

Verwaltungsgerichtshof

ZI 2013/03/0149-18

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Beck und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Lehofer, Mag Nedwed und Mag Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der T GmbH in W, vertreten durch Lichtenberger & Partner Rechtsanwälte in 1010 Wien, Wollzeile 17, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 19. November 2013, ZI F 1/11-283, betreffend Zuteilung von Frequenzen nach dem TKG 2003 (mitbeteiligte Parteien: 1. A AG in W, vertreten durch Privatdozent DDr. Christian F. Schneider, Rechtsanwalt in 1220 Wien, ARES Tower, Donau-City-Straße 11; 2. H GmbH in W, vertreten durch Mag. Dr. Bertram Burtscher, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Seilergasse 16; weitere Partei: Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie), zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von € 610,60 und der erstmitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde gemäß § 55 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr 70/2003 idF BGBl I Nr 96/2013 (TKG 2003), der beschwerdeführenden Partei sowie den mitbeteiligten Parteien Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 900 MHz und 1800 MHz zugeteilt. Zugleich hat die belangte Behörde das jeweils zu entrichtende Frequenznutzungsentgelt gemäß § 55 Abs 1 TKG 2003 festgesetzt und gemäß § 76 AVG iVm § 55 Abs 11 TKG 2003

(4. Dezember 2014)

die Barauslagen bestimmt. Der Spruch des angefochtenen Bescheides lautet wie folgt:

"1. Der [erstmitbeteiligten Partei] werden folgende Frequenzen zur exklusiven Nutzung im gesamten Bundesgebiet zugeteilt:

Bereich 800 MHz:

Das Nutzungsrecht besteht ab Rechtskraft des Bescheides bis 31.12.2029 an 2 x 20 MHz (791-811 MHz Downlink; 832-852 MHz Uplink).

Mit der Zuteilung der Nutzungsrechte im Bereich 800 MHz ist für die A AG die Versorgungsverpflichtung gemäß Punkt 4.1.1 Ziffer 3 der Anlage 1 dieses Bescheides verbunden (Kategorie A3).

Bereich 900 MHz:

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2016 bis 31.12.2034 an 2 x 10 MHz (900-910 MHz Uplink; 945-955 MHz Downlink).

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2016 bis 31.12.2017 an 2 x 4,1 MHz (910-914,1 MHz Uplink; 955-959,1 MHz Downlink).

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2018 bis 31.12.2034 an 2 x 5 MHz (910-915 MHz Uplink; 955-960 MHz Downlink).

Bereich 1800 MHz:

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2016 bis 31.12.2019 an 2 x 12,7 MHz (1710-1722,7 MHz Uplink; 1805-1817,7 MHz Downlink).

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2016 bis 31.12.2017 an 2 x 2,8 MHz (1731,3-1734,1 MHz Uplink; 1826,3-1829,1 MHz Downlink).

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2018 bis 31.12.2019 an 2 x 3,7 MHz (1731,3-1735 MHz Uplink; 1826,3-1830 MHz Downlink).

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2018 bis 31.12.2019 an 2 x 10 MHz (1760-1770 MHz Uplink; 1855-1865 MHz Downlink).

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2020 bis 31.12.2034 an 2 x 35 MHz (1750-1785 MHz Uplink; 1845-1880 MHz Downlink).

Die zur Anwendung kommenden Nutzungsbedingungen für die zugeteilten Frequenzbereiche sind aus Anlage 1 ersichtlich.

Das Frequenznutzungsentgelt wird gemäß § 55 Abs 1 TKG 2003 mit EUR 1.029.895.738,-- (keine USt enthalten) festgesetzt. Dieser Betrag ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides [...] zu entrichten.

2. Der [zweitmitbeteiligten Partei] werden folgende Frequenzen zur exklusiven Nutzung im gesamten Bundesgebiet zugeteilt:

Bereich 900 MHz:

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2016 bis 31.12.2034 an 2 x 5 MHz (895-900 MHz Uplink; 940-945 MHz Downlink).

Bereich 1800 MHz:

Das Nutzungsrecht besteht ab Rechtskraft des Bescheides bis 31.12.2017 an 2 x 3,5 MHz (1781,5-1785 MHz Uplink; 1876,5-1880 MHz Downlink).

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2016 bis 31.12.2017 an 2 x 3 MHz (1755,1-1758,1 MHz Uplink; 1850,1-1853,1 MHz Downlink).

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2018 bis 31.12.2019 an 2 x 4,9 MHz (1755,1-1760 MHz Uplink; 1850,1-1855 MHz Downlink).

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2018 bis 31.12.2019 an 2 x 15 MHz (1770-1785 MHz Uplink; 1865-1880 MHz Downlink).

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2020 bis 31.12.2034 an 2 x 20 MHz (1730-1750 MHz Uplink; 1825-1845 MHz Downlink).

Die zur Anwendung kommenden Nutzungsbedingungen für die zugeteilten Frequenzbereiche sind aus Anlage 1 ersichtlich.

Das Frequenznutzungsentgelt wird gemäß § 55 Abs 1 TKG 2003 mit EUR 330.082.913,-- (keine USt enthalten) festgesetzt. Dieser Betrag ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides [...] zu entrichten.

3. Der [beschwerdeführenden Partei] werden folgende Frequenzen zur exklusiven Nutzung im gesamten Bundesgebiet zugeteilt:

Bereich 800 MHz:

Das Nutzungsrecht besteht ab Rechtskraft des Bescheides bis 31.12.2029 an 2 x 10 MHz (811-821 MHz Downlink; 852-862 MHz Uplink).

Bereich 900 MHz:

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2016 bis 31.12.2017 an 2 x 1,7 MHz (883,3-885 MHz Uplink; 928,3-930 MHz Downlink).

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2018 bis 31.12.2034 an 2 x 5 MHz (880-885 MHz Uplink; 925-930 MHz Downlink).

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2016 bis 31.12.2034 an 2 x 10 MHz (885-895 MHz Uplink; 930-940 MHz Downlink).

Bereich 1800 MHz:

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2016 bis 31.12.2017 an 2 x 4,4 MHz (1739,7-1744,1 MHz Uplink; 1834,7-1839,1 MHz Downlink).

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2018 bis 31.12.2019 an 2 x 9,1 MHz (1735-1744,1 MHz Uplink; 1830-1839,1 MHz Downlink).

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2016 bis 31.12.2019 an 2 x 2,8 MHz (1747,7-1750,5 MHz Uplink; 1842,7-1845,5 MHz Downlink).

Das Nutzungsrecht besteht von 01.01.2020 bis 31.12.2034 an 2 x 20 MHz (1710-1730 MHz Uplink; 1805-1825 MHz Downlink).

Die zur Anwendung kommenden Nutzungsbedingungen für die zugeteilten Frequenzbereiche sind aus Anlage 1 ersichtlich.

Das Frequenznutzungsentgelt wird gemäß § 55 Abs 1 TKG 2003 mit EUR 654.482.816,-- (keine USt enthalten) festgesetzt. Dieser Betrag ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides [...] zu entrichten.

4. Gemäß § 76 AVG iVm § 55 Abs 11 TKG 2003 werden die Barauslagen mit EUR 216.499,74 (inkl USt) bestimmt. Die Barauslagen sind von den Antragstellern anteilig zu tragen. Die auf die Unternehmen anfallenden Kosten betragen:

Für [die erstmitbeteiligte Partei]: EUR 72.166,58 (inkl 20% USt)

Für [die zweitmitbeteiligte Partei]: EUR 72.166,58 (inkl 20% USt)

Für [die beschwerdeführende Partei]: EUR 72.166,58 (inkl 20% USt)

Die Barauslagen sind von den Frequenzinhabern binnen vier Wochen nach Zustellung des Bescheides [...] zu entrichten."

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass sie mit Beschluss vom 16. Juni 2011 ein Verfahren zur Vergabe von Frequenzen aus den Bereichen 800 MHz ("digitale Dividende") und 900 MHz eingeleitet habe. Nach Durchführung einer öffentlichen Konsultation habe sich folgendes Bild gezeigt: Die überwiegende Mehrzahl der Konsultationsteilnehmer habe explizit den Vorschlag unterstützt, die Frequenzen der digitalen Dividende gemeinsam mit Frequenzen aus dem Bereich 900 MHz zu versteigen. Darüber hinaus seien von mehreren Betreibern valide ökonomische Argumente vorgebracht worden, auch die Frequenzen aus dem Bereich 1800 MHz gleichzeitig mit jenen in den Bereichen 800 MHz und 900 MHz zu

vergeben. Die vorgebrachten Argumente sowie die vorliegenden Informationen über die in diesen Bändern aller Wahrscheinlichkeit nach zum Einsatz kommenden Technologien und dem daraus abgeleiteten Frequenzbedarf hätten Anlass zu einer Neubewertung durch die belangte Behörde gegeben, mit dem Ergebnis, eine gemeinsame Vergabe aller drei Bänder vorzusehen, insbesondere um die mit den Werteinterdependenzen verbundenen Risiken für die betroffenen Bieter in der Auktion zu reduzieren. Seitens der Betreiber sei eine eindeutige Präferenz für die Versteigerung einzelner 2x5 MHz Blöcke gegenüber der Vergabe vordefinierter breiter Frequenzpakete artikuliert worden.

Die belangte Behörde habe in weiterer Folge am 19. September 2011 das gegenständliche Vergabeverfahren um Frequenzen aus dem Bereich 1800 MHz erweitert sowie die Verwendung der kombinatorischen Clock-Auktion als Auktionsformat festgelegt. In der Folge habe die belangte Behörde beschlossen, auf Grund der damals geplanten Übernahme von O durch die zweitmitbeteiligte Partei die Veröffentlichung der Ausschreibungsunterlagen zu verschieben. Dieses Zusammenschlussverfahren sowie damit zusammenhängende weitere Verfahren seien Ende 2012 abgeschlossen worden.

Mit Schreiben vom 15. Februar 2013 seien seitens der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie die technischen Nutzungsbedingungen für die Frequenzbereiche 800/900/1800 MHz übermittelt worden. Nach Zustimmung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie sei die Ausschreibung am 18. März 2013 auf der Website der RTR-GmbH sowie am 19. März 2013 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung erfolgt. Das Ende der Ausschreibungsfrist sei mit 10. Juni 2013 festgelegt worden.

Bis zum Ende der Ausschreibungsfrist seien Anträge auf Zuteilung der verfahrensgegenständlichen Frequenzen von der beschwerdeführenden Partei sowie den beiden mitbeteiligten Parteien eingelangt. Da die Voraussetzungen bei sämtlichen Antragstellern vorgelegen seien, seien diese in der Sitzung der belangten Behörde vom 24. Juni 2013 zur Auktion zugelassen worden. Den Antragstellern

seien die Verfahrensordnung gemäß § 55 Abs 9 TKG 2003, die Termine für theoretische und praktische Bieterschulungen sowie ein Benutzerhandbuch zur Auktionssoftware übermittelt worden. Die theoretischen und praktischen Bieterschulungen seien im Zeitraum zwischen 8. Juli 2013 und 19. Juli 2013 mit allen Antragstellern getrennt abgehalten worden.

Die Auktion habe mit der ersten Clockrunde am 9. September 2013 um 13.00 Uhr begonnen. Der Zeitraum zwischen Ausschreibung und Beginn der Auktion habe sich aus der Überlegung der Regulierungsbehörde ergeben, den Bietern insgesamt zumindest fünf Monate Vorbereitungszeit für die Auktion zu geben. Mit Schreiben vom 22. Oktober 2013 sei den Antragstellern das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens zur Stellungnahme übermittelt worden. Gleichzeitig seien den Antragstellern die im Rahmen des Verfahrens angefallenen Kosten, welche ihnen vorgeschrieben würden, ebenfalls mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt worden.

Am 11. November 2013 seien Vertreter der drei Antragsteller im Rahmen einer mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde angehört worden. Die hierzu verfasste Niederschrift sei vor Ort verlesen worden und die belangte Behörde habe den Schluss des Ermittlungsverfahrens verkündet.

Die belangte Behörde stellte folgenden Sachverhalt fest:

"B. Festgestellter Sachverhalt

B.1) Im Vergabeverfahren wurde unter Berücksichtigung der Ergebnisse des Zusammenschlussverfahrens für einen etwaigen, bisher im österreichischen Mobilfunksektor noch nicht tätigen Betreiber ('Neueinsteiger') Frequenzen im Bereich 800 MHz (2 x 10 MHz) reserviert. Diese wären im Falle eines Antrages im Rahmen einer 'Vorauktion' zur Vergabe zur Verfügung gestanden. Mangels Antrages eines Neueinsteigers wurde jedoch keine Vorauktion durchgeführt. Das reservierte Spektrum wurde daher in das in der Hauptauktion zu vergebende Spektrum übernommen und stand somit in der Hauptauktion zur Vergabe zur Verfügung.

B.2) Bei sämtlichen Antragstellern handelt es sich um Unternehmen, die jedenfalls über ausreichend Erfahrung im Kommunikationsbereich und die technischen Voraussetzungen für die Erbringung der geplanten Dienste verfügen.

Auch die erforderlichen wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Erbringung der mit den gegenständlichen Frequenzen geplanten Dienste liegen vor.

B.3) Für die Umsetzung des von der Telekom-Control-Kommission beschlossenen Auktionsdesigns und der Programmierung der darauf basierenden Software wurden externe Berater hinzugezogen. Die Entscheidungen betreffend die Auswahl eines geeigneten Auktionsformats, des Auktionsdesigns, die Festlegung der Auktionsregeln sowie die Stückelung der Frequenzen wurden in Abstimmung mit einem führenden Beratungsunternehmen (D Ltd, London) getroffen. Die Umsetzung in Form der Programmierung der Auktionssoftware sowie die technische Überwachung der Auktion erfolgte durch die A OG. Überdies wurde die Korrektheit der Software-Implementierung durch das S Institute verifiziert.

B.4) Gemäß dem in der Verfahrensordnung festgelegten Auktionsdesign wurde die Auktion als kombinatorische Clockauktion durchgeführt. Dieses Verfahren kam in Österreich bereits im Jahr 2010 im Rahmen der Vergabe von Frequenzen im Bereich 2,6 GHz sowie im Jahr 2013 bei der Vergabe von Frequenzen im Bereich 450 MHz, aber auch bei (Multiband-)Auktionen in anderen Ländern, wie beispielsweise jüngst in der Schweiz, den Niederlanden oder in Irland zum Einsatz. Im Vergleich zu dem im Rahmen der Vergabe von Frequenzen im Bereich 2,6 GHz verwendeten Auktionsdesign waren aufgrund der höheren Komplexität, der geänderten gesetzlichen Regelungen zum Mindestgebot und den spezifischen Umständen nach der Übernahme von O durch [die zweitmitbeteiligte Partei] einige Anpassungen erforderlich. Die Transparenz (Bekanntgabe von Informationen am Beginn jeder Auktionsrunde) wurde im Vergleich zur 2,6 GHz-Vergabe erhöht, jedoch im Vergleich zu den jüngst in Europa durchgeführten kombinatorischen Clockauktionen aufgrund des Kollusionsrisikos restriktiver gehandhabt.

B.5) Die Auktion wurde am 09.09.2013 um 13:00 Uhr mit der 1. Runde der Clockphase gestartet. Die Clockphase erstreckte sich über 72 Runden, in denen die Bieter insgesamt 216 Gebote abgaben. Ab Runde 39 wurde seitens der Regulierungsbehörde den Bietern der jeweils bestehende Nachfrageüberschuss vor jeder Runde bekanntgegeben. Nachdem der Nachfrageüberhang weitgehend abgetragen war, wurde das Mindestinkrement von fünf auf zwei Prozent abgesenkt. Die Clockphase endete mit Runde 72 am 03.10.2013 (bei Clockpreisen in der Höhe von gesamt ca EUR 2 Mrd). Zu diesem Zeitpunkt lag der effektive Auktionserlös auf Grund der Preisregel ('minimum core pricing rule', im Verfahren auch als 'modifizierte Second-Price-Regel' bezeichnet) bei ca EUR 770 Mio. Zwei Frequenzblöcke wären unverkauft geblieben, wenn die Bieter keine weiteren Gebote in der verdeckten Bietphase abgegeben hätten.

B.6) Die verdeckte Bietphase begann am 08.10.2013 um 09:00 Uhr, erstreckte sich über 30 Stunden und endete somit am 09.10.2013 um 15:00 Uhr. Die Bieter konnten während dieser Phase ihre Zusatzgebote abgeben. Im Rahmen der verdeckten Bietphase wurden mehr als 4.000 Gebote übermittelt. Mehr als 65%

dieser Zusatzgebote legten die Bieter für die gemäß den Auktionsregeln größtmöglichen Kombinationen von Frequenzblöcken. Die Bieter schöpften für diese großen Pakete die in der verdeckten Bietphase bestehenden Preisbeschränkungen annähernd zu 100% aus. Hingegen schöpften sie die Preisbeschränkungen für kleinere Pakete teilweise nur zu 60% bis 70% aus. Nach Abschluss der verdeckten Bietphase erfolgte die Gewinner- und Preisermittlung. Alle drei Bieter waren erfolgreich. Die Summe der Gewinnergebote beläuft sich auf ca EUR 3,9 Mrd, die Summe der Basispreise auf ca EUR 2,01 Mrd. Im Anschluss folgte die Vergabephase.

B.7) Die beiden Bietrunden der Zuordnungsphase fanden am 17.10.2013 sowie am 21.10.2013 statt. Der alleinige Erlös der Zuordnungsphase beläuft sich auf ca EUR 1,5 Mio.

B.8) Das Gesamtergebnis der Auktion stellt sich folgendermaßen dar:

Die Auktion hat insgesamt EUR 2.014.461.467- Erlöst. Es wurden alle zur Vergabe gelangten Frequenzblöcke versteigert, wobei sich die Angaben betreffend 900 MHz und 1800 MHz auf die Nutzungsrechte ab 01.01.2018 (900 MHz) und 01.01.2020 (1800 MHz beziehen).

Bieter	Frequenzen	Betrag in EUR
A AG	800 MHz: 2 x 20 MHz 900 MHz: 2 x 15 MHz 1800 MHz: 2 x 35 MHz	1.029.895.738.--
T GmbH	800 MHz: 2 x 10 MHz 900 MHz: 2 x 15 MHz 1800 MHz: 2 x 20 MHz	654.482.816.--
H GmbH	900 MHz: 2 x 5 MHz 1800 MHz: 2 x 20 MHz	330.082.913.--
Gesamt	800 MHz: 2 x 30 MHz 900 MHz: 2 x 35 MHz 1800 MHz: 2 x 75 MHz	2.014.461.467.--

Tabelle 1: Gesamtergebnis der Auktion

B.9) Die Laufzeiten (Nutzungsbeginn und Nutzungsdauer) der einzelnen Frequenzblöcke stellen sich wie in den Spruchpunkten 1 bis 3 sowie unter Punkt 1.2 der Anlage 1 dieses Bescheides ersichtlich dar. Die Versorgungsaufgaben wurden bereits in der Ausschreibungsunterlage unter Bedachtnahme auf die politischen Ziele hinsichtlich der Versorgung des ländlichen Raums, wie unter Punkt 4 der Anlage 1 dieses Bescheides ersichtlich festgelegt.

B.10) Im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens sind der Regulierungsbehörde Barauslagen in der Höhe von insgesamt EUR 216.499,74 (inkl USt) hinsichtlich folgender Unternehmen entstanden:

- a OG: EUR 99.408.-- (inkl USt)
- D Ltd: EUR 83.714,93
- N AG: EUR 9.265,20 (inkl USt)
- Te GmbH: EUR 3.715,42 (inkl USt)
- S institute: EUR 20.000.--
- Com GmbH: EUR 298,33 (inkl USt)
- Con GmbH: EUR 97,86 (inkl USt)

B.11) Um eine wettbewerbliche Marktstruktur sicherzustellen und eine Monopolisierung des Spektrums zu verhindern, wurden Spektrumsbeschränkungen für die Vergabephase der Auktion festgelegt. Bieter durften in der Vergabephase der Auktion keine (kombinatorischen) Paketgebote abgeben, die

- mehr als 2x70 MHz an Spektrum beinhalteten, dh ein Paketgebot durfte maximal 14 Frequenzblöcke (und ein Paketgebot des Gewinners der Vorauktion maximal 12 Frequenzblöcke) aus den Kategorien A1, A2, A3, B1, B2, B3, C1, C2 und C3 enthalten;

- mehr als 2x35 MHz an Spektrum unterhalb von 1GHz beinhalteten, dh ein Paketgebot durfte maximal 7 Frequenzblöcke (und ein Paketgebot des Gewinners der Vorauktion maximal 5 Frequenzblöcke) in den Kategorien A1, A2, A3, B1, B2 und B3 enthalten;

- mehr als 2x20 MHz an Spektrum im 800 MHz Band beinhalteten, d.h. ein Paketgebot durfte maximal 4 Frequenzblöcke (und ein Paketgebot des Gewinners der Vorauktion maximal 2 Frequenzblöcke) in den Kategorien A1, A2 und A3 enthalten;

- mehr als 2x30 MHz an Spektrum im 900 MHz Band beinhalteten, d.h. ein Paketgebot durfte maximal 6 Frequenzblöcke in den Kategorien B1, B2 und B3 enthalten."

Zur Beweiswürdigung führte die belangte Behörde aus, dass sich die getroffenen Feststellungen auf den Inhalt des Verfahrensaktes stützten. Die Feststellungen über das Vorliegen der wirtschaftlichen und technischen Voraussetzungen beruhten auf den Informationen der Antragsteller, wobei kein Grund bestanden habe, an der Richtigkeit der von den Unternehmen vorgelegten Unterlagen zu zweifeln. Die Feststellungen hinsichtlich der im Rahmen der Auktion abgegebenen Gebote ergäben sich aus den Bietprotokollen der Auktionssoftware;

diese seien von den an der Auktion beteiligten Unternehmen nicht in Zweifel gezogen worden. Die Feststellungen hinsichtlich des Auktionsdesigns, der Auktionsregeln sowie des Auktionsablaufs gründeten sich ebenfalls auf den schlüssigen Inhalt des Verfahrensaktes.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde - nach Darlegung der Zuständigkeit der belangten Behörde sowie des Vorliegens der Voraussetzungen gemäß § 55 Abs 2 Z 2 TKG 2003 - zur Ermittlung des Frequenznutzungsentgelts ("Auktion") im Wesentlichen Folgendes aus:

Gemäß § 55 Abs 2 TKG 2003 habe die Regulierungsbehörde die Zuteilung von Frequenzen entsprechend den Grundsätzen eines offenen, fairen und nicht diskriminierenden Verfahrens sowie nach Maßgabe der ökonomischen Effizienz durchzuführen. Weiters seien gemäß § 55 Abs 4 Z 1 TKG 2003 in den Ausschreibungsunterlagen die Grundsätze des Verfahrens zur Ermittlung des höchsten Frequenznutzungsentgelts darzustellen.

§ 55 Abs 9 TKG 2003 gebiete, dass die Regulierungsbehörde geeignete Regeln für die Ermittlung des höchsten Gebots mittels Verfahrensanordnung festzulegen habe. Diese Regeln hätten den Grundsätzen nach § 55 Abs 2 erster Satz und Abs 4 Z 1 TKG 2003 zu entsprechen sowie dem Verwendungszweck der zuzuteilenden Frequenzen (§ 55 Abs 3 Z 2 TKG 2003) Rechnung zu tragen.

§ 55 Abs 11 TKG 2003 sehe vor, dass die Regulierungsbehörde in jedem Stadium des Verfahrens nicht nur Sachverständige, sondern auch "Berater" beiziehen könne. Zur Beratung sei ein zur Frequenzauktion in Europa führendes Beratungsunternehmen (D Ltd. London) beauftragt worden, für die Multiband-Auktion geeignete Auktionsverfahren vorzuschlagen sowie Optionen für eine Stückelung der Frequenzblöcke zu erarbeiten. Die Empfehlung von D habe auf den Informationen über die verfügbaren Frequenzen basiert, weiters auf den in diesen Bändern aller Wahrscheinlichkeit nach zum Einsatz kommenden Technologien und dem daraus abgeleiteten Frequenzbedarf potenzieller Bieter, der

Analyse potenziell geeigneter Auktionsdesigns unter detaillierter Betrachtung von spezifischen Kritikpunkten und kombinatorischen Auktionsverfahren wie der bei der Vergabe von Frequenzen im Bereich 2,6 GHz in Österreich eingesetzten kombinatorischen Clock-Auktion.

Die belangte Behörde habe die RTR-GmbH als ihren Geschäftsapparat mit der Erstellung eines Entwurfs für ein geeignetes Auktionsdesign und von Auktionsregeln beauftragt. Dies sei seitens der RTR-GmbH unter Beiziehung der D erfolgt. Die Entscheidungen über das Auktionsdesign und seine konkrete Ausgestaltung seien von der belangten Behörde auf Grund von zahlreichen Beratungen mit der RTR-GmbH getroffen worden.

Das so entwickelte Verfahren zur Ermittlung des höchsten Frequenznutzungsentgelts müsse bestimmten rechtlichen Voraussetzungen entsprechen. Darüber hinaus sei eine weitergehende Einbindung der antragstellenden Gesellschaften, eine besondere Stellungnahmemöglichkeit für Antragsteller oder ein Einsichtsrecht in bestimmte Korrespondenzen außerhalb dieses Verfahrens nicht erforderlich. Soweit vorgebracht worden sei, die belangte Behörde sei mangelhaft beraten worden, sei festzuhalten, dass die belangte Behörde bereits langjährige Erfahrung mit der Abwicklung von Frequenzauktionen habe. Alle bislang - mit Unterstützung der RTR-GmbH als Geschäftsapparat - durchgeführten Auktionen seien hinsichtlich der technischen und operativen Durchführung (Software, Schulung, Auktionsprozess etc) fehlerfrei gewesen und es sei bislang auch keine diesbezügliche Kritik seitens der Teilnehmer geäußert oder rechtsfehlerhaftes Verhalten vorgeworfen worden. Daher habe sich die belangte Behörde entschieden, auch diese Auktion operativ selbst abzuwickeln.

Zum Auktionsformat führte die belangte Behörde Folgendes aus:

"Entsprechend der - mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 24.06.2013 festgelegten und am 25.06.2013 den Parteien übermittelten - Verfahrensordnung wurde die Auktion als kombinatorische Clockauktion (in Folge: CCA) durchgeführt.

Die zum Einsatz kommenden Technologien legen einen Kanalaraster von 2x5 MHz für alle zur Vergabe anstehenden Bänder nahe, dh die von den Bietern erworbenen Frequenzen sollten jeweils ein Vielfaches von 2x5 MHz sein. Um dem unterschiedlichen Frequenzbedarf der verschiedenen Nutzer bestmöglich Rechnung zu tragen, ist eine Vergabe in der Form von 2x5 MHz-Blöcken sinnvoll. Um eine Zuweisung zusammenhängender Frequenzblöcke sicherzustellen, sollten diese Blöcke, soweit möglich, zunächst abstrakt angeboten werden, und die Zuweisung spezifischer Frequenzen dann in einen zweiten Schritt erfolgen.

Eine solche Stückelung erfordert den Einsatz eines kombinatorischen Verfahrens. Nur ein Auktionsdesign, in dem Bieter auf Pakete von Frequenzblöcken bieten können und solche Pakete entweder zur Gänze oder gar nicht gewinnen, eliminiert das Aggregationsrisiko (das Risiko, am Ende der Auktion eine unerwünschte Kombination von Frequenzblöcken zu erhalten), das ansonsten mit einer flexiblen Stückelung des verfügbaren Spektrums verbunden wäre. Andernfalls bestünde das Risiko einer ökonomisch ineffizienten Zuteilung (was im Widerspruch zum TKG 2003 steht, wonach die Vergabe nach Maßgabe der ökonomischen Effizienz zu erfolgen hat). Dies legt den Einsatz einer CCA nahe. Die CCA ist das bei Frequenzauktionen primär eingesetzte kombinatorische Auktionsformat und basiert auf fundierten theoretischen Grundlagen (vgl dazu *University Press; Cramton, Peter, Yoav Shoham, and Richard Steinberg (2006), Combinatorial Auctions, Cambridge, MIT Press* sowie auch *Cramton, P, 'Spectrum Auction Design', Review of Industrial Organization, March 2013; online verfügbar: www.cramton.umd.edu/papers2005-2009/cramton-spectrum-auction-design.pdf*). Alternative in der Literatur diskutierte kombinatorische Verfahren sind für die Multiband-Auktion ungeeignet bzw ungetestet, in der Praxis unerprobt und hätten experimentellen Tests unterzogen werden müssen, um deren Effizienzeigenschaften zu überprüfen (die selbst nicht die volle Komplexität des praktischen Einsatzes replizieren können).

Das zweite in Frequenzauktionen häufig eingesetzte Auktionsverfahren, das simultane Mehrundenverfahren, ist ein nicht-kombinatorisches Auktionsverfahren. Dieses hätte bei einer flexiblen Stückelung in 2 x 5 MHz Blöcke und den in Zusammenhang mit der LTE Nutzung zu erwartenden Synergieeffekten unvermeidbar hohe Aggregationsrisiken geborgen. Um diese zu beschränken wäre es erforderlich gewesen, größere zusammenhängende Frequenzblöcke zu vergeben. Diese hätten sich zwangsläufig am Frequenzbedarf eines 'typischen Betreiber' orientieren müssen. Wenn aber die Betreiber, so wie in Österreich, sehr heterogen bezüglich Marktanteil und wohl auch bezüglich Frequenzbedarf sind, hätte die Gefahr bestanden, dass diese Stückelung dem tatsächlichen Bedarf der einzelnen Betreiber nicht entsprochen hätte ('stückelungsbedingte' Ineffizienz), was wiederum im Widerspruch zum Ziel einer ökonomisch effizienten Vergabe gemäß TKG 2003 gestanden wäre.

Das CCA-Design soll Bietern Anreize liefern, wahrheitsgemäß zu bieten. Das heißt, Clockgebote sollen auf das zu den jeweiligen Preisen präferierte Paket gelegt werden. Hierfür ist nur die Kenntnis der Preise nötig, die aktuelle aggregierte

Nachfrage ist hingegen nicht relevant. Insbesondere wenn sehr wenige Bieter um relativ viele Güter steigern, können Bieter die ihnen bekannte aggregierte Nachfrage nutzen, um ihr Bietverhalten aufeinander abzustimmen und die Nachfrage aus strategischen Gründen zu reduzieren ('strategic demand reduction'). Dies ist aber unter Effizienzgesichtspunkten unerwünscht. Im besten Fall hat ein solches Verhalten keinerlei Effizienz Nachteile und der Vorteil beschränkt sich darauf, dass das Verfahren abgekürzt wird. In der Regel sind aber Effizienz Nachteile zu erwarten. Reduzieren Bieter ihre Nachfrage zu Preisen, die unterhalb ihrer tatsächlichen Bewertung für zusätzliches Spektrum liegen und führt dies zu einem Verlust von Bietberechtigungen bzw zu einem vorzeitigen Ende der Clockphase, dann sind die Bieter später nicht mehr in der Lage, ihre vollen Bewertungen für größere Pakete zum Ausdruck zu bringen. Eine solche Selbstbeschränkung kann nur dann von Vorteil für den Bieter sein, wenn sie als Teil einer kollusiven Strategie den anderen Bietern die Sicherheit geben soll, dass der Bieter in der Zusatzrunde nicht zusätzlich Nachfrage 'ins Spiel bringen kann'.

Zu den Spektrumskappen ist festzuhalten, dass diese ein Instrument der Wettbewerbssicherung darstellen. Dabei geht es vor allem darum, sicherzustellen, dass ein Betreiber nicht zu viele Frequenzen erwirbt. Solche Beschränkungen haben aber den Nachteil, dass sie zu einem ineffizienten Ergebnis führen können.

Die Telekom-Control-Kommission hat sich bei der Festlegung der Spektrumskappen insbesondere an den Marktanteilen und am Bedarf der Betreiber, am allgemeinen Wettbewerbsrecht und an den technologischen Rahmenbedingungen orientiert. Zudem hatte die Behörde die ursprünglich für einen 4-Betreibermarkt konzipierten Spektrumskappen nach der Übernahme von O durch [die zweitmitbeteiligte Partei] einer Neubewertung zu unterziehen, insbesondere war für die Regulierungsbehörde zu diesem Zeitpunkt nicht vorhersehbar, wie viele Bieter letztendlich an der Auktion teilnehmen würden.

Hinsichtlich des angeblich zu hohen Mindestgebots ist festzuhalten, dass die Regulierungsbehörde auf Basis von international zugänglichen Auktionsergebnissen den Wert der Frequenzen geschätzt und das Mindestgebot sehr konservativ am unteren Ende dieser Schätzung festgesetzt hat. Der tatsächliche Marktwert der Frequenzen kann aber jeweils nur durch eine Auktion bestimmt werden. Wie das vorliegende Auktionsergebnis zeigt, liegt der tatsächliche Marktwert der Frequenzen deutlich über dem Mindestgebot. Sohin kann wohl kein Zweifel bestehen, dass das Mindestgebot wohl angemessen, jedenfalls aber nicht zu hoch, festgelegt wurde.

Zur Thematik 'Knock-Out eines Bieters' ist darauf hinzuweisen, dass die Telekom-Control-Kommission das Risiko eines Knock-Outs eines Bieters vor und während der Auktion als gering eingeschätzt hat. Das Ergebnis der Auktion bestätigt diese Einschätzung. Jeder Betreiber konnte erfolgreich Spektrum gewinnen und das in einem größeren Umfang, als dies durch Beschränkungen zugesichert hätte werden können.

Aus rechtlicher Sicht ist abschließend festzuhalten, dass der bloße Umstand, wonach auch mit einem anderen Auktionsdesign die Zielsetzungen eines Vergabeverfahrens nach § 55 TKG 2003 erreicht werden könnten, nicht zur Rechtswidrigkeit des von der Telekom-Control-Kommission angeordneten Auktionsdesigns führt."

Nach Ausführungen zur Minimierung des Kollusionsrisikos führte die belangte Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheides weiter aus:

"D.3.5 Zum angeblichen Widerspruch des Auktionsdesigns zum TKG 2003

Soweit die antragstellenden Gesellschaften in ihren diversen Schriftsätzen noch zum Ausdruck bringen, das von der Telekom-Control-Kommission zur Anwendung gebrachte Vergabeverfahren (Auktionsdesign) entspreche nicht dem TKG 2003 oder sei sonst mit Rechtswidrigkeit belastet, hält die Telekom-Control-Kommission dem Folgendes entgegen:

Die Vorbringen hinsichtlich des erzwungenen Bietverhaltens sind nicht nachvollziehbar. Kein Bieter war gezwungen, für Kombinationen zu bieten, die er nicht erwerben will. Die Auswahl der Pakete, für die ein Bieter letztlich Gebote abgibt, liegt jedenfalls im ausschließlichen Verantwortungsbereich des Bieters. Es ist aus Sicht der Regulierungsbehörde auch kein strategischer Vorteil, für Kombinationen von Frequenzpaketen zu bieten, die man eigentlich nicht ersteigern will. Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass ein Bieter größeren Paketen (dh Kombinationen an Nutzungsrechten mit mehr Frequenzblöcken) auch einen Wert beimisst. Daher ist der Umstand, dass Bieter auch Gebote für große Pakete abgegeben haben, nicht überraschend und keineswegs Ausdruck eines Zwanges durch das Auktionsdesign.

Zum vorgeblichen Problem eines durch das Auktionsdesign begünstigten 'knock-out' eines Betreibers siehe unten, D.3.7.

D.3.6 Behauptete wettbewerbsverzerrende Offenlegung durch die Telekom-Control-Kommission

Die Regulierungsbehörde hat ab Clockrunde 39 den Bieter den bestehenden Nachfrageüberschuss bekanntgegeben. Zu diesem Zeitpunkt betrugen die Clockpreise insgesamt ca EUR 1,5 Mrd und es bestand eine Nachfrage seitens der Bieter von ca 115 % bezogen auf das Angebot (gemessen in Bietpunkten).

[Die zweitmitbeteiligte Partei] bringt in ihrem Schreiben vom 06.11.2013 vor, dass die Mitteilung des Nachfrageüberschusses nach Clockrunde 39 gemäß der Verfahrensordnung unzulässig sei. Dem ist entgegenzuhalten, dass zwar Punkt 5.12.6 der Verfahrensordnung eine Mitteilung des Nachfrageüberschusses in jeder Kategorie für jede Runde der Clockphase vor Beginn der verdeckten Bietphase vorsieht, sich daraus aber nicht ableiten lässt, dass diesbezügliche Informationen während der Clockphase an die Bieter nicht zulässig wären.

Punkt 5.12.2 der Verfahrensordnung gibt nur ein Mindestmaß an Informationen vor, die den Bietern zu Beginn einer jeden Runde der Clockphase mitgeteilt werden. Die Mitteilung des Nachfrageüberschusses nach Runde 39 der Clockphase stand daher im Einklang mit der Verfahrensordnung.

Die Erweiterung der Transparenz wurde deshalb vorgenommen, weil aus Sicht der Telekom-Control-Kommission zu diesem Zeitpunkt kein erkennbares Kollisionsrisiko (mehr) bestand [...].

[...]

D.3.7 Angeblich diskriminierende Informationsbereitstellung an Verfahrensparteien

[...]

Zur Thematik 'Knock-Out eines Bieters' ist auszuführen, dass die Telekom-Control-Kommission das Risiko eines Knock-Outs eines Bieters vor und während der Auktion als gering eingeschätzt hat. Das Ergebnis der Auktion bestätigt diese Einschätzung. Jeder Betreiber konnte erfolgreich Spektrum erwerben und dies in einem größeren Umfang, als dies durch Beschränkungen zugesichert hätte werden können. Ein Knock-Out vorausgesetzt, dass zwei Bieter eine aufeinander abgestimmte 'Knock-Out-Strategie' hätten anwenden müssen, um damit einen Zwei-Betreiber-Markt zu forcieren. Eine solche Strategie ist aber mit einem hohen Risiko verbunden, weil, falls ein Betreiber abweicht, der andere Betreiber (falls er den Knock-Out in sein Gebot einpreist) riskiert, einen Verlust zu realisieren. Zudem hätte es ohnehin keine vollkommene Marktverdrängung geben können, weil die Betreiber in anderen Frequenzbändern, die nicht versteigert wurden, Frequenznutzungsrechte innehaben und mittelfristig weitere Frequenzen zur Vergabe gelangen werden.

[...]

Soweit von Antragstellern auch vorgebracht wurde, man sei von der Telekom-Control-Kommission über die Zulassung der A 'informiert' worden, ist dem entgegen zu halten, dass es sich hierbei um keine förmliche, intendierte 'Information' seitens der Telekom-Control-Kommission gehandelt hat, sondern der Geschäftsstelle ein Kanzleiversehen unterlaufen ist. Hieraus ableiten zu wollen, das Verfahren hätte abgebrochen und neu ausgeschrieben werden müssen, ist bemerkenswert, zumal nicht erkennbar ist, wie sich dieses Kanzleiversehen zum Nachteil der Antragsteller ausgewirkt haben soll.

Soweit bemängelt wird, dass der Geschäftsführer der RTR-GmbH zum gegenständlichen Verfahren öffentliche Äußerungen getätigt hat, weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass derartige Enunziationen nicht bestehende Rechtsvorschriften, die von der Telekom-Control-Kommission beschlossenen und veröffentlichten Ausschreibungsunterlagen und die Verfahrensordnung derogieren können. Dass sich der Geschäftsführer der Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission zu bestimmten

regulierungsrelevanten Themen äußert, wird übrigens als Teil seiner Aufgabe anzusehen sein (§ 17 Abs 2 letzter Satz KOG).

D.4 Zu den Laufzeiten von Frequenzen in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz

Betreffend die Laufzeiten der GSM-Frequenzzuteilungen (900 MHz und 1800 MHz) sind [die zweitmitbeteiligte Partei] und [die beschwerdeführende Partei] zusammengefasst der Auffassung, dass die Laufzeiten ihrer derzeit bestehenden GSM-Frequenznutzungsrechte - bedingt durch den durch das In-Kraft-Treten des TKG 2003 bewirkten Wegfall des Konzessionssystems nach TKG 1997 - jedenfalls bis Ende 2019 gelten würden. Diesem Argument kann die Telekom-Control-Kommission nicht folgen:

Im Bescheid der Telekom-Control-Kommission K 30/00-33 u.a. vom 21.[richtig: 18.]05.2001 wurde unter den Spruchpunkten 1 und 2 folgendermaßen verfügt:

'1. [betrifft die zweitmitbeteiligte Partei]

2. Der ma GmbH werden in Erweiterung des Bescheides vom 25. Jänner 1996, GZ des BMWVK 101749/IV-JD/96, in der Fassung des Bescheides vom 23. Juli 1997, GZ BMWV 101008/IV-JD/97, des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 25. August 1999, GZ K 41/98-46 und des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 25.9.2000, GZ K 14/00-15, Frequenzen im Umfang von 2x3,2 MHz zur Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze zugeteilt. Dabei handelt es sich um die Kanäle 512-521 und 661-666. Die Nutzungsbedingungen für die zugeteilten Kanäle sind aus Anlage 2 ersichtlich.

Die Frequenzkanäle werden befristet bis zum 31.12.2019 mit der Bedingung zugeteilt, dass auch für die letzten 3 (drei) Jahre das vom Konzessionär betriebene Netz und die angebotenen Dienste eine dem europäischen Standard vergleichbare Qualität erwarten lassen. Dies ist spätestens bis zum 31.12.2015 nachzuweisen. Die Frequenzzuteilung erfolgt weiters unter der auflösenden Bedingung, dass eine aufrechte Konzession für die Erbringung von Mobilfunkdiensten der 2. Generation besteht und die Frequenzzuteilung daher wegfällt, wenn die Konzession wegen Zeitablauf oder aus anderen, in § 23 TKG genannten Gründen wegfällt.

Das Frequenznutzungsentgelt wird gemäß § 49a Abs 1 TKG mit ATS 160.000.000.-, in Worten Österreichische Schilling hundertsechzig Millionen (Euro 11.627.653,47) festgesetzt. [...]

Aus dem oben zitierten Bescheid aus Mai 2001 wird zweierlei ersichtlich: erstens, dass die Frequenzzuteilung (das Nutzungsrecht für Frequenzen) - sachlich und zeitlich untrennbar - mit dem Bestand einer damals für den Betrieb von Mobilfunk zwingend erforderlichen Konzession nach § 14 Abs 1 TKG (1997, BGBl I 1997/100 in der damals geltenden Fassung BGBl I 2001/32) verknüpft war;

und zweitens, dass der zitierte Bescheid 'in Erweiterung' anderer, konkret genannter Bescheide erlassen wurde.

Aus diesen konkret genannten Bescheiden ergibt sich, dass das internationale Konsortium Ö, später ma, heute [die beschwerdeführende Partei] vom Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst (BMWVK, GZ BMWVK 101749/IV-JD/96) am 25.01.1996 eine Konzession - befristet mit 31.12.2015 - zum Betrieb eines GSM-Netzes (900 MHz) erhalten hat. [...]

Die Rechtslage stellte sich im Mai 2001 daher so dar, dass Konzessionen für die Erbringung von Mobilfunkdiensten der 2. Generation (GSM) gemäß § 15 Abs 4 TKG (1997) stets zeitlich befristet waren, und zwar für (die heutige) [beschwerdeführende Partei] bis 31.12.2015, für (die heutige) [zweitbeschwerdeführende Partei] bis 31.12.2017. Die Nutzungsrechte für die mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 18.05.2001, K 30/00-33 ua, zugeteilten Frequenzen waren daher im Ergebnis mit Ablauf von 2015 bzw 2017 zeitlich befristet (arg 'wenn die Konzession wegen Zeitablauf ... wegfällt').

Das im Spruch des Bescheides K 30/00-33 u.a. genannte Datum '31.12.2019' lehnt sich an die längste, zum Zeitpunkt des Bescheidbeschlusses (18.05.2001) im österreichischen Mobilfunksektor gültige Konzessionslaufzeit an (te) und wurde in die Ausschreibungsunterlage für das Vergabeverfahren K 30/00-33 u.a. übernommen. Eine Verlängerung der durch den zeitlichen Ablauf der Konzession befristeten Nutzungsrechte war jedenfalls nicht intendiert.

Die Konzessionspflicht für die Erbringung von Telekommunikationsdiensten (fest und mobil) ist später mit In-Kraft-Treten des TKG 2003 am 20.08.2003 dem Grunde nach weggefallen und durch ein Regime der Allgemeingenehmigung ersetzt worden (Anzeigespflicht nach § 15 TKG 2003).

Der Entfall der Konzessionspflicht durch das In-Kraft-Treten des TKG 2003 führt aus Sicht der Regulierungsbehörde jedoch nicht dazu, dass die durch den Bescheid K 30/00-33 (ua) betroffenen Frequenzen ohne Weiteres bis Ende 2019 genutzt werden dürfen. Die Übergangsbestimmung des § 133 Abs 4 TKG 2003 regelt zwar, dass zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des TKG 2003 bestehende Konzessionen (nach TKG 1997) erlöschen, jedoch nur, soweit Abs 6 leg. cit nichts anderes bestimmt. § 133 Abs 6 letzter Satz TKG 2003 besagt, dass 'Rechte und Pflichten, die sich aus der Zuteilung von Frequenzen an Konzessionsinhaber ergeben', 'unberührt' bleiben. Das TKG 2003 geht also erkennbar davon aus, dass sich durch den Entfall der Konzessionspflicht die Rechtsposition für Mobilfunkbetreiber hinsichtlich ihrer damals (am 20.08.2003) bestanden habenden Frequenznutzungsrechte nicht ändern soll, weder zu ihrem Nachteil, aber auch nicht zu ihrem Vorteil.

Daraus ergibt sich aus Sicht der Telekom-Control-Kommission, dass die Verknüpfung der ursprünglichen Befristung der Konzession mit der Laufzeit der Frequenznutzungsrechte auch nach dem In-Kraft-Treten des TKG 2003 besteht und

die auflösende Bedingung - und somit ein Auslaufen der Nutzungsrechte bereits vor dem 31.12.2019 - nicht weggefallen ist.

Der Nutzungsbeginn der einzelnen Frequenzbänder in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz im hier gegenständlichen Verfahren F 1/11 war damit so wie in den Ausschreibungsunterlagen und der Verfahrensordnung festzulegen. Es besteht aufgrund des oben Ausgeführten kein Widerspruch zwischen dem hier festgelegten Nutzungsbeginn bestimmter Frequenzpakete und der mit Bescheid vom 18.05.2001, K 30/00-33 ua, erfolgten Zuteilung der betroffenen Frequenzen.

Aus diesen Gründen war auch dem Antrag [der beschwerdeführenden Partei] vom 25.06.2013 auf Änderung des in Punkt 3.2 der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Nutzungsbeginns der mit den Bescheiden K 30/00-33, K 30a/00-06, K 30b/00-06, K 30c/00-07, K 6/02-38, K 6a/02-12, K 6b/02-14, F 3, 7/04-29, F 3, 7a/04-15 und F 3, 7b/04-15 zugeteilten Frequenzen jeweils auf 01.01.2020 nicht stattzugeben.

Zudem ist der Vollständigkeit halber anzumerken, dass [die beschwerdeführende Partei] in einem Schreiben vom 23.03.2012 hinsichtlich ihrer bestehenden Frequenzlaufzeiten einleitend ausführt, dass [die beschwerdeführende Partei] über Frequenzen im Bereich 900 MHz verfüge, die Ende 2015 auslaufen sowie zudem über Frequenzen im Bereich 1800 MHz, welche Ende 2015 und Ende 2019 auslaufen und somit zumindest in diesem Schreiben die Sichtweise der Regulierungsbehörde teilt bzw die Richtigkeit dieser Sichtweise als gegeben ansieht.

[Die beschwerdeführende Partei] bringt weiters vor, dass im Jahr 2006 die damalige T GmbH im Zuge des Zusammenschlusses mit der te GmbH in dieser aufgegangen sei und somit auf die (ursprünglich) bis 31.12.2019 befristete Konzession der te KG (nunmehr bezogen auf T) abzustellen sei. Selbst unter Zugrundelegung der oben ausgeführten Rechtsansicht der Telekom-Control-Kommission würden daher sämtliche betroffenen Frequenznutzungsrechte bis 31.12.2019 laufen.

Die Telekom-Control-Kommission vertritt aber hierzu die Rechtsauffassung, dass [der beschwerdeführenden Partei] nur jene Frequenzen, die ursprünglich mit der 'te-Konzession' verknüpft waren, bis Ende 2019 zur Nutzung zur Verfügung stehen, da diese ursprünglich bis 31.12.2019 an die te KG zugeteilt wurden. Jene Frequenzen, an welchen vor genanntem Zusammenschluss die damalige T das Nutzungsrecht innehatte, laufen mit dem ursprünglichen Fristende der für [die beschwerdeführende Partei] maßgeblichen Konzession und somit vor dem 31.12.2019 ab. Eine Verschmelzung bzw Namensänderung vermag die Laufzeiten von behördlichen Frequenzzuteilungen nicht zu ändern, ansonsten hätten es die Betreiber in der Hand, die Laufzeiten selbstständig - ohne das im TKG 2003 vorgesehene Verfahren - zu modifizieren. Dem Antrag vom 25.06.2013 war daher auch in diesem Punkt nicht stattzugeben, da der Nutzungsbeginn der betroffenen Frequenzen in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz aufgrund des oben

Ausgeführten in den Ausschreibungsunterlagen sowie der Verfahrensordnung und letztlich in gegenständlichem Bescheid korrekt festgelegt wurde.

Hinsichtlich einer von [der zweitmitbeteiligten Partei] behaupteten verfrühten Vergabe bestimmter Frequenzen und einer damit einhergehenden verfrühten Zahlungspflicht ist festzuhalten, dass die unterschiedlichen Laufzeiten bzw ein späterer Nutzungsbeginn bereits in die Festlegung des Mindestgebots bzw dann im Rahmen der Auktion in die Entwicklung der Preise der Frequenzpakete miteingeflossen sind.

Die Laufzeiten waren somit wie aus den Spruchpunkten 1 bis 3 ersichtlich festzulegen."

Nach Begründung der festgelegten Nebenbestimmungen und der Beschränkung der Akteneinsicht führt die belangte Behörde weiter aus:

"D.7 Zum behaupteten Erfordernis einer Konsultation

[Die beschwerdeführende Partei] bringt in ihrer Stellungnahme vom 06.11.2013 vor, es sei auf Grund von § 128 TKG 2003 rechtlich geboten, 'eine Konsultation der konkreten Ausschreibungsunterlage der Multibandauktion vorzunehmen' (S 2 der Stellungnahme).

Dieser Rechtsauffassung teilt die Telekom-Control-Kommission nicht: Die maßgebliche nationale Rechtslage zum Erfordernis einer Konsultation leitet sich aus Art 6 erster Unterabs Rahmen-RL ab. Gemäß dieser Bestimmung ist - von bestimmten, hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen - sicherzustellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden interessierten Kreisen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf von Maßnahmen geben, die sie gemäß Rahmen-RL oder den Einzelrichtlinien zu treffen gedenken, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden.

Die individuelle Vergabe von Frequenznutzungsrechten ist eine Maßnahme, die in Art 5 Genehmigungs-RL 2002/20/EG idF RL 2009/140/EG rechtlich verankert ist. Zum Erfordernis einer Konsultation bei wettbewerbsorientierten Vergabeverfahren für Funkfrequenzen (Auktion) verweist Art 5 Abs 4 letzter Satz auf Art 7 der genannten RL. Art 7 Abs 1 lit b Genehmigungs-RL verlangt aber nur unter bestimmten Voraussetzungen nach einer Konsultation iSd Art 6 Rahmen-RL, nämlich (nur) dann, wenn ein Mitgliedstaat erwägt, die zu erteilenden Rechte für die Nutzung von Funkfrequenzen zahlenmäßig zu beschränken. Diese Festlegung für die Nutzungsbeschränkung erfolgt in Österreich gemäß § 52 Abs 3 TKG 2003 durch den Frequenznutzungsplan der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie (Frequenznutzungsverordnung 2005). Dass die Regulierungsbehörde darüber hinaus gehalten wäre, die Entscheidung für ein bestimmtes Vergabeverfahren (vorab) öffentlich zu konsultieren, ist aber dem Unionsrecht nicht zu entnehmen: Wie sich insbesondere aus der Zusammenschau von Art 7 Abs 1 lit b mit lit d Genehmigungs-RL ableiten lässt, ist bloß die beabsichtigte Beschränkung

der Nutzungsrechte (durch das BMVIT) zu konsultieren, nicht aber die erst danach erfolgende Entscheidung für eine bestimmte Form des Vergabeverfahrens (des Auktionsdesigns).

Wenn aber Unionsrecht keine zwingende Konsultation über das zur Anwendung zu gelangende Vergabeverfahren vorsieht, ist auch § 128 Abs 1 TKG 2003 nicht so zu interpretieren, dass er über die Umsetzung der EU-Vorgaben hinaus die Konsultation über die Grundsätze des Verfahrens zur Ermittlung des höchsten Frequenznutzungsentgelts (§ 55 Abs 4 Z 1 TKG 2003) und des nur diese Verfahrensergebnisse umsetzenden Bescheides verlangt.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass durch den beantragten Zusammenschluss und den Vorgaben gemäß Art 6 RSPP (Beschluss Nr 243/2012/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über ein Mehrjahresprogramm für die Funkfrequenzpolitik) auch ein mögliches Vertragsverletzungsverfahren in die Überlegungen mit einzubeziehen war.

D.8 Zu den Kosten des Verfahrens (Spruchpunkt 4)

Gemäß § 76 AVG hat die Partei, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat, für Barauslagen aufzukommen, die der Behörde bei einer Amtshandlung erwachsen. Unter Barauslagen sind alle Aufwendungen zu verstehen, die für die Durchführung der einzelnen konkreten Amtshandlung gemacht werden und die über den sonstigen und allgemeinen Aufwand der Behörde hinausgehen. Abweichend von § 76 AVG sieht § 55 Abs 11 TKG 2003 aber vor, dass die Behörde in jedem Stadium des Verfahrens Sachverständige sowie Berater beiziehen kann, deren Kosten von dem Antragsteller, dem die Frequenzen zugeteilt werden, zu tragen sind. Bei mehreren Antragstellern sind die Kosten aliquot aufzuteilen (zur Auslegung des Begriffes 'aliquot' in § 55 Abs 11 TKG 2003 s VwGH 27.1.2011, 2010/03/0192).

§ 55 Abs 11 TKG 2003 ermächtigt die Behörde somit auch, jene Kosten den Antragstellern zur Kostentragung vorzuschreiben, die bereits vor Antragstellung angefallen sind. Das gegenständliche Verfahren wurde von der Telekom-Control-Kommission bereits mit Beschluss vom 16.06.2011 eingeleitet, die im Spruch angeführten Kosten sind daher jedenfalls im Rahmen des Verfahrens angefallen und gemäß § 55 Abs 11 TKG 2003 von den erfolgreichen Bietern zu tragen.

D.9 Zu weiteren Anträgen

Zu den Anträgen auf Aufhebung der Ausschreibung bzw Einstellung des Verfahrens ist wie folgt auszuführen:

Gemäß § 55 Abs 12 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde das Verfahren in jedem Stadium aus wichtigem Grund einstellen. § 55 Abs 12 TKG 2003 enthält weiters explizite Gründe, wonach eine Einstellung seitens der Behörde jedenfalls zulässig ist. Im vorliegenden Verfahren liegt aus Sicht der Telekom-Control-Kommission keiner der in § 55 Abs 12 TKG 2003 genannten Gründe für eine Aufhebung der Ausschreibung und Einstellung des Verfahrens vor sowie entspricht

das gewählte Auktionsdesign jedenfalls den Bestimmungen des § 55 Abs 2 TKG 2003, und ermöglicht der Regulierungsbehörde die Durchführung der Zuteilung von Frequenzen entsprechend den Grundsätzen eines offenen, fairen und nichtdiskriminierenden Verfahrens sowie nach Maßgabe der ökonomischen Effizienz.

Aus all den bisher angeführten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden und insbesondere den folgenden Anträgen nicht stattzugeben:

[...]

dem Antrag der [beschwerdeführenden Partei] vom 25.06.2013 auf Änderung des in Punkt 3.2 der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Nutzungsbeginns der mit konkret genannten Bescheiden;

den Anträge der [beschwerdeführenden Partei] vom 11.07.2013 auf Ergänzung der Punkte 5.12.6, 7.5, 8.9.3 sowie 5.4.1 der Verfahrensordnung sowie auf Nichtzurverfügungstellung des genannten Schriftsatzes als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis an andere Parteien;

dem Antrag der [beschwerdeführenden Partei] vom 30.07.2013 auf umgehende Erklärung der Telekom-Control-Kommission zum Zeitplan für gegenständliches Verfahren;

den Anträgen der [beschwerdeführenden Partei] vom 02.09.2013 auf Aussetzung des aktuellen Zeitplans, um die Auktionsregeln zu überarbeiten und zu validieren, sowie allen Bietern vor Neuausschreibung ausreichend Zeit für Tests und Validierung dieser überarbeiteten Bestimmungen einzuräumen;

dem Antrag der [beschwerdeführenden Partei] vom 24.09.2013 auf Zugänglichmachung des Nachfrageüberschusses der Clockrunden 1 bis 39 vor Runde 48;

dem Antrag der [beschwerdeführenden Partei] vom 03.10.2013 auf Bereitstellung der vollständigen Biethistorie aller Bieter während der gesamten Clockphase vor der verdeckten Bietphase;

dem Antrag der [beschwerdeführenden Partei] vom 10.11.2013 auf Befragung des Geschäftsführers der RTR-GmbH, Fachbereich Telekommunikation und Post;

dem Antrag der [beschwerdeführenden Partei] vom 10.11.2013 auf unverzügliche Bekanntgabe, 'welchem Bieter zu welchem Zeitpunkt einseitig (ex-parte) welche Information(en) zur Verfügung gestellt wurde', soweit er über das Recht auf Akteneinsicht hinausgeht;

dem Antrag der [beschwerdeführenden Partei] vom 10.11.2013 auf Einsicht in die 'Beratungsprotokolle der TKK';

den Anträgen der [beschwerdeführenden Partei] vom 10.11.2013 auf Einsichtnahme in Beratungsprotokolle der RTR-GmbH 'im Zusammenhang mit

diesem Verfahren', 'die Beratungsprotokolle und sonstige Kommunikation zwischen der TKK und der RTR-GmbH', die 'Kommunikation der TKK bzw der RTR-GmbH mit dem Bundesministerium bzw der Bundesministerin für Verkehr, Technologie und Innovation' sowie in Protokolle über Besprechungen, den Schriftwechsel mit und die Arbeitsergebnisse von D Ltd;

[...]

den Anträgen sowie dem Eventualantrag der [beschwerdeführenden Partei] vom 15.11.2013."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit der die Aufhebung des angefochtenen Bescheides in allen vier Spruchpunkten beantragt wird.

Die erstmitbeteiligte Partei erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Die zweitmitbeteiligte Partei - welche zunächst ebenfalls Beschwerde gegen den angefochtenen Bescheid erhoben hatte (das verwaltungsgerichtliche Verfahren wurde in der Folge nach Zurückziehung der Beschwerde mit Beschluss vom 26. Juni 2014, Zl 2013/03/0146, eingestellt) - erklärte, von der Erstattung einer Gegenschrift abzusehen. Die belangte Behörde erstattete ebenfalls eine Gegenschrift mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

Mit Schriftsatz vom 27. Dezember 2012 - noch innerhalb offener Beschwerdefrist - erstattete die beschwerdeführende Partei eine ergänzende Begründung zu ihrer Beschwerde.

Mit Schriftsatz vom 7. März 2014 replizierte die beschwerdeführende Partei zu den Gegenschriften der belangten Behörde und der erstmitbeteiligten Partei.

Die belangte Behörde äußerte sich zur Replik der beschwerdeführenden Partei mit Schriftsatz vom 5. Mai 2014; dazu nahm die beschwerdeführende Partei wiederum mit Schriftsatz vom 23. Juni 2014 Stellung.

Die beschwerdeführende Partei erhob gegen den hier angefochtenen Bescheid auch eine (Parallel-)Beschwerde gemäß Art 144 B-VG an den

Verfassungsgerichtshof. Dieser lehnte die Behandlung der Beschwerde mit Beschluss vom 3. März 2014, B 1545/2013, ab.

Begründend führte der Verfassungsgerichtshof in diesem Beschluss insbesondere aus, dass § 55 TKG 2003 in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise vorsehe, dass die Ausschreibungsunterlagen (§ 55 Abs 4 TKG 2003) an die Interessenten des Frequenzzuteilungsverfahrens nach § 55 TKG 2003 abgegeben würden. Sie bildeten keine Verordnung, sondern dienten dazu, ein offenes, faires und nicht diskriminierendes Verfahren (§ 55 Abs 2 TKG 2003) durchzuführen, und ermöglichten es der belangten Behörde, die von ihr zu setzenden Verfahrensschritte im Zusammenhang mit den Verfahrenshandlungen der Parteien "als Sammlung von im Laufe des Verfahrens konkret zu treffenden Verfahrensanordnungen vorweg in einem Dokument zusammenzufassen und den Parteien zur Kenntnis zu bringen".

Die Ausschreibungsbedingungen bildeten die Grundlage für die Ausschreibungsunterlagen. Sie bedürften der Zustimmung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie. Den Ausschreibungsbedingungen komme keine selbständige, über § 55 Abs 7 TKG 2003 hinausgehende normative Wirkung zu, weil sie nur - verwaltungsintern - die Einheitlichkeit der Vollziehung sicherstellen sollten, aber nicht an Außenstehende adressiert seien.

Die Regeln nach § 55 Abs 9 TKG 2003 seien entsprechend dieser Bestimmung mittels Verfahrensanordnung festzulegen. Sie zögen keine Rechtswirkungen nach sich, die über jene der Ausschreibungsunterlagen hinausgingen, sondern sollten darstellen, wie die belangte Behörde in einem wesentlichen Teil des Ermittlungsverfahrens, der Auktion, bei der Ermittlung der höchsten Gebote vorzugehen beabsichtige.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die vorliegende Beschwerde ist am 6. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof eingelangt. Gemäß § 79 Abs 11 VwGG sind daher, da diesbezüglich durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz,

BGBl I Nr 33/2013, nicht anderes bestimmt ist, im Beschwerdeverfahren die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden.

2. Die Frequenzverwaltung obliegt gemäß § 51 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), in der für den Beschwerdefall maßgebenden Fassung BGBl I Nr 102/2011 - von der hier nicht in Betracht kommenden Ausnahme für Rundfunkfrequenzen gemäß § 51 Abs 3 TKG 2003 abgesehen - dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie. Dieser kann der Regulierungsbehörde über deren Ersuchen oder von Amts wegen Teile des Frequenzspektrums, hinsichtlich derer eine Festlegung gemäß § 52 Abs 3 TKG 2003 getroffen wurde, zur Zuteilung gemäß § 55 TKG 2003 überlassen.

Gemäß § 52 Abs 3 TKG 2003 kann in dem - nach § 52 Abs 1 TKG 2003 vom Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zu erstellenden - Frequenznutzungsplan auch festgelegt werden, dass in einzelnen Frequenzbereichen die Zuteilung von Frequenzen zahlenmäßig beschränkt wird.

Gemäß § 54 Abs 1 TKG 2003 hat die Frequenzzuteilung nach Maßgabe des Frequenznutzungsplans und des Frequenzzuteilungsplans beruhend auf objektiven, transparenten, nichtdiskriminierenden und angemessenen Kriterien auf der Grundlage transparenter und objektiver Verfahren sowie technologie- und diensteneutral zu erfolgen.

Für die Frequenzzuteilung für Frequenzen, hinsichtlich derer im Frequenznutzungsplan eine Festlegung gemäß § 52 Abs 3 TKG 2003 getroffen wurde, ist gemäß § 54 Abs 3 Z 2 TKG 2003 die Regulierungsbehörde - somit gemäß § 117 Z 9 TKG 2003 die belangte Behörde - zuständig. Diese Frequenzen sind gemäß § 54 Abs 6 TKG 2003 in einem Verfahren gemäß § 55 TKG 2003 zuzuteilen.

Gemäß § 54 Abs 11 TKG 2003 dürfen alle Frequenzen nur befristet zugeteilt werden. Die Befristung hat sachlich und wirtschaftlich angemessen zu sein. Frequenzen sind gemäß § 54 Abs 2 Z 2 TKG 2003 zur Nutzung zuzuteilen, wenn sie (unter anderem) im vorgesehenen Einsatzgebiet zur Verfügung stehen.

Die Frequenzzuteilung durch die belangte Behörde wird in § 55 TKG 2003 geregelt. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

"Frequenzzuteilung durch die Regulierungsbehörde

§ 55. (1) Die Regulierungsbehörde hat die ihr überlassenen Frequenzen demjenigen Antragsteller zuzuteilen, der die allgemeinen Voraussetzungen des Abs. 2 Z 2 erfüllt und der die effizienteste Nutzung der Frequenzen gewährleistet. Dies wird durch die Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgeltes festgestellt. Über Anträge auf Frequenzzuteilung hat die Regulierungsbehörde binnen acht Monaten ab Einbringung des Antrages oder, wenn sich dadurch eine kürzere Entscheidungsfrist ergibt, binnen sechs Monaten ab Veröffentlichung der Ausschreibung zu entscheiden. Diese Fristen gelten nicht, wenn auf Grund internationaler Vereinbarungen der Abschluss einer Frequenzkoordinierung abzuwarten ist. Die Entscheidung ist zu veröffentlichen.

(2) Die Regulierungsbehörde hat die Zuteilung von Frequenzen entsprechend den Grundsätzen eines offenen, fairen und nichtdiskriminierenden Verfahrens sowie nach Maßgabe der ökonomischen Effizienz durchzuführen. Sie hat die beabsichtigte Zuteilung von Frequenzen öffentlich auszuschreiben, wenn

1. ein Bedarf von Amts wegen festgestellt worden ist oder

2. ein Antrag vorliegt und die Regulierungsbehörde zu der Auffassung gelangt, dass der Antragsteller in der Lage ist, die mit dem Recht auf Frequenznutzung verbundenen Nebenbestimmungen zu erfüllen. Dabei sind insbesondere die technischen Fähigkeiten und die wirtschaftlichen Voraussetzungen des Antragstellers, seine Erfahrungen im Kommunikationsbereich sowie in verwandten Geschäftsbereichen und seine Fachkunde zu berücksichtigen. Es darf kein Grund zur Annahme bestehen, dass der in Aussicht genommene Dienst, insbesondere was die Qualität und die Versorgungspflicht betrifft, nicht erbracht werden wird.

(3) Nach Zustimmung durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zu den Ausschreibungsbedingungen, ist die Ausschreibung im 'Amtsblatt zur Wiener Zeitung' zu veröffentlichen.

Sie hat jedenfalls zu enthalten:

1. die Bereiche des der Regulierungsbehörde überlassenen Frequenzspektrums, die für eine Zuteilung in einem gemeinsamen Verfahren bestimmt sind;

2. den Verwendungszweck der und die Nutzungsbedingungen für die zuzuteilenden Frequenzen;

3. die Voraussetzungen für das Zurverfügungstellen der Ausschreibungsunterlagen einschließlich eines allfälligen Kostenersatzes;

4. eine mindestens zweimonatige Frist, innerhalb derer Anträge auf Zuteilung von Frequenzen gestellt werden können.

(4) In den Ausschreibungsunterlagen sind jedenfalls

1. die Grundsätze des Verfahrens zur Ermittlung des höchsten Frequenznutzungsentgeltes darzustellen und

2. die Anforderungen an Form und Inhalt der Antragsunterlagen so zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Anträge sichergestellt ist.

Sie können auch Angaben über die Höhe des mindestens anzubietenden Frequenznutzungsentgeltes enthalten. Diese Angaben haben sich an der Höhe der für die zuzuteilenden Frequenzen voraussichtlich zu entrichtenden Frequenzzuteilungsgebühren zu orientieren. In begründeten Fällen kann bei der Festlegung des Mindestgebotes von der Orientierung an den Frequenzzuteilungsgebühren abgewichen werden, wenn dies auf Grund des tatsächlichen Marktwertes der Frequenzen gerechtfertigt erscheint. Gelangen Frequenzpakete zur Zuteilung, kann in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen werden, dass Anträge auf Zuteilung einzelner dieser Frequenzpakete, auf eine bestimmte Zahl von Frequenzpaketen oder auch auf Kombinationen von Frequenzpaketen zulässig sind.

(5) Die Regulierungsbehörde kann in den Ausschreibungsbedingungen vorsehen, dass jenes Unternehmen, dem die Frequenzen von der Regulierungsbehörde zugeteilt werden, in einem Verfahren nach § 56 berechtigt werden kann, die Nutzungsrechte an diesen Frequenzen teilweise für die gesamte Dauer der Nutzung oder für einen bestimmten Zeitraum anderen Unternehmen im Sinne des § 15 zu überlassen.

(6) Anträge dürfen von den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Voraussetzungen nur dann und insoweit abweichen, als dies in den Unterlagen für zulässig erklärt worden ist. Änderungen und Zurückziehen der Anträge nach Ablauf der Ausschreibungsfrist sind unzulässig. Dies gilt nicht für die Nachbesserung der Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgeltes, wenn die Nachbesserung in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich im Rahmen der Regeln für die Ermittlung des höchsten Gebotes (Abs. 9) für zulässig erklärt worden ist.

(7) Wesentliche Änderungen der Ausschreibungsbedingungen sind nur zulässig, soweit sich gesetzliche oder für die Republik Österreich verbindliche internationale Vorschriften ändern.

(8) Die Antragsteller bilden eine Verfahrensgemeinschaft. Die Regulierungsbehörde hat jene Antragsteller vom Frequenzzuteilungsverfahren mit Bescheid auszuschließen, deren Anträge unvollständig sind oder von den Ausschreibungsbedingungen in unzulässiger Weise abweichen oder welche die allgemeinen Voraussetzungen gemäß Abs. 2 nicht erfüllen.

(9) Die Regulierungsbehörde hat geeignete Regeln für die Ermittlung des höchsten Gebotes mittels Verfahrensordnung festzulegen. Diese Regeln haben den Grundsätzen nach Abs. 2 erster Satz und Abs. 4 Z 1 zu entsprechen sowie dem Verwendungszweck der zuzuteilenden Frequenzen (Abs. 3 Z 2) Rechnung zu tragen. Die Regeln haben jedenfalls auch die Voraussetzungen für das Vorliegen eines gültigen Gebotes und geeignete Sicherstellungen für die Gebote zu bestimmen. Sie haben den Hinweis zu enthalten, dass Antragsteller, die bei der Ermittlung des höchsten Gebotes kollusives Verhalten an den Tag legen, mit Verfahrensordnung von der weiteren Teilnahme am Verfahren zur Ermittlung des höchsten Gebotes ausgeschlossen werden können. Die Regeln sind den Antragstellern mindestens zwei Wochen vor Beginn der Ermittlung des höchsten Gebotes zu übermitteln.

(10) Die Frequenzzuteilung kann folgende Nebenbestimmungen enthalten, die dazu dienen, die Zielsetzungen und Bestimmungen dieses Gesetzes und der relevanten Vorschriften der Europäischen Gemeinschaften, insbesondere der Genehmigungsrichtlinie, bestmöglich zu erfüllen:

1. Angabe des Verwendungszwecks, der Art des Netzes und der Technologie, für die die Frequenznutzungsrechte erteilt werden, gegebenenfalls einschließlich der ausschließlichen Nutzung einer Frequenz für die Übertragung eines bestimmten Inhalts oder bestimmter audiovisueller Dienste;

2. Nebenbestimmungen, die erforderlich sind, die effektive und effiziente Frequenznutzung sicher zu stellen, gegebenenfalls einschließlich Anforderungen in Bezug auf die Reichweite sowie Regelungen betreffend den Zeitpunkt der Betriebsaufnahme und der Versorgung, sowie für den Fall der Nichteinhaltung der auferlegten Verpflichtungen die Verhängung von Pönalen;

3. technische und den Betrieb betreffende Bedingungen zur Vermeidung von funktechnischen Störungen und spezielle Bedingungen für die Begrenzung der Exposition der Bevölkerung gegenüber elektromagnetischen Feldern nach den Kriterien des § 54 Abs. 1d, sofern diese Bedingungen von der Allgemeingenehmigung abweichen;

4. Befristung;

5. allenfalls Bedingungen hinsichtlich der Überlassung der Frequenzen auf Antrag des Inhabers dieser Rechte;

6. Verpflichtungen, die das Unternehmen, das die Frequenznutzungsrechte erwirbt, im Laufe eines Auswahlverfahrens eingegangen ist;

7. Verpflichtungen, die zur Einhaltung einschlägiger internationaler Vereinbarungen über die Nutzung von Frequenzen erforderlich sind.

(11) Die Regulierungsbehörde kann in jedem Stadium des Verfahrens Sachverständige sowie Berater beiziehen, deren Kosten, ebenso wie weitere Barauslagen, von dem Antragsteller, dem die Frequenzen zugeteilt werden, zu tragen sind. Bei mehreren Antragstellern sind die Kosten aliquot aufzuteilen.

(12) Die Regulierungsbehörde ist berechtigt, die Ausschreibung aus wichtigem Grund aufzuheben und das Verfahren in jedem Stadium aus wichtigem Grund einzustellen, insbesondere wenn

1. die Regulierungsbehörde kollusives Verhalten von Antragstellern feststellt und ein effizientes, faires und nicht diskriminierendes Verfahren nicht durchgeführt werden kann;

2. kein oder nur ein Antragsteller die Voraussetzungen gemäß Abs. 2 erfüllt;

3. kein oder nur ein Antragsteller, der die Voraussetzungen gemäß Abs. 2 erfüllt, an der Ermittlung des höchsten Gebotes tatsächlich teilnimmt;

4. das Verfahren ergibt, dass von den Antragstellern weniger Frequenzspektrum in Anspruch genommen wird, als zur Zuteilung vorgesehen ist.

All das begründet keinen Anspruch auf Entschädigung; Amtshaftungsansprüche bleiben unberührt.

(13) Die Bestimmungen dieses Paragraphen gelten nicht für die Zuteilung von Frequenzen, die im Frequenznutzungsplan für Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk vorgesehen sind."

3. Unionsrechtlich legt Art 8 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl L Nr 108 vom 24. April 2002, S 33, in der Fassung der Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009, ABl L Nr 337 vom 18. Dezember 2009, S 37, die politischen Ziele und regulatorischen Grundsätze fest. Demnach fördern die nationalen Regulierungsbehörden den Wettbewerb bei der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste sowie zugehöriger Einrichtungen und Dienste, indem sie unter anderem für eine effiziente Nutzung der Funkfrequenzen sorgen und deren effiziente Verwaltung sicherstellen (Art 8 Abs 2 lit d der Rahmenrichtlinie). Art 9 der Rahmenrichtlinie regelt die Verwaltung der Funkfrequenzen für die elektronischen Kommunikationsdienste. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

"Verwaltung der Funkfrequenzen für die elektronischen Kommunikationsdienste

(1) Die Mitgliedstaaten sorgen für die effiziente Verwaltung der Funkfrequenzen für elektronische Kommunikationsdienste in ihrem Hoheitsgebiet im

Einklang mit den Artikeln 8 und 8a, wobei sie gebührend berücksichtigen, dass die Funkfrequenzen ein öffentliches Gut von hohem gesellschaftlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Wert sind. Sie gewährleisten, dass die Zuteilung von Funkfrequenzen für elektronische Kommunikationsdienste und die Erteilung von Allgemeingenehmigungen oder individuellen Nutzungsrechten für solche Funkfrequenzen durch die zuständigen nationalen Behörden auf objektiven, transparenten, nicht diskriminierenden und angemessenen Kriterien beruhen.

Die Mitgliedstaaten halten bei der Anwendung dieses Artikels die einschlägigen internationalen Übereinkünfte, einschließlich der ITU-Vollzugsordnung für den Funkdienst, ein und können öffentliche Belange berücksichtigen.

(2) Die Mitgliedstaaten fördern die Harmonisierung der Nutzung der Funkfrequenzen in der Gemeinschaft, um deren effektiven und effizienten Einsatz zu gewährleisten und um Vorteile für die Verbraucher, wie etwa größenbedingte Kostenvorteile und Interoperabilität der Dienste, zu erzielen. Dabei handeln sie im Einklang mit Artikel 8a und mit der Entscheidung Nr. 676/2002/EG (Frequenzentscheidung).

(3) Soweit in Unterabsatz 2 nichts anderes vorgesehen ist, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass alle Arten der für elektronische Kommunikationsdienste eingesetzten Technologien in den Funkfrequenzbändern genutzt werden können, die im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht in ihrem nationalen Frequenzvergabeplan als für elektronische Kommunikationsdienste verfügbar erklärt wurden.

Die Mitgliedstaaten können jedoch verhältnismäßige und nicht diskriminierende Beschränkungen für die Nutzung bestimmter Arten von Funknetzen oder Technologien für drahtlosen Netzzugang für elektronische Kommunikationsdienste vorsehen, wenn dies aus folgenden Gründen erforderlich ist:

- a) Vermeidung funktechnischer Störungen,
- b) Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsschäden durch elektromagnetische Felder,
- c) Gewährleistung der technischen Dienstqualität,
- d) Gewährleistung der größtmöglichen gemeinsamen Nutzung der Funkfrequenzen,
- e) Sicherstellung der effizienten Nutzung von Funkfrequenzen oder
- f) Gewährleistung der Verwirklichung eines Ziels von allgemeinem Interesse gemäß Absatz 4.

(4) Soweit in Unterabsatz 2 nichts anderes vorgesehen ist, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass alle Arten von elektronischen Kommunikationsdiensten in den Funkfrequenzbändern bereitgestellt werden können, die im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht in ihrem nationalen Frequenzvergabeplan als für elektronische

Kommunikationsdienste verfügbar erklärt wurden. Die Mitgliedstaaten können jedoch verhältnismäßige und nicht diskriminierende Beschränkungen für die Bereitstellung bestimmter Arten von elektronischen Kommunikationsdiensten vorsehen, u.a. wenn dies zur Erfüllung einer Anforderung gemäß der ITU-Vollzugsordnung für den Funkdienst erforderlich ist.

Maßnahmen, aufgrund deren elektronische Kommunikationsdienste in bestimmten, für elektronische Kommunikationsdienste zur Verfügung stehenden Frequenzbändern bereitzustellen sind, müssen dadurch gerechtfertigt sein, dass sie einem Ziel von allgemeinem Interesse dienen, das die Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht festgelegt haben, wie unter anderem

- a) dem Schutz des menschlichen Lebens,
- b) der Stärkung des sozialen, regionalen oder territorialen Zusammenhalts,
- c) der Vermeidung einer ineffizienten Nutzung der Funkfrequenzen oder
- d) der Förderung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt sowie des Medienpluralismus, beispielsweise durch die Erbringung von Rundfunk- und Fernsehdiensten.

Eine Maßnahme, die in einem bestimmten Frequenzband die Bereitstellung aller anderen elektronischen Kommunikationsdienste untersagt, ist nur zulässig, wenn sie erforderlich ist, um Dienste zum Schutz des menschlichen Lebens zu schützen. Die Mitgliedstaaten können diese Maßnahmen in Ausnahmefällen auch erweitern, um anderen von den Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht festgelegten Zielen von allgemeinem Interesse zu entsprechen.

(5) Die Mitgliedstaaten überprüfen regelmäßig, inwieweit die in den Absätzen 3 und 4 genannten Beschränkungen notwendig sind, und veröffentlichen die Ergebnisse dieser Überprüfungen.

(6) Die Absätze 3 und 4 gelten für Funkfrequenzen für elektronische Kommunikationsdienste sowie für Allgemeingenehmigungen und individuelle Nutzungsrechte für Funkfrequenzen, die nach dem 25. Mai 2011 erteilt bzw. gewährt werden.

Für Funkfrequenzzuteilungen, Allgemeingenehmigungen und individuelle Nutzungsrechte, die am 25. Mai 2011 existierten, gilt Artikel 9a.

(7) Unbeschadet der Einzelrichtlinien können die Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung der relevanten innerstaatlichen Gegebenheiten Vorschriften erlassen, um dem Horten von Funkfrequenzen vorzubeugen, in dem sie insbesondere strenge Fristen für die tatsächliche Wahrnehmung der Nutzungsrechte durch den Rechtsinhaber vorgeben und für den Fall der Nichteinhaltung der Fristen Sanktionen - einschließlich Geldstrafen und Geldbußen oder Entzug der Nutzungsrechte - verhängen. Diese Vorschriften werden in verhältnismäßiger, nicht diskriminierender und transparenter Weise erlassen und angewendet."

Hinsichtlich der Erteilung von Nutzungsrechten für Funkfrequenzen bestimmen die Art 5 und 8 der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABl L Nr 108 vom 24. April 2002, S 21, in der Fassung der Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009, ABl L Nr 337 vom 18. Dezember 2009, S 37, Folgendes:

"Artikel 5

Nutzungsrechte für Funkfrequenzen und Nummern

(1) Die Mitgliedstaaten erleichtern die Nutzung von Funkfrequenzen im Rahmen von Allgemeingenehmigungen. Erforderlichenfalls können sie individuelle Nutzungsrechte gewähren

- zur Vermeidung funktechnischer Störungen,
- zur Gewährleistung der technischen Qualität der Dienste,
- zur Sicherstellung der effizienten Nutzung von Funkfrequenzen oder
- zur Erreichung anderer von den Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht festgelegter Ziele von allgemeinem Interesse.

(2) Müssen für Funkfrequenzen und Nummern individuelle Nutzungsrechte gewährt werden, so gewähren die Mitgliedstaaten solche Rechte auf Antrag jedem Unternehmen für die Bereitstellung von Netzen oder Diensten auf der Grundlage der in Artikel 3 genannten Allgemeingenehmigung, vorbehaltlich der Artikel 6 und 7 und des Artikels 11 Absatz 1 Buchstabe c der vorliegenden Richtlinie sowie sonstiger Vorschriften zur Sicherstellung einer effizienten Nutzung dieser Ressourcen gemäß der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie).

Unbeschadet der von den Mitgliedstaaten festgelegten spezifischen Kriterien und Verfahren, die Anwendung finden, wenn Erbringern von Rundfunk- oder Fernsehinhaltssdiensten Frequenznutzungsrechte gewährt werden, um Ziele von allgemeinem Interesse im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht zu erreichen, werden die Rechte zur Nutzung von Frequenzen und Nummern nach offenen, objektiven, transparenten, nicht diskriminierenden und verhältnismäßigen Verfahren sowie, im Falle von Funkfrequenzen, im Einklang mit Artikel 9 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) gewährt. Von der Anforderung offener Verfahren darf in den Fällen abgewichen werden, in denen die Gewährung individueller Frequenznutzungsrechte an die Erbringer von Rundfunk- oder Fernsehinhaltssdiensten im Hinblick auf ein von den Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht festgelegtes Ziel von allgemeinem Interesse notwendig ist.

Bei der Gewährung von Nutzungsrechten geben die Mitgliedstaaten an, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen diese Rechte vom Inhaber der Rechte übertragen werden können. Im Fall von Funkfrequenzen müssen derartige Bestimmungen mit den Artikeln 9 und 9b der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) in Einklang stehen.

Gewähren die Mitgliedstaaten Nutzungsrechte für einen begrenzten Zeitraum, muss dieser im Hinblick auf das angestrebte Ziel unter gebührender Berücksichtigung eines angemessenen Zeitraums für die Amortisation der Investition für den jeweiligen Dienst angemessen sein.

Werden individuelle Rechte zur Nutzung von Funkfrequenzen für mindestens zehn Jahre gewährt, ohne dass sie gemäß Artikel 9b der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) von Unternehmen untereinander übertragen oder vermietet werden können, stellt die zuständige nationale Behörde - insbesondere aufgrund eines begründeten Ersuchens des Rechteinhabers - sicher, dass die Kriterien für eine Vergabe individueller Nutzungsrechte erfüllt sind und während der Geltungsdauer der Lizenz eingehalten werden. Sind diese Kriterien nicht länger erfüllt, wird das individuelle Nutzungsrecht nach Vorankündigung und nach Ablauf einer angemessenen Frist in eine Allgemeingenehmigung für die Nutzung von Funkfrequenzen umgewandelt oder gemäß Artikel 9b der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) zwischen Unternehmen übertragbar bzw. vermietbar gemacht.

(3) Entscheidungen über die Gewährung von Nutzungsrechten werden von der nationalen Regulierungsbehörde so schnell wie möglich nach Erhalt des vollständigen Antrags getroffen, mitgeteilt und veröffentlicht, und zwar innerhalb von drei Wochen im Fall von Nummern, die im Rahmen des nationalen Nummerierungsplans für spezielle Zwecke vergeben worden sind, und innerhalb von sechs Wochen im Fall von Funkfrequenzen, die im Rahmen des nationalen Frequenzbereichsnutzungsplans für die Nutzung durch elektronische Kommunikationsdienste zugeteilt worden sind. Die letztgenannte Frist lässt geltende internationale Vereinbarungen über die Nutzung von Funkfrequenzen und Erdumlaufpositionen unberührt.

(4) Wurde nach Konsultation der interessierten Kreise gemäß Artikel 6 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) beschlossen, dass Nutzungsrechte für Nummern von außerordentlichem wirtschaftlichem Wert im Wege wettbewerbsorientierter oder vergleichender Auswahlverfahren vergeben werden, können die Mitgliedstaaten die Höchstfrist von drei Wochen um einen weiteren Zeitraum von bis zu drei Wochen verlängern.

Für wettbewerbsorientierte oder vergleichende Auswahlverfahren für Funkfrequenzen gilt Artikel 7.

(5) Die Mitgliedstaaten schränken die Zahl der gewährten Nutzungsrechte nur so weit ein, wie dies für eine effiziente Nutzung der Funkfrequenzen gemäß Artikel 7 notwendig ist.

(6) Die zuständigen nationalen Behörden stellen sicher, dass die Funkfrequenzen im Einklang mit Artikel 8 Absatz 2 und Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) effizient und wirksam genutzt werden. Sie sorgen dafür, dass der Wettbewerb nicht durch Übertragungen oder eine Anhäufung von Rechten zur Nutzung von Funkfrequenzen verzerrt wird. Hierbei können die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen ergreifen, z.B. indem sie den Verkauf oder die Vermietung von Frequenznutzungsrechten anordnen.

[...]

Artikel 7

Beschränkung der Einräumung von Nutzungsrechten für Funkfrequenzen

(1) Erwägt ein Mitgliedstaat, die zu erteilenden Rechte für die Nutzung von Funkfrequenzen zahlenmäßig zu beschränken oder die Geltungsdauer bestehender Nutzungsrechte in anderer Weise als entsprechend den darin festgelegten Bedingungen zu verlängern, so berücksichtigt er unter anderem Folgendes:

- a) Er trägt der Notwendigkeit gebührend Rechnung, den Nutzen für die Nutzer zu maximieren und den Wettbewerb zu erleichtern;
- b) er gibt allen Beteiligten, einschließlich Nutzern und Verbrauchern, die Gelegenheit, zu einer eventuellen Beschränkung gemäß Artikel 6 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) Stellung zu nehmen;
- c) er veröffentlicht unter Angabe der Gründe jede Entscheidung, die Erteilung oder Verlängerung von Nutzungsrechten zu beschränken;
- d) er fordert nach der Entscheidung für ein bestimmtes Verfahren zur Beantragung von Nutzungsrechten auf, und
- e) er überprüft die Beschränkung in angemessenen Abständen oder auf angemessenen Antrag der betroffenen Unternehmen.

(2) Stellt ein Mitgliedstaat fest, dass weitere Nutzungsrechte für Funkfrequenzen erteilt werden können, gibt er dies öffentlich bekannt und fordert zur Beantragung dieser Rechte auf.

(3) Muss die Erteilung von Nutzungsrechten für Funkfrequenzen beschränkt werden, so erteilen die Mitgliedstaaten diese Rechte nach objektiven, transparenten, nicht diskriminierenden und verhältnismäßigen Auswahlkriterien. Bei diesen Auswahlkriterien tragen sie der Umsetzung der Ziele nach Artikel 8 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) sowie der Anforderungen ihres Artikels 9 gebührend Rechnung.

(4) Bei wettbewerbsorientierten oder vergleichenden Auswahlverfahren können die Mitgliedstaaten die in Artikel 5 Absatz 3 genannte Höchstfrist von sechs Wochen so lange wie nötig, höchstens jedoch um acht Monate, verlängern, um für

alle Beteiligten ein faires, angemessenes, offenes und transparentes Verfahren sicherzustellen.

Diese Fristen lassen geltende internationale Vereinbarungen über die Nutzung von Funkfrequenzen und die Satellitenkoordinierung unberührt.

(5) Dieser Artikel berührt nicht die Übertragung von Nutzungsrechten für Funkfrequenzen gemäß Artikel 9b der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie)."

4. Mit dem angefochtenen Bescheid wurden der beschwerdeführenden Partei insgesamt 2x45 MHz (aus insgesamt zur Vergabe gelangenden 2x140 MHz) an Frequenzen zur Nutzung zugeteilt. Die Frequenznutzungsrechte im Bereich 800 MHz sind befristet ab Rechtskraft des angefochtenen Bescheides bis zum 31. Dezember 2029, jene in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz überwiegend bis 31. Dezember 2034; die Befristung dieser Frequenznutzungsrechte beginnt zu unterschiedlichen Zeitpunkten zwischen dem 1. Jänner 2016 und dem 1. Jänner 2020.

4.1. Die beschwerdeführende Partei rügt zunächst, dass die belangte Behörde in den Spruchpunkten 1, 2 und 3 des angefochtenen Bescheides bezogen auf die Frequenzbänder 900 MHz und 1800 MHz Zuteilungen vorgenommen habe, mit denen rechtswidrig in bestehende Zuteilungen eingegriffen werde.

Die beschwerdeführende Partei legt in der Folge die einzelnen Frequenznutzungsrechte, in deren Bestand ihrer Ansicht nach eingegriffen werde, in einer Tabelle dar.

Dazu ist vorweg festzuhalten, dass die beschwerdeführende Partei durch Zuteilungen an die mitbeteiligten Parteien, durch die auch nach den Behauptungen der Beschwerde nicht in Frequenznutzungsrechte der beschwerdeführenden Partei eingegriffen wird (dies betrifft die Blöcke LC01 bis LC03 und LC14 bis LC15), ebensowenig beschwert sein kann wie durch die Zuteilung von Frequenzen an die beschwerdeführende Partei, an denen nach deren Ansicht die erstmitbeteiligte Partei, die gegen den angefochtenen Bescheid keine Beschwerde erhoben hat, noch befristete Nutzungsrechte habe (dies betrifft Block LB03, Kanäle 1 bis 13).

Damit verbleiben folgende Frequenzbereiche, in denen die beschwerdeführende Partei Eingriffe in bestehende Frequenznutzungsrechte - sei es durch Zuteilung ihr bereits zugeteilter Frequenzen an mitbeteiligte Parteien, sei es durch neuerliche Zuteilung an die beschwerdeführende Partei - geltend macht:

Im Bereich 900 MHz sei der zweitmitbeteiligten Partei durch Spruchpunkt 2 Abs 2 des angefochtenen Bescheides das Nutzungsrecht vom 1. Jänner 2016 bis 31. Dezember 2034 an 2x5 MHz (895 - 900 MHz Uplink; 940 - 945 MHz Downlink; "Block LB04") eingeräumt worden. Dieser Block sei mit Spruchpunkt 1 des Bescheides der belangten Behörde vom 21. Oktober 2002, K 6/02-38, teilweise (betreffend die Kanäle 25 bis 39, was 60% des 2x5 MHz-Blocks entspreche) bis zum 31. Dezember 2019 der beschwerdeführenden Partei zugeteilt worden. Dadurch komme es zu einem Wechsel in der Zuteilung.

Mit Spruchpunkt 3 Abs 5 des angefochtenen Bescheides sei der beschwerdeführenden Partei das Nutzungsrecht vom 1. Jänner 2016 bis 31. Dezember 2034 an 2x10 MHz (885 - 895 MHz Uplink; 930 - 940 MHz Downlink; "Block LB03"[richtig: Blöcke LB02 und LB03]) zugeteilt worden. Dieser Frequenzblock sei ebenfalls mit Spruchpunkt 1 des Bescheides der belangten Behörde vom 21. Oktober 2002, K 6/02-38, teilweise (betreffend die Kanäle 15 bis 24, was 40% des Blocks [gemeint wohl: des 2x5 MHz-Blocks LB03] entspreche) bis 31. Dezember 2019 bereits der beschwerdeführenden Partei zugeteilt worden, wofür die beschwerdeführende Partei auch "Nutzungsentgelte bis 31.12.2019 bezahlt" habe. Es entstehe dadurch der Effekt, dass Frequenznutzungsentgelte "zum Teil nochmals zu bezahlen" seien.

Im Frequenzbereich 1800 MHz sei der beschwerdeführenden Partei mit Spruchpunkt 3, Abs 6 und 7 des angefochtenen Bescheides das Nutzungsrecht vom 1. Jänner 2016 bis 31. Dezember 2017 an 2x4,4 MHz (1739,7 - 1744,1 MHz Uplink; 1834,7 - 1839,1 MHz Downlink) und vom 1. Jänner 2018 bis 31. Dezember 2019 an 2x9,1 MHz (1735 - 1744,1 MHz Uplink; 1830 - 1839,1 MHz Downlink) zugeteilt worden. Dieser Block LC07 sei der beschwerdeführenden Partei mit Spruchpunkt 2

des Bescheides der belangten Behörde vom 18. Mai 2001, K 30/00-33, teilweise (betreffend die Kanäle 661 bis 666, was 24% der "Blöcke" entspreche [die Kanäle 661 bis 666 umfassen nach der Anlage 2 zum Bescheid K 30/00-33 der belangten Behörde den Frequenzbereich von 1740,0 bis 1741,0 MHz Uplink und 1835,0 bis 1836,0 MHz Downlink]) bis 31. Dezember 2019 zugeteilt worden, wofür die beschwerdeführende Partei auch "Nutzungsentgelte bis 31.12.2019 bezahlt" habe.

Zusammenfassend geht es damit um die Zuteilung von 2x2,8 MHz aus dem 900 MHz-Band, die der beschwerdeführenden Partei ihrer Rechtsansicht nach mit Bescheid der belangten Behörde vom 21. Oktober 2002, K 6/02-38, (auch) für den Zeitraum vom 1. Jänner 2016 bis 31. Dezember 2019 bereits zugeteilt worden waren, an eine mitbeteiligte Partei sowie um die - nach Ansicht der beschwerdeführenden Partei neuerliche - Zuteilung von 2x2 MHz aus dem 900 MHz-Band sowie um 2x1 MHz (Kanäle 661 bis 666) aus dem 1800 MHz-Band an die beschwerdeführende Partei, welche ihr bereits mit den genannten Bescheiden der belangten Behörde vom 18. Mai 2001 und vom 21. Oktober 2002 (auch) für den Zeitraum vom 1. Jänner 2016 bis zum 31. Dezember 2019 zugeteilt gewesen seien.

4.2. Die beschwerdeführende Partei hat entsprechend den Ausschreibungsbedingungen - in denen die Zeiträume, für die die Frequenznutzungsrechte vergeben werden sollten, festgelegt waren - ihre Anträge auf Zuteilung von Frequenzen im Verwaltungsverfahren gestellt. Dass die schließlich getroffene Zuteilung von Frequenznutzungsrechten aufgrund der darin vorgesehenen Befristungen den Ausschreibungsbedingungen widersprechen würde, macht die beschwerdeführende Partei weder geltend noch ergibt sich dies aus den vorgelegten Verwaltungsakten. Eine Rechtswidrigkeit der mit dem angefochtenen Bescheid getroffenen Frequenzzuteilung aus dem Grunde, dass die Zuteilung antragswidrig oder entgegen den Ausschreibungsbedingungen erfolgt wäre, liegt daher nicht vor.

4.3. Der Sache nach macht die beschwerdeführende Partei mit ihrem Vorbringen geltend, dass der angefochtene Bescheid insofern rechtswidrig sei, als er in ihr rechtskräftig erteilte Berechtigungen zur Frequenznutzung eingreife.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde allerdings nicht in seiner Gesamtheit über den selben Gegenstand entschieden, über den mit den von der beschwerdeführenden Partei zitierten Bescheiden der belangten Behörde vom 18. Mai 2001 und vom 21. Oktober 2002 abgesprochen wurde: während den genannten Bescheiden Anträge auf Frequenzzuteilungen unter Nutzung des GSM-Standards in eingeschränkten Bereichen des 900 MHz-Bandes und des 1800 MHz-Bandes zugrunde lagen, wurde mit dem hier angefochtenen Bescheid ein umfassenderer Frequenzbereich aufgrund einer technologieneutralen Ausschreibung zur Nutzung für terrestrische Systeme, die elektronische Kommunikationsdienste erbringen (im Sinne der Entscheidung der Kommission vom 16. Oktober 2009, Nr 2009/766/EG, geändert mit Beschluss der Kommission vom 18. April 2011, Nr 2011/251/EU, bzw des Beschlusses der Kommission vom 6. Mai 2010, Nr 2010/267/EU) vergeben.

Im Hinblick darauf, dass die Frequenzen mit dem angefochtenen Bescheid zur exklusiven Nutzung zugeteilt wurden und - im Falle einer zeitlichen Überschneidung - damit eine Nutzung, wie sie der beschwerdeführenden Partei mit den Bescheiden der belangten Behörde vom 18. Mai 2001 und vom 21. Oktober 2002 eingeräumt wurde, unvereinbar wäre, läge jedoch - folgte man der Rechtsansicht der beschwerdeführenden Partei zur Befristung der Frequenznutzungsrechte - eine teilweise Derogation der Bescheide der belangten Behörde vom 18. Mai 2001, K 30/00-33, und vom 21. Oktober 2002, K 6/02-38, vor. Demnach hätte der nun angefochtene Bescheid in das durch die genannten früheren Bescheide erteilte Frequenznutzungsrecht der beschwerdeführenden Partei eingegriffen. In einer solcherart herbeigeführten Beseitigung einer seinerzeit eingeräumten rechtskräftigen Berechtigung läge eine Verletzung subjektiver Rechte der beschwerdeführenden Partei (vgl das hg Erkenntnis vom 7. Mai 1991, ZI 91/07/0026).

Zutreffend zeigt die beschwerdeführende Partei auch auf, dass ein derartiger Eingriff, selbst wenn er sich nur auf einen geringen Bereich des zur Vergabe

gelangten Frequenzspektrums bezieht, zur Aufhebung des gesamten angefochtenen Bescheides führen müsste, weil auf Grund der Art der Ermittlung des Höchstgebotes im vorliegenden Verfahren nach § 55 TKG 2003 nicht differenzierbar sei, welche Teile des Frequenznutzungsentgelts auf welche Frequenzbänder entfielen.

4.4. Damit ist zu prüfen, ob - wie die beschwerdeführende Partei geltend macht - mit den Bescheiden der belangten Behörde vom 18. Mai 2001 und vom 21. Oktober 2002 Frequenzzuteilungen an die beschwerdeführende Partei über den 31. Dezember 2015 hinaus erfolgt sind, oder ob - wie dies die belangte Behörde ihrer Entscheidung zugrunde gelegt hat und auch die erstmitbeteiligte Partei in ihrer Gegenschrift vorbringt - aufgrund der Verbindung dieser Frequenzzuteilungen mit der nach der damaligen Rechtslage erforderlichen - und befristet bis 31. Dezember 2015 erteilt gewesenen - Konzession diese Frequenznutzungsrechte bereits mit Ablauf des 31. Dezember 2015 wegfallen.

4.5. Die beschwerdeführende Partei wendet sich gegen die Argumentation der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid, wonach sich das im Spruch des Bescheides K 30/00-33 genannte Datum 31. Dezember 2019 an die längste, zum Zeitpunkt des Bescheidbeschlusses (18. Mai 2001) im österreichischen Mobilfunksektor gültige Konzessionslaufzeit anlehne und in die Ausschreibungsunterlage für das Vergabeverfahren K 30/00 übernommen worden sei, wobei eine Verlängerung der durch den zeitlichen Ablauf der Konzession befristeten Nutzungsrechte nicht intendiert gewesen sei.

Eine Begründung dafür erfolge weder im angefochtenen Bescheid noch im Bescheid K 30/00-33, obwohl eine solche erforderlich wäre, würde für die Unternehmen (gemeint: die Mobilfunkbetreiber, denen mit dem genannten Bescheid Frequenzen zugeteilt worden waren) nicht das ausdrücklich normierte Datum 31. Dezember 2019 gelten, sondern für jeden Betreiber ein anderes. Die Unternehmen hätten vielmehr von der ausdrücklich normierten Laufzeit ausgehen dürfen, da sie dafür auch die Frequenznutzungsentgelte bezahlt hätten; ihr Bietverhalten in der früheren Auktion habe auf dieser Laufzeit beruht.

Die belangte Behörde behaupte zu Unrecht, dass die Verknüpfung der ursprünglichen Befristung der Konzession mit der Laufzeit der Frequenznutzungsrechte auch nach dem Inkrafttreten des TKG 2003 bestehe und die auflösende Bedingung nicht weggefallen sei. Sie habe auch die Begründung dafür geändert, die sie in einer Fragebeantwortung und auch im angefochtenen Bescheid gegeben habe, wo sie die auflösende Bedingung noch als Befristung durch die ursprüngliche Laufzeit der Konzession verstanden habe. Die Begründung der belangten Behörde sei selbst im Bescheid widersprüchlich (Befristung einerseits, auflösende Bedingung andererseits). Wenn der Satz aber - richtigerweise - eine auflösende Bedingung sei, so könne diese nach dem Wegfall der Konzessionspflicht nicht mehr eintreten. Sie gelte demnach als nicht beigelegt. Der Wegfall der Konzessionspflicht durch den Übergang vom TKG 1997 zum TKG 2003 sei im Übrigen auch kein Fall des § 23 TKG 1997 (Erlöschen der Konzession durch Verzicht, Widerruf, Ablauf der Zeit, für die sie erteilt wurde, Erlöschen der Rechtspersönlichkeit des Konzessionsinhabers).

Aus der Argumentation der belangten Behörde in der Fragenbeantwortung zur Frage 31 sei ersichtlich, dass die belangte Behörde von ihrer Begründung selbst nicht überzeugt sei, da sie darauf hingewiesen habe, dass die Übernahme in die Bescheide der einzelnen Unternehmen in weiterer Folge "zu einer gewissen Unschärfe" geführt habe, die offensichtlich einer entsprechenden Interpretation bedürfe. Es liege aber keine Unschärfe vor, sondern die Regelung sei völlig klar im Sinne einer Befristung bis 31. Dezember 2019. Eine Unschärfe, wie sie der Interpretation der belangten Behörde zu Grunde liege, könne man der seinerzeit bescheiderlassenden Behörde in einer so wesentlichen Sache nicht unterstellen, insbesondere wenn es an jeglichen Hinweisen für eine Interpretation wie jener der belangten Behörde fehle.

In der auflösenden Bedingung werde nicht auf die konkrete Konzession des Zuteilungsinhabers abgestellt, sondern auf das Bestehen einer Konzession. Wenn die belangte Behörde aus § 133 TKG 2003 folgere, dass das TKG 2003 erkennbar davon

ausgehe, dass sich durch den Entfall der Konzessionspflicht die Rechtsposition für Mobilfunkbetreiber hinsichtlich ihrer damals am 20. August 2003 bestanden habenden Frequenznutzungsrechte nicht ändern solle, weder zu ihrem Nachteil, noch zu ihrem Vorteil, so lege sie § 133 TKG 2003 falsch aus. Ihre Auslegung führe dazu, dass der Entfall der Konzession den Mobilfunkbetreibern zum Nachteil gereiche, insofern die Laufzeit der Frequenznutzungsrechte verkürzt werde und zwar mit einer völlig willkürlichen Anknüpfung an die Laufzeit der ursprünglichen Konzession, die durch das TKG 2003 jegliche Bedeutung verloren habe. Würde die Konzessionspflicht noch bestehen, würde sich die Laufzeit nämlich nicht verkürzen.

Das ungewisse Ereignis, an dem die auflösende Bedingung anknüpfe, könne aber schon ursprünglich (unabhängig davon, dass sie im August 2003 weggefallen sei) naturgemäß nicht ein spezifisches Konzessionsenddatum sein, weil dies ja ein gewisses und bestimmtes Ereignis wäre. Die Anknüpfung sei ursprünglich vielmehr am Bestehen einer Konzession erfolgt, die aus unterschiedlichen Gründen weggefallen habe können, die aber auch verlängerbar gewesen sei.

Das Bestehen einer Konzession sei nach dem TKG 1997 Voraussetzung für das Erbringen des mobilen Sprachtelefondienstes und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbstbetriebener Mobilkommunikationsnetze gewesen. Die Konzession habe aus damaliger Sicht aus unterschiedlichen Gründen weggefallen können, gemäß § 15 Abs 4 vierter Satz TKG 1997 habe der bisherige Konzessionär aber auch einen Rechtsanspruch auf jederzeitige Wiedererteilung der Konzession gehabt, wenn er die Konzession entsprechend dem Gesetz ausgeübt habe und die verwendeten Frequenzen wieder zugeteilt werden konnten. Durch diese gesetzliche Bestimmung komme zum Ausdruck, dass es nicht der Intention des Gesetzgebers entsprochen habe, die Frequenzzuteilung in zeitlicher Hinsicht untrennbar an die Befristung einer spezifischen Konzession zu koppeln. Die auflösende Bedingung habe somit ursprünglich lediglich besagt, dass der Frequenzzuteilungsinhaber über eine Konzession verfügen müsse, widrigenfalls die Frequenzzuteilung weggefallene. Die auflösende Bedingung besage aber nicht, dass die Frequenzzuteilung an das

spezifische Konzessionsenddatum gebunden gewesen sei, weil diese ja nach dem TKG 1997 verlängerbar bzw erneuerbar gewesen sei.

Mit dem Inkrafttreten des TKG 2003 werde die Zeitdimension der Konzession überhaupt irrelevant. Durch den Regimewechsel seien die Konzessionen durch Allgemein genehmigungen ersetzt worden. Diese seien zeitlich unbefristet. Allfällige ursprüngliche Befristungen in Konzessionen seien damit obsolet geworden.

4.6. Unstrittig ist, dass die beschwerdeführende Partei zum Zeitpunkt der durch die Bescheide der belangten Behörde vom 21. Mai 2001, K 30/00-33 ua, und vom 21. Oktober 2002, K 6/02-38 ua, erfolgten Frequenzzuteilungen - und ebenso zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des TKG 2003 am 20. August 2003 - über eine Konzession zur Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze verfügte. Diese Konzession war - entsprechend der zum Zeitpunkt ihrer Erteilung geltenden Rechtslage (§ 20 Abs 5 Fernmeldegesetz 1993) - befristet bis zum 31. Dezember 2015 erteilt worden; gemäß § 125 Abs 4 Telekommunikationsgesetz, BGBl I Nr 100/1997 (im Folgenden: TKG 1997), war die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bestehende Konzession aufrecht geblieben.

Die beiden ersten Absätze des Spruchpunkts 2 des Bescheides der belangten Behörde vom 18. Mai 2001, K 30/00-33 ua, wie sie auch im angefochtenen Bescheid bereits wiedergegeben wurden, lauteten:

"Der ma GmbH [nunmehr: beschwerdeführende Partei] werden in Erweiterung des Bescheides vom 25. Jänner 1996, GZ des BMWVK 101749/IV-JD/96, in der Fassung des Bescheides vom 23. Juli 1997, GZ BMWV 101008/IV-JD/97, des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 25. August 1999, GZ K 41/98-46 und des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 25.9.2000, GZ K 14/00-15, Frequenzen im Umfang von 2x3,2 MHz zur Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze zugeteilt. Dabei handelt es sich um die Kanäle 512-521 und 661-666. Die Nutzungsbedingungen für die zugeteilten Kanäle sind aus Anlage 2 ersichtlich.

Die Frequenzkanäle werden befristet bis zum 31.12.2019 mit der Bedingung zugeteilt, dass auch für die letzten 3 (drei) Jahre das vom Konzessionär betriebene Netz und die angebotenen Dienste eine dem europäischen Standard vergleichbare Qualität erwarten lassen. Dies ist spätestens bis zum 31.12.2015 nachzuweisen. Die Frequenzzuteilung erfolgt weiters unter der auflösenden Bedingung, dass eine aufrechte Konzession für die Erbringung von Mobilfunkdiensten der 2. Generation besteht und die Frequenzzuteilung daher wegfällt, wenn die Konzession wegen Zeitablauf oder aus anderen, in § 23 TKG genannten Gründen wegfällt."

Eine gleichlautende Formulierung fand sich in Spruchpunkt 1 des Bescheides der belangten Behörde vom 21. Oktober 2002, K 6/02 ua, mit dem der beschwerdeführenden Partei ebenfalls Frequenzen zugeteilt wurden, in die ihrer Ansicht nach mit dem nun angefochtenen Bescheid eingegriffen worden sei.

Strittig ist nun, ob die "auflösende Bedingung", dass eine aufrechte Konzession für die Erbringung von Mobilfunkdiensten der 2. Generation besteht, mit dem Zeitablauf der ursprünglich in der Konzession vorgesehenen Befristung eingetreten ist, bzw ob der Zeitablauf der ursprünglich in der Konzession vorgesehenen Befristung für die zugeteilten Frequenzen weiter von Bedeutung ist, obgleich nach der mittlerweile geltenden Rechtslage eine Konzession für die Erbringung der in der Konzession genannten Dienste nicht mehr erforderlich ist.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass nach der zum Zeitpunkt der Zuteilung der Frequenzen durch die Bescheide der belangten Behörde vom 18. Mai 2001 und vom 21. Oktober 2002 geltenden Rechtslage gemäß § 15 Abs 4 TKG 1997 eine Konzession für die in Rede stehenden Mobilfunkdienste befristet werden konnte, sofern dies wegen der Knappheit oder der Widmung der zur Verfügung stehenden Frequenzen notwendig war. Der Konzessionsinhaber hatte nach dieser Bestimmung einen Rechtsanspruch auf Wiedererteilung der Konzession, wenn er die Konzession entsprechend dem Gesetz ausgeübt hatte und die verwendeten Frequenzen wieder zugeteilt werden konnten.

Frequenzen, die zur Erbringung von öffentlichen Mobilkommunikationsdiensten vorgesehen waren, waren nach der zum Zeitpunkt der Erlassung der hier relevanten Bescheide der belangten Behörde vom 18. Mai 2001

und vom 21. Oktober 2002 geltenden Rechtslage durch die Regulierungsbehörde in einem Verfahren nach § 49a TKG 1997 - im Wesentlichen nach Durchführung einer Auktion - zuzuteilen. Bei unveränderter Fortgeltung der damals bestehenden Rechtslage wäre demnach die Wiedererteilung der Konzession davon anhängig gewesen, dass der Konzessionsinhaber in einem Frequenzvergabeverfahren nach § 49a TKG 1997 - also in einer für andere Antragsteller offenen Auktion - neuerlich die Zuteilung der Frequenzen hätte erreichen können, was wiederum vorausgesetzt hätte, dass er für diese Frequenzen das höchste Frequenznutzungsentgelt angeboten hätte. Eine gewissermaßen automatische Wiedererteilung der Konzession, wie dies die beschwerdeführende Partei anzunehmen scheint, war daher für Inhaber einer Mobilfunkkonzession zum Zeitpunkt der Frequenzzuteilungen mit den Bescheiden der belangten Behörde vom 18. Mai 2001 und vom 21. Oktober 2002 ebenso wie zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des TKG 2003 am 20. August 2003 nicht vorgesehen. Mit der in den Bescheiden der belangten Behörde vom 18. Mai 2001 und vom 21. Oktober 2002 vorgenommenen Bindung der Nutzungsdauer der zugewiesenen Frequenzen an den aufrechten Bestand der Konzession war daher festgelegt, dass die Nutzungsrechte spätestens mit Ablauf der Konzessionsfrist - gegebenenfalls bei einem aus anderen Gründen erfolgenden Wegfall der Konzession auch schon früher - erlöschen würden. Ein Anrecht auf Wiedererteilung der Konzession nach Ablauf der Befristung wäre der beschwerdeführenden Partei - bei unveränderter Fortgeltung des vor dem 20. August 2003 bestehenden Rechtsrahmens - nur dann zugekommen, wenn sie im Rahmen der dann auszuschreibenden Versteigerung das höchste Frequenznutzungsentgelt geboten hätte.

Damit ist aber der belangten Behörde zuzustimmen, dass die Frequenzzuteilungen, ungeachtet des im ersten Absatz der jeweils die beschwerdeführende Partei betreffenden Spruchpunkte der Bescheide der belangten Behörde vom 18. Mai 2001 und vom 21. Oktober 2002 vorgesehenen absoluten Enddatums, mit dem Bestand der - kürzer befristeten - Mobilfunkkonzession so

verknüpft waren, dass diese Bescheide der beschwerdeführenden Partei ein Recht auf Nutzung der Frequenzen nur bis zum 31. Dezember 2015 eingeräumt hatten.

Mit dem TKG 2003 trat anstelle der bisherigen Konzessionspflicht (unter anderem) für das Erbringen des öffentlichen mobilen Sprachtelefondienstes und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Mobilkommunikationsnetze eine bloße Anzeigepflicht für die beabsichtigte Bereitstellung des Dienstes (§ 15 TKG 2003). In den Übergangsbestimmungen des TKG 2003 wird Folgendes bestimmt:

"§ 133 [...]

(4) Zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes bestehende Anzeigen nach § 13 TKG und Konzessionen nach § 14 TKG erlöschen mit In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes soweit Abs. 6 nicht anderes bestimmt. Die Bestätigung über die eingebrachte Anzeige und die Konzessionsurkunde nach TKG gelten als Bestätigungen im Sinne des § 15 Abs. 3.

[...]

(6) Rechte und Pflichten, die im Laufe eines auf Wettbewerb oder Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens begründet wurden, bleiben unberührt; dies gilt insbesondere für die Verpflichtung von 'nationalem Roaming' anlässlich des Vergabeverfahrens von UMTS/IMT-2000. Die Rechte und Pflichten gelten als Nebenbestimmungen im Sinne des § 55 Abs. 10. Rechte und Pflichten, die sich aus der Zuteilung von Frequenzen an Konzessionsinhaber ergeben, bleiben ebenfalls unberührt."

Aus dieser Übergangsbestimmung wird deutlich, dass erfolgte Frequenzzuteilungen - auch solche, die in einem auf Wettbewerb beruhenden Auswahlverfahren (wie insbesondere einer Versteigerung, die den Frequenzzuteilungen in den hier relevanten Bescheiden der belangten Behörde vom 18. Mai 2001 und vom 21. Oktober 2002 zugrunde lag) erfolgten - durch die Änderung des Rechtsrahmens unberührt bleiben sollten, also für den Zuteilungsinhaber weder eine Verschlechterung noch eine Verbesserung eintreten sollte. Die Nutzungsrechte an den Frequenzen, die der beschwerdeführenden Partei mit den Bescheiden der belangten Behörde vom 18. Mai 2001 und vom 21. Oktober 2002 zugeteilt worden waren, waren aber - wie dargelegt - der beschwerdeführenden Partei aufgrund der zeitlichen Verbindung mit ihrer befristeten

Konzession nur bis zum Ablauf des 31. Dezember 2015 wirksam eingeräumt worden. Eine weitere Nutzung der gegenständlichen Frequenzen über diesen Zeitpunkt hinaus hätte nämlich vorausgesetzt, dass die beschwerdeführende Partei die neuerliche Zuteilung der Frequenzen in einem Auktionsverfahren hätte erlangen können; insofern hat sich die Situation für die beschwerdeführende Partei durch das Auktionsverfahren, das dem nun angefochtenen Bescheid zugrunde liegt, damit auch materiell nicht geändert.

Der Wegfall der Konzessionspflicht bewirkte, dass die beschwerdeführende Partei die von ihr angebotenen Dienste nun ohne Konzession erbringen konnte, änderte aber nichts an den in den Frequenzzuteilungsverfahren eingegangenen Pflichten und erworbenen Rechten - im Konkreten hier also am Recht auf Nutzung der in den Bescheiden der belangten Behörde vom 18. Mai 2001 und vom 21. Oktober 2002 zugeteilten Frequenzen für jenen Zeitraum, für den sie ursprünglich zugeteilt worden waren. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob die "Bedingung" nach Aufhebung der Konzessionspflicht überhaupt noch habe wegfallen können, weil lediglich zu beurteilen ist, welche konkreten Rechte und Pflichten für die beschwerdeführende Partei aus den gegenständlichen Frequenzzuteilungen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des TKG 2003 - am 20. August 2003 - bestanden.

Vor diesem Hintergrund kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie die Frequenzen, für die die beschwerdeführende Partei ein Nutzungsrecht bis zum 31. Dezember 2019 behauptet, als ab 1. Jänner 2016 verfügbar beurteilt und im angefochtenen Bescheid ab diesem Datum zugeteilt hat.

4.7. Daran vermag auch das Vorbringen der beschwerdeführenden Partei nichts zu ändern, dass auf die Laufzeit der 1999 ursprünglich der te KG erteilten Konzession abzustellen sei. Diese bis zum 31. Dezember 2019 befristete Konzession sei in der Folge auf die te GmbH übertragen worden. Mit Bescheid der belangten Behörde F 2/05-76 sei der beschwerdeführenden Partei der Erwerb dieser Gesellschaft genehmigt worden; in der Folge sei es zu - näher dargelegten -

Umgründungsvorgängen im Jahr 2006 gekommen, wobei schließlich die T GmbH in der te GmbH aufgegangen sei.

Auf diese gesellschaftsrechtlichen Entwicklungen muss hier aber schon deshalb nicht näher eingegangen werden, weil es - wie oben dargelegt - nur darauf ankommt, welchen Rechte der beschwerdeführenden Partei mit den Bescheiden der belangten Behörde vom 18. Mai 2001 und vom 21. Oktober 2002 eingeräumt wurden und welchen konkreten Inhalt diese Rechte und Pflichten aus der Frequenzzuteilung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des TKG 2003 am 20. August 2003 hatten. An diesen Rechten konnte sich durch die - erst nach Inkrafttreten des TKG 2003 erfolgte - Übernahme der te GmbH nichts ändern.

4.8. Da die belangte Behörde demnach entgegen der Rechtsansicht der beschwerdeführenden Partei die Befristungen der zu vergebenden Frequenznutzungsrechte nicht in rechtswidriger Weise festgesetzt hat, geht auch das Vorbringen in der ergänzenden Begründung zur Beschwerde, die rechtswidrige Verkürzung der Laufzeiten habe Einfluss auf das Bietverhalten haben müssen, ebenso ins Leere wie die in dieser ergänzenden Begründung weiter vorgebrachte Verfahrensrüge, dass die belangte Behörde zur Nutzungsdauer der Frequenzen, hinsichtlich derer die beschwerdeführende Partei einen Eingriff in bestehende Nutzungsrechte annimmt, keine Feststellungen getroffen habe.

5. Die beschwerdeführende Partei macht geltend, sie habe bereits lange vor Beginn der Auktion ausgeführt, dass die beantragten Änderungen bzw Feststellungen im Hinblick auf die Laufzeit der Frequenznutzungsrechte erforderlich seien, um vor Beginn der Auktion Rechtssicherheit über die Restlaufzeit zugeteilter Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz und entsprechend Rechtssicherheit über den Nutzungsbeginn dieser Frequenznutzungsrechte nach einer "Neuversteigerung" zu erhalten. Die belangte Behörde habe über den Feststellungsantrag nicht abgesprochen, sondern nur über den korrespondierenden Änderungsantrag vom 25. Juni 2013. Die Erledigung sei daher unvollständig.

Mit diesem Vorbringen zeigt die beschwerdeführende Partei keine Rechtswidrigkeit des hier angefochtenen Bescheides auf. Festzuhalten ist, dass über den Feststellungsantrag von der belangten Behörde mit Bescheid vom 16. Dezember 2013, ZI F 1/11-297, entschieden wurde (eine von der beschwerdeführenden Partei dagegen erhobene Revision ist beim Verwaltungsgerichtshof zur ZI Ro 2014/03/0025 anhängig).

6.1. Die beschwerdeführende Partei verweist darauf, dass der Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 24. April 2013, ZI EU 2013/0001, in dem es um die Frage der Parteistellung eines Mitbewerbers in einem Verfahren nach § 56 TKG 2003 gehe, den Gerichtshof der Europäischen Union um eine Vorabentscheidung ersucht habe (beim EuGH anhängig als Rechtssache C-282/13, *T-Mobile Austria*). Dabei habe der Verwaltungsgerichtshof in dem von ihm gestellten Antrag auf Abwicklung des Vorabentscheidungsersuchens im Rahmen eines beschleunigten Verfahrens auf Auswirkungen auf das Verfahren F 1/11 der belangten Behörde, in dem der nunmehr angefochtene Bescheid schließlich ergangen ist, hingewiesen.

Nach Aufhebung der Bescheide der belangten Behörde in den Verfahren F 1/12 und F 6/12 (die den Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof, in dem das Vorabentscheidungsersuchen ergangen ist, zu Grunde liegen), könne sich eine andere Sachentscheidung in diesen Verfahren ergeben, die auch geänderte Ausschreibungsunterlagen in den Verfahren zum hier angefochtenen Bescheid erforderlich machen würde. Die belangte Behörde hätte angesichts der Unsicherheit des Ausgangs der Verfahren F 1/12 und F 6/12 mit der Entscheidung im hier gegenständlichen Verfahren zuwarten müssen.

Die beschwerdeführende Partei verweist dazu auf § 38a AVG, wonach, wenn die Behörde dem Gerichtshof der Europäischen Union eine Frage zur Vorabentscheidung nach Art 267 AEUV vorgelegt hat, bis zum Einlangen der Vorabentscheidung nur solche Handlungen vorgenommen oder Entscheidungen und Verfügungen getroffen werden dürfen, die durch die Vorabentscheidung nicht

beeinflusst werden können oder die die Frage nicht abschließend regeln und keinen Aufschub gestatten.

Zwar sei das Vorabentscheidungsersuchen nicht von der belangten Behörde gestellt worden, diese habe aber ein Verfahren gestartet und durchgeführt, das in engstem Zusammenhang mit einem Verfahren stehe, in dem eine Vorlagefrage an den EuGH gerichtet worden sei. Die vorgelegte Frage sei von Einfluss auch auf das von der belangten Behörde geführte Verfahren. Dieser Zusammenhang sei vom Verwaltungsgerichtshof durch seinen Antrag auf beschleunigtes Verfahren auch deutlich zum Ausdruck gebracht worden. Die zwischenzeitlich ergangene Stellungnahme der Europäischen Kommission im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof empfehle eine Beantwortung der Vorlagefrage, die zu einer Aufhebung des vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheides führen würde, wodurch der Zusammenhang noch einmal unterstrichen werde.

Die Auktion fuße auf einer Grundlage, die im Fall der Behebung des dem Vorlageverfahren unterliegenden Bescheids qualifiziert ungeeignet, weil nicht dem § 55 TKG 2003 entsprechend, wäre. Eine andere Entscheidung in den Verfahren F 1/12 und F 6/12 könne zu einer signifikant andersartigen Frequenzverteilung bei den aktiven Mobilfunkbetreibern führen, die von vornherein ein anderes Auktionsdesign erforderlich mache.

Dem Sinn der Vorlagepflicht einerseits und des § 37 AVG andererseits laufe es diametral entgegen, wenn der belangten Behörde ein enger faktischer Zusammenhang zwischen den erwähnten Verfahren bekannt sei und sie das Verfahren zur Vergabe der Frequenzen dennoch unbeirrt fortführe, ohne die Beantwortung der Vorlagefrage abzuwarten. Damit bringe sie nämlich die "am aktuellen Frequenzverteilungsverfahren im Ergebnis - zwischenzeitlich nach Ansicht der Europäischen Kommission - allenfalls doch zu beteiligende Konkurrentin T [die beschwerdeführende Partei] im Frequenzvergabeverfahren um einen wesentlichen Teil des Lohns ihrer Bemühungen." Dies entspreche nicht dem unionalen Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes. Die belangte Behörde wäre angesichts des

unmittelbaren sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs im Lichte des Unionsrechts verpflichtet gewesen, das Frequenzvergabeverfahren noch nicht rechtskräftig abzuschließen. Sie hätte mit der Entscheidung zuwarten müssen und keine Entscheidung treffen dürfen, die "die Enderledigung" präjudiziere. Die belangte Behörde hätte aber auch das Verfahren nach § 38 AVG mittels Bescheid aussetzen können. Da sie beides nicht getan habe, habe sie gegen § 38a AVG, in eventu gegen § 38 AVG verstoßen, weil sie diese Bestimmungen nicht dem vom EuGH als allgemeiner Rechtsgrundsatz festgelegten europarechtlichen Effektivitätsprinzip entsprechend ausgelegt habe.

Die beschwerdeführende Partei bringt dazu weiter vor, dass auch der Verwaltungsgerichtshof verhalten sei, in der vorliegenden Sache vorläufig keine Enderledigung zu treffen, so lange nicht eine Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-282/13 vorliege.

6.2. Das von der beschwerdeführenden Partei angesprochene Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichtshofes betrifft die Auslegung der Artikel 4 und 9b der Rahmenrichtlinie und Art 5 Abs 6 der Genehmigungsrichtlinie. Der Verwaltungsgerichtshof hat an den EuGH die Frage gerichtet, ob diese Bestimmungen dahin auszulegen sind, dass sie einem Mitbewerber in einem nationalen Verfahren nach Art 5 Abs 6 der Genehmigungsrichtlinie die Stellung eines Betroffenen im Sinne des Art 4 Abs 1 der Rahmenrichtlinie einräumen.

Dem Ausgangsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof liegt eine Beschwerde der auch hier beschwerdeführenden Partei zugrunde, mit der sie einen Bescheid der belangten Behörde bekämpft, durch den ihr die Parteistellung in einem Verfahren betreffend die von der belangten Behörde vorzunehmende Genehmigung der Änderung der Eigentümerstruktur bei anderen Mobilfunkunternehmen im Zusammenhang mit der Übernahme der O GmbH durch die zweitmitbeteiligte Partei verweigert wurde.

Im Verfahren vor dem EuGH hat Generalanwalt Szpunar am 9. September 2014 die Schlussanträge erstattet und dabei dem EuGH vorgeschlagen, die Vorlagefrage dahin zu beantworten, dass die genannten Bestimmungen dahin auszulegen sind, dass das Recht zur Anfechtung einer Entscheidung der Regulierungsbehörde über die Genehmigung einer Übertragung von Frequenznutzungsrechten gemäß Art 5 Abs 6 der Genehmigungsrichtlinie einem mit den an der Transaktion Beteiligten konkurrierenden Unternehmen zusteht, sofern die Transaktion seine Marktstellung spürbar beeinträchtigen kann.

Eine Endentscheidung des EuGH ist in diesem Verfahren noch nicht ergangen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Vorabentscheidungsersuchen den Antrag auf ein beschleunigtes Verfahren gestellt und dies im Wesentlichen damit begründet, dass zum Zeitpunkt des Vorlagebeschlusses (24. April 2013) das - dem nunmehr angefochtenen Bescheid zugrundeliegende - Verfahren bei der belangten Behörde zur gemeinsamen Vergabe von Frequenzen aus den Frequenzbereichen 800 MHz, 900 MHz und 1800 MHz anhängig war (Veröffentlichung der Ausschreibung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung am 19. März 2013), das wegen des Fusionsverfahrens zunächst verschoben worden war, und das auf die Ergebnisse des Fusionsverfahrens und des damit in Zusammenhang stehenden Verfahrens zur Übertragung von Frequenznutzungsrechten aufbaut. Eine allfällige Aufhebung der in Rede stehenden Genehmigungsbescheide - in den Verfahren, in denen der auch hier beschwerdeführenden Partei die Parteistellung verweigert worden war - hätte, so der Verwaltungsgerichtshof im Vorlagebeschluss, auch Auswirkungen auf Vergabeverfahren, "könnte allenfalls eine Anpassung der Ausschreibungs- und Nutzungsbedingungen erforderlich machen, und würde durch eine weitere Verzögerung des Ausschreibungsverfahrens den Wettbewerb beeinträchtigen."

Der EuGH hat mit Beschluss vom 30. September 2013 den Antrag des Verwaltungsgerichtshofes, die Rechtssache C-282/13 dem beschleunigten Verfahren zu unterwerfen, zurückgewiesen.

6.3. Die beschwerdeführende Partei erkennt selbst, dass eine Unterbrechung des hier gegenständlichen Verwaltungsverfahrens durch die belangte Behörde nach § 38a AVG schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil das Vorabentscheidungsersuchen nicht von der belangten Behörde gestellt wurde.

Aber auch für die von der beschwerdeführenden Partei unter Hinweis auf den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes im Ergebnis gewünschte analoge Anwendung des § 38a AVG bleibt im vorliegenden Fall kein Raum. Das dem Vorabentscheidungsersuchen zugrunde liegende Ausgangsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof betrifft nämlich zunächst nur die Frage der Parteistellung der beschwerdeführenden Partei in Verwaltungsverfahren der belangten Behörde, die im Zusammenhang mit der Übernahme der O GmbH durch die zweitmitbeteiligte Partei stehen. Auch wenn man der Rechtsansicht der beschwerdeführenden Partei, die sie im Ausgangsverfahren zum Vorabentscheidungsersuchen dargelegt hat, folgte und ihr demnach in den angesprochenen Verwaltungsverfahren Parteistellung einzuräumen sein sollte, stünde damit noch nicht fest, dass dies am Ergebnis dieser Verwaltungsverfahren materiell etwas ändern würde, selbst wenn diese Verfahren - nach einer allfälligen Aufhebung der in diesen Verfahren ergangenen Bescheide der belangten Behörde aufgrund von Revisionen der dann als übergangene Partei anzusehenden mitbeteiligten Partei - fortgesetzt und ergänzt werden müssten.

Die Frage, ob der beschwerdeführenden Partei in den im Zusammenhang mit der Übernahme der O GmbH durch die zweitmitbeteiligte Partei geführten Verwaltungsverfahren Parteistellung zukommt (dies ist Gegenstand des aufgrund des Vorabentscheidungsersuchens ausgesetzten Beschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof) bzw ob die beschwerdeführende Partei als Betroffene dieser Entscheidungen im Sinne des Art 4 Abs 1 der Rahmenrichtlinie anzusehen ist (dies ist Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens) ist auch keine Vorfrage, über die die belangte Behörde im hier angefochtenen Bescheid zu entscheiden hatte, sodass sie auch nicht berechtigt gewesen wäre, das Verfahren gemäß § 38 AVG auszusetzen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Antrag, die Rechtssache dem beschleunigten Verfahren zu unterwerfen, nicht nur dargelegt, dass eine Aufhebung der in Rede stehenden Genehmigungsbescheide allenfalls - während des damals noch offenen Frequenzvergabeverfahrens - eine Anpassung der Ausschreibungsbedingungen erforderlich machen könnte, sondern auch darauf hingewiesen, dass eine weitere Verzögerung des Ausschreibungsverfahrens den Wettbewerb beeinträchtigen würde. Vor dem Hintergrund der Zurückweisung des Antrags auf ein beschleunigtes Verfahren - sodass eine Entscheidung des EuGH jedenfalls nicht umgehend erwartet werden konnte - ist auch nicht zu erkennen, dass die belangte Behörde gehalten gewesen wäre, das gemäß § 55 Abs 1 TKG 2003 grundsätzlich innerhalb von sechs Monaten ab Veröffentlichung der Ausschreibung abzuschließende Verfahren (vgl auch die unionsrechtliche Beschränkung für die Dauer derartiger Auswahlverfahren in Art 7 Abs 4 der Genehmigungsrichtlinie) wegen einer allenfalls möglichen späteren Neubeurteilung der Zulässigkeit von Frequenzüberlassungen und Eigentumsänderungen im Zuge der Übernahme der O GmbH durch die zweitmitbeteiligte Partei einzustellen, zumal eine derartige Einstellung gemäß § 55 Abs 12 TKG 2003 einen wichtigen Grund voraussetzt, der den demonstrativ aufgezählten Gründen in § 55 Z 1 bis 4 TKG 2003 gleichwertig wäre.

7.1. Die beschwerdeführende Partei bringt vor, dass die belangte Behörde eine Konsultation der Ausschreibungsbedingungen rechtswidrigerweise unterlassen habe. Dies gründe auf der fehlerhaften Auslegung von § 128 TKG 2003 bzw der diese Bestimmung konstituierenden unionsrechtlichen Bestimmung in Art 6 der Rahmenrichtlinie.

Die Bedingung, wonach die Maßnahme beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben müsse, sei im vorliegenden Fall eines nationalen Frequenzvergabeverfahrens nach § 55 TKG 2003 unzweifelhaft gegeben. Die Konsultationspflicht nach § 128 TKG 2003 beziehe sich auf sämtliche Vollziehungshandlungen im Rahmen des TKG 2003, insoweit diese beträchtliche

Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden. Die Behörde habe die Rechtsauffassung vertreten, dass eine Konsultationspflicht nur für den Fall bestehe, dass ein Mitgliedstaat erwägt, zu erteilende Rechte für die Nutzung von Funkfrequenzen zahlenmäßig zu beschränken, nicht aber für ein bestimmtes Frequenzvergabeverfahren wie das der vorliegenden Auktion.

Dieser Rechtsauffassung sei entgegen zu halten, dass die Einzelrichtlinien des Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation zueinander in keinem wie auch immer gearteten Rang- oder Spezialitätsverhältnis stünden, wodurch eine Aussage, dass sich einzelne Bestimmungen einer Richtlinie (zB der Genehmigungsrichtlinie) gegenüber den Bestimmungen einer anderen Richtlinie (zB der Rahmenrichtlinie) als *leges speciales* bzw *leges generales* verhalten bzw deren Anwendbarkeit ausschließen würden, nicht haltbar sei. Auch wenn sich Art 5 Abs 4 der Genehmigungsrichtlinie wörtlich auf eine Anhörung der Betroffenen im Vorfeld der Beschlussfassung, dass Nutzungsrechte dieser Frequenzen von außerordentlichem wirtschaftlichem Wert im Wege wettbewerbsorientierter oder vergleichender Auswahlverfahren vergeben werden, beziehe und dabei hinsichtlich dieser Anhörung auf Art 6 der Rahmenrichtlinie verweise, ändere dies nichts an dem Umstand, dass auch die Ausschreibungsbedingungen gemäß § 55 TKG 2003 als unionsrechtliche Maßnahme im Sinne des Art 6 der Rahmenrichtlinie einer Konsultation nach dieser Bestimmung zu unterziehen seien.

Art 6 der Rahmenrichtlinie stelle schlichtweg darauf ab, ob Maßnahmen von nationalen Regulierungsbehörden getroffen werden und unterwerfe diese einer Konsultationspflicht. Die beschwerdeführende Partei verweist in diesem Zusammenhang auf Randnummer 165 des Beschlusses des Gerichts der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007, T-109/06.

Dass in einzelnen Richtlinienbestimmungen wiederholt auf eine Konsultationspflicht Bezug genommen und auf Art 6 der Rahmenrichtlinie verwiesen werde, schade einem derartigen Verständnis nicht, sondern solle vielmehr

die Durchführung einer Konsultation in diesen bestimmten Fällen als essentiell hervorheben.

Eine unionsrechtliche Interpretation der Bestimmungen zum Konsultationsverfahren führe somit zu keinem anderen Ergebnis als eine Interpretation nach nationalem Recht. Nach § 128 TKG 2003 habe die Regulierungsbehörde eine öffentliche Konsultation über den Entwurf einer Vollziehungshandlung, welche beträchtliche Auswirkungen auf den Markt haben werde, unter Einbeziehung interessierter Personen durchzuführen. Im Sinne der allgemeinen Verwaltungsrechtslehre sei der Begriff Vollziehungshandlung weit zu interpretieren und umfasse zB auch formlose Beschlüsse und faktische Amtshandlungen. Die telekommunikationsrechtlichen Ausschreibungsbedingungen seien als wesentlicher Vorbereitungsakt im Rahmen der Einleitung eines hoheitlichen Verfahrens jedenfalls als Vollziehungshandlung im Sinne von § 128 TKG 2003 und damit der Konsultationspflicht unterliegend zu qualifizieren.

Ein Unterlassen der verpflichtenden Konsultation belaste das nachfolgende Frequenzvergabeverfahren mit Rechtswidrigkeit, "insofern sich das Ergebnis des nunmehr durchgeführten und nicht konsultierten Vergabeverfahrens nachteilig auf den österreichischen Markt für Telekommunikationsdienste auswirken wird."

Die beschwerdeführende Partei beruft sich in diesem Zusammenhang auch auf § 61 des deutschen Telekommunikationsgesetzes, wonach die Bundesnetzagentur nach Anhörung der betroffenen Kreise das Versteigerungsverfahren oder das Ausschreibungsverfahren durchzuführen hat. Zudem sei in § 132 Abs 1 des deutschen Telekommunikationsgesetzes festgelegt, dass die Entscheidung zur Festlegung der Ausschreibungsbedingungen durch Verwaltungsakt ergehe.

7.2. § 128 TKG 2003 lautet:

"Konsultationsverfahren

§ 128. (1) Der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie sowie die Regulierungsbehörde gewähren interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf von

Vollziehungshandlungen gemäß diesem Bundesgesetz, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden. Davon ausgenommen sind Maßnahmen gemäß §§ 91 Abs. 4, 122 und 130. Die Konsultationsverfahren sowie deren Ergebnisse werden von der jeweiligen Behörde der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, soweit § 125 nicht anderes bestimmt.

(2) Allfällige verfahrensrechtliche Fristen sind während der für die Stellungnahme gewährten Frist gehemmt.

(3) Betrifft der Entwurf eine individuelle Vollziehungsmaßnahme, die auf Antrag einer Partei in Aussicht genommen ist, ist während der für die Stellungnahme gewährten Frist ausschließlich eine Zurückziehung des Antrages zulässig. In diesem Fall ist das Verfahren einzustellen und der diesbezügliche Beschluss zu veröffentlichen.

(4) Der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie sowie die Regulierungsbehörde gewähren interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu Fragen betreffend Endnutzer- oder Verbraucherrechte in Zusammenhang mit öffentlichen Kommunikationsdiensten. Sie berücksichtigen diese Stellungnahmen soweit dies angemessen ist, insbesondere wenn beträchtliche Auswirkungen auf den Markt zu erwarten sind."

Mit dieser Bestimmung wird Art 6 der Rahmenrichtlinie umgesetzt (siehe dazu etwa Stratil (Hrsg), TKG 2003⁴, Anm. 3 zu § 128). Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (128 Blg 22. GP, S 23) führen zu § 128 TKG 2003 aus:

"Vor der Entscheidung über einen Verwaltungsakt ist der Entwurf durch die jeweilige Behörde allen interessierten Parteien zur Kenntnis zu bringen und die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen. Damit sich Beschlüsse, die auf nationaler Ebene gefasst werden, nicht nachteilig auf den Binnenmarkt oder andere Ziele des Vertrags auswirken, soll die Regulierungsbehörde bestimmte Beschlussentwürfe auch der Kommission und anderen nationalen Regulierungsbehörden zur Kenntnis bringen, damit diese dazu Stellung nehmen können. Die Regulierungsbehörde soll die interessierten Parteien zu allen Entwürfen anhören, die sich auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken."

Art 6 der Rahmenrichtlinie (in der Fassung der Richtlinie 2009/140/EG) lautet:

"Konsultation und Transparenz

Abgesehen von den Fällen nach Artikel 7 Absatz 9, Artikel 20 oder Artikel 21 stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden interessierten Kreisen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf von Maßnahmen geben, die sie gemäß

dieser Richtlinie oder den Einzelrichtlinien zu treffen gedenken oder mit denen sie beabsichtigen, Einschränkungen gemäß Artikel 9 Absätze 3 und 4 aufzuerlegen, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden.

Die nationalen Regulierungsbehörden veröffentlichen ihre nationalen Konsultationsverfahren.

Die Mitgliedstaaten sorgen für die Einrichtung einer einheitlichen Informationsstelle, bei der eine Liste aller laufenden Konsultationen aufliegt.

Die Ergebnisse des Konsultationsverfahrens werden von der nationalen Regulierungsbehörde der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, außer bei vertraulichen Informationen gemäß den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft und des jeweiligen Mitgliedstaats über die Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen."

Die Ausschreibung legt - gemeinsam mit den Ausschreibungsunterlagen - den wesentlichen Gegenstand des Verfahrens fest ("Ausschreibungsbedingungen"; § 55 Abs 7 TKG 2003 lässt wesentliche Änderungen der Ausschreibungsbedingungen nur zu, soweit sich gesetzliche oder für die Republik Österreich verbindliche internationale Vorschriften ändern). Sie ist damit ein gesetzlich vorgesehener besonderer Verfahrensschritt im Sinne des § 39 Abs 2 AVG im Verfahren zur Frequenzzuteilung nach § 55 TKG 2003. Eine gesonderte Anfechtung der Ausschreibungsbedingungen ist nicht vorgesehen, eine allfällige Rechtswidrigkeit kann daher nur, wenn diese auf die im Verfahren ergangene bescheidmäßige Enderledigung durchschlägt, mit einem gegen diesen Bescheid erhobenen Rechtsmittel geltend gemacht werden.

Die Ausschreibungsbedingungen treffen somit keine Enderledigung über die Frequenzzuteilung, die Auswirkungen auf den "betreffenden Markt" haben könnte und stellen demnach keine Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 TKG 2003 dar. Es handelt sich bei den Ausschreibungsbedingungen aber auch nicht - in gebotener richtlinienkonformer Auslegung des § 128 TKG 2003 - um eine Maßnahme, die von der belangten Behörde als Regulierungsbehörde nach der Rahmenrichtlinie oder den Einzelrichtlinien getroffen würde.

Soweit sich die Beschwerde auf Art 5 Abs 4 der Genehmigungsrichtlinie bezieht, ist darauf hinzuweisen, dass sich diese Bestimmung lediglich mit der

Vergabe von Nutzungsrechten für Nummern befasst, für wettbewerbsorientierte oder vergleichende Auswahlverfahren für Funkfrequenzen jedoch auf Art 7 der Genehmigungsrichtlinie verweist. Eine Konsultationspflicht ergibt sich auch nach dieser Bestimmung nur für den Fall, in dem ein Mitgliedstaat erwägt, die zu erteilenden Rechte für die Nutzung von Funkfrequenzen zahlenmäßig zu beschränken oder die Geltungsdauer bestehender Nutzungsrechte in anderer Weise als entsprechend den darin festgelegten Bedingungen zu verlängern (Art 7 Abs 1 lit b der Genehmigungsrichtlinie). Die Entscheidung, die Vergabe von Nutzungsrechten für die hier in Rede stehenden Frequenzen zahlenmäßig zu beschränken, wurde aber bereits durch die Festlegung gemäß § 52 Abs 3 TKG 2003 im Frequenznutzungsplan, nicht aber durch die von der belangten Behörde festgelegten Ausschreibungsbedingungen getroffen. Dass die Festlegung von Ausschreibungsbedingungen eine sonstige Maßnahme wäre, die die belangte Behörde "gemäß" der Rahmenrichtlinie oder den Einzelrichtlinien zu treffen hätte, zeigt die Beschwerde nicht auf. Der Verweis auf Rn 165 des Beschlusses des Gerichts der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007, T-109/06, *Vodafone España*, geht insofern fehl, als sich die dort getroffenen Ausführungen auf eine Maßnahme nach Art 16 der Rahmenrichtlinie beziehen, für die gemäß Art 16 Abs 6 dieser Richtlinie (sowohl in der für das Verfahren vor dem EuG als auch in der für das hier gegenständliche Verfahren maßgeblichen Fassung) ausdrücklich "die in den Artikeln 6 und 7 genannten Verfahren" - somit auch die Konsultationsverpflichtung nach Art 6 der Rahmenrichtlinie - gelten.

Im Übrigen legt die beschwerdeführende Partei in ihrem Vorbringen zur Konsultationspflicht auch nicht dar, in welchem subjektiven Recht sie durch die unterbliebene Konsultation verletzt sein könnte.

8.1. Die beschwerdeführende Partei wendet sich sodann grundsätzlich gegen das von der belangten Behörde gewählte Auktionsdesign.

Gemäß Art 13 der Genehmigungsrichtlinie - diese Bestimmung werde von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid nicht erwähnt - könnten die

Mitgliedstaaten der zuständigen Behörde gestatten, bei Nutzungsrechten für Funkfrequenzen Entgelte zu erheben, die eine optimale Nutzung dieser Ressourcen sicherstellen sollen. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Entgelte objektiv gerechtfertigt, transparent, nicht diskriminierend und ihrem Zweck angemessen sind, und tragen den in Art 8 der Rahmenrichtlinie genannten Zielen Rechnung.

Die beschwerdeführende Partei verweist dazu auch auf Erwägungsgrund 32 zur Genehmigungsrichtlinie, wonach für Nutzungsrechte an Frequenzen Entgelte erhoben werden könnten, um eine optimale Nutzung dieser Güter sicher zu stellen. Diese Entgelte sollten die Entwicklung innovativer Dienste und den Wettbewerb auf dem Markt nicht erschweren.

Bestehen im Fall von Auswahl- bzw Vergleichswettbewerben die Entgelte für Frequenznutzungsrechte ausschließlich oder teilweise aus einem Pauschalbetrag, so sollten die Zahlungsregelungen sicherstellen, dass diese Entgelte in der Praxis nicht zu einer Auswahl nach Kriterien führen, die nicht in Beziehung zu dem Ziel der optimalen Nutzung von Funkfrequenzen stehen.

Der Europäische Gerichtshof habe in der Rechtssache C-375/11, *Belgacom ua*, ausgesprochen, dass Art 13 und Erwägungsgrund 32 der Genehmigungsrichtlinie zu entnehmen sei, dass ein Entgelt, das den Betreibern von Telekommunikationsdiensten für die Nutzung von Ressourcen auferlegt werde, das Ziel verfolgen müsse, eine optimale Nutzung dieser Ressourcen sicher zu stellen, um die Entwicklung innovativer Dienste und des Wettbewerbs auf dem Markt nicht zu erschweren.

§ 55 TKG 2003 sei richtlinienkonform auszulegen. Danach habe das nationale Frequenzvergabeverfahren insgesamt nachstehende Kriterien zu erfüllen:

- "1. Das Verfahren muss offen, fair und nicht diskriminierend sein.
2. Die Zuteilung erfolgt nach Maßgabe der ökonomischen Effizienz.
3. Es ist gebührend zu berücksichtigen, dass die Funkfrequenzen ein öffentliches Gut von hohem gesellschaftlichem, kulturellen und wirtschaftlichen Wert sind.

4. Die Kriterien müssen objektiv gerechtfertigt, transparent und ihrem Zweck angemessen sein.

5. Es sind Entgelte zu erheben, die eine optimale Nutzung dieser Ressourcen sicher stellen.

6. Die Entgelte dürfen die Entwicklung innovativer Dienste und den Wettbewerb auf dem Markt nicht erschweren.

7. Die Zahlungsregelungen sollen sicherstellen, dass diese Entgelte in der Praxis nicht zu einer Auswahl nach Kriterien führen, die nicht in Beziehung zu dem Ziel der optimalen Nutzung von Funkfrequenzen [stehen]."

Entsprächen die in den Ausschreibungsbedingungen vorgenommenen Festlegungen nicht den unionsrechtlich zu interpretierenden gesetzlichen Voraussetzungen des § 55 TKG 2003, so sei der darauf beruhende Frequenzzuteilungsbescheid wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit bzw Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. Bei Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen, die zu einer Erlassung gesetzeskonformer Ausschreibungsbedingungen bzw Ausschreibungsunterlagen geführt hätte, wäre die Regulierungsbehörde "mit großer Wahrscheinlichkeit zu einem anderen Bescheid gelangt".

8.2. In der Folge legt die beschwerdeführende Partei dar, dass ihrer Ansicht nach durch die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen und der Verfahrensordnung die oben zitierten Anforderungen nicht erfüllt worden seien. Die belangte Behörde habe bei der Gestaltung der Ausschreibungsbedingungen und der Verfahrensordnung sowie bei der Durchführung des Verfahrens jedenfalls das Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes und somit nicht in der vorgesehenen Weise, nämlich nach Maßgabe des § 55 TKG 2003 und der unionsrechtlichen Bestimmungen ausgeübt bzw habe sie das Ermessen deutlich überschritten.

Die beschwerdeführende Partei bringt vor, dass durch das Auktionsdesign, wie es durch die Ausschreibungsunterlagen und die Verfahrensordnung bestimmt worden sei, die Grundsätze der ökonomischen Effizienz und die unionsrechtlichen Grundsätze für die Frequenzzuteilung sowie die Grundwertungen des

Telekommunikationsrechts (Art 8 der Rahmenrichtlinie, § 1 TKG 2003) verletzt worden seien.

Der Grundsatz der ökonomischen Effizienz bedeute, dass bei der Gestaltung der Ausschreibung und des Verfahrensablaufs wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse über Frequenzallokation entsprechend zu berücksichtigen seien. Eine rein an fiskalischen Überlegungen, den einzelnen Interessen einzelner Antragsteller oder ausschließlich an technischen Gesichtspunkten orientierte Vergabe sei nicht zulässig.

Im vorliegenden Fall der Frequenzzuteilung nach § 55 TKG 2003 seien zwei zusammenhängende Märkte zu betrachten, nämlich einerseits der Markt für Frequenzen und andererseits der nachgelagerte Markt für mobile Kommunikationsdienste. Eine effiziente Allokation müsse beide Märkte in ihre Überlegungen einbeziehen und habe dafür zu sorgen, dass nach der erfolgten Frequenzallokation die Wettbewerbsintensität auf dem nachgelagerten Markt nicht nachhaltig gefährdet sei.

Die ökonomische Effizienz berücksichtige auch, dass die Funkfrequenzen ein öffentliches Gut von hohem gesellschaftlichem, kulturellem und wirtschaftlichem Wert seien und dass die Entgelte durch ihre Höhe eine optimale Nutzung dieser Ressourcen sicherstellen müssten und die Entwicklung innovativer Dienste und den Wettbewerb auf dem Markt nicht erschweren dürften. Die Entgelte müssten objektiv gerechtfertigt, transparent, nicht diskriminierend und ihrem Zweck angemessen sein.

Das Auktionsdesign in den Ausschreibungsunterlagen und in den Versteigerungsregeln der Verfahrensordnung sei im vorliegenden Fall nicht diesen Anforderungen entsprechend gestaltet gewesen.

Die beschwerdeführende Partei macht dazu geltend, dass die von der belangten Behörde festgelegten Spektrumskappen von 50 % grundlegend falsch gesetzt gewesen seien. In einer Auktion mit drei Bietern hätten damit jeweils zwei Bieter die Möglichkeit, das gesamte zur Verfügung stehende Spektrum zu erwerben und so zu

verhindern, dass der dritte Betreiber Zugang zu den Kernfrequenzen habe, was langfristig mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Marktaustritt dieses Konkurrenten führen würde. Unter diesen Voraussetzungen sei jeder Betreiber von einer potenziellen Verdrängung aus dem Markt bedroht. Dies sei sofort einsichtig, wenn man überlege, welche Konsequenzen es habe, wenn ein Bieter keine Angebote abgebe, welche die durch die Spektrumskappen eröffnete Option der Reduktion der Zahl der Marktteilnehmer miteinbeziehe. In diesem Fall würde das Gebot zu gering ausfallen und der Bieter würde bei der Auktion keine Frequenzen erwerben können. Das bedeute für jeden Bieter auch die Notwendigkeit, in seine auf betriebswirtschaftlichen Grundlagen basierende Bewertung der zur Versteigerung gelangenden Frequenzblöcke auch einfließen zu lassen, dass die Anzahl der Marktteilnehmer zukünftig auf zwei reduziert werden könne. Die beschwerdeführende Partei habe die belangte Behörde darauf hingewiesen, dass ein "Knock-Out" auch ohne direkte strategische Absicht zur Reduktion der Anzahl der Betreiber durch eine völlig rationale Verteidigungsstrategie entstehen könne, sodass die Schwächen im Auktionsformat ein Duopol begünstigten, was die Gesamtwohlfahrt senke und somit einen großen Schaden für die österreichische Volkswirtschaft, die Konsumenten und die Telekommunikationsbranche insgesamt bedeute. Die beschwerdeführende Partei habe darauf hingewiesen, dass die hohe Wahrscheinlichkeit des "Knock-Outs" in klarem Widerspruch zu den Zielsetzungen des TKG 2003 und des Unionsrechts stehe, den Wettbewerb im österreichischen Telekommunikationsmarkt zu fördern. Sie habe verlangt, den Zeitplan für die Auktion auszusetzen und die Auktionsregeln zu überarbeiten.

Die von der belangten Behörde gewählten Spektrumskappen hätten insbesondere bewirkt, dass in einer Auktion mit drei Bietern bei den Bietern nicht nur alle möglichen Business Cases in die Bewertung eingeflossen seien, die von einem Dreibetreibermarkt ausgingen, sondern auch Business Cases, die von einem Zweibetreibermarkt ausgingen.

Durch die verfehlt gesetzten Spektrumskappen habe es die belangte Behörde dazu kommen lassen, dass es beinahe zum "Knock-Out" der beschwerdeführenden Partei gekommen sei, dass die zweitmitbeteiligte Partei, die mit rund 40 % mehr als die beschwerdeführende Partei die zweithöchsten Gebote gemacht habe, die Auktion mit einem sehr kleinen Paket beendet habe und dass alle Bieter auf Grund des erzwungenen Bietverhaltens Erlöse zu zahlen hätten, die mindestens 100 % über dem obersten Marktwert der versteigerten Frequenzen lägen, sowie dass die erstmitbeteiligte Partei durch eine minimale Erhöhung ihres Gebots (um 3 %) 40 % mehr Spektrum habe erwerben können.

Die potenzielle Verringerung der Zahl der Mobilnetzbetreiber auf zwei und der davon ausgehende Wohlfahrtsverlust für die österreichische Volkswirtschaft verlange ein Auktionsdesign, das bereits das Risiko des "Knock-Outs" minimiere; für die Fehlerhaftigkeit des Auktionsdesigns genüge es, wenn dieses so geartet sei, dass es mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem "Knock-Out" komme. Dies sei durch das gewählte Auktionsdesign in hohem Maße der Fall gewesen.

Die genannten Folgen der fehlerhaft gesetzten Spektrumskappen seien die ökonomisch unerwünschten Begleiterscheinungen der Vermeidung des vollständigen "Knock-Outs", die sich aber auf den nachgelagerten Markt für mobile Telekommunikationsdienste fast ebenso negativ auswirkten, wie ein vollständiger "Knock-Out" eines Bieters. Allen drei Bietern seien die notwendigen Mittel für den Netzausbau als Voraussetzung für die optimale Nutzung der zugeteilten Frequenzen entzogen worden. Es sei damit durch das fehlerhafte Auktionsdesign dazu gekommen, dass die Entgelte durch ihre Höhe keine optimale Nutzung dieser Ressourcen sicherstellten und so die Entwicklung innovativer Dienste erschwert werde.

Dass die Frequenzzuteilungsentgelte von in Summe 2,014 Milliarden Euro mindestens 100 % über dem oberen Ende des Marktwerts lägen, ergebe sich schon bei einer einfachen Betrachtung der Ausführung der belangten Behörde. Diese habe hinsichtlich des Mindestgebots erläutert, dass sie auf Basis von international

zugänglichen Auktionsergebnissen den Wert der Frequenzen geschätzt und das Mindestgebot mit 526 Millionen Euro sehr konservativ am unteren Ende dieser Schätzung festgesetzt habe. Wenn aber 526 Millionen Euro das untere Ende der Schätzung seien, so betrage das obere Ende einer großzügigen Schätzung maximal etwa 1 Milliarde Euro, keineswegs aber das Vierfache. Dies entspreche auch den Bewertungen der beschwerdeführenden Partei und anderer Bieter vor der Auktion. Dies sei weiters auch kongruent mit den Auktionsergebnissen in anderen Ländern, auf die die belangte Behörde auch Bezug nehme, ohne jedoch konkrete Vergleichsbeispiele zu nennen.

Die RTR-GmbH habe durch ihren Geschäftsführer nach der Auktion in einem Dokument, das allerdings nicht Aktenbestandteil sei, einen Vergleich vorgenommen. Dabei habe der Geschäftsführer der RTR-GmbH ausgesprochen, dass der Auktionserlös im nationalen und internationalen Vergleich sehr hoch sei, aber kein "totaler Ausreißer". Dies bedeute, dass die Bieter in der Tat etwa 50 % der Frequenzuteilungsentgelte nur dafür hätten aufwenden müssen, nicht "ausgeknockt" zu werden. Im Fall einer rechtskonformen Ausschreibung wäre mit Sicherheit ein anderes Verfahrensergebnis zustande gekommen.

Die belangte Behörde habe das Risiko des "Knock-Outs" vor und während der Auktion als gering eingeschätzt und sehe sich dadurch bestätigt, dass es nicht zum vollständigen "Knock-Out" gekommen sei. Es komme jedoch nicht darauf an, ob es tatsächlich zu einem "Knock-Out" gekommen sei, sondern ob die Ausschreibungsunterlagen und das Verfahren rechtskonform gewesen seien. Das Ergebnis eines Verfahrens sage gerade nichts über dessen Rechtswidrigkeit aus.

Die Einschätzung der belangten Behörde, wonach ein "Knock-Out" vorausgesetzt hätte, dass zwei Bieter eine aufeinander abgestimmte "Knock-Out"-Strategie hätten anwenden müssen, sei unrichtig, weil durch die normierten Spektrumskapazitäten jeder Bieter gezwungen gewesen sei, in seine Bewertung auch einfließen zu lassen, dass die Anzahl der Marktteilnehmer zukünftig von drei auf zwei reduziert werden könne. Die belangte Behörde habe weiter

ausgeführt, dass es ohnehin keine vollkommene Marktverdrängung geben könne, weil die Betreiber in anderen Frequenzbändern, die nicht Gegenstand der Versteigerung gewesen seien, Frequenznutzungsrechte inne hätten und mittelfristig weitere Frequenzen zur Vergabe gelangen würden. Damit bestätige die belangte Behörde jedoch, dass sie einen "Knock-Out" zugelassen hätte. Sie spiele dabei zu Unrecht die Wesentlichkeit der vorliegenden Auktion für die Zukunft des österreichischen Mobilfunkmarktes herab, wobei es im vorliegenden Verfahren für einen langen Zeitraum (bis 2034) um sämtliche Frequenzbänder unterhalb von 1 GHz gehe, die für die Versorgung in der Fläche unersetzbar seien, sowie um das gesamte Band 1800 MHz, das für die Versorgung in den Städten essentiell sei und ein Kernband für die Bereitstellung von LTE-Kapazität darstelle. Ob und wann welche weiteren Frequenzbänder versteigert würden, sei höchst ungewiss. Gewiss sei aber, dass ein in der vorliegenden Auktion "ausgeknockter" Bieter auf Grund seiner unzureichenden Frequenzausstattung in jeder künftigen Auktion von vornherein erhebliche Startnachteile gegenüber den siegreichen Bietern haben würde.

Die Analyse der Gebote vor allem in der verdeckten Bietrunde bestätige entgegen den Ausführungen der belangten Behörde, dass das Risiko des "Knock-Out" sehr hoch und stets präsent gewesen sei. Die beschwerdeführende Partei wäre in der verdeckten Bietrunde "ausgeknockt" worden, hätte die zweitmitbeteiligte Partei ihr Gebot um 6,1 Millionen Euro reduziert. Dass sich das sehr hohe Risiko letztlich nicht verwirklicht habe, liege daran, dass allen Bietern das sehr hohe Risiko bewusst gewesen sei, weil sie auch in der Praxis bei den Testläufen vor der Auktion gesehen hätten, wie präsent das sehr hohe Risiko gewesen sei. Dass sich das sehr hohe Risiko letztlich nicht verwirklicht habe, liege weiters daran, dass die beschwerdeführende Partei während der Auktion durch vorsichtiges Bieten alles getan habe, um den "Knock-Out" zu vermeiden. Dennoch sei es dem Zufall geschuldet, dass die beschwerdeführende Partei nicht "ausgeknockt" worden sei. Hätte die zweitmitbeteiligte Partei "an der oben angezeigten Stelle" (in der

verdeckten Bietrunde) ihr "Winning Bid" um 6,1 Millionen Euro reduziert, hätte die beschwerdeführende Partei keine Frequenznutzungsrechte erworben.

Die belangte Behörde hätte sich im angefochtenen Bescheid nur kurz, oberflächlich, widersprüchlich und un schlüssig mit der Thematik der Spektrumskappen auseinandergesetzt, obgleich die Setzung dieser Spektrumskappen von allen Bietern vor der Auktion heftig kritisiert worden sei. Die belangte Behörde gebe für die gewählten Spektrumskappen in den Ausschreibungsunterlagen weder eine schlüssige rechtliche Begründung noch treffe sie entsprechende Feststellungen. Insofern sei der Bescheid in diesem wichtigen Punkt geradezu willkürlich, jedenfalls aber rechtswidrig angesichts der von der belangten Behörde in wesentlichen Punkten gegebenen gehaltlosen Begründung.

8.3. Soweit die Beschwerde in allgemeiner Form vorbringt, die Ausschreibungsbedingungen bzw die Versteigerungsregeln in der Verfahrensordnung würden nicht den nationalen und unionsrechtlichen Regeln entsprechen, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass § 55 TKG 2003 für knappe Frequenzen - für die im Frequenznutzungsplan eine Festlegung gemäß § 52 Abs 3 TKG 2003 getroffen wurde - vorsieht, dass diese demjenigen Antragsteller zuzuteilen sind, der die effizienteste Nutzung der Frequenzen gewährleistet, was durch die Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgelts festgestellt wird. Damit hat der Gesetzgeber die Vergabe dieser Frequenzen in einem wettbewerbsorientiertem Auswahlverfahren im Sinne des Art 5 Abs 4 der Genehmigungsrichtlinie als Regelfall vorgesehen.

Dass diese Vorgangsweise im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben steht, ergibt sich auch aus den von der beschwerdeführenden Partei angesprochenen unionsrechtlichen Bestimmungen.

Erwägungsgrund 32 zur Genehmigungsrichtlinie lautet:

"Zusätzlich zu den Verwaltungsabgaben können für Nutzungsrechte an Frequenzen und Nummern Entgelte erhoben werden, um eine optimale Nutzung dieser Güter sicherzustellen. Diese Entgelte sollten die Entwicklung innovativer

Dienste und den Wettbewerb auf dem Markt nicht erschweren. Durch diese Richtlinie werden die Zwecke, für die Entgelte für die Nutzungsrechte verwendet werden, nicht berührt. Diese Entgelte können beispielsweise zur Finanzierung derjenigen Tätigkeiten der nationalen Regulierungsbehörden verwendet werden, die nicht über die Verwaltungsabgaben finanziert werden können. Bestehen im Fall von Auswahl- bzw. Vergleichswettbewerben die Entgelte für Frequenznutzungsrechte ausschließlich oder teilweise aus einem Pauschalbetrag, so sollten Zahlungsregelungen sicherstellen, dass diese Entgelte in der Praxis nicht zu einer Auswahl nach Kriterien führen, die nicht in Beziehung zu dem Ziel der optimalen Nutzung von Funkfrequenzen stehen. Die Kommission kann regelmäßig vergleichende Untersuchungen über die optimale Praxis bei der Zuweisung von Funkfrequenzen, der Nummernzuteilung bzw. der Zuteilung von Wegerechten veröffentlichen."

Art 13 der Genehmigungsrichtlinie lautet:

"Entgelte für Nutzungsrechte und für Rechte für die Installation von Einrichtungen

Die Mitgliedstaaten können der zuständigen Behörde gestatten, bei Nutzungsrechten für Funkfrequenzen oder Nummern oder bei Rechten für die Installation von Einrichtungen auf, über oder unter öffentlichem oder privatem Grundbesitz Entgelte zu erheben, die eine optimale Nutzung dieser Ressourcen sicherstellen sollen. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Entgelte objektiv gerechtfertigt, transparent, nichtdiskriminierend und ihrem Zweck angemessen sind, und tragen den in Artikel 8 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) genannten Zielen Rechnung."

Die Sicherstellung der optimalen Nutzung der Frequenzressourcen kann in einer objektiv gerechtfertigten, transparenten und nichtdiskriminierenden Weise durch ein Versteigerung der Nutzungsrechte sichergestellt werden. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in dem auch von der beschwerdeführenden Partei zitierten Urteil vom 21. März 2013, C-375/11, Belgacom ua, RNr 52, festgehalten, dass die Festsetzung eines Entgelts für die Nutzungsrechte von Funkfrequenzen "anhand der durch Versteigerung ermittelten Beträge eine geeignete Methode für die Ermittlung des Wertes der Funkfrequenzen darstellt." Der EuGH nimmt dabei auch ausdrücklich Bezug auf die in dieser Rechtssache erstatteten Schlussanträge von Generalanwalt Jääskinen; dieser hat in RNr 56 der Schlussanträge ausgeführt, dass es sich bei der Festsetzung der Entgelte anhand der bei einer Versteigerung ermittelten Beträge "um die klassische Methode zur Feststellung des Wertes der Frequenzen

schlechthin [handelt], und zwar nicht zuletzt deshalb, weil dabei der Marktwert der Frequenzen unmittelbar erkennbar wird."

8.4. Das Vorbringen der beschwerdeführenden Partei betreffend die Spektrumskappen basiert im Wesentlichen auf der Ansicht, dass die belangte Behörde die Auktion so hätte gestalten müssen, dass bei nur drei Bietern - wie sie im Hinblick auf die zum Zeitpunkt der Auktion in Österreich aktiven drei Mobilnetzbetreiber zu erwarten waren - in jedem Fall jeder der Bieter Spektrum auch dann hätte erwerben können, wenn er kein über das Mindestgebot hinausgehendes Gebot abgegeben hätte. Dies würde freilich einem teilweisen Ausschluss des Wettbewerbs um einzelne Frequenzpakete gleichkommen und damit der Funktion der Versteigerung zuwiderlaufen, die gerade dazu dient, einen Vergleich der Zahlungsbereitschaft für die angebotenen Frequenzpakete zu ermöglichen und damit letztlich den Marktwert dieser Frequenzen zu bestimmen.

Entgegen der Ansicht der beschwerdeführenden Partei stellt zudem der Grundsatz der ökonomischen Effizienz, wie er in § 55 Abs 2 TKG 2003 für die Zuteilung von Frequenzen durch die belangte Behörde (unter anderem) maßgebend ist, nicht auf den - so die beschwerdeführende Partei - "dem Markt für Frequenzen [...] nachgelagerte[n] Markt für mobile Kommunikationsdienste" ab, sondern bezieht sich ausschließlich auf die Frequenzzuteilung. Mögliche Auswirkungen der Frequenzzuteilung auf den Wettbewerb auf Endkundenmärkten sind im Rahmen der Regulierungsziele nach § 1 TKG 2003 bzw Art 8 der Rahmenrichtlinie zu berücksichtigen; dabei ist zu beachten, dass die Regulierungsbehörde durch die von ihr zu treffenden Maßnahmen - wie im konkreten Fall der Versteigerung knapper Frequenzen - auch das Ziel der Sicherstellung einer effizienten Nutzung von Frequenzen (§ 1 Abs 2 Z 2 lit d TKG 2003 bzw Art 8 Abs 2 lit d der Rahmenrichtlinie) erreichen soll, dem grundsätzlich durch eine Zuteilung der Frequenzen an die Nachfrager mit der höchsten Zahlungsbereitschaft gedient wird.

Dass die Erreichung der weiteren Regulierungsziele in einer Weise beeinträchtigt worden wäre, dass dies zu einer Rechtswidrigkeit des gewählten

Auktionsdesigns führen würde, vermag der Verwaltungsgerichtshof nicht zu erkennen. Insbesondere ist dazu festzuhalten, dass der von der beschwerdeführenden Partei befürchtete "Knock-Out" - darunter versteht die beschwerdeführende Partei eine Situation, in der sie nicht in der Lage gewesen wäre, die Zuteilung von Frequenzpaketen in diesem Vergabeverfahren zu erlangen - nicht zwangsläufig den sofortigen bzw vollständigen Marktaustritt der beschwerdeführenden Partei hätte bedeuten müssen, zumal sie über aufrechte Frequenzzuteilungen, wenn auch in geringerem Umfang, verfügte und ihr zudem die Möglichkeit offensteht, gegebenenfalls im Wege eines Antrag auf Zuteilung von Frequenzen nach § 55 Abs 2 Z 2 TKG 2003 Vergabeverfahren für weitere verfügbare Frequenzen einzuleiten.

Zwar ist nicht zu verkennen, dass sich die Marktchancen der beschwerdeführenden Partei am Endkundenmarkt in diesem Fall aufgrund der vergleichsweise geringeren Frequenzausstattung verschlechtert hätten. Ein Auktionsdesign für die Vergabe von Frequenzen in einem wettbewerbsorientierten Auswahlverfahren hat sich jedoch nicht an der Zielsetzung zu orientieren, bestehenden Mobilnetzbetreibern in jedem Fall ausreichende Frequenzzuteilungen für den Fortbestand des jeweiligen Unternehmens zu garantieren. Den gemäß § 1 TKG 2003 zu beachtenden Regulierungszielen, insbesondere der Wettbewerbssicherung und der Gewährleistung der Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienstleistungen, kann gegebenenfalls auch durch den Markteintritt neuer Anbieter oder auch durch andere wettbewerbssichernde Maßnahmen (vgl etwa die Verpflichtungszusagen im Fusionskontrollverfahren COMP/M.6497 - Hutchison 3G Austria/Orange Austria; Abs 61 ff der Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 12. Dezember 2012, ABI C 224/12 vom 3. August 2013) Rechnung getragen werden.

Schließlich ist im Hinblick auf die von der beschwerdeführenden Partei ausgeführte Kritik an den Frequenzzuteilungsentgelten zunächst festzuhalten, dass

die beschwerdeführende Partei nicht bestreitet, das im angefochtenen Bescheid bestimmte Frequenznutzungsentgelt für die ihr zugeteilten Frequenzpakete im Sinne der Ausschreibungsunterlagen und der Verfahrensordnung (Versteigerungsregeln) angeboten zu haben. Dass dieses Frequenznutzungsentgelt höher ausgefallen ist, als es die beschwerdeführende Partei und die mitbeteiligten Parteien erwartet haben, vermag keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides zu begründen; es ist auch kein Indiz dafür, dass es über dem "Marktwert" der Frequenzen liege, dient doch die Versteigerung gerade dazu, die Zahlungsbereitschaft der Bieter und damit den Marktwert der Frequenzen zu bestimmen. Es ist zudem nicht davon auszugehen (und wird von der beschwerdeführenden Partei auch nicht behauptet), dass die beschwerdeführende Partei über die von ihr abgegebenen Gebote im Unklaren gewesen wäre. Unterschiedliche Bewertungen von Frequenznutzungsrechten, sowohl im zeitlichen als auch im internationalen Vergleich, sind auch weder unüblich noch überraschend, wie etwa die Auktionserlöse bei der Vergabe der UMTS-Frequenzen zeigen, bei denen die "Lizenz-Gebühren" (im Sinne von Frequenznutzungsentgelten) in Euro pro Einwohner bei den in Europa durchgeführten Auktionen im Bereich von 19 bis 648 Euro lagen und etwa in Deutschland knapp sechsmal soviel ausmachten wie in Österreich (*Kruse/Haucap/Dewenter*, Wettbewerb im Mobilfunk in Österreich [2004], S 151).

Der Verwaltungsgerichtshof vermag daher nicht zu erkennen, dass die von der belangten Behörde gewählten Spektrumskappen zu einer Rechtswidrigkeit des - aufbauend auf der durch dieses Auktionsdesign bestimmten Versteigerung ergangenen - angefochtenen Bescheides führten.

9.1. Die beschwerdeführende Partei macht geltend, dass die belangte Behörde das Ziel der Verhinderung von Kollusion über alles gestellt habe und dabei die anderen Ziele aus den Augen verloren habe. Der von der belangten Behörde verwendeten kombinatorischen Clock-Auktion sei immanent, dass sie Kollusion erschwere. Schon durch die Wahl dieses Formats seien einige wesentliche Maßnahmen zur Verhinderung von Kollusion und des Aggregationsrisikos gesetzt

worden. Die ausschließlich auf die Vermeidung des Kollusionsrisikos gerichtete Gestaltung der Transparenzregeln sei nicht nötig, überschießend und daher nicht angemessen und objektiv nicht gerechtfertigt gewesen.

Die belangte Behörde habe in der vorliegenden Auktion das Thema Kollusion unverhältnismäßig hoch bewertet und überschießend restriktive Informationsregeln für die Auktion festgelegt; sie habe somit bei den Transparenzregeln ihren Ermessensspielraum überschritten bzw nicht gesetzmäßig ausgeübt. Alle Betreiber hätten die belangte Behörde wiederholt und eindringlich auf die zu geringe Transparenz hingewiesen. Die belangte Behörde habe die Informationsregel aber erst im Verlauf der Auktion - zu spät - geändert. Erst als der Preis förmlich durch die Decke geschossen sei und es während der Auktion täglich Warnungen vor einem desaströsen Ergebnis gegeben habe, hätte die belangte Behörde reagiert. Sie hätte aber bereits viel früher erkennen können, dass das gewählte Auktionsdesign keine im Sinne des Gesetzes effektive Frequenzvergabe ermöglicht und zumindest zu jenem Zeitpunkt die Auktion abbrechen müssen, als es sich abgezeichnet habe, dass die Frequenzallokation ökonomisch unverhältnismäßig geworden sei. Die Erklärung der belangten Behörde, dass sie ausgerechnet in Runde 39 festgestellt habe, dass kein Kollusionsrisiko mehr bestanden habe, sei nicht weiter begründet und es fänden sich dazu im Akt keinerlei Hinweise. Insofern sei die Begründung nicht nachvollziehbar und erscheine willkürlich.

9.2. Zu diesem Vorbringen ist vorzuschicken, dass es sich bei den Versteigerungsregeln - ebenso wie bei den Ausschreibungsunterlagen - um einen gesetzlich vorgesehenen (§ 55 Abs 9 TKG 203) besonderen Verfahrensschritt im Sinne des § 39 Abs 2 AVG im Verfahren zur Frequenzzuteilung nach § 55 TKG 2003 handelt. Diese Regeln sollen - wie dies auch der Verfassungsgerichtshof in dem über die Beschwerde nach Art 144 B-VG der auch hier beschwerdeführenden Partei ergangenen Ablehnungsbeschluss vom 3. März 2014, B 1545/2013, festgehalten hat - darstellen, wie die belangte Behörde in einem wesentlichen Teil des Ermittlungsverfahrens, der Auktion, bei der

Ermittlung der höchsten Gebote vorzugehen beabsichtigt; die Versteigerungsregeln ziehen keine Rechtswirkungen nach sich, die über jene der Ausschreibungsunterlagen hinausgehen.

Der Gesetzgeber hat der Verhinderung von Kollusion im Rahmen eines Versteigerungsverfahrens wesentliche Bedeutung beigemessen und daher für den Fall kollusiven Verhaltens, das ein effizientes, faires und nicht diskriminierendes Verfahren verunmöglicht, die belangte Behörde zur Aufhebung der Ausschreibung und zur Einstellung des Verfahrens aus wichtigem Grund ermächtigt (§ 55 Abs 12 Z 1 TKG 2003); zudem ist in den Versteigerungsregeln darauf hinzuweisen, dass Antragsteller, die bei der Ermittlung des höchsten Gebotes kollusives Verhalten an den Tag legen, mit Verfahrensordnung von der weiteren Teilnahme am Verfahren zur Ermittlung des höchsten Gebotes ausgeschlossen werden können (§ 55 Abs 9 TKG 2003).

Es ist daher nicht als rechtswidrig zu erkennen, dass die belangte Behörde ein Auktionsdesign gewählt hat, das in besonderem Maße möglichem kollusivem Verhalten entgegensteht, und dazu auch die Informationsweitergabe im Bietprozess im Hinblick auf die Notwendigkeit, möglichem kollusivem Verhalten entgegenzuwirken, gestaltet hat.

Ein Abbruch der Auktion - gemeint wohl im Sinne einer Aufhebung der Ausschreibung und Einstellung des Verfahrens aus wichtigem Grund im Sinne des § 55 Abs 12 TKG 2003 - aus dem von der beschwerdeführenden Partei genannten Grund, dass "die Frequenzallokation ökonomisch unverhältnismäßig" geworden sei (worunter die beschwerdeführende Partei offenbar versteht, dass die gebotenen Frequenznutzungsentgelte deutlich über der vor der Auktion getroffenen Einschätzung lagen) wäre schon deshalb nicht in Betracht gekommen, weil dies - wie bereits oben (Punkt 6.3.) dargelegt - gemäß § 55 Abs 12 TKG 2003 einen wichtigen Grund vorausgesetzt hätte, der den demonstrativ aufgezählten Gründen in § 55 Z 1 bis 4 TKG 2003 gleichwertig wäre; dass die abgegebenen Gebote über den

Erwartungen der beschwerdeführenden Partei lagen, stellt aber keinen wichtigen Grund in diesem Sinne dar.

10. Die beschwerdeführende Partei macht geltend, dass die Zahlungsregeln rechtswidrig seien, weil die Frequenznutzungsentgelte vier Wochen nach Rechtswirksamkeit des angefochtenen Bescheides zur Zahlung fällig gewesen seien, die Nutzung eines Großteils des zugeteilten Spektrums aber erst am 1. Jänner 2016 - somit mehr als zwei Jahre nach Fälligkeit des Frequenznutzungsentgeltes - beginne. Dies bedeute eine unverhältnismäßige Zusatzbelastung der Unternehmen und verletze die Grundsätze des Art 13 der Genehmigungsrichtlinie. Es liege keine Entgeltgestaltung vor, die objektiv gerechtfertigt und ihrem Zweck angemessen sei.

Auch zu diesem Vorbringen ist darauf hinzuweisen, dass Art 13 der Genehmigungsrichtlinie einer Versteigerung von Frequenznutzungsrechten nicht entgegensteht, sondern dass vielmehr - im Sinne des bereits zitierten Urteils des EuGH *Belgacom ua* - die Festsetzung des Entgelts für Frequenznutzungsrechte anhand der durch Versteigerung ermittelten Beträge eine geeignete Methode für die Ermittlung des Wertes der Funkfrequenzen darstellt.

Die beschwerdeführende Partei behauptet weder, dass die Zahlungsbedingungen nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechen würden, noch dass die Zahlungsbedingungen hinsichtlich der einzelnen Teilnehmer an der Auktion diskriminierend festgelegt worden wären. Damit waren die Antragsteller aber in der Lage, die Zahlungsbedingungen bei der Festlegung ihrer Gebote zu berücksichtigen ("einzupreisen"), sodass auch unter diesem Gesichtspunkt keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides zu erkennen ist.

11.1. Die beschwerdeführende Partei bringt weiter vor, dass die belangte Behörde in mehreren Fällen Informationen nicht fair und diskriminierend bereitgestellt habe. Sie verweist dazu auf die Ausführungen der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid, dass Äußerungen des (damaligen) Geschäftsführers der RTR-GmbH, wonach die Regulierungsbehörde ein "Zwei-Bieter-Ergebnis" nicht

zugelassen hätte, bestehenden Rechtsvorschriften und den Ausschreibungsunterlagen und der Verfahrensordnung nicht derogieren könnten. Die belangte Behörde stelle somit die Behauptung des damaligen Geschäftsführers der RTR-GmbH, er habe allen CEOs der Bieter gesagt, dass die belangte Behörde den "Knock-Out" nicht zulassen würde, nicht in Abrede. Diese Äußerung des Geschäftsführers der RTR-GmbH sei selbstverständlich der belangten Behörde zuzurechnen. Das Verfahren habe ergeben, dass der Geschäftsführer der RTR-GmbH diese Äußerung jedenfalls nicht gegenüber dem Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei gemacht habe. Die erstmitbeteiligte Partei habe hingegen "nicht bestritten", dass diese Aussage gegenüber ihrem Vorstandsvorsitzenden gemacht worden sei, obwohl dies von der beschwerdeführenden Partei in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde zum Thema gemacht worden sei.

Das Verfahren habe daher ergeben, dass die erstmitbeteiligte Partei über die relevante Information über einen Stopp der Auktion bei Eintritt des "Knock-Outs" verfügt habe. Damit habe die belangte Behörde Information über ihr Verhalten bei drohendem "Knock-Out" diskriminierend nur einem Bieter bereitgestellt und dadurch gegen den Grundsatz der Fairness und der Nichtdiskriminierung des § 55 Abs 2 TKG 2003 verstoßen.

11.2. Zu diesem Vorbringen ist festzuhalten, dass Informationen, die der Geschäftsführer für den Fachbereich Telekommunikation und Post der RTR-GmbH im ausdrücklichen Auftrag der belangten Behörde oder sonst im Rahmen der Tätigkeit der RTR-GmbH als Geschäftsapparat der belangten Behörde (§ 17 Abs 3 KOG) im Zuge eines vor der belangten Behörde anhängigen Verfahrens gegenüber eine Verfahrenspartei tätigt, grundsätzlich der belangten Behörde zuzurechnen sind.

Es kann aber dahingestellt bleiben, ob die behaupteten Äußerungen des damaligen Geschäftsführers der RTR-GmbH gegenüber dem Vorstandsvorsitzenden der erstmitbeteiligten Partei tatsächlich gefallen sind (der angefochtene Bescheid enthält dazu, wie die beschwerdeführende Partei rügt, keine Feststellungen), weil die

behauptete Äußerung - die belangte Behörde werde den "Knock-Out" nicht zulassen bzw sie werde ein "Zwei-Bieter-Ergebnis" nicht zulassen - so offensichtlich keinen unmittelbaren Bezug zu den Ausschreibungsunterlagen und den Versteigerungsregeln aufgewiesen hätte, weshalb die erstmitbeteiligte Partei jedenfalls nicht hätte darauf vertrauen können, dass diese Äußerung im Rahmen des konkreten Verfahrens abgegeben worden wäre und tatsächlichen Informationsgehalt über die geplante Vorgangsweise der belangten Behörde aufgewiesen hätte. Im Ergebnis ist daher - auch wenn die von der beschwerdeführenden Partei behauptete "Information" durch den damaligen Geschäftsführer der RTR-GmbH gegenüber dem Vorstandsvorsitzenden der erstmitbeteiligten Partei als wahr unterstellt wird - nicht von einer diskriminierenden Informationsweitergabe auszugehen.

12. Die beschwerdeführende Partei macht weiters geltend, dass eine Reihe von Änderungen der Verfahrensordnung (Versteigerungsregeln) auf einen ex-parte geführten Diskussionsprozess mit nur einem Bieter, nämlich der erstmitbeteiligten Partei und deren Beratern, zurückgehe, sodass insgesamt Informationen asymmetrisch verteilt worden seien. Die belangte Behörde habe damit gegen die Grundsätze der Fairness und Nichtdiskriminierung gemäß § 55 Abs 2 TKG 2003 verstoßen.

Zur Klarstellung ist dazu zunächst festzuhalten, dass die beschwerdeführende Partei damit nicht geltend macht, dass es zu einer Änderung der bereits beschlossenen und den Parteien zugestellten Verfahrensordnung mit den Versteigerungsregeln aufgrund einer ex-parte Kommunikation mit der erstmitbeteiligten Partei gekommen sei, sondern dass ein derartiger Kommunikationsprozess noch vor Bekanntgabe der Verfahrensordnung erfolgt sei. Abgesehen davon, dass sich diese behauptete Informationsasymmetrie dem angefochtenen Bescheid sowie den vorgelegten Verwaltungsakten nicht entnehmen lässt, ist auch nicht zu erkennen (und wird von der beschwerdeführenden Partei auch nicht dargelegt), in welcher Weise die behauptete Änderung der

Verfahrensordnung diskriminierende Auswirkungen auf das Versteigerungsverfahren gehabt haben könnte, sodass damit eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht aufgezeigt wird.

13. Die beschwerdeführende Partei bringt vor, dass sie wie auch die zweitmitbeteiligte Partei vor Beginn der eigentlichen Versteigerung darüber informiert worden sei, dass die erstmitbeteiligte Partei als Bieterin zugelassen worden sei. Damit sei gegen Punkt 5.2.8. der Ausschreibungsunterlagen verstoßen worden.

Die belangte Behörde räumt diese Information ein; sie sei auf ein Kanzleiversehen zurückzuführen.

Wie bereits - unter Bezugnahme auf den Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 3. März 2014, B 1545/2013 - festgehalten, kommt den Ausschreibungsunterlagen keine normative Wirkung zu. Ein Abweichen der belangten Behörde von den Ausschreibungsunterlagen ist daher nur insoweit rechtlich relevant, als damit im Ergebnis eine wesentliche Änderung der Ausschreibungsbedingungen erfolgt (vgl § 55 Abs 7 TKG 2003) oder sonst eine Rechtswidrigkeit des Frequenzzuteilungsverfahrens, insbesondere durch einen Verstoß gegen die in § 55 Abs 2 TKG 2003 festgelegten Verfahrensgrundsätze, begründet wird.

Der beschwerdeführenden Partei ist zuzustimmen, dass eine nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechende einseitige Information über verfahrenswesentliche Umstände, wie dies etwa durch die einseitige Bekanntgabe von zugelassenen Bietern bewirkt werden könnte, in einem Spannungsverhältnis zu den Grundsätzen eines nichtdiskriminierenden Verfahrens steht.

Eine Rechtswidrigkeit der mit dem angefochtenen Bescheid erfolgten Frequenzzuteilung würde jedoch voraussetzen, dass die einseitige Information nachvollziehbar Auswirkungen auf das Verhalten in der Auktion hätte haben können, was die beschwerdeführende Partei hier nicht darzulegen vermag.

14. Die beschwerdeführende Partei macht geltend, dass die Barauslagen in Spruchpunkt 4 des angefochtenen Bescheides rechtswidrig bestimmt worden seien. Gemäß § 55 Abs 11 TKG 2003 könne die belangte Behörde Sachverständige und Berater beiziehen, deren Kosten ebenso wie weitere Barauslagen von den Antragstellern, denen Frequenzen zugeteilt werden, aliquot zu tragen seien. D habe nach den Angaben der belangten Behörde Beratungsleistungen nur gegenüber der RTR-GmbH erbracht; entsprechend seien die Rechnung der D auch an die RTR-GmbH und nicht an die belangte Behörde adressiert. Auch die übrigen Rechnungen seien an die RTR-GmbH adressiert. Es liege also keine Beauftragung im Sinne von § 55 Abs 11 TKG 2003 vor und die Kosten seien daher nicht von den Bietern zu tragen.

Die RTR-GmbH ist gemäß § 16 KOG zur Unterstützung unter anderem der belangten Behörde eingerichtet, sie hat gemäß § 16 Abs 2 KOG alle Vorkehrungen zu treffen, um der belangten Behörde die Erfüllung von deren Aufgaben zu ermöglichen.

Gemäß § 17 Abs 3 KOG bildet die RTR-GmbH den Geschäftsapparat der belangten Behörde. Dabei unterstützt sie die belangte Behörde unter deren fachlicher Leitung und Weisung bei der Erfüllung der dieser gesetzlich übertragenen Aufgaben (§ 117 TKG 2003) und Ziele (§ 1 Abs 2 TKG 2003) sowohl durch administrative Unterstützung als auch durch fachliche Unterstützung in technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Angelegenheiten in den von dieser zu führenden Verfahren. Gemäß § 116 Abs 2 TKG 2003 obliegt der RTR-GmbH die Geschäftsführung der belangten Behörde.

Festzuhalten ist, dass nach den Feststellungen des angefochtenen Bescheides die Beratungsleistung der D darin bestand, für die Multiband-Auktion geeignete Auktionsverfahren vorzuschlagen sowie Optionen für eine Stückelung der Frequenzblöcke zu erarbeiten. Die beschwerdeführende Partei zieht nicht in Zweifel, dass die der RTR-GmbH in Rechnung gestellten Beratungsleistungen im hier gegenständlichen Verfahren erbracht und von der RTR-GmbH beglichen wurden und

dass auch die weiteren in der Begründung des angefochtenen Bescheides aufgeschlüsselten Barauslagen in diesem Verfahren angefallen sind. Die Beschwerde zeigt auch nicht auf, dass die Beauftragung der D über den Auftrag der belangten Behörde zur Unterstützung durch die RTR-GmbH im Auktionsverfahren hinausgegangen wäre. Dass schließlich die RTR-GmbH Vertragspartner jener Unternehmen war, die die bei der Bestimmung der Barauslagen berücksichtigten Lieferungen und Leistungen erbracht haben, ist auch der spezifischen Struktur der Regulierungsbehörden nach dem TKG 2003 und dem KOG geschuldet, nach der die belangte Behörde als weisungsfreies Kollegialorgan - ohne eigene Rechtspersönlichkeit - bei der RTR-GmbH, also einer rechtsfähigen Kapitalgesellschaft, die ihren Geschäftsapparat bildet, eingerichtet ist (§ 116 Abs 2 TKG 2003).

Der beschwerdeführenden Partei gelingt es daher nicht, eine Rechtswidrigkeit der in Spruchpunkt 4 des angefochtenen Bescheides festgesetzten Barauslagen aufzuzeigen.

15.1. Die beschwerdeführende Partei rügt als wesentlichen Verfahrensmangel, dass die belangte Behörde ihr in rechtswidriger Weise die Akteneinsicht verweigert habe.

Die beschwerdeführende Partei habe bereits vor Clockrunde 29, also bereits zehn Clockrunden vor dem Zeitpunkt des aus Sicht der belangten Behörde eingetretenen Wegfalls des Kollusionsrisikos, um umfassende Information zum Bietverlauf, jedenfalls aber um Informationen bezüglich Angebotsüberschuss und Nachfrageüberhang ersucht; sie habe danach der belangten Behörde weitere vier fast wortgleiche Anträge übermittelt. Eine Akteneinsicht in die Auktionatorprotokolle sei aber bis 22. Oktober 2013 gänzlich unterblieben. Ab Runde 39, die am 19. September 2013 stattgefunden habe, sei seitens der belangten Behörde den Bietern der jeweils bestehende Nachfrageüberschuss vor jeder Runde bekanntgegeben worden, da von diesem Zeitpunkt an nach Ansicht der belangten Behörde kein Kollusionsrisiko mehr bestanden habe. Mangels Einsicht in die

relevanten Aktenteile sei für die beschwerdeführende Partei nicht erkennbar, ob die Wahl dieses Zeitpunkts gerechtfertigt gewesen sei. Eine Akteneinsicht in Beratungsprotokolle sei auch im Nachhinein nicht gewährt worden. Aus dem angefochtenen Bescheid gehe auch nicht hervor, dass irgendeine Form der Interessenabwägung nach bestimmten Parametern (nach jeder Clockrunde) tatsächlich stattgefunden hätte. Die beschwerdeführende Partei sei der Ansicht, dass eine Information über den Nachfrageüberschuss schon viel eher hätte erfolgen und eine entsprechende Interessenabwägung nach jeder Runde transparent hätte vorgenommen werden müssen.

Wäre der beschwerdeführenden Partei die Information zugänglich gewesen, hätte sich schon viel früher gezeigt, dass das Kollusionsrisiko nicht mehr bestanden habe, "weil es schon von Anfang an nicht bestand, insofern schon das Auktionsdesign (CCA) diesem wirksam begegnet." Die beschwerdeführende Partei hätte daraufhin ihre Bietstrategie entsprechend anpassen können, was in der Folge auch zu einem anderen Ergebnis des Bescheides geführt hätte, indem die beschwerdeführende Partei "dieselbe Frequenzausstattung zu einem Entgelt erhalten hätte, das den Marktgegebenheiten entspricht, weil sie informierter hätte bieten können."

15.2. Gemäß der auch im Verfahren vor der belangten Behörde anwendbaren Bestimmung des § 17 Abs 3 AVG (vgl § 121 Abs 1 TKG 2003) sind von der Akteneinsicht Aktenbestandteile ausgenommen, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde.

Der belangten Behörde kann nicht entgegengetreten werden, wenn sie im Hinblick auf den Zweck des Verfahrens - Ermittlung der höchsten Gebote für die zuzuteilenden Frequenzen im Wege einer Auktion - entsprechend der von ihr erstellten, für alle Verfahrensparteien gleichermaßen zur Anwendung kommenden Versteigerungsregeln, dh im Rahmen des gewählten Auktionsdesigns, und im

Hinblick auf das hintanzuhaltende Risiko kollusiven Verhaltens die Bietprotokolle während des laufenden Versteigerungsverfahrens nicht zugänglich gemacht hat. Wie die beschwerdeführende Partei selbst darlegt, hätte sie die von ihr gewünschten, nach den Versteigerungsregeln nicht vorgesehenen aber im Wege der Akteneinsicht zu erlangenden Informationen dazu genützt, ihr Bietverhalten strategisch anzupassen; darin läge aber genau jene Gefährdung des Verfahrenszwecks, der die Nichtgewährung der Akteneinsicht entgegenwirken sollte. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Festlegung des konkreten Auktionsdesigns - und damit nicht nur die Entscheidung über die grundsätzliche Art der Versteigerung, sondern auch über Art, Umfang und Zeitpunkt der Information über das Bietverhalten - der belangten Behörde überantwortet ist, der dabei - im Rahmen der insbesondere durch § 55 Abs 2 und 9 TKG 2003 gezogenen Grenzen - die Befugnis zukommt, den Gang dieses Teils des Ermittlungsverfahrens nach dem Grundsatz der arbiträren Ordnung im Sinne des § 39 AVG zu bestimmen. Ein Rechtsanspruch der Teilnehmer am Versteigerungsverfahren, dass die belangte Behörde ein bestimmtes Auktionsdesign wähle oder bestimmte Informationen zu einem bestimmten Zeitpunkt zugänglich zu machen habe - wodurch im Ergebnis die von der belangten Behörde gewählte Auktionsform umgestaltet würde - besteht daher nicht.

Die beschwerdeführende Partei vermag auch nicht darzulegen, dass die belangte Behörde von den in der Verfahrensordnung festgelegten Regeln abgewichen wäre. Diese Verfahrensordnung legt in den hier relevanten Punkten (5.12.1 und 5.12.2) lediglich fest, welche Angaben der Auktionator in der Clockphase mindestens zu geben hat. Die von der beschwerdeführenden Partei schon für frühere Runden der Clockphase (als die 39. Runde) gewünschten Informationen über den jeweiligen Nachfrageüberschuss sind in den nach der Verfahrensordnung in dieser Phase jedenfalls mitzuteilenden Mindestinformationen nicht enthalten.

15.3. Die beschwerdeführende Partei rügt auch, dass ihr keine Akteneinsicht in die Beratungsprotokolle der belangten Behörde gewährt worden sei. Dies entbehre jeglicher Rechtsgrundlage und auch jeder sachlichen Begründung, "da die von der

Behörde in den Vordergrund gestellte Gefahr einer Kollusion selbst nach Ansicht der Behörde spätestens nach Clockrunde 39 nicht mehr vorlag." Die Begründung mit Verweis auf Regelungen für andere Kollegialorgane, dass die freie Willensbildung zu schützen sei, entspreche keinem der in § 17 Abs 3 AVG genannten Gründe für eine gerechtfertigte Beschränkung der Akteneinsicht. Der dauerhafte Entzug von Aktenteilen von der Einsichtnahme führe dazu, dass der beschwerdeführenden Partei keinerlei Einsichtsmöglichkeit in das inhaltliche Ergebnis der erfolgten Beratungen und somit auf den Prozess der Entscheidungsfindung bleibe.

15.4. Bei der belangten Behörde handelt es sich um eine unabhängige Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag (vgl das hg Erkenntnis vom 20. Juli 2004, Zl 2003/03/0103). Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 12. Oktober 2005, V 19/05, VfSlg 17.671/2005 (wie auch in seinem Erkenntnis vom 14. Dezember 2007, V16/07, VfSlg 18.332/2007) den Ausschluss der Akteneinsicht in Beratungsprotokolle der Energie-Control Kommission als im öffentlichen Interesse gelegen - als eine besondere Gewähr für die Unabhängigkeit der Mitglieder der Kollegialbehörde - anerkannt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich dieser Rechtsprechung in seinem Erkenntnis vom 6. Juli 2010, Zl 2009/09/0078, auch für den dort gegebenen Fall einer Bescheiderlassung durch eine weisungsfreie Kollegialbehörde ohne richterlichen Einschlag angeschlossen.

Die Vorgangsweise der belangten Behörde, die Akteneinsicht in ihre Beratungsprotokolle nicht zuzulassen, erweist sich daher nicht als rechtswidrig.

16. Die beschwerdeführende Partei rügt schließlich die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die belangte Behörde. Diese habe sich nicht mit dem Vorbringen der beschwerdeführenden Partei hinsichtlich des von ihr als mangelhaft angesehenen Auktionsdesigns auseinandergesetzt und es auch unterlassen, die beschwerdeführende Partei über das Ergebnis des hinzugezogenen Beraters (der D) in Kenntnis zu setzen und ihr die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben. Die

belangte Behörde hätte der beschwerdeführenden Partei bereits im Vorfeld im Zuge der Bestellung der D eine Möglichkeit zu allfälligen Einwendungen gegen dieses Unternehmen "als Sachverständigen" geben müssen; es hätten ja "etwaige Befangenheitsgründe bei D oder andere Gründe für eine Nichteignung" vorliegen können. Nach Durchsicht des von der belangten Behörde nach der Auktion übermittelten Aktes zeige sich auch "eine äußerst fragwürdige Aktenführung."

Diese - in der Folge in der Beschwerde noch näher ausgeführten - behaupteten Verfahrensmängel zeigen jedoch keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides, da es der beschwerdeführenden Partei nicht gelingt, deren Relevanz für den Verfahrensausgang darzulegen. In diesem Zusammenhang ist neuerlich darauf hinzuweisen, dass die belangte Behörde den Verfahrensgang im Auktionsverfahren nach dem Grundsatz der arbiträren Ordnung zu bestimmen hat und der beschwerdeführenden Partei daher ein - dem Vorbringen zu den Verfahrensmängeln implizit zugrunde gelegter - Rechtsanspruch auf eine bestimmte Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens und damit auf die Möglichkeit, unter einem geänderten Auktionsdesign ein Bietverhalten zu verfolgen, das zu einem niedrigeren Frequenznutzungsentgelt hätte führen können, nicht zukommt.

Auch soweit die beschwerdeführende Partei geltend macht, es sei ihr keine angemessene Vorbereitungszeit zur Stellungnahme zum Ergebnis des Ermittlungsverfahrens eingeräumt worden, zeigt sie die Relevanz dieses behaupteten Verfahrensmangels nicht auf; insbesondere legt sie nicht dar, dass das Ergebnis des Auktionsverfahrens in der ihr übermittelten Darstellung unzutreffend dargelegt worden wäre oder dass sie zu diesem - für die Entscheidung über die Frequenzzuteilung relevanten - Ergebnis in der gewährten Stellungnahmefrist nicht hätte Stellung nehmen können. Soweit die beschwerdeführende Partei in diesem Zusammenhang neuerlich auf die von ihr im Verwaltungsverfahren übermittelten Äußerungen, Anträge und Einwendungen verweist und vorbringt, dass sich die belangte Behörde damit "zeitgerecht inhaltlich auseinander setzen" hätte müssen, zeigt sie keine Verletzung des Parteiengehörs zu den Ermittlungsergebnissen auf.

17. Abschließend rügt die beschwerdeführende Partei eine ihrer Ansicht nach gegebene Ergänzungsbedürftigkeit des Sachverhalts. Der belangten Behörde sei eine Reihe von Feststellungsmängeln unterlaufen. Im Detail rügt die beschwerdeführende Partei dabei fehlende Feststellungen zur Begründung der Spektrumskappen, zur Festlegung des Mindestgebots (auch im Hinblick auf eine Berücksichtigung der unterschiedlichen Laufzeiten), zur Frage, "inwiefern das von der belangten Behörde gewählte Auktionsdesign den Bestimmungen des § 55 TKG 2003 und den entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen entsprechen soll", zum Risiko des "Knock-Out", zur Frage, "in welchem Umfang der Auktionserlös über dem oberen Ende [der von der belangten Behörde vorgenommenen] Schätzung des Marktwerts gelegen ist", zu weiteren Frequenzen, die mittelfristig zur Vergabe gelangen, zu Aussagen des damaligen Geschäftsführers der RTR-GmbH sowie zu der von der beschwerdeführenden Partei behaupteten diskriminierenden Bereitstellung von Informationen.

Diese Verfahrensrügen sind im Wesentlichen von der - wie dargelegt: unzutreffenden - Rechtsansicht getragen, dass es sich bei den Versteigerungsregeln wie auch den Ausschreibungsbedingungen um normative Rechtsakte handle, deren konkrete Ausgestaltung von der belangten Behörde in ähnlicher Form wie nach § 60 AVG im Falle eines von ihr zu erlassenden Bescheides umfassend - unter Eingehen auf Anträge oder sonstiges Vorbringen der Teilnehmer am Auktionsverfahren - zu begründen wäre.

Schon aus diesem Grund ist das Fehlen der von der beschwerdeführenden Partei begehrten Feststellungen zu den Spektrumskappen, zur Begründung des Mindestgebots, zum Risiko des "Knock-Out" und zur behaupteten Überschreitung des geschätzten Marktwerts der Frequenzen nicht als Verfahrensfehler zu erkennen. Auch dass die belangte Behörde keine Feststellungen zu weiteren Frequenzen, die mittelfristig zur Vergabe gelangen, getroffen hat, vermag keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen, weil diese Frage nicht den Gegenstand des mit dem angefochtenen Bescheid abgeschlossenen Verwaltungsverfahrens betrifft.

Soweit die beschwerdeführende Partei Feststellungen darüber vermisst, inwiefern das Auktionsdesign den anzuwendenden Rechtsnormen entspreche, macht sie keinen Feststellungsmangel geltend, sondern behauptet letztlich neuerlich eine - wie dargelegt: nicht gegebene - inhaltliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides.

Schließlich ist das Fehlen von Feststellungen über die behauptete Äußerung des damaligen Geschäftsführers der RTR-GmbH gegenüber dem Vorstandsvorsitzenden der erstmitbeteiligten Partei nicht als Verfahrensmangel zu beurteilen, da auch unter der Annahme, dass diese Äußerung so wie von der beschwerdeführenden Partei behauptet gefallen sei, dies - wie oben (Punkt 11.2.) dargelegt - nicht zur Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides führen würde. Dasselbe gilt hinsichtlich der geltend gemachten diskriminierenden Bereitstellung von Informationen (siehe dazu oben Punkte 12. und 13.).

18. Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBl II Nr 455, welche gemäß § 3 Z 1 der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014, BGBl II Nr 518/2013 idF BGBl II Nr 8/2014, im Beschwerdefall weiterhin anzuwenden ist.

W i e n , am 4. Dezember 2014