jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2005/1/31 2003/03/0107

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 30/98-23, 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 29. Juli 1998 auf Erteilung einer Konzession für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels Mobilfunk und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbstbetriebener 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 29. Juli 1998 ein "Ansuchen auf die Bewilligung für die Errichtung und zum Betrieb eines öffentlichen Sprach- und Datenfunkdienstes und die Zuteilung eines Frequenzbandes von 2x10 MHz Breite, mindestens aber jedoch 2x5 MHz Breite im GSM 1800 MHz Bereich für die Städte Wien, und wenn technisch möglich auch für Graz und Linz - Konzessionsansuchen nach § 20 ff, § 20 (2) TKG oder die Bewilligung nach § 20 (2) TKG ohne Konzession" eingebracht.

Da die beantragten Teile des Frequenzspektrums zum Zeitpunkt der Antragstellung der belangten Behörde zur wirtschaftlichen Nutzung nicht zugewiesen gewesen seien, sei der Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr mit Schreiben vom 11. August 1998 vom Antrag der Beschwerdeführerin in Kenntnis gesetzt und gemäß § 47 Abs. 3 TKG um Zuteilung eines Frequenzbandes für die von der Beschwerdeführerin beantragten Gebiete ersucht worden.

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 Dkfm. Dr. Gründwald und das Ersatzmitglied Dkfm. Reiter aus näher genannten

Überlegungen 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 betreffend die Ausschreibung der durch den Bundesminister zugeteilten Frequenzen (gemeint: von Amts wegen) eingeleitet und bei der Behörde "unter K 39/98 protokolliert" worden. Die belangte Behörde habe in der Sitzung vom 24. September 1998 weiters den Beschluss gefasst, die seitens der Beschwerdeführerin anhängig gemachten Konzessionsverfahren "(K 30/98, K 35/98) mit dem neu eröffneten Verfahren K 39/98 zu verbinden". Die Beschwerdeführerin sei von der Verbindung ihrer Verfahren mit dem neu eröffneten Ausschreibungsverfahren verständigt worden.

Da im Schreiben des Bundesministers vom 24. September 1998 sowohl bundesweite als auch regionale Kanäle zugewiesen worden seien, sei es 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 zu trennen, sei das erwähnte Schreiben des Bundesministers auch förmlich in den Akt Zl. K 30/98 aufgenommen und dort - der zeitlichen Reihenfolge des Einlangens bei der Behörde entsprechend - "unter der Ordnungsnummer 7a protokolliert" worden. Soweit der Inhalt dieses Schreibens nicht von der Akteneinsicht ausgenommen worden sei (vgl. dazu 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 30/98-7a Kenntnis erlangt und eine Kopie angefertigt".

Am 21. Oktober 1998 sei von der Beschwerdeführerin ein "Änderungs- bzw. Erweiterungsantrag" zum Antrag vom 29. Juli 1998 eingebracht worden. Nunmehr werde ein Frequenzspektrum von 2x22,5 MHz und auch die Erweiterung des ursprünglich beantragten Versorgungsgebietes beantragt.

Im Rahmen der im Verfahren Zl. K 39/98 - das zum damaligen Zeitpunkt mit den Verfahren Zl. K 30/98 und Zl. K 35/98 verbunden gewesen sei - "durchgeführten Konsultation (4.11. - 20.11.1998)", an der die Beschwerdeführerin teilgenommen hätte, sei seitens der belangten Behörde bekannt gegeben worden, dass für die Vergabe von nicht bundesweiten Konzessionen ein Frequenzspektrum von 2x15,8 MHz zur Verfügung stehe. Von dieser Tatsache habe die Beschwerdeführerin ausdrücklich Kenntnis genommen, wie aus ihren Schreiben vom 19. November 1998 und vom 29. April 1999 hervorgehe.

Mit Schreiben vom 24. November 1998 habe die Beschwerdeführerin vollständige Akteneinsicht in die Akten Zl. K 30/98, Zl. K 35/98 und Zl. K 39/98, insbesondere in das besagte Schreiben des Bundesministers vom 24. September 1998, in die Stellungnahmen im Konsultationsverfahren und in das Akteninhaltsverzeichnis verlangt. 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, weil einem einzelnen Bewerber bereits vor Beginn der Ausschreibungsfrist Informationen bekannt geworden wären, die Rückschlüsse auf den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen zugelassen hätten.

Mit Beschluss der belangten Behörde vom 26. November 1998 sei die Ausschreibung der nicht bundesweiten Konzession verschoben worden. Das Verfahren zur Vergabe einer Konzession mit bundesweiter Versorgungspflicht sei fortgeführt worden.

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 sein Antrag im Verfahren Zl. K 30/98 vollinhaltlich aufrecht bleibe.

Mit Beschluss der belangten Behörde vom 18. März 1999 sei die Trennung der Verfahren Zl. K 30/98, Zl. 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 29. April 1999 verlängert worden. In ihren Schriftsätzen vom 20. und 29. April 1999, in denen die Beschwerdeführerin zu den Ergebnissen der Beweisaufnahme Stellung nehme, würde sie erneut Akteneinsicht in das besagte Schreiben des Bundesministers vom 24. September 1998 betreffend die Frequenzzuteilung verlangen. Außerdem würden (zum wiederholten Male) "die sofortige Durchführung eines antragsgebundenen Verfahrens zur Vergabe der nicht-bundesweiten DCS-1800 Frequenzen" beantragt sowie der Antrag gestellt, 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 Antragstellerin behauptete Befangenheit des Mitglieds der belangten Behörde, Dkfm. Dr. Grünwald, liege aus näher dargestellten Erwägungen nicht vor. Nach ihrem Antrag vom 27. August 1998 beabsichtige die Beschwerdeführerin einen öffentlichen mobilen Sprach- und Datenfunkdienst in 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 solchen Telekommunikationsdienstes der Konzessionspflicht, zumal eine Verordnung gemäß § 20 Abs. 2 TKG nicht erlassen worden sei. Gemäß § 22 Abs. 2 TKG habe die belangte Behörde die Vergabe von Mobilfunkkonzessionen bei Vorliegen eines Konzessionsansuchens für einen 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 Anforderungen an Form und Inhalt der Antragsunterlagen 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 leg. cit. durch die Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgeltes festgelegt.

Die Vergabe einer Mobilfunkkonzession sei daher untrennbar mit der Verfügbarkeit entsprechender Frequenzen für die Erbringung des jeweiligen Mobilfunkdienstes verbunden. Eine gemäß § 22 TKG 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 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 der belangten Behörde vom besagten Bundesminister (wie schon erwähnt) 79 konkret bezeichnete Kanäle, die sich in einem Frequenzspektrum von 2x15,8 MHz befänden, zur Erteilung von nicht bundesweiten Konzessionen zugeteilt worden. Der belangten Behörde stehe daher nur dieses Frequenzspektrum zur wirtschaftlichen Verwertung zur Verfügung.

Dem mehrmals vorgetragenen Begehren der Beschwerdeführerin auf vollständige Akteneinsicht sei nicht stattgegeben worden, weil eine Einsicht in das Schreiben des Bundesministers vom 24. September 1998 ihr einen wirtschaftlich nutzbaren Informationsvorteil gegenüber potenziellen Mitbewerbern verschafft haben würde. Diese hätten erst nach erfolgter öffentlicher 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 geben würden, gemäß § 17 Abs. 3 AVG wegen Schädigung berechtigter Interessen dritter Personen von der Einsicht ausgeschlossen worden. Die belangte Behörde hätte bei dieser Entscheidung auch in Betracht zu ziehen gehabt, dass die für die Antragstellerin wesentliche Information, welches Frequenzspektrum vom Bundesminister zugeteilt worden sei und daher zur Ausschreibung gelangen würde, ihr bekannt gewesen sei.

Die Verbindung des Verfahrens Zl. K 30/98 mit dem Ausschreibungsverfahren Zl. 39/98 sei deshalb erfolgt, weil der Beschwerdeführerin dadurch die Möglichkeit hätte gegeben werden sollen, ihren ursprünglichen Antrag im Sinn der

Ausschreibung zu modifizieren. Zum Zeitpunkt der Verbindung der Verfahren Zl. K 30/98 und Zl. K 39/98 sei die belangte Behörde "zulässigerweise" davon ausgegangen, dass die Vergabe der nicht bundesweiten Konzessionen zeitgleich mit der Vergabe der Konzession mit bundesweiter Versorgungspflicht erfolgen würde. Daher sei eine Einbeziehung in das laufende Ausschreibungsverfahren zum damaligen Zeitpunkt aus Gründen der Verfahrensökonomie sinnvoll gewesen. Der Beschwerdeführerin hätte die Gelegenheit gegeben werden sollen, ihre ursprünglichen Anträge vom 29. Juli 1998 und vom 21. Oktober 1998 "unkompliziert abändern zu können, da doch auf Grund der durch die am 24.9.1998 erfolgte Frequenzzuteilung des Bundesministers eine neue Ausgangssituation - Zuweisung (bloß) von 2x15,8 MH7 anstelle der beantragten 2x22,5 MHz - entstanden" sei.

Obwohl der Beschwerdeführerin spätestens mit dem "Schreiben der Regulierungsbehörde" Behörde vom 4. November 1998 "(K 39/98- 5)" der Umfang des für die Vergabe nicht bundesweiter Konzessionen zur Verfügung stehenden Frequenzspektrums bekannt gewesen sei, sei keine Abänderung ihres Antrags erfolgt. Der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin habe noch bei seiner Einvernahme am 18. März 1999 in Zuge des (damals noch mit dem Verfahren Zl. K 30/98 verbundenen) Verfahrens Zl. K 39/98 betont, dass der Antrag im Verfahren Zl. K 30/98 vollinhaltlich aufrechterhalten würde.

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 möglichste 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 am 18. März 1999 sei insofern zweckmäßig gewesen, weil das Verfahren Zl. K 30/98 aus der Sicht der Behörde unmittelbar zur Entscheidung reif gewesen sei. Ein Zuwarten mit der Entscheidung durch die Behörde bis zur Durchführung des Verfahrens zur Vergabe der nicht bundesweiten Konzessionen sei sachlich nicht gerechtfertigt erschienen.

Die Beschwerdeführerin habe ein Frequenzspektrum von 2x22,5 MHz beantragt. Ein dermaßen breites Frequenzspektrum stehe jedoch für eine Konzessionsvergabe nicht zur Verfügung. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung eines Frequenzspektrums von 2x22,5 MHz aus dem für DCS- 1800 reservierten Frequenzbereich für die Gebiete Wien, Graz, Linz und Innsbruck 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 wurde 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 30/98 zugewiesenen Frequenzen in einem anderen abgesonderten Verfahren K 39/98 für eine spätere Verwendung reserviert wurden (./Beil.F). Weitere regionale nutzbare DCS-1800 Frequenzen wurden im Rahmen des abgesonderten K 9/98 Verfahren an Mobilkom vergeben. Der bekämpfte Bescheid leidet sowohl an Rechtswidrigkeit des Inhaltes als auch 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 der Antragsteller in bezug auf die Zuteilung der nicht-bundesweiten DCS-1800 Frequenzen wurde von den Regulierungsbehörde umgangen.

5 MHz der nicht bundesweiten DCS-1800 Frequenzen hat die unzuständige Telekom-Control-GmbH während unseres seit 29.7.1999 anhängigen Verfahrens K 30/98 an die Mobilkom im Verfahren K 9/98 am 10. Aug. 1998 in einem abgesonderten freihändigen Vergabeverfahren zugeteilt.

Weiters führte die teils zuständige, teils unzuständige Behörde anstelle eines antragsgebundenen Verfahren § 22 Abs. 2 TKG) ein von unserem Antrag K 30/98 losgelöstes amtswegiges Verfahren zur Vergabe der bundesweiten und nicht-bundesweiten DCS 1800 Frequenzen und der dazugehörenden Konzessionen durch. Bis dato hat die belangte Behörde lediglich die zur Verfügung stehenden bundesweiten DCS-1800 Frequenzen im Rahmen einer Ausschreibung zugeteilt.

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 noch immer nicht zu einer öffentlichen Ausschreibung der bei der Regulierungsbehörde befindlichen 20 MHz an nicht bundesweiten DCS-1800 Frequenzen.

Des weiteren sieht 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 zur Gänze abhängig, sowohl was den Zuteilungszeitpunkt als auch den Umfang der Frequenzen anbelangt. Dies entspricht weder dem Prinzip des fairen und nichtdiskriminierenden Verfahren nach § 22 Abs. 2 TKG, geschweige denn der RL 97/13/EG - Erwägung (2), (3) und (10).

Die Vergabe von nicht-bundesweiten DCS 1800 Frequenzen an Mobilkom haben wir mittels Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof, eingebracht am 1. Juni 1999, wegen behaupteter Rechtswidrigkeit bekämpft und ist daher anhängig."

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Vorlage der Akten des Verwaltungsverfahrens und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde sowie der ergänzenden Äußerungen der Beschwerdeführerin vom 30. August 2004, 21. September 2004 und 14. Jänner 2005 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 30/98" 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 Kabelfernsehnetze 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 Entschließung 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 Europaeischen 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 Satellitenkoordinierung 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, ABl 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 beigefügt 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 hat sich die Beschwerdeführerin 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 nicht bundesweiter Konzessionen zur Verfügung stehenden Frequenzspektrums bekannt geworden sei. Zum anderen hätte eine Einsichtnahme in für eine Ausschreibung maßgebliche Unterlagen (auch unter anderem in das genannte Schreiben des Bundesministers vom 24. September 1998) vor einer 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 hätten, 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 Äußerungen der beschwerdeführenden Partei 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 diesen Äußerungen enthaltene Vorbringen - einschließlich der beantragten Zeugeneinvernahme - 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. Von der von der Beschwerdeführerin (mit Blick auf Art. 6 EMRK) in ihrer ergänzenden Äußerung beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden, zumal die belangte Behörde ohnehin im dem angefochtenen Bescheid zugrunde liegenden Verwaltungsverfahren eine mündliche Verhandlung durchgeführt hat (vgl. die Verhandlungsschrift OZ 8 der vorgelegten Verwaltungsakten).

6. 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
EuGH 61998J0007 Krombach 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:2005:2003030107.X00

Im RIS seit

11.02.2005

Zuletzt aktualisiert am

13.01.2017

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at