



GZ 611.172/007-BKS/2001

B E S C H E I D

Der Bundeskommunikationssenat hat durch den Vorsitzenden Dr. SCHALICH, die weiteren Mitglieder Dr. PÖSCHL, Dr. GEISSLER und DDr. GRABENWARTER sowie das Ersatzmitglied Dr. STRELLER über die Berufungen der 92.9 Hit FM Radio GmbH, der MB Privatrado GmbH, des Mag. Florian Novak, der Jupiter Medien GmbH und der Volksgruppen-Radio GmbH gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 18. Juni 2001, GZ KOA 1.700/01-22, wie folgt entschieden:

Spruch:

I.

Die Berufungen der 92,9 Hit FM Radio GmbH, der MB Privatrado GmbH, des Mag. Florian Novak und der Volksgruppen-Radio GmbH werden gemäß § 66 Abs. 4 i.V.m. § 6 Abs. 1 PrR-G als unbegründet abgewiesen.

Die Berufung der Jupiter Medien GmbH wird gemäß § 66 Abs. 4 i.V.m. § 5 Abs. 2 i.V.m. § 32 Abs. 7 PrR-G i.V.m. § 18 RRG abgewiesen.

II.

1. Der Spruch des angefochtenen Bescheids wird in Punkt 4. dahingehend geändert, dass der dritte Satz in Spruchpunkt 4. nunmehr lautet:

„Die Anträge der Jazzradio Wien GmbH in Gründung und der Jupiter Medien GmbH in Gründung (nunmehr Jupiter Medien GmbH) werden gemäß § 8 AVG i.V.m. § 5 Abs. 2 Z 1 i.V.m. § 32 Abs. 7 PrR-G i.V.m. § 18 RRG zurückgewiesen.“

2. Im Übrigen wird der Bescheid vollinhaltlich bestätigt.

Begründung:

Die Donauradio Wien GmbH, die 92.9 Hit FM Radio GmbH, die MB Privatrado GmbH, Mag. Florian Novak, die Jupiter Medien GmbH, die KGV Marketing- und VerlagsgmbH und die Volksgruppen-Radio GmbH brachten am 19. April 2001 Anträge auf Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk für das Versorgungsgebiet „Wien 92,9 MHz“ bei der Kommunikationsbehörde Austria ein. Die KommAustria erteilte mit dem angefochtenen Bescheid vom 18. Juni 2001 der Donauradio Wien GmbH die Zulassung zur Veranstaltung des beantragten Hörfunkprogramms. Die Anträge der 92.9 Hit FM Radio GmbH, der MB Privatrado GmbH und des Mag. Florian Novak wurden gemäß § 6 Abs. 1 und 2 PrR-G abgewiesen. Die Anträge der Volksgruppenradio GmbH und der KGV Marketing- und VerlagsgmbH wurden gemäß § 5 Abs. 2 Z 2 i.V.m. § 7 Abs. 4 PrR-G abgewiesen. Der Antrag der Jupiter Medien GmbH in Gründung wurde gemäß § 8 und 9 AVG zurückgewiesen.

In der Begründung des Bescheids wird zunächst der Sachverhalt ausführlich geschildert, indem die Versorgung des Versorgungsgebiets durch ORF-Programme dargestellt und die einzelnen Antragsteller mit ihrem Programmkonzept vorgestellt werden. In der rechtlichen Beurteilung der Anträge wird die fachliche, finanzielle und organisatorische Eignung nach § 5 Abs. 3 PrR-G sowie die Einhaltung der Programmgrundsätze des § 16 PrR-G für die Donauradio Wien GmbH, für die MB Privatrado GmbH und für Mag. Florian Novak nach einer ausführlichen Beweiswürdigung, an deren Richtigkeit der Bundeskommunikationssenat keinen Zweifel hat und auf die insoweit verwiesen wird, bejaht.

Der Antrag der Jupiter Medien GmbH in Gründung wurde zurückgewiesen, weil der noch nicht errichteten Vorgesellschaft zum Zeitpunkt der Antragstellung am 20. April 2001 mangels Parteifähigkeit keine Parteistellung zugekommen war. Für die KGV Marketing- und VerlagsgmbH sowie für die Volksgruppen-Radio GmbH wird festgestellt, dass in den Gesellschaftsverträgen die Übertragung von Anteilen nicht an die Zustimmung der Gesellschafter gebunden war, sodass beide Anträge mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Z 2 i.V.m. § 7 Abs. 4 PrR-G abzuweisen waren.

In der Auswahlentscheidung wird hervorgehoben, dass durch die Erteilung der Zulassung an die Donauradio Wien GmbH die Zielsetzungen des Gesetzes am

besten gewährleistet erscheinen und von der Antragstellerin auch zu erwarten sei, dass das Programm einen großen Umfang an eigengestalteten Beiträgen aufweisen werde. Die Antragstellerin biete ein schlüssiges Konzept für ein auf eine ältere Zielgruppe ausgerichtetes Hörfunkprogramm an. Das Programmkonzept mit Schlagern und Oldies sei überzeugend, im Vergleich insbesondere zum bisherigen Zulassungsinhaber sei eine größere Meinungsvielfalt zu erwarten. Demgegenüber würde die Erteilung der Zulassung an die 92.9 Hit FM Radio GmbH dem in § 6 Abs. 1 PrR-G postulierten Grundsatz der Meinungsvielfalt deshalb widersprechen, weil diese gesellschaftsrechtlich, personell und faktisch in einer besonderen Nahebeziehung zur WAZ- bzw. Krone-Gruppe stehe. Die Behörde erster Instanz verweist darauf, dass sie den Marktzutritt auch neuer Anbieter zu fördern habe. Schließlich wird festgestellt, dass das Programm der Hit FM Radio GmbH auf eine jugendliche Zielgruppe ausgerichtet sei, die im Wesentlichen bereits von N & C Privatrado Betriebs GmbH, Ö 3 und FM 4 versorgt werde.

Zur MB Privatrado GmbH wird ausgeführt, dass die angesprochene Zielgruppe der 10- bis 19-Jährigen im Raum Wien auch von der N & C Privatrado Betriebs GmbH sowie von FM 4 abgedeckt werde. Die N & C Privatrado Betriebs GmbH würde auf Grund der bereits bisher ausgeübten Zulassung und der weiteren und weit gehenden stabilen Gesellschafterstruktur mit höherer Wahrscheinlichkeit einen weiteren kontinuierlichen Beitrag zur Meinungs- und Medienvielfalt im Hinblick auf diese Zielgruppe beitragen. Eingeräumt wird jedoch, dass die MB Privatrado GmbH durchaus in der Lage sei, ein eigenständig gestaltetes Programm für Wien zu produzieren und dass angesichts der bestehenden gesellschaftlichen Strukturen in Wien mit einem hohen Anteil an Schülern und Studenten auch davon auszugehen sei, dass ein an die jugendliche Zielgruppe gerichtetes Programm auf Interesse stoßen würde.

Zum Antrag des Mag. Florian Novak wird festgestellt, dass im Verfahren nicht hervorgekommen sei, welche redaktionelle Linie verfolgt werden solle und ob und wenn ja, welche Investoren oder sonstigen Kooperationspartnern noch einsteigen würden. Das vorgelegte Konzept lasse eine im Hinblick auf die Vielfalt und Berücksichtigung lokaler Interessen wünschenswerte breite Verankerung im Versorgungsgebiet nicht erkennen.

Gegen diesen Bescheid erhoben die Hit FM Radio GmbH, die KGV Marketing- und VerlagsgmbH, die MB Privatrado GmbH, Mag. Florian Novak, die Jupiter

Medien GmbH und die Volksgruppen-Radio GmbH rechtzeitig Berufung. Mit Schreiben vom 30.11.2001 zog die KGV Marketing- und VerlagsgmbH ihre Berufung zurück.

Die 92.9 Hit FM Radio GmbH bringt in ihrer Berufung zunächst vor, dass der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung rechtswidrig sei, da die Voraussetzungen des § 64 Abs. 1 AVG nicht vorgelegen hätten. Die Interessen der Berufungsgegnerin wären durch die aufschiebende Wirkung in keiner Weise gefährdet, weil sie nach ihrem Vorbringen frühestens im September 2001 zu senden beginnen könne. Demgegenüber würde sich der bei der Berufungswerberin mit auslaufender Lizenz eintretende Schaden in Grenzen halten, wenn es gelänge, ihr Recht im Berufungsverfahren rasch durchzusetzen. Die Behörde habe ihre Entscheidung ausschließlich auf das öffentliche Interesse gestützt, ohne zu begründen, worin denn die Gefahr für das öffentliche Wohl bestehe. In der Hauptsache bringt die 92.9 Hit FM Radio GmbH vor, dass § 6 Abs. 2 PrR-G Priorität gegenüber Abs. 1 habe. Gemäß dieser Bestimmung wäre der Berufungswerberin auf Grund ihrer gesetzmäßigen bisherigen Nutzung und ihrer sonstigen optimalen Eignung und Programmgestaltung jedenfalls die Lizenz zu erteilen gewesen. Es wäre das Vertrauen der Investoren in die Lizenzen zu bestätigen gewesen, weil sie keine Schuld an der Aufhebung des Gesetzes durch den Verfassungsgerichtshof trügen. In der Art und Weise, wie die Behörde erster Instanz § 6 Abs. 2 PrR-G interpretiere, verbliebe dieser Bestimmung überhaupt kein Sinn. Die Auslegung des Gesetzes durch die Behörde unterstelle dem Gesetzgeber vielmehr, er habe einen Willen gehabt, die Lizenz der Berufungswerberin zu vernichten. Das durchgeführte Verfahren erweise sich als grob mangelhaft und die Begründung als bloß ungenügende Argumentationshilfe für eine offenkundig politisch motivierte Entscheidung.

In der Auswahlentscheidung habe sich die Behörde erster Instanz allein auf das Argument der Meinungsvielfalt gestützt. Die Bescheidbegründung lasse die Zulassungserteilung der Behörde in Tirol an Doppelversorger für rechtswidrig erscheinen, denn auch dort habe es mehrere geeignete Bewerber gegeben, die nicht im Verbund doppelt versorgen. Zudem habe die Behörde eine genaue Durchleuchtung der Gesellschafterstruktur der Berufungsgegnerin unterlassen. Die Entscheidung für die Berufungsgegnerin unter dem Gesichtspunkt der besseren Wahrung der Meinungsvielfalt sei weder substantziell begründet noch objektiv nachvollziehbar. Wenn nun der Berufungswerberin die Lizenz nicht mehr

erteilt würde, bilde dies eine rechtsgrundlose Enteignung im Widerspruch zum Grundsatz des Vertrauensschutzes. Schließlich wird eine Reihe von Verfassungswidrigkeiten (mangelnde Determinierung des § 7 Abs. 4 PrR-G, Verletzung des Art. 6 und 10 EMRK in Folge Verletzung des Vertrauensschutzes und Missachtung der Grundsätze des fairen Verfahrens) geltend gemacht.

Die Berufungswerberin MB Privatradio GmbH macht in ihrer Berufung inhaltliche Rechtswidrigkeit und unzumutbare Ermessensausübung geltend. Sie bringt vor, dass die KommAustria von unrichtigen Prämissen ausgegangen sei und wesentliche Gesichtspunkte unberücksichtigt geblieben seien. In der Frage der Meinungsvielfalt habe die Behörde erster Instanz keine Priorität festgestellt. Die Entscheidung für die Berufungsgegnerin sei ausschließlich eine Entscheidung für das von ihr angebotene Format gewesen. Die Begründung dieser Entscheidung vermöge nicht zu überzeugen. Es sei nämlich zwischen der Alterszielgruppe und der an bestimmten Inhalten interessierten Zielgruppe unabhängig vom Alter zu unterscheiden. Die Donauradio Wien GmbH wolle in der Zielgruppe der 35- bis 60-Jährigen die an Schlager und Oldies interessierten Hörerinnen und Hörer erreichen. Im Versorgungsgebiet Wien seien aber bereits sieben Programme empfangbar, die die Kerngruppe der über 30-Jährigen versorgten, wohingegen lediglich Radio Energy 104,2 und das ORF-Programm FM 4 auf eine jugendliche Zielgruppe der 10- bis 19-Jährigen ausgerichtet seien. Es könne daher keine Rede davon sein, dass die von der Donauradio Wien GmbH angesprochene Zielgruppe im Versorgungsgebiet unversorgt sei. Dies gelte auch hinsichtlich des in Aussicht genommenen Musikformats, das in wesentlichen Teilen dem von Radio Wien, Radio Burgenland und Radio Niederösterreich entspreche. Obwohl die KommAustria davon ausgehe, dass die Berufungswerberin ein eigenständig gestaltetes Programm für Wien produzieren könne, leitet die Behörde in der Begründung aus einer breiteren und weitgehend stabilen Gesellschafterstruktur ab, dass diese mit höherer Wahrscheinlichkeit einen weiteren kontinuierlichen Beitrag zur Meinungs- und Medienvielfalt beitragen könne. Damit verlege sich die KommAustria in den Bereich der Spekulationen und verleiße auch in diesem Zusammenhang den gesetzlichen Kriterienraster von Meinungsvielfalt im Programm, Umfang an eigengestalteten Beiträgen und Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet. Es wird geltend gemacht, dass die vom Gesetz vorgegebenen Entscheidungsdeterminanten unrichtig gewichtet wurden

und die Ermessensentscheidung nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprochen habe, weshalb von inhaltlicher Rechtswidrigkeit auszugehen sei.

Mag. Florian Novak bringt in seiner Berufung vor, dass die Behörde erster Instanz seinen Antrag unzulässigerweise abgewiesen habe. Er wolle eine Symbiose von Rundfunk und Internet schaffen. Durch intelligente Vernetzung und die Integration des alten Mediums Radio und des neuen Mediums Internet vereine der Antragsteller im Unterschied zu anderen Lizenzwerbern neben der passiven Nutzungsgelegenheit aktive Programmgestaltungsmöglichkeiten, womit abseits des üblichen Musik-Mainstreams eine einzigartige Ergänzung in Wien geschaffen werde und der Idee einer Vernetzung der Hörerschaft untereinander über das Medium Radio eine neue Dimension verliehen werde. Die Behörde habe es unterlassen, den vorgelegten Unterlagen und dem weiteren Vorbringen der Parteien die umfassende Aufmerksamkeit zu widmen. Die Ansicht, dass die Entscheidung über das Programmangebot allein beim Berufungswerber liege, stehe im Widerspruch zu dem vorgelegten organisatorischen Konzept, aber auch zum Redaktionsstatut, welches klar die Unabhängigkeit der Redaktion gewährleiste. Weiter bringt der Berufungswerber vor, dass das Programmangebot der Berufungsgegnerin angesichts der Ähnlichkeit mit den Sendeformaten von Radio Burgenland und Radio Niederösterreich keinen so wesentlichen Beitrag zur Angebotsvielfalt darstelle, dass die Erteilung der Zulassung gerechtfertigt werden könne. Eine gesetzeskonforme Vorgehensweise hätte zur Erteilung der Zulassung an den Berufungswerber führen müssen, weil das von ihm in Aussicht genommene Programm auf Interesse im Verbreitungsgebiet stoßen und einen Beitrag zur Meinungs- und Medienvielfalt leisten würde, wie er im gegenständlichen Versorgungsgebiet fehle.

Die Jupiter Medien GmbH bringt in ihrer Berufung im Wesentlichen dasselbe vor wie der Berufungswerber Mag. Novak. Zusätzlich wird jedoch geltend gemacht, dass die Behörde erster Instanz den Antrag in rechtswidriger Weise als unzulässig zurückgewiesen habe. Zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides sei der Behörde sowohl der förmliche Abschluss des Gesellschaftsvertrages als auch die Beurkundung durch einen Notariatsakt und somit der Nachweis des Antrags auf eine Eintragung in das Firmenbuch vorgelegen. Die Rechtsansicht der Behörde, dass auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen sei, sei verfehlt. Mit dem Abstellen auf notariell ausgefertigte Erklärungen bereits zum Antragszeitpunkt erlege die KommAustria der Antragstellerin nachträglich eine unnötige formale

Hürde auf, die im Ergebnis zu einer unsachlichen Benachteiligung gegenüber den anderen Parteien führe und im Widerspruch zu den Vorgaben des PrR-G stehe, welches die Formerfordernisse regle. § 3 Abs. 2 letzter Satz PrR-G biete eine gesetzliche Grundlage dafür, dem erfolgreichen Zulassungswerber aufzutragen, den Nachweis der Rechtspersönlichkeit binnen einer Frist von 6 Wochen zu erbringen. Das Gesetz sehe selbst für den Zeitpunkt der Bescheiderlassung vom Erfordernis einer Rechtspersönlichkeit ab.

Die Volksgruppen-Radio GmbH macht gleichfalls inhaltliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids geltend. Sie hält in ihrem Schriftsatz die im bekämpften Bescheid vertretene Auffassung, wonach der Gesellschaftsvertrag der Volksgruppen-Radio GmbH nicht den Bestimmungen des § 7 Abs. 4 PrR-G entspreche, für rechtswidrig. Der Gesellschaftsvertrag der Volksgruppen-Radio GmbH sehe für die Übertragung von Geschäftsanteilen nicht nur das formale Erfordernis der Zustimmung der Gesellschaft vor, sondern räume den Mitgesellschaftern sogar ein Vorkaufsrecht ein. Dies sei sogar mehr als die bloße Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung. Die Situation stelle sich nicht anders dar als im Fall, dass die Mitgesellschafter aus wirtschaftlichen Gründen nicht in der Lage sind, das Vorkaufs- bzw. Aufgriffsrecht auszuüben. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise sei die Einräumung des Vorkaufsrecht daher dem Erfordernis der Zustimmung der Gesellschaft gleichzuhalten. Dessen ungeachtet habe die Berufungswerberin zwischenzeitig aber ihren Gesellschaftsvertrag derart geändert, dass er auch bei strengster Betrachtung den formalen Kriterien des § 7 Abs. 4 PrR-G entspreche. Zusätzlich wird vorgebracht, dass die Behörde ihre aus § 13 Abs. 3 AVG erließende Manuduktionspflicht verletzt habe, weil sie im Verfahren ihre Zweifel, ob der Gesellschaftsvertrag den Kriterien des § 7 Abs. 4 PrR-G entspräche, der Berufungswerberin nicht mitgeteilt habe.

Die Volksgruppen-Radio GmbH legte einen geänderten Gesellschaftsvertrag vor, nach dessen § 7 Abs. 1 jede Übertragung von Geschäftsanteilen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, sowohl innerhalb der Gesellschaft als auch an außerhalb der Gesellschaft stehende Dritte, der Zustimmung der Generalversammlung mit einer Mehrheit von 2/3 der Stimmen bedarf.

Zur Auswahlentscheidung macht die Volksgruppen-Radio GmbH zunächst geltend, dass den autochtonen österreichischen Volksgruppen ein Anspruch auf Gestaltung eines Radioprogrammes in ihrer Muttersprache zusteht. Ferner sei

darauf hinzuweisen, dass weder der ORF noch der Veranstalter „Radio Orange“ ein diesbezüglich ausreichendes Programm ausstrahlen würden. Bei der Auswahlentscheidung wäre Art. 11 der Europäischen Charta der Regional- und Minderheitensprachen zu berücksichtigen gewesen, wonach sich die Vertragsparteien verpflichten, zur Errichtung eines Hörfunksenders in den Regional- und Minderheitensprachen zu ermutigen und/oder sie zu erleichtern. Ferner sei auf die im VfGH Erkenntnis VfSlg. 9224/1981 festgehaltene Wertentscheidung des Verfassungsgesetzgebers zu Gunsten des Minderheitenschutzes hinzuweisen

In einer Äußerung vom 23. Juli 2001 zu den Berufungen anderer Berufungswerber macht die 92,9 Hit FM Radio GmbH geltend, dass die Zurechnung der Beteiligungen im Verbund der Krone Verlag GmbH & Co Vermögensverwaltung KG zu den Beteiligungen der Kurzwelle Privatstiftung unzutreffend sei. Ferner wird als Verfahrensmangel nach § 7 AVG gerügt, dass ein Mitglied des Bundeskommunikationssenates auch Rechtsvertreter zweier Berufungswerber im Verfahren sei. Diese Berufungswerber hätten nun „Mitglieder ihrer Rechtsvertretung“ auch als „Mitglieder in der Berufungsbehörde“. Dies verstärke den Eindruck eines unfairen, unsachlichen und fehlerhaften Verfahrens. Ergänzend merkt die Berufungswerberin an, dass die KommAustria bei der Vergabe von Lizenzen in Tirol einen gänzlich anderen Maßstab zum Begriff der Meinungsvielfalt angewendet habe als gegenüber der Berufungswerberin in Wien. Die Berufungsgegnerin macht in ihrer Stellungnahme vom 20. Juli 2001 zunächst zur Aberkennung der aufschiebenden Wirkung geltend, dass im Fall einer aufschiebenden Wirkung für die Berufungsgegnerin ein unwiederbringlicher Schaden entstanden wäre, und zwar dadurch, dass die Lizenzdauer um den Zeitraum des Berufungsverfahrens verkürzt worden wäre. Was den Vorhalt in der Berufung der 92,9 Hit FM Radio GmbH betrifft, dass die „Styria-Gruppe“ in den Gesellschafterkreis der Berufungsgegnerin einsteigen könnte, so bezeichnet sie dies als reine Spekulation. Zu ihrem Programm verweist sie darauf, dass sie ihr Programm zu 100 % selbst generieren werde, mit Ausnahme der Weltnachrichten in der Startphase. Demgegenüber sei die Berufungswerberin in das Funkhaus des Krone Hit Radios eingezogen, um sich dort Programminhalte, wie Weltnachrichten, nationale und regionale Nachrichten zu bedienen. Das von der Berufungswerberin 92,9 Hit FM Radio GmbH produzierte Programmformat

entspreche jenem von Ö 3, FM 4 und Radio Energy. Demgegenüber sei das von der Berufungsgegnerin gewählte Programmformat in Wien nicht vertreten.

In Ergänzung des Ermittlungsverfahrens der Behörde erster Instanz richtete der Bundeskommunikationssenat mit Schreiben vom 10. Oktober 2001 an die Berufungswerberin 92,9 Hit FM Radio GmbH die Anfrage, ob es zu Veränderungen der Eigentumsverhältnisse seit der erstinstanzlichen Entscheidung gekommen sei.

In ihrer Stellungnahme vom 24. Oktober 2001 bringt die Berufungswerberin vor, dass nach zwischenzeitig gepflogenen Recherchen über die Berufungsgegnerin diese lediglich scheinbar existiere, weil die Gesellschaftsgründung auf Grund eines Verstoßes gegen zwingende kartellrechtliche Anmelde- bzw. Genehmigungserfordernisse nichtig und damit die Gesellschaft nicht existent sei. Im Einzelnen wird dies auf die Tatsache gegründet, dass die Online-Media Computerdienstleistung GmbH und die Teletel Verlagsgesellschaft mbH zu je 30 % Gesellschafter der Donauradio Wien GmbH seien. Diese Gesellschafter seien jedenfalls Medienunternehmen, ein Zusammenschluss dieser Unternehmen sei daher ein anmeldepflichtiger Medienzusammenschluss im Sinne der §§ 41, 42a und 42c Kartellgesetz in der Form des konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens gemäß § 41 Abs. 2 Kartellgesetz. Die beiden genannten Unternehmen könnten auf dem auf die Frequenz 92,9 beschränkten Wiener Radiomarkt kein eigenes Wettbewerbsverhalten entfalten und müssten Radio-Aktivitäten durch die Donauradio Wien GmbH betreiben. Daher seien die Voraussetzungen des § 41 Abs. 2 Kartellgesetz gegeben. Die Erteilung einer Sendelizenz an eine rechtlich nicht existente Gesellschaft bilde einen gravierenden Mangel und zeige die entscheidungswesentliche Willkürkomponente des erstinstanzlichen Verfahrens.

Die Volksgruppen-Radio GmbH nimmt in ihrer Stellungnahme vom 25.10.2001 zum Vorbringen der Donauradio Wien GmbH Stellung, wonach im Berufungsverfahren ein Neuerungsverbot bestehe. Demgegenüber macht die Volksgruppen-Radio GmbH geltend, dass der Bundeskommunikationssenat Rechtsmittelbehörde im Sinn der Verwaltungsvorschriften sei mit allen sich nach dem AVG ergebenden Konsequenzen. Soweit von der Berufungsgegnerin geltend gemacht werde, dass das von der Berufungswerberin angesprochene Segment bereits durch zwei Anbieter angeboten werde, wird eingeräumt, dass Radio Orange zwar über eine Sendeschiene Volksgruppenprogramm verfüge, dieses

aber die Anliegen der autochthonen Volksgruppen überhaupt nicht berücksichtige und nur geringfügig fremdsprachiges Programm anbiete. Auch das Programm des ORF sei nicht hinreichend um die Bedürfnisse der autochthonen Volksgruppen im Raum Wien zu berücksichtigen.

In einer weiteren Stellungnahme der 92,9 Hit FM Radio GmbH vom 30. Oktober 2001 wird zum wiederholten Mal auf die unterschiedliche Vorgehensweise der KommAustria in anderen Bundesländern verwiesen. Deshalb sei die Anwendung und Interpretation des Begriffs Meinungsvielfalt durch die KommAustria bei der Entscheidung in Tirol auch bei der Lizenzvergabe in Wien maßgeblich und daher zu diskutieren. Zur Frage eines möglichen Einstiegs der Styria-Gruppe vermisst die Berufungswerberin eine klare Gegenbehauptung der Berufungsgegnerin. Schließlich wird darauf verwiesen, dass die Berufungswerberin im Gegensatz zur Berufungsgegnerin die Weltnachrichten nicht selbst produziere. Entgegengetreten wird auch der Behauptung, dass die Berufungswerberin 92,9 Hit FM Radio GmbH in das Funkhaus des Krone Hit Radios eingezogen sei.

In ihrer Stellungnahme vom 5.11.2001 tritt die Berufungsgegnerin dem Vorbringen von 92,9 Hit FM Radio GmbH vom 24.10.2001 entgegen, wonach die Berufungsgegnerin ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen sei. Sie stellt zunächst zwei Beteiligungsverhältnisse aus ihrer Sicht richtig, nämlich dahingehend, dass A.D. seine Beteiligungen am Bregenzer Lokalradio und am Lokalradio Innsbruck persönlich halte und dass zweitens die E.R. Voralberger Zeitungsverlag und Druckerei GmbH ihre Anteile an der RRT-Regionalradio Tirol GmbH schon vor einem halben Jahr abgetreten habe. Zur Frage des konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens bemerkt die Berufungsgegnerin, dass die beiden in Rede stehenden Gesellschaften an der Berufungsgegnerin je 30 % Geschäftsanteile halten. Sie seien daher bei der Willensbildung der Gesellschaft nicht aufeinander angewiesen, da jederzeit mit anderen Gesellschaftern Mehrheiten gebildet werden könnten. Auch gebe es keine Vetorechte, weshalb unternehmensstrategische Entscheidungen jederzeit auch gegen den Willen eines der beiden genannten Gesellschafter getroffen werden könnten. Auch könne von einer spezifischen Interessenslage, die auf Dauer eine einheitliche Willensbildung bei Entscheidungen in der Gesellschaft nahe legen würde, keine Rede sein. Da die Neugründung des Unternehmens nicht den Tatbestand der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens erfüllte, habe kein

Zusammenschluss durch Anteilserwerb vorgelegen. Deshalb habe auch keine Anmeldepflicht nach dem Kartellgesetz bestanden.

In einer weiteren Stellungnahme der Berufungsgegnerin vom 19. November 2001 betont die Berufungsgegnerin, dass die gegen Dr. Karasek erhobenen Vorwürfe zurückzuweisen seien, weil sich dieser in concreto für befangen erklärt habe. Überdies bestehe der einzige Bezugspunkt der Gesellschafter der Berufungsgegnerin zu Tirol in einer 10 %-Beteiligung eines Unternehmens der Oschmanngruppe an der RRT-Regionalradio Tirol GmbH.

In einer weiteren Eingabe vom 7. Dezember 2001 hält die Berufungswerberin 92,9 HIT FM Radio GmbH fest, dass einzelne Angaben zu den Gesellschaftern der Berufungsgegnerin nicht korrekt seien, da z.B. Zustellversuche an die Keller Medien GmbH nicht durchgeführt werden könnten. Damit sei unklar, „ob und wo es diese Gesellschafterin überhaupt gibt“ und es sei eine Änderung in den Eigentumsverhältnissen nicht unverzüglich gemeldet worden. Diese Unklarheit begründe einen „weiteren gravierenden Mangel der Lizenzbewerbung“.

In ihrer Stellungnahme vom 12. Dezember 2001 führt die Berufungsgegnerin aus, dass die Keller Medien GesmbH ihren Sitz erst vor wenigen Wochen verlegt hat und der Geschäftsführer aufgrund der Vorbereitungen für den Sendestart nicht an seiner Wohnadresse erreichbar ist.

Rechtlich folgt:

1. Gesetzliche Voraussetzungen

Nach § 6 Abs. 1 PRR-G sind nur jene Antragsteller in die Auswahlentscheidung einzubeziehen, die die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung nach dem PrR-G erfüllen. Zu den zu erfüllenden gesetzlichen Voraussetzungen gehört die Vorlage eines Gesellschaftsvertrages (§ 5 Abs. 2 Z 2 PrR-G), sowie dass die Übertragung von Geschäftsanteilen an die Zustimmung der Gesellschafter gebunden sein muss (§ 5 Abs. 2. Z. 2 i.V.m. § 7 Abs. 4 PrR-G).

a) Die Behörde erster Instanz ging bei der Jupiter Medien GesmbH von folgendem entscheidungswesentlichen Sachverhalt aus, der von dieser auch nicht bestritten wird:

Dem Antrag der Jupiter Medien GmbH in Gründung vom 20.4.2001 lag der formlose und ununterschiedene Text eines Vertrags über eine Einmangengesellschaft mbH des Mag. Florian Novak mit einem Stammkapital von

700.000.- Euro bei. Nach Aufforderung zur Mängelbehebung durch die KommAustria legte eine Jupiter Medien GmbH in Gründung mit Verbesserungsschriftsatz vom 23.5.2001 einen am 14.5.2001 unterzeichneten Gesellschaftsvortrag vor, der ein Stammkapital von 35.000.-- Euro vorsah, das zu 50 % Mag. Florian Novak und zu je 25 % Dr. H.N. und Dr. C.N. übernehmen. Die Eintragung dieser Gesellschaft im Firmenbuch wurde am 15.5.2001 beim LG Ried im Innkreis beantragt.

Rechtlich beurteilte die Behörde erster Instanz diesen Sachverhalt dahin, dass am 20.4.2001 mangels Erklärung über die Errichtung der Einmangengesellschaft in Form eines Notariatsakts die Antragstellerin weder rechts- noch parteifähig war; der mit Schriftsatz vom 23.5.2001 vorgelegte Gesellschaftsvertrag stelle daher auch keine Abänderung einer bereits am 20.4. 2001 (dem Ende der Antragsfrist) bestehenden Gesellschaftererklärung dar. Der noch nicht errichteten (Vor-)Gesellschaft käme daher mangels Parteifähigkeit auch keine Parteistellung zu; der Antrag der erst mit Gesellschaftsvertrag vom 14.5.2001 - somit mehr als 3 Wochen nach Ende der Antragsfrist - als Vorgesellschaft entstandenen Jupiter Medien GmbH in Gründung sei daher als unzulässig zurückzuweisen.

Der in der Berufung dargelegten Rechtsansicht der Jupiter Medien GmbH ist aus folgenden Gründen entgegenzutreten:

§ 5 Abs. 2 PrR-G verlangt für den Fall der Antragstellung durch eine juristische Person (gemeint ist damit die als Zulassungsinhaber in Aussicht genommene Person) jedenfalls die Vorlage des Gesellschaftsvertrages.

Dem Antrag der Jupiter Medien GmbH wurde ein von Mag. Florian Novak unterfertigter und undatierter Gesellschaftsvertrag beigelegt, in welchem dieser als alleiniger Gesellschafter der Jupiter Medien GmbH genannt wurde.

Im Falle der Gründung einer so genannten „Einmann-GmbH“ wird aber verlangt, dass die Gesellschaftererklärung – mangels Möglichkeit des Abschlusses eines Vertrages zwischen mehreren Personen – gegenüber einem Notar abgegeben wird (vgl. etwa *Koppensteiner GmbH-G*², 1999, Rz 2 zu § 3 Abs. 2 GmbH-G; weiters *Hachenburg/Ulmer GmbH-G*⁸, § 2 Rz 6). Dies wird auch in den Erläuterungen zur RV 32 BlgNR, XX. GP zum Ausdruck gebracht, wenn zu Art. III Z 2 (Änderung des § 3 GmbH-G) ausgeführt wird: „Diese Bestimmung trägt der Besonderheit der Errichtung einer Gesellschaft durch eine einzige Person

Rechnung. Zwar kann der Begriff Gesellschaftsvertrag auch so interpretiert werden, dass er auch das einseitige Gründungsgeschäft, den einseitigen Willensakt umfasst, doch scheint es sinnvoll, eine ausdrückliche Regelung zur Klarstellung zu schaffen. Es gelten daher alle jene Vorschriften, die sich auf den Gesellschaftsvertrag beziehen, auch für die Erklärung über die Errichtung der Gesellschaft. Daher bedarf etwa die Erklärung über die Errichtung der Gesellschaft der Form eines Notariatsakts.“

Wenn das PrR-G als Erfordernis der Antragstellung einen „Gesellschaftsvertrag“ verlangt, so ist dieser Begriff nicht anders als in dem die rechtlichen Grundlagen der Gesellschaften mit beschränkter Haftung regelnden GmbH-Gesetz zu verstehen, da keine Anhaltspunkte zu ersehen sind, dass der Gesetzgeber im Fall des Privatradiogesetzes ein anderes Verständnis des Gesellschaftsvertrages zugrunde legen wollte; aus diesem Grund geht auch das Vorbringen des Berufungswerbers ins Leere, dass in § 5 PrR-G eine notarielle Beurkundung nicht (extra) genannt ist.

Vor allem um zu verifizieren, ob dieser Gesellschaftsvertrag formgerecht dem Firmenbuch zur Anmeldung vorgelegt wurde führte die Behörde ein Ermittlungsverfahren durch, im Zug dessen die nunmehrige Berufungswerberin einen zwar formgerechten, aber, wie oben dargestellt, in den wesentlichen Teilen völlig anderen Gesellschaftsvertrag vorlegte. Insofern stellt sich auch das Vorbringen der Berufungswerberin als unzutreffend dar, dass es kein Ermittlungsverfahren hätte geben dürfen, da die Behörde zu ermitteln hatte, ob zumindest ein den Formerfordernissen entsprechender Gesellschaftsvertrag vorliegt.

Der erteilte Mängelbehebungsauftrag war jedenfalls nicht darauf gerichtet, um Gelegenheit zu geben, eine „neue“ Gesellschaft zu errichten, sondern um zu prüfen, ob der bis zum Ende der Antragsfrist vorgelegte Text auch als rechtmäßig zustande gekommener Gesellschaftsvertrag zu bewerten ist.

Verlangt nun bereits die Errichtung einer Einpersonengesellschaft das Vorliegen einer einseitigen Willenserklärung gegenüber dem beurkundenden Notar, so hat dies auch für eine Änderung des so zustande gekommenen Gesellschaftsvertrages zu gelten. Selbst wenn daher seitens der Berufungswerberin behauptet wird, dass der infolge des Verbesserungsauftrages

vorgelegte Gesellschaftsvertrag einer Jupiter Medien GmbH (samt Anmeldung zur Eintragung im Firmenbuch) lediglich eine Änderung des am 20.4.2001 vorgelegten Gesellschaftsvertrages darstelle so ist ihr zu entgegnen, dass es diesfalls auch an einem entsprechenden Vorbringen – nämlich der Abgabe einer auf diese Abänderung des Gesellschaftsvertrages abzielenden Erklärung des Einmangesellschafters gegenüber einem beurkundenden Notar – mangelte.

Der vorgelegte von einem Notar beglaubigte und zur Eintragung ins Firmenbuch angemeldete Gesellschaftsvertrag stammte auch nicht vom 20.4.2001, sodass er allenfalls als Verbesserung des Antrags vom 20.4.2001 verstanden werden könnte, sondern vom 14.5.2001, also einem Zeitpunkt, der erheblich nach dem 20.4.2001, dem Ende der Ausschreibungsfrist für die Antragstellung auf die gegenständliche Sendelizenz liegt. Ebenso ist festzuhalten dass nicht vorgebracht wurde, dass diese Änderung dem Firmenbuch zur Eintragung angemeldet wurde. Somit ist davon auszugehen, dass ein fristgerechter Antrag der tatsächlich erst mit 14.5.2001 als Vorgesellschaft entstandenen Berufungswerberin nicht vorlag.

Wenn die Berufungswerberin vorbringt, dass § 3 Abs. 2 PrR-G die Möglichkeit vorsehe, eine Zulassung könne auch an einen Antragswerber erfolgen könne, der keine **einheitliche** Rechtspersönlichkeit aufweist ist ihr zu entgegnen, dass diese Bestimmung nur dann zur Anwendung gelangen kann, wenn der Antragswerber im Zeitpunkt der Entscheidung der Behörde erster Instanz bereits zumindest Teilrechtsfähigkeit aufweist. Nicht erfasst von dieser Bestimmung ist hingegen der von der Berufungswerberin dargestellte Fall, bei dem bei der „Jupiter Medien GesmbH in Gr.“ im Zeitpunkt des Endes der Antragsfrist 20.4.2001 jedoch wie oben dargestellt gar keine Rechtspersönlichkeit vorlag.

Diese Bestimmung sollte von ihrem Zweck her lediglich die „Konsolidierung“ eines zumindest teilrechtsfähigen Rechtssubjektes (nach dem Privatradiogesetz eines solchen, bei dem zumindest ein gültig zustande gekommener Gesellschaftsvertrag oder eine Satzung vorliegen) ermöglichen. Dies wird durch die Entstehungsgeschichte des § 3 Abs. 2 bestätigt.

Die Regelung geht nämlich zurück auf die Vorgängerregelung des § 20 Abs. 4 RRG in der Fassung BGBl. I Nr. 2/1999. Diese Regelung wiederum bezog sich auf die nunmehr entfallene Möglichkeit der Bildung einer Veranstaltergemeinschaft. Die Erläuterungen dazu 1521 BlgNR, XX.GP belegen die Auffassung hinsichtlich

der Konsolidierung insofern, als sie ausführen: "berücksichtigt den Fall, dass eine Veranstaltergemeinschaft zwar rechtsverbindlich gebildet wurde, aber noch keine einheitliche Rechtspersönlichkeit zum Zeitpunkt der Entscheidung hat (...).", Mit dem Privatradiogesetz wurde die Bestimmung (geändert um die Wortfolge „an Antragswerber“ statt „an eine Veranstaltergemeinschaft“) in § 3 Abs. 2 übernommen. Diese Regelung begründet sich vor allem darin, dass eine GesmbH (diese Gesellschaftsform ist die am häufigsten für einen Hörfunkveranstalter gewählte Rechtsform) erst mit Eintragung in das Firmenbuch mit eigener Rechtspersönlichkeit entsteht.

In dem dargestellten Sinn sprechen die von der Berufungswerberin zitierten Erläuterungen zu § 5 auch davon, dass „jedenfalls geeignete Nachweise dafür vorzulegen sind, dass alle Schritte zur Bildung einer juristischen Person unternommen wurden (Anmeldung zur Eintragung im Firmenbuch oä.).“ Genau darin unterschied sich auch der Fall der Jupiter Medien GesmbH i. Gr. von den von der Berufungswerberin genannten Fällen der „Novak & Partner KEG“ und der „Alternative Medienverbund registrierte Genossenschaft mit Geschäftsanteilshaftung in Gründung“, da in diesen Fällen tatsächlich ein gültig zustande gekommener Gesellschaftsvertrag bzw. Genossenschaftsvertrag vorlag.

Der von der Berufungswerberin weiters angezogene Vergleich der „Bewertungsdifferenzierung“ in ihrem Fall mit jenem von Anteilsübertragungen ist nicht geeignet die Auffassung der Berufungswerberin zu stützen, da die Übertragung von Anteilen an bereits im Firmenbuch eingetragenen Gesellschaften nicht als neuer Antrag zu werten ist, sondern als Änderung der Zusammensetzung einer (schon im Antragszeitpunkt) bestehenden juristischen Person.

Nach der zutreffenden rechtlichen Beurteilung der Behörde erster Instanz war die Jupiter Medien GesmbH in Gr. am 20.4.2001 (Ende der Antragsfrist) mangels Erfüllung der Formerfordernisse rechtlich nicht existent geworden und daher nicht parteifähig (ihr Vorbringen daher Herrn Mag. Novak zuzurechnen) und das Vorbringen der erst am 14.5.2001 errichteten Jupiter Medien GesmbH als verspätet (nämlich außerhalb der festgelegten Antragsfrist) zurückzuweisen. Die Antragsfrist wurde noch von der bis 31. März 2001 bestehenden Privatrundfunkbehörde mit Veröffentlichungen gemäß § 18 des Regionalradiogesetzes festgelegt. § 32 Abs. 7 des Privatradiogesetzes regelt,

dass die Ausschreibung der Privatrundfunkbehörde als solche der KommAustria gilt, sodass Anträge bis zum 20. April 2001 eingelangt sein mussten. Entgegen der Ansicht der Berufungswerberin ist daher diesfalls zur Frage der Rechts- und Parteifähigkeit nicht auf den Entscheidungszeitpunkt sondern auf das Ende der Antragsfrist abzustellen.

Mit der Maßgabe, dass der Spruch der Entscheidung erster Instanz wie im Spruch ersichtlich im Hinblick auf die richtigerweise zur Anwendung gelangenden Gesetzesbestimmungen abzuändern war, war die Entscheidung der Behörde erster Instanz, mit welcher der Antrag der nunmehrigen Berufungswerberin zurückgewiesen wurde, zu bestätigen.

b) Der Antrag der Volksgruppen-Radio GmbH wurde von der Behörde erster Instanz mit der Begründung abgewiesen, dass bei der Antragstellerin die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Z 2 iVm § 7 Abs. 4 PrR-G nicht vorlägen, weil der Gesellschaftsvertrag die Übertragung von Anteilen nicht an die Zustimmung der Gesellschafter gebunden hatte, sondern nur ein Vorkaufsrecht regelt.

Die vom Bundeskommunikationssenat seiner Entscheidung zu Grunde zu legende Neufassung des Gesellschaftsvertrages unterscheidet sich von der Fassung, die die Behörde erster Instanz zu Grunde zu legen hatte, darin, dass nunmehr die Abtretung von Geschäftsanteilen oder von Teilen derselben ausdrücklich der Zustimmung der Gesellschaft bedarf. Gemäß § 7 Abs. 4 dritter Satz Privatradiogesetz ist eine „Übertragung von Kapitalanteilen an die Zustimmung der Gesellschaft“ gebunden. Diese Vorschrift unterscheidet ihrem Wortlaut nach nicht zwischen einer Übertragung von Kapitalanteilen zwischen Gesellschaftern untereinander und einer Übertragung an von den Gesellschaftern verschiedene Dritte.

Diese Annahme wird durch die Materialien zur insoweit gleich lautenden Vorgängerbestimmung des § 8 Abs. 4 Regionalradio-Gesetz, BGBl. Nr. 506/1993 idF BGBl. I Nr. 51/2000 bestätigt. Die Erläuterungen zu § 7 der Regierungsvorlage zum Privatradiogesetz (401 BlgNR XXI. GP) verweisen ausdrücklich darauf, dass an die Rechtslage des bisherigen § 8 Regionalradiogesetz angeknüpft werden solle. In den Erläuterungen zu § 8 der Regierungsvorlage zum Regionalradiogesetz 1993 heißt es, dass es notwendig ist, die Übertragung von

Anteilen an die Zustimmung der Trägergesellschaft des Programmveranstalters zu binden, um auch andere Mitgesellschafter vor den Konsequenzen zu schützen, die an eine veränderte Eigentümerstruktur gebunden sein könnten. Ausdrücklich wird auf die Konsequenzen des Widerrufs der Zulassung für Veranstaltung von privatem Hörfunk hingewiesen, wenn Zeitungsinhaber jenseits des gesetzlich zulässigen Ausmaßes an einer Gesellschaft beteiligt sind, die eine Zulassung inne hat (Regierungsvorlage 1134 BlgNR XVII. GP, zitiert bei *Kogler/Traimer*, Privatrundfunkgesetz [1997], S. 40). Aus diesem Hinweis ergibt sich ohne Zweifel, dass sich der Zweck der Norm nicht darauf beschränkt, die derzeitigen Gesellschafter vor dem Neueintritt eines Gesellschafters zu schützen, mit dem diese nicht einverstanden sind. Vielmehr soll auch sichergestellt sein, dass sich die Verteilung der Geschäftsanteile zwischen den bestehenden Gesellschaftern untereinander nicht ohne Zustimmung der Gesellschafter verschiebt.

In diesem Sinne entspricht ein bloßes Vorkaufsrecht nicht dem Erfordernis der „Zustimmung der Gesellschaft“.

Vor diesem Hintergrund gelangt der Bundeskommunikationssenat zum Ergebnis, dass der Gesellschaftsvertrag der Volksgruppen-Radio GmbH der nun in seiner Neufassung vom 22. Juni 2001 explizit ein Zustimmungsrecht enthält, den Anforderungen des § 7 Abs. 4 PrR-G entspricht. Damit erfüllt die Volksgruppen-Radio GmbH nunmehr die Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 PrR-G, und sie ist in die Auswahlentscheidung nach § 6 PrR-G mit einzubeziehen.

2. Auswahlentscheidung

Für die konkrete Auswahlentscheidung sind einander die Berufungsgegnerin und die verbleibenden Berufungswerber gegenüberzustellen. Diese Auswahlentscheidung wird durch § 6 Abs. 1 PrR-G determiniert. Danach ist jenem Antragsteller der Vorrang einzuräumen, bei dem erstens auf Grund der vorgelegten Unterlagen wie der Ergebnisse des Verfahrens die Zielsetzungen dieses Gesetzes am besten gewährleistet erscheinen, insbesondere indem insgesamt eine bessere Gewähr für eine größere Meinungsvielfalt geboten wird sowie ein eigenständiges, auf die Interessen im Verbreitungsgebiet Bedacht nehmendes Programmangebot zu erwarten ist und von dem zweitens zu erwarten

ist, dass das Programm im größeren Umfang an eigengestalteten Beiträgen aufweist.

Nach neuer Rechtslage ist die Meinungsvielfalt nun nicht bloß bezogen auf das jeweilige Programm zu beurteilen, sondern es kommt vielmehr auf die Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet insgesamt an (Außenpluralität). Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum Privatradiogesetz (401 BlgNR XXI. GP) führen dazu aus, dass die Behörde „dabei im Vergleich zur bisherigen Rechtslage, bei der die „Gewähr für eine größere Meinungsvielfalt im Programm“ zu beurteilen war, nunmehr einen breiteren Beurteilungsspielraum [hat], als sie die Frage der größeren Meinungsvielfalt auch unter Berücksichtigung der bereits ausgestrahlten Programme (also orientiert am bestehenden „Marktangebot“) beurteilen kann.“

Wie schon nach bisheriger Rechtslage nach dem Regionalradiogesetz ist auch nach § 6 Abs. 1 PrR-G ein Kriterienraster mit Zielen und Beurteilungsvorgaben formuliert, den die Behörde im Sinn eines beweglichen Systems ihrer Entscheidung zu Grunde zu legen hat (vgl. Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum Regionalradiogesetz, 1134 BlgNR XVIII. GP S 15). Die Spartenprogramme können dabei unter Berücksichtigung des Gesamtangebots der privaten Hörfunkprogramme aus Gründen der Außenpluralität auch einem Vollprogramm vorgezogen werden (RV 1521 BlgNR XVIII. GP, S 15).

Keine Wertung trifft das Gesetz dahingehend, ob bestimmte Konzepte oder Formate bevorzugt zu berücksichtigen sind oder außer Betracht zu bleiben haben. Insbesondere ist dem Gesetz keine Wertung zu entnehmen, dass nur kommerzielle Hörfunkveranstalter zuzulassen wären. Vielmehr können auch so genannte freie Radios, Minderheitenprogramme oder konfessionelle Programme vorgesehen werden. Erforderlich ist eine Gesamtabwägung unter Berücksichtigung auch der verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVG-Rundfunk und des Art. 10 EMRK, in die sowohl wirtschaftliche als auch nicht wirtschaftliche Interessen einzufließen haben.

Bei der konkreten Beurteilung der Antragsteller hat die Behörde eine Prognoseentscheidung unter Berücksichtigung der in § 6 Abs. 1 Z 1 und 2 PrR-G genannten Kriterien vorzunehmen.

Zur Ermittlung der in § 6 Abs. 1 Z 1 PrR-G genannten Zielbestimmungen bedarf es einer Zusammenschau des – keine explizite Zielbestimmung enthaltenden – PrR-G mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVG-Rundfunk und des Art. 10 EMRK. Vor diesem Hintergrund können als Ziele des PrR-G die

Gewährleistung der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, die Berücksichtigung der Meinungsvielfalt, die Ausgewogenheit der Programme, die Unabhängigkeit der Personen und Organe sowie die Sicherung der Kommunikationsfreiheit im Sinn des Art. 10 EMRK als Gesetzesziele angesehen werden. Auch die Schaffung einer vielfältigen Hörfunklandschaft ist als Ziel des PrR-G anzusehen (vgl. die Regierungsvorlage zum RRG 1134 BlgNR XVIII. GP, S 11). In einer demonstrativen Aufzählung des Gesetzes selbst werden als Ziele die bessere Gewähr für eine Meinungsvielfalt sowie ein eigenständiges, auf die Interessen im Verbreitungsgebiet Bedacht nehmendes Programmangebot genannt, für die Spartenprogramme überdies, dass von ihnen im Hinblick auf das bereits bestehende Gesamtangebot an privaten Hörfunk ein besonderer Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet zu erwarten ist. Das zweite Entscheidungskriterium stellt darauf ab, dass der Vorrang jenem Antragsteller einzuräumen ist, von dem im Programm ein größerer Umfang an eigengestalteten Beiträgen zu erwarten ist.

Daraus ist abzuleiten, dass ungeachtet der Zulässigkeit der Übernahme von Mantelprogrammen jener Antragsteller unter diesem Gesichtspunkt höher zu bewerten ist, der solche Mantelprogramme in geringerem Umfang zur Programmgestaltung einsetzt. Bei der Anwendung dieses Kriteriums ist aber der systematische Zusammenhang mit § 9 PrR-G und der Ermächtigung zur Übernahme von Mantelprogrammen nach § 17 PrR-G zu beachten, welche Bestimmungen zum Ausdruck bringen, dass eine gewisse Verschränkung von Medieninhabern für die Entwicklung des privaten Hörfunkmarktes erforderlich ist.

Nach § 6 Abs. 2 leg.cit. ist schließlich zu berücksichtigen, ob einer der Antragsteller bereits bisher die zu vergebende Zulassung entsprechend dem Gesetz ausgeübt hat. Aus dieser Bestimmung ergibt sich zwar kein Anspruch des bisherigen Zulassungsinhabers, im Falle einer gesetzmäßigen Ausübung die Zulassung neuerlich zu erhalten, allerdings kann bei der vorzunehmenden Prognoseentscheidung berücksichtigt werden, inwieweit auf Grund der bisherigen Ausübung der Zulassung verlässlichere Annahmen im Hinblick auf die Kriterien nach § 6 Abs. 1 PrR-G getroffen werden können.

Die Behörde erster Instanz hat die einzelnen Berufungswerber sowie die Berufungsgegnerin bezüglich ihrer Eigentumsverhältnissen und Programminhalte

zutreffend dargestellt. Ihre Feststellungen sind daher im Folgenden zugrunde zu legen.

Der Bundeskommunikationssenat hat mit der Behörde erster Instanz keine Zweifel an der fachlichen, finanziellen und organisatorischen Eignung der Berufungswerber und der Berufungsgegnerin. Auch an der Einhaltung der Programmgrundsätze nach § 16 PrR-G bestehen keine Zweifel. Schließlich ergibt auch die Überprüfung der Auswahlentscheidung der KommAustria keinen Mangel, welcher zu einer Aufhebung oder Abänderung des Bescheids erster Instanz führen müsste. Auf die Begründung der ersten Instanz kann insoweit verwiesen werden.

Im Einzelnen ist zum Berufungsvorbringen und zu den weiteren Äußerungen im Berufungsverfahren auszuführen:

a) Zur Berufung und zum Vorbringen der 92,9 Hit FM Radio GmbH

Die Berufungswerberin bekämpft „gesondert“ den Ausspruch des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung der Berufung (Spruchpunkt 6 des bekämpften Bescheides) und begründet dies mit dem Vorbringen, dass nicht nur durch das „Nichtverlängern der Lizenz über den 19. 6. 2001 hinaus, sondern auch durch den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung dieser Berufung“ die Existenz der Berufungswerberin gefährdet werde. Das Vorbringen der Berufungswerberin, dass von einer „Vernichtung ganzer Radiobetriebe und von Investitionen“ auszugehen sei, ist wohl dahingehend zu verstehen, dass jedenfalls bei der Berufungswerberin „gewichtiger“ Interessen vorliegen, als bei der Berufungsgegnerin Interessen am Ausspruch über den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung vorliegen können. Eine Abwägung der Interessen der Parteien hätte daher zu Gunsten der Berufungswerberin getroffen werden müssen.

Die Berufungswerberin bekämpft den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung weiters mit dem Argument, dass keine Gefahr im Verzug iSd § 64 Abs. 2 AVG vorgelegen sei, da die Berufungswerberin „frühestens im September 2001“ zu senden beginnen hätte können. Das Brachliegen der Frequenz (für den Zeitraum des Berufungsverfahrens) sei ebenfalls nicht geeignet, eine „Gefahr in Verzug“ für öffentliche Interessen zu bedeuten.

Diesem Vorbringen ist zu entgegnen, dass die einstweilige Zulassung der 92,9 Hit FM Radio GmbH gemäß Bescheid der Privatrundfunkbehörde vom 19. Dezember 2000, GZ 611.700/012-PRB/00 für die Dauer von 6 Monaten ab Zustellung des im

gegenständlichen Berufungsverfahren zu beurteilenden Bescheides – daher mit 18.6.2001 – erloschen ist. Die Berufungswerberin hat daher bereits im Zeitpunkt der einstweiligen Zulassung mit einer Einstellung des Sendebetriebs aufgrund dieses Bescheides nach Ablauf von 6 Monaten rechnen müssen.

Selbst wenn die aufschiebende Wirkung nicht zuerkannt worden wäre, wäre damit die Berufungswerberin nicht über den genannten Zeitpunkt hinaus zur Veranstaltung von Hörfunk berechtigt gewesen.

Bei entgegenstehenden Interessen im Mehrparteienverfahren ist in der Frage der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung eine Interessenabwägung vorzunehmen, (vgl. *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetze* I², Rz 7). Auf Seiten der Berufungswerberin ist vorliegendenfalls – unter Zugrundelegung des Spruchpunktes 1 des bekämpften Bescheides – davon auszugehen, dass diese nicht berechtigt gewesen wäre, ihre Sendetätigkeit über den in der einstweiligen Zulassung genannten Zeitpunkt hinaus aufrecht zu erhalten, die Berufungsgegnerin jedoch erst mit der Entscheidung der Berufungsbehörde zu senden beginnen dürfte. Ein öffentliches Interesse an der Veranstaltung von Privatradios ergibt sich – wie der bekämpfte Bescheid diesbezüglich zutreffend ausführt – daraus, dass das PrR-G eine vielfältige Hörfunklandschaft anstrebt. Der Berufungswerberin ist jedoch kein berücksichtigungswürdiges Interesse daran zuzugestehen, dass die Berufungsgegnerin ihren Sendebetrieb nicht mit Zustellung des Bescheides aufnehmen kann. Aus den genannten Gründen ist daher auch die Interessensabwägung der erstinstanzlichen Behörde in der Frage der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung nicht als rechtswidrig anzusehen.

Soweit die Berufung Sachbezogenes und rechtlich Relevantes enthält ist zur Entscheidung auszuführen:

Wenn die Berufungswerberin zur Entscheidung über den Antrag auf Zulassung vorbringt, dass § 6 Abs. 2 PrR-G Vorrang gegenüber § 6 Abs. 1 PrR-G genießen müsse und die KommAustria diesen Vorrang auch in allen anderen Verfahren anerkannt habe, so ist ihr entgegenzuhalten, dass § 6 Abs. 2 einen Gesichtspunkt unter mehreren bei der Auswahlentscheidung und im Besonderen bei der Prognoseentscheidung bildet. Es kann keine Rede davon sein, dass die KommAustria § 6 Abs. 2 PrR-G in gesetzwidriger Weise vernachlässigt hätte.

Der mehrfache Hinweis auf Parallelverfahren ist für die rechtliche Beurteilung diese Bescheides ohne Belang, weil der Bundeskommunikationssenat einer Berufung der Frau Hit FM Radio GmbH mit Bescheid vom 30.11.2001 (BKS 611.135/003-BKS/2001) sowie mit Bescheid vom heutigen Tage einer Berufung der Alternativer Medienverbund registrierte Genossenschaft mit Geschäftsanteilshaftung i.Gr. (BKS 611.133/006-BKS/2001) Folge gegeben hat.

Auch das damit im Zusammenhang stehende Vorbringen, wonach die Behörde ihre Auswahlentscheidung allein auf das Argument der Meinungsvielfalt gestützt hätte, ist unzutreffend. Zwar ist die Meinungsvielfalt ein tragendes Argument in der Auswahlentscheidung der Behörde erster Instanz, dies steht jedoch mit den Vorgaben des § 6 Abs. 1 Z 1 ohne weiteres im Einklang, wird dort doch dieses Ziel an erster Stelle in der demonstrativen Aufzählung der Ziele des Gesetzes hervorgehoben. Auch ist zu berücksichtigen, dass das Ziel der Meinungsvielfalt im KommAustria Gesetz ausdrücklich als Zielvorgabe für die Tätigkeit der hier einschreitenden Behörden formuliert ist. Als unzutreffend erweist sich nunmehr der Vorhalt, dass die Entscheidungen für die Hörfunkzulassungen in Tirol nicht am Kriterium der Meinungsvielfalt ausgerichtet seien. Nach Durchführung der Berufungsverfahren wurden immerhin an zwei Hörfunkveranstalter, welche Programme im Funkhaus Tirol produzieren, keine Zulassungen erteilt.

Was den behaupteten Einstieg der „Styria-Gruppe“ bei der Berufungsgegnerin betrifft, so konnte die Berufungswerberin nicht dartun, auf welchen faktischen Grundlagen diese Behauptung beruht. Der Bundeskommunikationssenat konnte diese Behauptung daher nicht seiner Entscheidung zu Grunde legen.

Soweit die Berufungswerberin einen Verstoß gegen Art. 10 EMRK geltend macht, ist auf die Ausführungen im Bescheid der Behörde erster Instanz auf den Seiten 38 und 49 zu verweisen.

Hinsichtlich des Vorbringens, dass ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK vorliege, genügt es darauf hinzuweisen, dass dieses Grundrecht auf Verfahren zur Erteilung einer Hörfunkzulassung nicht anwendbar ist (vgl. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 13.6.2001 zu § 13 RRG, G 141/00 ua. worin dieser ausgesprochen hat, dass er auch „nicht finden [kann] dass mit der Übertragung der Erteilung von Privatrundfunk(Sende)Lizenzen (...) die Entscheidung über Civil Rights verbunden ist.“). Das Vorbringen bezüglich behaupteter Weisungen im Verfahren 1. Instanz ist für die Entscheidung des Bundeskommunikationssenates rechtlich irrelevant, die genannten Beweise waren daher nicht zu erheben.

Eine Verletzung von Gemeinschaftsrecht wegen Verletzung der entsprechenden Grundrechte als Bestandteile des Gemeinschaftsrechts scheidet schon deshalb aus, weil die Erteilung der Hörfunkzulassungen nicht im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts erfolgt.

Soweit in der Berufung eine unberechtigte Zurechnung der Anteile der Stifterin zur Kurzwelle Privatstiftung nach § 7 Abs. 4 PrR-G geltend gemacht wird, ist zu sagen, dass diese Zurechnung für die konkrete Auswahlentscheidung ohne Belang ist, weil die Behörde erster Instanz ohnehin nicht zum Ergebnis gelangt ist, dass eine mehr als zweimalige Versorgung von Personen oder Personengesellschaften desselben Medienverbundes erfolgte. Es ist daher ungeachtet des weitwändigen Vorbringens der Berufungswerberin für die Auswahlentscheidung unerheblich, ob – wie die Behörde erster Instanz annimmt – auf Grund faktischer Verhältnisse ein Einfluss auf die Tätigkeit der Stiftung besteht, der einem im § 9 Abs. 4 Z 1 angeführten Einfluss vergleichbar ist. Maßgeblich sind allein die organisatorischen und personellen Zusammenhänge (vgl. dazu den Bescheid des BKS vom 30.11.2001, GZ 611.135/003-BKS/2001), die im Bescheid der Behörde erster Instanz auf Seite 47 dargelegt wurden. Diesen Verbindungen ist die Berufungswerberin auch nicht entgegengetreten, sie hat vielmehr in ihrer Berufung im Vorbringen gegen die Annahme von Einflussnahmen die eine oder andere Nahebeziehung bestätigt, etwa indem sie die faktische Einbindung der Tochtergesellschaft Radio Media Consulting GmbH in unternehmensübergreifende Tätigkeiten im Zusammenhang mit anderen Unternehmen einräumt und auch dem Naheverhältnis von Mag. B.W. und W.A. nicht entgegentritt.

Das weitere Vorbringen einer Befangenheit des Mitglieds des Bundeskommunikationssenats Rechtsanwalt Dr. Karasek geht schon deshalb ins Leere, weil sich dieser ohne Kenntnis irgendwelcher Aktenteile in diesem wie in allen Verfahren für befangen erklärt hat, in denen eine Partei von seiner Kanzlei vertreten wird. Wenn in der Stellungnahme der Berufungswerberin von „Mitgliedern“ die Rede ist, so ist nicht ersichtlich, worauf sich der Plural insoweit bezieht. Keines der übrigen Mitglieder des Bundeskommunikationssenats ist zur berufsmäßigen Vertretung von Parteien befugt.

Der weitere zuletzt in einer Stellungnahme vorgebrachte Vorwurf der Willkür und Gleichheitswidrigkeit mit Blick auf die Tiroler Entscheidungen geht schon allein wegen des Inhalts der Entscheidung in diesen Berufungsverfahren ins Leere.

Was schließlich den Vorhalt betrifft, dass die Berufungsgegnerin wegen Verstoßes gegen eine kartellgesetzliche Anmeldepflicht rechtlich gar nicht existent sei, so ist zunächst festzuhalten, dass die 30%-Beteiligung der Online Media Computerdienstleistungs GmbH & Co KG sowie der Teletel Verlagsgesellschaft m.b.H an der Donauradio Wien GmbH jedenfalls kein Kartell im Sinn der §§ 9 ff. Kartellgesetz bildet. Beide beteiligten Unternehmen sind auf verschiedenen Märkten tätig, sodass Anhaltspunkte für eine beabsichtigte Wettbewerbsbeschränkung auf dem räumlich relevanten Wiener Radiomarkt vollkommen fehlen. Darüber hinaus sind nach den Angaben der Berufungswerberin im Schriftsatz vom 24.10.2001 auch keine anderen mit den Gesellschaftern der Donauradio GmbH verbundenen Unternehmen auf dem räumlich relevanten Wiener Radiomarkt tätig.

In Betracht kommt daher nur der Tatbestand eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens nach § 41 Abs. 2 KartG. Für die Frage, ob eine Anmeldepflicht nach § 42a KartG besteht, ist erstens Voraussetzung, dass die Aufgriffsschwellen erreicht werden und zweitens ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen iSd § 41 Abs. 2 KartG vorliegt. Die Aufgriffsschwellen gemäß § 42a Abs. 1 i.V.m. § 42c Abs. 4 KartG dürften im vorliegenden Fall überschritten sein, weil davon auszugehen ist, dass die Umsatzerlöse der beteiligten Unternehmen (vgl. § 2a KartG) multipliziert mit 200, da es sich um einen Zusammenschluss von Medienunternehmen handelt (vgl. 42c Abs. 4 KartG), alle drei in § 42a genannten Aufgriffsschwellen von 4,2 Mrd. Schilling weltweit, 210 Mio. Schilling im Inland sowie von 28 Mio. Schilling durch mindestens zwei Unternehmen überschreiten .

Grundvoraussetzung für das Vorliegen eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens ist eine gemeinsame Kontrolle durch die Gründerunternehmen (vgl. OGH v. 15.12.1998, 16 OK 15/98).

Die Beurteilung des Vorliegens dieses Kriteriums hat zunächst davon auszugehen, dass der Gesellschaftsvertrag der Donauradio Wien GmbH für keinen der beiden 30%-Anteilsinhaber ein Vetorecht hinsichtlich von Beschlüssen der Gesellschaft vorsieht. Auch sonst sieht der Gesellschaftsvertrag keine besonderen Abstimmungsquoren vor, weshalb die Bestimmungen des GmbH-Gesetzes greifen, nach dessen § 39 Beschlüsse der Gesellschaft grundsätzlich mit einfacher Mehrheit – somit auch gegen den Willen eines 30 %-Gesellschafters

– gefasst werden können. Nach der Judikatur des OGH als KOG (OGH v.13.0.1999,16 OK 5/99) liegt eine gemeinsame Kontrolle dann vor, wenn jeder Beteiligte die Möglichkeit zur Beeinflussung strategischer Entscheidungen hat, sie also ohne die anderen Partner nicht getroffen werden können. Dies ist nicht der Fall, wenn Beschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst werden können und keine sonstige Verhaltensabstimmung oder Vetorechte vorgesehen sind.

Ferner kann zur Auslegung des Begriffs Gemeinschaftsunternehmen auch auf die Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. C 66 v. 2.3.1998) zurückgegriffen werden (vgl. Gugerbauer, 2. Auflage 1994, Kommentar zum Kartellgesetz, § 41, Rz 14 – 2. Auflage). Dort heißt es auszugsweise:

„8. Ein Zusammenschluss im Sinne von Artikel 3 der Fusionskontrollverordnung muss die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

1. Gemeinsame Kontrolle

(...)

9. Ein Gemeinschaftsunternehmen kann von der Fusionskontrollverordnung erfasst werden, wenn von zwei oder mehr Unternehmen, d.h. den Muttergesellschaften, gemeinsame Kontrolle erworben wird (Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b). Der Begriff der Kontrolle wird in Artikel 3 Absatz 3 dargelegt. Demnach wird Kontrolle mit der Möglichkeit begründet, einen bestimmenden Einfluss auf ein Unternehmen auszuüben, wobei sowohl rechtliche als auch tatsächliche Erwägungen maßgeblich sind.

10. Die Grundsätze für die Bestimmung der gemeinsamen Kontrolle sind in der Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses dargelegt.“

Die Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der VO (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. C 66 vom 2. 3. 1998) führt Folgendes aus (Auszug):

„2.3. Gemeinsame Ausübung der Stimmrechte

35. In Ermangelung einer starken Interessengemeinschaft wird in der Regel die Möglichkeit wechselnder Koalitionen unter den Minderheitsgesellschaften die Entstehung einer gemeinsamen Kontrolle verhindern. Wenn es in den Entscheidungsverfahren keine feste Mehrheit gibt und die Mehrheit von Fall zu Fall unter den Minderheitsgesellschaften verschieden ausfallen kann, ist nicht zu vermuten, dass die Minderheitsgesellschafter gemeinsam das Unternehmen kontrollieren. In diesem Zusammenhang reicht es nicht aus, wenn es Absprachen gibt unter zwei oder mehr Parteien mit einer gleich hohen Kapitalbeteiligung an dem Unternehmen, die identische Rechte und Machtbefugnisse unter den Parteien begründen. Wenn beispielsweise in einem Unternehmen drei Gesellschafter jeweils ein Drittel des Kapitals besitzen und jeder ein Drittel der Posten in der Unternehmensleitung besetzt, haben die Gesellschafter keine gemeinsame Kontrolle, da die Entscheidungen mit einfacher Mehrheit getroffen werden müssen. Die gleiche Überlegung gilt auch für kompliziertere Konstruktionen, wenn sich beispielsweise das Kapital eines Unternehmens gleichmäßig auf drei Aktionäre verteilt und die Unternehmensleitung aus zwölf Direktoren besteht, von denen die Aktionäre A, B und C einzeln jeweils zwei bestimmen, gemeinsam auch zwei, und die restlichen vier von den acht Direktoren gewählt werden. In diesem Fall liegt keine gemeinsame Kontrolle vor, und damit auch keine Kontrolle im Sinne der Fusionskontrollverordnung.“

Unter Berücksichtigung der Judikatur des OGH sowie der Hinweise aus dem Europäischen Gemeinschaftsrecht ist davon auszugehen, dass die jeweils 30% Beteiligung an der Donauradio Wien, nachdem keinen besonderen Vetorechte im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sind und mangels anders lautender Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag gemäß § 39 GmbH-Gesetz die Beschlussfassung der Gesellschafter mit einfacher Mehrheit erfolgt, keine gemeinsame Kontrolle der Donauradio Wien GmbH durch die Gesellschaften Online Media Computerdienstleistungs GmbH & Co KG sowie der Teletel Verlagsgesellschaft m.b.H begründet und deshalb kein anmeldebedürftiger Zusammenschluss iSd § 41 Abs. 2 KartG gegeben ist. Das bedeutet, dass das Vorbringen der Berufungswerberin auch insoweit nicht zutreffend ist und die Entscheidung der Behörde erster Instanz nicht in Frage zu stellen vermag.

Soweit die Berufungswerberin unter Bezugnahme auf die vorgebrachten Zustellprobleme in einem kartellgerichtlichen Verfahren ausführt, dass Änderungen „in den Eigentumsverhältnissen“ auch unverzüglich zu melden wären, was aber seitens der Donauradio Wien GmbH nicht erfolgt sei, ist festzuhalten, dass zum einen eine Änderung der Eigentumsverhältnisse bei einer bloßen Verlegung des Sitzes einer Gesellschafterin oder bei vorübergehender Abwesenheit des Geschäftsführenden Gesellschafters von seiner Wohnadresse überhaupt nicht vorliegt. Der Vorwurf, dass im Lizenzverfahren „schon nicht einmal die Angaben zu den Gesellschaftern korrekt vorgebracht“ wurden, geht insofern ins Leere, als die Sitzverlegung der Keller Medien GmbH (wie die Eintragungen im Firmenbuch belegen) und die Abwesenheit des Geschäftsführers von seiner Wohnanschrift durch die Vorbereitungen für den Aufbau des Sendebetriebs erst nach Entscheidung der KommAustria erfolgt ist. Der Bundeskommunikationssenat kann daher nicht erkennen, dass diese nachträglich eingetretenen Umstände – wie die Berufungswerberin meint - „einen weiteren gravierenden Mangel der Lizenzbewerbung“ begründen würden.

b) Zur Berufung der MB Privatrado GmbH

Die Berufungswerberin MB Privatrado GmbH wendet sich gegen die Auswahlentscheidung und vor allem dagegen, dass das angebotene Format im Vordergrund gestanden habe. Der Bundeskommunikationssenat sieht auch angesichts des Berufungsvorbringens der MB Privatrado GmbH keinen Anlass, die Auswahlentscheidung für rechtswidrig anzusehen. Insbesondere das Vorbringen, dass das Musikformat in wesentlichen Teilen von Radio Wien, Radio Burgenland und Radio Niederösterreich abgedeckt werde, ist nicht durchschlagend. Zu berücksichtigen ist nämlich insoweit, dass Radio Burgenland und Radio Niederösterreich zwar auch in Wien empfangbar sind, diese Programme aber in ihrem Wortprogramm explizit auf zwei andere Bundesländer abgestimmt sind. Das Musikformat von Radio Wien ist dagegen nicht auf über 35-Jährige abgestimmt, sondern unterscheidet sich im Gegenteil maßgeblich von jenem der Berufungsgegnerin. Ein durchschlagendes Argument für eine andere Auswahlentscheidung zugunsten der MB Privatrado GmbH konnte auch im Berufungsverfahren nicht dargetan werden.

c) Zur Berufung des Mag. Florian Novak

Soweit in der Berufung von Mag. Florian Novak die Überschneidung mit Radio Burgenland und Radio Niederösterreich geltend gemacht wird, gilt das eben zur Berufung der MB Privatrado GmbH Gesagte entsprechend. Der Bundeskommunikationssenat kann ferner nicht erkennen, inwieweit es die Behörde unterlassen habe, den Unterlagen und weiteren Vorbringen der Parteien hinreichende Aufmerksamkeit zu widmen. Auf den Seiten 24 bis 26 sowie 56 und 57 wird das Programmkonzept des Berufungswerbers ausführlich dargestellt und gewürdigt. Die von Novak angebotene Einbindung von Hörern konnte im Verfahren nicht weiter geklärt werden, insbesondere nicht, welche redaktionelle Linie verfolgt werden soll. Es ist daher der Behörde erster Instanz in ihrer Einschätzung zu folgen, dass das vorgelegte Konzept eine im Hinblick auf die Vielfalt und Berücksichtigung lokaler Interessen wünschenswerte breitere Verankerung im Versorgungsgebiet nicht erkennen lässt. Im Übrigen ist nicht zu erkennen, dass ein Hörfunkbetrieb einer einzelnen natürlichen Person gegenüber dem Konzept einer aus mehreren Gesellschaftern bestehenden juristischen Person höher zu bewerten wäre.

d) Zur Berufung und zum Vorbringen der Volksgruppen-Radio GmbH

Dem Berufungsvorbringen der Volksgruppen-Radio GmbH ist zuzugestehen, dass für die Berücksichtigung in der Auswahlentscheidung nach § 6 PrR-G nicht erforderlich ist, dass ein Rechtsanspruch auf ein Hörfunkprogramm in den Volksgruppensprachen besteht. Solches hat die Behörde erster Instanz in ihrer Entscheidung auch nicht behauptet. Sie hat bloß dargetan, dass die Berufungswerberin wie alle übrigen Antragssteller auch im Auswahlverfahren nach § 6 PrR-G ohne Privilegierung aus dem Grund der Minderheitensprachen aus vom PrR-G verschiedenen Rechtsgrundlagen zu berücksichtigen ist. Soweit die Berufungswerberin geltend macht, dass das bestehende Angebot von fremdsprachigen Sendungen für (nicht-autochthone) Minderheiten (14-tägig 30 Minuten in tschechischer Sprache, zweimal wöchentlich eine Stunde in türkischer Sprache, einmal wöchentlich 90 Minuten in kurdischer Sprache, einmal pro Woche eine Stunde in arabischer Sprache, sowie täglich außer Freitag eine Stunde in afrikanischen Sprachen und sporadisch in Serbokroatisch und Vietnamesisch) nicht hinreichend sei, weil kein für die in Österreich anerkannten autochthonen Minderheiten gestaltetes Programm gesendet werde, so ist ihr zu entgegnen, dass sich Österreich zwar nach Art. 11 der Europäischen Charta der

Regional- und Minderheitensprachen verpflichtet hat, für Sprecher von diesen Sprachen in den Gebieten, in welchen diese Sprachen gebraucht werden, unter Berücksichtigung der Situation jeder Sprache in dem Ausmaß, in dem die staatlichen Stellen in diesem Bereich unmittelbar oder mittelbar Zuständigkeit, Befugnisse oder Einfluss haben, unter Achtung des Grundsatzes der Unabhängigkeit und Autonomie der Medien eine Reihe von Maßnahmen treffen, bei anderem zur Errichtung mindestens eines Hörfunksenders in den Regional- und Minderheitensprachen zu ermutigen und/oder sie zu erleichtern oder zur regelmäßigen Ausstrahlung von Hörfunksendungen in diesen Sprachen zu ermutigen oder zu erleichtern. Nach den von Österreich zu diesen Bestimmungen abgegebenen Erklärungen sind diese aber nicht auf das Land Wien anzuwenden. Angesichts dessen und mit Blick auf den Lebensraum der autochthonen Minderheiten ist nicht zu erkennen, inwieweit eine Zulassung zum Hörfunk gerade in Wien im Hinblick auf die Interessen im Verbreitungsgebiet geboten wäre. Daran vermag auch eine Wertentscheidung des Verfassungsgesetzgebers zu Gunsten des Minderheitenschutzes, wie sie die Berufungswerberin unter Berufung auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes geltend macht, nichts zu ändern.

Vor diesem Hintergrund steht zu erwarten, dass die Erteilung der Zulassung an die Donauradio Wien GmbH die Zielsetzungen des Privatrado-Gesetzes am besten gewährleistet. Die Berufungen waren daher spruchgemäß abzuweisen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis:

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab Zustellung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof und/oder Verfassungsgerichtshof erhoben werden.

Die Beschwerde muss iS des § 24 Abs. 2 VwGG bzw. iS des § 17 Abs. 2 in Verbindung mit § 14 Abs. 1 VerfGG von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Spätestens im Zeitpunkt der Überreichung der Beschwerde ist eine Gebühr von öS 2.500,- (EUR 181,68) zu entrichten.

14. Dezember 2001
Der Vorsitzende:
SCHALICH

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung: