

## Bescheid

### I. Spruch

1. Der Antrag der K [REDACTED], vom 14.04.2004 auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk unter Zuordnung der Übertragungskapazitäten KITZBUEHEL 3 (Seidlalm) 106,0 MHz und S JOHANN TIR (Harschbichl) 87,7 MHz wird gemäß § 13 Abs. 2 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 136/2001, als verspätet zurückgewiesen.
2. Der Antrag der K [REDACTED] vom 04.05.2004 auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl. I Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 10/2004, gegen die Versäumung der in der Ausschreibung der KommAustria vom 09.02.2004, KOA 1.193/04-53, bestimmten Frist, innerhalb derer Anträge auf Zuordnung der Übertragungskapazitäten KITZBUEHEL 3 (Seidlalm) 106,0 MHz und S JOHANN TIR (Harschbichl) 87,7 MHz zu einem bestehenden Versorgungsgebiet oder auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk in diesem Versorgungsgebiet gestellt werden können, wird gemäß § 13 Abs. 2 PrR-G als unzulässig zurückgewiesen.

### II. Begründung

#### Gang des Verfahrens

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat am 09.02.2004 unter der GZ KOA 1.193/04-53 die Übertragungskapazitäten KITZBUEHEL 3 (Seidlalm) 106,0 MHz und S JOHANN TIR (Harschbichl) 87,7 MHz gemäß § 13 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 136/2001, ausgeschrieben. Gemäß § 13 Abs. 2 PrR-G erfolgte die Ausschreibung am 13.02.2004 im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ und durch Bekanntmachung in der Tirolausgabe der „Neuen Kronenzeitung“ und der „Tiroler Tageszeitung“ sowie auf der Website der Regulierungsbehörde (<http://www.rtr.at>).

In der Ausschreibung wurde festgelegt, dass Anträge auf Zuordnung der Übertragungskapazitäten zu einem bestehenden Versorgungsgebiet oder auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im ausgeschriebenen Versorgungsgebiet bis spätestens 14.04.2004, 13 Uhr, bei der Kommunikationsbehörde Austria (per Adresse ihrer Geschäftsstelle Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH) einzulangen haben.

Am späten Nachmittag des 13.04.2003 kontaktierte Herr A [REDACTED] telefonisch den verfahrenszuständigen Mitarbeiter der RTR-GmbH, Dr. S [REDACTED], und teilte mit, dass er plane, im Hinblick auf diese Ausschreibung einen Antrag zu stellen, es sei jedoch zeitlich nicht mehr möglich, die antragstellende Gesellschaft zu gründen. Dr. S [REDACTED] informierte Herrn A [REDACTED] über die Bestimmung des § 3 Abs. 4 PrR-G betreffend die Nichtübertragbarkeit der Zulassung sowie die ständige Spruchpraxis des Bundeskommunikationssenates (beginnend mit BKS 14.12.2001, GZ 611.010/001-BKS/2001) zu § 3 Abs. 2 und § 5 Abs. 2 Z 1 PrR-G, nach der zur Frage der Rechts- und Parteifähigkeit auf das Ende der Antragsfrist abzustellen ist, und daher – im Falle einer GmbH – zumindest ein abgeschlossener Gesellschaftsvertrag vorzuliegen hat.

Am 14.04.2004 gegen 12 Uhr kontaktierte Herr A [REDACTED] erneut Dr. S [REDACTED] teilte ihm mit, dass er derzeit im Taxi auf dem Weg zum Notar sitzt, um die antragstellende Gesellschaft rechtzeitig vor Ausschreibungsende zu gründen. Der Antrag werde dann umgehend gefaxt, um die Antragsfrist zu wahren.

Um 13.02 Uhr hat am Faxanschluss der RTR-GmbH der Empfang eines Telefaxes begonnen, das als Antrag der K [REDACTED] (im Folgenden: Antragstellerin) auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk unter Zuordnung der Übertragungskapazitäten KITZBUEHEL 3 (Seidlalm) 106,0 MHz und S JOHANN TIR (Harschbichl) 87,7 MHz bezeichnet war. Dieses Fax wurde vom Anschluss der Notariatskanzlei von Dr. P [REDACTED] abgesendet.

In einem Telefonat mit Dr. S [REDACTED] um ca. 14 Uhr erkundigte sich Herr A [REDACTED] nach der Rechtzeitigkeit des Antrages. Dr. S [REDACTED] teilte ihm mit, dass nach den Aufzeichnung der RTR-GmbH der Antrag frühestens um 13:02 eingelangt sei. Herr A [REDACTED] und Dr. P [REDACTED], an den das Gespräch übergeben wurden, zeigten sich darüber verwundert, da das Faxgerät deutlich vor 13 Uhr gestartet worden sei. Dr. P [REDACTED] ersuchte um Überprüfung, inwieweit die Faxleitung der RTR-GmbH zum fraglichen Zeitpunkt besetzt gewesen sei, da er nach Start des Faxgerätes den Raum verlassen und die Übermittlung des Faxes nicht vollständig überwacht hätte.

In der Folge wurde ein Mitarbeiter der IT-Abteilung der RTR-GmbH beauftragt, den Zeitpunkt des Eingang des fraglichen Faxes, die Möglichkeit einer Blockierung des Faxanschlusses der RTR-GmbH sowie die Genauigkeit der entsprechenden Zeitangaben zu überprüfen. Über das Ergebnis der Überprüfung wurde ein Aktenvermerk erstellt und Dr. P [REDACTED] um ca. 14.30 telefonisch von Dr. S [REDACTED] informiert.

An diesem Tag langt weiters ein Fax von Dr. P [REDACTED] ein, in der er bekannt gab, die Antragstellerin rechtsfreundlich zu vertreten, sowie zur Rechtzeitigkeit des Antrages Stellung nahm.

Mit Schreiben vom 16.04.2004 (zugestellt am 20.04.2004) teilte die KommAustria der Antragstellerin das Ergebnis der Beweisaufnahme zur Rechtzeitigkeit des Antrags mit und erteilte darüber hinaus einen Mängelbehebungsauftrag nach § 13 Abs. 3 AVG unter anderem zur Vorlage der Nachweise nach § 7 Abs. 2 iVm Abs. 3 PrR-G (Staatsangehörigkeit) sowie der Unterlagen nach § 5 Abs. 2 Z 3 PrR-G (technisches Konzept). Dafür wurde eine Frist von zwei Wochen gesetzt.

Am 04.05.2004 brachte die Antragstellerin einen Schriftsatz ein, in dem sie nochmals zur Rechtzeitigkeit des Zulassungsantrages Stellung nahm und für den Fall einer Zurückweisung wegen Verspätung in eventu einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71 AVG beantragte. Gleichzeitig wurde die möglicherweise verspätete Handlung (Antragstellung) wiederholt sowie Unterlagen zur Erfüllung des Mängelbehebungsauftrages vorgelegt.

Mit Schreiben vom 10.05.2004 wurde den weiteren Parteien im gegenständlichen Zuordnungsverfahren Gelegenheit zur Stellungnahme zum Wiedereinsetzungsantrag gegeben.

Der Antragstellerin wurde mit Schreiben vom 12.05.2004 mitgeteilt, dass davon auszugehen ist, dass die Mängelbehebung vom 04.05.2004 unvollständig geblieben ist.

Am 12.05.2004 langte die Stellungnahme der R [REDACTED] und am 17.05.2004 jene der U [REDACTED] zum Wiedereinsetzungsantrag ein. Beide Stellungnahmen wurden der Antragstellerin mit Schreiben vom 24.05.2004 übermittelt.

Am 01.06.2004 langte eine (offenbar versehentlich mit 14.04.2004 datierte) Stellungnahme der Antragstellerin zur Vollständigkeit der Mängelbehebung ein. Mit Fax vom 02.06.2004 nahm die Antragstellerin außerdem zu den Vorbringen der anderen Parteien Stellung.

### **Entscheidungsrelevanter Sachverhalt**

In der Ausschreibung der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 09.02.2004 (KOA 1.193/04-53) betreffend die Übertragungskapazitäten KITZBUEHEL 3 (Seidlalm) 106,0 MHz und S JOHANN TIR (Harschbichl) 87,7 MHz wurde gemäß § 13 Abs. 2 PrR-G festgelegt, dass Anträge auf Zuordnung der Übertragungskapazitäten zu einem bestehenden Versorgungsgebiet oder auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im ausgeschriebenen Versorgungsgebiet bis spätestens 14.04.2004, 13 Uhr, bei der Kommunikationsbehörde Austria (per Adresse ihrer Geschäftsstelle Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH) einzulangen haben.

Am Abend des 13.04.2004 sowie am 14.04.2004 gegen 12 Uhr führte Herr A [REDACTED] telefonische Gespräche mit einem Mitarbeiter der RTR-GmbH hinsichtlich dieser Ausschreibung.

Nach diesen Telefonaten wurde der Notariatsakt betreffend die Gründung einer „K [REDACTED]“ errichtet.

Am 14.04.2004 langte bei der RTR-GmbH um 13.02 Uhr ein Fax der K [REDACTED] ein, in dem ein Antrag auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk mit den Übertragungskapazitäten KITZBUEHEL 3 (Seidlalm) 106,0 MHz und S JOHANN TIR (Harschbichl) 87,7 MHz gestellt wurde.

Im Antrag vom 14.04.2004 wird neben umfangreichen Angaben zum Antragsteller und zum geplanten Programm in technischer Hinsicht lediglich vorgebracht, dass das Programm über die ausgeschriebenen Übertragungskapazitäten KITZBUEHEL 3 (Seidlalm) 106,0 MHz und S JOHANN TIR (Harschbichl) 87,7 MHz ausgestrahlt wird.

In einem Telefonat am 14.04.2004 um ca. 14.30 Uhr wurde Dr. P [REDACTED] seitens der RTR-GmbH telefonisch darüber informiert, dass davon auszugehen sei, dass der Antrag verspätet eingegangen ist. Dr. P [REDACTED] brachte daraufhin am späteren Nachmittag für die Antragstellerin per Fax eine Stellungnahme ein, in der er ausführte, warum von der

Rechtzeitigkeit des Antrages auszugehen sei und dass im übrigen wohl die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung vorliegen würden.

Mit Schreiben der KommAustria vom 16.04.2004 (KOA 1.193/04-116), zugestellt am 20.04.2004, wurde die Antragstellerin unter anderem gemäß § 13 Abs. 3 AVG aufgefordert, binnen zwei Wochen ab Zustellung des Schreibens unter anderem folgende Unterlagen bzw. Angaben nachzureichen, widrigenfalls der Antrag auch wegen seiner Mangelhaftigkeit zurückzuweisen wäre:

„Darstellung über die für die Verbreitung des Programms geplanten Übertragungskapazitäten durch

- ein technisches Anlageblatt entsprechend dem auf [www.rtr.at](http://www.rtr.at) zum Abruf bereitgehaltenen Muster-Anlageblatt, in dem alle Punkte außer 19 und 21 ausgefüllt sind;
- ein Systemberechnungsblatt aus dem folgendes ersichtlich sein muss:
  - Gesamtantennengewinn bezogen auf den  $\lambda/2$  - Dipol
  - Zusatzdämpfungen verursacht durch Leitungen, Weichen, Koppler, Filter u.a. zwischen Senderausgang und Antenne sowie technische Bezeichnungen dieser verwendeten Elemente mit Angabe der relevanten technischen Daten (inkl. Länge der Zuleitung vom Sender zur Antenne)
- gerechnete Antennendiagramme (als Beilage die Firmendatenblätter der Einzelantennen)
  - Horizontaldiagramm (bei gemischter Polarisierung für die horizontale und vertikale Komponente)
  - Vertikaldiagramm (bei gemischter Polarisierung Summenleistung)

Alle Diagramme sollten im A4-Format gehalten sein, um die Ablesbarkeit der Werte und die Vergleichbarkeit mit den Werten im technischen Anlageblatt zu gewährleisten.“

Am 04.05.2004 wurde per Fax ein Schriftsatz zur Behebung der Antragsmängel eingebracht. Zur Darstellung der geplanten Übertragungskapazitäten waren darin neben Fotos und Skizzen lediglich jene technischen Anlageblätter, die Grundlage der Ausschreibung waren, sowie je ein Horizontaldiagramm enthalten, wobei jeweils darauf hingewiesen wurde, dass (abweichend von der Ausschreibung) eine zirkulare Polarisierung gewählt wurde.

Weiters wurde in diesem Schriftsatz der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 71 AVG gestellt.

## **Beweiswürdigung**

Die Feststellung hinsichtlich der Ausschreibung ergibt sich aus dem zitierten Ausschreibungsakt, die Tatsache der Telefonate aus den Angaben der Antragstellerin im Schriftsatz vom 04.05.2004 und 02.06.2004, die insoweit mit den Akten der Behörde (Aktenvermerk von Dr. S. [REDACTED] vom 14.04.2004) übereinstimmen.

Dass der Notariatsakt betreffend die Gründung der „K. [REDACTED]“ nach diesen Telefonaten errichtet wurden ergibt sich aus den Angaben der Antragstellerin im Schriftsatz vom 04.05.2004 („Insgesamt gelang es Herrn A. [REDACTED] [...] erst 30 Minuten vor Ausschreibungsende, beim Einschreiter [Notar Dr. P. [REDACTED]] zur Errichtung des Notariatsaktes einzutreffen.“) und dem insoweit übereinstimmenden Angaben im Aktenvermerk von Dr. S. [REDACTED] vom 14.04.2004 („Herr A. [REDACTED] ruft mich gegen 12 Uhr an und teilt mir mit, dass er derzeit im Taxi auf dem Weg zum Notar sitzt, um die antragstellende Gesellschaft rechtzeitig von Ausschreibungsende zu gründen.“)

Die Feststellung über den Zeitpunkt des Einlanges des Faxes vom 14.04.2004 ergibt sich für die Behörde mit dem hinreichenden Grad an Wahrscheinlichkeit („gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit“, VwGH 26.04.1995, 94/07/0033, vgl darüber hinaus *Hauer/Leukauf*, *Verwaltungsverfahren*<sup>6</sup> § 45 Abs 2 Nr 51 f) aus folgenden Erwägungen:

Der Ausdruck aus den Log-Files der Fax-EDV der RTR-GmbH weist für das gegenständliche Fax eine Zeit für „Created At“ um 13.02 Uhr und für „Send Time“ um 13.05 aus. „Created At“ bezieht sich dabei darauf, wann die entsprechende Datei angelegt wurde, was unmittelbar zum Beginn des Empfangs geschieht, während „Send Time“ den Zeitpunkt angibt, an dem die Datei von der Fax-EDV an das weitere EDV-System weitergeleitet wurde, der Fax-Empfang für das erste Fax von 11 Seiten also abgeschlossen war. Dass diese Zeitangaben in der Ansicht „Outbox“ abgelesen wurden, ändert daran nicht, da die „Created At“-Angabe sich stets auf die Erstellung der Datei beim ersten Empfang bezieht.

Eine Ungenauigkeit der Systemzeit von über einer Minute kann praktisch ausgeschlossen werden, zumal auch für andere, damit zusammenhängende Systeme der RTR-GmbH (etwa die elektronische Arbeitszeiterfassung) eine derartige Abweichung nicht toleriert werden würde. Darüber hinaus wurde die Genauigkeit der Zeiteinstellung im Zuge der Ermittlung des Eingangszeitpunktes unmittelbar im Serverraum durch einen Vergleich mit der telefonischen Zeitanzeige nochmals überprüft (Aktenvermerk vom 14.04.2004).

Die Einwände der Antragstellerin vermögen hingegen nicht zu überzeugen: Die am Fax angebrachte Kopfzeile, die auf der ersten Seite des Faxes „13.05 Uhr“ ausweist, wurde nicht von den Systemen der RTR-GmbH erzeugt, sondern vom Faxgerät des Absenders. Für die Beurteilung des Eingangszeitpunktes bei der Behörde ist sie daher nicht weiter relevant. Auch die Bestätigung der Antragstellerin (Herr A. [REDACTED] und Dr. P. [REDACTED] telefonisch am 14.04.2004 sowie Dr. P. [REDACTED] im Schriftsatz vom 04.05.2004), die Faxesendung sei jedenfalls mehrere Minuten vor 13 Uhr gestartet worden, kann ein Einlangen vor 13 Uhr bei der Behörde nicht belegen: Die Antragstellerin bringt selbst vor (Schriftsatz vom 04.05.2004, Seite 5), dass das Faxgerät in der Notariatskanzlei zunächst alle Seiten der Sendung einziehe und scanne (was im gegenständlichen Fall mehrere Minuten in Anspruch genommen habe) und erst dann mit der Sendung beginne. Daher und weil die Durchführung der Sendung nach dem Start des Faxgerätes nicht mehr näher überwacht wurde (Angabe von Dr. P. [REDACTED] im Telefonat mit Dr. S. [REDACTED] laut Aktenvermerk vom 14.04.2004, dass er nach dem Start des Faxgerätes den Raum verlassen hätte und daher nicht wisse, ob der Anschluss der RTR-GmbH eventuell besetzt gewesen wäre) erscheint ein Einlangen kurz nach 13 Uhr selbst bei einem Start des Faxgerätes (genauer: des Scanvorganges) deutlich vor 13 Uhr als nicht unwahrscheinlich, weshalb die Überzeugung von der überragenden Wahrscheinlichkeit des Einlangens nach 13 Uhr dadurch nicht erschüttert werden konnte.

Die Feststellungen zur Vollständigkeit des Antrags, zum Inhalt des Mängelbehebungsauftrages, zum Zeitpunkt der Zustellung des Mängelbehebungsauftrages, zum Inhalt der Mängelbehebung und zum Zeitpunkt des Einlangens der Mängelbehebung und des Wiedereinsatzantrages ergeben sich aus den betreffenden Schreiben nzw. Rückscheinen in den Akten der KommAustria.

Der Inhalt und Zeitpunkt des Telefonats mit Dr. P. [REDACTED] am Nachmittag des 14.04.2004 ergibt sich neben dem betreffenden Aktenvermerk auch aus dem Inhalt des Faxes, das Dr. P. [REDACTED] am späteren Nachmittag des selben Tages für die Antragstellerin eingebracht hat.

### **Zur Ausschreibungsfrist allgemein**

Gemäß § 13 Abs. 2 PrR-G hat die Regulierungsbehörde – nach § 32 Abs. 6 PrR-G ist dies die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) – in den Fällen des § 11 oder des § 13 Abs. 1 PrR-G die verfügbaren Übertragungskapazitäten im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ und durch Bekanntmachung in weiteren österreichischen Tageszeitungen und in sonstiger geeigneter Weise auszuschreiben und dabei eine mindestens zweimonatige Frist zu bestimmen, innerhalb deren Anträge auf Zuordnung der Übertragungskapazität zu einem bestehenden Versorgungsgebiet oder auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im ausgeschriebenen Versorgungsgebiet nach dem PrR-G gestellt werden können.

In der gegenständlichen Ausschreibung vom am 09.02.2004 wurde diese Frist derart festgelegt, dass die Anträge bis spätestens 14.04.2004, 13 Uhr, bei der KommAustria einzulangen haben.

Bei der Frist nach § 13 Abs. 2 PrR-G, innerhalb derer Anträge eingebracht werden können, handelt es sich nicht um eine verfahrensrechtliche, sondern um eine materiell-rechtliche Frist. Verfahrensrechtliche Fristen sind solche, die die Partei im Zug eines schon anhängigen Verwaltungsverfahrens zu setzen hatte (VwGH 3.7.1951 Slg 2174 A), nicht aber solche für die Geltendmachung eines materiellrechtlichen Anspruchs oder Antrags (VwGH 3.3.1950 Slg 1291 A). In der Gegenständlichen Frist konnten Anträge unter anderem auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk eingebracht werden, wodurch ein Zulassungsverfahren eingeleitet werden konnte. Langt innerhalb der Ausschreibungsfrist kein Antrag ein, so besteht dann auch kein Verfahren.

Funktionell ähnliche Fristen sieht das Bundesvergabegesetz 2002 vor. Auch die dort vorgesehenen Ausschreibungsfristen dienen dazu, die Interessenten zu ermitteln, um danach unter ihnen ein Auswahlverfahren durchführen zu können. Die Erläuterungen im Ausschussbericht zum Bundesvergabegesetz 2002 (1118 BlgNR, 21.GP) vor § 47, führen dazu aus, dass die Angebotsfristen der §§ 47 bis 49 BVergG 2002, innerhalb derer Angebote (etwa aufgrund einer Ausschreibung) gestellt werden können, materiell-rechtliche Fristen darstellen.

An der Qualifikation einer Frist als verfahrensrechtliche oder materiell-rechtliche ändert auch die Bestimmung des § 30 PrR-G (bzw. jene des § 14 Abs. 1 KommAustria-Gesetz), nach dem die KommAustria grundsätzlich das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) anzuwenden hat, nichts. Auch in Verfahren vor Verwaltungsbehörden, die das AVG anzuwenden haben, gibt es materiell-rechtliche Fristen, auf die etwa die §§ 32 f und §§ 71 f AVG nicht anzuwenden sind (*Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>8</sup> Rz 229).

### **Zur Verspätung (Spruchpunkt 1)**

Die Antragstellerin bringt vor, dass Anträge auf Zulassung nach § 5 Abs. 1 PrR-G jederzeit eingebracht werden können, und lediglich Anträge auf Zuordnung einer Übertragungskapazität einer Ausschreibung (und damit einer Ausschreibungsfrist) nach § 13 PrR-G unterliegen würden. Der verfahrensgegenständliche Antrag sei ein solcher nach § 5 Abs. 1 PrR-G, also nicht fristgebunden und damit nicht verspätet.

Dabei wird offenbar übersehen, dass nach dem eindeutigen Wortlaut des § 5 Abs. 1 PrR-G Zulassungsanträge nur in jenen Fällen jederzeit eingebracht werden können, wenn nicht § 13 PrR-G zur Anwendung kommt. § 13 Abs. 2 PrR-G bestimmt dann in ebenso eindeutiger Weise, dass im Falle einer Ausschreibung eine Frist zu setzen ist, „innerhalb deren Anträge auf Zuordnung der Übertragungskapazität zu einem bestehenden Versorgungsgebiet oder auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im ausgeschriebenen Versorgungsgebiet nach diesem Bundesgesetz gestellt werden können.“

Der gegenständliche Antrag zielt nicht nur inhaltlich auf die Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk unter Verwendung der in der gegenständlichen Ausschreibung bezeichneten Übertragungskapazitäten (sohin im ausgeschriebenen Versorgungsgebiet) ab, sondern bezieht sich schon auf dem Titelblatt sowie unter I.1. auch formell auf die Ausschreibung KOA 1.193/04-53.

Es kann daher kein Zweifel daran bestehen, dass der Antrag auf Grund dieser Ausschreibung gestellt wurde, womit § 5 Abs. 1 PrR-G nicht zur Anwendung kommt, und die Rechtzeitigkeit des Antrags im Hinblick auf die nach § 13 Abs. 2 PrR-G in der Ausschreibung gesetzte Frist zu prüfen ist.

Wie die Antragstellerin (unter Verweis offenbar auf *Wessely*, ÖJZ, 2000, 701) auch selbst vorbringt, gelten im Faxweg übermittelte Anbringen als entgegengenommen, wenn sie vom Endgerät (z.B. Faxgerät) der Behörde empfangen oder in den elektronischen Verfügungsbereich der Behörde gelangen. Selbst unter der Prämisse, die Frist des § 13 Abs. 2 PrR-G sei eine verfahrensrechtliche Frist (auf welche allein nämlich § 33 Abs. 3 AVG über die Nichteinrechnung des Postenlaufes anzuwenden wäre, *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>8</sup> Rz 229 f), käme es lediglich auf das Einlangen bei der Behörde an und nicht auf den Start der Übermittlung, da nach Ansicht des VwGH § 33 Abs. 3 AVG auf Telefax-Anbringen nicht anzuwenden ist (VwGH 21.09.2000, 2000/20/0167) bzw. das Benutzen einer Telefonleitung beim Absetzen eines Telefaxes von Begriffsverständnis des § 33 Abs. 3 AVG nicht erfasst wird (zuletzt VwGH 20.02.2004, 2003/18/0034).

Das Vorbringen der Antragstellerin zum Start des Faxgerätes deutlich vor 13 Uhr ist daher im Hinblick auf die Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Antrages nicht weiter relevant. Auf Basis des festgestellten Sachverhaltes ist daher von einem Eingang des Telefaxes nach Ende der gesetzten Ausschreibungsfrist auszugehen.

Der weitere Einwand, es sei technisch möglich, dass der Faxanschluss der Behörde auf Grund einer Mehrzahl von gleichzeitigen Fehlwahlen anderer Faxabsender besetzt gewesen sei, ohne dass dies in den durchgeführten Erhebungen zum Eingangszeitpunkt erkannt hätte werden können, vermag für die Frage der Rechtzeitigkeit des Eingangs nichts beizutragen.

Dass die (hier sehr hypothetische) faktische Unmöglichkeit der Antragseinbringung per Telefax knapp vor Ausschreibungsende nichts daran ändern kann, dass der Antrag zu spät eingegangen ist, ergibt sich etwa auch im Größenschluss daraus, dass sogar im (hier nicht vorliegenden) Fall der Weigerung der Behörde einen Antrag zu übernehmen (was einen Akt verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt darstellen würde, VwSlg A 10636/1982) kein Antrag vorliegt. Zur rechtlichen Irrelevanz der vergleichbaren Tatsache, wenn am letzten Tag der Frist kein Parteienverkehr stattfindet vgl VwGH 18.05.1995, 95/18/0850. Davon unterscheidet sich der Fall, dass ein Antrag zwar gestellt, aber nur nicht protokolliert wird (VwGH VS 06.05.2004, 2001/20/0195). Im Übrigen besteht auch kein Rechtsanspruch auf die Möglichkeit der Einbringung per Telefax (VwGH 28.05.1995, 94/04/0013).

Sofern die Antragstellerin jedoch mit dem Einwand vermeint, es sei auf Ihr (behaupteterweise nicht vorliegendes) Verschulden an einer etwaigen Unmöglichkeit der rechtzeitigen Einbringung kurz vor Fristende abzustellen, ist festzuhalten, dass es für die Frage der Rechtzeitigkeit auf ein Verschulden nicht ankommt. Es solches wäre nur im Rahmen eines Wiedereinsetzungsverfahrens zu prüfen, sofern ein solches möglich ist.

Die Antragstellerin bringt weiters vor, Herr A [REDACTED] hätte den Zulassungsantrag bereits in den Telefonaten am 13.04.2004 bzw am Vormittag des 14.04.2004 gestellt.

Mündliche (und damit auch telefonische) Anbringen sind im Anwendungsbereich des AVG grundsätzlich zulässig. Nach § 13 Abs. 2 AVG sind fristgebundene Anbringen jedoch jedenfalls schriftlich einzubringen. Eine mündlicher Antragstellung ist in diesen Fällen unzulässig. Ein mündliches Anbringen ist dann weder zu protokollieren, noch ist darüber zu entscheiden (VwGH VS 06.05.2004, 2001/20/0195). Eine allfällige telefonische Antragstellung durch Herrn A [REDACTED] war daher gar nicht möglich.

Die Antragstellerin wurde darüber hinaus erst nach den betreffenden Telefonaten durch Errichtung des Notariatsaktes gegründet, zum Zeitpunkt dieser Telefonate hätte somit höchstens eine Vorgründungsgesellschaft der Antragstellerin bestanden. Eine solche ist aber nicht befähigt, einen Antrag auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk zu stellen, was sich aus § 5 Abs. 2 Z 1 PrR-G ergibt, nach dem ein Antrag einer juristischen Person oder

Personengesellschaft die Satzung oder den Gesellschaftsvertrag zu enthalten hat. Mindestbedingung ist daher bei einer GmbH der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages im Sinne des GmbH-Rechts (*Kogler/Kramler/Traimer*, Österreichische Rundfunkgesetze 257; ständige Spruchpraxis des Bundeskommunikationssenates, beginnend mit BKS 14.12.2001, GZ 611.010/001-BKS/2001, zuletzt BKS 6.10.2003, GZ 611.092/007-BKS/2003), wobei ein solcher aber hinreichend ist: Eine Eintragung in das Firmenbuch zum Zeitpunkt der Antragstellung ist nicht erforderlich, was sich aus § 3 Abs. 2 PrR-G ergibt (*Kogler/Kramler/Traimer*, Österreichische Rundfunkgesetze 244 f, vgl außerdem die zitierten Bescheide des BKS).

Der Antrag wurde daher erst im nach Ende der Antragsfrist eingelangten Telefax gestellt und war daher als verspätet zurückzuweisen (Spruchpunkt 1).

### **Zur Mängelbehebung**

Im Übrigen wäre der Antrag selbst bei Annahme der Rechtzeitigkeit des Eingangs wegen Nichterfüllung des Mängelbehebungsauftrages zurückzuweisen.

Gemäß § 5 Abs. 2 Z 3 PrR-G haben Anträge auf Erteilung einer Zulassung jedenfalls „eine Darstellung über die für die Verbreitung des Programms geplanten Übertragungskapazitäten, insbesondere den geplanten Sendestandort, die geplante Frequenz, die Sendestärke und die Antennencharakteristik“ zu enthalten.

Diese Bestimmung dient einerseits dazu, die nach dem Konzept des PrR-G (vgl. § 2 Z 2) mit der rundfunkrechtlichen Zulassung zu verbindende fernmelderechtliche Bewilligung nach § 74 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003) erteilen zu können. Andererseits sind von der Behörde stets die konkreten technischen Konzepte der Antragsteller, die – wie im vorliegenden Fall – grundsätzlich in einem gewissen Rahmen von der Ausschreibung abweichen können, auf ihre fernmeldetechnische Realisierbarkeit und Zulässigkeit im Hinblick auf § 9 PrR-G zu überprüfen.

Die KommAustria hat im Merkblatt, das gemeinsam mit der Ausschreibung veröffentlicht wurde, ausführlich dargelegt, durch welche Unterlagen die geforderten technischen Angaben gemacht werden können. Im Mängelbehebungsauftrag nach § 13 Abs. 3 AVG wurden der Antragstellerin diese Erfordernisse nochmals mitgeteilt.

Der Mängelbehebungsauftrag wurde am 20.04.2004 zugestellt, die darin gesetzte Frist von zwei Wochen ist damit am 04.05.2004 abgelaufen. Die mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 04.05.2004 vorgelegten Unterlagen (neben Fotos und Skizzen lediglich jene technischen Anlageblätter, die Grundlage der Ausschreibung waren, sowie je ein Horizontaldiagramm, wobei jeweils darauf hingewiesen wurde, dass abweichend von der Ausschreibung eine zirkulare Polarisation gewählt wurde) vermögen jedoch den Mängelbehebungsauftrag nur teilweise zu erfüllen.

Aus den oben dargestellten Gründen erfüllt nämlich die Vorlage jenes technischen Datenblattes, das von der Behörde der Ausschreibung zu Grunde gelegt wurde, nicht die gesetzlichen Anforderungen, zumal es einerseits unvollständig ausgefüllt ist (etwa fehlende Angaben zur Senderausgangsleistung), andererseits offenbar nicht die vom Antragsteller geplante Anlage beschreibt (geändertes Konzept, insb. hinsichtlich der Polarisation der Antennen und leicht geänderte Antennendiagramme). Die Vorlage eines Systemberechnungsblattes ist erforderlich, um die Angaben zur maximalen Strahlungsleistung im Vergleich zur Senderausgangsleistung nachvollziehen zu können. Die genaue Darstellung der Antennencharakteristik kann schließlich nur durch ein Horizontal- und ein Vertikaldiagramm gemeinsam erfolgen.

Es wurden seitens der Antragstellerin jedoch weder vollständige (und an das adaptierte technische Konzept angepasste) technische Anlageblätter, noch Systemberechnungsblätter, noch gerechnete Vertikaldiagramme vorgelegt.

Die Antragstellerin hat dagegen im Schreiben vom 01.06.2004 im Wesentlichen vorgebracht, dass die geforderten Daten für einen noch nicht errichteten Standort noch nicht verbindlich definiert werden könnten. Es werde durch diverse Eigenheiten der Realisierungsweise Abweichungen vom ausgeschriebenen Beispiel geben, im Grundsatz sei es aber zum geplanten Szenario identisch. Eine Überprüfung im Hinblick auf § 9 PrR-G sei jedenfalls möglich.

Dieses Vorbringen übersieht, dass die Vorlage der technischen Unterlagen nicht der Darstellung hypothetischer Wunschwerte oder Ähnlichem dient, sondern – neben der Überprüfbarkeit nach § 9 PrR-G – eben die Grundlage nicht nur für die Frequenzuteilung nach § 54 TKG 2003 iVm § 3 Abs. 2 PrR-G sondern vor allem auch für eine fernmelderechtliche Bewilligung der Funkanlage nach § 74 TKG 2003 darstellen müssen (vgl dazu etwa auch die Aufzählung notwendiger Antragsunterlagen in § 81 Abs. 1 TKG 2003). Unabhängig davon ist die von der Antragstellerin für sich ins Treffen geführte Möglichkeit der (nachträglichen) Änderung dieser Funkanlagenbewilligung nach § 84 TKG 2003 zu sehen. Sie dispensiert nicht davon, im Antrag für die Erstbewilligung detaillierte Angaben zu machen.

Es ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auch in Verbindung mit den nachgebrachten Unterlagen und Angaben mangelhaft geblieben ist.

Mängel schriftlicher Anbringen ermächtigen die Behörde nach § 13 Abs. 3 AVG nicht zur Zurückweisung. Die Behörde hat vielmehr von Amts wegen unverzüglich deren Behebung zu veranlassen und kann dem Einschreiter die Behebung des Mangels mit der Wirkung auftragen, dass das Anbringen nach fruchtlosem Ablauf einer gleichzeitig zu bestimmenden, angemessenen Frist zurückgewiesen wird. Wird der Mangel rechtzeitig behoben, so gilt das Anbringen als ursprünglich richtig eingebracht.

Eine nur teilweise Erfüllung des Verbesserungsauftrages ist der gänzlichen Unterlassung der Behebung von Mängeln gleichzusetzen (etwa VwGH 03.07.1990 89/01/0341; VwGH 21.09.1993, 91/04/0196).

Nachdem der Mangel nicht innerhalb der gesetzten Frist (und auch bis zum heutigen Tage nicht) vollständig behoben wurde, wäre der Antrag auch im Falle einer ursprünglichen Rechtzeitigkeit zurückzuweisen gewesen.

### **Zur Wiedereinsetzung (Spruchpunkt 2)**

Da der Antrag auf Wiedereinsetzung lediglich für den Fall der Zurückweisung des Zulassungsantrages wegen Verspätung in eventu gestellt wurde, konnte seine Behandlung erst nach der Zurückweisung nach Spruchpunkt 1 erfolgen.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann nur bei Versäumung einer Frist für eine Handlung in Frage kommen, die die Partei im Zug eines schon anhängigen Verwaltungsverfahrens zu setzen hatte (VwGH 3.7.1951 Slg 2174 A), nicht aber für die Geltendmachung eines materiellrechtlichen Anspruchs oder Antrags (VwGH 3.3.1950 Slg 1291 A). Es muss sich bei der versäumten Frist des § 71 Abs. 1 AVG also um eine verfahrensrechtliche Frist handeln (VwGH 15.3.1995, 95/01/0035), ohne besondere gesetzliche Regelung kann sie auf materiellrechtliche Fristen nicht angewendet werden (VwGH 24.6.1993, 93/06/0053).

Da es sich bei der Ausschreibungsfrist nach § 13 Abs. 2 PrR-G um eine materiell-rechtliche Frist handelt (siehe Abschnitt „Zur Ausschreibungsfrist allgemein“), war der Antrag auf Wiedereinsetzung nach § 71 AVG zurückzuweisen (Spruchpunkt 2).

### **Zur Rechtzeitigkeit eines Wiedereinsetzungsantrages**

Im Übrigen wäre der Wiedereinsetzungsantrag selbst bei seiner Zulässigkeit nicht rechtzeitig und daher zurückzuweisen:

Nach § 71 Abs. 2 AVG kann ein Antrag auf Wiedereinsetzung binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses gestellt werden. Im hier vorliegenden Fall werden als Ereignisse im Sinne des § 71 Abs. 1 Z 1 AVG jene Geschehnisse, die es Herrn A. erst 30 Minuten vor Ende der Antragsfrist ermöglichten, vor dem Notar zur Gründung der Gesellschaft zu erscheinen, vorgebracht

Als Hindernis im Sinne des § 72 Abs 2 AVG, nach dessen Aufhören die Frist zur Stellung des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu laufen beginnt, kann nur das die Säumnis verursachende Ereignis angesehen werden (VwGH 02.06.1992, 92/14/0045 und VwGH 19.02.1997, 96/21/1024, jeweils zu § 46 VwGG). Dies würde bedeuten, dass – außer in den Fällen, in denen der Einschreiter vom tatsächlichen Ablauf der Frist keine Kenntnis hat – das Hindernis spätestens dann wegfällt, wenn die versäumte Handlung gesetzt wird. Im vorliegenden Fall wäre dies am 14.04.2004 gewesen.

Selbst wenn man aber (wie die Antragstellerin) auf die Kenntnis von der Verspätung abstellt (ähnlich dem Fall des verspäteten Rechtsmittels, vgl die in *Hauer/Leukauf*, *Verwaltungsverfahren*<sup>6</sup> § 71 Abs 2 Nr 1b zitierte Judikatur des VwGH), so wäre diese jedenfalls nach den mehrmaligen Telefonaten von Dr. P. mit Dr. S. am 14.04.2004 gegeben gewesen.

Der Wiedereinsetzungsantrag wurde am 04.05.2004 gestellt und behauptet lediglich die Einhaltung der gesetzlichen Frist. Die Antragstellerin bringt dazu im Schriftsatz vom 02.06.2004 vor, dass die mögliche Verspätung erstmals im Schreiben der KommAustria vom 16.04.2004 releviert wurde, in dem der Antragstellerin unter anderem Gelegenheit zur Stellungnahme zum bisher festgestellten Sachverhalt gegeben wurde, und das am 20.04.2004 zugestellt wurde. Dass dies nicht den Tatsachen entspricht, zeigt sich jedoch schon daran, dass die Antragstellerin bereits in einem Fax am Nachmittag des 14.04.2004 zur möglichen Verspätung Stellung genommen hat und dort bereits die Voraussetzungen für einen Wiedereinsetzungsantrag diskutiert.

Es ist daher davon auszugehen, dass die Frist des § 71 Abs. 2 AVG am 14.04.2004 begonnen hat und damit am 28.04.2004 abgelaufen ist. Der Wiedereinsetzungsantrag wäre somit verspätet eingebracht worden.

Auf die Frage, ob die inhaltlichen Voraussetzung für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 71 AVG vorliegen sowie auf die diesbezüglichen Beweisanträge war daher nicht näher einzugehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

## **Zum Antrag auf aufschiebende Wirkung nach § 71 Abs. 6 AVG**

Gemeinsam mit dem Eventualantrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 71 AVG hat die Antragstellerin beantragt, dem Wiedereinsetzungsantrag nach § 71 Abs. 6 AVG aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Eine solche aufschiebende Wirkung wäre einem Vorgehen mit zurückweisenden Bescheid in der Hauptsache bis zur Entscheidung über die (eventualiter beantragte) Wiedereinsetzung entgegengestanden (vgl die bei *Hauer/Leukauf*, *Verwaltungsverfahren*<sup>6</sup> § 71 Abs 6 Nr 1 und 2 zitierte Judikatur). Daher hat die Behörde beide Fragen (Zurückweisung und Wiedereinsetzung) gemeinsam entschieden und im Übrigen im Hauptverfahren zugewartet. Einer Berufung gegen diesen Bescheid kommt bereits nach § 64 Abs. 1 AVG aufschiebende Wirkung zu, sodass der Antrag nach § 71 Abs. 6 AVG nunmehr gegenstandslos ist.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten. Für den Berufungsantrag ist gemäß § 14 TP 6 Gebührengesetz 1957 idF BGBl. I Nr. 84/2002 eine Gebühr von 13 Euro zu entrichten. Die Gebührenschuld entsteht gemäß § 11 Abs 1 Gebührengesetz 1957 erst in dem Zeitpunkt, in dem die abschließende Erledigung über die Berufung zugestellt wird.

Wien, am 22. Juni 2004

**Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)**

Mag. Michael Ogris  
Behördenleiter