

# TE Vwgh Erkenntnis 2000/6/7 2000/03/0058

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.06.2000

## Index

91/01 Fernmeldewesen;

## Norm

TKG 1997 §22 Abs1 Z2;

TKG 1997 §22 Abs6;

TKG 1997 §22 Abs8;

TKG 1997 §22 Abs9;

TKG 1997 §33;

TKG 1997 §49 Abs8;

## Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn): 2000/03/0053 E 7. Juni 2000 2000/03/0054 E 7. Juni 2000 2000/03/0055 E 7. Juni 2000 2000/03/0056 E 7. Juni 2000 2000/03/0057 E 7. Juni 2000 2000/03/0059 E 7. Juni 2000 2000/03/0060 E 7. Juni 2000 2000/03/0061 E 7. Juni 2000 2000/03/0062 E 7. Juni 2000

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Puck und die Hofräte Dr. Sauberer, Dr. Gall, Dr. Stöberl und Dr. Handstanger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Böheimer, über die Beschwerde der T Aktiengesellschaft in Wien, vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, gegen den Bescheid des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr vom 10. März 2000, Zl. 100 329/IV-JD/00, betreffend Zuteilung von Frequenzen für Richtfunkverteilungssysteme im Frequenzbereich 26 GHz, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie) hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von S 15.000,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Bescheid vom 31. Jänner 2000 wies das Fernmeldebüro für Oberösterreich und Salzburg den Antrag der beschwerdeführenden Partei vom 28. Dezember 1999 auf Zuteilung von Frequenzen für ein Richtfunkverteilungssystem im Frequenzbereich 26 GHz gemäß § 80 Z. 2 in Verbindung mit § 49 Abs. 8 Telekommunikationsgesetz - TKG, BGBl. I Nr. 100/1997, in der geltenden Fassung ab. In der Begründung wurde ausgeführt, dass in der Region Linz-Wels-Steyr durch 17 Antragsteller 32 Anträge auf 28 MHz Frequenzblöcke gestellt worden seien, wobei nur 14 der 28 MHz Blöcke

vergeben werden könnten. Es könne daher nicht allen Anträgen auf Zuteilung von Frequenzen stattgegeben werden. Ferner ging die Behörde davon aus, dass die beschwerdeführende Partei auf dem relevanten Telekommunikationsmarkt marktbeherrschend sei und dass die beantragte Richtfunkstrecke zur Erbringung des Universaldienstes nicht unbedingt erforderlich sei.

Die gegen diesen Bescheid erhobene Berufung wurde mit dem angefochtenen Bescheid gemäß § "64" (richtig: 66) Abs. 4 AVG in Verbindung mit §§ 80 Z. 2 und 49 Abs. 8 TKG in der Fassung BGBl. I Nr. 188/1999 abgewiesen. Die belangte Behörde hielt in der Begründung ihres Bescheides - unter anderem - dem Vorwurf der beschwerdeführenden Partei, § 49 Abs. 8 TKG spreche lediglich von "bevorzugen" und biete keine Grundlage für einen abweisenden Bescheid, entgegen, dass diese Bestimmung keine nähere Aussage über die Art und Weise eine "Bevorzugung" enthalte und auch keine Verfahrensvorschriften festlege. Diese Bestimmung sei daher erst im Zusammenhang mit § 49 Abs. 4 leg. cit., der in Frequenzmangelsituationen die sinngemäße Anwendung der §§ 20 ff anordne, einer Auslegung und in der Folge der Vollziehung zugänglich. Wörtlich heißt es sodann:

"Von den §§ 20 ff ist insbesondere § 22 von Interesse, mit welchem gleichsam die Durchführung einer Auktion angeordnet wird.

Nun kann sicherlich die Bevorzugung der nicht marktbeherrschenden Antragsteller darin bestehen, dass von der marktbeherrschenden Antragstellerin ein höheres Frequenznutzungsentgelt gefordert wird als der Höchstbieter oder ein anderer Bieter zu zahlen bereit sind. Jede derartige Festlegung wäre jedoch willkürlich, da weder in § 49 TKG noch in einer anderen Bestimmung dieses Bundesgesetzes ein Anhaltspunkt für die Gestaltung einer solchen Festlegung gefunden werden kann. Es ist daher nach einer anderen Möglichkeit der Umsetzung dieses Auftrages zur Bevorzugung zu suchen.

In einem herkömmlichen Bewilligungsverfahren könnte eine Bevorzugung auf die Weise bewirkt werden, dass das üblicherweise geltende Prinzip 'first come, first served' durchbrochen wird, um zunächst die zu bevorzugenden Anträge zu bearbeiten und sodann allenfalls noch verbleibende Frequenzen dem nicht zu bevorzugenden Antragsteller zuzuteilen bzw. dessen Antrag abzuweisen. Diese Splitting in zuerst und in nachträglich zu bearbeitende Anträge bedeutet im gegenständlichen Fall, in welchem eine Auktion durchzuführen ist, zunächst die Nichtteilnahme des nicht zu bevorzugenden Antragstellers an der Versteigerung. Bei der vorliegenden Konstellation des Antragstellers bedeutet dies jedoch auch, dass der Berufungswerberin keinesfalls Frequenzen zugeordnet werden können, da nach Durchführung der Versteigerung keine Frequenzen mehr verfügbar sein werden.

Die Behörde I. Instanz hat daher rechtens die einzig vertretbare Art und Weise der Bevorzugung vorgenommen, indem sie den Antrag der Berufungswerberin als zuletzt zu bearbeitenden gereiht hat. Die bereits erfolgte Abweisung des Antrages war die logische Konsequenz dieser Überlegung.

Entgegen der Ansicht der Berufungswerberin ist eine Zurückziehung von Anträgen im Verfahren gemäß § 22 TKG tatsächlich nicht zulässig. Die einzige Veränderung am Antrag, die von § 22 Abs. 6 TKG gestattet wird, ist eine Erhöhung des angebotenen Frequenznutzungsentgeltes. Ein Zurückziehen des Antrages würde jedoch das Vermindern des ursprünglich angebotenen Frequenznutzungsentgeltes (nämlich auf 0) bewirken. Bereits bei wörtlicher Auslegung der gegenständlichen Bestimmung ist daher der Ansicht der Behörde I. Instanz zu folgen, derzufolge eine Zurückziehung des Antrages nicht statthaft ist. Erhärtet wird diese Ansicht aber auch durch eine Auslegung nach dem Sinn des Gesetzes. Zweck des § 22 Abs. 6 TKG ist es nämlich, nach Ende der Ausschreibungsfrist eine stabile Ausgangssituation für die nun folgende Auktion sicherzustellen. Dieser Zweck würde jedoch durch die Möglichkeit des Zurückziehens von Anträgen vereitelt werden."

Über die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde hat der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Akten des Verwaltungsverfahrens durch die belangte Behörde erwogen:

Die im Beschwerdefall maßgebenden Vorschriften der §§ 22 und 49 TKG (in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 26/2000) lauten:

"§ 22. (1) Die Regulierungsbehörde hat die Konzession für konzessionspflichtige Mobilfunkdienste dem Antragsteller zu erteilen, der

1.

die Voraussetzungen nach § 15 Abs. 2 erfüllt und

2.

die effizienteste Nutzung der Frequenzen gewährleistet; dies wird nach Maßgabe des § 21 durch die Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgeltes festgestellt.

(2) Die Regulierungsbehörde hat die Vergabe der Mobilfunkkonzessionen nach den Grundsätzen eines offenen, fairen und nichtdiskriminierenden Verfahrens vorzunehmen. Sie hat die beabsichtigte Vergabe einer Mobilfunkkonzession bei Vorliegen eines Konzessionsansuchens für den betreffenden Dienst sowie bei Bedarf von Amts wegen öffentlich auszuschreiben. Die Konzession kann für bestimmte Dienste und für bestimmte Versorgungsgebiete ausgeschrieben werden, nachdem der Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr damit befasst wurde und zugestimmt hat.

(3) Die Ausschreibung ist im 'Amtsblatt zur Wiener Zeitung' zu veröffentlichen. Dabei ist eine mindestens zweimonatige Frist zu bestimmen, innerhalb derer Anträge auf Erteilung der Konzession gestellt werden können.

(4) Die Ausschreibungsunterlagen haben den Telekommunikationsdienst, für dessen Erbringung die Frequenzen vergeben werden sollen, insbesondere hinsichtlich der wesentlichen technischen und wirtschaftlichen Daten so spezifiziert zu beschreiben sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Antragsunterlagen so festzulegen, dass die Vergleichbarkeit der Anträge sichergestellt ist. Die Regulierungsbehörde kann für die Zurverfügungstellung der Ausschreibungsunterlagen einen Kostenersatz verlangen.

(5) Wesentliche Änderungen der Ausschreibungsbedingungen sind nur zulässig, soweit sich gesetzliche oder für die Republik Österreich verbindliche internationale Vorschriften ändern. Darüber hinaus ist die Behörde berechtigt, die Ausschreibung aus wichtigem Grund aufzuheben oder das Verfahren einzustellen. All das begründet keinen Anspruch auf Entschädigung; Amtshaftungsansprüche bleiben unberührt.

(6) Änderungen der Anträge nach Ablauf der Ausschreibungsfrist sind unzulässig. Dies gilt nicht für eine bereits in der Ausschreibung vorzusehende Möglichkeit der Nachbesserung des angebotenen Frequenznutzungsentgelts bis zu einem in der Ausschreibung festzusetzenden Zeitpunkt. In diesem Fall darf das von den Antragstellern angebotene Frequenznutzungsentgelt ausschließlich erhöht werden.

(7) Die Regulierungsbehörde hat jene Konzessionswerber von dem Konzessionsvergabeverfahren auszuschließen, die die grundsätzlichen Bedingungen, eine Konzession zu erlangen, gemäß § 15 Abs. 2 nicht erfüllen. Dies ist mittels Bescheid festzustellen.

(8) Die Konzession ist jenem Antragsteller zu erteilen, der die effizienteste Nutzung der mit der Konzession verbundenen Frequenzen am besten gewährleistet (Abs. 1 Z. 2).

(9) Die Antragsteller für die Konzession bilden eine Verfahrensgemeinschaft. Die Erteilung und die Abweisungen der Konzession bilden einen einheitlichen Bescheid.

(10) Auf Antrag oder von Amts wegen kann die Regulierungsbehörde eine Anpassung der im Konzessionsbescheid zur Nutzung zugewiesenen Frequenzen vornehmen, wenn diese auf Grund geänderter technischer oder rechtlicher Voraussetzungen im Interesse einer effizienten Frequenznutzung und eines fairen Wettbewerbs zwingend erforderlich ist und die Änderung im Hinblick auf die zur Nutzung zugewiesenen Frequenzen nicht grundsätzlicher Art ist."

"§ 49. (1) Jede Frequenz darf nur auf Grund einer Bewilligung durch die Fernmeldebehörde in Betrieb genommen werden (Betriebsbewilligung). Die Frequenzzuteilung dafür hat nach Maßgabe des Frequenznutzungsplans diskriminierungsfrei auf der Grundlage nachvollziehbarer und objektiver Verfahren zu erfolgen. Die Behörde hat über einen Antrag binnen sechs Wochen zu entscheiden, sofern nicht auf Grund besonderer Umstände, wie der Unvollständigkeit der vom Antragsteller beizubringenden Unterlagen oder notwendiger zusätzlicher Erhebungen eine längere Entscheidungsfrist notwendig ist.

(2) Frequenzen sind zur Nutzung zuzuteilen, wenn sie

1. für die vorgesehene Nutzung im Frequenznutzungsplan ausgewiesen sind,

2.

verfügbar sind und

3.

die Verträglichkeit mit anderen Frequenzunterlagen gegeben ist.

(3) Durch Verordnung hat der Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr die näheren Bestimmungen über die Frequenznutzung und die Frequenzzuteilung, insbesondere über die für die Zuteilung erforderlichen Voraussetzungen festzulegen.

(4) Ergibt sich aus dem Frequenznutzungsplan und auf Grund der Marktgegebenheiten, dass für einzelne öffentliche Nutzungsarten ein Frequenzmangel besteht, so ist die Zuteilung zur Frequenznutzung unter sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen der §§ 20 ff. vorzunehmen

(5) In der Frequenzzuteilung sind Art und der Umfang der Frequenznutzung festzulegen, soweit dies für die möglichst effiziente und störungsfreie Nutzung der Frequenzen und die Verträglichkeit mit anderen Frequenznutzungen erforderlich ist. Dazu gehören jedenfalls der Standort, die Kanalbandbreite, das Modulationsverfahren, die Sendeleistung, die Feldstärkegrenzwerte und deren geographische und zeitliche Verteilung sowie Nutzungsbeschränkungen.

(6) Die Frequenzzuteilung lässt auf Grund anderer Rechtsvorschriften bestehende Verpflichtungen zur Einhaltung gesetzlicher, technischer oder betrieblicher Anforderungen unberührt.

(7) Die Zuteilung von Frequenzen für den Betrieb von Funkanlagen, die öffentlichen Zwecken dienen, hat bevorzugt zu erfolgen, soweit dies zur Besorgung der Aufgaben des Antragstellers notwendig ist.

(8) Bei der Zuteilung von Frequenzen für Richtfunkstrecken ist, sofern wegen Frequenzmangels nicht allen Anträgen stattgegeben werden kann, der Antragsteller zu bevorzugen, der auf dem relevanten Telekommunikationsmarkt nicht marktbeherrschend im Sinne des § 33 ist, es sei denn die beantragte Richtfunkstrecke ist in diesem Fall zur Erbringung des Universaldienstes unbedingt erforderlich.

(9) Durch die Zuteilung der Frequenzen wird keine Gewähr für die Qualität der Funkverbindung übernommen.

(10) Für Frequenzen, die im Frequenznutzungsplan für freizügige Nutzung vorgesehen sind, ist keine gesonderte Frequenzzuteilung zu beantragen, wenn die für den Betrieb eingesetzten Funksendeanlagen eine entsprechende Zulassung besitzen, oder generell zugelassen sind.

(11) Eine Frequenzzuteilung kann widerrufen werden, wenn die zugeteilte Frequenz nicht längstens innerhalb von sechs Monaten nach erfolgter Zuteilung im zugeteilten Sinn genutzt oder eine begonnene Nutzung für mehr als sechs Monate eingestellt wird.

(12) Die Zuteilung von Frequenzen, die zur Erbringung von öffentlichen Mobilkommunikationsdiensten vorgesehen sind, erfolgt durch eine Konzession gemäß dem Verfahren in §§ 20 ff.

(13) Alle Frequenzen dürfen nur befristet zugeteilt werden. Die Befristung hat sachlich und wirtschaftlich angemessen zu sein."

Auf Grund des § 49 Abs. 3 TKG erging die Verordnung des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr über die Frequenzzuteilung und Frequenznutzung für Richtfunkverteilssysteme im Frequenzbereich 26 GHz

(26 GHz-Richtfunkverteilssysteme-Verordnung - RFVVO), BGBl. II Nr. 318/1999. § 5 Abs. 1 dieser Verordnung bestimmt, dass die Zuteilung von Frequenzblöcken, die gemäß § 3 Abs. 2 für kommerzielle Nutzung durch Netzbetreiber zur Verfügung stehen, durch die Fernmeldebehörde unter sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen der §§ 20 ff TKG erfolgt.

Die beschwerdeführende Partei macht - unter anderem - geltend, dass die belangte Behörde die Bestimmung des § 22 Abs. 9 TKG außer Acht gelassen habe, auf Grund der die "Einzel-Vorweg-Abweisung" eines Frequenzzuteilungsantrages unzulässig sei. Schon mit diesem Einwand ist sie im Recht:

Es trifft zwar zu, dass § 49 Abs. 8 TKG mit den gemäß § 49 Abs. 4 TKG sinngemäß anzuwendenden Bestimmungen des § 22 TKG insoweit in einem Spannungsverhältnis steht, als der Grundsatz des § 22 Abs. 8 in Verbindung mit Abs. 1 Z. 2, wonach die Frequenzen jenem Antragsteller zu erteilen sind, der deren effizienteste Nutzung am besten gewährleistet, was nach Maßgabe des § 21 durch die Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgelts festgestellt wird, durch § 49 Abs. 8 als *lex specialis* durchbrochen wird. Der Verwaltungsgerichtshof vermag jedoch nicht zu erkennen, warum § 49 Abs. 8 TKG auch der sinngemäßen Anwendung von § 22 Abs. 9 *leg. cit.* entgegenstehen sollte. Die im § 49 Abs. 8 TKG

angeordnete "Bevorzugung" eines Anbieters, der auf dem relevanten Telekommunikationsmarkt nicht marktbeherrschend im Sinne des § 33 ist, erfordert keineswegs, dass ein auf dem relevanten Telekommunikationsmarkt marktbeherrschender Antragsteller von vornherein von einem Verfahren nach § 22 TKG ausgeschlossen werden muss. Es spricht vielmehr nichts dagegen, diese "Bevorzugung" im Rahmen des nach § 22 Abs. 9 TKG zu erlassenden einheitlichen Bescheides vorzunehmen. Dem - nicht zum Zug gekommenen - marktbeherrschenden Antragsteller bliebe in diesem Fall etwa die Möglichkeit gewahrt, im Wege der Berufung das Vorliegen von Zuteilungshindernissen hinsichtlich anderer Anträge und damit die Unzulässigkeit der Berücksichtigung solcher Anträge geltend zu machen, wodurch der Annahme eines für die Anwendung von § 49 Abs. 8 TKG erforderlichen Frequenzmangels allenfalls der Boden entzogen werden könnte.

Darüber hinaus vermag der Verwaltungsgerichtshof die Ansicht der belangten Behörde nicht zu teilen, dass § 22 Abs. 6 TKG eine Zurückziehung von Anträgen nicht gestatte. Dass - wie die belangte Behörde meint - ein Zurückziehen des Antrages - lediglich - eine Verminderung des angebotenen Frequenznutzungsentgelts auf Null bewirke, trifft nicht zu. Das Zurückziehen eines Antrages hat vielmehr zur Folge, dass der Antrag als solcher zur Gänze aus dem Verfahren ausscheidet und keiner meritorischen Erledigung mehr zugeführt werden kann. Demgegenüber bleibt ein geänderter Antrag weiterhin - wenn auch mit anderem Inhalt - Gegenstand des Verfahrens. Das Zurückziehen von Anträgen kann daher nicht dem Begriff der "Änderungen der Anträge" im § 22 Abs. 6 erster Satz TKG unterstellt werden. Im Übrigen ist für den Verwaltungsgerichtshof nicht erkennbar, dass die Möglichkeit des Zurückziehens von Anträgen mit einem ordnungsgemäßen Ablauf des Verfahrens nach § 22 TKG unvereinbar wäre, wenngleich eine solche Möglichkeit - ohne jegliche Sicherstellung der Ernsthaftigkeit des Angebotes - wohl als unzweckmäßig und, gemessen an ähnlichen wirtschaftlichen Verfahrensweisen, als unüblich bewertet werden muss und vom Gesetzgeber der Novelle zum TKG BGBl. I Nr. 26/2000 offenbar auch als unbefriedigend angesehen wurde. Nach dieser Novelle ist nunmehr im § 49a Abs. 5 zweiter Satz nämlich vorgesehen, dass "Änderungen und Zurückziehen der Anträge nach Ablauf der Ausschreibungsfrist" unzulässig sind, wobei dies nach § 49a Abs. 5 dritter Satz leg. cit. nicht für die Nachbesserung der Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgeltes gilt. Auch wurde im § 49a Abs. 7 in der Fassung der genannten Novelle angeordnet, dass geeignete Sicherstellungen für die Gebote zu bestimmen sind. Angesichts des klaren Wortlautes der im Beschwerdefall noch anzuwendenden Regelung in der Fassung vor der zitierten Novelle ist deren Neufassung freilich nicht als eine normlose Klarstellung des bereits bisher Geregelter, sondern als eine Änderung der bisherigen Rechtslage dahingehend aufzufassen, dass die bis zur Novellenfassung zulässige Antragszurückziehung nach Ablauf der Ausschreibungsfrist seither nicht mehr zulässig ist. Die Bestimmung des § 22 Abs. 6 erster Satz TKG alte Fassung - § 22 wurde durch die erwähnte Novelle aufgehoben - ändert daher nichts am allgemeinen Grundsatz, dass Anträge in jeder Lage des Verfahrens bis zur Erlassung des Bescheides zurückgezogen werden können (vgl. das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 1994, Zlen. 91/17/0070, 91/17/0126). Solange aber ein Zurückziehen von Anträgen zulässig ist, steht nicht endgültig fest, ob im Sinne des § 49 Abs. 8 TKG "wegen Frequenzmangels nicht allen Anträgen stattgegeben werden kann".

Diese Rechtslage verkannte die belangte Behörde, sodass ihr Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben war. Ein Eingehen auf das weitere Vorbringen in der Beschwerde erübrigte sich.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

Wien, am 7. Juni 2000

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2000:2000030058.X00

**Im RIS seit**

03.04.2001

**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)