

Bescheid

I. Spruch

Die Beschwerde der N & C Privatrado BetriebsgmbH, Gablenzgasse 11, 1150 Wien, vom 19.03.2002 gegen die Donauwelle Radio Privat Niederösterreich GmbH, Bräuhausgasse 5, 3100 St. Pölten, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner, Rechtsanwälte OEG, Mariahilfer Straße 20, 1070 Wien, wegen Verletzung des § 17 PrR-G durch das am 5.3.2002 gesendete Programm wird gemäß §§ 25 und 26 PrR-G als unbegründet abgewiesen.

II. Begründung

Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 19.03.2002, bei der KommAustria eingelangt am 21.03.2002, hat die N & C Privatrado BetriebsgmbH „eine Beschwerde wegen unerlaubter (über das gesetzlich vorgesehene Höchstmaß gehende) Programmübernahme gegen Krone Hitr@dio“ eingebracht. Begründend wurde ausgeführt, dass gemäß § 17 PrR-G „die zeitgleiche Übernahme von Sendungen, Sendereihen und Teilen von Sendungen anderer Hörfunkveranstalter und des Öffentlichen Rundfunks (sic) in einem Ausmaß von höchstens 60 % der täglichen Sendezeit zulässig“ sei. Durch Analysen habe die N & C Privatrado BetriebsgmbH in den Bundesländern Wien, Steiermark, Oberösterreich und Kärnten feststellen können, dass die laufende zeitgleiche Übernahme von Sendungen, Sendereihen und Teilen von Sendungen durch die jeweiligen Krone Hitr@dios das gesetzliche Höchstmaß in hohem Ausmaß überschritten habe. Diese Missachtung der gesetzlichen Bestimmungen führe zu einem maßgeblichen Wettbewerbsvorteil für die Krone Hitr@dios in den genannten Bundesländern.

Das hohe Ausmaß der Programmübernahme reduziere die Produktionskosten für das Radioprogramm beträchtlich. Diesen Kostenvorteil können die jeweiligen Krone Hitr@dios in verstärkte Marketing- und Verkaufsaufwendungen investieren, sowie damit niedrigere Preise für Werbeeinschaltungen anbieten. Durch diese, nach Einschätzung der Beschwerdeführerin gesetzeswidrige Vorgangsweise der Krone Hitr@dios entstehe der N & C Privatrado BetriebsgmbH ein wirtschaftlicher Schaden.

Der Beschwerde angeschlossen war eine Aufstellung über das Programm der „Krone Hitr@dios“ in Oberösterreich, Wien, Kärnten und Steiermark vom 05.03.2002 im Zeitraum von 06:00 bis 18:00 Uhr. In dieser Auswertung wurde – wie aus einem beigelegten Erläuterungsblatt hervorgeht – seitens der Beschwerdeführerin festgestellt, dass im Zeitraum von 06:00 bis 18:00 Uhr ein sogenanntes Sende-Splitting jeweils ca. 3 Minuten nach der vollen und ca. eine

Minute nach der halben Stunde bestehe. Dies werde bis auf kleine Pannen der jeweiligen Regionalstudios eingehalten. Nach einem deutlich langen News/Werbe/Promo/Serviceblock zu diesen Zeiten beginne dann die eigentliche Sendung meist acht Minuten nach xx.00 Uhr oder xx.30 Uhr mit dem ersten Song. Nach dem ersten Musiktitel um xx.08 Uhr (+/- ein bis zwei Minuten) gebe es keine weitere Regionalität bis exakt xx.30 Uhr bzw. ca. xx.31 Uhr.

Gleichlautende Beschwerden wurden am selben Tag auch von der Antenne Wien Radio Privat BetriebsgmbH, der Antenne Steiermark Regionalradio GmbH, der Antenne Kärnten Regionalradio GmbH sowie der Life Radio GmbH & Co KG eingebracht. Diese Beschwerden decken sich sowohl im Wortlaut, als auch in der beigefügten Analyse.

Da die Beschwerde „gegen Krone Hitr@dio“ eingebracht wurde, wurde von der KommAustria die Beschwerdeführerin telefonisch kontaktiert, um aufzuklären, gegen welchen konkreten Hörfunkveranstalter sich die Beschwerde richtet. In einem Telefonat vom 22.03.2002 hat die Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin das Beschwerdevorbringen dahingehend präzisiert, dass es sich gegen die Donauwelle Radio Privat Niederösterreich GmbH richtet.

Die Beschwerde samt Anhang wurde der Beschwerdegegnerin am 22.03.2002 per Fax übermittelt und es wurde dieser die Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt, sowie aufgetragen, gemäß § 22 Abs 1 PrR-G Aufzeichnungen über das von der Beschwerdegegnerin am 05.03.2002 ausgestrahlte Programm vorzulegen. Ferner wurde die Beschwerdegegnerin darüber informiert, dass die Beschwerden der N & C Privatrado BetriebsgmbH sowie der Antenne Wien Radio Privat BetriebsgmbH gegen die Donauwelle Radio Privat Niederösterreich GmbH, die Beschwerde der Antenne Kärnten Regionalradio GmbH gegen die Privatrado Unterkärnten GmbH und die Radio Villach Privatrado GmbH, die Beschwerde der Antenne Steiermark Regionalradio GmbH gegen die Grazer Stadtradio GmbH und die Beschwerde der Life Radio GmbH & Co KG gegen die Welle 1 Linz Radio GmbH zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden würden. Eine mündliche Verhandlung in diesen verbundenen Beschwerdesachen wurde für den 10.04.2002 anberaumt.

Mit Schriftsatz vom 05.04.2002 legte die Donauwelle Radio Privat Niederösterreich GmbH die angeforderten Aufzeichnungen vor und nahm zum Beschwerdevorbringen Stellung. In der Stellungnahme wandte sich die Donauwelle Radio Privat Niederösterreich GmbH zunächst gegen die von der KommAustria vorgenommene Verbindung der Beschwerdefälle, da der Sachverhalt in allen Beschwerdefällen unterschiedlich sei. Weiters brachte Sie im Wesentlichen vor, dass die Beschwerdeführerin gemäß § 25 Abs 1 Z 1 PrR-G nicht zur Beschwerde legitimiert sei, da weder eine detaillierte Beschwerdebehauptung, noch die Behauptung eines unmittelbaren Schadens erkennbar wären. Zum Inhalt der Beschwerden führte die Beschwerdegegnerin aus, dass es nicht zutrefte, dass sie ein Mantelprogramm übernehme und dass daher kein Verstoß gegen § 17 PrR-G vorliege. Die Beschwerdegegnerin beantragte daher, die Beschwerde zurückzuweisen, in eventu abzuweisen.

Die von der Beschwerdegegnerin vorgelegten Aufzeichnungen wurden – ebenso wie die Aufzeichnungen der Beschwerdegegner in den verbundenen Beschwerdesachen – von der Behörde überprüft. Eine zusammenfassende Auswertung wurde, gemeinsam mit der Stellungnahme der Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführerin am 08.04.2002 per Fax übermittelt.

Zu der für 10.04.2002 anberaumten Verhandlung in den verbundenen Beschwerdesachen sind sowohl Beschwerdeführerin als auch Beschwerdegegnerin erschienen. In der Verhandlung wurde die Beschwerde aufrechterhalten, die Beschwerdegegnerin hat weiterhin Zurück-, in eventu Abweisung beantragt. Nach Durchführung der Verhandlung wurden die verbundenen Beschwerdesachen gemäß § 39 AVG wieder getrennt.

Folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt steht fest:

Die Beschwerdeführerin ist Hörfunkveranstalterin; sie verfügt über eine rechtskräftige Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet Wien auf der Frequenz 104,2 MHz (Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 14.03.2002, GZ 611.174/001-BKS/2002). Die Beschwerdegegnerin ist ebenfalls Hörfunkveranstalterin und verfügt über eine rechtskräftige Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk durch die Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde (Bescheid der Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde vom 02.12.1997, GZ 611.130/22-RRB/97).

Die Beschwerdegegnerin versorgt auch das Versorgungsgebiet der Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdegegnerin verbreitet ihr Rundfunkprogramm unter dem Markennamen „Krone Hitradio“ mit dem Slogan „Die besten Hits aller Zeiten“. Dabei gestaltet sie ein zumindest im Zeitraum von 05:00 bis 20:00 Uhr moderiertes Hörfunkprogramm, welches sie vorwiegend in ihrem Studio in Wien produziert.

Die Beschwerdegegnerin übernimmt kein Mantelprogramm von anderen Hörfunkveranstaltern, sie liefert jedoch umgekehrt anderen Hörfunkveranstaltern Programmteile zu. Insbesondere wird das moderierte Musikprogramm im Zeitraum von 05:00 bis 20:00 Uhr anderen Hörfunkveranstaltern, die ebenfalls unter der Marke „Krone Hitradio“ auftreten, zur Übernahme angeboten. Bei dieser Übernahme wird nicht das gesamte Programm zwischen 05:00 und 20:00 Uhr zeitgleich übernommen, sondern es werden in jeder Stunde zwei Programmfenster lokal gestaltet.

Zusätzlich zum Mantelprogramm, das von der Beschwerdegegnerin in der Zeit von 05:00 bis 20:00 Uhr anderen Hörfunkveranstaltern zur Übernahme angeboten wird, wird anderen Hörfunkveranstaltern auch für den Zeitraum, zu dem am Abend zwischen 20:00 und 24:00 Uhr von der Beschwerdegegnerin in der Regel moderiertes Programm gesendet wird, ein „Cleanfeed“ angeboten. Dabei handelt es sich um ein Musikprogramm ohne Livemoderation, jedoch mit Jingles und Nachrichten zur vollen Stunde. Dieses Programm unterscheidet sich von dem der Beschwerdegegnerin gesendeten Programm nur durch die nicht übernommene Moderation, nicht jedoch in der Auswahl der Musiktitel. Auf Grund der Moderation im Programm der Beschwerdegegnerin kann es jedoch dazu kommen, dass diese nicht alle Musiktitel spielt, die im „Cleanfeed“ für andere Hörfunkveranstalter enthalten sind.

Für Hörfunkveranstalter, die in dieser Zeit ein lokal gestaltetes Programm senden und daher nicht den „Cleanfeed“ übernehmen, wird von der Beschwerdegegnerin ein Playlist-Vorschlag erstellt, in dem Musiktitel vorgeschlagen werden, wie sie von der Beschwerdegegnerin auch selbst gesendet werden.

In der Nachtzeit, in der auch die Beschwerdegegnerin selbst kein moderiertes Programm sendet, wird ein unmoderiertes Musikprogramm, unterbrochen von Jingles sowie von Nachrichten zur vollen Stunde, gesendet und anderen Hörfunkveranstaltern zur zeitgleichen Übernahme angeboten.

Diese Feststellungen zum Programm treffen für den von der Beschwerdeführerin inkriminierten 05.03.2002 zu; sie betreffen aber zugleich das grundsätzliche Programmkonzept der Donauwelle Radio Privat Niederösterreich GmbH zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 10.4.2002.

Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Eigenschaft als Hörfunkveranstalter und zum versorgten Gebiet ergeben sich aus den zitierten Akten der KommAustria, des Bundeskommunikationssenates und der Regional- und Kabelrundfunkbehörde sowie den diesbezüglich unstrittigen Parteienvorbringen.

Die Feststellung, dass seitens der Beschwerdegegnerin kein Mantelprogramm übernommen wird, ergibt sich aus der Stellungnahme der Beschwerdegegnerin sowie dem Parteienvorbringen in der mündlichen Verhandlung und der Zeugenaussage von Herrn A in der mündlichen Verhandlung. Für die Behörde besteht kein Zweifel, dass eine Mantelprogrammübernahme durch die Beschwerdegegnerin nicht erfolgt, sondern diese vielmehr eigenständige Produzentin des von ihr gesendeten Programms ist und dieses anderen Hörfunkveranstaltern zur Übernahme anbietet. Die Feststellungen zum Konzept der Programmübernahme ergeben sich aus dem glaubwürdigen Parteienvorbringen der Beschwerdegegnerin und der Zeugenaussage von Herrn A in der mündlichen Verhandlung, sowie aus den für den 5.3.2002 vorgelegten Aufzeichnungen und der ebenfalls vorgelegten Playlist.

Rechtliche Beurteilung

Beschwerdelegitimation

Gemäß § 25 Abs. 1 PrR-G entscheidet die Regulierungsbehörde – das ist gemäß § 32 Abs. 6 PrR-G die KommAustria – über behauptete Verletzungen von Bestimmungen des Privatradiogesetzes von Amts wegen oder auf Grund von Beschwerden (unter anderem) einer Person, die durch die Rechtsverletzung unmittelbar geschädigt zu sein behauptet.

Die Beschwerdeführerin behauptete in ihrer Beschwerde, durch eine das zulässige Ausmaß gemäß § 17 PrR-G übersteigende zeitgleiche Übernahme von Sendungen anderer Hörfunkveranstalter durch die Beschwerdegegnerin geschädigt zu sein. Durch die aufgrund einer gesetzwidrigen Vorgangsweise entstehenden Kostenvorteile bei der Beschwerdegegnerin würde ein wirtschaftlicher Schaden für die Beschwerdeführerin entstehen, da die Beschwerdegegnerin diese Kostenvorteile in verstärkte Marketing- und Verkaufsaufwendungen investieren und damit niedrigere Preise für Werbeeinschaltungen anbieten könne.

§ 25 Abs 1 Z 1 PrR-G entspricht inhaltlich dem bisherigen § 22 Abs 1 Z 1 Regionalradiogesetz (RRG), der nach dem Vorbild des § 27 Abs 1 Z 1 lit. a Rundfunkgesetz (RFG) geschaffen wurde. Zur Auslegung kann daher die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs und der Kommission zur Wahrung des Rundfunkgesetzes zu § 27 Abs 1 Z 1 lit. a RFG herangezogen werden (Bundeskommunikationssenat 13.11.2001, GZ 611.150/002-BKS/2001). Gemäß § 25 Abs 1 Z 1 PrR-G ist Zulässigkeitsvoraussetzung einer Beschwerde die Behauptung einer entsprechenden Rechtsverletzung, „die freilich nicht vornherein ausgeschlossen sein darf, vielmehr den Umständen nach zumindest im Bereich der Möglichkeit liegen muss, um die Beschwerdelegitimation zu begründen. Die behauptete Rechtsverletzung muss den Beschwerdeführer – nach seinen Beschwerdebehauptungen – ‚unmittelbar‘, d.h. (ihn) selber ‚schädigen‘ (VfGH 27.9.1993, B 1121/92, zur im wesentlichen gleichlautenden Bestimmung des § 27 Abs 1 Z 1 lit. a RFG [alte Fassung – vgl. nunmehr § 36 Abs 6 Z 1 lit. a ORF-G], ZfVB 1994/1535). Aus den Beschwerdebehauptungen hat sich daher zumindest die Möglichkeit zu ergeben, dass sich die behauptete Verletzung des PrR-G auf das Vermögen oder auf die davon verschiedenen Interessen des Beschwerdeführers nachteilig auswirkt; dabei muss es sich um einen unmittelbaren Schaden handeln, der dem Beschwerdeführer selbst entstanden ist. Die vom Gesetz geforderte unmittelbare Schädigung kann nur eine solche sein, die die beschwerdeführende Person selbst und

unmittelbar trifft (vgl. RFK 31.3.1989, 458/7-RFK/89, RfR 1991, 32 u.a., jeweils zur im wesentlichen gleichlautenden Bestimmung des § 27 Abs 1 Z 1 lit. a RFG in der Fassung vor der Novelle BGBl I Nr. 83/2001).

Die von der Beschwerdeführerin behauptete wirtschaftliche Schädigung liegt im Sinne der zitierten Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes im Bereich der Möglichkeit: Würden von der Beschwerdegegnerin tatsächlich durch eine gesetzwidrige Übernahme eines Mantelprogramms Kostenvorteile lukriert und zur Absenkung von Werbetarifen oder zu verstärkten Marketing- und Verkaufsaufwendungen herangezogen, so würde dies unmittelbar nachteilige Auswirkungen auf die Beschwerdeführerin haben, die ihrerseits dadurch gezwungen sein könnte, ihre Werbetarife abzusenken oder den verstärkten Marketinganstrengungen der Beschwerdegegnerin ihrerseits unter Aufwendung beträchtlicher Mittel entgegen zu treten. Die Beschwerdeführerin als privater kommerzieller Hörfunkveranstalter ist auf Einnahmen aus Werbung zur Finanzierung ihres Betriebs angewiesen und sie steht dabei gegenüber ihren Werbekunden in Konkurrenz insbesondere auch zur Beschwerdegegnerin. Durch Rechtsbruch erzielte Kostenvorteile würden diesen Wettbewerb um Werbekunden in unlauterer Weise zu Lasten des rechtstreuen Mitbewerbers verzerren und diesen daher unmittelbar schädigen.

Dass die konkreten Kostenvorteile der Beschwerdegegnerin nicht nachgewiesen wurden, wie es die Beschwerdegegnerin als notwendig ansieht, schadet dabei nicht. Es liegt nicht an der Beschwerdeführerin, einen allenfalls durch gesetzeswidrige Vorgangsweise erzielten Vorteil der Beschwerdegegnerin nachzuweisen; die Beschwerdeführerin hat lediglich die Verletzung des Privatradiogesetzes, auf die sich die Beschwerde stützt, zu konkretisieren und zu behaupten, durch diese Verletzung geschädigt zu sein (vgl. Twaroch/Buchner, Rundfunkrecht⁵, 203). Die Beschwerde bezog sich ausdrücklich auf § 17 PrR-G und führte aus, dass eine über das gesetzliche Ausmaß hinausgehende Übernahme von Sendungen durch die Beschwerdegegnerin erfolgte. Damit ist – entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin – die Rechtsverletzung auch hinreichend konkretisiert.

Die Beschwerdeführerin trifft keine Verpflichtung, die tatsächliche Verletzung des Privatradiogesetzes durch Vorlage von Aufzeichnungen nachzuweisen. Soweit die Beschwerdegegnerin darauf verweist, dass die Behörde nicht zu einem Erkundungsbeweis verpflichtet sei und die Beschwerde – da mit ihr keine vollständigen Aufzeichnungen vorgelegt wurden – als un schlüssig zurückzuweisen wäre, ist ihr entgegenzuhalten, dass die Rechtsprechung der Rundfunkkommission (2.3.1993. 546/4-RFK/93, RfR 1993, 26) keineswegs die Vorlage von Aufzeichnungen zur Konkretisierung der Beschwerde verlangt. Die Rundfunkkommission hat jedoch festgehalten, dass sie nicht nach Art einer Untersuchungsbehörde in eine unbestimmte Anzahl von Sendungen eines Zeitraums Einsicht zu nehmen hat; dies vor dem Hintergrund, dass die Beschwerdeführer im von der Rundfunkkommission zu entscheidenden Anlassfall keine Verletzung des RFG durch einzelne Sendungen beanstandet hatten. Die Beschwerdeführer im von der Rundfunkkommission entschiedenen Fall hatten einen internen Aktenvermerk über eine Redaktionssitzung als Auftrag zu einer bestimmten, dem RFG widersprechenden Berichterstattung angesehen und sodann beantragt, die Rundfunkkommission möge in alle von dieser Redaktion verantworteten Sendungen während des Zeitraums eines Monats Einsicht nehmen, um nachzuweisen, dass der beanstandete „Auftrag“ zu einer bestimmten Berichterstattung nicht ohne Folgen geblieben ist.

Anders als in dem der zitierten Entscheidung der Rundfunkkommission zugrundeliegenden Sachverhalt wurde im hier gegenständlichen Fall jedoch die behauptete Gesetzesverletzung durch das von der Beschwerdegegnerin ausgestrahlte Programm von der Beschwerdeführerin klar umrissen und konkretisiert: am 5.3.2002 sei ein Mantelprogramm in einem das gesetzliche Ausmaß übersteigenden Umfang übernommen worden. Der behauptete Verstoß gegen § 17 PrR-G kann eben nicht durch eine einzelne Sendung

erfolgen, sondern – entsprechend dem Wortlaut der Bestimmung – nur durch das gesamte Programm eines Tages.

Dass zur Beurteilung, ob die behauptete Gesetzesverletzung vorliegt, die Überprüfung der gesamten Aufzeichnungen des konkreten Sendetages erforderlich ist, macht diese Überprüfung nicht zu einem Erkundungsbeweis im Sinne der Rechtsprechung der Rundfunkkommission, sondern dient der als Grundlage für die Entscheidung notwendigen Sachverhaltsfeststellung, zumal im Hinblick auf die amtswegige Wahrheitsfindung und insbesondere angesichts der Bestreitung durch die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeausführungen nicht ohne Überprüfung den Feststellungen zugrunde gelegt werden können.

Rechtzeitigkeit der Beschwerde

Gemäß § 25 Abs. 2 PrR-G sind Beschwerden innerhalb von sechs Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung des Privatradiogesetzes, einzubringen. Die Beschwerde bezog sich auf eine behauptete Gesetzesverletzung durch das am 05.03.2002 gesendete Programm und langte am 21.03.2002 – sohin rechtzeitig – bei der KommAustria ein.

Die Beschwerde ist daher zulässig, es kommt ihr jedoch keine Berechtigung zu, da die behauptete Gesetzesverletzung nicht vorliegt.

Mantelprogrammübernahme

Festgestellt wurde, dass die Beschwerdegegnerin kein Mantelprogramm von anderen Hörfunkveranstaltern übernimmt, sondern das von ihr gesendete Programm eigenständig gestaltet (und Teile dieses Programms anderen Hörfunkveranstaltern als Mantelprogramm zur Übernahme anbietet).

§ 17 PrR-G, dessen Verletzung in der Beschwerde behauptet wurde, richtet sich lediglich gegen die zeitgleiche Übernahme von Sendungen anderer Hörfunkveranstalter in einem über das Ausmaß von 60 % hinausgehenden Umfang der täglichen Sendezeit. Auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts liegt daher keine Verletzung dieser Bestimmung vor, so dass die Beschwerde aus diesem Grunde abzuweisen war.

In der mündlichen Verhandlung wurde seitens der Beschwerdeführerin auch vorgebracht, dass nicht nur die Übernahme von Sendungen durch die Beschwerdegegnerin gegen § 17 PrR-G verstoßen würde, sondern dass eine Rechtsverletzung auch dann vorliege, wenn Programm in einem über das gesetzliche Maß hinausgehenden Umfang an andere Hörfunkveranstalter zugeliefert werde. Ein „übermäßiges Zuliefern“ mag allenfalls als Mitwirken an fremdem Rechtsbruch im Sinne des UWG relevant sein, kann jedoch angesichts des klaren Wortlautes des § 17 PrR-G keine Verletzung dieser Bestimmung darstellen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat,

einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten. Für den Berufungsantrag ist gemäß § 14 TP 6 Gebührengesetz 1957 idF BGBl. I Nr. 144/2001 eine Gebühr von 13 Euro zu entrichten. Die Gebührenschuld entsteht gemäß § 11 Abs 1 Gebührengesetz 1957 idF BGBl. I Nr. 144/2001 erst in dem Zeitpunkt, in dem die abschließende Erledigung über die Berufung zugestellt wird.

Wien, am 19.04.2002

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Dr. Hans Peter Lehofer
Behördenleiter