

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/9/15 2005/04/0120

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.09.2006

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
16/02 Rundfunk;  
19/05 Menschenrechte;  
40/01 Verwaltungsverfahren;

## Norm

AVG §37;  
AVG §45 Abs2;  
AVG §58 Abs2;  
AVG §60;  
KOG 2001 §11 Abs3;  
KOG 2001 §12;  
MRK Art6 Abs1;  
PrivatradioG 2001 §13 Abs2;  
PrivatradioG 2001 §5 Abs2 Z2;  
PrivatradioG 2001 §5 Abs3;  
PrivatradioG 2001 §5 Abs5;  
PrivatradioG 2001 §6 Abs1;  
PrivatradioG 2001 §7 Abs4;  
PrivatradioG 2001 §7 Abs5;  
PrTV-G 2001 §4 Abs3 impl;  
VwGG §39 Abs2 Z6;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Weiss, über die Beschwerde der Ganymedia Network GmbH in Wien, vertreten durch die KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH in 1220 Wien, Wagramer Straße 19, gegen den Bescheid des Bundeskommunikationssenates von 25. April 2005, GZ 611.079/0001- BKS/2004, betreffend Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms (mitbeteiligte Partei: Privatradio Arabella GmbH in Linz, vertreten durch Dr. Michael Krüger, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Seilergasse 4/15), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 51,50 und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Mit dem vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 25. April 2005 wurde - soweit hier wesentlich - die Berufung der Beschwerdeführerin gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 29. Juli 2004, mit dem der mitbeteiligten Partei für die Dauer von zehn Jahren die Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms für das Versorgungsgebiet "Linz 96,7 MHz" erteilt wurde, gemäß § 66 Abs. 4 iVm § 13 Abs. 8 AVG iVm § 5 Abs. 3 PrR-G, BGBl. I Nr. 20/2001 in der Fassung BGBl. I Nr. 136/2001, iVm § 32 Abs. 3 und 4 PrR-G in der Fassung BGBl. I Nr. 169/2004 abgewiesen (Spruchpunkt 3.).

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, im erstinstanzlichen Bescheid habe die KommAustria festgehalten, dass (unter anderem) die Beschwerdeführerin wie auch die mitbeteiligte Partei die Voraussetzungen nach § 5 Abs. 2 iVm §§ 7 bis 9 PrR-G erfüllten und die fachlichen, organisatorischen und finanziellen Voraussetzungen für eine regelmäßige Veranstaltung und Verbreitung des jeweils geplanten Programms glaubhaft gemacht hätten. In Abwägung der Kriterien des § 6 Abs. 1 PrR-G sei laut erstinstanzlichem Bescheid der mitbeteiligten Partei der Vorzug gegenüber den übrigen Antragstellern zu geben gewesen. Bei der Beurteilung der Programme der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei sei durch die KommAustria festgehalten worden, dass deren Beitrag zur Meinungsvielfalt etwa gleich einzuschätzen sei. Die mitbeteiligte Partei weise mehr Medienerfahrung auf und es sei durch die Gesellschafterstruktur eine langfristige Sicherung des Radiobetriebs zu erwarten. Die Neuartigkeit des Programms der Beschwerdeführerin berge ein gewisses Risiko seiner Annahme durch die Zuhörer und damit der Finanzierbarkeit durch Werbung. Während die mitbeteiligte Partei ca. 14 % des Programms ihrer Hauptgesellschafterin (der Donauradio Wien GmbH) vom Versorgungsgebiet Wien 92,9 MHz übernehmen wolle, sei das Programm der Beschwerdeführerin bis auf den Zukauf von Nachrichten völlig eigengestaltet. Eine gewisse Verschränkung von Medieninhabern im Zusammenhang mit dem Aufbau eines wirtschaftlich lebensfähigen privaten Hörfunkmarktes könne jedoch im Einzelfall hingenommen werden, zumal auch das von Wien 92,9 MHz übernommene Programm eigengestaltet sei. Der Lokalbezug der Programme solle bei beiden Antragstellern primär im Wortprogramm hergestellt werden. Die mitbeteiligte Partei habe dazu äußerst detaillierte Inhalte dargestellt, während die Beschwerdeführerin lediglich einzelne Inhalte der Morgensendung angeführt habe. In welcher Weise deren Wortprogramm des übrigen Tages auf die Interessen der Bevölkerung im Versorgungsgebiet Rücksicht nehmen würde, sei nicht näher dargelegt worden. Insbesondere im Hinblick auf das Musikprogramm der Beschwerdeführerin und die enge Zielgruppe "urbane Mediennutzer mit mittlerem bis höherem Bildungsniveau" sei vor dem Hintergrund, dass im Versorgungsgebiet Linz nur zwei lokale Programme empfangbar seien, anzunehmen, dass von der mitbeteiligten Partei auf die Interessen der Bevölkerung mehr Bedacht genommen werde.

Wie sich aus dem von der KommAustria im erstinstanzlichen Bescheid festgestellten - und im Wesentlichen unbestritten gebliebenen - Sachverhalt ergebe, habe die Beschwerdeführerin am 27. April 2004 folgende Änderung in den Eigentumsverhältnissen bekannt gegeben: An Stelle der zum Ende der Antragsfrist mit 18. Dezember 2003 gegebenen Zusammensetzung der Beschwerdeführerin bestehend aus der J GmbH (im Folgenden J-GmbH) mit EUR 33.350,-- Stammeinlage und der i GmbH (im Folgenden i-GmbH) mit EUR 1.750,--

Stammeinlage seien nunmehr als Hauptgesellschafter die V Gesellschaft zur Entwicklung, Produktion und Vermarktung von Medienprogrammen mbH (im Folgenden V-GesmbH) mit einer Stammeinlage von EUR 17.500,-- sowie die U und N OEG (im Folgenden U-OEG) mit einer Stammeinlage von EUR 1.750,-- beteiligt, die i-GmbH sei nicht mehr Gesellschafterin und die J-GmbH halte nunmehr eine Stammeinlage von EUR 15.750, --, welche zur Hälfte eingezahlt sei. Insgesamt ergebe dies eine Veränderung von 55 % der Geschäftsanteile der Beschwerdeführerin.

Der Rundfunkbeirat habe seine Empfehlung für die Beschwerdeführerin (gleichrangig mit der Empfehlung für die mitbeteiligte Partei) unter dem Vorbehalt abgegeben, dass die Eigentümerstruktur der Beschwerdeführerin verändert werde. Diese Stellungnahme des Rundfunkbeirates sei den Parteien am 7. April 2004 zugestellt worden. Die Änderung in der Gesellschafterstruktur der Beschwerdeführerin sei am 26. April 2004 - zwei Tage vor der mündlichen Verhandlung - zur Eintragung angemeldet worden.

In der Folge sei diese Änderung der Eigentumsverhältnisse der Beschwerdeführerin von der KommAustria dem erstinstanzlichen Bescheid zugrundegelegt worden. Weiters sei zu erwähnen, dass bereits im Antrag der Beschwerdeführerin die derzeitige Gesellschafterstruktur als "beabsichtigt" angegeben werde.

Die belangte Behörde vertrete die Auffassung, dass der vorliegende Sachverhalt nach den Grundsätzen des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. September 2004, Zl. 2002/04/0148, zu entscheiden sei. Es treffe zwar zu, dass das PrR-G Änderungen der Gesellschafterstruktur zulasse, jedoch sei nach den Überlegungen des Gesetzgebers (wie in den Materialien (Initiativantrag 472/A und Ausschussbericht 768 BlgNR XXII. GP) zur Novelle BGBl. I Nr. 169/2004 zum Ausdruck komme) entscheidend, ob der verfahrensleitende Antrag wesentlich geändert werde. Änderungen nach Ablauf der Antragsfrist stellten (trotz der Ankündigung im Antrag) wesentliche Änderungen dar, wenn sie einen Einfluss auf den Zugang zu diesem Auswahlverfahren bzw. auf die zu treffende Auswahlentscheidung haben könnten.

Schon aus der Begründung der Empfehlung des Rundfunkbeirates und den Bezugnahmen der KommAustria auf diese Empfehlung sei ersichtlich, dass die Änderung der Gesellschafterstruktur der Beschwerdeführerin Einfluss auf das Auswahlverfahren gehabt habe. Auch seien durch diese Änderung "zentrale Entscheidungsgrundlagen", insbesondere jene der Erfüllung der fachlichen und finanziellen Voraussetzungen wesentlich beeinflusst worden. So werde der weitaus überwiegende Teil des programmlichen "Know-How" und das für die Rundfunkveranstaltung in den anderen Bereichen erforderliche Fachwissen für das zumindest in Österreich neue Format durch die nunmehrige Hauptgesellschafterin V-GmbH und deren geschäftsführenden Gesellschafter L sowie deren weiteren Gesellschafter G vermittelt.

Auch im Hinblick auf die finanziellen Voraussetzungen seien die Chancen der Beschwerdeführerin erheblich verbessert worden, da die KommAustria festgestellt habe, dass eine Zusage der V-GmbH vorliege, die Anlaufverluste in der Höhe von EUR 500.000,- zur Hälfte aus Eigenkapital oder Gesellschafterdarlehen abzudecken. Auch die Zusage der Volksbank R bestätige, der Beschwerdeführerin (nur) auf Grund der vorliegenden Gesellschafterstruktur einen Betrag von EUR 500.000,- zur Verfügung zu stellen. Schließlich sei auch die Bestätigung der C-Bank AG, Filiale München, offensichtlich davon abhängig, dass die V-GmbH Gesellschafterin der Beschwerdeführerin sei. In diesem Sinne habe sich die erstinstanzliche Entscheidung der KommAustria bei der Bejahung der entsprechenden Voraussetzungen maßgeblich auf die geplante Mitarbeit von Personen, die über teils bereits umfangreiche Erfahrungen im Bereich des Rundfunks verfügten sowie auf die "Zusagen der Hausbanken" der Gesellschafter gestützt.

Damit stehe außer Zweifel, dass die Änderung in der Gesellschafterstruktur maßgeblichen Einfluss auf den Zugang zum Auswahlverfahren, aber auch auf die Chancen im Auswahlverfahren gehabt habe. Damit sei diese Änderung gemäß § 13 Abs. 8 AVG wesentlich und nicht mehr durch die belangte Behörde zu berücksichtigen.

Daran ändere auch nichts, dass die Änderung der Gesellschafterstruktur bereits im Antrag der Beschwerdeführerin dargestellt worden sei: es könne nicht Ziel und Zweck eines Wettbewerbsverfahrens nach dem PrR-G sein, in einem Antrag beabsichtigte Änderungen bloß anzukündigen und der Regulierungsbehörde letztlich die Aufgabe zu übertragen, die Realisierungschancen derartiger Ankündigungen zu beurteilen. Damit entstehe eine unsachliche Ungleichbehandlung mit jenen Antragstellern, die schon zum Ende der Antragsfrist ihre Gesellschafterstruktur festgelegt hätten. Ließe man Derartiges zu, so würden sich zukünftig alle Antragsteller darauf beschränken, im Antrag bloß eine beabsichtigte Gesellschafterstruktur anzugeben und es wäre letztlich ins Belieben des Antragstellers gestellt, den Verfahrensablauf abzuwarten und erst im Fall dringender Notwendigkeit eine Änderung der Gesellschafterstruktur vorzunehmen.

Lasse man die angeführte Änderung der Gesellschafterstruktur unberücksichtigt, seien für die belangte Behörde erhebliche Zweifel an der Erfüllung der fachlichen und der finanziellen Voraussetzungen der Beschwerdeführerin gegeben:

Die aktuelle Hauptgesellschafterin (V-GmbH) und deren Gesellschafter hätten das wesentliche und entscheidende Substrat für die fachlichen Voraussetzungen geliefert. Im Hinblick auf das neue Format, das zu einem wesentlichen Teil auf der Konzeption der V-GmbH beruhe, fehlten der Beschwerdeführerin in ihrer ursprünglichen Zusammensetzung die maßgeblichen Entscheidungsträger und auch deren Erfahrungen. Die ursprüngliche Hauptgesellschafterin (J-GmbH) sowie der Großteil deren Gesellschafter verfüge über keine auch nur annähernd vergleichbaren Erfahrungen,

da sie weder aktiv im Hörfunkbereich tätig seien noch ihr etwaige Beteiligungen an anderen Rundfunkveranstaltern ein vergleichbares "Know-How" vermittelten. Das von der Beschwerdeführerin geplante Format sei in Österreich neuartig und dessen Einführung bedürfe daher entsprechender fachlicher Unterstützung und spezieller Erfahrung. Es sei nicht zu erkennen, dass der als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin vorgesehene Mag. N über derartige praktische Erfahrung verfüge, auch habe er sich bisher nicht in führender kaufmännischer oder programmlicher Position bei einem Hörfunkveranstalter befunden. Daran ändere auch nichts, dass Mag. N als Kleinst-Gesellschafter eines Hörfunkveranstalters zumindest teilweise in den operativen Bereich der Veranstaltung von Hörfunk einbezogen gewesen sei. Diese Überlegungen träfen gleichermaßen auf den für die Bereiche Technik und Administration vorgesehenen Mitarbeiter zu. Wenngleich diesem eine gewisse Erfahrung im Betrieb eines Hörfunkveranstalters nicht abzusprechen sei, unterscheide sich dessen Tätigkeit im Vereinsvorstand des "freien Radios Salzkammergut" doch erheblich von den Anforderungen bei der Einführung eines in Format und Zielgruppe völlig neuartigen Programms für das Versorgungsgebiet Linz.

Im Hinblick auf das Vorliegen der finanziellen Voraussetzungen habe gerade die Beteiligung der Hauptgesellschafterin V-GmbH die für die Veranstaltung des geplanten Programms notwendige Glaubhaftmachung des finanziellen Rückhalts vermittelt, da entscheidende Angaben zur Finanzierung von der V-GmbH abhingen. Diese hätte die Hälfte der Anlaufverluste tragen sollen. Auch die von der KommAustria angeführten Finanzierungszusagen seien davon abhängig gemacht worden, dass die V-GmbH Gesellschafterin der Beschwerdeführerin sei und wären ohne deren Beteiligung nicht oder zumindest nicht in diesem Ausmaß gegeben worden. Lasse man die Beteiligung der V-GmbH außer Acht, verbleibe unklar, wie die J-GmbH mit einem nur zur Hälfte eingezahlten Stammkapital von EUR 35.000,-- die gesamten Anlaufverluste oder auch nur die Hälfte der Anlaufverluste in der von der Berufungswerberin geschätzten Höhe von mindestens EUR 500.000,-- als "Eigenkapital oder als Gesellschafterdarlehen" bestreiten wolle, auch wenn Mag. N als geschäftsführender Gesellschafter die Finanzierung von EUR 250.000,-- in Aussicht gestellt habe. Es sei auch nicht erkennbar, dass die J-GmbH regelmäßige eigene Einkünfte erzielen würde, habe sie sich doch im Wesentlichen auf die Vorbereitungstätigkeiten für die Antragstellung beschränkt. Die Finanzierungszusagen seien überhaupt erst nach Aufforderung der KommAustria nachgeliefert worden und noch nicht Bestandteil der Antragsunterlagen gewesen. Im Antrag selbst sei kein bezifferbares Vermögen der Beschwerdeführerin angegeben worden oder sei sonst in irgendeiner Weise eine solide finanzielle Basis oder allenfalls bestehende Garantien dargestellt worden. Es wäre zu erwarten gewesen, dass die Glaubhaftmachung der finanziellen Voraussetzungen zum Ende der Antragsfrist vorliege, könnte sich doch auch insofern eine Ungleichbehandlung mit anderen Antragstellern ergeben, die rechtzeitig (zum Ende der Antragsfrist) die Glaubhaftmachung veranlasst hätten. Es könne nicht sein, dass sich Antragsteller darauf beschränkten, im Antrag zu behaupten, dass die finanziellen Voraussetzungen vorlägen und darauf warteten, bis die Regulierungsbehörde sie zur näheren Glaubhaftmachung auffordere.

Die Finanzierung des Betriebs und seiner Anlaufkosten sei von besonderer Relevanz, da das neuartige Programm - worauf die KommAustria ausdrücklich verwiesen habe - einem gewissen Risiko seiner Annahme durch die Zuhörer und damit der Finanzierbarkeit durch Werbung unterliege. Auch könne die Beschwerdeführerin bei ihrem Programm im Sinne einer Reduktion der Kosten nicht auf die Übernahme von Programmteilen zurückgreifen, da dieses nach ihren eigenen Angaben gänzlich eigengestaltet sein werde.

Im Ergebnis habe die belangte Behörde daher erhebliche Zweifel, dass mit der ursprünglichen Gesellschafterstruktur der Beschwerdeführerin eine dauerhafte Programmveranstaltung gewährleistet erscheine. Da die angeführte Änderung der Gesellschafterstruktur im Verfahren nicht zu berücksichtigen sei, sei der Beschwerdeführerin die erforderliche Glaubhaftmachung gemäß § 5 Abs. 3 PrR-G nicht gelungen und ihr Antrag aus diesem Grund abzuweisen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor. Die mitbeteiligte Partei erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid im Recht auf gesetzmäßige Auswahlentscheidung gemäß § 6 PrR-G verletzt. In Ausführung dieses Beschwerdepunktes bringt sie im Wesentlichen vor, eine wesentliche Änderung ihres Antrages liege nicht vor, sodass die belangte Behörde sie zu Unrecht nicht in die

Auswahlentscheidung einbezogen habe.

Die von der belangten Behörde herangezogenen Materialien zur Novelle BGBl. I Nr. 169/2004 seien im vorliegenden Fall nicht einschlägig, da diese Novelle schon gemäß § 32 Abs. 3 PrR-G nicht anzuwenden gewesen sei. Als solche dürften sie auch nicht zur Auslegung der anzuwendenden Rechtslage des PrR-G in der Fassung BGBl. I Nr. 136/2001 herangezogen werden.

Auch verkenne die belangte Behörde, dass die Beschwerdeführerin nach dem vorliegenden Sachverhalt keine wesentliche Änderung im Sinne des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes Zl. 2002/04/0148 vorgenommen habe. So habe sie bereits in ihrem Antrag vom 18. Dezember 2003 sämtliche erforderlichen Nachweise gemäß § 5 Abs. 2 Z 2 PrR-G durch die Vorlage des Gesellschaftervertrages erbracht. Auch sämtliche andere Voraussetzungen für einen vollständigen Antrag gemäß § 5 PrR-G seien vorgelegt worden. Darüber hinaus habe die Beschwerdeführerin bereits in diesem Antrag angegeben, dass eine Gesellschafteränderung bevorstehe, und sämtliche Berechnungen bereits dieser Änderung zu Grunde gelegt. Auch der Rundfunkbeirat habe ausdrücklich ausgeführt, dass der ursprüngliche Antrag der Beschwerdeführerin die Änderung der Gesellschafteranteile vorgesehen habe. Nachträglich sei lediglich der bereits im ursprünglichen Antrag angekündigte Eigentumswechsel vollzogen worden, was gemäß § 5 Abs. 5 PrR-G ausdrücklich gesetzlich vorgesehen sei. Die belangte Behörde habe verkannt, dass die Beschwerdeführerin gerade keine wesentliche Änderung ihres ursprünglichen Antrages vorgenommen habe; vielmehr sei die von Anfang an angekündigte und kurze Zeit danach vollzogene Änderung der Gesellschafterstruktur im Zeitpunkt der Entscheidung bereits realisiert worden. Eine solche Vorgangsweise stehe der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht entgegen, zumal die Beschwerdeführerin bereits sämtliche erforderlichen Nachweise und Unterlagen innerhalb der Bewerbungsfrist vorgelegt habe.

Auch ohne Berücksichtigung der Änderung ihrer Gesellschafterstruktur hätte die Beschwerdeführerin in die Auswahlentscheidung einbezogen werden müssen. So verfüge der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin und Hauptgesellschafter der J-GmbH, Mag. N, unbestritten über die fachlichen Fähigkeiten zur Durchführung eines Hörfunkprogramms. Auch verfüge er über ausreichende finanzielle Mittel und über einschlägige Erfahrungen im Hörfunkbereich, da er Gesellschafter der N & C Privatradiobetriebs GmbH (im Folgenden N & C) sei, welche in Wien erfolgreich "Radio Energy" betreibe. Mag. N sei seit Aufnahme des Hörfunkbetriebes Gesellschafter dieser Gesellschaft und zwischenzeitig der einzige österreichische Gesellschafter der N & C. Neben seiner Gesellschaftertätigkeit sei Mag. N auch operativ tätig gewesen; der Erfolg von "Radio Energy" sei (auch) auf die Leistungen von Mag. N zurückzuführen. Es sei "gänzlich unerfindlich", warum die belangte Behörde davon ausgehe, dass dieser über keine einschlägigen Erfahrungen verfüge. Auch bleibe im Dunklen, wieso L und G über keine ausreichende fachliche Kompetenz zur Führung eines Privatradioveranstalters verfügten. Die Beschwerdeführerin verfügte daher über "ausgezeichnete Fähigkeiten" in diesem Bereich.

Die belangte Behörde habe sich auch in keiner Weise damit auseinandergesetzt, dass der detaillierte Businessplan der Beschwerdeführerin von der KommAustria als nachvollziehbar und keineswegs überzogen oder unrealistisch beurteilt worden sei. Die belangte Behörde ignoriere auch die Glaubhaftmachung der finanziellen Voraussetzungen, die in Form einer Finanzierungszusage der V-Bank vorläge. Darüber hinaus verkenne die belangte Behörde, dass Nachweise über Finanzierungszusagen im Zeitraum der Antragstellung gerade nicht vorliegen müssten und sich § 5 Abs. 3 PrR-G in diesem Punkt wesentlich von § 5 Abs. 2 Z 2 PrR-G unterscheide, welcher im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes Zl. 2002/04/0148 maßgeblich gewesen sei.

2. Gemäß § 32 Abs. 4 Privatradiogesetz idF der Novelle BGBl. I Nr. 169/2004 sind im vorliegenden Fall die Bestimmungen des Privatradiogesetzes, BGBl. I Nr. 20/2001 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 136/2001 (PrR-G), maßgeblich. Diese lauten auszugsweise:

"Zulassung

§ 3. (1) Eine Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms ist von der Regulierungsbehörde auf zehn Jahre zu erteilen. ...

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;
3. eine Darstellung über die für die Verbreitung des Programms geplanten Übertragungskapazitäten, insbesondere den geplanten Sendestandort, die geplante Frequenz, die Sendestärke und die Antennencharakteristik.

(3) Der Antragsteller hat zusammen mit dem Nachweis der Zulassungsvoraussetzungen gemäß Abs. 1 glaubhaft zu machen, dass er fachlich, finanziell und organisatorisch die Voraussetzungen für eine regelmäßige Veranstaltung und Verbreitung des geplanten Programms erfüllt und dass die Programmgrundsätze gemäß § 16 eingehalten werden, dies insbesondere durch Vorlage eines Programmkonzepts und des geplanten Programmschemas sowie des vom Zulassungswerber in Aussicht genommenen Redaktionsstatutes.

(4) Die Regulierungsbehörde kann den Antragsteller im Zuge der Prüfung des Antrages zur Ergänzung seiner Angaben auffordern und insbesondere eine Offenlegung der Eigentumsverhältnisse sowie der Rechtsbeziehungen zu Gebietskörperschaften, Hörfunkveranstaltern und Unternehmen im Medienbereich verlangen.

(5) Treten Änderungen in den Eigentumsverhältnissen nach der Zulassung ein, so hat diese der Veranstalter unverzüglich der Regulierungsbehörde zu melden.

...

#### Auswahlgrundsätze

§ 6. (1) Bewerben sich mehrere Antragsteller, die die gesetzlichen Voraussetzungen (§ 5 Abs. 1 und 2) erfüllen, um eine Zulassung, so hat die Regulierungsbehörde dem Antragsteller den Vorrang einzuräumen,

1. bei dem auf Grund der vorgelegten Unterlagen sowie der Ergebnisse des Verfahrens die Zielsetzungen dieses Gesetzes am besten gewährleistet erscheinen, insbesondere indem insgesamt eine bessere Gewähr für eine größere Meinungsvielfalt geboten wird sowie ein eigenständiges, auf die Interessen im Verbreitungsgebiet Bedacht nehmendes Programmangebot zu erwarten ist oder im Fall von Spartenprogrammen im Hinblick auf das bereits bestehende Gesamtangebot an nach diesem Bundesgesetz verbreiteten Programmen von dem geplanten Programm ein besonderer Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet zu erwarten ist und
2. von dem oder von der zu erwarten ist, dass das Programm den größeren Umfang an eigengestalteten Beiträgen aufweist.

...

#### Hörfunkveranstalter

§ 7. ...

(5) Der Hörfunkveranstalter hat die zum Zeitpunkt der Antragstellung um eine Zulassung bestehenden Eigentums- oder Mitgliederverhältnisse zusammen mit dem Antrag sowie alle diesbezüglichen Änderungen binnen 14 Tagen der Regulierungsbehörde mitzuteilen. Stehen Anteile des Hörfunkveranstalters im direkten oder indirekten Eigentum von Kapitalgesellschaften, Personengesellschaften oder Genossenschaften, so sind auch deren Eigentumsverhältnisse bekannt zu geben, Treuhandverhältnisse sind offen zu legen. Diese Verpflichtungen lassen andere gesetzliche Offenlegungspflichten unberührt.

...

#### Ausschreibung von Übertragungskapazitäten

§ 13. ...

(2) Die Regulierungsbehörde hat dabei die verfügbaren Übertragungskapazitäten im "Amtsblatt zur Wiener Zeitung" und durch Bekanntmachung in weiteren österreichischen Tageszeitungen und in sonstiger geeigneter Weise auszuschreiben und dabei eine mindestens zweimonatige Frist zu bestimmen, innerhalb deren Anträge auf Zuordnung der Übertragungskapazität zu einem bestehenden Versorgungsgebiet oder auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im ausgeschriebenen Versorgungsgebiet nach diesem Bundesgesetz gestellt werden können."

3. Die belangte Behörde stützt den angefochtenen Bescheid auf die Auffassung, der Beschwerdeführerin sei mit ihrem ursprünglichen (innerhalb der in § 13 Abs. 2 PrR-G normierten Bewerbungsfrist eingebrachten) Antrag auf Zulassung und daher ohne Berücksichtigung der nachträglichen Beteiligung der V-GmbH an der Beschwerdeführerin die Glaubhaftmachung der finanziellen Voraussetzungen gemäß § 5 Abs. 3 PrR-G nicht gelungen. Die V-GmbH solle nämlich die Hälfte der Anlaufverluste tragen. Weiters hingen die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Finanzierungszusagen davon ab, dass die V-GmbH Gesellschafterin der Beschwerdeführerin sei. Dem gegenüber sei im ursprünglichen Antrag weder ein bezifferbares Vermögen der Beschwerdeführerin oder sonst in irgendeiner Weise eine solide finanzielle Basis dargestellt worden.

Die Beschwerde hält dem lediglich entgegen, der Hauptgesellschafter der J-GmbH verfüge über "ausreichende finanzielle Mittel", und verweist auf die Finanzierungszusage der Volksbank R. Darüber hinaus seien Nachweise über die finanziellen Voraussetzungen im Zeitpunkt der Antragstellung nicht zu erbringen; durch die Vorlage der Finanzierungszusage der Volksbank R nach dem Ende der Antragsfrist sei eine Glaubhaftmachung gelungen.

Im Gegensatz zu den Voraussetzungen gemäß § 5 Abs. 2 Z 2 PrR-G, die vom Antragsteller nachzuweisen sind, sind die fachlichen, finanziellen und organisatorischen Voraussetzungen für eine regelmäßige Veranstaltung und Verbreitung des geplanten Programms gemäß § 5 Abs. 3 PrR-G (nur) glaubhaft zu machen. Die Wortfolge "glaubhaft zu machen" ist dahingehend zu verstehen, dass der Antragsteller die Behörde von der Wahrscheinlichkeit - und nicht etwa von der Richtigkeit - des Vorliegens einer bestimmten Tatsache zu überzeugen hat. Damit ist aber die Pflicht des Antragstellers verbunden, initiativ alles darzulegen, was für das Zutreffen der Voraussetzungen spricht und diesbezüglich konkrete Umstände anzuführen, die objektive Anhaltspunkte für das Vorliegen dieser Voraussetzungen liefern. Insoweit trifft den Antragsteller eine erhöhte Mitwirkungspflicht (vgl. hierzu zu der insoweit vergleichbaren Bestimmung des § 4 Abs. 3 PrTV-G die hg. Erkenntnisse vom 15. September 2004, Zl. 2002/04/0201, und vom selben Tag, Zl. 2002/04/0071).

Im vorliegenden Fall kann die Beschwerde mit dem nicht weiter konkretisierten Hinweis auf "ausreichende finanzielle Mittel" des Hauptgesellschafters der J-GmbH schon im Hinblick auf das nur zur Hälfte eingezahlte Stammkapital der J-GmbH und die von der Beschwerdeführerin (nach den unbestrittenen Feststellungen der belangten Behörde) selbst geschätzten Anlaufverluste von mindestens EUR 500.000,- eine Fehlbeurteilung der belangten Behörde nicht dartun. Wenn die Beschwerde darüber hinaus pauschal auf die Finanzierungszusage der Volksbank R hinweist, unterlässt sie es, auf die Ausführungen der belangten Behörde einzugehen, wonach diese Finanzierungszusage maßgeblich von der Beteiligung der V-GmbH abhängig sei. Auch wird die Feststellung der belangten Behörde, im Antrag der Beschwerdeführerin sei kein bezifferbares Vermögen angegeben oder sonst in irgendeiner Weise eine (solide) finanzielle Basis oder allenfalls bestehende Garantien dargestellt, durch die Beschwerde nicht weiter bestritten.

Insoweit die Beschwerde als Verfahrensfehler rügt, die belangte Behörde habe sich in keiner Weise damit auseinandergesetzt, dass der detaillierte Businessplan der Beschwerdeführerin von der KommAustria als nachvollziehbar und keineswegs überzogen oder unrealistisch beurteilt worden sei, lässt sie jegliches Vorbringen vermissen, warum dieser Businessplan für sich genommen angesichts der von der belangten Behörde angeführten sonstigen Umstände für eine Glaubhaftmachung der finanziellen Voraussetzungen gemäß § 5 Abs. 3 PrR-G ausgereicht hätte.

Daher ist die Auffassung der belangten Behörde, der Beschwerdeführerin sei es - ohne Berücksichtigung der (nachträglichen) Änderung ihrer Eigentumsverhältnisse - nicht gelungen, die finanziellen Voraussetzungen gemäß § 5 Abs. 3 PrR-G glaubhaft zu machen, nicht als rechtswidrig zu erkennen. Im Hinblick auf die oben angeführte erhöhte Mitwirkungspflicht des Antragstellers bei der Glaubhaftmachung reicht es (noch) aus, dass die belangte Behörde ihre Entscheidung nur mit "erheblichen Zweifeln" an den finanziellen Voraussetzungen der Beschwerdeführerin für eine Veranstaltung des von ihr beantragten Programms und nicht mit der ausdrücklichen Feststellung, die Beschwerdeführerin habe die Behörde nicht von der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens dieser Voraussetzungen überzeugt, begründet hat.

4. Die Beschwerdeführerin wendet gegen die Nichtberücksichtigung der - nach Ablauf der Bewerbungsfrist gemäß § 13 Abs. 2 PrR-G - vorgenommenen Änderung ihrer Eigentumsverhältnisse ein, diese sei keine Antragsänderung gewesen, da sie bereits in ihrem ursprünglichen (innerhalb der Bewerbungsfrist eingebrachten) Antrag vom 18. Dezember 2003 angegeben habe, dass eine Gesellschafteränderung bevorstehe und diese sämtlichen Berechnungen bereits zugrundegelegt habe.

Wie sich aus § 7 Abs. 5 erster Satz PrR-G ergibt, hat der Hörfunkveranstalter die zum Zeitpunkt der Antragstellung um eine Zulassung bestehenden Eigentumsverhältnisse zusammen mit dem Antrag offen zu legen. Dies hat die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag vom 18. Dezember 2003 auch getan, in dem sie in Punkt "I. Antragstellerin" die Eigentumsverhältnisse offengelegt und dies durch einen Firmenbuchauszug vom 18. Dezember 2003 (Beilage ./B) sowie durch eine Darstellung der Eigentumsverhältnisse (Beilage ./E) belegt hat. Damit lag - bezogen auf die vom Gesetz geforderte Offenlegung der Eigentumsverhältnisse - kein Mangel des ursprünglichen Antrages der Beschwerdeführerin auf Zulassung iS des § 13 Abs. 3 AVG vor, der einer nachträglichen Verbesserung zugänglich gewesen wäre.

Vielmehr hat die Beschwerdeführerin ihre im Zulassungsantrag bereits offen gelegten Eigentumsverhältnisse im Zuge des Verfahrens geändert und diese Änderung gemäß § 7 Abs. 5 erster Satz PrR-G der Regulierungsbehörde mitgeteilt. Daher ist die belangte Behörde zu Recht davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin dadurch ihren Antrag auf Zulassung geändert hat.

5. Die belangte Behörde hat aber auch zu Recht diese erst nach Ablauf der Bewerbungsfrist erfolgte Änderung des Zulassungsantrages nicht berücksichtigt:

So ist § 7 Abs. 5 erster Satz PrR-G nicht zu entnehmen, dass jede nachträgliche Änderung der Eigentumsverhältnisse im Verfahren zulässig und iS zu berücksichtigen ist. Auch § 5 Abs. 5 PrR-G, auf den sich die Beschwerdeführerin beruft, lässt sich nicht entnehmen, dass jede Änderung der Eigentumsverhältnisse im Verfahren zur Erteilung einer Zulassung generell zulässig wäre, gilt diese Bestimmung doch lediglich für Änderungen in den Eigentumsverhältnissen nach der Zulassung.

Vielmehr sind nachträgliche (nach Ablauf der in § 13 Abs. 2 PrR-G normierten Bewerbungsfrist erfolgte) Änderungen von Zulassungsanträgen im Hinblick auf das im Gesetz vorgesehene Auswahlverfahren unzulässig und nicht mehr zu berücksichtigen, wenn sie einen Einfluss auf den Zugang zu diesem Auswahlverfahren haben (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. September 2004, Zl. 2002/04/0148, und diesem folgend die hg. Erkenntnisse vom 15. September 2004, Zlen. 2003/04/0013, 0014, und vom 30. Juni 2006, Zl. 2003/04/0185, alle betreffend die Vorlage eines geänderten Gesellschaftsvertrages, mit dem nachträglich ein Nachweis gemäß § 5 Abs. 2 Z 2 PrR-G über eine dem § 7 Abs. 4 PrR-G entsprechende Vorkehrung erbracht wurde). Dies ist dann der Fall, wenn der Antragsteller erst durch nach Ablauf der Bewerbungsfrist erfolgte Änderungen die im § 6 Abs. 1 PrR-G genannten gesetzlichen Voraussetzungen für den Zugang zum Auswahlverfahren erfüllen würde.

Die Beschwerdeführerin wendet in diesem Punkt ein, der vorliegende Sachverhalt entspreche nicht jenem, welcher dem hg. Erkenntnis Zl. 2002/04/0148 zu Grunde gelegen sei, da die Beschwerdeführerin bereits in ihrem ursprünglichen Antrag vom 18. Dezember 2003 sämtliche erforderlichen Nachweise gemäß § 5 Abs. 2 Z 2 PrR-G erbracht habe. Damit verkennt die Beschwerdeführerin, dass sich die angeführte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht alleine auf die Nachweise gemäß § 5 Abs. 2 Z 2 PrR-G, sondern auf alle nachträglichen Änderungen bezieht, durch welche der Antragsteller erst die gesetzlichen Voraussetzungen für den Zugang zum Auswahlverfahren erfüllen würde.

Da die belangte Behörde im vorliegenden Fall zu Recht angenommen hat, dass es der Beschwerdeführerin - ohne Berücksichtigung der (nachträglichen) Änderung ihrer Eigentumsverhältnisse - nicht gelungen sei, die finanziellen Voraussetzungen gemäß § 5 Abs. 3 PrR-G glaubhaft zu machen und ihr ursprünglicher Antrag somit erst durch die nachträgliche Änderung diese im § 6 Abs. 1 PrR-G genannte gesetzliche Voraussetzung für den Zugang zum Auswahlverfahren erfüllt hätte (vgl. hierzu die hg. Erkenntnisse vom 30. Juni 2004, Zl. 2003/04/0133, und vom 28. Juli 2004, Zl. 2002/04/0158), hat sie die nachträgliche Änderung der Eigentumsverhältnisse zu Recht nicht berücksichtigt und die Beschwerdeführerin gemäß § 6 Abs. 1 PrR-G nicht in das Auswahlverfahren einbezogen. Bei diesem Ergebnis war auf die Frage der Erfüllung der fachlichen Voraussetzungen gemäß § 5 Abs. 3 PrR-G durch die Beschwerdeführerin nicht weiter einzugehen.

6. Da sich die Beschwerde somit als unbegründet erweist, war sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG im Hinblick darauf, dass die Beschwerdeführerin im Verfahren vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne der EMRK, eine derartige mündliche Verhandlung nicht beantragt hat (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 2006, Zl. 2004/04/0234, und vom 24. Februar 2006, Zl. 2005/04/0044, mwN) abgesehen werden.



Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 15. September 2006

**Schlagworte**

Begründungspflicht Beweiswürdigung und Beweismittel AllgemeinDefinition von Begriffen mit allgemeiner Bedeutung

VwRallg7Verfahrensgrundsätze im Anwendungsbereich des AVG Offizialmaxime Mitwirkungspflicht

Manuduktionspflicht VwRallg10/1/1Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung MitwirkungspflichtBegründungspflicht

Manuduktionspflicht Mitwirkungspflicht

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2006:2005040120.X00

**Im RIS seit**

30.11.2006

**Zuletzt aktualisiert am**

28.07.2011

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

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