

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

10.09.2008

Geschäftszahl

2006/04/0185

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Eisner, über die Beschwerden

1. der N GmbH in W, vertreten durch Lambert Rechtsanwälte OEG in 1010 Wien, Kärntner Ring 12, und
2. der R-Gesellschaft m.b.H. in H, vertreten durch Mag. Harald Schuh und Mag. Christian Atzwanger, Rechtsanwälte in 4020 Linz, Lüfteneggerstraße 12,

gegen den Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 8. September 2006, Zl. 611.092/0004-BKS/2006, betreffend Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogrammes (jeweils mitbeteiligte Partei: K GmbH in W, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner, Rechtsanwälte GmbH in 1070 Wien, Mariahilfer Straße 20),

Spruch

I. zu Recht erkannt:

Der angefochtene Bescheid wird in seinen Spruchpunkten I. (Wiederaufnahme des mit Bescheid der belangten Behörde vom 6. September 2002 erledigten Berufungsverfahrens) und II.1. (Abweisung unter anderem der Berufungen der Erst- und Zweitbeschwerdeführerin) wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Erstbeschwerdeführerin sowie der Zweitbeschwerdeführerin jeweils EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

II. den Beschluss gefasst:

Der Wiedereinsetzungsantrag der mitbeteiligten Partei wird zurückgewiesen.

Begründung

Zur Vorgeschichte:

Mit Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 18. Juni 2001 wurde der R GmbH die Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk für das verfahrensgegenständliche Versorgungsgebiet "Salzburg Stadt 94,0 MHz" erteilt.

Gegen diesen Bescheid erhoben die Erst- und die Zweitbeschwerdeführerin Berufung. Im Berufungsverfahren teilte die R GmbH ihren neuen Firmenwortlaut K R GmbH mit.

Mit Berufungsbescheid der belangten Behörde vom 6. September 2002 wurde die Zulassung der Erstbeschwerdeführerin erteilt.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 6. Oktober 2003 wurde dem Antrag der K R GmbH vom 24. März 2003 auf Wiederaufnahme des mit Bescheid vom 6. September 2002 erledigten Berufungsverfahrens gemäß § 69 Abs. 1 Z 2 AVG stattgegeben (Spruchpunkt I.), die Berufungen (unter anderem) der Erst- und Zweitbeschwerdeführerin abgewiesen (Spruchpunkt II.1.) sowie der K R GmbH gemäß § 66 Abs. 4 iVm § 3 Abs. 2 und § 6 PrR-G die Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk für das Versorgungsgebiet "Salzburg Stadt 94,0 MHz" erteilt (Spruchpunkt III.1.).

Die Verschmelzung der K R GmbH als übertragende Gesellschaft mit der mitbeteiligten Partei als übernehmende Gesellschaft wurde am 15. März 2005 im Firmenbuch eingetragen.

Mit hg. Erkenntnis vom 30. Juni 2006, Zl. 2003/04/0185 (im Folgenden: Vorerkenntnis), wurde der Bescheid der belangten Behörde vom 6. Oktober 2003 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. Auf die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses wird gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen.

Mit dem im fortgesetzten Verfahren ergangenen und neuerlich angefochtenen Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 8. September 2006 wurde - soweit beschwerdegegenständlich - wie folgt entschieden:

Mit Spruchpunkt I. wurde dem Antrag der K R GmbH als Rechtsvorgängerin 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.

Mit Spruchpunkt II.1. wurden unter anderem die Berufungen der Erst- und Zweitbeschwerdeführerin gegen den Bescheid der KommAustria vom 18. Juni 2001 gemäß § 70 Abs. 1 AVG iVm § 66 Abs. 4 AVG iVm § 6 Abs. 1 und 2 Privatradiogesetz in der Fassung BGBl. I Nr. 169/2004 (PrR-G) als unbegründet abgewiesen.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus:

Zu Spruchpunkt I. (Wiederaufnahme gemäß § 69 Abs. 1 Z 2 AVG):

Durch die Behebung des Bescheides der belangten Behörde vom 6. Oktober 2003 durch das Vorerkenntnis sei über den Wiederaufnahmeantrag der Krone Radio Salzburg GmbH vom 6. September 2002 neuerlich zu entscheiden gewesen.

Ausgehend von der anzuwendenden Rechtslage des PrR-G in der Fassung BGBl. I 169/2004 sei der Umstand, dass der Gesellschaftsvertrag der Krone Radio Salzburg GmbH erst während des Berufungsverfahrens eine § 7 Abs. 4 vierter Satz PrR-G entsprechende Vorkehrung erhalten habe, für die Frage der Wiederaufnahme insofern irrelevant, weil diese Bestimmung mittlerweile entfallen sei.

Mittlerweile sei die K R GmbH als übertragende Gesellschaft mit der mitbeteiligten Partei verschmolzen und nachfolgend gelöscht worden. Da es sich bei der Verschmelzung um einen Fall der gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge handle und § 3 Abs. 4 PrR-G die Möglichkeit der Übertragung einer Zulassung im Wege der gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge kenne, folge die mitbeteiligte Partei auch in der Position als Antragstellerin des Wiederaufnahmeantrages der K R GmbH nach.

Der mitbeteiligten Partei sei mit Bescheid der KommAustria vom 6. Dezember 2004 die Zulassung zur Veranstaltung von bundesweitem privaten terrestrischen Hörfunk in dem durch insgesamt 28 Übertragungskapazitäten gebildeten Versorgungsgebiet, darunter auch die der K R GmbH zum Stichtag 6. Dezember 2004 rechtskräftig zugeordneten Übertragungskapazität "Funkstelle Salzburg, Standort Gaisberg, Frequenz 94 MHz", erteilt worden. Gleichzeitig seien jene Zulassungen von Rundfunkveranstaltern, die in eine bundesweite Zulassung eingebracht worden seien, erloschen. Daraus folge aber nach Auffassung der belangten Behörde nicht, dass das vorliegende Verfahren über den Wiederaufnahmeantrag hinfällig wäre, zumal § 28d Abs. 5 PrR-G erkennen lasse, dass im Sinne des Rechtsschutzes auch im vorliegenden Fall das Berufungsverfahren abzuschließen sei. Wie sich ebenso aus § 28d Abs. 5 PrR-G erschließen lasse, sei ein neuerliches Verfahren um die Zulassungsentscheidung jedenfalls nur mit jenen Parteien zu führen, die Parteien des Berufungsverfahrens gewesen seien und im Falle einer Wiederaufnahme weiterhin seien.

Der Wiederaufnahmeantrag sei rechtzeitig eingebracht worden, da keine Zweifel bestünden, dass das neue Beweismittel (das Privatgutachten) der Antragstellerin erst am 10. März 2003 vorgelegen sei.

Der Wiederaufnahmegrund des § 69 Abs. 1 Z 2 AVG liege vor, da dieses neue Beweismittel Anlass zur Annahme gegeben habe, dass die seinerzeitigen Berechnungen der KommAustria zu optimistisch angesetzt gewesen seien und die belangte Behörde bewogen habe, Messungen vor Ort durchführen zu lassen. Die in Überprüfung des Privatgutachtens durchgeführten Messungen zeigten - wie im angefochtenen Bescheid auch durch vier grafische Darstellungen erläutert wird - dass die Grundannahme der belangten Behörde (in dem das wiederaufgenommene Verfahren abschließenden Bescheid) vom 6. September 2002 nicht zutreffe. Vielmehr sei davon auszugehen, dass jedenfalls im Zentrum Salzburgs und damit im Kerngebiet des Versorgungsgebietes der verfahrensgegenständlichen Zulassung eine Doppelversorgung nicht zu erkennen sei. Unzweifelhaft könne nicht davon gesprochen werden, dass das Programm des K in wesentlichen Teilen der Stadt Salzburg auf zwei Frequenzen zu empfangen sei. Für die Wiederaufnahme reiche es aus, wenn der Wiederaufnahmegrund allein oder in Verbindung mit den sonstigen Ergebnissen des Verfahrens voraussichtlich einen im Hauptinhalt des Spruches anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätte. Dies sei angesichts der Tatsache, dass sich die Abweisung des Antrags der K R GmbH (im Bescheid vom 6. September 2002) ausschließlich auf die Doppelversorgung gestützt habe, zu bejahen. Die K R GmbH habe die Nichtberücksichtigung des neuen Beweismittels nicht selbst verschuldet. Daher sei das Verfahren im Stadium vor der ergangenen Berufsungsentscheidung vom 6. September 2002 wieder aufzunehmen gewesen.

Zu Spruchpunkt II.1. (Auswahlentscheidung im wieder aufgenommenen Verfahren):

Zunächst führte die belangte Behörde zu der im wieder aufgenommenen Verfahren anzuwendenden Rechtslage aus, aus den Materialien zur Novelle BGBl. I Nr. 169/2004 sei erkennbar, dass diese Novelle in Reaktion auf das hg. Erkenntnis vom 15. September 2004, Zl. 2002/04/0148, ergangen sei. Mit dieser Novelle sei die bislang im § 7 Abs. 4 vierter Satz PrR-G enthaltene Bindung der Übertragung von Kapitalanteilen an die

Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss aufgehoben worden. In den Bestimmungen des § 32 PrR-G sei ausdrücklich angeordnet worden, dass das Erfordernis dieser Bindung auch in noch anhängigen Berufungsverfahren und in bereits anhängigen Zulassungsverfahren keine Bedeutung mehr habe. Daher sei es nur konsequent, dass das im Jahr 2006 vorliegend neu zu entscheidende Berufungsverfahren nach dieser Rechtslage des BGBl. I Nr. 169/2004 zu beurteilen sei. Vor diesem Hintergrund sei der Gesellschaftsvertrag der K R GmbH nicht zu beanstanden und der darauf basierende Antrag auf Zulassung in die Auswahlentscheidung mit einzubeziehen.

Soweit die Erstbeschwerdeführerin vorbringe, bei der K R GmbH habe eine unzulässige Antragsänderung stattgefunden, sei darauf hinzuweisen, dass die (damalige) R GmbH als auf Sendung befindliche Hörfunkveranstalterin einen Antrag auf Feststellung gemäß § 7 Abs. 6 PrR-G (in seiner Stammfassung) betreffend die Übertragung von Geschäftsanteilen gestellt habe. Die entsprechende Feststellung der KommAustria sei der R GmbH erst am 28. Juni 2001 und somit nach Zulassungserteilung im vorliegenden Verfahren zugestellt worden und könne daher nicht zu Lasten der mitbeteiligten Partei gehen.

Auch könne dem Vorbringen der Erstbeschwerdeführerin, dem Antrag der R sei ein klassisches A-Format zu Grunde gelegen und ein anderes Musikformat sei daher eine gemäß § 13 Abs. 8 AVG unzulässige Änderung, nicht gefolgt werden. So entspreche es nicht den Tatsachen, dass nach den zum Ende der Antragsfrist vorliegenden Antragsunterlagen im vorliegenden Verfahren ein "A-Format" vorgesehen gewesen wäre. Nach den Ausführungen im Antrag vom 20. April 2001 sei eine Musikformatierung im AC (Adult Contemporary) Bereich vorgesehen gewesen. Das A-Format beschreibe aber eine bestimmte Musikausrichtung, die mit der beantragten und dem späteren K R zu Grunde liegenden AC-Ausrichtung nicht vergleichbar sei. Daher könne von einer wesentlichen Änderung des Musikformates nicht die Rede sein.

Zur Auswahlentscheidung nach § 6 Abs. 1 PrR-G führte die belangte Behörde aus, dass sich die belangte Behörde bei ihrer Beurteilung auf die Prüfung der Begründung und damit der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung der KommAustria "im Lichte der Verhältnisse zum Entscheidungszeitpunkt der KommAustria im Jahr 2001" zu beschränken habe, ohne dass - gestützt auf § 28d Abs. 5 PrR-G, der eine neuerliche Entscheidung über die aufgehobene Zulassung verlange - auf die weitere Entwicklung der Übertragung auf die bundesweite Zulassung im Jahr 2004 einzugehen gewesen sei.

Davon ausgehend habe die KommAustria zu Recht auf den bereits länger erprobten Sendebetrieb (der Rechtsvorgängerin der mitbeteiligten Partei) Bedacht genommen. Die belangte Behörde verkenne nicht, dass auf Grund dessen zwar kein Rechtsanspruch auf Wiedererteilung einer Zulassung bestehe, jedoch habe dieser Umstand bei ihrer Entscheidung Berücksichtigung zu finden.

Als zentrales Argument führe die Erstbeschwerdeführerin an, sie beabsichtige zu 100 % eigengestaltete Beiträge zu senden. Die belangte Behörde halte hiezu weiterhin an ihrer Ansicht fest, dass zwar formal betrachtet ein Unterschied bestehe, allerdings im Ergebnis materiell kein Unterschied zu erkennen sei, wenn ein Veranstalter von einem anderen Veranstalter Programm übernehme (wie dies beim Konzept des K-Radios vor der bundesweiten Zulassung geplant gewesen sei) oder ob derselbe Veranstalter (wie die Erstbeschwerdeführerin) die von ihr "eigengestalteten" Beiträge bei zwei Zulassungen ausstrahle. So könne die oftmalige Betonung des "eigengestalteten" Charakters des Programms der Erstbeschwerdeführerin nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch ihr Konzept ebenso einheitlich strukturiert und darauf ausgelegt sei, im Wesentlichen gleichartige Hörfunkveranstaltungen mit bestenfalls geringfügigen Abweichungen in verschiedenen Versorgungsgebieten zu gewährleisten. Auch habe die KommAustria entgegen dem Vorbringen der Erstbeschwerdeführerin die Einbeziehung der Zulassung für Salzburg in den K-Verbund in ihrer Auswahlentscheidung mehrmals und ausdrücklich berücksichtigt. Daher schließe sich die belangte Behörde in der Einschätzung der Bewerbungssituation der Beurteilung der KommAustria an, welche diese als ausgewogen bezeichnet habe.

Für die KommAustria habe bei der Auswahlentscheidung den Ausschlag gegeben, dass sich die Landesregierung und der Rundfunkbeirat für das Konzept des K Radios ausgesprochen hätten und weiters habe die Erstbehörde auch der Bestimmung des § 6 Abs. 2 PrR-G besondere Bedeutung beigemessen. Richtigerweise sei bei der Überprüfung dieser Auswahlentscheidung auch zu berücksichtigen gewesen, dass im Lichte der Regelung des § 6 Abs. 2 PrR-G schwerer wiegende Gründe vorliegen müssten, um einen bereits über mehrere Jahre erprobten und unbeanstandeten Sendebetrieb zu beenden. Der Bescheid der belangten Behörde vom 6. September 2002 habe als Argument gegen das Krone Radio einzig und allein die Doppelversorgung gewertet.

Beim Programm der Zweitbeschwerdeführerin, das sich als Spartenprogramm an "Country-Freunde" und Fernfahrer richte und keinen spezifischen Bezug zu den Interessen der im Versorgungsgebiet ansässigen Bevölkerung erkennen lasse, sei ein besonderer Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet nicht zu erkennen. Die Zweitbeschwerdeführerin habe nämlich in keiner Weise dargetan, inwieweit im bestehenden Programmangebot ein Mangel an Meinungen läge, dem gerade durch ihr Programm abgeholfen würde. Dass der Lokalbezug des geplanten Programmes der Zweitbeschwerdeführerin besonders hoch wäre, stelle eine reine Behauptung dar.

Ergänzend halte die belangte Behörde fest, dass - anders als noch in der Situation zum Zeitpunkt der Erlassung des mit dem Vorerkenntnis aufgehobenen Bescheides vom 6. Oktober 2003 - nunmehr keine Grundlage für die Verfügung einer Auflage wie unter Spruchpunkt III.1. dieses Bescheides (vom

6. Oktober 2003) bestehe, da keine wie immer geartete - dem Zulassungsbescheid der Sendeanlagen GmbH entsprechende - Möglichkeit bestehe, auf der Frequenz 107,5 MHz ein anderes als ein nicht kommerzielles Programm auszustrahlen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende zur hg. Zl. 2006/04/0185 protokollierte Beschwerde der Erstbeschwerdeführerin sowie gegen dessen Spruchpunkt II.1. die zur hg. Zl. 2006/04/0186 protokollierte Beschwerde der Zweitbeschwerdeführerin.

Die belangte Behörde legte in einem die Akten des Verwaltungsverfahrens vor.

Die mitbeteiligte Partei erstattete in beiden Verfahren jeweils eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat beschlossen, die Beschwerden auf Grund ihres sachlichen und persönlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Beschlussfassung zu verbinden. Er hat sodann erwogen:

Zu I.:

1. Zur Beschwerdelegitimation der Erstbeschwerdeführerin:

1.1. Die mitbeteiligte Partei bringt in ihrer Gegenschrift im Verfahren zu Zl. 2006/04/0185 vor, der Erstbeschwerdeführerin fehle die Beschwerdelegitimation. Die Erstbeschwerdeführerin habe gegen den mit dem Vorerkenntnis aufgehobenen Bescheid der belangten Behörde vom 6. Oktober 2003 nicht Beschwerde an den Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof erhoben. So habe der Verwaltungsgerichtshof im Vorerkenntnis den Antrag der (nunmehrigen) Erstbeschwerdeführerin auf Aufhebung des angefochtenen Bescheides zurückgewiesen, weil dieser nicht die Stellung einer mitbeteiligten Partei nach § 21 Abs. 1 VwGG zugekommen sei.

Dieser Bescheid, mit dem die Berufung der Erstbeschwerdeführerin abgewiesen worden sei, sei daher gegenüber der Erstbeschwerdeführerin insoweit nach wie vor wirksam, als ihr Antrag auf Erteilung einer Zulassung für das verfahrensgegenständliche Versorgungsgebiet rechtskräftig erledigt sei. Das fortgesetzte Verfahren vor der belangten Behörde hätte daher nur mit der Zweitbeschwerdeführerin als einzige im seinerzeitigen Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof obsiegenden Partei und der mitbeteiligten Partei fortgeführt werden sollen. Da die Erstbeschwerdeführerin im fortgesetzten Verfahren nicht mehr zu berücksichtigen gewesen sei, komme ihr auch vor dem Verwaltungsgerichtshof keine Beschwerdelegitimation zu.

1.2. Gemäß § 42 Abs. 3 VwGG tritt die Rechtssache durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides nach Abs. 2 in die Lage zurück, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides befunden hatte.

Die mit dieser Bestimmung angeordnete ex-tunc-Wirkung von aufhebenden Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes hat zur Folge, dass der Rechtszustand im Nachhinein so zu betrachten ist, als ob der aufgehobene Bescheid nie erlassen worden wäre (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. April 2007, Zl. 2005/04/0222, mit weiteren Nachweisen).

1.3. Mit dem Vorerkenntnis wurde der Bescheid der belangten Behörde vom 6. Oktober 2003 einschließlich seines Spruchpunktes II.1., mit dem unter anderem die Berufung der (nunmehrigen) Erstbeschwerdeführerin abgewiesen worden war, aufgehoben. Die belangte Behörde hatte daher über die unerledigte Berufung der Erstbeschwerdeführerin (neuerlich) abzusprechen.

Ausgehend davon ist es ohne Bedeutung, dass der im Vorerkenntnis aufgehobene Bescheid von der Erstbeschwerdeführerin vor dem Verwaltungsgerichtshof nicht angefochten wurde (entgegen dem Vorbringen der mitbeteiligten Partei wurde dieser Bescheid durch die Erstbeschwerdeführerin beim Verfassungsgerichtshof (VfGH) angefochten; dieses Verfahren wurde mit Beschluss des VfGH vom 11. März 2005, B 1591/03 u.a., VfSlg. 17.504, als gegenstandslos erklärt und eingestellt).

Die belangte Behörde hat daher zu Recht die Erstbeschwerdeführerin in das fortgesetzte Verfahren einbezogen. Nach Zustellung des angefochtenen Bescheides kommt ihr nach dem oben Gesagten auch die Beschwerdelegitimation vor dem Verwaltungsgerichtshof zu.

2. Zur behaupteten Gegenstandslosigkeit der Beschwerden:

2.1. Die mitbeteiligte Partei macht in ihren Gegenschriften weiters geltend, die Beschwerden wären auf Grund der mit Bescheid der KommAustria vom 6. Dezember 2004 der mitbeteiligten Partei erteilten Zulassung zur Veranstaltung von bundesweitem privaten terrestrischen Hörfunk und dem damit bewirkten Erlöschen der verfahrensgegenständlichen Zulassung gegenstandslos geworden.

Hiezu verweist die mitbeteiligte Partei auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (VfGH) in den Beschlüssen vom 11. März 2005, Zl. B 1591/03 u.a., VfSlg. 17.504, sowie vom 28. Februar 2006, B 542/05, VfSlg. 17.758. Nach dieser Rechtsprechung komme dem Erlöschen einer Zulassung in Folge Übertragung in die bundesweite Privatradiozulassung einer formellen Klaglosstellung gleich. Mit dieser Rechtsprechung habe sich der Verwaltungsgerichtshof im Vorerkenntnis nicht ausreichend auseinander gesetzt. So sei für die mitbeteiligte Partei der praktische Unterschied zwischen den Wirkungen einer Klaglosstellung und jenen, die solchen Wirkungen gleichkommen, nicht nachvollziehbar. Auch entspreche das Vorerkenntnis nicht der Rechtsprechung

des Verwaltungsgerichtshofes, wonach eine Beschwerde als gegenstandslos anzusehen ist, wenn der angefochtene Bescheid während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ex lege außer Kraft trete.

Die vom Verwaltungsgerichtshof im Vorerkenntnis im Widerspruch zur Judikatur des VfGH eingenommene Rechtsposition führe zu einem unauflösbaren Widerspruch und einer Situation, die vom Gesetzgeber jedenfalls nicht gewollt sein könne. Die mitbeteiligte Partei sei der Auffassung, die Spruchpraxis des Verwaltungsgerichtshofes könne nicht dazu führen, dass Entscheidungen des VfGH inhaltlich nicht umgesetzt würden.

Die mitbeteiligte Partei verkenne nicht den Wortlaut des § 28d Abs. 5 PrR-G, jedoch sei aus der Rechtsprechung des VfGH zu dieser Bestimmung zu schließen, dass die Anwendung dieser Bestimmung darauf beschränkt bleiben müsse, das Verwaltungsverfahren zu kontrollieren und eine Rechtsverletzung festzustellen. Eine andere Auffassung würde zwangsläufig dazu führen, dass zwei miteinander in Konkurrenz stehende Zulassungsinhaber bzw. Berechtigte zur Nutzung ein- und derselben Übertragungskapazität einander gegenüberstünden. Einerseits nämlich der Inhaber der bundesweiten Zulassung, in die rechtskräftig eine andere Zulassung eingebracht worden (und damit erloschen) sei, andererseits der allenfalls vor dem Verwaltungsgerichtshof erfolgreiche Beschwerdeführer, der die Zulassung im fortgesetzten Verfahren vor der belangten Behörde erhalte.

§ 28d Abs. 5 PrR-G sei nicht zu entnehmen, dass diese Bestimmung den Bestand eines rechtskräftigen Bescheides über die Genehmigung der Übertragung einer Zulassung in die bundesweite Zulassung beeinträchtige. Für eine solche Wirkung bedürfe es eines behördlichen Aktes, für den jedoch eine Grundlage dem PrR-G nicht zu entnehmen sei. Auch im Wege verfassungskonformer Interpretation der Bestimmungen über die bundesweite Zulassung im PrR-G ergebe sich der Rechtsprechung des VfGH folgend, dass im gegenständlichen Fall Gegenstandslosigkeit der Beschwerdeverfahren eingetreten sei, weil eine "den Grund der Einschränkung der bundesweiten Zulassung darstellende" Neuzulassung für einen anderen Zulassungsinhaber ohne Existenz eines Verfahrensgegenstandes infolge der Gegenstandslosigkeit zweifellos willkürlich wäre.

Vielmehr wäre eine sachgerechte Lösung, dass nach erfolgter Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Zulassungsentscheidung "im Verwaltungsverfahren durch den Verwaltungsgerichtshof" die zugrundeliegende Zulassung neu auszuschreiben wäre. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass der Inhaber einer bundesweiten Zulassung nicht notwendigerweise Kenntnis von der Aufhebung einer ihm übertragenen Zulassung erlangen müsse und daher jedenfalls nicht ohne Weiteres eine Einschränkung seiner Zulassung eintreten könne. Dies zeige deutlich, dass der Gesetzgeber trotz der bestehenden Formulierung des § 28d Abs. 5 PrR-G vom gänzlichen Erlöschen einer einmal gemäß § 28b oder § 28d PrR-G übertragenen Zulassung und somit von der Gegenstandslosigkeit einer diesbezüglichen Beschwerde vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechtes ausgegangen sei.

2.2. Der Verwaltungsgerichtshof hat im Vorerkenntnis festgehalten:

§ 28d Abs. 5 PrR-G sieht 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, 29f) 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 Inkraft-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 § 28d 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 § 28b Abs. 1 PrR-G fällt.

2.3. An diese Rechtsanschauung ist der Verwaltungsgerichtshof gemäß § 63 Abs. 1 VwGG bei der Prüfung des Ersatzbescheides im vorliegenden Beschwerdefall gebunden (vgl. hierzu etwa die bei Mayer, Bundes-Verfassungsrecht⁴ (2007), 889, IV., wiedergegebene hg. Rechtsprechung, insbesondere das hg. Erkenntnis eines

verstärkten Senates vom 22. Oktober 1971, Zl. 1430/69, VwSlg. 8091 A, und auch das hg. Erkenntnis vom 21. Februar 2008, Zl. 2006/07/0168, mwN).

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die vom Verwaltungsgerichtshof vertretene Auslegung des § 28d Abs. 5 PrR-G, die sich auf dessen Wortlaut und die Materialien stützen kann, keinen Fall der "Nichtumsetzung" von Entscheidungen des VfGH darstellt, insbesondere weil infolge der Einstellung der betroffenen Beschwerdeverfahren beim VfGH eine Bindung des Verwaltungsgerichtshofes gemäß § 87 Abs. 2 VfGG nicht in Betracht kommt (vgl. hierzu etwa das hg. Erkenntnis vom 21. März 2002, Zl. 2002/20/0063, mwN).

3. Zur Wiederaufnahme des Verfahrens:

3.1. Zunächst ist festzuhalten, dass der Bescheid der belangten Behörde vom 6. Oktober 2003 mit dem Vorerkenntnis einschließlich seines die Wiederaufnahme betreffenden Spruchpunktes I. aufgehoben wurde und daher die neuerliche Entscheidung der belangten Behörde über den Antrag der mitbeteiligten Partei vom 24. März 2003 auf Wiederaufnahme des mit Bescheid der belangten Behörde vom 6. September 2002 erledigten Berufungsverfahrens zu Recht erfolgte.

3.2. Die Erstbeschwerdeführerin bringt gegen diesen Spruchpunkt des angefochtenen Bescheides vor, der Wiederaufnahmeantrag sei von vornherein aussichtslos gewesen. So sei bei der Entscheidung, ob einem Wiederaufnahmeantrag stattzugeben sei, auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Endes des wiederaufzunehmenden ersten Berufungsverfahrens (daher zum 6. September 2002) zurückzugreifen. Hiezu verweist die Erstbeschwerdeführerin auf das hg. Erkenntnis Zl. 99/11/0133.

Da somit die Novelle BGBl. I Nr. 169/2004 bei der Beurteilung des Wiederaufnahmsgrundes nach § 69 Abs. 1 Z 2 AVG außer Betracht zu bleiben habe, hätte die mitbeteiligte Partei nach der im Vorerkenntnis angeführten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht in das Auswahlverfahren gemäß § 6 PrR-G einbezogen werden dürfen. Daher sei davon auszugehen, dass auch das von der mitbeteiligten Partei angeführte, neu hervorgekommene Beweismittel voraussichtlich keinen im Hauptinhalt des Spruches anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätte.

Dagegen ist die belangte Behörde der Auffassung, durch die Novelle BGBl. I Nr. 169/2004 sei die Vorgabe des § 7 Abs. 4 vierter Satz PrR-G mittlerweile entfallen, sodass es für die Frage der Wiederaufnahme ohne Belang sei, dass der Gesellschaftsvertrag der K R GmbH erst während des Berufungsverfahrens vor der belangten Behörde eine entsprechende Vorkehrung erhalten habe. Die mitbeteiligte Partei führt hierzu vor dem Verwaltungsgerichtshof aus, das fortgesetzte Verfahren sei, da es durch die Aufhebung des Bescheides der belangten Behörde vom 6. Oktober 2003 mit dem Vorerkenntnis wieder in jene Lage zurückgetreten sei, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hatte, als anhängiges Verfahren nach § 32 Abs. 4 PrR-G in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 169/2004 und damit ohne Anwendung des § 7 Abs. 4 vierter Satz PrR-G in der Fassung BGBl. I Nr. 136/2001 fortzuführen gewesen.

3.3. Gemäß § 69 Abs. 1 Z 2 AVG ist dem Antrag einer Partei auf Wiederaufnahme eines durch Bescheid abgeschlossenen Verfahrens stattzugeben, wenn ein Rechtsmittel gegen den Bescheid nicht oder nicht mehr zulässig ist und neue Tatsachen oder Beweismittel hervorkommen, die im Verfahren ohne Verschulden der Partei nicht geltend gemacht werden konnten und allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens voraussichtlich einen im Hauptinhalt des Spruches anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätten.

Da es im Verfahren über einen Wiederaufnahmsantrag um eine Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtskraft geht, sind die Prozessvoraussetzungen streng zu prüfen (vgl. die bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I2 (1998), 1472, E 5 zu § 69 AVG wiedergegebene hg. Rechtsprechung).

Die Frage, ob eine neu hervorgekommene Tatsache zu einem anderen Bescheid hätte führen können, ist nach jener Sach- und Rechtslage zu beurteilen, die bei der Erlassung des Bescheides bestand, mit dem das Verfahren, dessen Wiederaufnahme angestrebt wird, abgeschlossen wurde (vgl. zur anzuwendenden Rechtslage das hg. Erkenntnis vom 27. Mai 1999, Zl. 99/11/0133, mwN, zur anzuwendenden Sachlage das hg. Erkenntnis vom 13. Dezember 2002, Zl. 2001/21/0031, zur Sach- und Rechtslage schließlich die bei Walter/Thienel, aaO, 1490f, E 119 zu § 69 AVG wiedergegebene hg. Rechtsprechung). Dies ergibt sich im Übrigen bereits aus dem Wortlaut des § 69 Abs. 1 Z 2 AVG, der davon spricht, dass die im Wiederaufnahmeantrag angeführten neuen Tatsachen oder Beweismittel einen im Hauptinhalt des Spruches anders lautenden Bescheid "herbeigeführt hätten" und nicht "herbeiführen würden" sowie der Überlegung, dass es - wie oben angeführt - bei der Wiederaufnahme um eine Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtskraft geht (vgl. zum Verhältnis Wiederaufnahme und Rechtskraft auch das hg. Erkenntnis vom 24. Juni 1998, Zl. 93/12/0255).

Es kann daher der Rechtsansicht der Erstbeschwerdeführerin nicht entgegen getreten werden, dass im Beschwerdefall bei der Prüfung der mit Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides verfügten Wiederaufnahme von der Rechtslage vor der Novelle BGBl. I Nr. 169/2004 auszugehen ist. Damit ist aber § 7 Abs. 4 vierter Satz PrR-G in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 169/2004 weiterhin maßgeblich. Wenn die belangte Behörde meint, dass Bescheide auf Grund der Rechtslage im Zeitpunkt "ihrer Erlassung zu erlassen" seien, so verkennt sie im Grundsätzlichen, dass es hier nicht um die allgemeine Frage geht, welche Sach- und Rechtslage für die Berufungsbehörde gemäß § 66 Abs. 4 AVG maßgebend ist, sondern darum, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 69 Abs. 1 Z 2 AVG gegeben sind. Diese Bestimmung stellt - wie oben

dargelegt - auf den Zeitpunkt der Erlassung jenes Bescheides ab, mit dem das Verfahren, dessen Wiederaufnahme angestrebt wird, abgeschlossen wurde (hier also des Bescheides vom 6. September 2002).

3.4. Daran können auch die von der belangten Behörde und der mitbeteiligten Partei angeführten Übergangsbestimmungen der Novelle BGBl. I Nr. 169/2004 nichts ändern:

Die §§ 32 Abs. 3 und 4 dieser Novelle lauten:

"Übergangsbestimmungen

§ 32. ...

(3) Zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 97/2004 bei der KommAustria aufgrund einer Ausschreibung gemäß § 13 oder einer Veröffentlichung gemäß § 12 Abs. 4 des Privatradiogesetzes BGBl. I Nr. 20/2001 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 136/2001 anhängige Verfahren zur Zuordnung von Übertragungskapazitäten sind nach den Bestimmungen des Privatradiogesetzes, BGBl. I Nr. 20/2001, mit Ausnahme des § 7 Abs. 4 vierter Satz, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 136/2001 zu behandeln.

(4) Zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 97/2004 beim Bundeskommunikationssenat anhängige Berufungsverfahren sind nach den Bestimmungen des Privatradiogesetzes, BGBl. I Nr. 20/2001, mit Ausnahme des § 7 Abs. 4 vierter Satz und des § 13 Abs. 1 Z 3, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 136/2001 zu behandeln. Gleiches gilt für Berufungsverfahren über Entscheidungen der KommAustria nach dem vorstehenden Absatz."

Es trifft zwar zu, dass durch die Aufhebung des Bescheides der belangten Behörde vom 6. Oktober 2003 mit dem zitierten Vorerkenntnis das Berufungsverfahren vor der belangten Behörde gemäß § 42 Abs. 3 VwGG in die Lage zurückgetreten ist, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hat (vgl. zur diesbezüglichen ex-tunc-Wirkung von aufhebenden Erkenntnissen das hg. Erkenntnis vom 26. April 2007, Zl. 2005/04/0222, mwN). Auf Grund der gänzlichen Behebung des Bescheides vom 6. Oktober 2003 ist das Verfahren in das Stadium vor Bewilligung der Wiederaufnahme (mit Spruchpunkt I. dieses Bescheides) zurückgetreten. Anhängig war damit wiederum lediglich der Antrag vom 24. März 2003 auf Wiederaufnahme, nicht jedoch ein Berufungsverfahren gemäß § 32 Abs. 4 PrR-G in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 169/2004.

Auch ergeben sich - schon vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Zulässigkeitserfordernisse nach Art. 11 Abs. 2 B-VG (vgl. die bei Mayer, aaO, 72, II.3. wiedergegebene Rechtsprechung des VfGH) - weder aus dem Wortlaut noch aus den Materialien Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber in § 32 Abs. 4 PrR-G eine von § 69 Abs. 1 Z 2 AVG abweichende Regelung treffen wollte (vielmehr beziehen sich die Ausführungen zu dieser Bestimmung im Ausschussbericht AB 768 BlgNR XXII. GP lediglich darauf, dass es nach einer Aufhebung durch den Verwaltungsgerichtshof oder den VfGH keiner Neuausschreibung bedürfe, sondern das Verfahren von der belangten Behörde fortzusetzen sei).

Insofern verkennt die belangte Behörde die Rechtslage, wenn sie meint, aus § 28d Abs. 5 PrR-G ergebe sich, dass der Gesetzgeber der Rechtsrichtigkeit einer "Zulassungsentscheidung", die später in eine bundesweite Zulassung übertragen werde, eine "vorrangige Bedeutung" beigemessen habe; nach dieser "Prämisse" sei bei der Entscheidung über die Wiederaufnahme das PrR-G in der Fassung nach der Novelle BGBl. I Nr. 169/2004 anzuwenden. Die behauptete vorrangige Bedeutung vermag nichts daran zu ändern, dass diese Regelung - wie im zitierten Vorerkenntnis ausgeführt - zwar Vorsorge trifft, dass der Inhaber der bundesweiten Zulassung im Falle etwaiger Aufhebungen von übertragenen Zulassungen seinen Sendebetrieb aufrecht erhalten kann; es kann daraus aber nicht auf eine weitergehende, den Inhaber der bundesweiten Zulassung begünstigende Abweichung von den Tatbestandsvoraussetzungen des § 69 Abs. 1 Z 2 AVG geschlossen werden.

3.5. Da somit die Novelle BGBl. I Nr. 169/2004 bei der Entscheidung der belangten Behörde über das Vorliegen des Wiederaufnahmestatbestandes nach § 69 Abs. 1 Z 2 AVG in Bezug auf das vor In-Kraft-Tretens dieser Novelle abgeschlossene Verfahren außer Betracht zu bleiben hat und in diesem Zusammenhang § 7 Abs. 4 vierter Satz PrR-G in der Fassung vor dieser Novelle weiterhin zu beachten war, hätte die belangte Behörde die mitbeteiligte Partei mangels Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen jedenfalls nicht in die Auswahlentscheidung gemäß § 6 PrR-G einbeziehen dürfen (vgl. hiezu das Vorerkenntnis, auf dessen Entscheidungsgründe gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird). Daher hätte das im Wiederaufnahmeantrag angeführte neu hervorgekommene Beweismittel keinen anderen Bescheid herbeigeführt. Die belangte Behörde durfte daher nicht annehmen, dass der Wiederaufnahmsgrund gemäß § 69 Abs. 1 Z 2 AVG vorliegt.

3.6. Die belangte Behörde hat daher das Verfahren gemäß § 69 Abs. 1 Z 2 AVG zu Unrecht wiederaufgenommen und Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet.

Davon ausgehend erweist sich auch der im wieder aufgenommenen Verfahren ergangene Spruchpunkt II.1. als mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG in dem im Spruch angeführten Umfang aufzuheben war.

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

Zu II.:

Im Verfahren zu Zl. 2006/04/0185 stellte die mitbeteiligte Partei den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Abgabe der mit hg. Verfügung vom 20. November 2006 aufgetragenen Gegenschrift (OZ 4). Zugleich mit dem Wiedereinsetzungsantrag holte die mitbeteiligte Partei die versäumte Prozesshandlung nach und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen (OZ 5).

Die dem Wiedereinsetzungsbegehren zugrundeliegende Beurteilung, dass auf außerhalb der Frist des § 36 Abs. 1 VwGG erstattete Gegenschriften nicht Bedacht genommen werden dürfe, ist unzutreffend. Es besteht kein Hindernis, diese Gegenschrift bei der Behandlung der Beschwerde zu berücksichtigen. Da die mitbeteiligte Partei somit durch die verspätete Einbringung der Gegenschrift keinen Rechtsnachteil im Sinne des § 46 Abs. 1 VwGG erlitten hat, war der Wiedereinsetzungsantrag in einem gemäß § 12 Abs. 3 VwGG gebildeten Senat zurückzuweisen (vgl. zu allem das hg. Erkenntnis vom 20. März 2003, Zl. 99/06/0010, mwN).

Wien, am 10. September 2008