

Zur Verfassungskonformität der „einstweiligen Zulassungen“ nach § 3 Abs 7 und 8 Privatradiog

2001/
367

Magdalena Pöschl

- I. Vorbemerkung
- II. Entwicklung
- III. Bedenken gegen die Verfassungskonformität des § 3 Abs 7 und 8 PrR-G
 - A. Verletzung der Kontrollfunktion des VfGH und VwGH
 1. Beeinträchtigung verfassungsrechtlich vorgegebener Entscheidungswirkungen
 2. Eingriff des kontrollierten Organs in die Funktion des Kontrollierenden
 - B. Verletzung des verfassungsrechtlichen Gebotes der faktischen Effizienz des Rechtsschutzes
 1. Die faktische Effizienz des Rechtsschutzes in der Judikatur des VfGH
 2. Die faktische Effizienz des Rechtsschutzes im Verfahren vor dem VfGH und vor dem VwGH
 - a) Dauer der Rechtsschutzbeeinträchtigung
 - b) Gründe und Reichweite der Rechtsschutzbeeinträchtigung
 - c) Nachhaltigkeit der Rechtsschutzbeeinträchtigung
 - d) Rechtsschutz gegen die Rechtsschutzbeeinträchtigung
 3. Zusammenfassung
 - C. Verletzung des Rechts auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz
- IV. Schlussbemerkung

Deskriptoren:

Beschreibungsbeschränkung; einstweilige Zulassung; einstweilige Bewilligung; faktische Effizienz des Rechtsschutzes; Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts; Kommunikationsfreiheit; Meinungsfreiheit; Privatradiog; Privatradiogesetz; Regionalradiog; Regionalradiogesetz; Rechtsstaat; rechtsstaatliches Prinzip.

Rechtsquellen:

Art 7 Abs 1, 129, 130, 144 B-VG; Art 10 MRK; Art I BVG Rundfunk; § 17 Abs 7 und 8 RRG; § 3 Abs 7 und 8 PrR-G; § 87 Abs 1 und 2 VerfGG 1953; § 42 Abs 1 und 3, § 63 Abs 1 VwGG 1985.

I. Vorbemerkung

Seit der Entscheidung des EGMR vom 24. 11. 1993 (Informationsverein Lentia¹⁾) steht fest, dass Österreich durch Art 10 MRK zur Schaffung eines dualen Rundfunksystems verpflichtet ist. Doch die Umsetzung dieser Verpflichtung stößt auf immer neue Schwierigkeiten. Schon die ersten privaten Hörfunkbetreiber wurden zurück an den Start geschickt, nachdem der VfGH die Rechtsgrundlage ihrer Sendelizenzen als verfassungs- bzw gesetzwidrig aufgehoben hatte²⁾. Und auch im zweiten Anlauf erteilte Zulassungen waren von der Aufhebung bedroht, als der VfGH § 13 Regionalradiogesetz (RRG)³⁾ von Amts wegen in Prüfung zog⁴⁾.

Um eine Fortsetzung des Sendebetriebs auch nach dem Wegfall dieser Zulassungen zu ermöglichen, nahm der Gesetzgeber noch während des laufenden Gesetzesprüfungsverfahrens eine Ergänzung des § 17 RRG vor⁵⁾. Diese ursprünglich als „Notfallgesetz“⁶⁾ gedachte Regelung wurde fast wortgleich auch in das Privatradiogesetz (PrR-G)⁷⁾ aufgenommen, das seit 1. April 2001 an Stelle des RRG in Geltung steht. Die Verfassungskonformität dieser Vorschrift ist jedoch gerade im Lichte der Judikatur des VfGH aus vielen Gründen fraglich. Sie soll im Folgenden einer näheren Prüfung unterzogen werden.

II. Entwicklung

Aus Anlass einer Reihe von Beschwerden gegen die Vergabe von Sendelizenzen fasste der VfGH am 16. Oktober 1999

1) Serie A, Nr 276 = EuGRZ 1994, 549.

2) Vgl VfSlg 14.256/1995.

3) BGBl 1993/506 sowohl idF BGBl I 1997/41 als auch idF BGBl I 1999/2.

4) Vgl zu dem schlussendlich gefällten Erk VfGH 29. 6. 2000, G 175-266/99 *Heinz Wittmann*, Aktuelles zum österreichischen Rundfunkrecht, MR 2000, 131; *Grabenwarter/Holoubek*, Demokratie, Rechtsstaat und Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag, ZfV 2000, 194 (200 f); *Karl Korinek*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen staatlicher Regulierung der Medien vor dem Hintergrund der Konvergenz, JRP 2000, 129 (136 FN 32 und 34); *Michael Holoubek*,

Die Organisation der Medienregulierung im Lichte der Konvergenz, JRP 2000, 216 (217 FN 17a).

5) BGBl I 2000/51.

6) Vgl den Artikel „Novelle zum Regionalradiogesetz: Privatradiog-„Notfallgesetz“ verabschiedet“, abrufbar unter <http://www.medienrecht.com/notfallgesetz.html>.

7) BGBl I 2001/20.



den Beschluss⁸⁾, ein Verfahren zur Prüfung des § 13 RRG – BGBl 1993/506 sowohl idF BGBl I 1997/41 als auch idF BGBl I 1999/2 – einzuleiten. Diese Bestimmung richtete die Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde bzw die (seit der Novelle BGBl I 1999/2 so genannte) Privatrundfunkbehörde als Kollegialbehörde idS Art 133 Z 4 B-VG ein und berief sie als oberste und einzige Instanz für das Zulassungsverfahren betreffend die Veranstaltung von regionalen und lokalen Hörfunkprogrammen. Sie schien dem VfGH aus rechtsstaatlichen Gründen bedenklich zu sein.

Am 24. Mai 2000, also noch vor Abschluss dieses Gesetzesprüfungsverfahrens, stellten die Abgeordneten *Dr. Ulrike Baumgartner-Gabitzer* und *Theresia Zierler* im Verfassungsausschuss den Antrag, den Initiativantrag 162/A betreffend § 7 RRG um folgende Änderung der §§ 17 und 18 RRG zu ergänzen⁹⁾:

„[...]“

2. Dem § 17 werden folgende Abs. 7 und 8 angefügt:

„(7) Wird eine Zulassung vom Verwaltungs- oder vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben, so hat die Privatrundfunkbehörde auf einen innerhalb von zehn Tagen gerechnet ab Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses einzubringenden Antrag des bisherigen Zulassungsinhabers diesem binnen 21 Tagen ab Einlangen des Antrages eine einstweilige Zulassung (einstweilige Bewilligung) zur Veranstaltung von Hörfunk für die bisherige Sendelizenz zu erteilen, wenn er die gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 8 bis 10 und 19 Abs. 2 für die neuerliche Erteilung der Zulassung offenkundig erfüllt und seine wirtschaftlichen Interessen die Interessen der Partei offenkundig überwiegen, die im Verfahren obsiegt hat, welches zur Aufhebung des Zulassungsbescheides geführt hat. Diese Partei hat auch Parteistellung im über die einstweilige Bewilligung durchzuführenden Verfahren; ihr ist innerhalb einer mit sieben Tagen zu bemessenden Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Auf die einstweilige Bewilligung sind die Bestimmungen der Abs. 1 und 2 sinngemäß anzuwenden. Die einstweilige Bewilligung erlischt mit der neuerlichen Entscheidung der Privatrundfunkbehörde über die Zulassung, spätestens aber nach sechs Monaten ab Erteilung der einstweiligen Bewilligung.“

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

3. Dem § 18 Abs. 2 wird folgende Z 4 angefügt:

„4. wenn die Zulassung vom Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben wurde.““

Dieser Antrag wurde folgendermaßen begründet:

„[...] Durch die vorgeschlagene Regelung des Abs. 8 erster Satz soll sichergestellt werden, dass der Lizenzinhaber

den Hörfunkbetrieb nicht schon im Zeitpunkt der Zustellung eines den Zulassungsbescheid aufhebenden verwaltungs- oder verfassungsgerichtlichen Erkenntnisses einstellen muss, wie dies nach der jetzigen Rechtslage der Fall wäre. [...]“

Es soll nicht verschwiegen werden, dass mit dieser Konstruktion die ansonsten ex lege eintretenden Wirkungen eines in einem Bescheidprüfungsverfahren ergangenen aufhebenden höchstgerichtlichen Erkenntnisses für einen Zeitraum von maximal 31 Tagen ex lege in einem gewissen Ausmaß im Ergebnis gleichsam suspendiert werden und der obsiegende Beschwerdeführer solcherart für diesen Zeitraum um einen ‚Erfolg‘ der von ihm erwirkten Bescheidaufhebung gebracht wird. Ein gewisses Spannungsverhältnis zur verfassungsrechtlich gebotenen Effektivität des bundesverfassungsrechtlichen Rechtsschutzsystems ist daher offenkundig. Der Verfassungsgerichtshof hatte in seiner bisherigen Rechtsprechung indes noch keine Gelegenheit, sich zu einer der hier vorliegenden Problematik ähnlichen Problematik zu äußern. In seinem Grundsatzerkennntnis VfSlg. 11196/1986 hat er – freilich im Zusammenhang mit der Zulässigkeit des generellen Ausschlusses der Möglichkeit der Zuerkennung von aufschiebenden Wirkungen – betont, dass eine Einschränkung der faktischen Effizienz eines Rechtsbehelfs aus sachlich gebotenen, triftigen Gründen zulässig ist. Überträgt man die dieser Äußerung zugrundeliegende Wertung auf die vorliegende Fallkonstellation, so könnte argumentiert werden, dass es dem einfachen Gesetzgeber jedenfalls nicht schlechthin verwehrt ist, die im Bescheidbeschwerdeverfahren auf Grund seiner einfachgesetzlichen Ausgestaltung eintretenden Wirkungen höchstgerichtlicher Erkenntnisse aus zwingenden öffentlichen Gründen für einen begrenzten Zeitraum teilweise abzuschwächen. Im Hinblick darauf, dass die Beibehaltung der derzeit geltenden Rechtslage im Lichte der unter Punkt 1 skizzierten Situation die Überlebensfähigkeit zahlreicher Rundfunkbetreiber gefährden und somit die Existenz eines zweifellos im öffentlichen Interesse liegenden und durch Art. 10 EMRK überdies auch grundrechtlich geschützten wirtschaftlich lebensfähigen und weit verbreiteten privaten Rundfunks in Frage stellen könnte, lassen sich daher gute Gründe für die Verfassungsmäßigkeit der vorgeschlagenen Regelung ins Treffen führen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch festzuhalten, dass ein gelinderes Mittel, um die Notwendigkeit der Beendigung des Hörfunkbetriebes bis zur neuerlichen Entscheidung der Privatrundfunkbehörde über die Zulassung zu vermeiden, nicht erkennbar ist.

Die Einräumung der Parteistellung an die obsiegt habende Partei erscheint aus verfassungsrechtlichen Gründen im Lichte der nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes verfassungsrechtlich gebotenen faktischen Effizienz des Rechtsschutzes ebenfalls unbedingt geboten, da sie – wie oben ausgeführt – im Fall der Erteilung der einstweiligen Bewilligung an den bisherigen Zulassungsinhaber im Ergebnis bis zum Erlöschen dieser Bewilligung um den wesentlichen Erfolg ihres Obsiegens im verwaltungs- bzw. verfassungsgerichtlichen Verfahrens gebracht wird. Die in Abs. 7 erster Satz vorgesehene Abwägungsverpflichtung und das

⁸⁾ VfGH 16. 10. 1999, B 2504/97 ua.

⁹⁾ AB 136 BzNR 21. GP.

zweifach statuierte Erfordernis der Offenkundigkeit dient ebenfalls der verfassungsrechtlich erforderlichen Wahrung der Interessen dieser Partei. Im Hinblick auf die erwähnte faktische Effektivität des Rechtsschutzes ist es schließlich auch verfassungsrechtlich geboten, die Geltungsdauer der einstweiligen Bewilligung auf jenen Zeitraum zu begrenzen, der für die neuerliche Durchführung des Zulassungsverfahrens unbedingt erforderlich ist.

Mit der Ergänzung des § 18 Abs. 2 soll klargestellt werden, dass die Privatrundfunkbehörde im Rahmen des über die neuerliche Erteilung der Zulassung durchzuführenden Verfahrens verpflichtet ist, ungeachtet der einstweiligen Bewilligung, eine weitere Ausschreibung der Sendelizenz vorzunehmen.¹⁰

Der Initiativantrag 162/A wurde in der Fassung dieses Abänderungsantrages vom Verfassungsausschuss angenommen und dem Nationalrat vorgelegt, der die antragsgemäße Änderung des RRG am 6. Juni 2000 beschloss¹⁰). In dem am 11. Juli 2000 ausgegebenen BGBl I 2000/51 wurde diese Novelle schließlich kundgemacht.

Kurze Zeit nach der Beschlussfassung im Nationalrat, nämlich am 29. Juni 2000, stellte der VfGH mit Erkenntnis G 175-266/99 dann auch fest, dass § 13 RRG, BGBl 1993/506 sowohl idF BGBl I 1997/41 als auch idF BGBl I 1999/2, verfassungswidrig war¹¹). Am 13. Juli 2000 (dem Tag der Zustellung dieses Erkenntnisses an den Bundeskanzler¹²)) teilte der VfGH in einer Presseaussendung mit, dass er die Beschwerdefälle, die ihn zur Prüfung des § 13 RRG veranlasst haben, voraussichtlich in der Oktober-Session entscheiden werde¹³). In dieser Session hob er sodann die bekämpften Zulassungen mit der Begründung auf, dass sie in Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes erteilt worden sind¹⁴). Zugleich beschloss der VfGH aber auch aus Anlass einer Reihe weiterer Beschwerden, § 13 RRG in der zum damaligen Zeitpunkt geltenden Fassung BGBl I 1999/160 von Amts wegen in Prüfung zu ziehen; diese Rechtsvorschrift begegnete nämlich zumindest teilweise denselben Bedenken wie ihre als verfassungswidrig festgestellte Vorgängerbestimmung¹⁵).

Der novellierten Rechtslage entsprechend schrieb die Privatrundfunkbehörde zwar in der Folge jene Sendelizenzen neu aus, die sie mit den aufgehobenen Zulassungen vergeben hatte (§ 18 Abs 2 Z 4 RRG)¹⁶). Die bisherigen Zulassungsinhaber waren aber zunächst ex lege und dann auf-

grund der ihnen am 19. Dezember 2000¹⁷) erteilten einstweiligen Bewilligungen weiterhin berechtigt, Hörfunk zu veranstalten (§ 17 Abs 7 und 8 RRG). Dass dieser in jeder Hinsicht provisorische Zustand eine unverzügliche Änderung der Rechtslage erforderte, lag auf der Hand. Einerseits waren die einstweiligen Bewilligungen nämlich nach § 17 Abs 7 RRG mit maximal sechs Monaten befristet. Andererseits mussten die sodann benötigten „regulären“ Zulassungen bereits durch eine neue Behörde erteilt werden, denn die Verfassungswidrigkeit der Privatrundfunkbehörde war evident und die Aufhebung ihrer Rechtsgrundlage (und der von ihr erlassenen Bescheide) durch den VfGH jederzeit zu gewärtigen. Während die Oppositionsparteien in Ansehung dieser Situation vorschlugen, § 13 RRG vorübergehend in Verfassungsrang zu erheben¹⁸), plante die Bundesregierung die Schaffung einer neuen „Regulierungsbehörde“, die allerdings nach der „Judikatur des Verfassungsgerichtshofes nur auf Grundlage einer Verfassungsbestimmung erfolgen [kann]“¹⁹). Nachdem keines dieser Vorhaben die erforderliche Zweidrittelmehrheit im Nationalrat gefunden hatte²⁰), wurde dort die einfachgesetzliche Einrichtung einer Regulierungsbehörde („KommAustria“) sowie eines in zweiter Instanz zuständigen Bundeskommunikationssenates durch das „KommAustria-Gesetz“ (KOG) beschlossen²¹). Dieses Gesetz ermöglichte erst den Vollzug des kurz zuvor verabschiedeten „Privatradiogesetzes“ (PrR-G)²²), das am 1. April 2001 in Kraft getreten ist und das gleichzeitig außer Kraft getretene RRG ablöst (§ 33 PrR-G). Das PrR-G regelt den Betrieb privaten Hörfunks zwar in vielen Belangen anders als das RRG; die dort in § 17 Abs 7 und 8 getroffene Rechtsvorschrift wurde aber fast wortgleich als § 3 Abs 7 und 8 auch in das PrR-G übernommen²³).

17) Vgl IA 370/A 21. GP, 13; siehe auch den Artikel „Neuausschreibung von 23 Privatradiolizenzen“, abrufbar unter http://www.medienrecht.com/23_neue_licenzen.html.

18) Vgl die IA 345/A und 347/A 21. GP.

19) RV 400 B1gNR 21. GP, 22.

20) Die in FN 18 genannten Initiativanträge wurden schon im Verfassungsausschuss abgelehnt (AB 471 B1gNR 21. GP und AB 472 B1gNR 21. GP); siehe zur Ablehnung der in FN 19 genannten RV StenProt, 55. Sitzung vom 31. 1. 2001, 148.

21) Bundesgesetz über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria („KommAustria“) und eines Bundeskommunikationssenates (KommAustria-Gesetz – KOG), BGBl I 2001/32, Art I.

22) Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen für privaten Hörfunk erlassen werden (Privatradiogesetz – PrR-G), BGBl I 2001/20 (RV 401, AB 470 und Zu 470 B1gNR 21. GP).

23) § 3 Abs 7 lautet: „Wird eine Zulassung vom Verwaltungs- oder vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben, so hat die Regulierungsbehörde auf einen innerhalb von zehn Tagen gerechnet ab Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses einzubringenden Antrag des bisherigen Zulassungsinhabers diesem binnen 21 Tagen ab Einlangen des Antrages eine einstweilige Zulassung (einstweilige Bewilligung) zur Veranstaltung von Hörfunk für das von der bisherigen Zulassung festgelegte Versorgungsgebiet zu erteilen, wenn er die gesetzlichen Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 und der §§ 7 bis 9 für die neuerliche Erteilung der Zulassung offenkundig erfüllt und seine wirtschaftlichen Interessen die Interessen der Partei offenkundig überwiegen, die im Verfahren obsiegt hat, welches zur Aufhebung des Zulassungsbescheides geführt hat. Diese Partei hat auch Parteistellung im über die einstweilige Bewilligung durchzuführenden Verfahren; ihr ist innerhalb einer mit sieben Tagen zu bemessenden Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Auf die einstweilige Bewilligung sind die Bestimmungen der Abs. 1 und 2 sinngemäß anzuwenden. Die einstweilige Bewilligung erlischt mit der neuerlichen Entscheidung der Regulierungsbehörde über die Zulassung, spätestens aber nach sechs Monaten ab Erteilung der einstweiligen Bewilligung.“ Abs 8 lautet: „In den Fällen des Abs. 7 ist die Veranstaltung von Hörfunk durch den bisherigen Zulassungsinhaber bis zum Ablauf des

10) StenProt, 29. Sitzung vom 6. 6. 2000, 21. GP, 147.

11) Vgl zu diesem Erk die in FN 4 angegebene Lit.

12) Vgl die Kundmachung der Feststellung der Verfassungswidrigkeit in BGBl I 2000/98.

13) Diese Presseaussendung ist abrufbar unter <http://www.vfgh.gv.at/vfgh/presse.html>.

14) Vgl zB VfGH 28. 9. 2000, B 2504/97 ua; siehe auch die Pressemitteilung des VfGH vom 24. 11. 2000, abrufbar unter der in FN 13 genannten Adresse.

15) Vgl den zu B 1485/99 ua protokollierten Prüfungsbeschluss vom 28. 9. 2000. § 13 RRG, BGBl 1993/506 idF BGBl I 1999/160, ließ zwar gegen Bescheide der Privatrundfunkbehörde die Beschwerde an den VfGH zu (Abs 11), richtete diese Behörde aber weiterhin als Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag ein und begegnete daher dem Bedenken, ebenso wie seine Vorgängerbestimmung die bundesverfassungsrechtliche Ermächtigung zur Einrichtung solcher Behörden überschritten zu haben.

16) Vgl das „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ vom 27. 12. 2000.

Diese Regelung ist zwar außergewöhnlich; eine ganz singuläre Erscheinung ist sie in der Rechtsordnung aber nicht. Denn sie ist jedenfalls in ihrer Zielsetzung § 359c GewO 1994²⁴⁾ sehr ähnlich, der den Betrieb einer gewerblichen Anlage auch dann noch erlaubt, wenn der VfGH den zugrunde liegenden Genehmigungsbescheid aufgehoben hat. Dieses „Weiterbetriebsrecht“ besteht nach der genannten Vorschrift bis zur Rechtskraft des Ersatzbescheides, längstens jedoch für ein Jahr, und ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Beschwerde, die zur Aufhebung des Genehmigungsbescheides geführt hat, die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist²⁵⁾. 1999 wurde nach dem Vorbild des § 359c GewO 1994 auch § 119 Abs 12 Mineralrohstoffgesetz²⁶⁾ ausgestaltet. Während in den Materialien zu § 359c GewO 1994 bloß bemerkt wird, dass diese Bestimmung schwere wirtschaftliche Schäden hintanhaltend soll, die eine Betriebsunterbrechung in der Zeit des konsenslosen Zustandes bewirken würde²⁷⁾, und § 119 Abs 12 MinroG den Erläuterungen zufolge überhaupt nur „[klarstellen]“ soll, dass Bergbauanlagen auch nach der Aufhebung des Bewilligungsbescheides weiter betrieben werden können²⁸⁾, sprechen die Initiatoren des § 17 Abs 7 und 8 RRG die verfassungsrechtliche Problematik der von ihnen vorgeschlagenen Bestimmung in erstaunlicher Offenheit an. Wie berechtigt diese, von den Gesetzesredaktoren selbst aufgeworfene Frage nach der Verfassungskonformität der nun auch in § 3 Abs 7 und 8 PrR-G getroffenen Regelung ist, soll im Folgenden erörtert werden.

III. Bedenken gegen die Verfassungskonformität des § 3 Abs 7 und 8 PrR-G

A. Verletzung der Kontrollfunktion des VfGH und VwGH

1. Beeinträchtigung verfassungsrechtlich vorgegebener Entscheidungswirkungen

Die Art 130 Abs 1 lit a und Art 144 Abs 1 B-VG berufen den VfGH sowie den VfGH dazu, über Beschwerden zu erkennen, welche die Gesetzwidrigkeit bzw die (näher umschriebene) Verfassungswidrigkeit verwaltungsbehördlicher Bescheide behaupten. Erkennt der jeweils angerufene Gerichtshof den bekämpften Bescheid als rechtswidrig, so entscheidet er über die betreffende Verwaltungssache nicht meritorisch, sondern ist nach § 42 Abs 1 VwGG 1985 und § 87 Abs 1 VerfGG 1953 darauf beschränkt, den Bescheid

aufzuheben. Diese kassatorische Entscheidung wirkt zunächst *rechtsgestaltend*, denn sie bringt den Bescheid mit all seinen Rechtswirkungen ex tunc zum Erlöschen²⁹⁾. Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist diese Entscheidungswirkung ausdrücklich in § 42 Abs 3 VwGG 1985 bestätigt, sie gilt aber nach Ansicht des VfGH auch für das verfassungsgerichtliche Verfahren als unmittelbare Rechtsfolge des § 87 Abs 2 VerfGG 1953³⁰⁾. In jedem dieser Verfahren tritt die Rechtssache daher mit der Bescheidaufhebung automatisch *in die Lage* zurück, in der sie sich *vor Erlassung des angefochtenen Bescheides* befunden hatte.

Im Regelfall bedeutet diese kassatorische Form der Beschwerdeerledigung für den Beschwerdeführer eine gewisse Verzögerung des Rechtsschutzes, weil dieser wieder an jene Verwaltungsbehörde verwiesen ist, die den rechtswidrigen Bescheid erlassen hat³¹⁾. Um ihm gleichwohl umgehend die Erlangung eines rechtsrichtigen Bescheides zu ermöglichen, legen § 63 Abs 1 VwGG 1985 und § 87 Abs 2 VerfGG 1953 dem aufhebenden Erkenntnis auch eine *Bindungswirkung* bei und verpflichten alle Verwaltungsbehörden dazu, „in dem betreffenden Fall mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln *unverzüglich* den der Rechtsanschauung des [jeweiligen Gerichtshofes] entsprechenden Rechtszustand herzustellen“³²⁾.

Der offenkundige Zweck dieser Vorschriften besteht darin, dem Beschwerdeführer einen raschen und sicheren Rechtsschutz zu gewährleisten – eine Zielsetzung, der die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts auch stets durch eine rechtsschutzfreundliche Auslegung Rechnung getragen haben³³⁾. Der VfGH hat dabei nicht nur Wert darauf gelegt, dass der Rechtsschutzsuchende unverzüglich zu einer Verwaltungsentscheidung kommt, die der Rechtsanschauung des Gerichtshofes entspricht. Er hat es auch als eine Selbstverständlichkeit angesehen, dass die Behörde die *Folgen* des als rechtswidrig aufgehobenen Verwaltungsaktes *beseitigt*. Hat die Behörde etwa zu Unrecht beschlagnahmte Gegenstände noch in ihrer Verfügungsmacht, so unterliegt es nach Ansicht des Gerichtshofes „nicht dem geringsten Zweifel,

zehnten Tages ab Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses zulässig. Hat der bisherige Zulassungsinhaber fristgerecht einen Antrag auf einstweilige Bewilligung zur Veranstaltung von Hörfunk gestellt, so hat er das Recht, bis zum Ablauf des Tages der Zustellung der diesen Antrag betreffenden Entscheidung der Regulierungsbehörde Hörfunk in dem Umfang zu veranstalten, der der bisherigen Zulassung entspricht.“

24) BGBl 1994/194 idF BGBl I 2000/121.

25) Vgl zu dieser Bestimmung *Bernhard Raschauer*, Verfassungswidrige GewO-Novelle 1992, *WBl* 1993, 179 (181 f); *Josef W. Aichreiter*, Erwiderung auf Raschauer, *WBl* 1993, 183 (184 f); *Eva Schulev-Steindl*, Neuerungen im Betriebsanlagenrecht nach der Gewerberechtsnovelle 1992, *OZW* 1993, 97 (103 f); *Kobzinal/Hrdlicka*, *Gewerbeordnung* 1994³ (1994) 553 f.

26) BGBl I 1999/38, siehe auch § 116 Abs 11 leg cit.

27) RV 635 BlgNR 18. GP, 104.

28) RV 1428 BlgNR 20. GP, 107.

29) Vgl zB *Georg Ress*, Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1968) 115 ff; *Peter Oberndorfer*, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit (1983) 166; *Christoph Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997) 397 f; *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁹ (2000) Rz 1035, Rz 1218.

30) VfSlg 4632/1964, 7692/1975, VfGH 30. 9. 2000, B 1702/98, siehe auch VfSlg 8397/1978, 13.375/1993.

31) Siehe zu dieser Problematik *Robert Walter*, Kassatorische oder reformatorische Entscheidung? in: *Lehnel/Loebenstein/Schimetschek* (Hrsg), Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, VfGH-FS (1976) 391 (398); *Günther Winkler*, Die Entscheidungsbefugnis des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes im Lichte der Gewaltentrennung, in: *derselbe*, Orientierungen im öffentlichen Recht (1979) 105 ff; *Grabenwarter* (FN 29) 371 ff.

32) Hervorhebung nicht im Original; vgl dazu näher *Grabenwarter* (FN 29) 401 ff.

33) So hat der VfGH etwa die in diesen Bestimmungen angeordnete Bindungswirkung nicht bloß auf die bescheiderlassende, sondern auch auf jede andere Behörde bezogen (vgl zB VfSlg 3802/1960, 13.375/1993), und wiederholt betont, dass es der Behörde verwehrt ist, den Beschwerdeführer „durch Nachschieben einer (neuen) rechtlichen Begründung bei Erlassung des Ersatzbescheides um den Prozeßerfolg zu bringen, der durch das im ersten Rechtsgang ergangene verfassungsgerichtliche Erkenntnis bewirkt wurde“ (VfSlg 14.467/1996, siehe auch VfSlg 14.456/1996). Vgl für die Rsp des VfGH die Nachweise bei *Grabenwarter* (FN 29) 402 f.

daß § 87 Abs. 2 VerfGG, der Behörde deren Erstattung an die Partei unmittelbar gebietet. Denn diese Erstattung ist das mindeste, was zur Herstellung des Rechtszustandes vor dem verfassungswidrigen Eingriff notwendig ist³⁴). Die Ersatzpflicht für Gegenstände, deren sich die Behörde äußert hat, zu verneinen, hieße, wie der VfGH in dieser Entscheidung festgehalten hat, „den Gedanken der Rechtsstaatlichkeit verneinen“, denn „es kann [...] nicht vom Verhalten der Behörde abhängen, ob ein mit den Sanktionen des § 87 Abs. 2 VerfGG. ausgestattetes, weil den angefochtenen Bescheid aufhebendes Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes auf eine bloße Deklaration reduziert werde“.

In dieser zuletzt genannten Entscheidung klingt bereits an, dass der VfGH die ordnungsgemäße Umsetzung seiner Erkenntnisse nicht bloß für eine einfachgesetzliche Anordnung, sondern auch für ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit hält. Mit voller Deutlichkeit wurde dies aber im Erkenntnis VfSlg 4126/1961 ausgesprochen, nach dem die in § 87 Abs 2 VerfGG 1953 und § 63 Abs 1 VwGG 1985 statuierten Entscheidungswirkungen³⁵) nur den *Grundgedanken des Art 129 B-VG verwirklichen*, der den VwGH zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten Verwaltung beruft: „Diese Gesetzmäßigkeit wäre nicht gesichert, wenn eine Bindung der Verwaltungsbehörden an die Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes nicht bestünde. Dasselbe gilt auch für den Verfassungsgerichtshof, soweit er als Sonderverwaltungsgerichtshof rätig wird.“ Eine konkrete Regelung der Entscheidungswirkungen im Verfassungsrang ist, wie der VfGH in diesem Erkenntnis festgestellt hat, „wegen des allgemeinen und umfassenden Inhaltes des Art. 129 B.-VG., der die Regelung des § 87 Abs. 2 VerfGG. 1953 und die gleichlautende des § 50 VerwGG. 1952³⁶) miteinschließt, entbehrlich“³⁷). Der dem Erkenntnis VfSlg 4126/1961 zugrunde liegenden Ansicht entspricht auch die besondere Bedeutung, die der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts nach der Judikatur ganz allgemein für den Rechtsschutz zukommt³⁸).

In Ansehung dieser Rechtsprechung kann wohl nicht angenommen werden, dass die – bereits durch das B-VG vorgegebenen und von den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts stets rechtsschutzfreundlich interpretierten – Wirkungen der Entscheidungen des VfGH und VwGH zur freien Disposition des einfachen Gesetzgebers stehen. Es kann ihm daher³⁹) nicht erlaubt sein, eine Regelung zu treffen, die diese Entscheidungswirkungen im Ergebnis beseitigt oder beschränkt. Gerade dieses Ziel verfolgt der Gesetzgeber aber, wenn er für den Fall der Aufhebung einer Zulassung durch den VfGH oder VwGH⁴⁰) die durch diese Zulassung eingeräumte Berechtigung *aufrechterhält* und dem bisherigen Zulassungsinhaber die Fortsetzung der Hörfunkveranstaltung ermöglicht⁴¹): § 3 Abs 8 PrR-G er-

Recht, Winkler-FS [1997] 691; ebenso muss eine allgemeinverbindliche Verwaltungsanordnung als Verordnung ausgestaltet sein, weil der VfGH andernfalls seinen Rechtsschutzauftrag nach Art 139 B-VG nicht erfüllen kann (VfSlg 12.157/1989, 12.574/1990). Der VfGH hat in seiner Rsp auch deutlich gemacht, dass die umfassende Kontrolle der Verwaltung durch die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts durch ein einfaches Gesetz nicht eingeschränkt werden kann; daher war es etwa dem Asylgesetzgeber verwehrt, den VwGH auf die Wahrnehmung bloß gravierender Verfahrensfehler zu beschränken (VfSlg 13.834/1994). In der eingangs (FN 4) erwähnten Entscheidung G 175-266/99 hat es der VfGH darüber hinaus aus rechtsstaatlichen Gründen als verfassungswidrig angesehen, dass der Gesetzgeber in § 13 RRG, BGBl 1993/506 sowohl idF BGBl I 1997/41 als auch idF BGBl I 1999/2, Aufgaben der Verwaltungsführung mit der Funktion der Verwaltungskontrolle in einer einzigen Behörde zusammengefasst und der Kontrolle durch den VwGH entzogen hat.

39) Anders als die Initiatoren des § 17 Abs 7 und 8 RRG glauben: AB 136 BlgNR 21. GP, 1.

40) Gegen Bescheide des nach Art 133 Z 4 B-VG eingerichteten Bundeskommunikationsnetzes ist die Beschwerde an den VwGH zulässig; vgl § 11 Abs 3 KOG.

41) Vgl auch *Raschauer* (FN 25) 181, der § 359c GewO 1994 als verfassungswidrig qualifiziert, weil das darin eingeräumte „Weiterbetriebsrecht“ (siehe dazu oben II. am Ende) die verfassungsrechtlich vorgegebenen Wirkungen der Entscheidungen des VwGH unterlaufe. *Aichreiter* (FN 25) 184 hat gegen diese Beurteilung eingewendet, das (ohne § 359c GewO 1994 bestehende) Verbot, die Anlage weiter zu betreiben, resultiere nicht aus der aufhebenden Entscheidung des VwGH, sondern aus „der gesetzlichen Anordnung, wonach Betriebsanlagen nur auf der Grundlage einer rechtskräftigen – oder nunmehr in zweiter Instanz erteilten – Genehmigung errichtet/geändert und betrieben werden dürfen“. Diese Anordnung werde durch § 359c GewO 1994 unterlaufen, nicht aber das von *Raschauer* ins Treffen geführte „Kassationsprinzip“. Diese Argumentation lässt außer Acht, dass der VwGH von Verfassung wegen gerade die Vollziehung der von *Aichreiter* genannten Anordnung zu kontrollieren und daher auch zu überprüfen hat, ob die Erteilung einer Betriebsanlagengenehmigung den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht. Stellt der VwGH daher die Gesetzeswidrigkeit eines Genehmigungsbescheides fest und beseitigt er diesen in der Folge aus dem Rechtsbestand, so wird seine Entscheidung sehr wohl untergraben, wenn der Gesetzgeber an sie der Sache nach die Erlaubnis knüpft, die als gesetzwidrig aufgehobene Genehmigung weiterhin in Anspruch zu nehmen. Natürlich durchbricht der Gesetzgeber damit zugleich seine eigene Anordnung, dass eine Betriebsanlage nur mit Genehmigung betrieben werden darf. Das wirft aber nur die weitere Frage auf, wie es sachlich zu rechtfertigen sein soll, dass die Aufhebung einer Genehmigung durch den VwGH eine Genehmigungsfreiheit zur Folge hat (siehe auch *Raschauer* [FN 25] 181; ähnlich *Kobzina/Hrdlicka* [FN 25] 553). Die Gleichheitswidrigkeit des § 359c GewO 1994 befreit diese Bestimmung aber nicht von dem Vorwurf, die verfassungsrechtlich vorgesehene Kontrolle des VwGH zu beeinträchtigen, und an der Berechtigung dieses Vorwurfs ändert auch der von *Aichreiter* (FN 25) 184 f erwähnte Umstand nichts, dass die Behörde bei der Erlassung des Ersatzbescheides an die Rechtsansicht des VwGH gebunden ist. Denn diese Bindungswirkung kann nicht an die Stelle, sie muss vielmehr an die Seite der mit der Bescheidaufhebung verbundenen Rechtsgestaltung treten, um den auf den zweiten Rechtsgang verwiesenen Beschwerdeführer wenigstens bis zur Erlassung des Ersatzbescheides keinem gesetzwidrigen Zustand mehr auszusetzen. Nur unter diesen Voraussetzungen kann eine Entscheidung des VwGH die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung idS Art 129 B-VG sichern.

34) VfSlg 2046/1950.

35) Bis zur B-VGNov 1946 waren diese Wirkungen im Verfassungsrang geregelt, vgl Art 133 Abs 2 und Art 144 Abs 2 B-VG BGBl 1920/1; Art 133 Abs 3 und Art 144 Abs 2 B-VG BGBl 1929/392.

36) Nunmehr: § 63 Abs 1 VwGG 1985.

37) Hervorhebung nicht im Original. Zustimmend *Michael Tanzer*, Die Fortsetzung des Verwaltungsverfahrens nach Aufhebung des Bescheides durch den Verfassungsgerichtshof, in: *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1998) 197 (205), der für dieses Rechtsverständnis auch die systematische Stellung des Art 129 B-VG als allgemein einleitende, sämtlichen Abschnitten des 6. Hauptstückes gleichermaßen vorangestellte Norm ins Treffen führt; vgl auch *Grabenwarter/Holoubek* (FN 4) 194, die in Art 129 B-VG ein „[grundsätzliches rechtsstaatliches] Bekenntnis“ sehen; dass die Wirkungen der Erkenntnisse des VwGH verfassungsrechtlich vorgegeben sind, betont auch *Raschauer* (FN 25) 181.

38) So bezeichnete der VfGH in den Erk VfSlg 12.080/1989, 14.723/1997 und 15.215/1998 seine Kontrollfunktion ebenso wie die des VwGH als einen „[wesentlichen] Bestandteil des rechtsstaatlichen Prinzips“, als „im Rechtsstaat [essentiell]“ bzw als „zentrales Element des rechtsstaatlichen Baugesetzes“ (siehe auch VfGH 10. 3. 2001, G 12/00 ua). In VfSlg 13.834/1994 spricht der Gerichtshof von einem „von der Verfassung vorgegebenen [System] des letztlich von den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts zu wahrenen Rechtsschutzes“, und es gehört nach der Rsp auch zu den Anforderungen an einen „rechtsstaatlichen Mindeststandard“, dass eine im Ergebnis negative Entscheidung – in durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts überprüfbarer Weise – in Bescheidform ergeht (VfSlg 13.952/1994, siehe auch VfSlg 13.027, 13.223/1992, 13.699/1994, 14.702/1996; vgl dazu auch *Richard Novak*, Der Bescheid – Verfassungsrechtliche Perspektiven, in: *Herbert Haller ua* [Hrsg], Staat und

laubt zunächst die weitere Inanspruchnahme der Zulassung bis zum Ablauf des zehnten Tages ab Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses. Nach dieser Frist gestattet er die Fortsetzung der Hörfunkveranstaltung schon dann, wenn der bisherige Zulassungsinhaber rechtzeitig eine „einstweilige Bewilligung“ beantragt hat. Gibt die Behörde diesem Antrag schließlich statt, so ist der Rundfunkveranstalter berechtigt, im Umfang der aufgehobenen Zulassung solange weiterzusenden, bis die Regulierungsbehörde neuerlich über die Zulassung entschieden hat, längstens jedoch für sechs Monate (§ 3 Abs 7 PrR-G). Die dadurch verursachte Unterwanderung eines höchstgerichtlichen Erkenntnisses kann weder mit der befristeten Geltung der einstweiligen Bewilligung abgetan werden, noch mit dem Argument, durch diese Bewilligung werde die Hörfunkveranstaltung bloß vorübergehend an weniger strenge Voraussetzungen geknüpft. Denn der offenkundige Zweck dieser Bewilligung ist nicht die Erteilung einer neuen Zulassung unter geänderten Voraussetzungen, sondern die Verlängerung der als rechtswidrig aufgehobenen Zulassung, sodass der Beschwerdeführer – wie die Initiatoren des § 17 Abs 7 und 8 RRG selbst einräumen – „im Ergebnis bis zum Erlöschen dieser Bewilligung um den wesentlichen Erfolg [seines] Obsiegens im verwaltungs- bzw. verfassungsgerichtlichen [Verfahren] gebracht wird“⁴²⁾. Indem § 3 Abs 7 und 8 PrR-G die Inanspruchnahme einer Zulassung auch nach ihrer Aufhebung durch ein Höchstgericht ermöglicht, verhindert er, dass der Rechtszustand vor ihrer Erlassung wiederhergestellt wird. Er nimmt damit einem höchstgerichtlichen Erkenntnis seine entscheidende rechtsgestaltende Wirkung und reduziert die darin verfügte Aufhebung der Zulassung in dieser Hinsicht auf die bloße Deklaration, dass diese Zulassung rechtswidrig war⁴³⁾.

42) AB 136 BlgNR 21. GP, 2. (Hervorgebung nicht im Original).

43) Gegen dieses Ergebnis kann auch nicht das Erk VfSlg 8202/1977 ins Treffen geführt werden, in dem der VfGH es als zulässig angesehen hat, dass der VwGH nach § 11 Abs 1 AHG auf Antrag eines Amtshaftungsgerichts die Rechtswidrigkeit eines Bescheides nur festzustellen, diesen Bescheid aber nicht auch aufzuheben hat. Der erkennbare Zweck dieser Vorschrift besteht darin, die Beurteilung der Rechtswidrigkeit verwaltungsbehördlicher Bescheide dem VwGH vorzubehalten. Wäre dieser Gerichtshof in einem Verfahren nach § 11 Abs 1 AHG auch befugt, den als rechtswidrig festgestellten Bescheid aufzuheben, so führte dies einerseits zu einer unerwünschten Doppelgleisigkeit des Rechtsschutzes, andererseits könnte auf diese Weise durch die Erhebung einer Amtshaftungsklage die Einhaltung der sechswöchigen Beschwerdefrist ohne weiteres umgangen werden. Es ist daher in jeder Hinsicht zweckmäßig, den nach § 11 Abs 1 AHG angerufenen VwGH bloß zur Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheides zu berufen, zumal der vom Amtshaftungskläger vor den ordentlichen Gerichten begehrte Rechtsschutz dadurch in keiner Weise beeinträchtigt wird. Wie der VfGH in dem erwähnten Erk VfSlg 8202/1977 ausgesprochen hat, steht Art 129 B-VG einer solchen Regelung auch nicht entgegen, weil sich aus dieser Vorschrift „keineswegs eine Beschränkung der Zuständigkeit des VwGH auf die Kassation des als rechtswidrig erkannten Bescheides [ergibt]“ (siehe auch VfSlg 11.500/1987). Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass die Ausgestaltung der Wirkungen der Erkenntnisse des VfGH und VwGH zur freien Disposition des einfachen Gesetzgebers stünde. Denn es wäre gewiss nicht zulässig, die in einem Bescheidbeschwerdeverfahren nach Art 130 und 144 B-VG gefällten Erkenntnisse dieser Gerichtshöfe mit bloß feststellender Wirkung auszustatten; dem Beschwerdeführer wäre es diesfalls nämlich nicht möglich, zu einer rechtsrichtigen verwaltungsbehördlichen Entscheidung zu gelangen, sodass die Gesetzmäßigkeit der gesamten Verwaltung iSd Art 129 B-VG gerade nicht gesichert wäre.

2. Eingriff des kontrollierten Organs in die Funktion des Kontrollierenden

Der Gesetzgeber beeinträchtigt mit § 3 Abs 7 und 8 PrR-G nicht nur die in Art 129 B-VG grundgelegten Wirkungen der kassatorischen Entscheidungen des VfGH und VwGH; er verletzt diese Verfassungsvorschrift auch noch aus einem weiteren Grund: Indem er die Regulierungsbehörde zur Erteilung einer „einstweiligen Zulassung“ beruft, legt er es nämlich in die Hand einer *Verwaltungsbehörde* zu entscheiden, wann und inwieweit die von einem Höchstgericht vorgenommene Aufhebung eines Bescheides wirksam werden soll⁴⁴⁾. Eine derartige Befugnis ist aber mit der den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts übertragenen *Kontrolle der Verwaltung* nicht vereinbar. Wie der VfGH in seinem Erkenntnis G 19/99 vom 10. März 2000 ausgesprochen hat, erlaubt ein „derartiges verfassungsmäßig [...] vorgegebenes Kontrollsystem [...] keinen wie immer gearteten effektiven Eingriff des kontrollierten Organs in die Funktion des Kontrollierenden; eine solche Annahme bedeutete nämlich geradezu eine Umkehrung der Kontrollrichtung und erwiese sich als schlechthin systemwidrig“. Aus diesem Grund sah es der VfGH als verfassungswidrig an, dass § 18 VwGG 1985 den Präsidenten des VwGH bei der Besorgung der Justizverwaltung dem Weisungsrecht des Bundeskanzlers unterstellte. In grundsätzlich gleicher Weise muss es dann aber auch unzulässig sein, wenn ein Verwaltungsorgan zwar nicht auf die Entscheidungstätigkeit der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts selbst, aber doch auf die Wirkung der von ihnen gefällten Entscheidungen Einfluss nehmen kann⁴⁵⁾.

B. Verletzung des verfassungsrechtlichen Gebotes der faktischen Effizienz des Rechtsschutzes

1. Die faktische Effizienz des Rechtsschutzes in der Judikatur des VfGH

Wie der VfGH seit dem Erkenntnis VfSlg 2929/1955 in ständiger Rechtsprechung betont, „gipfelt [der Sinn des

44) Als § 17 Abs 7 und 8 RRG zum ersten Mal zur Anwendung kam, war die Situation noch etwas problematischer. Die Privatrundfunkbehörde schob nämlich durch die Erteilung der einstweiligen Bewilligungen formal nicht die Aufhebung der von ihr selbst erlassenen Bescheide auf, sondern sie verlängerte damit der Sache nach die von ihrer „Vorgängerbehörde“ erteilten Zulassungen. Der VfGH hatte die Zulassungen aufgehoben, weil er die Rechtsgrundlage dieser Behörde für verfassungswidrig hielt. Die Gründe, die ihn im Erk G 175-266/99 (siehe FN 4) zur Feststellung dieser Verfassungswidrigkeit veranlasst haben, trafen aber zumindest teilweise auch auf die Privatrundfunkbehörde zu, die nunmehr zur Erteilung der einstweiligen Bewilligungen berufen war (vgl schon oben II.). Diese Verfassungswidrigkeit wurde zum einen gleichsam „potenziert“, als § 17 Abs 7 RRG die Privatrundfunkbehörde dazu ermächtigte, die Wirkungen gerade jener Erkenntnisse aufzuschieben, die als Folge der auch ihr zu konzederenden Verfassungswidrigkeit gefällt worden sind. Dann ging aber auch die erweisliche oder doch vom Ergebnis her erschießbare Absicht des § 17 Abs 7 und 8 RRG dahin, in bestimmte, beim VfGH pendente Bescheidprüfungsverfahren hindernd einzugreifen bzw zu vereiteln, dass die Erkenntnisse, die diese Verfahren abschließen, ihre vollen Wirkungen entfalten. Eine solche Vorgangsweise widerspricht, wie der VfGH schon mehrfach festgestellt hat, der ihm übertragenen Kontrolle legislativer und verwaltungsbehördlicher Akte (vgl zB VfSlg 10.091/1984, 10.402/1985, siehe auch VfSlg 11.829, 11.916, 11.927/1988, VfGH 29. 6. 2000, G 19/00 ua, V 9/00 ua).

45) Vgl den ähnlichen Vorwurf *Raschauer's* (FN 25) 181 f, § 359c GewO 1994 bedeute ein „intentionales gesetzliches Unterlaufen der Wirkungen höchstgerichtlicher Erkenntnisse“ und sei daher als ein gezielter Eingriff der gesetzgebenden Staatsfunktion in den Bereich der Gerichtsbarkeit zu werten.

rechtsstaatlichen Prinzipes darin], daß alle Akte staatlicher Organe im Gesetze und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen und ein System von Rechtsschutzeinrichtungen die Gewähr dafür bietet, daß nur solche Akte in ihrer rechtlichen Existenz dauernd gesichert erscheinen, die in Übereinstimmung mit den sie bedingenden Akten höherer Stufe erlassen wurden⁴⁶⁾.

Aufbauend auf dieser Rechtsprechung hat der VfGH in seinem Erkenntnis VfSlg 11.196/1986 festgestellt, dass

„die hier unabdingbar geforderten Rechtsschutzeinrichtungen ihrer Zweckbestimmung nach ein bestimmtes Mindestmaß an *faktischer* Effizienz für den Rechtsschutzwerber aufweisen müssen. Zunächst ist hierzu die Klarstellung geboten, daß von faktischer Effizienz deshalb die Rede ist, weil unter Effizienz allein unter Umständen bloß das letzten Endes bewirkte Erreichen einer Entscheidung rechtsrichtigen Inhalts durch das Ergreifen von Rechtsbehelfen verstanden werden könnte, nicht aber auch die mitgemeinte Umsetzung einer solchen Entscheidung in den Tatsachenbereich. ‚Schutz‘ als Teilaspekt des Ausdrucks ‚Rechtsschutz‘ ist auf den Rechtsunterworfenen bezogen und meint nicht zuletzt die – rechtzeitige – Wahrung und Gewährleistung einer faktischen Position, weshalb Rechtsschutzeinrichtungen diesen Zweck notwendig in sich schließen. Der VfGH hält im Hinblick auf diesen Inhalt des Begriffes Rechtsschutzeinrichtung, mithin insbesondere des Begriffes Rechtsbehelf, auch an der Ansicht fest, daß es nicht angeht, den Rechtsschutzsuchenden *generell* einseitig mit allen Folgen einer potentiell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung solange zu belasten, bis sein Rechtsschutzgesuch endgültig erledigt ist. Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang allerdings nicht nur seine Position, sondern auch – Zweck und Inhalt der Regelung, ferner die Interessen Dritter sowie schließlich das öffentliche Interesse. Der Gesetzgeber hat unter diesen Gegebenheiten einen Ausgleich zu schaffen, wobei aber dem Grundsatz der faktischen Effizienz eines Rechtsbehelfs der Vorrang zukommt und dessen Einschränkung nur aus sachlich gebotenen, triftigen Gründen zulässig ist.“

Diese Rechtsansicht hat der VfGH in seiner nachfolgenden Rechtsprechung immer wieder bekräftigt⁴⁷⁾ und weiter vertieft: Die in VfSlg 11.196/1986 getroffenen Aussagen sind, wie der Gerichtshof in seinem Erkenntnis VfSlg 12.683/1991 betonte, unmittelbar aus den rechtsstaatlichen Grundsätzen abgeleitet und betreffen daher den Rechtsschutz *in allen Arten behördlicher Verfahren*⁴⁸⁾. In

VfSlg 12.409/1990 wendete der VfGH diese Grundsätze auch auf den *vom OGH zu gewährenden Rechtsschutz* an und sprach aus, dass die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Entscheidungen dieses Höchstgerichtes eine der Voraussetzungen für die Effizienz der bestehenden Rechtsschutznormen ist.

2. Die faktische Effizienz des Rechtsschutzes im Verfahren vor dem VfGH und vor dem VwGH

Im Prüfungsbeschluss zu VfSlg 13.003/1992 merkte der VfGH zwar an, dass die im Erkenntnis VfSlg 11.196/1986 angestellten Erwägungen zur aufschiebenden Wirkung nicht auf das Verfahren zur Bescheidkontrolle vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts zu übertragen seien. Damit sollte aber wohl nur klargestellt werden, dass für die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung in diesem Verfahren andere, allenfalls auch strengere Maßstäbe gelten können als im Administrativverfahren, das über einen noch nicht rechtskräftigen Bescheid geführt wird. Aus dieser – bloß nebenbei gemachten und im Normprüfungserkenntnis selbst nicht wiederholten – Äußerung kann aber gewiss nicht geschlossen werden, dass die durch das rechtsstaatliche Prinzip gebotene faktische Effizienz des Rechtsschutzes für das Bescheidbeschwerdeverfahren keine Geltung habe. Dass gerade dieses verfassungsrechtlich durch die Art 130 und 144 B-VG garantierte Verfahren faktisch effizient sein muss, wird auch in der Rechtsprechung des VfGH zureichend deutlich, die immer wieder die essentielle Bedeutung der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts für den Rechtsstaat hervorgehoben hat⁴⁹⁾. Wohl in diesem Sinne betont auch *Peter Oberndorfer*, dass „erst der rechtsstaatliche Sinngehalt der Kontrolle der anderen Staatsfunktionen durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts das Abstellen auf die rechtsstaatlich gebotene Effizienz der Rechtsbehelfe vor jenen Gerichtshöfen [gestattet]. Legislative Akte, die diese Effizienz mindern, sind unter rechtsstaatlichen Aspekten prinzipiell fragwürdig und aus überwiegenden öffentlichen Interessen begründungsbedürftig⁵⁰⁾.“

Der VfGH hatte zwar bisher noch nie eine Regelung zu beurteilen, die wie § 3 Abs 7 und 8 PrR-G⁵¹⁾ die Wirkungen höchstgerichtlicher Entscheidungen suspendiert. Er hat aber in der Vergangenheit mehrmals zu Rechtsvorschriften Stellung genommen, die dem Rechtsunterworfenen (durch den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung) die Folgen einer potentiell rechtswidrigen Entscheidung auferlegten. Eine

46) Siehe schon VfSlg 2455/1952, vgl auch VfSlg 8279/1978, 11.196/1986, 12.409/1990 sowie VfGH 10. 3. 2001, G 12/00 ua.

47) VfSlg 12.279, 12.409/1990, 12.683/1991, 13.003, 13.182, 13.223, 13.305/1992, 13.493/1993, 14.374/1995, 14.548, 14.671/1996, 14.765/1997, 15.218/1998. Vgl dazu auch mwN *Novak* (FN 38) 696 ff; *Peter Oberndorfer*, Der Rechtsstaat auf der Probe oder der Versuch der Legalisierung von Unrecht, in: *Herbert Haller ua* (Hrsg), Staat und Recht, Winkler-FS (1997) 707 (709 ff); *Martin Hiesel*, Die Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 1999, 522 (525 ff); siehe allerdings auch die Kritik *Ewald Wiederins*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht (1993) 67 ff, an der dogmatischen Begründung dieser Rsp.

48) Somit nicht bloß im Abgabeverfahren (das in VfSlg 11.196/1986 entscheidungsgegenständlich war), sondern auch in einem streitigen arbeitsgerichtlichen Verfahren oder im Administrativverfahren über die Vorschreibung von Beiträgen in der gesetzlichen Sozialversiche-

rung: VfSlg 13.003, 13.305/1992. *Aichreiter* (FN 25) 183 ist daher nicht zuzustimmen, wenn er meint, das von *Raschauer* (FN 25) 180 zitierte Erk VfSlg 11.196/1986 habe für die vorläufige Inbetriebnahme einer Anlage nach § 78 Abs 1 GewO 1994 keine Geltung, weil es dort nicht *einen* Rechtsschutzsuchenden gebe, sondern zumindest zwei. Denn das Gebot der faktischen Effizienz des Rechtsschutzes gilt in jedem Verwaltungsverfahren und ist unabhängig davon, wie viele Parteien an dem Verfahren jeweils beteiligt sind.

49) ZB VfSlg 12.080/1989, 13.834/1994, 14.723/1997, 15.215/1998; vgl auch FN 38.

50) *Oberndorfer* (FN 47) 717; siehe auch *Grabenwarter/Holoubek* (FN 4) 208, die den Art 129 ff B-VG „das Gebot eines grundsätzlich lückenlosen und auch faktisch effizienten Rechtsschutzes durch den Verwaltungsgerichtshof“ entnehmen.

51) Die folgenden Ausführungen gelten sinngemäß immer auch für die Vorbild- und Vorgängerregelung des § 17 Abs 7 und 8 RRG.

derartige Beeinträchtigung der faktischen Effizienz des Rechtsschutzes ist, wie der VfGH in dieser Judikatur festgestellt hat, nur aus *sachlich gebotenen, triftigen Gründen* zulässig⁵²⁾, sie soll für den Rechtsschutzwerber *nicht zu endgültigen Belastungen* führen⁵³⁾ und darf ihm auch nicht alle Folgen einer potentiell rechtswidrigen Entscheidung *generell* und einseitig solange auferlegen, bis sein Rechtsschutzgesuch endgültig erledigt ist⁵⁴⁾. Diese für das Administrativverfahren aufgestellten Voraussetzungen effizienten Rechtsschutzes lassen Rückschlüsse für die hier maßgebliche Frage zu, ob und inwieweit es dem einfachen Gesetzgeber erlaubt sein kann, den Rechtsschutz im Verfahren vor den Gerichten des öffentlichen Rechts zu beschränken.

a) Dauer der Rechtsschutzbeeinträchtigung

Aus der dargestellten Judikatur ergibt sich einerseits, dass es unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein kann, dem Rechtsschutzwerber die Folgen einer Verwaltungsentscheidung aufzuerlegen, die er nach der Rechtsordnung noch bekämpfen kann. Selbstverständliche (und wohl auch anklingende) Prämisse dieser Zulässigkeit ist aber andererseits, dass die – vorläufige – Belastung mit diesen Folgen nur solange hingenommen werden kann, *bis das Rechtsschutzgesuch endgültig zugunsten des Rechtsschutzwerbers erledigt ist*. Diese Belastung auch dann noch aufrechtzuerhalten, wenn die Rechtswidrigkeit der Entscheidung nicht mehr bloß potentiell, sondern durch ein höchstgerichtliches Erkenntnis *erwiesen* ist, hieße, dem Rechtsschutzgesuch seinen Sinn zu nehmen und den Rechtsschutzgedanken gleichsam auf den Kopf zu stellen.

Eine derartige Verkehrung des Rechtsschutzes in sein Gegenteil wird durch § 3 Abs 8 PrR-G aber bewirkt. Diese Bestimmung erklärt „[in] den Fällen des Abs. 7“ – also dann, wenn eine Zulassung vom VfGH oder VfGH aufgehoben wurde – „die Veranstaltung von Hörfunk durch den bisherigen Zulassungsinhaber bis zum Ablauf des zehnten Tages ab Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses“ für zulässig und ermöglicht eine über diesen Zeitraum hinausgehende Hörfunkveranstaltung, wenn der bisherige Zulassungsinhaber rechtzeitig eine einstweilige Bewilligung beantragt, deren Erteilung ihm dann der Sache nach für weitere sechs Monate die Inanspruchnahme der als rechtswidrig aufgehobenen Zulassung ermöglichen kann. Während dieser ganzen Zeit wird dem Rechtsschutzwerber der Prozess Erfolg des höchstgerichtlichen Beschwerdeverfahrens vorenthalten⁵⁵⁾. Es war ihm diesfalls zwar möglich, eine rechtsrichtige Entscheidung zu erlangen, die Umsetzung dieser Entscheidung in den Tatsachenbereich wird durch § 3 Abs 7 und 8 PrR-G aber gerade inhibitiert – ein Ergebnis, das der VfGH schon für das Administrativverfahren ausdrücklich als unzulässig erkannt hat⁵⁶⁾.

b) Gründe und Reichweite der Rechtsschutzbeeinträchtigung

§ 3 Abs 7 und 8 PrR-G hindert aber nicht nur die – für einen effizienten Rechtsschutz unabdingbare – Umsetzung einer Entscheidung in den Tatsachenbereich. Die mit dieser Regelung verfügte massive Beeinträchtigung des Rechtsschutzes ist auch nicht aus „*sachlich gebotenen, triftigen Gründen*“ notwendig. Wie sich aus den Materialien ergibt, glaubten die Initiatoren des – für § 3 Abs 7 und 8 PrR-G vorbildhaften – § 17 Abs 7 und 8 RRG, dass diese Regelung aus folgenden Gründen zu rechtfertigen ist⁵⁷⁾: „Im Hinblick darauf, dass die Beibehaltung der derzeit geltenden Rechtslage im Lichte der unter Punkt 1 skizzierten Situation die Überlebensfähigkeit zahlreicher Rundfunkbetreiber gefährden und somit die Existenz eines zweifellos im öffentlichen Interesse liegenden und durch Art. 10 EMRK überdies auch grundrechtlich geschützten wirtschaftlich lebensfähigen und weit verbreiteten privaten Rundfunks in Frage stellen könnte, lassen sich daher gute Gründe für die Verfassungsmäßigkeit der vorgeschlagenen Regelung ins Treffen führen.“

Wenn dem Ausschussbericht auch nicht zu entnehmen ist, wotin die „unter Punkt 1 [skizzierte] Situation“ besteht, so ist ihm doch zweifellos darin zuzustimmen, dass ein wirtschaftlich lebensfähiger und weit verbreiteter privater Rundfunk im öffentlichen Interesse liegt und auch durch Art 10 MRK geboten ist, dies allerdings mit einer entscheidenden Einschränkung: Weder dem öffentlichen Interesse noch Art 10 MRK kann es genügen, dass ein privater Rundfunk – unter welchen Voraussetzungen auch immer – *faktisch* besteht; maßgeblich muss vielmehr sein, dass eine rechtliche Rundfunkordnung existiert, die den Betrieb privaten Rundfunks unter sachgerechten Voraussetzungen ermöglicht, und dass über das Vorliegen dieser Voraussetzungen in einem rechtsstaatlichen Garantien genügenden Verfahren entschieden wird⁵⁸⁾. Wird daher – wie dies mit der Erlassung des § 17 Abs 7 und 8 RRG beabsichtigt war – eine Rundfunklandschaft, die zur Gänze auf rechtswidrigen Zulassungen beruht, auch dann aufrechterhalten, wenn deren Rechtswidrigkeit durch ein höchstgerichtliches Erkenntnis erwiesen ist, so kann dafür gewiss nicht Art 10 MRK ins Treffen geführt werden. Eine solche Vorgangsweise muss im Lichte dieser Konventionsbestimmung im Gegenteil sogar bedenklich erscheinen, weil sie den bestehenden – rechtswidrig agierenden – Rundfunkbetreibern einseitig den Vorrang vor jenen Personen einräumt, die die Berechtigung, Hörfunk zu betreiben, erst erwerben wollen.

Die in § 17 Abs 7 und 8 RRG getroffene Regelung konnte aber auch vor dem Hintergrund ihrer Entstehungsgeschichte⁵⁹⁾ nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, dass durch einen Sendestopp in allen Anlassfällen zu dem Erkenntnis G 175-266/99 die Überlebensfähigkeit einer

52) VfSlg 11.196/1986, 12.683/1991, 13.003, 13.182, 13.305/1992.

53) VfSlg 13.182/1992, 14.374/1995.

54) VfSlg 11.196/1986, 12.683/1991, 13.003, 13.305/1992, 14.374/1995, 14.548, 14.671/1996.

55) Dies gestehen auch die Initiatoren des § 17 Abs 7 und 8 RRG zu: AB 136 BigNR 21. GP, 2.

56) VfSlg 11.196/1986, 13.182/1992, siehe auch 14.548/1996.

57) AB 136 BigNR 21. GP, 1.

58) Vgl zB Michael Holoubek, Der Regionalradiogesetz-Entwurf vor dem Hintergrund der rundfunkverfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreich auf dem Weg zum dualen Rundfunksystem (1991) 21 ff; Walter Berka, Die Zulassung von Privatradios in Österreich, ZfV 1995, 437 ff, 441, 452; Korinek (FN 4) 130, 132.

59) Vgl oben II.

großen Zahl von Rundfunkbetreibern und damit auch ein wirtschaftlich lebensfähiger und weit verbreiteter privater Rundfunk gefährdet worden wäre. Denn es erscheint zunächst schon dem Grundsatz nach problematisch anzunehmen, dass dem unbeeinträchtigten Wirksamwerden verfassungs- und verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen ein öffentliches Interesse entgegensteht⁶⁰). Dann ist aber auch fraglich, warum der private Rundfunk existentiell vom wirtschaftlichen „Überleben“ ausgerechnet jener Hörfunkbetreiber abhängen soll, die im Zeitpunkt der Erlassung des § 17 Abs 7 und 8 RRG (noch) im Besitz einer Zulassung waren. Gerade der Umstand, dass jede dieser Zulassungen beim VfGH bekämpft worden ist, beweist doch, dass es neben den damals am Markt zugelassenen Hörfunkbetreibern eine große Zahl von Mitbewerbern gibt, denen wohl nicht von vornherein und pauschal die wirtschaftliche Lebensfähigkeit abgesprochen werden kann. Dazu kommt, dass die in § 17 Abs 7 und 8 RRG getroffene Regelung ebenso wenig wie der nunmehr geltende § 3 Abs 7 und 8 PrR-G auf Situationen beschränkt ist, in denen durch die Anlassfallwirkung eines Normprüfungserkenntnisses eine große Zahl von Rundfunkbetreibern die Zulassung verliert. Beide Bestimmungen kommen vielmehr auch dann zur Anwendung, wenn bloß die Zulassung eines einzelnen Rundfunkbetreibers – aus welchem Grund auch immer – vom VfGH oder VwGH als rechtswidrig aufgehoben wird. Durch die Gefährdung der Überlebensfähigkeit gerade dieses einen Rundfunkbetreibers wäre aber gewiss nicht die Existenz des privaten Rundfunks an sich bedroht.

Unabhängig davon, ob die Zulassungsaufhebung durch ein Höchstgericht bloß einen einzelnen oder viele Rundfunkbetreiber betrifft, stellt § 3 Abs 7 und 8 PrR-G aber (wie seine Vorgängerbestimmung) auch keineswegs sicher, dass zur Fortsetzung der Hörfunkveranstaltung nur solche Rundfunkbetreiber berechtigt sind, deren Überleben durch einen sofortigen Sendestopp gefährdet würde: In den ersten zehn Tagen nach Zustellung des die Zulassung aufhebenden Erkenntnisses ist es nämlich *undifferenziert jedem Radiobetreiber* unabhängig von seiner wirtschaftlichen Lage erlaubt, weiter Hörfunk zu veranstalten. Stellt er innerhalb dieser zehn Tage einen Antrag auf Zuerkennung einer „einstweiligen Bewilligung“, dann dauert diese Befugnis solange fort, bis die Regulierungsbehörde über den Antrag entschieden hat (§ 3 Abs 8 PrR-G). Diese Entscheidung soll zwar nach § 3 Abs 7 PrR-G binnen 21 Tagen getroffen werden; an die (bei einer größeren Anzahl von Anträgen keineswegs unwahrscheinliche) Überschreitung dieser Frist sind jedoch *keine Rechtsfolgen* geknüpft⁶¹), sie beeinträchtigt insbesondere nicht die Befugnis des Antragstellers, weiterhin im Umfang der aufgehobenen Zulassung zu senden. Anders als die Initiatoren des § 17 Abs 7 und 8 RRG annahmen, werden daher die Wirkungen der die Zulassung aufheben-

den Entscheidung des VfGH oder VwGH nicht „für einen Zeitraum von maximal 31 Tagen ex lege in einem gewissen Ausmaß im Ergebnis gleichsam suspendiert“⁶²); die Aussetzung dieser Wirkungen kann vielmehr in einer keineswegs als selten zu vernachlässigenden Zahl von Fällen auch durchaus länger dauern und sie kommt undifferenziert jedem Hörfunkveranstalter zugute, der rechtzeitig einen entsprechenden Antrag stellt.

Auch nach der Entscheidung über den Antrag auf einstweilige Zulassung ist aber keineswegs gesichert, dass dem Rechtsschutzwerber der Prozessersfolg nur dann versagt bleibt, wenn der bisherige Zulassungsinhaber andernfalls in seinem Überleben bedroht wäre. Nach § 3 Abs 7 PrR-G ist nämlich „eine einstweilige Zulassung (einstweilige Bewilligung) zur Veranstaltung von Hörfunk für das von der bisherigen Zulassung festgelegte Versorgungsgebiet zu erteilen, wenn [der bisherige Zulassungsinhaber] die gesetzlichen Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 und der §§ 7 bis 9 für die neuerliche Erteilung der Zulassung offenkundig erfüllt und seine wirtschaftlichen Interessen die Interessen der Partei offenkundig überwiegen, die im Verfahren obsiegt hat, welches zur Aufhebung des Zulassungsbescheides geführt hat“. Sofern der VfGH bzw VwGH in seinem aufhebenden Erkenntnis das Vorliegen der Voraussetzungen des § 5 Abs 2 und der §§ 7 bis 9 PrR-G nicht ausdrücklich verneint⁶³), wird die Behörde, die diese Voraussetzungen schon einmal bejaht hat, sie im Verfahren nach § 3 Abs 7 PrR-G regelmäßig als „offenkundig erfüllt“ beurteilen. Ebenso wird sie regelmäßig der Ansicht sein, dass die wirtschaftlichen Interessen des bisherigen Zulassungsinhabers jene seines Mitbewerbers offenkundig überwiegen, schließlich hat Ersterer ja – wenn auch auf der Grundlage einer rechtswidrigen Zulassung – bereits Hörfunk veranstaltet, was Letzterem aufgrund derselben Zulassung bislang versagt war. Die Einstellung des Sendebetriebs schadet dem bisherigen Zulassungsinhaber durch den damit verbundenen Gewinnentgang daher naturgemäß mehr, als sie seinem Mitbewerber wirtschaftlich nützt, schließlich ist dieser zur Veranstaltung

62) AB 136 BigNR 21. GP, 1.

63) Etwa, weil die Zulassung wegen der Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm aufgehoben wird oder weil der Gerichtshof zur Ansicht, kommt, dass die Behörde bei ihrer Entscheidung die Auswahlgrundsätze des § 6 PrR-G verletzt hat. Die §§ 7 bis 9 PrR-G treffen Regelungen über die Person des Zulassungsinhabers (österreichische Staatsbürgerschaft, Ausschluss bestimmter juristischer Personen, Beteiligung von Medieninhabern). § 5 Abs 2 PrR-G sieht vor, dass ein Zulassungsantrag den Nachweis der in den §§ 7 bis 9 genannten Voraussetzungen, außerdem eine Darstellung über die für die Verbreitung des Programms geplanten Übertragungskapazitäten und bei juristischen Personen und Personengesellschaften zudem die Satzung oder den Gesellschaftsvertrag enthalten muss. Welchen Sinn es haben soll, für die Erteilung der einstweiligen Bewilligung zu verlangen, dass die in § 5 Abs 2 PrR-G beschriebene Vollständigkeit des Antrages „offenkundig“ besteht, ist äußerst fraglich. Möglicherweise liegt hier ein redaktionelles Versehen vor. § 17 Abs 7 RRG hat in diesem Zusammenhang auf § 19 Abs 2 RRG verwiesen, demzufolge der Antragsteller glaubhaft machen musste, dass er fachlich, finanziell und organisatorisch die Voraussetzungen für eine regelmäßige Veranstaltung und Verbreitung des geplanten Programms erfüllt und dass die Programmgrundsätze gemäß § 4 RRG eingehalten werden. Die dieser Bestimmung entsprechende Vorschrift findet sich im PrR-G in Abs 3 des § 5 und nicht in dem durch § 3 Abs 7 PrR-G bezogenen Abs 2. Derzeit sind also für die Erteilung einer einstweiligen Bewilligung nur formale, aber keine inhaltlichen, die Qualifikation des Radiobetreibers betreffenden Voraussetzungen erforderlich. Ihr Vorliegen wird umso eher regelmäßig zu bejahen sein.

60) Vgl etwa das Erk VfSlg 2701/1954, demzufolge die Vermutung, die Durchsetzung eines bestimmten rechtlichen Anspruches könne eine Störung der öffentlichen Ordnung auslösen, den „Rechtsstaat als [solchen] in seinen Grundfesten bedroht“.

61) Vgl auch das Erk VfSlg 14.765/1997, in dem der VfGH eine einmonatige Entscheidungsfrist nicht als Rechtfertigung für den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung einer Berufung akzeptierte, weil die Nichtbeachtung dieser Entscheidungsfrist keine Rechtsfolgen hatte.

von Hörfunk ja keinesfalls berechtigt. Dass die Fortsetzung des Sendebetriebs die Chancen des Mitbewerbers bei der neuerlichen Zulassungsvergabe schwächt⁶⁴⁾, wird an dieser Beurteilung nichts ändern. Denn ob im Fall einer Einstellung der Hörfunkveranstaltung gerade dieser Mitbewerber den anderen, nach Zahl und Qualifikation noch gar nicht bekannten Antragstellern vorzuziehen wäre, kann im Zeitpunkt der Entscheidung über die einstweilige Bewilligung noch nicht beurteilt werden. Steht diesen nicht konkretisierbaren Chancen des Mitbewerbers aber eine bezifferbare Gewinn einbuße gegenüber, die der Hörfunkbetreiber durch den Sendestopp sicher erfährt, so wird die Interessenabwägung stets zum Vorteil des bisherigen Zulassungsinhabers ausschlagen und nicht nur dann, wenn ein sofortiger Sendestopp ihn existentiell bedrohen würde⁶⁵⁾. Durch die Erteilung der einstweiligen Zulassung wird dem Rechtsschutzwerber damit – im Anschein einer individuellen Entscheidung, praktisch aber generell⁶⁶⁾ – die Umsetzung eines höchstgerichtlichen Erkenntnisses in den Tatsachenbereich weiterhin vorenthalten.

Der Grund für diese Rechtsschutzbeeinträchtigung ist, wie sich gezeigt hat, nicht der Schutz des Überlebens bestimmter, durch einen Sendestopp besonders hart getroffener Rundfunkbetreiber, sondern das wirtschaftliche Interesse jedes Rundfunkbetreibers, weiterhin aus der Veranstaltung von Hörfunk Gewinne zu erzielen. Der pauschale Schutz dieser Interessen kann aber gewiss nicht als zureichende Rechtfertigung für eine derart massive Rechtsschutzbeeinträchtigung angesehen werden, wie sie § 3 Abs 7 und 8 PrR-G vornimmt. Jeder Rundfunkbetreiber, der zu senden beginnt, obwohl seine Zulassung bei einem Höchstgericht bekämpft wird, weiß schließlich, dass der Bestand dieser Zulassung keineswegs gesichert ist. Dass ein Sendebeginn unter solchen Bedingungen mit einem Risiko verbunden ist, hat der VfGH bisher auch jedes Mal in Erinnerung gerufen, wenn er einer an ihn erhobenen Beschwerde die aufschiebende Wirkung versagt und damit vorläufig die Veranstaltung von Hörfunk ermöglicht hat⁶⁷⁾. Dass der Rundfunkbe-

treiber mit der Zustellung der Zulassungsaufhebung die Konsequenzen einer Entscheidung tragen muss, die er selbst in Kenntnis des damit verbundenen Risikos getroffen hat, mag wirtschaftlich belastend sein, entspreche aber nur den Regeln und dem Wesen einer Marktwirtschaft. Mit dieser Feststellung wird keineswegs verkannt, dass den Gesetzgeber durch Art I Abs 2 BVG-Rundfunk ein rundfunkpolitischer Gestaltungsauftrag trifft, der es ihm verwehrt, den Hörfunk vollständig den Gesetzen des „freien Marktes“ zu überlassen. Das bedeutet aber bloß, dass er eine Rundfunkordnung schaffen muss, die die Wahrung der politischen und kulturellen Aufgaben des Rundfunks und die Sicherung tatsächlicher Ausgewogenheit und Meinungsvielfalt gewährleistet⁶⁸⁾, nicht aber, dass er sogar den Inhabern einer erwiesenermaßen rechtswidrigen Zulassung die Folgen ihrer wirtschaftlichen Dispositionen abnehmen muss⁶⁹⁾.

c) Nachhaltigkeit der Rechtsschutzbeeinträchtigung

Die Entscheidung, auf der Grundlage einer potentiell rechtswidrigen Zulassung zu senden, versetzt den Hörfunkbetreiber in die Lage, für eine nicht unbeträchtliche Zeit Gewinne zu erzielen, die seinem Mitbewerber vorenthalten bleiben. Dieser rechtswidrige Zustand wird nicht nur verlängert, sondern auch vertieft, wenn dem Radiobetreiber die Veranstaltung von Hörfunk auch dann noch erlaubt wird, wenn die Rechtswidrigkeit seiner Zulassung von einem Höchstgericht festgestellt worden ist. Die Fortsetzung der Hörfunkveranstaltung verschafft dem bisherigen Zulassungsinhaber nämlich maßgebliche Vorteile im Wettbewerb um die aufgehobene und neu zu erteilende Zulassung: Zum einen stärkt sie seine finanzielle Position, die nach § 5 Abs 3 PrR-G für die Entscheidung der Behörde durchaus bedeutsam ist. Dann ist bei der Zulassungserteilung aber nach § 6 Abs 2 PrR-G auch zu berücksichtigen, „ob einer der Antragsteller bereits bisher die zu vergebende Zulassung entsprechend dem Gesetz ausgeübt hat“. Schließlich wird der bisherige Zulassungsinhaber aufgrund der Erfahrungen, die er bei der Hörfunkveranstaltung erworben hat, im zweiten Anlauf regelmäßig auch ein „professionelleres“ Programmkonzept vorlegen können als seine Mitbewerber. Im Ergebnis wird der Rundfunkbetreiber daher in vielen Fällen wieder in den Besitz der Zulassung gelangen, und zwar nicht, *obwohl* diese Zulassung schon einmal rechtswidrig an ihn vergeben wurde, sondern *gerade weil* er von dieser rechtswidrigen Zulassung in der Vergangenheit Gebrauch gemacht hat.

64) Vgl dazu näher unten III.B.2.c.

65) Dass quantifizierbaren Interessen in der Praxis regelmäßig der Vorzug vor Interessen eingeräumt wird, die nicht in Zahlen „übersetzbar“ sind, zeigt sich auch in anderen Rechtsbereichen, vgl dazu *Karl Weber*, Rechtsprobleme der naturschutzrechtlichen Interessenabwägung am Beispiel des § 27 Tiroler Naturschutzgesetz, JRP 1999, 176 (178 f).

66) Als Indiz für diese Einschätzung kann der Umstand gelten, dass *allen* 23 Radiobetreibern, deren Zulassungen der VfGH im September 2000 aufgehoben hat (vgl oben II.), eine einstweilige Bewilligung erteilt wurde; vgl den Artikel „Neuausschreibung von 23 Privatradiolizenzen“, abrufbar unter http://www.medienrecht.com/23_neue_licenzen.html.

67) ZB VfGH 3. 3. 1998, B 114/98 ua: „Das mit der Ausübung der Berechtigung verbundene Risiko (verlorener Aufwendungen und sonstiger Nachteile für den Fall des späteren Obsiegens der beschwerdeführenden Parteien) hat die durch den angefochtenen Bescheid berechnete Zulassungsinhaberin selbst zu tragen“. Gerade in jenen Fällen, die den Gesetzgeber zur Erlassung des § 17 Abs 7 und 8 RRG veranlasst haben, konnte die Verwirklichung dieses Risikos auch für niemanden überraschend gewesen sein: Nachdem der VfGH im Oktober 1999 den Beschluss gefasst hatte (vgl oben II.), aus Anlass der an ihn erhobenen Beschwerden § 13 RRG in den erwähnten Fassungen in Prüfung zu nehmen, musste jedem Hörfunkbetreiber klar sein, dass eine Feststellung dieser Bestimmung als verfassungswidrig möglich ist und die Aufhebung seiner Zulassung zur Folge hätte. Wohl auch unter Bedachtnahme auf die wirtschaftliche Situation der Zulassungsinhaber stellte der VfGH im Juni 2000 zunächst nur

fest, dass § 13 RRG verfassungswidrig war, ohne zugleich auch über die Anlässfälle zu entscheiden. Er kündigte aber schon am Tag der Zustellung dieses Erkenntnisses in einer Pressemitteilung an, dass die Entscheidungen über die Anlässfälle in der Oktober-Session gefällt werden (vgl FN 13). Damit wurde jedem Hörfunkbetreiber eine Zeit von mindestens vier Monaten gegeben, um sich darauf einzustellen, dass ein – bewusst in Kauf genommenes – Risiko nun verwirklicht ist.

68) Vgl *Michael Holoubek*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkmonopol (1990) 83 ff, insb 101; *derselbe* (FN 58) 22 ff, 53 f FN 81; siehe auch VfSlg 10.948/1986.

69) Vgl auch *Holoubek/Damjanovic*, Medienregulierung unter „Konvergenz“-Bedingungen, Beilage zu MR 2/2000, 1 (14 f), die darauf hinweisen, dass Art 10 MRK mit der individuellen Rundfunkveranstalterfreiheit auch eine Freiheit zur wirtschaftlichen Betätigung gewährleistet.

Die Chancen des Mitbewerbers, in den Besitz der Zulassung zu gelangen, werden auf diese Weise in einem nicht mehr vertretbaren Maß verschlechtert. Nicht nur im Fall einer Gesetzesaufhebung, sondern selbst wenn die Behörde ihm die Zulassung aus völlig unsachlichen Motiven und ohne Beachtung der Auswahlgrundsätze des § 6 Abs 1 PrR-G vorenthalten hat, muss er nach § 3 Abs 7 und 8 PrR-G die Folgen dieser rechtswidrigen Entscheidung auch nach ihrer Aufhebung weiter tragen. Wie gezeigt wurde, braucht der bisherige Zulassungsinhaber zunächst nur fristgerecht die Erteilung der einstweiligen Bewilligung zu beantragen, um weiterhin im Umfang der aufgehobenen Zulassung senden zu dürfen. Dass er durch eine rechtswidrige, den Mitbewerber allenfalls sogar willkürlich benachteiligende Entscheidung in den Besitz dieser Zulassung gelangt ist, beeinträchtigt weder diese vorläufige Berechtigung noch die positive Erledigung seines Antrages auf Erteilung einer einstweiligen Bewilligung⁷⁰⁾. Die Hörfunkveranstaltung auf der Grundlage des potentiell rechtswidrigen Bescheides und die fortgesetzte Hörfunkveranstaltung auf der Grundlage des erwiesenermaßen rechtswidrigen Bescheides können den Radiobetreiber sogar in die Lage versetzen, gerade jene Zulassungsvoraussetzungen zu erwerben, die ihm bei der ersten, als rechtswidrig erwiesenen Zulassungsvergabe gefehlt haben. Dem in diesem ersten Verfahren unterlegenen Mitbewerber war dann zwar formal die Möglichkeit gegeben, den rechtswidrigen Bescheid beim VfGH oder VwGH zu bekämpfen. Mit der durch § 3 Abs 7 und 8 PrR-G geschaffenen Rechtslage wird ihm aber der Prozessserfolg dieses höchstgerichtlichen Verfahrens vorenthalten und gerade dadurch eine Sachlage herbeigeführt, die eine Wiederholung der – ursprünglich allenfalls sogar willkürlichen – Zulassungsvergabe an ihren bisherigen Inhaber rechtlich gebieten und den Rechtsschutzwerber damit dauerhaft von der Erteilung einer Zulassung ausschließen kann.

d) Rechtsschutz gegen die Rechtsschutzbeeinträchtigung

Zu all dem kommt schließlich noch, dass dem Beschwerdeführer gegen die einstweilige Bewilligung wiederum kein effizienter Rechtsschutz zur Verfügung steht. Ihm ist zwar formal auch im Verfahren über die Erteilung der einstweiligen Zulassung Parteistellung eingeräumt und er hat auch die Möglichkeit, diese Zulassung zu bekämpfen. Die Erhebung eines Rechtsmittels wird jedoch in vielen Fällen *faktisch* sinnlos sein, vor allem aber dann, wenn der nach erfolgloser Berufung angerufene VfGH oder VwGH die Verfassungswidrigkeit des § 3 Abs 7 und 8 PrR-G aufgreift. Denn auch bei größter Verfahrensbeschleunigung kann nicht erwartet werden, dass die Abwicklung eines Vorverfahrens über die Bescheidbeschwerde, der anschließend vom VfGH zu fassende Prüfungsbeschluss (bzw der vom VwGH zu stellende Antrag nach Art 140 Abs 1 B-VG), die nachfolgende Durchführung eines Gesetzesprüfungsverfahrens, das

dieses Verfahren abschließende Erkenntnis sowie die Entscheidung im Anlassfall einschließlich deren Ausfertigung und Zustellung an die Verfahrensparteien in einer Zeit von sechs Monaten möglich sind⁷¹⁾. Nach sechs Monaten tritt die einstweilige Bewilligung aber ex lege außer Kraft. Die Gerichtshöfe hätten die gegen die Bewilligung erhobene Beschwerde dann als gegenstandslos zu erklären und das Verfahren einzustellen (§ 86 VerfGG 1953 bzw § 33 Abs 1 VwGG 1985); nicht auszuschließen wäre auch, dass der VfGH in einem solchen Fall die Behandlung der Beschwerde überhaupt ablehnt, sodass der Beschwerdeführer die Kosten dieses Verfahrens auch noch selbst zu tragen hätte⁷²⁾. Unter solchen, von vorneherein absehbaren Bedingungen wird der Mitbewerber aber von der Erhebung einer Bescheidbeschwerde regelmäßig Abstand nehmen, sodass die Zuerkennung der einstweiligen Zulassung nach einer erfolglosen Berufung praktisch immer unbekämpft bleiben wird⁷³⁾. Das einzige Motiv, eine solche Beschwerde doch zu erheben, könnte die Hoffnung sein, durch die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einen Sendestopp (und damit den eigentlich gebührenden Prozessserfolg des früheren Bescheidbeschwerdeverfahrens) zu erwirken. Ist der Rechtsschutzwerber aber gezwungen, einen vorläufigen Rechts-

71) Auch wenn sich weder der VfGH noch der VwGH dazu veranlasst sähe, eine Prüfung des § 3 Abs 7 und 8 PrR-G zu initiieren, wäre die Entscheidung über eine Beschwerde gegen einen abweisenden Berufungsbescheid des Bundeskommunikationssenates in Ansehung der Arbeitsbelastung des VfGH und des VwGH vor Ablauf eines halben Jahres zumindest äußerst unwahrscheinlich. Eine – nicht repräsentative – Sonderkonstellation lag nur bei der Bekämpfung der ersten, nach § 17 Abs 7 RRG erteilten Bewilligungen vor: Diese beim VfGH im Jänner 2001 angefochtenen Bewilligungen verletzen die Beschwerdeführer schon deshalb in ihren Rechten, weil sie von der Privatrundfunkbehörde in Anwendung des § 13 RRG, BGBl 1993/506 idF BGBl I 1999/160, erteilt worden waren. Der VfGH hatte bereits am 28. 9. 2000 (B 1485/99 ua) beschlossen, ein Verfahren zur Prüfung dieser Bestimmung einzuleiten, das im Zeitpunkt der Einbringung der Beschwerden gegen die einstweiligen Bewilligungen aber noch nicht abgeschlossen war. Diesen Beschwerden konnte daher als „Quasi-Anlassfällen“ unmittelbar nach der (theoretisch bereits in der März-Session möglichen) Aufhebung des § 13 RRG stattgegeben werden, also noch vor dem ex lege angeordneten Erlöschen der bekämpften einstweiligen Bewilligungen. Sieht man von dieser besonderen Konstellation aber ab, so wird der Mitbewerber eine rechtzeitige Aufhebung der einstweiligen Bewilligung nur dann erreichen, wenn bereits seine Berufung an den Bundeskommunikationssenat (der idR keine aufschiebende Wirkung zukommen wird; FN 81) erfolgreich ist. Weist diese Behörde die Berufung aber ab, dann wird wegen der bereits verstrichenen Zeit eine Beschwerde an den VfGH und VwGH regelmäßig nicht mehr sinnvoll sein.

72) Der VfGH hat in seiner jüngeren Rsp immer wieder die Behandlung von Beschwerden abgelehnt, aus deren Anlass zwar ein Normprüfungsverfahren eingeleitet wurde, denen dann aber trotz der Aufhebung der geprüften Norm doch nicht stattgegeben werden konnte: vgl VfSlg 15.211/1998; VfGH 12. 3. 1998, B 1185/96; 10. 3. 1999, B 4743/96; 15. 10. 1999, B 991/98 ua; siehe aber auch das Erk VfGH 25. 2. 1997, B 174/96, das im Anlassfall zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Tir GrundverkehrsG die Prozesskosten nicht in vollem Umfang zusprach, weil der angefochtene Bescheid nicht hinsichtlich aller angefochtenen Spruchpunkte aufzuheben war. Bereits diese Entscheidung lässt erkennen, dass die jüngere Rsp des VfGH die Kosten im Anlassbeschwerdeverfahren nicht bloß vom Ausgang des Normprüfungsverfahrens, sondern auch vom Erfolg der zugrunde liegenden Beschwerde abhängig macht.

73) Dass die nach § 17 Abs 7 RRG erteilten einstweiligen Bewilligungen dennoch beim VfGH bekämpft worden sind, ist auf die in FN 71 geschilderte Sondersituation zurückzuführen. Dazu kommt, dass die Bescheide der Privatrundfunkbehörde unmittelbar beim VfGH bzw VwGH angefochten werden konnten, während nach der nunmehr geltenden Rechtslage gegen einen Bescheid der Regulierungsbehörde zunächst Berufung an den Bundeskommunikationssenat (§ 11 Abs 2 Z 1 KOG) zu erheben ist.

70) Die Beachtung der Auswahlgrundsätze des § 6 PrR-G ist nämlich gerade keine Voraussetzung für die Erteilung der einstweiligen Bewilligung, und dass die Interessenabwägung zugunsten des Beschwerdeführers ausfallen würde, ist in Ansehung der oben (lit.B.2.b) geschilderten Voraussetzungen sehr unwahrscheinlich.



schutz unter Umständen mit den Prozesskosten eines ausichtslosen Beschwerdeverfahrens zu bezahlen, dann kann von einem faktisch effizienten Rechtsschutz nicht mehr die Rede sein.

3. Zusammenfassung

Die durch § 3 Abs 7 und 8 PrR-G geschaffene Rechtslage führt damit zunächst zu einer – jedenfalls unzulässigen – Verkehrung des Rechtsschutzes in sein Gegenteil, indem sie dem Rechtsschutzwerber die Folgen einer fehlerhaften Entscheidung auch dann noch auferlegt, wenn deren Rechtswidrigkeit durch ein höchstgerichtliches Erkenntnis erwiesen ist. Diese Regelung verletzt aber auch alle hier sinngemäß anwendbaren Kriterien, die der VfGH für eine verfassungskonforme Schmälerung der faktischen Effizienz des Rechtsschutzes im Administrativverfahren gefordert hat. Zunächst bestehen schon *keine sachlich gebotenen, triftigen Gründe*, die die angeordnete Rechtsschutzbeeinträchtigung rechtfertigen könnten; sie ist insbesondere nicht für die Existenz eines wirtschaftlich lebensfähigen und weit verbreiteten privaten Rundfunks erforderlich. § 3 Abs 7 und 8 PrR-G schützt aber auch nicht die Überlebensfähigkeit bestimmter Rundfunkbetreiber, sondern räumt ganz *pauschal* den wirtschaftlichen Interessen der ehemaligen Zulassungsinhaber den Vorzug vor den Rechtsschutzinteressen ihrer Mitbewerber ein. Indem diesen praktisch *generell und faktisch unbekämpfbar* die Folgen einer erwiesenermaßen rechtswidrigen Entscheidung aufgelastet werden, erleiden sie bei der neuerlichen Zulassungsvergabe auch einen *unwiederbringlichen Nachteil*. Im Ergebnis sichert diese Regelung demjenigen, der einmal in den Besitz einer Zulassung gelangt ist, die Wiedererlangung dieser Zulassung gerade dann, wenn sie rechtswidrig war, und nimmt demjenigen, der die Zulassung zu Unrecht nicht bekommen hat, die Möglichkeit, sich dagegen faktisch effizient zur Wehr zu setzen.

C. Verletzung des Rechts auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz

Der VfGH hat in seiner bisherigen Judikatur Rechtsvorschriften, die zu einer unzulässigen Beeinträchtigung der faktischen Effizienz des Rechtsschutzes führen, immer wieder auch als gleichheitswidrig angesehen und unter dem Gesichtspunkt des Art 7 Abs 1 B-VG festgestellt, dass gesetzliche „Regelungen, die sachlicherweise dazu führen, daß ein behördliches Fehlverhalten vorläufig hingenommen werden muß, [...] – wenn dies irgendwie vermeidbar ist –, nicht so ausgestaltet werden [dürfen], daß daraus endgültige Belastungen entstehen“⁷⁴).

Wie bereits gezeigt wurde, erfüllt § 3 Abs 7 und 8 PrR-G diese Voraussetzung offenkundig nicht. Diese Bestimmung enthält dem Rechtsschutzwerber nicht bloß den Prozessersfolg im Beschwerdeverfahren vor, sondern fügt ihm auch einen *unwiederbringlichen Nachteil* bei der neuerlichen Zulassungsvergabe zu. In einer nicht als selten zu vernachlässigenden Zahl von Fällen kann die in § 3 Abs 7 und 8 PrR-G getroffene Regelung sogar dazu führen, dass der Rechts-

schutzwerber eine Zulassung, die ihm zu Unrecht vorenthalten wurde, zwar erfolgreich bekämpfen, aber im zweiten Verfahren wieder nicht erlangen kann, weil der bisherige Zulassungsinhaber sich auf der Grundlage des rechtswidrigen Bescheides nun jene Zulassungsvoraussetzungen verschafft hat, die ihm im ersten Verfahren fehlten. Die Rechtsschutzbeeinträchtigung des § 3 Abs 7 und 8 PrR-G belastet den Rechtsschutzwerber dann nicht nur vorläufig, sondern endgültig mit den Folgen eines behördlichen Fehlverhaltens.

In der einseitigen Überordnung der wirtschaftlichen Interessen des Rundfunkbetreibers über die Rechtsschutzinteressen seines Mitbewerbers liegt auch eine unsachliche Ungleichbehandlung dieser beiden Personengruppen. Im Ergebnis werden durch § 3 Abs 7 und 8 PrR-G Personen, die auf der Grundlage einer rechtswidrigen Zulassung Gewinne erzielt haben, sogar besser behandelt als jene Personen, denen die Erzielung dieser Gewinne gerade als Folge dieser Rechtswidrigkeit verwehrt war. Wie der VfGH zu der graduell gravierenderen, in der Sache jedoch vergleichbaren Legalisierung von Schwarzbauten ausgesprochen hat, widerspricht eine derartige *Privilegierung – letztlich – rechtswidrigen Verhaltens* dem Gleichheitssatz⁷⁵). Der VfGH hat es in diesen Entscheidungen auch als gleichheitswidrig angesehen, wenn „flächenwidmungsplanwidrige Bauführungen, die vor einem bestimmten Zeitpunkt stattfanden, im nachhinein schlechthin – und im Widerspruch zu jenen Flächenwidmungen – vom Gesetzgeber als konsensfähig erklärt werden“. Ein ähnlicher Vorwurf muss aber auch den Privatradiogesetzgeber treffen, wenn er die Inanspruchnahme einer erwiesenermaßen rechtswidrigen Zulassung gestattet und die durch sie verliehene Berechtigung damit im Ergebnis für rechtmäßig erklärt.

Die Regelung des § 3 Abs 7 und 8 PrR-G führt aber auch dazu, dass der Radiobetreiber *nach* der Aufhebung seiner Zulassung besser gestellt ist als vorher, und dass der Beschwerdeführer umgekehrt durch ein stattgebendes Erkenntnis vorübergehend schlechter dasteht als im aufrechten Beschwerdeverfahren. Bis zum Abschluss dieses Verfahrens ist nämlich dem Zulassungsinhaber die Veranstaltung von Hörfunk nur dann erlaubt, wenn einer Beschwerde gegen seine Zulassung keine aufschiebende Wirkung zuerkannt wird. Solange die bekämpfte Zulassung noch *aufrecht* ist, kann der beschwerdeführende Mitbewerber also unter den in § 85 Abs 2 VerfGG 1953 und § 30 Abs 2 VwGG 1985 genannten Voraussetzungen einen Sendestopp erwirken. *Nach* der Aufhebung der Zulassung hat er diese Möglichkeit aber plötzlich nicht mehr. Denn § 3 Abs 8 PrR-G erklärt die Fortsetzung des Sendebetriebs bis zur Entscheidung über die einstweilige Bewilligung für zulässig, ohne dem Beschwerdeführer darauf einen Einfluss zu gewähren. § 3 Abs 8 PrR-G verlangt dabei nicht einmal, dass dem bisherigen Zulassungsinhaber die Veranstaltung von Hörfunk auch in der Vergangenheit erlaubt war. Die Berechtigung zur Hörfunkveranstaltung besteht daher anscheinend auch dann, wenn einer gegen die Zulassung erhobenen Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist. Hebt der jeweils angerufene Gerichtshof diese Zulassung in einem solchen Fall

74) VfSlg 13.182/1992, 14.374/1995, siehe schon VfSlg 8678/1979.

75) VfSlg 14.681/1996, 14.763/1997, 15.441/1999.

als rechtswidrig auf, so kommt ihrem ehemaligen Inhaber nach § 3 Abs 8 PrR-G *gerade als Rechtsfolge dieser Aufhebung erstmals die Befugnis* zu, diese Zulassung in Anspruch zu nehmen. Dass eine solche Regelung gleichheitswidrig ist, bedarf wohl keiner näheren Begründung⁷⁶⁾.

Selbst wenn man aber annimmt, dass § 3 Abs 8 PrR-G nur auf Rundfunkbetreiber anwendbar ist, die vor der Aufhebung ihrer Zulassung bereits Hörfunk veranstaltet haben, und wenn man weiters die Möglichkeit des Beschwerdeführers, eine aufschiebende Wirkung zu erreichen, als wenig praktisch außer Acht lässt⁷⁷⁾, führt § 3 Abs 8 PrR-G doch immerhin dazu, dass Rundfunkbetreiber und Rechtsschutzwerber *vor und nach der Fällung des die Zulassung aufhebenden Erkenntnisses* – jedenfalls bis zur Entscheidung über die Erteilung der einstweiligen Bewilligung – gleich behandelt werden. Wie bereits gezeigt wurde, besteht kein sachlicher Grund, dem Inhaber einer Zulassung deren Inanspruchnahme unabhängig davon zu ermöglichen, ob sie potentiell oder erwiesenermaßen rechtswidrig ist, und ebenso wenig kann gerechtfertigt werden, dass dem Rechtsschutzwerber die Folgen einer solchen Entscheidung auch dann noch auferlegt sind, wenn ihre Rechtswidrigkeit durch ein Höchstgericht ausgesprochen worden ist. Eine solche Regelung ist weder für die Existenz des privaten Rundfunks erforderlich, noch kann sie durch den Schutz der Überlebensfähigkeit einzelner Rundfunkbetreiber gerechtfertigt werden. Ziel dieser Regelung ist es vielmehr, die wirtschaftlichen Interessen jedes Rundfunkbetreibers zu schützen, und zwar unabhängig davon, wie er in den Besitz der Zulassung gelangt ist, aus welchen Gründen sie als rechtswidrig aufgehoben worden ist und ob sein Überleben durch einen sofortigen Sendestopp ernstlich gefährdet wäre. Das Interesse, aus der Veranstaltung von Hörfunk Gewinne zu erzielen, ist zwar vor und nach der Aufhebung der Zulassung gleichermaßen vorhanden; es kann aber den wesentlichen, durch das höchstgerichtliche Erkenntnis begründeten Unterschied zwischen einer potentiell und einer erwiesenermaßen rechtswidrigen Zulassung nicht kompensieren und rechtfertigt daher auch nicht die Gleichbehandlung dieser im Tatsächlichen ungleichen Sachverhalte⁷⁸⁾.

Da nach der neuen Rechtslage der Zulassungsbescheid nicht sofort rechtskräftig wird, sondern vom unterlegenen

Mitbewerber mit Berufung an den Bundeskommunikationssenat bekämpft werden kann⁷⁹⁾, löst § 3 Abs 7 und 8 PrR-G noch eine weitere, ganz uneinsichtige Ungleichbehandlung aus. Die aufschiebende Wirkung, die dieser Berufung nach § 64 Abs 1 AVG zukommt, führt nämlich zu dem merkwürdigen Ergebnis, dass der Inhaber einer durch ein Höchstgericht *aufgehobenen* Zulassung ex lege zur Hörfunkveranstaltung berechtigt ist, diese aber gerade dann einstellen muss, wenn ihm die Zulassung *neuerlich erteilt* wird⁸⁰⁾. Um einen solchen Sendestopp zu vermeiden, müsste die Regulierungsbehörde mit der Erteilung der Zulassung immer auch von § 64 Abs 2 AVG Gebrauch machen und die aufschiebende Wirkung einer Berufung ausschließen. Fraglich ist allerdings, ob die dafür erforderlichen Voraussetzungen wirklich vorliegen, ob also die vorzeitige Vollstreckung der Zulassung „im Interesse einer Partei oder des öffentlichen Wohles wegen Gefahr im Verzug dringend geboten ist“. Diese Anforderungen sind jedenfalls strenger als die Bedingungen, unter denen § 3 Abs 7 und 8 PrR-G dem Inhaber einer aufgehobenen Zulassung den Sendebetrieb gestattet. Wird aber ein Rundfunkbetreiber, dessen Zulassung durch ein Höchstgericht aufgehoben worden ist, besser gestellt als ein Rundfunkbetreiber, der im Besitz einer aufrechten Zulassung ist, dann liegt jedenfalls eine Ungleichbehandlung vor, die sachlich nicht gerechtfertigt werden kann⁸¹⁾.

Fraglich ist schließlich, wie es zu begründen sein soll, dass die Inhaber einer nach § 17 RRG erteilten Zulassung dann nicht zur Fortsetzung des Sendebetriebs berechtigt sind, wenn ihre Zulassung vom VfGH oder VwGH *nach dem 1. April 2001* aufgehoben worden ist. Diese Personengruppe kann nämlich den bereits außer Kraft getretenen § 17 Abs 7 und 8 RRG nicht mehr in Anspruch nehmen; sie fällt aber auch nicht unter § 3 Abs 7 und 8 PrR-G, weil sich diese Regelung nur auf Zulassungen bezieht, die nach dem PrR-G erteilt worden sind (§ 2 Z 2 PrR-G). Sieht man sowohl § 17 Abs 7 und 8 RRG als auch § 3 Abs 7 und 8 PrR-G als verfassungswidrige Rechtsschutzbeeinträchtigungen an, so besteht für die Mitbewerber der beschriebenen Personengruppe gleichsam eine Rechtsschutzlücke im umgekehrten Sinn, die freilich nur neuerlich Anlass zu der Frage gibt, wie die Schlechterbehandlung all jener Mitbewerber begründet werden kann, deren Beschwerde vor dem 1. April 2001 stattgegeben worden ist oder die eine nach dem PrR-G erteilte Zulassung noch mit Erfolg bekämpfen werden.

76) § 359c GewO 1994 versucht, eine derartige Gleichheitswidrigkeit offenbar zu vermeiden, indem er den weiteren Betrieb der Anlage nur gestattet, wenn der Beschwerde, die zur Aufhebung der Genehmigung geführt hat, keine aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde. Das verhindert zwar, dass der Betrieb der Anlage dann zum ersten Mal gestattet wird, wenn die hierfür an sich erforderliche Genehmigung als rechtswidrig aufgehoben worden ist; die in § 359c GewO 1994 vorgenommene Anknüpfung an die aufschiebende Wirkung ist aber aus der Sicht des Art 7 Abs 1 B-VG gleichwohl bedenklich: Wie *Raschauer* (FN 25) 182 und *Kobzina/Hrdlicka* (FN 25) 553 zutreffend festgestellt haben, kann sich nämlich die Interessenlage, die die Entscheidung über die aufschiebende Wirkung bestimmt, nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens ohne weiteres ändern und sogar in ihr Gegenteil verkehren. Dass der VwGH einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung versagt, bedeutet daher keineswegs, dass die Interessen des Genehmigungswerbers auch zu jedem späteren Zeitpunkt schwerer wiegen als jene des Beschwerdeführers.

77) Beschwerden gegen Zulassungen nach § 17 RRG wurde nämlich im Regelfall keine aufschiebende Wirkung zuerkannt.

78) Vgl auch *Raschauer* (FN 25) 181, der einen ähnlichen Vorwurf gegen § 359c GewO 1994 erhebt; als gleichheitswidrig qualifizieren § 359c GewO 1994 auch *Kobzina/Hrdlicka* (FN 25) 553 f.

79) Vgl § 11 Abs 2 Z 1 KOG.

80) Dieses Ergebnis vermeidet § 359c GewO 1994, indem er das Weiterbetriebsrecht bis zur Rechtskraft des Ersatzbescheides einräumt; siehe allerdings § 78 idF der GewONov BGBl I 1997/63.

81) Dieser uneinsichtige Wechsel zwischen Sendeberechtigung und Sendestopp kann sich übrigens schon nach der Erteilung der einstweiligen Bewilligung einstellen, die nach der neuen Rechtslage ja auch mit Berufung bekämpft werden kann. Kommt dieser Berufung aufschiebende Wirkung zu, so darf der Radiobetreiber nach der Aufhebung seiner (regulären) Zulassung durch ein Höchstgericht senden, muss diesen Sendebetrieb aber wieder einstellen, wenn die ihm erteilte einstweilige Bewilligung durch Berufung bekämpft wird, um die Hörfunkveranstaltung schließlich wieder aufzunehmen, nachdem die Berufung gegen die einstweilige Bewilligung abgewiesen worden ist. Da durch die einstweilige Bewilligung eine Unterbrechung des Sendebetriebs gerade verhindert werden soll, wird die Behörde ihre Erteilung wohl regelmäßig mit einem Abschluss der aufschiebenden Wirkung verbinden.

IV. Schlussbemerkung

Niemand wird bestreiten, dass die Feststellung der Verfassungswidrigkeit des § 13 RRG – BGBl 1993/506 sowohl idF BGBl I 1997/41 als auch idF BGBl I 1999/2 – den berechtigten Unmut privater Rundfunkbetreiber hervorgerufen hat, die ihre Sendelizenz nun schon zum zweiten Mal nicht aus eigenem „Verschulden“, sondern als Folge einer vom VfGH als unzureichend befundenen Rechtslage verloren haben. Doch es kann nicht der richtige Weg zu

einem dualen Rundfunk sein, eine vom Gerichtshof konstatierte Rechtsstaatswidrigkeit mit der Einführung einer Regelung zu beantworten, die ihrerseits rechtsstaatlichen Anforderungen widerspricht. „Kosmetische“ Maßnahmen dieser Art provozieren nur die Einleitung neuer Gesetzesprüfungen, statt eine Rechtslage zu schaffen, die den Betrieb privaten Rundfunks unter sachlichen, insbesondere aber der Rechtssicherheit genügenden Voraussetzungen ermöglicht.