

**Gerichtstyp**      **Geschäftszahl**      **Entscheidungsdatum**  
VwGH                      2003/03/0095                      20030909  
Erkenntnis

**Veröffentlichungsdatum**

20031002

**Index**

E000 EU- Recht allgemein;  
E1E;  
E3L E06202000;  
E3L E08500000;  
E3L E13206000;  
E3L E13309900;  
E6J;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
59/04 EU - EWR;  
91/01 Fernmeldewesen;

**Norm**

11997E082 EG Art82; 11997E086 EG Art86 Abs1; 31990L0387 ONP-RL Einführung Art5a Abs3 idF 31197L0051; 31990L0387 ONP-RL Einführung Art5a Abs3 idF 31997L0051; 31996L0002 Nov-31990L0388 Art2 Abs3; 31996L0002 Nov-31990L0388 Art2 Abs4; 31997L0013 Telekommunikationsdienste Rahmen-RL Art11 Abs2; 31997L0013 Telekommunikationsdienste Rahmen-RL Art9 Abs2; 61999J0462 Connect Austria VORAB; B-VG Art133 Z4; EURallg; TKG 1997 §125 Abs3; VwGG §34 Abs1;

**Beachte**

**Vorabentscheidungsverfahren:**

\* Vorabentscheidungsantrag:  
99/03/0071 B 24. November 1999  
\* EuGH-Entscheidung:  
EuGH 61999J0462 22. Mai 2003

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Stoll und den Senatspräsidenten Dr. Sauberer sowie die Hofräte Dr. Gall, Dr. Bernegger und Dr. Riedinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH in Wien, vertreten durch die Rechtsanwaltskanzlei Foglar-Deinhardstein & Brandstätter KEG in 1015 Wien, Plankengasse 7, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 10. August 1998, Zl. K 9/98-85, betreffend Zuweisung eines zusätzlichen Frequenzspektrums (mitbeteiligte Partei: Mobilkom Austria Aktiengesellschaft in Wien, vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld, Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2), zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde der mitbeteiligten Partei gemäß § 125 Abs. 3 Telekommunikationsnetz - TKG, BGBl. I Nr. 100/1997, in Erweiterung der ihr am

6. November 1996 erteilten Konzession (in der Fassung des Bescheides vom 23. Juli 1997) ab 1. Jänner 1999 ein zusätzliches Frequenzspektrum aus dem 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 dem für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich wurde abgewiesen. In der Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die mitbeteiligte Partei auf Grund der genannten Konzession zur Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes im digitalen zellularen Mobilfunkbereich (GSM) berechtigt sei, und zwar zur Inanspruchnahme eines Frequenzspektrums von 2 x 8 MHz (39 Kanäle) im 900 MHz-Band. Daneben verfüge die mitbeteiligte Partei über ein Frequenzspektrum von 2 x 11 MHz, ab 1. Jänner 2000 2 x 8 MHz, für das analoge Mobilfunksystem ("D-Netz"). Für die Konzession für das GSM-900 Netz der mitbeteiligten Partei sei eine Konzessionsgebühr von 4 Mrd. S vorgeschrieben worden. Die Beschwerdeführerin verfüge über eine am 27. August 1997 zugestellte Konzession zur Erbringung des reservierten Fernmeldedienstes im digitalen zellularen Mobilfunkbereich (DCS-1800), der öffentliche Betrieb sei noch nicht aufgenommen worden. Sie verfüge über ein Frequenzspektrum von derzeit 16,8 MHz im DCS-1800 Frequenzbereich, ab Erreichen einer Teilnehmerzahl von 300.000 und einem Versorgungsgrad von 75 % der Bevölkerung von 22,5 MHz. Für die Konzessionserteilung habe die Beschwerdeführerin ein Konzessionsentgelt von 2,3 Mrd. S zu entrichten gehabt. Die mitbeteiligte Partei verfüge im Markt für öffentliche mobile Sprachtelefonie mit Ende 1997 über eine marktbeherrschende Stellung, wobei gemessen am Umsatz der Marktanteil am gesamten Markt (analog und digital) im Jahr 1997 mehr als 90 %, im letzten Quartal 1997 noch mehr als 80 % betragen habe. Die Anzahl der aktivierten Teilnehmernummern im mobilen Sprachtelefonmarkt sei im Jahr 1997 von rund 600.000 per 1. Jänner 1997 auf rund 1,165 Mio per 31. Dezember 1997 gestiegen. Am Markt für öffentliche mobile Sprachtelefonie in Österreich sei neben der mitbeteiligten Partei derzeit ausschließlich die max.mobil Telekommunikation Service GmbH aktiv. Diese habe im letzten Quartal 1997 einen Marktanteil am gesamten Markt (analog und digital) von unter 20 % gehalten. Max.mobil verfüge über ein Frequenzspektrum von 2 x 8 MHz im 900 MHz-Band. Für die Konzessionserteilung habe sie ein Konzessionsentgelt von 4 Mrd. S zu entrichten gehabt. Das digitale Mobilfunknetz A1 der mitbeteiligten Partei habe im Jänner 1998 rund 725.000 Teilnehmer versorgt; im Jänner 1997 seien es noch rund 320.000 Teilnehmer gewesen. Die Teilnehmeranzahl sei weiterhin ansteigend und habe im Juni 1998 etwa 850.000 betragen. In der Begründung des angefochtenen Bescheides wurde ferner - u.a. - ausgeführt:

#### **"Ausschöpfung der Teilnehmerkapazität"**

Voraussetzung für eine vor dem 27. August 2000 - drei Jahre ab Konzessionserteilung an die Connect Austria - erfolgende Zuteilung von Frequenzen gemäß § 125 Abs 3 TKG ist der von der Antragstellerin (vgl VwSlg 9721 A/1978) zu erbringende Nachweis, dass die 'Teilnehmerkapazität ... unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbarer technischer möglicher Möglichkeiten ausgeschöpft ist'. Wenn diese Bestimmung auch semantisch und grammatikalisch unglücklich formuliert sein mag, so bringt sie

doch deutlich zum Ausdruck, dass der eine Zuweisung begehrende Mobilfunkbetreiber zur Optimierung seines Netzausbaus und Netzbetriebs verpflichtet ist, um mit dem gegebenen Frequenzspektrum unter Beachtung wirtschaftlicher Sinnhaftigkeit und technischer Möglichkeit die höchstmögliche Kapazität erreichen zu können.

Wie der Begriff der 'Teilnehmerkapazität' zeigt, geht es dabei nicht um eine höchstmögliche Teilnehmerzahl (Anzahl der Kunden), zumal deren geographische Verteilung wie auch deren Gesprächsverhalten sehr unterschiedlich sein kann und daher keinen stabilen Anhaltspunkt für eine Kapazitätsbeurteilung bietet. Zudem ist eine Relation zwischen Frequenzspektrum und Teilnehmerzahl, wie sie von der Connect Austria in ihrem Vorbringen (insb ON 75) hergestellt wird, in keiner Weise aussagekräftig, da es natürlich ganz entscheidend auch auf die Größe der versorgten Fläche, auf die konkrete Bevölkerungsverteilung und natürlich auch auf den erzielten Grade of Service ankommt; überdies ist die Darstellung der Connect Austria in ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 1998 (ON 75) insofern unvollständig, als nur das im GSM-900-Bereich für die jeweiligen Betreiber verfügbare Frequenzspektrum angegeben wird, während bereits zum Stichtag der ERO-Studie (Anhang zu ON 10, Annex VI s. 9) den erwähnten spanischen GSM-900 Betreibern auch ein zusätzliches Frequenzspektrum von jeweils 2 x 13,4 MHz aus dem DCS-1800-Bereich zugewiesen wurde. Eine Relation zwischen Teilnehmerzahl und Frequenzbandbreite kann daher immer nur hinsichtlich der Teilnehmer pro Flächeneinheit hergestellt werden (wie dies auch in der Studie von Prof. Mahmoud dargestellt wurde), begegnet jedoch auch in diesem Fall erheblichen Bedenken im Hinblick auf die tatsächliche Aussagekraft.

Als wesentlicher und anhand konkreter Daten auch überprüfbarer Anhaltspunkt für das Erreichen der Kapazitätsgrenze eines Netzes war daher der tatsächlich abgeführte Verkehr heranzuziehen und der möglichen Kapazität eines optimierten Netzes - unter Nutzung der technisch möglichen und wirtschaftlich vertretbaren Maßnahmen zur Kapazitätssteigerung - gegenüberzustellen. Die vom Gesetzgeber verlangte 'Anspannung' der Antragstellerin verpflichtet diese, in ihrer Netzplanung und im Netzbetrieb - nicht aber im Hinblick auf die Kundenakquisition - grundsätzlich so zu handeln, als stünde ihr jedenfalls bis zum 27. August 2000 keine Möglichkeit zur Frequenzaufstockung auf dem DCS-1800-Bereich zur Verfügung. Unter dieser Annahme wäre die Mobilkom Austria AG gehalten, das bestehende Netz so zu erweitern und gegebenenfalls umzuplanen, dass mit dem vorhandenen beschränkten Frequenzspektrum eine möglichst hohe Verkehrskapazität erreicht werden kann; eine Grenze würde diese technische Netzoptimierung jedoch dort finden, wo mit dem zusätzlich zu erreichenden Verkehrsvolumen keine den Neuinvestitionen adäquaten Erträge erzielt werden können.

Sowohl Prof. Mahmoud als auch Prof. Walke haben Möglichkeiten der Kapazitätserhöhung beschrieben; ein Großteil dieser kapazitätserhöhenden Maßnahmen wird von der Mobilkom Austria AG auch tatsächlich in den Gebieten mit hohem Verkehrsaufkommen eingesetzt. Für die gemäß § 125 Abs 3 TKG vorzunehmende Beurteilung bleibt daher zu klären, inwieweit die von der Mobilkom Austria AG nicht eingesetzten kapazitätserhöhenden Maßnahmen wirtschaftlich vertretbar und technisch möglich sind, und welche Verkehrswerte in einem entsprechend optimierten Netz erreicht

werden können.

§ 125 Abs 3 TKG verlangt vom Netzbetreiber keine im kommerziellen Vollbetrieb durchzuführenden Feldversuche mit Technologien, die sich erst im Entwicklungsstadium befinden. Am Markt nicht als ausgereiftes Produkt - 'off the shelf' - verfügbare Technologien (insbesondere adaptive Antennen) sind daher nicht als technisch mögliche und wirtschaftlich vertretbare Alternative zur Kapazitätserhöhung anzusehen. Ebenso wenig kann aus § 125 Abs 3 TKG abgeleitet werden, dass der Mobilfunkbetreiber verpflichtet wäre, im Vergleich zur bisher verwendeten und von den Mitbewerbern weiterhin eingesetzten Technologie qualitativ schlechtere Verbindungsqualität insbesondere durch 'Half Rate Mode' in Kauf zu nehmen und seine Kunden - die dafür auch nicht über die notwendigen Endgeräte verfügen - für diese Qualitätsverschlechterung zu gewinnen, selbst wenn der unmittelbare Verlust an Übertragungsqualität für den Endkunden kaum spürbar sein sollte. Eine derartige Verpflichtung würde insbesondere unter wettbewerbsspolitischen Gesichtspunkten eine sachlich nicht gebotene und nicht gerechtfertigte Diskriminierung darstellen, insbesondere gegenüber einem Mitbewerber, der eine besondere Sprachqualität als Alleinstellungsmerkmal hervorstreicht. Die Entscheidung, 'Half Rate Mode' einzusetzen, wäre vor diesem Markthintergrund daher für die Antragstellerin auch wirtschaftlich nicht vertretbar, würde dies doch die Notwendigkeit beträchtlicher Investitionen bedeuten, die letztlich zu einem Qualitätsverlust für die Kunden führen und damit zumindest indirekt die Marketingstrategie der Konkurrenten der Antragstellerin unterstützen. Die Telekom-Control-Kommission sieht daher eine Kapazitätserhöhung zu Lasten der von den Kunden erwarteten und ihnen auch im Sinne des Vertragsrechtes als 'gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft' von der Antragstellerin geschuldeten Qualität durch den Einsatz von 'Half Rate Mode' als nicht wirtschaftlich vertretbar an.

Sieht man von den - in der Auswirkung eher beschränkten - Möglichkeiten der dynamischen Kapazitätsteilung ab, die von der Mobilkom Austria AG im Lauf des dritten Quartals 1998 implementiert werden, so bleibe als einzige weitere technische Möglichkeit zur Kapazitätssteigerung - ohne Qualitätsverlust für die Kunden - die generelle Verringerung der Radien der Makrozellen. Dies würde eine Standortverschiebung für sehr viele bestehende Basisstationen erfordern und insbesondere in den relevanten Gebieten mit hohem Verkehrsaufkommen, in denen auch eine dichte hierarchische Netzstruktur mit einem hohen Anteil an Mikrozellen bereits gegeben ist, eine Neuplanung des Netzaufbaus erfordern. Zudem ist im Kerngebiet von Wien bereits derzeit ein sehr dichter Zellabstand für Makrozellen gegeben, der bereits der unteren Grenze des Zellabstands gemäß der ERO-Studie (Anhang zu ON 10) entspricht. Eine Möglichkeit zur Kapazitätssteigerung durch Radienverringern würde in den Gebieten mit hoher Verkehrsbelastung nicht bloß die Reallozierung einzelner Makrostationen bedeuten, sondern sich auch auf die Mikrozell-Strukturen auswirken, da teilweise Frequenzkanäle von entfernten Makrostationen für Mikro- und Picozellen verwendet werden.

Die Telekom-Control-Kommission hat dazu erwogen, dass die wirtschaftliche Vertretbarkeit im Sinne des § 125 Abs 3 TKG dort nicht mehr gegeben sein kann, wo der gesamte bislang im Einklang mit dem Stand der Technik und den örtlichen Möglichkeiten erfolgte

Netzausbau in den Gebieten mit hohem Verkehrsaufkommen gewissermaßen zur Makulatur würde und das Netz von Grund auf neu geplant und auch in die Wirklichkeit umgesetzt werden müsste. Abgesehen von dem für die Neuplanung erforderlichen Zeitraum und der Vernichtung eines wesentlichen Teils der bisherigen Investitionen wäre in diesem Zusammenhang auch zu bedenken, dass ein verbesserter - minimaler und gleichmäßiger - Zellabstand gerade unter den örtlichen Gegebenheiten der belasteten Gebiete (dichte Verbauung, Standortkonkurrenz der Mobilfunkbetreiber, rechtliche Einschränkungen - zB Denkmalschutz - im Hinblick auf die Errichtung von Basisstationen, etc.) in der Praxis kaum erreicht werden könnte, zumal in diesen Gebieten die Radien bereits die untere Grenze des nach der ERO-Studie angemessenen Abstandes erreichen. Es bedarf daher auch keiner, von der Connect Austria urgierter, detaillierter Berechnungen der Kosten dieser Maßnahme: die zur Erreichung eines noch weiter optimierten minimalen Zellabstandes erforderliche Neuplanung des Netzaufbaus (in den Gebieten mit hohem Verkehrsaufkommen) ist wirtschaftlich unvernünftig und daher nicht in Betracht zu ziehen. Eine kontinuierliche Optimierung der Standortplanung, in deren Zug auch Makrostationen verlegt werden, ist hingegen wirtschaftlich zumutbar; die Beurteilung der Anträge der Mobilkom Austria AG geht denn auch - in Übereinstimmung mit dem Netzwerk-Szenario 5 von Prof. Mahmoud - davon aus, dass es zur Verschiebung von 6-8 Basisstationen kommen wird. Festzuhalten ist, dass es sich bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit und der technischen Möglichkeit im Sinne des § 125 Abs 3 TKG um eine Rechtsfrage handelt, die - unter Berücksichtigung des gesamten Beweisergebnisses - von der Telekom-Control-Kommission, nicht aber von beigezogenen Sachverständigen, zu entscheiden ist.

Die Connect Austria verkennt auch die Rechtslage im Hinblick auf die 'wirtschaftliche Vertretbarkeit', wenn sie die Kosten eines dual-band-Betriebs für die Mobilkom Austria AG den Kosten sonstiger Netzausbaumaßnahmen gegenüberstellt. Voraussetzung für die Frequenzzuweisung gemäß § 125 Abs 3 TKG ist nicht, dass ein Netzausbau im 900 MHz-Bereich billiger als das Etablieren eines dual-band-Betriebs ist. § 125 Abs 3 TKG setzt vielmehr voraus, dass im 900 MHz-Bereich alle wirtschaftlich vertretbaren und technisch möglichen Maßnahmen zur Kapazitätssteigerung getroffen wurden; die Kosten des Aufbaus der für den DCS-1800 Betrieb erforderlichen Netzinfrastruktur oder die gegebenenfalls notwendige Subventionierung des Umstiegs der Teilnehmer auf dual-band-Geräte sind in diesem Zusammenhang nicht von Belang. Wie bereits ausgeführt, verhält § 125 Abs 3 TKG den Netzbetreiber grundsätzlich dazu, sein Verhalten so zu gestalten, als wäre ihm der Zugriff auf DCS-1800-Frequenzen vor dem 27.8.2000 generell verwehrt; eine Vergleichsrechnung zwischen den Kosten des Ausbaus im 900 MHz-Bereich und dem Ausbau im DCS-1800-Bereich ist daher nicht statthaft. Selbst wenn daher - was von der Connect Austria bestritten wird - die Investition in den DCS-1800 Bereich günstiger als mögliche Netzausbauvarianten im 900 MHz-Bereich wäre, könnte die Mobilkom Austria AG allein daraus noch keinen Anspruch auf Zuweisung der DCS-1800-Frequenzen ableiten.

Erst dort, wo die kapazitätserhöhenden Maßnahmen im 900 MHz-Bereich für sich betrachtet wirtschaftlich nicht mehr vertretbar sind, ist der Anspruch auf Frequenzen aus dem DCS-1800-Bereich begründet. Die wirtschaftliche Vertretbarkeit wurde jedoch für die

einzig relevante und von der Mobilkom Austria AG noch nicht eingesetzte kapazitätserhöhende Maßnahme (komplettes Redesign des Netzwerks unter Verringerung des Zellabstandes) verneint, ohne dass dies in Bezug zu allenfalls höheren oder auch geringeren Investitionen im DCS-1800-Bereich zu setzen war."

...

"Zur Frage der tatsächlichen Kapazitätsgrenze des GSM-Netzwerks der Mobilkom Austria AG wurden in der Studie von Prof. Mahmoud Berechnungen anhand der aktuellen Netzwerkkonfiguration angestellt und es wurden dazu mehrere Szenarien entwickelt, wie eine Kapazitätserhöhung erfolgen könne. Das von Prof. Mahmoud dargestellte Netzwerk-Szenario 5 ('NC 5', ON 10 und 13) berücksichtigt die auch von der Telekom-Control-Kommission als technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar beurteilten Möglichkeiten der Kapazitätserhöhung. Die Telekom-Control-Kommission ist daher der Auffassung, dass das von Prof. Mahmoud als Netzwerk-Szenario 5 modellierte Szenario auf Grund des aktuellen Standes der Technik als Referenzszenario herangezogen werden kann. Ohne dass der Antragstellerin vorgeschrieben werden kann und soll, wie sie konkret ihr Netz ausgestaltet, ist doch das im Szenario 5 beschriebene Modell als grundsätzlich - wenn auch unter hoher technischer und wirtschaftlicher Anstrengung - verwirklichtbares Netzwerk zu betrachten, dessen im Modell berechnete Kapazität als Referenz für das - unter der von § 125 Abs 3 TKG geforderten Anspannung - erreichbare Verkehrsvolumen unter realistischen Umgebungsbedingungen dienen kann.

Hingegen sind das Szenario, in dem die Verwendung von D-Netz-Frequenzen vorgesehen ist, ebenso wie die Szenarien unter Berücksichtigung von Frequenzzuweisungen aus dem DCS-1800-Frequenzbereich für die Beurteilung des Erreichens der Kapazitätsgrenze aus rechtlichen Gründen nicht relevant.

Für den Betrieb des analogen D-Netzes verfügt die Mobilkom Austria AG über einen aufrechten Bescheid, der bis zum 31.12.2007 gilt; hinsichtlich der von Connect Austria behaupteten Mängel des Bescheids ist festzuhalten, dass die auf einem offensichtlichen Versehen beruhenden falschen Zitierungen des 450 MHz-Bereichs mittlerweile durch Bescheid des BMWV vom 26.5.1998, GZ 100733/IV-JD/98, auch ausdrücklich gemäß § 62 Abs 4 AVG berichtigt wurden. Unabhängig von der Beurteilung der Frage, ob ein Eingriff in die bestehende D-Netz-Konzession in dem für eine Erweiterung der Kapazität des GSM-Netzes erforderlichen Umfang überhaupt gemäß § 22 Abs 10 TKG zulässig sein könnte, kommt eine Berücksichtigung der D-Netz-Frequenzen schon auf Grund des klaren Wortlauts des § 125 Abs 3 TKG nicht in Betracht. § 125 Abs 3 TKG ist an die Betreiber von GSM-Netzen adressiert und sichert diesen bei Erschöpfung ihrer Teilnehmerkapazität einen Rechtsanspruch auf CDS-1800-Frequenzen zu. Das Erreichen der Kapazitätsgrenze ist somit ausschließlich im GSM-Netz zu prüfen, allfällige 'Kapazitätsreserven' im analogen Netz sind dabei nicht zu berücksichtigen.

Zudem ist festzuhalten, dass die Antragstellerin keinesfalls aus eigenem eine Umwidmung der derzeit für das analoge Netz verwendeten Frequenzen zugunsten ihres GSM-Netzes vornehmen dürfte. Sofern diese Frequenzen nicht mehr benötigt würden oder soweit eine behördliche Anpassung etwa auf der Basis des § 22 Abs 10 TKG erfolgte, würde das 'freiwerdende' Spektrum nicht

zwangsläufig für das GSM-Netz verwendet werden können. Entsprechend der grundsätzlichen Vorgabe der §§ 20 ff TKG wäre das freiwerdende Spektrum zusammen mit einer Konzession auszuschreiben und insbesondere nach Maßgabe des gebotenen Frequenznutzungsentgelts zuzuteilen. Schon aus diesem Grund erhellt, dass ein allfälliges Freiwerden von Frequenzen im 900 MHz-Bereich, die derzeit vom analogen Netz genutzt werden, keinen Ersatz für die gemäß § 125 Abs 3 TKG bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zuzuweisenden Frequenzen darstellen kann.

Somit verbleibt die zentrale Frage, ab welchen Verkehrswerten die 'Teilnehmerkapazität' in einem entsprechend optimierten Netzwerk der Mobilkom Austria AG ausgeschöpft im Sinne des § 125 Abs 3 TKG ist. Dazu ist vorweg festzuhalten, dass es auf Grund der nicht uniformen Verkehrsverteilung und der vielen statistischen Größen, die sich auf die angebotene Netzkapazität auswirken, nicht möglich ist, eine scharfe Kapazitätsgrenze von Mobilfunknetzen anzugeben. Die 'Erschöpfung der Teilnehmerkapazität' ist nicht eindeutig an einem bestimmten Messwert festzumachen und kann daher auch nicht exakt berechnet werden.

Eine Bewertung der Ausschöpfung der Teilnehmerkapazität wurde anhand der Verkehrswerte der Hauptverkehrsstunde für ein Referenzgebiet im Zentrum von Wien durchgeführt. Die Beurteilung erfolgte durch einen Vergleich der Verkehrswerte aus OMC-Messungen und den Simulationsergebnissen von Prof. Mahmoud für das in seiner Studie angegebene Szenario NC5. Die Teilnehmerzahlen und mittleren Verkehrswerte pro Teilnehmer waren dabei für die Bewertung nicht unmittelbar zu berücksichtigen.

Eine Überschreitung der angebotenen Kapazität, die nicht durch kapazitätserhöhende Maßnahmen bekämpft wird, wirkt sich in einer Verschlechterung der Werte für die Dienstgüte ('Grade of Service' - GoS) aus. Speziell die Rate der blockierten Gespräche würde bei einer starken Netzüberlastung rapide ansteigen. Eine 'Kapazitätsreserve' im Sinne einer elastischen Kapazitätsgrenze ergibt sich daher im Bereich der Dienstqualität. Die Bewältigung höherer Verkehrswerte ist bei Inkaufnahme eines schlechteren GoS in gewissem Rahmen grundsätzlich möglich. Die Modellrechnungen von Prof. Mahmoud setzten einen konstanten GoS von 2 % voraus, wie er von der Mobilkom Austria AG im Einklang mit internationalen Richtwerten (vgl ERO-Studie, Anhang zu ON 10, S 14, sowie Annex I, S 6ff) angestrebt wird. Der unter Berücksichtigung dieses GoS-Wertes erzielbare Verkehrswert wird aktuell in der Kernzone von Wien bereits überschritten. Es ist jedoch der Antragstellerin zumutbar, in diesem räumlich eng begrenzten Gebiet des Kernraums von Wien vorübergehend eine Verschlechterung des GoS zu Spitzenverkehrszeiten hinzunehmen, solange nicht jene - wiederum nicht scharfe - Grenze erreicht wird, bei der trotz dramatischem Anstieg der Rate der blockierten Gespräche eine weitere Kapazitätserhöhung nicht mehr erzielt werden kann. Diese temporäre Verschlechterung des Grade of Service bleibt auf ein kleines Gebiet beschränkt und ist daher auch für die Antragstellerin wirtschaftlich vertretbar; sie ist nicht mehr wirtschaftlich vertretbar, wenn sie größere Gebiete - etwa einen Großteil des Wiener Stadtgebietes - betrifft oder wenn dem Verlust an GoS-Qualität kein entsprechender Kapazitätsgewinn mehr gegenübersteht.

Entsprechend den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens konnte daher bei der Beurteilung der 'Ausschöpfung der Teilnehmerkapazität' davon ausgegangen werden, dass in einem eng

begrenzten Kerngebiet von Wien bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Kapazitätsgrenze bei Aufrechterhaltung eines optimalen Grade of Service erreicht ist, dass jedoch eine weitere Erhöhung der Kapazität auf rund 110 Erlang/km<sup>2</sup> (durch Implementierung der von der Mobilkom Austria AG geplanten dynamischen Kapazitätszuteilung) bei temporärer Verschlechterung des GoS im Bereich des unmittelbar besonders belasteten Gebiets technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar ist. Die gemessenen GoS-Werte, die OMC-Verkehrsmesswerte und die erwartete Zunahme der Verkehrswerte ergeben als Zeitpunkt, zu dem die 'Teilnehmerkapazität' des GSM-Netzes der Mobilkom Austria AG in Wien auch unter Berücksichtigung einer Absenkung des Grade of Service erschöpft sein wird, etwa die Jahreswende 1998/99.

Da es sich bei dieser Frequenzzuweisung um eine Erweiterung der bestehenden Konzession handelt, war auch die Festlegung eines vom Antrag abweichenden Datums der Frequenzzuweisung unter Anwendung des § 15 Abs 6 TKG zulässig. Nach dieser Bestimmung kann die Konzession unter Nebenbestimmungen wie insbesondere auch Beginnfristen erteilt werden, sofern diese dazu dienen, die Zielsetzungen und Bestimmungen dieses Gesetzes und der relevanten Vorschriften der Europäischen Gemeinschaften bestmöglich zu erfüllen. Im Hinblick auf die aktuell noch gegebenen, wenn auch geringeren Kapazitätsreserven einerseits, und auf die für die Beschaffung und Implementierung der Hard- und Software notwendigen Zeiträume andererseits, war daher der Antrag nicht - als zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht ausreichend begründet - abzuweisen. Den Zielsetzungen und Bestimmungen des TKG konnte besser durch die Festlegung einer entsprechenden Beginnfrist, eben dem 1. Jänner 1999, Rechnung getragen werden. Zu diesem Zeitpunkt werden die bestehenden geringfügigen Kapazitätsreserven und insbesondere auch der Spielraum im Bereich des Grade of Service ausgeschöpft sein, sodass eine gesicherte Versorgung der Teilnehmer der Antragstellerin im Kernbereich von Wien nur mehr unter Nutzung zusätzlicher Frequenzen aus dem DCS-1800-Bereich erfolgen kann.

Im Ergebnis war der Mobilkom Austria AG daher auf Grund der in der Kernzone von Wien bereits erreichten Kapazitätsgrenze das mit dem Antrag vom 13.10.1997 beantragte Frequenzspektrum gemäß § 125 Abs 3 TKG mit Wirkung ab 1. Jänner 1999 zuzuweisen."

Die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde wurde vom Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 24. Februar 1999, B 1625/98, abgewiesen und mit dem Beschluss vom 3. März 1999 dem Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG zur Entscheidung abgetreten.

Der Verwaltungsgerichtshof legte dem EuGH mit Beschluss vom 24. November 1999 gemäß Art. 234 EG zwei Fragen mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vor, die vom EuGH mit Urteil vom 22. Mai 2003 (Rechtssache C-462/99) wie folgt beantwortet wurden:

"1. Die Erfordernisse einer der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision - ONP) (ABl. L 192, S. 1) in der durch die Richtlinie 97/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 (ABl. L 295, S. 23) geänderten Fassung entsprechenden Auslegung des nationalen Rechts und eines effektiven Schutzes der Rechte des Einzelnen gebieten es den nationalen Gerichten, zu prüfen, ob dem Einzelnen auf Grund der



anwendbaren Bestimmungen des nationalen Rechts gegen die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde ein Anspruch auf Nachprüfung zuerkannt werden kann, der den Kriterien von Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 in der durch die Richtlinie 97/51 geänderten Fassung entspricht. Ist eine den Anforderungen von Artikel 5a Absatz 3 dieser Richtlinie genügende Anwendung des nationalen Rechts nicht möglich, so ist ein diesen Anforderungen entsprechendes nationales Gericht, das für die Entscheidung über Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde zuständig wäre, stünde dem nicht eine Bestimmung des nationalen Rechts wie die im Ausgangsverfahren fragliche entgegen, die seine Zuständigkeit ausdrücklich ausschließt, verpflichtet, diese Bestimmung unangewandt zu lassen.

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

3. Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2/EG der Kommission vom 16. Januar 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG betreffend die mobile Kommunikation und Personal Communications steht einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen grundsätzlich entgegen, die die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an ein öffentliches Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung, das bereits eine Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem GSM 900-Standard besitzt, ohne gesonderte Gebühr gestattet, während ein neu auf den fraglichen Markt tretendes Unternehmen für den Erwerb einer Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem DCS 1800-Standard eine Gebühr entrichten musste. Diese Bestimmung steht jedoch einer solchen nationalen Regelung nicht entgegen, wenn die Gebühr, die von dem öffentlichen Unternehmen mit beherrschender Stellung für seine GSM 900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Wettbewerber, dem die DCS 1800-Lizenz erteilt wurde, erhoben wurde, gleichwertig ist.

4. Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2 steht einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen grundsätzlich nicht entgegen, die nach Ablauf von mindestens drei Jahren seit der Erteilung der Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem DCS-1800 Standard im Jahr 1997 die

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

5. Das in den Artikeln 9 Absatz 2 und 11 Absatz 2 der Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste aufgestellte Diskriminierungsverbot steht einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegen, die die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an Betreiber, die bereits eine Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem GSM 900-Standard besitzen, ohne gesonderte Gebühr gestattet, während vom Betreiber, dem eine Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem DCS-1800 Standard erteilt wurde, eine Gebühr erhoben wurde, wenn die Gebühr, die von den bestehenden Betreibern für ihre GSM 900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Betreiber, der die DCS 1800-Lizenz besitzt, erhoben wurde, gleichwertig ist."

In den Entscheidungsgründen dieses Urteiles finden sich u.a. folgende Ausführungen:

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

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

"Zur Auslegung der Artikel 82 EG und 86 Absatz 1 EG

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

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

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

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

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

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

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

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

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

78. Falls das vorlegende Gericht feststellt, dass der relevante Dienstleistungsmarkt derjenige der Mobilfunkdienste insgesamt ist, hat die Mobilkom, wie sich aus der Akte ergibt,

auch auf diesem Markt eine beherrschende Stellung inne.

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

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

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

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

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

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

85. Insoweit kann der Umstand, dass im Ausgangsrechtsstreit ein neu auf den fraglichen Markt tretendes Unternehmen, nämlich der dritte nationale Betreiber im Bereich der Mobilfunkdienste, für die Erteilung seiner DCS 1800-Lizenz eine Gebühr entrichten muss, während dem ersten nationalen Betreiber, einem öffentlichen Unternehmen mit beherrschender Stellung, ohne gesonderte Gebühr zusätzliche Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich zugeteilt werden, einen Wettbewerbsvorteil darstellen, der es diesem Unternehmen ermöglicht, je nach der Definition des relevanten Marktes entweder seine beherrschende Stellung auf den Markt für digitale Mobilfunkdienste nach dem DCS 1800-Standard auszudehnen oder seine beherrschende Stellung auf dem Markt für digitale Mobilfunkdienste oder auf dem für Mobilfunkdienste, durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken, und damit gegen Artikel 82 EG verstoßen.

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

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

88. Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich jedoch, dass im Ausgangsrechtsstreit die Mobilkom und die max.mobil je 4 Milliarden ATS für Lizenzen zahlten, durch die ihnen jeweils ein Frequenzspektrum von 2 x 8 MHz aus dem für GSM 900 reservierten Frequenzbereich zugeteilt wurde, während die Beschwerdeführerin eine Gebühr von 2,3 Milliarden ATS für eine Lizenz entrichtete, durch die ihr ein Frequenzspektrum von 2 x 16,8 MHz aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich zugeteilt wurde, das bei Erreichen eines Teilnehmervolumens von 300 000 auf 2 x 22,5 MHz ausgedehnt werden sollte.

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

90. Ist nämlich die Gebühr, die von dem öffentlichen Unternehmen mit beherrschender Stellung für seine GSM 900-Lizenz einschließlich der späteren, ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Wettbewerber, dem die

DCS 1800-Lizenz erteilt wurde, erhoben wurde, gleichwertig, so ist davon auszugehen, dass eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sicherstellt und mithin einen unverfälschten Wettbewerb gewährleistet.

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

92. Insoweit ist zum einen zu beachten, dass, da die Festsetzung der Gebühren die Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte erfordert, von den nationalen Behörden dabei nicht die Einhaltung starrer Kriterien verlangt werden kann, solange sie die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Beschränkungen beachten.

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

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

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

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

96. Die Richtlinie 96/2 bezweckt die Schaffung eines ordnungspolitischen Umfeldes, das es ermöglicht, das Potential der Mobilkommunikation und der Personal Communications zu nutzen. Dazu sieht sie vor, dass möglichst bald alle ausschließlichen und besonderen Rechte aufgehoben werden, indem für die Mobilnetzbetreiber sowohl die Beschränkungen der Freiheit des Betriebes und des Ausbaus ihrer Netze für die in der entsprechenden Genehmigung oder Berechtigung vorgesehenen Zwecke als auch die Wettbewerbsverzerrungen beseitigt werden und ihnen

die Kontrolle über ihre Kosten ermöglicht wird (vgl. Urteil vom 16. Oktober 2001 in den Rechtssachen C-396/99 und C-397/99, Kommission/Griechenland, Slg. 2001, I-7577, Randnr. 25).

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

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

99. Gemäß der achten Begründungserwägung der Richtlinie 96/2 hatten die Mitgliedstaaten bei der Einrichtung eines Verfahrens zur Vergabe von DCS 1800-Lizenzen der Notwendigkeit, die Investitionen von neu auf den Markt tretenden Unternehmen in diesem Bereich zu fördern, gebührend Rechnung zu tragen. Die Mitgliedstaaten sollten von der Erteilung von Lizenzen an einen bereits bestehenden Betreiber, zum Beispiel an einen bereits auf ihrem Territorium tätigen GSM 900-Betreiber, absehen können, wenn nachgewiesen werden kann, dass dies effektiven Wettbewerb verhindern könnte, insbesondere durch die Ausdehnung einer marktbeherrschenden Stellung. Vor allem wenn ein Mitgliedstaat DCS 1800-Lizenzen erteilt oder bereits erteilt hat, dürfen neue Lizenzen an bestehende GSM 900- oder DCS 1800-Betreiber nur unter Bedingungen erteilt werden, die auf die Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbs zielen.

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

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

102. Wie jedoch oben in Randnummer 90 festgestellt, ist dann, wenn die Gebühr, die von dem öffentlichen Unternehmen mit beherrschender Stellung für seine GSM 900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Wettbewerber, dem die DCS 1800-Lizenz erteilt wurde, erhoben wurde, gleichwertig ist, davon auszugehen, dass eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sicherstellt, mithin einen unverfälschten Wettbewerb gewährleistet

und somit, da sie einen effektiven Wettbewerb zwischen Betreibern von Systemen, die auf den betreffenden Märkten miteinander im Wettbewerb stehen, gewährleistet, im Einklang mit Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2 steht.

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

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

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

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

107. Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Behörde gemäß § 125 Absatz 3 Satz 1 TKG Betreibern, die bereits eine GSM 900-Lizenz besitzen, zusätzliche Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich nicht vor Ablauf von zumindest drei Jahren seit der Erteilung der DCS 1800-Lizenz im Jahr 1997 und nur im Ausmaß von jeweils 5 MHz zuteilen darf. Mit einer solchen Bestimmung wird der Notwendigkeit, die Investitionen von neu auf den Markt tretenden Unternehmen zu fördern, wie dies in der achten Begründungserwägung der Richtlinie 96/2 vorgesehen ist, gebührend Rechnung getragen, wie auch dem Anliegen, das in Absatz 1 der fünfzehnten Begründungserwägung dieser Richtlinie zum Ausdruck kommt, wonach, weil Funkfrequenzen entscheidende, aber rare Ressourcen sind, die Entwicklung eines effektiven Wettbewerbs im Telekommunikationssektor eine objektive Rechtfertigung für die Ablehnung der Vergabe von Frequenzen an Betreiber, die bereits eine marktbeherrschende Stellung auf dem geografischen Markt innehaben, sein kann.

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



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

110. Zur Zeit des Erlasses des in § 125 Absatz 3 TKG wörtlich übernommenen § 20a Absatz 3b des Fernmeldegesetzes 1993 kam es in mehreren Mitgliedstaaten in den Großstädten wegen der rasch steigenden Benutzerzahl zu Zeiten der Spitzenbelastung leicht zu Überlastungsproblemen. Mit Einführung der Dual-Band-Mobiltelefone, die das System wechseln konnten, ermöglichte es die Einrichtung von DCS 1800-Basisstationen in den Großstädten zusätzlich zu den GSM 900-Basisstationen den Betreibern der GSM 900-Netze, diese durch den Anstieg der Benutzerzahl bedingten Überlastungsprobleme zu verringern.

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

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

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

113. Zu den Artikeln 9 Absatz 2 und 11 Absatz 2 der Richtlinie 97/13 möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob das dort aufgestellte Diskriminierungsverbot einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen

entgegensteht, die die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an Betreiber, die bereits eine GSM 900-Lizenz besitzen, ohne gesonderte Gebühr gestattet, während vom Inhaber einer DCS 1800-Lizenz für deren Erwerb eine Gebühr erhoben wurde.

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

115. Zum anderen liegt nach ständiger Rechtsprechung eine Diskriminierung insbesondere dann vor, wenn vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt und dadurch bestimmte Wirtschaftsteilnehmer gegenüber anderen benachteiligt werden, ohne dass diese Ungleichbehandlung durch das Vorliegen objektiver Unterschiede von einigem Gewicht gerechtfertigt wäre (vgl. u.a. Urteile des Gerichtshofes vom 13. Juli 1962 in den Rechtssachen 17/61 und 20/61, Klöckner Werke und Hoesch/Hohe Behörde, Slg. 1962, 655, 692, und vom 26. September 2002 in der Rechtssache C-351/98, Spanien/Kommission, Slg. 2002, I-8031, Randnr. 57).

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

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

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Bei der belangten Behörde handelt es sich um eine Behörde nach Art. 133 Z. 4 B-VG. Eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof war nach der im Beschwerdefall geltenden Rechtslage (TKG in der Fassung vor der Novellierung durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 26/2000) nicht ausdrücklich für zulässig erklärt worden. Demnach waren Angelegenheiten, über die die belangte Behörde entschieden hat, nach österreichischem nationalen Recht von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgeschlossen. Nach dem angeführten Urteil des EuGH ist der Verwaltungsgerichtshof allerdings verpflichtet, die seine Zuständigkeit ausschließende Bestimmung des Art. 133 Z. 4 B-VG im Beschwerdefall unangewendet zu lassen. Dies folgerte der EuGH aus dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere aus Art. 5a Abs. 3 der Richtlinie 90/387 idF der Richtlinie 97/51. Diese Bestimmung ist aber - ihrer Natur als dem Gemeinschaftsrecht angehörende Norm entsprechend - auf den Schutz jener individuellen Rechte beschränkt, die aus dem Gemeinschaftsrecht entspringen. Rechte, die dem Einzelnen bloß vom jeweiligen nationalen Recht eingeräumt werden, fallen nicht in ihren Schutzbereich. Dies kommt in den Randnr. 35 und 40 des angeführten Urteiles des EuGH klar zum Ausdruck, geht doch aus Randnr. 35 hervor, dass das in Rede stehende Urteil des EuGH überhaupt nur Rechtsstreitigkeiten betrifft, "in denen es um individuelle Rechte geht, die aus der Gemeinschaftsordnung hergeleitet werden", und verweist doch Randnr. 40 auf die Verpflichtung des nationalen Gerichtes, "das Gemeinschaftsrecht in vollem Umfang anzuwenden und die Rechte, die dieses dem Einzelnen einräumt, zu schützen". Auch der Hinweis in Spruchpunkt 1 des Urteilstenors auf "die Erfordernisse einer der Richtlinie 90/387/EWG ... entsprechenden Auslegung des nationalen Rechts und eines effektiven Schutzes der Rechte des Einzelnen" deutet in diese Richtung.

Die aus Art. 5a Abs. 3 der Richtlinie 90/387 abgeleitete Verpflichtung des Verwaltungsgerichtshofes zur Nachprüfung kann sich daher nur auf den Schutz der dem Einzelnen vom Gemeinschaftsrecht eingeräumten materiellen Rechte, nicht aber auch auf den Schutz bloß im nationalen Recht verankerter individueller Rechte beziehen. Auf das eine Verletzung lediglich letzterer Rechte betreffende Beschwerdevorbringen ist daher nicht einzugehen.

Aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts sind nach dem genannten Urteil des EuGH folgende Fragen von entscheidender Bedeutung:

- Welche Märkte für Mobilfunkdienste gibt es?
- Auf welchen dieser Märkte hat die mitbeteiligte Partei eine beherrschende Stellung?
- Hat die mitbeteiligte Partei ihre Teilnehmerkapazität in GSM 900-Netz unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbaren technischen Möglichkeiten ausgeschöpft?
- Ist die von der mitbeteiligten Partei für ihre GSM 900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr gleichwertig, die von der Beschwerdeführerin erhoben wurde?

Auf Grund des von der belangten Behörde bisher festgestellten Sachverhaltes kann lediglich die Frage der Ausschöpfung der

Teilnehmerkapazität der mitbeteiligten Partei einer abschließenden Prüfung zugeführt werden.

Bei der Beurteilung dieser Frage ist entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin lediglich das GSM 900-Netz, nicht aber auch das D-Netz der mitbeteiligten Partei zu berücksichtigen. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des von der belangten Behörde angewendeten und vom Verwaltungsgerichtshof dem EuGH zur Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht vorgelegten § 125 Abs. 3 TKG. Diese Bestimmung lautet:

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

Die im zweiten Satz genannten "bestehenden Konzessionsinhaber", "deren Teilnehmerkapazität ... ausgeschöpft ist", können im gegebenen Zusammenhang nur die im ersten Satz angeführten "bestehenden Inhaber einer Konzession zur Erbringung des reservierten Fernmeldedienstes mittels Mobilfunk im digitalen zellularen Mobilfunkbereich" sein, sodass auch "deren Teilnehmerkapazität" nur in diesem Rahmen, also nur insoweit in Betracht zu ziehen ist, als sie im digitalen zellularen Mobilfunkbereich liegt. Eine Berücksichtigung auch des analogen D-Netzes scheidet daher schon nach dem Wortlaut des Gesetzes aus. Für ein anderes Verständnis dieser Bestimmung ergeben sich auch aus dem Urteil des EuGH keine Anhaltspunkte.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die belangte Behörde zur Frage der wirtschaftlichen Vertretbarkeit aller technischen Möglichkeiten zur Kapazitätserweiterung des GSM-Netzes der mitbeteiligten Partei die beantragte Einholung eines betriebswirtschaftlichen Sachverständigengutachtens unterlassen habe. Dabei übersieht sie aber, dass sich die belangte Behörde mit dieser Frage detailliert im angefochtenen Bescheid auseinander gesetzt und schlüssig dargelegt hat, aus welchen Gründen die in Betracht kommenden Maßnahmen ("Half Rate Mode" und Verringerung der Radien der Makrozellen) nicht als wirtschaftlich vertretbar anzusehen sind. Dem ist die Beschwerdeführerin nicht mit einem konkreten Vorbringen entgegengetreten, das geeignet gewesen wäre, Bedenken gegen die entsprechenden Annahmen der belangten Behörde zu erwecken. Ihrer Verfahrensrüge mangelt daher die Relevanz.

Auch die weitere Beschwerdebehauptung, dass Prof. Mahmoud durch eine unrichtige Aufgabenstellung des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr von falschen, seinem Gutachten und Befund zu Grunde zu legenden Prämissen ausgegangen sei (nämlich davon, dass bei der mitbeteiligten Partei Kapazitätsengpässe im A1-Netz bestünden), trifft nicht zu. Die belangte Behörde wies in der Gegenschrift unter Vorlage von Abschriften der betreffenden

Schreiben darauf hin, dass Prof. Mahmoud mit Schreiben vom 10. Februar 1997 ein Anbot zur Ausarbeitung einer Studie mit dem Ziel der Feststellung legte, ob das bestehende Mobilkom-Netzwerk seine Kapazitätsgrenzen innerhalb der zugewiesenen Frequenz von 8 MHz im 900 MHz-Frequenzbereich erreicht hat und ob anerkannte und kosteneffektive technologische Lösungen zur Kapazitätserweiterung angewendet werden können. Unter Bezugnahme auf dieses Anbot beauftragte der Bundesminister für Wirtschaft und Verkehr Prof. Mahmoud sodann mit der Ausarbeitung der Studie.

Entgegen der Beschwerde wurde Prof. Mahmoud dem Verfahren vor der belangten Behörde nicht als - nichtamtlicher - Sachverständiger beigezogen; die Vorwürfe, die belangte Behörde habe zwei von der Beschwerdeführerin gegen den Genannten erhobene Ablehnungsanträge "ignoriert" und ihn auch nicht als Sachverständigen beeidet, gehen daher ins Leere. Prof. Mahmoud wurde vielmehr in seiner Eigenschaft als Autor der von ihm verfassten und von der belangten Behörde als Urkunde bei der Beweisaufnahme berücksichtigten Studie im Verfahren als Zeuge vernommen. Unter einem Sachverständigen ist eine Person zu verstehen, die in einem Verfahren bei der Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes dadurch mitwirkt, dass sie Tatsachen erhebt und aus diesen Tatsachen auf Grund besonderer Fachkundigkeit tatsächliche Schlussfolgerung zieht (vgl. Walter-Mayer, *Verwaltungsverfahrenrecht* 7, RZ 358); da Prof. Mahmoud seine in der Studie dargelegten Wahrnehmungen nicht in einem vor der belangten Behörde durchgeführten Verfahren gemacht hat, kann ihm entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch nicht die Stellung eines Sachverständigen zukommen. Die von ihm ausgearbeitete Studie durfte hingegen auf Grund des im § 46 AVG verankerten Grundsatzes der Unbeschränktheit der Beweismittel von der Behörde bei der Ermittlung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes jedenfalls verwertet werden.

Wenn die Beschwerdeführerin rügt, die belangte Behörde habe es unterlassen, den von ihr bestellten Sachverständigen Prof. Walke zu einer Stellungnahme zu den Einwendungen der mitbeteiligten Partei gegen sein Gutachten aufzufordern, bleibt sie es schuldig, die Relevanz dieses Verfahrensmangels durch konkrete Darlegungen aufzuzeigen, welche bestimmte andere Feststellungen die belangte Behörde bei Vermeidung des geltend gemachten Verfahrensverstößes hätte treffen können.

Gleiches gilt auch für den Vorwurf, der "Gutachter" (gemeint: Prof. Mahmoud) habe keine eigenen Messungen durchgeführt, sondern ausschließlich auf jenen Angaben aufgebaut, die ihm die mitbeteiligte Partei zur Verfügung gestellt habe; es wäre eine objektive Nachprüfung dieser Angaben bzw. die Durchführung objektiver und überprüfbarer Messungen durch eine außenstehende neutrale Institution erforderlich gewesen. Da die Beschwerdeführerin nicht ausführt, dass und gegen welche der von Prof. Mahmoud berücksichtigten Angaben im Einzelnen begründete Bedenken bestehen, fehlt ihrem Vorbringen die erforderliche Relevanz. Dies muss auch der pauschalen Rüge entgegengehalten werden, dass wesentliche Teile des Akteninhaltes als Geschäfts- und Betriebsgeheimnis der mitbeteiligten Partei von der Akteneinsicht ausgeschlossen worden seien.

Wenn die Beschwerdeführerin schließlich die Ansicht der belangten Behörde bekämpft, es sei eine "ausreichende Validierung der Ergebnisse von Prof. Mahmoud" erfolgt, zeigt sie gleichfalls

keinen relevanten Verfahrensmangel auf. Da es ihr nicht gelungen ist, im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle wahrzunehmende Bedenken (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 3. Oktober 1985, Zl. 85/02/0053) gegen die der Beweiswürdigung zu Grunde gelegte Studie des Prof. Mahmoud zu erwecken, kommt der "Validierung" dieser Studie durch Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen und Mitwirkung des sachkundigen Mitgliedes der belangten Behörde keine entscheidende Bedeutung mehr zu. Im Übrigen ist es unbedenklich, wenn ein sachkundiges Mitglied der Behörde Äußerungen zu den Ermittlungsergebnissen abgibt, wobei solche sachkundige Stellungnahmen nicht den an ein Gutachten zu stellenden Anforderungen hinsichtlich Vollständigkeit und Schlüssigkeit entsprechen müssen (vgl. die bei Walter-Thienel, Verwaltungsverfahren I2, zu E 78 ff bei § 52 AVG zitierten Entscheidungen).

Die von der belangten Behörde zur Frage der Ausschöpfung der Teilnehmerkapazität der mitbeteiligten Partei unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbaren technischen Möglichkeiten getroffenen Sachverhaltsfeststellungen halten daher der Nachprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof stand. Auch die rechtliche Beurteilung im Sinne einer Bejahung dieser Frage durch die belangte Behörde begegnet keinem Einwand.

Zur Beantwortung der übrigen im angeführten Urteil des EuGH (Tenor und Entscheidungsgründe) dargestellten maßgeblichen Fragen fehlen allerdings die erforderlichen Feststellungen im angefochtenen Bescheid. Der Sachverhalt bedarf daher in einem wesentlichen Punkt einer Ergänzung. Der angefochtene Bescheid war somit gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Von der von der Beschwerdeführerin beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 3 VwGG abgesehen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 9. September 2003

#### **Schlagworte**

Gemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang, partielle Nichtanwendung von innerstaatlichem Recht EURallg1

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4

Offenbare Unzuständigkeit des VwGH Bescheide von Kollegialbehörden iSd B-VG Art133 Z4

#### **Dokumentnummer**

JWT/2003030095/20030909X00