

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat I, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden und den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter gemäß § 2 Abs. 1 Z 6 und § 13 Abs. 3 Z 4 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 111/2010, wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Auf Grund der Beschwerde der Beschwerde der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. (FN 51810 t beim Handelsgericht Wien), Daumegasse 1, 1100 Wien, vom 06.10.2010 wird gemäß §§ 24, 25, 26 iVm §§ 28 Abs. 2 und 28a Abs. 1 Z 2 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, festgestellt, dass die **IQ - plus Medien GmbH** (FN 138817 v beim Landesgericht für ZRS Graz), vertreten durch Lansky, Ganzger + Partner Rechtsanwälte GmbH, Rotenturmstraße 29/9, 1010 Wien, 01.10.2010 bis 05.10.2010 den Charakter des mit Bescheid der KommAustria vom 02.04.2007, KOA 1.467/07-004, ergänzt durch den Bescheid des Bundeskommunikationssenates (BKS) vom 18.10.2007, GZ 611.119/0001-BKS/2007, genehmigten Programms (§ 3 Abs. 2 PrR-G) im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, indem sie ausschließlich ein Musikprogramm und – abgesehen von Werbung und Jingles – kein Wortprogramm ausgestrahlt hat.
2. Der **IQ – plus Medien GmbH** wird gemäß § 26 Abs. 2 PrR-G aufgetragen, den Spruchpunkt 1. binnen vier Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides im Rahmen des von der IQ-plus Medien GmbH im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ ausgestrahlten Hörfunkprogramms an einem Werktag (Montag bis Freitag) zwischen 07:00 und 12:00 Uhr sowie an einem weiteren Werktag zwischen 12:00 und 18:00 Uhr in folgender Weise durch Verlesung zu veröffentlichen:

„Die Kommunikationsbehörde Austria hat im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über Rundfunkveranstalter festgestellt, dass die IQ – plus Medien GmbH dadurch, dass sie im Zeitraum vom 01.10.2010 bis zum 05.10.2010 im Rahmen ihres Programmes „Radio Graz 94,2“ entgegen dem Zulassungsbescheid ausschließlich ein Musikprogramm und – abgesehen von Werbung und Jingles – kein Wortprogramm ausgestrahlt hat, gegen das Privatradiogesetz verstoßen hat.“

Der KommAustria sind gemäß § 22 Abs. 1 PrR-G unverzüglich Aufzeichnungen dieser Veröffentlichungen zum Nachweis der Erfüllung des Auftrages zur Veröffentlichung vorzulegen.

3. Der Antrag der **KRONEHIT Radio BetriebsgmbH.** vom 06.10.2010, ein Verfahren zum Entzug der Zulassung der IQ – plus Medien GmbH einzuleiten, wird gemäß § 28 Abs. 2 PrR-G als unzulässig zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Am 07.10.2010 langte bei der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) eine Beschwerde der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. (Beschwerdeführerin) gemäß § 25 Abs. 1 PrR-G vom 06.10.2010 betreffend das von der IQ – plus Medien GmbH (Beschwerdegegnerin) im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ verbreitete Hörfunkprogramm ein.

Am 07.10.2010 langte bei der KommAustria außerdem ein ergänzendes Schreiben der Beschwerdeführerin vom selben Tag zu ihrer Beschwerde ein.

Mit Schreiben vom 22.10.2010 übermittelte die KommAustria der Beschwerdegegnerin die Beschwerde und das ergänzende Schreiben und räumte ihr zugleich die Gelegenheit ein, binnen einer Frist von zwei Wochen zur Beschwerde Stellung zu nehmen. Darüber hinaus wurde die Beschwerdegegnerin aufgefordert, binnen drei Tagen ab Zustellung dieses Schreiben Aufzeichnungen ihres am 01.10. und 06.10.2010 im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ verbreitete Hörfunkprogramms sowie die Playlists dieser Sendetage zu übermitteln.

Mit Schreiben vom 02.11.2010 legte die Beschwerdegegnerin die angeforderten Aufzeichnungen – hinsichtlich des 01.10.2010 allerdings unvollständig – und Playlists vor.

Mit Schreiben vom 11.11.2010 nahm die Beschwerdegegnerin zur übermittelten Beschwerde Stellung. Mit Schreiben der KommAustria vom 16.11.2010 wurde der Beschwerdeführerin die Stellungnahme zur Kenntnis übermittelt.

Mit Schreiben vom 16.11.2010 forderte die KommAustria die Beschwerdegegnerin zu einer ergänzenden Stellungnahme auf.

Mit Schreiben vom 02.12.2011 kam die Beschwerdegegnerin der Aufforderung nach. Dieses Schreiben wurde der Beschwerdeführerin mit Schreiben der KommAustria vom 06.12.2010 zur Kenntnis übermittelt. Mit einem weiteren Schreiben der KommAustria vom selben Tag wurde die Beschwerdegegnerin zu weiteren Klarstellungen aufgefordert.

Mit Schreiben vom 09.12.2010 nahm die Beschwerdeführerin erneut Stellung. Mit Schreiben der KommAustria vom 13.12.2010 wurde der Beschwerdegegnerin diese Stellungnahme zur Kenntnis übermittelt.

Mit Schreiben vom 10.12.2011 kam die Beschwerdegegnerin der Aufforderung der KommAustria vom 06.12.2010 nach. Dieses Schreiben wurde der Beschwerdeführerin mit Schreiben der KommAustria vom 13.12.2010 zur Kenntnis übermittelt.

Mit Schreiben vom 15.12.2010 nahm die Beschwerdeführerin ein weiteres Mal Stellung. Mit Schreiben der KommAustria vom 17.12.2010 wurde der Beschwerdegegnerin diese Stellungnahme zur Kenntnis übermittelt.

Mit Schreiben der KommAustria vom 08.02.2011 wurde die Beschwerdegegnerin unter Bezugnahme auf den Bescheid des BKS vom 26.01.2011, GZ 611.119/0001-BKS/2011, in welchem über eine weitere Beschwerde bezüglich des im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ ausgestrahlten Programms entschieden und unter anderem eine Rechtsverletzung der Beschwerdegegnerin festgestellt wurde, zur Stellungnahme und zur Vorlage weiterer Aufzeichnungen und Playlists aufgefordert.

Mit Schreiben vom 16.02.2011 legte die Beschwerdegegnerin die geforderten Aufzeichnungen und Playlists vor.

Mit weiterem Schreiben vom 16.02.2011 brachte die Beschwerdegegnerin die geforderte Stellungnahme ein. Diese Stellungnahme wurde der Beschwerdeführerin mit Schreiben der KommAustria vom 22.02.2011 übermittelt. Die Beschwerdeführerin äußerte sich nicht dazu.

2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Beschwerdeführer und Beschwerdevorbringen

Die Beschwerdeführerin KRONEHIT Radio BetriebsgmbH., eine zu FN 51810 t beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien, ist auf Grund des rechtskräftigen Bescheides der KommAustria vom 06.12.2004, KOA 1.011/04-001, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung von bundesweitem privaten terrestrischen Hörfunk.

Die Beschwerdeführerin begehrt mit der vorliegenden, am 06.10.2010 an die KommAustria übermittelten und am 07.10.2010 bei dieser eingelangten Beschwerde die Feststellung, dass die Beschwerdegegnerin dadurch, dass sie seit 01.10.2010 im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ ein vom mit Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 18.10.2007, GZ 611.119/0001-BKS/2007, zugelassenen Programm grundlegend unterschiedliches Programm ohne Genehmigung der Regulierungsbehörde ausgestrahlt hat, eine Rechtsverletzung begangen hat. Zudem wird beantragt, die KommAustria möge ein Verfahren zum Entzug der Zulassung der Beschwerdegegnerin einleiten.

Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, seit 01.10.2010 laufe auf der verfahrensgegenständlichen Übertragungskapazität eine reine Musikscheife ohne jegliche Moderation, geschweige denn Talksendungen. Der Wortanteil betrage (exklusive Werbung) 0 %. Ein Mindestwortanteil von 25 % werde nicht erreicht und die vorgesehen tägliche dreistündige Talksendung mit Lokalbezug werde nicht ausgestrahlt, sodass eine grundlegende Programmänderung vorliege, für welche eine behördliche Genehmigung notwendig sei.

2.2. Zulassung der Beschwerdegegerin

Die IQ – plus Medien GmbH, eine zu FN 138817 v beim Landesgericht für ZRS Graz eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Graz, ist aufgrund des Bescheides des BKS vom 18.10.2007, GZ 611.119/0001-BKS/2007, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ ab 24.10.2007.

Mit (rechtskräftigem) Bescheid der KommAustria vom 07.09.2010, KOA 1.467/10-002, wurde gemäß § 22 Abs. 5 PrR-G festgestellt, dass auch nach Abtretung von 100 % der sich im Eigentum der Media Süd-Ost Beratungs- und Beteiligungsgesellschaft m.b.H. Nfg. & Co KG (FN 227220 y beim Landesgericht für ZRS Graz) befindlichen Anteile an der IQ – plus Medien GmbH an die N & C Privatrado Betriebs GmbH (FN 160655 h beim Handelsgericht Wien) weiterhin den Bestimmungen des § 5 Abs. 3 sowie der §§ 7 bis 9 PrR-G entsprochen wird.

Gemäß Spruchpunkt 1. des Bescheides der KommAustria vom 02.04.2007, KOA 1.467/07-004, für das Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ umfasst das genehmigte Programm *„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 oldieähnliches 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 Austropop 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.“*

Der erstinstanzliche Zulassungsbescheid enthält unter anderem auch folgende Auflage: *„Die Zulassung gemäß Spruchpunkt 1. wird gemäß § 3 Abs. 2 Privatradiogesetz unter der Auflage erteilt, dass Änderungen des Programmschemas, der Programmgestaltung und der Programmdauer der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) unverzüglich anzuzeigen sind.“*

Mit Bescheid des BKS vom 18.10.2007, GZ 611.119/0001-BKS/2007, wurde der Spruch des Bescheides der KommAustria vom 02.04.2007, KOA 1.467/07-004, nach dessen Spruchpunkt 1. insoweit ergänzt, als folgende Punkte angefügt wurden:

„1a.) Die Zulassung gemäß Spruchpunkt 1.) wird gemäß § 3 Abs. 2 zweiter Satz i.V.m. § 6 Abs. 1 PrR-G unter der Auflage erteilt, dass die stündlich gesendeten Welt- und Österreichnachrichten nicht von Unternehmen übernommen werden dürfen, deren erstellte Nachrichten bereits im Versorgungsgebiet empfangen werden können, insbesondere nicht von der KRONEHIT Radiobetriebs GmbH oder von einem mit dieser im Sinne von § 9 Abs. 4 PrR-G verbundenen Unternehmen und auch nicht von der Radio Content Austria GmbH oder einem mit dieser im Sinne von § 9 Abs. 4 PrR-G verbundenen Unternehmen.

1b.) Die Zulassung gemäß Spruchpunkt 1.) wird gemäß § 3 Abs. 2 zweiter Satz i.V.m. § 6 Abs. 1 PrR-G unter der weiteren Auflage erteilt, dass das Programm jedenfalls in der Zeit von 6 Uhr bis 19 Uhr im Wochendurchschnitt einen Wortanteil von zumindest 25% aufweist.

1c.) Die Zulassung gemäß Spruchpunkt 1.) wird gemäß § 3 Abs. 2 zweiter Satz i.V.m. § 6 Abs. 1 PrR-G unter der weiteren Auflage erteilt, dass das Programm täglich von Montag bis Freitag am Nachmittag eine auf die Alterszielgruppe 35+ ausgerichtete dreistündige Sendung, in der lokale Grazer Themen oder überregional bedeutende Themen unter Einbindung der lokalen Bevölkerung behandelt werden, beinhaltet. Eine Unterschreitung der

sich daraus ergebenden wöchentlichen Gesamtdauer von 15 Stunden ist im Wochendurchschnitt bis zu einem Ausmaß von maximal 20 % zulässig.“

Die Begründung des zitierten Bescheides des BKS enthält folgende Erwägungen:

„Zu Spruchpunkt II:

[...] Ähnliche Überlegungen sind hinsichtlich des von der Berufungsgegnerin selbst (vgl. ihren Antrag auf Seite 19) als „relativ hoch“ hervorgehobenen Wortanteils anzustellen. Der Begründung des Bescheids ist zu entnehmen, dass diese Tatsache (vgl. die Begründung auf Seite 81) einen entscheidenden Aspekt gebildet hat und zwar auch im Vergleich zur Berufungswerberin Medienprojekte und Beteiligung GmbH, deren Wortanteil im Programm sich durchschnittlich nur auf 20% beläuft (vgl. Seite 38 des Bescheids). Da die Berufungsgegnerin von „rund ein Drittel (...) aus Wortelementen“ (bei zwei Dritteln Musik) ausgeht, konnte der Bundeskommunikationssenat bei der Festlegung der Auflage von zumindest 25% ausgehen, wobei die Ermöglichung einer Wochen-Durchschnittsbetrachtung der Berufungsgegnerin eine gewisse Flexibilität ermöglicht.

Schließlich zeigt die Begründung der Auswahlentscheidung, dass die KommAustria auch dem Umstand zentrale Bedeutung zugemessen hat, dass die Berufungsgegnerin als Einzige angegeben hat, eine dreistündige Talksendung veranstalten zu wollen, „in der Hörer aus Graz zu Wort kommen“ und die sich unterschiedlichen lokalen aber auch überregional bedeutenden Themen widmen soll. Dieses unter den verbliebenen Antragstellern einzigartige Angebot, das nach der Begründung der KommAustria (vgl. Seite 81) mitentscheidend war, war daher nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates ebenfalls in Form einer Auflage über eine „Sendung unter Einbindung der lokalen Bevölkerung“ aufzutragen (vgl. dazu auch Seiten 21 und 26 des Antrags über die jeweiligen Einstiege). Die Unterschreitungsmöglichkeit (im Wochendurchschnitt 20% – dh. maximal 3 Stunden pro Woche weniger) soll ebenfalls die Flexibilität der Programmgestaltung gewährleisten. Damit kann die Berufungsgegnerin selbst entscheiden, ob sie die Sendung an einem oder mehreren Tag kürzer ausfallen lässt, solange die Talksendung von Montag bis Freitag ausgestrahlt wird und die Gesamtdauer aller dieser Sendungen jedenfalls nicht unter 12 Stunden fällt. D.h. dass auch kürzere Sendungen möglich sind, solange in einer wöchentlichen Gesamtbetrachtung die dann noch auf 12 Stunden fehlenden Programmminuten an einem oder mehreren anderen Tagen nachgeholt werden. Eine längere Dauer als drei Stunden täglich ist andererseits in keiner Weise ausgeschlossen.“

Am 02.02.2008 nahm die Beschwerdegegnerin den Sendebetrieb im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ auf.

2.3. Antrag auf Erteilung einer Zulassung im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“

Am 24.01.2006 wurde von der KommAustria die Übertragungskapazität „GRAZ 8 (Eisenberg) 94,2 MHz“ ausgeschrieben. Die Ausschreibungsfrist endete am 27.03.2006 um 13:00 Uhr. Mit am 27.03.2006 bei der KommAustria eingebrachtem Schreiben vom selben Tag beantragte die Beschwerdegegnerin die Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk für die Dauer von zehn Jahren und Zuordnung der ausgeschriebenen Übertragungskapazität.

Unter dem Titel „Programm“ enthält der Antrag der Beschwerdegegnerin auf Seite 18 insbesondere auch folgende wörtliche Ausführungen:

„Ganz generell handelt es sich um ein Programm, das speziell für die Zielgruppe 35+ produziert und gestaltet wird. Das angestrebte Durchschnittsalter der Hörer beträgt ca. 45 Jahre. [...] Es handelt sich um ein klassisches Vollprogramm mit Musik, Nachrichten, Moderation und Service mit starkem lokalem Graz-Bezug.“

Aus dem Antrag ergibt sich weiters (Seiten 18f), dass das geplante Musikprogramm im englischsprachigen Raum als „Vintage-Format“ bezeichnet und der Claim „Das Beste aus den

guten Jahrgängen“ lauten wird. Es ist ein oldieähnliches Format. Es werden überwiegend Titel aus den 60er, 70er und 80er Jahren gespielt mit einem Schwerpunkt auf österreichisch-deutscher Musik, d.h. Titel lokaler steirischer Stars werden mit deutschen Titeln, Titeln aus der Musikrichtung Austropop und mit englischsprachigen Titeln und Oldies kombiniert. Weiters sollen italienische und französische Titel sowie ruhige Instrumentalmusik gespielt werden.

Zudem finden sich im Antrag (Seite 19) folgende wörtlichen Ausführungen:

„In den Abendstunden ist geplant, Spezi­alsendungen mit nostalgischer Musik aus den 30er und 40er Jahren zu spielen, um die Hörer des bisherigen Formats RADIO NOSTALGIE weiterhin zu bedienen (Schellack-Musik).

Der Wortanteil des Senders wird durch eine tägliche dreistündige Talkshow dominiert, in der die Hörer in Graz zu Wort kommen können (,Phone In-Sendung’).

Der Wortanteil des Programms ist – abgestimmt auf die Bedürfnisse der Zielgruppe – relativ hoch. In der Kernzeit zwischen 6.00 – 19.00 Uhr wird rund ein Drittel des Programms (inkl. Werbung) aus Wortelementen bestehen, zwei Drittel aus Musik.“

Zur geplanten Sendung mit Schellack-Musik wird auf Seite 22 des Antrages näher ausgeführt, dass diese von Montag bis Donnerstag von 20:00 bis 23:00 Uhr ausgestrahlt werden soll.

2.4. Tatsächlich gesendetes Programm der Beschwerdegegnerin

Von 01.10.2010 bis 05.10.2010 hat die Beschwerdegegnerin im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz – abgesehen von Jingles und Werbung – lediglich ein Musikprogramm gesendet.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Zulassung der Beschwerdeführerin ergeben sich aus dem zitierten Zulassungsbescheid.

Die Feststellungen zum Begehren der Beschwerdeführerin sowie zu ihrem wesentlichen Vorbringen ergeben sich aus der Beschwerde vom 06.10.2010 in Verbindung mit den Angaben in der Gegenäußerung vom 09.12.2010.

Die Feststellungen zur Zulassung, insbesondere zum zugelassenen Programm, der Beschwerdegegnerin ergeben sich aus den zitierten Bescheiden der KommAustria und des BKS. Die Feststellungen zur Aufnahme des Sendebetriebs im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ beruhen auf der entsprechenden Mitteilung der Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 08.02.2008.

Die Feststellungen zur gesellschaftsrechtlichen Struktur der Beschwerdegegnerin ergeben sich aus dem offenen Firmenbuch. Insbesondere beruhen die Feststellungen dahingehend, dass auch nach Abtretung von 100 % der Anteile an der Beschwerdegegnerin an die N & C Privatradio Betriebs GmbH weiterhin den Bestimmungen des § 5 Abs. 3 sowie den §§ 7 bis 9 PrR-G entsprochen wird, auf dem zitierten Bescheid der KommAustria vom 07.09.2010.

Die Feststellungen zum Antrag der Beschwerdegegnerin auf Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ vom 27.03.2006 beruhen auf den Angaben im Antrag.

Die Feststellungen zum tatsächlich gesendeten Programm beruhen im Wesentlichen auf dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, welchem die Beschwerdegegnerin nicht widersprochen hat. Vielmehr hat diese in Ihrem Schreiben vom 11.11.2010 eingestanden, dass

jedenfalls von 01.10.2010 bis 05.10.2010 kein dem Zulassungsbescheid entsprechendes Programm gesendet wurde. Darüber hinaus ergeben sich die Feststellungen zum tatsächlich gesendeten Programm der Beschwerdegegnerin aus der von der Beschwerdegegnerin vorgelegten Playlist vom 01.10.2010 sowie den vorgelegten Aufzeichnungen der Beschwerdegegnerin, in welche die KommAustria Einsicht genommen hat.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde

Gemäß § 24 PrR-G obliegt die Rechtsaufsicht über die Hörfunkveranstalter im Sinne dieses Bundesgesetzes der Regulierungsbehörde. Gemäß § 31 Abs. 2 PrR-G werden die Aufgaben der Regulierungsbehörde nach diesem Bundesgesetz von der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) wahrgenommen.

4.2. Beschwerdevoraussetzungen

Die §§ 25 und 26 PrR-G lauten:

„Beschwerden

§ 25. (1) Die Regulierungsbehörde entscheidet über Verletzungen von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes von Amts wegen oder auf Grund von Beschwerden

- 1. einer Person, die durch diese Rechtsverletzung unmittelbar geschädigt zu sein behauptet;*
- 2. einer Person, die einen Hauptwohnsitz in dem Bundesland hat, für dessen Bereich dem in Beschwerde gezogenen Hörfunkveranstalter die Zulassung erteilt wurde und die vom Wahlrecht zum Landtag nicht ausgeschlossen ist, sofern eine solche Beschwerde von mindestens 100 derartigen Personen unterstützt wird; die Unterstützung ist durch eine Unterschriftenliste nachzuweisen, aus der die Identität der Person, die die Beschwerde unterstützt, festgestellt werden kann,*
- 3. eines Unternehmens, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch die behauptete Verletzung berührt werden.*

(2) Beschwerden sind innerhalb von sechs Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen.

(3) Die Entscheidung der Regulierungsbehörde besteht in der Feststellung, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung dieses Bundesgesetzes verletzt worden ist. Wird von der Regulierungsbehörde eine Verletzung dieses Bundesgesetzes festgestellt, die im Zeitpunkt der Feststellung noch andauert, so hat der Hörfunkveranstalter unverzüglich einen der Rechtsansicht der Regulierungsbehörde entsprechenden Zustand herzustellen.

Entscheidung

§ 26. (1) Die Regulierungsbehörde hat über Beschwerden ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber innerhalb von sechs Monaten, gerechnet vom Zeitpunkt des Einlangens der Beschwerde, zu entscheiden.

(2) Die Regulierungsbehörde kann auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung erkennen und dem Hörfunkveranstalter auftragen, wann und in welcher Form diese Veröffentlichung zu erfolgen hat.“

4.2.1. Rechtzeitigkeit der Beschwerde

Gemäß § 25 Abs. 2 PrR-G sind Beschwerden innerhalb von sechs Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen. Gemäß § 30 Abs. 2 PrR-G werden bei Beschwerden an die Regulierungsbehörde die Tage des Postenlaufs in die Frist nicht eingerechnet.

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin wurde am 06.10.2010 per Post an die Komm-Austria übermittelt und langte am 07.10.2010 bei dieser ein. Die behauptete und vom Beschwerdeantrag erfasste Rechtsverletzung umfasst – wie insbesondere auch aus der Gegenäußerung des Beschwerdeführers vom 09.12.2010 ausdrücklich hervorgeht – den Zeitraum 01.10.2010 bis zum 05.10.2010. Der Zeitraum fällt in die gemäß § 25 Abs. 2 PrR-G vorgesehene Frist, sodass die Beschwerde daher rechtzeitig ist.

4.2.2. Beschwerdelegitimation

Gemäß § 25 Abs. 1 Z 1 PrR-G entscheidet die Regulierungsbehörde über Verletzungen von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes von Amts wegen oder auf Grund von Beschwerden einer Person, die durch diese Rechtsverletzung unmittelbar geschädigt zu sein behauptet.

Die Beschwerdeführerin verweist – auch hinsichtlich ihrer Beschwerdelegitimation – auf Ihr Vorbringen in ihrer Beschwerde vom 12.08.2010 wegen des von der Beschwerdegegnerin im gegenständlichen Versorgungsgebiet ausgestrahlten Programms. In dieser hatte sie im Wesentlichen ausgeführt, dass sie als Inhaberin einer bundesweiten Zulassung mit Übertragungskapazitäten im verfahrensgegenständlichen Gebiet sowohl am Hörer- als auch am Werbemarkt Konkurrentin der Beschwerdegegnerin sei. Die Beschwerdeführerin hatte darauf verwiesen, dass die behauptete Programmänderung der Beschwerdegegnerin darauf abziele, das Programm für andere Zielgruppen attraktiver zu machen. Hierdurch sollten höhere Reichweiten und in weiterer Folge bessere Verkaufschancen am regionalen Werbemarkt erreicht werden, was wiederum die regionalen Werbeerlöse der Beschwerdeführerin unmittelbar beeinträchtigt.

§ 25 Abs. 1 Z 1 PrR-G entspricht inhaltlich dem bisherigen § 22 Abs. 1 Z 1 Regionalradiogesetz (RRG), der nach dem Vorbild des § 27 Abs. 1 Z 1 lit. a Rundfunkgesetz (RFG) geschaffen wurde. Zur Auslegung kann daher die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs und der Kommission zur Wahrung des Rundfunkgesetzes zu § 27 Abs. 1 Z 1 lit. a RFG herangezogen werden. So hat der Verfassungsgerichtshof in VfSlg. 13.512/1993 ausgesprochen, dass zur Beschwerdelegitimation die Behauptung (weder Nachweis noch Glaubhaftmachung) einer materiellen oder immateriellen Schädigung genügt, die zumindest im Bereich der Möglichkeit liegen muss (nicht von vornherein ausgeschlossen sein darf). Die Rechtsverletzung muss den Beschwerdeführer „unmittelbar“, d.h. (ihn) selbst schädigen. Die Schädigung ist nach dem Gesetzeswortlaut – auch des § 25 Abs. 1 Z 1 PrR-G – nicht auf den Kreis der in § 1330 Abs. 2 ABGB umschriebenen Rechtsgüter beschränkt; sie kann auch bloß immaterieller Natur sein. Die Schädigung muss aber unmittelbare Folge einer Verletzung des (Rundfunk-)Gesetzes sein (RFK 15.03.1989, RfR 1990, 49; vgl. BKS 13.11.2001, GZ 611.150/002-BKS/2001).

In einem Verfahren auf Genehmigung einer grundlegenden Änderung des Programmcharakters sind gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G verpflichtend jene Hörfunkveranstalter, deren Programme im Versorgungsgebiet des Antragstellers terrestrisch empfangbar sind, anzuhören. Das PrR-G geht daher bei grundlegenden Programmänderungen von einer potentiellen Beeinträchtigung der Konkurrenten aus und räumt diesen demgemäß ein Anhörungsrecht im Verfahren ein. Daher wäre es inkonsequent, „betroffenen“ Hörfunkveranstaltern im Sinne von § 28a Abs. 3 PrR-G in jenen Fällen die Beschwerdemöglichkeit zu verwehren, in denen möglicherweise eine grundlegende Programmänderung gemäß § 28a PrR-G ohne Antrag auf Genehmigung durch die Regulierungsbehörde durchgeführt wurde.

Aus den Beschwerdebehauptungen hat sich zumindest die Möglichkeit zu ergeben, dass sich die behauptete Verletzung des PrR-G auf das Vermögen oder auf die davon verschiedenen Interessen des Beschwerdeführers nachteilig auswirkt; dabei muss es sich um einen unmittelbaren Schaden handeln, der dem Beschwerdeführer selbst entstanden ist. Die vom Gesetz geforderte unmittelbare Schädigung kann nur eine solche sein, die die beschwerdeführende Person selbst und unmittelbar trifft (vgl. RFK 31.03.1989, 458/7-RFK/89, RfR 1991,

32 ua, jeweils zur im Wesentlichen gleichlautenden Bestimmung des § 27 Abs. 1 Z 1 lit. a RFG in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 83/2001).

Nach ständiger Spruchpraxis schon der Kommission zur Wahrung des Rundfunkgesetzes und nunmehr auch des BKS umfasst die „unmittelbare Schädigung“ im Sinne dieser Gesetzesbestimmung auch immaterielle Schäden. Eine Beschwerdelegitimation besteht hier dann, wenn der Schaden rechtliche Interessen betrifft, denen der Gesetzgeber Rechtsschutz zuerkennt (vgl. BKS 18.06.2007, GZ 611.960/0004-BKS/2007).

Der BKS geht in seiner Rechtsprechung weiters davon aus, dass es für die Zulässigkeit einer Beschwerde nach § 25 Abs. 1 Z 1 PrR-G ausreichend ist, wenn der Beschwerdeführer eine Rechtsverletzung durch die Beschwerdegegnerin behauptet und aufgrund des Beschwerdevorbringens eine unmittelbare Schädigung des Beschwerdeführers zumindest möglich ist (vgl. BKS 27.04.2009, GZ 611.110/0002-BKS/2009).

Vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtsprechung liegt es nach Auffassung der Regulierungsbehörde im Bereich der Möglichkeit, dass durch eine Programmänderung eine Erhöhung der Reichweiten und in weiterer Folge eine Verbesserung der Verkaufschancen am Werbemarkt bewirkt wird, wodurch wiederum die Werbeerlöse der Beschwerdeführerin unmittelbar beeinträchtigt werden; eine Beeinträchtigung, die bei rechtskonformem Verhalten der Konkurrentin nicht erfolgt wäre. Diese nachteiligen Auswirkungen auf die Werbeerlöse der Beschwerdeführerin sind geeignet, die Beschwerdeführerin unmittelbar zu schädigen, sodass im vorliegenden Fall deren Beschwerdelegitimation gemäß § 25 Abs. 1 Z 1 PrR-G gegeben ist.

4.3. Grundlegende Veränderung des Programmcharakters

§ 28 Abs. 2 PrR-G lautet:

„(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.“

§ 28a Abs. 1 PrRG lautet:

„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.“*

Die Gesetzesmaterialien (Begründung zum Initiativantrag 430/A BlgNR XXII. GP) führen dazu aus:

„Die grundlegende Änderung des Programmcharakters kann gemäß § 28 PrR-G zum Entzug der Zulassung führen. Zur Verbesserung der Rechts- und Planungssicherheit der Hörfunk-

veranstalter soll in § 28a eine demonstrative Aufzählung erfolgen, in welchen Fällen von einer grundlegenden Änderung des Programmcharakters auszugehen ist. Im Einzelnen ist dazu Folgendes festzuhalten:

Nicht bei jeder Änderung des Musikformats (etwa von AC zu Hot AC) liegt eine grundlegende Änderung des Programmcharakters vor; dies wird nur dann der Fall sein, wenn damit nicht nur eine graduelle Veränderung der angesprochenen Zielgruppe erfolgt, sondern ein „Austausch“ der Zielgruppe zu erwarten ist, etwa bei einem Umstieg von einem Alternative- oder CHR-Programm auf ein Oldie- und Schlagerradio oder umgekehrt.

Werden wesentliche Änderungen am Wortanteil oder am Anteil eigengestalteter Beiträge vorgenommen, die ebenfalls zu einer Neupositionierung des Programms führen, so kann auch von einer grundlegenden Änderung des Programmcharakters ausgegangen werden – dies wäre etwa der Fall, wenn von einem vorwiegend musikorientierten Programm mit nur wenigen kurzen Veranstaltungshinweisen auf ein „informationslastiges“, talk-orientiertes Programm umgestiegen wird.

Eine grundlegende Änderung des Programmcharakters wird bei einem Wechsel zwischen Sparten- und Vollprogramm vorliegen, ebenso bei einem Wechsel verschiedener Sparten (etwa der Wechsel von einem christlichen Spartenradio zu einem Sport- oder Talkradio).

Der Wechsel zwischen nicht kommerziellem und kommerziellem Programm wird in der Regel ebenfalls eine grundlegende Veränderung des Programmcharakters darstellen; freilich sind hier Mischformen vorstellbar, bei denen noch nicht von einer grundlegenden Änderung auszugehen sein wird. Auch der Wechsel zwischen verschiedenen Ausprägungen nicht-kommerzieller Radios kann eine grundlegende Änderung des Programmcharakters iSd Z 3 sein (etwa von einem religiösen zu einem Volksgruppen-Programm).“

Die Bestimmung des § 28a Abs. 1 PrR-G ergänzt die schon bisher bestehende Regelung des § 28 Abs. 2 PrR-G und gibt mittels einer beispielhaften Aufzählung Aufschluss darüber, wann eine grundlegende Änderung des Programmcharakters vorliegen kann. § 28a Abs. 1 PrR-G legt demonstrativ fest, bei welchen Änderungen des Programms von einer grundlegenden Programmänderung auszugehen ist. Dabei müssen die aufgezählten Änderungen des Programms nicht kumulativ vorliegen, sondern jede der in § 28a Abs. 1 PrR-G aufgezählten Programmänderungen stellt für sich eine grundlegende Programmänderung dar.

Die KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. bringt in ihrer Beschwerde vor, dass die Beschwerdegegnerin im gegenständlichen Zeitraum lediglich eine Musikschleife gesendet und somit weder den Wortanteil noch den Lokalbezug gemäß dem Zulassungsbescheid erfüllt habe. Die Beschwerde releviert somit, dass der Umfang des Wortanteils nicht dem Zulassungsbescheid entspricht.

Im seinem Bescheid vom 18.10.2007, BKS 611-119/001-BKS/2007, verfügte der BKS in Bescheidpunkt 1b. die Auflage, dass das Programm der Beschwerdegegnerin jedenfalls in der Zeit von 6 Uhr bis 19 Uhr im Wochendurchschnitt einen Wortanteil von zumindest 25% aufweist. In seiner Begründung wies der BKS darauf hin, dass diese Auflage deshalb erteilt wurde, weil der im Zulassungsantrag als „relativ hoch“ hervorgehobenen Wortanteil bei der Auswahlentscheidung „einen entscheidenden Aspekt gebildet“ habe.

Der BKS hat in seinem Bescheid vom 26.01.2011, GZ 611.119/0001-BKS/2011, betreffend eine frühere Beschwerde der Beschwerdeführerin wegen des von der Beschwerdegegnerin im gegenständlichen Versorgungsgebiet ausgestrahlten Programms im Wesentlichen ausgesprochen, dass die Beschwerdegegnerin dadurch, dass sie von der mit dem genannten Bescheid des BKS vom 18.10.2007 verfügten Auflage 1c. abgewichen ist und nicht tägliche von Montag bis Freitag am Nachmittag eine auf die Alterszielgruppe 35+ ausgerichtete mindestens dreistündige Sendung, in der lokale Grazer Themen oder überregional bedeutende Themen unter Einbindung der lokalen Bevölkerung behandelt werden, ausgestrahlt hat, den Charakter des mit dem Zulassungsbescheid genehmigten Programms grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zur verfügen und dadurch gegen § 28 Abs. 2 PrR-G verstoßen hat.

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, wurde im Zeitraum vom 01.10.2010 bis 05.10.2010 von der Beschwerdegegnerin im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ – abgesehen von Jingles und Werbungen ein reines Musikprogramm – gesendet.

Im vorliegenden Fall ist angesichts des Bescheides des BKS jedenfalls von einer wesentlichen Änderung des Programmes im Sinne des § 28 Abs. 2 auszugehen, da im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ebenfalls nicht gemäß dem Zulassungsantrag die einen wesentlichen Anteil des Wortprogrammes ausmachende dreistündige Talksendung (vgl. Auflage 1c. des Bescheides des BKS vom 18.10.2007) ausgestrahlt wurde. Im gegenständlichen Fall kommt verschärfend hinzu, dass der Umfang des Wortanteils im Verhältnis zur entsprechenden Festlegung im Zulassungsbescheid der Beschwerdegegnerin (vgl. Auflage 1b. des Bescheides des BKS vom 18.10.2007) massiv abgesenkt wurde, sodass – abgesehen von Jingles – eine redaktionelle Programmgestaltung vollkommen fehlt.

Da das Programm der Beschwerdegegnerin im verfahrensgegenständlichen Zeitraum somit eine grundlegende Änderung im Sinne von § 28 Abs. 2 iVm § 28a Abs. 1 Z. 2PrR-G erfahren hat, war spruchgemäß (vgl. Spruchpunkt 1 dieses Bescheids) zu entscheiden.

4.4. Veröffentlichung

Gemäß § 26 Abs. 2 PrR-G kann die Regulierungsbehörde auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung erkennen und dem Hörfunkveranstalter auftragen, wann und in welcher Form diese Veröffentlichung zu erfolgen hat. Die Bestimmung räumt der Behörde in der Frage der Veröffentlichung ihrer Entscheidungen Ermessen ein. Bei der Ausübung dieses Ermessens sind die in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu § 29 Abs. 4 Rundfunkgesetz entwickelten Gesichtspunkte (vgl. VfSlg. 12.497/1990) zu beachten (vgl. VwGH 14.11.2007, Zl. 2005/04/0180, mwN).

Aus dem genannten Erkenntnis VfSlg. 12.497/1990 ergibt sich, dass bei der Ausübung dieses Ermessens zu beachten ist, dass eine begangene Rechtsverletzung durch einen „contrarius actus“ des Rundfunkveranstalters nach Möglichkeit wieder ausgeglichen werden muss. In der Regel wird die angemessene Unterrichtung der Öffentlichkeit über eine verurteilende Entscheidung der Behörde stets erforderlich sein.

Hinsichtlich des Zeitpunktes der Veröffentlichung ist davon auszugehen, dass die Veröffentlichung als öffentlicher „contrarius actus“ zu einem vergleichbaren Zeitpunkt aufzutragen ist, um „tunlichst den gleichen Veröffentlichungswert“ zu erzielen. Dabei sind auch mehrfache Veröffentlichungen denkbar (vgl. *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze², 323).

In Hinblick auf die zitierte Rechtsprechung war die Veröffentlichung des Spruchpunktes 1. dieses Bescheides in der in Spruchpunkt 2. vorgesehenem Art und Weise zu verfügen. Die Wahl der Sendezeit der Veröffentlichungen ergibt sich ebenso wie der Auftrag der zweimaligen Veröffentlichung aus dem Umstand, dass die mit diesem Bescheid festgestellte Rechtsverletzung über einen längeren Zeitraum andauerte. Die Anordnung der Vorlage von Aufzeichnungen dient der Überprüfung der Erfüllung des Auftrags zur Veröffentlichung.

4.5. Zurückweisung des Antrags der Beschwerdeführerin auf Einleitung eines Verfahrens zum Entzug der Zulassung nach § 28 Abs. 2 PrR-G

§ 28 PrR-G lautet auszugsweise:

„Widerruf der Zulassung

§ 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.

...“

Die Beschwerdeführerin begehrt neben der Feststellung einer Rechtsverletzung auch die Einleitung eines Verfahrens zum Entzug der Zulassung gemäß § 28 Abs. 2 PrR-G.

Bereits aus dem Wortlaut des § 28 Abs. 1 PrR-G lässt sich jedoch ableiten, dass ein Verfahren zum Entzug einer Zulassung nur von Amts wegen durchgeführt werden kann und § 28 PrR-G daher keinen Anspruch Dritter auf die Einleitung eines solchen Verfahrens normiert (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze² (2008) 455). Soweit sich daher der Beschwerdeantrag darauf richtete, die KommAustria möge ein Verfahren zum Entzug der Zulassung einleiten, war dieser gemäß § 28 Abs. 2 als unzulässig zurückzuweisen (vgl. Spruchpunkt 3).

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der Partei dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten.

Wien, am 6. April 2011

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende:

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

1. IQ – plus Medien GmbH, z. Hd. Lansky, Ganzger + Partner Rechtsanwälte GmbH, Rotenturmstraße 29/9, 1010 Wien, **per RSb**
2. KRONEHIT Radio BetriebsgmbH., Daumegasse 1, 1100 Wien, **per RSb**