

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat I, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden und den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter gemäß § 2 Abs. 1 Z 6 und § 13 Abs. 3 Z 3 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 111/2010, wie folgt entschieden:

I. Spruch

Der Antrag der **Ennstaler Lokalradio GmbH** (FN 157071m beim Landesgericht für ZRS Graz), vertreten durch die Ploil, Krepp, Boesch Rechtsanwälte GmbH, Stadiongasse 4, 1010 Wien, vom 15.04.2011 auf Genehmigung einer grundlegenden Änderung ihres Hörfunkprogramms wird gemäß § 28a Abs. 3 Z 1 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, abgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 15.04.2011 beantragte die Ennstaler Lokalradio GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) die Genehmigung einer grundlegenden Änderung ihres Hörfunkprogramms gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G. Begründend führt sie aus, dass ein 24 Stunden Vollprogramm, das auf die Zielgruppe 10 bis 29 Jahre ausgerichtet ist, gesendet werden soll und der Schwerpunkt des Programms der im CHR-Format gehaltene Musikbereich ist. Der Fokus des Musikprogramms soll auf den Musikrichtungen Modern Rhythmic Pop, RnB,

House und New Rock liegen und das Wortprogramm zwischen 06:00 und 19:00 Uhr zweiminütige Nachrichten um Punkt, mit besonderem Augenmerk auf die regionale Berichterstattung aus der Steiermark, umfassen. Zwischen 06:00 und 19:00 Uhr sollen zur halben Stunde eigene Regionalnachrichten für die Steiermark gesendet werden. Darüber hinaus ist ein ausführliches ergänzendes Serviceangebot mit Verkehrsnachrichten, Lokalwetter, Lottozahlen, etc. geplant. Dazu kommen über den Tag verteilt zahlreiche Moderationsmeldungen und ausführliche Berichte über das junge steirische Stadtleben (Konzerte, Veranstaltungen, Partys, Events, etc.). Das Verhältnis von Wort- zu Musikprogramm soll inklusive Werbung im Durchschnitt 20/30 zu 70/80 betragen.

Am 20.04.2011 beauftragte die KommAustria den Amtssachverständigen Thomas Janiczek mit der Erstellung eines gutachterlichen Aktenvermerks zur Frage, welche Hörfunkprogramme im Versorgungsgebiet „Oberes Ennstal“ empfangbar sind sowie zur Ermittlung der technischen Reichweite der verfahrensgegenständlichen Übertragungskapazitäten "OEBLARN (Strimitzen) 107,2 MHz" und "SCHLADMING 4 (Hochwurzen) 106,3 MHz". Der gutachterliche Aktenvermerk wurde vom Amtssachverständigen am 27.04.2011 vorgelegt.

Mit Schreiben der KommAustria vom 13.05.2011 wurde der verfahrensgegenständliche Antrag an die Steiermärkische Landesregierung sowie an jene Hörfunkveranstalter, deren Programme im Versorgungsgebiet der Antragstellerin terrestrisch empfangbar sind, zur Stellungnahme binnen zwei Wochen übermittelt.

Am 23.05.2011 langte eine Stellungnahme der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. bei der KommAustria ein, welche mit Schreiben der KommAustria vom 20.06.2011 der Antragstellerin übermittelt wurden. Weitere Stellungnahmen langten nicht ein.

Am 05.07.2011 langte eine Äußerung der Antragstellerin bei der KommAustria ein.

2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

Aufgrund des Antrages sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

2.1. Zur Antragstellerin

Die Ennstaler Lokalradio GmbH ist eine zu FN 157071m beim Landesgericht für ZRS Graz eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Graz.

Die Antragstellerin steht im Alleineigentum der GH Vermögensverwaltungs GmbH, einer zu FN 180570w beim Landesgericht für ZRS Graz eingetragenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Graz. Alleineigentümerin der GH Vermögensverwaltungs GmbH ist wiederum die IQ – plus Medien GmbH, eine zu FN 138817v beim Landesgericht für ZRS Graz eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Graz und Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ (Bescheid des BKS vom 18.10.2007, GZ 611.119/0001-BKS/2007). Alleineigentümerin der IQ – plus Medien GmbH ist wiederum die N & C Privatradio Betriebs GmbH (FN 160655h beim Handelsgericht Wien). Die N & C Privatradio Betriebs GmbH ist Inhaberin von Zulassungen in den Versorgungsgebieten „Wien 104,2 MHz“ (Bescheid der KommAustria vom 11.04.2011, KOA 1.701/11-007), „Stadt Salzburg 94,0 MHz“ (Bescheid des BKS vom 06.09.2002, GZ 611.092/0002-BKS/2002) und „Innsbruck 99,9 MHz“ (Bescheid des BKS vom 24.09.2007, GZ 611.143/0001-BKS/2007).

Die GH Vermögensverwaltungs GmbH ist darüber hinaus zu 95% Eigentümerin der Mur-Mürztal Radiobetriebs GmbH (FN 159286w beim Landesgericht für ZRS Graz), die aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 11.04.2011, KOA 1.460/11-008, Inhaberin einer

Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Bruck an der Mur/Mur-, Mürztal“ ab 21.06.2011 für die Dauer von zehn Jahren ist. Die Ennstaler Lokalradio GmbH wiederum ist Alleineigentümerin der Privat-Radio Betriebs GmbH (FN 132649y beim Landesgericht für ZRS Graz), die Inhaberin von Zulassungen zur Veranstaltung von Hörfunk in den Versorgungsgebieten „Aichfeld – Oberes Murtal“ (Bescheid des BKS vom 31.03.2008, GZ 611.115/0002-BKS/2008) und „Bezirk Leoben und östlicher Teil des Bezirkes Liezen“ (Bescheid der KommAustria vom 28.02.2008, KOA 1.470/08-004) ist.

2.1.1. Zulassung der Antragstellerin

Die Antragstellerin ist aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 13.03.2002, KOA 1.525/02-8, bestätigt mit Bescheid des BKS vom 06.11.2002, GZ 611.113/001-BKS/2002, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Oberes Ennstal“ ab 11.11.2002 und nahm am 24.10.2003 den Sendebetrieb in ihrem Versorgungsgebiet auf.

Gemäß dem Zulassungsbescheid umfasst das genehmigte Programm „ein 24 Stunden Vollprogramm, wobei im gesetzlich zulässigen Ausmaß ein Mantelprogramm übernommen wird mit dem Programmschema, wonach gemäß dem Antrag ein Programm mit lokalem Bezug gesendet wird. Das Wortprogramm umfasst lokale Programmteile aus den Bereichen Kultur, Sport, Wirtschaft und Vereinsleben sowie im Rahmen der Nachrichtensendungen nationale bedeutsame Ereignisse aus der Steiermark und Österreich bzw. Verkehrs- und Wetternachrichten, Weltnachrichten, Tipps in den Bereichen Gesundheit, Familie und gesellschaftliches sowie kulturelles Leben. Das Musikprogramm umfasst Schlager, Evergreens, Volksmusik und volkstümliche Musik, wobei besonders die deutschsprachige Musik und Volksmusik sowie heimische Musikgruppen gefördert werden.“

2.1.2. Rechtsverletzungen betreffend das im Versorgungsgebiet „Oberes Ennstal“ ausgestrahlte Programm

Mit Bescheid der KommAustria vom 27.09.2010, KOA 1.525/10-014, wurde im Rahmen der Rechtsaufsicht über Hörfunkveranstalter gemäß § 24 iVm § 28 Abs. 2 und § 28a Abs. 1 Z 1 und 2 PrR-G – für den Zeitraum vom 01.07.2010 bis 12.08.2010 in Verbindung mit der Beschwerde der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. gemäß §§ 24, 25 und 26 PrR-G – festgestellt, dass die Antragstellerin dadurch, dass seit Februar 2010 im Versorgungsgebiet „Oberes Ennstal“ weder ein Programm mit Lokalbezug, welches lokale Programmteile aus den Bereichen Kultur, Sport, Wirtschaft und Vereinsleben sowie im Rahmen der Nachrichtensendungen nationale bedeutsame Ereignisse aus der Steiermark und Österreich bzw. Verkehrs- und Wetternachrichten, Weltnachrichten, Tipps in den Bereichen Gesundheit, Familie und gesellschaftliches sowie kulturelles Leben umfasst, noch ein Musikprogramm, das Schlager, Evergreens, Volksmusik und volkstümliche Musik umfasst, wobei besonders die deutschsprachige Musik und Volksmusik sowie heimische Musikgruppen gefördert werden, gesendet hat, den Charakter des von ihr im Antrag auf Zulassung dargestellten und mit Bescheid des BKS vom 06.11.2002, GZ 611.113/001-BKS/2002, genehmigten Programms grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen. Mit Bescheid des BKS vom 26.01.2011, GZ 611.113/0001-BKS/2011, wurde die Berufung der Antragstellerin gegen diesen Bescheid als unbegründet abgewiesen. Der Bescheid ist rechtskräftig.

Mit rechtskräftigem Bescheid der KommAustria vom 06.04.2011, KOA 1.525/11-005, wurde aufgrund der Beschwerde der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. gemäß §§ 24, 25, 26 iVm § 28 Abs. 2 und § 28a Abs. 1 Z 2 PrR-G festgestellt, dass die Antragstellerin im Zeitraum vom 01.10.2010 bis 05.10.2010 den Charakter des von ihr im Antrag auf Zulassung dargestellten und mit Bescheid des BKS vom 06.11.2002, GZ 611.113/001-BKS/2002, genehmigten Programms (§ 3 Abs. 2 PrR-G) im Versorgungsgebiet „Oberes Ennstal“ grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu

verfügen, indem sie ausschließlich ein Musikprogramm und – abgesehen von Werbung und Jingles – kein Wortprogramm gesendet hat.

Mit einem weiteren rechtskräftigen Bescheid der KommAustria vom 15.06.2011, KOA 1.525/11-019, wurde aufgrund der Beschwerde der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. gemäß §§ 24, 25, 26 iVm 28 Abs. 2 und 28a Abs. 1 Z 2 PrR-G festgestellt, dass die Antragstellerin im Zeitraum vom 06.10.2010 bis 14.11.2010 den Charakter des von ihr im Antrag auf Zulassung dargestellten und mit Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 06.11.2002, GZ 611.113/001-BKS/2002, genehmigten Programms (§ 3 Abs. 2 PrR-G) im Versorgungsgebiet „Oberes Ennstal“ grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, indem sie kein Programm mit Lokalbezug, welches lokale Programmteile aus den Bereichen Kultur, Sport, Wirtschaft und Vereinsleben sowie Tipps in den Bereichen Gesundheit, Familie und gesellschaftliches sowie kulturelles Leben umfasst, gesendet hat.

Die Antragstellerin hat somit von Februar 2010 bis 27.09.2010 und von 01.10.2010 bis 14.11.2010 ein nicht dem Zulassungsbescheid entsprechendes Programm gesendet.

2.2. Antrag auf Genehmigung einer grundlegenden Programmänderung

Gemäß dem verfahrensgegenständlichen Antrag auf Genehmigung einer grundlegenden Programmänderung beabsichtigt die Antragstellerin ein 24 Stunden Vollprogramm zu senden, das auf die Zielgruppe 10 bis 29 Jahre ausgerichtet ist. Der im CHR-Format gehaltene Musikbereich soll den Schwerpunkt des Programms darstellen. Das wesentliche Augenmerk des Musikprogramms soll auf den Musikrichtungen Modern Rhythmic Pop, RnB, House und New Rock liegen, wobei auch österreichische Interpreten gefördert werden sollen. Das Wortprogramm soll zwischen 06:00 und 19:00 Uhr zweiminütige Nachrichten um Punkt, mit besonderem Augenmerk auf regionaler Berichterstattung aus der Steiermark, umfassen. Zwischen 06:00 und 19:00 Uhr sollen zur halben Stunde eigene Regionalnachrichten für die Steiermark gesendet werden. Darüber hinaus ist ein ausführliches ergänzendes Serviceangebot mit Verkehrsnachrichten, Lokalwetter, Lottozahlen, etc. geplant. Dazu kommen über den Tag verteilt zahlreiche Moderationsmeldungen und ausführliche Berichte über das junge steirische Stadtleben (Konzerte, Veranstaltungen, Partys, Events, etc.). Das Verhältnis von Wort- zu Musikprogramm soll inklusive Werbung im Durchschnitt 20/30 zu 70/80 betragen.

Das beabsichtigte Programm erläuternd führt die Antragstellerin aus, dass im gegenständlichen Versorgungsgebiet aus wirtschaftlichen Überlegungen das bereits am Radiomarkt etablierte Programm „Energy“ mit leichten Adaptierungen verbreitet werden soll. Das geplante Programm soll zu 100% eigengestaltet sein. Das Wortprogramm soll neben Nachrichtensendungen, Informationen, Lifestyle, Veranstaltungstipps und Reportagen auch Call-in-Sendungen beinhalten. Insbesondere sind an redaktionellen Inhalten tägliche Event- und Veranstaltungsberichterstattung für die Steiermark, redaktionelle Beiträge aus der Steiermark, Studiogäste aus der lokalen Kunst-, Kultur und Eventszene, die Veranstaltung von Events in der Steiermark, die der Jugendkultur eine Plattform zur Präsentation bieten, sowie Diskussionen von lokalen Themen aus dem tagesaktuellen und politischen Geschehen geplant.

Zusammenfassend beabsichtigt die Antragstellerin somit, das bereits am Hörfunkmarkt vorhandene Programm „Radio Energy“ mit leichten Adaptierungen auch im gegenständlichen Versorgungsgebiet zu senden.

2.3. Im Versorgungsgebiet zur Gänze und teilweise empfangbare Hörfunkprogramme

ORF-Hörfunkprogramme

Ö1

Zielgruppe: Alle an Kultur interessierten Österreicher ab 18 Jahren

Musikformat: Hauptsächlich klassische Musik aber auch Jazz, Weltmusik, Volksmusik

Nachrichten: News zur vollen Stunde; ausführliche Journale um 07:00, 08:00, 12:00, 18:00, 22:00 und 00:00 Uhr

Programm: Kultur, Literatur, Wissenschaft, gesellschaftliche Themen, Religion, gehobene Unterhaltung, Kabarett

Ö3

Zielgruppe: Österreicher 14 bis 49 Jahre (Kernzielgruppe 14 bis 34 Jahre)

Musikformat: Hot AC: Hitradio mit den größten Hits der 80er und 90er Jahre und der Gegenwart

Nachrichten: Volle Information zur vollen Stunde, Wetter, Schlagzeilen zur halben Stunde; schnellster Verkehrsservice Österreichs, Sport

Programm: People You Like, Music You Love, News You Can Use

FM4

Zielgruppe: Österreicher 14 bis 29 Jahre

Musikformat: Actual Music abseits des Mainstreams: Alternative Music, House, Soul, Heavy Rock, Hip Hop, Reggae, Funk

Nachrichten: Zwischen 06:00 und 18:00 Uhr. News in englischer Sprache zu jeder vollen Stunde. Deutschsprachige Schlagzeilen zu jeder halben Stunde, französische um 09:30 Uhr.

Programm: Reportagen aus der Pop- und Jugendkultur, Radio-Comedy und Satire, Event-Radio

Ö2 Steiermark

Zielgruppe: Steirer 30+ (Kernzielgruppe 30 bis 59 Jahre)

Musikformat: Schlagerhits und Evergreens

Nachrichten: Weltnachrichten zur vollen Stunde, Lokalnachrichten zur halben Stunde; Wetter- und Verkehrsservice alle 30 Minuten,

Programm: Service, Information, Unterhaltung und Landeskultur für alle Steirer und Steirerinnen

Ö2 Salzburg

Zielgruppe: Salzburger 35+

Musikformat: Hits, Schlager, Oldies und von Evergreens bis zur Volksmusik

Nachrichten: News zur vollen Stunde mit internationalen u. Lokalnachrichten, Wetter, Verkehr, Sport.

Programm: Salzburg-spezifische Information, Unterhaltung, Landeskultur, Service

Hörfunkveranstalter nach PrR-G

KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. („KRONEHIT“)

Das Programm ist ein 24 Stunden Vollprogramm im AC-Format, welches unter der Bezeichnung "KRONEHIT" verbreitet wird und sich als Unterhaltungssender für erwachsene Österreicherinnen und Österreicher versteht. Neben den Programmschwerpunkten Musik, unterhaltende Information aus Österreich und der Welt sowie zielgruppenrelevanter Content (Sport, Veranstaltungen, etc.) beinhaltet das Programm auch Serviceanteile (z.B. Wetter- und Verkehrsinformationen). Das Programm wird bundesweit einheitlich ausgestrahlt; regionale und lokale Ausstiege erfolgen im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten gemäß redaktionellen Erfordernissen und wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit.

Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG („Antenne Steiermark“)

Das Programm umfasst im Wesentlichen ein eigengestaltetes 24 Stunden Vollprogramm mit hohem Lokal- und Regionalbezug. Das Wortprogramm beinhaltet neben regelmäßigen nationalen und internationalen Nachrichten auch regionale und lokale Nachrichten,

Servicemeldungen (Wetter, Verkehr) sowie Berichte mit Bezug zum öffentlichen, kulturellen, wirtschaftlichen, sportlichen und religiösen Leben in der Steiermark. Das Musikprogramm ist als AC-Format (Adult Contemporary) gestaltet, wobei neben gefälliger Popmusik der 80er und 90er Jahre und von heute auch Oldies der 50er, 60er und 70er Jahre gespielt werden. Ebenso wird österreichischen Musikinterpreten in hohem Ausmaß Rechnung getragen.

Verein CulturCentrum Wolkenstein („Radio Frequenz“)

Das Programm umfasst ein im Wesentlichen eigengestaltetes, nichtkommerzielles 24 Stunden Vollprogramm mit offenem Zugang, das sich an Bewohner des Raumes Liezen wendet und einen hohen Lokal- und Regionalbezug aufweist. Es sollen zeitgenössische Kunst- und Kulturformen besonders gefördert werden. Das Wortprogramm beinhaltet Themen und Termine, die sich aus der Tagesaktualität ergeben und lokalen, überregionalen und globalen Bezug aufweisen. Das Musikprogramm wird von einzelnen Programmgestaltern ausgewählt und ist als Misch-Format gestaltet, wobei den Schwerpunkt Pop- und Rockmusik bildet und daneben Elektronik, Alternative Rock, Musik aus Österreich, Dance oder Jazz Musik gespielt werden. Ebenso werden österreichische Musikinterpreten verschiedener Musikrichtungen wie Wienerlied, Schlager, Volksmusik, Jazz oder HipHop gespielt. Das Verhältnis zwischen Wort- und Musikanteil beträgt 28 zu 72%.

Antenne "Österreich" und Medieninnovationen GmbH („Antenne Salzburg“)

Das Programm umfasst ein eigengestaltetes 24 Stunden Vollprogramm mit hohem Lokal- und Regionalbezug. Das Wortprogramm umfasst regionale und überregionale Nachrichten, einschließlich Wetter - und Verkehrsnachrichten, regelmäßigen regionalen und überregionalen, zu hundert Prozent eigengestalteten, redaktionellen Beiträgen mit einem Schwerpunkt auf dem öffentlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Leben im Versorgungsgebiet sowie Sendungen, die die HörerInnen im Versorgungsgebiet aktiv mit ein beziehen. Das Musikprogramm wird im Adult Contemporary-Format für eine Zielgruppe der 14 bis 49 Jährigen, mit einer Kernzielgruppe der 25 bis 49 Jährigen, gestaltet.

2.4. Stellungnahmen der betroffenen Hörfunkveranstalter und der Landesregierung

Mit Schreiben vom 23.05.2011 äußerte sich die KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. abschlägig zur beantragten Programmänderung der Antragstellerin. Begründend führt sie im Wesentlichen aus, die in § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G geforderte Voraussetzung, dass die Antragstellerin seit mindestens zwei Jahren ihren Sendebetrieb ausgeübt hat, werde nicht erfüllt.

Die Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG, der Verein CulturCentrum Wolkenstein und die Antenne "Österreich" und Medieninnovationen GmbH enthielten sich ihrer Stellungnahmemöglichkeit. Ebenso langte keine Stellungnahme der Steiermärkischen Landesregierung ein.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur gesellschaftsrechtlichen Struktur der Antragstellerin und zur gesellschaftsrechtlichen Verbindung mit der Mur- Mürztal Radiobetriebs GmbH, der Privat-Radio Betriebs GmbH, der IQ – plus Medien GmbH und der N & C Privatrado Betriebs GmbH sowie zu deren Zulassungen ergeben sich aus den zitierten Zulassungsbescheiden und dem offenen Firmenbuch.

Die Feststellungen zur Zulassung der Antragstellerin und dem im Zulassungsbescheid bewilligten Programm der Antragstellerin gründen auf dem zitierten Bescheiden der KommAustria und des BKS. Die Feststellung zum Zeitpunkt der Aufnahme des Sendebetriebs beruht auf der entsprechenden Mitteilung der Antragstellerin mit Schreiben vom 24.10.2003 sowie den Ausführungen der Antragstellerin im gegenständlichen Antrag.

Die Feststellungen bezüglich der rechtskräftig festgestellten Rechtsverletzungen im Hinblick auf das Programm der Antragstellerin ergeben sich aus den zitierten Bescheiden der KommAustria und des BKS.

Die Feststellungen im Hinblick auf die geplanten Änderungen des Wort- und Musikprogramms beruhen auf den Angaben der Antragstellerin im Antrag.

Die Feststellungen zu den im Versorgungsgebiet empfangbaren Hörfunkprogrammen beruhen auf dem gutachterlichen Aktenvermerk des technischen Amt sachverständigen Thomas Janiczek vom 27.04.2011. Die Feststellungen zu den Programmen der im Versorgungsgebiet empfangbaren Hörfunkveranstalter beruhen auf den bezugnehmenden Akten der KommAustria und des BKS. Die Feststellungen zum Vorbringen der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. beruhen auf der vorliegenden Stellungnahme dieser Hörfunkveranstalterin.

4. Rechtliche Beurteilung

§ 28a Abs. 3 PrR-G lautet:

"(3) Eine grundlegende Änderung des Programmcharakters ist von der Regulierungsbehörde auf Antrag des Hörfunkveranstalters sowie nach Anhörung jener Hörfunkveranstalter, deren Programme im Versorgungsgebiet des Antragstellers terrestrisch empfangbar sind, zu genehmigen, wenn

1. der Hörfunkveranstalter seit mindestens zwei Jahren seinen Sendebetrieb ausgeübt hat und

2. durch die beabsichtigte Änderung keine schwerwiegenden nachteiligen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation, die Wirtschaftlichkeit bestehender Hörfunkveranstalter im Versorgungsgebiet sowie die Angebotsvielfalt für die Hörer zu erwarten sind.

Bei der Entscheidung ist zu berücksichtigen, inwieweit sich für die Tätigkeit des Hörfunkveranstalters maßgebliche Umstände seit der Erteilung der Zulassung ohne dessen Zutun geändert haben. Vor der Entscheidung ist der Landesregierung, in deren Gebiet sich das Versorgungsgebiet des Zulassungsinhabers befindet, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben."

Die Bestimmung des § 28a Abs. 3 PrR-G ermöglicht Hörfunkveranstaltern unter bestimmten Voraussetzungen auch grundlegende Änderungen ihres Programms vorzunehmen.

Bei der Entscheidung, ob eine grundlegende Programmänderung genehmigt werden kann, hat die KommAustria das Vorliegen zweier kumulativ zu erfüllender Kriterien zu prüfen. Einerseits kann gemäß Z 1 leg.cit. eine grundlegende Programmänderung nur bewilligt werden, wenn der Hörfunkveranstalter seit mindestens zwei Jahren seinen Sendebetrieb ausgeübt hat. Andererseits darf gemäß Z 2 leg. cit. die allenfalls zu bewilligende Programmänderung weder schwerwiegende nachteilige Auswirkungen auf den Markt (Mitbewerber im Versorgungsgebiet), noch auf die Angebotsvielfalt zeitigen. Schließlich sind in die Entscheidung auch Erwägungen dahingehend einzubeziehen, inwieweit sich die Rahmenbedingungen für den antragstellenden Hörfunkveranstalter seit Zulassungserteilung maßgeblich verändert haben. Damit können in die Entscheidung auch Faktoren einbezogen werden, die der betreffende Hörfunkveranstalter selbst nicht beeinflussen konnte, die jedoch seinen wirtschaftlichen Erfolg erheblich berühren.

§ 28a PrR-G wurde mit der Novelle BGBl. I Nr. 97/2004 in das PrR-G eingefügt. Die Gesetzesmaterialien (IA 430/A BlgNR XXII. GP) führen dazu aus (Hervorhebungen nicht im Original):

"Als grundsätzliche Neuerung gegenüber der bisherigen Rechtslage soll mit dem Entwurf vorgesehen werden, dass Hörfunkveranstalter berechtigt sein sollen, auch grundlegende Änderungen ihres Programms vorzunehmen. Im Hinblick darauf, dass der Zulassungsantrag Grundlage der Entscheidung im Auswahlverfahren ist, kann eine unbeschränkte Änderung des Programms nicht zugelassen werden, würde doch in diesem Fall das Auswahlverfahren gemäß § 6 PrR-G überflüssig werden. Zu berücksichtigen sind bei Programmänderungen insbesondere die Interessen der Mitbewerber um die Zulassung, der weiteren im Verbreitungsgebiet am Markt aktiven privaten Hörfunkveranstalter, der Hörer sowie schließlich die öffentlichen Interessen, die im Rahmen des Zulassungsverfahrens zu berücksichtigen waren (etwa die Medien- und Angebotsvielfalt). Der Entwurf sieht nun vor, dass erstmalig nach Ablauf eines Zeitraums von zwei Jahren eine grundlegende Änderung des Programms möglich ist; diese Frist dient vor allem dazu, das Auswahlverfahren nicht ad absurdum zu führen. Der mit einem bestimmten Konzept erfolgreiche Zulassungswerber darf nicht bereits unmittelbar nach dem Obsiegen im Auswahlverfahren ein anderes Konzept umsetzen, sondern muss zunächst zumindest eine gewisse Zeitspanne hindurch das dem Zulassungsbescheid zugrunde liegende Programm veranstaltet haben, um auch aussagekräftige Werte über die Akzeptanz durch das Publikum zu erlangen. Weiters setzt die Genehmigung voraus, dass die beabsichtigte Änderung keine schwerwiegenden nachteiligen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation, die Wirtschaftlichkeit bestehender Hörfunkveranstalter sowie die Angebotsvielfalt erwarten lässt; geringe Auswirkungen sind in einem Wettbewerbsumfeld grundsätzlich zu erwarten und von den Marktteilnehmern hinzunehmen. Die Bestimmung des § 28a Abs. 3 Z 2 soll jedoch vermeiden, dass etwa ein bestimmtes erfolgreiches Format direkt kopiert wird und dieser Programmveranstalter, der im Vertrauen auf seine Zulassung und die Zulassungsbedingungen der anderen Hörfunkveranstalter sein Programm gestaltet, am Markt positioniert und zum Erfolg geführt hat, dadurch geschädigt wird. Den anderen Veranstaltern kommt ein Anhörungsrecht zu. Da bei der Änderung des Programmcharakters lediglich wirtschaftliche Interessen betroffen sind, nicht aber deren Rechtspositionen berührt werden kommt ihnen keine Parteistellung zu.

Schließlich hat die Regulierungsbehörde bei der Entscheidung auch die Änderung maßgeblicher Rahmenbedingungen für die Hörfunkveranstaltung zu berücksichtigen; in diesem Zusammenhang wird vor allem die Positionierung der Programme des ORF von Bedeutung sein, da sich auch aus den dem ORF grundsätzlich möglichen Programmänderungen Reaktionsbedarf für private Hörfunkveranstalter ergibt. Entsprechende Reaktionen auf das Marktverhalten des ORF müssen privaten Hörfunkveranstaltern jedenfalls offen stehen, sodass dies bei der Genehmigung auch grundlegender Programmänderungen entsprechend zu berücksichtigen ist."

Zunächst ist der Frage nachzugehen, ob die Voraussetzung eines zweijährigen Sendebetriebs im Sinne des § 28a Abs. 3 PrR-G durch die Antragstellerin erfüllt wird.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien zu § 28a PrR-G unmissverständlich, dass der erfolgreiche Zulassungswerber zumindest zwei Jahre hindurch „das dem Zulassungsbescheid zu Grunde liegende Programm“ veranstaltet haben muss, bevor er die Genehmigung für ein anderes Konzept erhalten kann (vgl. VwGH 12.12.2007, ZI. 2007/05/0205).

Nach den Feststellungen hat die Antragstellerin von Februar 2010 bis 27.09.2010 und von 01.10.2010 bis 14.11.2010 ein nicht dem Zulassungsbescheid entsprechendes Programm gesendet.

Die Antragstellerin führt diesbezüglich aus, die Konjunktion „seit“ gebe den Zeitpunkt an, zu dem ein bestimmter Zustand oder Vorgang begonnen hat (Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Auflage, 2007). Eine Interpretation, die dazu führe, dass der Bedeutungsgehalt dieses Wortes letztendlich im Sinne von „in den zwei Jahren vor Antragstellung seinen Sendebetrieb ausgeübt hat“, umgedreht werde, sei mit dem

Bedeutungsgehalt des vom Gesetzgeber verwendeten Wortes nicht vereinbar. Dieses Ergebnis werde auch durch eine teleologische Interpretation bestätigt. Die Materialien legten unzweifelhaft offen, welches Ziel der Gesetzgeber mit der Zweijahresfrist verfolgt habe: es solle sichergestellt werden, dass sich vor einer genehmigten Programmänderung das ursprünglich zugelassene Programm einem tatsächlichen Praxistest gestellt habe. Eine vergleichbare Bestimmung finde sich auch in § 28b und § 28d PrR-G im Zusammenhang mit der Einbringung einer Zulassung in eine bundesweite Zulassung. Auch dafür sei die Voraussetzung, dass *„der Zulassungsinhaber seit mindestens zwei Jahren seinen Sendebetrieb ausgeübt hat“*. Auch in diesem Regelungszusammenhang solle bloß sichergestellt werden, dass nicht ein Zulassungsinhaber, der sich in einem Auswahlverfahren durchgesetzt habe, seine Zulassung vor Ablauf von zwei Jahren Sendebetrieb in eine bundesweite Zulassung einbringe und dadurch letztendlich auch das Auswahlverfahren ad absurdum geführt würde. Darüber hinaus gebe es im PrR-G keine Stelle, an der der Gesetzgeber eine ähnliche Formulierung (*„... seit ...“*) mit anderem Bedeutungsgehalt verwendet habe. Die Bestimmung sei daher so zu verstehen, dass ein Antragsteller belegen müsse, dass er seit der Aufnahme des Sendebetriebs – wenn auch mit einzelnen Unterbrechungen – seit mehr als zwei Jahren das zugelassene Programm ausgestrahlt und damit in der Praxis getestet habe. Dabei sei wohl davon auszugehen, dass die Perioden des bescheidkonformen Sendebetriebs eine gewisse Nachhaltigkeit haben müssten. Diese Voraussetzung erfülle die Antragstellerin unzweifelhaft. Sie habe ab der Aufnahme des Sendebetriebs, also vom 24.10.2003 bis Februar 2010, also zunächst über einen Zeitraum von mehr als sechs Jahren ihren Sendebetrieb im Sinne des Gesetzes ausgeübt und diesen nach der Unterbrechung durch die festgestellten Rechtsverletzungen wieder aufgenommen. Sie habe im Zeitpunkt der Antragstellung daher mehr als 24 Monate lang, also seit (mehr als) zwei Jahren ihren Sendebetrieb zulassungskonform ausgeübt.

Dem Vorbringen der Antragstellerin stehen der Wortlaut des § 28a PrR-G, die Gesetzessystematik und die Gesetzesmaterialien entgegen:

Nach dem Duden – Richtiges und gutes Deutsch, Band 9, 5. Auflage, 766, gibt die Präposition „seit“ den Zeitpunkt an, zu dem ein Zustand eingetreten ist oder ein anhaltender Vorgang begonnen hat. Sie darf deshalb nur in Verbindung mit Verben stehen, die ein andauerndes Geschehen bezeichnen, nicht aber in Verbindung mit Verben, die ein einmaliges, in sich abgeschlossenes Geschehen ausdrücken.

Auf die konkrete Formulierung in § 28a Abs. 3 PrR-G angewendet bedeutet dies, dass der maßgebliche Zustand (Senden eines zulassungskonformen Programms) zwei Jahre zuvor begonnen haben und bis zum Zeitpunkt der Entscheidung der Regulierungsbehörde anhalten muss. Nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung kommt es daher darauf an, dass (mindestens) in den letzten zwei Jahren vor der Entscheidung über den Antrag gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G durchgehend ein zulassungskonformes Programm gesendet worden ist. Diese Wortinterpretation wird auch durch systematische Überlegungen gestützt:

In § 28a Abs. 3 PrR-G wird die Konjunktion „seit“ an einer weiteren Stelle verwendet. § 28a Abs. 3 vorletzter Satz lautet: *„Bei der Entscheidung ist zu berücksichtigen, inwieweit sich für die Tätigkeit des Hörfunkveranstalters maßgebliche Umstände seit der Erteilung der Zulassung ohne dessen Zutun geändert haben.“* Es besteht kein Zweifel, dass in diesem Fall Umstände maßgeblich sind, die innerhalb des gesamten Zeitraums zwischen dem Zeitpunkt der Zulassungserteilung und dem Zeitpunkt der Antragstellung liegen. Es ist dem Gesetzgeber nicht zuzusinnen, dass er einer im Wesentlichen gleichlautenden Formulierung in ein und derselben Bestimmung unterschiedliche Bedeutungen zumessen wollte.

Hinzu tritt, dass das PrR-G für Fälle, in denen es ausschließlich auf das Verstreichen einer bestimmten Zeitspanne ankommt, ohne dass diese zwingend noch andauern muss, eine andere Formulierung kennt: So erlischt gemäß § 3 Abs. 3 Z 1 PrR-G die Zulassung, wenn die Regulierungsbehörde feststellt, dass der Hörfunkveranstalter *„über einen Zeitraum von*

einem Jahr“ aus von ihm zu vertretenden Gründen keinen regelmäßigen Sendebetrieb entsprechend der Zulassung ausgeübt hat.

Besonders deutlich wird der Unterschied der verschiedenen vom Gesetzgeber verwendeten Formulierungen in einer anderen rundfunkrechtlichen Bestimmung, nämlich § 5 Abs. 7 Z 1 Audiovisuelle Mediendiensteegesetz (AMD-G). Gemäß dieser Bestimmung erlischt eine Zulassung wenn die Regulierungsbehörde feststellt, dass der Fernsehveranstalter entweder „über einen durchgehenden Zeitraum von einem Jahr“ aus von ihm zu vertretenden Gründen keinen regelmäßigen Sendebetrieb entsprechend der Zulassung ausgeübt hat oder wenn er „seit einem Jahr“ keinen regelmäßigen Sendebetrieb entsprechend der Zulassung ausgeübt hat, weil die Voraussetzungen der Verbreitung weggefallen sind.

Die genannten Gesetzesstellen verdeutlichen, dass der Rundfunkgesetzgeber dann, wenn er von einem noch andauernden Zeitraum spricht, die Konjunktion *„seit“* wählt, während er im Fall, dass (irgend)ein Zeitraum, selbst wenn er nicht mehr andauert, maßgeblich ist, eine Formulierung wie zum Beispiel *„über einen Zeitraum von ...“* verwendet.

Die Antragstellerin schließt aus den zitierten Erläuterungen zu § 28a Abs. 3 PrR-G, dass es nur darauf ankomme, dass seit Aufnahme des Sendebetriebs insgesamt in einer Zeitspanne von wenigstens zwei Jahren ein zulassungskonformes Programm ausgestrahlt worden ist. Eine solche Auslegung ist den Materialien aber nicht zu entnehmen: Zwar wird in den Gesetzesmaterialien auf die Aufnahme des Sendebetriebs Bezug genommen, jedoch nur im Zusammenhang mit der Frage, wann eine Programmänderung erstmals möglich ist (*„Der Entwurf sieht nun vor, dass erstmals nach Ablauf eines Zeitraums von zwei Jahren eine grundlegende Änderung des Programms möglich ist...“*). Eine Aussage dahingehend, dass dem Zeitpunkt der Aufnahme des Sendebetriebs darüber hinaus weitere Bedeutung zukäme, ergibt sich aus den Materialien aber nicht. Auch der Wortlaut des § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G nimmt im Übrigen keinen Bezug auf die Aufnahme des Sendebetriebs.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist es nicht der ausschließliche Zweck der Bestimmung, das Auswahlverfahren zu schützen, was sich auch aus den Erläuterungen zu § 28a Abs. 3 PrR-G (*„diese Frist dient vor allem dazu, das Auswahlverfahren nicht ad absurdum zu führen...“*) ergibt. Vielmehr sind auch weitere Gesichtspunkte zu beachten:

Den Erläuterungen zu § 28a Abs. 3 PrR-G lässt sich entnehmen, dass Hörfunkveranstalter trotz einer grundsätzlich auf zehn Jahre ausgerichteten Zulassungserteilung ein entsprechender Rahmen gegeben werden soll, innerhalb dessen vom ursprünglich beantragten Programmkonzept abgegangen werden kann, insbesondere um dieses wegen zu geringer Marktakzeptanz den in zwei Jahren gewonnenen praktischen Erfahrungen anzupassen. Hierdurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung mögliche Schwierigkeiten eines beantragten Hörfunkkonzeptes in der Praxis noch nicht vorhersehbar sind oder aber im Laufe der Zeit Neupositionierungen von Mitbewerbern (auch des ORF) durchgeführt werden bzw. neue Mitbewerber hinzukommen. Maßgeblich ist somit, dass über den im Gesetz vorgesehenen Zeitraum von zwei Jahren aussagekräftige Erfahrungswerte über eine allenfalls zu geringe Marktakzeptanz des im Zulassungsbescheid genehmigten Hörfunkkonzeptes gewonnen werden konnten. Diese Erfahrungswerte können aber in Bezug auf den Entscheidungszeitpunkt nur dann aussagekräftig sein, wenn diese aktuell sind. Erfahrungswerte bezüglich eines rechtskonformen Zustands, der unter Umständen schon mehrere Jahre nicht mehr gegeben ist, können nicht zur Rechtfertigung einer aktuellen Programmänderung herangezogen werden. Es reicht somit auch aus diesem Gesichtspunkt nicht aus, dass *„irgendwann“* ein zulassungskonformes Programm gesendet wurde.

Die Auslegung der Antragstellerin zu § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G würde im Übrigen zum fragwürdigen Ergebnis führen, dass ein Rundfunkveranstalter, sobald er irgendwann zwei Jahre ein zulassungskonformes Programm gesendet hat, ein nicht zulassungskonformes

Programm senden und für den Fall, dass die Regulierungsbehörde gegen ihn vorgeht, einen Antrag gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G stellen könnte, um der Rechtsfolge des § 28 Abs. 2 PrR-G, nämlich dem Entzug der Zulassung, zu entgehen. Dies würde der Bestimmung des § 28 Abs. 2 PrR-G weitgehend den Anwendungsbereich entziehen.

Darüber hinaus verbietet sich vor dem Hintergrund der Erläuterungen und der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bei der Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzung gemäß § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G auch die Zusammenrechnung von nicht zusammenhängenden Zeiträumen, in denen ein zulassungskonformes Programm gesendet wurde. Nach den Erläuterungen zu § 28a Abs. 3 PrR-G ist *„erstmal nach Ablauf eines Zeitraums von zwei Jahren eine grundlegende Änderung des Programms möglich“*. Außerdem muss der Hörfunkveranstalter *„zunächst zumindest eine gewisse Zeitspanne hindurch das dem Zulassungsbescheid zugrunde liegende Programm veranstaltet haben, um auch aussagekräftige Werte über die Akzeptanz durch das Publikum zu erlangen“*. Auch der Verwaltungsgerichtshof geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass *„der Hörfunkveranstalter zumindest zwei Jahre hindurch durchgehend das dem Zulassungsbescheid zugrundeliegende Programm veranstaltet haben muss“* (vgl. VwGH 12.12.2007, Zl. 2007/05/0205).

Im Ergebnis bedeutet dies, dass Voraussetzung für die Genehmigung einer Programmänderung gemäß § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G der durchgehende unbeanstandete Sendebetrieb im Sinne der erteilten Zulassung über einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren vor dem Zeitpunkt der Entscheidung der Regulierungsbehörde über den Antrag gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G ist. Diese Voraussetzung erfüllt die Antragstellerin aber aufgrund der im Sachverhalt genannten – rechtskräftig festgestellten – Rechtsverletzungen wegen wesentlicher Programmänderungen (wobei die zuletzt festgestellte bis zum 14.11.2010 andauerte) nicht.

Aufgrund der bisherigen rechtlichen Ausführungen kann ein Eingehen auf die in § 28a Abs. 3 Z 2 PrR-G normierten Kriterien, ob eine Genehmigung der beantragten Programmänderung schwerwiegende nachteilige Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation und die Wirtschaftlichkeit bestehender Hörfunkveranstalter im Versorgungsgebiet sowie die Angebotsvielfalt für die Hörer erwarten lässt, unterbleiben, da die Voraussetzungen in § 28a Abs. 3 Z 1 und Z 2 PrR-G kumulativ zu erfüllen sind.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der Partei dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in

jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten.

Wien, am 26. September 2011

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende:

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

Ennstaler Lokalradio GmbH, z.Hd. Ploil, Krepp, Boesch Rechtsanwälte GmbH, Stadiongasse 4, 1010 Wien, **per RSb**