



Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus der Vorsitzenden-Stellvertreterin Dr. Susanne Lackner als Senatsvorsitzende und den weiteren Mitgliedern Dr. Martina Hohensinn und Dr. Katharina Urbanek, im Verfahren zur Marktdefinition und Marktanalyse gemäß §§ 87 und § 89 iVm § 199 Abs. 2 Z 12 TKG 2021 betreffend die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte im Sinne des § 199 Abs. 1 Z 2 TKG 2021 wie folgt entschieden:

I. Spruch

Das mit E-Mail vom 28.07.2022 übermittelte und am selben Tag bei der KommAustria eingelangte Schreiben der **RTG Radio Technikum GmbH**, mit welchem die Betroffenheit vom Ausgang des mit Edikt vom 15.06.2022, KOA 6.300/22-001, kundgemachten Verfahrens zur Marktdefinition und Marktanalyse gemäß §§ 87 und 89 iVm § 199 Abs. 2 Z 12 TKG 2021 betreffend die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte im Sinne des § 199 Abs. 1 Z 2 TKG 2021 geltend gemacht wird, wird gemäß § 40 Abs. 2 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 51/2022, iVm § 42 Abs. 3 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl. Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 58/2018, als verspätet zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens und Sachverhalt

Mit Beschluss vom 15.06.2022 leitete die KommAustria das gegenständliche Verfahren zur Marktdefinition und Marktanalyse gemäß §§ 87 und 89 iVm § 199 Abs. 2 Z 12 TKG 2021 betreffend die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte im Sinne des § 199 Abs. 1 Z 2 TKG 2021 ein. Mit Edikt vom selben Tag, veröffentlicht auf der Webseite der KommAustria unter www.rtr.at, wurde die Einleitung kundgemacht. Das Edikt lautete auszugsweise (Hervorhebungen im Original):

*„Kundmachung eines Edikts der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) gemäß § 40
KommAustria-Gesetz (KOG)*

Die KommAustria hat am heutigen Tag ein Verfahren gemäß § 199 Abs. 2 Z 12 iVm § 87 Abs. 1 Telekommunikationsgesetz 2021 (TKG 2021), BGBl. I Nr. 190/2021, eingeleitet:

1. Beschreibung des Verfahrensgegenstandes

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Mariahilfer Straße 77–79
1060 WIEN, ÖSTERREICH
www.rtr.at

E: rtr@rtr.at
T: +43 1 58058-0
F: +43 1 58058-9191



Gegenstand des Verfahrens ist die Feststellung der der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte im Sinne des § 199 Abs. 1 Z 2 TKG 2021, also insbesondere jener zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Zusatzdiensten sowie die Feststellung, ob auf diesen jeweils ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist, und gegebenenfalls die Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen.

2. Frist zur Glaubhaftmachung der Betroffenheit

Personen, die der Auffassung sind, dass sie vom Ausgang des hier geschilderten Verfahrens betroffen sind, werden aufgefordert, der KommAustria **binnen sechs Wochen** ab Veröffentlichung dieses Edikts, also **bis zum 27.07.2022**, ihre Betroffenheit schriftlich glaubhaft zu machen.

3. Rechtsfolgen der Fristversäumnis

Personen, die nicht innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Veröffentlichung dieses Edikts ihre Betroffenheit schriftlich glaubhaft machen, verlieren ihre Stellung als Partei.

Ein Betroffener, der glaubhaft macht, dass er durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, rechtzeitig seine Betroffenheit glaubhaft zu machen, und den kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens trifft, kann binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses, jedoch spätestens bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung der Sache seine Betroffenheit glaubhaft machen. Eine solche Glaubhaftmachung der Betroffenheit gilt als rechtzeitig eingebracht.

[...]"

Bis zum Ablauf des 27.07.2022 langte kein Schreiben der RTG Radio Technikum GmbH zur Glaubhaftmachung der Betroffenheit vom Ausgang des gegenständlichen Verfahrens ein.

Mit E-Mail vom 28.07.2022, am selben Tag bei der KommAustria eingelangt, übermittelte die RTG Radio Technikum GmbH ein Schreiben, mit welchem sie die Betroffenheit vom Ausgang gegenständlichen Verfahrens geltend machte. Ergänzend führte sie im Wesentlichen aus, aufgrund eines technischen Problems (der Virenschanner des Mailservers der RTG Radio Technikum GmbH habe das versendete Worddokument blockiert) sei dieses Anschreiben beim Versuch der Zusendung am 27.07.2022 nicht abgesandt worden. Dies sei dem Geschäftsführer der RTG Radio Technikum GmbH erst am Morgen des 28.07.2022 vom IT-Verantwortlichen mitgeteilt worden. Daher sende sie jetzt ein unterfertigtes und eingescanntes PDF und bitte daher trotz dieser Fristversäumnis im Hinblick auf Punkt 3 der „Kundmachung eines Edikts der KommAustria gem. § 40 KOG“ das Schreiben im Verfahren noch mit aufzunehmen und Parteistellung zu gewähren.

2. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Einleitung und Kundmachung des gegenständlichen Verfahrens sowie dazu, dass innerhalb der Frist kein Schreiben der RTG Radio Technikum GmbH zur Glaubhaftmachung der Betroffenheit eingelangt ist, beruhen auf dem entsprechenden Verfahrensakt der KommAustria, letzterer Punkt auch auf dem insofern glaubwürdigen Vorbringen der RTG Radio Technikum GmbH



in ihrem Schreiben vom 28.07.2022. Die Feststellungen zur E-Mail vom 28.07.2022 beruhen auf eben diesem E-Mail, welches sich ebenfalls im Verfahrensakt befindet.

3. Rechtliche Beurteilung

§ 40 KOG lautet auszugsweise:

„Großverfahren“

§ 40. (1) Sind an einem Verfahren vor der KommAustria voraussichtlich mehr als 100 Personen beteiligt, so kann die Behörde die Einleitung des Verfahrens durch Edikt kundmachen.

(2) Wurde die Einleitung eines Verfahrens mit Edikt kundgemacht, so hat dies zur Folge, dass jemand seine Stellung als Partei verliert, wenn er nicht innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Veröffentlichung des Edikts seine Betroffenheit schriftlich glaubhaft macht. § 42 Abs. 3 AVG ist sinngemäß anzuwenden.

(3) Das Edikt hat zu enthalten:

1. die Beschreibung des Verfahrensgegenstandes;
2. die Frist gemäß Abs. 2;
3. den Hinweis auf die Rechtsfolgen des Abs. 2;
4. gegebenenfalls den Hinweis, dass das Verfahren unter Zuhilfenahme von elektronischen Kommunikationswegen geführt wird und Kundmachungen und Zustellungen im Verfahren durch Edikt auf der Website der Regulierungsbehörde vorgenommen werden können;
5. gegebenenfalls den Hinweis, dass die Regulierungsbehörde den Parteien Akteneinsicht auch elektronisch gewähren kann.

[...]

(5) Das Edikt zur Verfahrenseinleitung sowie das Edikt zur Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sind auf der Website der Regulierungsbehörde kundzumachen.“

§ 42 Abs. 3 AVG lautet:

„(3) Eine Person, die glaubhaft macht, daß sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, rechtzeitig Einwendungen zu erheben, und die kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens trifft, kann binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses, jedoch spätestens bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung der Sache bei der Behörde Einwendungen erheben. Solche Einwendungen gelten als rechtzeitig erhoben und sind von jener Behörde zu berücksichtigen, bei der das Verfahren anhängig ist.“

Die RTG Radio Technikum GmbH hat die im gehörig kundgemachten Edikt vom 15.06.2022 festgelegte Frist zur Geltendmachung der Betroffenheit bis 27.07.2022 versäumt. Am 28.07.2022 hat sie das Schreiben, mit welchen sie ihre Betroffenheit vom Ausgang des gegenständlichen Verfahrens glaubhaft machen wollte, bei der KommAustria eingebracht und im Wesentlichen geltend gemacht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, rechtzeitig ihre Betroffenheit glaubhaft zu machen, da das am 27.07.2022 abgesendete E-Mail



vom VirensScanner der RTG Radio Technikum GmbH blockiert worden sei. Unverzüglich nachdem am folgenden Tag erkannt worden sei, dass das Schreiben nicht an die KommAustria zugestellt worden sei, sei das Schreiben neuerlich übermittelt worden.

Gemäß § 40 Abs. 2 KOG hat die Versäumung der Frist zur Glaubhaftmachung der Betroffenheit zur Folge, dass derjenige, der die Frist versäumt hat, seine Parteistellung verliert; jedoch sind die Vorschriften über die „Quasi-Wiedereinsetzung“ gemäß § 42 Abs. 3 AVG sinngemäß anzuwenden.

Es kann dahinstehen, ob überhaupt ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis im Sinne des § 42 Abs. 3 AVG vorlag, da selbst nach dem von der RTG Radio Technikum GmbH geschilderten Ablauf jedenfalls kein nur minderer Grad des Verschuldens vorgelegen ist:

Im Hinblick auf die „Quasi-Wiedereinsetzung“ gemäß § 42 Abs. 3 AVG sind die in der Rechtsprechung zur Wiedereinsetzung gemäß § 71 Abs. 1 Z 1 AVG entwickelten Grundsätze anzuwenden. Eine solche ist nur möglich, wenn die präkludierte Person kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens an der Versäumung der Prozesshandlung trifft. Im Falle des Verschuldens hindert leichte Fahrlässigkeit (§ 1332 ABGB) die Wiedereinsetzung nicht, dh wenn dem Präkludierten ein Fehler unterlaufen ist, der gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen passieren kann. Die erforderliche zumutbare Aufmerksamkeit ist dann noch gewahrt, wenn der Partei in Ansehung der Wahrung der Frist nur ein minderer Grad des Versehens unterläuft. Dies resultiert aus dem im Begriff der „Unvorhergesehene“ gelegenen Zumutbarkeitsmoment. Von einem minderen Grad des Versehens kann nicht mehr gesprochen werden, wenn die Partei die ihr nach ihren persönlichen Fähigkeiten zumutbare und im Verkehr mit Behörden für die Einhaltung von Terminen und Fristen erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 42 Rz 52 [Stand 1.4.2021, rdb.at] mit Verweisen auf die Rechtsprechung). Ein Verschulden des Vertreters (hier: des Geschäftsführers) ist hierbei dem Verschulden des vertretenen Wiedereinsetzungswerbers gleichzusetzen (vgl. schon VwSlg 7671 A/1969).

Das Vorliegen von Wiedereinsetzungsgründen ist in jenem Rahmen zu untersuchen, der durch die Behauptungen des Wiedereinsetzungswerbers gesteckt wird. Den Antragsteller trifft somit die Obliegenheit, im Antrag konkret jenes unvorhergesehene oder unabwendbare Ereignis zu beschreiben, das ihn an der Einhaltung der Frist gehindert hat (vgl. VwGH 22.06.2022, Ra 2022/08/0074).

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH zu § 71 AVG besteht bei Übermittlung von Unterlagen bei fristgebundenen Eingaben mit E-Mail eine Pflicht zur Kontrolle des tatsächlichen Einlangens. Aus dem Unterbleiben einer solchen Kontrolle kann auf einen nicht mehr bloß minderen Grad des Versehens an einer Fristversäumnis geschlossen werden (vgl. zuletzt etwa wiederum VwGH 22.06.2022, Ra 2022/08/0074 mwN).

Nach dem Vorbringen der RTG Radio Technikum GmbH wurde der Umstand, dass das Schreiben zur Geltendmachung der Betroffenheit vom VirensScanner am Mailserver der RTG Radio Technikum GmbH blockiert worden sei, erst am nächsten Tag vom IT-Techniker bemerkt. Der Geschäftsführer der RTG Radio Technikum GmbH hat sich somit nicht vor Ablauf der Frist vergewissert, dass das Schreiben bei der KommAustria eingelangt ist, was nach der genannten Rechtsprechung als der RTG Radio Technikum GmbH zuzurechnende auffallende Sorglosigkeit zu beurteilen ist. Eine „Quasi-Wiedereinsetzung“ im Sinne des § 40 Abs. 2 KOG iVm § 42 Abs. 3 AVG kommt im vorliegenden Fall somit jedenfalls schon aus diesem Grund nicht in Frage.



Da die RTG Radio Technikum GmbH ihre Betroffenheit vom Ausgang des gegenständlichen Verfahrens nicht innerhalb der Frist nach § 40 Abs. 2 KOG glaubhaft gemacht hat und die Voraussetzungen für eine „Quasi-Wiedereinsetzung“ nicht vorlagen, war ihr Schreiben zur Glaubhaftmachung der Betroffenheit vom 28.07.2022 in sinngemäßer Anwendung von § 42 Abs. 3 AVG spruchgemäß als verspätet zurückzuweisen.

Die RTG Radio Technikum GmbH hat somit ihre Parteistellung mangels rechtzeitiger Glaubhaftmachung ihrer Betroffenheit gemäß § 40 Abs. 2 KOG verloren.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG beim Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Kommunikationsbehörde Austria einzubringen. Die Beschwerde hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, ebenso wie die belangte Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren sowie die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

Gemäß § 39 Abs. 1 KommAustria-Gesetz hat die rechtzeitig eingebrachte und zulässige Beschwerde abweichend von § 13 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz keine aufschiebende Wirkung. Das Bundesverwaltungsgericht kann die aufschiebende Wirkung im betreffenden Verfahren auf Antrag zuerkennen, wenn nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug des Bescheides oder mit der Ausübung der mit dem Bescheid eingeräumten Berechtigung für den Beschwerdeführer ein schwerer und nicht wieder gutzumachender Schaden verbunden wäre.

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 6.300/22-032“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ sind die Steuernummer/Abgabenkontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE – Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 24. Oktober 2022

Kommunikationsbehörde Austria
Die Senatsvorsitzende

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)