



KOA 1.411/19-003

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat I, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden und den weiteren Mitgliedern Dr. Martina Hohensinn und Dr. Katharina Urbanek, im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht wie folgt entschieden:

I. Spruch

Der Alpenfunk GmbH wird gemäß § 28 Abs. 5 Z 1 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001, idF BGBl. I Nr. 86/2015, aufgetragen, binnen einer Frist von acht Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides den rechtmäßigen Zustand herzustellen, indem sie ein dem Zulassungsbescheid des Bundeskommunikationssenats (BKS) vom 13.12.2012, 611.097/0006-BKS/2012, entsprechendes Musikprogramm sendet. Des Weiteren wird der Alpenfunk GmbH aufgetragen, binnen einer Frist von acht Wochen geeignete Vorkehrungen zu treffen, um ein Abweichen des gesendeten Musikprogramms vom genehmigten Programm zu verhindern. Die Alpenfunk GmbH hat unverzüglich nach Ablauf dieser Frist der Regulierungsbehörde einen Nachweis darüber vorzulegen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 14.08.2018 teilte die KommAustria der Alpenfunk GmbH mit, dass das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) mit Erkenntnis vom 16.04.2018, W249 2111236-1/9E, welches den erstinstanzlichen Bescheid der KommAustria vom 20.05.2015, KOA 1.411/15-003, bestätigte, gemäß §§ 24, 25, 26 iVm §§ 28 Abs. 2 und 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G festgestellt hatte, dass die Alpenfunk GmbH in der Zeit vom 17.06.2014 bis zum 06.11.2014 den Charakter des mit Bescheid des BKS vom 13.12.2012, 611.097/0006-BKS/2012, genehmigten Programms im Versorgungsgebiet „Stadt Salzburg 106,6 MHz“ grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, indem sie entgegen ihrer Zulassung in der Zeit vom 06:00 bis 19:00 Uhr ein Musikprogramm ausgestrahlt hat, das die Anmutung eines Adult-Contemporary-Programms (AC) mit Fokus auf den Mainstream hatte. Aufgrund der festgestellten grundlegenden Programmänderung gemäß §§ 24 iVm 28 Abs. 2 PrR-G werde ein Verfahren zum Entzug der Zulassung eingeleitet.

Am 13.09.2018 fand vor der KommAustria eine mündliche Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters der Alpenfunk GmbH statt. Dieser brachte im Wesentlichen vor, die Alpenfunk GmbH

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Mariahilfer Straße 77-79
1060 WIEN, ÖSTERREICH
www.rtr.at

E: rtr@rtr.at
T: +43 1 58058-0
F: +43 1 58058-9191

gehe davon aus, dass sie den rechtskonformen Zustand mit 07.11.2014 hergestellt habe. Hinsichtlich der Frage, welche Maßnahmen hier getroffen worden seien, um den rechtskonformen Zustand durchzuführen, bzw. auch in Zukunft das Programm nicht mehr grundlegend ohne Genehmigung zu ändern, gab der Vertreter der Alpenfunk GmbH an, dass diese einen Vertrag mit der Entspannungsfunk GmbH hinsichtlich der Gestaltung und Zulieferung. Hierbei habe die Entspannungsfunk GmbH alle Maßnahmen getroffen, um derartige Rechtsverletzungen hintanzuhalten. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung wurde weiters eine schriftliche Stellungnahme vorgelegt, in welcher im Wesentlichen vorgebracht wurde, dass ein Verfahren zum Entzug der Zulassung gemäß § 28 Abs. 2 PrR-G nicht gerechtfertigt sei, weil die Regulierungsbehörde bei einer Rechtsverletzung gemäß § 28 Abs. 2 PrR-G mit Bescheid aufzutragen habe, den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen. Wenn der Hörfunkveranstalter nun aber bereits selbst den rechtmäßigen Zustand wiederhergestellt habe, bedürfe es keines solchen Auftrags und somit auch keines Entzugsverfahrens gemäß § 28 Abs. 2 PrR-G.

2. Sachverhalt

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Mit Bescheid des BKS vom 13.12.2012, 611.097/0006-BKS/2012, wurde der Entspannungsrundfunk Gesellschaft mbH (nunmehr „Alpenfunk GmbH“) gemäß § 3 Abs. 1 und 2 sowie den §§ 5, 6 und 13 Abs. 1 Z 3 PrR-G iVm § 54 Abs. 3 Z 1 und Abs. 5 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), für die Dauer von zehn Jahren die Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms für das Versorgungsgebiet „Stadt Salzburg 106,6 MHz“ erteilt.

Bei dem zugelassenen Programm handelt es sich um ein kommerzielles, im Wesentlichen eigengestaltetes 24 Stunden Vollprogramm, das zu Entspannung und Hörgenuss einladen möchte, kombiniert mit genauer und ernsthaft präsentierter Information. Das Programm fokussiert auf die Kernzielgruppe zwischen 15 und 55 Jahren mit überdurchschnittlicher Kaufkraft und tendenziell guter Ausbildung. Das Musikformat setzt auf entspannende, sanfte Musiktitel mit niedriger „Beats per Minute“-Rate. Das Musikprogramm ist in folgende drei Kategorien unterteilt: Chillout und Downbeat, Ambient und NewAge sowie NuJazz und Crossover, wobei eine Schwerpunktsetzung auf europäische Musikkultur erfolgt. Gesendet werden sollen regelmäßige Lokal- und Weltnachrichten, Verkehrsnachrichten und ein Veranstaltungskalender. Das Serviceangebot wird ergänzt durch Berichterstattung über Lifestylethemen (teilweise mit lokalem Bezug), die untertags in das Programm einfließen. Ferner sollen hörergenerierte Inhalte in das Programm „LoungeFM“ integriert werden. Das Verhältnis von Wortprogramm zu Musikprogramm soll wochentags bei 10 % bis 15 %, am Wochenende und in den Nächten zwischen 5 % bis 10 % betragen.

Mit Erkenntnis vom 16.04.2018, W249 2111236-1/9E, welches den erstinstanzlichen Bescheid der KommAustria vom 20.05.2015, KOA 1.411/15-003, bestätigte, stellte das BVwG gemäß §§ 24, 25, 26 iVm §§ 28 Abs. 2 und 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G fest, dass die Alpenfunk GmbH in der Zeit vom 17.06.2014 bis zum 06.11.2014 den Charakter des mit Bescheid des BKS vom 13.12.2012, 611.097/0006-BKS/2012, genehmigten Programms im Versorgungsgebiet „Stadt Salzburg 106,6 MHz“ grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, indem sie entgegen ihrer Zulassung in der Zeit vom 06:00 bis 19:00 Uhr ein Musikprogramm ausgestrahlt hat, das die Anmutung eines Adult-Contemporary-Programms (AC) mit Fokus auf den Mainstream hatte.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Alpenfunk GmbH, zum zugelassenen Hörfunkprogramm für das Versorgungsgebiet „Stadt Salzburg 106,6 MHz“ und zur rechtskräftig festgestellten Rechtsverletzung wegen grundlegender Programmänderung ergeben sich aus den zitierten Akten der KommAustria, sowie den zitierten Entscheidungen des BKS und des BVwG.

4. Rechtliche Beurteilung

§ 28 PrR-G lautet (auszugsweise):

„§ 28. (1) Bei wiederholten oder schwerwiegenden Rechtsverletzungen durch den Hörfunkveranstalter oder wenn der Hörfunkveranstalter die in den §§ 7 bis 9 genannten Voraussetzungen nicht mehr erfüllt, hat die Regulierungsbehörde von Amts wegen das Verfahren zum Entzug der Zulassung, im Falle der anzeigepflichtigen Hörfunkveranstaltungen gemäß § 6a Abs. 1 das Verfahren zur Untersagung der Hörfunkveranstaltung einzuleiten.

(2) Das Verfahren zum Entzug der Zulassung ist weiters einzuleiten, wenn ein Veranstalter von analogem terrestrischem Hörfunk den Charakter des von ihm im Antrag auf Zulassung dargestellten und in der Zulassung genehmigten Programms (§ 3 Abs. 2) wie insbesondere durch eine Änderung der Programmgestaltung oder eine wesentliche Änderung der Programmdauer grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen.

(...)

(5) Liegt eine Rechtsverletzung im Sinne des Abs. 1 oder 2 vor, so hat die Regulierungsbehörde

1. außer in den Fällen der Z 2 dem Hörfunkveranstalter mit Bescheid aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand herzustellen und geeignete Vorkehrungen zu treffen, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden; der Hörfunkveranstalter hat diesem Bescheid binnen der von der Regulierungsbehörde festgesetzten, längstens achtwöchigen Frist zu entsprechen und darüber der Regulierungsbehörde zu berichten;

2. in den Fällen, in denen gegen einen Hörfunkveranstalter bereits mehr als einmal ein Bescheid gemäß Z 1 ergangen ist oder wenn der Hörfunkveranstalter einem Bescheid gemäß Z 1 nicht entspricht, die Zulassung zu entziehen oder im Falle anzeigepflichtiger Hörfunkveranstaltungen gemäß § 6a Abs. 1 mit Bescheid auszusprechen, dass dem Hörfunkveranstalter die Veranstaltung für eine Dauer von bis zu fünf Jahren untersagt ist.

(...)“

Vorliegend wurde mit Erkenntnis des BVwG vom 16.04.2018, W249 2111236-1/9E, welches den erstinstanzlichen Bescheid der KommAustria vom 20.05.2015, KOA 1.411/15-003, bestätigte, gemäß §§ 24, 25, 26 iVm §§ 28 Abs. 2 und 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G festgestellt, dass die Alpenfunk GmbH in der Zeit vom 17.06.2014 bis zum 06.11.2014 den Charakter des mit Bescheid des BKS vom 13.12.2012, 611.097/0006-BKS/2012, genehmigten Programms im Versorgungsgebiet „Stadt Salzburg 106,6 MHz“ grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, indem sie entgegen ihrer Zulassung in der Zeit vom 06:00 bis

19:00 Uhr ein Musikprogramm ausgestrahlt hat, das die Anmutung eines Adult-Contemporary-Programms (AC) mit Fokus auf den Mainstream hatte.

Auf Grund der gemäß §§ 24, 25, 26 iVm §§ 28 Abs. 2 und 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G festgestellten Rechtsverletzung hatte die KommAustria daher im vorliegenden Verfahren gemäß § 28 Abs. 5 Z 1 PrR-G der Alpenfunk GmbH mit Bescheid aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand herzustellen und geeignete Vorkehrungen zu treffen, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden. Ein Fall des § 28 Abs. 5 Z 2 PrR-G liegt nicht vor.

Die Alpenfunk GmbH brachte in der mündlichen Verhandlung vom 13.09.2018 und der dort vorgelegten, schriftlichen Stellungnahme unter anderem vor, dass sie den rechtskonformen Zustand mit 07.11.2014 hergestellt habe. Wenn der Hörfunkveranstalter nun aber bereits selbst den rechtmäßigen Zustand wiederhergestellt habe, bedürfe es keines Auftrags nach § 28 Abs. 5 Z 1 PrR-G und somit auch keines Entzugsverfahrens gemäß § 28 Abs. 2 PrR-G.

Dem ist zu entgegnen, dass nach der Rechtsprechung des BKS ausgehend vom Vorliegen eines Verstoßes gegen § 28 Abs. 2 PrR-G im entsprechenden Zeitraum auch der Auftrag zur (Wieder)Herstellung des rechtmäßigen Zustands anzuordnen ist. Der Behörde ist diesbezüglich weder ein Ermessenspielraum eingeräumt, noch sind im Gesetz Gründe vorgesehen, die dazu ermächtigen würden, von einem solchen Auftrag abzusehen (vgl. BKS 26.01.2011, 611.119/0001-BKS/2011, mit Hinweis auf VfSlg. 17.196/2004).

Auch nach der Rechtsprechung des BVwG ist nicht davon auszugehen, dass ein Verfahren nach § 28 PrR-G nur zulässig ist, wenn die grundlegende Änderung des Programmcharakters im Entscheidungszeitpunkt der Regulierungsbehörde noch andauert. Könnten weder Rechtsverletzungen hinsichtlich einer grundlegenden Änderung des Programmcharakters festgestellt werden noch eine Entscheidung der Regulierungsbehörde zum Entzug nach § 28 PrR-G getroffen werden, wenn die grundlegende Programmänderung im Entscheidungszeitpunkt nicht mehr andauere, hätte dies zur Konsequenz, dass ein Hörfunkveranstalter kurz vor der Entscheidung nach § 28 PrR-G wieder ein zulassungskonformes Programm spielen und nach Einstellung des Verfahrens erneut eine grundlegende Änderung des Programmcharakters vornehmen könnte und sich dies mangels Handhabe der Regulierungsbehörde beliebig oft wiederholen ließe. Es ist weder aus dem Gesetzeswortlaut noch in den Erläuterungen ein Anhaltspunkt dafür zu erkennen, dass dies vom Gesetzgeber intendiert worden wäre (vgl. das bereits zitierte Erkenntnis des BVwG vom 16.04.2018, W249 2111236-1/9E).

Der Sinn des aus mehreren Eskalationsstufen bestehenden Systems der Rechtsaufsicht nach § 28 Abs. 2 iVm Abs. 5 PrR-G wäre entleert, wenn es dem Hörfunkveranstalter ermöglicht würde, durch gezielte kurzzeitige Rücknahmen von grundlegenden Programmänderungen vor Bescheiderlassung das Auslösen der jeweils nächsten Eskalationsstufe zu verhindern.

Gleiches muss im Übrigen auch betreffend des von der Regulierungsbehörde nach § 28 Abs. 5 Z 1 PrR-G zu erteilenden Auftrags gelten, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden. Auch hier muss ungeachtet des Umstandes, dass im Entscheidungszeitpunkt der Regulierungsbehörde womöglich bereits ausreichende Vorkehrungen getroffen wurden, ein entsprechender Auftrag erteilt werden.

Es waren daher keine weiteren Sachverhaltsfeststellungen zu der Frage zu treffen, ob die Alpenfunk GmbH nach dem 06.11.2014 den rechtskonformen Zustand aus Eigenem hergestellt bzw. geeignete Vorkehrungen zur Vermeidung künftiger Rechtsverletzungen getroffen hat.

Die im letzten Satz des Spruchs auferlegte Verpflichtung, nach Ablauf einer Frist von acht Wochen der Regulierungsbehörde einen Nachweis betreffend die Herstellung des rechtmäßigen Zustands und das Treffen geeigneter Vorkehrungen, um ein Abweichen des gesendeten Musikprogramms vom genehmigten Programm zu verhindern, vorzulegen, folgt der in § 28 Abs. 5 Z 1 letzter Satz PrR-G vorgesehenen Berichtspflicht des Hörfunkveranstalters bezüglich der gemäß § 28 Abs. 5 Z 1 erster Satz PrR-G erteilten Aufträge.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG beim Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Kommunikationsbehörde Austria einzubringen. Die Beschwerde hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, ebenso wie die belangte Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren sowie die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 1.411/19-003“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ sind die Steuernummer/Abgabenkontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE – Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 27. März 2019

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)