

HAMBURGISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

5 Bf 53/21
17 K 2996/20

5. Senat

Urteil vom 3. März 2022

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG

§ 26 MStV HSH

1. Dem Medienrat der Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein ist bei der Zuweisung terrestrischer Übertragungskapazitäten für privaten Rundfunk nach § 26 MStV HSH ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum eröffnet.
2. Die Entscheidungen, ob im Falle einer Verständigung nach den vorgelegten Unterlagen erwartet werden kann, dass in der Gesamtheit der Angebote die Vielfalt der Meinungen und Angebote zum Ausdruck kommt (§ 26 Abs. 4 MStV HSH), ob eine vorherrschende Meinungsmacht entstände (§ 26 Abs. 5 MStV HSH) sowie die Auswahlentscheidung zwischen mehreren Anträgen auf Zuweisung von Übertragungskapazitäten, denen nicht allen entsprochen werden kann (§ 26 Abs. 6 MStV HSH), sind wertend-prognostischer Natur, die der weisungsfreie, mit besonderer fachlicher Legitimation ausgestattete und pluralistisch zusammengesetzte Medienrat in einem besonderen Verfahren trifft.
3. Die gerichtliche Kontrolle der Ausübung des Beurteilungsspielraums erstreckt sich lediglich darauf, ob die Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, ob sie ferner den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat, ob sie sich des Weiteren bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten und schließlich das Willkürverbot nicht verletzt hat.

4. Die Vorgabe in einer Ausschreibung terrestrischer Übertragungskapazitäten, die Berücksichtigungsfähigkeit eines Zuweisungsantrags von der Vorlage eines einen Zeitraum von fünf Jahren umfassenden Finanzplans bis zum Ablauf der Ausschlussfrist für die Beantragung der Zuweisung abhängig zu machen, ist als Verfahrensbestimmung rechtlich nicht zu beanstanden.
 5. Wenn die Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein sich dafür entscheidet, eine Ausschlussfrist nicht nur auf die Antragstellung selbst, sondern auch auf die Vorlage von Anlagen zu erstrecken, hat sie das Verfahren insoweit für alle Bewerber chancengleich, diskriminierungsfrei und transparent zu gestalten.
-



Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

5 Bf 53/21
17 K 2996/20

Urteil

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 5. Senat,
auf Grund mündlicher Verhandlung vom 3. März 2022 durch

die Vorsitzende Richterin am Oberverwaltungsgericht
den Richter am Oberverwaltungsgericht
den Richter am Verwaltungsgericht
den ehrenamtlichen Richter
die ehrenamtliche Richterin

für Recht erkannt:

Die Berufungen der Beklagten und der Beigeladenen gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg aufgrund mündlicher Verhandlung vom 22. Oktober 2020 werden zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin im Berufungsverfahren tragen die Beklagte und die Beigeladene jeweils zur Hälfte. Ihre eigenen außergerichtlichen Kosten tragen die Beklagte und die Beigeladene jeweils selbst.

Das Urteil ist wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden (§ 133 Abs. 1 VwGO).

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils bei dem Hamburgischen Obergericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist beim Hamburgischen Obergericht einzureichen.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt die Zuweisung von Rundfunkübertragungskapazitäten und wendet sich gegen deren Zuweisung gegenüber der Beigeladenen.

Die Klägerin veranstaltet das Hörfunkvollprogramm „X“. Die Beklagte wies ihr in der Vergangenheit Übertragungskapazitäten zu, zuletzt mit Verlängerungsbescheid vom 24. Februar 2009 hinsichtlich der UKW-Frequenzen 97,1 MHz und 100,9 MHz und mit Bescheid vom 5. Juli 2011 hinsichtlich der UKW-Frequenz 101,6 MHz.

Die Beigeladene veranstaltet in Berlin das Hörfunkvollprogramm „Y“.

Am 4. Februar 2019 schrieb die Beklagte UKW-Übertragungskapazitäten für die terrestrische Verbreitung von Hörfunk in fünf Versorgungsgebieten aus, darunter die bisher von der Klägerin genutzten Übertragungskapazitäten für das Versorgungsgebiet 1 (Stadtgebiet Hamburg, landesweit), die ab dem 1. August 2020 zur Verfügung ständen. In der Ausschreibung heißt es, der Zuweisungsantrag müsse alle Angaben enthalten, die zur Prüfung der Zuweisungsvoraussetzungen (§ 26 Abs. 5 MStV HSH) und der Auswahlkriterien (§ 26 Abs. 6 MStV HSH) erforderlich seien. Die Zuweisung erfolge für die Dauer von zehn Jahren. Die Antragsfrist ende am 31. Mai 2019 um 12:00 Uhr (Ausschlussfrist). Die Anträge seien schriftlich mit allen erforderlichen Anlagen bei der Beklagten einzureichen. Können innerhalb der Versorgungsgebiete jeweils nicht allen Anträgen auf Zuweisung von Übertragungskapazitäten entsprochen werden, wirke die Beklagte nach § 26 Abs. 4 MStV HSH zunächst auf eine Verständigung zwischen den Antragstellern hin. Lasse sich eine Einigung nicht erzielen oder entspreche die vorgesehene Aufteilung voraussichtlich nicht dem Gebot der Meinungsvielfalt, treffe die Beklagte für das jeweilige Versorgungsgebiet eine Auswahlentscheidung nach Maßgabe der in § 26 Abs. 6 MStV HSH enthaltenen Bewertungskriterien. Bei der Antragstellung seien daher Angaben zu den in der Anlage aufgeführten Punkten erforderlich. Hierfür stehe ein Onlineformular zur Verfügung. Die ausgefüllte und unterschriebene Anlage sei dem schriftlichen Antrag beizufügen. In der Anlage ist unter dem Punkt „Wirtschaftliche Tragfähigkeit des Angebots /Sicherung der Finanzierungsgrundlage für die Programmerstellung“ ausgeführt, es sei eine hinreichend konkrete Finanzplanung (Business-Plan) für die ersten fünf Jahre ab Zuweisungsbeginn vorzulegen, aus der sich die kalkulierten laufenden Kosten sowie die erwarteten Einnahmen für den Zuweisungszeitraum ergäben. Die Finanzplanung sei dem Formular beizufügen.

Die Klägerin beantragte am 24. Mai 2019 die Zuweisung der Übertragungskapazitäten hinsichtlich des Versorgungsgebiets 1 für das Programm „X“. Die Beigeladene stellte am 31. Mai 2019 um 11:32 Uhr ebenfalls einen Antrag auf Zuweisung dieser Übertragungskapazitäten für das Programm „Y“. Dem Antrag der Beigeladenen war ein „Finanzplan“ beigefügt, der Angaben zur Gesamtleistung, zum Rohertrag, zu den Gesamtkosten und zum Betriebsergebnis für die Jahre 2019, 2020, 2021 und 2022 enthielt.

Die Beklagte führte erfolglos ein Verständigungsverfahren zwischen der Klägerin und der Beigeladenen durch und hörte beide Bewerber durch einen Fachausschuss des Medienrats und den Medienrat selbst an. Am 6. November 2019 entschied der Medienrat, die Übertragungskapazitäten für das Versorgungsgebiet 1 der Beigeladenen zuzuweisen.

Mit Bescheid vom 15. November 2019 wies die Beklagte der Beigeladenen für die Zeit vom 1. August 2020 bis zum 31. Juli 2030 UKW-Kapazitäten für das Programm „Y“ zu, die sich aus der Nutzung der Frequenzen 97,1 MHz, 100,9 MHz und 101,6 MHz ergäben. § 19 Abs. 1 MStV HSH stehe einer Zulassung und Zuweisung (§ 26 Abs. 5 MStV HSH) weder hinsichtlich der Klägerin noch hinsichtlich der Beigeladenen entgegen. Beide Zuweisungsanträge erfüllten die Bestimmungen der Ausschreibung. Der Medienrat habe mit 13 Ja-Stimmen bei einer Gegenstimme beschlossen, „Y“ die beantragte Zuweisung zu erteilen und den Zuweisungsantrag von „X“ abzulehnen, da „Y“ am ehesten erwarten lasse, die gesetzlichen Vorgaben von § 26 Abs. 6 MStV HSH bestmöglich zu erfüllen. Mit Blick auf die wirtschaftliche Tragfähigkeit der Angebote beständen weder bei der Klägerin noch bei der Beigeladenen Bedenken. Die Finanzplanung sei bei beiden hinreichend nachvollziehbar und lasse erwarten, dass sie ihre Programmangebote wirtschaftlich tragfähig für die Dauer von zehn Jahren erstellen könnten.

Mit weiterem Bescheid vom 15. November 2019 lehnte die Beklagte den Zuweisungsantrag der Klägerin ab. Den – dem Ablehnungsbescheid beigefügten – Zuweisungsbescheid gegenüber der Beigeladenen erklärte die Beklagte zum Bestandteil dieses Bescheids.

Die Klägerin legte gegen die Bescheide vom 15. November 2019 Widerspruch ein. Im Widerspruchsverfahren legte die Beigeladene eine ergänzte Finanzplanung vor. Mit Widerspruchsbescheid vom 18. Juni 2020 wies die Beklagte die Widersprüche zurück.

Auf Antrag der Klägerin hatte das Verwaltungsgericht Hamburg bereits mit Beschluss vom 14. Mai 2020 (17 E 390/20) die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den gegenüber der Beigeladenen ergangenen Zuweisungsbescheid angeordnet und die

Beklagte im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, der Klägerin Übertragungskapazitäten für die Verbreitung des von ihr aufgrund des Zuweisungsbescheids vom 24. Februar 2009 veranstalteten Hörfunkprogramms „X“ längstens bis zum Ablauf eines Monats nach Zustellung einer Entscheidung in der Hauptsache zu belassen. Das Hamburgische Obergericht wies die gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 14. Mai 2020 erhobenen Beschwerden der Beklagten und der Beigeladenen mit Beschluss vom 21. Juli 2020 (5 Bs 90/20) sowie eine anschließend erhobene Anhöhrungsrüge der Beigeladenen mit Beschluss vom 30. September 2020 (5 Bs 144/20) zurück.

Im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren hat die Klägerin ausweislich des Urteils beantragt,

1. den gegenüber der Beigeladenen ergangenen Bescheid der Beklagten vom 15. November 2019 über die Zuweisung von UKW-Kapazitäten für das ausgeschriebene Versorgungsgebiet 1 „Stadtgebiet Hamburg (landesweit)“ aufzuheben
2. sowie die Beklagte unter Aufhebung des ablehnenden Bescheids vom 15. November 2019 und des Widerspruchsbescheids vom 18. Juni 2020 zu verpflichten, ihr UKW-Kapazitäten für die Veranstaltung des Hörfunkvollprogramms „X“ für das Versorgungsgebiet 1 „Stadtgebiet Hamburg (landesweit)“ mit Wirkung vom 1. August 2020 bis 31. Juli 2030 zuzuweisen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beigeladene hat ebenfalls beantragt,

die Klage abzuweisen.

Mit Urteil aufgrund mündlicher Verhandlung vom 22. Oktober 2020, der Beklagten und der Beigeladenen jeweils zugestellt am 21. Januar 2021, hat das Verwaltungsgericht Hamburg den gegenüber der Beigeladenen ergangenen Bescheid der Beklagten vom 15. November 2019 über die Zuweisung von UKW-Kapazitäten für das ausgeschriebene Versorgungsgebiet 1 „Stadtgebiet Hamburg (landesweit)“ aufgehoben und die Beklagte unter Aufhebung des ablehnenden Bescheids vom 15. November 2019 und des

Widerspruchsbescheids vom 18. Juni 2020 verpflichtet, der Klägerin die UKW-Kapazitäten für die Veranstaltung des Hörfunkprogramms „X“ mit Wirkung vom 1. August 2020 bis zum 31. Juli 2030 zuzuweisen. Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, die Beklagte habe den Antrag der Beigeladenen nicht berücksichtigen dürfen, weil dieser zwingenden rechtlichen Anforderungen nicht entsprochen habe. Der Wirksamkeit des Zuweisungsantrags stehe entgegen, dass er im Zeitpunkt des Ablaufs der Ausschlussfrist in wesentlicher Hinsicht unvollständig gewesen sei. Die Beigeladene habe ihrem Antrag keinen den Ausschreibungsanforderungen genügenden Finanzplan beigefügt. Dies gelte schon deshalb, weil sich der vorgelegte Finanzplan mit den Jahren 2020 bis 2022 nicht auf die in der Ausschreibung geforderten fünf Jahre, sondern lediglich auf drei Jahre erstrecke. Ferner weise der Finanzplan in inhaltlicher Hinsicht nicht die kalkulierten laufenden Kosten sowie die erwarteten Einnahmen für den Zuweisungszeitraum aus. Sämtliche im Finanzplan angeführten wirtschaftlichen Kennziffern bezögen sich offenkundig nicht auf das mit dem Antrag zum Gegenstand der Bewerbung gemachte Programmangebot der Beigeladenen. Vielmehr enthielten die Kennziffern undifferenziert Positionen sowohl des in Berlin veranstalteten als auch möglicherweise des für Hamburg beabsichtigten Programms. Eine Heilung dieses Mangels komme im Hinblick auf die von der Beklagten gesetzte Ausschlussfrist nicht in Betracht. Die Relevanz der geforderten Angaben könne zudem nicht aufgrund des Beurteilungsspielraums des Medienrats relativiert werden. Die Aufstellung der Ausschreibungsvorgaben und die Prüfung, ob diese eingehalten worden seien, obliege nicht dem Medienrat, sondern dem Direktor der Beklagten. Diese Prüfung erfordere nicht die Ausfüllung von Bewertungsspielräumen. Die Klägerin habe zudem einen Anspruch auf Zuweisung der begehrten UKW-Kapazitäten. Sie habe einen berücksichtigungsfähigen Antrag gestellt. Der Grundrechtsbeachtungsanspruch der Klägerin und ihr Anspruch auf chancengleiche Teilhabe am Ausschreibungsverfahren hätten sich zu einem Zuweisungsanspruch verdichtet.

Gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts haben die Beklagte am 16. Februar 2021 und die Beigeladene am 19. Februar 2021 die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung eingelegt, die die Beklagte am 19. März 2021 und die Beigeladene am 22. März 2021, einem Montag, begründet haben.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 22. Oktober 2020 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die Bewerbung der Beigeladenen sei zu berücksichtigen gewesen, weil diese fristgemäß einen vollständigen Antrag vorgelegt habe. Der geringere Umfang des Finanzplans sei nicht von so erheblicher Bedeutung, dass er zur Nichtberücksichtigung der gesamten Bewerbung führe. Die Finanzplanung sei weder zur Beurteilung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit des Programms noch für die Auswahlentscheidung von relevanter Bedeutung gewesen. Deshalb habe ihr Medienrat auch nicht auf die Finanzplanung rekurriert. Eine Trennung zwischen Hauptamt und Medienrat bei der Formulierung der Ausschreibungsbedingungen bestehe im Übrigen nicht. Der Medienrat beschließe über die Ausschreibung und prüfe auch die Berücksichtigungsfähigkeit des Antrags. Sie habe die Prüfung der Inhalte des Finanzplans als Teil der Auswahlentscheidung des Medienrats angesehen. Für diese Auswahlentscheidung stehe dem Medienrat ein Beurteilungsspielraum zu, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar sei. Dabei könne der Medienrat sich auch dafür entscheiden, eines der Kriterien stärker zu gewichten als ein anderes, solange dies nicht aus sachfremden Erwägungen oder willkürlich geschehe. Selbst wenn die Berücksichtigungsfähigkeit des Antrags im Hinblick auf den inhaltlich weniger umfangreichen und detaillierten Finanzplan als Verfahrensfrage uneingeschränkt gerichtlich überprüfbar wäre, handelte es sich um eine einheitliche Entscheidung des Medienrats. Der Antrag der Beigeladenen sei auch in der Gesamtschau mit der später erfolgten Anhörung zu sehen. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit könnten ein bloß geringerer Umfang und eine geringere Detailtiefe eines vorhandenen Finanzplans allein nicht die Unzulässigkeit des an sich vollständigen Antrags begründen. Dies gelte vor allem dann, wenn sich der Medienrat in seiner Entscheidung letztlich nicht auf die Finanzplanung gestützt habe. Bei der Festlegung der Ausschreibungsbedingungen orientiere sie sich an den gesetzlichen Auswahlkriterien und fordere Angaben und Anlagen ein, die bei einer möglichen Auswahlentscheidung eine Beurteilung anhand dieser gesetzlichen Kriterien zuließen. Welchen dieser Angaben am Ende eine maßgebliche Bedeutung für die Entscheidung über die Zuweisungsanträge zukomme, sei im Zeitpunkt der Ausschreibung völlig unklar. Bei zwei im Markt etablierten Anbietern mit einem im Kern vergleichbaren Geschäftsmodell (musikorientiertes Radio mit Refinanzierung durch Werbeeinnahmen) sei die wirtschaftliche Tragfähigkeit kaum problematisch. Es sei von Bedeutung, dass im Berufungsverfahren Umfang und Reichweite der Entscheidungsbefugnisse des Medienrats konkret festgestellt würden. Dem Medienrat dürften von der rechtsprechenden Gewalt keine inhaltlichen Vorgaben für die Ausübung

seiner Befugnisse gemacht werden. Der wesentliche Fehler der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung liege in der Trennung zwischen förmlicher Vorprüfung und materieller Entscheidung.

Die Beigeladene beantragt,

1. das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 22. Oktober 2020 aufzuheben und die Klage abzuweisen,
2. hilfsweise, das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 22. Oktober 2020 teilweise abzuändern, die Beklagte unter Aufhebung des stattgebenden Bescheids gegenüber der Beigeladenen vom 15. November 2019 betreffend die Zuweisung von UKW-Kapazitäten für das Versorgungsgebiet 1 „Stadtgebiet Hamburg (landesweit)“ sowie des ablehnenden Bescheids gegenüber der Klägerin vom 15. November 2019 und des Widerspruchsbescheids vom 18. Juni 2020 zu verpflichten, über die Zuweisungsanträge der Klägerin und der Beigeladenen für UKW-Kapazitäten neu zu entscheiden, und die Klage im Übrigen abzuweisen.

Die Beigeladene macht im Wesentlichen geltend, bereits ihr anfänglich vorgelegter Finanzplan sei ordnungsgemäß gewesen. Aus der Sicht eines verständigen Bewerbers habe die Ausschreibung keine zwingenden Mindestinhalte der Finanzplanung gefordert. Die Vorlage einer Finanzplanung diene ersichtlich dem Zweck, dem Medienrat im Rahmen der Auswahlentscheidung nach § 26 Abs. 6 MStV HSH eine Bewertung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit des Angebots zu ermöglichen. Diese Bewertung sei Teil der dem Medienrat vorbehaltenen Gesamtbewertung der Zuweisungsanträge. Ob eine vorgelegte Finanzplanung eine solche Bewertung ermögliche, könne nur der Medienrat selbst entscheiden. Die Ausschreibungsbedingungen gäben, auch nach Auffassung der Beklagten selbst, keine zwingenden Mindestinhalte vor, die vom Hauptamt vorgelagert zu prüfen gewesen wären. Ein formales „Korsett“ von Mindestinhalten würde zudem die Beurteilungsprerogative des Medienrats unzulässig einschränken. Die vermeintlichen Mindestinhalte seien für eine wertungsfreie Prüfung überdies zu unbestimmt. Nach der Ausschreibung werde offenbar vorausgesetzt, dass die Planung zwar (nur) „für die ersten fünf Jahre“ sein solle, sich daraus aber Kosten und Einnahmen für den zehnjährigen Zuweisungszeitraum ergeben müssten. Dieser Widerspruch lasse sich nur so auflösen, dass eine gedankliche Fortschreibung dergestalt intendiert gewesen sei, dass aufgrund der Zahlen für den Anfangszeitraum eine Prognose auch für die Restlaufzeit vorgenommen werden solle. Vor diesem Hintergrund sei nicht ersichtlich, weshalb nicht auch Zahlenangaben, die sich auf jedes einzelne der ersten drei Jahre bezögen, eine Planung „für die ersten fünf Jahre“ darstellen könnten. Dies gelte jedenfalls dann, wenn es sich um ein Geschäft handele, bei dem typischerweise nur die Anlaufphase wirtschaftlich

problematisch sei. Jedenfalls sei die Bewertung des Verwaltungsgerichts unzutreffend. Die wirtschaftliche Tragfähigkeit betreffe nicht nur das Programm in Hamburg. Maßgebend sei, dass der Veranstalter über die erforderliche wirtschaftliche Stabilität verfüge. Der Begriff der kalkulierten Kosten erfordere keine weitere Aufschlüsselung. Die von ihr vorgelegten Zahlen hätten vollkommen ausgereicht, um die Wirtschaftlichkeit ihres Programms zu beurteilen. Die Zahlenangaben für das Jahr 2022 seien aufgrund der zu unterstellenden Fortschreibung als für „2022 ff.“ zu lesen. Die Vollständigkeit der Angaben bestätige die Beklagte selbst. Für die Bewerber sei jedenfalls nicht zweifelsfrei erkennbar gewesen, dass die Vorlage eines Finanzplans, der für jedes der ersten fünf Jahre ab Zuweisungsbeginn explizite Angaben enthalte, oder der die Investitionen, die laufenden Kosten und die Erträge näher aufschlüssele, ein Ausschlusskriterium habe sein sollen. Auch die Beklagte, die die Ausschreibung selbst verfasst habe, habe die Vorgaben nicht so verstanden. Als Ausschlusskriterium wäre der Finanzplan zudem mit den Vorgaben der Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG unvereinbar. Das Zuweisungsverfahren werde dem verfassungsrechtlich gebotenen Ziel, die Vielfalt von Angeboten und Meinungen zu gewährleisten, nur gerecht, wenn die Verfahrensregeln so ausgestaltet seien, dass die Beklagte die Auswahl aus einer möglichst großen Zahl berücksichtigungsfähiger Anträge treffen könne. Etwaige Lücken im Finanzplan habe sie überdies nachträglich geschlossen. Der Medienstaatsvertrag lasse das Nachreichen von Angaben zu. Die Ausschreibungsbedingungen der Beklagten hätten die nachträgliche Vorlage von Informationen nicht ausgeschlossen. Der Untersuchungsgrundsatz und die Betreuungspflicht geböten die Möglichkeit zur Vorlage ergänzender Informationen. Ein Ausschluss des Nachreichens von Unterlagen widerspräche auch Grundsätzen der Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Möglichkeit, Unterlagen und Informationen nachzureichen, verletze die Chancengleichheit der Bewerber schon deshalb nicht, weil diese Möglichkeit für alle Bewerber gleichermaßen gelte. Fehlende Aufklärungsmaßnahmen der Beklagten könnten ihr nicht zum Nachteil gereichen. Die Klägerin habe im Übrigen keinen Zuweisungsanspruch. Auch wenn ihr Antrag – der Antrag der Beigeladenen – nicht berücksichtigungsfähig gewesen sein sollte, handelte es sich bei der von der Beklagten zu treffenden Entscheidung nicht um eine gebundene Entscheidung. Dann obläge der Beklagten die Prüfung, ob die Voraussetzungen für eine Zuweisung gegenüber der Klägerin vorlägen. Auch insoweit bestehe ein gerichtlich nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraum des Medienrats. Der Umstand, dass mit dem Zuweisungsantrag der Klägerin nur ein berücksichtigungsfähiger Zuweisungsantrag vorläge, erforderte die

erneute Prüfung der §§ 26 Abs. 5 und 19 MStV HSH durch die Beklagte. Darüber hinaus müsste diese eigenverantwortlich prüfen, ob die Ausschreibung wegen struktureller Fehler zu wiederholen sei.

Die Klägerin beantragt,

die Berufungen zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das Urteil des Verwaltungsgerichts. Sie führt im Wesentlichen aus, die Forderung der Vorlage eines Fünfjahresplans für die Finanzplanung in der Ausschreibung sei zulässig gewesen. Eine nachvollziehbare Finanzplanung sei von erheblicher Bedeutung, da sie die Grundlage für einen nachhaltigen Vielfaltbeitrag darstelle. Die Formulierung der Ausschreibungsbedingungen sei zudem weder überkomplex noch missverständlich gewesen. Die Ausschreibungsbedingungen ständen nicht im Nachhinein zur Disposition der Beklagten. Bei der Frage, ob der vorgelegte Finanzplan fünf Jahre umfasse, komme dem Medienrat kein Beurteilungsspielraum zu.

Die Sachakten der Beklagten sowie die Gerichtsakten des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens 17 E 390/20 (5 Bs 90/20 und 5 Bs 144/20) und des vorliegenden Verfahrens sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die vorliegenden Akten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I. Die Berufungen der Beklagten und der Beigeladenen gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg aufgrund mündlicher Verhandlung vom 22. Oktober 2020 sind zulässig, aber unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat zu Recht den gegenüber der Beigeladenen ergangenen Zuweisungsbescheid aufgehoben (hierzu 1.) und die Beklagte dazu verpflichtet, der Klägerin die beantragten Übertragungskapazitäten zuzuweisen (hierzu 2.).

1. Der gegenüber der Beigeladenen ergangene Zuweisungsbescheid vom 15. November 2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 18. Juni 2020 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

a) Rechtsgrundlage des Zuweisungsbescheids ist § 26 des Gesetzes zum Staatsvertrag über das Medienrecht in Hamburg und Schleswig-Holstein vom 6. Februar 2007 (HmbGVBl. S. 47, zuletzt geändert am 25. Juni 2018, HmbGVBl. S. 219; MStV HSH).

aa) Werden der Beklagten terrestrische Übertragungskapazitäten zugeordnet oder stehen ihr weitere Übertragungskapazitäten zur Verfügung, bestimmt sie nach § 26 Abs. 3 MStV HSH unverzüglich Beginn und Ende einer Ausschlussfrist, innerhalb der schriftliche Anträge auf Zuweisung von Übertragungskapazitäten gestellt werden können. Die Beklagte bestimmt das Verfahren und die wesentlichen Anforderungen an die Antragstellung, insbesondere wie den Anforderungen des Staatsvertrages zur Sicherung der Meinungsvielfalt genügt werden kann; die Anforderungen sind in geeigneter Weise zu veröffentlichen (Ausschreibung). Kann nicht allen Anträgen auf Zuweisung von Übertragungskapazitäten entsprochen werden, wirkt die Beklagte nach § 26 Abs. 4 MStV HSH auf eine Verständigung zwischen den Antragstellern hin. Kommt eine Verständigung zustande, legt sie diese ihrer Entscheidung über die Aufteilung der Übertragungskapazitäten zu Grunde, wenn nach den vorgelegten Unterlagen erwartet werden kann, dass in der Gesamtheit der Angebote die Vielfalt der Meinungen und Angebote zum Ausdruck kommt. Die Zuweisung darf nach § 26 Abs. 5 MStV HSH nicht erteilt werden, wenn bei Berücksichtigung medienrelevanter verwandter Märkte eine vorherrschende Meinungsmacht entstünde. Für Veranstalter von Landesprogrammen oder Länderprogrammen gelten die Voraussetzungen des § 19 MStV HSH (Sicherung der Meinungsvielfalt) entsprechend.

Lässt sich innerhalb der bestimmten Frist keine Einigung erzielen oder entspricht die vorgesehene Aufteilung voraussichtlich nicht dem Gebot der Meinungsvielfalt und der Angebotsvielfalt, weist die Beklagte nach § 26 Abs. 6 Satz 1 MStV HSH dem Antragsteller die Übertragungskapazität zu, der am ehesten erwarten lässt, dass sein Angebot die Meinungsvielfalt und Angebotsvielfalt fördert (1.), auch das öffentliche Geschehen, die politischen Ereignisse sowie das kulturelle Leben in den Ländern und Regionen darstellt (2.) und bedeutsame politische, weltanschauliche und gesellschaftliche Gruppen zu Wort kommen lässt (3.). In die Auswahlentscheidung ist nach § 26 Abs. 6 Satz 3 MStV HSH ferner einzubeziehen, ob das Angebot wirtschaftlich tragfähig erscheint sowie Nutzerinteressen und -akzeptanz hinreichend berücksichtigt. Außerdem kann nach § 26 Abs. 6 Satz 4 MStV HSH berücksichtigt werden, inwieweit Finanzierungsgrundlage, Professionalität sowie infrastrukturelle Voraussetzungen für die Programmerstellung gesichert sind.

bb) Zuständig für die Zuweisung von Übertragungskapazitäten ist nach § 39 Abs. 2 MStV HSH der Medienrat der Beklagten. Dieser nimmt nach § 39 Abs. 2 Satz 1 MStV HSH die

Aufgaben der Anstalt wahr, soweit sie nicht gemäß § 47 MStV HSH dem Direktor übertragen sind. Nach § 39 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 MStV HSH hat der Medienrat insbesondere die Aufgabe, über die Zuweisung von Übertragungskapazitäten zu entscheiden. Der Direktor führt nach § 47 Abs. 4 Satz 1 MStV HSH die laufenden Geschäfte der Anstalt. Er hat u. a. die Aufgabe, die Beschlüsse des Medienrats vorzubereiten und auszuführen.

Der Medienrat besteht aus vierzehn Mitgliedern. Sie sollen als Sachverständige besondere Eignung auf dem Gebiet der Medienpädagogik, Medienwissenschaft, des Journalismus, der Rundfunktechnik, der Medienwirtschaft oder sonstiger Medienbereiche nachweisen (§ 41 Abs. 1 Sätze 1 und 2 MStV HSH). Sieben Mitglieder des Medienrats sowie zwei Ersatzmitglieder werden in Hamburg durch die Bürgerschaft und sieben Mitglieder sowie zwei Ersatzmitglieder in Schleswig-Holstein durch den Landtag gewählt (§ 42 Abs. 1 MStV HSH). Für die Wahl der Mitglieder des Medienrats ist jeweils jede gesellschaftlich relevante Gruppe, Organisation oder Vereinigung mit Sitz im jeweiligen Land vorschlagsberechtigt (§ 42 Abs. 2 Satz 1 MStV HSH). Die Mitglieder des Medienrats sind ehrenamtlich tätig. Sie sind an Aufträge und Weisungen nicht gebunden (§ 44 Abs. 2 Sätze 1 und 2 MStV HSH).

cc) Der Beklagten ist bei der Zuweisung terrestrischer Übertragungskapazitäten für privaten Rundfunk nach § 26 MStV HSH ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum eröffnet (s. auch VG Schleswig, Urt. v. 1.2.2017, 11 A 49/16, juris Rn. 54; zu § 51a RStV, an dem sich die Staatsvertragsgeber bei der Fassung von § 26 MStV HSH orientiert haben [s. Bü-Drs. 19/554, S. 10]: Schuler-Harms, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Auflage 2018, § 51a RStV Rn. 75; vgl. zudem zum jeweiligen Landesrecht: VGH Mannheim, Beschl. 13.12.2002, 1 S 2480/02, juris Rn. 13; VG Stuttgart, Beschl. v. 23.10.2002, 1 K 2925/02, ZUM-RD 2003, 379, juris Rn. 44; VGH München, Urt. v. 30.11.2009, 7 B 06.2960, ZUM 2010, 462, juris Rn. 29; VG München, Beschl. v. 14.12.2020, M 17 S 20.5077, juris Rn. 27; OVG Berlin, Beschl. v. 25.9.1996, 8 S 280.96, ZUM 1996, 991, juris Rn. 17; VG Berlin, Urt. v. 12.11.2010, 27 K 2410.10, ZUM 2011, 441, juris Rn. 73; allgemein zu den Voraussetzungen für die Annahme eines Beurteilungsspielraums s. Riese, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsgerichtsordnung, Werkstand: 41. EL Juli 2021, § 114 Rn. 93 f.; zur Vereinbarkeit eines gesetzlich vorstrukturierten Entscheidungsspielraums mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG s. BVerwG, Urt. v. 31.5.2017, 6 C 42/16, BVerwGE 159, 64, juris Rn. 17 m.w.N.).

Das Bundesverwaltungsgericht hat Gesetzen unter anderem dann eine Beurteilungsermächtigung für die Verwaltung entnommen, wenn der zu treffenden

Entscheidung in hohem Maße wertende Elemente anhaften und das Gesetz für sie deshalb ein besonderes Verwaltungsorgan für zuständig erklärt, das weisungsfrei, mit besonderer fachlicher Legitimation und in einem besonderen Verfahren entscheidet; dies zumal dann, wenn es sich um ein Kollegialorgan handelt, das mögliche Auffassungsunterschiede bereits in sich zum Ausgleich bringt und die zu treffende Entscheidung damit zugleich versachlicht (BVerwG, Urt. v. 24.11.2010, 6 C 16/09, BVerwGE 138, 186, juris Rn. 42 m.w.N.; Urt. v. 16.5.2007, 3 C 8/06, juris Rn. 27 m.w.N.). Dies ist bei Entscheidungen über die Zuweisung terrestrischer Übertragungskapazitäten für privaten Rundfunk nach § 26 MStV HSH der Fall. Die Entscheidungen, ob im Falle einer Verständigung nach den vorgelegten Unterlagen erwartet werden kann, dass in der Gesamtheit der Angebote die Vielfalt der Meinungen und Angebote zum Ausdruck kommt (§ 26 Abs. 4 MStV HSH), ob eine vorherrschende Meinungsmacht entstände (§ 26 Abs. 5 MStV HSH) sowie die Auswahlentscheidung zwischen mehreren Anträgen auf Zuweisung von Übertragungskapazitäten, denen nicht allen entsprochen werden kann (§ 26 Abs. 6 MStV HSH), sind wertend-prognostischer Natur, die der weisungsfreie, mit besonderer fachlicher Legitimation ausgestattete und pluralistisch zusammengesetzte Medienrat in einem besonderen Verfahren trifft.

Die gerichtliche Kontrolle der Ausübung des Beurteilungsspielraums erstreckt sich lediglich darauf, ob die Beklagte die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, ob sie ferner den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat, ob sie sich des Weiteren bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten und schließlich das Willkürverbot nicht verletzt hat (st. Rspr., BVerwG, Urt. v. 20.10.2021, 6 C 8/20, juris Rn. 56; Urt. v. 24.11.2010, 6 C 16/09, BVerwGE 138, 186, juris Rn. 43; Urt. v. 16.5.2007, 3 C 8/06, juris Rn. 38 m.w.N.; Riese, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsgerichtsordnung, Werkstand: 41. EL Juli 2021, § 114 Rn. 99 m.w.N.; zu § 51a RStV s. VG Leipzig, Urt. v. 22.5.2019, 1 K 3261/17, juris Rn. 62; Schuler-Harms, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Auflage 2018, § 51a RStV Rn. 76).

b) Gemessen an diesen Vorgaben ist die mit dem Bescheid vom 15. November 2019 erfolgte Zuweisung der Übertragungskapazitäten zu Gunsten der Beigeladenen rechtswidrig, da die Beklagte gültige Verfahrensbestimmungen nicht eingehalten hat. Nach den in der Ausschreibung formulierten verfahrensrechtlichen Anforderungen (hierzu aa)),

die rechtlich nicht zu beanstanden sind (hierzu bb)), war der Zuweisungsantrag der Beigeladenen nicht berücksichtigungsfähig (hierzu cc)).

aa) Nach der – gemäß Beschluss des Medienrats vom 30. Januar 2019 erfolgten – Ausschreibung vom 4. Februar 2019 setzte die Berücksichtigungsfähigkeit eines Zuweisungsantrags die Vorlage eines einen Zeitraum von fünf Jahren umfassenden Finanzplans bis zum 31. Mai 2019 um 12:00 Uhr voraus.

Maßgebend ist eine Auslegung der Ausschreibungsbedingungen allein nach dem objektiven Empfängerhorizont analog den §§ 133, 157 BGB. Dies ist zum Schutz der nach der Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu gewährleistenden Chancengleichheit der Bewerber um Rundfunkübertragungskapazitäten (s. hierzu BVerfG, Urt. v. 16.6.1981, 1 BvL 89/78, BVerfGE 57, 295, juris Rn. 106; Urt. v. 4.11.1986, 1 BvF 1/84, BVerfGE 73, 118, juris Rn. 92) geboten. Der Chancengleichheit der Bewerber liefe es zuwider, die Auslegung der Ausschreibungsbedingungen nicht nach dem objektiven Empfängerhorizont vorzunehmen, sondern der Beklagten eine autoritative Auslegungsbefugnis zuzubilligen, auf die sich die Beigeladene in der mündlichen Verhandlung berufen hat.

Nach dem objektiven Empfängerhorizont setzte die Ausschreibung für die Berücksichtigungsfähigkeit eines Zuweisungsantrags die Vorlage eines einen Zeitraum von fünf Jahren umfassenden Finanzplans bis zum 31. Mai 2019 um 12:00 Uhr voraus. Dies ergibt sich aus Folgendem: Die Beklagte hat in der Ausschreibung ausdrücklich eine Ausschlussfrist für die Beantragung der Zuweisung der Übertragungskapazitäten gesetzt, die am 31. Mai 2019 um 12:00 Uhr endete (Ziffer II.6.1 Satz 2 der Ausschreibung). Diese Ausschlussfrist hat sie neben der Stellung eines Zuweisungsantrags auch auf die Vorlage von Anlagen erstreckt, darunter eines Finanzplans, der einen Zeitraum von fünf Jahren umfasst. Dies folgt aus den Vorgaben der Ausschreibung für die mit dem Antrag einzureichenden Anlagen.

Danach waren die Anträge schriftlich mit allen erforderlichen Anlagen einzureichen (Ziffer II.6.2 Satz 1 der Ausschreibung). Zu den erforderlichen Anlagen heißt es zunächst allgemein, der Zuweisungsantrag müsse alle Angaben enthalten, die zur Prüfung der Zuweisungsvoraussetzungen (§ 26 Abs. 5 MStV HSH) und der Auswahlkriterien (§ 26 Abs. 6 MStV HSH) erforderlich seien (Ziffer II.2 Satz 1 der Ausschreibung), und sodann näher, bei der Antragstellung seien Angaben zu den in der Anlage aufgeführten Punkten

erforderlich. Hierfür stehe unter xxx ein Onlineformular zur Verfügung. Die ausgefüllte und unterschriebene Anlage sei dem schriftlichen Antrag beizufügen (Ziffer II.4 Sätze 3 bis 5 der Ausschreibung). In der Anlage selbst ist unter dem Punkt „Wirtschaftliche Tragfähigkeit des Angebots /Sicherung der Finanzierungsgrundlage für die Programmerstellung“ (Ziffer 2 der Anlage zur Ausschreibung) vorgeben, es sei eine hinreichend konkrete Finanzplanung (Business-Plan) für die ersten fünf Jahre ab Zuweisungsbeginn vorzulegen, aus der sich die kalkulierten laufenden Kosten sowie die erwarteten Einnahmen für den Zuweisungszeitraum ergäben. Die Finanzplanung sei dem Formular beizufügen.

Die Formulierungen unter Ziffer II.4 Sätze 1 und 2 sowie in der Einleitung der Anlage der Ausschreibung zur Relevanz der erforderlichen Angaben für eine Auswahlentscheidung nach § 26 Abs. 6 MStV HSH stehen entgegen der von der Beklagten geäußerten Auffassung nicht der Annahme entgegen, dass sich die gesetzte Ausschlussfrist auch auf die Vorlage von Anlagen, darunter eines einen Zeitraum von fünf Jahren umfassenden Finanzplans, erstreckte. Auch wenn der Finanzplan unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Tragfähigkeit des Angebots (§ 26 Abs. 6 Satz 3 MStV HSH) für eine unter Umständen vorzunehmende Auswahlentscheidung von Bedeutung sein sollte, hat die Ausschreibung dessen Vorlage ihrem klaren Wortlaut nach bereits mit dem Zuweisungsantrag innerhalb der für die Antragstellung gesetzten Ausschlussfrist vorgegeben.

Zum Inhalt der Finanzplanung gab Ziffer 2 der Anlage der Ausschreibung vor, dass die Finanzplanung hinreichend konkret sein, einen Zeitraum von fünf Jahren ab Zuweisungsbeginn umfassen und die kalkulierten laufenden Kosten sowie die erwarteten Einnahmen enthalten musste. Da die Zuweisung ab dem 1. August 2020 erfolgen sollte, musste der Finanzplan danach den Zeitraum bis zum 31. Juli 2025 umfassen. Soweit hinsichtlich der kalkulierten Kosten sowie der erwarteten Einnahmen auf „den Zuweisungszeitraum“ abgestellt wurde, bezog sich dies bei verständiger Würdigung nicht auf den gesamten zehnjährigen Zuweisungszeitraum, sondern nur auf den zuvor genannten Zeitraum von fünf Jahren ab Zuweisungsbeginn.

bb) Die Vorgabe der Ausschreibung, die Berücksichtigungsfähigkeit eines Zuweisungsantrags von der Vorlage eines einen Zeitraum von fünf Jahren umfassenden Finanzplans bis zum Ablauf der Ausschlussfrist für die Beantragung der Zuweisung abhängig zu machen, ist als Verfahrensbestimmung rechtlich nicht zu beanstanden.

(1) Nach § 26 Abs. 3 Satz 1 MStV HSH obliegt der Anstalt die unverzügliche Bestimmung des Beginns und des Endes einer Ausschlussfrist, innerhalb der schriftliche Anträge auf Zuweisung von Übertragungskapazitäten gestellt werden können. § 26 Abs. 3 Satz 2 MStV HSH sieht weiter vor, dass die Anstalt das Verfahren und die wesentlichen Anforderungen an die Antragstellung, insbesondere wie den Anforderungen des Staatsvertrages zur Sicherung der Meinungsvielfalt genügt werden kann, bestimmt. Die Vorschrift eröffnet der Beklagten einen Spielraum zur Ausgestaltung des Verfahrens und der wesentlichen Anforderungen an die Antragstellung. Dazu gehört auch, die Vorlage von Unterlagen zur Antragsbegründung an die Ausschlussfrist für die Antragstellung zu binden oder hierfür Nachbesserungsmöglichkeiten und gesonderte Ausschlussfristen vorzusehen (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 21.7.2020, 5 Bs 90/20, n. v., S. 7 BA; zu § 51a Abs. 2 Satz 1 RStV vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 19.12.2018, 5 B 229/18, juris Rn. 26). Mit der in der Ausschreibung erfolgten Vorgabe, die Berücksichtigungsfähigkeit eines Zuweisungsantrags von der Vorlage von Anlagen, darunter eines einen Zeitraum von fünf Jahren umfassenden Finanzplans bis zum Ablauf der Ausschlussfrist für die Beantragung der Zuweisung abhängig zu machen, ist dieser Spielraum nicht überschritten. Ein sachlicher Grund für die Bestimmung einer Ausschlussfrist auch hinsichtlich der Vorlage von als wesentlich erachteten Unterlagen ergibt sich daraus, dass so die Vergleichbarkeit der Zuweisungsanträge erleichtert wird, da nach Fristablauf nachgereichte Unterlagen unberücksichtigt bleiben können. Im Interesse eines sachlich und zeitlich effektiven Zuweisungsverfahrens besteht so die Möglichkeit, die Zuweisungsentscheidung auf der Grundlage einer einheitlichen, vollständigen und unveränderbaren Beurteilungsgrundlage zu treffen.

(2) Die gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu gewährleistende Rundfunkfreiheit steht der Vorgabe, die Berücksichtigungsfähigkeit eines Zuweisungsantrags von der Vorlage eines einen Zeitraum von fünf Jahren umfassenden Finanzplans bis zum Ablauf der Ausschlussfrist für die Beantragung der Zuweisung abhängig zu machen, nicht entgegen.

(a) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dient die Rundfunkfreiheit der Gewährleistung freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung. Dies erfordert neben der Freiheit des Rundfunks von staatlicher Beherrschung und Einflussnahme eine positive Ordnung, die sicherstellt, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglichster Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet und dass auf diese Weise umfassende Information geboten wird. Um dies zu erreichen, sind materielle,

organisatorische und Verfahrensregelungen erforderlich, die an der Aufgabe der Rundfunkfreiheit orientiert und deshalb geeignet sind zu bewirken, was Art. 5 Abs. 1 GG gewährleisten will. Diese rechtliche Ausgestaltung unterliegt dem Vorbehalt des Gesetzes, der, da es sich um für die Grundrechtsverwirklichung wesentliche Entscheidungen handelt, ein Parlamentsvorbehalt ist. Dem Landesgesetzgeber kommt dabei ein weiter Regelungsspielraum zu. Im Hinblick auf die Betätigung privater Rundfunkveranstalter sind regelungsbedürftig allerdings in jedem Fall die Zulassung der Bewerber und deren Auswahl in der Konstellation, dass die zur Verfügung stehenden Verbreitungsmöglichkeiten es nicht erlauben, allen auftretenden Bewerbern mit ihren Programmen den Zugang zur Veranstaltung privater Rundfunksendungen zu erlauben (BVerfG, Urt. v. 16.6.1981, 1 BvL 89/78, BVerfGE 57, 295, juris Rn. 88 ff.; Urt. v. 4.11.1986, 1 BvF 1/84, BVerfGE 73, 118, juris Rn. 89 ff.; Urt. v. 5.2.1991, 1 BvF 1/85 u. a., BVerfGE 83, 238, juris Rn. 402; Beschl. v. 26.10.2005, 1 BvR 396/98, BVerfGE 114, 371, juris Rn. 61 f.; BVerwG, Urt. v. 31.5.2017, 6 C 42/16, BVerwGE 159, 64, juris Rn. 11).

(b) Die Regelungen in § 26 MStV HSH zur Zuweisung terrestrischer Übertragungskapazitäten für privaten Rundfunk und Telemedien, deren Vereinbarkeit mit der Rundfunkfreiheit nicht in Frage steht, dienen einschließlich der Eröffnung eines Spielraums zur Ausgestaltung des Verfahrens und der wesentlichen Anforderungen an die Antragstellung zu Gunsten der Beklagten in § 26 Abs. 3 Satz 2 MStV HSH dem Ziel der Förderung der Meinungs- und Angebotsvielfalt. Die Entscheidung für eine Verfahrensregelung, die nachträgliche Optimierungen eines Antrags auf Zuweisung von Übertragungskapazitäten unter dem Gesichtspunkt der Meinungs- und Angebotsvielfalt erlaubt, ist dabei von Verfassungs wegen möglich, aber nicht zwingend (zu § 51a Abs. 2 Satz 1 RStV vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 19.12.2018, 5 B 229/18, juris Rn. 30). Zwar ist es für das Ziel der Förderung der Meinungs- und Angebotsvielfalt vorteilhaft, wenn mehrere berücksichtigungsfähige Zuweisungsanträge vorliegen und eine Auswahl nach § 26 Abs. 6 MStV HSH erfolgen kann. Die Vorlage eines einen Zeitraum von fünf Jahren umfassenden Finanzplans innerhalb der Antragsfrist, der der Beurteilung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit des Angebots nach § 26 Abs. 6 Satz 3 MStV HSH dienen soll, stellt jedoch keine Anforderung dar, die eine erhebliche Verringerung der Anzahl berücksichtigungsfähiger Zulassungsanträge erwarten ließe. Zudem kommt der Beurteilung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit des Angebots eine nicht unerhebliche Bedeutung zu, da nur ein wirtschaftlich tragfähiges Angebot die Nutzung der Übertragungskapazität und die Sicherung der Auswahlkriterien in § 26 Abs. 6 Satz 1 MStV

HSH auf längere Sicht gewährleistet (vgl. zu § 51a RStV: Schuler-Harms, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Auflage 2018, § 51a RStV Rn. 55).

Das aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgende Gebot, den Bewerbern gleiche Chancen auf den Zugang zu den Übertragungskapazitäten zu eröffnen (BVerfG, Urt. v. 16.6.1981, 1 BvL 89/78, BVerfGE 57, 295, juris Rn. 106; Urt. v. 4.11.1986, 1 BvF 1/84, BVerfGE 73, 118, juris Rn. 92), berührt die Vorgabe, die Berücksichtigungsfähigkeit eines Zuweisungsantrags von der Vorlage eines einen Zeitraum von fünf Jahren umfassenden Finanzplans bis zum Ablauf der Ausschlussfrist für die Beantragung der Zuweisung von Übertragungskapazitäten abhängig zu machen, nicht, da sie für alle Bewerber gleichermaßen gilt.

cc) Gemessen an den verfahrensrechtlichen Vorgaben der Ausschreibung war der Zuweisungsantrag der Beigeladenen nicht berücksichtigungsfähig.

(1) Die Beigeladene hat bis zum Ablauf der Ausschlussfrist am 31. Mai 2019 um 12:00 Uhr einen Finanzplan, der einen Zeitraum von fünf Jahren ab Zuweisungsbeginn umfasst, nicht vorgelegt. Es kann dahinstehen, ob die Angaben in dem von der Beigeladenen mit dem Zuweisungsantrag vorgelegten „Finanzplan“ hinreichend konkret sind und mit der Benennung der Gesamtkosten die kalkulierten laufenden Kosten enthalten. Jedenfalls umfasst der „Finanzplan“ nicht einen Zeitraum von fünf Jahren ab dem für den 1. August 2020 vorgesehenen Zuweisungsbeginn. Der „Finanzplan“ enthält nur Angaben für die Jahre 2019, 2020, 2021 und 2022. Für 2023, 2024 und 2025 fehlen jegliche Angaben. Aus dem „Finanzplan“ sowie den weiteren Antragsunterlagen ergeben sich auch keine Anhaltspunkte darauf, dass die Angaben für das Jahr 2022 als für „2022 ff.“ zu lesen wären, wie die Beigeladene im Berufungsverfahren geltend gemacht hat.

(2) Der im Widerspruchsverfahren vorgelegte ergänzte Finanzplan ist nicht geeignet, die Berücksichtigungsfähigkeit des Zuweisungsantrags der Beigeladenen zu bewirken, da dies nach Ablauf der Ausschlussfrist am 31. Mai 2019 erfolgt ist.

Wenn die Beklagte sich dafür entscheidet, eine Ausschlussfrist nicht nur auf die Antragstellung selbst, sondern auch auf die Vorlage von Anlagen zu erstrecken, hat sie das Verfahren insoweit für alle Bewerber chancengleich, diskriminierungsfrei und transparent zu gestalten (vgl. zu § 51a RStV: Schuler-Harms, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Auflage 2018, § 51a RStV Rn. 37). Sie hat daher

Fristen, für die sie sich im Rahmen ihres Verfahrensgestaltungsermessens entscheidet, gleichmäßig sowie klar und unmissverständlich zu setzen. Für die Bewerber darf insbesondere nicht objektiv zweifelhaft sein, ob, wie lange und in welchem Umfang die Möglichkeit zu Antragsergänzungen oder -änderungen besteht. Fristen, die die Beklagte nach dem objektiven Erklärungsgehalt ihrer Äußerungen gesetzt hat, sind, solange sie nicht gegenüber allen Bewerbern aufgehoben oder verlängert werden, gegenüber allen Bewerbern anzuwenden (vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 19.12.2018, 5 B 229/18, juris Rn. 26). Im vorliegenden Verfahren hat die Beklagte nach dem objektiven Erklärungsgehalt der Ausschreibungsbedingungen schon durch die Bezeichnung der Frist als Ausschlussfrist deutlich gemacht, dass sie diese für nicht verlängerbar hielt. Diese Frist hat sie zudem nachfolgend nicht gegenüber allen Bewerbern verlängert oder aufgehoben. Vielmehr hat die Beklagte in ihrem Widerspruchsbescheid im Rahmen der Prüfung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit des Programmangebots der Beigeladenen den nachgebesserten Finanzplan berücksichtigt, ohne nach außen hin zum Ausdruck gebracht zu haben, dass sie allen Bewerbern die Möglichkeit einer Nachbesserung nach Fristablauf zugestanden hätte (s. bereits OVG Hamburg, Beschl. v. 21.7.2020, 5 Bs 90/20, n. v., S. 7 f. BA).

Nichts anderes ergibt sich aus dem auch in der mündlichen Verhandlung erfolgten Hinweis der Beigeladenen auf das Vergaberecht. Die Zuweisung der Übertragungskapazitäten richtet sich nicht nach dem Vergaberecht, sondern nach § 26 MStV HSH. Im Übrigen stehen auch die Wertungen des Vergaberechts zu dem hier gefundenen Ergebnis nicht in einem Widerspruch. Die Beigeladene hat zwar zu Recht darauf hingewiesen, dass der öffentliche Auftraggeber gemäß § 56 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge in der Fassung vom 12. April 2016 (BGBl I S. 624; VgV) den Bewerber oder Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern kann, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen, insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise, nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen. Nach § 56 Abs. 2 Satz 2 VgV ist der öffentliche Auftraggeber aber berechtigt, in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festzulegen, dass er keine Unterlagen nachfordern wird. In diesen Fällen werden die vorgelegten Nachweise und Erklärungen so ausgelegt, wie sie eingereicht worden sind; nachträgliche Ergänzungen sind unbeachtlich (OLG Koblenz, Beschl. v. 4.1.2017, Verg 7/16, VergabeR 2017, 402, juris Rn. 32). Hat der öffentliche Auftraggeber von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Nachforderung unternehmens-

oder leistungsbezogener Unterlagen auszuschließen, ist er nach dem Transparenzgebot daran gebunden (Pauka/Krüger, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 56 VgV Rn. 31; Haak/Hogeweg, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, § 56 VgV Rn. 62). Mit dieser Konstellation ist die hier vorliegende Situation einer in der Ausschreibung gesetzten Ausschlussfrist, die sich auch auf die Vorlage als wesentlich erachteter Unterlagen bezieht, vergleichbar.

(3) Die Einordnung des Zuweisungsantrags der Beigeladenen als nicht berücksichtigungsfähig aufgrund fehlender fristgerechter Vorlage eines Finanzplans, der einen Zeitraum von fünf Jahren ab Zuweisungsbeginn umfasst, steht mit der Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG im Einklang. Die Rundfunkfreiheit gebietet nicht, von der Einhaltung dieser Vorgabe in der Ausschreibung zu Gunsten der Beigeladenen abzusehen, zumal diese der Beigeladenen keine unzumutbaren, sondern mit vertretbarem Aufwand zu erfüllende Anforderungen auferlegt hat. Im Gegenteil kommt der Einhaltung dieser Vorgabe der Ausschreibung im Interesse der Chancengleichheit der Mitbewerber vor dem Hintergrund des aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgenden Rechts auf chancengleiche Teilhabe an der Kapazitätsvergabe (BVerfG, Urt. v. 16.6.1981, 1 BvL 89/78, BVerfGE 57, 295, juris Rn. 106; Urt. v. 4.11.1986, 1 BvF 1/84, BVerfGE 73, 118, juris Rn. 92; zu § 51a Abs. 2 Satz 1 RStV vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 19.12.2018, 5 B 229/18, juris Rn. 26), besondere Bedeutung zu. Dabei ist dem Medienrat der Beklagten, der entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts gemäß § 39 Abs. 2 MStV HSH auch über die Einhaltung der gültigen Verfahrensbestimmungen und die Berücksichtigungsfähigkeit der Zuweisungsanträge als wesentliche Vorfragen für die Zuweisung von Übertragungskapazitäten zu entscheiden hat, ein Beurteilungsspielraum nicht eröffnet. Die Prüfung, ob der fristgerecht vorgelegte Finanzplan einen Zeitraum von fünf Jahren umfasst, ist formeller und nicht wertend-prognostischer Natur.

c) Die Zuweisung der Übertragungskapazitäten gegenüber der Beigeladenen nach deren Einbeziehung in das Auswahlverfahren, obwohl ihr Zuweisungsantrag gemessen an den verfahrensrechtlichen Anforderungen der Ausschreibung nicht berücksichtigungsfähig war, verletzt die Klägerin in ihrer Rundfunkfreiheit sowie in ihrem Recht auf chancengleiche Teilhabe am Zulassungsverfahren gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 21.7.2020, 5 Bs 90/20, n. v., S. 11 BA; VG Leipzig, Urt. v. 22.5.2019, 1 K 3261/17, juris Rn. 58; Schuler-Harms, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Auflage 2018, § 51a RStV Rn. 76). Die Bewerber um eine

Übertragungskapazität für privaten Rundfunk haben einen Anspruch auf Einhaltung der rechtlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums der über die Zuweisung entscheidenden Medienanstalt (vgl. Schuler-Harms, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Auflage 2018, § 51a RStV Rn. 76 m.w.N.). Dies folgt aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG sowie dem Anspruch der Bewerber um Übertragungskapazitäten darauf, dass ihre Position als Träger des Grundrechts der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG hinreichend beachtet wird (sog. Grundrechtsbeachtungsanspruch, hierzu s. BVerfG, Beschl. v. 20.2.1998, 1 BvR 661/94, BVerfGE 97, 298, juris Rn. 66).

2. Der gegenüber der Klägerin ergangene ablehnende Bescheid vom 15. November 2019 und der Widerspruchsbescheid vom 18. Juni 2020 sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO). Die Klägerin hat einen Anspruch auf Zuweisung der ausgeschriebenen UKW-Übertragungskapazitäten und nicht lediglich – wie die Beigeladene hilfsweise beantragt hat – auf erneute Bescheidung des Zuweisungsantrags durch die Beklagte (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO), da die Sache spruchreif ist. Die Klägerin erfüllt die Voraussetzungen für die Zuweisung der Übertragungskapazitäten nach § 26 MStV HSH (hierzu a)). Eine Entscheidung, bei der dem Medienrat der Beklagten ein Beurteilungsspielraum eröffnet ist, ist nicht mehr zu treffen (hierzu b)).

a) Die Klägerin erfüllt die Voraussetzungen für die Zuweisung der Übertragungskapazitäten nach § 26 MStV HSH.

Die Beklagte hat den Zuweisungsantrag der Klägerin zu Recht als berücksichtigungsfähig erachtet. Insbesondere hat die Klägerin innerhalb der für den Zuweisungsantrag gesetzten Ausschlussfrist am 24. Mai 2019 zusätzlich zu ihrem Zuweisungsantrag einen hinreichend konkreten, einen Zeitraum von fünf Jahren ab Zuweisungsbeginn umfassenden und die kalkulierten laufenden Kosten sowie die erwarteten Einnahmen enthaltenden Finanzplan vorgelegt.

b) Eine Entscheidung, bei der dem Medienrat der Beklagten ein Beurteilungsspielraum eröffnet wäre, ist nicht mehr zu treffen.

aa) Der Medienrat hat bereits beurteilungsfehlerfrei angenommen, dass die §§ 26 Abs. 5 und 19 MStV HSH der Zuweisung der Übertragungskapazitäten zu Gunsten der Klägerin nicht entgegenstehen (s. ausführlich S. 5 der Vorlage des Direktors zu TOP 9 der Sitzung

des Medienrats am 21. August 2019, Bl. 344 SA; S. 3 der Vorlage des Direktors zu TOP 5 der Sitzung des Medienrats am 6. November 2019, Bl. 592 SA; S. 5 des Bescheids vom 15. November 2019 über die Zuweisung der Übertragungskapazitäten zu Gunsten der Beigeladenen, Bl. 638 SA). Andernfalls hätte es der vom Medienrat vorgenommenen Auswahlentscheidung zwischen der Klägerin und der Beigeladenen nach § 26 Abs. 6 MStV HSH nicht bedurft. Beurteilungsfehler bei der Prüfung der §§ 26 Abs. 5 und 19 MStV HSH sind nicht ersichtlich. Der Umstand, dass mit dem Zuweisungsantrag der Klägerin nur ein berücksichtigungsfähiger Zuweisungsantrag vorliegt, erfordert entgegen der Auffassung der Beigeladenen nicht die erneute Prüfung der §§ 26 Abs. 5 und 19 MStV HSH.

bb) Einer Auswahlentscheidung nach § 26 Abs. 6 MStV HSH bedarf es nicht, da mangels Berücksichtigungsfähigkeit des Zuweisungsantrags der Beigeladenen allein die Klägerin einen berücksichtigungsfähigen Zuweisungsantrag gestellt hat.

cc) Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Beklagte in Erwägung zieht, die Ausschreibung der Übertragungskapazitäten aufgrund struktureller Fehler zu wiederholen. Dazu besteht auch keine Veranlassung. Insbesondere war die in der Ausschreibung erfolgte Vorgabe, die Berücksichtigungsfähigkeit eines Zuweisungsantrags von der Vorlage eines einen Zeitraum von fünf Jahren umfassenden Finanzplans bis zum Ablauf der Ausschlussfrist für die Beantragung der Zuweisung von Übertragungskapazitäten abhängig zu machen, nach den obigen Ausführungen nicht zu beanstanden. Im Übrigen wäre eine Wiederholung der Ausschreibung mit einer erheblichen Beeinträchtigung der gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützten Rechtsposition der Klägerin verbunden, die allein einen berücksichtigungsfähigen Zuweisungsantrag gestellt hat.

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i.V.m. § 709 ZPO.

Ein Grund, gemäß § 132 Abs. 2 VwGO die Revision zuzulassen, liegt nicht vor. Insbesondere hat die Rechtssache nach Auffassung des Berufungsgerichts keine grundsätzliche Bedeutung. Der Beurteilungsspielraum des Medienrats der Beklagten und dessen Reichweite lassen sich anhand der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bestimmen. Die Anforderungen der gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu gewährleistenden Rundfunkfreiheit ergeben sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Der Auslegung der konkreten Ausschreibung und der Prüfung,

ob die Ausschreibungsanforderungen durch den Zuweisungsantrag der Beigeladenen im vorliegenden Einzelfall erfüllt wurden, kommt keine grundsätzliche Bedeutung zu.