so kann darin jedenfalls kein offenkundiger Verstoß gegen Art86 EG-Vertrag (in Verbindung mit Art90) liegen. Mag dieser Artikel auch eine nachhaltige Behinderung der Tätigkeit marktbeherrschender Unternehmen durch den Ausschluß von

verfügbaren Gütern zur Erleichterung des Marktzuganges für andere Bewerber zulassen, liegt doch keineswegs etwa offen und klar zutage, daß er einen solchen Ausschluß nachgerade gebieten würde. Daß mit Zuweisung des in der Konzession verheißenen und durch das bereits gezahlte Nutzungsentgelt gedeckten weiteren Frequenzspektrums vor Ablauf der vom TKG in Aussicht genommenen dreijährigen Schutzfrist der Wettbewerbsvorteil verlorengelut, den die beschwerdeführende Gesellschaft als alleinige Anbieterin von Leistungen im DCS-1800-Bereich unter anderen Umständen noch weitere eineinhalb Jahre genießen sollte, ist zwar offenkundig und bedarf keiner weiteren Untersuchung, kann aber nicht ohne weiteres als Maßnahme angesehen werden, die einer mißbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung Vorschub leistet.

Ein der Gesetzlosigkeit gleichkommender Fehler ist der Behörde insoweit jedenfalls nicht anzulasten.

5. Die Beschwerde rügt ferner einen Verstoß gegen die der Mobilfunkrichtlinie 96/2/EG entnommene Verpflichtung der Mitgliedstaaten, bei der Ausdehnung von (GSM-)Lizenzen auf die neue DCS-1800-Technologie effektiven Wettbewerb zwischen den Mitbewerbern auf dem Mobilfunkmarkt zu gewährleisten.

Die Richtlinie 96/2/EG hat die Richtlinie 90/388/EWG in bezug auf die mobile Kommunikation und Personal Communications abgeändert, auf den Mobilfunkdienst ausgedehnt und durch besondere Vorschriften ergänzt. Dies vornehmlich in Erwägung der Notwendigkeit der Aufhebung aller noch vorhandenen ausschließlichen und besonderen Rechte in diesem Bereich und der Beschränkungen bei der freien Wahl der zugrundeliegenden Einrichtungen (vgl. insbesondere die erste Erwägung) mit der Absicht, der Nutzung von paneuropäischen Normen wie GSM, DCS-1800 und anderer den Vorzug zu geben (Erwägung 7) und dabei der Notwendigkeit Rechnung zu tragen, die Investitionen von neu auf den Markt tretenden Unternehmen in diesem Bereich zu fördern (Erwägung 8). In diesem Zusammenhang heißt es (in den beiden letzten Sätzen der Erwägung 8):

"Die Mitgliedstaaten sollten vor 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 bezug auf marktbeherrschende Betreiber wird sodann erwogen (Erwägung 12):

"Wo jedoch Fernmeldeorganisationen nicht oder nicht mehr über ausschließliche Rechte in bezug auf den Aufbau und die Bereitstellung der öffentlichen Netzinfrastruktur verfügen, sollten diese nicht von vornherein von den Lizenzierungsverfahren ausgeschlossen werden."

Demgemäß bestimmt der in die Richtlinie 90/388/EWG eingefügte neue Art3a, daß die Mitgliedstaaten nicht die Kombination von Lizenzen verhindern oder das Angebot verschiedener Technologien durch Inanspruchnahme unterschiedlicher Frequenzen beschränken

dürfen (Abs1 litiii), und daß Fernmeldeorganisationen, die nicht oder nicht mehr über ausschließliche oder besondere Rechte verfügen, nicht von vornherein von den Lizenzverfahren ausgeschlossen werden dürfen (Abs5).

Nach einem Auftrag zur Erteilung von mindestens einer Genehmigung für den Betrieb von Mobilsystemen nach der DCS-1800-Norm ordnet Art2 der Richtlinie 96/2/EG an:

"(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."

a) An diese Bestimmungen knüpfte die Beschwerde nun folgendermaßen an:

"Damit ergibt sich also für die Mitgliedstaaten klar die Verpflichtung, bei der Ausdehnung einer Lizenz eines GSM-Netzbetreibers auf den Bereich DCS-1800 eine solche Zuteilung nur in der Weise und unter den Bedingungen vorzunehmen, daß dadurch der effektive Wettbewerb zwischen den Mitbewerbern nicht gefährdet wird. Nach dem Erwägungsgrund 8 zur Richtlinie 96/2 EG sollten 'die Mitgliedstaaten von der Erteilung von Lizenzen an einem bereits bestehenden Betreiber, z.B. an einen bereits auf ihrem Territorium tätigen GSM-Betreiber, absehen können, wenn nachgewiesen werden kann, daß diese 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'. Weiter heißt es: 'Die Mitgliedstaaten sollten gewährleisten, daß Verfahren zur Zuteilung von Funkfrequenzen auf objektiven Gesichtspunkten beruhen und keine diskriminierende Wirkung haben'.

Damit wird also klar, daß eine Zuteilung von Frequenzen aus dem DCS-1800-Bereich an einen marktbeherrschenden GSM-Betreiber nur dann den Anforderungen der Mobilfunkrichtlinie entspricht, wenn vorher konkret die Auswirkungen dieser Frequenzzuteilung auf die anderen Mobilfunkbetreiber umfassend geprüft werden und gewährleistet ist, daß damit nicht effektiver Wettbewerb verhindert wird. Ergeben sich Anhaltspunkte, daß im Ergebnis eine wesentliche Behinderung des neuen DCS-1800-Lizenzinhabers beim Markteintritt erfolgt (durch Unterlaufen desselben), dürfen die Frequenzen nicht zugeteilt werden.

Daß die Mobilfunkrichtlinie (Art2 Abs3 und 4) von der Telekom-Control-Kommission im Verfahren nach §125 Abs3 TKG anzuwenden ist, ergibt sich schon aus §32 Abs1 TKG, wonach die Regulierungsbehörde unter anderem 'zur Umsetzung der sektorspezifischen Wettbewerbsregeln der EG' beauftragt ist (Z5). Die belangte Behörde verweist auch selbst an zwei Stellen

der Begründung auf die genannte Richtlinie 92/2/EG. Wenn man davon ausgeht, daß diese RL vom TKG selbst ja nicht umgesetzt wurde - nach Auslegung der belangten Behörde ist im Rahmen des §125 Abs3 TKG nur der Nachweis der Ausschöpfung der Teilnehmerkapazität zu prüfen -, wird man sie auch wegen ihres hinreichend bestimmten und unbedingten Inhalts als unmittelbar anwendbar zu betrachten haben. Die Bestimmung des §125 Abs3 TKG ist daher gemeinschaftskonform so auszulegen, daß sie neben dem Nachweis der Erschöpfung der technischen Kapazität auch das Erfordernis der Vorsorge für die Sicherung effektiven Wettbewerbs beinhaltet.

Wenn die belangte Behörde auf S. 31 des Bescheids gegen die unmittelbare Anwendung der Mobilfunkrichtlinie argumentiert, daß auch einer klaren und unbedingten Richtlinienbestimmung dann keine unmittelbare Wirkung zukäme, wenn sie eine belastende Wirkung für den einzelnen statuiert, ist dem zu entgegen, daß es sich bei der Mobilkom um ein öffentliches Unternehmen handelt, das sehr wohl den Bestimmungen des EG-Vertrages (Art90 Abs1) unterliegt und gegenüber dem sich ein Privater wie die Connect Austria auch auf nicht umgesetzte Richtlinien berufen kann (siehe EuGH Rs. C-188/89, Slg. 1990, I-3343, Rz. 16ff., - British Gas)."

Die Gegenschrift sieht in Art2 Abs3 und 4 der Richtlinie einen Hinweis auf die Einhaltung der Wettbewerbsbestimmungen, der durch Art3a Abs5 der Richtlinie 90/388/EWG ergänzt werde.

Die Äußerung der Mobilkom verweist darauf, daß Art2 Abs3 der Richtlinie 96/2/EG eine Ausdehnung bestehender Lizenzen gerade vorsehe und damit jenem Betreiber, der sich an der Kapazitätsgrenze befindet, die infrastrukturelle Möglichkeit zur Teilnahme am weiteren Leistungswettbewerb erst ermögliche, und fährt fort:

"Die Connect Austria behauptet sodann, begründet aber nicht, daß eine Zuteilung von Frequenzen aus dem DCS-1800-Bereich an einen bestehenden Betreiber (nicht: einen marktbeherrschenden GSM-Betreiber) nur dann mit den 'Anforderungen der Mobilfunkrichtlinie' in Einklang steht, wenn vorher konkrete Auswirkungen dieser Frequenzzuteilung auf die anderen Mobilfunkbetreiber umfassen geprüft worden sind; schon allein bei bloßen 'Anhaltspunkten' dafür, daß durch die Frequenzzuweisung im Ergebnis eine wesentliche Behinderung des neuen DCS-1800-Lizenzinhabers bei Markteintritt erfolgt, dürften diese Frequenzen, so meint zumindest Connect Austria, nicht zugeteilt werden. Keine dieser Behauptungen erweist sich als zutreffend: Keine Bestimmung der Mobilfunkrichtlinie verpflichtet den nationalen Gesetzgeber dazu, eine umfassende Prüfung 'dahingehend vorzunehmen, welche Auswirkung eine Frequenzzuteilung auf andere Mobilfunkbetreiber hat'. Es liegt am nationalen Gesetzgeber, wie er den Regulierungsvorgaben des Gemeinschaftsrechts Rechnung tragen will. Restriktiver als durch §125 Abs3 TKG - insbesondere in der Auslegung durch die Telekom-Control-Kommission - normiert, lassen sich die Bedingungen 'zur Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbs' sachgerechterweise gar nicht mehr formulieren: Erst, wenn - im Lichte des technisch Möglichen und wirtschaftlich Vertretbaren - Frequenzerschöpfung eintritt, dürfen bestehenden Anbietern weitere Frequenzen im gesetzlichen Ausmaß zugewiesen werden. §125 Abs3 TKG stellt sohin - in wirklich mehr als restriktiver Weise - sicher, daß eine ergänzende Frequenzzuweisung an den bestehenden Mobilfunkbetreiber nicht unter Umständen erfolgt, die

wettbewerbsverzerrend sind. Und dafür, daß bei der von Connect Austria gewünschten - durch nichts gerechtfertigten - 'umfassenden Prüfung' der wirtschaftlichen Auswirkungen bereits 'Anhaltspunkte' einer wesentlichen Behinderung eine Frequenzzuteilung verhindern sollen, fehlt es überhaupt am entferntesten Hinweis in der erwähnten Richtlinie. Im Gegenteil: Solange effektiver Wettbewerb gewährleistet ist, dürfen im klaren Wortlaut des Art2 Abs3 R1 Lizenzen aus dem DCS-1800-Bereich an bestehende GSM-Betreiber zugewiesen werden. Eben dies ist in der vorliegenden Konstellation der Fall."

b) Auszugehen ist vom normativen Inhalt der Richtlinie im Lichte der ihr vorangestellten Erwägungen. Daß sich daraus nicht schlechthin das Verbot ergibt, einem marktbeherrschenden Unternehmen das ihm in seiner Konzession in Aussicht gestellte zusätzliche Frequenzspektrum aus dem DCS-1800-Bereich zuzuweisen, räumt die Beschwerde selbst ein. Sämtliche besonderen Vorkehrungen der Richtlinie gegen die marktbeherrschende Stellung von Unternehmen mit besonderen und ausschließlichen Rechten können hier ferner mangels Bestehens solcher Rechte gleichfalls außer Betracht bleiben. Streit besteht nur darüber, ob trotz Ausdehnung bestehender Lizenzen auf die Kombination von Mobiltechnologien oder Systeme - und nur eine solche Ausdehnung kann wegen Erschöpfung der Teilnehmerkapazität in Betracht kommen - der effektive Wettbewerb zwischen Betreibern von Systemen, die auf dem betreffenden Markt miteinander im Wettbewerb stehen, gewährleistet ist.

Nun haben die §§20a Abs3b FernmeldeG und 125 Abs3 TKG ohnedies eine Ausdehnung der betreffenden Lizenzen auf "bereits bestehende Betreiber" im Interesse des Eintrittes neuer Mitbewerber in den Markt hintangehalten. Die DCS-1800 Frequenzen hat nicht ein am Markt befindlicher Anbieter, sondern ein neuer Mitbewerber erhalten, und es ist durch einen befristeten Ausschluß der Erweiterung der Konzession auch der Notwendigkeit Rechnung getragen worden, die Investitionen des neu auf den Markt tretenden Unternehmers im Bereich DCS-1800 zu fördern (Erwägung 8 der Richtlinie). Durch ihre Monopolstellung im DCS-1800-Bereich hat die beschwerdeführende Gesellschaft also einen augenfälligen (durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung im verfassungsgerichtlichen Verfahren weiter aufrechterhaltenen), wenn auch nur vorübergehenden Wettbewerbsvorteil am Mobilfunkmarkt erlangt.

Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, daß der beschwerdeführenden Gesellschaft in der Konzession auferlegt wurde, spätestens nach einem Jahr einen Versorgungsgrad von 52 % und spätestens nach dreieinhalb Jahren einen solchen von 90 % zu erreichen. Im Hinblick auf die in der Gegenschrift der belangten Behörde zitierte Presseaussendung der beschwerdeführenden Gesellschaft vom 21. September 1998, daß sie am 26. Oktober österreichweit auf dem Markt auftreten und die Bevölkerung in den Hauptstädten und entlang der großen Verkehrswege zu 80 % versorgen werde und bis Mitte 1999 der Netzaufbau abgeschlossen sein werde, bedarf es keiner weiteren Untersuchung, um davon ausgehen zu können, daß im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der bekämpften Frequenzzuweisung ein Wettbewerb auch im DCS-1800-Bereich stattfinden kann, daß damit aber die marktbeherrschende Stellung der Mobilkom Austria ab diesem Zeitpunkt auch wieder voll zur Geltung kommt (ohne daß freilich der von der Erwägung 11 der Richtlinie betroffene Fall angenommen werden müßte, daß ausschließliche Rechte auf dem Gebiet der

Mobilkommunikation einem Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung im Festnetz oder einem seiner Tochterunternehmen gewährt würde).

Eine der Gesetzlosigkeit gleichkommende Mißachtung des Art2 der Richtlinie 96/2/EG könnte unter diesen Umständen zwar vorliegen, wenn die Eröffnung des Zugangs zum DCS-1800 Bereich für ein bestehendes Unternehmen (mit noch dazu marktbeherrschender Stellung auf dem Mobilfunkmarkt) einen effektiven Wettbewerb offenkundig schlechthin vereiteln würde. Es kann aber nicht die Rede davon sein, daß solches klar zutage läge. Die beschwerdeführende Gesellschaft steht seit 26. Oktober 1998 - wenn auch gemessen an der übernommenen Verpflichtung verspätet - auf dem Mobilfunkmarkt im Wettbewerb mit der Mobilkom Austria und der max.mobil und hat bis zum Wirksamwerden der bekämpften Zuweisung von DCS-1800-Frequenzen an die Mobilkom - und folglich bis zu diesem Augenblick - den Vorteil, als einziges Unternehmen die Benützung des DCS-1800-Bereiches anbieten zu können, während die Mobilkom, will sie die Kapazität erweitern, ihren Kunden auch weiterhin ein Multistandardgerät zumuten oder zur Verfügung stellen wird müssen (was freilich auch als Wettbewerbsvorteil darstellbar sein mag). Art2 Abs4 der Richtlinie ist offensichtlich nicht so zu verstehen, daß - entgegen der Zielsetzung des Abs3, die Kombination von Mobiltechnologien zu fördern - ein anderer Betreiber (nicht etwa nur am Einsatz seiner Marktmacht zur Verhinderung von Wettbewerb, sondern sogar) an einer effektiven Beteiligung am Wettbewerb selbst gehindert wird, weil er an die Grenzen seiner Kapazität gelangt ist und dieser Umstand auf einem Markt mit geradezu sprunghaft steigender Nachfrage, wie dies der Mobilfunkmarkt derzeit ist, mangels Möglichkeit der Gewinnung neuer Kunden die Marktchancen derart herabsetzt, daß es einem Ausschluß vom Wettbewerb nahekommt.

Auch in bezug auf die Richtlinie 96/2/EG tut folglich die Beschwerde keinen der Gesetzlosigkeit gleichzuhaltenden und daher in die Verfassungssphäre reichenden Mangel dar.

6. Die Richtlinie 97/13/EG über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste hält die Beschwerde in schwerwiegender Weise für verletzt, weil §125 Abs3 TKG im Sinne einer entgeltfreien Zuteilung von Frequenzen verstanden werde, während für alle anderen Fälle die Ausschreibung und Versteigerung vorgesehen sei. Nach dieser Richtlinie müssen Einzelgenehmigungen durch offene, nichtdiskriminierende und transparente Verfahren erteilt werden, die für alle Antragsteller gleich sind, sofern kein objektiver Grund für eine unterschiedliche Behandlung besteht (Art9 Abs2 erster Gedankenstrich), und müssen die für den Fall, daß auf knappe Ressourcen zurückgegriffen werden soll, zur Sicherstellung von deren optimaler Nutzung gestatteten Abgaben nichtdiskriminierend sein und der Notwendigkeit, die Entwicklung innovativer Dienste und den Wettbewerb zu fördern, Rechnung tragen.

Daß diese Erfordernisse offenkundig nicht erfüllt wären, läßt sich angesichts des oben (unter 3.) dargestellten Zusammenhanges des §125 Abs3 TKG mit den der Mobilkom Austria und max.mobil erteilten Konzessionen und der Möglichkeit, das Vorgehen der Behörde dem System der Konzessionerweiterung nach dem TKG zuzuordnen, das auch der beschwerdeführenden Gesellschaft zugute kommen wird, nicht sagen. Ein in die Verfassungssphäre reichender

Mangel liegt auch insoweit nicht vor.

7. Es bleibt sonach der Hauptvorwurf der Beschwerde, die Annahme der Erschöpfung der Teilnehmerkapazität unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbaren technischen Möglichkeiten sei auf verfassungswidrige Weise zustande gekommen.

a) Die Beschwerde knüpft an den Umstand an, daß der zunächst (bis 31. Oktober 1997) zuständig gewesene Bundesminister aufgrund des bei ihm eingelangten Antrages das im Ausschlußbericht vorgesehene unabhängige Gutachten eingeholt (und abgewartet) und das Verfahren dann erst (am 16. April 1998) an die Telekom-Control-Kommission abgetreten hat. Die von ihm ausgegangene Einladung, ein Anbot über eine zweckdienliche Studie zu legen, habe den Hinweis enthalten, daß die Mobilkom "bei einem Ausbaustand von etwa 2000 Funkstationen bereits rund 600.000 Teilnehmer habe und in der zweiten Jahreshälfte 1997 die Kapazitätsgrenze ... erreichen werde", weshalb "der Zeitpunkt einer Aufstockung mit zusätzlichen Frequenzen durch eine Studie nachzuweisen" sei. Auf das vom Bundesminister sodann an Prof. S. M, Charleton University Ottawa, vergebene Gutachten stütze sich die Behörde aber, auch wenn sie späterhin Prof. B. W, Universität Aachen, zum Sachverständigen mit dem Auftrag bestellt habe, zu überprüfen, ob sämtliche entscheidungserheblichen Tatsachen erhoben worden sind, und die Plausibilität der Annahmen und die Schlüssigkeit der Ergebnisse der Studie zu beurteilen. Zu Unrecht sei Prof. M als Zeuge behandelt worden; auch er sei vielmehr Sachverständiger gewesen, sodaß über die - auf die Umschreibung des Inhaltes der zu verfassenden Studie durch den Bundesminister gestützten - Ablehnungsanträge der beschwerdeführenden Gesellschaft abgesprochen hätte werden müssen.

Inhaltlich sei die Studie mangelhaft, weil der Gutachter keine eigenen Messungen durchgeführt, sondern auf jenen Angaben aufgebaut habe, die ihm von der Mobilkom zur Verfügung gestellt worden seien; diese hätten überprüft werden müssen. Sodann habe sich der Gutachter darauf beschränkt, verschiedene Computersimulationen durchzuführen, ohne die Annahmen, auf denen sein Modell beruht, in überprüfbarem Umfang offenzulegen. Schließlich habe er sich zur Frage der wirtschaftlichen Vertretbarkeit technisch möglicher Maßnahmen nicht geäußert (und mangels betriebswirtschaftlichen Sachverständes auch nicht äußern können).

Was die von der belangten Behörde behauptete Validierung der Studie durch Erhebungen des Amtssachverständigen und durch ihr sachverständiges Mitglied anlange, fehle es an einer förmlichen Bestellung und einem schriftlichen Gutachten dieses Sachverständigen und weise der vom Kommissionsmitglied am 20. Juli 1998 erstattete Bericht nicht das wissenschaftliche Niveau eines Gutachtens auf. Grundsätzlich müsse angemerkt werden,

"daß sich die Mobilkom im Verfahren regelmäßig und nachdrücklich darauf berufen hat, daß wesentliche Teile des Akteninhaltes Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse ihres Unternehmens enthalten, die von der Akteneinsicht ausgeschlossen werden müßten. Wir haben natürlich Verständnis für das Geheimhaltungsbedürfnis der Mobilkom. Umgekehrt wurde es uns dadurch aber erheblich erschwert, unsere Parteienrechte im Verfahren ausreichend wahrnehmen zu können. Schlußfolgerungen der

Behörde, die auf Prämissen beruhen, die uns nicht offengelegt wurden, sind für uns naturgemäß nicht nachvollziehbar. Umso mehr wäre es gerade in einem derartigen Fall geboten gewesen, objektiv überprüfbare Messungen durch außenstehende, neutrale Institutionen durchzuführen. Nur auf diese Weise hätte der angefochtene Bescheid auf eine gesicherte Grundlage gestellt werden können.

Besonders problematisch erscheint im übrigen, daß die belangte Behörde zwar den von ihr selbst bestellten und beeideten Sachverständigen Prof. W in ihrer Sitzung vom 16.6.1998 befragt und mit der Erstattung eines schriftlichen Gutachtens beauftragt hat. Als jedoch dieses Gutachten am 23.6.1998 vorlag und sich daraus ergab, daß Prof. W schwere Bedenken gegen die von Prof. M angewandte Methodik und dessen Schlußfolgerungen erhob, hat die belangte Behörde es nicht mehr für nötig gehalten, Prof. W weiterhin dem Verfahren beizuziehen. Es wurde ihm nicht einmal Gelegenheit gegeben, zu den Einwendungen, die die Mobilkom gegen sein Gutachten erhoben hat, sachlich Stellung zu nehmen. Völlig anders war die Vorgangsweise der belangten Behörde gegenüber Prof. M. Diesem wurde wiederholt die Gelegenheit eingeräumt, sein Gutachten zu ergänzen und zu 'verbessern'. Durch diese äußerst einseitige und problematische Vorgangsweise der belangten Behörde könnte sogar der Anschein erweckt werden, daß Prof. W dem Verfahren bewußt nicht mehr beigezogen wurde, um sich mit seinen Ansichten nicht weiter auseinandersetzen zu müssen."

Die Frage der wirtschaftlichen Vertretbarkeit technisch möglicher Maßnahmen sei vollends ohne Ermittlungsverfahren beantwortet worden.

Diesen Ausführungen der Beschwerde hält die Gegenschrift vor, der Gutachter Prof. M habe den Auftrag in seinem Angebot selbst so umschrieben:

"The main objective of the study is to determine if the existing Mobilkom network has reached its capacity limits within the allocated frequency of 8 MHz in the 900 MHz frequency band, and to determine if any established and cost-effective technology-based solutions can be deployed to enhance the capacity further."

Auf dieses Angebot habe sich der Auftrag des Bundesministers bezogen; zu untersuchen sei also gewesen, ob das Mobilkom-Netz seine Kapazitätsgrenze erreicht hat und ob es weitere technisch mögliche und wirtschaftlich vertretbare Maßnahmen gebe, die eine Erweiterung der Kapazitäten ermöglichen würden. Die belangte Behörde habe die Studie trotz Unzuständigkeit des den Auftrag vergebenden Bundesministers im Hinblick auf die Unbedenklichkeit der Beweismittel (§46 AVG) und den Grundsatz der Verfahrensökonomie (§39 Abs2 AVG und die Rechtsprechung des VwGH) werten müssen.

Zur Beweiswürdigung hält der angefochtene Bescheid fest,

"daß die zur Erstfassung des Gutachtens von Prof. M seitens der Connect Austria vorgebrachten Einwände, insbesondere Unklarheiten hinsichtlich des Referenzgebiets und in Bezug auf einzelne Werte, im Lauf des Verfahrens anhand der von Prof. W angemerkten klärungsbedürftigen Punkte, durch Einholung bzw. Einsicht weiterer Informationen bei der Mobilkom Austria AG und durch eigene Fachkunde des sachverständigen Mitglieds der

Telekom-Control-Kommission, Univ.-Prof. DI Dr G M, geklärt werden konnte. Die seitens der Connect Austria vorgebrachten Bedenken hinsichtlich der Befangenheit bzw. Voreingenommenheit und der mangelnden Sachkunde von Prof. M konnten aus der Sicht der Telekom-Control-Kommission nicht erhärtet werden; dasselbe gilt hinsichtlich der Bedenken der Mobilkom Austria AG zur Befangenheit und mangelnden Sachkunde von Prof. W. Zwar trifft es zu, daß die Erstfassung der Studie von Prof. M in einigen Fragen mißverständlich war; anhand der ergänzenden Erhebungen und weiterer Simulationen mit unterschiedlichen Parameter-Werten konnte jedoch das Modell von Prof. M validiert werden. Ebenso trifft es zu, daß das Ergebnis des Gutachtens von Prof. W aufgrund von Irrtümern über die Datenbasis nicht als unmittelbare Grundlage für die Entscheidung dienen konnte. Diese Irrtümer sind jedoch nicht das Ergebnis mangelnder Fachkunde, sondern aus dem zur Verfügung stehenden Zeitrahmen heraus erklärlich und konnten auch tatsächlich aufgeklärt werden. Aufgabe des Sachverständigen war es nicht, eine vollständige Erhebung und eigene Befundung samt gutächterlicher Äußerung zur Hauptfrage des Verfahrens durchzuführen, sondern im wesentlichen die Plausibilität der bis dahin vorliegenden Ergebnisse zu prüfen. Eine weitere Bestellung oder ergänzende Befragung bzw. Beauftragung von Sachverständigen konnte trotz der erwähnten Unklarheiten bzw. Irrtümer unterbleiben, da die Telekom-Control-Kommission, bei deren Zusammensetzung gemäß §112 TKG auch darauf Bedacht zu nehmen war, daß ein Mitglied über einschlägige technische Kenntnisse verfügt, aufgrund eigener Fachkunde in der Lage war, auf der Basis der Studie von Prof. M samt durchgeführten ergänzenden Berechnungen, des Gutachtens von Prof. W und der vorgelegten bzw. eingesehenen Unterlagen der Parteien eine Beurteilung der verfahrensgegenständlichen Hauptfrage vorzunehmen."

Schon der angefochtene Bescheid setzt sodann dem im Verwaltungsverfahren erhobenen Vorwurf unzureichender Ermittlungen folgendes entgegen:

"Die Connect Austria bemängelt pauschal das Unterbleiben 'objektiver Messungen' durch einen 'unabhängigen Sachverständigen'; im Vorbringen der Connect Austria wird jedoch nicht ausgeführt, welche Messungen dieser Sachverständige vorzunehmen hätte. Die einzige Möglichkeit zur Messung der Verkehrswerte für die Hauptverkehrsstunde für ein Referenzgebiet besteht in der Auswertung der statistischen OMC-Messungen, die von der Mobilkom Austria AG kontinuierlich im laufenden Betrieb durchgeführt werden. Diese Daten wurden von der Mobilkom Austria AG aufgeschlüsselt auf alle Mikro- und Makrozellen für das Bundesland Wien zurückgehend um ein Jahr für jede Kalenderwoche der Telekom-Control-Kommission offengelegt. Eine Messung dieser Werte 'von außen', wie dies die Connect Austria in ihrem Vorbringen urgiert, ist für die zur Kapazitätserreichung einzig relevanten Verkehrswerte der einzelnen Basisstationen nicht möglich. Die Telekom-Control-Kommission hat sich jedoch anhand der durch den beigezogenen Amtssachverständigen DI M P und das sachverständige Mitglied der Telekom-Control-Kommission durchgeführten Einsicht in die Unterlagen der Mobilkom Austria AG davon überzeugen können, daß die angegebenen Verkehrswerte tatsächlich erreicht werden. Die Mobilkom Austria AG ist in diesem Bereich ihrer Mitwirkungspflicht bei der Ermittlung des Sachverhalts, wenn auch erst nach wiederholter Aufforderung und explizitem Vorhalt der klärungsbedürftigen Fragen, schließlich nachgekommen. Die vorgelegten und eingesehenen Unterlagen waren vollständig, schlüssig und in der dargestellten Entwicklung

plausibel; es liegen - auch im Hinblick auf den Umfang und die Konsistenz der Informationen - keinerlei Anhaltspunkte für eine mangelnde Glaubwürdigkeit der erhobenen Daten vor. Der pauschale Vorwurf der Connect Austria, wonach die Angaben der Antragstellerin ungeprüft übernommen worden seien und dies mit der amtswegigen Beweisaufnahme unvereinbar wäre (ON 75, S 2), geht damit ins Leere. Die Connect Austria verkennt das Wesen des amtswegig durchzuführenden Ermittlungsverfahrens, wenn sie eine Heranziehung von Angaben der Antragstellerin generell ablehnt. Die Behörde hat gemäß §45 AVG unter sorgfältiger Würdigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Soweit bestimmte Tatsachen - wie im konkreten Fall die Verkehrswerte an den einzelnen Basisstationen - nur unter Mitwirkung der Antragstellerin festgestellt werden können, ist deren Mitwirkung erforderlich (vgl. VwGH 2.6.1984, 84/04/0055 uva); die unter Mitwirkung der Antragstellerin ermittelten Ergebnisse unterliegen ebenso der freien Beweiswürdigung im Sinne des §45 AVG.

Anders als die Messungen der Verkehrswerte wären GoS-Messungen durch einen unabhängigen Gutachter stichprobenartig zur Erhebung der Dienstgüte und Sprachqualität grundsätzlich möglich. Eine derartige Erhebung kann jedoch nicht zur Ermittlung der Verkehrswerte für ein Referenzgebiet dienen und ist quantitativ zur Validierung der Simulationsergebnisse aussagelos. Solche stichprobenartige Messungen werden von Mobilfunkbetreibern in der Form von Testfahrten in regelmäßigen Abständen durchgeführt. Dabei wird die Dienstgüte und Sprachqualität sowohl des eigenen Mobilfunknetzes, als auch der Netze der konkurrierenden Mobilfunkbetreiber gemessen. Messungen dieser Art wurden von Mobilkom vorgelegt, konnten jedoch aufgrund der sehr geringen Korrelation zu den OMC-Verkehrswertmessungen für die Hauptverkehrsstunde nicht zur Validierung der Simulationsergebnisse herangezogen werden. Da diese sehr geringe Korrelation auch für stichprobenartige Messungen eines unabhängigen Sachverständigen gelten würde und auch die ausschlaggebende Verkehrswerte für ein Referenzgebiet auf diese Weise überhaupt nicht gemessen werden könnten, wurde von solchen Messungen abgesehen.

Die GoS-Werte, die in Bezug auf die oben genannten Verkehrswerte für die Hauptverkehrsstunde relevant sind, können daher ebenfalls nur aus dem OMC-System bezogen werden und wurden in gleicher Weise wie die Verkehrswerte von der Mobilkom Austria AG schließlich der Telekom-Control-Kommission offengelegt. Anhand dieser Daten konnten die Simulationsergebnisse von Prof. M, die für das bestehende Netz berechnet wurden, validiert werden.

Sachverständige Prof. W schlug in seinem Gutachten vor, weitere Meßdaten aus dem laufenden Betrieb, die einen entscheidenden Beitrag zur Klärung der Frage, wie sich die Istsituation in dem von Mobilkom als besonders kritisch dargestellten Netzbereich tatsächlich darstellt, zu erheben. Diese Meßdaten sollten Verkehrsaufkommen pro Basisstation für die Hauptverkehrsstunde sowie zugehörige GoS-Werte umfassen. Entsprechend diesem Vorschlag wurde die Mobilkom zur Vorlage der Meßwerte angehalten; wie bereits ausgeführt, konnten anhand dieser Meßdaten die Simulationsergebnisse für die bestehende Netzkonfiguration validiert werden. Bereits Prof. M lagen jedoch auch, entgegen der Annahme von Prof. W, dezidierte Netzkonfigurationsdaten und Verkehrswerte aufgeschlüsselt auf

Basisstationen vor.

Prof. W untersuchte anhand einer Modellrechnung ein Netzkonfigurationsszenario, in dem ausschließlich Makrozellen zum Einsatz kommen. Er legte dieser Berechnung nicht wie Prof. M die reale der Mobilkom Austria AG, sondern eine regelmäßige Funknetzstruktur zugrunde. Prinzipiell entspricht das untersuchte Szenario NC2 aus dem Gutachten von Prof. M. Prof. W berechnete für einen Zellradius von 550 Meter eine theoretisch angebotene Kapazität von 111,3 Erlang/km². Eine Berücksichtigung der nicht uniformen Verkehrsverteilung zeigt, daß nur etwas über 70% der theoretischen angebotenen Kapazität auch tatsächlich ausgenutzt werden kann (Stellungnahme Mobilkom Austria AG vom 15.7.1998, ON 65, Anhang 1: VTC '97 A B, K B 'Traffic engineering and realistic network capacity in cellular radio networks with inhomogeneous traffic distribution'). Damit erhält man aus dem von Prof. W berechneten Wert einen effektiven Verkehrswert von etwa 80 Erlang/km² und damit eine gute Übereinstimmung mit dem von Prof. M simulierten Verkehrswert von 82 Erlang/km². Auch aufgrund dieser Berechnungen kam die Telekom-Control-Kommission daher zur Überzeugung, daß die Verkehrswerte, wie sie von der Mobilkom Austria AG vorgelegt wurden, die tatsächliche Netzbelastung widerspiegeln."

In der Gegenschrift heißt es dazu ergänzend unter anderem:

"Die von Prof. W vorgeschlagenen technisch möglichen Maßnahmen zur Kapazitätserweiterung wurden von der Telekom-Control-Kommission überprüft. Im einzelnen stellte die Telekom-Control-Kommission etwa hinsichtlich der Einrichtung von zusammenhängenden Mikrozellen-Clustern fest, daß die Mobilkom in den Gebieten mit den höchsten Verkehrsaufkommen bereits über eine sehr effiziente Netzstruktur verfügt. Eine von Prof. W vorgeschlagene Verschiebung von Frequenzkanälen von Makrozellen zu Mikrozellen wäre technisch nicht sinnvoll. Eine Zuweisung von weiteren GSM-Frequenzen ist mangels deren rechtlichen Verfügbarkeit der durch die Frequenzverordnung für die analoge Nutzung gewidmeten Frequenzen nicht möglich (vergleiche dazu S 22 des Bescheides). Zur Erhöhung der Flexibilität durch dynamische Kanalvergabe ist festzuhalten, daß Features zur dynamischen Kapazitätszuteilung (Dynamic Channel Allocation) in der Netzplanung berücksichtigt sind und implementiert wurden.

Weitere Einwendungen von Prof. W gegen das Gutachten von Prof. M, dienten als Anlaß für einen Auftrag an Prof. M für zusätzliche Simulationen. Insbesondere anhand des Netzwerkszenarios 5, welches von der Telekom Control Kommission als technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar beurteilt wurde, wurden Simulationen zur Berechnung der maximal erreichbaren Kapazität angestellt. Durch Variieren einiger Parameter wie Pass loss slope und Grade of Service konnte ein direkter Bezug zu den Grade-of-Service-Meßwerten aus dem GSM-Netz der Mobilkom hergestellt werden. Die Ergebnisse dieser Simulationsrechnungen bestätigten die Notwendigkeit für ein zusätzliches Frequenzspektrum für das GSM-Netz der Mobilkom.

Einwänden, etwa betreffend den nach Meinungen der beschwerdeführenden Gesellschaft für die Simulationen von Prof. M zu niedrig angesetzten Wert für den Grade of Service (GoS), der sich in der Studie von Prof. M als auch in der ERO-Studie aus einer Kombination des Anteil der wegen Auslastung der Funkressourcen blockierten Gespräche und der während eines

Gesprächs abgebrochenen Verbindungen zusammensetzt, sowie hinsichtlich dem Vorwurf, daß der in der Definition des GoS verwendeten Parameter β unspezifiziert sei, ist entgegenzuhalten, daß der GoS-Wert durch Messungen aus dem GSM-Netz der Mobilkom ermittelt wurde und weitere Simulationen mit diesen Meßergebnissen von Prof. M durchgeführt wurden. Prof. M konnte angeben, daß das Gutachten auf einem Parameter β , der mit 1 festgesetzt wurde, basiert. Dieser Wert 1 steht auch im Einklang mit der ERO-Studie."

b) Ob das Verfahren in jeder Hinsicht mangelfrei war und die Behörde zu Recht angenommen hat, die Teilnehmerkapazität der Mobilkom Austria sei unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbaren technischen Möglichkeiten ausgeschöpft, muß unter dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes dahingestellt bleiben. Ein in die Verfassungssphäre reichender Fehler könnte nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs unter den gegebenen Umständen nur bei Unterlassung jeglichen Ermittlungsverfahrens im entscheidenden Punkt (VfSlg. 7328/1974, 13883/1994) oder gehäuften Verkennen der Rechtslage vorliegen (VfSlg. 5013/1965, 11436/1987). Solches tut die Beschwerde aber nicht dar und ist auch im Verfahren nicht hervorgekommen.

Da das Verfahren auch sonst keine Verfassungswidrigkeit ergeben hat, ist die Beschwerde abzuweisen. Die Kostenentscheidung stützt sich auf §88 VerfGG. Im zugesprochenen Betrag sind 4.500 S an Umsatzsteuer enthalten.

Schlagworte

VfGH / Legitimation, Fernmelderecht, Parteistellung Fernmelderecht, Kollegialbehörde, Behördenzusammensetzung, EU-Recht, EU-Recht Richtlinie, Rechtsbegriffe unbestimmte

Dokumentnummer

JFT/10009776/98B01625/2