

TE Vwgh Erkenntnis 2005/1/31 2003/03/0105

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 31.01.2005

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E1E;
E3L E06202000;
E3L E08500000;
E3L E13206000;
E3L E13309900;
E6j;
001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
19/05 Menschenrechte;
40/01 Verwaltungsverfahren;
59/04 EU - EWR;
91/01 Fernmeldewesen;

Norm

11997E082 EG Art82;
11997E086 EG Art86 Abs1;
31990L0387 ONP-RL Einführung Art5a Abs3 idF 31997L0051;
31996L0002 Nov-31990L0388 Art2 Abs3;
31996L0002 Nov-31990L0388 Art2 Abs4;
31996L0002 Nov-31990L0388;
31997L0013 Telekommunikationsdienste Rahmen-RL Art11 Abs2;
31997L0013 Telekommunikationsdienste Rahmen-RL Art9 Abs2;
31997L0013 Telekommunikationsdienste Rahmen-RL Art9 Abs3;
61995CJ0185 Baustahlgewebe / Kommission;
61998CJ0007 Krombach VORAB;
61998CJ0174 Niederlande und Van der Wal / Kommission;
61999CJ0462 Connect Austria VORAB;
62000CJ0112 Schmidberger VORAB;
62000CJ0465 Österreichischer Rundfunk VORAB;
AVG §39 Abs2;

AVG §8;
B-VG Art133 Z4;
EURallg;
MRK Art6 Abs1;
MRK Art6;
TKG 1997 §110;
TKG 1997 §111 Z1;
TKG 1997 §112;
TKG 1997 §113;
TKG 1997 §114;
TKG 1997 §115 Abs1;
TKG 1997 §125 Abs3;
TKG 1997 §14;
TKG 1997 §15;
TKG 1997 §20;
TKG 1997 §22;
TKG 1997 §47 Abs3;
VwGG §34 Abs1;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Riedinger, Dr. Handstanger, Dr. Berger und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der TriCoTel Telekom GmbH in Gablitz, vertreten durch Dr. Edgar Kollmann, Rechtsanwalt in 1160 Wien, Ottakringer Straße 57, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 21. April 1999, Zl. K 39/98-102, betreffend Versagung einer Konzession für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels Mobilfunk und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste,

Spruch

1. zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

2. den Beschluss gefasst:

Der Antrag vom 31. August 2004 auf Ablehnung des Hofrates des Verwaltungsgerichtshofes Dr. Hans Peter Lehofer wird zurückgewiesen.

Begründung

I.

1. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde die Beschwerdeführerin gemäß § 22 Abs. 7 iVm § 15 Abs. 2 und § 111 Z. 1 des Telekommunikationsgesetzes, BGBl. I Nr. 100/1997 idFBGBl. I Nr. 27/1999 (TKG), "vom Verfahren K 39/98 betreffend die Vergabe einer Konzession zur Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels Mobilfunk und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze ausgeschlossen". Ihr Antrag vom 23. Februar 1999 werde "somit abgewiesen". Ferner wurde der Antrag der Beschwerdeführerin vom 9. April 1999 auf "Überprüfung der Einhaltung der Verpflichtungen nach §§ 43 und 45 TKG bei den Wettbewerbern 'tele.ring' und 'UTA' " zurückgewiesen.

Begründend wurde im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens ergebe sich folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin habe am 29. Juli 1998 ein "Ansuchen auf die Bewilligung für die Errichtung und zum Betrieb eines öffentlichen Sprach- und Datenfunkdienstes und die Zuteilung eines Frequenzbandes von 2x10 MHz Breite,

mindestens aber jedoch 2x5 MHz Breite im GSM 1800 MHz Bereich für die Städte Wien, und wenn technisch möglich auch für Graz und Linz" (bei der belangten Behörde protokolliert unter Zl. K 30/1998) eingebracht. Zu diesem Antrag habe die Beschwerdeführerin am 23. Oktober 1998 einen Änderungsantrag eingebracht, in welchem eine Erweiterung des Versorgungsgebietes und ebenfalls des Frequenzspektrums beantragt worden sei.

Ferner habe die Beschwerdeführerin am 27. August 1998 ein Ansuchen auf die Bewilligung für die Errichtung und zum Betrieb eines öffentlichen Sprach- und Datenfunkdienstes und die Zuteilung eines Frequenzbandes von 2x22,5 MHz Breite im DCS 1800 MHz Bereich im Rahmen eines Konzessionsansuchens nach § 20 ff, § 22 Abs. 2 TKG im Sinn § 125 Abs. 3a oder der Bewilligung nach § 20 Abs. 2 TKG ohne Konzession "(K 35/98)" eingebracht. Dieser Antrag sei auf eine bundesweite Zuteilung von Frequenzen gerichtet gewesen.

Nachdem der Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr mit Schreiben vom 24. September 1998 der belangten Behörde gemäß § 47 Abs. 3 TKG ein Frequenzspektrum von 2x14,8 MHz zur Vergabe einer Konzession mit bundesweiter Versorgungspflicht und weiters ein Spektrum von 2x15,8 MHz zur Vergabe von nicht bundesweiten Konzessionen zugeteilt gehabt habe, habe die belangte Behörde in ihrer Sitzung vom 24. September 1998 den Beschluss gefasst, das Verfahren zur Vergabe der vom Bundesminister zugeteilten Frequenzspektren einzuleiten. Weiters habe die belangte Behörde bei dieser Sitzung beschlossen, die seitens der Beschwerdeführerin anhängig gemachten Konzessionsverfahren "(K 30/98, K 35/98)" mit dem neu eröffneten Verfahren Zl. K 39/98 zu verbinden. Die Beschwerdeführerin sei davon verständigt worden.

Am 24. November 1998 habe die Beschwerdeführerin "vollständige Akteneinsicht in den Akt K 39/98", insbesondere in das besagte Schreiben des Bundesministers vom 24. September 1998, begehrt. Dieses Begehren sei von der belangten Behörde mit Beschluss vom 16. Dezember 1998 mit der Begründung verweigert worden, dass durch eine Einsichtnahme in das Schreiben des Bundesministers die Durchführung eines offenen, fairen und nicht diskriminierenden Verfahrens gefährdet werden würde, weil dadurch einem Bewerber schon vor Beginn der Ausschreibungsfrist Informationen bekannt würden, die Rückschlüsse auf den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen und somit einen sachlich nicht gerechtfertigten Informationsvorsprung ermöglichen würden.

Am 26. November 1998 habe die belangte Behörde beschlossen, das Verfahren betreffend die Ausschreibung der nicht bundesweiten Konzessionen "auf einen späteren Zeitpunkt" zu verschieben. Das Verfahren zur Vergabe einer Konzession mit bundesweiter Versorgungspflicht sei fortgeführt worden. Die öffentliche Ausschreibung einer Mobilfunkkonzession mit bundesweiter Versorgungspflicht zur Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels Mobilfunk und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze sei am 21. Dezember 1998 erfolgt. Die gemäß § 22 Abs. 3 TKG mindestens zweimonatige Ausschreibungsfrist habe am 24. Februar 1999 geendet. Für die Zurverfügungstellung der Ausschreibungsunterlagen sei von der belangten Behörde ein Kostenersatz in der Höhe von S 25.000,- festgesetzt worden.

Punkt 5.3.7. der Ausschreibungsunterlagen hätte gelaute:

"Antragsteller müssen im Konzessionsantrag ein Frequenznutzungsentgelt anbieten, das mit den Zielsetzungen des TKG im Einklang steht, insbesondere eine effiziente Nutzung des Frequenzspektrums sichert (§ 21 TKG). Der Antragsteller muss durch eine Bankgarantie, die dem Konzessionsantrag beizulegen ist, nachweisen, dass er in der Lage ist, den von ihm als Frequenznutzungsentgelt angebotenen Betrag bei Konzessionserteilung zu bezahlen."

Punkt 6.2. der Ausschreibungsunterlage hätte gelaute:

"Das Mindestgebot für die Teilnahme am Versteigerungsverfahren beträgt ATS 1.000.000.000 (Österreichische Schilling eine Milliarde). Zwecks Feststellung der

Zuverlässigkeit und Ernsthaftigkeit des Antragstellers wird verlangt, dass der Antragsteller bereits im Antrag auf Konzessionserteilung ein Frequenznutzungsentgelt mindestens in Höhe von ATS 1.000.000.000 (Österreichische Schilling eine Milliarde) anbietet. Dieses Angebot ist durch die in Kapitel 6.3 verlangte Bankgarantie, welche dem Antrag auf Konzessionserteilung anzuschließen ist, sicherzustellen."

In den Ausschreibungsunterlagen seien in Kapitel 5 weiters jene Unterlagen und Nachweise präzisiert worden, durch deren Vorlage eine Überprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 TKG ermöglicht hätte werden sollen. Weiters sei als Teil der Ausschreibungsunterlagen ein Entwurf der Konzessionsurkunde beigelegt worden, in welchem Verpflichtungen hinsichtlich der Versorgung der Bevölkerung, eines zeitlich gestaffelten Netzausbaues, der

Qualität der Versorgung und der Kundenzufriedenheit und Kundenbetreuung vorgegeben worden seien. Die Konzessionswerber seien aufgefordert worden, in ihren Anträgen diese im Entwurf der Konzessionsurkunde enthaltenen Erfüllungsgarantien anzubieten.

Punkt 8.3. der Ausschreibungsunterlagen habe die Kostentragung für die im Zusammenhang mit dem Konzessionsvergabeverfahren entstehenden Kosten geregelt. Abs. 2 des Punktes 8.3. habe gelautet:

"Als Vorschuss auf diese Kosten hat jeder Konzessionswerber zum Zeitpunkt der Antragstellung einen Betrag von ATS 1.000.000,00

(Österreichische Schilling eine Million) zu überweisen."

Dieser Kostenvorschuss sei von der Beschwerdeführerin bei Antragstellung nicht hinterlegt worden.

Mit Schriftsatz vom 5. Jänner 1999 habe die Beschwerdeführerin Akteneinsicht in die einen Bestandteil des Aktes Zl. K 39/98 bildende Ausschreibungsunterlage begehrt. Diese Akteneinsicht sei von der belangten Behörde am 14. Jänner 1999 mit der Begründung verweigert worden, dass dadurch die Durchführung eines offenen, fairen und nicht diskriminierenden Verfahrens gefährdet wäre, weil allen potentiellen Bewerbern der Zugang zu den Ausschreibungsunterlagen unter den selben Bedingungen möglich sein müsste und daher die Gewährung der Akteneinsicht, durch die die Beschwerdeführerin kostenlos vom Inhalt der Ausschreibungsunterlage Kenntnis erlangt hätte, dieser einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorteil gewähren würde, weil alle anderen potentiellen Antragsteller nur nach Bezahlung eines Betrags in der Höhe S 25.000,-- vom Inhalt der Ausschreibungsunterlage Kenntnis erlangen würden.

Mit Schreiben vom 21. Jänner 1999 sei die Anforderung der Ausschreibungsunterlagen durch die Beschwerdeführerin erfolgt, hinsichtlich der Zahlung des Kostenersatzes sei ein Rückforderungsanspruch in voller Höhe vorbehalten worden. Am 25. Jänner 1999 habe die Beschwerdeführerin einen Antrag auf Abänderung der Ausschreibungsunterlagen eingebracht. Der Antrag habe sich auf die Aufhebung der Mindestlizenzzgebühr in der Höhe von einer Milliarde Schilling gerichtet. Weiters sei die Anpassung der Ausschreibungsunterlage an den ursprünglichen Antrag Zl. K 35/98 beantragt worden.

Am 24. Februar 1999 seien von drei Bewerbern Anträge eingebracht worden, und zwar von der tele.ring Telekom Service GmbH & Co KG, der Beschwerdeführerin (datiert mit 23. Februar 1999) und der UTA Mobil GmbH.

Die belangte Behörde habe am selben Tag die vorliegenden Anträge erörtert und das Verfahren zur Prüfung dieser Anträge im Hinblick auf das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 22 Abs. 7 iVm § 15 Abs. 2 TKG eingeleitet. Hinsichtlich der Durchführung der wirtschaftlichen Voraussetzungen sei Mag. Helmut Kern gemäß § 52 AVG zum Sachverständigen bestellt worden. Er sei beauftragt worden, Befund und Gutachten über die vorgelegten wirtschaftlichen Unterlagen zu erstatten und die Plausibilität dieser Angaben zu prüfen. Weiters sei DI Mario Paier als Amtssachverständiger bestellt worden mit dem Auftrag, Befund und Gutachten über die vorgelegten technischen Unterlagen zu erstatten und die Plausibilität des geplanten Netzausbaues und der Versorgungspflicht zu überprüfen. Hinsichtlich der Prüfung der Bankgarantien sei Mag. Nikolaus Schaffer zum Sachverständigen bestellt worden. Weiters habe die belangte Behörde beschlossen, am 18. März 1999 eine Einvernahme der Parteien durchzuführen. Als Vorbereitung auf diese Einvernahme seien von der belangten Behörde den Parteien Fragen betreffend die Klärung offener Punkte im Antrag übermittelt worden. Am 17. März 1999 sei von der Beschwerdeführerin die schriftliche Beantwortung dieser Fragen übermittelt worden. In der Parteieneinvernahme am 18. März 1999, zu der der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin sowie sein Rechtsvertreter erschienen seien, seien u.a. auch diese Fragen nochmals erörtert worden.

Nachdem die Beschwerdeführerin bei dieser Einvernahme erklärt gehabt hätte, dass sie ihre Anträge in den zum damaligen Zeitpunkt mit dem Verfahren K 39/98 verbundenen Verfahren Zl. K 30/98 und Zl. K 35/98 vollinhaltlich aufrecht erhalte, habe die belangte Behörde am selben Tag beschlossen, eine Trennung der Verfahren Zlen. K 30/98, K 35/98 und K 39/98 vorzunehmen, weil dies mit Rücksicht auf die Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis geboten gewesen sei. Aus diesem Grund werde über die inhaltlich nicht geänderten Anträge in den Verfahren Zl. K 30/98 und Zl. K 35/98 gesondert entschieden.

Die Beschwerdeführerin habe in der Einvernahme auch vorgebracht, dass sie die im Zuge der Verfahren Zl. K 30/98 und Zl. K 35/98 vorgebrachten Einwände gegen das Mitglied der belangten Behörde Dkfm. Dr. Grünwald und das

Ersatzmitglied Dkfm. Reiter auch im Verfahren Zl. K 39/98 aufrecht erhalte. Die belangte Behörde habe in ihrer Sitzung am 18. März 1999 beschlossen, "Teile des Bandes I" des Antrags der Beschwerdeführerin der Akteneinsicht zugänglich zu machen. Von der Beschwerdeführerin sei der gesamte Inhalt des Antrags entgegen Punkt 1.11. und Punkt 5.2. der Ausschreibungsunterlage von der Akteneinsicht ausgenommen worden. Nach Prüfung des Antrags sei die erwähnte Verfahrensordnung erlassen worden, weil es sich bei den nunmehr der Akteneinsicht zugänglichen Teilen nicht um Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse der Beschwerdeführerin handeln würde, und dadurch eine Schädigung von Interessen der Beschwerdeführerin nicht zu erwarten sei.

Am 22. März 1999 sei von der Beschwerdeführerin ein Schriftsatz eingebracht worden, in welchem die während der Parteieneinvernahme aufgetragenen offenen Punkte nochmals erläutert worden seien.

Unter Berücksichtigung der eingelangten Anträge, der schriftlichen Äußerungen der Parteien, der durchgeführten Parteieneinvernahmen, der erstellten Sachverständigengutachten sowie der zusätzlichen schriftlichen Äußerungen einiger Parteien habe die belangte Behörde den Beschluss gefasst, die für die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes aufgenommenen Beweise den Antragstellern zuzustellen und ihnen Gelegenheit zur Äußerung bis zum 9. April 1999 zu geben. An diesem Tag habe die Beschwerdeführerin einen Schriftsatz eingebracht, in dem zum festgestellten Sachverhalt Stellung genommen worden sei. Darin sei vorgebracht worden, dass einige Aussagen in den Gutachten von DI Paier und Mag. Kern unzutreffend wären. Die Beschwerdeführerin habe auch "den Verdacht" geäußert, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht dem österreichischen Rechnungslegungsgesetz entsprechen würden. Die belangte Behörde habe daraufhin Mag. Kern aufgefordert, zum Vorbringen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen. Dieser Aufforderung sei der Genannte nachgekommen.

Weiters habe die Beschwerdeführerin einen Antrag auf Überprüfung der Einhaltung der Verpflichtungen nach §§ 43 und 45 TKG "bei den Bewerbern tele.ring und UTA" eingebracht. In einem Schriftsatz vom 14. April 1999 habe die Beschwerdeführerin darüber hinaus "auf gegenseitige Verflechtungen zwischen den Antragstellern tele.ring und UTA Mobil" hingewiesen.

Am 14. April 1999 seien von der belangten Behörde die Regeln des Versteigerungsverfahrens beschlossen und von der Telekom-Control GmbH im Auftrag der belangten Behörde den drei Bewerbern zugestellt worden.

Am 20. April 1999 habe die Beschwerdeführerin wiederum eine Stellungnahme eingebracht, in der auf die den Anträgen der anderen beiden Antragsteller beiliegenden Bestätigungsvermerke der Wirtschaftsprüfer eingegangen worden sei. Sie habe die "Erstellung eines Gutachtens eines Sachverständigen für Rechnungswesen, ob die von UTA und tele.ring vorgebrachten Gutachten der österreichischen Rechtsordnung entsprechen und schlüssig sind", beantragt. Weiters sei die "Zustellung der Finanzpläne" der beiden genannten Unternehmen beantragt worden, um diese durch einen von der Beschwerdeführerin beauftragten Sachverständigen auf Gesetzeskonformität prüfen zu lassen. Die Beschwerdeführerin habe auch "eine Festlegung" durch die belangte Behörde beantragt, ob es sich beim Verfahren Zl. K 39/98 um ein amtswegiges oder ein antragsgebundenes Verfahren handeln würde. Beantragt worden sei auch die Akteneinsicht in das Akteninhaltsverzeichnis Zl. K 39/98, die Zustellung des Beschlusses der belangten Behörde vom Oktober 1998 über die Zusammenlegung der Verfahren Zl. K 30/98, Zl. K 35/98 und Zl. K 39/98 an alle Antragsteller im Verfahren Zl. K 39/98 sowie die Aufhebung der Verfahrensordnung vom 18. März 1999 bezüglich der Trennung der Verfahren Zl. K 35/98 und Zl. K 39/98. Die Beschwerdeführerin habe auch eine Stellungnahme zu den Regeln des Versteigerungsverfahrens eingebracht. Darin habe sie vorgebracht, dass ein Ausschluss vor Beginn des Auktionsverfahrens ihrer Ansicht nach nicht möglich sei, weil sich daraus ein Widerspruch zu § 22 Abs. 9 TKG ergeben würde. Weiters habe die Beschwerdeführerin vorgebracht, dass "die Zustellung dieser Verfahrensordnung" von ihr als "Teilnahmeberechtigung am Versteigerungsverfahren" verstanden werde. Hingewiesen sei auch darauf worden, dass es für das Mindestgebot und das "Mindestinkrement" keine gesetzliche Grundlage geben würde und dass die Aktivitätsregel gemäß Punkt 8.1. der Versteigerungsregeln im Widerspruch zu § 22 Abs. 6 TKG stehen würde.

Am 21. April 1999 habe die Beschwerdeführerin nochmals einen Schriftsatz eingebracht, dem ein Schreiben der ABN-AMRO Bank, datiert mit 20. April 1999, beigelegt gewesen sei. In diesem habe die ABN-AMRO ihr Interesse bekundet, Gespräche bezüglich einer etwaigen Finanzierung zu beginnen.

Bei der Beschwerdeführerin handle es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht. Die Eintragung in das Firmenbuch sei am 17. Oktober 1997 erfolgt. Das Stammkapital von S 500.000,-- sei zur Gänze einbezahlt worden. Gesellschafter seien Mag. Robert Marschall (60 %), Mag. Ing. Christian Stropp (35 %) und

Ing. Rudolf Sieger (5 %). Stimm- und Ausschüttungsrechte seien aliquot den Kapitalanteilen verteilt. Alleingeschäftsführer der Gesellschaft sei Mag. Marschall. Bisher habe keine Geschäftstätigkeit der Gesellschaft als Festnetz- oder Mobilfunkbetreiber stattgefunden. Der Umsatz im Rumpfgeschäftsjahr 1997 habe "ATS 800,-, im Geschäftsjahr 1998 ATS 1,2 Millionen" betragen. Die Beschwerdeführerin sei nicht im Rahmen eines Konsortiums tätig, es lägen keine Finanzierungszusagen vor. Dem Antrag seien lediglich Interessensbekundungen möglicher Partner (überwiegend Systemhersteller) beigelegt worden. Unterlagen über Konsortialpartner seien nicht vorgelegt worden. Die Strategie des Unternehmens sei nach dessen Angaben auf das Bereitstellen von Sprach- und Datendiensten gerichtet. Es werde auch die Erteilung einer Festnetzkonzession angestrebt. Die Aufnahme des kommerziellen Betriebs des Mobilfunkdienstes sei für November 1999 geplant, 2008 sollten laut Plan ca. 982000 Kunden erreicht werden, was nach Ansicht der Beschwerdeführerin einem Marktanteil von 17 % entsprechen würde. Die Erreichung des geforderten Versorgungsgrades von 75 % der Bevölkerung solle planmäßig nach dreieinhalb Jahren angestrebt werden. Dazu seien 2400 Basisstationen vorgesehen.

Die Gesamtinvestition der Beschwerdeführerin betrage bis zum Jahr 2008 - ohne Berücksichtigung der Mindestgebotssumme - rund S 6,3 Mrd. Im Konzessionsantrag habe die Beschwerdeführerin einen Businessplan vorgelegt. Der in Punkt 5.3.6.3. der Ausschreibungsunterlage geforderte Bestätigungsvermerk sei allerdings nicht vorgelegt worden. Der Businessplan ergebe laut Aussage der Beschwerdeführerin in einer Barwertberechnung nicht einmal auf Basis der Ein-/Auszahlungen an die Eigenkapitalgeber zufriedenstellende Ergebnisse. In ihrem Antrag bietet die Beschwerdeführerin ein Frequenznutzungsentgelt von S 100.000,- an und habe zur Besicherung dieses Betrags "eine Bankgarantie der Creditanstalt" über S 100.000,- hinterlegt. Dieses gebotene Frequenznutzungsentgelt finde auch im vorgelegten Businessplan Deckung. Hinsichtlich der Eigenfinanzierung sei das Stammkapital der Gesellschaft zur Gänze einbezahlt. Die Unternehmensverschuldung betrage, gemessen an der Bilanzsumme, 0- 10 %. Ein Großteil des Eigenkapitals solle durch eine Einführung an der amerikanischen Börse NASDAQ aufgebracht werden. Ein Nachweis hinsichtlich bereits bestehender Aktivitäten in diese Richtung sei von der Beschwerdeführerin nicht erbracht worden. Die Fremdfinanzierung sei im Wesentlichen durch Bank- und Lieferantenkredite geplant. Dem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 21. März 1999 sei ein nicht unterzeichnetes Schreiben der ABB Credit AB, Stockholm, datiert mit 27. Jänner 1998, beigelegt, in welchem das allgemeine Interesse der ABB zum Ausdruck komme, eine Fremdfinanzierung des Projekts zu arrangieren. Dabei werde von der Marktsituation zu Beginn des Jahres 1998 ausgegangen, das in Aussicht genommene Finanzierungsvolumen betrage rund USD 200 Millionen (umgerechnet rund S 2,5 Mrd.). Des weiteren lägen dem Antrag Schreiben von Systemlieferanten bei, in welchen diese ihre Bereitschaft ausdrückten, als Lieferanten im Fall der Konzessionserteilung tätig zu werden. Angaben zur Eigen- und Fremdfinanzierung würden nicht vorliegen. Es seien keine Finanzierungszusagen vorgelegt worden.

Hinsichtlich des Vorliegens der technischen Voraussetzungen gehe aus dem Antrag hervor, dass von der Beschwerdeführerin derzeit keine Telekommunikationsdienste erbracht würden. Betreffend die Erfahrungen im Telekommunikationsbereich werde auf mögliche Partner- und Lieferantenfirmen verwiesen, welche die notwendige technische Erfahrung und die technischen Voraussetzungen liefern sollten. Weiters ergebe sich aus dem Antrag, dass der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin "bei den Firmen Siemens, Ericsson und max.mobil" tätig gewesen sei und daher gewisse Erfahrungen im Telekommunikationsbereich besitze. So sei er bei der Firma Siemens von Anfang Jänner 1993 bis Anfang Februar 1996, allerdings mit Unterbrechungen und in verschiedenen Bereichen, tätig gewesen "(Trainee, Exportkaufmann, Projektkaufmann 'vernetzte Systeme' und von 1. August 1995 bis zum 1. Februar 1996 im 'Ö Call Bid-Team')". Daran anschließend sei er bei "Ö Call/max.mobil" von 1. Februar 1996 bis zum 31. Juli 1997 Leiter des Controlling gewesen. Von 1. September 1996 bis zum 15. Oktober 1997 sei er als Business Consultant für Ericsson Austria tätig gewesen. Aus dem Antrag sei ebenfalls hervorgegangen, dass der als technischer Leiter vorgesehene Josef Fuchs in den letzten 20 Jahren in Telekommunikationsfirmen tätig gewesen und im Rahmen dieser Tätigkeit am Aufbau eines indonesischen Mobilfunknetzes beteiligt gewesen sei.

Der geplante Netzausbau der Beschwerdeführerin gliedere sich in Phasen. In der ersten Phase (1,5 Jahre) sollten alle Landeshauptstädte und deren Einzugsgebiete versorgt werden, dies sollte mit 500 Basisstationen erreicht werden. Die Netzkapazität solle für 150.000 Teilnehmer ausreichen. In der zweiten Phase (wiederum 1,5 Jahre) sollten die zusätzlichen Hauptsiedlungsräume ausgebaut werden. Nach Abschluss dieser Phase sollten 1500 Basisstandorte eine Netzkapazität für 350.000 Teilnehmer gewährleisten. Die Versorgung weiterer Gebiete sei in Phase 3 geplant, diese sollte fünf Jahre nach Konzessionserteilung abgeschlossen sein. Durch 2400 Basisstationen sollte eine Kapazität für

mindestens 450.000 Teilnehmer erreicht werden. Der in der Ausschreibung geforderte Versorgungsgrad von 75 % solle nach 3,5 Jahren vorhanden sein. Genaue Angaben über die Standorte für die Basisstationen und Ausbreitungsberechnungen für die versorgten Gebiete seien im Antrag nicht enthalten. Die Verbindung der Basisstationen sollte mittels Mietleitungen und Richtfunkstrecken erfolgen. Die in der Ausschreibung geforderten Grenzwerte für die Netzverfügbarkeit und die Rate blockierter und unterbrochener Gespräche sollte laut den Angaben im Antrag eingehalten werden.

Zur Beweiswürdigung führte die belangte Behörde Folgendes aus:

Der festgestellte Sachverhalt beruhe auf den schriftlichen Vorbringen der Beschwerdeführerin sowie den Aussagen ihres Geschäftsführers in der Einvernahme und auf den erstellten Gutachten von Mag. Kern, DI Paier und Mag. Schaffer. Des weiteren sei ein Auszug aus dem Firmenbuch herangezogen worden, um die Angaben betreffend die Beschwerdeführerin sowie deren Gesellschaft zu überprüfen. Festzuhalten sei auch, dass die belangte Behörde den gesamten Verfahrensakt Zl. K 39/98 bei der Entscheidungsfindung miteinbeziehe. Gegenteilige, fallweise geäußerte, jedoch unbewiesen gebliebene Befürchtungen der Beschwerdeführerin seien unzutreffend.

Soweit die Beschwerdeführerin Angaben vorgelegt bzw. durch ihren Geschäftsführer vorgebracht habe, bestehe auf Seiten der belangten Behörde kein Zweifel an der grundsätzlichen Ernsthaftigkeit des Vorbringens. Die Ausführungen zu den technischen Fähigkeiten, der Finanzkraft, den Erfahrungen im Telekommunikationsbereich und in verwandten Geschäftsbereichen sowie zur Fachkunde der Beschwerdeführerin wirkten glaubwürdig und seien auch sonst nicht strittig. Ob die dargelegten Fähigkeiten auch ausreichend im Sinn des § 15 Abs. 2 TKG seien, sei freilich eine Rechtsfrage, die im Rahmen der rechtlichen Würdigung zu beurteilen sei. Die belangte Behörde habe während der Parteieneinvernahme den Eindruck gewonnen, dass sich der besagte Geschäftsführer redlich bemühe, die ihm gestellten Fragen umfassend zu beantworten. Sie sei daher zum Schluss gelangt, dass der Geschäftsführer - in der Einvernahme vom 18. März 1999 vom Sachverständigen Mag. Kern nach möglichen Eigenkapitalgebern befragt - mit der Aussage, eine diesbezügliche Korrespondenz "derzeit" nicht vorlegen zu wollen, zum Ausdruck gebracht habe, dass er bzw. die von ihm vertretene Antragstellerin tatsächlich über keine rechtlich verbindlichen Vereinbarungen mit Eigenkapitalgebern verfüge.

Die vorgelegten Gutachten wirkten in sich schlüssig und würden den logischen Denkgesetzen entsprechen. Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Bedenken betreffend eine gutachterliche Äußerung von DI Paier hätten dazu beigetragen, missverständliche Formulierungen aufzuklären. Vor der belangten Behörde sei verständlich dargetan worden, dass die im Antrag der Beschwerdeführerin auf Seite 85 angeführte Tabelle zutreffend sei und den Einschätzungen der Beschwerdeführerin entspreche. Die Bedenken der Beschwerdeführerin zum Gutachten von Mag. Kern hätten von diesem glaubwürdig entkräftet werden können, insbesondere dadurch, dass dieser nachweisen hätte können, dass die von der Beschwerdeführerin bemängelte Aussage: "Der Business Plan ergibt laut Antrag in einer Barwertberechnung nicht einmal auf Basis der Ein-/Auszahlungen an die Eigenkapitalgeber zufriedenstellende Ergebnisse" einer sinngemäßen Aussage der Beschwerdeführerin selbst entspräche "(Antrag Seite 66)".

Auf Grund des festgestellten Sachverhaltes ergebe sich folgende rechtliche Beurteilung: Die Zuständigkeit der belangten Behörde ergebe sich aus § 111 Z. 1 TKG. Die von der Beschwerdeführerin behauptete Befangenheit des Mitglieds der belangten Behörde Dkfm. Dr. Grünwald liege - was näher dargelegt wird - nicht vor.

Gemäß § 22 Abs. 7 habe die belangte Behörde jene Konzessionswerber von dem Konzessionsvergabeverfahren auszuschließen, die die grundsätzlichen Bedingungen, eine Konzession zu erlangen, gemäß § 15 Abs. 2 TKG nicht erfüllten. Nach der zuletzt genannten Regelung habe die belangte Behörde zunächst zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin über die notwendigen technischen Fähigkeiten verfüge. Hinsichtlich der technischen Fähigkeiten ergebe sich aus dem Gutachten des Amtssachverständigen DI Paier, dass diese vor allem in der Person des technischen Leiters Josef Fuchs begründet seien. Weitere technische Fähigkeiten seien "innerhalb der" Beschwerdeführerin nicht vorhanden. Der dargestellte Netzausbau sowie die festgestellten Qualitätsparameter und der Versorgungsgrad seien aus technischer Sicht plausibel. Die Angaben der Beschwerdeführerin, dass die nötigen technischen Fähigkeiten zum Aufbau eines Mobilfunknetzes von Partner- und Lieferantenfirmen zugekauft würden, würden aus der Sicht des technischen Sachverständigen ebenfalls plausibel erscheinen, insbesondere da die genannten Firmen "(z.B. Ericsson, Nortel, ABB, Star Telecommunications Inc.)" zweifellos über die notwendigen technischen Fähigkeiten zum Aufbau eines Mobilfunknetzes verfügten. Die belangte Behörde gehe davon aus, dass die

notwendigen technischen Fähigkeiten durch Zukauf erworben werden könnten, und daher mit entsprechendem finanziellen Aufwand die Voraussetzung hinsichtlich der technischen Fähigkeiten für die Beschwerdeführerin bereitgestellt werden könnten.

Die gemäß § 22 Abs. 7 iVm § 15 Abs. 2 Z. 2 TKG an Antragsteller gestellte grundsätzliche Bedingung, dass hinsichtlich des Antragstellers kein Grund zur Annahme bestehen dürfe, dass er den beantragten Dienst der Konzession, insbesondere was die Qualität und die Versorgungspflicht betreffe, nicht erbringen werde, solle gewährleisten, dass Konzessionen zur Erbringung eines öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels Mobilfunk und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste nur an Unternehmen vergeben würden, von denen nicht schon zum Zeitpunkt des Konzessionsvergabeverfahrens die begründete Auffassung bestehe, dass sie die in der ausgeschriebenen Konzession festgelegten Qualitätsanforderungen und die festgelegte Versorgungspflicht nicht erbringen könnten. Kriterien für die danach erforderliche Prognoseentscheidung seien gemäß § 15 Abs. 2 Z. 2 letzter Satz TKG die Finanzkraft des Antragstellers, seine Erfahrungen im Telekommunikationsbereich sowie in verwandten Geschäftsbereichen und seine Fachkunde. Weise ein Antragsteller somit eine dem ausgeschriebenen Dienst adäquate Finanzkraft, adäquate Erfahrungen im Telekommunikationsbereich sowie in verwandten Geschäftsbereichen und adäquate Fachkunde auf, so bestehe im Sinn des § 15 Abs. 2 Z. 2 TKG kein Grund zur Annahme, dass die Antragstellerin die beantragten Dienste (insbesondere was die Qualität und die Versorgungspflicht betreffe) nicht erbringen werde. Die belangte Behörde habe daher zu prüfen, ob der Beschwerdeführerin eine entsprechende Finanzkraft, entsprechende Erfahrungen im Telekommunikationsbereich bzw. entsprechende Fachkunde in einem solchen Ausmaß fehlten, dass angenommen werden müsse, dass der beantragte Dienst nicht in der in der Ausschreibungsunterlage vom 21. Dezember 1998 näher präzisierten Qualität und näher festgelegten Versorgungspflicht erbracht werden würde.

Was zunächst die gemäß § 15 Abs. 2 Z. 2 letzter Satz TKG heranzuziehenden Kriterien "Erfahrungen im Telekommunikationsbereich" und "Fachkunde" betreffe, sei festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin diese Fähigkeiten nur über ihre Gesellschafter bzw. über zugekauften externen Sachverstand erbringen könne. Da ein Projekt der hier in Rede stehenden Größenordnung von drei Personen allein schon in quantitativer Hinsicht bewältigt werden könne, sei es notwendig, dass die Beschwerdeführerin entsprechende Leistungen entweder über verbundene Unternehmen oder Konsortialpartner bzw. extern durch Zukauf entsprechender Leistungen aufbringe. Zudem seien Erfahrungen und Fachkunde "insgesamt jedoch nicht als besonders hochstehend" einzustufen. So möge der als technischer Leiter vorgesehene Josef Fuchs zwar über eine mehr als 20jährige Erfahrung im Telekommunikationsbereich verfügen und seit 1995 im Bereich von Telekommunikations-Netzwerken tätig sein. Auch Ing. Dr. Torsten Fuß scheine über einschlägige Erfahrungen betreffend Netzwerke zu verfügen. Allerdings stünden die beiden Genannten offenbar nicht in einem Vertragsverhältnis zur Beschwerdeführerin, und es sei auch keine Zusage ersichtlich, wonach die Begründung eines Vertragsverhältnisses unmittelbar oder unter bestimmten Bedingungen bevorstehe. Im Gegenteil: Die Antragstellerin habe es unterlassen, entgegen der in Punkt 5.3.2.6. der Ausschreibungsunterlagen geforderten Angaben über leitende Angestellte konkrete Angaben darüber zu geben. Hinsichtlich der anderen im Antrag genannten Personen "(Mag. Marschall, Ing. Mag. Stropp, Mag. Pieslinger, Dr. Breiter-O'Donovan, Ing. Sieger, Herr Richter sowie Herr Wolfert)" vermöge die belangte Behörde - ungeachtet der sonstigen Fähigkeiten der genannten Personen in verwandten Geschäftsbereichen - keine dem Aufbau eines Mobilfunknetzwerkes adäquaten, besonderen Kenntnisse auf dem Gebiet der Netzwerktechnik zu attestieren. Auch das dem Antrag beigelegte Schreiben der Mercuri Urval, International Consultants, vermöge daran nichts zu ändern.

Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen zu den technischen Fähigkeiten der Beschwerdeführerin ergebe sich somit, dass das Vorhandensein der notwendigen technischen Fähigkeiten ebenso wie das Vorliegen notwendiger Erfahrungen im Telekommunikationsbereich bzw. entsprechender Fachkunde eng mit dem Vorliegen ausreichender Finanzkraft verbunden sei.

Aus dem Gutachten des Sachverständigen Mag. Kern ergebe sich, dass der von der Beschwerdeführerin vorgelegte Geschäftsplan in seiner Gesamtheit plausibel sei. Der in der Ausschreibungsunterlage geforderte Bestätigungsvermerk sei allerdings nicht beigebracht worden. Außerdem ergebe der vorgelegte Businessplan nicht einmal unter Berücksichtigung des angegebenen Frequenznutzungsentgeltes von S 100.000,- zufriedenstellende Ergebnisse. Unter Berücksichtigung der Mindestgebotssumme von S 1 Milliarde würde die Rentabilität des Projektes weiter sinken. Die Beschwerdeführerin habe keinerlei Nachweise hinsichtlich der Eigen- bzw. Fremdkapitalaufbringung beigebracht. Bei den dem Antrag beiliegenden Schreiben diverser Lieferantenfirmen handle es sich höchstens um Absichtserklärungen

ohne jegliche rechtlich verbindliche Zusage. Die Absichtserklärung der ABB Credit AB sei Anfang 1998 ausgestellt worden und beziehe sich auf die damaligen Marktverhältnisse. Der darin in Aussicht genommene Betrag in der Höhe von USD 200 Millionen (rund S 2,5 Mrd.) würde keinesfalls ausreichen, um die Finanzierung des Projekts abzudecken, gehe doch selbst die Beschwerdeführerin von einem Finanzierungsbedarf von rund S 6,3 Milliarden aus, in dem die Mindestgebotssumme in Höhe von S 1 Milliarde allerdings noch gar nicht enthalten ist. Die Unverbindlichkeit des vorliegenden Schreibens der ABB Credit AB ergebe sich nach Meinung der belangten Behörde auch daraus, dass die in Aussicht gestellte Summe nicht einmal von der Beschwerdeführerin selbst in ihrem abgegebenen Geschäftsplan berücksichtigt gewesen sei. Daher könne davon ausgegangen werden, dass auch die Beschwerdeführerin der Meinung sei, dass es sich beim vorliegenden Schreiben lediglich um eine vage Absichtserklärung und keineswegs um eine rechtsverbindliche Zusage handelt.

Bei dem von der Beschwerdeführerin am 21. April 1999 vorgelegten Schreiben der ABN-AMRO Bank handle es sich keinesfalls um eine verbindliche Finanzierungszusage. Darin werde lediglich ausgeführt, dass die genannte Bank daran interessiert wäre, Gespräche betreffend eine mögliche Finanzierung zu beginnen. Konkrete Zusagen seien auch diesem Schreiben nicht zu entnehmen. Die dem Antrag ebenfalls beiliegenden Schreiben von möglichen Partner- und Lieferantenfirmen würden bestenfalls Absichtserklärungen darstellen. Aus dem Gutachten und den von der Beschwerdeführerin vorgelegten Unterlagen ergebe sich somit zweifellos, dass die Beschwerdeführerin den Aufbau und Betrieb eines Mobilfunknetzes mit bundesweiter Versorgungspflicht aus eigener Kraft nicht finanzieren könne.

Hinsichtlich möglicher Konsortialpartner führe die Beschwerdeführerin die schon genannte Firma Star Telecommunications an. Im Antrag finde sich ein Schreiben des genannten Unternehmens, welches neben allgemeinen Informationen über das Unternehmen auch Hinweise auf eine mögliche Kooperation mit der Beschwerdeführerin enthalte. Ausgeführt werde, dass unter den derzeitigen Bedingungen insbesondere der Mindestlizenzzgebühr in der Höhe von S 1 Milliarde seitens Star entschieden worden sei, kein Konsortium mit der Beschwerdeführerin zu bilden, dass man aber an einer engen Zusammenarbeit interessiert wäre, insbesondere durch das Zurverfügungstellen des internationalen Netzes der Star zu kostengünstigen Preisen. Es handle sich bei diesem Schreiben keinesfalls um eine Finanzierungszusage, sondern lediglich um ein unverbindliches Inaussichtstellen einer Zusammenarbeit. Damit handle es sich dabei nicht um einen Nachweis dafür, dass die nötige Finanzkraft gegeben sei. Ähnlich verhalte es sich auch mit den (dem Antrag) beiliegenden Schreiben von Hersteller- und Lieferantenfirmen. In all diesen Schreiben komme lediglich zum Ausdruck, dass diese Firmen bereit und in der Lage seien, nach Erteilung der Konzession an die Beschwerdeführerin mit dieser gemeinsam den Netzauf- und ausbau vorzunehmen. Aus den vorgelegten Schreiben gehe klar hervor, dass diese Unternehmen von den üblichen Vertragsbeziehungen ausgingen und ihre Produkte sowie die Mitarbeit zu den üblichen Marktpreisen zur Verfügung stellten. In keinem dieser Schreiben werde davon ausgegangen, dass es sich bei der angestrebten Zusammenarbeit um mehr als eine normale vertragliche Verkäufer-Kundenbeziehung handle. Insbesondere werde in keinem der vorgelegten Schreiben eine mögliche Finanzierung durch das jeweilige Unternehmen angesprochen. So handle es sich beim beiliegenden Schreiben der Firma Ericsson um ein unverbindliches Richtoffert, in welchem dieses Unternehmen seine Fähigkeit zum Aufbau eines GSM-Netzes dokumentiere. Auch die beiliegenden Schreiben von Motorola und Nortel zeigten lediglich eine Bereitschaft, als Systemlieferanten tätig zu werden. Weder im Antrag vom 23. Februar 1999 noch in der Parteieneinvernahme oder der Fragebeantwortung habe die Beschwerdeführerin daher den Nachweis erbringen können, dass das Unternehmen über verbindliche Finanzierungszusagen hinsichtlich der Aufbringung des erforderlichen Fremdkapitals verfügte.

Betreffend die Eigenkapitalaufbringung habe die Beschwerdeführerin vorgebracht, dass diese durch die Gesellschafter und in späteren Jahren durch Selbstfinanzierung auf Grund der Zahlungsüberschüsse aus dem operativen Geschäft erfolgen sollte. Der größte Teil des Eigenkapitals sollte durch Börseneinführung an der amerikanischen Börse NASDAQ aufgebracht werden. Diese Aussage erscheine auf Grund "nicht nachgewiesener Zulassungsvoraussetzungen zur NASDAQ" nicht plausibel. Auch diese Ausführungen würden daher die belangte Behörde nicht davon zu überzeugen vermögen, dass die nach § 15 Abs. 2 Z. 2 TKG zu berücksichtigende Finanzkraft in ausreichendem Ausmaß gegeben sei. Die Beschwerdeführerin habe (auch) keinerlei Auskünfte darüber zu erteilen vermocht, in welchem Planungsstadium sich der vorzubereitende Börsengang befinde. Daher sei für die belangte Behörde auch nicht nachvollziehbar, innerhalb welchen Zeitrahmens die Beschwerdeführerin sich die nötigen Eigenmittel via NASDAQ beschaffen wolle und mit welchem Betrag die derart aufgebrachten Geldmittel veranschlagt würden. Aus dem Antrag und den

Ausführungen der Beschwerdeführerin ergebe sich, dass diese derzeit über ein Eigenkapital in der Höhe von S 500.000,-- verfüge. Hinsichtlich der einzelnen Gesellschafter seien keinerlei Nachweise betreffend die Vermögensverhältnisse erbracht worden, aus denen hervorgehen würde, dass die Eigenkapitalaufbringung auf Grund der Finanzlage der Gesellschafter gesichert sei. Im Ergebnis bedeute dies, dass die Beschwerdeführerin mit einem gesicherten Eigenkapital in Höhe von derzeit S 500.000,-- den Aufbau eines Mobilfunknetzes plane, der nach ihren eigenen Angaben Investitionen in der Höhe von zumindest S 6,3 Milliarden (exklusive Mindestgebotssumme) erfordere. Nachweise hinsichtlich der Finanzierung (verbindliche Finanzierungszusagen) habe die Beschwerdeführerin nicht erbringen können oder wollen.

Ein weiteres Indiz für die mangelnde Finanzkraft liege darin, dass die Beschwerdeführerin die in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Mindestgebotssumme in der Höhe von S 1 Milliarde nicht geboten bzw. die geforderte Bankgarantie nicht hinterlegt habe. Es sei davon auszugehen, dass eine Bankgarantie in dieser Höhe nur übernommen werde, wenn die Finanzierung des Projektes der Bank ausreichend gesichert erscheine. Dass die geforderte Bankgarantie nicht hinterlegt worden sei, lege daher ebenfalls den Schluss nahe, dass die wirtschaftlichen Voraussetzungen der Beschwerdeführerin nicht ausreichend seien, um eine Durchführung des Projektes und damit in weiterer Folge die Erbringung des Dienstes zu gewährleisten.

Ferner erweise sich das Vorbringen der Beschwerdeführerin, für ein Mindestgebot würde jegliche rechtliche Grundlage fehlen, als unzutreffend. Nach § 22 TKG sei die belangte Behörde verpflichtet, Ausschreibungsbedingungen festzulegen. Die Festsetzung eines Mindestgebots sei ein wesentliches Element im Verfahren um die gemäß § 22 angeordnete "Versteigerung" einer Frequenz. Dies ergebe sich auch daraus, dass das Mindestgebot einen Anhaltspunkt für den wirtschaftlichen Wert eines bundesweit nutzbaren Frequenzspektrums bilden solle. Im Übrigen resultiere schon aus § 1 Abs. 2 Z. 2 TKG, dass durch Maßnahmen der Regulierung ein chancengleicher und funktionsfähiger Wettbewerb auf den Märkten der Telekommunikation sichergestellt werde, weshalb schon aus diesem Grund und in Anbetracht der bisher für vergleichbare Frequenznutzungen bezahlten Entgelte (in zwei Fällen jeweils S 4 Milliarden und in einem Verfahren S 2,3 Milliarden) ein Mindestgebot festzusetzen gewesen sei. Würde aber die von der Beschwerdeführerin geäußerte Rechtsansicht zutreffend sein, so wäre ihr das Frequenzspektrum um S 100.000,-- zuzuteilen, einen Betrag, der dem Wert eines solchen Frequenzspektrums absolut nicht gerecht werde und den Wettbewerb im Bereich des Mobilfunks "geradezu desaströs verfälschen" würde. Die Festlegung des Mindestgebots sei auf der Grundlage der Erfahrungen und der Marktentwicklungen erfolgt. Das Mindestgebot sei unter dem zu erwartenden Preis festgelegt worden, um das Verfahren effizient durchzuführen. Dass die Annahme der belangten Behörde hinsichtlich des Wertes zutreffend sei, ergebe sich auch aus der Tatsache, dass von den beiden anderen Antragstellerinnen im selben Verfahren zumindest die Mindestgebotssumme geboten worden und auch die geforderte Bankgarantie hinterlegt worden sei.

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens komme die belangte Behörde zum Ergebnis, dass hinsichtlich der Beschwerdeführerin hinreichender Grund zur Annahme bestehe, dass diese den beantragten Dienst gemäß der Konzession nicht erbringen werde. Dies werde vor allem durch die nach Ansicht der belangten Behörde nicht vorhandene Finanzkraft indiziert. Hinsichtlich der Erfahrungen im Telekommunikationsbereich und der Fachkunde ergebe sich aus den vorgelegten Unterlagen ebenfalls, dass diese Voraussetzungen bei der Beschwerdeführerin nicht oder nicht im ausreichenden Ausmaß vorlägen. Wie schon ausgeführt könnten diese Leistungen bei entsprechender Finanzstärke zugekauft werden. Das Vorhandensein dieser Voraussetzungen und ebenso das Vorhandensein der notwendigen technischen Fähigkeiten sei daher eng mit dem Vorliegen ausreichender Finanzkraft verbunden. Da sich auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens ergebe, dass die nötige Finanzkraft bei der Beschwerdeführerin nicht vorliege, sei auch davon auszugehen, dass die für die Erbringung des beantragten Dienstes erforderliche Fachkunde und die Erfahrung im Telekommunikationsbereich ebenfalls nicht im ausreichenden Ausmaß vorhanden seien.

Unter Berücksichtigung der Finanzkraft der Beschwerdeführerin sowie ihrer Erfahrung im Telekommunikationsbereich und ihrer Fachkunde bestehe somit gemäß § 15 Abs. 2 Z. 2 TKG Grund zur Annahme, dass diese den beantragten Dienst gemäß der Konzession nicht erbringen werde. Die Beschwerdeführerin sei daher gemäß § 22 Abs. 7 TKG vom Konzessionsvergabeverfahren auszuschließen gewesen. Gleichzeitig sei damit auch auszusprechen gewesen, dass der Antrag der Beschwerdeführerin vom 23. Februar 1999 abzuweisen gewesen sei.

Bezüglich des Antrags der Beschwerdeführerin auf Überprüfung der Einhaltung der Verpflichtungen nach §§ 43 und

45 TKG fehle ihr die Antragslegitimation (vgl. § 43 Abs. 5 TKG), weil es sich bei der Beschwerdeführerin nicht um einen Marktteilnehmer handle. Hinsichtlich der gegenseitigen Verflechtungen zwischen den anderen beiden Antragstellerinnen und dem von der Beschwerdeführerin behaupteten Verstoß gegen die Ausschreibungsbedingungen komme die belangte Behörde zum Ergebnis, dass hinsichtlich der genannten anderen Unternehmen kein wesentlicher gegenseitiger Einfluss gegeben sei, und dass auch kein Zusammenschluss im Sinn des § 41 KartG vorliege. Im Übrigen sei die Frage, ob bzw. inwieweit die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Sachverhalte im Bezug auf die genannten Mitbewerber vorlägen, für die Beurteilung, ob die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 TKG erfülle bzw. ob sie gemäß § 22 Abs. 7 TKG vom Verfahren auszuschließen sei, nicht relevant.

Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihrem Schriftsatz vom 20. April 1999 sei festzuhalten, dass eine Sachverständigenbestellung zur Prüfung der vorgelegten Bestätigungsvermerke nicht erforderlich sei, weil durch eine solche Prüfung keinerlei entscheidungsrelevanten Ergebnisse zu erwarten seien. Eine Zustellung der Finanzpläne der anderen beiden antragstellenden Gesellschaften an die Beschwerdeführerin sei auf Grund des Umstands, dass es sich dabei um Geschäftsgeheimnisse der jeweiligen Unternehmen handeln würde, gemäß § 17 Abs. 3 AVG ausgeschlossen. Dem Antrag auf Akteneinsicht in das Akteninhaltsverzeichnis sei entgegenzuhalten, dass eine Einsicht in den Aktenspiegel Rückschlüsse auf den Inhalt des Akts ermögliche würde, die die Durchführung eines offenen, fairen und nicht diskriminierenden Verfahrens beeinträchtigen würden.

Hinsichtlich des Antrages auf Aufhebung der Verfahrensordnung vom 18. März 1999 betreffend die Trennung der Verfahren Zl. K 30/98, Zl. K 35/98 und Zl. K 39/98 sei Folgendes festzuhalten: Die Trennung dieser Verfahren sei im Grunde des § 39 Abs. 2 AVG insofern zweckmäßig gewesen, weil die Verfahren Zl. K 30/98 und Zl. K 35/98 auf Anträgen beruhten, die mit den Ausschreibungsunterlagen gemäß § 22 Abs. 4 TKG im Verfahren Zl. K 39/98 nicht in Einklang zu bringen gewesen seien. Dies erkläre sich schon daraus, dass die Anträge Zl. K 30/98 und Zl. K 35/98 zu einem Zeitpunkt gestellt worden seien, als die Ausschreibungsunterlagen noch nicht existiert hätten. Wie sich auch aus der Parteieneinvernahme vom 18. März 1999 auf Grund der Äußerungen des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin ergebe, sei die Beschwerdeführerin nicht bereit, insbesondere ihren Antrag Zl. K 35/98 auf Erteilung einer bundesweiten Konzession den Ausschreibungsunterlagen anzupassen oder im Hinblick auf ihren Antrag zu Zl. K 39/85 zurückzuziehen. Die Trennung der Verfahren habe der Vereinfachung der Verfahrensabläufe gedient. Dies sei auch unter dem Blickwinkel der Raschheit zu sehen gewesen; die Verfahren Zl. K 30/98 und Zl. K 35/98 seien zum damaligen Zeitpunkt unmittelbar zur Entscheidung reif gewesen. Ein Zuwarten mit der Entscheidung durch die belangte Behörde bis zum Ende des Verfahrens Zl. K 39/98 sei sachlich nicht gerechtfertigt erschienen.

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde mit dem Begehren, ihn aufzuheben. Die Beschwerdepunkte wurden wie folgt geltend gemacht:

"Durch den angefochtenen Bescheid sind wir in unserem Recht, eine Konzession zu erhalten und die damit verbundenen Frequenzen zugewiesen zu bekommen, abgewiesen worden, indem wir vorzeitig mittels abgesonderten Bescheid vom Auktionsverfahren zur Ermittlung des Bestbieters ausgeschlossen wurden. Der bekämpfte Bescheid leidet sowohl an Rechtswidrigkeit des Inhaltes als auch Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Unser unrechtmäßiger Ausschluss und die Erteilung der ausgeschriebenen Konzession an Tele.ring Telekom Service GmbH und Co KG, in weiterer Folge kurz 'tele.ring' genannt, wurde durch ein unrechtmäßiges Vergabeverfahren, noch dazu durch eine unzuständige Behörde, eine unangemessen kurz(e) Ausschreibungsdauer und durch das Mitbieten des Staates (indirekte Mitwirkung des BM f WuV) am Siegerkonsortium erreicht.

Die teils zuständige(n), teils unzuständigen Behörden führten anstelle eines antragsgebundenen Verfahren § 22 Abs 2 TKG) ein von unseren Anträgen losgelöstes amtswegiges Verfahren zur Vergabe der bundesweiten DCS-1800 Frequenzen und der dazugehörenden Konzession durch. Dieses amtswegige Verfahren konnte von den Regulierungsbehörden nicht mit unserem anhängigen Antrag K 35/98 vom 27. August 1998 (bundesweiter Antrag), noch mit unserem anhängigen Antrag K 30/98 vom 29. Juli 1998 (nicht-bundesweiter Antrag) in Übereinstimmung gebracht werden (Seite 18 des bekämpften Bescheides).

Durch die Abhaltung eines amtswegigen Verfahrens meinten die Regulierungsbehörden rechtsirrig, nicht an unsere Anträge gebunden (zu sein), was zu für uns ungünstigen Rahmenbedingungen in bezug auf Frequenzausstattung

(14,8 MHz anstelle von 22,5 MHz), vorgeschriebenes Minimum an auszubauenden Versorgungsgebieten (mind. 75% anstelle von 50-70% der Bevölkerung), Mindestfrequenznutzungsentgelt... (1 Mrd. ATS) und Pönaleverpflichtungen (bis zu 250 Mio. ATS) führte.

Des weiteren sahen sich die Regulierungsbehörden nicht an die Einhaltung von Bearbeitungsfristen gem. RL-97/13/EG Art. 9 und § 15 Abs. 1 TKG gebunden, die ja nur für antragsgebundene Verfahren Gültigkeit haben.

Die Ausschreibungsdauer wurde mit zwei Monaten entsprechend § 22 Abs. 3 TKG - Minimaldauer - angesetzt. Bedenkt man, daß der Ausschreibungsbeginn mit 21. Dezember 1998 festgelegt wurde, also drei Tage vor Beginn der gesetzlich anerkannten Weihnachtsfeiertage, dann erkennt man, daß der Sinn des § 22 Abs. 3 TKG unterlaufen wurde. Eine minimale Ausschreibungsdauer von 2 Monaten soll dem Antragsteller die Möglichkeit geben, die Ausschreibungsunterlagen bestmöglich zu beantworten und die entsprechenden Voraussetzungen zu schaffen. Bei einem Investitionsvolumen von 5 Mrd. ATS in den ersten drei Geschäftsjahren und bei der Komplexität der Eigentümer- und Finanzfragen iVm den existentiellen Rechtsfragen im neu liberalisierten Telekombereich (anhängige Beschwerden beim VfGH, VwGH, Eu-Kommission) ist diese Mindestausschreibungsdauer auch dringend geboten. In den ersten drei Wochen des Ausschreibungsverfahrens konnten wir nur sehr eingeschränkt in Hinblick auf den Erhalt der Konzession nach K 39/98 geschäftlich tätig werden, da die meisten Geschäftspartner und mögliche Interessenten auf Weihnachtsurlaub waren. Unsere Chancen auf den Konzessionserhalt wurden durch die unangemessen kurze Ausschreibungsdauer von de facto 1 ½ Monate massiv geschmälert, da TriCoTel ein neu gegründetes Unternehmen ohne Konzession im Telekombereich ist, während unsere Konkurrenten 'tele.ring' und 'UTA' bereits Konzessionen im Festnetz- und Mietleitungsbereich von der ausschreibenden Behörde erhalten haben. Bei beiden Wettbewerbern handelt es sich daher um bestehende Telekombetreiber mit bestehender Organisations-, Finanzierungs- und Geschäftsstruktur.

Die 2-monatige Ausschreibungsdauer ist auch insoferne sehr kurz, als die Behörde selbst seit unserem ersten Antrag auf eine Konzession mit bundesweiten DCS-1800 Frequenzen 12 Monate (K 14/97) und seit unserem zweiten Antrag auf eine Konzession mit bundesweiten DCS-1800 Frequenzen 4 Monate (K 35/98) zur Vorbereitung der Ausschreibungsunterlagen benötigte. Dies alles im Hinblick auf die Entscheidungsfristen über Anträge nach RL 97/13/EG Art. 9 und § 15 Abs. 1 TKG. Die Behörde hat die höchst möglich(e) Entscheidungsfrist gemäß der zitierten Richtlinie 'auf Kosten' der Bieter des Vergabeverfahrens verbraucht.

Der BM f WuV nimmt eine Doppelfunktion bei der Regulierungsbehörde und im Siegerkonsortium ein. Der BM f WuV hat Eigentümer-, Auskunfts-, Aufsichts- und Weisungsrechte an der Telekom-Control-GmbH (§ 108, § 117 TKG). Dieser Regulierungsbehörde obliegt gleichzeitig die Geschäftsführung (§ 110 Abs. 2 TKG) der belangten Behörde. Zwei Mitglieder der Telekom-Control-Kommission werden auf Vorschlag des BM f WuV von der Bundesregierung gem. § 112 Abs. 1 TKG ernannt.

In bezug auf die notwendige Frequenzuteilung sind die Regulierungsbehörden vom BM f WuV gem. § 47 Abs. 3 TKG zu Gänze abhängig, sowohl was den Zuteilungszeitpunkt als auch was den Umfang der Frequenzen anbelangt. Des weiteren ist der BM f WuV vollinhaltlich zuständig für die Österreichischen Bundesbahnen, die mit 12,5% am Siegerkonsortium 'tele.ring' beteiligt sind. Somit ergibt sich ein Naheverhältnis des BM f WuV als Behörde zum Siegerkonsortium 'tele.ring'. Dies entspricht weder dem Prinzip des fairen und nicht diskriminierenden Verfahrens nach § 22 Abs. 2 TKG, geschweige denn der RL 97/13/EG - Erwägung (2), (3) und (10)." (Ohne Hervorhebungen im Original.)

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Vorlage der Akten des Verwaltungsverfahrens und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde sowie ergänzender Äußerungen der Beschwerdeführerin vom 31. August 2004 und vom 10. Jänner 2005 erwogen:

1. Mit hg. Erkenntnis vom 9. September 2003, Zl. 2003/03/0095, auf welches gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass nach der auch im Beschwerdefall geltenden Rechtslage (TKG idF vor der Novellierung durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 26/2000) gemäß Art. 133 Z. 4 B-VG Angelegenheiten, über die die belangte Behörde entschieden hat, nach österreichischem nationalen Recht von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgenommen waren und dass sich die vom EuGH mit Urteil vom 22. Mai 2003 (Rechtssache C- 462/99) aus Art. 5a Abs. 3 der Richtlinie 90/387/EWG idF der Richtlinie 97/51/EG abgeleitete Verpflichtung des Verwaltungsgerichtshofes zur Nachprüfung nur auf den Schutz der dem Einzelnen vom Gemeinschaftsrecht

ingeräumten materiellen Rechte, nicht aber auch auf den Schutz bloß im nationalen Recht verankerter individueller Rechte beziehen kann. Daraus folgt, dass auch im Beschwerdefall auf das eine Verletzung lediglich letzterer Rechte betreffende Beschwerdevorbringen nicht einzugehen ist. In den ergänzenden Äußerungen der beschwerdeführenden Partei wird nichts aufgezeigt, was den Verwaltungsgerichtshof veranlassen würde, davon abzugehen.

2. Aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts sind folgende Fragen wesentlich:

2.1. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, es sei (insbesondere mit Blick auf § 47 Abs. 3 TKG) zweifelhaft, ob die belangte Behörde als Tribunal einzustufen sei, erweist sich aus den im hg. Erkenntnis vom 20. Juli 2004, Zl. 2003/03/0103, - auf das gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird - diesbezüglich angestellten Erwägungen als nicht zielführend.

2.2. Zu der bei der belangten Behörde georteten Befangenheit in Ansehung ihres Mitgliedes Dkfm. Dr. Grünwald ist die Beschwerde ebenfalls auf das eben zitierte hg. Erkenntnis zu verweisen, aus dem sich ergibt, dass eine solche Befangenheit nicht vorliegt. In den ergänzenden Äußerungen der Beschwerdeführerin wird nichts aufgezeigt, was den Verwaltungsgerichtshof veranlassen würde, davon abzugehen. In der in der Äußerung vom 31. August 2004 genannten Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 22. April 1999 betreffend den Fall Nr. IV/M. 1465 - Deutsche Telekom/Max.Mobil, Anmeldung vom 16. März 1999 gemäß Art. 4 der Verordnung (EWG) 4064/89 des Rates (Fusionskontrollverordnung) wird in Rz 5 (worauf die Beschwerdeführerin nicht eingeht) festgehalten, dass die DeTeMobil auf dem Boden einer näher dargestellten (bereits am 16. Februar 1999, somit vor Erlassung des angefochtenen Bescheides geschlossenen) Syndikatsvereinbarung "in der Lage (sei), die alleinige Kontrolle über Max Mobil auszuüben", weshalb entgegen der beschwerdeführenden Partei nicht davon gesprochen werden kann, dass die Siemens AG Österreich/WKM "eine 100 %ige Kontrolle auf den Marktteilnehmer und den Mitbewerber max.mobil ausübte". Bezüglich der Hinweise, dass die Österreichische Postsparkasse AG die Hausbank der Post und Telekom Austria AG, der Telekom Austria AG und der Mobilkom Austria AG gewesen sein, umfangreiche Bankgeschäfte für diese Unternehmungen abgewickelt haben "dürfte" und zudem mit der Post und Telekom Austria AG durch einen Kooperationsvertrag aus dem Jahr 1997 "engstens wirtschaftlich verbunden" sein "dürfte", dass die Beschwerdeführerin ferner davon ausgehe, dass die Bank der Österreichischen Postsparkassen AG in ihren Bankgeschäften Berührung mit der Telekom Austria AG und der Mobilkom Austria AG ("eventuell auch mit der max.mobil Telekommunikationsservice GmbH") gehabt habe bzw. immer noch habe, und es darüber hinaus eine wirtschaftliche Berührung dieser Bank

"mit der Telekom Austria und der Mobilkom ... auch bei

Telekommunikationsdienstleistungen gegeben haben" "dürfte", handelt es sich - wie schon die sprachliche Fassung dieses Vorbringens zeigt - um bloße Vermutungen, mit denen die von der Beschwerde ins Treffen geführte Befangenheit nicht begründet werden kann. Gleiches gilt für die Vermutung, dass die Mitarbeiter der Firmen, die Gesellschaftsanteile an der APK Pensionskasse AG - das in Rede stehende Mitglied sei in den Jahren 1998 und 1999 Vorsitzender des Aufsichtsrats dieser Pensionskasse gewesen - gehalten haben, auch bei der APK betrieblich pensionsversichert gewesen seien, weshalb diese Pensionskasse den bei ihr versicherten Mitarbeitern (wahrscheinlich auch jenen der Datacom Austria GmbH, die zu 100 % im Eigentum der Telekom Austria AG gestanden habe) besonders eng verpflichtet gewesen sei. Der Hinweis in der Äußerung vom 31. August 2004, dass das in Rede stehende Mitglied Aufsichtsratsvorsitzender der OMV AG gewesen sei, welche am 2. Juli 1999 Inhaberin einer von der belangten Behörde vergebenen Konzession für Mietleitungen geworden sei, und diese AG insofern direkte Konkurrentin der Beschwerdeführerin gewesen wäre, weil man Telekommunikationsdienstleistungen mittels Mietleitungen oder mittels Richtfunk

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