



GZ 611.196/0007-BKS/2011

BESCHIED

Der Bundeskommunikationssenat hat durch den Vorsitzenden Dr. PÖSCHL und die weiteren Mitglieder Dr. PRIMUS, Dr. GITSCHTHALER, Dr. KARASEK und Dr. LEITL-STAUDINGER über die Berufung der A. GmbH gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 29. März 2011, KOA 4.224/11-004, wie folgt entschieden:

Spruch:

Die Berufung wird gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm. § 63 Abs. 3 und § 13 Abs. 3 AVG zurückgewiesen.

Begründung:

1. Mit dem angefochtenen Bescheid stellte die KommAustria gemäß § 25 Abs. 2 Z 9 und Abs. 5 AMD-G fest, dass die A. GmbH (in der Folge: Berufungswerberin) mit der ihr mit Bescheid der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.224/08-001, geändert mit Bescheid der KommAustria vom 22.09.2010, KOA 4.224/10-012, zugeordneten terrestrischen Multiplex-Plattform „MUX C – P.“ zum 01.01.2011 einen Versorgungsgrad von 80 % der technischen Reichweite nicht erreicht habe. Sie sei dadurch der ihr mit Bescheid der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.224/08-001, gemäß Spruchpunkt 4.1.2. erteilten Auflage nicht nachgekommen und habe hiedurch § 25 Abs. 2 AMD-G verletzt.

2. Zum Gang des Verfahrens, zur Stellungnahme der Berufungswerberin vor der KommAustria und den von der Berufungswerberin nicht bestrittenen Feststellungen der KommAustria kann auf den erstinstanzlichen Bescheid verwiesen werden, wonach die Berufungswerberin insbesondere nur einen Versorgungsgrad von rund 31 % erreicht hat. Den von der Berufungswerberin vorgebrachten Zweifel am ermittelten Versorgungsgrad durch den Amtssachverständigen ist die KommAustria nicht gefolgt, weil die Berufungswerberin keine Anhaltspunkte vorgebracht habe, die geeignet gewesen wären, das Gutachten in Frage zu stellen. Es wäre an der Berufungswerberin gelegen gewesen, diesem auf gleichem fachlichen Niveau entgegenzutreten (VwGH 20.10.1978, ZI 1353/78, 28.2.1984, ZI 83/05/0100).

3. Weiters führte die KommAustria im angefochtenen Bescheid aus, in Anwendung von § 25 Abs. 5 AMD-G habe die Regulierungsbehörde die Einhaltung der Auflagen gemäß Abs. 2 von Amts wegen zu überprüfen und allenfalls festzustellen, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung des AMD-G oder eine Auflage des Zulassungsbescheids verletzt sei. Gemäß § 25 Abs. 2 Z 9 AMD-G habe die Regulierungsbehörde bei der Erteilung

der Multiplex-Zulassung durch Vorschreibung entsprechender Auflagen sicherzustellen, dass ein kontinuierlicher technischer Ausbau der Plattform gewährleistet ist. Die MUX-Auswahlgrundsätzeverordnung 2007 (MUX-AG-V 2007) präzisiert hierzu in § 2 Abs. 2 Z 1 lit. a, dass jenem Antragsteller der Vorrang einzuräumen sei, der innerhalb eines Jahres ab Rechtskraft der Zulassung einen höheren Versorgungsgrad besser gewährleistet.

Vor dem Hintergrund der Verordnung und den Erläuterungen hierzu enthalte der Bescheid der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.224/08-001, mit dem der Berufungswerberin eine Zulassung zum Betrieb einer terrestrischen Multiplex-Plattform erteilt wurde, in Spruchpunkt 4.1.2. die Auflage, dass gemäß § 25 Abs. 2 Z 9 PrTV-G iVm § 2 Abs. 2 Z 5 KOG bis zum 01.12.2010 ein Versorgungsgrad von zumindest 80 % der mit der in Spruchpunkt 5.1. des Zulassungsbescheids zugeordneten Übertragungskapazität im Allotment „S.“ erreichbaren Einwohnern (80% der technischen Reichweite) herzustellen ist.

Die Frist zur Erreichung eines Versorgungsgrades von mehr als 80 % sei folglich bereits seit mehr als drei Monaten abgelaufen. Fragen der subjektiven Tatseite, insbesondere hinsichtlich des Verschuldens seien in diesem Feststellungsverfahren nicht von Relevanz. Aus welchen subjektiven Gründen die Auflage nicht erfüllt wurde, sei nicht festzustellen. § 25 Abs. 5 AMD-G stelle ausschließlich auf das objektive Vorliegen eines Verstoßes gegen Auflagen ab (vgl. Bescheid des BKS vom 22.04.2010, GZ 611.196/0003-BKS/2010). Daher sei im Hinblick auf den bloß 31 % betragenden Versorgungsgrad eine Rechtsverletzung festzustellen.

4. Innerhalb offener Berufungsfrist langte bei der KommAustria ein mit der Bezeichnung „Berufungsantrag“ versehener Schriftsatz ein, wonach – „wie bereits bei unseren persönlichen Ausführungen bekannt gegeben“ – die Berufungswerberin, „dabei“ sei, den (von der KommAustria) geforderten Versorgungsgrad zu erfüllen. Die Erfüllung ginge „schrittweise vor sich und konnten die Probleme, welche teilweise zu Liefer- und Ausführungs-Verzögerungen geführt haben, behoben werden.“ Die Erreichung des (von der KommAustria) „geforderten Ausbaus wird von uns angestrebt schrittweise zu erfüllen und kann davon ausgegangen werden, dass dies bis spätestens Juni 2011 abgeschlossen wird“. Ferner wurde im Schriftsatz ausgeführt: „Eine detaillierte Beschreibung der subjektiven Gründe, welche zu Verzögerungen geführt haben, wodurch die Auflagen nicht erfüllt werden konnten, möchten wir uns erlauben Ihnen durch unseren Rechtsvertreter [...] zukommen zu lassen.“

5. Mit Telefax vom 10.05.2011 hat der Bundeskommunikationssenat die Berufungswerberin darauf hingewiesen, dass gemäß § 63 Abs. 3 AVG eine Berufung „einen **begründeten** Berufungsantrag zu enthalten hat. Eine Berufungsbegründung hat jene Gründe darzulegen, die den Berufungsantrag rechtfertigen (wie materielle Rechtswidrigkeit, wesentliche Verfahrensverstöße, unzumutbare Ermessensübung, unrichtige Beweiswürdigung).“ Da

dem Schreiben diesbezügliche Ausführungen fehlten, wurde die Berufungswerberin „gemäß § 13 Abs. 3 AVG aufgefordert, **bis zum 18.05.2011** (beim Bundeskommunikationssenat bis 14.00 Uhr einlangend) diesen Mangel Ihres Anbringens zu beheben. Langt innerhalb der genannten Frist beim Bundeskommunikationssenat keine Ergänzung ein, so ist Ihre Berufung zurückzuweisen.“

6. Am 18. Mai langte eine E-Mail des Geschäftsführers der Berufungswerberin ein, in der mitgeteilt wurde, „dass die eingetretenen Lieferverzögerungen behoben sind.“ Die Sendeanlage sei geliefert worden. Diese würde „am Standort S.J. oder A. zur Aufstellung“ gebracht und in Betrieb genommen werden. Damit würde „jedenfalls ein Versorgungsgrad von 80% der technischen Reichweite erreicht werden.“ Die Aufstellung und Inbetriebnahme werde „längstens bis Mitte LW 24/2011 erfolgt sein. Dementsprechend möchten wir mit der Behörde laufend Kontakt halten.“ Die E-Mail wurde mit der „Bitte um wohlwollende Behandlung und Kenntnisnahme sowie für jegliche Rückfragen zur Verfügung stehend, mit freundlichen Grüßen“ durch den Geschäftsführer beendet. Der E-Mail ist ein Auftragschein und eine hinsichtlich des konkreten Inhalts nicht näher identifizierbare, nicht unterfertigte „delivery note“ einer Firma „H.“ beigelegt.

Rechtlich folgt:

Eine Eingabe ist nur dann als Berufung im Sinne des § 63 AVG anzusehen, wenn ihr zunächst entnommen werden kann, dass der bezeichnete Bescheid angefochten wird, das heißt, dass die Partei mit der Erledigung der erkennenden Behörde nicht einverstanden ist. Des Weiteren muss aus der Eingabe auch ersichtlich sein, aus welchen Erwägungen die Partei die in Berufung gezogene Entscheidung bekämpft. Denn das Gesetz verlangt nicht nur einen Berufungsantrag schlechthin, sondern überdies eine Begründung, das bedeutet die Darlegung, aus welchen Gründen der angefochtene Bescheid bekämpft wird (vgl. dazu VwGH 10.01.1991, 89/01/0339). Zwar darf bei der Auslegung des Begriffs "begründeter Berufungsantrag" kein übertriebener Formalismus angewendet werden, aus der Eingabe muss jedoch ersichtlich sein, aus welchen konkreten Erwägungen die Partei die in Berufung gezogene Entscheidung bekämpft. § 63 Abs 3 AVG verlangt somit eine Darstellung der Partei, ob und aus welchen Gründen sie den angefochtenen Bescheid hinsichtlich des von der Behörde angenommenen Sachverhaltes oder hinsichtlich der Beurteilung der Rechtslage bekämpft (vgl. VwGH 29.06.2005, 2003/04/0080 mwN).

Tatsächlich enthalten aber der „Berufungsantrag“ sowie auch die auf die unter Hinweis auf die Rechtsfolgen des § 13 Abs. 3 AVG ergangene Aufforderung des Bundeskommunikationssenates übermittelte Stellungnahme des Geschäftsführers der Berufungswerberin keine Ausführungen darüber, worin die Unrichtigkeit des Bescheides der KommAustria gelegen sein soll. Dem zuletzt genannten Schriftsatz ist nur eine Ankündigung zu entnehmen, dass angeblich der rechtmäßige Zustand in der KW 24/2011 hergestellt

werden würde. Die Berufungswerberin hat daher den Mangel ihres Anbringens nicht korrigiert, sodass spruchgemäß zu entscheiden war (vgl auch VwGH 10.08.2000, 99/07/0219 und Hengstschläger/Leeb AVG, § 63, Rz 92 mwN).

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis:

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab Zustellung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof und/oder Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muss iS des § 24 Abs. 2 VwGG bzw. iS des § 17 Abs. 2 in Verbindung mit § 14 Abs. 1 VerfGG von einem Rechtsanwalt/von einer Rechtsanwältin unterschrieben sein. Spätestens im Zeitpunkt der Überreichung der Beschwerde ist eine Gebühr von EUR 220,- zu entrichten.

31. Mai 2011
Der Vorsitzende:
PÖSCHL