

# 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

Auf Grund der Beschwerde der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. (FN 51810 t beim Handelsgericht Wien), vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH, Mariahilferstraße 20, 1070 Wien, vom 25.08.2010 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 Ploil Krepp Boesch Rechtsanwälte GmbH, Stadiongasse 4, 1010 Wien, vom 13.08.2010 bis zum 25.08.2010 den Charakter des mit 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 abweichend von Auflage 1.c des Bescheids des BKS vom 18.10.2007, GZ 611.119/0001-BKS/2007, nicht täglich 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.

## II. Begründung

### 1. Gang des Verfahrens

Am 16.08.2010 langte bei der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) eine Beschwerde der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. (Beschwerdeführerin) gemäß § 25 Abs. 1 Z 1 PrR-G vom 12.08.2010 betreffend das von der IQ – plus Medien GmbH (Beschwerdegegnerin) im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ verbreitete Hörfunkprogramm ein.

Die KommAustria übermittelte der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 17.08.2010 einen Mängelbehebungsauftrag, dem die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 25.08.2010 fristgerecht nachkam.

Mit Schreiben vom 17.08.2010 übermittelte die KommAustria der Beschwerdegegnerin die Beschwerde vom 16.08.2010 und räumte ihr zugleich die Gelegenheit ein, binnen einer Frist von zwei Wochen zur Beschwerde Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben der KommAustria vom 26.08.2010 wurde die Beschwerdegegnerin darüber informiert, dass in der gegenständlichen Beschwerdesache voraussichtlich am 13.09.2010 eine öffentliche mündliche Verhandlung anberaumt wird. Zudem wurde die Beschwerdegegnerin um Bekanntgabe jener Personen ersucht, die für das Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ die redaktionelle Leitung wahrnehmen.

Mit Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 26.08.2010 brachte die Beschwerdegegnerin einen Fristerstreckungsantrag zur Erstattung einer Stellungnahme zur Beschwerde vom 12.08.2010 ein. Mit Verfahrensordnung vom 30.08.2010, KOA 1.460/10-015, wurde der Antrag der Beschwerdegegnerin auf Erstreckung der Frist zur Stellungnahme bis 13.09.2010 abgewiesen.

Mit Schreiben der KommAustria vom 27.08.2010 wurde der Beschwerdegegnerin die Mängelbehebung der Beschwerdeführerin vom 25.08.2010 übermittelt.

Am 27.08.2010 langte bei der KommAustria eine weitere Mitteilung der Beschwerdeführerin ein, die der Beschwerdegegnerin mit Schreiben der KommAustria vom 03.09.2010 übermittelt wurde.

Mit Schreiben vom 07.09.2010 nahm die Beschwerdegegnerin zur übermittelten Beschwerde Stellung. Mit Schreiben der KommAustria vom 08.09.2010 wurde der Beschwerdeführerin die Stellungnahme übermittelt.

Die Beschwerdeführerin übermittelte am 10.09.2010 eine Gegenäußerung, welche der Beschwerdegegnerin am selben Tag zugestellt wurde.

Am 13.09.2010 fand vor der KommAustria eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, zu der die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin sowie als Zeuge Martin Cvetko, ein Mitarbeiter der Beschwerdeführerin, ordnungsgemäß mit Schreiben der KommAustria vom 30.08.2010 geladen wurden. Der als Zeuge geladene Martin Cvetko erschien entschuldigt nicht zur Verhandlung.

Mit Schreiben der KommAustria vom 14.09.2010 wurde den Parteien die Übertragung des Tonbandprotokolls der mündlichen Verhandlung vom 13.09.2010 mit dem Hinweis zugestellt, dass gemäß § 14 Abs. 7 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) Einwendungen wegen behaupteter Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Übertragung des Tonbandprotokolls binnen zwei Wochen ab Zustellung erfolgen können. Es langten keine Einwendungen der Parteien ein.

Mit Schreiben vom 20.09.2010 legte die Beschwerdegegnerin eine Aufzeichnung der Talksendung vom 06.09.2010 vor, welche der Beschwerdeführerin mit Schreiben der KommAustria vom 23.09.2010 übermittelt wurde.

Mit Bescheid der KommAustria vom 27.09.2010, KOA 1.467/10-017, wurde die Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 12.08.2010 dahingehend, dass die Beschwerdegegnerin als Hörfunkveranstalterin im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ ab Aufnahme des Sendebetriebs am 02.02.2008 – in eventu seit 04.05.2009, in eventu seit 16.06.2010 – bis zum

25.08.2010 und laufend – in eventu bis zum Tag der Entscheidung der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) den Charakter des von ihr im Antrag auf Zulassung dargestellten und in der Zulassung genehmigten Programms (§ 3 Abs. 2) grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, und dadurch § 28 Abs. 2 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, verletzt hat, für den Zeitraum vom 02.02.2008 bis zum 30.06.2010 sowie vom 13.08.2010 bis zum Tag der Entscheidung der KommAustria gemäß § 25 Abs. 2 PrR-G als unzulässig zurückgewiesen. (Spruchpunkt 1.). Weiters wurde die Beschwerde der Beschwerdeführerin dahingehend, dass die Beschwerdegegnerin als Hörfunkveranstalterin im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ von 01.07.2010 bis 12.08.2010 den Charakter des von ihr im Antrag auf Zulassung dargestellten und in der Zulassung genehmigten Programms (§ 3 Abs. 2) grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, und dadurch § 28 Abs. 2 PrR-G verletzt hat, wird gemäß § 24, 25, 26 iVm § 28 Abs. 2 und § 28a Abs. 1 Z 1 und 2 PrR-G als unbegründet abgewiesen (Spruchpunkt 2.). Darüber hinaus wurde der Antrag der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin den Auftrag zu erteilen, den rechtmäßigen Zustand binnen einer zu setzenden Frist herzustellen, wird gemäß § 28 Abs. 4 PrR-G als unzulässig zurückgewiesen (Spruchpunkt 3.).

Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 06.10.2010 fristgerecht Berufung.

Mit Bescheid des BKS vom 26.01.2011, GZ 611.119/0001-BKS/2011, wurde im Wesentlichen die Berufung der Beschwerdeführerin - soweit sie sich auf die durch Spruchpunkt 1. des erstinstanzlichen Bescheids erfolgte Zurückweisung der Beschwerde hinsichtlich der Zeiträume vor dem 1.7.2010 und nach dem 25.8.2010 bezog - gemäß § 66 Abs 4 iVm § 25 PrR-G idF BGBl. I Nr. 50/2010 abgewiesen (Spruchpunkt 1.1 des Bescheids des BKS). Der Berufung wurde - soweit sie sich auf die Zurückweisung der Beschwerde hinsichtlich des Zeitraums vom 13.8.2010 bis 25.8.2010 bezog - gemäß § 66 Abs. 4 iVm § 25 PrR-G idF BGBl. I Nr. 50/2010 stattgegeben und der erstinstanzliche Bescheid, insoweit er sich in seinem Spruchpunkt 1. auf diesen Zeitraum bezieht, aufgehoben (Spruchpunkt 1.2 des Bescheids des BKS). Der Berufung wurde - soweit sie sich auf Spruchpunkt 2. des erstinstanzlichen Bescheids im Hinblick auf eine Abweichung von der mit Bescheid des BKS vom 18.10.2007, 611.119/0001-BKS/2007 verfügten Auflage 1.c bezog - gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 26, § 28 Abs. 2 und § 28a Abs. 1 PrR-G idF BGBl. I Nr. 50/2010 stattgegeben und gemäß § 26 Abs. 1 PrR-G festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin, indem sie von 01.07.2010 bis 12.08.2010 den Charakter des mit Bescheid der KommAustria vom 2.4.2007, KOA 1.467/07-004, ergänzt durch den Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 18. Oktober 2007, GZ 611.119/0001-BKS/2007 genehmigten Programms grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, gegen § 28 Abs. 2 PrR-G verstoßen hat (Spruchpunkt 2.1 des Bescheids des BKS). Im Übrigen wurde die Berufung gegen Spruchpunkt 2. des erstinstanzlichen Bescheids gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 28 Abs. 2 und § 28a Abs. 1 PrR-G abgewiesen (Spruchpunkt 2.2 des Bescheids des BKS).

Mit Schreiben der KommAustria vom 08.02.2011 wurde die Beschwerdegegnerin unter Bezugnahme auf den Berufungsbescheid zur Stellungnahme und zur Vorlage von Aufzeichnungen ihres am 14.08.2010 und am 20.08.2010 von 00:00 bis 24:00 Uhr im gegenständlichen Versorgungsgebiet ausgestrahlten Programms aufgefordert. Die angeforderten Aufzeichnungen wurden mit Schreiben vom 16.02.2011 vorgelegt; eine Stellungnahme der Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren erfolgte nicht.

## **2. Sachverhalt**

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

## 2.1. Beschwerdeführerin und Beschwerdevorbringen

Die Beschwerdeführerin KRONEHIT Radio BetriebsgmbH., eine zu FN 51810t 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 beehrte in ihrer Beschwerde vom 12.08.2010 zunächst die Feststellung, dass die Beschwerdegegnerin dadurch, dass sie seit Aufnahme ihres Sendebetriebs bis zum 16.07.2010 ein vom mit Bescheid des BKS 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, dass der IQ – plus Medien GmbH der Auftrag erteilt wird, den rechtmäßigen Zustand binnen einer zu setzenden Frist herzustellen.

In ihrer Mängelbehebung vom 25.08.2010 konkretisiert die Beschwerdeführerin ihr Vorbringen dahingehend, dass sie nunmehr die Feststellung beantragt, dass die Beschwerdegegnerin dadurch, dass sie ab Aufnahme des Sendebetriebs – in eventu seit 04.05.2009, in eventu seit 16.06.2010 – bis zum 25.08.2010 und laufend – in eventu bis zum Tag der Entscheidung der KommAustria – im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ im Verhältnis zu dem mit Bescheid des BKS vom 18.10.2007, GZ 611.119/0001-BKS/2007, zugelassenen Programm ein grundlegend unterschiedliches Programm ohne Genehmigung der Regulierungsbehörde ausgestrahlt hat, eine Rechtsverletzung begangen hat.

Die Beschwerdeführerin stützt ihr Vorbringen im Wesentlichen auf drei Punkte und führt dazu aus, dass zum einen der Wortanteil mit durchschnittlich 18% weit unter dem im Bescheid des BKS vom 18.10.2007, GZ 611.119/0001-BKS/2007, ausdrücklich als Auflage definierten Anteil von „mindestens 25%“ gehalten wird. Zum anderen wird vorgebracht, dass die Auflage im Zulassungsbescheid, zur Herstellung des Lokalbezuges werktags täglich eine auf die Alterszielgruppe 35+ ausgerichtete, mindestens dreistündige Sendung auszustrahlen, in der lokale Grazer Themen oder überregional bedeutende Themen unter Einbindung der lokalen Bevölkerung behandelt werden, nicht erfüllt wird. Schließlich wird darauf verwiesen, dass ein vom zugelassenen Musikformat („Vintage-Format“) grundlegend unterschiedliches, im Wesentlichen einem ganz normalen AC-Format entsprechendes Musikprogramm gesendet wird.

## 2.2. Zulassung der Beschwerdegegnerin

Die IQ – plus Medien GmbH, eine zu FN 138817v beim Landesgericht für ZRS Graz eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Graz, ist auf Grund 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.

Gemäß Spruchpunkt 1. des erstinstanzlichen 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.“*

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 mindestens 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 IQ – plus Medien GmbH 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 IQ – plus Medien GmbH die Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk für die Dauer von zehn Jahren und Zuordnung der ausgeschriebenene Übertragungskapazität.

Unter dem Titel „Programm“ enthält der Antrag der IQ – plus Medien GmbH 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. Beschwerde des Medienprojektvereins Steiermark vom 01.09.2010**

Mit rechtskräftigem Bescheid vom 06.04.2011, KOA 1.467/11-021, stellte die KommAustria auf Grund der Beschwerde des Medienprojektvereins Steiermark vom 01.09.2010 gemäß §§ 24, 25, 26 iVm §§ 28 Abs. 2 und 28a Abs. 1 Z 2 PrR-G fest, dass die Beschwerdegegnerin im Zeitraum vom 21.07.2010 bis zum 01.09.2010 den Charakter ihres 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 im Versorgungsgebiet "Graz 94,2 MHz" grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, indem sie abweichend von Auflage 1.c des Bescheid des BKS vom 18.10.2007, GZ 611.119/0001-BKS/2007, nicht täglich 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 (Spruchpunkt 1). Weiters wurde der Beschwerdegegnerin aufgetragen, den Spruchpunkt 1. hinsichtlich des Zeitraums vom 13.08.2010 bis zum 01.09.2010 binnen vier Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides im Rahmen des von der Beschwerdegegnerin im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ ausgestrahlten Hörfunkprogramms an zwei Werktagen (Montag bis Freitag) zwischen 15:00 und 18:00 Uhr Weise durch Verlesung zu veröffentlichen (Spruchpunkt 2.)

## 2.5. Tatsächlich gesendetes Programm der Beschwerdegegnerin

### 2.5.1. Wortprogramm

Die Beschwerdegegnerin sendete im verfahrensgegenständlichen Zeitraum im Versorgungsgebiet „Graz 94,2 MHz“ wochentags in der Zeit von 06:00 bis 08:00 Uhr eine Morgensendung. Die Sendung beinhaltete redaktionelle Servicemeldungen zu jeder Viertelstunde, welche Wetter, Verkehr und Nachrichten, insbesondere auch lokale und regionale Nachrichten, umfassten. Der Nachrichtenblock dauerte in der Regel 30 bis 90 Sekunden, die Wettermeldungen 20 bis 30 Sekunden; die Dauer des Verkehrsservices war abhängig vom Verkehrsaufkommen. Ein klassischer Veranstaltungskalender wurde nicht gesendet; eigene Veranstaltungen oder Veranstaltungen, die mit Partnern organisiert wurden, wurden jedoch redaktionell im Programm aufbereitet. Die Morgensendung in dieser Form wurde seit ca. Juni 2010 gesendet; sie war tendenziell mehr musik- und nicht so wortlastig und ohne klassische Moderation.

In der Zeit von 08:00 bis 12:00 Uhr wurde die Sendung „Kaffeepause“ ausgestrahlt, die Servicethemen und aktuellen Themen gewidmet war. Die Beschwerdegegnerin nutzte hierbei ihr mobiles Außenstudio für Live-Einstiege sowie um Passanten zu interviewen. Zudem waren Reporter unterwegs, um Berichte zu liefern. Im Rahmen dieser Sendung wurden auch Musiker empfangen, die ihre Platten präsentierten. Zu jeder vollen Stunde gab es Weltnachrichten mit Wetter und Verkehr und zu jeder halben Stunde Lokalnachrichten mit Wetter und Verkehr.

Diese beiden Nachrichtenblöcke wurden in der Zeit von 06:30 bis 17:30 Uhr gesendet, die Weltnachrichten überdies zur vollen Stunde bis 20:00 Uhr.

Ab 06.09.2010 wurde in der Zeit von 12:00 bis 15:00 Uhr die dreistündige Talksendung „Stadtgeflüster“ ausgestrahlt. Im Anschluss folgte bis 19:00 Uhr die Hörerbeteiligungssendung „Gut aufgelegt“, eine Musiksendung mit Hörerwünschen, in deren Rahmen die Wünsche via Anruf oder E-Mail abgegeben werden können.

Von 19:00 bis 06:00 Uhr wurde schließlich ein unmoderiertes Musikprogramm gesendet. In Ausnahmefälle, etwa bei wichtigen Sportereignissen oder Wahlen, wurde auch nach 19:00 Uhr noch Wortprogramm gebracht.

An einem typischen Sendetag im verfahrensgegenständlichen Zeitraum strahlte die Beschwerdegegnerin von 06:00 bis 19:00 Uhr Wortinhalte in folgendem Umfang aus:

Zeit	Wortanteil Programm (sec)	Wortanteil Werbung (sec)	Wortanteil gesamt (sec)
06:00 – 07:00	300	545	845
07:00 – 08:00	300	405	705
08:00 – 09:00	668	475	1143
09:00 – 10:00	747	345	1092
10:00 – 11:00	623	612	1235
11:00 – 12:00	660	425	1085
12:00 – 13:00	1488	596	2084
13:00 – 14:00	174	605	779

14:00 – 15:00	684	695	1379
15:00 – 16:00	772	495	1267
16:00 – 17:00	755	640	1395
17:00 – 18:00	768	579	1347
18:00 – 19:00	641	561	1202
Gesamt	8580	6978	15558

Im genannten Zeitraum wurden an einem typischen Sendetag sohin 8.580 sec Programminhalte und 6.978 sec Werbung, insgesamt sohin Wortanteile im Ausmaß von 15.558 sec gesendet. Insgesamt umfasst die Zeit von 06:00 bis 19:00 Uhr 46.800 sec (13 x 60 x 60). Vor diesem Hintergrund betrug – bezogen auf den Zeitraum von 06:00 bis 19:00 Uhr – demnach der Wortanteil Programm 18,33 %, der Wortanteil Werbung 14,91 % und der Wortanteil gesamt 33,24 %.

### 2.5.2. Musikprogramm

Bezogen auf das Musikprogramm wurden an einem typischen Sendetag in der Zeit von 06:00 bis 19:00 Uhr folgende Titel gespielt:

26,97 % 80er Jahre  
19,74 % aktuell  
18,42 % 70er Jahre  
14,47 % 60er Jahre  
13,16 % 90er Jahre  
7,24 % 00er Jahre

Hiervon wiederum:

6,58 % österreichische Titel (bzw. 4,61 % steirische Titel)  
4,61 % deutsche Titel

Der Anteil an Titeln aus den 60er, 70er und 80er Jahren betrug demnach 59,86 %, jener an deutschsprachigen und österreichischen Titeln 11,19 %.

Die im Zulassungsantrag beschriebene Sendung mit „Schellack-Musik“ wurde im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nicht ausgestrahlt.

### 2.5.3. Dreistündige Sendung mit Einbindung der lokalen Bevölkerung

Ab Aufnahme des Sendebetriebs im verfahrensgegenständlichen Gebiet bis zum Sommer 2009 wurde in der Zeit von 15:00 bis 18:00 Uhr die dreistündige Talksendung „Stadtgeflüster“ gesendet. Aufgrund wirtschaftlicher Überlegungen wurde die Sendung ab September 2009 auf eine Stunde verkürzt und in der Zeit von 12:00 bis 13:00 Uhr ausgestrahlt. Im Anschluss wurde bis 14:00 Uhr eine unmoderierte Musikschiene und schließlich von 14:00 bis 19:00 Uhr eine Musik(wunsch)sendung mit Hörerbeteiligung („Gut aufgelegt“) gesendet.

Im Rahmen dieser Hörerbeteiligungssendung wurde das in „Stadtgeflüster“ jeweils besprochene Talk-Thema in der Form weiterbehandelt, dass die Anrufer zum Tagesthema befragt wurden bzw. ihnen die Möglichkeit gegeben wurde, hierzu ein Statement abzugeben. Hierdurch wurden die Elemente Talk einerseits und Hörerbeteiligung im Rahmen der Musikwunschsendung andererseits kombiniert. Die Beschwerdegegnerin hat dazu eine Aufstellung der im August 2010 im Programm behandelten Talkthemen vorgelegt (zB „Grazer kaufen anders ein – Biolebensmittel vom Bauern“, „Hilfe, Amanda ist los! Reptilien & exotische Tiere“, „Fly away! Traumberuf Pilot“, „Steirisches Brunnenbauprojekt in Brasilien“).

Die Sendung „Gut aufgelegt“ wurde moderiert und es sollten ein bis zwei Hörerwünsche pro Stunde erfüllt werden.

Ab 06.09.2010 wurde die Talksendung „Stadtgeflüster“ wieder im Umfang von drei Stunden in der Zeit von 12:00 bis 15:00 ausgestrahlt. Im Anschluss folgte bis 19:00 Uhr die Hörerbeitilgungssendung „Gut aufgelegt“.

In diesem Zusammenhang wird weiters vorgebracht, dass das Programm seit Ende 2009 im Umfang von etwa bis 70 % der gesamten moderierten Sendezeit von einem mobilen Sendestudio gesendet wurde, das jeweils für eine bestimmte Dauer an verschiedenen Plätzen der Stadt Graz installiert wurde. Es wird darauf verwiesen, dass hierdurch die Möglichkeit bestanden habe, mit Passanten ins Gespräch zu kommen und mit ihnen das Talkthema zu erörtern, wodurch wiederum eine intensive Einbindung der lokalen Bevölkerung bewirkt worden sei. Mithilfe des mobilen Studios hat die Beschwerdegegnerin im Sommer 2010 acht Wochen aus Schwimmbädern in Graz gesendet. Zudem verfügt die Beschwerdegegnerin über ein fixes Studio in Graz.

### **3. Beweiswürdigung**

Die Feststellungen zur Zulassung und gesellschaftsrechtlichen Struktur der Beschwerdeführerin ergeben sich aus dem zitierten Zulassungsbescheid sowie aus dem offenen Firmenbuch. Die Feststellungen zum Begehren der Beschwerdeführerin sowie zu ihrem wesentlichen Vorbringen ergeben sich aus der Beschwerde vom 12.08.2010 in Verbindung mit den Angaben in der Mängelbehebung vom 25.08.2010.

Die Feststellungen zur Zulassung, insbesondere zum festgestellten Programm, der Beschwerdegegnerin ergeben sich aus den zitierten Bescheiden der KommAustria und des Bundeskommunikationssenates. 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 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 genannten Antrag.

Die Feststellungen zum Verfahren über die Beschwerde des Medienprojektvereins Steiermark vom 01.09.2010 ergeben sich aus dem rechtskräftigen Bescheid der KommAustria vom 06.04.2011, KOA 1.467/11-021.

Die Feststellungen zum tatsächlich gesendeten Programm der Beschwerdegegnerin ergeben sich gesamt gesehen aus den Angaben der Beschwerdegegnerin in der Stellungnahme vom 07.09.2010 und der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 13.09.2010, aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Beschwerde vom 12.08.2010, den Angaben in der Mängelbehebung vom 25.08.2010 und in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 13.09.2010 sowie den vorgelegten Aufzeichnungen der Beschwerdegegnerin, in welche die KommAustria Einsicht genommen hat. Weiters hat der BKS in der Begründung des im gegenständlichen Sache ergangenen Berufungsbescheids vom 26.01.2011, GZ 611.119/0001-BKS/2011, die von der KommAustria in dem im ersten Rechtsgang ergangenen Bescheid vom 27.09.2010, KOA 1.467/10-017, hinsichtlich des von der Beschwerdegegnerin gesendeten Programmes gemachten Feststellungen bestätigt. Mit Schreiben der KommAustria vom 08.02.2011 räumte die KommAustria der Beschwerdegegnerin unter Hinweis auf diesen Berufungsbescheid die Gelegenheit ein, bezüglich des Zeitraums 13.08.2010 bis 25.08.2010, insbesondere auch im Zusammenhang mit den im erstinstanzlichen Bescheid getroffenen Feststellungen hinsichtlich des ausgestrahlten Programmes, Stellung zu nehmen. Von dieser Möglichkeit machte die Beschwerdegegnerin keinen Gebrauch, sodass die entsprechenden Feststellungen unbestritten sind. Die KommAustria konnte daher davon ausgehen, dass der im gegenständlichen Verfahren maßgebliche Sachverhalt im Wesentlichen jenem entspricht, der dem Bescheid der KommAustria vom 27.09.2010, KOA 1.467/10-017, zu Grunde lag.

Im Einzelnen beruhen die Feststellungen zum Wortprogramm der Beschwerdegegnerin, insbesondere zu den einzelnen derzeit gesendeten Sendungen auf den Angaben der Beschwerdegegnerin in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 13.09.2010. Die Feststellungen zum Umfang an einem typische Sendetag in der Zeit von 06:00 bis 19:00 Uhr gesendeten Wortprogramms ergeben sich aus der im Rahmen der Beschwerde vom 12.08.2010 vorgelegten Detailanalyse der Beschwerdeführerin des von der Beschwerdegegnerin am 16.07.2010 ausgestrahlten Programms, welche von der Beschwerdegegnerin auch nicht bestritten wurde.

Gleichermaßen ergeben sich die Feststellungen zu den in der Zeit von 06:00 bis 19:00 Uhr im Programm der Beschwerdegegnerin gesendeten Musiktiteln aus der im Rahmen der Beschwerde vom 12.08.2010 vorgelegten Detailanalyse der Beschwerdeführerin. Die weiteren Feststellungen zum Musikprogramm der Beschwerdegegnerin beruhen auf der in der Mängelbehebung vom 25.08.2010 vorgelegten Auswertung der Beschwerdeführerin, welche die Beschwerdegegnerin wiederum nicht bestritten hat. Schließlich ergeben sich die Feststellungen zur „Schellack-Musik“ aus den Angaben der Beschwerdegegnerin in der Stellungnahme vom 07.09.2010 und der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 13.09.2010.

Die Feststellungen, wonach die Beschwerdegegnerin ab Aufnahme des Sendebetriebs bis zum Sommer 2009 eine dreistündige Talksendung ausgestrahlt hat, welche ab September 2009 auf eine Stunde verkürzt wurde und seit 06.09.2010 wiederum im Umfang von drei Stunden gesendet wird, beruhen auf den Angaben der Beschwerdegegnerin in der Stellungnahme vom 07.09.2010 in Verbindung mit den Angaben in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 13.09.2010 und der Vorlage einer Aufzeichnung der Talksendung vom 06.09.2010. Ebenso beruhen die Feststellungen zur Hörerbeteiligungssendung „Gut aufgelegt“ auf den Angaben der Beschwerdegegnerin in der Stellungnahme vom 07.09.2010 und der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 13.09.2010. Die Feststellungen zu den im August 2010 behandelten Talkthemen ergeben sich aus der entsprechenden Aufstellung der Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 07.09.2010.

Schließlich beruhen die Feststellungen zum mobilen und fixen Sendestudio der Beschwerdegegnerin auf den Angaben der Beschwerdegegnerin in der Stellungnahme vom 07.09.2010 und der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 13.09.2010.

## **4. Rechtliche Beurteilung**

### **4.1. Verfahrensgegenstand**

In Spruchpunkt 1.2 des Bescheides des BKS vom 26.01.2011, GZ 611.119/0001-BKS/2011, wurde der Berufung der Beschwerdeführerin - soweit sie sich auf die Zurückweisung ihrer Beschwerde hinsichtlich des Zeitraums vom 13.8.2010 bis 25.8.2010 bezieht - gemäß § 66 Abs. 4 iVm § 25 PrR-G idF BGBl. I Nr. 50/2010 stattgegeben und der erstinstanzliche Bescheid, insoweit er sich in seinem Spruchpunkt 1. auf diesen Zeitraum bezieht, aufgehoben. Begründend führte der BKS dazu im Wesentlichen aus, die Zurückweisung der Beschwerde in dem im ersten Rechtsgang ergangenen Bescheid der KommAustria für die Zeit vom 13.08.2010 bis zum 25.8.2010 sei zu Unrecht erfolgt: Zwar bestehe nach Auffassung des BKS im Verfahren vor der Regulierungsbehörde insoweit ein „Neuerungsverbot“, als die Beschwerde nach Ablauf der Frist des Abs 2 nicht nachträglich durch Nachreichen bislang unerwähnter Sachverhalte ausgeweitet werden dürfe. Die „Konkretisierung“ im Schriftsatz der Beschwerdeführerin vom 25.08.2010 hätte aber von der KommAustria im Ergebnis als weitere Beschwerde gewertet werden müssen. Sie sei im Hinblick auf den in Rede stehenden Zeitraum rechtzeitig und hätte daher nicht ohne weitere Prüfung zurückgewiesen werden dürfen. Der Bescheid der KommAustria sei daher gemäß Spruchpunkt 1.2. insoweit aufzuheben gewesen, sodass in einem weiteren Verfahren von der KommAustria die inhaltliche

Begründetheit des Vorbringens zu prüfen sei. Eine Entscheidung des BKS in der Sache selbst scheidet aus. Im Übrigen entschied der BKS über die Berufung in der Sache selbst.

Gegenstand des gegenständlichen fortgesetzten Verfahrens vor der KommAustria ist somit ausschließlich die Frage des Vorliegens einer Rechtsverletzung im Zeitraum vom 13.08.2010 bis 25.08.2010 auf Grund der nach dem Gesagten als neuerliche Beschwerde zu wertenden Mängelbehebungsschriftsatzes vom 25.08.2011.

#### **4.2. 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.

#### **4.3. Beschwerde Voraussetzungen**

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.“*

##### **4.3.1. 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.

Der BKS hat in seinem Bescheid vom 26.01.2011, GZ 611.119/0001-BKS/2011, ausgesprochen, dass die „Konkretisierung“ im Schriftsatz der Beschwerdeführerin vom 25.08.2010 als

weitere Beschwerde gewertet werden hätte müssen; sie sei im Hinblick auf den in Rede stehenden Zeitraum vom 13.08.2010 bis zum 25.8.2010 rechtzeitig und hätte daher nicht ohne weitere Prüfung zurückgewiesen werden dürfen.

Aus den Ausführungen des BKS ergibt sich somit, dass die mit Schriftsatz vom 25.08.2010 eingebrachte (neuerliche) Beschwerde hinsichtlich des noch verfahrensgegenständlichen Zeitraums vom 13.08.2010 bis zum 25.8.2010 rechtzeitig erfolgt ist.

#### **4.3.2. 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 führt dazu aus, sie sei als Inhaberin einer bundesweiten Zulassung mit Übertragungskapazitäten im verfahrensgegenständlichen Gebiet sowohl am Hörer- als auch am Werbemarkt Konkurrentin der Beschwerdegegnerin. Die Beschwerdeführerin verweist darauf, 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.

#### **4.4. 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 Hörfunkveranstalter 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.

Es ist zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin im verfahrensgegenständlichen Zeitraum den Charakter des von ihr im Antrag auf Zulassung dargestellten und in der Zulassung genehmigten Programms einerseits durch eine wesentliche Änderung des Musikformats, wenn damit ein weitgehender Wechsel der Zielgruppe zu erwarten ist (§ 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G), bzw. andererseits durch eine wesentliche Änderung des Umfangs oder Inhalts des Wortanteils oder des Anteils eigengestalteter Beiträge, die zu einer inhaltlichen Neupositionierung des Programms führt (§ 28a Abs. 1 Z 2 PrR-G), grundlegend verändert hat.

Der BKS hat in seinem im ersten Rechtsgang ergangenen Bescheid vom 26.01.2011, GZ 611.119/0001-BKS/2011, bezüglich des Zeitraums 01.07.2010 bis 12.08.2010 zur behaupteten grundlegenden Änderung des Musikformats ausgesprochen, nach den von der KommAustria vorgenommenen Detailanalysen des im verfahrensgegenständlichen Gebiet tatsächlich gesendeten Musikprogramms sei davon auszugehen, dass der Anteil an Musiktiteln aus den 60er, 70er und 80er Jahren am gesamten Musikprogramm jeweils rund 60% und der Anteil an aktueller und neuer Musik zwischen 10 und 20% betragen habe. Etwas mehr als 10% sei der tägliche Anteil an deutschsprachiger und österreichischer Musik (inkl. 2 bis 4% steirische Musik). Nach den Feststellungen der KommAustria habe die noch im Antrag dargestellte „Schellack-Musik“ hingegen „keinen Eingang in das Musikprogramm“ gefunden. Der BKS sei allerdings unter Berücksichtigung der Ergebnisse des damaligen Zulassungsverfahrens und insbesondere des entsprechenden Zulassungsbescheids der Auffassung, dass diese Musikstücke nicht als zentraler Bestandteil der Auswahlentscheidung anzusehen seien. Vielmehr seien sie nur als Ergänzung zur grundsätzlichen Ausrichtung des Programms im Bereich der Musik aus den 60er, 70er und 80er Jahren beurteilt worden. Die diesbezügliche „Adaptierung“ des Musikprogramms stelle daher (noch) keine wesentliche Änderung des Musikformats oder sonst eine grundlegende Abweichung vom Zulassungsbescheid dar, da das Musikprogramm ansonsten in seiner prinzipiellen im Zulassungsbescheid festgelegten Ausrichtung nicht verändert worden sei. Zu Recht habe die KommAustria als

ergänzendes Argument auch darauf verwiesen, dass nach den Materialien zu § 28a PrR-G nicht bei jeder Änderung des Musikformats (etwa von AC zu Hot AC) eine grundlegende Änderung des Programmcharakters vorliege, sondern dies nur dann der Fall sein wird, wenn damit nicht nur eine graduelle Veränderung der angesprochenen Zielgruppe erfolge, sondern ein „Austausch“ der Zielgruppe zu erwarten sei, etwa bei einem Umstieg von einem Alternative- oder CHR-Programm auf ein Oldie- und Schlagerradio oder umgekehrt. Eine vergleichbare „Neuausrichtung“ des Musikprogramms der Berufungsgegnerin im Sinne eines Austauschs der Zielgruppe werde mit dem Wegfall der geplanten Schellack-Musik hingegen nicht bewirkt. Der BKS sehe daher keine Veranlassung, von der Beurteilung der KommAustria, wonach weder im Hinblick auf den Entfall der Schellack-Musiksendung noch beim tatsächlich – entsprechend dem Zulassungsbescheid – ausgestrahlten „generellen“ Musikformat von einer grundlegenden Änderung auszugehen sei, abzuweichen.

Hinsichtlich des Umfangs des Wortanteils habe die KommAustria in ihrem angefochtenen Bescheid festgestellt, dass im Zulassungsverfahren weder im erstinstanzlichen Bescheid noch im Berufungsbescheid eine nähere Ausgestaltung hinsichtlich des Wortanteils vorgenommen worden sei. Daher sei als einziger Anhaltspunkt für die Beurteilung der verfahrensgegenständlichen Frage die im Zulassungsantrag vorzufindenden Angaben heranzuziehen. Nach dem Zulassungsantrag solle der Wortanteil in der Kernzeit zwischen 06:00 bis 19:00 Uhr rund ein Drittel des Programms **inklusive Werbung** betragen. Nach den Feststellungen der KommAustria habe der Wortanteil in der Zeit von 06:00 bis 19:00 Uhr 33,24% betragen; daher sei die Wertung der KommAustria, dass die Berufungswerberin damit *„genau im laut Zulassungsantrag geplanten Ausmaß des Wortprogramms und auch deutlich über dem vom Bundeskommunikationssenat festgeschriebenen Anteil von zumindest 25% Wortanteil im Programm“* liege, ebenso wenig zu beanstanden wie die darauf beruhende rechtliche Beurteilung, dass keine grundlegende Änderung des Programmcharakters vorliege.

Zur behaupteten grundlegenden Abweichung vom durch den Zulassungsbescheid festgelegten Inhalt („dreistündige Sendung zur Herstellung des Lokalbezugs“) führte der BKS aus, dass zentraler Ansatzpunkt für die Beurteilung, inwieweit die von der Berufungsgegnerin „ersatzweise“ ausgestrahlte Sendung dem durch den Bescheid des BKS vom 18.10.2007, GZ 611.119/0001-BKS/2007 ergänzten Zulassungsbescheid entspreche, das eigene Antragsvorbringen der Beschwerdegegnerin sei. Der BKS könne – gestützt auf die Feststellungen der KommAustria – nicht erkennen, dass das gegenüber der im Zulassungsantrag beschriebene dreistündige Talksendung, *„in der Hörer aus Graz zu Wort kommen“* und die sich unterschiedlichen lokalen aber auch überregional bedeutenden Themen widmen soll, *„ersatzweise“* ausgestrahlte Sendungsangebot dem von der Berufungswerberin selbst angebotenen mehrstündigen – von der Berufungsgegnerin selbst beschriebenen – klassischen *„Talkshow-Element“* entsprechen würde. Einzuräumen sei zwar, dass der von der KommAustria zur Beurteilung herangezogene beispielhafte Auszug an behandelten Talkthemen noch den Anforderungen der auf das Antragsvorbringen gestützten Auflage annähernd entspreche; allerdings sei davon auszugehen, dass dieses Angebot nur 5 Stunden pro Woche betragen habe, da die Sendung *„Stadtgeflüster“* auf eine Stunde pro Tag verkürzt worden sei. Schon die Reduktion des *„klassischen Talkshow-Elements“* auf nur mehr 5 Stunden (d.h. um 7 Stunden unter dem Minimum von 12 Stunden) stelle nach Auffassung des BKS eine wesentliche Änderung dar. Kürzere Sendungen seien zwar möglich, solange allerdings *„in einer wöchentlichen Gesamtbetrachtung die dann noch auf 12 Stunden fehlenden Programmminuten an einem oder mehreren anderen Tagen nachgeholt“* würden. Für den BKS sei aber nicht nachvollziehbar, dass die - nach „Zwischenschaltung“ einer einstündigen unmoderierten Musikschiene - ausgestrahlte Musikwunschsendung *„Gut aufgelegt“* auch nur ansatzweise der von der Berufungsgegnerin im Antrag dargestellten Sendung nahekommen würde. Die Beschwerdegegnerin habe das klassische Talkshowelement auf weniger als die Hälfte des in der Auflage vorgesehenen Ausmaßes reduziert, ohne dass die Sendung *„Gut aufgelegt“* als Ersatz für die fehlenden Talkshow-Stunden qualifiziert werden könnte. Zumal es die aus der Begründung des Bescheids des BKS im Zulassungsverfahren ersichtliche Zielrichtung der

erteilten Auflage war, die Zusage der Beschwerdegegnerin – weil sie im Vergleich zu den anderen Mitbewerbern „einzigartig“ war – abzusichern, genüge es daher nicht, eine in Form einer längeren Musikwunschsending ausgestaltete „Hörerbeteiligung bzw. die Ermöglichung einer Beteiligung durch die lokale Bevölkerung“ als Ersatz für die fehlenden Stunden eines Talkshow-Formats anzusehen. Dass diese Musikwunschsending insgesamt 25 Stunden pro Woche gedauert habe, könne folglich nicht zu Gunsten der Beschwerdegegnerin berücksichtigt bzw. ins Treffen geführt werden und vermöge auch nicht die verminderte Dichte an Anrufern in der Sendung „Gut aufgelegt“ aufzuwiegen. Der BKS gelange daher zusammenfassend zur Auffassung, dass das Wortprogramm der Beschwerdegegnerin durch die geschilderte Umgestaltung eine grundlegende Änderung im Sinne von § 28 Abs. 2 PrR-G erfahren habe und somit für den Zeitraum vom 01.07.2010 bis zum 12.08.2010 von einem Verstoß gegen § 28 Abs. 2 PrR-G auszugehen sei.

Der Sachverhalt im nunmehr verfahrensgegenständlichen Zeitraum vom 13.08.2010 bis zum 23.08.2010 ist gegenüber dem dem Ausspruch des BKS zu Grunde liegenden Zeitraum im Wesentlichen unverändert; somit ist für auch für diesen Zeitraum von keiner anderen rechtlichen Beurteilung auszugehen. Da im Sinne der zitierten Ausführungen des BKS das Wortprogramm der Beschwerdegegnerin durch die geschilderte Umgestaltung im Hinblick auf die Auflagen 1.c im Bescheid des BKS vom 18.10.2007, GZ 611.119/0001-BKS/2007, im verfahrensgegenständlichen Zeitraum eine grundlegende Änderung im Sinne von § 28 Abs. 2 PrR-G erfahren hat, war spruchgemäß zu entscheiden.

#### **4.5. Unterbleiben der 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 Rundfunkgesetze<sup>3</sup>, 556).

In Spruchpunkt 2. ihres Bescheides vom 06.04.2011, KOA 1.467/11-021, hat die KommAustria der Beschwerdegegnerin aufgetragen, den Spruchpunkt 1 dieses Bescheides (Feststellung, dass die Beschwerdegegnerin, in dem sie im Zeitraum vom 21.07.2010 bis zum 01.09.2010 den Charakter des ihr genehmigten Programms grundlegend geändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung der Regulierungsbehörde zu verfügen, gegen § 28 Abs. 2 PrR-G verstoßen hat) gemäß § 26 Abs. 2 PrR-G hinsichtlich des Zeitraums vom 13.08.2010 bis zum 01.09.2010 zu veröffentlichen. Gegenstand der Absprache des Bescheides vom 06.04.2011 war die Feststellung der selben Programmänderung wie im gegenständlichen Bescheid, wobei der nun verfahrensgegenständliche Zeitraum vollständig im Zeitraum liegt, über welchen im genannten Bescheid vom 06.04.2011 abgesprochen wurde. Hinsichtlich verfahrensgegenständlichen Zeitraums wurde der „contrarius actus“ schon im genannten Punkt 2 des Bescheides vom 06.04.2011 angeordnet, sodass „die angemessene Unterrich-

*tung der Öffentlichkeit über eine verurteilende Entscheidung“* diesbezüglich mehr nicht erforderlich ist. Es war daher im gegenständlichen Verfahren nicht mehr auf Veröffentlichung zu erkennen.

### III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien 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 13. Juli 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**