

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/7/20 2003/03/0103

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.07.2004

## Index

E000 EU- Recht allgemein;  
E3L E06202000;  
E3L E08500000;  
E3L E13206000;  
E3L E13309900;  
E6j;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
10/15 Europäische Integration;  
19/05 Menschenrechte;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
91/01 Fernmeldewesen;

## Norm

31990L0387 ONP-RL Einführung Art5a Abs2 idF 31997L0051;  
31990L0388 Telekommunikationsdienste Wettbewerb-RL Art3a idF 31996L0002;  
31996L0002 Nov-31990L0388 Erwägungsgrund14;  
31997L0013 Telekommunikationsdienste Rahmen-RL Art10;  
31997L0013 Telekommunikationsdienste Rahmen-RL Art9;  
31997L0051 Nov-31990L0387/31992L0044;  
62000CJ0112 Schmidberger VORAB;  
62000CJ0465 Österreichischer Rundfunk VORAB;  
AVG §38;  
AVG §39 Abs2;  
B-VG Art133 Z4;  
B-VG Art44 Abs3;  
BVG Beitritt Österreichs zur Europäischen Union 1995;  
EURallg;  
MRK Art6 Abs1;  
TKG 1997 §110;  
TKG 1997 §111 Z1;  
TKG 1997 §112;

TKG 1997 §113;  
TKG 1997 §114;  
TKG 1997 §12 Abs1;  
TKG 1997 §125 Abs3;  
TKG 1997 §14;  
TKG 1997 §15;  
TKG 1997 §20;  
TKG 1997 §22;  
TKG 1997 §47 Abs1;  
TKG 1997 §47 Abs3;  
VwRallg;

### **Beachte**

Vorabentscheidungsverfahren:\* Ausgesetztes Verfahren: 99/03/0171 B 29. Jänner 2003 \* EuGH-Entscheidung: EuGH 61999CJ0462 22. Mai 2003

### **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 20. Juli 1998, Zl. K 15/97-38, betreffend Erteilung einer Konzession für Telekommunikationsdienste, zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

I.

1. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Antrag der Beschwerdeführerin vom 22. Dezember 1997 auf Erteilung einer Konzession für die Erbringung des öffentlichen Sprachtelefon- und Datendienstes mittels eines selbstbetriebenen Mobilfunknetzes gemäß §§ 14, 15, 20 und 22 iVm § 111 Z. 1 TKG abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin (zum damaligen Zeitpunkt Mars-mobil Telekommunikation Service GmbH) habe am 22. Dezember 1997 ein "Ansuchen auf die Bewilligung für die Errichtung und zum Betrieb eines öffentlichen Sprachtelefon- und Datenfunkdienstes und die Zuteilung eines Frequenzbandes von 2x25 MHz Breite im GSM-1800 MHz Bereich" sowie auf "Bewilligung nach § 20 Abs. 2 TKG ohne Konzession oder Konzessionsansuchen nach § 20 ff, § 21 Abs. 2 TKG" eingebracht.

In diesem Antrag habe die Beschwerdeführerin ausgeführt, dass ein öffentlicher Sprach- und Datenfunktelefondienst für die Öffentlichkeit eingeführt werden solle, der in Phase 1 alle österreichischen Landeshauptstädte versorgen solle. In Phase 2 wäre ein Ausbau in Teilen des Rheintals und des Inntals, in Kitzbühel, in Bereichen zwischen Spittal an der Drau, Arnoldstein und Klagenfurt, im Großraum Graz von Bruck an der Mur bis Spielfeld, im Flachgau, in Oberösterreich südlich der Donau bis zur Verbindungslinie Steyr-Ebensee, im Donauraum, im Weinviertel, im Wiener Becken und im nördlichen Burgenland vorgesehen.

Mit Schreiben vom 13. Jänner 1998 habe die Regulierungsbehörde den Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr um Zuteilung des erforderlichen Frequenzbandes im DCS-1800- Band ersucht. Mit Schreiben vom 27. Februar 1998 habe das Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr ersucht, zunächst das Ermittlungsverfahren dahingehend einzuleiten und durchzuführen, ob die Beschwerdeführerin die grundsätzlichen Bedingungen, eine Konzession zu erlangen, gemäß § 15 Abs. 2 TKG erfüllen würde. Am 18. März 1998 seien mit dem Geschäftsführer sowie einem Gesellschafter der Beschwerdeführerin ergänzende Fragen zum Antrag erörtert worden und mit Schreiben vom 2. April 1998 habe die Beschwerdeführerin weitere Informationen zum Antrag vorgelegt. Insbesondere sei darin auf mögliche Lieferanten und Partner verwiesen worden, ohne dass jedoch Informationen über ein allfälliges Konsortium

oder bindende vertragliche Vereinbarungen vorgelegt worden seien. Dem Schreiben der Beschwerdeführerin seien Schreiben der AirTouch Europe B.V., der ABB-Credit AB, der Alcatel Austria AG und der Ericsson Austria AG sowie Unterlagen der Nortel Europe angeschlossen gewesen; dabei handle es sich jeweils um unverbindliche Interessenskundgebungen bzw. um technische Informationen, insbesondere also auch nicht um "letters of intent".

Mit Schreiben vom 22. April 1998 sei nach entsprechender Erörterung des Konzessionsantrags in der Sitzung der belangten Behörde vom 20. April 1998 neuerlich der besagte Bundesminister ersucht worden, der Regulierungsbehörde das nutzbare Frequenzspektrum im DCS-1800 Bereich zur wirtschaftlichen Nutzung zuzuteilen. Mit Schreiben vom 26. Mai 1998 habe er mitgeteilt, dass die zuständige Fachsektion des Bundesministeriums für Wissenschaft und Verkehr derzeit damit befasst wäre, die Verfahren zur internationalen Koordinierung der zur Verfügung stehenden Frequenzen im DCS-1800 Bereich abzuwickeln. Die Ergebnisse der internationalen Koordinierung hätten im Spätsommer 1998 vorliegen sollen; erst dann würde man endgültige Aussagen darüber treffen können, welche und wie viele Frequenzen für eine Konzession verfügbar sein würden. Der Bundesminister habe in diesem Schreiben auch mitgeteilt, dass nach Abschluss der Koordinationsverfahren der Regulierungsbehörde entsprechende Frequenzen zugewiesen werden würden, damit ein Vergabeverfahren zur Erteilung einer Konzession mit bundesweiter Versorgungspflicht ausgeschrieben werden könne.

Mit Schreiben vom 7. Juli 1998 sei die Beschwerdeführerin eingeladen worden, zum Ergebnis der Beweisaufnahme bis spätestens 17. Juli 1998 schriftlich Stellung zu nehmen. Eine entsprechende Stellungnahme der Beschwerdeführerin sei am 16. Juli 1998 eingelangt. In dieser habe die Beschwerdeführerin ausgeführt, dass im DCS-1800 Bereich keine Frequenzknappheit bestünde und die beantragten 2x25 MHz frei verfügbar wären. Die Beschwerdeführerin habe sich dabei auf eine Presseaussendung des Bundesministeriums für Wissenschaft und Verkehr vom 20. April 1998 berufen, wonach im Bandbereich DCS-1800 noch weitere 2x52,5 MHz verfügbar sein würden. Ferner führe die Beschwerdeführerin aus, dass es für einen neuen potentiellen DCS-1800-Betreiber nicht notwendig sein würde, die genauen Frequenzen und/oder Funkkanäle zu kennen, um ein Angebot zu legen. Die Regulierungsbehörde könne daher das Vergabeverfahren unabhängig von einer konkreten Frequenzzuteilung durchführen. Schließlich gehe die Beschwerdeführerin noch auf das Verfahren "betreffend die Zuteilung von Spektrum aus dem DCS-1800 Bereich" an die Mobilkom Austria AG ein.

Nach ihrem Antrag vom 22. Dezember 1997 beabsichtige die Beschwerdeführerin, einen öffentlichen mobilen Sprach- und Datenfunkdienst im GSM-1800 MHz Bereich zu erbringen. Dieser Dienst solle mittels eines selbstbetriebenen Telekommunikationsnetzes erbracht werden. Gemäß § 14 Abs. 2 iVm § 20 Abs. 1 TKG unterliege die Erbringung eines derartigen Telekommunikationsdienstes grundsätzlich der Konzessionspflicht. Eine Konzession wäre gemäß § 20 Abs. 2 TKG nur dann nicht erforderlich, wenn der Mobilfunkdienst mittels Satellitenfunk erbracht werden solle, oder wenn sonst genügend Frequenzen für alle gegenwärtigen oder voraussehbaren künftigen Interessenten zur Verfügung stünden. Diese Voraussetzungen hätte der Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr gemäß § 20 Abs. 2 TKG gegebenenfalls durch Verordnung festzulegen. Eine Verordnung dieses Bundesministers, wonach in dem von der Beschwerdeführerin für die Erbringung des Dienstes beantragten Frequenzband für alle gegenwärtigen oder voraussehbaren künftigen Interessenten genügend Frequenzen zur Verfügung stünden, sei nicht erlassen worden, sodass die Erbringung des von der Beschwerdeführerin in Aussicht genommenen Dienstes der Konzessionspflicht unterliege.

Gemäß § 22 Abs. 2 TKG habe die Regulierungsbehörde 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 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 gewährleisten würde. Dies werde gemäß § 22 Abs. 1 Z. 2 TKG nach Maßgabe des § 21 leg. cit. durch die Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgeltes festgestellt.

Die Vergabe einer Mobilfunkkonzession sei daher untrennbar mit der Verfügbarkeit entsprechender Frequenzen für die Erbringung des Mobilfunkdienstes verbunden. Eine gemäß § 22 TKG grundsätzlich durchzuführende Ausschreibung der Vergabe von Mobilfunkkonzessionen sei 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 Frequenzen seien zudem ein wesentlicher Bestimmungsfaktor für das von den an der Ausschreibung teilnehmenden Unternehmen anzubietende Frequenznutzungsentgelt.

Die Frequenzverwaltung obliege nach § 47 TKG grundsätzlich dem Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr. Dieser habe der Regulierungsbehörde über deren Ersuchen oder von Amts wegen Teile des Frequenzspektrums zur wirtschaftlichen Nutzung durch Vergabe entsprechender Konzessionen zuzuteilen. Erst auf Grund der Zuteilung entsprechender Frequenzen werde also die Regulierungsbehörde in die Lage versetzt, Konzessionen für den Mobilfunk zu erteilen. Entsprechend der klaren gesetzlichen Zuständigkeitsverteilung im TKG obliege die Verwaltung des Frequenzspektrums dem Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach auch ohne entsprechende Frequenzzuteilung durch diesen Bundesminister die Vergabe einer Mobilfunkkonzession ausgeschrieben werden könnte, seien daher nicht zutreffend. Selbst wenn man, wie die Beschwerdeführerin, meine, dass eine Ausschreibung auch bloß unter Angabe einer Bandbreite im DCS-1800 Bereich erfolgen könnte, so würde dies einen rechtlich unzulässigen Eingriff in die Zuständigkeit des besagten Bundesministers, wie sie sich aus § 47 Abs. 1 TKG ergebe, bedeuten. Die Ausführungen in der von der Beschwerdeführerin angesprochenen Presseaussendung stellten lediglich eine allgemeine Erläuterung der Frequenzsituation dar, könnten aber keinesfalls als rechtsverbindliche Aussage über die Verfügbarkeit des Frequenzspektrums für eine bestimmte Anwendung, geschweige denn als Zuteilung dieses Frequenzspektrums an die Regulierungsbehörde im Sinn des § 47 Abs. 3 TKG verstanden werden.

Auf Grund des Schreibens des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr vom 26. Mai 1998 stehe fest, dass der Regulierungsbehörde derzeit keine Frequenzen im DCS-1800 MHz Bereich zur Verfügung stünden, die zur Vergabe einer bundesweiten Konzession mit einem Frequenzspektrum von 2x25 MHz, wie sie von der Beschwerdeführerin beantragt worden seien, verwendet werden könnten. Zwar werde vom genannten Bundesminister in Aussicht gestellt, dass eine Frequenzzuteilung einem DCS-1800 Bereich erfolgen würde, doch sei weder der genaue Zeitpunkt noch der Umfang der gegebenenfalls zuzuteilenden Frequenzen bekannt.

Eine Entscheidung, auf Grund des vorliegenden Antrags eine Ausschreibung vorzunehmen, sei daher mangels entsprechender für die Regulierungsbehörde verfügbarer Frequenzen nicht möglich. Zwar werde auch durch die mittlerweile vom Gesetzgeber beschlossene Neufassung des § 125 TKG klargestellt, dass seitens der Regulierungsbehörde eine Konzession mit bundesweiter Versorgungspflicht im DCS-1800 MHz Bereich auszuschreiben sein werde, diese Ausschreibung könne jedoch erst nach Abschluss der internationalen Koordination und nach Zuteilung der Frequenzen erfolgen. Entsprechend der gesetzlichen Vorgabe werde sodann seitens der Regulierungsbehörde eine Ausschreibung für eine Mobilfunklizenz im DCS-1800 MHz Bereich zu erfolgen haben. Im Rahmen dieser Ausschreibung stehe es der Beschwerdeführerin frei, sich bei Erfüllen der Voraussetzungen im Sinn des § 15 Abs. 2 TKG an der Ausschreibung zu beteiligen. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt seien jedoch für eine Konzessionsvergabe bzw. für die Ausschreibung einer zu vergebenden Konzession in dem von der Beschwerdeführerin beantragten Umfang keine Frequenzen verfügbar, weshalb der genannte Antrag der Beschwerdeführerin abzuweisen gewesen sei.

2. Gegen diesen Bescheid richtete die beschwerdeführende Partei zunächst eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der diese nach Ablehnung ihrer Behandlung (Beschluss vom 11. März 1999, B 1637/98-12) gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG an den Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abtrat (Beschluss vom 22. April 1999, B 1637/98-14).

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren beehrte die Beschwerdeführerin Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, in eventu wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften. Die Beschwerdepunkte wurden (wobei in der Beschwerde die Überschriften Beschwerdepunkte und Beschwerdegründe vertauscht wurden) wie folgt ausgeführt:

"Durch den angefochtenen Bescheid sind wir in unserem Recht, eine Konzession zu erhalten und die damit verbundenen Frequenzen zugewiesen zu bekommen, abgewiesen worden. Der bekämpfte Bescheid leidet sowohl an Rechtswidrigkeit des Inhaltes als auch Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Unsere unrechtmäßige Ablehnung wurde durch ein unrechtmäßiges Vergabeverfahren ohne Abhaltung einer öffentlichen Ausschreibung und eines Ermittlungsverfahrens herbeigeführt, noch dazu durch die unzuständige bescheiderlassende Behörde.

Die bescheiderlassende, belangte Behörde lehnte unseren Antrag auf Zuteilung von 25 MHz aus dem DCS-1800 Bereich ausschließlich wegen Frequenzmangels ab. Sie ignorierte dabei, dass die 1. Novelle zum TKG bereits am 3. Juli 1998 im Bundesrat beschlossen war und zwei Tage nach Ablehnung unseres Antrages K15/97, nämlich am 22. Juli 1998, in Kraft getreten ist. Bei der 1. Novelle zum TKG wird gesetzlich geregelt, dass zur Verwertung des restlichen DCS-Bandes nicht nur eine, sondern sogar mehrere Konzessionen im DCS-1800 Band vergeben werden sollen. Daraus ergibt sich, dass noch genügend Frequenzen im DCS-1800 Band frei verfügbar waren, da ansonsten eine Verwertung dieser Frequenzen entsprechend dem § 125 Abs. 3a TKG nicht möglich wäre. Es bleibt noch darauf hinzuweisen, dass die Zustellung des Bescheides erst nach Inkrafttreten der 1. Novelle zum TKG erfolgte und der zugestellte Bescheid somit nicht auf der aktuellen Gesetzeslage beruhte." (Ohne Hervorhebung im Original.)

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Vorlage der Akten des Verwaltungsverfahrens und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde sowie einer Äußerung der Beschwerdeführerin zu dieser Gegenschrift samt einer weiteren Ergänzenden Äußerung 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 Nr. 26/2000) gemäß Art. 133 Z. 4 B-VG Angelegenheiten, über die die belangte Behörde entschieden 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. Aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts sind die im Folgenden behandelten Fragen von Bedeutung.

2.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass ein Mitglied der belangten Behörde - nämlich Dkfm. Dr. Oskar Grünwald - bei der Erlassung des angefochtenen Bescheides befangen gewesen sei.

In der Beschwerde bringt sie dazu insbesondere vor, dass der Genannte weder zum Mitglied der belangten Behörde hätte bestellt werden noch seine Bestellung im Sinn des § 7 AVG hätte annehmen dürfen. "Da es sich bei dieser Befangenheit um ein Naheverhältnis zur Mobilkom und max.mobil, also zu unseren bereits bestehenden direkten Wettbewerbern im Mobilfunkmarkt handelt, sehen wir einen kausalen Zusammenhang in den wiederholten für unsere Firma negativen Entscheidungen der belangten Behörde. Dabei wurden alle unsere Anträge zumeist wegen Frequenzmangels abgelehnt ..., während Mobilkom diese beantragten DCS-1800 Frequenzen ohne Ausschreibungsverfahren und ohne Zahlung eines Frequenznutzungsantrages zugeteilt bekommen hat. Bei max.mobil ist ein ähnliches Vorgehen der belangten Behörde vorhersehbar (Dr. Grünwald hat auch ein Naheverhältnis zur max.mobil). Die belangte Behörde entscheidet gemäß § 113 Abs. 3 TKG einstimmig.

Das Stimmverhalten des (genannten) Mitglieds ... hat somit für

Beschlüsse im Verfahren der Firma TriCoTel eine unmittelbare Wirkung."

Weiters verweist sie in ihrer im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf die nähere Darstellung in der vom Verfassungsgerichtshof an den Verwaltungsgerichtshof abgetretenen Beschwerde, in der insbesondere Folgendes ausgeführt wird:

"Dr. Grünwald war 1971 Generalsekretär der Österreichischen Industrieverwaltungs AG - ÖIAG, ab 1972 Mitglied des Vorstandes (verantwortlich für Finanzplanung und Investitionsplanung) und ab 1978 Vorsitzender des Vorstandes. Seit 1978 ist er Mitglied des Aufsichtsrates mehrerer Tochtergesellschaften der ÖIAG. Durch mehrere Jahre war er Aufsichtsratsmitglied der Siemens AG Österreich in der Funktion eines Aufsichtsrats-Stellvertreters.

Die ÖIAG hat die Privatisierung der Post und Telekom Austria AG (PTA) durchzuführen, wobei das Ziel eines möglichst

hohen Verkaufspreises als Vorgabe existiert. Dabei sollen 25 % der PTA an einen ausländischen Partner verkauft werden.

Die PTA selbst ist 75 %-Eigentümer der Mobilkom Austria AG, die Inhaberin der Konzession für analoge Frequenzen im D-Netz, für GSM 900-er Frequenzen im A1 Netz und nunmehr seit 10.8.1998 auch für DCS 1800-er Frequenzen ist. Die ÖIAG hat daher für die Privatisierung unseres Konkurrenzunternehmens Mobilkom Austria AG zu sorgen. Es besteht daher ein besonderes Naheverhältnis der ÖIAG zur marktbeherrschenden Mobilkom Austria AG, mit der wir wegen der Erteilung einer Konzession und Zuweisung von Frequenzen in einem direkten Wettbewerbsverhältnis stehen.

Dazu kommt, daß Dkfm. Dr. Grünwald noch immer, wie wir gehört haben, die Büroräumlichkeiten der ÖIAG (1010 Wien, Kantg. 1) fast täglich benützt. Er erhält von der ÖIAG vermutlich eine laufende Firmenpension. Überdies ist er noch immer bei verschiedenen mit der ÖIAG verflochtenen Unternehmen tätig.

Die ÖIAG besitzt 26 % der Anteile der Siemens AG Österreich. Die Siemens AG Österreich besitzt wiederum durch ihre '100 %- Tochter' Wiener Kabel und Metallwerke Gesellschaft m. b. H. (WKM) 14,8 % der Anteile an der Max. mobil Telekommunikation Service GmbH (max.mobil), welche ebenfalls als Inhaber einer GSM 900-er Konzession und potentieller Bewerber für eine Konzession im DCS 1800-er Band unser unmittelbares Konkurrenzunternehmen ist.

Die Siemens AG Österreich ist weiters ein wesentlicher Lieferant der PTA, Max.mobil und Mobilkom(.) und daher in besonderer Hinsicht in technischer und kaufmännischer Hinsicht als Lieferant mit diesen konzessionspflichtigen Betreiberfirmen verbunden.

Derzeit ist Dkfm. Dr. Oskar Grünwald im Aufsichtsrat von 6 Gesellschaften.

So ist er im Aufsichtsrat der Bank der Österreichischen Postsparkasse Aktiengesellschaft. Diese ist eine 100 % Tochter der Österreichischen Postsparkasse Aktiengesellschaft, an der die Post und Telekombeteiligungsverwaltungsgesellschaft alle Anteile (100 %) hält. In dieser Gesellschaft sind ebenfalls 100 % der PTA und 75 % der Mobilkom enthalten.

Die Stellung des Dkfm. Dr. Oskar Grünwald als langjähriges Vorstandsmitglied in der ÖIAG und verschiedener Tochterfirmen der ÖIAG, sein ständiges Büro in der ÖIAG, seine Ansprüche auf eine Firmenpension usw. bringt mit sich, daß er seinem langjährigen Arbeitgeber durch besondere Treuepflichten verbunden sein dürfte und in seiner Stellung naturgemäß deren Unternehmenszielen dienen und diese erreichen will.

Die langjährige Mitarbeit in einem Unternehmen und die Unterwerfung unter bestimmte Unternehmensziele, an deren Gestaltung er noch dazu an entscheidender Stelle aktiv mitgewirkt hat, bewirkt psychologisch eine gewisse Identifikation mit diesen Zielen, die dann (unbewußt) in den Handlungen des Betroffenen zum Ausdruck kommen. Obwohl Dkfm. Dr. Oskar Grünwald bereits im Ruhestand ist, ist wohl davon auszugehen, daß er noch immer die Interessen seiner ehemaligen Dienstgeber bzw. Unternehmen ÖIAG und Siemens AG Österreich, und damit der Post und Telekom Austria, deren Tochter Mobilkom Austria, und der Max-mobil besonders beachten wird. Dies begründet einen äußeren Anschein, der die Unbefangenheit, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in Zweifel ziehen läßt.

Unabhängig davon, ob Dkfm. Dr. Oskar Grünwald tatsächlich subjektiv versucht haben mag, unparteilich zu sein, spricht schon der nach objektiven Maßstäben zu beurteilende "äußere Anschein" eindeutig wegen seines Naheverhältnisses zu unseren Konkurrenzunternehmen gegen seine Unbefangenheit, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, womit Dr. Grünwald als Mitglied der Telekom-Control-Kommission nicht angehören darf (Art. 6 EMRK, § 112 Abs 3 Zi 2 TKG).

Im übrigen wurde uns auch keine Gelegenheit geboten, die Befangenheit des Mitgliedes der Telekom-Conrol-Kommission, Dkfm. Dr. Oskar Grünwald, geltend zu machen und ihn als Mitglied abzulehnen, weil uns die Zusammensetzung des tatsächlich entscheidenden Gremiums nicht vorher bekanntgegeben wurde."

In der umfangreichen "Ergänzende(n) Äußerung" vom Oktober 2003 der Beschwerdeführerin wird betreffend die von der Beschwerdeführerin angenommene Befangenheit des in Rede stehenden Mitglieds insbesondere Folgendes ausgeführt:

"Das offenkundige Naheverhältnis zu ihren Mitbewerbern und die sich daraus ergebenden Ausschließungsgründe bzw. Befangenheitsgründe des Dkfm. Dr. Grünwald werden hier näher und ergänzend zum bisher Vorgebrachten dargestellt. Dabei kristallisieren sich drei Hauptlinien der - in den Jahren 1997, 1998, 1999 und 2000 ('Dies ist der

Zeitraum, wo TriCoTel verschiedene Verfahren bei der Telekom-Control-Commission anhängig laufen gehabt hat.) die Befangenheit und den Ausschluss des Dkfm. Dr. Grünwald aus der Behörde Telekom-Control-Kommission begründende(n) - Tatbestände heraus. Es sind dies:

-

sein Naheverhältnis zur 'Bank der Österreichischen Postsparkasse AG' ... , deren Muttergesellschaft 'Österreichische Postsparkasse AG' ... am 1.11.1997 einen auf unbestimmte Zeit, mindestens jedoch 15 Jahre laufenden, Kooperationsvertrag mit der 'Post und Telekom Austria AG' ... geschlossenen hat. Weiters übte die 100 %-ige 'Großmuttergesellschaft' der 'Bank der Österreichischen Postsparkasse AG', nämlich die PTBG ..., zwischen Mai 1996 und Mai 2000 zu 100 % die Aktionärsrechte des Bundes an der 'Post und Telekom Austria AG' aus. Die 'Post und Telekom Austria AG' nahm die Tätigkeiten der Telekom-Control-Kommission in vielen Verfahren im Sinne des § 112 Abs. 3 TKG 1997 in Anspruch (Konzessions-, Frequenzzuteilungs-, Marktbeherrschungs- und Zusammenschaltungsverfahren, usw.) So hat die 'Post und Telekom Austria AG' beispielsweise von der Telekom-Control-Kommission am 17.12.1997 jeweils einen Konzessionsbescheid für öffentliche Sprachtelefoniedienste und Mietleitungsdienste erhalten. Ebenso hat die 'Post und Telekom Austria AG' eine Konzession zur Erbringung des öffentlichen Mobilfunkdienstes am 2. Juli 1996 erhalten (Bescheid des BM für Wissenschaft, Verkehr und Kunst GZ 120234/IV-JD/96). Seit Inkrafttreten des TKG 1997 fällt gemäß § 111 iVm. § 14 Abs. 1 TKG 1997 auch die Regulierung von öffentlichen Mobilfunkdiensten in die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission.

-

sein Naheverhältnis zur ÖIAG, die die Vorbereitungen zum Verkauf bzw. Privatisierung der 'Mobilkom Austria AG' ... und der 'Telekom Austria AG' ... in den Jahren 1997 bis 2000 durchführte. 'Mobilkom Austria AG' und 'Telekom Austria AG' nahmen und nehmen die Tätigkeiten der Telekom-Control-Kommission in vielen Verfahren im Sinne des § 112 Abs. 3 TKG 1997 in Anspruch (Konzessions-, Frequenzzuteilungs-, Marktbeherrschungs- und Zusammenschaltungsverfahren, usw.) So hat 'Telekom Austria AG' beispielsweise von der Telekom-Control-Kommission am 14.5.1998 Konzessionsbescheide zur Einbringung des öffentlichen Sprachtelefoniedienstes und für das öffentliche Anbieten von Mietleitungen erhalten. 'Mobilkom Austria AG' hat beispielsweise am 10.8.1998 einen Konzessionsbescheid von der Telekom-Control-Kommission erhalten, der auch eine Frequenzzuteilung im DCS-1800 MHz Bereich umfasste.

-

Sein Naheverhältnis zur ÖIAG, die bis Februar 1999 indirekt über Siemens AG Österreich an max.mobil ... beteiligt war. Ebenso sein Naheverhältnis zur 'Siemens AG Österreich' selbst, die bis Februar 1999 indirekt zu 14,8 % an max.mobil ... beteiligt war. Max.mobil nahm und nimmt die Tätigkeiten der Telekom-Control-Kommission in vielen Verfahren im Sinne des § 112 Abs. 3 TKG 1997 in Anspruch (Konzessions-, Frequenzzuteilungs-, Marktbeherrschungs- und Zusammenschaltungsverfahren, usw.)."

Die Beschwerdeführerin veranschaulicht das vorgebrachte "Beziehungsgeflecht" von Dkfm. Dr. Grünwald in der ÖIAG-Holding und ihren Beteiligungsfirmen sowie sein rechtliches und faktisches Naheverhältnis "zu Bescheidempängern" der belangten Behörde in der Ergänzenden Äußerung insbesondere anhand zweier (jeweils für die Zeit vor bzw. nach dem 20. Mai 2000 maßgeblichen) Organigramme, ferner enthält diese Äußerung - nach Unternehmen gegliedert - Erläuterungen zu diesen Organigrammen sowie Ausführungen zu den Erklärungen von Dr. Grünwald, dass er sich bezüglich von der belangten Behörde geführten behördlichen Verfahren nicht für befangen erachte. Schließlich ging diese Äußerung auf die Auswirkungen der von der Beschwerdeführerin behaupteten Befangenheit von Dr. Grünwald ein und führt dazu unter anderem Folgendes aus:

"In dieser immer enger werdenden rechtlichen und faktischen (wirtschaftlichen und personellen) Verflechtung der Beteiligungen der ÖIAG, die im Sinne des § 112 Abs. 3 Z 2 TKG 1997 zum rechtlichen und faktischen Naheverhältnis zu jenen Personen führte, die die Tätigkeit der Telekom-Control-Kommission in Anspruch nehmen, übte Dr. Grünwald, wie bereits dargestellt, mehrere leitende Funktionen in den Firmenorganen Vorstand und Aufsichtsrat aus. Seine Funktion als Mitglied der Telekom-Control-Kommission übte Dr. Grünwald dennoch bis 4. November 2002 aus.

Die Stellung des Dr. Grünwald als langjähriges (21 Jahre lang) Vorstandsmitglied in der ÖIAG, davon 15 Jahre als Vorsitzender des Vorstandes, seine Aufsichtsratsfunktionen in verschiedenen Tochterfirmen der ÖIAG wie z.B. bei

OMV AG oder Bank der Österreichischen Postsparkasse AG, sein ständiges Büro in der ÖIAG bzw. OMV, sein entgeltlicher Beratungsvertrag mit der ÖIAG bezüglich OMV AG und APK, seine - wie wir annehmen - Ansprüche auf Erhalt einer Firmenpension usw. bringen mit sich, dass er seinem langjährigen Arbeitgeber ÖIAG durch besondere Treuepflichten verbunden sein dürfte und in seiner Stellung naturgemäß deren Unternehmenszielen dienen und diese erreichen will.

Die langjährige Mitarbeit in einem Unternehmen und die Unterwerfung unter bestimmte Unternehmensziele, an deren Gestaltung er noch dazu an entscheidender Stelle aktiv mitgewirkt hat, bewirkt erfahrungsgemäß psychologisch eine gewisse Identifikation mit diesen Zielen, die dann in den Handlungen des Betroffenen zum Ausdruck kommen. Es dürfte davon auszugehen sein, dass Dr. Grünwald auch später noch die Interessen seiner ehemaligen Dienstgeber bei der ÖIAG und den zur Holding gehörenden Unternehmen bzw. verbundenen Unternehmen, und damit der Telekom Austria AG, deren Tochter Mobilkom, und der max.mobil, besonders beachten wird. Das gilt ebenso für Unternehmen, verbundene Unternehmen und Konzerngruppen, wo er Aufsichtsrat bzw. Berater war oder noch immer ist.

Bei diesem offenkundigen Interesse des Dr. Grünwald am Erfolg einzelner Tochterfirmen (z.B. OMV AG, APK Pensionskasse AG) ist wohl auch ein Interesse am Erfolg der Mutterholding ÖIAG und auch ein Erfolg aller anderen Tochter- und Beteiligungsfirmen der ÖIAG nachvollziehbar, jedenfalls nie auszuschließen. Aufgrund der dargelegten Firmenverflechtungen dürfte das Interesse des Dr. Grünwald am wirtschaftlichen Erfolg der Mobilkom und max.mobil in der Natur der Sache gelegen sein.

Dies begründet einen äußeren Anschein, der an der Unbefangenheit, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Kommissionsmitgliedes Dr. Grünwald bei Entscheidungen über Anträge von Mobilkom, max.mobil und ihren Mitbewerbern (TriCoTel, Connect Austria, Hutchinson 3G, European Telekom) Zweifel aufkommen lassen muss." (Ohne Hervorhebungen im Original.)

2.2. Bezüglich dieses Vorbringens stützt sich die Beschwerdeführerin in rechtlicher Hinsicht - soweit aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts relevant - zunächst auf die Richtlinie 97/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 16. Oktober 1997, ABl Nr. L 295 vom 29. Oktober 1997, S 0023 - 0034, und zwar auf den neunten Erwägungsgrund dieser Richtlinie sowie auf den mit Art. 1 Z. 6 dieser Richtlinie in die Richtlinie 90/387/EWG eingefügten Art. 5a Abs. 2. Der neunte Erwägungsgrund der Richtlinie 97/51/EG lautet:

"(9) Nach dem Grundsatz der Trennung hoheitlicher und betrieblicher Funktionen garantieren die Mitgliedstaaten die Unabhängigkeit ihrer Regulierungsbehörde(n), um die Unparteilichkeit der Entscheidungen dieser Regulierungsbehörden sicherzustellen; ferner gewährleisten sie, dass sie bei der Umsetzung der ordnungspolitischen Grundlagen des Gemeinschaftsrechts eine zentrale Rolle wahrnehmen. Die Anforderung der Unabhängigkeit berührt nicht die institutionelle Autonomie und die verfassungsmässigen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten und auch nicht den Grundsatz der Neutralität im Hinblick auf die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten nach Artikel 222 des Vertrags. Die nationalen Regulierungsbehörden sollten in bezug auf Personal, Fachwissen und finanzielle Ausstattung über die für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben notwendigen Mittel verfügen."

Der in Rede stehende Art. 5a der Richtlinie 90/387/EWG lautet:

"Artikel 5a

(1) Werden die der nationalen Regulierungsbehörde durch gemeinschaftliche Rechtsvorschriften zugewiesenen Aufgaben von mehr als einer Stelle ausgeführt, so stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die von jeder Stelle wahrzunehmenden Aufgaben öffentlich bekanntgemacht werden.

(2) Um die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden zu gewährleisten,

-

müssen diese sich rechtlich von allen Organisationen unterscheiden, die Telekommunikationsnetze, -geräte oder -dienste bereitstellen, und von diesen funktionell unabhängig sein;

-

müssen Mitgliedstaaten, wenn sie Eigentum an Organisationen behalten, die Telekommunikationsnetze und/oder -dienste bereitstellen, oder über diese eine wesentliche Kontrolle ausüben, eine wirksame strukturelle Trennung der hoheitlichen Funktion von Tätigkeiten im Zusammenhang mit Eigentum oder Kontrolle sicherstellen.



(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass geeignete Verfahren auf nationaler Ebene bestehen, um einer von einer Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde betroffenen Partei das Recht zu gewähren, bei einer von den betroffenen Parteien unabhängigen Stelle gegen diese Entscheidung Einspruch zu erheben.

(4) Die Mitgliedstaaten können Vorkehrungen treffen, damit die nationalen Regulierungsbehörden von den Organisationen, die Telekommunikationsnetze und/oder -dienste bereitstellen, alle Informationen erhalten können, die zur Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften erforderlich sind."

Ferner bezieht sich die Beschwerde auf Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste, ABl Nr. L 117 vom 7. Mai 1997, S 0015 - 0027. Diese Bestimmung lautet:

"Artikel 2

Begriffsbestimmungen

(1) Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

...

b) 'nationale Regulierungsbehörde' die Stelle oder Stellen, die von den Telekommunikationsunternehmen rechtlich und organisatorisch unabhängig sind und von einem Mitgliedstaat mit der Ausfertigung und der Überwachung der Einhaltung von Genehmigungen beauftragt sind;"

Auf dem Boden dieser Bestimmungen erweist sich das auf die Befangenheit des genannten Mitglieds der belangten Behörde gerichtete Vorbringen als nicht zielführend. Die belangte Behörde stellt nach den §§ 112 bis 114 TKG eine eigenständige - von den im zitierten Art. 5a Abs. 2 angesprochenen Organisationen bzw. deren Eigentümern völlig getrennte - und weisungsfreie Kollegialbehörde im Sinn des Art. 133 Z. 4 B-VG dar (vgl. etwa das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 24. Februar 1999, VfSlg 15427/1999). Mit dieser Eigenständigkeit und Unabhängigkeit ist die strukturelle Trennung der Besorgung ihrer Aufgaben von der Ausübung etwaiger Eigentümerrechte bzw. der Ausübung einer wesentlichen Kontrolle seitens österreichischer Gebietskörperschaften auf die besagten Organisationen sichergestellt. Der Gerichtshof hegt daher keinen Zweifel, dass die in Art. 5a Abs. 2 leg. cit. genannten Voraussetzungen für die Unabhängigkeit der belangten Behörde als Regulierungsbehörde gewährleistet sind.

2.3.1. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend die Befangenheit des in Rede stehenden Mitglieds der belangten Behörde zielt aber auch darauf ab, dass der angefochtene Bescheid mit Art. 6 EMRK im Widerspruch stehe. Diese Regelung kommt im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts - somit auch im vorliegenden Fall - zum Tragen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2003, Zl. 99/03/0423, mwH, insbesondere auch auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH)). Der EuGH hat auch ausgesprochen, dass in der Gemeinschaft keine Maßnahmen als rechtens anerkannt werden können, die mit der Beachtung der im Gemeinschaftsrecht anerkannten und gewährleisteten Menschenrechte unvereinbar sind. Demnach sind die Grundrechte sowohl von der Gemeinschaft als auch von ihren Mitgliedstaaten zu beachten (vgl. das Urteil des EuGH vom 12. Juni 2003 in der Rs C-112/00 (Eugen Schmidberger, Rz 73)). Die Vorgangsweise des EuGH in dem eben genannten Urteil zeigt, dass er die im Gemeinschaftsrecht gewährleisteten Grundrechte für unmittelbar anwendbar erachtet (vgl. dazu auch Öhlinger/Potacs, Gemeinschaftsrecht und österreichisches Recht<sup>2</sup>, 2001, S 57 f), und für das Verständnis der einschlägigen Regelungen der EMRK auch die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) heranzieht (zu letzterem vgl. auch die Vorgangsweise des EuGH in seinem Urteil vom 20. Mai 2003 in den verbundenen Rechtssachen C- 465/00 u.a. (Rechnungshof), Rz 73).

2.3.2. Der hier maßgebliche Teil des Art. 6 Abs. 1 EMRK lautet:

"Artikel 6 - Recht auf ein faires Verfahren

(1) Jedermann hat Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat. ..."

2.3.3. Auf dem Boden der Rechtsprechung des EGMR ist bei der Frage, ob eine Rechtssache den "zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen" und damit dem Art. 6 Abs. 1 EMRK unterfällt, zu prüfen, ob ein Streit über ein

"Recht" vorliegt, das (zumindest argumentierbarerweise) von der anzuwendenden Rechtsordnung als anerkannt angesehen werden kann, und wenn dies zutrifft, ob dieses "Recht" "zivilen" Charakter im Sinn des Art. 6 Abs. 1 hat (vgl. etwa das Urteil des EGMR vom 25. Oktober 1989, Zl. 18/1987/141/185, im Fall Allan Jacobsson gegen Schweden, Rz 66). Betreffend den Umstand, dass ein Streit über ein Recht vorliegt, verlangt die Rechtsprechung des EGMR, dass dieser Streit "echt und ernsthaft" sein muss (Rz 67 des zitierten Urteils im Fall Allan Jacobsson, vgl. auch das Urteil des EGMR vom 26. August 1997, Zl. 67/1996/686/876, im Fall Balmer-Schafroth gegen die Schweiz, Rz 32).

Nach § 12 Abs. 1 TKG ist jedermann berechtigt, Telekommunikationsdienste unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu erbringen. Von daher sowie angesichts des vorliegenden Beschwerdeverfahrens betreffend die von der Beschwerdeführerin beantragte Konzession kann kein Zweifel bestehen, dass es sich bei dem von der belangten Behörde geführten verwaltungsrechtlichen Verfahren um einen ernsthaften und echten Streit über ein Recht handelte.

Bei dem vor der belangten Behörde streitgegenständlichen Recht handelt es sich ferner um ein solches "ziviler Natur" im Sinn des Art. 6 Abs. 1 EMRK. Nach der Rechtsprechung des EGMR findet in dem in Rede stehenden Zusammenhang Art. 6 Abs. 1 EMRK Anwendung, wenn der Gegenstand einer Klage eine "vermögenswerte" Angelegenheit betrifft und wenn sie sich auf eine behauptete Verletzung von Rechten gründet, die in gleicher Weise vermögenswert sind oder wenn sein Ausgang "für private Rechte und Verbindlichkeiten" entscheidend ist (vgl. das Urteil des EGMR vom 25. November 1994, Zl. 33/1993/428/507, im Fall Ortenberg gegen Österreich, Rz 28). Der öffentlich-rechtliche Charakter der beantragten Konzession genügt nach der Rechtsprechung des EGMR nicht, die Rechte, die die Beschwerdeführerin durch ihren Antrag auf Erteilung einer Konzession zu erlangen trachtete, aus der Kategorie ziviler Rechte nach Art. 6 Abs. 1 EMRK auszuklammern. Die wirtschaftliche Nutzung der Konzession erfolgt zweifellos in der Form einer kommerziellen Tätigkeit. Sie wird in gewinnstüchtiger Absicht ausgeübt und beruht auf einer vertraglichen Beziehung zwischen dem Konzessionsinhaber und dem Kunden. Die Erteilung der von der Beschwerdeführerin beantragten Konzession ist die maßgebliche Voraussetzung für ihre Geschäftstätigkeit in diesem Sinn. Damit betrifft aber der beschwerdegegenständliche Rechtsstreit ein "ziviles Recht" und unterfällt somit dem Art. 6 Abs. 1 EMRK (vgl. in diesem Sinn etwa die Urteile des EGMR vom 27. Oktober 1987, Zl. 12/1968/110/158, im Fall Pudas gegen Schweden, Rz 37 f, und vom 19. April 1993, Zl. 90/1991/342/415, im Fall Kraska gegen die Schweiz, Rz 25). Im vorliegenden Fall steht der Anwendung des Art. 6 Abs. 1 EMRK auch nicht das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 14. Oktober 1987, VfSlg 11500/1987, entgegen. Ob die Frage der Erteilung der in Rede stehenden Konzession dem "Kernbereich" des Zivilrechts zuzuordnen ist, kann vorliegend dahin stehen. Zwar hat der Verfassungsgerichtshof in dem genannten Erkenntnis auf dem Boden des B-VG den Art. 6 Abs. 1 EMRK - unter Hinweis darauf, dass eine nicht bloß auf diesen Kernbereich beschränkte Anwendung des Art. 6 Abs. 1 EMRK bedeuten würde, dass der Beitritt Österreichs zur EMRK als Gesamtänderung der Bundesverfassung im Sinn des Art. 44 Abs. 3 B-VG zu behandeln gewesen wäre - nur für diesen Bereich für einschlägig erachtet. Unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht kommt aber der Vorrang gegenüber dem B-VG zu (vgl. etwa das schon zitierte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 24. Februar 1999, VfSlg 15427/1999). Infolge der Behandlung des Bundesverfassungsgesetzes über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, BGBl. Nr. 744/1994, nach Art. 44 Abs. 3 B-VG kommt dies jedenfalls auch für den Vorrang von unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht, das - wie das gemeinschaftsrechtliche Grundrecht im Sinn des Art. 6 EMRK - schon vor dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union im Gemeinschaftsrecht bestand, gegenüber dem durch Art. 44 Abs. 3 B-VG erfassten Bereich der verfassungsrechtlichen Grundordnung (den "leitenden Prinzipien" des B-VG, vgl. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 11. Oktober 2001, VfSlg 16327/2001) zum Tragen.

2.3.4. Das Erfordernis der Unparteilichkeit in Art. 6 Abs. 1 EMRK weist nach der gefestigten Rechtsprechung des EGMR zwei Gesichtspunkte auf. Erstens muss das Tribunal im Sinn dieser Bestimmung - vorliegend die belangte Behörde - unparteiisch sein, d. h. kein Mitglied des Tribunals darf irgendein persönliches Vorurteil oder eine Befangenheit aufweisen. Die persönliche Unparteilichkeit wird vermutet, es sei denn, es liegen Beweise für das Gegenteil vor. Zweitens muss das Tribunal auch von einem objektiven Gesichtspunkt aus betrachtet unparteiisch sein, d.h. es muss ausreichend Garantien bieten, um jeden berechtigten Zweifel in diesem Zusammenhang auszuschließen. Ob die Unparteilichkeit im Sinn des Art. 6 Abs. 1 EMRK gegeben ist, muss daher im Sinn einer subjektiven Prüfung beurteilt werden, das heißt auf der Grundlage der persönlichen Überzeugung eines bestimmten Mitglieds eines Tribunals in einem bestimmten Fall, aber auch im Sinn einer objektiven Prüfung dahingehend, ob dieses Mitglied ausreichende

Gewähr bot, jeden legitimen Zweifel in dieser Richtung auszuschalten. Bei der objektiven Prüfung ist zu entscheiden, ob unabhängig vom persönlichen Verhalten des Mitglieds eines Tribunals feststellbare Umstände vorliegen, die Zweifel in Bezug auf seine Unparteilichkeit erwecken könnten. In dieser Hinsicht kann sogar der äußere Anschein von einer gewissen Bedeutung sein. Was auf dem Spiel steht, ist das Vertrauen, das Tribunale in einer demokratischen Gesellschaft gegenüber der Öffentlichkeit erwecken müssen. Demgemäß muss sich jedes Mitglied eines Tribunals, im Bezug auf den ein berechtigter Grund besteht, einen Mangel an Unparteilichkeit zu befürchten, seines Amtes enthalten. Bei der Entscheidung, ob in einem bestimmten Fall ein berechtigter Grund zur Befürchtung besteht, dass einem bestimmten Mitglied des Tribunals die Unparteilichkeit fehlt, ist der Standpunkt des Betroffenen wichtig, aber nicht entscheidend. Entscheidend ist, ob diese Befürchtung als objektiv gerechtfertigt angesehen werden kann. Dabei muss in jedem einzelnen Fall entschieden werden, ob eine von der betroffenen Person aufgeworfene Nahebeziehung so beschaffen und von solchem Ausmaß ist, dass sie auf ein Fehlen der Unparteilichkeit des Tribunals hinweist. Dabei geht es nicht darum, die relevante Rechtslage und die darauf gestellte Praxis in abstracto zu überprüfen, sondern darum, zu beurteilen, ob die Art, in der sie auf die betroffene Person angewendet wurde oder sie betraf, eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 bewirken musste (Vgl. zum Ganzen etwa die Urteile des EGMR vom 24. Mai 1989, Nr. 11/1987/134/188, im Fall Hauschildt gegen Dänemark, Rz. 45 ff, vom 25. Juni 1992, Nr. 47/1991/299/370, im Fall Thorgeir Thorgeirson gegen Island, Rz. 49 ff, vom 10. Juni 1996, Nr. 20/1995/526/612 im Fall Pullar gegen das Vereinigte Königreich, Rz 28 ff, vom 21. Dezember 2000, Nr. 33958/96, im Fall Wettstein gegen die Schweiz, Rz. 41 ff, sowie Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S 348 ff, mwH auf die einschlägige Rechtsprechung des EGMR).

2.3.5. Die Beschwerdeführerin gründet ihre Bedenken, dass der belangten Behörde infolge der Mitwirkung des Genannten an der Erlassung des angefochtenen Bescheids nach dem äußeren Anschein die "Unbefangenheit, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit" fehle, zusammengefasst darauf, dass auf dem Boden der im Rahmen der ÖIAG bestehenden Firmenverflechtung und seine dortigen (früheren) Funktionen das Interesse des genannten Mitglieds der belangten Behörde am wirtschaftlichen Erfolg der Mobilkom AG und der max.mobil Telekommunikation Service GmbH in der Natur der Sache liege.

Aus dem in der besagten Ergänzenden Äußerung enthaltenen Organigramm für die Zeit vor dem 20. Mai 2000, das für den Zeitpunkt der Erlassung des bekämpften Bescheides maßgeblich ist, ergibt sich für die max.mobil Telekommunikation Service GmbH Folgendes: An diesem Unternehmen kam der Siemens AG Österreich bis Februar 1999 ein Anteil von 14,8 % zu. Bis zum Jahr 1994 war Dr. Grünwald im Aufsichtsrat des letztgenannten Unternehmens tätig. 26 % der Siemens AG Österreich standen zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides im Eigentum der EBV GmbH, die ihrerseits zu 100 % im Eigentum der IBVG GmbH stand. Das zuletzt genannte Unternehmen stand zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheids zu 100 % im Eigentum der ÖIAG, deren Vorstand Dr. Grünwald vom 1. April 1972 bis 31. Dezember 1993 gewesen war.

Für die Mobilkom Austria AG ergibt sich aus diesem Organigramm Folgendes: Dieses Unternehmen stand zu 75 % im Eigentum der Telekom Austria AG, die ihrerseits zu 100 % im Eigentum der Post und Telekom Austria AG war, wobei nach dem Organigramm eine Personalunion der Vorstände der beiden genannten Unternehmen bestand. 100 % der Aktionärsrechte der Post und Telekom Austria AG wurden von der PTBG (Holding) ausgeübt, wobei eine Personalunion der Vorstände der ÖIAG sowie der genannten Holding bestand.

Nach dem in Rede stehenden Organigramm scheint Dr. Grünwald in den bisher genannten Unternehmungen - mit Ausnahme seiner bereits vor einigen Jahren beendeten Funktionen im Vorstand der ÖIAG bzw. im Aufsichtsrat der Siemens AG Österreich - nicht auf. Dr. Grünwald ist nach dem besagten Organigramm aber mit der Funktion als Vorsitzender des Aufsichtsrats der OMV AG ausgewiesen, an welcher (seit Mai 1996) die ÖIAG 35 % der Anteile hält. Weiters scheint Dr. Grünwald als Aufsichtsratsvorsitzender der APK Pensionskasse AG auf, die "zwischen 25 % und 28 %" im Eigentum der ÖIAG stand. Bezüglich der OMV AG und der APK Pensionskasse AG bestanden nach dem genannten Organigramm ferner jeweils ein entgeltlicher Beratungsvertrag zwischen Dr. Grünwald und der ÖIAG. Schließlich ist diesem Organigramm entnehmbar, dass Dr. Grünwald auch dem Aufsichtsrat der Bank der Österreichischen Postsparkassen AG bis Oktober 1998 angehörte, die zu 100 % im Eigentum der Österreichischen Postsparkasse AG stand, welche ihrerseits zur Gänze im Eigentum der (schon genannten) PTBG (Holding) stand. Zwischen der Siemens AG Österreich sowie der Telekom Austria AG, der Mobilkom Austria AG sowie der max.mobil GmbH bestehen nach dem Organigramm weiters "Lieferantenverträge".

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die drei Unternehmen, in denen Dr. Grünwald zum Zeitpunkt des angefochtenen Bescheids im Aufsichtsrat tätig war, (nämlich die OMV AG, die APK Pensionskasse AG sowie die Bank der Österreichischen Postsparkassen AG) zu den von der Beschwerdeführerin genannten Konkurrenten, nämlich zur Mobilkom Austria AG und zur max.mobil Telekommunikation Service GmbH, sowie ferner auch zur Telekom Austria AG, in keinem oder nur in einem sehr entfernten Zusammenhang stehen. Die OMV AG sowie die APK Pensionskasse AG, bezüglich derer auch die aus dem Organigramm ersichtlichen Beratungsverträge bestanden, haben mit den von der Beschwerdeführerin genannten Konkurrenzunternehmen überhaupt keine Verbindung, die Bank der Österreichischen Postsparkasse AG steht mit der Telekom Austria AG und der Mobilkom Austria AG lediglich insofern in einem sehr entfernten Verhältnis, als (wie schon erwähnt) die beiden zuletzt genannten Unternehmen die Tochter bzw. die Enkeltochter der Post und Telekom Austria AG darstellen, deren Aktionärsrechte zu 100 % von der PTBG (Holding) - der "Großmutter" der Bank der Österreichischen Postsparkasse AG - ausgeübt werden, und die Post und Telekom Austria AG nach dem Organigramm mit der Mutter der genannten Bank über einen "Kooperationsvertrag" verfügt. Zwischen der ÖIAG und der PTBG (Holding) gibt es - wie sich dem in Rede stehenden Organigramm entnehmen lässt - keine kapitalmäßige Verflechtung, weshalb es sich bei ihnen - auch angesichts der Unternehmensziele - um voneinander völlig getrennte Unternehmen handelt. Dass aber die genannte Bank in ihren Bankgeschäften Berührungen mit der Telekom Austria AG, der Mobilkom Austria AG oder der max.mobil Telekommunikation Service GmbH gehabt hätte, wird von der Beschwerdeführerin nicht vorgebracht. Die Beteiligung der ÖIAG an der max.mobil Telekommunikation Service GmbH ist dadurch gekennzeichnet, dass die Siemens AG Österreich als "14,8 %ige Mutter" dieser Gesellschaft ihrerseits nicht direkt, sondern über zwei zwischengeschaltete Unternehmen verbunden ist (die Siemens AG Österreich ist so gesehen die "Urenkelin" der ÖIAG, die max.mobil deren "Ururenkelin"), und ferner die Anteile des Mutterunternehmens EBV GmbH an ihrer Tochter Siemens AG Österreich lediglich 26 % betragen, und die max.mobil Telekommunikation Service GmbH ihrerseits lediglich zu 14,8 % im Eigentum der Siemens AG Österreich steht. Diese Anteilsstruktur bedeutet, dass rechnerisch lediglich etwa ein Viertel der 14,8 % - das sind etwa 3,7 % der Anteile, somit nur ein sehr geringer Teil - dem Bereich der ÖIAG zugerechnet werden kann.

Zusammengefasst ergibt sich somit folgendes Bild: Von den von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführten Konkurrenten zählt lediglich die max.mobil Telekommunikation Service GmbH - und diese zu einem ganz geringen Geschäftsanteil - zu dem Bereich, der eigentumsmäßig der ÖIAG zurechenbar ist. Zur Telekom Austria AG sowie zur Mobilkom Austria AG besteht überhaupt keine über Eigentumsanteile bestehende Beziehung und damit keine kapitalmäßige Verflechtung, vielmehr besteht eine Relation nur insofern, als eine Personalunion der Vorstände der ÖIAG sowie der PTBG (Holding) gegeben ist. Die ÖIAG sowie die PTBG sind damit (wie schon erwähnt) - auch bezüglich ihrer Unternehmensziele - völlig getrennt. Weder die Mobilkom Austria AG noch die Telekom Austria AG stehen zum Entscheidungszeitpunkt im direkten bzw. indirekten Eigentum der ÖIAG. Damit kann aber nicht davon gesprochen werden, dass die Geschäftstätigkeit der max.mobil Telekommunikation Service GmbH - an der sie indirekt zu einem ganz geringen Prozentsatz beteiligt ist - sowie die Geschäftstätigkeit der Mobilkom Austria AG und der Telekom Austria AG - an denen sie weder direkt noch indirekt beteiligt ist - auf dem Boden der eigenen Unternehmensziele für die ÖIAG von einer maßgeblich ins Gewicht fallenden wirtschaftlichen Bedeutung sein kann. Angesichts dieser (betreffend die max.mobil Telekommunikation Service GmbH) ganz minimalen bzw. (betreffend die Mobilkom Austria AG sowie die Telekom Austria AG) überhaupt fehlenden wirtschaftlichen Bedeutung ihrer jeweiligen Geschäftstätigkeit für die Geschäftstätigkeit der ÖIAG ist es für die Beurteilung der Frage, ob unabhängig vom persönlichen Verhalten von Dr. Grünwald als Mitglied der belangten Behörde Umstände gegeben sind, die Zweifel im Bezug auf dessen Unparteilichkeit erwecken könnten, unerheblich, in welchem Verhältnis Dr. Grünwald zur ÖIAG selbst steht. Somit ist es entbehrlich, auf das diesbezügliche Vorbringen der Beschwerdeführerin näher einzugehen.

Im vorliegenden Fall ist daher nicht anzunehmen, dass die von der Beschwerdeführerin behauptete Nahebeziehung von Dr. Grünwald zur ÖIAG dazu führen kann, dass er zu einer vorgefassten Meinung in der Sache der Beschwerdeführerin hätte bewegt werden können. Wenn die von der Beschwerdeführerin dargestellte frühere bzw. gegenwärtige Position von Dr. Grünwald im Rahmen der ÖIAG und ihrer Tochterfirmen Zweifel auf Seiten der Beschwerdeführerin auslösen, können diese auf dem Boden des Gesagten aber nicht als objektiv gerechtfertigt angesehen werden.

2.3.6. Schließlich bringt die Beschwerdeführerin in der Ergänzenden Äußerung im Anschluss an ihre Ausführungen zu

den in Rede stehenden Unternehmen in einem "Exkurs: Eisenbahn-Hochleistungsstrecken AG" im Wesentlichen noch Folgendes vor: Die Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) hätten zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides 25,2 % der Anteile "an dem konzessionierten Festnetzbetreiber tele.ring" gehalten. Das zuletzt genannte Unternehmen sei seit dem 23. Jänner 1998 Inhaberin einer ihr von der belangten Behörde erteilten Festnetzkonzession gemäß § 14 Abs. 2 Z. 1 TKG, an dieser Entscheidung habe auch Dr. Grünwald mitgewirkt. Dr. Grünwald sei seinerseits zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides "Stellvertreter des Vorsitzenden des Aufsichtsrates der Eisenbahn-Hochleistungsstrecken AG" (HL-AG) gewesen. Danach sei der genannte Festnetzbetreiber "Bescheidempfänger einer Reihe von weiteren Bescheiden" der belangten Behörde gewesen. Die HL-AG stehe mit den ÖBB nun insofern in einem Naheverhältnis, als beide Unternehmen "dem gleichen Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie" "unterstehen bzw. unterstanden", und sich ferner auf der Homepage der ÖBB ein "Button/Link zur HL-AG "unter dem Register 'ÖBB Aktuell' " finde, was auf ein Naheverhältnis dieser beiden Unternehmen hindeute. Ferner ergebe sich ein Naheverhältnis zwischen den beiden Unternehmungen daraus, dass die HL-AG die Eisenbahn-Hochleistungsstrecken für die Benützung durch die ÖBB und andere Eisenbahnunternehmen baue.

Auch mit diesem Vorbringen gelingt es der Beschwerdeführerin nicht, ein Naheverhältnis von Dr. Grünwald geltend zu machen, das - bei einer objektiven Betrachtung - diesen dazu hätte führen können, ihn zu einer vorgefassten Meinung in der Sache der Beschwerdeführerin, nämlich ihrem Antrag auf Erteilung einer Konzession für die Erbringung des öffentlichen Sprachtelefon- und Datendienstes mittels eines selbst betriebenen Mobilfunknetzes, zu bewegen. Zwischen der ÖBB, die den besagten Anteil an dem Unternehmen tele.ring hält, und der HL-AG, in deren Aufsichtsrat Dr. Grünwald tätig ist, bestehen auf der Grundlage des Vorbringens der Beschwerdeführerin keine direkten oder indirekten anteilmäßigen Beteiligungen, vielmehr handelt es sich diesbezüglich um voneinander völlig unabhängige Unternehmen. Aus dem Umstand, dass die HL-AG die Eisenbahnhochleistungsstrecken für die Benützung durch die ÖBB und andere Eisenbahnunternehmen baue, kann nicht abgeleitet werden, dass ein Mitglied im Aufsichtsrat der HL-AG zum Vorteil eines zu etwa 25 % im Eigentum der ÖBB stehenden Tochterunternehmens tätig wird, wenn dieses Tochterunternehmen - wie vorgebracht - zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides nicht im Mobilfunkbereich, in den der vorliegende Antrag der Beschwerdeführerin fällt, sondern als Inhaberin einer Festnetzkonzession im Telekombereich tätig ist. Dass die ÖBB bzw. die HL-AG dem Ressortbereich desselben Bundesministers zuzuordnen sind, bedeutet zudem nicht, dass ihren Geschäftstätigkeiten - selbst wenn man berücksichtigt, dass die HL-AG Eisenbahnhochleistungsstrecken für die Benützung durch die ÖBB und andere Eisenbahnunternehmen baut - im Mobilfunkbereich die selben wirtschaftlichen Interessen zugrunde liegen.

3.1. Die Beschwerdeführerin wendet weiters ein, es sei zweifelhaft, ob es sich bei der belangten Behörde überhaupt

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

© 2024 JUSLINE

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

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