



Bescheid

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

I. Spruch

Der Privatrado ZUZ GmbH (FN 589174h) wird gemäß § 28 Abs. 5 Z 1 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001, idF BGBl. I Nr. 150/2020, aufgetragen, binnen einer Frist von acht Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides den rechtmäßigen Zustand herzustellen, indem sie ein dem Zulassungsbescheid der KommAustria vom 29.11.2017, KOA 1.380/17-012, entsprechendes Wortprogramm sendet. Des Weiteren wird der Privatrado ZUZ GmbH aufgetragen, binnen einer Frist von acht Wochen geeignete Vorkehrungen zu treffen, um ein Abweichen des gesendeten Wortprogramms vom genehmigten Programm zu verhindern. Die Privatrado ZUZ GmbH hat unverzüglich nach Ablauf dieser Frist der Regulierungsbehörde einen Nachweis darüber vorzulegen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 27.10.2022 teilte die KommAustria der Privatrado ZUZ GmbH als Gesamtrechtsnachfolgerin der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH hinsichtlich der Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ mit, dass das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) mit rechtskräftigem Erkenntnis vom 08.08.2022, W290 2122724-3/10E, festgestellt hat, dass die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH in der Zeit vom 22.10.2020 bis zum 01.12.2020 den Charakter des mit Bescheid der KommAustria vom 29.11.2017, KOA 1.380/17-012, genehmigten Hörfunkprogramms im Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, indem sie entgegen ihrer Zulassung ein Wortprogramm ausgestrahlt hat, das weitgehend einen deutlich geringeren Wortanteil als die im Zulassungsbescheid vorgesehenen 10 % bis 15 % exklusive Werbung von Montag bis Freitag zwischen 06:00 und 18:00 Uhr, von 10 % zwischen 18:00 und 22:00 Uhr und von 5 % zwischen 22:00 und 06:00 Uhr aufgewiesen und – abgesehen von Lokalnachrichten in geringem Umfang, Wetter und Veranstaltungskalender – im sonstigen Wortprogramm keine redaktionellen Inhalte enthalten hat, die in hohem Maß Bezug zum Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ hatten. Aufgrund der festgestellten grundlegenden Programmänderung gemäß §§ 24 iVm 28 Abs. 2 PrR-G

werde ein Verfahren zum Entzug der Zulassung eingeleitet.

Am 29.11.2022 fand vor der KommAustria eine öffentliche mündliche Verhandlung in Anwesenheit von Vertretern der Privatrado ZUZ GmbH statt. Der Geschäftsführer der Privatrado ZUZ GmbH brachte im Wesentlichen vor, mit Beginn Dezember 2020 sei der Wortanteil substantiell erhöht worden. Die Erhöhung beziehe sich insbesondere auf Programmteile mit regionalem Inhalt. Er gehe davon aus, dass das Programm den unteren Schwellenwert für den Wortanteil laut Zulassungsbescheid überschreite und sich der Wortanteil in dem im Zulassungsbescheid dargestellten prozentualen Korridor befinde. Es seien auch Qualitätssicherungsmechanismen eingeführt worden, um Abweichungen von den Vorgaben im Programm rechtzeitig abfangen zu können.

Dieses Qualitätssicherungssystem umfasse im Wesentlichen vier Schritte: Vorgabe der Geschäftsführung, Planung, redaktionelle Befüllung und Kontrolle. Die Vorgaben der Geschäftsführung würden durch eine schriftliche Weisung hinsichtlich des Umfangs, des Wortprogramms und auch der Inhalte in Bezug auf ihre Regionalität festgehalten. In der Planung seien bereits Platzhalter innerhalb der Sendestunden vorgesehen, in denen diese Programmteile eingebaut werden sollen. In der redaktionellen Umsetzung gehe es darum, dass die vorgesehenen programmlichen Platzhalter für das regionale Programm beziehungsweise für das Wortprogramm redaktionell bearbeitet und erarbeitet und in das Programm eingefügt würden. In weiterer Folge werde dann mit Unterstützung der Administration kontrolliert, ob die Vorgaben eingehalten worden seien. Diese Kontrolle sei zweigliedrig gestaltet, zum einen werde das Programm in Bezug auf den Wortanteil stichprobenartig kontrolliert. Zum anderen werde aber auch die Planung überprüft und kontrolliert, ob diese noch den bescheidmäßigen Vorgaben entspreche.

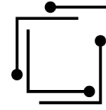
Diese Kontrollen fänden einmal im Monat statt. Die Maßnahmen hätten sich bewährt und die Privatrado ZUZ GmbH gehe auch davon aus, dass – sollte die Behörde nicht etwas anderes vorschreiben – diese Maßnahmen auch in Zukunft umgesetzt werden.

2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Mit rechtskräftigem Bescheid der KommAustria vom 29.11.2017, KOA 1.380/17-012, wurde der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH (nunmehr Privatrado ZUZ 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 für die Dauer von zehn Jahren die Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms für das Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ erteilt.

Das Hörfunkprogramm namens „Lounge FM“ umfasst ein größtenteils (90 %) eigengestaltetes 24-Stunden-Vollprogramm für die Kernzielgruppe der 20- bis 55-Jährigen. Das Musikprogramm setzt vor allem auf entspannende, sanfte Songs und Sounds mit künstlerischem Wert und ist in die Kategorien Easy Listening & Chillout (Kategorie 1), Smooth Jazz (Kategorie 2), Lounge und Crossover (Kategorie 3) eingeteilt, wobei die Kategorie 1 einen Anteil von 70 %, die Kategorie 2 einen Anteil von 20 % und die Kategorie 3 einen Anteil von 10 % des Musikprogramms ausmachen wird. Das Musikprogramm berücksichtigt in großem Umfang Musik von heimischen bzw. oberösterreichischen Künstlern. Das Wortprogramm umfasst neben Weltnachrichten und



nationalen Nachrichten zur vollen Stunde auch abwechselnd lokale Informations- und Servicesendungen zur halben Stunde. Thematisch umfassen diese unter anderem redaktionelle Rubriken, Lifestyle-News, Lokalnachrichten und Eventkalender. Sämtliche redaktionellen Beiträge haben Bezug zum Sendegebiet „Oberösterreich Mitte“. Lokale Nachrichten werden sechs Mal täglich gesendet. Der Wortanteil beträgt exklusive Werbung von Montag bis Freitag zwischen 06:00 und 18:00 Uhr 10 % bis 15 %, zwischen 18:00 und 22:00 Uhr 10 % und zwischen 22:00 und 06:00 Uhr 5 %. Am Wochenende liegt der Wortanteil exklusive Werbung in der Zeit von 06:00 bis 18:00 Uhr bei 5 % bis 10 %, und von 18:00 bis 06:00 Uhr bei 5 %. Live-Moderation soll insbesondere in der Morgensendung im Ausmaß von bis zu vier Stunden stattfinden.

Mit Erkenntnis vom 08.08.2022, W290 2122724-3/10E, welches den erstinstanzlichen Bescheid der KommAustria vom 02.06.2021, KOA 1.380/21-017, bestätigte, stellte das BVwG gemäß §§ 24, 25, 26 iVm §§ 28 Abs. 2 und 28a Abs. 1 Z 2 PrR-G fest, dass die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH (nunmehr Privatrado ZUZ GmbH) in der Zeit vom 22.10.2020 bis zum 01.12.2020 den Charakter des mit Bescheid der KommAustria vom 29.11.2017, KOA 1.380/17-012, genehmigten Hörfunkprogramms im Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, indem sie entgegen ihrer Zulassung ein Wortprogramm ausgestrahlt hat, das weitgehend einen deutlich geringeren Wortanteil als die im Zulassungsbescheid vorgesehenen 10 % bis 15 % exklusive Werbung von Montag bis Freitag zwischen 06:00 und 18:00 Uhr, von 10 % zwischen 18:00 und 22:00 Uhr und von 5 % zwischen 22:00 und 06:00 Uhr aufgewiesen und – abgesehen von Lokalnachrichten in geringem Umfang, Wetter und Veranstaltungskalender – im sonstigen Wortprogramm keine redaktionellen Inhalte enthalten hat, die in hohem Maß Bezug zum Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ hatten.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Privatrado ZUZ GmbH, zum zugelassenen Hörfunkprogramm für das Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ und zur rechtskräftig festgestellten Rechtsverletzung wegen grundlegender Programmänderung ergeben sich aus den zitierten Akten der KommAustria und dem zitierten Erkenntnis des BVwG.

4. Rechtliche Beurteilung

§ 28 PrR-G lautet auszugsweise:

„Verfahren zum Entzug und zur Untersagung

§ 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 08.08.2022, W290 2122724-3/10E, welches den erstinstanzlichen Bescheid der KommAustria vom 02.06.2021, KOA 1.380/21-017, bestätigte, festgestellt, dass die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH (nunmehr Privatrado ZUZ GmbH) in der Zeit vom 22.10.2020 bis zum 01.12.2020 den Charakter des mit Bescheid der KommAustria vom 29.11.2017, KOA 1.380/17-012, genehmigten Hörfunkprogramms im Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, indem sie entgegen ihrer Zulassung ein Wortprogramm ausgestrahlt hat, das weitgehend einen deutlich geringeren Wortanteil als die im Zulassungsbescheid vorgesehenen 10 % bis 15 % exklusive Werbung von Montag bis Freitag zwischen 06:00 und 18:00 Uhr, von 10 % zwischen 18:00 und 22:00 Uhr und von 5 % zwischen 22:00 und 06:00 Uhr aufgewiesen und – abgesehen von Lokalnachrichten in geringem Umfang, Wetter und Veranstaltungskalender – im sonstigen Wortprogramm keine redaktionellen Inhalte enthalten hat, die in hohem Maß Bezug zum Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ hatten.

Aufgrund der gemäß §§ 24, 25, 26 iVm §§ 28 Abs. 2 und 28a Abs. 1 Z 2 PrR-G festgestellten Rechtsverletzung hat die KommAustria daher im vorliegenden Verfahren gemäß § 28 Abs. 5 Z 1 PrR-G der Privatrado ZUZ 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 Privatrado ZUZ GmbH brachte in der mündlichen Verhandlung vom 29.11.2022 unter anderem vor, dass sie den rechtskonformen Zustand mit Dezember 2020 hergestellt habe.

Dazu ist festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des Bundeskommunikationssenates 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. BVwG 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 und entsprechende rechtliche Erwägungen zu der Frage zu treffen, ob die Privatradios ZUZ GmbH mit Anfang Dezember 2020 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 Halbsatz PrR-G vorgesehenen Berichtspflicht des Hörfunkveranstalters bezüglich der gemäß § 28 Abs. 5 Z 1 erster Halbsatz 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: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 1.380/23-006“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtzahlung“ 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 03. Februar 2023

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)