

1. Die Ursache der Knappheit

Zunächst ist zwischen einer natürlichen und einer gesetzlich festgelegten Knappheit zu unterscheiden: So sind gewisse Güter bereits aufgrund ihrer natürlichen Beschaffenheit knapp, wie beispielsweise Wasserbenutzungsrechte, Marktplätze oder Slots auf Flughäfen. Wasserbenutzungsrechte können nur solange und insoweit vergeben werden, als eine Nutzbarkeit möglich ist. Dies resultiert daraus, dass Wasser nur begrenzt vorhanden ist. Eine zusätzliche Verknappung oder Einschränkung ist zB durch naturschutzrechtliche Vorgaben möglich. Natürlich knapp sind auch Marktplätze, sie sind aufgrund anderer Gebäude (Wohnhäuser, Straßen etc) und der Verhältnisse in einer Stadt räumlich begrenzt. Die Knappheit bei Slots auf Flughäfen¹³⁾ kann man hingegen kritischer betrachten, da hier sowohl räumliche Begrenzungen, nämlich begrenzte Landebahnen, als auch zeitliche Begrenzungen zusammen treffen. Letzteres resultiert daraus, dass Landemöglichkeiten zB aufgrund von Lärmimmissionen in der Nacht eingeschränkt sind.¹⁴⁾ Die Knappheit besteht bloß insofern, als nur begrenzte Landungen möglich sind. Grund dafür ist die Überlastung des Luftraumes und die begrenzte Möglichkeit von Kapazitätserweiterungen auf Flughäfen.¹⁵⁾ Die Knappheit ergibt sich somit aus den eingeschränkt zur Verfügung stehenden Landeflächen in Kombination mit einer zeitlichen Beschränkung. Die Start- und Landemöglichkeiten werden zeitlich gestaffelt und in Zeitslots (sog Slots) vergeben.

Die Knappheit von Funkfrequenzen ergibt sich aus den technischen Ansprüchen (im Unterschied zur natürlichen Begrenztheit). Ziel ist es, eine effiziente Nutzung zu ermöglichen, daher sind insb die technisch sinnvoll zur Verfügung stehenden Frequenzen knapp. Hingegen sind die technisch wertlosen Frequenzen insofern nicht knapp, als es an einer entsprechenden Nachfrage fehlt. Das kann mit den Wasserbenutzungsrechten verglichen werden: Eine Konkurrenzsituation besteht va hinsichtlich jener Gewässerstrecken, die sich für Wasserbenutzungen besonders gut eignen.

All diesen Beispielen ist gemein, dass die Nachfrage größer als das Angebot ist und die Knappheit aufgrund natürlicher (bzw technischer) Gegebenheiten besteht.

¹³⁾ Hier ist anzumerken, dass das Luftverkehrsrecht in fast allen Bereichen von unmittelbar anwendbarem Unionsrecht (Verordnungen) überlagert ist; vgl *Pürgy/T. Hofer*, Verkehrsrecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht I/3⁴ (2019) 1053 (1168).

¹⁴⁾ Vgl zB die Betriebszeiten des Grazer Flughafens von 6 bis 23.30 Uhr (<https://www.flughafen-graz.at/unternehmen/soziale-verantwortung-csr/umwelt-nachhaltigkeit.html> [12.9.2020]) sowie die Limitierung am Flughafen Wien (http://www.viennaairport.com/business_partner/aviation/facts_aviation [12.9.2020]). Siehe auch http://www.slots-austria.com/airports/grz_-_graz (12.9.2020).

¹⁵⁾ *Pürgy/T. Hofer* in *Holoubek/Potacs* I/3⁴ 1168. Vgl FN 11 zur Diskussion iZm der Dritten Piste am Flughafen Schwechat.

Eine derartige Wettbewerbskonstellation, also eine das vorhandene Angebot übersteigende Nachfrage, kann sich jedoch auch aus gesetzlichen Regelungen ergeben. Das bedeutet, dass die Knappheit vom Gesetzgeber bewirkt wird, was insb mit dem öffentlichen Interesse gerechtfertigt wird. Beispiele dafür sind Apothekenkonzessionen oder Gewerbeberechtigungen für Rauchfangkehrer. In diesen Fällen ergibt sich die Knappheit aus einer – vom Gesetzgeber festgelegten – Bedarfsprüfung, von der es abhängig ist, ob der Antragsteller die Bewilligung (Konzession bzw Gewerbeberechtigung) erlangt.¹⁶⁾

Abgesehen von den Bedarfsprüfungen ist das wohl bekannteste Beispiel einer gesetzlich geschaffenen Knappheit die Vergabe von Glücksspielkonzessionen. Dabei handelt es sich um ein Monopol des Staates.¹⁷⁾ Anders als bei den zuvor erwähnten Beispielen (ApG und GewO) werden die freien Glücksspielkonzessionen ausgeschrieben. Die Konzessionswerber können Anträge stellen, von denen der „Beste“ ausgewählt wird.¹⁸⁾

Ziel der vom Gesetzgeber geschaffenen Verknappungen ist die Sicherstellung von bestmöglichen Leistungen anhand eines Wettbewerbs. Immerhin kann dadurch zwischen mehreren Bewerbern der Beste ausgewählt und somit ein Optimum erreicht werden. Es wird ein künstlicher Wettbewerb erzeugt, womit ein Konkurrenz- bzw Gebietsschutz einhergeht.

Unverkennbar ist die Ursache der Knappheit – ob sie natürlich gegeben oder gesetzlich geschaffen wurde – von Wasserbenutzungsrechten, die auch für die Verteilung nicht unbedeutend ist: Wasser ist aufgrund von natürlichen Gegebenheiten ein knappes Gut.¹⁹⁾

2. Die Verteilung von knappen Gütern

Von der Ursache der Knappheit ist der Umgang mit knappen Gütern, woraus sich die Frage nach der Verteilung ergibt, zu unterscheiden. Mit anderen Worten: Warum bekommt der eine Bewerber und nicht ein anderer die Berechtigung und kann daher das Recht (Gewerbeberechtigung, Nutzungsrechte oä) ausüben? Diese Berechtigungen werden (anders als zB bei einem Vergabeverfahren nach BVergG²⁰⁾) hoheitlich, dh mittels Bescheid, erteilt.²¹⁾ Dafür sind in

¹⁶⁾ Dabei geht es jedoch nicht um die „Bessererfüllung“ des Bedarfs, vgl VwGH 2.8.2019, Ra 2017/11/0021.

¹⁷⁾ Vgl Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG, Bundes-Verfassungsgesetz – B-VG BGBl 1930/1 idF BGBl I 2020/24; § 3 GSpG (Glücksspielgesetz BGBl 1989/620 idF BGBl I 2020/99).

¹⁸⁾ Vgl §§ 14 und 21 GSpG.

¹⁹⁾ Die Schaffung einer Knappheit iSd öffentlichen Interesses, wie zB im Apothekenrecht oder beim Rauchfangkehrergewerbe, ist von der Berücksichtigung der öffentlichen Interessen in einem Bewilligungsverfahren (vgl § 105 WRG) zu unterscheiden.

²⁰⁾ Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018 BGBl I 2018/65 idF BGBl I 2019/91.

²¹⁾ Vgl Rauchfangkehrergewerbe gem § 340 Abs 2a GewO (Gewerbeordnung 1994 wv BGBl 1994/194 idF BGBl I 2020/65); Apothekenkonzession gem § 9 ApG (Apothekengesetz RGBl 1907/5 idF BGBl I 2020/43); Rundfunkfrequenzen vgl § 3 Abs 1 PrR-G

den Materiegesetzen unterschiedliche Verteilungsverfahren vorgesehen, welche grob in zwei Kategorien eingeteilt werden können: das Antrags- und das Ausschreibungsverfahren.

Dem Antragsverfahren können insb das Widerstreitverfahren, die Konzessionserteilung für Apotheken sowie die Gewerbeberechtigung für das Rauchfangkehrergewerbe zugeordnet werden. In diesen Materien ist die Bewilligungserteilung von der Initiative des einzelnen Antragstellers abhängig. Jedoch mangelt es dieser Verfahrenskategorie oftmals an Publizität und Transparenz, was zu einer eingeschränkten Teilnahmemöglichkeit führen und somit die Gefahr einer Priorität bzw Zufälligkeit bei der Auswahl beinhalten kann. Es muss daher zumindest ein gewisser Grad an Öffentlichkeit sowie die Zurverfügungstellung von entsprechender Information (Publizität) sichergestellt sein. Diese Sicherstellung kann entweder durch etwaige Marktsituationen oder durch gesetzliche Vorkehrungen erfolgen. Sie ist auch aus unions- und verfassungsrechtlichen Gründen geboten.²²⁾

Im Gegensatz dazu kommt das Ausschreibungsverfahren insb im öffentlichen Beschaffungswesen nach BVergG, aber auch bei der Vergabe von Funkfrequenznutzungsrechten (sowohl im Mobilfunk-, als auch im Rundfunkbereich) und bei der Zuteilung von Glücksspielkonzessionen zur Anwendung. Bei Letzteren handelt es sich zwar nicht um eine Ausschreibung nach den strengen Regelungen des BVergG, allerdings wird die geplante Vergabe von Amts wegen – mit dementsprechender Bekanntmachung – ausgeschrieben, damit sich die Interessenten beteiligen können.²³⁾ Um sich dem Verfahren anschließen zu können, ist auch im Ausschreibungsverfahren vom Interessenten ein Antrag zu stellen.

Unabhängig davon kann von einem Interessenten zB nach § 55 Abs 2 Z 2 TKG ein Antrag auf Zuteilung gestellt werden, noch bevor die Behörde ausgeschrieben hat. Aufgrund dieses Antrags prüft die Behörde, ob der Bewerber die Voraussetzungen erfüllt und schreibt (bei Vorliegen der Voraussetzungen) die Zuteilung aus.²⁴⁾ Das bedeutet, dass auch in diesem Fall, bei dem die (erste)

(Privatradiogesetz BGBl I 2001/20 idF BGBl I 2015/86) und § 4 AMD-G (Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz BGBl I 2001/84 idF BGBl I 2015/86); *Holoubek/Gärner/Grafl*, Recht der Massenmedien, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht I/3⁴ (2019) 1351 (1410 f, 1413 f).

²²⁾ *Potacs*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2010) 254 (275 ff); vgl auch *Ch. Schneider*, Rechtsfragen der Ausschreibung hoheitlich zu erteilender Berechtigungen, ZfV 2014, 647 (652); *Schwartz*, Ausschreibung von Glücksspielkonzessionen, in FS Mayer (2011) 701 (708, 711 f). Dass die Auswahl nach zeitlicher Priorität gerechtfertigt sein kann, vgl insb *Scholz*, Verwaltungsverfahrensgemeinschaft und Prioritätsprinzip im Wirtschaftsverwaltungsrecht, ÖZW 2018, 48 (55 ff). Siehe Teil IIIa Parteistellung, Kapitel 2.2. Ausschreibungsgebot aufgrund unionsrechtlicher Anforderungen und Teil IIIb Sperrwirkung, Kapitel 3.2. Verfassungsrechtliche Aspekte.

²³⁾ Vgl *Ch. Schneider*, ZfV 2014, 651.

²⁴⁾ § 55 Abs 2 Z 2 TKG (Telekommunikationsgesetz 2003 BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2020/90): „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. [...]“.

Initiative vom Antragsteller ausgeht, ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen ist. Unterschieden wird dabei nach der Initiative zur Verteilung, sie kann vom Staat (der Behörde) oder von einem einzelnen Antragsteller ausgehen.²⁵⁾

Nach BVergG werden die Leistungen vom Auftraggeber ausgeschrieben. Im Mobilfunkbereich werden beispielsweise die verfügbaren Kapazitäten durch die Regulierungsbehörden gem § 55 TKG²⁶⁾ ausgeschrieben, im Rundfunkbereich durch die KommAustria.²⁷⁾ Nach GSpG kann der BMF²⁸⁾ gem § 14 Abs 1 und § 21 Abs 1 GSpG die Rechte durch Konzession übertragen.

„Die Vergabe von Slots erfolgt vergleichbar einer großen Börse von ‚Flugplankoordinatoren‘ (§ 142 LFG).“²⁹⁾ Diese Aufgabe nimmt in Österreich die SCA Schedule Coordination Austria GmbH wahr.³⁰⁾ Der Koordinator hat einen Zeitnischenpool zu führen, in dem alle (von speziell ausgenommenen abgesehen)³¹⁾ Zeitnischen inklusive der neuhinzukommenden zusammengefasst sind.³²⁾ Die im Zeitnischenpool eingestellten Slots werden auf Antrag der Luftfahrtunternehmen verteilt.³³⁾ Aus diesem Pool erfolgt die Zuteilung anhand bestimmter (in der VO festgelegter) Kriterien.

Die Vorteile des Ausschreibungsverfahrens sind insb die gewährleisteteste Publizität, wodurch ein diskriminierungsfreier Zugang sowie eine entsprechende Teilnahmemöglichkeit sichergestellt und damit eine gleiche Ausgangslage für alle Interessenten geschaffen wird.³⁴⁾ Zudem werden damit die Grundsätze des Wettbewerbs, des Diskriminierungsverbots sowie die Auswahl geeigneter Leistungserbringer gewahrt.³⁵⁾

Dass diese Grundsätze auch im Antragsverfahren eingehalten werden sollen, braucht nicht näher ausgeführt zu werden. Allerdings gehen die Antrags-

25) Ch. Schneider, ZfV 2014, 649; vgl § 55 Abs 2 TKG.

26) Sofern eine Knappheit im Frequenznutzungsplan ausgewiesen wurde und die Frequenzen der Regulierungsbehörde gem § 51 Abs 3 TKG überlassen wurden.

27) Vgl § 54 Abs 3 Z 1 TKG; § 13 PrR-G; § 23 AMD-G.

28) Ab 1.1.2021 das Finanzamt Österreich, BGBl I 2019/104.

29) Pürgy/T. Hofer in Holoubek/Potacs I/3⁴ 1175. Vgl auch Scholz, Marktzugang im ambulanten Gesundheitswesen (2014) 3. Luftfahrtgesetz – LFG BGBl 1957/253 idF BGBl I 2017/92.

30) Im Folgenden: SCA GmbH; § 142 Abs 4 LFG iVm Art 4 Zeitnischen-VO, VO (EWG) 95/93 des Rates v 18.1.1993 über gemeinsame Regeln für die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen in der Gemeinschaft, ABIL 1993/14, 1 idF VO (EU) 2020/459 des Europäischen Parlaments und des Rates v 30.3.2020, ABIL 2020/99, 1 (im Folgenden: Zeitnischen-VO).

31) Jene nach Art 8 Abs 2 und 4 Zeitnischen-VO.

32) Ausgenommen sind jene nach Art 8 Abs 2 und 4 Zeitnischen-VO, dh Vorrechte und umdisponierte Abfolgen.

33) Vgl Art 10 Abs 6 Zeitnischen-VO.

34) Es finden sich sowohl unionsrechtliche als auch nationale Regelungen (zB zu den Ausschreibungsunterlagen, den Versteigerungsregeln, den Verfahrensgrundsätzen).

35) Vgl Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht⁷ (2019) Rz 454 ff.

verfahren oftmals zu Lasten des Wettbewerbs, weil eine zu spät bzw nicht erfolgte Kundmachung die notwendige Beteiligungsmöglichkeit verhindert.³⁶⁾

Aus dem bisher Ausgeführten geht hervor, dass die Verteilungsverfahren in den einzelnen Rechtsmaterien unterschiedlich geregelt sind. In Grundzügen stellen sie sich wie folgt dar:

— Apothekenkonzessionen

Aufgrund eines Antrags auf Erteilung einer Apothekenkonzession wird zunächst eine Bedarfsprüfung³⁷⁾ durchgeführt. Damit die Konzession erteilt wird, muss ein Bedarf an einer (weiteren) Apotheke gegeben sein. Der vom Konzessionswerber gestellte Antrag wird zunächst im Amtsblatt der Wiener Zeitung kundgemacht.³⁸⁾ Daraufhin haben Parteien des Verfahrens, insb Inhaber öffentlicher Apotheken und betroffene Ärzte iSd § 29 Abs 3 und 4 ApG, die Möglichkeit innerhalb von sechs Wochen ihr Einspruchsrecht wahrzunehmen.³⁹⁾ Bestehende Rechteinhaber können einen Einspruch erheben, in dieser Hinsicht ist die Publizität garantiert. Allerdings dient diese Kundmachung nicht anderen potentiellen Konkurrenten, die ebenfalls eine Konzession anstreben, weil für das Verhältnis der Konkurrenten (die noch keine Rechteinhaber sind) das zeitliche Einlangen des Antrags maßgebend ist. Wurde folglich ein Antrag früher gestellt und dieser auch kundgemacht, so ist ein Konzessionswerber, der erst aufgrund dieser Kundmachung einen Antrag stellt, jedenfalls (im Verhältnis zum früher gestellten Antrag) „zu spät“. Die Kundmachung des (Erst-)Antrags dient somit nicht dem Verfahren weitere Konkurrenten beizuziehen und zwischen diesen eine Auswahl zu treffen. Im Vordergrund der Antragstellung steht die Auffindung eines Standortes, an dem noch eine Apotheke errichtet werden kann. Nachdem diese Initiative von Trittbrettfahrern nicht ausgenutzt werden können soll,⁴⁰⁾ hat die Bekanntmachung eines Antrags für die Konkurrenten insofern keine Bedeutung, als sie keine realen Konkurrenzchancen bietet. Bedeutung entfaltet die Kundmachung somit lediglich für Apothekeninhaber bzw betroffene Ärzte, die entsprechende Einwendungen erheben können.⁴¹⁾

³⁶⁾ Vgl § 48 ApG wonach die Kundmachung nur den bestehenden Rechteinhabern dient (eine Ausnahme ist die Unzulässigkeit eines Antrags, die auch von Konkurrenten bekämpft wird); ebenso die Gewerbeberechtigung für Rauchfangkehrer; vgl auch § 109 Abs 2 WRG, eine mündliche Verhandlung ist nicht verpflichtend durchzuführen (§ 107 WRG).

³⁷⁾ Vgl § 10 ApG; die Kriterien werden allerdings teilweise als zu streng angesehen, EuGH 13.2.2014, C-367/12, *Sokoll-Seebacher*.

³⁸⁾ Gem § 48 Abs 1 ApG von der Bezirksverwaltungsbehörde „in der für amtliche Bekanntmachungen bestimmten Zeitung zu verlautbaren“.

³⁹⁾ Vgl § 48 Abs 2 ApG; *Potacs/Scholz*, Apothekenrecht, in *Resch/Wallner* (Hrsg), *Handbuch Medizinrecht*³ (2020) 955 (973 f, Rz 53).

⁴⁰⁾ Vgl VwGH 11.5.2017, Ro 2016/04/0008 mH auf VwGH 30.8.1994, 90/10/0129.

⁴¹⁾ § 48 Abs 2 ApG „Inhaber öffentlicher Apotheken sowie gemäß § 29 Abs 3 und 4 betroffene Ärzte“. Sie gibt aber einem Konkurrenten die Möglichkeit von einem Antrag Kenntnis zu erlangen und ggfs die Zulässigkeit des Antrags anzufechten.

Sollten dennoch zumindest zwei Antragsteller im „selben Gebiet“⁴²⁾ eine Konzessionserteilung beantragt haben, dann liegt eine Konkurrenzsituation vor. Aufgrund des begrenzten Bedarfs, weshalb eine Bedarfsprüfung durchgeführt wird, kann nur einem Konzessionswerber die Konzession erteilt werden. Daraus folgt, dass die Anträge der anderen Konkurrenten von der Behörde abgewiesen werden müssen. Dies erfolgt in einem Bescheid, um den erforderlichen Rechtsschutz zu gewähren.

— Funkfrequenznutzungsrechte

Bezüglich der Funkfrequenzen unterscheidet man jene für den Mobilfunk, von denen für den Rundfunk. Bei Letzteren ist wiederum der Hörfunk vom Fernsehen zu trennen. Die beschränkte Verfügbarkeit der Funkfrequenzen ist auf die technische Effizienz zurückzuführen. Um die technische Effizienz sicherzustellen, wird nur eine begrenzte Anzahl an Funkfrequenzen vergeben. Zunächst muss daher ermittelt werden, welche Funkfrequenzen davon betroffen, also knapp sind.

Die Grundlage für die Feststellung, ob eine Knappheit von Funkfrequenzen nach TKG besteht bildet § 52 Abs 3 TKG, der Art 7 Genehmigungsrichtlinie⁴³⁾ umsetzt. Gem § 52 TKG ist vom BMVIT (nunmehr BMK) zunächst ein nationaler Frequenznutzungsplan⁴⁴⁾ zu erstellen.⁴⁵⁾ In diesem kann eine zahlenmäßige Beschränkung, beruhend auf Art 7 Genehmigungsrichtlinie, vorgesehen werden. Bei der Beurteilung, ob eine solche Beschränkung erforderlich ist, wird vorerst auf die Expertise des BMK abzustellen sein.⁴⁶⁾ Ob eine Knappheit besteht, kann aber auch mittels Interessentensuche ermittelt werden. Diese Interessentensuche erfolgt durch eine Ausschreibung im Amtsblatt der Wiener Zeitung sowie auf der HP des BMK. Sollte anhand der Ermittlungen, eine Knappheit nicht ausgeschlossen oder gar bejaht werden können, ist dies im Frequenz-

42) Vgl zum „Standort“ § 9 S2 ApG.

43) RL 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 7.3.2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABI L 2002/108, 21 idF RL 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 25.11.2009, ABI L 2009/337, 37 bzw ABI L 2013/241, 8 (Berichtigung). Vgl auch RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmen-RL), ABI L 2002/108, 33 idF RL 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 25.11.2009, ABI L 2009/337, 37 bzw ABI L 2013/241, 8 (Berichtigung).

44) Dabei handelt es sich um eine Verordnung: Frequenznutzungsverordnung 2013 – FNV 2013 BGBl II 2014/63 idF BGBl II 2019/397, aufgrund § 52 TKG erlassen; FNV 2013 beinhaltet sowohl den Frequenzbereichszuweisungsplan als auch den Frequenznutzungsplan; Anlagen zur FNV 2013.

45) Damit soll eine effiziente Nutzung der gegenwärtigen und voraussehbaren zukünftigen Zuteilungen sichergestellt werden, dh es soll die technische Funktionsfähigkeit gewährleistet sein.

46) Wie auf all die Anforderungen Bedacht genommen werden kann und aufgrund dessen festgelegt werden kann, dass eine zahlenmäßige Beschränkung stattfindet, regelt § 52 Abs 3 TKG nämlich nicht.

nutzungsplan entsprechend festzulegen.⁴⁷⁾ Dieser stellt in weiterer Folge die Basis für die Zuteilung der Frequenzen nach § 55 TKG dar,⁴⁸⁾ was zur Sicherstellung der technischen Effizienz dient.

Die im Frequenznutzungsplan ausgewiesenen Frequenzen sind insofern knapp, als die Nachfrage das Angebot übersteigt. Diese im Plan ausgewiesenen, knappen Funkfrequenzen sind der Regulierungsbehörde (TKK) zu überlassen,⁴⁹⁾ der es in der Folge auch obliegt, die beschränkten Frequenzen entsprechend § 55 TKG zu verteilen. Die tatsächliche Verteilung erfolgt mittels Ausschreibung. Allerdings werden nicht alle (verfügbaren oder frei werdenden) Funkfrequenzen sofort ausgeschrieben.⁵⁰⁾ Vielmehr muss entweder die Behörde von Amts wegen einen Bedarf feststellen, oder es wird ein Antrag auf Zuteilung von einem Interessenten gestellt.⁵¹⁾ Somit kann auch ein Antragsteller ein Ausschreibungsverfahren initiieren.

Demgegenüber verbleiben jene Frequenzen, die im Funkfrequenznutzungsplan nicht als knapp ausgewiesen sind, bei den Fernmeldebehörden. Sie werden daher auch nicht nach dem Verfahren gem § 55 TKG zugeteilt.⁵²⁾

Das Zuteilungsverfahren von knappen Funkfrequenzen nach § 55 TKG ist – da die Verteilung von knappen Ressourcen im Vordergrund steht – in dieser Arbeit insb für Vergleichszwecke von Interesse.

⁴⁷⁾ Vgl auch *Feiel/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 2003 (2004) § 52, 188 wonach die Interessentensuche „*offenbar als Konsultation iSd § 128 [TKG] zu verstehen war*“. Vgl auch § 13 PrR-G wonach eine Ausschreibung bei „frei werdenden“ Übertragungskapazitäten durchzuführen ist.

⁴⁸⁾ Vgl *Singer* in *Stratil* (Hrsg), Telekommunikationsgesetz 2003⁴ (2013) § 52 Anm 2. Beachte allerdings, dass eine Zuteilung nach § 55 TKG für Frequenzen, die im Frequenznutzungsplan für Rundfunk iSd BVG-Rundfunk (Bundesverfassungsgesetz vom 10. Juli 1974 über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks BGBl 1974/396) vorgesehen sind, nicht in Betracht kommt (§ 55 Abs 13 TKG).

⁴⁹⁾ Vgl § 51 Abs 3, § 55 TKG. Wie diese „Überlassung“ an die Regulierungsbehörde nach § 51 Abs 3, § 52 Abs 3, § 54 Abs 3 Z 2 TKG rechtlich einzuordnen ist, ist nicht ganz klar und kann evtl in Konflikt zu den europarechtlichen Vorgaben (Art 7 Genehmigungsrichtlinie) stehen; vgl *Feiel/Lehofer*, TKG 2003 § 51, 186 f; *Singer* in *Stratil*, TKG 2003⁴ § 51 Anm 5; § 52 Anm 2. Betreffend den Rundfunk sind die Aufgaben der Frequenzverwaltung von der KommAustria gem § 51 Abs 4 iVm Abs 1 TKG wahrzunehmen.

⁵⁰⁾ Gerechtfertigt ist das aufgrund der Knappheit und dem Ziel der effizienten Nutzung, als „Ausnahme“ von dem Grundsatz, dass grds alle knappen Nutzungsrechte und dies ab frei werden ausgeschrieben werden müssen, vgl *Ch. Schneider*, ZfV 2014, 650.

⁵¹⁾ § 55 Abs 2 TKG, bei einem Antrag muss die Behörde darüber hinaus zur Ansicht gelangen, dass der Antragsteller die Voraussetzungen erfüllt; *Ch. Schneider*, ZfV 2014, 650.

⁵²⁾ ErläutRV 128 BlgNR 22. GP 13 f; vgl auch § 112 TKG. Ebenso wenig erfolgt eine Zuteilung nach § 55 TKG bei Funkfrequenzen zur Veranstaltung von Rundfunk iSd BVG-Rundfunk. FN 48 und 49.

— Zeitnischen⁵³) (Slots) auf Flughäfen

Mit der Zeitnischen-VO wurde ein eigenes Verteilungsmodell⁵⁴) für Zeitnischen auf Flughäfen geschaffen. Zuerst müssen die Mitgliedstaaten anhand einer durchgeführten Kapazitätsanalyse feststellen, dass ein (nicht kurzfristiger) ernsthafter Mangel besteht. Eine solche Kapazitätsanalyse im Luftverkehrsrecht ist entweder vom Mitgliedstaat, auf Antrag eines Luftunternehmens, oder vom Leitungsorgan des Flughafens bzw auf Verlangen der Kommission durchzuführen.⁵⁵) Bei der Analyse sollen die Grundsätze der Neutralität, Nichtdiskriminierung und Transparenz gewahrt werden.⁵⁶)

Erst nach dieser Kapazitätsanalyse kann ein Flugplatz⁵⁷) als „koordiniert“⁵⁸) eingestuft werden. Demzufolge wurden die Flughäfen Wien und Innsbruck⁵⁹) zu „koordinierten Flughäfen“, jene in Graz, Klagenfurt, Linz und Salzburg⁶⁰) zu „flugplanvermittelten Flughäfen“ erklärt.⁶¹)

Aufgrund eines ernsthaften und gerade nicht nur vorübergehenden Mangels und der daran anknüpfenden Einstufung als „koordiniert“ ist diese Festlegung mit jener im Funkfrequenznutzungsplan nach § 52 TKG als knapp vergleichbar.

⁵³) Gem Art 2 lit a Zeitnischen-VO ist eine Zeitnische, die von einem Koordinator gemäß dieser VO gegebene Erlaubnis, die für den Betrieb eines Luftverkehrsdienstes erforderliche Infrastruktur eines koordinierten Flughafens an einem bestimmten Tag und zu einer bestimmten Uhrzeit, die von einem Koordinator nach dieser VO zugewiesen wurden, in vollem Umfang zum Starten und Landen zu nutzen. Siehe http://www.slots-austria.com/coordination_process/general_principles (12.9.2020).

⁵⁴) Mittelweg zwischen US- und IATA-Modell; <https://www.iata.org/policy/slots/pages/slot-guidelines.aspx> (12.9.2020); *Pürgy/T. Hofer* in *Holoubek/Potacs I/3*⁴ 1175 f.

⁵⁵) Vgl Art 3 Abs 3 lit i und ii Zeitnischen-VO.

⁵⁶) Und es sollen die allgemein anerkannten Methoden zur Anwendung gelangen, vgl insb Art 3 Abs 1 iVm Abs 3 Zeitnischen-VO; *Pürgy/T. Hofer* in *Holoubek/Potacs I/3*⁴ 1175 f. Weiters besteht eine Konsultationspflicht hinsichtlich der Analyseergebnisse. Gem Art 3 Abs 4 Zeitnischen-VO sind das Leitungsorgan des Flughafens, die den Flughafen regelmäßig nutzenden Luftfahrtunternehmen, ihre Verbände, Vertreter der den Flughafen regelmäßig nutzenden allgemeinen Luftfahrt und die Flugsicherungsdienststellen zu konsultieren.

⁵⁷) Vgl die Definition eines Flughafens als öffentlicher Flugplatz im Vergleich zu den Flugfeldern in §§ 64 f LFG.

⁵⁸) Art 2 lit g Zeitnischen-VO ein Flughafen auf dem ein Luftfahrtunternehmen oder ein anderer Fluggerätebetreiber zum Starten oder Landen eine vom Koordinator zugewiesene Zeitnische benötigt; hiervon ausgenommen sind Flüge im staatlichen Auftrag, Notlandungen und Flüge im humanitären Einsatz.

⁵⁹) An Samstag und Sonntagen während der Winterflugplanperiode, vgl § 2 Abs 2 SlotKV (Slotkoordinationsverordnung 2008 BGBl II 2008/155).

⁶⁰) Innsbruck zu den restlichen, abgesehen von in Abs 2 leg cit genannten, Zeiten.

⁶¹) § 2 SlotKV.

— Gewerbeberechtigung für Rauchfangkehrer⁶²⁾

Ähnlich wie bei der Apothekenkonzession erfolgt auch bei den Rauchfangkehrern eine Bedarfsprüfung, wenn um eine Gewerbeberechtigung angesucht wird. Seit der Novellierung der GewO⁶³⁾ erfolgt die strenge Bedarfsprüfung⁶⁴⁾ – Erfordernis der Niederlassung in Österreich sowie Festlegung des Kehrgebietes⁶⁵⁾ – nur mehr für sicherheitsrelevante Tätigkeiten gem § 120 Abs 1 GewO.⁶⁶⁾ Hingegen müssen bei anderen Rauchfangkehrertätigkeiten wie zB Kehren, Montage von Brettern, Reinigen, diese strengen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sein.⁶⁷⁾ Somit hat eine Einschränkung hinsichtlich der Tätigkeiten, die noch einer Bedarfsprüfung zu unterziehen sind, stattgefunden.

Die Erteilung der Gewerbeberechtigung ist ebenso wie nach ApG von der Antragstellung eines Bewilligungswerbers abhängig. Dafür sind allerdings – weder hinsichtlich des Antrags, noch hinsichtlich der Genehmigungserteilung – keinerlei Publizitätserfordernisse in der GewO normiert. Einzige Ausnahme ist die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gem § 356 GewO, welche aber nicht verpflichtend durchzuführen ist. Im Wesentlichen gilt das zur Erteilung einer Apothekenkonzession Gesagte: Für einen potentiellen Konkurrenten geht eine Kundmachung insofern ins Leere, als auch hier das zeitliche Einlangen des Antrags ausschlaggebend ist.⁶⁸⁾

— Glücksspielkonzessionen

Die zahlenmäßig beschränkten Glücksspielkonzessionen⁶⁹⁾ hat der BMF im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens zu verteilen. Ziel ist es, einen möglichst nahtlosen Übergang bei der Verteilung zu schaffen. Freiwerdende Konzessionen sind daher möglichst zeitnah bzw bereits im Voraus einem Vertei-

⁶²⁾ Zur Anwendbarkeit der RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungs-RL), ABl L 2006/376, 36, allerdings noch zur Gesetzeslage der GewO vor BGBl I 2015/48, vgl EuGH 23.12.2015, C-293/14, *Hiebler*.

⁶³⁾ Nach einem angedrohten Vertragsverletzungsverfahren von der Europäischen Kommission gegen Österreich „Aufforderungsschreiben – Vertragsverletzung“ v 26.9.2013, Nr 2013/2168, und 7.3.2019, IP/19/1477, FN 600.

⁶⁴⁾ § 121 Abs 1a Z 2 GewO.

⁶⁵⁾ Durch Verordnung des LH mittlerweile nur mehr für sicherheitsrelevante Tätigkeiten gem § 123 Abs 1 GewO festzulegen. Das genaue Kehrgebiet wird in der Gewerbeberechtigung festgelegt (vgl § 123 Abs 2 GewO).

⁶⁶⁾ Vgl § 121 Abs 1a GewO. Wenn in dieser Arbeit von der Gewerbeberechtigung von Rauchfangkehrern gesprochen wird, bezieht sich dies auf die sicherheitsrelevanten Tätigkeiten, weil (nur) damit eine Konkurrenzsituation verbunden ist.

⁶⁷⁾ BGBl I 2015/48, ErläutRV 481 BlgNR 25. GP 1 ff. Damit wird ein größeres Anbieterverhältnis geschaffen und der Wettbewerb gefördert.

⁶⁸⁾ Mangels einer anderen Regelung und unter Berücksichtigung weiterer Aspekte, vgl VwGH 11.5.2017, Ro 2016/04/0008, zu diesem Erkenntnis *Scholz*, ÖZW 2018, 48 ff.

⁶⁹⁾ Vgl § 21 Abs 5 GSpG, wonach bis zu 15 Konzessionen erteilt werden dürfen; vgl auch § 14 Abs 6 GSpG. Ab 1.1.2021 wird der BMF vom Finanzamt Österreich ersetzt, BGBl I 2019/104.

lungsverfahren zu unterziehen.⁷⁰⁾ Maßgebend für dieses Zuteilungsverfahren sind insb § 14 (Lotterien) und § 21 (Spielbanken) GSpG.

Zunächst hat eine „öffentliche Interessentensuche [...], welche den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung zu entsprechen hat“⁷¹⁾, zu erfolgen. Sie wird im Amtsblatt der Wiener Zeitung kundgemacht, womit die Publizität gewahrt ist.⁷²⁾ Daraufhin können Konzessionswerber ihre Anträge einbringen. Die Kundmachung dient also den Interessenten, um sich am Verfahren beteiligen zu können und zur Auswahl eines dieser Interessenten.

— Vergabe nach BVergG

Das BVergG 2018 ist nur für Beschaffungs-, also Einkaufsvorgänge, anwendbar:⁷³⁾ „[...] *das Regime der öffentl Auftragsvergabe* [regelt] *einen Beschaffungsvorgang* [...], *bei dem der Staat als öffentl Auftraggeber Aufträge oder Konzessionen an Auftragnehmer erteilt, die dann für den Staat tätig werden*, [...]“.⁷⁴⁾

Eine Vergabe von Aufträgen nach BVergG ist von den bisher aufgezählten Verteilungsverfahren insofern zu unterscheiden, als ein vorgelagertes öffentlich-rechtliches Verfahren geführt wird, dem ein Vertrag folgt.⁷⁵⁾ Im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens wird somit lediglich die Auswahlentscheidung getroffen. Hingegen wird zur tatsächlichen Auftragsvergabe – anders als bei der Zuteilung der bisher aufgezählten Rechtsmaterien, wo dies hoheitlich erfolgt – ein zivilrechtlicher Vertrag abgeschlossen.

Eine Besonderheit des Vergabeverfahrens ist, dass es insb von dem Transparenz- und Wettbewerbsgrundsatz geprägt ist. Dadurch wird ein erhöhtes Maß an Publizität sichergestellt, um eine gerechte und diskriminierungsfreie Entscheidung erzielen zu können. Folglich sind sowohl die Ausschreibung als auch

⁷⁰⁾ § 14 Abs 6 und § 21 Abs 11 GSpG. Vgl *Ch. Schneider*, ZfV 2014, 650 und Fn 37.

⁷¹⁾ § 14 Abs 1 und § 21 Abs 1 GSpG.

⁷²⁾ Vgl *Strejcek/Bresich* (Hrsg), Glücksspielgesetz Kommentar² (2011) § 21 Rz 4 mit Verweis auf VwGH 4.8.2005, 2004/17/0035 (bezugnehmend auf EuGH 7.12.2000, C-324/98, *Telaustria*); vgl auch Teil IIIa Parteistellung, Kapitel 2.2. Ausschreibungsgebot aufgrund unionsrechtlicher Anforderungen und Teil IV Neustrukturierung, Kapitel 3.1.1. Die Bekanntmachung der Interessentensuche.

⁷³⁾ Vgl § 1 Regelungsgegenstand und §§ 9 f BVergG 2018 für die Negativabgrenzung. Vgl für die unionsrechtlichen Vorgaben die RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG (Vergabe-RL), ABI L 2014/94, 65 idF delegierte VO (EU) 2019/1828 der Kommission v. 30.10.2019, ABI L 2019/279, 25.

⁷⁴⁾ *Lanser*, Transparenzgrundsatz im Glücksspielrecht, *ecolex* 2016, 644 (645) mH auf *Jaeger*, Glücksspielkonzessionen und Beihilfeverbot, *wbl* 2012, 661 (666).

⁷⁵⁾ Vgl ua *Fuchs*, Vergaberecht, in *Bachmann et al* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht¹³ (2020) 475 (481, 502); *Holoubek/Fuchs/Ziniel*, Vergaberecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht I/2⁴ (2019) 841 (854 f). Aufgrund der sehr unterschiedlichen und teilweise sehr detailliert geregelten Verfahrensarten im BVergG 2018 (vgl insb § 31 BVergG 2018) wird im Rahmen dieser Arbeit nur auf einzelne Aspekte zurückgegriffen.