



KOA 1.022/21-002

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat I, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden und den weiteren Mitgliedern Dr. Katharina Urbanek und Mag. Thomas Petz, LL.M., über den Feststellungsantrag der Radio Arabella GmbH vom 28.06.2021 wie folgt entschieden:

I. Spruch

Der Antrag, festzustellen, dass die in den Beilagen 1. bis 12. des Bescheides der KommAustria vom 23.05.2018, KOA 1.022/18-001, in der jeweiligen Spalte 19 als technische Bedingung angeführte Empfehlung der Internationalen Telecommunication Union „ITU-R BS.412-9 Abschnitt: 2.5“ nichtig und daher nicht anwendbar ist, wird als unzulässig zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben an die KommAustria vom 28.06.2021 stellte die Radio Arabella GmbH den im Spruch erledigten Feststellungsantrag und brachte dazu Folgendes vor:

Der Radio Arabella GmbH sei mit rechtskräftigem Bescheid der KommAustria vom 23.05.2018, KOA 1.022/18-001, eine zusammengefasste Zulassung gemäß §§ 28e und 28g PrR-G für die Dauer von fünf Jahren erteilt worden. Der zusammengefassten Zulassung seien gemäß § 28e Abs. 2 PrR-G die näher genannten, in den Beilagen 1 bis 12, die einen Bestandteil des Spruchs des Zulassungsbescheides bilden, beschriebenen Übertragungskapazitäten zugeordnet worden. In Spalte 19 aller 12 Beilagen dieses Bescheides werde als technische Bedingung auf „ITU-R BS.412-9 Abschnitt: 2.5“ verwiesen. Der Abschnitt 2.5 enthalte unter der Überschrift „Technical Conditions“ folgende Festlegungen in englischer Sprache:

„2.5 Technical conditions

*2.5.1 For the radio-frequency protection ratios given in Fig. 1 and Table 3, it is assumed that the maximum peak deviation of ± 75 kHz is not exceeded. **Moreover, it is assumed that the power of the complete multiplex signal (including pilot-tone and additional signals) integrated over any interval of 60 s is not higher than the power of a multiplex signal containing a single sinusoidal tone which causes a peak deviation of ± 19 kHz.***

It is important that the limits for modulation levels given above should not be exceeded, otherwise the radiated power of the transmitter has to be reduced in accordance with the increased figures for protection ratios given in Annex 2.

Examples of measurement results, showing the maximum peak deviation and the power of the complete multiplex signal as a function of time are given in Annex 4.

NOTE – The power of a sinusoidal tone causing a peak deviation of ± 19 kHz is equal to the power of the coloured noise modulation signal according to Recommendation ITU-R BS.641, i.e. a coloured noise signal causing a quasi-peak deviation of ± 32 kHz.

2.5.2 The protection ratios for stereophonic broadcasting assume the use of a lowpass filter following the frequency modulation demodulator in the receiver designed to reduce interference and noise at frequencies greater than 53 kHz in the pilot-tone system and greater than 46.25 kHz in the polar-modulation system. Without such a filter or an equivalent arrangement in the receiver, the protection ratio curves for stereophonic broadcasting cannot be met, and significant interference from transmissions in adjacent or nearby channels is possible.

In determining the characteristics of the filters whose phase response is important in the preservation of channel separation at high audio frequencies, reference should be made to Annex III of Recommendation ITU-R BS.644.

2.5.3 In the case of AM-FM receivers, it is necessary to take measures so that the circuits at the AM intermediate frequency (generally 450-470 kHz) do not worsen the protection ratios when the receiver is operating in FM, particularly for differences between the frequencies of the wanted and interfering carrier greater than 300 kHz.

2.5.4 Data systems or other systems providing supplementary information, if introduced, should not cause more interference to monophonic and stereophonic services than is indicated by the protection ratio curves in Fig. 1. It is not considered practicable in the planning to provide additional protection to data services or other services providing supplementary information signals.“

Eine in dieser Empfehlung der ITU enthaltene Festlegung betreffe die Multiplex Leistung mit „0 dBr“. Dies ergebe sich durch Auslegung des zweiten Satzes des Punktes 2.5.1 der genannten Empfehlung in Verbindung mit der weiteren, im Bescheid allerdings in keiner Weise erwähnten Empfehlung der ITU Rec. ITU-R SM.1268-4, in der unter 1.1 des Annex 2 die Leistung von 0 dBr wie folgt definiert werde:

„Is the average power of a signal equivalent to the power of a sinusoidal tone which causes a peak deviation of ± 19 kHz.“

Die bisherige Praxis der Fernmeldebehörde habe zur Empfehlung ITU-R BS.412-9 Abschnitt. 2.5 mit Erlass des BMVIT vom 31.01.2003, GZ 100 247/III-P3/03, eine Toleranz von plus 3dBr erlaubt. Diese Dienstanweisung sei mit einer neuerlichen Dienstanweisung vom 04.06.2019 (BMVIT-630.407/0001-III/PT3/2018) mit sofortiger Wirkung aufgehoben worden. Damit betrage der Grenzwert für die MPX-Leistung nach Auffassung des BMVIT 0dBr. Die Fernmeldebehörde habe den Österreichischen Radioveranstaltern mit 30.06.2021 eine Frist zur Verbesserung der

Sendeanlagen eingeräumt, danach drohe die Einleitung von Verwaltungsstrafverfahren, sofern die Sendeanlagen nicht entsprechend adaptiert würden.

Eine Umstellung der Sendeanlagen mit Beschränkung der MPX-Leistung auf OdBr hätte gravierende Auswirkungen für die Antragstellerin. Zum einen würde sich das Versorgungsgebiet markant verkleinern und zum anderen würde das Sendesignal von Hörern nicht mehr in der gewohnten Klarheit und Lautstärke wahrgenommen werden.

Wie erwähnt sei die in englischer Sprache verfasste Empfehlung der Internationalen Fernmeldeunion „ITU-R BS.412-9 Abschnitt 2.5“ integraler Bestandteil des Bescheides der KommAustria vom 23.05.2018, KOA 1.022/18-001. Dieser Bescheidbestandteil sei nichtig, weil er nicht in der deutschen Amtssprache verfasst sei. Nach ständiger Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts folge aus Art. 8 Abs. 1 B-VG, dass sich die österreichischen Behörden der deutschen Sprache als Amtssprache zu bedienen haben, wozu auf das beiliegende Rechtsgutachten des emer. o. Univ.-Prof. DDr. Heinz Mayer vom 25.03.2020 verwiesen werde.

Der Antragstellerin stehe für den vorliegenden Antrag aus folgenden Gründen die Aktivlegitimation zu. Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH sei die Erlassung eines Feststellungsbescheides auf Parteienantrag dann zulässig, wenn dies im Interesse einer Partei als notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung liege. Dieses rechtliche Interesse liegt dann vor, wenn dem Feststellungsbescheid im konkreten Fall die Eignung zukomme, ein Recht oder Rechtsverhältnis für die Zukunft klarzustellen und dadurch eine Rechtsgefährdung des Antragstellers zu beseitigen. Ein rechtliches Interesse müsse im Zeitpunkt der Erlassung des über den Feststellungsantrag absprechenden Bescheides (noch) bestehen. Eine an ein im Zeitpunkt der Erlassung des genannten Bescheides abgeschlossenes Geschehen anknüpfende Feststellung über ein Recht oder Rechtsverhältnis müsse der Abwendung zukünftiger Rechtsgefährdung des Antragstellers dienen.

Als dem Rechtsunterworfenen nicht zumutbar gelte insbesondere im Falle des Bestehens unterschiedlicher Rechtsauffassungen auf Seiten der Behörde und des Rechtsunterworfenen über die Rechtmäßigkeit einer Handlung oder Unterlassung, die betreffende Handlung zu setzen bzw. zu unterlassen und sodann im Rahmen eines allfälligen Verwaltungsstrafverfahrens die Frage der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit dieses Verhaltens klären zu lassen.

Der Antragstellerin drohe aufgrund des im Verwaltungsstrafverfahren geltenden Kumulationsprinzips für jeden einzelnen nicht auf eine MPX-Leistung von OdBr umgestellten Sender ein Verwaltungsstrafverfahren. Eine Klärung der Rechtsfrage der Rechtsverbindlichkeit der Empfehlung der Internationalen Fernmeldeunion „ITU-R BS.412-9 Abschnitt 2.5“ im Wege der Einlassung auf eine Vielzahl von Verwaltungsstrafverfahren sei der Antragstellerin unzumutbar. Die Antragstellerin benötige daher für den unveränderten Betrieb ihrer Sendeanlagen eine möglichst rasche Klärung der anstehenden Rechtsfrage durch die bescheiderlassende Behörde.

2. Sachverhalt

Aufgrund des Antrages sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:



Die Antragstellerin verfügt über eine Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Wien und Teile Niederösterreichs“ aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 23.05.2018, KOA 1.022/18-001, zuletzt geändert mit Bescheid der KommAustria vom 01.07.2019, KOA 1.022/19-005. Der Antragstellerin wurden im Rahmen dieser rechtskräftigen – und mehrfach rechtskräftig abgeänderten – Zulassung insgesamt zwölf Übertragungskapazitäten zugeordnet und die entsprechenden Funkanlagenbewilligungen erteilt.

Die Funkanlagen werden in den Beilagen zum Zulassungsbescheid, die jeweils einen Teil des Bescheidspruches bilden („Anlageblätter“) näher beschrieben. Die Anlageblätter weisen im Wesentlichen folgende Form auf (Beilage 4 zum letzten Änderungsbescheides betreffend die Zulassung der Antragstellerin, KOA 1.022/19-005), wobei die Zeile 19, auf deren Auslegung sich der gegenständliche Feststellungsantrag bezieht, in sämtlichen Anlageblättern den selben Inhalt aufweist:

1	Name der Funkstelle	WAIDHOFEN YB 6					
2	Standortbezeichnung	Eben					
3	Lizenzinhaber	RADIO ARABELLA GMBH					
4	Senderbetreiber	Sesta GmbH					
5	Sendefrequenz in MHz	107,30					
6	Programmname	RADIO ARABELLA					
7	Geographische Koordinaten (in "° ' ")	014E43 50	47N59 14	WGS84			
8	Seehöhe (Höhe über NN) in m	550					
9	Höhe des Antennenschwerpunktes in m	10,0					
10	Senderausgangsleistung in dBW	25,6					
11	max. Strahlungsleistung (ERP) in dBW (total)	29,0					
12	gerichtete Antenne? (D/ND)	D					
13	Erhebungswinkel in Grad +/-	0,0					
14	Vertikale Halbwertsbreite(n) in Grad +/-	+/- 39°					
15	Polarisation	V					
16	Strahlungsdiagramm in horizontaler Ebene bei Richtantenne (ERP in dBW)						
	Grad	0	10	20	30	40	50
	H						
	V	12,4	13,0	14,8	17,2	19,8	22,1
	Grad	60	70	80	90	100	110
	H						
	V	24,0	25,5	26,7	27,6	28,2	28,6
	Grad	120	130	140	150	160	170
	H						
	V	28,9	29,0	28,9	28,6	28,2	27,6
	Grad	180	190	200	210	220	230
	H						
	V	26,7	25,5	24,0	22,1	19,8	17,2
	Grad	240	250	260	270	280	290
	H						
	V	14,7	13,0	12,4	12,7	13,3	13,9
Grad	300	310	320	330	340	350	
H							
V	14,4	14,5	14,4	13,9	13,3	12,7	
17	Gerätetype: Das Gerät entspricht dem Bundesgesetz ü. Funkanlagen und Telekommunikations-einrichtungen (FTEG), BGBl. I Nr. 134/2001 i.d.g.F.						
18	RDS - PI Code	Land	Bereich	Programm			
	lokal gem. EN 50067 Annex D	A hex	6 hex	DE hex			
19	Technische Bedingungen für:	Monoausstrahlung: ITU-R BS.450-3 Abschnitt 1					
		Stereoausstrahlung: ITU-R BS.450-3 Abschnitt 2.2					
		Mono- und Stereoausstrahlung: ITU-R BS.412-9 Abschnitt 2.5					
		RDS – Zusatzsignale: EN 62106					
20	Art der Programmmittelübertragung (bei Ballempfang Mutterstation und Frequenz)	YBBS DONAU 96,5 MHz					
21	Versuchsbetrieb gem. 15.14 der VO-Funk (ja/nein)	ja					
22	Bemerkungen						

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Antragsvorbringen sowie aus den zitierten Bescheiden und den zugrundeliegenden Verwaltungsakten der KommAustria.

4. Rechtliche Beurteilung

Die Antragstellerin beantragt im Wesentlichen die Feststellung, dass sich aus dem Verweis auf die Empfehlung der International Telecommunication Union „ITU-R BS.412-9 Abschnitt. 2.5“, der in den Anlageblättern, die einen Teil ihrer Hörfunkzulassung bzw. ihrer Funkanlagenbewilligungen darstellen, enthalten ist, keine verbindlichen Vorgaben für die Nutzung der zugeordneten Übertragungskapazitäten abzuleiten sind.

4.1. Zuständigkeit der KommAustria

Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist für die Erlassung eines Feststellungsbescheides jene Behörde zuständig, die durch die Rechtsordnung zur Gestaltung des Rechts oder Rechtsverhältnisses berufen ist (vgl. VfSlg. 4939/1965, 5203/1966, 6050/1969, 16.221/2001). Bei Fehlen einer ausdrücklichen Zuständigkeitsnorm ist nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung jene Behörde zur Erlassung des Feststellungsbescheides als zuständig anzusehen, zu deren Wirkungsbereich der engste sachliche Zusammenhang besteht (vgl. VwGH 25.06.1996, 96/09/0088).

Gegenständlich ist die KommAustria gemäß § 31 Abs. 2 PrR-G zuständige Regulierungsbehörde nach dem Privatradiogesetz.

Im Rahmen der Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk werden gemäß § 3 Abs. 2 PrR-G auch die zu nutzenden Übertragungskapazitäten zugeordnet, für die nach § 54 Abs. 3 Z 1 und Abs. 5 TKG 2003 gleichzeitig auch die fernmelderechtliche Frequenzzuordnung einschließlich der Errichtungs- und Betriebsbewilligung für die Funkanlagen gemäß § 74 iVm § 81 TKG 2003 durch die KommAustria erfolgt.

Da Gegenstand des vorliegenden Feststellungsantrags der Umfang der fernmelderechtlichen Betriebsbewilligung der Antragstellerin ist, ist nach dem oben Gesagten die KommAustria für die Entscheidung zuständig.

4.2. Zulässigkeit des Feststellungsantrages

Der Feststellungsantrag ist jedoch unzulässig.

Zunächst ist festzuhalten, dass ein Feststellungsbescheid über das Begehren der Antragstellerin gesetzlich nicht vorgesehen ist.

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Feststellungsbescheiden sind die Verwaltungsbehörden berechtigt, außerhalb ausdrücklicher gesetzlicher Einzelermächtigungen im Rahmen ihrer örtlichen und sachlichen Zuständigkeit von Amts wegen Feststellungsbescheide über Rechte oder Rechtsverhältnisse zu erlassen, sofern ein im öffentlichen Interesse begründeter Anlass dazu gegeben ist und die Verwaltungsvorschriften nicht ausdrücklich anderes bestimmen.

Auch der Partei des Verwaltungsverfahrens kommt unter der zuletzt genannten Voraussetzung die Berechtigung zu, die bescheidmäßige Feststellung strittiger Rechte zu begehren, wenn der Bescheid im Einzelfall notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung ist und insofern im Interesse der Partei liegt. Dieses rechtliche Interesse ist nur dann gegeben, wenn dem Feststellungsbescheid im konkreten Fall die Eignung zukommt, ein Recht oder Rechtsverhältnis für die Zukunft klarzustellen und dadurch eine Rechtsgefährdung des Antragstellers zu beseitigen (vgl. *Walter/Thienel*, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze², E 204 zu § 56 AVG sowie u.a. VwGH 30.06.1995, 93/12/0333, 27.09.2011, 2010/12/0131 und VfSlg. 4563/1963, 5130/1965, 16.221/2001).

Als subsidiärer Rechtsbehelf scheidet der Feststellungsbescheid jedoch dann aus, wenn die für die Feststellung maßgebende Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahrens zu entscheiden ist (vgl. VwGH 25.04.1996, 95/07/0216, 18.12.2002, 2002/17/0282, 30.06.2011, 2007/07/0172 und 22.12.2011, 2010/07/0006). Auch wenn ein solcher anderer Rechtsweg offen steht, ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes jedoch weiter zu prüfen, ob der Partei die Beschreitung dieses Rechtsweges auch zumutbar ist. Als dem Rechtsunterworfenen nicht zumutbar hat es der Verwaltungsgerichtshof insbesondere angesehen, im Falle des Bestehens unterschiedlicher Rechtsauffassungen auf Seiten der Behörde und des Rechtsunterworfenen über die Rechtmäßigkeit einer Handlung oder Unterlassung die betreffende Handlung zu setzen bzw. zu unterlassen und sodann im Rahmen eines allfälligen Verwaltungsstrafverfahrens die Frage der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit dieses Verhaltens klären zu lassen (vgl. VwGH 04.02.2009, 2007/12/0062, 27.09.2011, 2010/12/0184). Die Zulässigkeit des Feststellungsbescheides als notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung wird somit nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere dann bejaht, wenn sich Parteien im Falle, dass sie die Rechtslage ungeklärt lassen, der Gefahr einer Bestrafung aussetzen (vgl. *Kolonivits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrenrecht¹¹ [2019] Rn 407, VfSlg. 4563/1963, 6392/71, 9105/1981, 13.417/1993, sowie VwGH 17.09.1996, 94/05/0054, 15.11.2007, 2006/07/0113).

Unzulässig ist es jedoch nach der ebenso ständigen Rechtsprechung, durch einen Feststellungsbescheid rechtskräftige Bescheide „auszulegen“ (vgl. VwGH 28.03.2018, Ra 2017/07/0120) oder die Geltung von Normen festzustellen (VwGH 19.09.2012, 2012/01/0008, sowie *Kolonivits/Muzak/Stöger*, a.a.O.,).

Diese beiden zentralen Aussagen der höchstgerichtlichen Rechtsprechung stehen nicht zueinander im Widerspruch: Der Rechtsprechung, wonach ein anderer Rechtsweg offenstehen und auch zumutbar sein muss, liegt nämlich überhaupt erst das Erfordernis zugrunde, eine strittige Rechtsfrage vor einem allfälligen Verwaltungsstrafverfahren mittels Feststellungsbescheid zu klären. Dieses Erfordernis besteht in jenem Fall, in dem über die maßgebliche Rechtsfrage bereits rechtskräftig – hier im Zulassungsbescheid – abgesprochen wurde, gerade nicht.

Die Erlassung eines Feststellungsbescheides ist somit zusammengefasst dann unzulässig, wenn die entsprechende Rechtsfrage in einem anderen Verwaltungsverfahren zu entscheiden ist (und die Beschreitung dieses Rechtsweges zumutbar ist) oder in einem anderen Verfahren bereits rechtskräftig entschieden wurde (wobei sich im diesem Fall die Frage der Zumutbarkeit naturgemäß nicht mehr stellt).

Genau auf eine solche Auslegung eines rechtskräftigen Bewilligungsbescheides richtet sich jedoch der gegenständliche Antrag, wenn die Antragstellerin darin die Feststellung begehrt, dass die in den Beilagen zu ihrem Zulassungsbescheid zur Veranstaltung von Hörfunk in der jeweiligen Spalte 19 als technische Bedingung angeführte Empfehlung der Internationalen Telecommunication Union „ITU-R BS.412-9 Abschnitt. 2.5“ nichtig und daher nicht anwendbar ist.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die bescheidmäßige Feststellung, unter welchen Bedingungen die der Antragstellerin zugeordneten Übertragungskapazitäten bzw. Funkanlagen genutzt werden dürfen, abschließend im Rahmen des (rechtskräftigen) Zulassungsbescheides der KommAustria erfolgt ist. Die Beurteilung, ob eine Überschreitung dieser Bedingungen vorliegt und inwieweit eine solche allenfalls verwaltungsstrafrechtlich zu sanktionieren ist, obliegt gemäß § 109 iVm §§ 122 ff TKG 2003 dem Fernmeldebüro. Das von der Antragstellerin angestrebte „Zwischenverfahren“ vor der KommAustria zur Auslegung ihres rechtskräftigen Zulassungsbescheides kommt nach dem Gesagten nicht in Betracht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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.

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 1.022/21-002“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtzahlung“ 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 25. August 2021

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)