

Verwaltungsgerichtshof

ZI EU 2013/0001-1

(2012/03/0181)

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Lehofer, Mag. Nedwed und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, in der Beschwerdesache der T-Mobile Austria GmbH in Wien, vertreten durch Lichtenberger & Partner, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Wollzeile 17, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 13. Dezember 2012, ZI F 1/12-58, betreffend Parteistellung in einem Verfahren zur Genehmigung der Änderung der Eigentümerstruktur nach § 56 Abs 2 TKG 2003 (mitbeteiligte Parteien: 1. Hutchison 3G Austria Holdings GmbH, 2. Hutchison 3G Austria GmbH, beide in Wien, beide vertreten durch Mag. Dr. Bertram Burtscher, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Seilergasse 16, 3. Orange Austria Telecommunication GmbH in Wien, 4. Stubai S C A in Luxemburg, beide vertreten durch Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Universitätsring 10, 5. Orange Belgium S A in Brüssel, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in 1014 Wien, Tuchlauben 17, 6. A1 Telekom Austria AG in Wien, vertreten durch Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2; weitere Partei: Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie), den

### B e s c h l u s s

gefasst:

1. Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird nach Art 267 AEUV folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Sind die Artikel 4 und 9b 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 108 vom 24. April 2002, S. 33 und Art 5 Abs 6 der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung

(24. April 2013)

elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABl L 108 vom 24. April 2002, S. 21, dahin auszulegen, 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?

2. Gemäß Artikel 23a des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union und Artikel 104a der Verfahrensordnung des Gerichtshofes wird beantragt, dieses Vorabentscheidungsersuchen einem beschleunigten Verfahren zu unterwerfen.

### B e g r ü n d u n g :

#### I. Sachverhalt, Verfahrensgang:

1. Das Beschwerdeverfahren steht im Zusammenhang mit der Übernahme des Mobilfunk-Netzbetreibers Orange Austria Telecommunication GmbH (im Folgenden: Orange) durch die Hutchison 3G Austria GmbH (im Folgenden: Hutchison) samt Einbindung der A1 Telekom Austria AG (im Folgenden: A1).

Hutchison, Orange und A1 sind - ebenso wie die Beschwerdeführerin - Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes und Anbieter von Kommunikationsdiensten.

2.1. Am 23. Mai 2012 beantragten Hutchison und Orange gemäß § 56 Abs 2 des Österreichischen Telekommunikationsgesetzes, BGBl I Nr 70/2003 (TKG 2003), die Genehmigung der mit der Durchführung des Anteilserwerbs samt Verschmelzung von Orange mit Hutchison einhergehenden Änderung der Eigentümerstruktur der Orange und der Hutchison (Verfahren F1/12 vor der belangten Behörde, der Telekom-Control-Kommission).

2.2. Am 9. Juli 2012 beantragten die A1, die Hutchison und die Orange zudem die Genehmigung der Überlassung bestimmter Frequenzen gemäß § 56 Abs 1 TKG 2003 (Verfahren F6/12 vor der Telekom-Control-Kommission).

3. Die folgenden Tabellen zeigen die Frequenzausstattung der Parteien im Mobilfunkbereich, vor der streitgegenständlichen Übernahme (1.), danach, aber noch vor der damit in Zusammenhang stehenden Weiterveräußerung (2.) und schließlich nach der Fusion und Weiterveräußerung bestimmter Frequenzspektren (3.)

"1.)	Vor Fusion	900 MHz	1800 MHz	2,1 GHz FDD	2,1 GHz TDD	2,6 GHz FDD	2,6 GHz TDD	MHz Gesamt
	A1	34	30	29,6	10	40	25	168,6
	T-Mobile	25,6	50,8	30	10	40		156,4
	Hutchison			29,6	5	40	25	99,6
	Orange	8	58	29,6		20		115,6
2.)	Nach Fusion Orange/Hutchison							
	A1	34	30	29,6	10	40	25	168,6
	T-Mobile	25,6	50,8	30	10	40		156,4
	Hutchison	8	58	59,2	5	60	25	215,2
3.)	Nach Weiterveräußerung							
	A1	40,4	30	39,6	10	50	25	195
	T-Mobile	25,6	50,8	30	10	40		156,4
	Hutchison		58	49,2	5	30	25	167,2
	Divestment Spektrum	1,6				20		21,6"

4. Im Verfahren betreffend die Genehmigung der Änderung der Eigentümerstruktur (F1/12) brachte die Beschwerdeführerin am 10. Juli 2012 eine Stellungnahme ein, in der sie ihre Bedenken gegen den gegenständlichen Zusammenschluss zum Ausdruck brachte und die Erteilung von Auflagen zur Vermeidung von Wettbewerbsbeeinträchtigungen verlangte. Am 18. September 2012 erstattete die Beschwerdeführerin erneut eine derartige Stellungnahme. Die

Beschwerdeführerin wurde vor der Telekom-Control-Kommission am 22. Oktober 2012 angehört.

5. Nach Einbeziehung der Europäischen Kommission (Verfahren Nr M 6497) und mehrfacher Modifikation der verfahrenseinleitenden Anträge erfolgte seitens der Europäischen Kommission am 12. Dezember 2012 die Genehmigung der in Rede stehenden Fusion unter Verhängung näherer Auflagen, insbesondere betreffend Abgabe von Frequenzspektrum, und am 13. Dezember 2012 seitens der Telekom-Control-Kommission einerseits die Genehmigung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse an der Orange, die sich durch Übergang von 100 % der Anteile der Orange an die Hutchison ergibt, sowie die mit der Verschmelzung der Orange mit der Hutchison einhergehenden Veränderungen in der Eigentümerstruktur der Orange und der Hutchison (F 1/12-59), und andererseits die Genehmigung zur Überlassung von bisher der Orange zugeteilten Frequenznutzungsrechten an die A1, von der Hutchison zugeteilten Frequenznutzungsrechten an die A1, und von der A1 zugeteilten Frequenznutzungsrechten an die Hutchison. Diese Bewilligungen erfolgten jeweils unter der Erteilung von Auflagen.

6. Gleichzeitig wurde mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 13. Dezember 2012, ZI F 1/12-58, der von der Beschwerdeführerin am 10. Dezember 2012 gestellte Antrag auf Feststellung ihrer Parteistellung im Verfahren F 1/12 abgewiesen, sowie die weiteren Anträge, die Telekom-Control-Kommission möge die Beschwerdeführerin im Verfahren F 1/12 "förmlich anhören und die antragstellenden Parteien und die Beschwerdeführerin zu einer Verhandlung laden", ebenso zurückgewiesen wie der weitere Antrag, die Telekom-Control-Kommission möge der Beschwerdeführerin im Verfahren F 1/12 sämtliche Entscheidungsgrundlagen, insbesondere die Schriftsätze der Antragsteller, Gutachten und Verhandlungsprotokolle sowie den abschließenden Bescheid in dieser Verwaltungssache förmlich mit der Möglichkeit der Erhebung von Rechtsmitteln gegen den Bescheid zustellen.

7. Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen Folgendes aus:

Seitens der Beschwerdeführerin werde keine Genehmigung der Änderung ihrer eigenen Eigentümerstruktur beantragt. Ebenso wenig umfasse der Antrag der ursprünglichen Antragsteller im Verfahren F 1/12 (Hutchison und Orange) eine Änderung der Eigentümerstruktur der Beschwerdeführerin. Weder nationales noch Unionsrecht verlangten eine Parteistellung eines Mobilfunkbetreibers, der eine Beeinträchtigung seiner eigenen wirtschaftlichen (wettbewerblichen) Position durch die Änderung der Eigentümerstrukturen anderer Mobilfunkbetreiber befürchtet, in einem Verfahren zur Genehmigung dieser Änderungen. Aus dem Urteil des EuGH vom 21. Februar 2008, Rs C-426/05 (Tele2 Telecommunication GmbH gegen Telekom-Control-Kommission) sei entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht abzuleiten, dass die aus einer Entscheidung über eine Änderung der Eigentümerstruktur resultierende wirtschaftliche Betroffenheit eines Anbieters von Mobilfunkleistungen eo ipso in den Anwendungsbereich des Art 4 Abs 1 der Rahmenrichtlinie falle. Eine Betroffenheit im Sinne dieser Bestimmung setze vielmehr voraus, dass das Unionsrecht einem Nutzer oder Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze oder -dienste Rechte einräume und komme nur dann in Betracht, wenn über diese Rechte durch eine Entscheidung der Regulierungsbehörde disponiert werden soll.

Während in dem der zitierten Entscheidung des EuGH vom 21. Februar 2008 zugrunde liegenden Fall ein marktmächtiges Unternehmen anderen, nicht marktmächtigen Unternehmen gegenüber gestanden sei und durch die Regulierungsbehörde zu verhängende Maßnahmen zu Lasten des marktmächtigen Unternehmens offenbar korrespondierende Rechte zugunsten nicht marktmächtiger Unternehmen begründeten, liege im nunmehrigen Beschwerdefall die Sache anders: Hier gelte es nicht ein erhebliches wettbewerbliches Defizit in Form von Nachwirkungen aus früheren Monopolzeiten zu korrigieren; vielmehr fänden sich im Umfeld eines Verfahrens nach § 56 TKG 2003 in aller Regel faktisch gleichberechtigte Mobilfunkunternehmen, die jeweils in einem offenen, fairen und

nicht diskriminierenden Verfahren Frequenznutzungsrechte erworben hätten. Die Bestimmungen des § 56 Abs 1 und 2 TKG 2003 hätten ebenso wenig wie die damit umgesetzten Art 5 Abs 6 der Genehmigungsrichtlinie und Art 9b Abs 2 der Rahmenrichtlinie das Ziel, schon seit jeher bestehende wettbewerbliche Defizite auszugleichen, sondern dafür zu sorgen, dass eine durch fairen Bieterwettbewerb im Rahmen einer Frequenzauktion entstandene Frequenzlandschaft nicht durch nachträgliche privatrechtliche Verfügungen von Frequenznutzungsrechteinhabern zu Lasten des Wettbewerbs gestört werde. Es gehe um die Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbs im Allgemeinen. Daher räumten weder Art 5 Abs 6 der Genehmigungsrichtlinie noch Art 9b Abs 2 der Rahmenrichtlinie wechselseitige Rechte und Pflichten ein. Vielmehr verlange Art 5 Abs 6 der Genehmigungsrichtlinie, dass die zuständigen nationalen Behörden geeignete Maßnahmen gegen eine drohende Wettbewerbsverzerrung ergreifen, wobei aber nichts darauf hindeute, dass im Rahmen einer Frequenzüberlassung zwischen zwei frequenznutzenden Unternehmen jedem anderen Mitbewerber daraus ein bestimmtes Recht erwachsen würde.

8. Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. Für die Entscheidung über diese Beschwerde ist aus den nachfolgend dargelegten Gründen die beantragte Auslegung erforderlich.

## II. Die maßgeblichen Bestimmungen des nationalen Rechts:

### 1. § 8 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes (AVG):

"Personen, die eine Tätigkeit der Behörde in Anspruch nehmen oder auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht, sind Beteiligte und, insoweit sie an der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind, Parteien."

### 2. Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003):

#### "Frequenzzuteilung

§ 54. (1) Die Frequenzzuteilung hat 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.

...

#### 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.

...

(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.

...

(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.

...

#### Überlassung von Frequenzen, Änderung der Eigentümerstruktur

§ 56. (1) Die Überlassung von Nutzungsrechten für Frequenzen, die von der Regulierungsbehörde zugeteilt wurden, bedarf der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Die Regulierungsbehörde hat den Antrag auf sowie die Entscheidung über die Genehmigung zur Überlassung der Frequenznutzungsrechte zu veröffentlichen. Bei ihrer Entscheidung hat die Regulierungsbehörde im Einzelfall die technischen und insbesondere die Auswirkungen einer Überlassung auf den Wettbewerb zu beurteilen. In die Genehmigung können Nebenbestimmungen aufgenommen werden, soweit dies erforderlich ist um Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu vermeiden. Die Genehmigung ist jedenfalls dann zu verweigern, wenn trotz der Auferlegung von Nebenbestimmungen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Überlassung wahrscheinlich ist.

(1a) Erweist sich im Rahmen der Überlassung von Frequenznutzungsrechten eine Änderung von Art und Umfang der Frequenznutzung als erforderlich, um nachteilige technische Auswirkungen oder nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb zu vermeiden, so hat diese Änderung nach Maßgabe der Bestimmungen des § 57 zu erfolgen.

(2) Wesentliche Änderungen der Eigentümerstruktur von Unternehmen, denen Frequenznutzungsrechte in einem Verfahren gemäß § 55 zugeteilt wurden, bedürfen der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Abs. 1 dritter bis letzter Satz gelten sinngemäß.

...

#### Änderung der Frequenzzuteilung

§ 57. (1) Die Art und der Umfang der Frequenzzuteilung können durch die zuständige Behörde geändert werden, wenn

1. auf Grund der Weiterentwicklung der Technik erhebliche Effizienzsteigerungen möglich sind oder



2. dies aus internationalen Gegebenheiten, insbesondere aus der Fortentwicklung des internationalen Fernmelderechts oder
3. dies zur Anpassung auf Grund internationaler Gegebenheiten geänderter Frequenznutzungen erforderlich ist oder
4. Frequenznutzungsrechte, die vor dem 26. Mai 2011 bestanden haben, nach Ablauf des 25. Mai 2016 nicht den Anforderungen des § 54 Abs. 1a bis 1b entsprechen.

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

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

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

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

..."

### III. Die maßgeblichen Bestimmungen des Unionsrechtes:

1. Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl L 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 337, S 37 vom 18. Dezember 2009 (Rahmenrichtlinie):

"Artikel 4  
Rechtsbehelf

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass es auf nationaler Ebene wirksame Verfahren gibt, nach denen jeder Nutzer oder Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze und/oder -dienste, der von einer Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde betroffen ist, bei einer von den beteiligten Parteien unabhängigen Beschwerdestelle einen Rechtsbehelf gegen diese Entscheidung einlegen kann. Diese Stelle, die auch ein Gericht sein kann, muss über angemessenen Sachverstand verfügen, um ihrer Aufgabe wirksam gerecht zu werden. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass den Umständen des Falles angemessen Rechnung getragen wird und wirksame Einspruchsmöglichkeiten gegeben sind.

Bis zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens bleibt die Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde wirksam, sofern nicht nach Maßgabe des nationalen Rechts einstweilige Maßnahmen erlassen werden.

(2) Hat die Beschwerdestelle nach Absatz 1 keinen gerichtlichen Charakter, so sind ihre Entscheidungen stets schriftlich zu begründen. Ferner können diese Entscheidungen in diesem Fall von einem Gericht eines Mitgliedstaats nach Artikel 234 des Vertrags überprüft werden.

...

Artikel 9

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.

...

Artikel 9b

Übertragung oder Vermietung individueller Rechte zur Nutzung von Funkfrequenzen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Unternehmen gemäß den Bedingungen im Zusammenhang mit den Rechten zur Nutzung von Funkfrequenzen und gemäß den nationalen Verfahren individuelle Frequenznutzungsrechte für die Funkfrequenzbänder, für die dies in den gemäß Absatz 3 erlassenen

Durchführungsmaßnahmen vorgesehen ist, an andere Unternehmen übertragen oder vermieten können.

Die Mitgliedstaaten können auch für andere Funkfrequenzbänder vorsehen, dass Unternehmen gemäß den nationalen Verfahren individuelle Frequenznutzungsrechte an andere Unternehmen übertragen oder vermieten können.

Die mit individuellen Frequenznutzungsrechten verknüpften Bedingungen gelten nach der Übertragung oder Vermietung weiter, sofern die zuständige nationale Behörde nichts anderes angegeben hat.

Die Mitgliedstaaten können ferner beschließen, dass die Bestimmungen dieses Absatzes keine Anwendung finden, wenn das Unternehmen seine individuellen Frequenznutzungsrechte kostenlos erhalten hat.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Absicht eines Unternehmens, Frequenznutzungsrechte zu übertragen, sowie die tatsächliche Übertragung gemäß den nationalen Verfahren der für die Gewährung individueller Nutzungsrechte zuständigen nationalen Behörde mitgeteilt werden und dass dies öffentlich bekannt gegeben wird. Soweit die Funkfrequenznutzung durch die Anwendung der Entscheidung Nr. 676/2002/EG (Frequenzentscheidung) oder sonstiger Gemeinschaftsmaßnahmen harmonisiert wurde, muss eine solche Übertragung im Einklang mit der harmonisierten Nutzung stattfinden.

..."

2. Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl L 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 337 vom 18. Dezember 2009, S 37 (Genehmigungsrichtlinie):

#### "Artikel 5

#### Nutzungsrechte für Funkfrequenzen und Nummern

...

(2) ...

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.

...

(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."

IV. Der Verwaltungsgerichtshof ist ein Gericht im Sinne des Art 267 AEUV, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechtes angefochten werden können.

V. Erläuterungen zu den Vorlagefragen:

1. Die belangte Behörde hat der Beschwerdeführerin im Ausgangsverfahren keine Parteistellung zuerkannt.

Der Beschwerdeführer wäre Parteistellung aber dann zuzuerkennen, wenn sie als "Betroffene" im Sinn von Art 4 Abs 1 der Rahmenrichtlinie anzusehen wäre, weil die Effektivität des ihr dann zustehenden "Rechtsbehelfs" ohne vorherige Einräumung der Parteistellung beeinträchtigt wäre, wie der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 26. März 2008, 2008/03/0020, ausgeführt hat.

2. Die belangte Behörde steht - wie dargelegt - auf dem Standpunkt, dass ein Rechtsanspruch von Mitbewerbern auf Teilnahme an einem Verwaltungsverfahren nach § 56 Abs 2 TKG 2003 bzw Art 5 Abs 6 der Genehmigungsrichtlinie nicht bestehe; durch Art 5 Abs 6 der Genehmigungsrichtlinie werde lediglich - beispielsweise - dargelegt, welche Möglichkeiten Mitgliedstaaten in Verfahren nach Art 5 der Genehmigungsrichtlinie zwecks Verhinderung einer Wettbewerbsverzerrung zustünden. Die Mitbeteiligten treten dieser Auffassung im Wesentlichen bei.

3. Dem gegenüber vertritt die Beschwerdeführerin - auf das Wesentliche zusammengefasst - den Standpunkt, in einem auf Genehmigung der Änderung der

Eigentümerstruktur von Unternehmen bzw auf die Überlassung von Nutzungsrechten für von der Regulierungsbehörde zugeteilte Frequenzen gerichteten Verfahren müsse auch ein Mitbewerber, der ebenfalls über Nutzungsrechte an Frequenzen verfüge, als "betroffen" im Sinne des Art 4 Abs 1 der Rahmenrichtlinie angesehen werden. Eigentumsveränderungen dürften nicht zu einer strukturellen Veränderung der Wettbewerbsbedingungen aufgrund der Frequenzausstattung der Unternehmen in ihrem Verhältnis zueinander führen. Führe die Eigentumsveränderung dazu, dass eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufgrund einer massiv ungleichen Frequenzausstattung zu befürchten sei, müsse dies von der Regulierungsbehörde in ihrer Genehmigungsentscheidung - durch Auflagen oder Bedingungen - berücksichtigt werden. So verpflichte Art 5 Abs 6 der Genehmigungsrichtlinie die zuständigen nationalen Behörden, dafür zu sorgen, dass der Wettbewerb nicht durch Übertragungen oder eine Anhäufung von Rechten zur Nutzung von Funkfrequenzen verzerrt werde und nenne als geeignete Maßnahmen ausdrücklich die Anordnung des Verkaufs oder der Vermietung von Funkfrequenzen. Die behördliche Entscheidung in einem Verfahren nach § 56 Abs 2 TKG 2003 (Art 5 Abs 6 der Genehmigungsrichtlinie) könne also eine Verpflichtung von Unternehmen (Verkauf bzw Vermietung von Funkfrequenzen) vorsehen, aus der konkurrierende Unternehmen Rechte ableiten könnten.

4. Die Beschwerdeführerin stützt sich dabei im Wesentlichen auf das Urteil des EuGH vom 21. Februar 2008, Rs C-426/05 (Tele2 Telecommunication GmbH gegen Telekom-Control-Kommission).

In diesem Urteil hat der EuGH Folgendes erkannt:

"1. Der Begriff des Nutzers oder Anbieters, der im Sinne von Art. 4 Abs. 1 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) 'betroffen' ist, sowie der Begriff der 'betroffenen' Partei im Sinne von Art. 16 Abs. 3 dieser Richtlinie sind so auszulegen, dass diese Begriffe nicht nur ein Unternehmen mit (vormals) beträchtlicher Marktmacht auf dem relevanten Markt, das einer Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde in einem Marktanalyseverfahren nach Art. 16 der Richtlinie 2002/21 unterliegt und Adressat dieser Entscheidung ist, sondern auch mit

einem solchen Unternehmen in Wettbewerb stehende Nutzer und Anbieter erfassen, die zwar nicht selbst Adressaten dieser Entscheidung sind, aber durch diese in ihren Rechten beeinträchtigt sind.

2. Eine nationale Rechtsvorschrift, die in einem nichtstreitigen Marktanalyseverfahren nur Unternehmen mit (vormals) beträchtlicher Marktmacht auf dem relevanten Markt, denen gegenüber spezifische Verpflichtungen auferlegt, abgeändert oder aufgehoben werden, die Stellung einer Partei zugesteht, verstößt im Grundsatz nicht gegen Art. 4 der Richtlinie 2002/21. Das vorlegende Gericht hat sich jedoch zu vergewissern, dass das innerstaatliche Verfahrensrecht den Schutz der Rechte, die mit einem Unternehmen mit (vormals) beträchtlicher Marktmacht auf dem relevanten Markt in Wettbewerb stehende Nutzer und Anbieter aus der Gemeinschaftsrechtsordnung herleiten, auf eine Weise gewährleistet, die nicht weniger günstig als im Fall vergleichbarer innerstaatlicher Rechte ist und die Wirksamkeit des Rechtsschutzes, den diesen Nutzern und Anbietern Art. 4 der Richtlinie 2002/21 garantiert, nicht mindert."

5. Dieses Urteil wurde auf Grund eines Vorabentscheidungsersuchens des Verwaltungsgerichtshofs gefällt, das im Rahmen eines Rechtsstreits um die Frage erging, ob in einem nach § 137 TKG 2003 (Art 16 der Rahmenrichtlinie) geführten Marktanalyseverfahren auch andere Unternehmen als jenes (vormals) marktmächtige Unternehmen, dem gegenüber spezifische Verpflichtungen auferlegt, abgeändert oder aufgehoben werden, als Parteien beizuziehen sind, weil sie von der zu treffenden Entscheidung der Regulierungsbehörde als "betroffen" anzusehen sind.

In diesem Urteil hat der EuGH ausgeführt, dass Art 4 Abs 1 der Rahmenrichtlinie Ausfluss des Grundsatzes eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes ist; mangels Definition des Begriffs der Betroffenheit in der Rahmenrichtlinie ist sein Bedeutungsinhalt nach dem Regelungszusammenhang und dem damit verbundenen Zweck zu beurteilen. Zu prüfen ist, ob Nutzer und Anbieter, die Wettbewerber eines Unternehmens mit (vormals) beträchtlicher Marktmacht auf dem relevanten Markt sind, Rechte aus der Gemeinschaftsrechtsordnung, insbesondere den Telekommunikationsrichtlinien, herleiten und infolge einer Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde, die nicht an sie gerichtet ist, in diesen Rechten berührt sein können (Rn 33).

Bestimmte spezifische Verpflichtungen, die einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem relevanten Markt auferlegt werden, stellen Schutzmaßnahmen im Interesse der mit diesem Unternehmen in Wettbewerb stehenden Nutzer und Anbieter dar und können somit Rechte für sie begründen (Rn 34).

Eine enge Auslegung von Art 4 Abs 1 der Rahmenrichtlinie dahin, dass er anderen Personen als den Adressaten der Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden keinen Rechtsbehelf zugesteht, wäre kaum mit dem den Regulierungsbehörden nach Art 8 der Rahmenrichtlinie vorgegebenen Ziel der Förderung des Wettbewerbs in Einklang zu bringen (Rn 38).

Art 4 Abs 1 der Rahmenrichtlinie sei deshalb dahin auszulegen, dass nach dieser Vorschrift auch anderen Personen als den Adressaten einer von einer Regulierungsbehörde in einem Marktanalyseverfahren erlassenen Entscheidung ein Rechtsbehelf zustehen soll. Somit seien mit einem Unternehmen mit (vormals) beträchtlicher Marktmacht auf dem relevanten Markt in Wettbewerb stehende Nutzer und Anbieter dann als "betroffen" im Sinne dieser Bestimmung anzusehen, wenn ihre Rechte von einer solchen Entscheidung potentiell betroffen sind (Rn 39).

6. Der belangten Behörde ist beizupflichten, dass das nun beschwerdegegenständliche Verfahren insofern anders gelagert ist, als hier nicht aus spezifischen Verpflichtungen, die dem marktbeherrschenden Unternehmen auferlegt sind bzw aufzuerlegen sind, für Wettbewerber direkt korrespondierende Rechte abzuleiten sind, die diese zu "Betroffenen" im Sinne von Art 4 Abs 1 der Rahmenrichtlinie machen. Durch ein Verfahren zur Genehmigung der Änderung einer Eigentümerstruktur werden nicht unmittelbar Rechte eines dritten Unternehmens gestaltet; dessen Rechtsposition bleibt insofern gleich, als es die ihm zugeteilten Frequenzen gleich wie bisher nutzen kann.

7. Allerdings könnte gegen diese Sichtweise das von der Beschwerdeführerin hervorgehobene Szenario ins Treffen geführt werden:

In einem Verfahren zur Änderung der Eigentümerstruktur von Frequenznutzungsrechten innehabenden Unternehmen, das zunächst nur Rechte des übernehmenden und des übernommenen Unternehmens gestaltet, können zur Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen durch Allokation von Frequenznutzungsrechten begleitende "geeignete Maßnahmen" erforderlich sein, wobei Art 5 Abs 6 letzter Satz der Genehmigungsrichtlinie ausdrücklich den "Verkauf oder die Vermietung von Frequenznutzungsrechten" nennt.

Eben dies ist auch im Ausgangsverfahren erfolgt: Aufgrund der Übernahme von Orange durch Hutchison hätte - insoweit herrscht Übereinstimmung zwischen den Streitparteien - Hutchison Frequenznutzungsrechte in einem solchen Ausmaß erlangt, dass aufgrund der ungleichen Frequenzausstattung eine Wettbewerbsverzerrung zu befürchten gewesen wäre.

Zur Hintanhaltung einer solchen hat es die belangte Behörde für erforderlich angesehen, dass Hutchison Teile seiner Frequenznutzungsrechte an einen weiteren Betreiber, A1, überträgt.

Durch eine derartige Anordnung sind zweifellos Rechte des Frequenznutzungsrechte innehabenden und nun übertragenden Unternehmens betroffen, aber auch Rechte des Erwerbers (Käufers oder Mieters der Frequenznutzungsrechte). Als potentieller Erwerber kommt dabei zumindest jedes Unternehmen in Betracht, das bereits über Frequenznutzungsrechte verfügt; im Beschwerdefall waren das A1, an welches Unternehmen tatsächlich Frequenznutzungsrechte übertragen wurden, und die Beschwerdeführerin, das vor der beschwerdegegenständlichen Fusion vierte und nunmehr dritte am österreichischen Mobilfunkmarkt tätige Unternehmen.

8. Diese beiden Anbieter (A1 und die Beschwerdeführerin) sind von der Fusion zwischen Hutchison und Orange auch insofern "betroffen", als durch die Fusion, aber auch durch eine deren wettbewerbsverzerrende Auswirkungen mindernde (teilweise) Abgabe von Frequenznutzungsrechten, das jeweilige Verhältnis der Frequenzausstattung zueinander verändert wird.



9. Wollte man die "Betroffenheit" auf jene Unternehmen beschränken, die in einem Verfahren nach Art 5 Abs 6 der Genehmigungsrichtlinie tatsächlich zum Zug kommen, also Frequenznutzungsrechte durch Kauf oder Miete erwerben, hätten es die Partner des Fusionsvertrags in der Hand, durch Einbeziehung bloß eines als Erwerber in Aussicht genommenen Unternehmens den Kreis der Parteien des - behördlichen - Bewilligungsverfahrens zu gestalten.

10. Ausgehend davon, dass es für die Annahme einer Betroffenheit im Sinne von Art 4 Abs 1 der Rahmenrichtlinie reicht, dass "Rechte [eines Wettbewerbers]... potenziell betroffen sind" (vgl das zitierte Urteil des EuGH vom 21. Februar 2008, Rn 39), könnte gesagt werden, dass die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin als Wettbewerber der Hutchison und der Orange auf dem österreichischen Mobilfunkmarkt und von einer Entscheidung nach Art 5 Abs 6 der Genehmigungsrichtlinie als mögliche Erwerberin von Frequenznutzungsrechten potenziell Betroffene sie zur "Betroffenen" im Sinne von Art 4 Abs 1 der Rahmenrichtlinie macht.

11. Gegen die von der belangten Behörde vertretene Sichtweise könnte auch eingewendet werden, dass in einem Verfahren nach § 55 TKG 2003 (Art 5 der Genehmigungsrichtlinie), also bei (erstmaliger) Frequenzzuteilung durch die Regulierungsbehörde, die Antragsteller eine Verfahrensgemeinschaft bilden (§ 55 Abs 8 TKG 2003), wobei die Zuteilung entsprechend den Grundsätzen eines offenen, fairen und nichtdiskriminierenden Verfahrens (§ 55 Abs 2 TKG 2003 bzw Art 5 Abs 2 der Genehmigungsrichtlinie) durchzuführen ist.

Jede nachfolgende Überlassung von Frequenznutzungsrechten, sei es durch primär darauf abzielende vertragliche Übereinkunft, sei es durch die regulatorische Entscheidung im Sinne von Art 5 Abs 6 der Genehmigungsrichtlinie, verändert das Ergebnis einer den Maßstäben eines offenen, fairen und nichtdiskriminierenden Verfahrens verpflichteten Frequenzzuteilung, weshalb eine nachfolgende Übertragung ohne Einhaltung der genannten Grundsätze in einem gewissen

Spannungsverhältnis zu den Anforderungen des Art 5 Abs 2 der Genehmigungsrichtlinie steht.

12. Vor diesem Hintergrund kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch die Beschwerdeführerin als Inhaber von Frequenznutzungsrechten als "Betroffene" im Sinne des Art 4 Abs 1 der Rahmenrichtlinie anzusehen ist.

Da somit die richtige Anwendung des Unionsrechts weder durch Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ausreichend geklärt ist noch derart offenkundig erscheint, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bliebe, wird die eingangs formulierte Frage mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vorgelegt.

VI. Zum Antrag auf Durchführung eines beschleunigten Verfahrens:

Der Verwaltungsgerichtshof vertritt die Auffassung, dass es erforderlich ist, das gegenständliche Vorabentscheidungsersuchen im Rahmen eines beschleunigten Verfahrens im Sinn des Artikel 23a des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Union und Artikel 104a der Verfahrensordnung des Gerichtshofes abzuwickeln.

Wie bei Schilderung des Verfahrensgangs dargelegt, hat die belangte Behörde, ohne die Beschwerdeführerin als Partei des Verfahrens beizuziehen, nicht nur die von den Mitbeteiligten beantragte Änderung der Eigentümerstruktur genehmigt, sondern auch eine damit in Zusammenhang stehende Übertragung von Frequenznutzungsrechten.

Wäre die Beschwerdeführerin diesen Verfahren beizuziehen gewesen (was davon abhängt, ob sie als "betroffen" im Sinn des Art 4 Abs 1 der Rahmenrichtlinie anzusehen ist), könnte sie nach Zustellung der Genehmigungsbescheide in einer dann zulässigen Beschwerde die Beeinträchtigung ihrer Parteirechte geltend machen, was gegebenenfalls zur Aufhebung der Genehmigungsbescheide zu führen hätte. Damit würden die betreffenden Verfahren in das Stadium zurücktreten, in dem sie sich vor Erlassung der Genehmigungsbescheide befunden haben.

Bei der belangten Behörde ist aber bereits ein weiteres Verfahren zur gemeinsamen Vergabe von Frequenzen aus den Frequenzbereichen 800 MHz, 900 MHz und 1800 MHz anhängig, das wegen des beschwerdegegenständlichen Fusionsverfahrens zunächst verschoben worden war, und das auf die Ergebnisse des Fusionsverfahrens und des damit in Zusammenhang stehenden Verfahrens zur Übertragung von Frequenznutzungsrechten (F 6/12-9) aufbaut. Eine allfällige Aufhebung der nun in Rede stehenden Genehmigungsbescheide hätte auch Auswirkungen auf das anhängige Vergabeverfahren, könnte allenfalls eine Anpassung der Ausschreibungs- und Nutzungsbedingungen erforderlich machen, und würde durch eine weitere Verzögerung des Ausschreibungsverfahrens den Wettbewerb beeinträchtigen.

#### VII. Schlussbemerkung:

Nach dem Gesagten sieht sich der Verwaltungsgerichtshof zur Gewährleistung richtiger Anwendung von Unionsrecht und auf Grund der Notwendigkeit, die Klarstellung der unionsrechtlichen Rechtslage so rasch als möglich zu erhalten, zum einen veranlasst, die eingangs genannten Vorlagefragen zu stellen, zum anderen den EuGH um die Durchführung des beschleunigten Verfahrens zu ersuchen.

W i e n , am 24. April 2013