

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat I, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden und den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, im Verfahren betreffend den Antrag der A GmbH & Co. KG i. Gr. auf Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Spittal an der Drau, Bad Kleinkirchheim, Radenthein“ wie folgt entschieden:

I. Spruch

Der Antrag der A GmbH & Co. KG i. Gr., vertreten durch N, XXX, vom 07.09.2012 auf Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Spittal an der Drau, Bad Kleinkirchheim, Radenthein“ wird gemäß § 8 iVm § 9 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) sowie § 3 Abs. 2 und § 5 Abs. 2 Z 1 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, wegen fehlender Rechts- und Parteifähigkeit zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Die KommAustria veranlasste am 06.07.2012 unter der GZ KOA 1.212/12-003, die Ausschreibung des durch die Übertragungskapazität „SPITTAL DRAU 3 (Oberamlach) 106,6 MHz“ gebildeten Versorgungsgebietes „Spittal an der Drau, Bad Kleinkirchheim und Radenthein“ zur Veranstaltung von Hörfunk nach dem Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010. Gemäß § 13 Abs. 2 PrR-G erfolgte die Ausschreibung am 13.07.2012 im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ sowie durch Bekanntmachung in den Tageszeitungen „Die Presse“ und „Der Standard“ und auf der Website der Regulierungsbehörde (<http://www.rtr.at>). Das Ende der Ausschreibungsfrist für das Einlangen von Anträgen wurde mit 14.09.2012, 13:00 Uhr, festgelegt.

Innerhalb der Ausschreibungsfrist langten bei der KommAustria Anträge der Entspannungsfunk Gesellschaft m.b.H. auf Erteilung einer Zulassung, der WELLE SALZBURG GmbH auf Zuordnung der ausgeschriebenen Übertragungskapazität zur Erweiterung, in eventu auf Erteilung einer Zulassung, sowie ein Antrag der A GmbH & Co. KG i. Gr. auf Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im ausgeschriebenen Versorgungsgebiet ein.

Der Antrag der A GmbH & Co. KG i. Gr. vom 07.09.2012 enthielt im Deckblatt den Betreff „*Bewerbung von B GmbH sowie A GmbH & Co. KG i. Gr. mit dem Programm: Radio Harmonie...*“. In den weiteren Antragsunterlagen wurde die B GmbH mit Sitz in XXX, allerdings als künftige Hauptanteilseignerin der A GmbH & Co. KG i. Gr. genannt, als deren Inhaber und Geschäftsführer N fungiert. Dieser wurde zudem als Vertreter der A GmbH & Co. KG i. Gr. genannt.

Am 20.09.2012 richtete die KommAustria ein Schreiben an die A GmbH & Co. KG i. Gr. zu Händen ihres Vertreters N und informierte diese darüber, dass die KommAustria aufgrund des Antragsinhaltes zwar vorläufig davon ausgehe, dass die A GmbH & Co. KG i. Gr. als Antragstellerin für die Zulassung auftrete. Da im Betreff des Antragsschreibens jedoch auch die B GmbH als Bewerberin genannt wurde, ersuchte die KommAustria um Klarstellung, welches der beiden Unternehmen tatsächlich als Antragstellerin zu verstehen sei. Darüber hinaus beinhaltete das Schreiben der KommAustria einen Verbesserungsauftrag gemäß § 13 Abs. 3 AVG, insbesondere im Hinblick auf fehlende Angaben zu den Eigentumsverhältnissen und den Gesellschaftsvertrag der A GmbH & Co. KG i. Gr. sowie einen Auftrag gemäß § 5 Abs. 4 PrR-G zur Ergänzung des Zulassungsantrags in einzelnen Punkten. Als Frist zur Nachreichung der fehlenden Angaben wurden zwei Wochen eingeräumt.

Am 26.09.2012 erkundigte sich N per E-Mail bei der KommAustria nach dem aktuellen Verfahrensstand, worauf ihm im Rahmen eines am 27.09.2012 geführten Telefonates mitgeteilt wurde, dass am 20.09.2012 ein Schreiben samt Mängelbehebungsauftrag und Ergänzungsersuchen per Post an die A GmbH & Co. KG i. Gr. an die im Antrag angeführte Adresse in XXX, ergangen sei. N sagte daraufhin zu, sich wieder zu melden, um bekannt zu geben, ob das Schriftstück zwischenzeitig bei ihm eingelangt sei.

Am 12.10.2012 langte per E-Mail ein Schreiben von N mit ergänzenden Angaben und Unterlagen bei der KommAustria ein. Darin wurde eingangs klargestellt, dass die A GmbH & Co. KG i. Gr. als Antragstellerin gemeint sei und als künftige Zulassungsinhaberin für das ausgeschriebene Versorgungsgebiet in Aussicht genommen werde. Weiters wurde im Schreiben mitgeteilt, dass die Gesellschaft erst mit der Zuteilung der beantragten Zulassung gegründet werde und bis dahin eine Absichtserklärung der B GmbH, als künftiger Alleinvertreterin und Komplementärin, zur Gründung der A GmbH & Co. KG vorangestellt werde. Neben weiteren Unterlagen wurden diesem Schreiben zwei von N unterfertigte und an Landeshauptmann von Kärnten sowie an die KommAustria gerichtete Absichtserklärungen beigelegt, worin erklärt wird, dass sofort nach Erteilung der Rundfunkzulassung an die im Antrag beschriebene A GmbH & Co. KG i. Gr. ein notariell beglaubigter Gesellschaftsvertrag beim zuständigen Landesgericht Kärnten eingereicht werde.

In weiterer Folge teilte die KommAustria mit Schreiben vom 18.10.2012 mit, dass sie davon ausgehe, dass es sich bei der A GmbH & Co. KG i. Gr. um eine nicht rechts- und parteifähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts handle, da bisher weder ein

Gesellschaftsvertrag errichtet, noch eine Eintragung im Firmenbuch durchgeführt worden sei. Aufgrund der fehlenden Rechtspersönlichkeit habe die A GmbH & Co. KG i. Gr. gar keinen Antrag auf Erteilung einer Zulassung nach dem Privatradiogesetz stellen können, weshalb dieser im Zulassungsverfahren keine Berücksichtigung mehr finden könne. Hierzu wurde Gelegenheit eingeräumt, binnen zwei Wochen eine Stellungnahme zu erstatten.

Am 24.10.2012 ersuchte N per E-Mail um Zusendung von Informationen über den Stand des Verfahrens an seine E-Mail-Adresse. Daraufhin wurde ihm per E-Mail mitgeteilt, dass ein Schreiben der KommAustria vom 18.10.2012 an seine Postanschrift übermittelt wurde. Am 25.10.2012 ersuchte N um Vorabzusendung dieses Schreibens an seine E-Mail-Adresse. Am selben Tag wurde ihm daraufhin das Schreiben der KommAustria vom 18.10.2012 amtssigniert an diese E-Mail-Adresse unter Hinweis auf den dadurch ausgelösten Fristlauf für eine allfällige Stellungnahme zugestellt.

Eine weitere Stellungnahme langte nicht mehr ein. In einem am 14.11.2012 mit N geführten Telefonat wurde diesem neuerlich die Rechtsansicht der KommAustria mitgeteilt. N erklärte daraufhin, diese akzeptiert und folglich keine Veranlassung zu einer weiteren Stellungnahme seinerseits gesehen zu haben.

2. Sachverhalt

Am 13.07.2012 erfolgte unter der GZ KOA 1.212/12-003, die Ausschreibung des durch die Übertragungskapazität „SPITTAL DRAU 3 (Oberamlach) 106,6 MHz“ gebildeten Versorgungsgebietes „Spittal an der Drau, Bad Kleinkirchheim und Radenthein“ zur Veranstaltung von Hörfunk nach dem Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010. Gemäß § 13 Abs. 2 PrR-G wurde die Ausschreibung im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ und in den Tageszeitungen „Die Presse“ und „Der Standard“ sowie auf der Website der Regulierungsbehörde (<http://www.rtr.at>) bekannt gemacht. Die Ausschreibungsfrist für das Einlangen von Anträgen endete am 14.09.2012, 13:00 Uhr.

Am 07.09.2012 langte ein Antrag der A GmbH & Co. KG i. Gr., vertreten durch N, bei der KommAustria ein, der sich auf die Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk in dem ausgeschriebenen Versorgungsgebiet richtete.

Über Aufforderung der KommAustria wurde von N klargestellt, dass sich die A GmbH & Co. KG i. Gr. und nicht deren künftige Alleineigentümerin und Komplementärin, die B GmbH, um die ausgeschriebene Hörfunkzulassung beworben habe.

In den Antragsunterlagen befand sich zum Zeitpunkt des Endes der Ausschreibungsfrist kein Gesellschaftsvertrag A GmbH & Co. KG i. Gr. oder ein Firmenbuchauszug. Dem Antrag und den Verbesserungsschreiben wurden vielmehr Absichtserklärungen dahingehend vorgelegt, dass die A GmbH & Co. KG erst nach Erteilung der beantragten Hörfunkzulassung gegründet und ins Firmenbuch eingetragen werden soll.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Zeitpunkt des Fristendes der Ausschreibung weder ein gültig zustande gekommener Gesellschaftsvertrag der A GmbH & Co. KG i. Gr. vorlag und auch in weiterer Folge ein solcher nicht errichtet wurde, noch eine Eintragung der Gesellschaft im zuständigen Firmenbuch erfolgt ist.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen betreffend die Ausschreibung der verfahrensgegenständlichen Übertragungskapazität ergeben sich aus dem zitierten Ausschreibungsakt.

Die Feststellung, wonach Antragswerberin und als künftige Zulassungsinhaberin für das ausgeschriebene Versorgungsgebiet in Aussicht genommene Gesellschaft die A GmbH & Co. KG i. Gr. ist, gründet sich vor allem auf die Ausführungen von N vom 12.10.2012, der als Vertreter der Antragswerberin und geschäftsführender Gesellschafter der B GmbH fungiert.

Auch die Feststellung, dass im Zeitpunkt der Antragstellung bzw. des Endes der Ausschreibungsfrist kein gültig zustande gekommener Gesellschaftsvertrag vorgelegen und keine Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch erfolgt ist, beruht auf der Stellungnahme von N vom 12.10.2012 sowie den im Verfahren vorgelegten Unterlagen, insbesondere den vorgelegten Absichtserklärungen zur Gründung der A GmbH & Co. KG nach Erteilung der Hörfunkzulassung.

4. Rechtliche Beurteilung

Die für Anträge auf Erteilung einer terrestrischen Hörfunkzulassung maßgeblichen Rechtsvorschriften des Privatradiogesetzes lauten auszugsweise wie folgt:

„Zulassung

§ 3. (1)...

(2) In der Zulassung sind die Programmgestaltung, das Programmschema und die Programmdauer zu genehmigen, das Versorgungsgebiet festzulegen und gegebenenfalls die Übertragungskapazitäten zuzuordnen oder die zur Verbreitung genutzten Übertragungswege festzulegen. Die Regulierungsbehörde kann dabei die zur Sicherung der Einhaltung dieses Gesetzes notwendigen Auflagen vorschreiben. Bei Erteilung einer Zulassung an Antragswerber, die keine einheitliche Rechtspersönlichkeit aufweisen, hat die Behörde in der Zulassung anzuordnen, dass der Nachweis der Rechtspersönlichkeit binnen einer Frist von sechs Wochen zu erbringen ist, widrigenfalls die Zulassung als nicht erteilt gilt.

(3)...

[...]

Antrag auf Zulassung

§ 5. (1) Anträge auf Erteilung einer Zulassung können jederzeit, sofern nicht § 13 zur Anwendung kommt, bei der Regulierungsbehörde eingebracht werden.

(2) Anträge auf Erteilung einer Zulassung haben jedenfalls zu enthalten:

1. *bei juristischen Personen und Personengesellschaften die Satzung oder den Gesellschaftsvertrag;*

2. *Nachweise über die Erfüllung der in den §§ 7 bis 9 genannten Voraussetzungen;*

[...]“

Das Allgemeine Verwaltungsverfahrenrecht sieht zudem in Bezug auf die Parteistellung sowie die Rechts- und Parteifähigkeit folgende Regelungen vor:

„Beteiligte; Parteien

§ 8. *Personen, die eine Tätigkeit der Behörde in Anspruch nehmen oder auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht, sind Beteiligte und, insoweit sie an der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind, Parteien.*

Rechts- und Handlungsfähigkeit

§ 9. *Insoweit die persönliche Rechts- und Handlungsfähigkeit von Beteiligten in Frage kommt, ist sie von der Behörde, wenn in den Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmt ist, nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen.“*

Die Parteifähigkeit einer Person bestimmt sich demnach primär nach den Verwaltungsvorschriften (hier maßgeblich: § 3 Abs. 2 dritter Satz und § 5 Abs. 2 Z 1 PrR-G). Lediglich in jenen Fällen, in denen diese Verwaltungsvorschriften keine Regelung enthalten, sind subsidiär die Vorschriften des bürgerlichen Rechts maßgeblich (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³ 2011, S. 583; BKS 26.01.2011, GZ 611.190/0001-BKS/2011 m.w.N.).

Gemäß § 3 Abs. 2 dritter Satz PrR-G besteht zwar die Möglichkeit der Erteilung einer Zulassung an Antragswerber, die im Zeitpunkt des Endes der Antragsfrist noch keine einheitliche Rechtspersönlichkeit aufweisen, diese Bestimmung soll jedoch lediglich die „nachträgliche Konsolidierung“ eines zumindest „teilrechtsfähigen“ Rechtssubjektes ermöglichen. Diese Regelung begründet sich vor allem darin, dass Gesellschaften erst mit Eintragung in das Firmenbuch mit eigener Rechtspersönlichkeit entstehen und dies erhebliche Kosten verursacht, obwohl zumeist nicht abschätzbar ist, ob eine Zulassung überhaupt erlangt werden kann.

Nicht erfasst ist jedoch die Konstellation, in welcher Antragswerber im Zeitpunkt des Endes der Antragsfrist über keinerlei Rechtspersönlichkeit verfügen, etwa wenn nicht einmal ein gültig zustande gekommener Gesellschaftsvertrag oder eine Satzung vorliegt (vgl. hierzu: *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³ 2011, S. 582ff; dazu auch: BKS 14.12.2001, GZ 611.150/001-BKS/2001; BKS 26.01.2011, GZ 611.190/0001-BKS/2011; KommAustria 20.11.2002, KOA 1.375/02-043).

Die Bestimmung gemäß § 5 Abs. 2 Z 1 PrR-G über die für Anträge auf Erteilung einer Hörfunkzulassung notwendigen Unterlagen, verlangt zudem als besondere Verwaltungsvorschrift gemäß § 9 AVG, dass Anträge bei juristischen Personen und Personengesellschaften jedenfalls die Satzung oder den Gesellschaftsvertrag zu enthalten haben (vgl. dazu BKS 26.01.2011, GZ 611.190/0001-BKS/2011 zu § 5 Abs. 2 PrR-G iVm § 9 AVG zur fehlenden einheitlichen Rechtspersönlichkeit einer GmbH mangels gültig zustande gekommenen Gesellschaftsvertrags). Die Antragswerber müssen somit nachweisen, dass alle notwendigen Veranlassungen getroffen wurden, um die laut Gesetz (§ 3 Abs. 2 PrR-G) noch „uneinheitliche Rechtspersönlichkeit“ in eine „einheitliche“ umzuwandeln.

Während Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) im Gründungsstadium - sofern ein gültig zustande gekommener Gesellschaftsvertrag vorliegt, was die Beurkundung durch Notariatsakt erfordert – als Vorgesellschaften qualifiziert werden, denen zumindest Teilrechtsfähigkeit zugesprochen wird, herrscht in Bezug auf Personengesellschaften, wie etwa der Kommanditgesellschaft (KG), in der österreichischen Lehre und Rechtsprechung die einhellige Meinung, dass das Institut

der (teilrechtsfähigen) Vorgesellschaft (in der Phase zwischen der Errichtung durch Gesellschaftsvertrag und Entstehung der Gesellschaft durch Eintragung im Firmenbuch) nicht anwendbar ist und somit Personengesellschaften vor ihrer Eintragung ins Firmenbuch weder rechts- noch parteifähig sind (in diesem Sinn: *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht 2008, S.159; vgl. VwGH 28.02.2012, 2009/09/0211; VwGH 25.09.2008, 2007/07/0117).

Die Gesellschafter einer noch im Gründungsstadium befindlichen Personengesellschaft bilden vielmehr eine „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“, welche nach herrschender Lehre und Judikatur keine Rechtspersönlichkeit bzw. Rechtsfähigkeit aufweist (vgl. *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht 2008, S.74f; VwGH 25.09.2008, 2007/07/0117) und daher auch keinen Antrag auf Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk stellen kann (siehe *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³ 2011, S. 584 zu § 3 Abs. 2 PrR-G).

Im gegenständlichen Fall ist zudem davon auszugehen, dass noch nicht einmal ein Gesellschaftsvertrag über die A GmbH & Co. KG i. Gr. errichtet wurde. Im Schreiben vom 12.10.2012 wurde seitens der Antragswerberin erklärt, dass erst unmittelbar nach der erfolgten Zulassungserteilung an die A GmbH & Co. KG i. Gr. ein notariell beglaubigter Gesellschaftsvertrag beim zuständigen Firmenbuchgericht eingereicht werde. Selbst wenn man daher die Rechtsauffassung vertreten wollte, dass auch eine in Gründung befindliche Personengesellschaft (für welche zumindest ein gültig zustande gekommener Gesellschaftsvertrag existiert) über Teilrechtsfähigkeit verfüge, lägen im vorliegenden Fall schon mangels Gesellschaftsvertrags weder die Voraussetzungen gemäß § 3 Abs. 2 dritter Satz PrR-G, noch gemäß § 5 Abs. 2 Z 1 PrR-G vor. Mit anderen Worten ist die Antragswerberin rechtlich nicht existent geworden und daher auch nicht parteifähig.

Die mangelnde rechtliche Existenz und Parteifähigkeit ließe zwar den Schluss zu, dass die Antragstellerin auch nicht Adressatin eines Bescheides sein kann (in diesem Sinn: BKS 26.01.2011, GZ 611.190/0001-BKS/2011, unter Verweis auf VwGH 30.10.1984, 83/07/0379). Lehre und Judikatur vertreten jedoch auch die Auffassung, dass zumindest zur Klärung der Rechtsfrage, ob einer sog. „Nichtpartei“ – jemand, der durch Bescheid nicht in seinen subjektiven Rechten verletzt werden kann – Parteistellung zukommt, eine Entscheidungspflicht der zuständigen Behörde bestehe, um die Möglichkeit zu eröffnen, die allfällige Verneinung der Parteistellung mit Rechtsmitteln zu bekämpfen (*Hengstschläger/Leeb*, zu § 8 AVG Rz. 23; vgl. VwGH 18.09.202, 2002/07/0068).

Die Möglichkeit eines solchen „Zwischenverfahrens“ über eine strittige Parteistellung wird hierbei jedoch vor allem in Zusammenhang mit bestimmten, vom jeweiligen Antragsteller verschiedenen Personen diskutiert, die von der Entscheidung in einem konkreten, anhängigen Verfahren in ihren Rechten betroffen sein können. Diesfalls plädiert der VwGH dafür, dass die zur Sachentscheidung berufene Behörde für die Erlassung eines diesbezüglichen Feststellungsbescheides zuständig ist (vgl. *Hengstschläger/Leeb*, § 8 AVG, Rz 23, m.w.N.; VwGH 03.07.2001, 2000/05/0115). Über die Parteistellung einer Person mit Feststellungsbescheid zu erkennen, wird hingegen in jenen Fällen als nicht zulässig erachtet, in denen auf Antrag der betreffenden Person das Verfahren eingeleitet wurde. Diesfalls könne die Entscheidung nur in der Zurückweisung des jeweiligen Antrags oder in einer – die Antragslegitimation implizit bejahenden – Sachentscheidung bestehen (vgl. *Hengstschläger/Leeb*, § 8 AVG, Rz 23, m.w.N.).

In der vorliegenden Konstellation hat eine noch nicht existente und damit weder rechts- noch parteifähige Personengesellschaft einen verfahrenseinleitenden Antrag – nämlich auf Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk – eingebracht. Die diesem Antrag implizit vorgelagerte Frage der Parteistellung kann somit nur im Wege der Entscheidung über den verfahrenseinleitenden Antrag selbst geklärt werden. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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.

Wien, am 16. Jänner 2013

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

1. A GmbH & Co. KG i. Gr., z.Hd. N, XXX, **per amtssignierter E-Mail** an: XXX
2. Entspannungsfunk Gesellschaft mbH, Peter-Behrens-Platz 10/Ludlgasse 19, 4020 Linz, **per RSb**
3. WELLE SALZBURG GmbH, z.Hd. Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte OG, Mariahilfer Straße 20, 1070 Wien, **per RSb**