

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 Antrag der **Welle 1 Graz Der Rocksender GmbH** (FN 280000s beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz) vom 09.02.2016 auf Genehmigung einer grundlegenden Änderung des Programmcharakters des mit Bescheid des Bundeskommunikationssenates (BKS) vom 02.06.2010, GZ 611.123/0001-BKS/2009, für das Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ genehmigten Hörfunkprogramms wird gemäß § 28a Abs. 3 Z 1 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 86/2015, als unzulässig zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

1.1. Antrag auf Feststellung und Eventualantrag auf Genehmigung einer grundlegenden Programmänderung

Mit Schreiben vom 09.02.2016, ergänzt mit Schreiben vom 24.02.2016, beantragte die WELLE 1 Graz Der Rocksender GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) gemäß § 28a Abs. 2 PrR-G die Feststellung, dass die beabsichtigte und in diesem Schreiben dargestellte Änderung ihres Musikprogrammformats und des Programmschemas keine grundlegende Änderung des Programmcharakters des mit Bescheid der KommAustria vom 13.07.2009, KOA 1.472/09-001, bestätigt mit Bescheid des BKS vom 02.06.2010, GZ 611.123/0001-BKS/2009, genehmigten Programms darstelle.

Für den Fall, dass die KommAustria jedoch feststellen sollte, dass es sich bei der beabsichtigten Änderung um eine grundlegende Änderung des Programmcharakters handle, beehrte die Antragstellerin zugleich die Genehmigung der Änderung des für das Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ bewilligten Programms gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G dahingehend, dass das *„Programm nunmehr ein im „Hot AC“-Format mit einer Erweiterung in Richtung „current based AC“ und „CHR“ formatiertes Hörfunkprogramm mit hohem Lokalbezug für die Dauer von 24 Stunden täglich (Vollprogramm) ist, das aktuelle Hits sowie die Hits der letzten 10 Jahre und österreichische und regionale bzw. lokale Musik umfasst, wobei der Wortanteil neben regelmäßigen internationalen und nationalen Nachrichten und Informationen insbesondere lokale und regionale Nachrichten und Informationen, Servicemeldungen (Wetter, Verkehr), sowie Berichte über Ereignisse aus dem Verbreitungsgebiet, insbesondere aus den Bereichen Sport, Kultur und Gesellschaft beinhaltet.“*

Im Hinblick auf die Voraussetzungen für eine Genehmigung einer grundlegenden Programmänderung führte die Antragstellerin aus, dass sie seit dem letztmaligen Auftrag der KommAustria zur Herstellung des rechtmäßigen Zustands mit Bescheid vom 06.02.2013, KOA 1.472/12-024, ihren Sendebetrieb unbeanstandet ausgeübt habe und seither mehr als zwei Jahre verstrichen seien. Überdies seien durch die beabsichtigte Änderung des Programmcharakters keine schwerwiegenden nachteiligen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation, die Wirtschaftlichkeit bestehender Hörfunkveranstalter sowie die Angebotsvielfalt für die Hörer im Versorgungsgebiet Graz zu erwarten.

Mit Bescheid vom 22.03.2016, KOA 1.472/16-003, stellte die KommAustria fest, dass die beabsichtigte Programmänderung unter Berücksichtigung des mit Bescheid des BKS vom 02.06.2010, GZ 611.123/0001-BKS/2009, genehmigten Hörfunkprogramms für das Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ eine grundlegende Änderung des Programmcharakters im Sinne von § 28 Abs. 2 in Verbindung mit § 28a Abs. 1 Z 1 und 2 PrR-G darstellt.

Mit Schreiben vom 30.03.2016 teilte die Antragstellerin der KommAustria mit, kein Rechtsmittel erheben zu wollen, sodass der Feststellungsbescheid mit Ablauf des 30.03.2016 in Rechtskraft erwachsen ist.

In weiterer Folge wurde am 01.04.2016 die Abteilung Rundfunkfrequenzmanagement (RFFM) der Rundfunk und Telekom Regulierung-GmbH (RTR-GmbH) beauftragt, jene Hörfunkveranstalterinnen zu ermitteln, deren Programme gegenwärtig im Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ zu empfangen sind. Diesem Auftrag kam die RFFM am 06.04.2016 nach und übermittelte eine grafische Darstellung des Versorgungsgebietes „Graz 104,6 MHz“ mit einer Darlegung der dort empfangbaren Programme.

Mit Schreiben vom 19.04.2016 wurde der gegenständliche Antrag auf grundlegende Programmänderung der Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG, dem Verein Radio Helsinki – Verein Freies Radio Steiermark, der Schallwellen Lounge GmbH, der Soundportal Graz GmbH sowie der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. übermittelt und diesen gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt. Mit Schreiben vom selben Tag wurde auch der Steiermärkischen Landesregierung die Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

Die Steiermärkische Landesregierung teilte der KommAustria am 11.05.2016 telefonisch mit, dass sie keine Stellungnahme zum Antrag auf Genehmigung der grundlegenden Programmänderung abgeben werde.

1.2. Stellungnahmen der im Versorgungsgebiet terrestrisch empfangbaren Hörfunkveranstalter

Am 11.05.2016 langte eine Stellungnahme der Soundportal Graz GmbH vom 10.05.2016 ein, in welcher diese die Versagung der grundlegenden Programmänderung beantragte. Begründend führte die Soundportal Graz GmbH zunächst aus, dass unter Berücksichtigung des seinerzeitigen Auswahlverfahrens für das Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“, in welchem die WELLE SALZBURG GmbH auf Grund ihres geringen Beitrags zur Angebotsvielfalt – unter anderem wegen des beantragten „CHR“-Musikformats – unterlegen sei, eine Genehmigung der begehrten Programmänderung zu einer nachträglichen Umgehung der ursprünglichen Auswahlentscheidung führe. Überdies hätten sich die gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G zu berücksichtigenden maßgeblichen Umstände seit Erteilung der Hörfunkzulassung nicht geändert. Ferner gab die Soundportal Graz GmbH an, dass die von der Antragstellerin geplante grundlegende Programmänderung insbesondere auch auf die von der Soundportal Graz GmbH angesprochene Hörerschaft abziele und durch diese unmittelbare Konkurrenz ihre Verkaufschancen und die Werbeerlöse gemindert würden. Im Ergebnis befürchte die Soundportal Graz GmbH, dass im Falle einer Genehmigung der grundlegenden Programmänderung die Wirtschaftlichkeit und der Fortbestand ihres Hörfunkbetriebs gefährdet würden.

Darüber hinaus brachte die Soundportal Graz GmbH vor, dass die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des im ursprünglichen Auswahlverfahren für das Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ genehmigten Programmcharakters gar nicht beurteilt werden könne, weil dieses Programm schon derzeit nicht eingehalten werde. Bereits nach dem mit Bescheid der KommAustria vom 06.02.2013, KOA 1.472/12-024, erteilten Auftrag zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes habe die KommAustria festgestellt, dass das Programm der nunmehrigen Antragstellerin mit Stand April 2013 nicht voll dem ursprünglich beantragten Programm entspreche, allerdings die schon damals vorgenommenen „Anpassungen an ein jüngeres Publikum (gerade noch) unterhalb der Schwelle einer grundlegenden Programmänderung“ lägen. Mittlerweile habe sich jedoch das Programm noch weiter von der Zulassung entfernt. Der Wortanteil sei wesentlich niedriger, als der im Zulassungsbescheid vorgesehene durchschnittliche Wortanteil von 30 % inklusive Werbung und das Musikprogramm sei bereits jetzt stark auf „Hot AC“, „Current Based AC“ und „CHR“ ausgerichtet. Verschwindend gering sei zudem der Lokalbezug im Wortprogramm der Antragstellerin, der anstelle von „im Mittelpunkt stehenden Berichten über Graz“ nur aus Wetter- und Verkehrsdurchsagen sowie aus Veranstaltungshinweisen bestehe. Zur Untermauerung ihrer Behauptung legte die Soundportal Graz GmbH eine Analyse des Programms der Antragstellerin im Zeitraum 14.04.2016 bis 20.04.2016 vor und folgerte, dass die Antragstellerin den Charakter des mit Bescheid der KommAustria vom 13.07.2009, KOA 1.472/09-001, bewilligten Hörfunkprogramms, bestätigt mit Bescheid des BKS vom 02.06.2010, GZ 611.123/0001-BKS/2009, bereits grundlegend verändert habe, indem sie insbesondere den Inhalt und den Umfang des Wortanteils geändert habe und in ihrem Programm keinen ausreichenden Lokalbezug zum Versorgungsgebiet herstelle, ohne dafür über eine Genehmigung zu verfügen. Es fehle damit an der Voraussetzung nach § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G, wonach eine grundlegende Änderung des Programcharakters nur genehmigt werden könne, wenn der Sendebetrieb seit mindestens zwei Jahren konsensgemäß ausgeübt worden sei.

Zusammenfassend beantragte die Soundportal Graz GmbH daher, dass die KommAustria „*einerseits im Sinne einer Beschwerde gemäß § 25 Abs. 1 Z 1 und 3 PrR-G überprüfen [möge], ob die WELLE 1 Graz Der Rocksender GmbH das zugelassene Programm bisher konsensgemäß veranstaltet habe und andererseits von Amts wegen als Vorfrage zur Überprüfung der Voraussetzung gemäß § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G*“.

Mit Schreiben vom 13.05.2016 übermittelte die KommAustria die Stellungnahme der Soundportal Graz GmbH an die Antragstellerin und räumte dieser die Möglichkeit zur Äußerung binnen zwei Wochen ab Zustellung ein. Darüber hinaus wurde die Antragstellerin aufgefordert, innerhalb dieser Frist jene maßgeblichen Umstände näher darzulegen, welche sich gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G seit Erteilung der Hörfunkzulassung für das Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ ohne ihr Zutun verändert haben. Zugleich teilte die KommAustria der Antragstellerin mit, dass sich die Steiermärkische Landesregierung zum Antrag auf Genehmigung einer grundlegenden Programmänderung nicht geäußert habe.

Parallel dazu forderte die KommAustria die Soundportal Graz GmbH mit Schreiben vom 13.05.2016 auf, binnen zwei Wochen klarzustellen, ob diese mit ihrer im Zuge der Anhörung zur beantragten Programmänderung der Antragstellerin eingebrachten Stellungnahme Beschwerde erheben wollte und diesfalls näher darzulegen, auf welchen der Beschwerdegründe gemäß § 25 Abs. 1 Z 1 und 3 PrR-G sich eine allfällige Beschwerde konkret stütze.

Mit Schreiben vom 02.06.2016 kam die Soundportal Graz GmbH dieser Aufforderung nach, sodass auf Grund der Beschwerde ein Feststellungsverfahren wegen behaupteter grundlegender Programmänderung im Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ anhängig wurde.

Mit Schreiben vom 30.05.2016 nahm ferner die Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG zum Antrag auf Genehmigung der grundlegenden Programmänderung Stellung. Sie äußerte sich dahingehend, dass die seitens der Antragstellerin beantragte Formatumstellung der Stärkung des Privatradiomarktes diene und sie diese Entwicklung als positiv erachte, zumal sich das beantragte Format an eine sehr junge Zielgruppe im Grazer Lokalradiomarkt richte und daher aus ihrer Sicht die Wettbewerbssituation nicht beeinträchtigt würde. Die KommAustria übermittelte der Antragstellerin diese Stellungnahme mit Schreiben vom 22.12.2016 zur Kenntnis.

Eine weitere Stellungnahme gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G langte nicht mehr ein.

1.3. Äußerung der Antragstellerin zur Stellungnahme der Soundportal Graz GmbH

Mit Schreiben vom 31.05.2016 erstattete die Antragstellerin auftragsgemäß eine Äußerung zum Vorbringen der Soundportal Graz GmbH. Zum Vorwurf eines nicht bescheidkonformen Hörfunkprogramms führte sie aus, dass die aufgestellten Behauptungen interessengesteuert, aber keinesfalls stichhaltig seien. Diese Behauptungen sollten allein dazu dienen, die gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G beantragte Programmänderung zu verhindern. Das von der Antragstellerin gesendete Musik- und Wortprogramm, und damit der Anteil der Rocktitel und der Umfang der Moderation, würden jenem Stand entsprechen, den sie im Jahr 2013 in Umsetzung des Sanierungsauftrages der KommAustria hergestellt habe. Die Programmierung der Sendeuhren und des Regelwerks der Musikplanungssoftware „Selector“ haben sich seit 2013 bis heute nicht geändert. Die Beschwerdegegnerin sende unverändert durchgehend Rockmusik und Musik für rockaffine Hörer. Überdies enthielten die von der Soundportal Graz GmbH vorgelegten Unterlagen einer angeblichen Analyse des Programms der Antragstellerin Fehler und unrichtige Zuordnungen von Musiktiteln. Auch das Wortprogramm sei seit 2013 bis heute unverändert und entspreche jenem Umfang, den die KommAustria nach Umsetzung des Sanierungsauftrags festgestellt habe. Nachrichten, Wetter und Verkehr, Beiträge, Werbung und freie Moderationsflächen sowie Spezialsendungen seien bis heute an der gleichen „Stelle“ der Sendeuhr/Tagesplanung,

auch die Länge sei unverändert. Bei Bedarf gebe es zusätzliche Moderationen, welche fallweise länger als geplant ausfallen können. Dem Vorwurf des angeblich zu geringen Lokalbezugs im Wortprogramm hielt die Beschwerdegegnerin ferner eine knapp zweieinhalb Seiten lange Aufzählung redaktioneller Beiträge mit Bezug zu Graz aus dem Zeitraum März bis Juni 2016 entgegen, wobei sie das jeweilige Ausstrahlungsdatum und auch die ungefähre Beitragslänge nicht angab.

Der Behauptung der Soundportal Graz GmbH, im Falle der Genehmigung der beantragten grundlegenden Programmänderung wirtschaftliche Einbußen zu befürchten, hielt die Antragstellerin kurzgefasst entgegen, dass dies schon deshalb nicht realistisch sei, weil sich das beantragte Programm der Antragstellerin von jenem der Soundportal Graz GmbH noch deutlicher abgrenzen und unterscheiden werde, als dies schon jetzt der Fall sei. Geplant sei nämlich ein deutlicher Fokus auf diverse Musikgenres des Mainstream, insbesondere die brandneuen Superhits des Pop, Dance bis zu Hip Hop und Rock. Das Musikprogramm der Soundportal Graz GmbH habe demgegenüber einen eher alternativen Charakter. Die im Fall der Genehmigung der Programmänderung zu erwartenden Auswirkungen auf die Soundportal Graz GmbH seien daher nur geringfügig und in einem Wettbewerbsumfeld wie dem Privathörfunkmarkt nun einmal zu erwarten und von den Marktteilnehmern hinzunehmen. Ein Monopol für die jüngere Zielgruppe der 14- bis 29- Jährigen habe die Soundportal Graz GmbH überdies nicht. Auch ein Vergleich mit wesentlich kleineren Versorgungsgebieten, wie etwa Salzburg und Innsbruck, mache nach Auffassung der Antragstellerin deutlich, dass eine Koexistenz von Formaten, die (auch) ein jüngeres Publikum ansprechen, sehr wohl wirtschaftlich tragfähig sei und funktioniere. Hierzu ging die Antragstellerin näher auf die in den genannten Versorgungsgebieten zugelassenen Hörfunkprogramme ein.

Zur aufgetragenen Darstellung der maßgeblichen Umstände, welche sich seit Zulassungserteilung ohne ihr Zutun verändert haben, äußerte sich die Antragstellerin im Wesentlichen dahingehend, dass diese einerseits keine zwingende Voraussetzung für die Genehmigung einer grundlegenden Änderung des Programmcharakters seien, andererseits aber auch Veränderungen vielfältiger Art eingetreten seien. So sei die Änderung maßgeblicher Umstände seit Erteilung einer Zulassung von der Regulierungsbehörde lediglich „zu berücksichtigen“, wobei nach den Gesetzesmaterialien vor allem die Positionierung der Programme des ORF von Bedeutung sei, da sich aus den dem ORF möglichen Programmänderungen Reaktionsbedarf für private Hörfunkveranstalter ergeben könne. Eine abschließende Aufzählung sei dies wohl nicht, da es auch andere als vom ORF beeinflusste Umstände geben könne, die sich seit der Erteilung einer Zulassung geändert haben könnten. Daher seien auch Änderungen des wettbewerblichen Umfelds durch Hinzutreten oder den Marktauftritt anderer privater Hörfunkveranstalter zu berücksichtigen.

Im Hinblick auf die maßgeblichen Veränderungen vielfältiger Art verwies die Antragstellerin schließlich auf die gestiegene Anzahl von Radioveranstaltern im Internet und das Konsumverhalten der Hörer, das sich dieser Entwicklung angepasst habe. Zunehmend würden Radioprogramme über Streaming-Dienste, aber auch soziale Medien konsumiert oder klassische Hörfunkprogramme durch Dienste wie Spotify substituiert. Daher werde es immer wichtiger, ein „gebrandetes“ Produkt auf den Markt zu bringen, das mit der Geschwindigkeit des modernen Lebens mithalten könne. Für Radioveranstalter, die wie die Antragstellerin ein junges Zielpublikum ansprechen wollen, sei es umso wichtiger, sich einen Wiedererkennungswert zu verschaffen. Das mittelfristige Überleben eines Rundfunkveranstalters könne unter den geänderten Umständen nur durch Kooperationen mit anderen Rundfunkveranstaltern, insbesondere solchen, die ein gleichartiges Format anböten, sichergestellt werden. Daher strebe die Antragstellerin eine Anpassung ihrer Musikfarbe und ihrer Ausrichtung an jene der Welle-Sender an, die gesellschaftsrechtlich mit

ihr verbunden seien. Es sei für die Antragstellerin auf Grund ihres relativ kleinen Versorgungsgebietes und des sehr kompetitiven Marktes in Graz wichtig, als Produkt homogen und qualitativ höherwertig wahrgenommen zu werden. Die Anpassung an die Musikfarbe eines bekannten Netzwerkes schaffe hohen Wiedererkennungswert, sichere einen hohen Qualitätsanspruch und ermögliche das Heben von Synergieeffekten, was wiederum die Finanzierung von sehr lokalen und gleichzeitig aktuellen Berichten ermögliche.

Die Erfahrungen in den letzten Jahren hätten gezeigt, dass ein rocklastiges Programm, wie im Zulassungsbescheid genehmigt, zwar begeisterte Anhänger finde, jedoch zu wenige, um auf dem Werbemarkt, der Haupteinnahmequelle der Antragstellerin, ausreichend Erlöse zu lukrieren, um das redaktionelle Programm vor allem im Hinblick auf die lokale Berichterstattung auszuweiten. Um wirtschaftlich Hörfunkveranstalten zu können, erachte die Antragstellerin eine Programmänderung daher für notwendig.

Motiv für die geplante Programmänderung sei daher nicht, die Auswahlentscheidung der KommAustria zu umgehen, sondern zur Sicherstellung einer wirtschaftlichen und nachhaltigen Hörfunkveranstaltung eine Ausweitung der Zielgruppe und der Aufbau einer Marke „Welle 1“ auch im Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“.

1.4. Beschwerdeverfahren wegen grundlegender Programmänderung

Auf Grund der Beschwerde der Soundportal Graz GmbH vom 10.05.2016 stellte die KommAustria mit Bescheid vom 08.03.2017, KOA 1.472/17-003, gemäß §§ 24, 25, 26 iVm §§ 28 Abs. 2 und 28a Abs. 1 Z 1 und 2 PrR-G fest, dass die Antragstellerin im Zeitraum vom 31.03.2016 bis zum 10.05.2016 den Charakter des mit Bescheid des BKS vom 02.06.2010, GZ 611.123/0001-BKS/2009, genehmigten Programms im Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, indem sie entgegen dem Zulassungsbescheid kein als Rockradio formatiertes Hörfunkprogramm mit einem hohen Wortanteil, das neben dem Thema Rockmusik insbesondere auch umfassende Lokalberichterstattung enthält, ausgestrahlt hat.

2. Sachverhalt

Auf Grund des Antrages sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt fest:

2.1. Antragstellerin

Die WELLE 1 Graz Der Rocksender GmbH ist eine zu FN 280000s beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Sitz in Graz. Selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer ist Mag. Stephan Prähauser.

Die Antragstellerin ist auf Grund des Bescheides der KommAustria vom 25.05.2011, KOA 1.472/11-004, Inhaberin der mit Bescheid der KommAustria vom 13.07.2009, KOA 1.472/09-001, bestätigt mit Bescheid des BKS vom 02.06.2010, GZ 611.123/0001-BKS/2009, für das Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ erteilten Hörfunkzulassung.

Mit Bescheid vom 25.05.2011, KOA 1.472/11-004, stellte die KommAustria fest, dass auch nach Abtretung von insgesamt 100 % der Geschäftsanteile der Arabella Graz Privatradio GmbH (nunmehr WELLE 1 Graz Der Rocksender GmbH) an Mag. Stephan Prähauser

(50 %) einerseits und Johann Holztrattner (50 %) andererseits, weiterhin den Bestimmungen des § 5 Abs. 3 sowie der §§ 7 bis 9 PrR-G entsprochen wird.

Der Mehrheitsgesellschafter der Antragstellerin, Mag. Stephan Prähauser, hält zudem 59 % der Anteile der WELLE SALZBURG GmbH (FN 156035p beim Landesgericht Salzburg), welche Inhaberin von Hörfunkzulassungen im Versorgungsgebiet „Stadt Salzburg und Salzachtal“ (KommAustria 11.04.2011, KOA 1.415/11-003), im Versorgungsgebiet „Linz 91,8 MHz“ (BKS 25.02.2008, GZ 611.079/0001-BKS/2008) sowie im Versorgungsgebiet „Mittel- und Unterkärnten“ (KommAustria 10.10.2012, KOA 1.211/12-010) ist. Ferner hält Mag. Stephan Prähauser 67% der Anteile der Welle 1 Oberösterreich GmbH (FN 269541i beim Landesgericht Linz), welche Inhaberin einer Hörfunkzulassung im Versorgungsgebiet „Oberösterreichischer Zentralraum“ ist (BKS 31.03.2008, GZ 611.074/0005-BKS/2008).

2.1.1. Genehmigtes Hörfunkprogramm

Gemäß Spruchpunkt 1. des vom BKS mit Bescheid vom 02.06.2010, GZ 611.123/0001-BKS/2009, bestätigten Zulassungsbescheides der KommAustria vom 13.07.2009, KOA 1.472/09-001, wird das bewilligte Hörfunkprogramm wie folgt beschrieben: *„Das als Rockradio formatierte Hörfunkprogramm stellt ein 24-Stunden Vollprogramm mit hohem Lokalbezug dar. Mit Ausnahme der Welt- und Österreichnachrichten, wird das Programm zur Gänze eigengestaltet und vollständig in Graz produziert. Neben dem Thema Rockmusik umfasst das Wortprogramm Nachrichten, umfassende Lokalberichterstattung sowie Servicemeldungen. Im Musikprogramm wird ein Bogen von Classic-Rock der 70er Jahre und der 80er Jahre über Adult-Rock der 90er Jahre und der Jahre 2000 bis 2007 bis hin zu aktuellem Adult-Rock gespannt. Ebenso werden Rockmusik aus Österreich und aus Europa Bestandteil des Musikprogramms sein. Darüber hinaus werden unter der Woche jeden Abend zwischen 18:00 und 22:00 Uhr Spezialsendungen zu den verschiedenen Rockmusikrichtungen gesendet. Die Zielgruppe von „Arabella Rock Graz“ definiert sich über ihr Interesse für Rockmusik, für Rockkünstler und Rockkonzerte sowie ihre Leidenschaft für E-Gitarrensound.“*

Der im erstinstanzlichen Bescheid festgestellte Sachverhalt beinhaltet hinsichtlich des beantragten Programms folgende Angaben:

[Hervorhebungen nicht im Original]

„[...] Mit Ausnahme der Welt- und Österreichnachrichten zur vollen Stunde, welche aus Kosten- und Synergiegründen aus Wien von der Radio Arabella GmbH. zugeliefert werden, soll das Programm „Arabella Rock“ zur Gänze eigengestaltet und vollständig in Graz produziert werden. Rockmusik soll das prägende Programm-Hauptelement des von der Arabella Graz Privatrado GmbH beantragten Hörfunkprogramms sein, dabei allerdings vor allem das Musikformat definieren. Darüber hinaus versteht sich das beantragte Programm als Vollprogramm, mit einem aus Nachrichten, Lokalnachrichten und Serviceelementen bestehenden Wortprogramm, welches sich nicht nur dem Thema Rock widmen wird.

Die angestrebte Zielgruppe von Arabella-Rock Graz definiert sich vor allem über ihr Interesse für erdige rockige Musik, für Rock-Künstler und Konzerte sowie ihre Leidenschaft für E-Gitarrensound, weniger hingegen über die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Altersgruppe. [...]

Im Hinblick auf die geplante Musikformatierung als Rockformat plant die Antragstellerin auch Rockevents zu übertragen, sowie eine Online-Community zu bilden. Schließlich möchte die Antragstellerin eine Plattform für neue Rockmusiker sein. Diese Musikformatierung wird auch die Moderation und das Wortprogramm beeinflussen. Die Antragstellerin möchte den Hörern

etwa sieben verschiedene Kategorien von Rockmusik anbieten; der Bogen soll hierbei von Classic-Rock der 70er Jahre und der 80er Jahre über Adult-Rock der 90er Jahre und der Jahre 2000 bis 2007 bis hin zu aktuellem Adult-Rock gespannt werden. Ebenso werden Rock aus Österreich und aus Europa Bestandteil des Musikprogramms sein. Beispielhaft legte die Antragstellerin Tabellen mit möglichen Titeln bzw. Rockkünstlern vor, worunter sich Namen wie The Cooks, Drahdwaberl, Queen, Snow Patrol, Led Zeppelin, Santana, Blur oder Nickelback, Green Day oder Guns'n Roses u.v.a. finden.

Im Wortprogramm werden Berichte über Graz im Mittelpunkt stehen und dabei die Themenbereiche Kultur, Gesellschaft, Unterhaltung, Sport und Aktuelles ebenso abgedeckt, wie zielgruppenorientierte Themen aus dem Bereich der Rockmusik. Neben den klassischen Welt- und Österreichnachrichten zur vollen Stunde, die zwischen 06:00 und 19:00 Uhr gesendet werden, sollen die Hörer von Arabella-Rock Graz zwischen 06:00 und 09:00 Uhr, zwischen 12:00 und 13:00 Uhr sowie zwischen 16:00 und 18:00 Uhr halbstündlich Lokalnachrichten hören können. Diese speziell für die Stadt Graz recherchierten Informationen werden von der Arabella-Rock-Redaktion redigiert und präsentiert werden. Zur Themenfindung soll neben umfassender Eigenrecherche auch mit der Austria Presse Agentur zusammengearbeitet werden. Schließlich wird es auch Infos über Rockkonzerte, Neuigkeiten über Rockstars oder neue Rock-Alben geben. Auch dem Sport soll Raum gewidmet werden, in dem über die wichtigsten sportlichen Highlights – zum Teil auch mit besonderem Bezug zu Graz, wie etwa Football, Eishockey und Motorsport – berichtet wird. Weiters wird es Servicemeldungen zum Grazer Wetter und den Verkehrsinformationen in und rund um Graz geben.“

Aus der Begründung des Bescheides in der Auswahlentscheidung lässt sich hinsichtlich des beantragten Programms Folgendes festhalten:

[Hervorhebungen nicht im Original]

„Die Arabella Graz Privatrado GmbH bewirbt sich mit einem für die Marke „Arabella“ unüblichen Format und möchte in Graz ein Rockradio ausstrahlen, welches bis auf die Welt- und Österreichnachrichten zur Gänze eigengestaltet sein soll. Langfristiges Ziel ist es unter der Dachmarke „Arabella“ mehrere Formate zu vereinen. Das von der Antragstellerin geplante Rockformat soll einen Bogen von Classic-Rock der 70er Jahre und der 80er Jahre über Adult-Rock der 90er Jahre und der Jahre 2000 bis 2007 bis hin zu aktuellem Adult-Rock spannen; Rock aus Österreich und aus Europa sollen ebenfalls Bestandteil des Musikprogramms sein. Die Antragstellerin plant in einer Sendestunde das aus diesen sieben Rock-Kategorien zusammengesetzte Repertoire abzubilden und darüber hinaus unter der Woche jeden Abend zwischen 18:00 und 22:00 Uhr Spezialsendungen zu den verschiedenen Rockmusikrichtungen auszustrahlen. Hierfür sollen die sieben für Moderation und Redaktion vorgesehenen Mitarbeiter entsprechende Kompetenz besitzen, wobei diese noch auszuwählen sind. Damit aber unterscheidet sich der Antrag der Arabella Graz Privatrado GmbH nicht von jenen ihrer Mitbewerberinnen, die ebenfalls erst im Fall einer etwaigen Zulassungserteilung mit der Personalauswahl beginnen wollen. Die von der Arabella Graz Privatrado GmbH mit diesem Format angestrebte Zielgruppe definiert sich über ihr gemeinsames Interesse für Rockmusik, Rockkünstler, Rockkonzerte und den Sound von E-Gitarren, hingegen weniger über ihre Zugehörigkeit zu einer Altersgruppe.

Mit dem geplanten Musikformat bietet die Antragstellerin somit ein bisher im Versorgungsgebiet Graz nicht vertretenes Musikprogramm an und richtet sich an eine Zielgruppe, die durch das bestehende Programmangebot bis dato nicht angesprochen werden konnte.

Zwar möchte sich die Antragstellerin auch im Wortprogramm der Rockmusik widmen, im Wesentlichen jedoch ein Vollprogramm bieten, in dem die Berichterstattung über die Stadt Graz im Mittelpunkt stehen wird. Neben den klassischen Welt- und nationalen Nachrichten soll es daher umfassende lokale Nachrichten und Servicemeldungen geben. Die lokalen Themen wird das eigene, vor Ort tätige Redaktionsteam recherchieren, wobei ergänzend mit der Austria Presse Agentur kooperiert werden soll. Auch in der Sportberichterstattung plant die Arabella Graz Privatrado GmbH auf die im Versorgungsgebiet Graz bestehenden Interessen Bedacht zu nehmen, indem etwa über Football, Eishockey und Motorsport berichtet wird. Nähere Informationen über Rockkonzerte, Neuigkeiten über Rockstars oder neue Rock-Alben sollen das Wortprogramm ergänzen, dessen Anteil am Gesamtprogramm rund 30 % betragen wird.

Dieser Mix aus Informationen über die Welt der Rockmusik und einer auf die Interessen der Grazer zugeschnittenen Berichterstattung gewährleistet einerseits einen Beitrag zur Vielfalt des Angebotes an in Graz verbreiteten Programmen und andererseits eine entsprechende Bezugnahme zum Versorgungsgebiet Graz. Im Gegensatz zu den überwiegend selbst gestalteten Lokalinformationen sollen die Welt- und Österreichnachrichten von der in Wien zugelassenen Schwestergesellschaft, der Radio Arabella GmbH., übernommen werden; dies vor allem aus Kosten- bzw. Synergiegründen. Da die von der Radio Arabella GmbH. produzierten Welt- und Österreichnachrichten bisher von keinem der in Graz zu empfangenden Hörfunkprogramme übertragen werden, ist dies unter dem Gesichtspunkt der Meinungsvielfalt positiv zu bewerten; so wird den Grazer Hörern eine neue Informationsquelle zur Verfügung gestellt, die von einer Schwestergesellschaft der Antragstellerin produziert wird und von den bisher in Graz zugänglichen Anbietern für Nachrichtenproduktion unabhängig ist. Würden diese Nachrichten zwar von der Antragstellerin selbst, jedoch in einem anderen Versorgungsgebiet gestaltet werden, wie dies etwa die WELLE SALZBURG GmbH vorhat, wäre der hierdurch entstehende Vielfaltsbeitrag für das gegenständliche Versorgungsgebiet nicht höher zu bewerten.

Auch der Umstand, dass das von der Arabella Graz Privatrado GmbH geplante Hörfunkprogramm wochentags zwischen 05:00 und 22:00 Uhr, am Wochenende zwischen 09:00 und 22:00 Uhr live von lokal verankerten Persönlichkeiten moderiert werden soll, lässt – etwa im Gegensatz zu unmoderierten Musiksendungen – einen positiven Einfluss auf die Meinungsvielfalt erwarten (vgl. dazu auch BKS 25.04.2005, GZ 611.079/0001-BKS/2004). Wahrscheinlich ist auch, dass mittels Live-Moderation vor Ort im Gegensatz zu voraufgezeichneten Sendungen – noch dazu, wenn diese nicht im Versorgungsgebiet selbst produziert werden – ein stärkerer Bezug zum Versorgungsgebiet vermittelt werden kann, nicht zuletzt weil Live-Moderation eine authentischere Beziehung zum jeweiligen Versorgungsgebiet herzustellen vermag (vgl. hierzu BKS 31.03.2005, GZ 611.091/0001-BKS/2005; BKS 31.03.2005, GZ 611.112/0001-BKS/2005).

Das Konzept der Arabella Graz Privatrado GmbH überzeugt somit nicht nur, weil das Musikformat eine bisher in Graz nicht bediente Nische abdeckt (vgl. dazu BKS 31.3.2008, GZ 611.074/0005-BKS/2008; VwGH 30.06.2004, ZI. 2002/04/0150), sondern auch weil die geplante Berichterstattung eine positive Ergänzung zum bestehenden Informationsangebot darstellt. Dem von der Arabella Graz Privatrado GmbH geplanten Hörfunkkonzept für Graz ist daher sowohl hinsichtlich des geplanten Musikformates, als auch hinsichtlich des aus lokaler Berichterstattung, Welt- und Österreichnachrichten, Servicemeldungen und Informationen aus der Rockmusikwelt bestehenden Wortprogramms, im Rahmen einer vergleichenden Betrachtung mit den anderen Konzepten, insbesondere im Lichte des Kriteriums der Meinungsvielfalt, der Vorzug zu geben.

Positiv zugunsten der Antragstellerin war auch zu berücksichtigen, dass sie ein für die Bereiche Moderation und Redaktion verhältnismäßig gut ausgestattetes Team plant, zumal sie ein Musikkonzept verfolgt, das bisher noch nicht von der Arabella-Gruppe bedient wurde und daher für eine kompetente Umsetzung entsprechenden Personalaufwand verursachen dürfte. Zum anderen aber kann ein in Sachen Lokalberichterstattung über bloße Boulevardmeldungen hinausgehendes Informationsangebot nur mit entsprechender personeller Ausstattung vernünftig umgesetzt werden. Die organisatorischen Planungen der Antragstellerin gaben somit auch Aufschluss über die Ernsthaftigkeit des Programmkonzeptes und die Wahrscheinlichkeit von dessen kontinuierlicher Umsetzung. Schließlich steht die Zulassungserteilung an die Arabella Graz Privatrado GmbH auch im Einklang mit den Empfehlungen des Rundfunkbeirates.

[...]

Auch die WELLE SALZBURG GmbH bewirbt sich mit einem CHR-Musikformat um die Zulassung im gegenständlichen Versorgungsgebiet, wobei sie beabsichtigt, das CHR-Musikformat im Gegensatz zu ihren bestehenden Zulassungen in Salzburg und in Linz in geringem Umfang durch Rocktitel zu ergänzen. Auch sie möchte sich hierbei – ähnlich wie die N & C Privatrado Betriebs GmbH – deutlicher am breiten Massengeschmack orientieren und sich dadurch vom bereits in Graz empfangbaren „Radio Soundportal 97,9 MHz“ abgrenzen. Die von der WELLE SALZBURG GmbH angestrebte Zielgruppe ist ebenfalls sehr jugendlich. Hinsichtlich des Musikformates gilt somit das bereits zur N & C Privatrado Betriebs GmbH sowie zur Neue Radio Betriebs GmbH Gesagte, wonach der von einem weiteren Jugendformat zu erwartende Vielfaltsbeitrag als eher gering einzustufen ist; dies selbst dann, wenn die WELLE SALZBURG GmbH das Format um ein paar Rocktitel ergänzen möchte. Hinzu kommt, dass die in Graz bestehende Versorgungssituation eher spärlich ist und sich daher zum gegebenen Zeitpunkt kein echter Vielfaltsbeitrag aus derart feinen Abgrenzungen zwischen Musikformaten ableiten lässt.

Das geplante Wortprogramm der Antragstellerin sieht neben Welt- und Österreichnachrichten, Lokalberichterstattung und Servicemeldungen vor und soll zur Gänze selbst gestaltet werden. Die Welt- und Österreichnachrichten etwa, sollen hinkünftig für alle Versorgungsgebiete der WELLE SALZBURG GmbH in Salzburg produziert werden, lokale Informationen sollen von dem in Graz ansässigen Team erstellt werden. Lokalbezug zum Versorgungsgebiet Graz möchte die WELLE SALZBURG GmbH primär durch lokale Wetter- und Verkehrsinformationen sowie über lokale Werbung herstellen. Ergänzend plant die Antragstellerin Übertragungen aus Grazer Diskotheken, Live-Konzerten und von Sportveranstaltungen. Geplant sind ferner einzelne Sendungsübernahmen aus anderen Versorgungsgebieten der Antragstellerin, deren konkreter Umfang jedoch nicht angegeben wurde. Damit ist jedoch vom Wortprogramm der Antragstellerin, etwa im Vergleich zur Arabella Graz Privatrado GmbH, kein höherer Bezug zum Versorgungsgebiet Graz zu erwarten, der ungeachtet des beantragten Musikformates für eine Erteilung der Zulassung an die WELLE SALZBURG GmbH spräche.“

Der BKS hat mit Bescheid vom 02.06.2010, GZ 611.123/0001-BKS/2009, mehrere Berufungen gegen die erstinstanzliche Auswahlentscheidung der KommAustria als unbegründet abgewiesen, darunter auch die der WELLE SALZBURG GmbH, und den Bescheid der KommAustria vollinhaltlich bestätigt.

2.1.2. Bisherige Ausübung der Zulassung

Mit rechtskräftigem Bescheid vom 25.05.2011, KOA 1.472/11-004, stellte die KommAustria fest, dass auch nach Abtretung von insgesamt 100 % der Geschäftsanteile der Arabella Graz

Privatradio GmbH (nunmehr WELLE 1 Graz Der Rocksender GmbH) an Mag. Stephan Prähauser (50 %) einerseits und Johann Holztrattner (50 %) andererseits, weiterhin den Bestimmungen des § 5 Abs. 3 sowie der §§ 7 bis 9 PrR-G entsprochen wird.

Mit rechtskräftigem Bescheid vom 03.10.2012, KOA 1.472/12-019, hat die KommAustria auf Grund einer Beschwerde des Medienprojektvereins Steiermark festgestellt, dass die Antragstellerin den Charakter ihres mit Bescheid des BKS vom 02.06.2010, GZ 611.123/0001-BKS/2009, genehmigten Hörfunkprogramms grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung zu verfügen, indem sie entgegen dem Zulassungsbescheid kein als Rockradio formatiertes Hörfunkprogramm mit hohem Lokalbezug, dessen Wortprogramm neben dem Thema Rockmusik insbesondere umfassende Lokalberichterstattung enthält, ausgestrahlt hat.

Die KommAustria kam auf Grund der Feststellungen auf Basis von Sendungsauswertungen zunächst zu dem Ergebnis, dass *„der Anteil an Rockmusiktiteln im Durchschnitt etwa 45 % betrug, von denen ein geringer Anteil Classic Rock des 60er bis 70er und Rockmusik der 80er und 90er, der überwiegende Teil aber Rockmusik der 2000er und aktuell waren. Das übrige Musikprogramm setzte sich im Wesentlichen aus den Musikrichtungen R'n'B, Pop, Dance und Hip Hop zusammen, wobei aktuelle Titel überwogen. Nach Ansicht der KommAustria stellt sich das tatsächlich ausgestrahlte Musikprogramm der Beschwerdegegnerin als Hot AC-Format bzw. CHR-Format dar.“*

Darüber hinaus wurde in der Entscheidung auch ausgeführt, dass *„die Änderung vom zugelassenen reinen Rockformat zu einem Hot AC- bzw. CHR-Format – wenn auch mit Rockorientierung – nach Ansicht der KommAustria auch zu einem weitgehenden Wechsel der Zielgruppe [führte]: Die Beschwerdegegnerin beschrieb im Zulassungsantrag die intendierte Zielgruppe als all jene, die „sich dem Rock verbunden fühlen“; dies sei keine Altersfrage, sondern ein Lebensgefühl. Die Zielgruppe definiere sich über ihre Lebenseinstellung, das Interesse für erdige rockige Musik, das Interesse an Rock-Künstlern und Konzerten, das Lebensgefühl und die Leidenschaft für E-Gitarren-Sound.“*

Zusammenfassend zog die KommAustria die Schlussfolgerung, dass die Antragstellerin ihr Musikformat wesentlich geändert hat, wobei damit ein weitgehender Wechsel der Zielgruppe einhergegangen ist.

Die KommAustria kam auf Grund der durchgeführten Auswertungen weiters zu dem Ergebnis, dass *„das im Zulassungsantrag beschriebene und mit dem Zulassungsbescheid genehmigte Programm sich mit 30 % als eines mit einem relativ hohen Wortanteil [darstellte], welches inhaltlich einen „Mix aus Informationen über die Welt der Rockmusik und einer auf die Interessen der Grazer zugeschnittenen Berichterstattung“ und „hohem Lokalbezug“ (vgl. die Begründung des Zulassungsbescheides) bereitstelle. Angesichts des weitaus geringeren Wortanteils, des fast vollständig fehlenden Bezugs zur „Welt der Rockmusik“ für Liebhaber dieser Musikrichtung und des gegenüber dem Zulassungsbescheid erheblich herabgesetzten Lokalbezugs ergibt sich eine inhaltliche Neupositionierung des Programms als musiklastiges, am Mainstream orientiertes Programm mit mäßigem Lokalbezug.“*

Zusammenfassend schlussfolgerte die KommAustria, dass es auf Grund der wesentlichen Änderung des Umfangs (Reduktion) und Inhalts des Wortanteils (kein Bezug zur Rockmusik und erheblich herabgesetzter Lokalbezug) zu einer inhaltlichen Neupositionierung des Programms gekommen ist und daher auch insoweit eine grundlegende Programmänderung vorliegt.

Mit rechtskräftigem Bescheid vom 06.02.2013, KOA 1.472/12-024, hat die KommAustria im Rahmen eines Verfahrens zum Entzug der Zulassung der Antragstellerin auf Grund der mit Bescheid der KommAustria vom 03.10.2012, KOA 1.472/12-019, rechtskräftig getroffenen Feststellung in weiterer Folge den Auftrag erteilt, binnen einer Frist von acht Wochen den rechtmäßigen Zustand herzustellen, indem sie im Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ ein als Rockradio formatiertes Hörfunkprogramm mit hohem Lokalbezug, dessen Wortprogramm neben dem Thema Rockmusik insbesondere umfassende Lokalberichterstattung enthält, ausstrahlt, und ein Qualitätssicherungssystem einrichtet.

Nach Einsicht in die auftragsgemäß vorgelegten Unterlagen und die von Amts wegen erstellten Aufzeichnungen des im Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ ausgestrahlten Hörfunkprogramms vom 25.04.2013 stellte die KommAustria am 20.09.2013 fest, dass das Musikprogramm im Durchschnitt zu ca. 79% aus Musik bestehe, die im weitesten Sinne unter „Rock“ einzuordnen sei. Dabei liege der Schwerpunkt auf neuerer Musik, vor allem aus den Bereichen Pop-Rock, Alternative Rock, Punkrock, Indie Rock sowie Nu Metal. Daneben finden sich auch ältere Grunge-, Punk- und Hardrock-Titel im Programm. Zumindest ein Mal pro Stunde werde ein "Rock-Klassiker" ausgestrahlt, wobei es sich um Rocksongs aus den 60er- bis 80er-Jahren handle. In den von 18:00 bis 20:00 Uhr und in der Nacht wiederholten Sendungen "Rock Corner" und "Rock Corner XXL live" werde zu 100% Rockmusik gespielt, wobei in ersterer Rocksongs verschiedener Subgenres und Jahrzehnten auch im Wortprogramm vorgestellt und in zweiterer Livekonzerte von Rockbands (am 25.04.2013: Judas Priest und The Doors) in voller Länge ausgestrahlt werden. Mehrmals täglich werden Songs österreichischer und vor allem steirischer Rockbands gespielt und entsprechend anmoderiert. Die restlichen 21% der Musikprogramms bestehen im Wesentlichen aus Dance, Hip-hop und R'n'B.

Im Wortprogramm werde insofern stärker auf Rockmusik eingegangen, als die Sendung Rock Corner (auf knapp unter eine Stunde) verlängert wurde, jede Stunde der Rockklassiker ausführlich anmoderiert und nunmehr auch in den Veranstaltungstipps Rockkonzerte angekündigt werden.

Zusammenfassend kam die KommAustria zu dem Ergebnis, dass insgesamt von einem jungen, rockbasierten Format ausgegangen werden könne, wobei im Programm Lokalinhalte und auch Bezüge zu Rockmusik zu finden seien. Zwar werde auch nach Erteilung des Sanierungsauftrags kein reines Rockprogramm angeboten und seien die Wortanteile, die sich mit Rockmusik und der damit verbundenen Kultur befassen, niedriger als im Antrag beschrieben; insgesamt handle es sich allerdings um Anpassungen an ein jüngeres Publikum, die (gerade noch) unterhalb der Schwelle einer grundlegenden Programmänderung im Sinne des § 28a Abs. 1 Z 1 und 2 PrR-G lägen.

Mit rechtskräftigem Bescheid vom 22.03.2016, KOA 1.472/16-003, stellte die KommAustria fest, dass die mit Schreiben vom 09.02.2016 beantragte beabsichtigte Programmänderung unter Berücksichtigung des mit Bescheid des BKS vom 02.06.2010, GZ 611.123/0001-BKS/2009, genehmigten Hörfunkprogramms für das Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ eine grundlegende Änderung des Programmcharakters im Sinne von § 28 Abs. 2 in Verbindung mit § 28a Abs. 1 Z 1 und 2 PrR-G darstellt.

Mit Bescheid vom 08.03.2017, KOA 1.472/17-003, stellte die KommAustria auf Grund der Beschwerde der Soundportal Graz GmbH vom 10.05.2016 gemäß §§ 24, 25, 26 iVm §§ 28 Abs. 2 und 28a Abs. 1 Z 1 und 2 PrR-G fest, dass die Antragstellerin im Zeitraum vom 31.03.2016 bis zum 10.05.2016 den Charakter des mit Bescheid des BKS vom 02.06.2010, GZ 611.123/0001-BKS/2009, genehmigten Programms im Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die

Regulierungsbehörde zu verfügen, indem sie entgegen dem Zulassungsbescheid kein als Rockradio formatiertes Hörfunkprogramm mit einem hohen Wortanteil, das neben dem Thema Rockmusik insbesondere auch umfassende Lokalberichterstattung enthält, ausgestrahlt hat.

2.2. Zum Antrag auf Genehmigung einer grundlegenden Änderung des Programmcharakters

Gemäß dem vorliegenden Antrag beabsichtigt die Antragstellerin eine Änderung des Programms dahingehend, dass das Musikprogramm in Hinkunft als „Hot AC“-Format mit einer Erweiterung in Richtung „current based AC“ und „CHR“ zu definieren sein wird, indem verstärkt aktuelle Hits sowie die Hits der letzten zehn Jahre ausgestrahlt werden. Weiterhin soll österreichische und regionale bzw. lokale Musik und auch Rockmusik berücksichtigt werden. Insgesamt soll also das Musikprogramm „etwas jünger“ werden.

Der Wortanteil soll den Fokus weiterhin auf den Raum Graz richten und neben regelmäßigen internationalen und nationalen Nachrichten insbesondere lokale und regionale Nachrichten, Servicemeldungen (Wetter, Verkehr), sowie Berichte über Ereignisse aus dem Verbreitungsgebiet Graz, insbesondere aus den Bereichen Sport, Kultur und Gesellschaft beinhalten.

Das Programmschema soll in Hinkunft drei Blöcke umfassen, nämlich den Vormittag (von 06:00 bis 12:00 Uhr), den Nachmittag (von 12:00 bis 18:00 Uhr) und den Abend (von 18:00 bis 06:00 Uhr früh). Die Morgensendung und die Nachmittagssendung werden von Montag bis Samstag moderiert, ab 18:00 bis 06:00 Uhr des folgenden Tages, sowie an Sonn- und Feiertagen ist geplant, ein großteils unmoderiertes Musikprogramm auszustrahlen. Die Antragstellerin fügte diesen Ausführungen hinzu, dass die Moderationszeiten aber auch noch erweitert werden können, lässt dabei jedoch offen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang dies geschehen soll.

Somit soll das Programm an Werktagen sowie am Samstag zwölf Stunden moderiert werden, lediglich die Betitelung einzelner Sendestrecken – etwa „Rock Corner“ – wird entfallen. Der Wortanteil soll am Vormittag (zwischen 06:00 und 12:00 Uhr) rund 20,5 Minuten pro Sendestunde umfassen, am Nachmittag (zwischen 12:00 und 18:00 Uhr) rund 21 Minuten pro Sendestunde. Der Anteil an Werbung wird am Vormittag insgesamt rund 8'10“ Minuten und am Nachmittag rund 7'00“ Minuten ausmachen. Bezogen auf einen Sendetag von 24 Stunden entspricht der angegebene Wortanteil von ca. 249 Minuten somit einem Prozentsatz von 17,29 %; legt man dem Wortanteil einen zwölf Stundentag zugrunde, so resultiert daraus ein Prozentsatz von 34,58 %.

Die redaktionellen Entscheidungen sollen auch nach der geplanten Programmänderung in Graz getroffen.

2.3. Versorgungssituation

2.3.1. Versorgungssituation im Zeitpunkt der Zulassungserteilung

Zum Zeitpunkt der Zulassungserteilung waren abgesehen von den bundesweit ausgestrahlten Hörfunkprogrammen Ö1, Ö3, und FM4 des Österreichischen Rundfunks, sowie dessen regionalem Hörfunkprogramm Radio Steiermark (Ö2), die Hörfunkprogramme der nachfolgend angeführten privaten Hörfunkveranstalterinnen im gegenständlichen Versorgungsgebiet zu empfangen:

KRONEHIT (KRONEHIT Radio BetriebsgmbH.):

Das genehmigte 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 (Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG):

Das genehmigte 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 80iger und 90iger Jahre und von heute auch Oldies der 50iger, 60iger und 70iger Jahre gespielt werden. Ebenso wird österreichischen Musikinterpreten in hohem Ausmaß Rechnung getragen.

Soundportal Graz (Medienprojektverein Steiermark):

Das genehmigte Programm umfasst ein, zur Gänze – ohne Übernahme von Mantelprogrammen – eigengestaltetes 24 Stunden Vollprogramm, für eine junge, urbane Zielgruppe von 14 bis 29 Jahren. Das Musikprogramm ist im Selected Contemporary Alternative Hit Radio-Format mit Lokalbezug gehalten und zielt auf ein junges, urbanes Publikum ab. Das Wortprogramm umfasst in der Zeit von 06:00 bis 18:00 Uhr einen "Newsblock" zur vollen Stunde, welcher aus internationalen, nationalen und lokalen Nachrichten, recherchierten Kurzbeiträgen, Originaltönen, Wetter und Verkehrsservice besteht. Der Wortanteil in den Sendestunden liegt zwischen 15 % und 25 % und besteht aus einem eigenständig produzierten Programm mit hohem Lokalbezug für eine jugendliche, urbane Zielgruppe.

Radio Helsinki (Radio Helsinki – Verein Freies Radio Steiermark):

Das genehmigte Programm umfasst ein nichtkommerzielles (werbefreies) 24 Stunden Vollprogramm, das in verschiedene Sendeflächen gegliedert ist. Wesentliche Programmteile umfassen Kultur, Gesellschaftspolitik, Zielgruppenradio, Muttersprachenprogramme, Bildung und Musikprogramm, wobei besonderes Augenmerk auf in den Medien unterrepräsentierte Gruppen, Themen, Darstellungsformen und Menschen gelegt wird, wie zum Beispiel in Graz lebende kulturelle Minderheiten, heimische Kunst- und Kulturschaffende, in anderen Medien marginalisierte Musikformen, soziale Einrichtungen sowie Bildungseinrichtungen.

Radio Graz 94,2 (IQ - plus Medien GmbH):

Das genehmigte Programm umfasst im Wesentlichen ein zumindest 95 % eigengestaltetes 24 Stunden Vollprogramm mit hohem Lokalbezug. Das Wortprogramm beinhaltet neben regelmäßigen Welt- und Österreichnachrichten auch lokale Nachrichten, Servicemeldungen sowie Berichte mit Bezug zum öffentlichen, kulturellen, wirtschaftlichen und sportlichen Leben in Graz. Das Musikprogramm ist als Oldie-ähnliches Format gestaltet, wobei überwiegend Titel aus den 60er, 70er und 80er Jahren gespielt werden, mit einem Schwerpunkt auf österreichisch-deutscher Musik, d.h. Titel lokaler steirischer Stars werden mit deutschen Titeln, Titeln aus der Musikrichtung Austro-Pop und englischsprachigen Titeln, darunter Oldies, kombiniert. Weiters werden erfolgreiche italienische und französische Titel, ruhige Instrumentalmusik sowie Jazz, Swing- und Tanzmusik aus den 20er, 30er und 40er Jahren gespielt.

2.3.2. Aktuelle Versorgungssituation

Neben den bundesweit ausgestrahlten Hörfunkprogrammen Ö1, Ö3, und FM4 des Österreichischen Rundfunks, sowie dessen regionalem Hörfunkprogramm Radio Steiermark, sind die Hörfunkprogramme der nachfolgend angeführten privaten Hörfunkveranstalterinnen im gesamten gegenständlichen Versorgungsgebiet zu empfangen:

KRONEHIT (KRONEHIT Radio BetriebsgmbH.):

Das genehmigte 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 (Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG):

Das genehmigte Programm ist ein bis auf die nationalen Nachrichten und die Weltnachrichten zu 100 % eigengestaltetes 24 Stunden Vollprogramm für die Kernzielgruppe der 25 bis 40-Jährigen. Das Musikprogramm ist als hot/modern AC-Format (Adult Contemporary) gestaltet, wobei neben Popmusik von den 80ern bis heute auch aktuelle Musikstile (Pop-Dance, Modern-Rock) berücksichtigt werden. Ebenso wird österreichischen Musikinterpreten und Musiktradition in hohem Ausmaß Rechnung getragen. Das Verhältnis zwischen Wort und Musik beträgt inklusive Werbung durchschnittlich 20 Minuten Wortanteil pro Stunde. Das Wortprogramm beinhaltet neben regelmäßigen internationalen und nationalen Nachrichten auch regionale und lokale Nachrichten, Servicemeldungen (Wetter, Verkehr) sowie Berichte mit Bezug zum öffentlichen, kulturellen, wirtschaftlichen, sportlichen und religiösen Leben in der Steiermark.

Radio Helsinki (Radio Helsinki - Verein Freies Radio Steiermark)

Bei dem zugelassenen Programm handelt sich um ein nichtkommerzielles, werbefreies und mehrsprachiges 24 Stunden Vollprogramm, das im Wesentlichen von den Mitgliedern des Zulassungsinhabers gestaltet wird. 60 % des Programms sind moderiert, wobei der Wortanteil des moderierten Programms bei etwa 54 % liegt. 9,5 % des gesamten

moderierten Programms werden von anderen Freien Radios übernommen, darüber hinaus ist das Programm eigengestaltet. Das Programm bietet Sendungen mit hohem Wort- und Informationsgehalt, die vor allem durch Interviews und Live-Gäste geprägt sind. Bei den Musiksendungen liegt der Schwerpunkt auf solchen Stilen, die sonst in der österreichischen Radiolandschaft unterrepräsentiert sind, wie Jazz, „echte“ Volksmusik, Hip-Hop, Metal und Elektronik bis hin zu experimenteller Musik. Besonderes Augenmerk soll auf der lokalen Musikszene liegen. Die inhaltlichen Schwerpunkte des gesamten Programms liegen in den Bereichen Musik, Kultur, Politik, (Hör-) Kunst, Information und transkulturelle Themen, wobei insbesondere auch ethnischen Minderheiten und solchen Personen und Gruppen, die wegen ihrer gesellschaftlichen Marginalisierung oder wegen sexistischer und rassistischer Diskriminierung in den Medien kaum oder nicht zu Wort kommen, ein Sprachrohr sowie lokalen Kunst-, Musik- und Sozialinitiativen eine Plattform geboten werden.

Soundportal (Soundportal Graz GmbH)

Das Programm „Soundportal“ umfasst ein zur Gänze, mit Ausnahme der Weltnachrichten, eigengestaltetes 24 Stunden Vollprogramm, für eine junge, urbane Zielgruppe von 14 bis 29 Jahren. Das Musikprogramm ist im Selected Contemporary Alternative Hit Radio-Format gehalten und zielt auf ein junges urbanes Publikum ab. Das Wortprogramm umfasst in der Zeit von 06:00 bis 18:00 Uhr einen Newsblock zur vollen Stunde, welcher aus internationalen, nationalen und lokalen Nachrichten, recherchierten Kurzbeiträgen, Originaltönen, Wetter und Verkehrsservice besteht. Der Wortanteil in den Sendestunden liegt zwischen 15 % und 25 % und besteht aus einem eigenständig produzierten Programm mit hohem Lokalbezug für eine jugendliche urbane Zielgruppe.

Lounge FM (Schallwellen Lounge GmbH)

Das bewilligte Hörfunkprogramm umfasst ein im Wesentlichen eigengestaltetes 24 Stunden Vollprogramm für die Zielgruppe der urbanen 15- bis 55-Jährigen, in einem Format, das auf entspannende, sanfte Musiktitel mit niedriger „Beats per Minute“-Rate setzt und eine Mischung aus Downtempo-Beats, Ambient und Trance umfassen soll. Das Musikformat umfasst die Kategorien Chillout und Downbeat, Ambient und NewAge sowie NuJazz und Crossover. Hierbei weist das Musikprogramm einen hohen Anteil an heimischer Musik auf, wobei lokale Acts sowie aktuelle Produktionen eingebunden werden sollen. Das Wortprogramm umfasst zur vollen Stunde Welt- und nationale Nachrichten, ferner lokale „news-to-use“ aus den Bereichen Fashion, Design, Wellness und Society im Umfang von jeweils eineinhalb bis zweieinhalb Minuten, wobei die Themenschwerpunkte im Bereich des kulturellen Lebens von Graz und der Lebensart der Zielgruppe liegen sollen. Ferner sollen hörengenerierte Inhalte in das Programm integriert werden. Der Anteil des Wortprogramms soll wochentags zwischen 10 % und 15 %, am Wochenende und in den Nächten zwischen 5 % und 10 % betragen.

2.4. Stellungnahmen der betroffenen Hörfunkveranstalterinnen

Unter den im Versorgungsgebiet zugelassenen Hörfunkveranstalterinnen haben sich im Rahmen der schriftlichen Anhörung zur beantragten grundlegenden Programmänderung die Soundportal Graz GmbH sowie die Antenne Steiermark GmbH & Co KG geäußert. Letztere brachte eine befürwortende Stellungnahme ein, wonach die beantragte Programmänderung der Stärkung des Privatradiomarktes diene, da sich die Formatänderung an eine sehr junge Zielgruppe im Grazer Lokalradiomarkt richte und daher aus ihrer Sicht die Wettbewerbssituation nicht beeinträchtigen werde.

Demgegenüber äußerte sich die Soundportal Graz GmbH negativ, beantragte die Versagung der beantragten Programmänderung und richtete mit der Stellungnahme zugleich eine Beschwerde an die KommAustria wegen grundlegender Programmänderung ohne behördliche Genehmigung. Einerseits brachte die Soundportal Graz GmbH vor, dass die von der Antragstellerin geplante grundlegende Programmänderung insbesondere auch auf die von der Soundportal Graz GmbH angesprochene Hörserschaft abziele und durch diese unmittelbare Konkurrenz ihre Verkaufschancen und die Werbeerlöse gemindert würden. Sie befürchte im Falle einer Genehmigung der grundlegenden Programmänderung die Gefährdung der Wirtschaftlichkeit und des Fortbestandes ihres Hörfunkbetriebs. Andererseits erklärte die Soundportal Graz GmbH, dass die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des im ursprünglichen Auswahlverfahren für das Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ genehmigten Programmcharakters gar nicht beurteilt werden könne, weil dieses Programm schon derzeit nicht eingehalten werde. Seit dem Sanierungsauftrag der KommAustria mit Bescheid vom 06.02.2013, KOA 1.472/12-024, in dessen Folge das wieder hergestellte Programm als gerade noch unterhalb der Schwelle einer grundlegenden Programmänderung qualifiziert worden sei, habe sich das Programm der Antragstellerin noch weiter von der Zulassung entfernt. Der Wortanteil sei wesentlich niedriger, als der im Zulassungsbescheid vorgesehene durchschnittliche Wortanteil von 30 % inklusive Werbung und das Musikprogramm sei bereits jetzt stark auf „Hot AC“, „Current Based AC“ und „CHR“ ausgerichtet. Verschwindend gering sei zudem der Lokalbezug im Wortprogramm der Antragstellerin, der anstelle von *„im Mittelpunkt stehenden Berichten über Graz“* nur aus Wetter- und Verkehrsdurchsagen sowie aus Veranstaltungshinweisen bestehe.

2.5. Stellungnahme der Steiermärkischen Landesregierung

Die Steiermärkische Landesregierung gab der KommAustria am 11.05.2016 telefonisch bekannt, keine Stellungnahme zum Antrag der Antragstellerin auf Genehmigung einer grundlegenden Programmänderung abzugeben.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen hinsichtlich der Hörfunkzulassung für das Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ und zu dem hierfür genehmigten Programm ergeben sich aus den zitierten Bescheiden der KommAustria und des BKS.

Die Feststellungen hinsichtlich der Versorgungssituation im Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ beruhen auf der grafischen Darstellung und Darlegung durch die RFFM vom 06.04.2016.

Die Feststellungen hinsichtlich der geplanten, grundlegenden Änderungen des Hörfunkprogramms beruhen auf den Angaben der Antragstellerin im Schriftsatz vom 09.02.2016 und dem ergänzenden Schriftsatz vom 24.02.2016 sowie auf der zitierten rechtskräftigen Entscheidung der KommAustria, dass damit im Verhältnis zum Zulassungsbescheid eine grundlegende Änderung des Programmcharakters einhergeht.

Die Feststellungen zum bisher ausgeübten Sendebetrieb der Antragstellerin, insbesondere dass infolge des letztmalig erteilten Sanierungsauftrags das wieder hergestellte Programm als gerade noch unterhalb der Schwelle einer grundlegenden Programmänderung qualifiziert worden ist, beruhen auf den zitierten Entscheidungen und den Bezug habenden Verwaltungsakten der KommAustria.

Die Feststellungen hinsichtlich der befürwortenden bzw. ablehnenden Haltung der betroffenen Hörfunkveranstalterinnen zum Antrag auf Genehmigung der grundlegenden Programmänderung beruhen auf deren Stellungnahmen vom 11.05.2016 sowie vom 30.05.2016.

Die Feststellung, dass die Antragstellerin im Zeitraum vom 31.03.2016 bis zum 10.05.2016 den Charakter des mit Bescheid des BKS vom 02.06.2010, GZ 611.123/0001-BKS/2009, genehmigten Programms im Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, indem sie entgegen dem Zulassungsbescheid kein als Rockradio formatiertes Hörfunkprogramm mit einem hohen Wortanteil, das neben dem Thema Rockmusik insbesondere auch umfassende Lokalberichterstattung enthält, ausgestrahlt hat, beruht auf dem Bescheid der KommAustria vom 08.03.2017, KOA 1.472/17-003.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Regulierungsbehörde

Gemäß § 31 Abs. 2 PrR-G werden die Aufgaben der Regulierungsbehörde nach dem Privatradiogesetz von der KommAustria wahrgenommen.

4.2. Gesetzliche Grundlage

Die im gegenständlichen Verfahren maßgebliche Bestimmung gemäß § 28a PrR G lautet:

[Hervorhebungen nicht im Original]

„Änderung des Programmcharakters

§ 28a. (1) *Eine grundlegende Änderung des Programmcharakters im Sinne des § 28 Abs. 2 liegt - unter Berücksichtigung des jeweiligen Zulassungsbescheides - insbesondere vor:*

- 1. bei einer wesentlichen Änderung des Musikformats, wenn damit ein weitgehender Wechsel der Zielgruppe zu erwarten ist;*
- 2. bei einer wesentlichen Änderung des Umfangs oder Inhalts des Wortanteils oder des Anteils eigengestalteter Beiträge, die zu einer inhaltlichen Neupositionierung des Programms führt;*
- 3. bei einem Wechsel zwischen Sparten- und Vollprogramm oder zwischen verschiedenen Sparten;*
- 4. bei einem Wechsel zwischen nichtkommerziellem und kommerziellem Programm.*

(2) *Auf Antrag des Hörfunkveranstalters hat die Regulierungsbehörde festzustellen, ob eine beabsichtigte Programmänderung eine grundlegende Änderung des Programmcharakters darstellt. Die Regulierungsbehörde hat spätestens innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Einlangen des Antrags zu entscheiden.*

(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 Gesetzesmaterialien (Begründung zum Initiativantrag 430/A BlgNR XXII. GP) führen zu § 28a Abs. 3 PrR G 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 erstmals 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.“

Die Genehmigung einer grundlegenden Änderung des Programmcharakters bedingt daher, neben weiteren in der Entscheidung zu berücksichtigenden Umständen, das Vorliegen zweier kumulativ zu erfüllender Voraussetzungen:

Gemäß Z 1 leg. cit. soll eine grundlegende Programmänderung erst nach einer Zeitspanne von mindestens zwei Jahren, in denen der Hörfunkveranstalter das im Zulassungsbescheid bewilligte Programm (arg. „*seinen Sendebetrieb ausgeübt*“) ausgestrahlt hat, genehmigt werden können. Diese Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung nur dann erfüllt, wenn wenigstens in den letzten beiden Jahren vor der Entscheidung über einen Antrag auf Programmänderung ununterbrochen bzw. durchgehend ein dem Zulassungsbescheid entsprechendes Programm ausgestrahlt wurde (vgl. dazu BKS 24.09.2007, GZ 611.077/0006-BKS/2007 bestätigt durch VwGH 12.12.2007, 2005/04/0205; VwGH 26.03.2014, 2012/03/0050; VwGH 26.03.2014, 2012/03/0048).

Aus dem Zweck der Frist, die vor allem dazu dient, das Auswahlverfahren nicht ad absurdum zu führen (vgl. die Begründung zum Initiativantrag 430/A BlgNR XXII. GP) geht ferner hervor, dass nicht jede beliebige Rechtsverletzung die Zweijahresfrist unterbricht, sondern nur solche gemäß § 28 Abs. 2 PrR-G, also grundlegende Änderungen des Charakters des im Antrag auf Zulassung dargestellten und in der Zulassung genehmigten Programms, ohne dass dafür eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde vorliegt (vgl. BKS 14.12.2011, 611.019/0005-BKS/2011; KommAustria 13.06.2013, KOA 1.414/13-005).

Nach der zweiten Voraussetzung gemäß Z 2 leg. cit. darf die beantragte Programmänderung weder schwerwiegende nachteilige Auswirkungen auf den Markt (Wettbewerbssituation und Wirtschaftlichkeit bestehender Hörfunkveranstalterinnen im Versorgungsgebiet), noch auf die Angebotsvielfalt für die Hörer haben. In diesem Zusammenhang ist den Gesetzesmaterialien zu entnehmen, dass geringe Auswirkungen in einem Wettbewerbsumfeld grundsätzlich zu erwarten und von den Marktteilnehmern hinzunehmen sind. Jedoch sollte vermieden werden, dass ein bestimmtes erfolgreiches Format direkt kopiert wird und der betreffende 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.

Schließlich sind in die Entscheidung auch Erwägungen dahingehend einzubeziehen, inwieweit sich die Rahmenbedingungen für die antragstellende Hörfunkveranstalterin seit Zulassungserteilung maßgeblich ohne ihr Zutun verändert haben. Damit können in die Entscheidung auch Faktoren einbezogen werden, die die betreffende Hörfunkveranstalterin selbst nicht beeinflussen konnte, die jedoch ihren wirtschaftlichen Erfolg erheblich berühren.

4.3. Mindestens zweijähriger unbeanstandeter Sendebetrieb

Wie bereits zuvor ausgeführt wurde, ist die Voraussetzung gemäß § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G nach der Rechtsprechung nur dann erfüllt, wenn zumindest in den zwei Jahren vor der Entscheidung über den Antrag auf Programmänderung ununterbrochen ein dem Zulassungsbescheid entsprechendes Programm ausgestrahlt wurde.

Aus der Rechtsprechung des VwGH lassen sich dazu zweierlei Aspekte ableiten: Zum einen wird klargestellt, dass der Gesetzgeber beim Verständnis der Wortfolge „*seinen Sendebetrieb ausgeübt hat*“ ein gesetzes- und bescheidkonformes Verhalten des Zulassungsinhabers voraussetzt (vgl. auch BKS 24.09.2007, GZ 611.077/0006-BKS/2007). Demnach ist für die Erfüllung der Zwei-Jahres-Frist ein unbeanstandeter Sendebetrieb unerlässlich. Das in der Zulassung genehmigte Programm muss zumindest zwei Jahre am Markt erprobt worden sein, bevor die Genehmigung einer grundlegenden Programmänderung erfolgen kann. Umgekehrt haben Zeiten, in denen kein zulassungskonformes Programm gesendet wurde, bei der Prüfung der Frist außer Betracht zu bleiben. Zum anderen lässt der VwGH im Hinblick auf die Auslegung der Passage „seit mindestens zwei Jahren“ eindeutig erkennen, dass es sich hierbei um einen unmittelbar vor

der Erlassung des Bescheides gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G liegenden durchgehenden Zeitraum handeln muss (arg. „in den letzten beiden Jahren [vor der Erfassung des angefochtenen Bescheides“, bzw. „zumindest zwei Jahre hindurch“; siehe dazu VwGH 12.12.2007, 2007/04/0205; BKS 14.12.2011, GZ 611.019/0005-BKS/2011, GZ 611.115/0002-BKS/2011 und GZ 611.113/0002-BKS/2011).

Die Formulierung, wonach der Hörfunkveranstalter „seit mindestens zwei Jahren“ seinen Sendebetrieb ausgeübt haben muss, ist daher zweifelsfrei so zu verstehen, dass der maßgebliche Zeitpunkt (Senden eines zulassungskonformen Programms) zwei Jahre zuvor begonnen haben und bis zum Zeitpunkt der Entscheidung der Regulierungsbehörde über den Antrag gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G anhalten muss (vgl. KommAustria vom 26.09.2011, KOA 1.467/11-045, KOA 1.466/11-027 und KOA 1.525/11-020; jeweils bestätigt mit BKS 14.12.2011, GZ 611.019/0005-BKS/2011, GZ 611.115/0002-BKS/2011 und GZ 611.113/0002-BKS/2011). Es reicht daher nicht aus, dass „irgendwann“ ein zulassungskonformes Programm gesendet wurde; ebenso wenig verbietet sich auch die Zusammenrechnung von nicht zusammenhängenden Zeiträumen, in denen ein zulassungskonformes Programm gesendet wurde (vgl. BKS 14.12.2011 GZ 611.111/0002-BKS/2011).

Zwar ist es richtig, dass die KommAustria nach Überprüfung des mit Bescheid vom 06.02.2013, KOA 1.472/12-024, erteilten Sanierungsauftrags zu dem Ergebnis gekommen ist, dass bei dem ausgestrahlten Hörfunkprogramm der nunmehrigen Antragstellerin „insgesamt von einem jungen, rockbasierten Format ausgegangen werden kann, wobei im Programm Lokalinhalte und auch Bezüge zu Rockmusik zu finden sind.“ und es sich „[...] um Anpassungen an ein jüngeres Publikum [handelt], die (gerade noch) unterhalb der Schwelle einer grundlegenden Programmänderung im Sinne des § 28a Abs. 1 Z 1 und 2 PrR-G liegen.“ Wie allerdings dem Sachverhalt entnommen werden kann, hat die KommAustria auf Grund einer Beschwerde der Soundportal Graz GmbH vom 10.05.2016 mit Bescheid vom 08.03.2017, KOA 1.472/17-003, gemäß §§ 24, 25, 26 iVm §§ 28 Abs. 2 und 28a Abs. 1 Z 1 und 2 PrR-G festgestellt, dass die Antragstellerin im Zeitraum vom 31.03.2016 bis zum 10.05.2016 den Charakter des mit Bescheid des BKS vom 02.06.2010, GZ 611.123/0001-BKS/2009, genehmigten Programms im Versorgungsgebiet „Graz 104,6 MHz“ grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, indem sie entgegen dem Zulassungsbescheid kein als Rockradio formatiertes Hörfunkprogramm mit einem hohen Wortanteil, das neben dem Thema Rockmusik insbesondere auch umfassende Lokalberichterstattung enthält, ausgestrahlt hat.

Das Vorliegen der ersten der beiden gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen ist daher zu verneinen, da die Antragstellerin keinen zulassungskonformen Sendebetrieb über einen ununterbrochenen Zeitraum von zumindest zwei Jahren vor der gegenständlichen Entscheidung über die Programmänderung ausgeübt hat.

Auf Grund der bisherigen rechtlichen Ausführungen kann somit auch 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. Ebenso verhält es sich im Hinblick auf die für eine Programmänderung zu berücksichtigenden maßgeblichen Umstände, die sich seit Zulassungserteilung an die Antragstellerin ohne ihr Zutun geändert hätten.

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: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / GZ KOA 1.472/17-002“, 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 8. März 2017

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

WELLE 1 Graz Der Rocksender GmbH, z.Hd. Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Mariahilfer Straße 20, 1070 Wien, **per RSb**