

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/6/30 2003/04/0185

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.06.2006

## Index

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

## Norm

AVG §13 Abs3;  
AVG §13 Abs8;  
AVG §66 Abs4;  
AVG §68 Abs1;  
PrivatradioG 2001 §28 Abs1;  
PrivatradioG 2001 §28 Abs5;  
PrivatradioG 2001 §28b Abs4;  
PrivatradioG 2001 §28d Abs5;  
PrivatradioG 2001 §3 Abs1;  
PrivatradioG 2001 §5 Abs2 Z2;  
PrivatradioG 2001 §6 Abs1;  
PrivatradioG 2001 §7 Abs4;  
VwGG §33 Abs1;  
VwGG §42 Abs2 Z1;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte Dr. Stöberl, Dr. Rigler, Dr. Bayjones und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Weiss, über die Beschwerde der Radio Starlet Programm- und Werbegesellschaft m.b.H. in Herzogenaurach (Deutschland), vertreten durch Mag. Harald Schuh und Mag. Christian Atzwanger, Rechtsanwälte in 4020 Linz, Lüfteneggerstraße 12, gegen den Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 6. Oktober 2003, 611.092/007- BKS/2003 (mitbeteiligte Partei: Krone Radio Salzburg GmbH in Wals, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1070 Wien, Mariahilferstraße 20), betreffend Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Der Antrag der N & C Privatrado Betriebs GmbH in Wien, vertreten durch Baier Lambert Rechtsanwälte OEG in 1010 Wien, Kärntner Ring 12, auf Aufhebung des angefochtenen Bescheides wird zurückgewiesen.

### **Begründung**

I.

1. Mit dem vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 6. Oktober 2003 wurde

-

dem Antrag der mitbeteiligten Partei vom 24. März 2003 auf Wiederaufnahme des mit Bescheid der belangten Behörde vom 6. September 2002 erledigten Berufungsverfahrens gemäß § 69 Abs. 1 Z 2 AVG stattgegeben (Spruchpunkt I.),

-

unter anderem die Berufungen der Beschwerdeführerin und der

N & C Privatrado Betriebs GmbH (im Folgenden: N & C) gemäß § 70 Abs. 1 iVm § 66 Abs. 4 AVG iVm § 6 Abs. 1 und 2 PrR-G als unbegründet abgewiesen (Spruchpunkt II.1.)

-

sowie der mitbeteiligten Partei gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 3 Abs. 2 und § 6 PrR-G die Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk für das Versorgungsgebiet "Salzburg Stadt 94,0 MHz" unter der Auflage erteilt, dass das mit dieser Zulassung ausgestrahlte Programm zu keinem Zeitpunkt des Tages (mit Ausnahme zufälliger Übereinstimmungen bei einzelnen Musiktiteln) mit dem durch die Zulassungsinhaberin der Zulassung für das Versorgungsgebiet Stadt Salzburg auf der Frequenz 107,5 MHz ausgestrahlten Programm ident ist. Als ident sei es auch anzusehen, wenn das auf Grund dieser Zulassung veranstaltete Programm bei sonstiger Identität gegenüber dem anderen geringfügig zeitversetzt ausgestrahlt werde (Spruchpunkt III.1.).

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) habe mit Bescheid vom 18. Juni 2001 der mitbeteiligten Partei die im Spruch angeführte Zulassung erteilt und unter anderem die Anträge der Beschwerdeführerin und der N & C gemäß § 6 Abs. 1 und 2 PrR-G abgewiesen.

Auf Grund der Berufungen unter anderem der Beschwerdeführerin und der N & C habe die belangte Behörde mit Bescheid vom 6. September 2002 den genannten Bescheid der KommAustria dahingehend abgeändert, dass die beantragte Zulassung der N & C erteilt worden sei. Nach einer im Verfahren vor der belangten Behörde eingeholten Stellungnahme der KommAustria zu den Überschneidungen der Versorgungsgebiete für die Zulassungen Salzburg 94,0 und Hallein sei davon auszugehen gewesen sei, dass "in dem hinsichtlich der zu versorgenden Bevölkerung und der wichtigen Verkehrswege maßgeblichen Teil des Versorgungsgebietes eine nahezu vollständige Überschneidung besteht (und) damit das Programm des Krone Hit Radio in wesentlichen Teilen der Stadt Salzburg auf zwei Frequenzen zu empfangen ist". Aus diesem Grund sei die belangte Behörde zur Auffassung gelangt, dass eine derartige "Doppelversorgung" durch ein und dasselbe Programm den Intentionen des Gesetzgebers zuwiderlaufe.

Am 24. März 2003 habe die mitbeteiligte Partei einen Antrag auf Wiederaufnahme dieses Verfahrens eingebracht und darin ausgeführt, dass ihr zu jener Neuerung, welcher die belangte Behörde maßgebliche Bedeutung zugemessen habe, kein Parteiengehör gewährt worden sei. Eine Studie der T-Systems International GmbH Media und Broadcast zur UKW-Versorgung der Sender Hallein 1 und Hallein 2 würde belegen, dass die KommAustria ihre Berechnungen ohne Berücksichtigung von Störsendern vorgenommen habe und bei der Berechnung mit tatsächlich vorhandenen Störsendern das Gebiet der Doppelversorgung vernachlässigbar sei.

Zu dieser Studie habe die KommAustria ausgeführt, die Ergebnisse ihrer Berechnungen sowie jener der Studie seien durchaus vergleichbar. Relevante Abweichungen seien nur dann feststellbar, wenn die in den Berechnungen zu berücksichtigenden Funkanlagen in Einzelfällen nicht den bewilligten Merkmalen entsprächen. Hiezu habe ein Lokalaugenschein ergeben, dass der Senderstandort Hallein 2 nicht in der vom Antragsteller angegebenen Seehöhe

von 701 m, sondern nur knapp 630 m über dem Meeresspiegel liege. Angesichts dieser Tatsache sei verständlich, dass die (seinerzeitigen) Berechnungen zu optimistisch ausgefallen seien. Den (nunmehrigen) Feldstärkemessungen könne aber entnommen werden, dass die beiden Übertragungskapazitäten jedenfalls den südlichen Teil der Stadt Salzburg ausreichend versorgen würden. Aus der graphischen Darstellung der Messungen sei ersichtlich, dass diese Übertragungskapazität sogar bis nach Hallein ausreichend versorge.

Sodann führte die belangte Behörde zu Spruchpunkt I. aus, der Wiederaufnahmegrund des § 69 Abs. 1 Z 2 AVG sei vorgelegen, da das von der mitbeteiligten Partei neu vorgelegte Beweismittel Anlass zur Annahme gegeben habe, die seinerzeitigen Berechnungen der KommAustria seien zu optimistisch angesetzt, und die belangte Behörde bewogen habe, Messungen vor Ort durchführen zu lassen. Ein Gutachten, das nach Rechtskraft eines Bescheides erstattet worden sei, könne einen Wiederaufnahmegrund darstellen, wenn neue Befundergebnisse gegeben seien, die sich auf seinerzeit bestandene Tatsachen bezögen. Im Bescheid vom 6. September 2002 habe es die belangte Behörde als maßgeblich erachtet, dass im maßgeblichen Teil des Versorgungsgebietes eine nahezu vollständige Überschneidung bestehe und damit das Programm der mitbeteiligten Partei in wesentlichen Teilen der Stadt Salzburg auf zwei Frequenzen zu empfangen sei. Diese zentrale Annahme sei durch die vorliegenden Messergebnisse widerlegt worden. Dieser Umstand wird im angefochtenen Bescheid (auf den Seiten 10 bis 13) durch näher erläuterte Abbildungen veranschaulicht, in denen das Versorgungsgebiet des Senders 94,0 MHz Salzburg bzw. das Gebiet, das von beiden Sendern Hallein 104,2 und Salzburg 94,0 MHz versorgt wird, nach den Berechnungen der KommAustria und nach den vor Ort durchgeführten Messungen gegenüber gestellt wird sowie die Feldstärken im Messgebiet 94,0 MHz Salzburg 1 Gaisberg sowie im Messgebiet 104,2 MHz Hallein 2 Winterstall dargestellt werden. Hierzu führte die belangte Behörde aus, insbesondere bei der grafischen Darstellung der Frequenz 104,2 (Feldstärken im Messgebiet 104,2 MHz Hallein 2 Winterstall) zeige sich, dass der Sender Hallein jedenfalls im Zentrum Salzburgs und damit im Kerngebiet des Versorgungsgebietes der verfahrensgegenständlichen Zulassung nicht ausreichend versorgt und somit eine Doppelversorgung nicht zu erkennen sei. Als weitere Gründe für den Wiederaufnahmeantrag sei anzuführen, dass die mitbeteiligte Partei die Nichtberücksichtigung des neuen Beweismittels nicht selbst verschuldet habe und es bei voller Kenntnis der richtigen Tatsachen im Entscheidungszeitpunkt zu einem im Hauptinhalt des Spruches anders lautenden Bescheid gekommen wäre.

Zu Spruchpunkt II. führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, die KommAustria habe in ihrer Auswahlentscheidung zur Beschwerdeführerin hervorgehoben, dass deren Konzept weniger auf die Bevölkerung im Versorgungsgebiet als auf den Durchfahrtsverkehr bzw. auf Berufskraftfahrer und Fernfahrer abstelle. Bei dem dargelegten Programm handle es sich um ein für das gesamte Bundesgebiet gedachtes Spartenprogramm, das nur geringfügig auf die Interessen der im Versorgungsgebiet ansässigen Bevölkerung Rücksicht nehme. Das Programmangebot der Beschwerdeführerin ziele sowohl im Musik- als auch im Wortprogramm vor allem auf die Interessen von Fernfahrern und Countryfreunden ab. Ein besonderer Beitrag zur Meinungsvielfalt im konkreten Versorgungsgebiet sei von der Zulassung ihres Programmes nicht zu erwarten, insbesondere weil sich die von der Beschwerdeführerin eigengestalteten Beiträge im Wesentlichen nicht auf das Versorgungsgebiet bezögen, sondern auf eine zumindest österreichweite oder darüber hinausgehende Ausstrahlung gerichtet seien.

Die N & C habe in ihrer Berufung vorgebracht, beim Gesellschaftsvertrag der mitbeteiligten Partei liege ein Mangel vor, der gemäß § 7 Abs. 4 PrR-G zur Abweisung hätte führen müssen, da die Übertragung von Anteilen an bereits der Gesellschaft als Gesellschafter angehörende Personen nicht der Zustimmung bedürfe. Mit Schreiben vom 23. November 2001 habe der Rechtsvertreter der mitbeteiligten Partei die belangte Behörde über eine geänderte Fassung des Gesellschaftsvertrages informiert, wonach gemäß Punkt X jede Abtretung der Zustimmung der Gesellschaft bedürfe. Diese der Entscheidung der belangten Behörde zu Grunde gelegte Neufassung des Gesellschaftsvertrages der mitbeteiligten Partei unterscheide sich von der in erster Instanz vorgelegenen Fassung darin, dass nunmehr die Abtretung von Geschäftsanteilen oder von Teilen derselben ausdrücklich der Zustimmung der Gesellschaft bedürfe. Dieser Gesellschaftsvertrag der mitbeteiligten Partei entspreche nunmehr den Anforderungen des § 7 Abs. 4 PrR-G, die mitbeteiligte Partei erfülle somit die Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 PrR-G und sei in die Auswahlentscheidung nach § 6 PrR-G miteinzubeziehen. Die belangte Behörde könne nicht erkennen, dass dieser Mangel des Gesellschaftsvertrages nicht im Sinne des § 13 Abs. 3 AVG behebbar wäre und gehe davon aus, dass der bisher bestandene Mangel, der auch unter der durch § 13 Abs. 8 AVG gezogenen Grenze liege, einer Verbesserung

zugänglich sei. Zutreffend möge sein, dass die Möglichkeit zur Antragsänderung in einem Spannungsverhältnis zum gesetzlich intendierten Wettbewerbsverfahren stehe, allerdings könne die belangte Behörde nicht erkennen, dass die vorliegende Änderung des Gesellschaftsvertrages dieser Intention widerspreche.

Zur Auswahlentscheidung führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, im Hinblick auf die Beschwerdeführerin habe sie innerhalb des beweglichen Systems des § 6 PrR-G auch zu berücksichtigen, inwieweit sich die eigengestalteten Beiträge auf die Interessen der am Versorgungsgebiet vertretenen Bevölkerung bezögen. Eine bloße Gegenüberstellung des Umfanges der eigengestalteten Beiträge ohne Berücksichtigung der transportierten Inhalte könne nicht den Zielen des PrR-G entsprechen. Das Programmkonzept der Beschwerdeführerin bilde ein Spartenprogramm, das sich an "Country-Freunde" und Fernfahrer richte. Dies zeige sich einerseits in den Angaben im Konzept zur Zusammensetzung der Zuhörerschaft sowie an den Bezeichnungen der "Senderkennungen" an Wochentagen, welche fast ausschließlich einen Bezug zu Fernfahrern hätten. Überdies sei eine "Countrystar-Trucker-Hotline" vorgesehen, die den Hörern die Gelegenheit zur Beteiligung am Programm bieten solle. Dieses Programmkonzept, das in identer Weise auch Anträgen für andere Versorgungsgebiete zu Grunde liege, weise im Übrigen keinen spezifischen Bezug zu den Interessen der im Versorgungsgebiet ansässigen Bevölkerung auf. Vom Hörfunkprogramm der Beschwerdeführerin müsste als Spartenprogramm im Hinblick auf das bereits bestehende Gesamtangebot an Privatradios ein besonderer Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet zu erwarten sein. Weder im Antrag einschließlich des Programmkonzeptes noch in der Berufung der Beschwerdeführerin werde aber dargetan, inwieweit diese einen besonderen Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet leisten könne. Nach Ansicht der belangten Behörde biete die mitbeteiligte Partei trotz ihres einheitlich strukturierten (auf mehrere Versorgungsgebiete angelegten) Programmschemas ein Programmangebot, welches spezifisch auf die Interessen im Verbreitungsgebiet Salzburg Bedacht nehme. An dieser Einschätzung ändere auch nichts, dass durch das Versorgungsgebiet eine Autobahnstrecke führe, die zu einer wichtigen Durchzugsstrecke gehöre, auf der zahlreiche Fernfahrer unterwegs seien, welche einen wesentlichen Teil der Zielgruppe des Hörfunkprogrammes der Beschwerdeführerin ausmachten. Dass der Lokalbezug der Beschwerdeführerin besonders groß wäre, stelle sich als reine Behauptung dar, die auch durch das Vorbringen, dass "gerade im Bereich Salzburg und Hallein eine Reihe von Organisationen vorhanden ist, welche der Musikrichtung des Country- und Western-Formats anhängen" nicht überzeugender werde. Das Vorbringen von allfälligen Synergien mit der Welle Salzburg GmbH in der Berufung der Beschwerdeführerin beschränke sich auf Vermutungen bzw. Annahmen. Diesbezüglich hätten die Ermittlungen der belangten Behörde keinen Anhaltspunkt für eine derartige Zusammenarbeit ergeben.

In Abwägung der Stärken und Schwächen der mitbeteiligten Partei und (auch) der Beschwerdeführerin gelange die belangte Behörde auf Grund der vorgelegten Unterlagen sowie der Ergebnisse des Verfahrens erster Instanz und vor der belangten Behörde sowie unter Berücksichtigung des § 6 Abs. 2 PrR-G zum Ergebnis, dass die Zielsetzungen des PrR-G mit Erteilung der Zulassung an die mitbeteiligte Partei besser gewährleistet seien.

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete - ebenso wie die mitbeteiligte Partei - eine Stellungnahme, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Die N & C beantragte in einer "Stellungnahme der mitbeteiligten Partei" die Aufhebung des angefochtenen Bescheides.

3. Mit Schriftsatz vom 20. Dezember 2004 gab die mitbeteiligte Partei bekannt, dass sie die ihr im vorliegenden Verfahren erteilte Zulassung zum Zwecke der Erteilung einer Zulassung für die Veranstaltung von bundesweitem terrestrischen Hörfunk gemäß § 28b Abs. 1 PrR-G an die KRONEHIT Radio BetriebsgmbH übertragen habe. Diese sei der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH mit - dieser Stellungnahme beigelegtem - Bescheid der KommAustria vom 6. Dezember 2004 rechtskräftig erteilt worden. Durch das damit bewirkte Erlöschen der verfahrensgegenständlichen Zulassung der mitbeteiligten Partei sei die Beschwerdeführerin im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof klaglos gestellt worden.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 6. Dezember 2004 wurde der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH gemäß § 28b iVm § 3 Abs. 1 und Abs. 2 erster und zweiter Satz iVm § 5 Privatradiogesetz, BGBl. I Nr. 20/2001 in der Fassung BGBl. I Nr. 97/2004 (PrR-G) iVm § 54 Abs. 3 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 (TKG 2003), für die Dauer von zehn Jahren ab Rechtskraft dieses Bescheides die Zulassung zur Veranstaltung von bundesweitem privaten terrestrischen Hörfunk in dem u.a. durch die Übertragungskapazität "2.15 Funkstelle SALZBURG, Standort Gaisberg,

Frequenz 94,0 MHz" gebildeten Versorgungsgebiet erteilt (Spruchpunkt 2.). Weiters wurde u.a. die bisher bestehende Zulassung der mitbeteiligten Partei für das Versorgungsgebiet "Stadt Salzburg 94,0 MHz" mit der Rechtskraft des Bescheides für erloschen erklärt (Spruchpunkt 10.5.).

In einem weiteren Schriftsatz vom 10. Mai 2005 verwies die mitbeteiligte Partei auf den Beschluss des Verfassungsgerichtshofes (VfGH) vom 11. März 2005, B 1591/03 und B 1604/03, mit dem die auf Art. 144 B-VG gestützten Beschwerden der N & C und des Mag. N. gegen den angefochtenen Bescheid als gegenstandslos erklärt und die Verfahren eingestellt wurden, und führte hiezu aus, nach diesem Beschluss komme der im Bescheid der KommAustria vom 6. Dezember 2004 enthaltene Ausspruch, dass die Zulassung der mitbeteiligten Partei erlösche, einer formellen Klaglosstellung gleich.

Die Beschwerdeführerin gab nach Aufforderung durch den Verwaltungsgerichtshof an, dass sie sich durch den Bescheid der belangten Behörde vom 6. Dezember 2004 als nicht klaglos gestellt erachte, und brachte hiezu im Wesentlichen vor, dass gemäß § 28d Abs. 5 PrR-G die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle BGBl. I Nr. 97/2004 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Verfahren weiterzuführen seien.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zunächst ist auf die von der mitbeteiligten Partei eingewendete Gegenstandslosigkeit der vorliegenden Beschwerde einzugehen:

1.1. Gemäß § 33 Abs. 1 erster Satz VwGG ist eine Beschwerde mit Beschluss als gegenstandslos geworden zu erklären und das Verfahren einzustellen, wenn in irgendeiner Lage des Verfahrens offenbar wird, dass der Beschwerdeführer klaglos gestellt wurde.

Bei einer Bescheidbeschwerde gemäß Art. 131 Abs. 1 Z 1 B-VG ist unter einer "Klaglosstellung" nach § 33 Abs. 1 und § 56 erster Satz VwGG nur eine solche zu verstehen, die durch eine formelle Aufhebung des beim Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheides - im Besonderen durch die belangte Behörde oder die allenfalls in Betracht kommende Oberbehörde oder durch den Verfassungsgerichtshof - eingetreten ist (vgl. etwa den hg. Beschluss vom 28. September 2004, Zl. 2000/18/0244, mit Verweis auf den Beschluss eines verstärkten Senates vom 9. April 1980, Zl. 1809/77, Slg. Nr. 10.092/A).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist mit der Einstellung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens im Sinne des § 33 Abs. 1 VwGG aber nicht nur bei formeller Klaglosstellung, sondern auch bei "Gegenstandslosigkeit" der Beschwerde vorzugehen.

Gegenstandslosigkeit wird angenommen, wenn durch Änderung maßgeblicher Umstände zeitlicher, sachlicher oder prozessualer Art das rechtliche Interesse des Beschwerdeführers an der Entscheidung wegfällt (vgl. den hg. Beschluss vom 8. Juni 2005, Zl. 2005/03/0078, mwN).

1.2. Die vorliegend maßgeblichen §§ 28b und 28d Abs. 5 Privatradiogesetz, BGBl. I Nr. 20/2001 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 97/2004 (PrR-G), lauten:

"Bundesweite Zulassung

§ 28b. (1) Zur Schaffung einer Zulassung zur Veranstaltung von bundesweitem privaten terrestrischen Hörfunk (bundesweite Zulassung) zur Versorgung von mindestens 60 vH der österreichischen Bevölkerung kann erstmals befristet bis zum 30. April 2005 der Antrag auf Erteilung einer Zulassung gestellt werden. In weiterer Folge hat die Regulierungsbehörde - vorausgesetzt, dass eine den Erfordernissen des § 28c Abs. 2 entsprechende bundesweite Zulassung geschaffen werden könnte - in regelmäßigen zumindest zweijährigen Intervallen durch Bekanntmachung unter Einräumung einer mindestens sechsmonatigen Frist die Möglichkeit zur Antragstellung für die Erteilung einer bundesweiten Zulassung einzuräumen. Zu diesem Zweck können abweichend von § 3 Abs. 4 Inhaber bestehender Zulassungen zur Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk, wenn der Zulassungsinhaber seit mindestens zwei Jahren seinen Sendebetrieb ausgeübt hat, zum Zweck der Erteilung einer Zulassung an eine Kapitalgesellschaft für die Veranstaltung von bundesweitem terrestrischem Hörfunk ihre Zulassung an diese übertragen.

(2) Die Regulierungsbehörde hat binnen 10 Wochen ab Einlangen des Antrages nach Abs. 1 zu prüfen, ob bei der Kapitalgesellschaft den Voraussetzungen des § 28c entsprochen ist. Im Falle des Vorliegens dieser Voraussetzungen

hat sie der Kapitalgesellschaft unter Anwendung des § 3 Abs. 1 und Abs. 2 erster und zweiter Satz eine Zulassung nach Maßgabe des § 28d zu erteilen, die unter Berücksichtigung des § 10 Abs. 2 jene Übertragungskapazitäten zuordnet, die bisher von den Zulassungen, für welche die Übertragung erklärt wurde, umfasst waren. Die Regulierungsbehörde kann dabei auch eine Frist festlegen, innerhalb derer der Sendebetrieb mit dem nach § 28d genehmigten Programm aufzunehmen ist.

(3) Im Verfahren nach Abs. 2 kommt jenen Zulassungsinhabern, die die Übertragung ihrer Zulassung erklärt haben, Parteistellung zu.

(4) Mit Rechtskraft einer stattgebenden Entscheidung der Regulierungsbehörde werden die Übertragungen wirksam und erlöschen die bisher bestehenden einzelnen Zulassungen.

Sonderregelungen für bundesweite Zulassungen

§ 28d. ...

(5) Behebt der Verwaltungs- oder Verfassungsgerichtshof eine Entscheidung über die Zuordnung von Übertragungskapazitäten, die Gegenstand einer Übertragung zugunsten einer bundesweiten Zulassung waren und sinkt dadurch der Versorgungsgrad der bundesweiten Zulassung unter 60 vH der österreichischen Bevölkerung (§ 28b Abs. 1), so bleibt die bundesweite Zulassung nach Ausspruch der Regulierungsbehörde über die von der Aufhebung nicht betroffenen, verbleibenden Übertragungskapazitäten unberührt. Betrifft die Aufhebung eine Entscheidung über die Erweiterung oder Verbesserung eines Versorgungsgebietes, so sind zudem die betreffenden Übertragungskapazitäten gemäß § 13 Abs. 2 neu auszuschreiben. Sinkt der Versorgungsgrad der bundesweiten Zulassung aus vom Zulassungsinhaber zu vertretenden Gründen unter diese Grenze, so hat die Regulierungsbehörde das Verfahren zum Entzug der Zulassung einzuleiten."

1.3. Die mitbeteiligte Partei bringt im vorliegenden Fall zu Recht vor, dass die mit dem angefochtenen Bescheid erteilte Zulassung mit Rechtskraft der mit Bescheid der KommAustria vom 6. Dezember 2004 erteilten bundesweiten Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk gemäß § 28b Abs. 4 PrR-G ex lege erloschen ist.

Im Spruchpunkt 10.5. des Bescheides vom 6. Dezember 2004 wird diese bereits vom Gesetz vorgesehene Wirkung im Bezug auf die vorliegende Zulassung wiederholt. Eine formelle Aufhebung und somit "Klaglosstellung" nach der oben angeführten hg. Rechtsprechung liegt nicht vor (so spricht auch der VfGH im zitierten Beschluss vom 11. März 2005 davon, dass der Ausspruch in Spruchpunkt 10.5. des Bescheides vom 6. Dezember 2004 lediglich einer formellen Klaglosstellung gleich kommt).

Es ist aber auch nicht davon auszugehen, dass das rechtliche Interesse der Beschwerdeführerin an einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes in der vorliegenden Beschwerdesache weggefallen ist und somit eine "Gegenstandslosigkeit" nach der oben angeführten hg. Rechtsprechung vorliegt:

§ 28d Abs. 5 PrR-G sieht nämlich ausdrücklich vor, dass die bundesweite Zulassung (nach Ausspruch der Regulierungsbehörde über die von der Aufhebung nicht betroffenen, verbleibenden Übertragungskapazitäten) unberührt bleibt, wenn der Verwaltungs- oder Verfassungsgerichtshof eine Entscheidung über die Zuordnung von Übertragungskapazitäten, die Gegenstand einer Übertragung zugunsten einer bundesweiten Zulassung waren, behebt und dadurch der Versorgungsgrad der bundesweiten Zulassung unter 60 vH der österreichischen Bevölkerung (§ 28b Abs. 1) sinkt. Nach den Erläuterungen zu dieser Bestimmung (vgl. IA 430/A XXII. GP, 29 f) wird mit dieser Regelung Vorsorge getroffen, dass "im Falle etwaiger Aufhebungen von Zulassungen oder Erweiterungsbescheiden durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts im Rahmen von im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieser Novelle anhängigen Verfahren der Inhaber der bundesweiten Zulassung seinen Sendebetrieb aufrecht erhalten kann, auch wenn dessen Versorgungsgrad durch die Aufhebung einer ursprünglich eingebrachten Zulassung unter die Mindestgrenze von 60 % fällt".

Damit hat der Gesetzgeber klargestellt, dass auch eine den Gegenstand einer Übertragung zugunsten einer bundesweiten Zulassung bildende einzelne Zulassung weiterhin durch den Verwaltungsgerichtshof aufgehoben werden kann. Insoweit belässt

§ 28d Abs. 5 PrR-G einer derartigen Zulassung abweichend von

§ 28b Abs. 4 PrR-G eine auf die Möglichkeit der Aufhebung durch

die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts eingeschränkte Wirksamkeit mit den in dieser Bestimmung genannten Rechtsfolgen für die bundesweite Zulassung. Diese verbleibt hinsichtlich der von einer allfälligen Aufhebung nicht betroffenen, verbleibenden Übertragungskapazitäten gemäß § 28 Abs. 5 PrR-G unberührt, sodass es dem Zulassungsinhaber ermöglicht wird, seinen Sendebetrieb aufrecht zu erhalten, selbst wenn dessen Versorgungsgrad durch die Aufhebung einer ursprünglich eingebrachten Zulassung unter die Mindestgrenze des § 28 Abs. 1 PrR-G fällt.

Aus diesem Grund macht die Beschwerdeführerin zu Recht geltend, weiterhin ein rechtliches Interesse an einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes zu haben und ist die vorliegende Beschwerde nicht gemäß § 33 Abs. 1 VwGG als gegenstandslos geworden zu betrachten.

2. In der Sache erachtet sich die Beschwerdeführerin ihrem gesamten Vorbringen nach durch den angefochtenen Bescheid im Recht auf gesetzmäßige Auswahlentscheidung gemäß § 6 PrR-G verletzt.

Im Rahmen dieses Beschwerdepunktes hat der Verwaltungsgerichtshof gemäß § 41 VwGG alle für die Entscheidung der Frage, ob das betreffende subjektive Recht des Beschwerdeführers verletzt worden ist oder nicht, maßgebenden Gründe zu beachten. Es ist daher eine für die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit im Rahmen der Beschwerdepunkte maßgebende inhaltliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides vom Verwaltungsgerichtshof auch dann aufzugreifen, wenn sie vom Beschwerdeführer weder ausdrücklich noch nach dem Inhalt der Beschwerde geltend gemacht wurde (vgl. das hg. Erkenntnis vom 9. Oktober 1996, Zl. 96/03/0120, sowie auch das hg. Erkenntnis vom 4. August 2004, Zl. 2003/08/0065, jeweils mit Verweis auf das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 19. September 1984, Slg. Nr. 11.525/A).

3. Gemäß § 3 Abs. 1 Privatradiogesetz, BGBl. I Nr. 20/2001 in der Fassung BGBl. Nr. 136/2001 (PrR-G), ist eine Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms von der Regulierungsbehörde auf zehn Jahre zu erteilen.

Gemäß § 5 Abs. 1 PrR-G können Anträge auf Erteilung einer Zulassung jederzeit, sofern nicht § 13 zur Anwendung kommt, bei der Regulierungsbehörde eingebracht werden.

Gemäß § 13 Abs. 2 PrR-G hat die Regulierungsbehörde 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 derer 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.

Anträge auf Erteilung der Zulassung haben gemäß § 5 Abs. 2 Z 2 PrR-G jedenfalls Nachweise über die Erfüllung der in den §§ 7 bis 9 genannten Voraussetzungen zu enthalten.

Gemäß § 7 Abs. 4 vierter Satz PrR-G ist eine Übertragung von Kapitalanteilen an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden.

Bewerben sich mehrere Antragsteller, die die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen (§ 5 Abs. 1 und 2), um eine Zulassung, so hat die Regulierungsbehörde gemäß § 6 Abs. 1 PrR-G 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.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat ein Hörfunkveranstalter, der als Kapitalgesellschaft organisiert ist, gemäß § 7 Abs. 4 PrR-G im Gesellschaftsvertrag Vorkehrungen zu treffen, dass eine Übertragung einzelner Geschäftsanteile nur mit Zustimmung der Gesellschaft erfolgen kann, wobei es keinen Unterschied macht, ob die Übertragung an die Zustimmung der Gesellschafter oder der Generalversammlung gebunden wird. Als Nachweis zur Erfüllung dieser Voraussetzung hat ein Antragsteller, der als Kapitalgesellschaft organisiert ist, zur

Erlangung einer Zulassung eine solche Vorkehrung im Gesellschaftsvertrag gemäß § 5 Abs. 2 Z 2 PrR-G nachzuweisen und dem Antrag auf Erteilung einer Zulassung anzuschließen. § 7 Abs. 4 PrR-G unterscheidet - wie die belangte Behörde zu Recht ausführte - seinem Wortlaut nach nicht zwischen einer Übertragung von Kapitalanteilen zwischen Gesellschaftern untereinander und einer Übertragung an Dritte. Demnach ist auch für Übertragungen von Gesellschaftsanteilen zwischen Gesellschaftern eine Vorkehrung im Gesellschaftsvertrag gemäß § 5 Abs. 2 Z 2 PrR-G nachzuweisen (vgl. das Erkenntnis vom 15. September 2004, Zlen. 2003/04/0013, 0014, mit Verweis auf das hg. Erkenntnis vom selben Tage, Zl. 2002/04/0148, und das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2002/04/0157).

Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde - den unbestritten gebliebenen Feststellungen im angefochtenen Bescheid zufolge - ihrer Entscheidung eine von der mitbeteiligten Partei erst im Verfahren zweiter Instanz vorgelegte Neufassung des Gesellschaftsvertrages der mitbeteiligten Partei zu Grunde gelegt. Diese habe sich von der Fassung, welche der Behörde erster Instanz vorgelegt worden sei, darin unterschieden, dass nunmehr die Abtretung von Geschäftsanteilen oder von Teilen derselben ausdrücklich der Zustimmung der Gesellschaft bedürfe. Rechtlich wertete die belangte Behörde diese Neufassung des Gesellschaftsvertrages derart, dass die mitbeteiligte Partei nunmehr den Anforderungen des § 7 Abs. 4 PrR-G entsprochen, somit die Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 PrR-G erfüllt habe und daher in die Auswahlentscheidung nach § 6 PrR-G miteinzubeziehen gewesen sei.

Die Berücksichtigung dieser Änderung des Gesellschaftsvertrages stützte die Behörde im angefochtenen Bescheid auf die Auffassung, diese sei gemäß § 13 Abs. 3 AVG iVm § 13 Abs. 8 AVG zulässig gewesen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist jedoch die Vorlage eines geänderten Gesellschaftsvertrages im Berufungsverfahren, in dem erstmals eine dem § 7 Abs. 4 PrR-G entsprechende Vorkehrung enthalten ist, eine wesentliche und somit unzulässige Antragsänderung, welche die belangte Behörde gemäß § 13 Abs. 8 iVm § 66 Abs. 4 AVG ihrer Entscheidung nicht zugrunde legen darf (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. September 2004, Zlen. 2003/04/0013, 0014, mit Verweis auf das hg. Erkenntnis vom selben Tage, Zl. 2002/04/0148).

Daran ändert für den Beschwerdefall auch die zwischenzeitlich - in Reaktion auf diese Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergangene (vgl. hiezu ausdrücklich AB 768 BlgNR XXII. GP) - Novelle BGBl. I Nr. 169/2004 nichts, mit der die im § 7 Abs. 4 vierter Satz PrR-G enthaltene Bindung einer Übertragung von Kapitalanteilen an die Zustimmung (nach der Novelle BGBl. I Nr. 97/2004 durch Gesellschafterbeschluss) aufgehoben wurde, da der Verwaltungsgerichtshof den angefochtenen Bescheid auf der Grundlage jener Rechtslage zu prüfen hat, die im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides in Geltung stand (vgl. die bei Mayer, Bundesverfassungsrecht 3 (2002), 760 angeführte hg. Rechtsprechung, insbesondere das hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 1998, Zl. 98/04/0142).

Nach dieser Rechtslage hätte die belangte Behörde die mitbeteiligte Partei mangels Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen nicht in die Auswahlentscheidung gemäß § 6 PrR-G einbeziehen dürfen.

Da die belangte Behörde dies verkannte, hat sie den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet und die Beschwerdeführerin in dem vor dem Verwaltungsgerichtshof geltend gemachten Recht auf gesetzmäßige Auswahlentscheidung gemäß § 6 PrR-G verletzt, weshalb dieser gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben war.

4. Die Zurückweisung des Antrages der N & C auf Aufhebung des angefochtenen Bescheides beruht darauf, dass das VwGG einen Eintritt als Mitbeteiligte auf Seiten des Beschwerdeführers nicht kennt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2001/09/0165, mwN) und der N & C daher im vorliegenden Verfahren nicht die Stellung einer mitbeteiligten Partei gemäß § 21 Abs. 1 VwGG zugekommen ist.

5. Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 30. Juni 2006

### **Schlagworte**

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2 Beschränkungen der Abänderungsbefugnis Beschränkung durch die Sache Besondere Rechtsprobleme Änderung von Anträgen und Ansuchen im Berufungsverfahren Diverses Besondere Rechtsgebiete Individuelle Normen und Parteienrechte Rechtswirkungen von Bescheiden Rechtskraft VwRallg9/3 Rechtskraft Umfang der Rechtskraftwirkung Allgemein Bindung der Behörde

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VwGH:2006:2003040185.X00

**Im RIS seit**

15.08.2006

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

© 2025 JUSLINE

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

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