

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/1/31 2003/03/0106

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 31.01.2005

## Index

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

## Norm

31990L0387 ONP-RL Einführung Art5a Abs3 idF 31997L0051;  
31990L0388 Telekommunikationsdienste Wettbewerb-RL Art3a idF 31996L0002;  
31996L0002 Nov-31990L0388 Erwägungsgrund14;  
31997L0013 Telekommunikationsdienste Rahmen-RL Art10;  
31997L0013 Telekommunikationsdienste Rahmen-RL Art9 Abs2;  
31997L0013 Telekommunikationsdienste Rahmen-RL Art9;  
61995CJ0185 Baustahlgewebe / Kommission;  
61998CJ0007 Krombach VORAB;  
61998CJ0174 Niederlande und Van der Wal / Kommission;  
61999CJ0462 Connect Austria VORAB;  
AVG §38;  
B-VG Art131 Abs1 Z1;  
B-VG Art132;  
B-VG Art133 Z4;  
EURallg;  
MRK Art6 Abs1;  
MRK Art6;  
TKG 1997 §110;  
TKG 1997 §111 Z1;

TKG 1997 §112;  
TKG 1997 §113;  
TKG 1997 §114;  
TKG 1997 §125 Abs3;  
TKG 1997 §14;  
TKG 1997 §15;  
TKG 1997 §20;  
TKG 1997 §22;  
TKG 1997 §47 Abs1;  
TKG 1997 §47 Abs3;  
VwGG §27;  
VwGG §34 Abs1 impl;  
VwGG §34 Abs1;

### **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Riedinger, Dr. Handstanger, Dr. Berger und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der TriCoTel Telekom GmbH in Gablitz, vertreten durch Dr. Edgar Kollmann, Rechtsanwalt in 1160 Wien, Ottakringer Straße 57, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 3. Mai 1999, Zl. K 35/98-20, betreffend Versagung einer Konzession für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels Mobilfunk und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste,

### **Spruch**

1. den Beschluss gefasst:

Der Antrag vom 30. August 2004 auf Ablehnung des Hofrates des Verwaltungsgerichtshofes Dr. Hans Peter Lehofer wird zurückgewiesen.

2. durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Riedinger und Dr. Handstanger als Richter zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

I.

1. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Antrag der Beschwerdeführerin vom 27. August 1998 auf Erteilung einer Konzession für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels Mobilfunk und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze gemäß §§ 14, 15, 20 und 22 iVm § 111 Z. 1 TKG, BGBl. I Nr. 100/1997 idF BGBl. I Nr. 27/1999, abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin habe am 27. August 1998 ein "Ansuchen auf die Bewilligung für die Errichtung und zum Betrieb eines öffentlichen Sprach- und Datenfunkdienstes und die Zuteilung eines Frequenzbandes von 2x22,5 MHz Breite im DCS 1800 MHz Bereich - Konzessionsansuchen nach § 20 ff, § 22 Abs. 2 TKG im Sinn § 125 Abs. 3a oder die Bewilligung nach § 20 Abs. 2 TKG ohne Konzession" eingebracht. Die Beschwerdeführerin habe ausgeführt, dass ein phasenweiser Ausbau der Versorgung geplant wäre, wobei in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland sowie in allen Landeshauptstädten "eine Coverage" von mindestens 70 % geplant wäre, in den restlichen Gebieten ein Versorgungsgrad von höchstens 50 %.

Die beantragten Teile des Frequenzspektrums seien zum Zeitpunkt der Antragstellung der belangten Behörde zur wirtschaftlichen Nutzung nicht zugewiesen gewesen.

Mit Schriftsatz vom 4. September 1998 sei die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung beantragt worden. In der daraufhin am 24. September 1998 durchgeführten Verhandlung habe die Beschwerdeführerin das Mitglied der belangten Behörde Dr. Grünwald und das Ersatzmitglied Dkfm. Reiter aus näher genannten Gründen

abgelehnt.

Mit Schreiben des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr vom 24. September 1998 seien der belangten Behörde folgende Frequenzspektren zur wirtschaftlichen Nutzung zugewiesen worden: "Für eine österreichweite Konzession ein Spektrum von 14,8 MHz (mit 73 Kanälen), für regionale Konzessionen (mit bestimmten geographischen Ausnahmen) 79 konkret bezeichnete Kanäle, die einem Spektrum von 15,8 MHz entsprechen".

Mit Beschluss der belangten Behörde vom 24. September 1998 sei das Verfahren der Ausschreibung der zugeteilten Frequenzen (gemeint: von Amts wegen) eingeleitet und bei der Behörde "unter K 39/98 protokolliert" worden.

Die belangte Behörde habe an diesem Tag weiters den Beschluss gefasst, die seitens der Beschwerdeführerin anhängig gemachten Konzessionsverfahren (Zl. K 30/98, Zl. K 35/98) mit dem neu eröffneten Verfahren Zl. K 39/98 zu verbinden. Die Beschwerdeführerin sei von der Verbindung ihrer Verfahren mit dem neu eröffneten Ausschreibungsverfahren verständigt worden.

Da im Schreiben des genannten Bundesministers vom 24. September 1998 sowohl bundesweite als auch regionale Kanäle zugewiesen worden seien, sei dieses Schreiben bei der belangten Behörde vorerst (lediglich) unter Zl. K 39/98 protokolliert worden, auch weil zu diesem Zeitpunkt die Verfahren Zl. K 30/98, Zl. K 35/98 und Zl. K 39/98 verbunden gewesen seien. Nachdem die belangte Behörde am 18. März 1999 den Beschluss gefasst hätte, die Verfahren Zl. K 30/98, Zl. K 35/98 und Zl. K 39/98 (wieder) zu trennen, sei das erwähnte Schreiben "auch förmlich in den Akt K 35/98 aufgenommen" und dort (der zeitlichen Reihenfolge des Einlangens bei der Behörde entsprechend) "unter der Ordnungsnummer 4a" protokolliert worden. Soweit der Inhalt dieses Schreibens nicht von der Akteneinsicht ausgenommen sei (vgl. die Ausführungen weiter unten), sei die Frequenzzuteilung des Bundesministers der Beschwerdeführerin zugänglich gemacht worden. Wie aus dem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 29. April 1999 hervorgehe, habe sie im Wege der Akteneinsicht (zuletzt am 22. April 1999) "vom Schriftstück K 35/98-4a Kenntnis erlangt und eine Kopie angefertigt".

Mit Schreiben vom 24. November 1998 habe die Beschwerdeführerin "vollständige Akteneinsicht in die Akten K 30/98, K 35/98 und K 39/98, insbesondere in das Schreiben des

(genannten) Bundesministers ... vom 24.9.1998, in die

Stellungnahme im Konsultationsverfahren und in das Akteninhaltsverzeichnis" beantragt. Mit Verfahrensanordnung vom 16. Dezember 1998 sei dem Begehren auf Akteneinsicht nicht stattgegeben worden, weil durch eine Einsicht bereits vor Veröffentlichung der Ausschreibung der Zweck des Vergabeverfahrens gefährdet worden wäre, wären doch damit einem einzelnen Bewerber bereits vor Beginn der Ausschreibungsfrist Informationen bekannt geworden, die Rückschlüsse auf den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen zugelassen hätten.

Die öffentliche Ausschreibung einer Mobilfunkkonzession mit bundesweiter Versorgungspflicht sei am 21. Dezember 1998 erfolgt. Das Ende der Ausschreibungsfrist sei mit 24. Februar 1999 festgesetzt worden.

Die Beschwerdeführerin habe am 24. Februar 1999 einen Antrag im Zug des laufenden Ausschreibungsverfahrens Zl. K 39/98 eingebracht. Darin habe sie erklärt, dass "der Antrag K 35/98", gerichtet auf die bundesweite Zuteilung von 2x22,5 MHz aus dem Frequenzbereich DCS-1800, weiterhin vollinhaltlich aufrecht bleiben würde, dass aber der am 24. Februar 1999 eingebrachte Antrag auf Basis der Ausschreibungsunterlagen erstellt worden wäre und auf die Zuteilung eines Frequenzspektrums von 2x14,8 MHz gerichtet wäre.

Seitens der Beschwerdeführerin seien daher seit der Einbringung des Antrags vom 24. Februar 1999 zwei Anträge betreffend die Erteilung einer Konzession mit bundesweiter Versorgungspflicht anhängig gewesen, wobei einer auf Zuteilung eines Frequenzspektrums von 2x22,5 MHz, der andere entsprechend der Ausschreibung auf Zuteilung von 2x14,8 MHz gerichtet gewesen sei.

In einer am 18. März 1999 im Rahmen des Verfahrens Zl. K 39/98 durchgeführten Parteieneinvernahme habe der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin u.a. erklärt, dass auch der Antrag im Verfahren Zl. K 35/98 vollinhaltlich aufrecht bleibe.

Mit Beschluss der belangten Behörde vom 18. März 1999 sei die Trennung der Verfahren Zl. K 30/98, Zl. K 35/98 und Zl. K 39/98 durchgeführt worden. In der Sitzung der belangten Behörde am 13. April 1999 sei beschlossen worden, die Beschwerdeführerin von den Ergebnissen der Beweisaufnahme zu verständigen und ihr Gelegenheit zu geben, zu

diesen Ergebnissen bis spätestens 20. April 1999 Stellung zu nehmen. Diese Frist sei auf Ersuchen der Beschwerdeführerin mit Beschluss der belangten Behörde vom 21. April 1999 auf 24. April 1999 verlängert worden. In ihren Schriftsätzen vom 20. und vom 29. April 1999, in denen die Beschwerdeführerin zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung genommen habe, habe sie erneut Akteneinsicht in das Schreiben des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr vom 24. September 1998 betreffend die Frequenzzuteilung verlangt. Außerdem seien (zum wiederholten Male) "die sofortige Durchführung eines antragsgebundenen Verfahrens zur Vergabe der bundesweiten DCS-1800 Frequenzen basierend auf unserem Antrag K 35/98" beantragt sowie ferner der Antrag gestellt worden, die vom besagten Bundesminister der belangten Behörde zugewiesenen Frequenzen "nicht doppelt" zu vergeben.

Die Zuständigkeit der belangten Behörde ergebe sich aus § 111 Z. 1 TKG. Die von der Beschwerdeführerin behauptete Befangenheit des Mitgliedes der belangten Behörde Dkfm. Dr. Grünwald liege aus näher dargestellten Erwägungen nicht vor. Laut ihrem Antrag vom 27. August 1998 beabsichtige die Beschwerdeführerin einen öffentlichen mobilen Sprach- und Datenfunkdienst im GSM-1800 MHz Bereich zu erbringen. Dieser Dienst solle mittels eines selbst betriebenen Telekommunikationsnetzes erbracht werden. Gemäß § 14 Abs. 1 iVm § 20 Abs. 1 TKG unterliege die Erbringung eines derartigen Telekommunikationsdienstes der Konzessionspflicht, zumal der Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr eine Verordnung gemäß § 20 Abs. 2 TKG nicht erlassen habe. Gemäß § 22 Abs. 2 TKG habe die belangte Behörde die Vergabe von Mobilfunkkonzessionen bei Vorliegen eines Konzessionsansuchens für den betreffenden Dienst öffentlich auszuschreiben. Gemäß § 22 Abs. 4 leg. cit. hätten die Ausschreibungsunterlagen den Telekommunikationsdienst, für dessen Erbringung die Frequenzen vergeben werden sollten, insbesondere hinsichtlich der wesentlichen technischen und wirtschaftlichen Daten so spezifiziert zu beschreiben, sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Arbeitsunterlagen so festzulegen, dass die Vergleichbarkeit der Anträge sichergestellt sei. Die Konzession sei gemäß § 22 Abs. 8 TKG jenem Antragsteller zu erteilen, der die effizienteste Nutzung der mit der Konzession verbundenen Frequenzen am besten gewährleiste; dies werde gemäß § 22 Abs. 1 Z. 2 TKG nach Maßgabe des § 21 TKG durch die Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgeltes festgestellt. Die Vergabe einer Mobilfunkkonzession sei daher untrennbar mit der Verfügbarkeit entsprechender Frequenzen für die Erbringung des jeweiligen Mobilfunkdienstes verbunden. Eine gemäß § 22 leg. cit. grundsätzlich durchzuführende Ausschreibung der Vergabe von Mobilfunkkonzessionen sei daher nur möglich, wenn das für den jeweiligen Dienst erforderliche Frequenzspektrum verfügbar sei und hinsichtlich der technischen Spezifikationen hinreichend genau beschrieben werden könne. Die mit der auszuschreibenden Mobilfunkkonzession verbundenen Frequenzbereiche seien zudem ein wesentlicher Bestimmungsfaktor für das von den an der Ausschreibung teilnehmenden Unternehmen anzubietende Frequenznutzungsentgelt. Die Frequenzverwaltung obliege nach § 47 TKG dem schon genannten Bundesminister. Dieser habe der belangten Behörde über deren Ersuchen oder von Amts wegen Teile des Frequenzspektrums zur wirtschaftlichen Nutzung zuzuteilen (§ 47 Abs. 3 leg. cit.). Erst auf Grund der Zuteilung entsprechender Frequenzen durch den Bundesminister werde die belangte Behörde in die Lage versetzt, Konzessionen für den Mobilfunk zu erteilen. Mit Schreiben vom 24. September 1998 seien (wie schon erwähnt) der belangten Behörde vom genannten Bundesminister 73 konkret bezeichnete Kanäle, die sich im Frequenzspektrum von 2x14,8 MHz befänden, zur Erteilung einer bundesweiten Konzession zugeteilt worden. Der belangten Behörde stehe daher nur dieses Frequenzspektrum zur wirtschaftlichen Verwertung zur Verfügung (ohne Hervorhebung im Original).

Dem mehrmals vorgetragenen Begehren der Beschwerdeführerin auf vollständige Akteneinsicht sei nicht stattgegeben worden, weil eine Einsicht in das besagte Schreiben des Bundesministers vom 24. September 1998 ihr einen wirtschaftlich nutzbaren Informationsvorteil gegenüber potentiellen Mitbewerbern verschafft hätte. Diese hätten erst nach Erfolg der öffentlichen Ausschreibung die Möglichkeit gehabt, vom Inhalt des Schreibens - und somit über die konkrete Zuteilung der einzelnen Kanäle - Kenntnis zu erlangen. Aus diesem Grund seien diejenigen Aktenbestandteile, die über die konkret zugeteilten Kanäle Auskunft gegeben hätten, gemäß § 17 Abs. 3 AVG wegen Schädigung berechtigter Interessen dritter Personen von der Einsicht ausgeschlossen worden. In der "Ausschreibungsunterlage" im Verfahren Zl. K 39/98 seien dann die zu vergebenden Kanäle genannt worden. Ab diesem Zeitpunkt seien daher auch die für die Beschwerdeführerin im Verfahren Zl. K 35/98 zugewiesenen Frequenzen zur Einsicht freigegeben worden. Dass die Beschwerdeführerin von der Zuweisung der in Rede stehenden Kanäle und des Frequenzbandes im Wege der Akteneinsicht tatsächlich Kenntnis erlangt habe, sei von ihr (wie oben ausgeführt) selbst dargetan worden. Eine rechtswidrige Verweigerung der Akteneinsicht habe somit nicht stattgefunden.

Die Verbindung der Verfahren Zl. K 35/98 mit dem Ausschreibungsverfahren Zl. K 39/98 sei deshalb erfolgt, weil der

Beschwerdeführerin dadurch die Möglichkeit hätte gegeben werden sollen, ihren ursprünglichen Antrag im Sinn der Ausschreibung zu modifizieren. Der Beschwerdeführerin hätte die Gelegenheit gegeben werden sollen, ihren ursprünglichen Antrag vom 29. Juli 1998 "unkompliziert abändern zu können", weil doch auf Grund der durch die am 24. September 1998 erfolgte Frequenzzuteilung des Bundesministers "eine neue Ausgangssituation - Zuweisung (bloß) von 2x14,8 MHz anstelle der beantragten 2x22,5 MHz - entstanden" sei.

Obwohl der Beschwerdeführerin spätestens mit dem "Schreiben der Regulierungsbehörde" vom 4. November 1998 " (K 39/98-5)" der Umfang des für die Vergabe bundesweiter Konzessionen zur Verfügung stehenden Frequenzspektrums bekannt geworden sei, sei keine Änderung ihres Antrags erfolgt. Der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin habe auch noch in seiner Einvernahme am 18. März 1999 im Zug des (damals noch mit dem Verfahren Zl. K 35/98 verbundenen) Verfahrens Zl. K 39/98 betont, dass der Antrag im Verfahren Zl. K 35/98 vollinhaltlich aufrechterhalten werde.

Gemäß § 39 Abs. 2 AVG könne die Behörde mehrere Verwaltungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden oder sie wieder trennen. Die Behörde habe sich bei allen diesen Verfahrensanordnungen von Rücksichten auf möglichst Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen. Die Trennung der Verfahren Zl. K 30/98, Zl. K 35/98 und Zl. K 39/98 sei am 18. März 1999 insofern zweckmäßig gewesen, weil das Verfahren Zl. K 35/98 aus der Sicht der belangten Behörde unmittelbar zur Entscheidung reif gewesen sei und die Beschwerdeführerin im Verfahren Zl. K 39/98 eine Konzession zur Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels Mobilfunk und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze beantragt gehabt hätte.

Die Beschwerdeführerin habe vorliegend ein Frequenzspektrum von 2x22,5 MHz beantragt gehabt. Ein dermaßen breites Frequenzspektrum sei jedoch für eine Konzessionsvergabe nicht zur Verfügung gestanden. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Zuteilung eines Frequenzbandes von 2x22,5 MHz Breite im DCS 1800 MHz Bereich sei daher abzuweisen gewesen.

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

"Durch den angefochtenen Bescheid sind wir in unserem Recht, eine Konzession zu erhalten und die damit verbundenen DCS-1800 Frequenzen zugewiesen zu bekommen, abgewiesen worden, indem die unserem Verfahren K 35/98 zugewiesenen Frequenzen in einem anderen abgesonderten Verfahren K 39/98 vergeben wurden. Der bekämpfte Bescheid leidet sowohl an Rechtswidrigkeit des Inhaltes als auch an Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die Abweisung unseres Antrages wurde durch ein unrechtmäßiges Vergabeverfahren erreicht, wobei noch dazu eine unzuständige Behörde Teile des Verfahrens abführte. Die im Gesetz (§ 22 Abs. 9 TKG) vorgesehene Verfahrensgemeinschaft in Bezug auf die Zuteilung der bundesweiten DCS-1800 Frequenzen wurde von der Regulierungsbehörde umgangen.

Die teils zuständige, teils unzuständigen Behörden führten anstelle eines antragsgebundenen Verfahrens (§ 22 Abs. 2 TKG) ein von unserem Antrag K 35/98 losgelöstes amtswegiges Verfahren zur Vergabe der bundesweiten DCS-1800 Frequenzen und der dazugehörenden Konzession durch. Dieses amtswegige Verfahren K 39/98 konnte von den Regulierungsbehörden nicht mit unserem anhängigen Antrag K 35/98 vom 27. August 1998 (bundesweiter Antrag), noch mit unserem anhängigen Antrag K 30/98 vom 29. Juli 1998 (nicht-bundesweiter Antrag) in Übereinstimmung gebracht werden (Schreiben der belangten Behörde vom 18. März 1999).

Durch die Abhaltung eines amtswegigen Verfahrens K 39/98 meinten die Regulierungsbehörden rechtsirrig, nicht an unsere Anträge gebunden zu sein. Dies führte zu für uns ungünstigen Rahmenbedingungen in Bezug auf Frequenzausstattung (14,8 MHz anstelle von 22,5 MHz), vorgeschriebenes Minimum an auszubauenden Versorgungsgebieten (mind. 75 % anstelle von 50-70 % der Bevölkerung), Mindestfrequenznutzungsentgeltes (1 Mrd. ATS) und Pönaleverpflichtungen (bis zu 250 Mio. ATS). Des Weiteren sahen sich die Regulierungsbehörden nicht an die Einhaltung von Bearbeitungsfristen gem. RL-97/13/EG Art. 9 und § 15 Abs. 1 TKG gebunden, die nur für antragsgebundene Verfahren Gültigkeit haben.

In bezug auf die notwendige Frequenzzuteilung sind die Regulierungsbehörden vom BM f WuV gem. § 47 Abs. 3 TKG zu Gänze abhängig, sowohl was den Zuteilungszeitpunkt als auch den Umfang der Frequenzen anbelangt. Dies entspricht weder dem Prinzip des fairen und nicht diskriminierenden Verfahrens nach § 22 Abs. 2 TKG, geschweige denn der RL 97/13/EG - Erwägung (2), (3) und (10).

An der Vergabe der bundesweiten DCS-1800 Frequenzen im abgesonderten amtswegigen Verfahren K 39/98 haben wir nur unter Protest teilgenommen und die Beschwerde beim VwGH bereits am 4. Juni 1999 eingebracht." (Ohne Hervorhebung im Original.)

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Vorlage der Akten des Verwaltungsverfahrens und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde sowie der ergänzenden Äußerung der Beschwerdeführerin vom 30. August 2004 in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z. 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

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

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

2.1. Die Beschwerdeführerin wendet gegen den angefochtenen Bescheid ein, dass es sich bei der belangten Behörde um kein Tribunal handle, zumal sie angesichts des § 47 Abs. 3 TKG in allen wesentlichen Vorfragen von einer Verwaltungsbehörde abhängig sei. Dieses Vorbringen ist aus den diesbezüglichen im hg. Erkenntnis vom 20. Juli, Zl. 2003/03/0103, angestellten Erwägungen nicht zielführend. Auf dieses Erkenntnis wird gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen. Dass es der belangten Behörde nach diesen Erwägungen verwehrt war, eine Ausschreibung zur Vergabe im Sinn des § 22 TKG betreffend das von der Beschwerdeführerin beantragte Frequenzspektrum vorzunehmen, stand einer solchen Ausschreibung betreffend das ihr von dem in Rede stehenden Bundesminister zugewiesene, mit einer geringeren Bandbreite ausgestattete Frequenzspektrum nicht entgegen, auch wenn die Beschwerdeführerin ihren Antrag auf Erteilung des vom Bundesminister nicht zugewiesenen Frequenzspektrums aufrecht hielt, obwohl ihr nach den insoweit unbestrittenen Feststellungen spätestens auf Grund des im bekämpften Bescheid genannten Schreibens vom 4. November 1998 der Umfang des für die Vergabe bundesweiter Konzessionen zur Verfügung stehenden Frequenzspektrums und damit bekannt war, dass eine Zuteilung des von ihr beantragten Frequenzspektrums nicht erfolgen könne.

2.2. Ferner geht das Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend den Bescheid der belangten Behörde vom 10. August 1999, Zl. K 9/98-15, über die Zuweisung eines zusätzlichen Frequenzspektrums an die Mobilkom Austria AG aus den im genannten Erkenntnis Zl. 2003/03/0103, sowie im hg. Erkenntnis vom 20. Juli, Zl. 2003/03/0104, hiezu angestellten Überlegungen fehl. Auf dieses Erkenntnis Zl. 2003/03/0104 wird ebenfalls gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen. Diese Überlegungen sind auch für die nach der Beschwerde beabsichtigte Vergabe von "5 MHz aus dem DCS- 1800 Bereich an max.mobil" einschlägig.

2.3. Zu der bei der belangten Behörde georteten Befangenheit in Ansehung ihres Mitglieds Dkfm. Dr. Grünwald ist die Beschwerde wiederum auf das schon zitierte Erkenntnis Zl. 2003/03/0103, zu verweisen, aus dem sich ergibt, dass eine solche Befangenheit nicht vorliegt.

2.4.1. Die Beschwerde meint auch, dass die belangte Behörde kein offenes, nicht-diskriminierendes und transparentes Verfahren gemäß "EU RL-97/13/EG Art. 9 und 10" durchgeführt habe. In ihren Ausführungen betreffend die Beschwerdepunkte verweist die Beschwerdeführerin diesbezüglich auch auf die Erwägungsgründe 2, 3 und 10 der genannten Richtlinie. Auf Grund ihres "Antrages K 35/98" hätte die belangte Behörde ein "antragsgebundenes

Ausschreibungsverfahren" im Sinn des § 22 Abs. 2 TKG beginnen müssen, die "Vorenthaltung einer Ausschreibung" verstoße gegen die genannten gemeinschaftsrechtlichen Regelungen. Ferner sei der Beschwerdeführerin "mehrmals die vollständige Einsicht in den Akt K 35/98 verweigert" (ohne Hervorhebung im Original) worden. Weiters ergebe sich auch ein Verstoß "gegen die RL-96/2/EG Art. 1 Z. 3", wo festgehalten sei, dass, soweit Frequenzen verfügbar seien, die Mitgliedstaaten Genehmigungen auf der Grundlage von offenen, fairen und nicht diskriminierenden und transparenten Verfahren erteilen müssten.

2.4.2. Die Erwägungsgründe 2, 3 und 10 sowie die Art. 9 und 10 der Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 10. April 1997 über den gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste, ABl Nr. L 117 vom 7. Mai 1997, S 0015-0027, lauten (soweit maßgeblich) wie folgt:

"(2) Nach der Mitteilung der Kommission vom 25. Januar 1995 über die Konsultation zum Grünbuch über die Liberalisierung der Telekommunikationsinfrastruktur und der Kabelfernsehtetze muss durch gemeinschaftsweit geltende Grundsätze sichergestellt werden, dass sich Allgemein- und Einzelgenehmigungen auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stützen und offen, nichtdiskriminierend und transparent sind. Gemäss der EntschlieÙung des Rates vom 18. September 1995 über den künftigen ordnungspolitischen Rahmen

für die Telekommunikation ... ist die Festlegung gemeinsamer

Grundsätze für Allgemein- und Einzelgenehmigungen in den Mitgliedstaaten - gestützt auf ein System ausgewogener Rechte und Pflichten - im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip ein Schlüsselfaktor dieses ordnungspolitischen Rahmens in der Gemeinschaft. Diese Grundsätze sollten alle Genehmigungen umfassen, die für die Erbringung von Telekommunikationsdiensten und für den Aufbau und/oder den Betrieb einer Infrastruktur für Telekommunikationsdienste erforderlich sind."

"(3) Es sollte ein gemeinsamer Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen der Mitgliedstaaten für Telekommunikationsdienste geschaffen werden. Nach dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere nach der Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste ..., sollte der Marktzugang nur aufgrund objektiver, nichtdiskriminierender, verhältnismäßiger und transparenter Auswahlkriterien für die Zuteilung knapper Ressourcen oder aufgrund der Anwendung objektiver, nichtdiskriminierender und transparenter Vergabeverfahren durch die nationalen Regulierungsbehörden beschränkt werden. Die Richtlinie 90/388/EWG legt auch Grundsätze für Gebühren, Nummern und Wegerechte nieder. Diese Bestimmungen sollen durch die vorliegende Richtlinie ergänzt und ausgeweitet werden, um den gemeinsamen Rahmen zu bestimmen."

"(10) Die an Genehmigungen geknüpften Auflagen sollen in bezug auf den betreffenden Dienst objektiv begründet, nichtdiskriminierend, verhältnismäßig und transparent sein. Genehmigungen können dazu dienen, die Einhaltung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften, insbesondere im Bereich des offenen Netzzugangs, zu gewährleisten."

"Artikel 9

Verfahren für die Erteilung von Einzelgenehmigungen

(1) Erteilt ein Mitgliedstaat Einzelgenehmigungen, so trägt er dafür Sorge, dass die Informationen über die Verfahren für Einzelgenehmigungen so veröffentlicht werden, dass eine Kenntnisnahme ohne Schwierigkeiten möglich ist. Im Amtsblatt des betreffenden Mitgliedstaates und im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften ist auf die Veröffentlichung hinzuweisen.

(2) Bei der Erteilung von Einzelgenehmigungen müssen die Mitgliedstaaten folgendes beachten:

-

Einzelgenehmigungen müssen durch offene, nichtdiskriminierende und transparente Verfahren erteilt werden, die für alle Antragsteller gleich sind, sofern kein objektiver Grund für eine unterschiedliche Behandlung besteht.

-

Es sind angemessene Fristen festzulegen; unter anderem ist dem Antragsteller sobald wie möglich, spätestens aber sechs Wochen nach Eingang des Antrags, die Entscheidung über den Antrag mitzuteilen. In den Bestimmungen zur Durchführung dieser Richtlinie können die Mitgliedstaaten die Frist in objektiv begründeten Fällen, die in diesen Bestimmungen einzeln aufgeführt sind, auf bis zu vier Monate ausdehnen. Insbesondere im Fall von vergleichenden

Auswahlverfahren können die Mitgliedstaaten diese Frist nochmals um höchstens vier Monate verlängern. Diese Fristen lassen geltende internationale Vereinbarungen über die internationale Frequenz- und Satellitenkoordination unberührt.

(3) Unbeschadet des Artikels 10 Absatz 1 hat jedes Unternehmen, das die von den Mitgliedstaaten in Einklang mit den einschlägigen Bestimmungen dieser Richtlinie beschlossenen und veröffentlichten Auflagen erfüllt, Anspruch auf Erteilung einer Einzelgenehmigung. Legt ein Unternehmen, das eine Einzelgenehmigung beantragt, jedoch nicht die Angaben vor, die zum Nachweis der Einhaltung der Auflagen, die in Übereinstimmung mit den einschlägigen Bestimmungen dieser Richtlinie festgelegt wurden, vernünftigerweise erforderlich sind, so kann die nationale Regulierungsbehörde die Erteilung der Einzelgenehmigung verweigern.

...

(6) Bei Versagung einer Einzelgenehmigung durch die Mitgliedstaaten oder deren Entzug, Änderung oder zeitweiliger Aufhebung ist das betreffende Unternehmen über die diesbezüglichen Gründe zu unterrichten. Die Mitgliedstaaten sehen ein geeignetes Rechtsbehelfsverfahren gegen die Versagung, den Entzug, die Änderung oder die zeitweilige Aufhebung bei einer von der nationalen Regulierungsbehörde unabhängigen Stelle vor."

"Artikel 10

Beschränkung der Anzahl der Einzelgenehmigungen

(1) Die Mitgliedstaaten dürfen die Anzahl der Einzelgenehmigungen für jede Art von Telekommunikationsdiensten und für die Errichtung und/oder das Betreiben der Telekommunikationsinfrastruktur nur in dem Masse beschränken, wie dies zur Gewährleistung der effizienten Nutzung von Funkfrequenzen erforderlich ist; eine Beschränkung ist auch für einen Zeitraum zulässig, der für die ausreichende Bereitstellung von Nummern in Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht erforderlich ist.

(2) Beabsichtigt ein Mitgliedstaat, die Anzahl der Einzelgenehmigungen gemäss Absatz 1 zu beschränken, so

-

berücksichtigt er in angemessener Weise, dass der Nutzen für die Benutzer maximiert und die Entwicklung des Wettbewerbs gefördert werden muss;

-

ermöglicht er es allen Betroffenen, zu dieser Beschränkung Stellung zu nehmen;

-

veröffentlicht er seine Entscheidung, die Anzahl der Einzelgenehmigungen zu beschränken, unter Angabe der Gründe hierfür;

-

überprüft er die Beschränkung in regelmäßigen Zeitabständen;

-

fordert er zur Einreichung von Genehmigungsanträgen auf.

(3) Die Mitgliedstaaten erteilen solche Einzelgenehmigungen aufgrund von Auswahlkriterien, die objektiv, nichtdiskriminierend, detailliert, transparent und verhältnismäßig sein müssen. Bei einer solchen Auswahl ist stets in angemessener Weise zu berücksichtigen, dass die Entwicklung des Wettbewerbs gefördert und der Nutzen für die Benutzer maximiert werden muss. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Informationen über solche Kriterien vorab so veröffentlicht werden, dass eine Kenntnisnahme ohne Schwierigkeiten möglich ist. Im Amtsblatt des betreffenden Mitgliedstaats ist auf die Veröffentlichung hinzuweisen.

(4) Stellt ein Mitgliedstaat zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Richtlinie oder zu einem späteren Zeitpunkt von Amts wegen oder auf Antrag eines Unternehmens fest, dass die Anzahl der Einzelgenehmigungen erhöht werden kann, so veröffentlicht er dies und fordert zur Einreichung zusätzlicher Genehmigungsanträge auf."



Ferner hat die Beschwerde Art. 3a der Richtlinie 96/2/EG der Kommission vom 16. Jänner 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG betreffend die mobile Kommunikation und Personal Communications, ABI Nr. L 020 vom 26. Jänner 1996, S 0059- 0066, angesprochen. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

"Artikel 3a

Zusätzlich zu den Erfordernissen des Artikels 2 Absatz 2 müssen die Mitgliedstaaten die Genehmigungsbedingungen für Mobilkommunikations- und Personal-Communications-Systeme nach folgenden Grundsätzen festlegen:

- i) die Genehmigungsbedingungen dürfen keine anderen als die Bedingungen enthalten, die nach den grundlegenden Anforderungen gerechtfertigt sind, sowie Anforderungen an öffentliche Dienstleistungen in Form von gewerblichen Vorschriften bei Systemen, die für die Nutzung durch die Öffentlichkeit vorgesehen sind, gemäss Artikel 3;
- ii) die Genehmigungsbedingungen für Mobilnetzbetreiber müssen ein transparentes und nicht diskriminierendes Verhalten bei Festnetz- und Mobilnetzbetreibern gewährleisten, die Eigentümer von festen wie auch mobilen Netzen sind;
- iii) die Genehmigungsbedingungen dürfen keine ungerechtfertigten technischen Beschränkungen beinhalten. Die Mitgliedstaaten dürfen insbesondere nicht die Kombination von Lizenzen verhindern oder das Angebot verschiedener Technologien durch Inanspruchnahme unterschiedlicher Frequenzen beschränken, wenn Multistandardgerät verfügbar ist. Soweit Frequenzen verfügbar sind, müssen die Mitgliedstaaten Genehmigungen auf der Grundlage von offenen, nicht diskriminierenden und transparenten Verfahren erteilen. Die Mitgliedstaaten dürfen die Zahl der zu erteilenden Genehmigungen für Mobilkommunikations- und Personal-Communications-Systeme nur aufgrund grundlegender Anforderungen und nur aus Gründen fehlender Verfügbarkeit von Frequenzen begrenzen, soweit dies nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt ist. Die Lizenzerteilungsverfahren können Anforderungen an öffentliche Dienstleistungen in Form von gewerblichen Vorschriften gemäss Artikel 3 berücksichtigen, sofern sie die am wenigsten wettbewerbsbeschränkende Lösung vorschreiben. Die maßgeblichen gewerblichen Vorschriften können den Genehmigungen beigelegt sein. Die Mitgliedstaaten, denen eine zusätzliche Übergangsfrist zur Aufhebung der Beschränkungen für Infrastruktur gemäss Artikel 3c eingeräumt wurde, dürfen während dieser Frist keine weiteren Mobilkommunikations- oder Personal-Communications-Lizenzen an Fernmeldeorganisationen oder mit diesen verbundene Organisationen erteilen. Soweit Fernmeldeorganisationen nicht oder nicht mehr über ausschließliche Rechte oder besondere Rechte gemäss Artikel 2 erster Absatz Buchstaben b) und c) in Bezug auf den Aufbau und die Bereitstellung der öffentlichen Netzinfrastruktur verfügen, dürfen sie nicht von vornherein von diesen Lizenzverfahren ausgeschlossen werden."

2.4.3. Der Verwaltungsgerichtshof hat schon in seinem Erkenntnis Zl. 2003/03/0103 festgehalten, dass nach dem zitierten Art. 3a "die Mitgliedstaaten Genehmigungen auf der Grundlage von offenen, nicht-diskriminierenden und transparenten Verfahren" nur erteilen müssen, "soweit Frequenzen verfügbar sind". Von daher kann der belangten Behörde vorliegend kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie angesichts des Umstandes, dass die von der Beschwerdeführerin beantragten Frequenzen nicht verfügbar waren, zu deren Antrag kein weiteres Vergabeverfahren im Sinn des § 22 TKG durchgeführt hat. Bezüglich der kritisierten Verweigerung der Einsichtnahme in die Verwaltungsakten ist folgendes festzuhalten: Zum einen waren der Beschwerdeführerin (wie sich aus dem bekämpften Bescheid insoweit unstrittig ergibt) die Ausschreibungsunterlagen im Vergabeverfahren betreffend die vom in Rede stehenden Bundesminister zugeteilten Frequenzen ohnehin bekannt, ferner hat sie sich nicht gegen die im bekämpften Bescheid getroffene Feststellung gewendet, dass ihr spätestens mit dem schon genannten Schreiben vom 4. November 1998 der Umfang des für die Vergabe bundesweiter Konzessionen zur Verfügung stehenden Frequenzspektrums bekannt geworden sei. Zum anderen hätte eine Einsichtnahme in für die Ausschreibung maßgebliche Unterlagen (auch unter anderem in das genannte Schreiben des Bundesministers vom 24. September 1998) vor der öffentlichen Ausschreibung betreffend die zugeteilten Frequenzen (wie es von der belangten Behörde ausgeführt wurde) insofern zu einer Diskriminierung von anderen sich an der Ausschreibung beteiligenden Personen geführt, als die Beschwerdeführerin, nicht aber diese anderen Personen schon vor der Ausschreibung die für eine Beteiligung wesentlichen Informationen gehabt hätte, was Art. 9 Abs. 2 der in Rede stehenden Richtlinie, der u.a. die Erteilung von Einzelgenehmigungen in nicht-diskriminierenden Verfahren vorsieht, zuwidergelaufen wäre.

2.5. Schließlich rügt die Beschwerde in den Beschwerdepunkten, dass die belangte Behörde "die Einhaltung von

Bearbeitungsfristen gem. RL-97/13/EG Art. 9" nicht beachtet habe. Nach dem oben wiedergegebenen Art. 9 Abs. 2 leg. cit. ist grundsätzlich einer antragstellenden Partei wie der Beschwerdeführerin grundsätzlich "sobald wie möglich, spätestens

.. sechs Wochen nach Eingang des Antrags ... die Entscheidung über

den Antrag mitzuteilen". Nach dem diese Regelung umsetzenden § 15 Abs. 1 (zweiter Satz) TKG hat die Behörde grundsätzlich "über den Antrag binnen sechs Wochen zu entscheiden". Die in dieser Regelung mit Blick auf Art. 9 Abs. 2 leg. cit. vorgesehene Ausnahme von diesem Grundsatz kann vorliegend schon deshalb außer Betracht bleiben, weil es in Anbetracht der im bekämpften Bescheid genannten Mitteilung des Bundesministers vom 24. September 1998 keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass im Sinne dieser Ausnahme eine längere Entscheidungsfrist aufgrund besonderer Umstände (wie etwa der Unvollständigkeit der vom Antragsteller beizubringenden Unterlagen oder notwendiger zusätzlicher Erhebungen) erforderlich gewesen wäre. Von daher besteht im Beschwerdefall aber kein Zweifel daran, dass der angefochtene Bescheid erst nach Ablauf der sechswöchigen Frist erlassen wurde. Damit ist für die Beschwerdeführerin aber nichts gewonnen. Nach der hg. Judikatur kann eine in der vorliegenden Bescheidbeschwerde geltend gemachte Verletzung der Entscheidungspflicht eine Rechtswidrigkeit des nach Ablauf der in Rede stehenden Entscheidungspflicht ergangenen bekämpften Bescheides nicht begründen (vgl. dazu aus der hg. Rechtsprechung etwa die Erkenntnisse vom 11. Dezember 1990, Zl. 90/14/0241, vom 29. April 1993, Zl. 92/12/0119).

3. Hinsichtlich der ergänzenden Äußerung der beschwerdeführenden Partei vom 30. August 2004 wird im Grunde des § 43 Abs. 2 VwGG auf das hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2003/03/0105, verwiesen, aus dem sich ergibt, dass sich das in dieser Äußerung enthaltene Vorbringen als nicht zielführend erweist.

4. Da nach dem Gesagten dem angefochtenen Bescheid die behauptete Rechtswidrigkeit nicht anhaftet, war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

5. Der Spruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

III.

In ihrer ergänzenden Äußerung vom 30. August 2004 lehnte die Beschwerdeführerin im Grund des § 31 VwGG "jegliches Mitwirken des Richters am Verwaltungsgerichtshof ... Hofrat Dr. Hans-Peter Lehofer am Entscheidungsprozess bzw. bei der Beschlussfassung zu diesem Beschwerdeverfahren im Verwaltungsgerichtshof ab." Dieser Antrag war aus den im genannten hg. Erkenntnis Zl. 2003/03/0105 ersichtlichen Erwägungen gemäß § 31 Abs. 2 VwGG im Fünfersenat zurückzuweisen.

Wien, am 31. Jänner 2005

### **Gerichtsentscheidung**

euGH 61999J0462 Connect Austria VORAB

### **Schlagworte**

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4Mangel der Berechtigung zur Erhebung der Beschwerde mangelnde subjektive Rechtsverletzung Parteienrechte und Beschwerdelegitimation Verwaltungsverfahren Mangelnde Rechtsverletzung Beschwerdelegitimation verneint keineBESCHWERDELEGITIMATIONVerletzung der Entscheidungspflicht Diverses Zurückweisung - EinstellungGemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang, partielle Nichtanwendung von innerstaatlichem Recht EURallg1Offenbare Unzuständigkeit des VwGH Bescheide von Kollegialbehörden iSd B-VG Art133 Z4

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2003030106.X00

### **Im RIS seit**

11.02.2005

### **Zuletzt aktualisiert am**

13.01.2017

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)