

Bescheid

I. Spruch

1. Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) stellt im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über Hörfunkveranstalter gemäß § 25 Abs. 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF. BGBl. I Nr. 136/2001, fest, dass H [REDACTED], als Hörfunkveranstalter im Versorgungsgebiet „B [REDACTED]“
 - a) seit 1.4.2001 die Bestimmung des § 3 Abs. 4 PrR-G schwer wiegend verletzt, indem er durch Nutzungsüberlassungsvertrag vom 29.6.1998 (Nachtrag vom 17.3.1999) unter anderem „*die ihm erteilte Berechtigung auf Zulassung eines lokalen Hörfunkprogramms gemäß dem Regionalradiogesetz unwiderruflich der ‚R [REDACTED] Betriebs GmbH‘ [REDACTED] zur ausschließlichen Nutzung und Ausübung der im Zulassungsbescheid angeführten Tätigkeiten gemäß des Regionalradiogesetzes*“ „überläßt“, sodass er hinsichtlich der Zulassung nicht über wesentliche Eingriffsmöglichkeiten (wie redaktionelle Letztverantwortung für das Gesamtprogramm und grundsätzliche Entscheidungen über die Ausübung der Zulassung) verfügt, dadurch die Bestimmung des § 3 Abs. 4 PrR-G, wonach die Zulassung außer im Fall einer gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge nicht übertragbar ist, umgeht und diesen Zustand bis zum heutigen Tag aufrecht erhält;
 - b) vom 1.4.2001 bis zum 19.8.2003 die Bestimmung des § 3 Abs. 4 PrR-G schwer wiegend verletzt hat, indem er die Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „B [REDACTED]“ durch eine Betriebsgesellschaft (nämlich die R [REDACTED] Betriebs GmbH, [REDACTED]) durchführen ließ, ohne die Grundsatzentscheidungen betreffend diese Betriebsgesellschaft auf Grund gesellschaftsvertraglicher Regelungen erheblich beeinflussen zu können, und dadurch die Bestimmung des § 3 Abs. 4 PrR-G, wonach die Zulassung außer im Fall einer gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge nicht übertragbar ist, umgangen hat.

2. Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) trägt H [REDACTED], gemäß § 28 Abs. 4 Z 1 PrR-G auf, binnen einer Frist von acht Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides den rechtmäßigen Zustand herzustellen, indem er anstelle des Nutzungsüberlassungsvertrages vom 29.6.1998 (Nachtrag vom 17.3.1999) mit der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG eine Betriebsführungsvereinbarung schließt, die die Rechten und Pflichten des Zulassungsinhabers und der Betriebsgesellschaft festlegt und sicherstellt, dass
- a) H [REDACTED] sich die redaktionelle Letztverantwortung hinsichtlich des Gesamtprogramms vorbehält und
 - b) H [REDACTED] die Beauftragung der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG mit der Durchführung der Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „B [REDACTED]“ zu angemessenen Bedingungen beenden kann.
- Der KommAustria ist davon unverzüglich zu berichten.
3. Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) trägt H [REDACTED], gemäß § 28 Abs. 4 Z 1 PrR-G auf, jeden weiteren Abschluss und jede weitere Änderung einer Betriebsführungsvereinbarung mit einer Betriebsgesellschaft für seine Hörfunkzulassung sowie jeglicher gesellschaftsrechtlicher Vereinbarungen, wie insbesondere von Gesellschaftsverträgen, die ihm einen Einfluss auf diese Betriebsgesellschaft vermitteln, der KommAustria im Vorhinein anzuzeigen, um künftige Verletzungen des § 3 Abs. 4 PrR-G zu vermeiden.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben an H [REDACTED] vom 10.9.2003, zugestellt am 16.9.2003, leitete die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) ein Verfahren zur Feststellung einer schwer wiegenden Rechtsverletzung nach § 28 PrR-G sowie ein Verfahren zur Feststellung der Nichtausübung der Hörfunkzulassung für das Versorgungsgebiet „B [REDACTED]“ gemäß § 3 Abs. 3 Z 1 PrR-G ein.

Mit Schreiben vom 9.10.2003 gab H [REDACTED], eine Stellungnahme zum vorgehaltenen Sachverhalt und zu den rechtlichen Ausführungen des Einleitungsschreibens ab und beantragte, beide Verfahren bescheidmäßig einzustellen, in eventu bescheidmäßig die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes und Vorkehrungen zur Vermeidung künftiger Rechtsverletzungen aufzutragen.

Am 26.11.2003 fand vor der KommAustria eine öffentliche mündliche Verhandlung gemäß § 28 Abs. 3 PrR-G statt, zu der der informierte Rechtsvertreter von H [REDACTED] sowie als Zeugen Frau K [REDACTED] sowie Direktor A [REDACTED], jeweils Geschäftsführer der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG erschienen sind. Das Protokoll der öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde der Verfahrenspartei sowie den beigezogenen Zeugen gemäß § 14 Abs. 3 bzw. Abs. 7 AVG zugestellt und ist unbeeinträchtigt geblieben.

Mit Schreiben vom 1.12.2003, eingelangt am 3.12.2003, legte H [REDACTED] auftragsgemäß eine „Vereinbarung über die Zulieferung redaktioneller Beiträge“ vom 16.2.2000 vor.

Mit Schreiben vom 18.2.2004 informierte die KommAustria H [REDACTED] über die Einstellung des Verfahrens zur Feststellung der Nichtausübung der Hörfunkzulassung nach § 3 Abs. 3 Z 1 PrR-G.

2. Sachverhalt

Zulassung

Mit Bescheid der Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde [REDACTED], wurde Herrn H [REDACTED] eine Zulassung zur Veranstaltung eines lokalen Hörfunkprogramms für das Versorgungsgebiet „B [REDACTED]“ gemäß § 2b Abs. 5 in Verbindung mit §§ 17, 19 und 20 des Regionalradiogesetzes (RRG), BGBl. Nr. 506/1993, in der Fassung des Bundesgesetzes, BGBl. I Nr. 41/1997, für die Zeit vom 1.4.1998 bis 31.3.2005 erteilt.

Mit Bescheid der Privatrundfunkbehörde vom 19.7.1999, GZ 611.465/5-PRB/99, wurde dieser Zulassungsbescheid gemäß § 2c Abs. 4 des Regionalradiogesetzes, BGBl. Nr. 506/1993, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 2/1999, dahingehend abgeändert, dass H [REDACTED] gemäß § 17 des Regionalradiogesetzes zur Veranstaltung eines lokalen Hörfunkprogramms für die im Frequenznutzungsplan, BGBl. II Nr. 211/1999 ausgewiesene Sendelizenz „B [REDACTED]“ für die Zeit bis 31.3.2005 berechtigt sei.

Mit BGBl. I Nr. 160/1999 wurde die Dauer der Zulassung ex lege auf zehn Jahre und damit bis zum 31.5.2008 verlängert.

Nutzungsüberlassungsvertrag

Am 29.06.1998 schlossen H [REDACTED] und die damalige R [REDACTED] Betriebs GmbH einen „Nutzungsüberlassungsvertrag“ hinsichtlich der ihm erteilten Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms ab. Der Nutzungsüberlassungsvertrag hat folgenden Wortlaut:

„Nutzungsüberlassungsvertrag

vom
29. Juni 1998

abgeschlossen zwischen:

der im Firmenbuch [REDACTED] registrierten „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ mit dem Sitz in der politischen Gemeinde [REDACTED] einerseits, und Herrn H [REDACTED], andererseits, wie folgt:

1. Präambel

Herrn H [REDACTED] wurde mit Bescheid der Regionalradiobehörde [REDACTED], die Zulassung zur Veranstaltung eines lokalen Hörfunkprogramms für das Versorgungsgebiet B [REDACTED] gemäß § 2 b Abs. 5 in Verbindung mit §§ 17, 19 und 20 des Regionalradiogesetzes (RRG), BGBl. Nr. 506/1993, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 41/1997 für die Zeit vom 01.04.1998 bis 31.03.2005 erteilt.

Die „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ mit dem Sitz in der politischen Gemeinde [REDACTED] ist im Firmenbuch [REDACTED] registriert.

Gesellschafter sind:

- a) die „V [REDACTED]“ mit einem zur Gänze einbezahlten Geschäftsanteil von ATS 350.000,--, das entspricht in Ansehung des gesamten Stammkapitals 70%.
- b) Herr H [REDACTED] mit einem zur Gänze einbezahlten Geschäftsanteil von ATS 150.000,--, das entspricht in Ansehung des gesamten Stammkapitals 30 %.

Herr H [REDACTED] ist weiters kollektiv vertretungsberechtigter Geschäftsführer der „R [REDACTED] Betriebs GmbH“.

Gegenstand dieser Gesellschaft ist insbesondere der Betrieb einer Lokalradiostation für das Versorgungsgebiet des B [REDACTED] und sämtlicher damit zusammenhängender Tätigkeiten.

Sämtliche für den Betrieb der Lokalradiostation erforderlichen Geräte und Einrichtungen wurden bzw. werden von der „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ angeschafft, und stehen auch in deren Eigentum.

2.

Festgehalten wird, daß – wie oben erwähnt – die Zulassung zur Veranstaltung eines lokalen Hörfunkprogramms mittels obigen Bescheides Herrn H [REDACTED] erteilt wurde, jedoch laut übereinstimmender Parteienangabe diese Tätigkeiten ausschließlich von der „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ ausgeübt werden.

Herr H [REDACTED] **überläßt** sohin mit sofortiger Wirkung die ihm erteilte Berechtigung auf Zulassung zur Veranstaltung eines lokalen Hörfunkprogramms gemäß dem Regionalradiogesetz unwiderruflich der „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ zur ausschließlichen Nutzung und Ausübung der im Zulassungsbescheid angeführten Tätigkeiten gemäß des Regionalradiogesetzes, und nimmt die Letztgenannte dieses Recht hiermit an.

Die gegenständliche Überlassung der Zulassungsberechtigung erfolgt unwiderruflich auf die Dauer bis **zumindest 31.03.2005**.

3.

Für die Überlassung der Zulassungsberechtigung erhält Herr H [REDACTED] ein **Nutzungsentgelt** von monatl. ATS [REDACTED],-- zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer, beginnend mit dem Monat Juli 1998.

Dieses Nutzungsentgelt ist jeweils am 1. eines jeden Monats bei fünftägigem Respiro zur Zahlung an Herrn H [REDACTED] fällig.

Weiters ist dieses Nutzungsentgelt wertgesichert nach dem vom österreichischen statistischen Zentralamt allmonatlich verlautbarten Lebenshaltungskosten-Index der Verbraucherpreise 1996, bzw. im Falle dessen Außerkrafttretens nach dem an seine Stelle tretenden Index, in Bezugnahme auf den Monat Juli 1998 zu halten.

Die Berechnung der Wertänderungsbeträge hat zu Lasten der „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ jeweils nach Vorliegen der Indexziffer für Jänner des Folgejahres zu

erfolgen, und ist das sodann aufgrund dieser Berechnung sich ergebende neue Nutzungsentgelt rückwirkend ab 01.01. dieses Folgejahres zur Zahlung fällig.

Eine Nachzahlung der Wertänderungsbeträge für das abgelaufene Kalenderjahr hat nicht zu erfolgen.

4.

Wie oben erwähnt, wurde Herrn H [REDACTED] die Zulassung zur Veranstaltung eines lokalen Hörfunkprogramms gemäß § 17 Abs. 1 RRG auf die Dauer von sieben Jahren **bis zum 31.03.2005** erteilt.

Die gegenständliche Nutzungsüberlassung erfolgt sohin unwiderruflich bis mindestens zu diesem Zeitpunkt, und ist Herr H [REDACTED] nicht berechtigt, die Zulassung eigenem vorzeitig zurückzulegen, und verzichtet Herr H [REDACTED] ausdrücklich in Ansehung der gegenständlichen Nutzungsüberlassung auf eine Zurücklegung der Zulassung.

Sämtliche Vertragsparteien, insbesondere aber auch Herr H [REDACTED] – mit Wirkung für sich und die Rechtsnachfolger – verpflichtet sich, fristgerecht vor Ablauf der oben genannten Zeit bei der Regionalradiobehörde den **Antrag** zu stellen, dass die Zulassung zur Veranstaltung eines lokalen Hörfunkprogramms aufgrund des Regionalradiogesetzes der „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ **direkt** erteilt wird, und alle diesbezüglich notwendigen Maßnahmen zu unternehmen bzw. zu setzen.

In diesem Zusammenhang verpflichtet sich H [REDACTED] mit Wirkung für sich und seine Rechtsnachfolger bereits heute, eine zu diesem Zweck notwendige „Verzichts- bzw. Rückstandserklärung“ **zugunsten** der „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ abzugeben, und seine einschlägigen Kenntnisse und Erfahrungen im Medienbereich der genannten Gesellschaft zur Erlangung der Zulassung zur Verfügung zu stellen.

Weiters verpflichtet sich Herr H [REDACTED] bereits heute, fristgerecht alles zu unternehmen und die erforderlichen Anträge zu stellen, damit er **wiederum** die Zulassungsberechtigung erlangt, sollte die „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ die Zulassung nicht erlangen können.

In diesem Fall verpflichtet sich Herr [REDACTED] weiters, die Zulassungsberechtigung sodann der „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ wieder zur Nutzung zu überlassen und den entsprechenden Verlängerungsvertrag zu den gleichen vertragsgegenständlichen Konditionen zu unterfertigen.

Sollte aufgrund des Regionalradiogesetzes die Erlangung der Zulassungsberechtigung durch die „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ zu einem früheren Zeitpunkt möglich sein, verpflichten sich die Vertragsparteien schon heute – Herr [REDACTED] auch zur Abgabe einer allenfalls zu diesem Zweck notwendigen „Verzichts- bzw. Rückstandserklärung“ – alle diesbezüglich notwendigen Anträge zu stellen und notwendigen Maßnahmen zu setzen.

5.

Sollte Herr H [REDACTED] während der Zeit der Nutzungsüberlassung als Geschäftsführer oder Gesellschafter der „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ – aus welchem Grund auch immer – ausscheiden, bleibt die gegenständliche Nutzungsüberlassung jedoch weiterhin und im vollen Umfang aufrecht.

Gemäß dem Gesellschaftsvertrag der „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ unterliegen die Geschäftsführer und alle Gesellschafter einem strikten **Wettbewerbsverbot**.

Darüberhinaus wird ausdrücklich vereinbart, dass Herr H [REDACTED] während des aufrechten Bestandes der gegenständlichen Nutzungsüberlassung **seine Zulassung** zur Veranstaltung eines lokalen Hörfunkprogramms in keinerlei Weise einem anderen Unternehmen – wieder entgeltlich noch unentgeltlich – zur Nutzung überlassen bzw. zur Verfügung stellen darf.

Herr H [REDACTED] darf sich in dieser Zeit auch nicht – wieder unmittelbar noch mittelbar über Tochtergesellschaften, Treuhänder oder ähnliche rechtliche Konstruktionen – an einem Unternehmen beteiligen, das zur „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ oder einer Gesellschaft, an der eine Beteiligung im Sinne des § 228 HGB besteht, in einem Konkurrenzverhältnis tätig wird. Er darf auch nicht seine einschlägigen Kenntnisse und Erfahrungen, sowie auch nicht das durch seine Gesellschafter- bzw. Geschäftsführerstellung erworbene Wissen zum Schaden der Gesellschaft verwerten.

6.

Für den Fall, daß Herrn H [REDACTED] die Zulassung zur Veranstaltung eines lokalen Hörfunkprogramms aufgrund seines Verschuldens **entzogen** wird, bzw. Herr H [REDACTED] vertragswidrig die Zulassung aus einem zurücklegt oder sonst wie gegen diesen Vertrag verstößt, wird von den Vertragsparteien ein Pönale von ATS [REDACTED], welches nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegt, vereinbart.

Dieses Pönale ist längstens binnen 14 Tagen ab Verstoß zur Zahlung fällig.

Für den Fall des Zahlungsverzuges werden 10 % Verzugszinsen p.a. vereinbart.

7.

Herr H [REDACTED] verpflichtet sich, sämtliche Erfordernisse und Bestimmungen des Regionalradiogesetzes zu erfüllen bzw. einzuhalten und die ihm erteilte Zulassung entsprechend dem Regionalradiogesetz nach außen hin auszuüben.

Dieser Vertrag kann von Herrn H [REDACTED] – aus welchen Gründen auch immer – nicht vorzeitig aufgekündigt bzw. aufgelöst werden, mit Ausnahme des Falles der rechtskräftigen Beendigung eines Konkursverfahrens (nicht jedoch Ausgleichs- oder Zwangsausgleichsverfahrens) über das Vermögen der „R [REDACTED] Betriebs GmbH“, oder Ablehnung eines solchen mangels Masse.

Die „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ ist jedoch berechtigt, diesen Vertrag unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist jeweils zum Ende eines Kalendermonats zu kündigen.

Weiters ist die „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ berechtigt, diesen Vertrag sofort einseitig für aufgelöst zu erklären, wenn Herr H [REDACTED] gegen eine der Bestimmungen dieses Vertrages verstößt, bzw. wenn Herr H [REDACTED] die Zulassung der Regionalradiobehörde entzogen wird oder Herr [REDACTED] die Zulassung aus eigenem vertragswidrig zurücklegt, und weiters wenn über das Vermögen des Herrn H [REDACTED] ein Insolvenzverfahren eröffnet bzw. mangels Masse abgelehnt wird.

8.

Dieser Vertrag wird mit Unterfertigung rechtswirksam.“

Dieser Nutzungsüberlassungsvertrag wurde insbesondere zur finanziellen Absicherung der V [REDACTED] abgeschlossen.

Am 17.3.1999 wurde folgender Nachtrag zum Nutzungsüberlassungsvertrag vom 29.6.1998 geschlossen:

„Nachtrag

vom 17.03.1999 zum
Nutzungsüberlassungsvertrag vom 29.06.1998

abgeschlossen zwischen:

der im Firmenbuch [REDACTED] registrierten
Firma „R [REDACTED] Betriebs GmbH“, mit Sitz in der politischen Gemeinde
[REDACTED] und Herrn H [REDACTED]
[REDACTED], andererseits wie folgt:

1.

Festgehalten wird, daß Herr H [REDACTED] mit Bescheid der
Regionalradiobehörde [REDACTED] die Zulassung zur
Veranstaltung eines lokalen Hörfunkprogramms für das Versorgungsgebiet „B [REDACTED]“
gemäß § 2 b Abs. 5 iVm §§ 17, 19 und 20 des Regionalradiogesetzes (RRG), BGBl. Nr.
506/1993 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 41/1997 für die Zeit vom
01.04.1998 bis 31.03.2005 erteilt wurde.

Gemäß Nutzungsüberlassungsvertrag vom 29.06.1998 (angezeigt beim Finanzamt [REDACTED]
[REDACTED]), welcher
sämtlichen Vertragsparteien vollinhaltlich bekannt ist, hat Herr H [REDACTED] die ihm
erteilte obengenannte Berechtigung auf Zulassung zur Veranstaltung eines lokalen
Hörfunkprogramms unwiderruflich der „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ zur
ausschließlichen Nutzung und Ausübung der im Zulassungsbescheid angeführten
Tätigkeiten gemäß des Regionalradiogesetzes überlassen.

2.

Der Punkt „3.“ des Nutzungsüberlassungsvertrages vom 29.06.1998 wird vollinhaltlich
aufgehoben und neu gefasst, wie folgt:

Herr H [REDACTED] erhält für die Überlassung seiner Zulassungsberechtigung einen
einmaligen Abschlagsbetrag von ATS [REDACTED],-- (Schilling [REDACTED])
zuzüglich 20 % Umsatzsteuer.

Dieser Abschlagsbetrag von ATS [REDACTED],-- ist von der „R [REDACTED] Betriebs
GmbH“ längstens binnen 1 Woche ab Unterfertigung dieses Nachtrages an Herrn H [REDACTED]
[REDACTED] bar und abzugsfrei auf ein von diesem bekanntzugebendes Konto zu
überweisen.

Bis zum obengenannten Fälligkeitszeitpunkt werden keine Zinsen vereinbart, doch sind im
Falle des Zahlungsverzuges 10 % Verzugszinsen per anno zu bezahlen.

Auf die Vereinbarung einer Wertsicherung dieses Abschlagsbetrages wird von den
Vertragsparteien, insbesondere von Herrn [REDACTED] ausdrücklich verzichtet.

3.

Festgehalten wird, daß gemäß dem Gesellschaftsvertrag der „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ – welcher sämtlichen Vertragsparteien vollinhaltlich bekannt ist – die Geschäftsführer und alle Gesellschafter dieser Gesellschaft einem strikten Wettbewerbsverbot unterliegen.

Festgehalten wird weiters, daß Herr H [REDACTED] mit Gesellschafterbeschuß vom 17.03.1999 als kollektivvertretungsbefugter Geschäftsführer der „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ abberufen wurde.

In Abänderung des Punktes „5.“ des Nutzungsüberlassungsvertrages vom 29.06.1998 wird zwischen den Vertragsparteien ausdrücklich vereinbart, daß sich das Wettbewerbsverbot des Herrn [REDACTED] nach seinem Ausscheiden als Geschäftsführer der Gesellschaft nicht auf folgende Bereiche erstreckt:

- a) Film-, Video-, Fernseh- und Kabelproduktionen jeglicher Art sowie
- b) Bild- u. Redaktionsbeiträge für Printmedien.

Ausdrücklich festgehalten wird, daß das Wettbewerbsverbot des Herrn H [REDACTED] mit Ausnahme obiger Bereiche, ansonsten jedoch weiterhin gemäß dem Gesellschaftsvertrag der „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ und des Nutzungsüberlassungsvertrages vom 29.06.1998 im vollen Umfang weiterhin aufrecht bleibt, dies jedoch eingeschränkt nur für die politischen Bezirke [REDACTED].

4.

Gemäß Punkt „5.“ letzter Absatz des Nutzungsüberlassungsvertrages vom 29.06.1998 darf sich Herr H [REDACTED] weder unmittelbar noch mittelbar über Tochtergesellschaften, Treuhänder oder ähnliche rechtliche Konstruktionen an einem Unternehmen beteiligen, das zur „R [REDACTED] Betriebs GmbH“, oder einer Gesellschaft, an der eine Beteiligung im Sinne des § 228 HGB besteht, in einem Konkurrenzverhältnis tätig wird. Er darf auch nicht seine einschlägigen Kenntnisse und Erfahrungen, sowie auch nicht das durch seine Gesellschafter- bzw. Geschäftsführerstellung erworbene Wissen zum Schaden der Gesellschaft vertreten.

Diesbezüglich vereinbaren die Vertragsparteien, dass diese Bestimmung jedoch nur für Beteiligungen (im obigen Sinne) an solchen Unternehmen gilt, welche einen Hörfunksender betreiben.

5.

Klarstellend zum obgenannten Nutzungsüberlassungsvertrag vom 29.06.1998 insbesondere des Punktes „6.“, wird von den Vertragsparteien nochmals ausdrücklich festgehalten bzw. vereinbart, dass das Pönale für den Fall, dass Herr H [REDACTED] die Zulassung zur Veranstaltung eines lokalen Hörfunkprogramms aufgrund seines Verschuldens entzogen wird, bzw. Herr H [REDACTED] vertragswidrig die Zulassung aus Eigenem zurücklegt oder sonst wie gegen den Nutzungsüberlassungsvertrag vom 29.06.1998 bzw. gegen die heutige Vereinbarung verstößt, S [REDACTED],-- (Schilling [REDACTED]) beträgt.

Dieser Betrag von S [REDACTED],-- wird von den Vertragsparteien sohin nochmals ausdrücklich als Pönale, welches nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegt, vereinbart.

6.

Herr H [REDACTED] ist verpflichtet, aufgrund der ihm erteilten Berechtigung auf Zulassung zur Veranstaltung eines Lokalhörfunkprogramms bei der Wirtschaftskammer Umlagen zu bezahlen.

Die „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ erklärt somit, Herr H [REDACTED] hinsichtlich dieser Kammerumlagen schad- und klaglos zu halten und ihm die bezüglichen Aufwendungen ohne Verzug zu ersetzen.

Im Hinblick auf die Bereitschaft des Herrn H [REDACTED], nach Ablauf der Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms per 31.03.2005, sich um die weitere Zulassung zugunsten der „Radio - TV GRÜN WEISS Betriebs GmbH“ direkt oder aber über seine eigene Person zu bemühen, erklärt die „R [REDACTED] Betriebs GmbH“, Herrn H [REDACTED] sämtlichen ihm diesbezüglich anerlaufenen Aufwand (Fahrtspesen, Stempelmarken und Dgl.) zu ersetzen.

7.

Sämtliche übrigen Bestimmungen des Nutzungsüberlassungsvertrages vom 29.06.1998 bleiben vollinhaltlich aufrecht.

8.

Sämtliche mit der Errichtung und Vergebung dieses Nachtrages verbundenen Kosten und Gebühren bezahlt die „R [REDACTED] Betriebs GmbH“.

9.

Dieser Nachtrag wird in einer Urschrift errichtet, die nach Unterfertigung durch sämtliche Vertragsparteien die „R [REDACTED] Betriebs GmbH“ erhält.

Herr H [REDACTED] erhält über sein Verlangen Vertragsabschriften.

[REDACTED], am 17.03.1999“

Dieser Nachtrag wurde im Zusammenhang mit der Reduktion des Geschäftsanteils von H [REDACTED] an der R [REDACTED] Betriebs GmbH (von 30% auf 1%, siehe dazu den Abschnitt über die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse) abgeschlossen, die Abschlagszahlung erfolgte zur Abgeltung der Übertragung der 29%. Das Ausscheiden von H [REDACTED] aus der Geschäftsführung erfolgte, da er sich schwerpunktmäßig um den Betrieb des von ihm veranstalteten Kabelfernsehprogrammes kümmern wollte. In Summe wurden H [REDACTED] aus diesen Verträgen öS [REDACTED],-- ausbezahlt, die übrigen Ansprüche (insbesondere auf die Abschlagszahlung) dienen der Tilgung laufender Kredite bei der V [REDACTED], der Hauptgesellschafterin der R [REDACTED] Betriebs GmbH.

Gesellschaftsrechtliche Verhältnisse

Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Nutzungsüberlassungsvertrages (29.6.1998) war H [REDACTED] kollektiv vertretungsberechtigter Geschäftsführer der R [REDACTED] Betriebs GmbH ([REDACTED]) und zu 30 % an der Gesellschaft beteiligt.

Die V [REDACTED] war zu diesem Zeitpunkt zu 70 % an der R [REDACTED] Betriebs GmbH beteiligt.

Am Tag des Abschlusses des Nachtrages zum Nutzungsüberlassungsvertrag (17.3.1999) wurde H [REDACTED] als kollektivvertretungsberechtigter Geschäftsführer der R [REDACTED] Betriebs GmbH abberufen. In weitere Folge wurden die Beteiligungen an der R [REDACTED] Betriebs GmbH dahingehend geändert, dass H [REDACTED] mit 1 % und die V [REDACTED] zu 99 % an der R [REDACTED] Betriebs GmbH beteiligt waren. Dies wurde am 10.4.1999 im Firmenbuch eingetragen.

In der Folge reduzierte H [REDACTED] seinen Anteil an der R [REDACTED] Betriebs GmbH auf 0 %, und die V [REDACTED] wurde Alleingesellschafterin der R [REDACTED] Betriebs GmbH. Dies wurde am 27.9.2002 im Firmenbuch eingetragen.

Am 24.9.2002 schlossen H [REDACTED] und die V [REDACTED] einen Gesellschaftsvertrag über die Errichtung der R [REDACTED] Beteiligungs GmbH ([REDACTED]), an welcher die V [REDACTED] zu 99 % und H [REDACTED] zu 1 % beteiligt sind. Dies wurde ebenfalls am 27.9.2002 ins Firmenbuch eingetragen.

Geschäftsführer dieser R [REDACTED] Beteiligungs GmbH sind K [REDACTED], A [REDACTED] und F [REDACTED], wobei A [REDACTED] Vorstand und Geschäftsleiter und F [REDACTED] Prokurist der V [REDACTED] ist.

Diese Gesellschaft ist persönlich haftender Gesellschafter der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG ([REDACTED]), in welche die R [REDACTED] Betriebs GmbH ([REDACTED]) im Wege der Gesamtrechtsnachfolge umgewandelt wurde. Die R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG wurde am 4.12.2002 in Firmenbuch eingetragen. Einzige Kommanditistin der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG ist die V [REDACTED] mit einer Vermögenseinlage von € 36.336,42.

Laut Gesellschaftsvertrag der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG vom 27.2.2002 obliegt der Komplementärin (R [REDACTED] Beteiligungs GmbH) die Vertretung und Geschäftsführung. Die Befugnis zur Geschäftsführung erstreckt sich auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb der Gesellschaft mit sich bringt. Zur Vornahme darüber hinausgehender Handlungen ist ein Gesellschafterbeschluss einzuholen. Die Beschlüsse der Gesellschaft werden, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Beschlüsse betreffend die Erstellung des Programmkonzeptes, die Erstellung des Investitionskonzeptes, die Entscheidung über wesentliche Personalangelegenheiten, die Grundsätze der Tarifpolitik, Erwerb und Beteiligungen an anderen Unternehmen, die Änderung des Gesellschaftsvertrages sowie die Auflösung der Gesellschaft bedürfen der Einstimmigkeit.

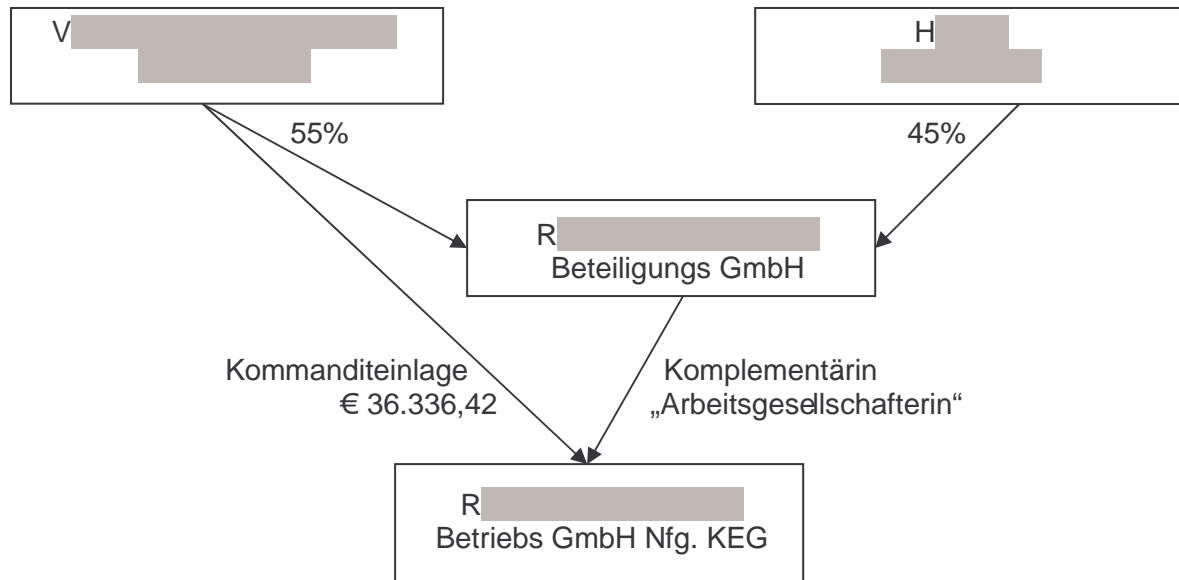
Im Zusammenhang mit den Verfahren vor der KommAustria zur Zuordnung der Übertragungskapazitäten Schoberpass 101,2 MHz, Öblarn 107,2 MHz, Mürzzuschlag 104,5 MHz und Kapfenberg 106,1 MHz (siehe dazu den Abschnitt „Behördliche Aktivitäten“) wurden die Beteiligungsverhältnisse im Sommer 2003 umgestaltet:

So erwarb H [REDACTED] am 1.7.2003 von der V [REDACTED] 44 % der Anteile an der R [REDACTED] Beteiligungs GmbH (der Komplementärin der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG), sodass er derzeit 45 % der Anteile an der R [REDACTED] Beteiligungs GmbH hält, während die V [REDACTED] immer noch die Mehrheit der Anteile, nämlich 55 %, hält.

Außerdem wurde am 20.8.2003 der Gesellschaftsvertrag der R [REDACTED] Beteiligungs GmbH (der Komplementärin der [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG) hinsichtlich der Willensbildung insofern geändert, als die Zustimmung von 3/4 der abgegebenen Stimmen in Angelegenheiten der Jahresplanung, der Investitionsplanung

sowie der Programmgestaltung, des Abschlusses von Dienstverträgen und des Eingehens von Dauerschuldverhältnissen sowie bei Investitionen jeweils ab einer Summe von € 30.000,- erforderlich ist.

Die Eigentumsverhältnisse stellen sich somit zum Entscheidungszeitpunkt folgendermaßen dar:



Aufgabenverteilung im Radiobetrieb

Im von der KommAustria zu beurteilenden Zeitraum (also ab In-Kraft-Treten des KommAustria-Gesetzes, BGBl. I Nr. 32/2001, und des Privatradiogesetzes am 1.4.2001) wurde und wird die Veranstaltung des Hörfunkprogrammes „R [Redacted]“ im Wesentlichen von der R [Redacted] Betriebs GmbH Nfg. KEG (bzw. ihrer Rechtsvorgängerin, der R [Redacted] Betriebs GmbH, auf die sich die folgenden Ausführungen in gleicher Weise beziehen) durchgeführt. Sie ist Mieterin der Studioräumlichkeiten, Eigentümerin der technischen Anlagen, Arbeitgeberin bzw. Vertragspartnerin der Radiomitarbeiter. Sie schließt Verträge bzw. Vereinbarungen über die Lieferung von Programmteilen und sie ist die Vertragspartnerin der Werbekunden. Vermarktung und Werbezeitenverkauf erfolgt durch Frau K [Redacted] in ihrer Eigenschaft als (mittelbare) Geschäftsführerin der R [Redacted] Betriebs GmbH Nfg. KEG, Investitionen werden durch die V [Redacted] als Hauptgesellschafterin der R [Redacted] Betriebs GmbH Nfg. KEG vorgenommen bzw. entschieden.

Ein faktischer, nachwirkender „Einfluss“ von H [Redacted] besteht insoweit noch, als Mitarbeiter, die noch von ihm eingestellt und eingeschult wurden, weiter bei der R [Redacted] Betriebs GmbH Nfg. KEG beschäftigt sind, außerdem werden das Musikformat und das Programmkonzept, die ursprünglich von H [Redacted] entwickelt wurden, weiterhin im Großen und Ganzen angewendet. Eine tatsächliche Einflussnahme von H [Redacted] in den laufenden Radiobetrieb oder die grundsätzlichen Entscheidungen konnte nicht festgestellt werden. Im Gegenteil, so gibt H [Redacted] selbst an, in finanzielle Belange des Radiobetriebs nicht involviert gewesen zu sein, außerdem zeigt er sich über grundlegende Fragen des Aufbaus des Radiobetriebs unorientiert: So konnte er bzw. sein informierter Rechtsvertreter in der öffentlichen

mündlichen Verhandlung keine Angaben dazu machen, wer Mieter der Studioräumlichkeiten sei, noch ob H [REDACTED] Einfluss in laufende Personalentscheidungen hätte.

Die Rolle H [REDACTED] im Betrieb des „R [REDACTED]“ beschränkte und beschränkt sich viel mehr darauf, in Zusammenarbeit mit der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG Synergien aus dem von ihm gestalteten Kabelfernsehprogramm mit dem Radioprogramm zu nutzen. So werden Beiträge, die H [REDACTED] für das Kabelfernsehprogramm gestaltet, für die Aussendung als Hörfunkbeiträge vorbereitet und der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG zugeliefert. Allein auf diese Tätigkeit als Programmlieferant stützt sich auch das mehrmalige Vorbringen hinsichtlich des Einflusses von H [REDACTED] auf das Programm und auf personelle Fragen. Letzteres bezieht sich nämlich offensichtlich auf jene Mitarbeiter, die H [REDACTED] im Fernsehbetrieb und damit auch für die Zulieferung von Beiträgen an die R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG beschäftigt.

Dazu wurde folgendes Schreiben vom 16.2.2000 der damaligen R [REDACTED] Betriebs GmbH vorgelegt, die eine Vereinbarung zwischen ihr und H [REDACTED] wiedergibt:

**„Vereinbarung über die
Zulieferung redaktioneller Beiträge**

Sehr geehrter Herr [REDACTED],

wir danken nochmals, dass Sie sich bereiterklärt haben, uns redaktionelle Beiträge zur Verfügung zu stellen.

Der guten Ordnung halber möchten wir Ihre Gespräche mit unserer Frau [REDACTED] jedoch auch schriftlich festhalten:

- Der Tarif für die von Ihnen produzierten, sendefertig und frei Haus gelieferten Hörfunk-Beiträge wurde mit einem Betrag von ATS [REDACTED] zzgl. 20 % Mehrwertsteuer/Beitrag festgelegt.
- Eine Anzahl dieser redaktionellen Beiträge wurde nicht festgelegt, die Abnahme wird wöchentlich im voraus zwischen Ihnen und uns vereinbart, wobei die einwandfreie Qualität der Beiträge (wie bisher) vorausgesetzt wird.

Abschließend möchten wir betonen, dass die Inhalte dieses Schreibens bis zum 28. Februar 2001 befristet sind, freuen uns auf eine gute Zusammenarbeit und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

R [REDACTED]
Betriebs GmbH
K [REDACTED] & K [REDACTED]“

Nach Angabe der Vertragsparteien wird seit Ablauf dieser Vereinbarung jährlich eine mündliche Vereinbarung (offenbar des gleichen oder eines ähnlichen Inhalts) zwischen Frau K [REDACTED] als Geschäftsführerin der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG und H [REDACTED] getroffen.

Das Vorbringen von H [REDACTED] in der Stellungnahme vom 9.10.2003, er trage „seit der Betriebsaufnahme und bis heute redaktionelle Verantwortung für die

Programmgestaltung von R [REDACTED]“ kann daher keinesfalls im Sinne einer Letztverantwortung für das Gesamtprogramm gedeutet werden, sondern bezieht sich offenbar auf die von ihm gestalteten und zugelieferten Beiträge.

An Redaktionssitzungen hat H [REDACTED] bis zum Sommer 2003 nur unregelmäßig teilgenommen. Seit der Umgestaltung der Gesellschaft ist er nunmehr zu einer wöchentlichen Redaktionssitzung eingeladen, die er (bzw. eine Vertretung) „als Gesellschafter, als Konsulent, als Lizenzinhaber und als Programmlieferant“ besucht. Zentraler Inhalt dieser Sitzung ist auch eine Abstimmung zwischen der Beitragsgestaltung des Fernsehbetriebs von H [REDACTED] und von „R [REDACTED]“, etwa hinsichtlich der Vermeidung der doppelten Beschickung von Pressekonferenzen. Inwieweit H [REDACTED] in diesen Redaktionssitzungen eine (Mit-)Entscheidungskompetenz zukommt, konnte nicht dargelegt werden.

Die redaktionelle Letztverantwortung für das Gesamtprogramm liegt somit bei der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG bzw ihren Organen, während H [REDACTED] einzelne Beiträge zuliefert.

Darüber hinaus übt H [REDACTED] entsprechend Punkt 7 des Nutzungsüberlassungsvertrages vom 29.6.1998 die Zulassung „nach außen hin aus“, etwa gegenüber der Regulierungsbehörde als Antragsteller in den Verfahren zur Zuordnung der Übertragungskapazitäten Schoberpass 101,2 MHz, Öblarn 107,2 MHz, Mürzzuschlag 104,5 MHz und Kapfenberg 106,1 MHz. Dabei bedient er sich desselben Rechtvertreters wie die R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG in den gleichen Verfahren, der in der Regel gleichlautende Stellungnahmen abgibt.

Dass die verfahrensgegenständliche Zulassung in materieller Hinsicht tatsächlich von der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG ausgeübt wird, ergibt sich nicht nur aus dem Nutzungsüberlassungsvertrag vom 29.6.1998, in dem es wörtlich heißt: „Festgehalten wird, dass (...) die Zulassung zur Veranstaltung eines lokalen Hörfunkprogramms (...) Herrn H [REDACTED] erteilt wurde, jedoch laut übereinstimmender Parteienangabe diese Tätigkeiten ausschließlich von der ‚R [REDACTED] Betriebs GmbH‘ ausgeübt werden“, und der dargestellten tatsächlichen Rollenverteilung im Radiobetrieb, sondern auch aus dem Vorbringen der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG.

So führt die R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG im Antrag auf Zuordnung der Übertragungskapazitäten Öblarn 107,2 MHz, Mürzzuschlag 104,5 MHz und Kapfenberg 106,1 MHz (KOA 1.470/03-35 bis 37), auf Seite 5 wörtlich aus:

„Formelle und materielle Beurteilung

Da für die Antragstellerin R [REDACTED] Betriebs-GmbH. Nfg KEG jedoch die Rechtsposition eines Hörfunkveranstalters in Bezug auf das Versorgungsgebiet des B [REDACTED] nicht gegeben ist, hat die Antragstellerin R [REDACTED] Betriebs-GmbH. Nfg KEG – wie erwähnt – die beantragten Übertragungskapazitäten formell als neues Versorgungsgebiet zu bezeichnen.

Aufgrund der unter II.A.3 genannten Organisation des Lokalradio [REDACTED] im Versorgungsgebiet des B [REDACTED] auf den Frequenzen [REDACTED]

[Anm: Dies sind die zu diesem Zeitpunkt H [REDACTED] zugeordneten Übertragungskapazitäten] durch die Antragstellerin R [REDACTED] Betriebs-GmbH. Nfg KEG stellt sich der gegenständliche Antrag materiell jedoch ohnedies als Erweiterung des bestehenden Sendegebietes ‚B [REDACTED]‘

dar.“

Dieses Vorbringen wird in den Berufungen gegen die (hinsichtlich der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG und H [REDACTED] abweislichen) Entscheidungen der

KommAustria in den Zuordnungsverfahren Mürzzuschlag 104,5 MHz und Kapfenberg 106,1 MHz wiederholt (KOA 1.460/04-02 und KOA 1.130/04-02).

Behördliche Aktivitäten

Auf Grund von Angaben der Radio M [REDACTED] GmbH (deren Gesellschafter unter anderem die damaligen Geschäftsführer und der Rechtsvertreter der R [REDACTED] Betriebs GmbH waren) im Verfahren zur Vergabe der Sendelizenz „Oberes Ennstal“ richtete die Privatrundfunkbehörde am 28.12.1999 unter der GZ 611.465/6-PRB/99 ein Schreiben an den Rechtsvertreter von H [REDACTED] mit dem Ersuchen um Mitteilung, *„welche konkrete Funktion bzw. welche Aufgaben der R [REDACTED] Betriebs Ges.m.b.H. bei der Hörfunkveranstaltung für die Sendelizenz des H [REDACTED], insbesondere hinsichtlich der Programmgestaltung zukommen. Ferner sollten nähere Angaben darüber gemacht werden, welche Aufgaben der Zulassungsinhaber dieser Sendelizenz Herr H [REDACTED] wahrnimmt und welcher Einfluss diesem auf die Tätigkeit der R [REDACTED] BetriebsgmbH zukommt.“*

Mit Schreiben vom 13.1.2000 nahm die R [REDACTED] Betriebs GmbH (!) dazu insoweit Stellung, als sie angab, die Programmhöhe liege weiter bei H [REDACTED], und die Konstruktion der Betriebsgesellschaft sei aus finanziellen Gründen gewählt worden. Mit Schreiben vom 21.4.2000, GZ 611.465/0-PRB/00, ersuchte die Privatrundfunkbehörde H [REDACTED] und die R [REDACTED] Betriebs GmbH auszuführen, *„auf welche (rechtlichen) Vereinbarungen die Einflussnahme des Zulassungsinhaber H [REDACTED] auf die Tätigkeit der R [REDACTED] Betriebs GmbH gestützt wird, wenn sein Anteil am Stammkapital nur mehr 1 % beträgt.“*

Am 19.5.2000 übermittelte die R [REDACTED] Betriebs GmbH Kopien der Nutzungsüberlassungsverträge vom 29.6.1998 und 17.3.1999 *„zur Dokumentation des massgeblichen Einflusses des H [REDACTED] als Lizenzinhaber“.*

In Ihrer Sitzung vom 8.6.2000 (Protokoll GZ 611.000/17-PRB/00) diskutierte die Privatradiobehörde die vorgelegten Unterlagen. In der selben Sitzung erfolgte eine mündliche Verhandlung betreffend die Bildung einer Veranstaltergemeinschaft für die Sendelizenz „Oberes Ennstal“. Im Anschluss an diese Verhandlung wurden den Vertretern der Radio M [REDACTED] GmbH (die zugleich Geschäftsführer und Rechtsvertreter der R [REDACTED] Betriebs GmbH waren) die Bedenken der Behörde hinsichtlich des Nutzungsüberlassungsvertrages zur Kenntnis gebracht. Die Behörde informierte die anwesenden Vertreter von „[REDACTED]“, dass der Sachverhalt eingehend geprüft werden würde. Die Vorsitzende der Privatrundfunkbehörde wies auf die Problematik des vorgelegten Vertrags hin.

In dieser Angelegenheit erfolgte - offenbar mangels gesetzlicher Grundlagen bzw. der nachfolgenden Auflösung der Behörde - keine weitere Aktivität der Privatrundfunkbehörde, insbesondere keine Einleitung eines wie immer gearteten Verfahrens sowie keinerlei Billigung der gewählten Konstruktion.

In den Zulassungsverfahren vor der KommAustria betreffend die Versorgungsgebiete „Bruck an der Mur/Mur-, Mürztal“ und „Oberes Ennstal“ in den Jahren 2001 und 2002 stellte jeweils die R [REDACTED] Betriebs GmbH einen Antrag auf Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk und legte dabei Ihre Eigentumsverhältnisse offen, gab an dass sie das Lokalradio [REDACTED] im Versorgungsgebiet „B [REDACTED]“ organisiere und dass [REDACTED] H [REDACTED] mit ihr Vereinbarungen getroffen habe, um *„ihre Haftungen für den Radiobetrieb auf ein Mindestmaß zu beschränken zu können und um sicherzustellen, daß ihr als Zulassungsinhaber ein maßgeblicher Einfluß zukommt.“* Diese Vereinbarungen wurden der Behörde jedoch nicht vorgelegt.

Dieser Sachverhalt lag den verfahrensabschließenden Bescheiden (KommAustria vom 18.6.2001, KOA 1.460/01-12; BKS vom 30.11.2001, GZ 611.111/001-BKS/2001;

KommAustria vom 13.2.2002, KOA 1.525/02-8; BKS vom 6.11.2002, GZ 611.113/001-BKS/2002) zu Grunde, in denen jedoch die Frage einer Rechtsverletzung oder Übertragung der Zulassung nicht behandelt wurde.

Am 14.10.2002 langte bei der KommAustria ein Antrag der R [REDACTED] Betriebs GmbH auf Zuordnung von vier Übertragungskapazitäten zu einem bestehenden Versorgungsgebiet zur Lückenfüllung und zum „Ausbau des Ennstales und der Mürzfurche“ ein. Die KommAustria richtete daraufhin eine Aufforderung an die R [REDACTED] Betriebs GmbH, sich „dahingehend zu erklären, ob es bei dem Antrag vom 14.10.2002 um einen Antrag der R [REDACTED] Betriebs GmbH auf Schaffung eines neuen Versorgungsgebietes handelt, oder ob dieser Antrag im Namen eines Zulassungsinhabers gestellt wurde, und auf die Verbesserung der Versorgung in einem bestehenden Versorgungsgebiet bzw. auf die Erweiterung eines bestehenden Versorgungsgebietes abzielt“ (KOA 1.193/02-13 vom 17.10.2002). Daraufhin langte am 24.10.2002 ein entsprechender Antrag von H [REDACTED] „im Medienverbund mit der R [REDACTED] Beteiligungs GmbH [!]“ ein (KOA 1.470/02-1 bis 4). Nach Durchführung des in § 12 PrR-G vorgesehenen Verfahrens wurden die Übertragungskapazitäten Schoberpass 101,2 MHz, Öblarn 107,2 MHz, Mürzzuschlag 104,5 MHz und Kapfenberg 106,1 MHz am 21.3.2003 gemäß § 13 PrR-G ausgeschrieben (KOA 1.470/03-23 bis 26).

Auf Grund dieser Ausschreibung bewarben sich sowohl H [REDACTED] für die Zuordnung der Übertragungskapazitäten zum bestehenden Versorgungsgebiet (KOA 1.470/03-31 bis 34), als auch (in drei Fällen) die R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG für die Neuzulassung zur Veranstaltung von Hörfunk (KOA 1.470/03-35 bis 37), wobei beide Parteien von der [REDACTED] Rechtsanwalts OEG vertreten wurden.

Auf Grund dieser Anträge forderte die Behörde die R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG gemäß § 5 Abs 4 PrR-G auf, „sämtliche Rechtsbeziehungen zwischen dem Zulassungsinhaber H [REDACTED] und der R [REDACTED] Betriebs-GmbH Nfg. KEG im Zusammenhang mit der Organisation und der Durchführung des Radiobetriebs offenzulegen“, um eine Beurteilung der Anträge im Hinblick auf § 5 Abs. 3 und § 9 Abs. 1 PrR-G zu ermöglichen.

Diese Aufforderung veranlasste H [REDACTED] und die R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG, die Veränderungen in der Eigentümerstruktur vom 1.7.2002 (Aufstockung des Anteils von H [REDACTED] an der R [REDACTED] Beteiligungs GmbH, der Komplementärin der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG von 1% auf 45%) durchzuführen.

Die R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG legte daraufhin am 3.7.2003 (KOA 1.470/03-71 bis 73) den Abtretungsvertrag vom 1.7.2002 sowie nach weiterer Aufforderung mit Schreiben vom 9.7.2003 (KOA 1.470/03-78 bis 80) sämtliche Gesellschaftsverträge sowie den Nutzungsüberlassungsvertrag vom 29.6.1998 samt Nachtrag vom 17.3.1999 vor.

In den mündlichen Verhandlungen betreffend die Zuordnung der Übertragungskapazitäten Schoberpass 101,2 MHz, Öblarn 107,2 MHz, Mürzzuschlag 104,5 MHz und Kapfenberg 106,1 MHz am 18.7.2003 (KOA 1.470/03-83 bis 86) wurde vom Verhandlungsleiter festgestellt, dass noch zu beurteilen sein werde, ob die Zulassung des H [REDACTED] bereits gemäß § 17 Abs. 3 Z 1 Regionalradiogesetz (RRG), BGBl. Nr. 506/1993 idF BGBl. I Nr. 2/1999, erloschen sei, oder aber nach § 3 Abs. 3 Z 1 PrR-G ihr Erlöschen festzustellen sei oder ein Verfahren zum Widerruf der Zulassung nach § 28 PrR-G auf Grund der Verletzung des § 3 Abs. 4 PrR-G einzuleiten sei.

Dies veranlasste H [REDACTED] und R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG dazu, mit einem gemeinsamen Schriftsatz vom 30.7.2003 zu beantragen, „dass die Kommunikationsbehörde Austria nach Einleitung eines amtswegigen Rechtsverletzungsverfahrens durch die Privatrundfunkbehörde mit Schreiben vom 28.12.1999, GZ 611.465/-PrP99 ab dem 1.4.2001 keine Rechtsverletzung darin erblickt hat

und erblickt, dass der Lizenzinhaber H [REDACTED] zu 1 % und die V [REDACTED] [REDACTED] zu 99 % an der R [REDACTED] BetriebsgesmbH beteiligt war und mit der R [REDACTED] BetriebsgesmbH, die der Privatrundfunkbehörde seit Mai 2000 vorliegenden Nutzungsüberlassungsverträge vom 29.6.1998 und 17.3.1999 abgeschlossen hat.“ Diese Anträge wurden am 10.9.2003 mit KOA 1.1470/03-110 gegenüber H [REDACTED] [REDACTED] und mit KOA 1.470/03-105 gegenüber der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG mangels gesetzlicher Grundlage und mangels Feststellungsinteresse zurückgewiesen. Die Entscheidung betreffend die R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG erwuchs mangels Berufung in Rechtskraft, die Berufung von H [REDACTED] wurde mit Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 16.12.2003, GZ 611.116/001-BKS/2003, abgewiesen.

In den erstinstanzlichen Zuordnungsbescheiden betreffend die Übertragungskapazitäten Schoberpass 101,2 MHz (KOA 1.470/03-128 vom 21.11.2003), Öblarn 107,2 MHz (KOA 1.525/03-04 vom 21.11.2003), Müzzuschlag 104,5 MHz (KOA 1.460/03-02 vom 22.12.2003) und Kapfenberg 106,1 MHz (KOA 1.130/03-08 vom 22.12.2003) wurde die Vorfrage, ob die Zulassung des H [REDACTED] bereits gemäß § 17 Abs. 3 Z 1 Regionalradiogesetz (RRG), BGBl. Nr. 506/1993 idF BGBl. I Nr. 2/1999, erloschen sei, jeweils verneint und für die Klärung der Rechtsfragen hinsichtlich § 3 Abs. 3 Z 1 und § 3 Abs. 4 PrR-G auf die bereits eingeleiteten gesonderten Verfahren verwiesen.

3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich hinsichtlich der Zulassung sowie der behördlichen Aktivitäten aus den zitierten Akten der Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde, der Privatrundfunkbehörde und der KommAustria.

Die Eigentumsverhältnisse ergeben sich aus dem offenen Firmenbuch und wurden von H [REDACTED] bestätigt. Der Inhalt der Gesellschaftsverträge, des Nutzungsüberlassungsvertrages samt Nachtrag und der Vereinbarung über die Zulieferung redaktioneller Beiträge ergibt sich aus den von H [REDACTED] und der R [REDACTED] Betriebs GmbH vorgelegten Urkunden (KOA 1.470/03-73, 80, 109, 130).

Die Feststellungen zur Aufgabenverteilung im Radiobetrieb sowie zu den Gründen für Abschluss und Änderung der Gesellschaftsverträge bzw. des Nutzungsüberlassungsvertrages sowie über die Verwendung der Zahlungen aus dem Nutzungsüberlassungsvertrag, ergeben sich aus den Aussagen von H [REDACTED] bzw. seines informierten Vertreters, sowie der Geschäftsführer der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG, Dir. A [REDACTED] und K [REDACTED], in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 26.11.2003 im gegenständlichen Verfahren bzw. der mündlichen Verhandlung im Verfahren zur Zuordnung der Übertragungskapazität „Kapfenberg 106,1 MHz“ vom 18.7.2003 (KOA 1.470/03-86).

4. Rechtliche Beurteilung

Gesetzliche Bestimmungen

Nach § 2 Z 1 Privatradiogesetz (PrR-G) ist Hörfunkveranstalter, wer (mit Ausnahme des Österreichischen Rundfunks) Hörfunkprogramme unter seiner redaktionellen Verantwortlichkeit schafft oder zusammenstellt sowie verbreitet oder durch Dritte verbreiten

lässt. Hörfunkveranstalter im Sinne des PrR-G bedürfen nach § 1 Abs. 2 PrR-G einer Zulassung.

Nach § 3 Abs. 4 PrR-G ist eine solche Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk außer im Fall einer gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge nicht übertragbar.

Gemäß § 28 Abs. 1 PrR-G hat die Regulierungsbehörde bei wiederholten oder schwerwiegenden Rechtsverletzungen durch den Hörfunkveranstalter oder wenn der Hörfunkveranstalter die in den §§ 7 bis 9 genannten Voraussetzungen nicht mehr erfüllt oder der Anzeigepflicht gemäß § 7 Abs. 6 erster Satz nicht nachgekommen ist, von Amts wegen das Verfahren zum Entzug der Zulassung einzuleiten. Die Regulierungsbehörde hat nach § 28 Abs. 3 PrR-G eine öffentliche mündliche Verhandlung abzuhalten.

Liegt eine solche Rechtsverletzung vor, so hat die Regulierungsbehörde im Regelfall nach § 28 Abs. 4 Z 1 PrR-G dem Hörfunkveranstalter mit Bescheid aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand herzustellen und geeignete Vorkehrungen zu treffen, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden; der Hörfunkveranstalter hat diesem Bescheid binnen der von der Regulierungsbehörde festgesetzten, längstens achtwöchigen Frist zu entsprechen und darüber der Regulierungsbehörde zu berichten.

Zur Nichtübertragbarkeit der Zulassung

Das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) enthält keine besonderen Vorschriften über die Nachfolge in die Parteistellung. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass bei „persönlichen“ Verwaltungssachen eine Rechtsnachfolge im allgemeinen nicht in Betracht kommt; in Fällen, in denen die zu erlassenden Bescheide „dingliche Wirkung“ haben, aber eine Rechtsnachfolge in die Parteistellung eintritt. Bei Bescheiden mit dinglicher Wirkung handelt es sich um solche, die zwar an Personen ergehen, ihrer Rechtsnatur nach – ungeachtet der persönlichen Eigenschaften des Bescheidadressaten – nur auf Eigenschaften der Sache abstellen (VwGH 30.10.1991, 91/09/0047).

Eine Hörfunkzulassung (hier ein Zulassungsbescheid nach dem Regionalradiogesetz) stellt keinen derartigen dinglichen Bescheid dar. Dies ergibt sich zum einen aus dem Fehlen einer Sache, auf die sie sich beziehen könnte, zum anderen etwa daraus, dass im Zuge des Zulassungsverfahrens fachliche, finanzielle und organisatorische Voraussetzungen (somit persönliche Eigenschaften) des Antragstellers zu prüfen sind.

Aus diesen Gründen kommt eine Rechtsnachfolge in die Hörfunkzulassung höchstens im Wege einer Gesamtrechtsnachfolge in Betracht. Nicht anderes sagt § 3 Abs. 4 PrR-G aus. Die Beschränkung auf gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge dient dabei nur der Klarstellung, da im Falle des Todes oder sonstigen Erlöschens der Rechtspersönlichkeit des Zulassungsinhabers (außer im Falle der gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge) die Zulassung ohnehin nach § 3 Abs. 3 Z 4 PrR-G erlischt.

Nachdem also die Übertragung einer Hörfunkzulassung im Wege einer Einzelrechtsnachfolge schon aus allgemeinen Überlegungen rechtlich unmöglich ist, kann die Bestimmung des § 3 Abs. 4 PrR-G nur dahingehend verstanden werden, dass gesetzlich ausdrücklich betont wird, dass der bescheidberechtigte Zulassungsinhaber tatsächlich selbst die erteilte Zulassung auszuüben hat und dies nicht anderen überlassen darf. Unzulässig sind daher nach § 3 Abs. 4 PrR-G jedenfalls Konstruktionen, die eine Umgehung der Unmöglichkeit der Zulassungsübertragung darstellen, in dem sie in tatsächlicher Hinsicht Verhältnisse schaffen, die der Übertragung (etwa dem Verkauf oder der Verpachtung) einer Zulassung gleich kommen. Insbesondere erscheint daher die Auslagerung sämtlicher Funktionen des Hörfunkbetriebs – so auch der Programmgestaltung – auf eine Betriebsgesellschaft problematisch (*Kogler/Kramler/Trainer*, Österreichische Rundfunkgesetze [2002] 248).

Dass die bescheidmäßig erteilte Berechtigung nicht im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragbar ist, ist im Übrigen keine Besonderheit des Privatradiorechts, sondern stellt (wie dargestellt) den Regelfall für nicht-dingliche Bescheide dar. Die von H. [REDACTED] als Beispiel ins Treffen gezogene Übertragbarkeit einer Konzession nach dem früheren Telekommunikationsgesetz (TKG), BGBl I Nr. 100/1997, beruht demgegenüber auf einer gesetzlichen Sonderbestimmung, nach der die Übertragung nach § 16 Abs. 1 TKG zudem einer Zustimmung der Regulierungsbehörde bedurfte. Entsprechendes gilt nach jetziger Rechtslage für die Überlassung von Nutzungsrechten an Frequenzen nach § 56 Abs. 1 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl. I Nr. 70/2003.

Dass das Regionalradiogesetz zum Zeitpunkt des Abschlusses des Nutzungsüberlassungsvertrag vom 29.6.1998 (Nachtrag vom 17.3.1999) keine dem § 3 Abs. 4 PrR-G vergleichbare Bestimmung enthielt, kann an der Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes nichts ändern. Die Erläuterungen zur RRG-Novelle BGBl. I Nr. 2/1999 (RV 1521 BlgNR XX.GP 13) begründen die Einfügung bzw. Neuformulierung von § 17 Abs. 3 Z 4 und Abs. 4 RRG (nunmehr § 3 Abs. 3 Z 4 und Abs. 4 PrR-G) damit, dass eine gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge ermöglicht werden soll, ohne dass dabei ein Erlöschen der Zulassung wegen dem Erlöschen der Rechtspersönlichkeit des Zulassungsinhabers (etwa im Zuge einer Umwandlung) eintritt. Klarer Regelungszweck war damit die Ermöglichung von gesellschaftsrechtlichen Umwandlungen, während das damit implizit ausgesprochene Verbot sonstiger Übertragungen im Vergleich zur vorangehenden Rechtslage nur der Klarstellung diene.

Zur Schwere einer Verletzung von § 3 Abs. 4 PrR-G

Eine Umgehung der Nicht-Übertragbarkeit der Zulassung stellt somit eine Verletzung des § 3 Abs. 4 PrR-G dar. Eine solche Verletzung ist schwer wiegend, da durch eine de-facto-Übertragung der Zulassung der der Rechtsaufsicht Unterworfenen (nämlich der de-jure-Zulassungsinhaber) keinen tatsächlichen Einfluss auf die Hörfunkveranstaltung mehr ausüben kann und damit die Rechtsaufsicht über den Hörfunkveranstalter durch die Regulierungsbehörde ins Leere gehen würde. Die Entgegnung, die Regulierungsbehörde könne auch nach einer Zulassungsübertragung weiterhin durch Verwaltungsstrafen und sonstige Aufsichtsmaßnahmen gegen den Zulassungsinhaber vorgehen, übersieht, dass die Rechtsaufsicht keinen Selbstzweck darstellt, sondern die Rechtmäßigkeit der Rundfunkveranstaltung sichern soll. Dies ist bei einem Auseinanderfallen des Aufsichtsunterworfenen und des tatsächlich Rundfunk Veranstaltenden jedoch nicht mehr möglich. Außerdem können durch eine solche Konstruktion auch die Regelungen über die Zusammensetzung des Hörfunkveranstalters (nunmehr §§ 7 bis 9 PrR-G, früher §§ 8 bis 10 RRG) umgangen werden (*Kogler/Kramler/Traimer, Österreichische Rundfunkgesetze [2002] 248*).

Wenn H. [REDACTED] in seiner Stellungnahme vorbringt, eine Umgehung von § 3 Abs. 4 PrR-G sei keine schwer wiegende Rechtsverletzung, weil sie als solche im Gesetz bezeichnet sein müsste, ist dem entgegenzuhalten, dass das Privatradiogesetz an keiner Stelle die Verletzungen einzelner Bestimmungen explizit als schwer wiegend qualifiziert. Die Ansicht, lediglich die in § 27 PrR-G normierten Verwaltungsstrafbestände und die in § 28 Abs. 1 PrR-G ausdrücklich genannten Tatbestände seien schwer wiegende Rechtsverletzungen (wobei zu bemerken ist, dass die in § 28 Abs. 1 PrR-G genannten Tatbestände nach dem Gesetzeswortlaut neben jene der schwer wiegenden und wiederholten Rechtsverletzung treten), findet keinerlei Deckung im Gesetzeswortlaut oder den Gesetzesmaterialien. Ob eine Rechtsverletzung als schwer wiegend im Sinne des § 28 Abs. 1 PrR-G zu qualifizieren ist, ist daher vielmehr im Einzelfall interpretativ zu erschließen. Bei einer de-facto-Übertragung einer Zulassung liegt ein solcher Fall jedenfalls vor, weil sie

der Regulierungsbehörde die Verfolgung anderer schwer wiegender Rechtsverletzungen (etwa im Programm) unmöglich macht.

Die Verletzung der Bestimmung des § 3 Abs. 4 PrR-G erfolgt nicht nur durch die de-facto-Übertragung an sich, sondern dauert so lange an, als die dadurch geschaffenen rechtswidrigen Verhältnisse bestehen, da auch so lange die gesetzlich unerwünschten Folgen (Nichtausübung der Zulassung durch Zulassungsinhaber, Leerlaufen der Rechtsaufsicht, mögliche rechtswidrige Zusammensetzung des Rundfunkveranstalters) bestehen. Der Hinweis auf die (angebliche) Rechtmäßigkeit der Vertragsgestaltung zum Zeitpunkt der Schaffung der (jetzt jedenfalls verpönten) Verhältnisse vermag daran nichts zu ändern. Die Rechtsverletzung besteht somit auch in der Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes.

Nicht notwendig ist es hingegen, dass die Rechtsverletzung (also der unzulässige Zustand) auch noch zum Zeitpunkt der bescheidmäßigen Feststellung dieser schwer wiegenden Rechtsverletzung nach § 28 andauert. Dies ergibt sich aus systematischen Erwägungen: Wenn sogar die Feststellung einer (nur einfachen) Rechtsverletzung nach § 25 PrR-G (wie sich eindeutig aus dessen Abs. 3 ergibt) sowohl bei noch andauernder als auch vergangener (abgeschlossener) Rechtsverletzung möglich ist, so muss dies umso eher für wiederholte bzw. schwer wiegende Rechtsverletzungen, die in einem Verfahren nach § 28 PrR-G festgestellt werden, gelten. Dass im Verfahren nach § 28 PrR-G nur Zustände beurteilt werden können, die zu einem bestimmten Zeitpunkt (H. [REDACTED] nennt in seiner Stellungnahme scheinbar wahllos den Schluss der Verhandlung, einen nicht näher eingegrenzten „Verfahrenszeit(punkt)“, den Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung und die Relevanz des „aktuellen“ Zustandes) noch andauern, ist schon deshalb auszuschließen, da eine schwer wiegende Rechtsverletzung auch durch relativ kurz andauernde Handlungen, etwa die Ausstrahlung einer Hörfunksendung gesetzt werden können. Zu verlangen, dass die Rechtsverletzung (etwa zum Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung) noch bestehe, wäre in diesem Zusammenhang nicht sachgerecht.

Spruchpraxis zu § 3 Abs. 4 PrR-G und Betriebsgesellschaften

Die KommAustria und der Bundeskommunikationssenat (BKS) hatten bisher in zwei Fällen Gelegenheit, die Durchführung des Radiobetriebs durch eine vom Zulassungsinhaber verschiedene juristische Person („Betriebsgesellschaft“) unter dem Blickwinkel des § 3 Abs. 4 PrR-G zu beleuchten.

Die KommAustria hat dabei in beiden Fällen (KOA 1.374/02-9 und KOA 1.371/02-20, jeweils vom 5.7.2002) festgehalten, dass davon auszugehen ist, dass im Sinn der Bestimmung des § 3 Abs. 4 PrR-G die Auslagerung sämtlicher Funktionen – so auch der Programmgestaltung - des Zulassungsinhabers an eine Betriebsgesellschaft als problematisch anzusehen ist. Die Auslagerung vereinzelter Aufgaben, wie insbesondere der Werbeakquisition erscheint im Sinn des § 3 Abs. 4 PrR-G hingegen nicht bedenklich (*Kogler/Kramler/Traimer, Österreichische Rundfunkgesetze [2002] 248*).

In diesen Fällen war davon auszugehen, dass die Aufgaben der Betriebsgesellschaft den Werbezeitenverkauf, die Bereitstellung von Mitarbeitern, die Bereitstellung von technischer Infrastruktur, ein einem Fall auch die Bereitstellung der Studioeinrichtung sowie der Musikfiles und des Musikcomputers umfassten, jedoch die Verantwortung hinsichtlich der Programmgestaltung weiterhin dem Zulassungsinhaber vorbehalten blieb. Dies beschränkte sich nicht auf eine rein formale Verantwortung des Zulassungsinhabers, was im Hinblick auf die Bestimmung des § 3 Abs. 4 PrR-G nicht als ausreichend anzusehen gewesen wäre, sondern umfasste durch faktische Eingriffsmöglichkeiten auch faktische Verantwortlichkeiten hinsichtlich des gesendeten Programms.

Der Zulassungsinhaber bzw. dessen Organe waren jeweils auch Programmverantwortliche für die Gestaltung von Lokalfenstern und Studiostunden, wobei sich diese Funktion nicht nur darauf beschränkte, Verantwortung für das ausgestrahlte Programm in formaler Hinsicht zu übernehmen. Dass sie bei dieser Tätigkeit von redaktionellen Mitarbeitern unterstützt wurden, die Angestellte der Betriebsgesellschaft waren, konnte nicht zu einem anderen Ergebnis führen, da es für die Beurteilung, wer für die Programmgestaltung verantwortlich ist, letztlich unerheblich ist, in welchem Anstellungsverhältnis die Personen stehen, derer sich die verantwortliche Person bedient, solange sich die Verantwortung hinsichtlich der Programmgestaltung nicht nur auf eine formale Verantwortung beschränkt. Weiters trafen der Zulassungsinhaber bzw. dessen Organe die Entscheidungen hinsichtlich der Übernahme von Mantelprogrammen außerhalb dieser eigengestalteten Sendungen.

Da somit die Funktion der Programmgestaltung nicht auf die Betriebsgesellschaft ausgelagert wurde, sondern lediglich die Aufgaben des Werbezeitenverkaufs, der Bereitstellung von Mitarbeitern, der Bereitstellung des Studios, der Bereitstellung der Musikfiles bzw. des Musikcomputers und der Bereitstellung von technischer Infrastruktur seitens der Betriebsgesellschaft im Auftrag des Zulassungsinhabers wahrgenommen wurden, konnte nicht davon ausgegangen werden, dass die Zulassung an die Betriebsgesellschaft entgegen § 3 Abs. 4 PrR-G übertragen wurde.

In beiden Fällen wurde eine Verletzung des § 3 Abs. 4 PrR-G verneint. Beide Entscheidungen wurden in dieser Hinsicht vom Bundeskommunikationssenat im Ergebnis bestätigt.

In der Begründung der Berufungsentscheidungen wurde jedoch ausgeführt, dass neben der von der KommAustria geprüften Programmverantwortung nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates für die Beurteilung der Frage der Übertragung im Sinne des § 3 Abs. 4 PrR-G die „Konstruktion“ der Betriebsgesellschaft hinsichtlich des Einflusses des Zulassungsinhabers ausdrücklich „von besonderer Relevanz“ sei:

So ist in einem Fall dem Zulassungsinhaber in seiner Funktion als 37%iger Gesellschafter die Möglichkeit zugekommen, die Entscheidungen betreffend die BetriebsgmbH erheblich zu beeinflussen, da nach dem Gesellschaftsvertrag in Angelegenheiten der Jahresplanung, der Investitionsplanung, des Abschlusses von Dienstverträgen und des Eingehens von Dauerschuldverhältnissen sowie bei Investitionen jeweils ab einer Summe von 30.000 € sowie auch für den Abschluss, die Abänderungen und sonstige rechtsgeschäftliche Erklärungen betreffend den Kooperationsvertrag mit dem Zulassungsinhaber vorab die Zustimmung von 3/4 der abgegebenen Stimmen erforderlich war. Dies erschien dem Bundeskommunikationssenat gerade noch [!] ausreichend, um davon ausgehen zu können, dass Grundsatzentscheidungen hinsichtlich der Betriebsgesellschaft nicht ohne den Zulassungsinhaber getroffen werden können (BKS 13.12.2002, GZ 611.076/001-BKS/2002). In der anderen Fallkonstellation hatte die Zulassungsinhaberin nicht nur die Funktion der Geschäftsführerin der Betriebsgesellschaft ausgeübt, sondern auch an dieser Gesellschaft Geschäftsanteile im Ausmaß von 51% gehalten, sodass ihr auf die Tätigkeit und die Entscheidungen der Betriebsgesellschaft ein bestimmender Einfluss zukam (BKS 13.12.2002, GZ 611.074/001-BKS/2002).

In beiden Entscheidungen hat der Bundeskommunikationssenat ausdrücklich ausgesprochen, dass die Frage unter Umständen anders zu beurteilen sein könnte, wenn dem Zulassungsinhaber aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelungen über die Beschlussfassungserfordernisse keine vergleichbaren Befugnisse bzw. kein derartiger Einfluss auf die Betriebsgesellschaft zukämen.

Zusammenfassend ist also davon auszugehen, dass für die Zulässigkeit der Betrauung einer Betriebsgesellschaft mit umfangreichen Teilbereichen der Hörfunkveranstaltung zweierlei Merkmale kumulativ vorliegen müssen:

- die Ausübung der programmlichen Letztverantwortung durch den Zulassungsinhaber (bzw. im Falle einer juristischen Person dessen Organe), wobei sich diese nicht auf eine formale Verantwortungsübernahme beschränken darf, sowie
- ein Einfluss des Zulassungsinhabers auf die Betriebsgesellschaft auf Grund seiner mehrheitlichen Beteiligung an der Gesellschaft oder auf Grund besonderer gesellschaftsvertraglicher Regelungen, die nicht hinter den dem Bescheid des BKS vom 13.12.2002, GZ 611.076/001-BKS/2002, zu Grunde liegenden zurückbleiben dürfen.

Zur Nutzungsüberlassung (Spruchpunkt 1a)

Aus dem festgestellten Sachverhalt, insbesondere den vorgelegten Vereinbarungen, ergibt sich, dass der Radiobetrieb vollständig durch die R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG abgewickelt wird.

Die Letztverantwortung für das Gesamtprogramm liegt (zumindest in tatsächlicher Hinsicht) nicht bei H [REDACTED]. Seine Mitarbeit im Radiobetrieb beschränkt sich auf die Zulieferung von Beiträgen, die durch Synergien aus seinem Fernsehbetrieb gewonnen werden.

Dies ergibt sich eindeutig insbesondere aus dem Nutzungsüberlassungsvertrag vom 29.6.1998, in dem es wörtlich heißt: *„Festgehalten wird, dass (...) die Zulassung zur Veranstaltung eines lokalen Hörfunkprogramms (...) Herrn H [REDACTED] erteilt wurde, jedoch laut übereinstimmender Parteienangabe diese Tätigkeiten ausschließlich von der ‚R [REDACTED] Betriebs GmbH‘ ausgeübt werden.“* Und weiter: *„Herr H [REDACTED] verpflichtet sich, sämtliche Erfordernisse und Bestimmungen des Regionalradiogesetzes zu erfüllen bzw. einzuhalten und die ihm erteilte Zulassung entsprechend dem Regionalradiogesetz nach außen hin auszuüben.“*

Vertragsgemäß soll H [REDACTED] als Zulassungsinhaber also nur nach außen hin auftreten, eine behauptete redaktionelle Letztverantwortung stellt sich damit offenbar nur als rein formale Verantwortung des Zulassungsinhabers dar, was im Hinblick auf die Bestimmung des § 3 Abs. 4 PrR-G als nicht zulässig erachtet werden kann.

H [REDACTED] mangelt es jedoch nicht nur an der redaktionellen Letztverantwortung für das Gesamtprogramm, er hat mit dem Nutzungsüberlassungsvertrag vom 29.6.1998 (Nachtrag vom 17.3.1999) auch sämtliche strategische Entscheidungen über die Zulassung selbst aus der Hand gegeben: So darf keine andere Gesellschaft mit der „Organisation“ seines Hörfunkprogramms beauftragt werden, eine Kündigung der Nutzungsüberlassung durch H [REDACTED] ist praktisch ausgeschlossen, selbst eine Zurücklegung der Zulassung durch H [REDACTED] soll ihm durch eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe von (nunmehr) über [REDACTED] Euro offenbar unmöglich gemacht werden.

Auch die Vereinbarung einer geldwerten Gegenleistung sowie alle anderen flankierenden Vertragsbestimmungen deuten darauf hin, dass mit diesem „Nutzungsüberlassungsvertrag“ die Dispositionsmöglichkeiten des Zulassungsinhabers H [REDACTED] zu Gunsten von möglichst umfassenden Dispositionsfreiheiten der R [REDACTED] Betriebs GmbH eingeschränkt werden sollten. Die KommAustria gewann daher durchaus den Eindruck, dass hier eine Übertragung der Zulassung durch „Verkauf“ bzw. „Verpachtung“, soweit dies den Parteien eben möglich schien, beabsichtigt war.

Zu Dokumentation eines dennoch vorhandenen Einflusses von H [REDACTED] auf die Tätigkeit der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG wurde (erst nach mehrmaliger Aufforderung) die „Vereinbarung über die Zulieferung redaktioneller Beiträge“ vom 16.2.2000 vorgelegt, und darauf verwiesen, dass es bisher keinen Grund zur Beanstandung der gelieferten Beiträge gegeben habe.

Diese Vereinbarung ist keineswegs geeignet, eine redaktionelle Letztverantwortung von H [REDACTED] für das Gesamtprogramm von R [REDACTED] zu dokumentieren. Im

Gegenteil, es wird hier die Zulieferung einzelner Beiträge von H [REDACTED] an die R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG gegen Entgelt vereinbart. Die Ausstrahlung dieser Beiträge und damit die Verantwortung über die Zusammenstellung des Programms obliegt offenbar weiterhin der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG.

Durch die Übertragung der redaktionellen Letztverantwortung für das Gesamtprogramm, und damit der Aufgabe der Schaffung bzw. Zusammenstellung des Hörfunkprogrammes im Sinne des § 2 Z 1 PrR-G, sowie der grundsätzlichen Entscheidungen über die Zulassung (wie die Frage der Beauftragung einer Betriebsgesellschaft oder die Zurücklegung der Zulassung) vom Zulassungsinhaber an die R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG, wird die Anordnung des § 3 Abs. 4 PrR-G dauerhaft umgangen. Es war daher die (noch andauernde) Verletzung des § 3 Abs. 4 PrR-G in Spruchpunkt 1a festzustellen.

Zur Konstruktion der Betriebsgesellschaft (Spruchpunkt 1b)

An der Betriebsgesellschaft, deren Konstruktion der Bundeskommunikationssenat in seiner Entscheidung vom 13.12.2002, GZ 611.076/001-BKS/2002, als im Hinblick auf § 3 Abs. 4 PrR-G für noch zulässig erachtet hatte, war der Zulassungsinhaber nur zu 37% unmittelbar beteiligt.

Dem Zulassungsinhaber war jedoch die Möglichkeit zugekommen, die Entscheidungen betreffend die Betriebsgesellschaft erheblich zu beeinflussen, da nach dem Gesellschaftsvertrag in Angelegenheiten der Jahresplanung, der Investitionsplanung, des Abschlusses von Dienstverträgen und des Eingehens von Dauerschuldverhältnissen sowie bei Investitionen jeweils ab einer Summe von 30.000 € sowie auch für den Abschluss, die Abänderungen und sonstige rechtsgeschäftliche Erklärungen betreffend den Kooperationsvertrag mit dem Zulassungsinhaber vorab die Zustimmung von 3/4 der abgegebenen Stimmen erforderlich war. Somit konnten Grundsatzentscheidungen hinsichtlich der Betriebsgesellschaft nicht ohne den Zulassungsinhaber getroffen werden.

Offensichtlich war dies bei H [REDACTED] und der R [REDACTED] Betriebs GmbH (Nfg. KEG) jedenfalls im Zeitraum vom 1.4.2001 bis zum 19.8.2003 nicht der Fall:

H [REDACTED] war bis zum 27.9.2002 nur zu 1% an der R [REDACTED] Betriebs GmbH beteiligt, während die V [REDACTED] 99% der Anteile hielt. Am 4.12.2002 trat die R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG die Gesamtrechtsnachfolge der R [REDACTED] Betriebs GmbH an. An ihr war H [REDACTED] zu keiner Zeit unmittelbar beteiligt: Einzige Kommanditistin ist die V [REDACTED], an der einzigen Komplementärin, der R [REDACTED] Beteiligungs GmbH, war H [REDACTED] bis zum 30.6.2003 wiederum nur zu 1% beteiligt, seit 1.7.2003 hält H [REDACTED] 45% der Anteile, die übrigen 55% stehen wiederum im Eigentum der V [REDACTED].

Bis zum 19.8.2003 bestanden jedoch keinerlei Vereinbarungen, die es H [REDACTED] trotz der sich stets auf eine (zeitweise sogar nur indirekte) Minderheit beschränkende Beteiligung ermöglicht hätten, zumindest die Grundsatzentscheidungen der R [REDACTED] Betriebs GmbH (Nfg. KEG) erheblich zu beeinflussen. Insbesondere vermittelten H [REDACTED] weder der Nutzungsüberlassungsvertrag vom 29.6.1998 (Nachtrag vom 17.3.1999) noch die „Vereinbarung über die Zulieferung redaktioneller Beiträge“ vom 16.2.2000 bzw. Nachfolgevereinbarungen irgendeinen Einfluss auf die R [REDACTED] Betriebs GmbH (Nfg. KEG). Im Gegenteil, sie zielten ganz offenbar darauf ab, H [REDACTED] - soweit gesetzlich möglich - von Entscheidungen im Radiobetrieb fernzuhalten und seine Rolle auf die eines Programmlieferanten zu reduzieren.

Somit war die schwer wiegende Rechtsverletzung für die Zeit vom 1.4.2001 bis zum 19.8.2003 im Spruchpunkt 1b festzustellen.

Erst mit der Änderung des Gesellschaftsvertrages der R [REDACTED] Beteiligungs GmbH vom 20.8.2003 besteht eine rechtliche Situation, die der vom BKS als zulässig erachteten nahe kommt:

Nunmehr ist für die Willensbildung in der R [REDACTED] Beteiligungs GmbH nach Ihrem Gesellschaftsvertrages die Zustimmung von 3/4 der abgegebenen Stimmen (und damit auch von der von H [REDACTED]) in Angelegenheiten der Jahresplanung, der Investitionsplanung sowie der Programmgestaltung, des Abschlusses von Dienstverträgen und des Eingehens von Dauerschuldverhältnissen sowie bei Investitionen jeweils ab einer Summe von € 30.000,- erforderlich. Da der hauptsächliche Unternehmensgegenstand der R [REDACTED] Beteiligungs GmbH nach 2.1. ihres Gesellschaftsvertrages die „Beteiligung als persönlich haftende Gesellschafterin an einer Gesellschaft, deren Gegenstand der Betrieb einer Lokalradiostation ... ist,“ ist und sie daher insbesondere keine eigene Programmgestaltung vornimmt und außerdem im Zweifel davon auszugehen ist, dass die Parteien einen rechtskonformen Zustand herstellen wollten, muss dies dahingehend interpretiert werden, dass das erhöhte Stimmquorum für die Festlegung des Verhaltens der R [REDACTED] Beteiligungs GmbH als Gesellschafterin der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG in deren Angelegenheiten der Jahresplanung, der Investitionsplanung sowie der Programmgestaltung, etc. erforderlich ist.

Da weiters für die Willensbildung in der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG nach ihrem Gesellschaftsvertrag unter anderem für Beschlüsse betreffend die Erstellung des Programmkonzeptes, die Erstellung des Investitionskonzeptes, die Entscheidung über wesentliche Personalangelegenheiten und die Grundsätze der Tarifpolitik Einstimmigkeit erforderlich ist, für andere Beschlüsse eine einfache Stimmenmehrheit und damit (auf Grund der dafür erforderlichen Mehrheit der Zahl der Gesellschafter, § 4 Erwerbsgesellschaftengesetz, BGBl. Nr. 257/1990 idgF., in Verbindung mit § 161 Abs. 2, § 119 Abs. 2 Handelsgesetzbuch, dRGBI. S 219/1897 idgF.) ebenfalls die Zustimmung sowohl der Kommanditistin als auch der Komplementärin erforderlich ist, kann davon ausgegangen werden, dass die Grundsatzentscheidungen für den Radiobetrieb nicht ohne die R [REDACTED] Beteiligungs GmbH und damit in letzter Konsequenz auch nicht ohne den Zulassungsinhaber H [REDACTED] getroffen werden können.

Eine wie im Sachverhalt zu BKS vom 13.12.2002, GZ 611.076/001-BKS/2002, vorgesehene entsprechende gesellschaftsrechtliche Bindung auch für „den Abschluss, die Abänderungen und sonstige rechtsgeschäftliche Erklärungen betreffend den Kooperationsvertrag mit dem Zulassungsinhaber“ erscheint entbehrlich, da solche Verträge ohne den Konsens mit H [REDACTED] als Vertragspartner ohnehin nicht geschlossen werden können.

In der bestehenden gesellschaftsrechtlichen Situation wird unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundeskommunikationssenats daher keine Verletzung des § 3 Abs. 4 PrR-G erblickt, sofern H [REDACTED] in der Ausübung seines Einflusses auf die R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG nicht durch das Bestehen des Nutzungsüberlassungsvertrag vom 29.6.1998 (Nachtrag vom 17.3.1999) behindert ist.

Zum Sanierungsauftrag (Spruchpunkte 2 und 3)

Liegt eine Rechtsverletzung im Sinne des § 28 Abs. 1 PrR-G vor, so hat die Regulierungsbehörde nach § 28 Abs. 4 Z 1 PrR-G außer in den Fällen des § 28 Abs. 4 Z 2 PrR-G (die hier nicht vorliegen), dem Hörfunkveranstalter mit Bescheid aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand herzustellen und geeignete Vorkehrungen zu treffen, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden; der Hörfunkveranstalter hat diesem Bescheid binnen der

von der Regulierungsbehörde festgesetzten, längstens achtwöchigen Frist zu entsprechen und darüber der Regulierungsbehörde zu berichten.

Zunächst ist also H [REDACTED] aufzutragen, die in Spruchpunkt 1a festgestellte, noch andauernde Rechtsverletzung zu beenden und den rechtmäßigen Zustand herzustellen. Die Rechtsverletzung wird im Kern durch die Beschränkungen des Nutzungsüberlassungsvertrages vom 29.6.1998 (Nachtrag vom 17.3.1999) vermittelt.

Der rechtmäßige Zustand ist daher dadurch herzustellen, dass diese Vereinbarung aufgelöst und durch eine Betriebsführungsvereinbarung mit der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG ersetzt wird, in der die Rechte und Pflichten des Zulassungsinhabers und der Betriebsgesellschaft festgelegt sind.

Dabei muss insbesondere sichergestellt sein, dass H [REDACTED] sich die redaktionelle Letztverantwortung für das Gesamtprogramm und die grundsätzlichen Entscheidungen über die Zulassung auch tatsächlich vorbehält. Insbesondere müsste die R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG verpflichtet werden, jede Anordnung der Regulierungsbehörde, die an H [REDACTED] hinsichtlich seiner Hörfunkzulassung ergeht, umzusetzen.

Um auch die grundsätzlichen Entscheidungen über die Zulassung selbst dem Zulassungsinhaber zumindest prinzipiell zu erhalten, ist in dieser Vereinbarung die Möglichkeit einer Beendigung der Zusammenarbeit seitens des Zulassungsinhabers vorzusehen, womit dem Zulassungsinhaber in weiterer Folge auch der Verzicht auf die ihm erteilte Zulassung möglich ist. Eine nähere Determinierung der Angemessenheit der dafür vorzusehenden Bedingungen kann in diesem Bescheid nicht erfolgen. Hierbei werden insbesondere jene Überlegungen einfließen können, die bereits zum Abschluss des Nutzungsüberlassungsvertrags vom 29.6.1998 und seines Nachtrags vom 17.3.1999 geführt haben, wie die Absicherung von Investitionen oder Gegenleistungen wie die Erlassung von Kreditschulden.

Die weiteren möglichen Inhalte des Betriebsführungsvertrages unterliegen weitgehend der Disposition der Vertragsparteien. So könnte etwa vorgesehen werden, dass die Aufgaben der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG die technische Abwicklung des Sendebetriebs, die Vermarktung und der Werbezeitenverkauf, die Bereitstellung von Mitarbeitern, die Bereitstellung von technischer Infrastruktur, die Bereitstellung der Studioeinrichtung sowie der Musikfiles und des Musikcomputers, aber etwa auch die Vertretung des Zulassungsinhabers gegenüber der Regulierungsbehörde umfassen.

Um für die dafür notwendigen Verhandlungen und Formalakte den zeitlichen Spielraum nicht ungebührlich einzuengen, wurde für die Erfüllung dieses Auftrages die gesetzliche Höchstfrist von acht Wochen ausgeschöpft, zumal sich keine zwingende Notwendigkeit für eine frühere Entsprechung erkennen lässt.

Mit dem vorliegendem Auftrag wird H [REDACTED] dazu verpflichtet, vertragliche Vereinbarungen aufzulösen bzw. einzugehen. Die KommAustria verkennt nicht, dass dies nur durch eine entsprechende Kooperation der Vertragspartner, also der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG bzw. der V [REDACTED], möglich sein wird, die beide nicht Adressaten dieses Bescheides sind. Gerade dieser Umstand zeigt jedoch, dass H [REDACTED] offenbar seine Zulassung bereits so weit aus der Hand gegeben hat, dass er diesbezüglich erforderliche Aufträge der Regulierungsbehörde nicht mehr alleine erfüllen kann. Aus diesem Grund erscheint auch die mögliche Rechtsfolge des § 28 Abs. 4 Z 2 PrR-G bei Nichterfüllung des Auftrages gerechtfertigt.

Im Übrigen hat H [REDACTED] in seiner Stellungnahme vom 9.10.2003 (im Eventualantrag) selbst angeboten, dass ihm aufgetragen werde, den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen, etwa durch Veränderung der Gesellschaftsverhältnisse in der R [REDACTED] Beteiligungs GmbH. Es ist daher davon auszugehen, dass eine gewisse Kooperationsbereitschaft der V [REDACTED], insbesondere im

Hinblick auf ihr offenkundiges wirtschaftliches Interesse am Weiterbestand der Zulassung, vorhanden ist.

Es war daher zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes der Auftrag nach Spruchpunkt 2 zu erteilen.

Die KommAustria hält in diesem Zusammenhang ausdrücklich fest, dass durch die aufgetragenen Maßnahmen eine Situation geschaffen werden kann, in der der V [REDACTED] weiterhin ein Einfluss auf die Hörfunkveranstaltung eingeräumt wird, die zumindest der einer über 25%igen Beteiligung am Hörfunkveranstalter selbst gleich kommt, ohne dass dies einer entsprechenden Überprüfung (etwa hinsichtlich § 9 PrR-G) unterliegen würde. Dies erscheint im gegebenen Zusammenhang jedoch insofern als zulässig, als einerseits die gewählte Konstruktion ganz offensichtlich nicht zur Umgehung des Bestimmungen der §§ 7 bis 9 PrR-G gewählt wurde, andererseits durch die Involvierung eines finanzstarken Investors und der Betrauung einer Betriebsgesellschaft mit der Abwicklung des Radiobetriebs auch die von H [REDACTED] im Zulassungsverfahren nach § 19 Abs. 2 RRG glaubhaft gemachten finanziellen und organisatorischen Voraussetzungen für die regelmäßige Veranstaltung und Verbreitung des Programms weiterhin abgesichert werden können, während die Erfüllung der fachlichen Voraussetzungen durch den mit redaktioneller Letztverantwortung ausgestatteten Zulassungsinhaber gewährleistet wird.

Zur Vermeidung einer künftigen Verletzung des § 3 Abs. 4 PrR-G wird H [REDACTED] als Vorkehrung aufgetragen, (analog der Bestimmung in § 7 Abs. 6 PrR-G für wesentliche Eigentumsänderungen bei einem Hörfunkveranstalter) jeden Abschluss und jede Änderung der relevanten Vereinbarungen und Verträge zunächst der KommAustria anzuzeigen. Die KommAustria wird bei Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit dieser Verträge mit § 3 Abs. 4 PrR-G den Zulassungsinhaber davon unterrichten.

Dieser Auftrag gilt nur für weitere Abschlüsse und Änderungen, nicht aber für den Abschluss der Vereinbarung nach Spruchpunkt 2, da die wesentlichen Inhalte dieser Betriebsführungsvereinbarung bereits durch diesen Bescheid (auch im Rahmen der Begründung) vorgezeichnet wurden, und eine nochmalige vorangehende Anzeige (auch im Hinblick auf die achtwöchige Frist) damit entbehrlich erscheint.

Es war daher zur Vermeidung künftiger Rechtsverletzungen der Auftrag nach Spruchpunkt 3 zu erteilen.

Zur Frage des Vertrauensschutzes

H [REDACTED] bringt unter anderem in seiner Stellungnahme vom 9.10.2003 vor, dass der Privatrundfunkbehörde bzw. der KommAustria seit dem 28.12.1999 bekannt gewesen wäre, in welcher Weise H [REDACTED] und die R [REDACTED] Betriebs GmbH (Nfg. KEG) verflochten seien und welcher Einfluss ihm auf diese Gesellschaft zukäme. Dieser Zustand sei in den Zulassungsbescheiden betreffend „Bruck an der Mur/Mur-, Mürztal“ und „Oberes Ennstal“ „toleriert“ worden. Es stelle sich die Frage des Vertrauensverhältnisses zwischen der Behörde und der Partei bzw. dem Grundsatz von Treu und Glauben. Aus dem AVG ergebe sich weiters, dass bei der Abänderung von Bescheiden unter möglicher Schonung erworbener Rechte vorzugehen sei, und bei der erforderlichen Verhältnismäßigkeitsabwägung die Schutzwürdigkeit individuellen Vertrauens einen maßgeblichen Abwägungspunkt gegenüber den zu wahren öffentlichen Interessen darstelle.

Dieses Vorbringen zielt offenbar darauf ab, dass die Behörde auf Grund ihrer angeblich langjährigen Kenntnis des relevanten Sachverhaltes nicht mehr oder nur mehr eingeschränkt ihre Rechtsaufsicht wahrnehmen und den rechtswidrigen Zustand aufgreifen kann.

Dem kann nicht gefolgt werden.

Zunächst ist festzuhalten, dass weder die Privatrundfunkbehörde, noch die KommAustria jemals gegenüber H [REDACTED] oder der R [REDACTED] Betriebs GmbH (Nfg. KEG) die gewählte Konstruktion einer Betriebsgesellschaft oder der Nutzungsüberlassung gutgeheißen oder als rechtlich unbedenklich oder zumindest vertretbar qualifiziert haben. Dies weder informell, noch bescheidmäßig. Im Gegenteil, die Privatrundfunkbehörde hat den Vertretern der R [REDACTED] Betriebs GmbH am 8.6.2000 im Anschluss an eine mündliche Verhandlung ihre Bedenken hinsichtlich des Nutzungsüberlassungsvertrages zur Kenntnis gebracht, wobei die Vorsitzende ausdrücklich auf die Problematik des Vertrages hingewiesen hat.

Der Privatrundfunkbehörde stand nach der damaligen Rechtslage kein Verfahren zur Verfügung, das diese Frage abschließend beantworten hätte können, die KommAustria konnte die Tätigkeit der Privatrundfunkbehörde in dieser Angelegenheit daher auch nicht weiterführen (vgl. dazu die Übergangsbestimmungen in § 32 PrR-G und die Bescheide der KommAustria vom 10.9.2003, KOA 1.1470/03-110 und KOA 1.1470/03-105, sowie des BKS vom 16.12.2003, GZ 611.116/001-BKS/2003).

Die KommAustria sah sich durch die Vorgänge im Rahmen der Anträge auf Zuordnung der Übertragungskapazitäten Schoberpass 101,2 MHz, Öblarn 107,2 MHz, Müzzzuschlag 104,5 MHz und Kapfenberg 106,1 MHz (ursprüngliche Antragstellung zunächst nicht durch den Zulassungsinhaber, sondern die R [REDACTED] Betriebs GmbH, sowie nachfolgende Doppelvertretung sowohl von H [REDACTED] als auch der R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG durch den gleichen Anwalt bei einander entgegenstehenden Anträgen und gegenseitigem Verweis auf Synergien) veranlasst, nähere Erhebungen zum Verhältnis von H [REDACTED] zur R [REDACTED] Betriebs GmbH Nfg. KEG durchzuführen. Erst auf entsprechende Nachfrage wurden der KommAustria im Sommer 2003 erstmals der Nutzungsüberlassungsvertrag vom 29.6.1998 (Nachtrag vom 17.3.1999), der das zentrale Element der festgestellten Rechtsverletzungen bildet, vorgelegt. Die KommAustria hat daraufhin ebenfalls im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 18.7.2003 ihre Bedenken hinsichtlich dieses Vertrages zum Ausdruck gebracht und die Einleitung des gegenständlichen Verfahrens angekündigt.

In diesem Verfahren äußert sich eine Behörde erstmals zur Rechtmäßigkeit der gewählten Konstruktion im Hinblick auf das Privatrundfunkrecht.

Doch selbst, wenn man davon ausginge, dass eine Behörde durch „Tolerierung“ bzw. nicht nähere Untersuchung des Sachverhaltes einen Vertrauenstatbestand geschaffen hätte, so wäre das darauf basierende Vertrauen im vorliegenden Fall nicht schutzwürdig. Es besteht nämlich kein Schutz des Vertrauens auf nicht rechtmäßige Behandlung (VfSlg 10.797/1986).

Eine deutliche Sprache spricht in diesem Zusammenhang auch das von H [REDACTED] zitierte Erkenntnis VfSlg. 8725/1980, nach dem die Änderung der Praxis einer Behörde für sich allein nicht geeignet ist, Willkür darzutun. Es kommt vielmehr auf den Inhalt der neuen Gesetzesauslegung an und auf die Ursachen, die ihr zugrunde liegen (VfSlg. 5457/1967). Dass von einer Behörde zunächst eine bestimmte Rechtsansicht vertreten wird, kann nicht ausschließen, dass von ihr später eine andere als richtig erkannte Ansicht zur Anwendung kommt (VwGH 7. 5. 1965 Z 2208/63).

Die KommAustria hat ihren Rechtsstandpunkt im vorliegenden Bescheid eingehend begründet, sodass sie offensichtlich keineswegs ohne triftigen Grund von einer angeblich früher (von ihr oder einer Vorgängerbehörde) vertretenen Rechtsauffassung in einer Weise abgewichen wäre, die gegen Treu und Glauben verstieße (vgl VfSlg. 6258/1970).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der Partei 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. Für den Berufungsantrag ist gemäß § 14 TP 6 Gebührengesetz 1957 idF BGBl. I Nr. 84/2002 eine Gebühr von 13 Euro zu entrichten. Die Gebührenschuld entsteht gemäß § 11 Abs. 1 Gebührengesetz 1957 erst in dem Zeitpunkt, in dem die abschließende Erledigung über die Berufung zugestellt wird.

Wien, am 18. Februar 2004

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Mag. Michael Ogris
Behördenleiter