

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/5/7 W120 2131751-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.05.2019

## Entscheidungsdatum

07.05.2019

## Norm

B-VG Art. 133 Abs4

GewO 1994 §1

KOG §36

TKG 2003 §120 Abs1 Z3

TKG 2003 §120 Abs1 Z8

TKG 2003 §15 Abs1

TKG 2003 §3

TKG 2003 §91 Abs1

TKG 2003 §91 Abs2

VwGVG §24 Abs2 Z1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W120 2131751-1/12E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Christian Eisner als Vorsitzenden, die Richterin Dr. Margret Kronegger als Beisitzerin und den Richter Mag. Walter Tolar als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX vertreten durch den Obmann XXXX , gegen den Bescheid der KommAustria vom 22.06.2016, KOA 6.120/16-008, betreffend Anzeigepflicht gemäß § 15 TKG 2003 und einer Aufsichtsmaßnahme der Regulierungsbehörde gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird stattgegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

B)

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

## Text

## ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

### I. Verfahrensgang:

1. Mit Schreiben vom 22.04.2015 forderte die belangte Behörde die beschwerdeführende Partei auf, das von ihr bereitgestellte Kabelnetz zur Weiterverbreitung von Rundfunk gemäß § 15 Abs 1 TKG 2003 der belangten Behörde anzuzeigen. Dieser Aufforderung kam die beschwerdeführende Partei am 06.05.2015 nach.

2. Mit Schreiben vom 03.12.2015 zog die beschwerdeführende Partei die Anzeige gemäß § 15 Abs 1 TKG 2003 zurück und führte dazu im Wesentlichen aus, sie betreibe zwar ein kleines Kabelnetz, dieses sei aber nicht öffentlich zugänglich. Ziel der beschwerdeführenden Partei sei es, das bestehende Kabelnetz für die Vereinsmitglieder so zu erhalten, dass ein Empfang von Rundfunksendungen und Hörfunk möglich sei. Eine Nutzung des Kabelsignals sei daher nur bereits bestehenden Vereinsmitgliedern und deren Rechtsnachfolgern möglich. Nebenbei finde weder ein Netzausbau statt noch würden andere Dienste als Rundfunk/Hörfunk übertragen werden. Wie in den Vereinsstatuten festgelegt, sei ein Beitritt zum Verein und damit eine Mitgliedschaft nur in Ausnahmefällen möglich. Bis dato sei dieser Ausnahmefall allerdings noch nie eingetreten.

3. Mit Schreiben vom 25.02.2016 leitete die belangte Behörde ein Verfahren gemäß § 120 Abs 1 Z 8 iVm § 91 TKG 2003 zur Überprüfung des Verdachts des Verstoßes gegen § 15 Abs 1 TKG 2003 ein und forderte die beschwerdeführende Partei binnen eines Monats ab Zustellung dieses Schreibens zur Stellungnahme oder zur Abstellung des Verstoßes gegen die genannte Verpflichtung bis zu diesem Zeitpunkt auf.

4. Mit Schreiben vom 21.03.2016 nahm die beschwerdeführende Partei Stellung und führte im Wesentlichen aus, sie betreibe zwar ein kleines Kabelnetz, dieses sei jedoch nicht öffentlich zugänglich.

5. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 22.06.2016, KOA 6.120/16-008, wurde im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht gemäß § 120 Abs 1 Z 8 iVm § 91 TKG 2003 wie folgt entschieden:

"1. Gemäß § 120 Abs. 1 Z 8 iVm § 91 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 134/2015, wird festgestellt, dass die XXXX den Mangel, der darin besteht, gegen ihre Verpflichtung gemäß § 15 Abs. 1 iVm § 120 Abs. 1 Z 3 TKG 2003 zu verstoßen, indem sie nicht gemäß der genannten Bestimmung das von ihr bereitgestellte öffentliche Kabelrundfunknetz sowie den über dieses bereitgestellten öffentlichen Rundfunkübertragungsdienst der KommAustria angezeigt hat, innerhalb der gemäß § 91 Abs. 1 TKG 2003 gesetzten Frist nicht abgestellt hat und der Mangel weiterhin besteht.

2. Gemäß § 120 Abs. 1 Z 8 iVm § 91 Abs. 2 TKG 2003 wird angeordnet, dass die XXXX binnen zwei Monaten ab Zustellung dieses Bescheides das von ihr bereitgestellte öffentliche Kabelrundfunknetz sowie den über dieses bereitgestellten öffentlichen Rundfunkübertragungsdienst gemäß § 15 Abs. 1 iVm § 120 Abs. 1 Z 3 TKG 2003 der KommAustria anzuzeigen hat."

5.1. Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen wie folgt aus:

5.1.1. Gemäß § 2 Z 1 der Statuten der beschwerdeführenden Partei könne Mitglied jede natürliche oder juristische Person werden, die im Anschlussbereich der Antennengemeinschaft wohne bzw. ihren Sitz dort habe. Da die Mitgliedschaft laut den Statuten somit grundsätzlich allen Personen im Anschlussbereich der Antennengemeinschaft offenstehe, richte sich ihr Angebot an die Allgemeinheit, also an einen Adressatenkreis, der nicht individuell bestimmt und fest abgegrenzt sei (vgl. VwGH 12.02.1997, 96/03/0163, zum hinsichtlich dieses Tatbestandselements vergleichbaren Art 1 Abs 1 BVG-Rundfunk). Dem stehe nicht entgegen, dass faktisch keine Mitglieder aufgenommen werden würden bzw. der technische Ausbau auch schwierig wäre.

Bestritten werde von der beschwerdeführenden Partei, dass eine gewerbliche Dienstleistung im Sinne des § 3 Z 9 TKG 2003 vorliege. Das Tatbestandsmerkmal der Gewerblichkeit einer Dienstleistung sei im TKG 2003 nicht definiert.

Im vorliegenden Fall hänge der Bezug der Leistung, nämlich die Bereitstellung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen durch die beschwerdeführende Partei entsprechend deren Vereinszweck, von der Mitgliedschaft in dieser ab. Für die Mitgliedschaft sei ein jährlicher Mitgliedsbeitrag zu leisten, der von der Vereinsversammlung festgelegt werde. Nach den Statuten seien die verfügbaren Mittel ausschließlich zur Aufgabenerfüllung der Gemeinschaft unter Bedachtnahme von Zweck und Gemeinnützigkeit zu verwenden. Es sei daher davon auszugehen, dass der Mitgliedsbeitrag im Wesentlichen dazu diene, die laufenden Kosten des Vereins und allfällige Wartungsarbeiten an der

Infrastruktur abzudecken. Somit erfolge die Leistung im Sinne der zitierten Rechtsprechung gegen eine wirtschaftliche Gegenleistung, nämlich den Mitgliedsbeitrag. Auf weitere Umstände, wie etwa die Frage, in welchem Verhältnis die Höhe des Mitgliedsbeitrags zu den Marktpreisen für vergleichbare Leistungen stehe, komme es nach der Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union nicht an. Es liege daher die Verbreitung von Rundfunkprogrammen über ein Kabelrundfunknetz gegen Entgelt und somit ein "gewöhnlich gegen Entgelt erbrachter Dienst, nämlich ein Übertragungsdienst in Rundfunknetzen im Sinne von Art 2 lit c Rahmenrichtlinie und somit nach dem Gesagten auch ein Kommunikationsdienst im Sinne des § 3 Z 9 TKG 2003 vor.

Da somit ein Kommunikationsdienst (Rundfunkübertragungsdienst) im Sinne des § 3 Z 9 TKG 2003 vorliege, der über das verfahrensgegenständliche Kommunikationsnetz zur Verbreitung von Rundfunk öffentlich zugänglich bereitgestellt (vgl. § 3 Z 2 TKG 2003) werde, handle es sich bei der Tätigkeit der beschwerdeführenden Partei somit um eine gemäß § 15 Abs 1 iVm § 120 Abs 1 Z 3 TKG 2003 bei der belangten Behörde anzeigepflichtige Bereitstellung eines öffentlichen Kommunikationsnetzes im Sinne des § 3 Z 17 TKG 2003 sowie eines öffentlichen

Kommunikationsdienstes. Weder für die Bereitstellung des öffentlichen Kommunikationsnetzes noch für den darüber bereitgestellten öffentlich zugänglichen Kommunikationsdienst liege eine solche (aufrechte) Anzeige vor.

An der Selbständigkeit und Regelmäßigkeit bestehe im vorliegenden Fall kein Zweifel; die Ertragsabsicht im Sinne des § 1 Abs 2 GewO sei, da es sich bei der beschwerdeführenden Partei um einen Verein im Sinne des Vereinsgesetzes (nunmehr: Vereinsgesetz 2002) handle, nach § 1 Abs 6 GewO 1994 zu beurteilen gewesen.

5.1.2. Stelle die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist gemäß § 91 Abs 1 TKG 2003 die Mängel, derentwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet worden sei, nicht abgestellt seien, ordne sie gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 mit Bescheid die gebotenen, angemessenen Maßnahmen an, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen würden, und setze eine angemessene Frist fest, innerhalb welcher der Maßnahme zu entsprechen sei.

Die belangte Behörde habe der beschwerdeführenden Partei mit Schreiben vom 25.02.2016 die vermutete Verletzung der Anzeigepflicht gemäß § 15 Abs 1 iVm § 120 Abs 1 Z 3 TKG 2003 mitgeteilt und ihr gleichzeitig Gelegenheit eingeräumt, zu den Vorhalten Stellung zu nehmen oder etwaige Mängel innerhalb von einem Monat nach Erhalt der Mitteilung abzustellen.

Aus Sicht der belangten Behörde sei die Frist zur Abstellung des Mangels, nämlich der Nichtanzeige des gegenständlichen Kabelrundfunknetzes und des darüber verbreiteten Rundfunkübertragungsdienstes, unter Berücksichtigung der Dauer der notwendigen rechtlichen Prüfung durch die beschwerdeführende Partei und dem geringen Aufwand für die Erstattung einer solchen Anzeige jedenfalls angemessen. Die beschwerdeführende Partei habe den Mangel innerhalb dieser Frist nicht abgestellt, womit die Voraussetzungen zur Anordnung von angemessenen Maßnahmen gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 vorliegen würden.

Die beschwerdeführende Partei habe die Anzeigepflicht gemäß § 15 Abs 1 iVm § 120 Abs 1 Z 3 TKG 2003 verletzt. Um die Einhaltung der verletzten Bestimmung sicherzustellen, sei daher als gebotene und angemessene Maßnahme gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 die Anzeige des von ihr bereitgestellten öffentlichen Kabelrundfunknetzes sowie des über diese bereitgestellten

öffentlichen Rundfunkübertragungsdienstes gemäß § 15 Abs 1 iVm § 120 Abs 1 Z 3 TKG 2003 anzuordnen. Die Frist von zwei Monaten ab Zustellung des angefochtenen Bescheides erscheine in Hinblick auf den geringen Aufwand einer solchen Anzeige als jedenfalls angemessen.

5.1.3. Es sei daher spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

6. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher im Wesentlichen Folgendes ausgeführt wurde:

Da ihr betriebenes Kommunikationsnetz ausschließlich bestehenden Vereinsmitgliedern Rundfunk und Fernsehsignale übermittle, betreibe die beschwerdeführende Partei kein öffentliches Kommunikationsnetz. Die beschwerdeführende Partei betreibe die Antennenanlage ohne Gewinnabsicht, der Obmann übe seine Funktion ehrenamtlich aus und es würden auch nachweislich keine wirtschaftlichen Vorteile für die Mitglieder erwirtschaftet werden. Die belangte Behörde unterstelle eine Meldepflicht gemäß TKG 2003, welche die beschwerdeführende Partei vehement verneine und das Bundesverwaltungsgericht werde ersucht zu prüfen, ob diese Meldepflicht im Sinne des TKG 2003 tatsächlich

für eine Antennengemeinschaft in der vorliegenden Form vorliegen könne.

Da die beschwerdeführende Partei kein öffentliches Kommunikationsnetz betreibe, falle diese auch nicht in den Zuständigkeitsbereich der belangten Behörde. Das Bundesverwaltungsgericht möge prüfen, ob daher grundsätzlich eine Zuständigkeit der belangten Behörde für private Antennengemeinschaften auf Vereinsbasis vorliege.

Das Bundesverwaltungsgericht werde zudem ersucht zu überprüfen, ob die belangte Behörde ihren verwaltungsrechtlichen Pflichten, welche sich aus dem TKG 2003 ableiten würden, tatsächlich auch rechtskonform durchgeführt habe. Unter Hinweis insbesondere auf § 1 Abs 2a TKG 2003 könne die beschwerdeführende Partei diesen Umstand für nachfolgende Punkte nicht feststellen:

"-

Objektivität und Transparenz ist seitens der KommAustria nicht gegeben: in der Liste der angezeigten Dienste gemäß § 15 TKG gibt es im gesamten XXXX offensichtlich keine fünf gemeldeten Betreiber. Es gibt aber in Summe geschätzt mehr als 20 private und gewerbliche Betreiber im XXXX .

-

Unter dem gleichen Gesichtspunkt fühlen wir uns massiv seitens der RTR KommAustria diskriminiert. Gleichheit für alle, nicht nur für einzelne. Unseres Wissens ist unsere Gemeinschaft eine der aller kleinsten, wenn nicht die kleinste im XXXX .

-

Ebenso wurden keineswegs verhältnismäßige Regulierungsgrundsätze angewendet, wenn unser privater Miniverein unter das TKG 2003 fallen sollte.

-

Ziffer 5 besagt ‚die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit Wettbewerb und Teilnehmern, die in den verschiedenen geografischen Gebieten herrschen‘ zu berücksichtigen sind. Diese wurden keinesfalls berücksichtigt."

7. Die belangte Behörde legte die Akten betreffend das vorliegende Verfahren mit Schriftsatz vom 03.08.2016 dem Bundesverwaltungsgericht vor.

8. Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 17.08.2016, W120 2131751-1/2Z, wurde dem Antrag der beschwerdeführenden Partei auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht stattgegeben.

9. Mit hg am 15.06.2018 eingelangtem Schreiben gab die belangte Behörde bekannt, dass die beschwerdeführende Partei die Einstellung des Betriebes ihres gegenständlichen Kabelrundfunknetzes mit 28.05.2018 bekanntgegeben habe.

10. Mit Schreiben vom 22.06.2018 teilte die beschwerdeführende Partei dem

Bundesverwaltungsgericht mit, dass diese eine zügige Entscheidung erwarte, um gegebenenfalls weitere rechtliche Schritte einzuleiten.

11. In der hg am 19.07.2018 eingelangten Stellungnahme der belangten Behörde wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass aus ihrer Sicht die beschwerdeführende Partei auch nach Einstellung der Bereitstellung des verfahrensgegenständlichen Netzes durch die Feststellung einer Rechtsverletzung im Rahmen eines Verfahrens gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 vor dem Hintergrund des § 91 Abs 3 TKG 2003 weiterhin beschwert sei. In Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides werde gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 eine Verletzung der Anzeigepflichtung gemäß § 15 Abs 1 TKG 2003 festgestellt. Auch wenn dieser Mangel in der Folge dadurch abgestellt worden sei, dass die Bereitstellung des gegenständlichen Rundfunknetzes am 23.08.2016 angezeigt worden sei, sei die Feststellung einer Verletzung des TKG 2003 dennoch für allfällige zukünftige Verfahren nach § 91 Abs 3 TKG 2003 als Vorfrage relevant.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die beschwerdeführende Partei ist ein Verein mit Sitz in XXXX , welcher zur ZVR-Zahl XXXX im Vereinsregister eingetragen ist.

Die beschwerdeführende Partei betrieb von 2003 bis zum 28.05.2018 ein Kabelnetz zur Weiterverbreitung von Rundfunk (eine Kopfstation und eine Kabelinfrastruktur zu den Hausanschlüssen der Mitglieder) und verbreitete in diesem derzeit ca. 135 Fernseh- und ca. 96 Hörfunkprogramme weiter.

Mit Schreiben vom 22.04.2015 forderte die belangte Behörde die beschwerdeführende Partei auf, das von ihr bereitgestellte Kabelnetz zur Weiterverbreitung von Rundfunk gemäß § 15 Abs 1 TKG 2003 der belangten Behörde anzuzeigen. Dieser Aufforderung kam die beschwerdeführende Partei am 06.05.2015 nach.

Mit Schreiben vom 03.12.2015 zog die beschwerdeführende Partei die Anzeige gemäß § 15 Abs 1 TKG 2003 zurück.

Mit Schreiben vom 25.02.2016 leitete die belangte Behörde ein Verfahren gemäß § 120 Abs 1 Z 8 iVm § 91 TKG 2003 zur Überprüfung des Verdachts auf einen Verstoß gegen § 15 Abs 1 TKG 2003 ein und forderte die beschwerdeführende Partei binnen eines Monats ab Zustellung dieses Schreibens zur Stellungnahme oder zur Abstellung des Verstoßes gegen die genannte Verpflichtung bis zu diesem Zeitpunkt auf.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 22.06.2016, KOA 6.120/16-008, wurde im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht gemäß § 120 Abs 1 Z 8 iVm § 91 TKG 2003 wie folgt entschieden:

"1. Gemäß § 120 Abs. 1 Z 8 iVm § 91 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 134/2015, wird festgestellt, dass die XXXX den Mangel, der darin besteht, gegen ihre Verpflichtung gemäß § 15 Abs. 1 iVm § 120 Abs. 1 Z 3 TKG 2003 zu verstoßen, indem sie nicht gemäß der genannten Bestimmung das von ihr bereitgestellte öffentliche Kabelrundfunknetz sowie den über dieses bereitgestellten öffentlichen Rundfunkübertragungsdienst der KommAustria angezeigt hat, innerhalb der gemäß § 91 Abs. 1 TKG 2003 gesetzten Frist nicht abgestellt hat und der Mangel weiterhin besteht.

2. Gemäß § 120 Abs. 1 Z 8 iVm § 91 Abs. 2 TKG 2003 wird angeordnet, dass die XXXX binnen zwei Monaten ab Zustellung dieses Bescheides das von ihr bereitgestellte öffentliche Kabelrundfunknetz sowie den über dieses bereitgestellten öffentlichen Rundfunkübertragungsdienst gemäß § 15 Abs. 1 iVm § 120 Abs. 1 Z 3 TKG 2003 der KommAustria anzuzeigen hat."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Mit hg am 15.06.2018 eingelangtem Schreiben gab die belangte Behörde bekannt, dass die beschwerdeführende Partei die Einstellung des Betriebes ihres gegenständlichen Kabelrundfunknetzes mit 28.05.2018 bekanntgegeben habe.

## 2. Beweiswürdigung:

Diese Ausführungen gründen sich auf die angeführte Entscheidung und die Schriftsätze, welche Teil der dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden Verfahrensakten sind.

Die Feststellung hinsichtlich der Einstellung des Betriebes des Kabelrundfunknetzes ergibt sich einerseits aus dem Schreiben der belangten Behörde vom 12.06.2018 und andererseits aus dem von der beschwerdeführenden Partei aufgrund des Schreibens des Bundesverwaltungsgerichtes vom 19.06.2018 übermittelten Schreiben vom 22.06.2018.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt A)

3.1. Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist (im Wesentlichen gleichlautend Art 135 Abs 1 B-VG sowie § 2 VwGVG). Die entsprechende Anordnung einer Senatszuständigkeit enthält § 120 Abs 1 lit b Z 8 TKG 2003 iVm § 36 KOG, wonach das Bundesverwaltungsgericht über Beschwerden in jenen Fällen, in denen die KommAustria belangte Behörde ist, durch Senate entscheidet.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG geregelt (§ 1 leg cit). Gemäß § 58 Abs 2 VwGVG bleiben entgegenstehende

Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles,

die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl Nr 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl Nr 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl Nr 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

3.2. § 28 VwGVG ("Erkenntnisse"), BGBl I Nr 33/2013, lautet auszugsweise:

"§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

[...]"

3.3. Die vorliegend relevanten Regelungen des TKG 2003, BGBl I Nr 70/2003 idFBGBl I Nr 102/2011, lauten auszugsweise wie folgt:

"Anzeigepflicht

§ 15. (1) Die beabsichtigte Bereitstellung eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes sowie dessen Änderungen und dessen Einstellung sind vor Betriebsaufnahme, Änderung oder Einstellung der Regulierungsbehörde anzuzeigen.

(2) Die Anzeige hat schriftlich zu erfolgen und insbesondere folgende Angaben zu enthalten:

1. Name und Anschrift des Bereitstellers,

2. gegebenenfalls Rechtsform des Unternehmens,

3. Kurzbeschreibung des Netzes oder Dienstes,

4. voraussichtlicher Termin der Aufnahme, Änderung oder Einstellung des Dienstes.

(3) Die Regulierungsbehörde stellt binnen einer Woche ab Einlangen der vollständigen Anzeige eine Bestätigung über die erfolgte Anzeige aus. In dieser Bestätigung ist auch auf die sich aus diesem Bundesgesetz ergebenden Rechte und Pflichten hinzuweisen.

(4) Besteht für die Regulierungsbehörde auf Grund der vollständig eingebrachten Anzeige Grund zur Annahme, dass kein Bereitstellen eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes vorliegt, hat sie dies binnen einer Woche dem Anzeiger mitzuteilen und weitere Ermittlungen durchzuführen. Ergibt das weitere Ermittlungsverfahren, dass kein Bereitstellen eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes vorliegt, ist, falls die Partei dies beantragt, binnen vier Wochen ab Einlangen der vollständigen Anzeige ein Feststellungsbescheid zu erlassen oder das Verfahren einzustellen. Anderenfalls ist eine Bestätigung gemäß Abs. 3 auszustellen.

(5) Die Regulierungsbehörde hat die gemäß Abs. 3 ausgestellten Bestätigungen sowie die gemäß Abs. 4 erlassenen Bescheide zu veröffentlichen.

(6) Auf Betreiber von Kommunikationsdiensten, die den gesamten Umfang ihrer Kommunikationsdienstleistungen den Endnutzern ausschließlich in ihren Geschäftsräumlichkeiten anbieten, finden - sofern diese Dienstleistungen nicht unter § 26 Abs. 2 fallen - die Bestimmungen der §§ 17, 18, 19, 22, 23, 24, 24a, 25, 25a, 25b, 25c, 25d, 70, 71 und 72 keine Anwendung.

Aufsichtsmaßnahmen der Regulierungsbehörde

§ 91. (1) Hat die Regulierungsbehörde in Bezug auf durch sie zu besorgende Aufgaben Anhaltspunkte dafür, dass ein Unternehmen gegen die Vorschriften dieses Bundesgesetzes, gegen die Bestimmungen einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder gegen einen auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid

verstößt, teilt sie dies dem Unternehmen mit und räumt gleichzeitig Gelegenheit ein, zu den Vorhalten Stellung zu nehmen oder etwaige Mängel in angemessener Frist nach Erhalt der Mitteilung abzustellen.

(2) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, ordnet sie mit Bescheid die gebotenen, angemessenen Maßnahmen an, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, und setzt eine angemessene Frist fest, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist.

(3) Sind die gemäß Abs. 2 angeordneten Maßnahmen erfolglos geblieben, kann die Regulierungsbehörde in Bezug auf ein Unternehmen, das seine Pflichten gröblich oder wiederholt verletzt hat, das Recht Kommunikationsnetze oder Kommunikationsdienste bereitzustellen aussetzen, bis die Mängel abgestellt sind oder diesem Unternehmen untersagen, weiterhin Kommunikationsnetze oder Kommunikationsdienste bereitzustellen. Aus den gleichen Gründen kann die Regulierungsbehörde die Zuteilung von Frequenzen und Kommunikationsparametern widerrufen.

(4) Stellt ein Verstoß gegen die Vorschriften dieses Bundesgesetzes, gegen die Bestimmungen einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder gegen einen auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid eine unmittelbare und ernste Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit dar oder führt er bei anderen Anbietern oder Nutzern von Kommunikationsnetzen oder -diensten zu ernstesten wirtschaftlichen oder betrieblichen Problemen, kann die Regulierungsbehörde Maßnahmen gemäß Abs. 2 auch in einem Verfahren gemäß § 57 AVG anordnen. Diese Maßnahmen sind mit bis zu drei Monaten zu befristen und können bei Vorliegen besonders schwerwiegender Umstände um weitere drei Monate verlängert werden.

(5) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, tatsächlich nicht vorliegen bzw. innerhalb der gesetzten Frist abgestellt wurden, stellt sie mit Bescheid fest, dass die Mängel nicht bzw. nicht mehr gegeben sind.

(6) Partei im Aufsichtsverfahren ist jedenfalls das Unternehmen, bei dem die Regulierungsbehörde Anhaltspunkte gemäß Abs. 1 hat.

(7) Parteien im Aufsichtsverfahren nach § 40 KOG sind ferner jene, die gemäß § 40 Abs. 2 KOG ihre Betroffenheit glaubhaft gemacht haben.

(8) § 40 Abs. 3 Z 1 KOG gilt mit der Maßgabe, dass das Edikt die Beschreibung jener Anhaltspunkte zu enthalten hat, die zur Einleitung des Aufsichtsverfahrens geführt haben."

3.4. In der vorliegenden Beschwerde wird zusammengefasst vorgebracht, dass die beschwerdeführende Partei kein öffentliches Kommunikationsnetz betreibe und daher das Vorliegen einer Meldepflicht ausdrücklich verneint werde. Da kein öffentliches Kommunikationsnetz durch die beschwerdeführende Partei betrieben werde, liege auch keine Zuständigkeit der belangten Behörde vor.

3.5. Da das vorliegende Aufsichtsverfahren den Bereich Rundfunk betrifft, ergibt sich die Zuständigkeit der belangten Behörde bezüglich der Entscheidung über den vorliegenden Sachverhalt aus § 120 Abs 1 Z 8 TKG 2003.

3.6. In Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides wurde gegenüber der beschwerdeführenden Partei folgende Feststellung getroffen:

"1. Gemäß § 120 Abs. 1 Z 8 iVm § 91 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 134/2015, wird festgestellt, dass die XXXX den Mangel, der darin besteht, gegen ihre Verpflichtung gemäß § 15 Abs. 1 iVm § 120 Abs. 1 Z 3 TKG 2003 zu verstoßen, indem sie nicht gemäß der genannten Bestimmung das von ihr bereitgestellte öffentliche Kabelrundfunknetz sowie den über dieses bereitgestellten öffentlichen Rundfunkübertragungsdienst der KommAustria angezeigt hat, innerhalb der gemäß § 91 Abs. 1 TKG 2003 gesetzten Frist nicht abgestellt hat und der Mangel weiterhin besteht."

In Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides wurde der beschwerdeführenden Partei folgende Verpflichtung auferlegt:

"2. Gemäß § 120 Abs. 1 Z 8 iVm § 91 Abs. 2 TKG 2003 wird angeordnet, dass die XXXX binnen zwei Monaten ab Zustellung dieses Bescheides das von ihr bereitgestellte öffentliche Kabelrundfunknetz sowie den über dieses bereitgestellten öffentlichen Rundfunkübertragungsdienst gemäß § 15 Abs. 1 iVm § 120 Abs. 1 Z 3 TKG 2003 der KommAustria anzuzeigen hat."

Im angefochtenen Bescheid wurde daher in Spruchpunkt I. gegenüber der beschwerdeführenden Partei das Vorliegen eines Mangels festgestellt und in Spruchpunkt II. der beschwerdeführenden Partei die Behebung des Mangels aufgetragen.

3.7. Grundsätzlich hat das Verwaltungsgericht nach jener Sach- und Rechtslage zu entscheiden, die im Zeitpunkt seiner Entscheidung vorliegt (vgl. VwGH 12.04.2018, Ra 2018/04/0092), es sei denn, wenn darüber abzusprechen ist, was an einem bestimmten Stichtag oder in einem konkreten Zeitraum (wie beispielsweise betreffend die Steuerpflicht, die Feststellung von Beitragsgrundlagen, die Beitragspflicht etc.) rechtens war (vgl. ua VwGH 18.05.2016, Ra 2016/11/0072) oder der Gesetzgeber sieht - zB mittels Übergangsbestimmungen - etwas anderes vor (vgl. ua VwGH 18.03.1992, 91/12/0077). Ob - in Ermangelung einer Übergangsbestimmung - eine stichtags- bzw. zeitraumbezogene Entscheidung zu erfolgen hat, muss aus der Bestimmung selbst ermittelt werden (vgl. VwGH 05.09.2018, Ra 2018/03/0044, mit Verweis auf VwGH 24.03.2015, Ro 2014/09/0066).

3.8. In Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides wurde der beschwerdeführenden Partei aufgetragen, das "von ihr bereitgestellte öffentliche Kabelrundfunknetz sowie den über dieses bereitgestellten öffentlichen Rundfunkübertragungsdienst gemäß § 15 Abs. 1 iVm § 120 Abs. 1 Z 3 TKG 2003 der KommAustria anzuzeigen", dh ihr wurde gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 eine entsprechende Maßnahme zur Behebung des Mangels, wessentwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet worden war, aufgetragen.

Mit hg am 15.06.2018 eingelangtem Schreiben gab die belangte Behörde bekannt, dass die beschwerdeführende Partei die Einstellung des Betriebes ihres gegenständlichen Kabelrundfunknetzes mit 28.05.2018 bekanntgegeben habe.

Gemäß § 15 Abs 1 TKG 2003 sind die beabsichtigte Bereitstellung eines öffentlichen

Kommunikationsnetzes oder -dienstes sowie dessen Änderungen und dessen Einstellung vor Betriebsaufnahme, Änderung oder Einstellung der Regulierungsbehörde anzuzeigen.

Vor dem Hintergrund, dass mangels Vorliegens einer der zitierten Ausnahmen das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall seine Entscheidung an der zum maßgeblichen Zeitpunkt seiner Entscheidung maßgebenden Sach- und Rechtslage auszurichten hat und die beschwerdeführende Partei der belangten Behörde die Einstellung ihres gegenständlichen Kabelrundfunknetzes mit 28.05.2018 bekanntgab, ist mangels derzeitiger Bereitstellung eines öffentlichen Kabelrundfunknetzes und den darüber bereitgestellten öffentlichen Rundfunkübertragungsdienst durch die beschwerdeführende Partei und aufgrund der für die beschwerdeführende Partei daher nicht mehr bestehenden Anzeigeverpflichtung gemäß § 15 Abs 1 TKG 2003 der angefochtene Bescheid hinsichtlich Spruchpunkt II. aufzuheben.

3.9. Die belangte Behörde geht in ihrer Stellungnahme vom 19.07.2018 davon aus, dass "[a]uch wenn dieser Mangel in der Folge dadurch abgestellt wurde, dass die Bereitstellung des gegenständlichen Rundfunknetzes am 23.08.2016 angezeigt wurde", auch weiterhin die Feststellung einer Verletzung des TKG 2003 für allfällige zukünftige Verfahren nach § 91 Abs 3 TKG 2003 als Vorfrage relevant sei. Dies deshalb, da Tatbestandsvoraussetzung für einen Untersagungsbescheid gemäß § 91 Abs 3 TKG 2003 die gröbliche oder wiederholte Verletzung des TKG 2003 sei und die beschwerdeführende Partei somit ein rechtliches Interesse daran habe, sich gegen eine ihrer Ansicht nach zu Unrecht erfolgte Feststellung einer Rechtsverletzung im Rahmen eines Verfahrens nach § 91 Abs 2 TKG 2003 als Vorfrage eines möglichen Verfahrens nach § 91 Abs 2 TKG 2003 zu wehren.

Die in § 91 Abs 2 TKG 2003 geregelte Ermächtigung zur Erlassung eines Maßnahmenbescheides ist erst nach einer entsprechenden Aufforderung im Sinne des Abs 1 leg.cit. zulässig. Ein Maßnahmenbescheid ist als Leistungsbescheid zu erlassen. Die Regulierungsbehörde hat in diesem Zusammenhang die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt ihrer Entscheidung zugrunde zu legen. Der Bescheid kann einerseits als Mandatsbescheid erlassen werden (Abs. 4 leg.cit.) oder als Bescheid gemäß §§ 56 ff AVG. In den Materialien werden als Beispiele das Auferlegen oder Untersagen eines bestimmten Verhaltens oder die Aufhebung von Verträgen angesprochen (vgl. Kassai/Raschauer, in Riesz/Schilchegger [Hrsg], TKG [2016] § 91 Anm 29 und 31).

Unbestritten im vorliegenden Fall ist, dass die beschwerdeführende Partei die Einstellung des Betriebes ihres gegenständlichen Kabelrundfunknetzes mit 28.05.2018 bekanntgab, dh die Anzeigeverpflichtung gemäß § 15 Abs 1 TKG 2003 besteht für die beschwerdeführende Partei nicht mehr. Folglich wäre eine Feststellung des Vorliegens des Mangels, des Bestehens der Anzeigeverpflichtung, bereits deshalb bis dato jedenfalls nicht zulässig.



Das Bundesverwaltungsgericht sieht - entgegen der Sicht der belangten Behörde - auch keine gesetzliche Grundlage dafür, dass ohne Anordnung von für ex ante betrachtet notwendige Maßnahmen ausschließlich die bescheidmäßige Feststellung getroffen wird, dass ein Mangel, dh im vorliegenden Fall die von der beschwerdeführenden Partei nicht erfüllte Anzeigeverpflichtung gemäß § 15 Abs 1 TKG 2003, während eines bereits verstrichenen und abgrenzbaren Zeitraumes, hier bis zum 28.05.2018, bestand, da nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes der wesentliche Zweck der Bestimmung des § 91 Abs 2 TKG 2003 ist, mittels Anordnung von - ex ante betrachtet - notwendigen und geeigneten Maßnahmen einen aktuell bestehenden gesetzwidrigen Zustand zu beseitigen.

Vor diesem Hintergrund weist diese Bestimmung für das Bundesverwaltungsgericht gerade keine derartigen zeitraumbezogenen Komponenten auf, dass es um einen Abspruch gehen würde, was zu einem bestimmten Zeitpunkt (etwa jenem der Erlassung des angefochtenen Bescheides) oder in einem bestimmten Zeitraum rechtens bzw. nicht rechtens war.

Folglich wäre auch die Feststellung, dass der Mangel bis zum 28.05.2018 bestanden habe, folglich eine zeitraumbezogene Feststellung, nicht zulässig.

Wenn die belangte Behörde diesbezüglich vorbringt, dass weiterhin die Feststellung einer Verletzung des TKG 2003 für allfällige zukünftige Verfahren nach § 91 Abs 3 TKG 2003 als Vorfrage relevant sei, ist dieser entgegenzuhalten, dass eine Verfügung im Sinne des § 91 Abs 3 TKG 2003 (rechtskräftige) Maßnahmenbescheide gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 voraussetzt (vgl. Kassai/Raschauer, in Riesz/Schilchegger [Hrsg], TKG [2016] § 91 Anm 38) und daher die alleinige Feststellung des Vorliegens eines Mangels diesbezüglich nicht ausreichend ist, weshalb sich daraus keine Zulässigkeit des Abspruchs über das Vorliegen eines nicht mehr bestehenden Mangels ergibt.

Der angefochtene Bescheid war somit hinsichtlich seiner beiden Spruchpunkte aufzuheben.

3.10. Im Übrigen hätte Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes gar nicht erlassen werden dürfen und dieser wäre somit bereits aus folgendem Grund aufzuheben gewesen:

Grundsätzlich werden mit Feststellungsbescheiden Rechte und Rechtsverhältnisse verbindlich festgestellt und mit Leistungsbescheiden Verpflichtungen (zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen) auferlegt (vgl. VwGH 22.11.2017, Ro 2017/03/0012). Für einen Feststellungsbescheid besteht dort kein Raum, wo ein Leistungsbescheid möglich ist. Der Feststellungsbescheid ist ein bloß subsidiärer Rechtsbehelf, der jedenfalls dann unzulässig ist, wenn die strittige Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsverfahrens entschieden werden kann (vgl. VwGH 21.05.2015, 2013/06/0182).

Wie bereits ausgeführt, ist der Maßnahmenbescheid gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 als

Leistungsbescheid zu erlassen. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes belastete die belangten Behörde den angefochtenen Bescheid bereits deshalb mit Rechtswidrigkeit, indem diese zusätzlich zur Erlassung eines konkreten Leistungsbefehls (= auferlegte Anzeigeverpflichtung gemäß § 15 Abs 1 TKG 2003) das Bestehen des Mangels (= Nichterfüllung der Verpflichtung gemäß § 15 Abs 1 TKG 2003) feststellte.

Zwar ist die bescheidmäßige Feststellung rechtserheblicher Tatsachen nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zulässig, wenn die Rechtsordnung diese ausdrücklich vorsieht (vgl. VwGH 19.09.2012, 2012/01/0008), jedoch ist nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes die Wortfolge in § 91 Abs 2 TKG 2003 (arg. "[s]tellt die Regulierungsbehörde fest") nicht als gesetzliche Ermächtigung zur Feststellung rechtserheblicher Tatsachen, sondern im Sinne von "wahrnehmen" zu verstehen.

3.11. Bei diesem Ergebnis kann auch dahingestellt bleiben, ob durch die beschwerdeführende Partei bis zum 28.05.2018 ein öffentliches Kabelrundfunknetz und einen darüber bereitgestellten öffentlichen Rundfunkübertragungsdienst betrieb oder nicht.

3.12. Eine mündliche Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs 2 Z 1 VwGVG entfallen.

Zu Spruchpunkt B)

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Nach Art 133 Abs 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor (vgl. jüngst VwGH 28.02.2018, Ro 2017/04/0120).

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, da keiner der vorgenannten Fälle vorliegt. Auch sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich. Die vorliegende Entscheidung folgt - wie dargelegt - der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

#### **Schlagworte**

Anzeigepflicht, Aufsicht, Behebung der Entscheidung, Einstellung, Entgelt, Entgeltlichkeit, Entscheidungszeitpunkt, Feststellungsbescheid, Gewerblichkeit, Hörfunksignale, Kassation, Kostendeckung, Leistungsauftrag, Meldepflicht, rechtliches Interesse, Rechtsaufsicht, Rechtsgrundlage, Rundfunkempfang, Telekommunikation, Verein, Vorfrage

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2019:W120.2131751.1.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

16.10.2019

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

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