

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat I, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden und den Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter gemäß § 2 Abs. 1 Z 6 und § 13 Abs. 3 Z 4 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 111/2011, wie folgt entschieden:

I. Spruch

Die KommAustria stellt aufgrund der Beschwerde der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH., vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte OG, Mariahilfer Straße 20, 1070 Wien, gemäß § 3 Abs. 1 iVm §§ 24, 25 und § 26 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, fest, dass die **Privatradio Wörthersee GmbH & Co KG**, vertreten durch Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH, Hilmgasse 10, 8010 Graz, dadurch, dass sie im Zeitraum vom 31.01.2011 bis zur Zustellung des Beschlusses des Verwaltungsgerichtshofes vom 14.02.2011, AW 2011/03/004, am 15.02.2011 an die Privatradio Wörthersee GmbH & Co KG im Versorgungsgebiet „Raum Wörthersee und Stadt Villach“ ohne Zulassung terrestrischen Hörfunk veranstaltet hat, das Privatradiogesetz verletzt hat.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 21.02.2011, am 23.02.2011 bei der KommAustria eingelangt, erhob die KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. (im Folgenden: Beschwerdeführerin) gegen die Privatradio Wörthersee GmbH & Co KG (im Folgenden: Beschwerdegegnerin) Beschwerde gemäß § 25 Abs. 1 Z 1 und Z 3 PrR-G, da letztere ohne aufrechte Zulassung im Versorgungsgebiet „Raum Wörthersee und Stadt Villach“ ein Hörfunkprogramm ausstrahle. Der Bundeskommunikationssenat (BKS) habe mit Bescheid vom 26.01.2011, GZ 611.032/0004-BKS/2010, von Amts wegen verfügt, dass das mit Bescheid des BKS vom 25.02.2008, GZ 611.032/0002-BKS/2008, abgeschlossene Verfahren betreffend die Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Raum Wörthersee und Stadt Villach“ gemäß § 70 Abs. 1 AVG in erster Instanz bei der KommAustria wiederaufzunehmen sei.

Da nach einer Entscheidung einer Behörde über die Wiederaufnahme eines Verwaltungsverfahrens der im wiederaufzunehmenden Verfahren ergangene Bescheid erlischt bzw. das Verfahren in das Stadium vor Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides zurücktrete, sei die Beschwerdegegnerin mit Zustellung des die Wiederaufnahme verfügenden Bescheides nicht mehr berechtigt, ihr Hörfunkprogramm auf Grundlage der von der KommAustria erteilten Hörfunkzulassung auszustrahlen. Da die Beschwerdegegnerin über keine andere Grundlage zur Verbreitung eines terrestrischen Hörfunkprogramms verfüge, sende sie seither ohne Rechtsgrundlage.

Mit Schreiben vom 25.02.2011 übermittelte die KommAustria die Beschwerde an die Beschwerdegegnerin und räumte dieser die Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zwei Wochen ein.

Mit Schreiben vom 07.03.2011 nahm die Beschwerdegegnerin Stellung und brachte im Wesentlichen vor, dass die darin erhobenen Vorwürfe unberechtigt seien, da ihrer Ansicht nach die Wiederaufnahme des Verfahrens über die Erteilung der Hörfunkzulassung für das Versorgungsgebiet „Raum Wörthersee und Stadt Villach“ nicht berechtigt sei. Daher habe sie gegen den die Wiederaufnahme verfügenden Bescheid des BKS Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof (VwGH) erhoben und zudem die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung beantragt. Der VwGH habe mit Beschluss vom 14.02.2011, AW 2011/03/0004, dem Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde stattgegeben, weshalb seither der in Beschwerde gezogene Bescheid des BKS vom 26.01.2011, GZ 611.032/0004-BKS/2010, für die Dauer des höchstgerichtlichen Verfahrens keine Rechtswirkung entfalte. Somit bleibe die mit Bescheid des BKS vom 25.02.2008, GZ 611.032/0002-BKS/2008, bestätigte Hörfunkzulassung im Versorgungsgebiet „Raum Wörthersee und Stadt Villach“ für die Dauer des höchstgerichtlichen Verfahrens aufrecht. Darüber hinaus resultiere nach Auffassung der Beschwerdegegnerin ihre Berechtigung zur Aufrechterhaltung des Sendebetriebs nicht allein aus dem Beschluss des VwGH über die aufschiebende Wirkung, sondern bleibe ihre Sendeberechtigung auch während der sechswöchigen Frist zur Erhebung der Beschwerde an die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts bzw. bis über einen fristgerecht gestellten Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung entschieden worden sei, aufrecht. Dies ergebe sich aus einem Größenschluss aus der Regelung des § 3 Abs. 7 und 8 PrR-G, wonach eine Zulassung im Falle ihrer Aufhebung durch einen der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts so lange weiter gelte, bis die darin vorgesehene Frist für die Beantragung einer einstweiligen Zulassung abgelaufen sei. Während es sich bei einem höchstgerichtlichen Erkenntnis um eine endgültige, innerstaatlich nicht mehr weiter bekämpfbare Entscheidung handle, unterliege ein Wiederaufnahmebescheid noch einer Überprüfung durch die Höchstgerichte. Wenn daher die befristete Fortführung des Sendebetriebs sogar bei einer – endgültigen – Aufhebung eines Zulassungsbescheides als rechtmäßig anzusehen sei, müsse davon jedenfalls auch im Fall des – bekämpfbaren – Wegfalls einer Zulassung auf Grund eines Wiederaufnahmebescheides ausgegangen werden. Vor diesem Hintergrund sei die Behauptung der Beschwerdeführerin, sie hätte ihren Sendebetrieb mit Zustellung des die Wiederaufnahme des Zulassungsverfahrens verfügenden Bescheides bis zur Zustellung des die aufschiebende Wirkung der Beschwerde zuerkennenden Beschlusses des VwGH ohne Rechtsgrundlage ausgeübt, unrichtig. Insofern gingen auch die Ausführungen im Hinblick auf die Beschwerdelegitimation gemäß § 25 Abs. 1 Z 1 und Z 3 PrR-G ins Leere, da keine Rechtsverletzung vorliege und ohne eine solche weder eine unmittelbare Schädigung der Beschwerdeführerin noch eine Beeinträchtigung ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen möglich sei. Die Beschwerdegegnerin beantragte die Abweisung und in eventu die Zurückweisung der Beschwerde.

Mit Schreiben vom 14.03.2011 übermittelte die KommAustria das Schreiben der Beschwerdegegnerin an die Beschwerdeführerin unter Einräumung einer Stellungnahmemöglichkeit von zwei Wochen. Mit Schreiben vom 23.03.2011 ersuchte die Beschwerdeführerin um Übermittlung des Beschlusses des VwGH vom 14.02.2011, AW 2011/03/0004, mit welchem dem Antrag der Privatradio Wörthersee GmbH & Co KG auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen den die Wiederaufnahme verfügenden Bescheid des BKS stattgegeben wurde.

Mit Schreiben vom 24.03.2011 wurde seitens der Behörde der Beschluss des VwGH vom 14.02.2011, AW 2011/03/0004, an die Beschwerdeführerin übermittelt.

Mit Schreiben vom 30.03.2011 erwiderte die Beschwerdeführerin auf das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 07.03.2011 unter Bezugnahme auf den Beschluss des VwGH über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung und brachte im Wesentlichen vor, dass sie deren Rechtsansicht nicht teile, der zufolge die Beschwerdegegnerin auch in der Zeit ab Zustellung des die Wiederaufnahme des Zulassungsverfahrens verfügenden Bescheides des BKS vom 26.01.2011, GZ 611.0032/0004-BKS/2010, bis zum Zeitpunkt der Zustellung des die aufschiebende Wirkung zuerkennenden Beschlusses des VwGH vom 14.02.2011, AW 2011/03/004-4, berechtigt gewesen wäre, ihren Sendebetrieb fortzuführen. Die Rechtswirkungen der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde durch den VwGH träten erst ab dem Tag der Zustellung, im gegenständlichen Fall am 15.02.2011, ein. Eine Rückwirkung des Beschlusses über die aufschiebende Wirkung einer VwGH-Beschwerde sei gesetzlich nicht vorgesehen und werde von der Judikatur auch nicht angenommen. Es sei folglich nicht davon auszugehen, dass die Zulassung auch während der sechswöchigen Frist zur Beschwerdeerhebung bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts bzw. bis über einen fristgerecht gestellten Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung entschieden worden ist, aufrecht bleibe. Selbst wenn man von der analogen Anwendung der Regelungen des § 3 Abs. 7 und 8 PrR-G und einer durch Analogie zu schließenden Rechtslücke ausgehen wollte, lägen die Voraussetzungen dafür nicht vor. Die Anwendung der Bestimmungen gemäß § 3 Abs. 7 und 8 PrR-G setze einen Antrag des bisherigen Zulassungsinhabers auf einstweilige Bewilligung an die KommAustria voraus, wobei die Beschwerdegegnerin nicht einmal behauptete, einen solchen Antrag eingebracht zu haben.

Mit Schreiben vom 07.04.2011 übermittelte die KommAustria das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 30.03.2011 an die Beschwerdegegnerin, welche hierauf mit Replik vom 18.04.2011 erwiderte, dass sie entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin die Berechtigung zur Aufrechterhaltung des Sendebetriebs während des in Rede stehenden Zeitraums nicht aus einem Größenschluss in Bezug auf die Regelung des § 3 Abs. 7 und 8 PrR-G ableite. Sie habe nämlich keineswegs vorgebracht, dass die mit dieser Regelung eingeräumte Möglichkeit, einen Antrag auf einstweilige Fortführung des Sendebetriebs zu stellen, auch in ihrem Fall zur Anwendung gelangen sollte; dies lasse sich auch dem Gesetz nicht entnehmen. Vielmehr sei nur die Ausgangssituation – obwohl im gegenständlichen Fall die Aufhebung der Zulassung nicht durch ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes (VfGH) oder VwGH erfolgt sei, sondern durch einen Wiederaufnahmebescheid, ein Zulassungsbescheid weggefallen sei – vergleichbar. Deshalb müsse die gemäß § 3 Abs. 8 PrR-G vorgesehene Zulässigkeit des Sendebetriebs bis zum Ablauf der Frist zur Einbringung eines Antrags auf einstweilige Bewilligung auch für den Zeitraum einer Frist zur Einbringung einer Bescheidbeschwerde und eines Antrags auf aufschiebende Wirkung gelten.

Mit Schreiben vom 20.06.2011 übermittelte die KommAustria die Replik der Beschwerdegegnerin an die Beschwerdeführerin zur Kenntnis.

2. Sachverhalt

2.1. Beschwerdeführerin (KRONEHIT Radio BetriebsgmbH.)

Die Beschwerdeführerin, eine zu FN 51810t beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien, ist aufgrund des rechtskräftigen Bescheides der KommAustria vom 06.12.2004, KOA 1.011/04-001, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung von bundesweitem privaten terrestrischen Hörfunk. Ihr Versorgungsgebiet umfasst derzeit innerhalb des Bundeslandes Kärnten die Stadt Klagenfurt und Teile der Bezirke Klagenfurt Land und Feldkirchen, die Stadt Villach sowie die Gemeinden des südlichen Teiles des Bezirks Villach Land und die Gemeinden des Unterdrautals bis einschließlich Spittal an der Drau sowie das Obere Drautal rund um Greifenburg, Teile des Bezirks Hermagor, Teile des Bezirks St. Veit an der Glan, den Bezirk Wolfsberg und Teile des Bezirks Völkermarkt.

Die Beschwerdeführerin veranstaltet im Rahmen ihrer bundesweiten Zulassung unter der Bezeichnung „KRONEHIT“ ein 24 Stunden-Vollprogramm im Adult Contemporary Format (AC-Format), welches sich als Unterhaltungssender für erwachsene Österreicherinnen und Österreicher versteht. Neben den Programmschwerpunkten Musik, unterhaltende Information aus Österreich und der Welt sowie zielgruppenrelevanter Content (Sport, Veranstaltungen, etc.) beinhaltet das Programm auch Serviceanteile (z.B. Wetter- und Verkehrsinformationen).

Die Beschwerdeführerin ist mittelbar über ihre Alleingesellschafterin, die Kurier Hörfunk Beteiligung GmbH (FN 98530 y beim HG Wien), deren Alleineigentümerin die Krone Hit Radio Medienunternehmen Betriebs- und Beteiligungsgesellschaft m.b.H. & Co. KG (FN 210995m beim HG Wien) ist, welche wiederum im Eigentum der Krone Verlag Gesellschaft m.b.H. & Co Vermögensverwaltung KG. (FN 5973i beim HG Wien) und der KURIER Zeitungsverlag und Druckerei Gesellschaft m.b.H. (FN 107826v beim HG Wien) steht, mit der KRONE-Verlag GmbH & Co. Radio Marketing KG. (FN 255537s beim HG Wien) verbunden. Unbeschränkt haftende Gesellschafterin der KRONE-Verlag GmbH & Co. Radio Marketing KG. ist die KRONE-Verlag Gesellschaft m.b.H., Kommanditistin ist wiederum die KRONE-Verlag Gesellschaft m.b.H. & Co. Vermögensverwaltung KG. Die KRONE-Verlag GmbH & Co. Radio Marketing KG. (vormals Privatrado Unterkrnten GmbH), hat sich im Rahmen des Verfahrens auf Erteilung einer Hörfunkzulassung für das Versorgungsgebiet „Raum Wörthersee und Stadt Villach“ beworben und ist neben anderen Mitbewerberinnen der nunmehrigen Beschwerdegegnerin im Auswahlverfahren unterlegen (dazu unter Pkt. 2.2.).

2.2. Beschwerdegegnerin (Privatrado Wörthersee GmbH & Co KG) und Wiederaufnahmeverfahren

Der Beschwerdegegnerin wurde mit Bescheid der KommAustria vom 20.12.2007, KOA 1.211/07-025, eine Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Raum Wörthersee und Stadt Villach“ für die Dauer von zehn Jahren ab 01.04.2008 erteilt. Der Antrag der Mitbewerberin KRONE-Verlag GmbH & Co. Radio Marketing KG. wurde im Rahmen des gemäß § 6 Abs. 1 und 2 PrR-G durchzuführenden Auswahlverfahrens abgewiesen.

Gemäß dem Zulassungsbescheid vom 20.12.2007, KOA 1.211/07-025, umfasst das bewilligte Hörfunkprogramm ein 24 Stunden Vollprogramm, das sich an eine breite Zielgruppe richtet, wobei die Kernzielgruppe die 35-jährigen und älteren Personen umfasst. Das Musikformat beinhaltet Oldies, Schlager und einen geringen AC-Anteil unter Berücksichtigung italienischer Titel und Kärntner Künstler. Die Wortbeiträge umfassen Unterhaltung, Nachrichten, Lokalnachrichten, Service, Wirtschaft, Kultur, Politik und (auch

lokalen) Sport. Ein weiterer Schwerpunkt liegt auf Servicemeldungen für Hörer und starkem Lokalbezug. In Spruchpunkt 8. des Bescheides wurde die aufschiebende Wirkung der Berufung gegen den Bescheid ausgeschlossen.

Mit Bescheid des BKS vom 25.02.2008, GZ 611.032/0002-BKS/2008, wurde die seitens der KRONE-Verlag GmbH & Co. Radio Marketing KG. erhobene Berufung abgewiesen. In der Begründung gelangte der BKS zu dem Ergebnis, dass die von der Berufungswerberin aufgeworfenen Verbindungen zwischen der Privatrado Wörthersee GmbH & Co KG und der Styria Medien AG nicht vorlägen.

Am 29.09.2010 beantragte die KRONE-Verlag GmbH & Co. Radio Marketing KG., gestützt auf § 69 Abs. 1 Z 1 AVG, die Wiederaufnahme des mit Bescheid der KommAustria vom 20.12.2007, KOA 1.211/07-025, und mit Bescheid des BKS vom 25.02.2008, GZ 611.032/0002-BKS/2008, rechtskräftig abgeschlossenen Zulassungsverfahrens hinsichtlich des Versorgungsgebietes „Raum Wörthersee und Stadt Villach“. Hintergrund des Antrags auf Wiederaufnahme des Zulassungsverfahrens waren von der Antragstellerin vermutete Nebenabreden, die der Styria Medien AG einen Zugriff auf Geschäftsanteile der Privatrado Wörthersee GmbH & Co KG ermöglicht haben sollen und daher einer Zulassungserteilung an letztere am Maßstab des Kriteriums der Meinungsvielfalt gemäß § 6 PrR-G entgegen gestanden hätten, da die Styria Medien-Gruppe Alleineigentümerin einer in Kärnten tätigen Privatradoveranstalterin sei. Der BKS hat mit Bescheid vom 26.01.2011, GZ 611.032/0002-BKS/2008, den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 69 Abs. 1 AVG abgewiesen, allerdings gemäß § 69 Abs. 3 iVm Abs. 1 Z 1 AVG von Amts wegen verfügt, dass das Zulassungsverfahren hinsichtlich des Versorgungsgebietes „Raum Wörthersee und Stadt Villach“ gemäß § 70 Abs. 1 AVG in erster Instanz bei der KommAustria wieder aufzunehmen ist. Der die Wiederaufnahme des Zulassungsverfahrens verfügende Bescheid wurde der nunmehrigen Beschwerdegegnerin am 31.01.2011 zugestellt.

Gegen den die Wiederaufnahme des Zulassungsverfahrens verfügenden Bescheid des BKS erhob die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 11.02.2011 Beschwerde an den VfGH und an den VwGH und beantragte jeweils die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Mit Beschluss vom 14.02.2011, AW 2011/03/004, der nunmehrigen Beschwerdegegnerin am 15.02.2011 zugestellt, gab der VwGH dem Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde Folge. Mit Beschluss vom 22.02.2011, B 228/11-3, lehnte der VfGH die Befassung mit der Beschwerde mit der Begründung ab, dass deren Gegenstand von der Zuständigkeit des VwGH nicht ausgeschlossen und eine Klärung verfassungsrechtlicher Fragen nicht zu erwarten sei. Daher erübrige sich die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

Im Zeitraum vom 31.01.2011 (Zustellung des Bescheides des BKS vom 26.01.2011, GZ 611.032/0002-BKS/2008,) bis zur Zustellung des VwGH vom 14.02.2011, AW 2011/03/004, am 15.02.2011 erhielt die Beschwerdegegnerin ihren Sendebetrieb aufrecht und veranstaltete im Versorgungsgebiet „Raum Wörthersee und Stadt Villach“ Hörfunk.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Hörfunkzulassung und den Beteiligungsverhältnissen der Beschwerdeführerin ergeben sich aus dem rechtskräftigen Bescheid der KommAustria vom 06.12.2004, KOA 1.011/04-001, und dem offenen Firmenbuch. Die Feststellungen zur Hörfunkzulassung der Beschwerdegegnerin im Versorgungsgebiet „Raum Wörthersee und Stadt Villach“, dem Verfahren hinsichtlich der Wiederaufnahme des Zulassungsverfahrens sowie zur gegen den die Wiederaufnahme verfügenden Bescheid erhobenen Beschwerde an den VwGH, beruhen auf den Bezug habenden Akten der KommAustria und des BKS.

Die Feststellungen hinsichtlich des von der Beschwerdeführerin im Zeitraum vom 31.01.2011 bis zur Zustellung des Beschlusses des Verwaltungsgerichtshofes vom 14.02.2011, AW 2011/03/004, am 15.02.2011 aufrecht erhaltenen Sendebetriebs im Versorgungsgebiet „Raum Wörthersee und Stadt Villach“ ergeben sich aus den insoweit übereinstimmenden schriftlichen Äußerungen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde

Gemäß § 24 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, obliegt die Rechtsaufsicht über die Hörfunkveranstalter im Sinne dieses Bundesgesetzes der Regulierungsbehörde. Gemäß § 31 Abs. 2 PrR-G werden die Aufgaben der Regulierungsbehörde nach diesem Bundesgesetz von der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) wahrgenommen.

4.2. Beschwerde Voraussetzungen

Die §§ 25 und 26 PrR-G lauten wörtlich:

„Beschwerden

§ 25. (1) *Die Regulierungsbehörde entscheidet über Verletzungen von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes von Amts wegen oder auf Grund von Beschwerden*

- 1. einer Person, die durch diese Rechtsverletzung unmittelbar geschädigt zu sein behauptet;*
 - 2. einer Person, die einen Hauptwohnsitz in dem Bundesland hat, für dessen Bereich dem in Beschwerde gezogenen Hörfunkveranstalter die Zulassung erteilt wurde und die vom Wahlrecht zum Landtag nicht ausgeschlossen ist, sofern eine solche Beschwerde von mindestens 100 derartigen Personen unterstützt wird; die Unterstützung ist durch eine Unterschriftenliste nachzuweisen, aus der die Identität der Person, die die Beschwerde unterstützt, festgestellt werden kann,*
 - 3. eines Unternehmens, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch die behauptete Verletzung berührt werden.*
- (2) Beschwerden sind innerhalb von sechs Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen.*
- (3) Die Entscheidung der Regulierungsbehörde besteht in der Feststellung, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung dieses Bundesgesetzes verletzt worden ist. Wird von der Regulierungsbehörde eine Verletzung dieses Bundesgesetzes festgestellt, die im Zeitpunkt der Feststellung noch andauert, so hat der Hörfunkveranstalter unverzüglich einen der Rechtsansicht der Regulierungsbehörde entsprechenden Zustand herzustellen.*

Entscheidung

- § 26.** (1) *Die Regulierungsbehörde hat über Beschwerden ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber innerhalb von sechs Monaten, gerechnet vom Zeitpunkt des Einlangens der Beschwerde, zu entscheiden.*
- (2) Die Regulierungsbehörde kann auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung erkennen und dem Hörfunkveranstalter auftragen, wann und in welcher Form diese Veröffentlichung zu erfolgen hat.“*

4.2.1. Rechtzeitigkeit der Beschwerde

Die Beschwerde vom 21.02.2011 wurde am 23.02.2011 bei der KommAustria eingebracht und bezieht sich auf den Zeitraum ab Zustellung des die Wiederaufnahme des Zulassungsverfahrens verfügenden Bescheides des BKS vom 26.01.2011, GZ 611.032/0004-BKS/2010, an die Beschwerdegegnerin am 31.01.2011, bis zum Tag der Zustellung des Beschlusses des VwGH vom 14.02.2011, AW 2011/03/0004, mit welchem dem Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde stattgegeben wurde, am 15.02.2011.

Die Beschwerdeführerin brachte zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde vor, dass die Zustellung des die Wiederaufnahme verfügenden Bescheides des BKS vom 26.01.2011, GZ 611.032/0004-BKS/2010, zweifelsfrei nach dem 26.01.2011 erfolgt sei; dieser Tag liege weniger als sechs Wochen zurück und die Beschwerdegegnerin habe seit diesem Tag den Sendebetrieb noch nicht eingestellt.

Da der beschwerdegegenständliche Zeitraum zwischen dem 31.01.2011 und dem 15.02.2011 zur Gänze innerhalb des sechswöchigen Beschwerdezeitraums gemäß § 25 Abs. 3 PrR-G liegt, wurde die Beschwerde rechtzeitig erhoben.

4.2.2. Beschwerdelegitimation

Die Beschwerdeführerin brachte zur Beschwerdelegitimation vor, dass sie aufgrund der rechtsgrundlagenlosen und damit rechtswidrigen Veranstaltung eines Hörfunkprogramms durch die Privatrado Wörthersee GmbH & Co KG unmittelbar im Sinne des § 25 Abs. 1 Z 1 PrR-G geschädigt oder zumindest in ihren wirtschaftlichen Interessen gemäß § 25 Abs. 1 Z 3 PrR-G massiv berührt bzw. beeinträchtigt werde.

Begründend legte sie eingangs dar, dass sich Teile ihres auch in Kärnten befindlichen bundesweiten Versorgungsgebietes mit jenem der Beschwerdeführerin überschneiden würden. Die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin stünden daher jedenfalls im Raum Klagenfurt/Villach, insoweit die beiden Versorgungsgebiete einander überschneiden, in Konkurrenz zueinander. Dass die Sendeformate der Beschwerdegegnerin und der Beschwerdeführerin nicht zu hundert Prozent deckungsgleich seien, ändere daran nichts. Die Zielgruppen der beiden Sendeformate (AC-Format, Unterhaltungssender für erwachsene Österreicherinnen und Österreicher mit Musik, unterhaltenden Informationen, Sportnachrichten und Serviceanteilen bzw. breite Zielgruppe mit einer Kernzielgruppe der 35-jährigen und älteren Personen mit geringem AC-Anteil, aber Unterhaltung, Nachrichten, Lokalnachrichten, Service- und Sportnachrichten andererseits) würden einander durchaus überschneiden, sodass zweifelsfrei eine Konkurrenz der Verfahrensparteien auf dem Rundfunkmarkt und dem Rundfunkwerbemarkt im Raum Klagenfurt/Villach gegeben sei.

Indem die Beschwerdegegnerin Hörfunk rechtsgrundlagenlos und damit rechtswidrig veranstalte, schädige sie die Beschwerdeführerin unmittelbar im Sinne von § 25 Abs. 1 Z 1 PrR-G. Darüber hinaus würden die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin im Sinne des § 25 Abs. 1 Z 3 PrR-G durch dieses Verhalten zweifelsfrei beeinträchtigt, indem die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin auf dem Hörermarkt konkurrenzieren. Damit schädige diese die Beschwerdeführerin aber auch auf dem Markt für Werbekunden, indem sie Werbezeiten zum Verkauf anbiete, obwohl sie gar nicht berechtigt wäre, Werbung im Rahmen eines terrestrischen Hörfunkprogramms auszustrahlen.

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin bedürfe es keiner näheren Ausführungen dazu, dass das rechtsgrundlose Veranstalten eines terrestrischen Hörfunkprogramms andere Hörfunkveranstalter im selben Versorgungsgebiet unmittelbar schädige oder zumindest deren wirtschaftliche Interessen massiv berühre bzw. beeinträchtige. Jedenfalls liege nach

Auffassung der Beschwerdeführerin eine materielle oder immaterielle Schädigung im Bereich des Möglichen und sei nicht von vorneherein ausgeschlossen. Werbekunden, die auf dem Programm der Beschwerdegegnerin nicht mehr werben könnten, würden zumindest teilweise auf das Programm der Beschwerdeführerin ausweichen, weshalb ein Verlust der Einnahmen aus diesen Kundenbeziehungen eine unmittelbare Schädigung der Beschwerdeführerin bewirke. Die Beschwerdeführerin gehe daher davon aus, dass in Entsprechung der ständigen Spruchpraxis der Rundfunkregulierungsbehörden ihre Beschwerdelegitimation gemäß § 25 Abs. 1 Z 1 PrR-G, wie auch gemäß § 25 Abs. 1 Z 3 PrR-G gegeben sei.

Eine „unmittelbare Schädigung“ umfasst nach ständiger Spruchpraxis der Regulierungsbehörden zu den gleichlautenden Bestimmungen im ORF-Gesetz bzw. dessen Vorgängerbestimmungen im Rundfunkgesetz neben materiellen auch immaterielle Schäden, wobei im letzteren Fall eine Beschwerdelegitimation dann gegeben ist, wenn der Schaden aus der Rechtsordnung unmittelbar ableitbare rechtliche Interessen betrifft, denen der Gesetzgeber Rechtsschutz zuerkennt, wie etwa die Ehrenbeleidigung nach § 1330 ABGB oder Ruf- und Kreditschädigung. Zur Beschwerdelegitimation genügt die Behauptung (weder Nachweis noch Glaubhaftmachung) einer materiellen oder immateriellen Schädigung, die zumindest im Bereich des Möglichen liegen muss und nicht von vornherein ausgeschlossen sein darf (in diesem Sinne bereits zu § 27 Abs. 1 Z 1 lit. a Rundfunkgesetz in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 83/2001: VfSlg. 13.512/1993; RFK 23.04.1991, RfR 1992, 31; vgl. auch BKS 31.03.2005, 611.935/0002-BKS/2005 zu § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G idF BGBl. I Nr. 97/2004). Aus den Beschwerdebehauptungen hat sich daher zumindest die Möglichkeit zu ergeben, dass sich die behauptete Verletzung des PrR-G auf das Vermögen oder auf die davon verschiedenen Interessen des Beschwerdeführers nachteilig auswirkt; dabei muss es sich um einen unmittelbaren Schaden handeln, der dem Beschwerdeführer selbst entstanden ist. Die vom Gesetz geforderte unmittelbare Schädigung kann nur eine solche sein, die die Beschwerde führende Person selbst und unmittelbar trifft (vgl. RFK 31.03.1989, 458/7-RFK/89, RfR 1991, 32 u.a., jeweils zur im Wesentlichen gleichlautenden Bestimmung des § 27 Abs. 1 Z 1 lit. a RFG in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 83/2001).

Demgegenüber kann aufgrund der mit der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 in das Privatradiogesetz implementierten Bestimmung zur „Konkurrentenbeschwerde“ gemäß § 25 Abs. 1 Z 3 PrR-G (gleichlautend wie § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G, vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 lit. d) auch bei bloß mittelbarer Schädigung (entgangener Gewinn, Ausbleiben eines Vorteils) oder selbst dann, wenn noch kein Schaden eingetreten ist, Beschwerde erhoben werden. Die Anforderungen an die Beschwerdebehauptung bleiben dementsprechend hinter jenen für die unmittelbare Schädigung zurück; insbesondere bedarf es keiner Behauptung einer im Bereich des Möglichen liegenden Schädigung, sondern genügt der Verweis, das rechtliche oder wirtschaftliche Interessen berührt seien (vgl. BKS 19.04.2010, 611.980/0003-BKS/2010 zu § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d [nunmehr lit. c] ORF-G). Beschwerdevoraussetzung ist somit – zusätzlich zum Nachweis des spezifischen Wettbewerbsverhältnisses – die Darlegung der Auswirkungen rechtlicher oder wirtschaftlicher Art. Ein insoweit „geschütztes Wettbewerbsverhältnis“ ist dabei dann anzunehmen, wenn sich das beschwerdeführende Unternehmen am selben oder auf einem vor- oder nachgelagerten Markt in einer Wettbewerbssituation zum Beschwerdegegner befindet (vgl. hierzu BKS 25.09.2006, 611.933/0006-BKS/2006 zu § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d [nunmehr lit. c] ORF-G; vgl. auch *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, S. 327).

Nun ist zwar nach Ansicht des BKS (vgl. BKS 19.04.2010, GZ 611.980/0003-BKS/2010) die Beschwerdelegitimation gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G lediglich subsidiär und komme bei einer Beschwerde, die sich auch auf § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G stützt, die Beschwerdelegitimation nach lit. c nicht mehr in Betracht (vgl. auch *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, S. 327). Der Verwaltungsgerichtshof hat allerdings in

zwei jüngeren Erkenntnissen (VwGH 17.03.2011, Zlen. 2011/03/0022 und 2011/03/0031) ausgesprochen, „dass, wenn ein Beschwerdeführer seine Beschwerde auf die Beschwerdelegitimation nach mehreren Tatbeständen des § 36 Abs. 1 Z 1 ORF-G stützt und die Beschwerdelegitimation nach einer dieser Bestimmungen unzweifelhaft vorliegt, die Beschwerdelegitimation nach der anderen gesetzlichen Norm nicht weiter geprüft werden muss. Es liege in diesem Fall nämlich nur eine Beschwerde (gestützt auf mehrere die Beschwerdelegitimation vermittelnde Tatbestände) vor, mit der dasselbe Ziel, nämlich eine Feststellung nach § 37 Abs. 1 ORF-G, erreicht werden soll und kann.“ Da die entsprechenden Bestimmungen zur Beschwerdelegitimation im ORF-G mit jenen im PrR-G übereinstimmen, ist davon auszugehen, dass diese Rechtsprechung des VwGH auch für Beschwerden Anwendung finden kann, die sich auf § 25 Abs. 1 Z 1 und Z 3 PrR-G stützen – auch in diesem Fall ist das Ziel die Erreichung der Feststellung gemäß § 25 Abs. 3 und § 26 PrR-G, dass eine Rechtsverletzung verwirklicht wurde.

Die Beschwerdeführerin lässt in ihren Ausführungen offen, welcher Art die von ihr behauptete unmittelbare „immaterielle“ Schädigung sei; eine unmittelbare „materielle“ Schädigung begründet sie schließlich mit dem Verlust an Einnahmen aus Kundenbeziehungen, welche erst dadurch entstehen, dass die Beschwerdegegnerin nicht zur Ausstrahlung eines Hörfunkprogramms und damit zur Sendung von Werbung berechtigt ist. Ob dieser Umstand eher als Ausbleiben eines Vorteils bzw. entgangene Gewinnchance zu verstehen ist, kann jedoch vor dem Hintergrund der zuvor zitierten Erkenntnisse des VwGH dahin gestellt bleiben. Die KommAustria geht im Folgenden davon aus, dass sich die aktive Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin im gegenständlichen Verfahren jedenfalls auf die Bestimmung gemäß § 25 Abs. 1 Z 3 PrR-G stützen lässt und daher aus den vorstehend dargelegten Gründen eine nähere Auseinandersetzung mit einer auf § 25 Abs. 1 Z 1 PrR-G gestützten Beschwerdelegitimation unterbleiben kann.

Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin einer bundesweiten Hörfunkzulassung, deren Versorgungsgebiet auch Teile des Bundeslandes Kärnten umfasst, konkret die Stadt Klagenfurt und Teile der Bezirke Klagenfurt Land und Feldkirchen, die Stadt Villach sowie die Gemeinden des südlichen Teiles des Bezirks Villach Land und die Gemeinden des Unterdrautals bis einschließlich Spittal an der Drau sowie das Obere Drautal rund um Greifenburg, Teile des Bezirks Hermagor, Teile des Bezirks St. Veit an der Glan, den Bezirk Wolfsberg und Teile des Bezirks Völkermarkt. Die Beschwerdegegnerin veranstaltet ihrerseits im Versorgungsgebiet „Raum Wörthersee und Stadt Villach“ ein Hörfunkprogramm, sodass es nahe liegt, dass sich die Versorgungsgebiete jedenfalls im Raum Klagenfurt und Villach überschneiden. Wie eingangs dargestellt, sieht die Beschwerdeführerin ein Wettbewerbsverhältnis zur Beschwerdegegnerin in den sich überschneidenden Gebieten auf dem Hörermarkt und auf dem Rundfunkwerbemarkt gegeben, da sich die Zielgruppen der beiden Sendeformate – zwar nicht hundertprozentig – so doch teilweise überlappen. Dass sich die beiden Hörfunkveranstalter daher, jedenfalls in den sich überschneidenden regionalen Bereichen, in einem Wettbewerbsverhältnis um Werbekunden befinden, erscheint auch aus Sicht der KommAustria evident.

Im Sinne der zuvor zitierten Judikatur des BKS (BKS 19.04.2010, 611.980/0003-BKS/2010), wonach es ausreiche, die Berührung rechtlicher oder wirtschaftlicher Interessen des beschwerdeführenden Unternehmens darzulegen, erscheint es weiters nicht abwegig, dass das Veranstalten eines Hörfunkprogramms ohne Rechtsgrundlage die wirtschaftlichen Interessen anderer Hörfunkveranstalter in dem betroffenen Versorgungsgebiet beeinträchtigen kann, zumal diesen hierdurch Werbeeinnahmen, die sie anderenfalls erzielen könnten, entgehen. Folglich ist davon auszugehen, dass die aktive Beschwerdelegitimation der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. gemäß § 25 Abs. 1 Z 3 PrR-G im gegenständlichen Fall gegeben ist.

4.3. Zur behaupteten Verletzung des Privatradiogesetzes wegen Sendens ohne Rechtsgrundlage

Gemäß § 3 Abs. 1 PrR-G bedarf einer Zulassung nach diesem Bundesgesetz durch die Regulierungsbehörde, wer terrestrischen Hörfunk (analog oder digital) oder Satellitenhörfunk veranstaltet und in Österreich niedergelassen ist. Die Bestimmung gemäß § 3 Abs. 1 PrR-G lautet wie folgt:

„Zulassung

§ 3. (1) Einer Zulassung nach diesem Bundesgesetz durch die Regulierungsbehörde bedarf, wer terrestrischen Hörfunk (analog oder digital) oder Satellitenhörfunk veranstaltet und in Österreich niedergelassen ist. Ein Hörfunkveranstalter gilt dann als in Österreich niedergelassen, wenn er seinen Sitz oder seine Hauptniederlassung in Österreich hat und die redaktionellen Entscheidungen über das Programmangebot in Österreich getroffen werden. Eine Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms ist von der Regulierungsbehörde auf zehn Jahre zu erteilen. Sie ist bei sonstiger Nichtigkeit schriftlich zu erteilen.“

§ 5 PrR-G enthält umfangreiche Bestimmungen zu den für Anträge auf Erteilung von Zulassungen erforderlichen Angaben; die Regelung lautet auszugsweise wie folgt:

„(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;*
- [...]*

Der BKS hat mit Bescheid vom 26.01.2011, GZ 611.032/0004-BKS/2010, gemäß § 69 Abs. 3 iVm Abs. 1 Z 1 AVG von Amts wegen verfügt, dass das mit Bescheid des BKS vom 25.02.2008, GZ 611.032/0002-BKS/2008, rechtskräftig abgeschlossene Verfahren betreffend die Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Raum Wörthersee und Stadt Villach“ gemäß § 70 Abs. 1 AVG in erster Instanz bei der KommAustria wiederaufzunehmen ist. Hintergrund der von Amts wegen verfügten Wiederaufnahme des Zulassungsverfahrens waren von der Mitbewerberin KRONE-Verlag GmbH & Co. Radio Marketing KG. vermutete Nebenabreden der Privatradiowörthersee GmbH & Co KG bzw. der nunmehrigen Beschwerdegegnerin, die der Styria Medien AG einen Zugriff auf deren Geschäftsanteile ermöglicht haben sollen und daher einer Zulassungserteilung an die nunmehrige Beschwerdegegnerin am Maßstab des Kriteriums der Meinungsvielfalt gemäß § 6 PrR-G allenfalls entgegen gestanden hätten, da die Styria Medien-Gruppe Alleineigentümerin einer in Kärnten tätigen Privatradioveranstalterin war bzw. ist.

Der BKS hat die von Amts wegen verfügte Wiederaufnahme des Zulassungsverfahrens auf den Tatbestand des „Erschleichens“ eines Bescheides gemäß § 69 Abs. 1 Z 1 AVG gestützt, da seitens der Beschwerdegegnerin offenbar Angaben, die im Sinne des § 5 PrR-G iVm den §§ 7 bis 9 PrR-G für eine Zulassungserteilung relevante gesetzliche Voraussetzungen betrafen, verschwiegen worden sind.

Die Bestimmungen gemäß § 69 und § 70 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) lauten auszugsweise wie folgt:

§ 69 Abs. 1 Z 1 AVG

„Dem Antrag einer Partei auf Wiederaufnahme eines durch Bescheid abgeschlossenen Verfahrens ist stattzugeben, wenn ein Rechtsmittel gegen den Bescheid nicht oder nicht mehr zulässig ist und:

1. der Bescheid durch Fälschung einer Urkunde, falsches Zeugnis oder eine andere gerichtlich strafbare Handlung herbeigeführt oder sonst wie erschlichen worden ist [...]
[...]

(3) Unter den Voraussetzungen des Abs. 1 kann die Wiederaufnahme des Verfahrens auch von Amts wegen verfügt werden. Nach Ablauf von drei Jahren nach Erlassung des Bescheides kann die Wiederaufnahme auch von Amts wegen nur mehr aus den Gründen des Abs. 1 Z 1 stattfinden. [...]"

§ 70 Abs. 1 AVG

„In dem die Wiederaufnahme bewilligenden oder verfügenden Bescheid ist, sofern nicht schon auf Grund der vorliegenden Akten ein neuer Bescheid erlassen werden kann, auszusprechen, inwieweit und in welcher Instanz das Verfahren wieder aufzunehmen ist.“

Im gegenständlichen Fall ist daher die Frage zu klären, ob die Beschwerdegegnerin in der Zeit vom 31.01.2011 bis zur Zustellung des Beschlusses des Verwaltungsgerichtshofes vom 14.02.2011, AW 2011/03/004, am 15.02.2011 berechtigt gewesen war, terrestrischen Hörfunk im Versorgungsgebiet „Raum Wörthersee und Stadt Villach“ zu veranstalten.

Die Beschwerdegegnerin bringt hiezu vor, dass unabhängig vom Beschluss des VwGH vom 14.02.2011, AW 2011/03/0004, mit dem der Beschwerde gegen den Bescheid des BKS vom 26.01.2011, GZ 611.032/0004-BKS/2010, aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, aus der Regelung gemäß § 3 Abs. 7 und 8 PrR-G abzuleiten sei, dass sie während der sechswöchigen Frist zur Erhebung der Beschwerde an den VwGH bzw. bis über einen fristgerecht gestellten Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung entschieden worden ist, zur Aufrechterhaltung des Sendebetriebs berechtigt gewesen sei, also auch in der Zeit vom 31.01.2011 bis zur Zustellung des Beschlusses des VwGH. Es gehe ihr dabei nicht um die Möglichkeit, analog zu § 3 Abs. 7 PrR-G, einen Antrag auf einstweilige Zulassung bei der KommAustria stellen zu können, sondern darum, dass aufgrund der Ähnlichkeit der Ausgangssituationen – obwohl im gegenständlichen Fall die Aufhebung der Zulassung nicht durch ein Erkenntnis des VfGH oder VwGH erfolgt sei, sondern durch einen Wiederaufnahmebescheid, sei ebenfalls ein Zulassungsbescheid weggefallen – der Sendebetrieb in ihrem Fall für den Zeitraum der Frist zur Einbringung einer Bescheidbeschwerde bzw. eines Antrags auf aufschiebende Wirkung aufrecht erhalten werden durfte.

Die von der Beschwerdegegnerin ins Treffen geführten Bestimmungen gemäß § 3 Abs. 7 und 8 PrR-G lauten wie folgt:

„(7) Wird eine Zulassung vom Verwaltungs- oder vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben und ist dadurch ein Zulassungsinhaber, der den Sendebetrieb bereits aufgenommen hat, nicht weiter zur Ausübung der Zulassung berechtigt, so hat die Regulierungsbehörde auf einen innerhalb von zehn Tagen gerechnet ab Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses einzubringenden Antrag des bisherigen Zulassungsinhabers diesem binnen 21 Tagen ab Einlangen des Antrages eine einstweilige Zulassung (einstweilige Bewilligung) zur Veranstaltung von Hörfunk für das von der bisherigen Zulassung festgelegte Versorgungsgebiet zu erteilen, wenn er die gesetzlichen Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 und der §§ 7 bis 9 für die neuerliche Erteilung der Zulassung offenkundig erfüllt und seine wirtschaftlichen Interessen die Interessen der Partei offenkundig überwiegen, die im Verfahren obsiegt hat, welches zur Aufhebung des Zulassungsbescheides geführt hat. Diese Partei hat auch Parteistellung im über die einstweilige Bewilligung durchzuführenden Verfahren; ihr ist innerhalb einer mit sieben Tagen zu bemessenden Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Auf die einstweilige Bewilligung sind die Bestimmungen der Abs. 1 und 2 sinngemäß anzuwenden. Die einstweilige Bewilligung erlischt mit der neuerlichen

Entscheidung über die aufgehobene Zulassung, spätestens aber nach sechs Monaten ab Erteilung der einstweiligen Bewilligung.

(8) In den Fällen des Abs. 7 ist die Veranstaltung von Hörfunk durch den bisherigen Zulassungsinhaber bis zum Ablauf des zehnten Tages ab Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses zulässig. Hat der bisherige Zulassungsinhaber fristgerecht einen Antrag auf einstweilige Bewilligung zur Veranstaltung von Hörfunk gestellt, so hat er das Recht, bis zum Ablauf des Tages der Zustellung der diesen Antrag betreffenden Entscheidung der Regulierungsbehörde Hörfunk in dem Umfang zu veranstalten, der der bisherigen Zulassung entspricht.

[Hervorhebung nicht im Original]

Unter Hinweis auf die unverhältnismäßigen Folgen für die wirtschaftliche Existenz des Hörfunkveranstalters, der gezwungen wäre, bereits während der ihm gesetzlich eingeräumten Frist zur Bekämpfung des Bescheides bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts seinen Sendebetrieb einzustellen, beruft sich die Beschwerdegegnerin daher auf die Vergleichbarkeit ihrer rechtlichen Ausgangssituation mit jener eines Hörfunkveranstalters gemäß § 3 Abs. 7 und 8 PrR-G, zumal ihrer Argumentation zufolge ein höchstgerichtliches Erkenntnis eine endgültige, innerstaatlich nicht mehr weiter bekämpfbare Entscheidung darstelle, wohingegen ein Wiederaufnahmebescheid noch einer Überprüfung durch die Höchstgerichte unterliege.

Diesem Vorbringen der Beschwerdegegnerin kann nicht gefolgt werden, da aus Sicht der KommAustria die Regelungen des § 3 Abs 7 und 8 PrR-G ausschließlich den Fall regeln, dass eine Zulassung durch den VwGH und den VfGH aufgehoben wurde, und eine „analoge“ Anwendung dieser Bestimmungen auf den gegenständlichen Fall nicht in Frage kommt.

In diesem Zusammenhang muss darauf verwiesen werden, dass die Rechtsfolgen einer Aufhebung einer Zulassung durch den VwGH oder den VfGH die zwingende Rechtsfolge nach sich zieht, dass die „Rechtssache“, die durch den aufgehobenen Bescheid erledigt wurde rechtlich in die Lage „zurücktritt“, in der sie sich vor Erlassung des Bescheides befunden hat (vgl. ua § 42 Abs. 3 VwGG). Demgegenüber kann im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens die die Wiederaufnahme verfügende Behörde gemäß § 70 Abs. 1 AVG bestimmen, inwieweit und in welcher Instanz das Verfahren wiederaufzunehmen ist.

Dies hat der BKS insoweit getan, als er begründet ausgeführt hat, aus welchen Gründen das Verfahren vor der KommAustria wiederaufzunehmen ist.

Des Weiteren übersieht die Beschwerdegegnerin auch, dass mit Ausnahme der ersten zehn Tage nach Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses in einem Verfahren nach § 3 Abs. 7 und 8 PrR-G Voraussetzung für eine Hörfunkveranstaltung nach diesen Bestimmungen eine „einstweilige“ Zulassung oder zumindest eine fristgerechte Antragstellung auf Veranstaltung von Hörfunk ist (vgl. § 3 Abs. 8 PrR-G). Wenn nun die Beschwerdegegnerin meint, dass es ihr nicht darauf ankäme, einen Antrag auf einstweilige Zulassung stellen zu können, sondern im Wesentlichen darum, dass aufgrund der Ähnlichkeit der Ausgangssituation der Sendebetrieb in ihrem Fall für den Zeitraum der Frist zur Einbringung einer Bescheidbeschwerde bzw. eines Antrags auf Zuerkennung der aufschiebende Wirkung aufrecht erhalten werden durfte, so verkennt sie, dass diese Auslegung zu einer „Bevorzugung“ des gegenständlichen Falles im Vergleich zu dem gesetzlichen geregelten Fall der Aufhebung einer Zulassung durch den VwGH und VfGH führen würde. Dies schon deswegen, weil sich die betroffene Partei nicht nur die Antragstellung nach § 3 Abs. 7 ersparen würde, sondern weil sie sich dadurch nicht einem Verfahren nach dieser Bestimmung stellen müsste, in welchem aber auch unter anderem eine Abwägung zwischen ihren wirtschaftlichen Interessen und den Interessen der vor dem VwGH oder VfGH obsiegenden Partei stattfinden müsste, wobei ihre wirtschaftlichen Interessen offenkundig überwiegen müssten. Verstärkend tritt noch hinzu, dass § 3 Abs. 7 für die Antragstellung nur

eine Frist von zehn Tagen einräumt, während die Frist zur Erhebung einer Beschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts sechs Wochen beträgt, sodass – folgt man der Meinung der Beschwerdeführerin – nicht nur kein Verfahren nach § 3 Abs. 7 und 8 PrR-G durchzuführen wäre, sondern auch noch der Zeitraum – je nach Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung bzw. der Antragstellung auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung – bei Weitem länger wäre als im gesetzlich geregelten Fall nach § 3 Abs. 7 und 8 PrR-G, ohne dass die „einstweilige“ Hörfunkveranstaltung einer Bewilligung durch die Regulierungsbehörde bedürfte.

Aufgrund dieser Überlegungen kann die KommAustria der Beschwerdeführerin nicht folgen, wenn sie vorbringt, dass sie „analog“ zu § 3 Abs. 7 und 8 PrR-G bis zum „Ablauf der Frist zur Einbringung“ der Bescheidbeschwerde sowie des Antrages auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung den Sendebetrieb zulässiger Weise habe aufrecht erhalten können.

Vielmehr geht die KommAustria davon aus, dass mit rechtskräftiger Verfügung der Wiederaufnahme mit Bescheid des BKS vom 26.01.2011, GZ 611.032/0002-BKS/2008, - also mit dessen Zustellung an die Beschwerdegegnerin am 31.01.2011 – bis zur Zustellung des Beschlusses des VwGH vom 14.02.2011, AW 2011/03/004-4, mit dem der erhobenen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, am 15.02.2011 die Beschwerdegegnerin über keine Rechtsgrundlage zur Veranstaltung von Hörfunk verfügt hat, weil nach Rechtsprechung des VwGH die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde lediglich ex nunc, also mit Zustellung (Erlassung) des betreffenden Beschlusses wirkt (vgl. ua. VwGH vom 30.09.1997, 95/01/0515) und nur Wirksamkeit für die Dauer des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens hat (vgl. VwGH vom 31.12.1991, AW 91/07/0050).

Da nun die Beschwerdegegnerin in der Zeit vom 31.01.2011 (Zustellung der Verfügung der Wiederaufnahme durch den BKS) bis zur Zustellung der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde am 15.02.2011 Hörfunk veranstaltet, ohne über eine entsprechende Rechtsgrundlage zu verfügen, hat sie in diesem Zeitraum § 3 Abs. 1 PrR-G verletzt, wonach einer Zulassung nach diesem Bundesgesetz bedarf, wer terrestrischen Hörfunk veranstaltet.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten.

Wien, am 27. Juli 2011

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

1. KRONEHIT Radio BetriebsgmbH., z.Hd. Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte OG, Mariahilfer Straße 20, 1070 Wien, per **RSb**
2. Privatrado Wörthersee GmbH & Co KG, z.Hd. Eisenberger & Herzog Rechtsanwälte GmbH, Hilmgasse 10, 8010 Graz, per **RSb**