

# TE Vwgh Erkenntnis 2017/11/22 Ro 2016/03/0014

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.11.2017

## Index

E000 EU- Recht allgemein;  
E3L E13206000;  
E6J;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
91/01 Fernmeldewesen;

## Norm

32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art4 Abs1;  
62013CJ0282 T-Mobile Austria VORAB;  
AVG §8;  
EURallg;  
TKG 2003 §57 Abs1;  
VwGG §42 Abs2 Z1;  
VwGVG 2014 §28;  
VwGVG 2014 §7 Abs3;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):Ro 2016/03/0015

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Beck und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Lehofer, Mag. Nedwed und Mag. Samm als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Revisionen der

A AG in Wien, vertreten durch DDr. Christian F. Schneider, Rechtsanwalt in 1220 Wien, ARES Tower, Donau-City-Straße 11, gegen die Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. April 2016,

1. W120 2011675-2/13E (hg. Ro 2016/03/0014) und 2. W194 2011676- 2/13E (hg. Ro 2016/03/0015), jeweils betreffend Zurückweisung einer Beschwerde in einer Angelegenheit nach dem TKG 2003 (belangte Behörde im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht: Telekom-Control-Kommission; mitbeteiligte Parteien: 1. H GmbH in W, vertreten durch Mag. Dr. Bertram Burtscher, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Seilergasse 16; 2. T GmbH in W, vertreten durch Lichtenberger und Partner Rechtsanwälte in 1010 Wien, Wollzeile 17), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die angefochtenen Beschlüsse werden wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von insgesamt EUR 2.692,80 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

1 Die Revisionswerberin (iF auch: A) und die Mitbeteiligten (iF auch: H (Erstmitbeteiligte) bzw. T (Zweitmitbeteiligte)) sind Inhaber von Frequenznutzungsrechten iSd § 55 TKG 2003 im Bereich 900 MHz und 1800 MHz; sie bieten unter Nutzung dieser Frequenzen Mobilfunkdienste an und stehen insoweit untereinander in Wettbewerb.

2 Am 5. Mai 2014 leitete die belangte Behörde (iF auch: TKK) ein Verfahren gemäß § 57 Abs. 1 TKG 2003 hinsichtlich sämtlicher zugeteilter Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz gegenüber A, H und T ein. Die beabsichtigte Änderung der Frequenzzuteilung in diesen Bereichen wurde den betroffenen Betreibern dahingehend angekündigt, dass keine Einschränkungen bezüglich der technologischen Nutzung mehr bestehen sollen, somit die Frequenzen technologienutral im Sinne der GSM-Richtlinie 2009/114/EG bzw. der Entscheidung der Europäischen Kommission 2009/766/EG vom 16. Oktober 2009 eingesetzt werden können. In Stellungnahmen dazu führte A im Wesentlichen aus, die in Aussicht genommene Änderung (technologienetrale Umwidmung bzw. Liberalisierung bestehender Frequenznutzungsrechte; sogenanntes "Reframing") solle Hand in Hand mit einer Neuordnung des jeweiligen Bestandsspektrums an Frequenzen zur Erzielung durchgehender Frequenzbereiche je Betreiber (sogenannte "Defragmentierung") gehen.

3 Mit drei getrennten Bescheiden jeweils vom 28. Juli 2014 (F 6a/14 betrifft die A, F 6b/14 die H und F 6c/14 die T) entschied die belangte Behörde gemäß § 57 Abs. 1 TKG 2003 dahin, dass die bestehenden Frequenznutzungsrechte der drei Betreiber in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz jeweils dahin geändert werden, dass diese technologienutral gemäß den Nutzungsbedingungen einer den Bescheiden jeweils angeschlossenen Anlage ausgeübt werden können. Der Spruch dieser Bescheide legt weiters zudem den Umfang der Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz für die betroffenen Betreiber näher fest und normiert schließlich die sich aus den Frequenznutzungsrechten ergebenden Versorgungspflichten: Diese werden dahin geändert, dass sie außer mit GSM-Technologie auch mit anderen, den Nutzungsbedingungen entsprechenden Technologien erfüllt werden können, wobei dies jeweils mit einer zumindest GSM entsprechenden Qualität zu erfolgen habe. Im Rahmen der Versorgungspflichten seien sowohl Sprach- als auch Datendienste anzubieten. Sämtliche weiteren Rechte und Pflichten, die sich aus den jeweiligen Frequenzzuteilungen ergeben, bleiben unberührt.

4 Nach einer zusammenfassenden Wiedergabe des Verfahrensgangs traf die belangte Behörde folgende Feststellungen:

5 Seit 1993 werde in Österreich das digitale Mobilfunksystem GSM genutzt. Dieses sei als europäische Nachfolge zu diversen früheren analogen, vorwiegend nationalen Mobilfunksystemen entstanden. GSM werde deshalb als Technologie der zweiten Generation (2G) bezeichnet. Tatsächlich erreichbare Datenraten lägen meist unter 200 kbit/s, vor allem deshalb, weil die Ressourcen mit Sprachtelefonie (und anderen Nutzern in der Zelle) geteilt würden.

6 UMTS sei als Nachfolge-Technologie von GSM konzipiert worden und bilde somit die Mobilfunktechnologie der dritten Generation (3G). Diese Technologie sei von Anfang an nicht nur für mobile Sprachtelefonie, sondern auch für mobile Datendienste konzipiert worden. Während anfangs die maximale Datenrate bei theoretisch 384 kbit/s gelegen sei, sei sie mit der Einführung von HSDPA (High Speed Downlink Packet Access) bzw. Dual-Carrier-HSPA auf Datenraten von derzeit bis zu ca. 30 mbit/s erhöht worden. Auch die Uplink-Geschwindigkeit sei schrittweise von 384 kbit/s auf derzeit mehrere mbit/s erhöht worden.

7 LTE (Long Term Evolution) sei als Nachfolgetechnologie von UMTS konzipiert worden; oft werde LTE daher auch als 4G bezeichnet. LTE setze den Schwerpunkt auf schnelle Datendienste. In Österreich könne LTE seit der 2600 MHz-Frequenzvergabe im Jahr 2010 genutzt werden. Im Rahmen der Multibandauktion (Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 900 MHz und 1800 MHz mit Bescheid der TKK vom 19. November 2013, F1/11-283, sei das 800 MHz-Band für LTE verfügbar gemacht worden. Bei dieser Vergabe seien auch die bisher für GSM verfügbaren Frequenzbereiche 900 MHz und 1800 MHz ab Anfang 2016/2018/2020 (je nach Teilbereich) zu technologienutraler Nutzung vergeben worden.

8 Mit Zuteilung der Frequenzen im Bereich 2600 MHz durch den Bescheid der TKK vom 18. Oktober 2010 seien die

Zuteilungsinhaber verpflichtet worden, in diesem Frequenzbereich bis Ende 2013 eine Versorgung von 25 % der Bevölkerung zu erreichen. Auch wenn die urbanen Zentren mit LTE im Bereich 2600 MHz gut erschlossen seien, werde im Großteil von Österreich derzeit lediglich 2G- und 3G-Versorgung angeboten.

9 Unter dem Begriff "Reframing" sei eine technologieneutrale Umwidmung bzw. Liberalisierung bestehender Frequenznutzungsrechte zu verstehen; hingegen sei mit dem Begriff "Defragmentierung" eine Neuordnung bzw. -verteilung des Bestandsspektrums unter den Betreibern gemeint, mit dem Ziel, möglichst viel aneinander liegendes und somit effizienter nutzbares Spektrum für die einzelnen Betreiber zu schaffen.

10 Weitere Feststellungen betreffen die (grafische) Darstellung der Zunahme der Mobilfunknutzung in Österreich im Zeitraum 2005 bis 2013 (mobiler Sprachverkehr bzw. mobiler Datenverkehr). Der Datenverkehr zeige ein exponentielles Wachstum:

Während der Datenanteil Anfang 2005 noch bei 1 % des Gesamtverkehrs gelegen sei, sei er bis Ende 2013 auf 94 % angewachsen.

11 Als technische Auswirkungen der technologischen Weiterentwicklung von GSM hin zu LTE werden (unter Punkt B.3. näher beschriebene) erhebliche Effizienzsteigerungen für die Nutzung von Funkfrequenzen festgestellt.

12 Im Folgenden (Punkt B.4.1.) werden die "wirtschaftlichen Auswirkungen auf die einzelnen betroffenen Betreiber" dargestellt; dabei wird zunächst tabellarisch die jeweilige Frequenzausstattung wiedergegeben:

"Tabelle 1: Aktuelle Frequenzverteilung in den einzelnen Bändern mit den jeweiligen technologischen Einschränkungen (Stand Juli 2014 unter Berücksichtigung der Multibandauktion)

A

T

H

MHz

Technologie

MHz

Technologie

MHz

Technologie

800MHz

2x20

Neutral

2x10

Neutral

-

-

900MHz

2x20,4

GSM

2x12,8

GSM

(2x0,8\*)

GSM

1800MHz

2x15

GSM

2x25,4

GSM

2x32,6

GSM

2100MHz

2x20

UMTS

2x15

UMTS

2x25

UMTS

2600MHz

2x25

Neutral

2x20

Neutral

2x25

Neutral

...

Tabelle 2: Anteil am gepaarten Spektrum, das derzeit für LTE und UMTS genutzt werden kann, gemessen in verfügbaren 5 MHz-Blöcken (Stand Juli 2014 unter Berücksichtigung der Multibandauktion)

Betreiber

800MHz

900MHz

1800MHz

2100MHz

2600MHz

Breitband-fähig

A T

2x20MHz

-

-

2x20MHz

2x25MHz

65%

T

2x10MHz

-

-

2x15MHz

2x20MHz

54%

H

-

-

-

2x25MHz

2x25MHz

60%

Summe

2x30MHz

-

-

2x60MHz

2x70MHz

59%

Gesamt

2x30MHz

-

-

2x60MHz

2x70MHz

...

Mit der Umwidmung der GSM-Frequenzen (auch ohne Defragmentierung) steigt der Anteil von für LTE und UMTS nutzbarem Spektrum deutlich an (siehe nachfolgende Tabelle).

Tabelle 3: Anteil am gepaarten Spektrum das nach dem Refarming für LTE und UMTS genutzt werden kann gemessen in verfügbaren 5-MHz-Blöcken (unter Berücksichtigung der Multibandauktion)

Betreiber

800MHz  
900MHz  
1800MHz  
2100MHz  
2600MHz  
Breitband-fähig  
A T  
2x20MHz  
2x15MHz  
2x10MHz  
2x20MHz  
2x25MHz  
90%  
T  
2x10MHz  
2x10Mhz  
2x15MHz  
2x15MHz  
2x20MHz  
84%  
H  
-  
-  
2x30MHz  
2x25MHz  
2x25MHz  
96%  
Summe  
2x30MHz  
2x25MHz  
2x55MHz  
2x60MHz  
2x70MHz  
89%  
Gesamt  
2x30MHz  
2x35MHz  
2x75MHz

2x60MHz

2x70MHz

...

13 Weitere Ausführungen betreffen insbesondere eine Darstellung der Vorteile einer (privatrechtlich im Verhandlungsweg erzielbaren) Defragmentierung und eine - tabellarische - Gegenüberstellung des für Breitband nutzbaren Spektrums (mit bzw. ohne Defragmentierung).

14 Zu den Auswirkungen des (mit den Bescheiden vom 28. Juli 2014 verfügten) Refarming wird Folgendes festgestellt:

"Jeder der drei betroffenen Mobilfunkbetreiber profitiert insofern von einer Liberalisierung der Frequenzen in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz, als ihm nach der Umwidmung mehr Spektrum für die Erbringung von Breitbanddiensten zur Verfügung steht als vorher und ihm keine Einschränkungen oder sonstige Nachteile daraus erwachsen.

Kurzfristig gibt es keine großen Unterschiede hinsichtlich des zusätzlich nutzbaren Breitbandspektrums zwischen den Betreibern (vgl dazu die folgende Tabelle). Größere Unterschiede gibt es jedoch mittelfristig. Ein wesentlicher Grund dafür liegt in den unterschiedlichen Restlaufzeiten der Frequenznutzungsrechte der einzelnen betroffenen Betreiber. Während etwa die betroffenen Frequenznutzungsrechte von A großteils Ende 2015 ablaufen, bestehen die Nutzungsrechte von T teilweise bis Ende 2019.

TABELLE 9: SO VIELE ZUSÄTZLICHE BREITBANDFÄHIGE 2X5 MHZ-BLÖCKE ERHÄLT JEDER BETREIBER DURCH DIE UMWIDMUNG UNTER

#### BERÜCKSICHTIGUNG DER MULTIBANDAUKTION IM JEWELIGEN JAHR

Betreiber/Jahr

2014

2015

2016

2017

2018

2019

A

+5

+5

+1\*

+1\*

T

+5

+5

+4

+4

+4

+4

H  
+6  
+6  
+7  
+7

Anmerkung: \*H hat sich verpflichtet, 2x0,8 MHz auf Nachfrage an den Gewinner von Block LB07 in der Multiband-Auktion (A) zu verkaufen. Dieser Umstand wird hier berücksichtigt.

Durch die Umwidmung wird die wechselseitige Konkurrenzfähigkeit der Betreiber in Bezug auf die Frequenzausstattung für Breitbanddienste verbessert und zwar auch dann, wenn sich die Betreiber nicht auf eine Defragmentierung der gegenständlich betroffenen Frequenzbereiche einigen können. A1 Telekom verfügt auch ohne Refarming über eine sehr gute Frequenzausstattung, die es dem Unternehmen erlaubt, alle derzeit für die Produktion von Schmal- und Breitbanddiensten relevanten Technologien (GSM, UMTS und LTE) einzusetzen. Für den LTE-Rollout stehen A bereits jetzt 2 x 20 MHz Flächenspektrum im Bereich 800 MHz und 2 x 25 MHz Kapazitätsspektrum im Bereich 2600 MHz zur Verfügung. Zudem profitiert das Unternehmen mittelfristig von der vergleichsweise frühen Verfügbarkeit von technologieneutralem Spektrum aus der bereits genannten Multiband-Auktion 2013. A hätte in den nächsten Jahren auch ohne Liberalisierung der GSM-Frequenzen ausreichend Spektrum, um ihren Kunden LTE mit der derzeit aus technologischer Sicht höchsten Spitzendatenrate (mit vier Blöcken) bundesweit anzubieten.

Demgegenüber hängen die wettbewerblichen Möglichkeiten der Mitbewerber, insbesondere jene von H, stark von der Umwidmung der GSM-Frequenzen ab. Durch die Umwidmung kann die Konkurrenzfähigkeit dieser Betreiber verbessert werden, da ihnen damit kurz- bis mittelfristig deutlich mehr breitbandfähiges und LTE-fähiges Spektrum zur Verfügung steht. So wird etwa die Zahl der LTE-fähigen 5 MHz-Blöcke, die H nutzen kann, im Zeitraum bis Ende 2017 mehr als verdoppelt.

H verfügt derzeit nur im Bereich 2600 MHz über LTE-fähiges Spektrum. Dieses Band ist aufgrund der suboptimalen Ausbreitungseigenschaften für eine bundesweite Versorgung nur sehr schlecht geeignet. Während A und T für die Versorgung ländlicher Gebiete Frequenzen im Bereich 800 MHz zur Verfügung stehen, ist Hutchison auf die Verfügbarkeit von 1800 MHz-Frequenzen für LTE angewiesen. Ohne eine Umwidmung könnte H diese Frequenzen nicht vor Anfang 2018 für LTE nutzen. H unterliegt damit Expansionsbarrieren, die durch Refarming beseitigt werden können.

Die derzeit fragmentierten Zuteilungen stellen grundsätzlich keine Barriere für die Umwidmung dar. Durch das Ergebnis der Multiband-Auktion 2013 (Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 19.11.2013) ist langfristig sichergestellt, dass den Betreibern geschlossene Frequenzbereiche zur Verfügung stehen werden. Ein etwaiger Effizienzgewinn im Falle einer zusätzlichen Defragmentierungsvereinbarung der Betreiber würde sich jedenfalls in Grenzen halten (wie in der obigen Tabelle ersichtlich kann im Zeitraum 2016 bis Ende 2019 jeweils ein 2x5 MHz Block im Bereich 1800 MHz zusätzlich genutzt werden - das entspricht ca. 6%), wobei überdies die noch einige Jahre andauernde Nutzung der GSM-Technologie keine Defragmentierung erfordert.

Durch die Umwidmung ergibt sich keine Verschärfung der zu erfüllenden Versorgungsgrade, die sich aus den in Spruchpunkt 1 genannten bestehenden Frequenznutzungsrechten ergeben. Diese stellen sich prozentuell wie folgt dar (jeweils zu versorgender Anteil der Bevölkerung Österreichs): A 90 %, H 90 %, T 98 %."

15 Unter B.4.2. werden "Wirtschaftliche Auswirkungen auf den Wettbewerb an sich" festgestellt:

"Aufgrund der asymmetrischen Ausstattungen der Betreiber in den GSM-Bändern bleibt die Umwidmung nicht ohne Auswirkungen auf die relativen Positionen der Wettbewerber. Von der Beurteilung der Veränderung der Wettbewerbsposition einzelner Wettbewerber sind aber die Auswirkungen auf den Wettbewerb insgesamt zu unterscheiden. Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang, ob der konkrete administrative Akt der Umwidmung der GSM-Frequenzen eine Ursache für eine erhebliche Behinderung für wirksamen Wettbewerb darstellt.

Der Wettbewerb profitiert insgesamt dadurch, dass durch die Umwidmung mehr breitbandfähiges Spektrum zur Verfügung steht. Im Konkreten sind auch die unilateralen Effekte einer Prüfung zu unterziehen:

Unter unilateralen Effekten versteht man negative Auswirkungen auf den Wettbewerb, die dadurch auftreten, dass der vor der Umwidmung gegenseitig ausgeübte Wettbewerbsdruck durch die Liberalisierung wegfällt oder zumindest empfindlich geschwächt wird. Dies könnte beispielsweise dadurch entstehen, dass ein Betreiber gezwungen wird, den Markt zu verlassen bzw. wenn sich die Umwidmung auf das Preisverhalten, den Innovationsanreiz oder die Produktqualität auswirkt. Es stellt sich also die Frage, ob sich die Umwidmung negativ auf die Fähigkeit der Betreiber, effektiv konkurrieren zu können, auswirken wird.

Die hier vorgenommene Umwidmung hat jedenfalls keine unmittelbaren Auswirkungen auf den Preis, sehr wohl aber auf andere zentrale Wettbewerbsparameter wie etwa die Produktqualität und Innovationsmöglichkeiten (und damit mittelbar auf den Preis). Vor dem Hintergrund der aktuellen Markttrends (siehe oben, B.2) ist es für die Konkurrenzfähigkeit eines Betreibers von zentraler Bedeutung, Breitbandtechnologien, insbesondere LTE, möglichst bundesweit mit entsprechenden Kapazitätsreserven anbieten zu können. Die technologischen Vorteile von LTE gegenüber GSM (und auch UMTS) sind unstrittig. Die technischen Merkmale von LTE können auch zur Qualitätsdifferenzierung genutzt werden. Höhere Spitzendatenraten (kürzere Latenzen) finden auch Eingang in Kaufentscheidungen. Eine ausreichende Substitutionselastizität, um einzelne Betreiber in ihrem Preisverhalten zu restriktieren, besteht nur dann, wenn Konsumenten die Möglichkeit haben, als Reaktion auf ein hohes Preisniveau von LTE-Diensten zu einem alternativen Anbieter zu wechseln.

Auf Märkten mit wenigen Anbietern besteht weiters das Risiko, dass mehrere Unternehmen eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung (Kollusion) einnehmen. Es gibt Faktoren, die Kollusion begünstigen (zB Abwesenheit von Vergeltungsmechanismen) und es gibt Faktoren, die Kollusion erschweren (zB geringe horizontale Markttransparenz).

Reframing hat nur Auswirkungen auf einen dieser Faktoren, nämlich die Symmetrie der Unternehmen in Bezug auf die Produktionsfunktion (Technologie und Kosten). In Österreich sind die Frequenzen in den einzelnen Bändern sehr unterschiedlich verteilt und die Betreiber haben unterschiedliche technologische Schwerpunkte in den einzelnen Bändern. Durch die Umwidmung wird diese Asymmetrie nicht aufgehoben. Im Gegenteil, die Tatsache, dass etwa H den LTE-Rollout mit (umgewidmeten) 1800 MHz-Frequenzen plant, während A auf die Frequenzbereiche 800 MHz und 2600 MHz setzt, perpetuiert die angesprochenen Asymmetrien. Es ist also nicht davon auszugehen, dass durch Refarming die strukturellen Voraussetzungen für Kollusion in dem Sinne begünstigt werden, dass die Symmetrie im Markt zunimmt. Auf weitere für die Beurteilung von koordinierten Effekten relevante Faktoren wie "Multimarkt-Kontakte", Eintrittsbarrieren oder die Existenz von Vergeltungsmechanismen hat die Umwidmung keine Auswirkungen.

Mit der Umwidmung ist eine Reihe von positiven volkswirtschaftlichen Effekten verbunden, da neue Dienste, mehr Kapazität für Breitbanddienste, mehr Flächenspektrum für Breitbanddienste und langfristige Kosteneinsparungen durch höhere technische Effizienz ermöglicht werden.

Durch die Liberalisierung der Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz sind auch keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu erwarten. Eine rasche Umwidmung ist aus wettbewerblicher Sicht sogar geboten, denn durch die Umwidmung wird die wechselseitige Konkurrenzfähigkeit verbessert und das Risiko unilateraler Effekte wie auch einer alleinigen Marktbeherrschung reduziert.

Mit der Umwidmung der GSM-Frequenzen im Hinblick auf eine technologieneutrale Nutzung im Sinne der technischen Nutzungsbedingungen gemäß Anlage 1 sind aufgrund des oben Gesagten keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu erwarten. Die wirtschaftlichen und technischen Vorteile der Umwidmung sämtlicher Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz überwiegen jedenfalls die unterschiedlichen, wirtschaftlichen Auswirkungen auf einzelne betroffene Betreiber, selbst dann, wenn ein Betreiber durch die Umwidmung stärker profitiert als ein anderer (siehe dazu oben unter Punkt B.4.1.)."

16 Im Rahmen der Beweiswürdigung entgegnete die belangte Behörde dem Vorbringen der A, wonach Refarming Hand in Hand mit einer Defragmentierung gehen solle, weil sich nur auf diese Weise die effizienteste Frequenznutzung im Bereich 1800 MHz durch alle Betreiber sicher stellen ließe, damit, dass damit die festgestellten wirtschaftlichen und technischen Auswirkungen von Refarming "dem Grunde nach nicht in Frage gestellt" würden. Es könnte auch dahingestellt bleiben, inwieweit das Ergebnis eines von A in Auftrag gegebenen Gutachtens, wonach allein für H eine Erlaubnis zur technologieneutralen Nutzung ohne Defragmentierung einen einseitigen Vorteil im Ausmaß von

ca. 41 Mio. Euro bewirken würde, schlüssig sei, weil die Auswirkungen von Refarming auf jeden einzelnen Betreiber und den Wettbewerb insgesamt zu beurteilen sei. Für die belangte Behörde sei es jedenfalls plausibel, davon auszugehen, dass jeder Betreiber, dessen Frequenznutzungsrechte liberalisiert würden und umfassender genutzt könnten, durch Refarming profitiere. Auf die "absolute Höhe des Vorteils eines einzelnen Betreibers" komme es daher nicht wesentlich an.

17 Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung legte die TKK einleitend dar, die Voraussetzungen für eine Änderung von Art und Umfang der Frequenzzuteilung durch die zuständige Behörde nach § 57 Abs. 1 TKG 2003 lägen schon deshalb vor, weil damit erhebliche Effizienzsteigerungen möglich würden (Verweis auf § 57 Abs. 1 Z 1 TKG 2003).

18 Die Auswirkungen auf den Wettbewerb und auf die einzelnen betroffenen Betreiber (Punkt D.2) beschrieb die TKK dahin, dass mit der Umwidmung der Frequenznutzung jedenfalls eine Reihe von positiven Effekten für den Wettbewerb verbunden sei, weil neue Dienste, mehr Kapazität und mehr Flächenspektrum für Breitbanddienste sowie langfristige Kosteneinsparungen durch höhere technische Effizienz ermöglicht würden. Jeder einzelne betroffene Betreiber profitiere insofern von einer Umwidmung, als ihm danach mehr Spektrum für die Produktion von Breitbanddiensten zur Verfügung stehe als vorher; gleichzeitig erwachsen ihm aber keine Einschränkungen oder sonstigen Nachteile daraus. Auf Grund der asymmetrischen Ausstattungen der Betreiber in den GSM-Bändern bleibe die Umwidmung jedoch "nicht ohne Auswirkungen auf die relativen Positionen" der Wettbewerber (Verweis auf Punkt B.4.1 der Feststellungen).

19 Kurzfristig gebe es keine großen Unterschiede hinsichtlich des zusätzlich nutzbaren Breitbandspektrums zwischen den Betreibern. Größere Unterschiede gebe es eher mittelfristig. Ein wesentlicher Grund dafür liege in den unterschiedlichen Restlaufzeiten der Frequenznutzungsrechte der Betreiber. Während etwa die Frequenznutzungsrechte von A großteils Ende 2015 abliefen, liefen Teile der Frequenzen von T erst Ende 2019 ab.

20 A habe auf Grund der aktuellen Frequenzausstattungen in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz in Verbindung mit den unterschiedlichen Laufzeiten "einen relativ geringeren Vorteil durch die Umwidmung" als die beiden anderen Betreiber, insbesondere H (detailliertere Darstellungen dazu fänden sich unter Punkt B.4.1 der Feststellungen).

21 Eine Abwägung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Umwidmung auf die Betroffenen im Hinblick auf die Auswirkungen auf den Wettbewerb ergebe Folgendes: Die Liberalisierung der Frequenzen in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz sei jedenfalls geboten, weil wesentliche positive Effekte auf den Wettbewerb und die Breitbandversorgung Österreichs zu erwarten seien. Die wirtschaftlichen und technischen Vorteile der Umwidmung sämtlicher Frequenznutzungsrecht in diesen Bereichen überwogen jedenfalls die unterschiedlichen wirtschaftlichen Auswirkungen auf einzelne betroffene Betreiber, selbst dann, wenn ein Betreiber durch die Umwidmung stärker profitiere als ein anderer. Es gebe daher keinen Grund, Refarming gar nicht oder erst später durchzuführen; vielmehr seien auf Grund der Umwidmung wesentliche positive Effekte auf den Wettbewerb und die Breitbandversorgung Österreichs zu erwarten. Auch stellten die derzeit fragmentierten Zuteilungen grundsätzlich keine Barriere für die Umwidmung dar. Durch das Ergebnis der Multibandauktion 2013 sei langfristig sichergestellt, dass den Betreibern geschlossene Frequenzbereiche zur Verfügung stehen würden. Die Abwägung zwischen derzeit schwer abschätzbar (technischen) Effizienzgewinnen - abhängig von Zeitplan, Umsetzungspfad und -stufen - durch eine von den Betreibern erst zu verhandelnde vorzeitige Defragmentierungslösung, die aber aus heutiger Sicht selbst nach Aussagen der Betreiber längere Zeit in Anspruch nehmen könne, und den ausführlich erörterten Vorteilen einer raschen Umwidmung falle eindeutig zu Gunsten einer raschen Umwidmung aus. Hinzu komme, dass sich ein etwaiger Effizienzgewinn durch die erst zu verhandelnde Defragmentierungslösung ohnehin in Grenzen halten würde: Der Anteil des breitbandfähigen Spektrums steige von 89 % (Reframing ohne Defragmentierung) auf maximal theoretisch 100 % je nach Verhandlungslösung. In dem von den Betreibern angedachten Modell wäre ab 2016 nur 2 % mehr breitbandfähiges Spektrum zur Verfügung, allerdings mit dem Nachteil einer zeitlichen Verzögerung von ca. einem Jahr. Innerhalb dieses Zeitraums stünden jedenfalls nur 59 % breitbandfähiges Spektrum zur Verfügung. Berücksichtigt sei auch worden, dass eine Defragmentierung auch nach der Umwidmung grundsätzlich möglich sei.

22 Im Weiteren nahm die belangte Behörde zu Einzelheiten des Vorbringens der Revisionswerberin Stellung und führte (zusammengefasst) aus, es habe der von der Revisionswerberin beantragten Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht bedurft, weil die zu beantwortenden Fachfragen durch die belangte Behörde selbst

beantwortet hätten werden können. Eine rechtliche Veranlassung dahin, Defragmentierung mit Refarming zu verknüpfen, bestehe - unter Abwägung der jeweiligen Vor- und Nachteile sowie im Hinblick auf die damit verbundene drohende zeitliche Verzögerung - jedenfalls nicht.

23 Zwar steige mit Liberalisierung der Nutzung in der Regel auch der Wert der Frequenzen, weshalb man argumentieren könnte, dass die betroffenen Unternehmen in ungerechtfertigter Weise von der Wertsteigerung profitierten, also "Windfall-Profits" vorlägen. Es sei auch richtig, dass die bei der Erstzuteilung bezahlten Preise die erweiterten Nutzungsmöglichkeiten nicht reflektierten, doch habe dieser Umstand die gegenständliche Entscheidung nicht beeinflusst, weil die genannten Vorteile der Liberalisierung der Nutzung von allfälligen Windfall-Profits nicht berührt würden, zumal die Liberalisierung keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb habe. Die einschlägigen Bestimmungen des § 57 TKG 2003 sowie des Unionsrechts griffen diesen Umstand auch nicht auf. Zudem habe die belangte Behörde vor der Multibandauktion auch mehrmals angekündigt, dass die GSM-Frequenzen nach der Auktion liberalisiert werden sollten, weshalb davon auszugehen sei, dass dieser Umstand in die Bewertung der Frequenzen eingeflossen sei und sich in den erzielten Preisen widergespiegelt habe. Es liege schließlich auch der von der Revisionswerberin behauptete Verstoß gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV (unzulässige staatliche Beihilfe) nicht vor, weil es schon an der Gewährung eines selektiven Vorteils unter Verwendung staatlicher Mittel fehle.

24 Gegen den an die H, die nunmehr Erstmitbeteiligte, gerichteten Bescheid der belangten Behörde (F 6b/14-11) und den an die T gerichteten Bescheid (F 6c/14-13) erhob die Revisionswerberin, der diese Bescheide jeweils nicht zugestellt wurden, Beschwerden.

25 Mit Beschwerdevorentscheidungen jeweils vom 13. Oktober 2014 wies die belangte Behörde die Beschwerden gemäß § 14 Abs. 1 VwGVG iVm § 8 AVG zurück.

26 Dem legte sie (zusammengefasst) zu Grunde, dass die Revisionswerberin im Verfahren nach § 57 Abs. 1 TKG 2003 nicht "betroffene Partei" iSd Art. 4 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie sei. Im vorliegenden Verfahren sei nicht etwa ein erhebliches wettbewerbliches Defizit in Form von Nachwirkungen aus früheren Monopolzeiten zu korrigieren, vielmehr seien in aller Regel faktisch "gleichberechtigte" Mobilfunkunternehmen beteiligt, die jeweils in einem offenen, fairen und nicht diskriminierenden Verfahren Frequenznutzungsrechte erworben hätten. Art. 5 Abs. 6 Satz 1 der Genehmigungsrichtlinie lege nur fest, dass Frequenzen "effizient und wirksam genutzt werden" müssen, die amtsweise Änderung der Art der Nutzung bestehender Frequenznutzungsrechte eines Mobilfunkbetreibers ziehe aber keine unmittelbare oder auch nur potenzielle Änderung der Rechte oder des Handlungsspielraums der Mitbewerber, die ihrerseits andere Frequenzen benutztten, nach sich. Die belangte Behörde verkenne auch nicht, dass ihre Entscheidung mittelbar oder unmittelbar Auswirkungen auf den Wettbewerb habe; dieser Umstand sei aber bei der Entscheidung berücksichtigt worden, indem die "wirtschaftlichen Auswirkungen für die Betroffenen" geprüft worden seien. Dies führe aber nicht zur Parteistellung für natürliche oder juristische Personen, deren bestehende Frequenznutzungsrechte sich hinsichtlich der Art der Nutzung in einem Verfahren nach § 57 Abs. 1 TKG 2003 nicht geändert hätten. Mitbewerbern von Parteien in einem Verfahren nach § 57 Abs. 1 TKG 2003 sei daher keine Parteistellung im nationalen Verwaltungsverfahren zu gewähren, sodass der Revisionswerberin weder Parteistellung im Ausgangsverfahren noch Rechtsmittellegitimation zukomme.

27 Nachdem die Revisionswerberin jeweils einen Vorlageantrag erhoben hatte, wies das Verwaltungsgericht mit den nun in Revision gezogenen Beschlüssen die Beschwerde jeweils als unzulässig zurück; die ordentliche Revision wurde für zulässig erklärt.

28 Das Verwaltungsgericht gab den Verfahrensgang und den Inhalt der von den Parteien erstatteten Schriftsätze zusammengefasst wieder, legte die maßgebenden Bestimmungen des TKG 2003 und der Rahmen- sowie der Genehmigungsrichtlinie dar und führte aus, dass die belangte Behörde in zutreffender Weise eine Parteistellung von Mitbewerbern in einem Verfahren nach § 57 Abs. 1 TKG 2003 und damit der Revisionswerberin verneint habe:

§ 57 Abs. 1 TKG 2003 fordere zwar die Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme und der wirtschaftlichen Auswirkungen "für die Betroffenen", daraus könne aber keine Intention des Gesetzgebers abgeleitet werden, weiteren Personen bzw. Unternehmen Parteistellung einzuräumen. Für diese Sichtweise spreche auch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 28. Februar 2006, 2005/03/0232, wonach in einem Verfahren zur

Genehmigung einer Änderung der Eigentümerstruktur nach § 56 Abs. 2 TKG 2003 nur das die Frequenzen überlassende und das diese nutzen wollende Unternehmen "betroffen" seien und diesen beiden Parteistellung zukomme, während der Gesetzgeber von einer Parteistellung auch anderer Mitbewerber offenbar nicht ausgehe.

29 Es sei aber weiter zu prüfen, ob sich aus dem Unionsrecht ein gegenteiliges Verständnis ergebe. Das Verwaltungsgericht nahm dazu zunächst Bezug auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 21. Februar 2008, Rs. C-426/05, in dem die Frage zu beantworten gewesen sei, ob in einem nach § 137 TKG 2003 bzw. Art. 16 der Rahmenrichtlinie geführten Marktanalyseverfahren auch andere Unternehmen als das vormals marktmächtige Unternehmen, dem gegenüber spezifische Verpflichtungen auferlegt, abgeändert oder aufgehoben werden, als Parteien beizuziehen seien, weil sie von der zu treffenden Entscheidung der Regulierungsbehörde als "betroffen" anzusehen seien. In diesem Urteil sei der EuGH zum Ergebnis gekommen, dass Art. 4 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie auch anderen Personen als den Adressaten einer von einer Regulierungsbehörde in einem Marktanalyseverfahren erlassenen Entscheidung einen Rechtsbehelf einräume. Es seien somit die mit einem Unternehmen mit (vormals) beträchtlicher Marktmacht auf den relevanten Markt im Wettbewerb stehenden Nutzer und Anbieter dann als "betroffen" iSd Art. 4 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie anzusehen, wenn ihre Rechte von einer solchen Entscheidung potenziell betroffen seien. Anders als in dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Verfahren stünden sich im vorliegend zu beurteilenden Fall nicht ein marktmächtiges Unternehmen und andere, nicht marktmächtige Unternehmer gegenüber und sei auch nicht ein erhebliches wettbewerbliches Defizit durch die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen zu korrigieren. Vielmehr würden durch ein Verfahren nach § 57 Abs. 1 TKG 2003 nicht unmittelbar Rechte anderer Unternehmen gestaltet und bliebe deren Rechtsposition insofern gleich, als sie die ihnen zugeteilten Frequenzen gleich wie bisher nutzen könnten.

30 Es lasse sich aber auch aus dem Urteil des EuGH vom 22. Jänner 2015, Rs. C-282/13, keine Betroffenheit der Revisionswerberin im konkreten Beschwerdefall herleiten: Dieses Urteil sei im Rahmen eines Rechtsstreits zur Frage ergangen, ob in einem Verfahren zur Änderung der Eigentümerstruktur von Frequenznutzungsrechten innehabenden Unternehmen auch Wettbewerber als Parteien beizuziehen seien, weil sie von der zu treffenden Entscheidung der Regulierungsbehörde als "betroffen" anzusehen seien, weil das jeweilige Verhältnis der Frequenzausstattung zueinander verändert werde. Der EuGH habe erkannt, dass die Änderung der Funkfrequenzausstattung bei den an der Übertragung von Frequenznutzungsrechten Beteiligten sich auf die Stellung eines Wettbewerbers auf diesem Markt auswirke. Das betreffende Unternehmen könne also als von einer Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde betroffen iSd Art. 4 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie angesehen werden.

31 Eine damit vergleichbare Änderung der Frequenzausstattung sei im Beschwerdefall aber nicht erfolgt. Vielmehr sei lediglich die Art der bestehenden Frequenznutzungsrechte geändert worden und habe das Verfahren keine Änderung der Frequenzausstattung des adressierten Unternehmens im Verhältnis zu anderen Unternehmen bewirkt. Die Entscheidung der belannten Behörde sei daher nicht geeignet, sich auf die Marktstellung der Revisionswerberin auszuwirken.

32 Mangels Parteistellung der Revisionswerberin im Ausgangsfall komme ihr das Recht zur Einbringung einer Beschwerde gegen den verfahrensgegenständlichen Bescheid nicht zu. Die Revision sei zulässig, weil zu einer Konstellation wie im Beschwerdefall nach § 57 Abs. 1 TKG 2003 noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorliege und auch nicht angenommen werden könne, dass dieser Fragestellung keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukomme.

33 Gegen diese Beschlüsse richten sich die vorliegenden - schon aus dem vom Verwaltungsgericht dargelegten Grund zulässigen - Revisionen, zu denen die Mitbeteiligten und die belannte Behörde vor dem Verwaltungsgericht Revisionsbeantwortungen erstattet haben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Verfahren über die Revisionen wegen ihres sachlichen und persönlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbunden und erwogen:

34 Die Revisionen machen - auf das Wesentliche zusammengefasst - Folgendes geltend: Die Revisionswerberin sei als Wettbewerberin der Mitbeteiligten in den zu Grunde liegenden Verfahren vor der belannten Behörde, in denen die Art der Frequenzuteilung der Mitbeteiligten nach § 57 Abs. 1 TKG 2003 geändert worden sei, dann beschwerdelegitimiert, wenn sie insoweit als "betroffen" iSd Art. 4 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie anzusehen sei. Zu dieser Frage habe der EuGH in seinen Urteilen vom 21. Februar 2008, Rs. C-426/05, und vom 22. Jänner 2015, Rs. C- 282/13, Stellung genommen.

Danach sei ein Unternehmen dann "betroffen", wenn es ein Wettbewerber des Unternehmens sei, an das die Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde gerichtet ist, diese in einem Verfahren entscheidet, das dem Schutz des Wettbewerbs dient, und die fragliche Entscheidung geeignet ist, sich auf die Marktstellung des erstgenannten Unternehmens auszuwirken. Diese Voraussetzungen lägen auch im vorliegenden Fall vor (was näher ausgeführt wird).

35 Dieses Vorbringen ist zielführend.

36 Die belangte Behörde hat mit drei getrennten Bescheiden jeweils gemäß § 57 Abs. 1 TKG 2003 über die Änderung der Frequenznutzungsrechte der drei Betreiber entschieden und - insofern gleichlautend - die Umwidmung der bestehenden Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz beschlossen, sodass diese Frequenzbänder nunmehr auch für UMTS (3G) und LTE (4G) verwendet werden können. Diese Bescheide wurden jeweils nur dem unmittelbar betroffenen Betreiber zugestellt, also jenem, dessen Frequenznutzungsrechte mit dem jeweiligen Bescheid geändert wurden; eine Zustellung an die beiden anderen Betreiber unterblieb (ausgehend von der Auffassung der TKK, diesen komme nur in den jeweils "eigenen" Verfahren Parteistellung zu). Die Revisionswerberin hat daraufhin, gestützt auf § 7 Abs. 3 VwG VG iVm Art. 4 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie, jeweils Beschwerde gegen die Bescheide erhoben, mit denen Frequenznutzungsrechte der Mitbeteiligten geändert wurden. Diese Beschwerden wurden mit den nun in Revision gezogenen Beschlüssen des Verwaltungsgerichts - nachdem die Revisionswerberin jeweils gegen die Beschwerdeentscheidung der TKK einen Vorlageantrag gestellt hatte - zurückgewiesen, weil der Revisionswerberin nach Auffassung des Verwaltungsgerichts keine Parteistellung und damit auch kein Beschwerderecht zukomme.

37 Vorweg ist dazu festzuhalten, dass die nicht erfolgte Zustellung der behördlichen Bescheide an die Revisionswerberin ihre Beschwerdelegitimation nicht unmittelbar berührt: Wie der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 30. März 2017, Ro 2015/03/0036, auf dessen nähere Begründung gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, ausgeführt hat, kommt auch einer übergangenen Partei, deren Parteistellung im behördlichen Verfahren strittig war, Beschwerdelegitimation zu. Die Beschwerde der Revisionswerberin gegen die von ihr angefochtenen Bescheide war also nicht etwa (schon) deshalb unzulässig, weil sie im verwaltungsbehördlichen Verfahren "übergangen" worden ist.

38 Es ist daher zu klären, ob der Revisionswerberin (auch) in den Verfahren vor der belangten Behörde Parteistellung zukam, in denen nicht ihre eigenen Frequenznutzungsrechte, sondern die der Mitbeteiligten geändert wurden, also im Verfahren F 6b/14 (betreffend die Frequenznutzungsrechte der H) und im Verfahren F 6c/14 (betreffend die Frequenznutzungsrechte der T). 39 Die von der TKK vorgenommene Änderung der bestehenden

Frequenznutzungsrechte stützt sich auf § 57 TKG 2003.

40 Diese Bestimmung lautet (auszugsweise):

"Änderung der Frequenzzuteilung

§ 57. (1) Die Art und der Umfang der Frequenzzuteilung können

durch die zuständige Behörde geändert werden, wenn

1. auf Grund der Weiterentwicklung der Technik erhebliche

Effizienzsteigerungen möglich sind oder

2. dies aus internationalen Gegebenheiten, insbesondere aus

der Fortentwicklung des internationalen Fernmelderechts oder

3. dies zur Anpassung auf Grund internationaler

Gegebenheiten geänderter Frequenznutzungen erforderlich ist oder

4. Frequenznutzungsrechte, die vor dem 26. Mai 2011 bestanden haben, nach Ablauf des 25. Mai 2016 nicht den Anforderungen des § 54 Abs. 1a bis 1b entsprechen.

Bei Vornahme solcher Änderungen sind die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme und die wirtschaftlichen Auswirkungen für die Betroffenen zu berücksichtigen. Änderungen dürfen nicht über die Bestimmungen dieses Abschnittes hinausgehen.

(2) In den Verfahren nach Abs. 1 ist dem Zuteilungsinhaber die beabsichtigte Änderung der Zuteilung mitzuteilen und ihm gemäß § 45 Abs. 3 AVG eine Frist von mindestens vier Wochen zur Stellungnahme einzuräumen.

(3) Der Zuteilungsinhaber hat gemäß Abs. 1 oder 2 angeordneten Änderungen innerhalb angemessener Frist auf seine Kosten nachzukommen. Dies begründet keinen Anspruch auf Entschädigung. Ansprüche nach dem Amtshaftungsgesetz bleiben davon unberührt.

(4) Auf Antrag des Zuteilungsinhabers kann die zuständige Behörde (§ 54 Abs. 3) die vorgeschriebene Frequenznutzung insbesondere auch im Hinblick auf das Erfordernis der Technologie- und Diensteneutralität ändern, sofern dies auf Grund der im Frequenznutzungsplan vorgesehenen Nutzung zulässig ist. Dabei hat sie insbesondere die technische Entwicklung und die Auswirkungen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen. In die Genehmigung können Nebenbestimmungen aufgenommen werden, soweit dies erforderlich ist, um Beeinträchtigungen des Wettbewerbs oder der technisch effizienten Frequenznutzung zu vermeiden.

..."

41 § 57 Abs. 1 TKG 2003 setzt Art. 14 Abs.

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)