BUNDESKOMMUNIKATIONSSENAT

A-1014 Wien, Ballhausplatz 2
Tel. +43 (1) 531 15-4277
Fax +43 (1) 531 15-4285
e-mail: bks@bka.gv.at
www.bks.gv.at

GZ 611.077/0006-BKS/2007

B E S C H E I D

Der Bundeskommunikationssenat hat durch die stellvertretende Vorsitzende Dr. PRIMUS, die weiteren Mitglieder Dr. GITSCHTHALER, Dr. HOLOUBEK und Dr. KARASEK sowie das Ersatzmitglied Dr. GEISSLER über die Berufung der A. gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 28.06.2007, KOA 1.375/07-017, wie folgt entschieden:

Spruch:

Die Berufung der A. wird gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 28a Privatradiogesetz (PrR-G) BGBl. I. Nr. 20/2001 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 169/2004 als unbegründet abgewiesen und der bekämpfte Bescheid vollinhaltlich bestätigt.

Begründung:

Gang des Verfahrens und entscheidungswesentlicher Sachverhalt

Zum Gang des Verfahrens kann auf die Darstellungen der KommAustria (Seiten 1 bis 3) verwiesen werden. Dies gilt insbesondere auch für die Darstellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts (Seiten 3 bis 7) und die Ausführungen über die Beweiswürdigung.

Am 19.06.2006 langte bei der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) ein Antrag der A. vom selben Tag auf Feststellung nach § 28a Abs. 2 PrR-G ein, ob die von ihr geplante und im Antrag näher dargestellte Programmänderung (das Musikprogramm betreffend) eine grundlegende Änderung des Programmcharakters im Sinne des § 28a Abs. 1 PrR-G darstelle. Für den Fall, dass die KommAustria gemäß § 28a Abs. 2 PrR-G feststellen sollte, dass die von der Antragstellerin geplante Änderung des Musikprogramms eine grundlegende

Änderung des Programmcharakters darstelle, beantragte die A. die Genehmigung der geplanten Programmänderung.
Mit Bescheid vom 27.07.2006, KOA 1.375/06-009, stellte die KommAustria gemäß § 28a Abs. 2 PrR-G fest, dass es sich bei der beabsichtigten Änderung des Musikprogramms um eine grundlegende Änderung des Programmcharakters nach § 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G handelt. Hiergegen erhob die A. Berufung an den Bundeskommunikationssenat (BKS).
Zwischenzeitig (bis zur Entscheidung des BKS) setzte die KommAustria das in eventu beantragte Verfahren zur Genehmigung der grundlegenden Programmänderung mit Bescheid vom 22.08.2006, KOA 1.375/06-015, aus. Schließlich wies der BKS die Berufung gegen die Feststellung der KommAustria, dass eine grundlegende Programmänderung vorliege, mit Bescheid vom 20.12.2006, GZ 611.077/0001-BKS/2006, als unbegründet ab.
Die KommAustria setzte in weiterer Folge das Verfahren zur Genehmigung einer grundlegenden Programmänderung fort.

Mit dem oben genannten Bescheid hat nun die KommAustria den Antrag der A. auf Genehmigung einer grundlegenden Änderung ihres Hörfunkprogramms dergestalt, dass der Anteil deutschsprachiger Schlager sowie volkstümlicher Schlager erheblich reduziert und ein neuer Schwerpunkt auf den Bereich aktuelle Hits, Soft-Pop und Oldies gelegt werden soll, gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G, BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 169/2004, abgewiesen. Die KommAustria begründete dies im Wesentlichen damit, dass die Voraussetzung des § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G nicht vorliege, da die Antragstellerin nicht wenigstens zwei Jahre hindurch ein ihrem Zulassungsbescheid entsprechendes Programm ausgestrahlt habe sondern dies frühestens ab 10. April 2007 tue.

Gegen diesen Bescheid brachte die A. rechtzeitig Berufung ein und begründete diese im Wesentlichen damit, dass nach der Judikatur des VwGH bei der Auslegung von Gesetzen vornehmlich von deren Wortlaut auszugehen sei, welcher dann allein maßgeblich sei, wenn diese Methode bereits zu einem klaren Ergebnis führe. Für das Heranziehen der Gesetzesmaterialien bestehe kein Raum und es gelinge der Behörde auch mit den weiteren gesetzessystematischen Erwägungen nicht, ihr erzieltes Ergebnis zu belegen. Schließlich verbiete das Gebot der Auslegung nach dem geringsten Eingriff, Kriterien in den klaren Wortlaut „hineinzuinterpretieren“, die nicht von diesem erfasst seien. Die weiteren Ausführungen der KommAustria in der Begründung des Bescheids wie insbesondere auch über das nicht dem Zulassungsbescheid entsprechende Programm in der Zeit vor dem 10. April 2007 werden von der Berufungswerberin nicht bestritten, sondern sie tritt ausschließlich der Auslegung des § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G durch die KommAustria entgegen.

<u>Rechtlich folgt:</u>

Die im gegenständlichen Verfahren zu beurteilende Rechtsfrage besteht allein darin, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine grundlegende Änderung eines Programms im Sinne des § 28a PrR-G von der KommAustria genehmigt werden kann. Konkret geht es ausschließlich um die Frage, wie die gesetzliche Anforderung „seit mindestens zwei Jahren seinen Sendebetrieb ausgeübt hat“ zu verstehen ist.

§ 28a Abs. 3 PrR-G in den hier relevanten Teilen lautet:

„Eine grundlegende Änderung des Programmcharakters ist von der Regulierungsbehörde auf Antrag des Hörfunkveranstalters […] zu genehmigen, wenn

1. ***der Hörfunkveranstalter seit mindestens zwei Jahren seinen Sendebetrieb ausgeübt hat und***
2. ***durch die beabsichtigte Änderung keine schwerwiegenden nachteiligen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation, die Wirtschaftlichkeit bestehender Hörfunkveranstalter im Versorgungsgebiet sowie die Angebotsvielfalt für die Hörer zu erwarten sind.***

Bei der Entscheidung ist zu berücksichtigen, inwieweit sich für die Tätigkeit des Hörfunkveranstalters maßgebliche Umstände seit der Erteilung der Zulassung ohne dessen Zutun geändert haben. […]“

Der Bundeskommunikationssenat schließt sich der Auffassung der Berufungswerberin, dass die Wortfolge „*seinen Sendebetrieb ausgeübt hat*“ eindeutig nur in jene Richtung zu verstehen sei, dass es genüge, zwei Jahre lang irgendwelche Rundfunksignale auszustrahlen, nicht an.

Vielmehr lässt der bloße Wortlaut der Regelung unterschiedliche Auslegungen zu, sodass sich das zugrunde zu legende Verständnis nur im Zusammenhalt mit den Materialien zur genannten Bestimmung ergibt, wobei das Ergebnis gerade auch durch den systematischen Zusammenhang mit den weiteren Regelungen des PrR-G bestätigt wird:

Die Erläuterungen (vgl. den Initiativantrag 430/A XXII.GP, S. 26) sprechen - unter klarer Bezugnahme auf die in § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G normierte Voraussetzung eines zweijährigen Sendebetriebs - davon, dass „*eine unbeschränkte Änderung des Programms nicht zugelassen werden“* kann, *„würde doch in diesem Fall das Auswahlverfahren gemäß § 6 PrR-G überflüssig werden“.* Weiters heißt es in den Erläuterungen, dass *„erstmals nach Ablauf eines Zeitraums von zwei Jahren eine grundlegende Änderung des Programms möglich ist“,* da diese Frist vor allem dazu dient*, „das Auswahlverfahren nicht ad absurdum zu führen“.*

Letzte Zweifel daran, wie die Wortfolge zu verstehen ist, beseitigt der unmittelbar anschließende Hinweis darauf, dass *„der mit einem bestimmten Konzept erfolgreiche Zulassungswerber […] nicht bereits unmittelbar nach dem Obsiegen im Auswahlverfahren ein anderes Konzept umsetzen“* darf*,* sondern „*zunächst zumindest eine gewisse Zeitspanne*

hindurch ***das dem Zulassungsbescheid zugrunde liegende Programm veranstaltet haben muss*** *[Hervorhebung nicht im Original], um auch aussagekräftige Werte über die Akzeptanz durch das Publikum zu erlangen."*

Dieser Satz der Erläuterungen ist nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit dem vorangehenden Satz zur Zwei-Jahres-Frist zu lesen und daher dahin zu verstehen, dass der Antragsteller zu belegen hat, dass er das genehmigte Programm auch wirklich einem zweijährigen Praxistest unterzog.

Beim Verständnis der Wortfolge „seinen Sendebetrieb ausgeübt hat" hat der Gesetzgeber also ein gesetzes- und bescheidkonformes Verhalten des Zulassungsinhabers vorausgesetzt. Den Vergleichsmaßstab bildet das im Zulassungsbescheid genehmigte Programm (s §§ 3 Abs 2 und 28 Abs 2 PrR-G), für dessen Änderung als Voraussetzung geregelt ist, dass es zumindest zwei Jahre am Markt erprobt wurde.

Diese Auslegung findet wie erwähnt auch im Gesetzeswortlaut Deckung. Die Wortfolge „seinen Sendebetrieb" des § 28a Abs 3 Z 1 PrR-G ist ohne Weiteres als „Sendebetrieb im Sinne des (ursprünglich) genehmigten Programms" (§ 3 Abs 2 PrR-G) zu verstehen; entgegen den Ausführungen der Berufungswerberin heißt es in jener Gesetzesstelle eben gerade nicht „einen Sendebetrieb".

Jedes von der hier vertretenen Interpretation abweichende Verständnis würde nicht nur der dargelegten Intention des Gesetzgebers zuwiderlaufen, sondern - letztlich - auch der Regelung des § 28a Abs 3 PrR-G den Anwendungsbereich nehmen.

Der Bundeskommunikationssenat vertritt daher auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens die Rechtsansicht, dass die Voraussetzung des § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G nur dann erfüllt ist, wenn wenigstens zwei Jahre hindurch ein dem Zulassungsbescheid entsprechendes Programm ausgestrahlt wurde.

Was dem Zulassungsbescheid entspricht, ist im Zusammenhang mit dem im Antrag auf Zulassung dargestellten Programm auszulegen (so ausdrücklich VwGH 2004/04/0121 vom 24. Februar 2006). Welches Programm die Berufungswerberin auszustrahlen berechtigt ist, sodass in der Folge überhaupt die Genehmigung einer Änderung theoretisch in Frage käme, bemisst sich nach dem im Zulassungsantrag vorgelegten und nach einem Auswahlverfahren mit der Zulassung genehmigten Programm. An Hand dieses Maßstabes ist die Frage zu beantworten, ob eine grundlegende Veränderung des der Zulassung zu Grunde liegenden Programms eingetreten ist (vgl. dazu ausdrücklich erneut VwGH 2004/04/0121 vom 24. Februar 2006) oder im Falle des § 28a PrR-G eintreten würde.

Ob die von der Berufungswerberin zitierten Ausführungen der erstinstanzliche Behörde, wonach „*die Erläuterungen zur in Rede stehenden Bestimmung nur in ihrer Gesamtheit verdeutlichen, was tatsächlich gemeint ist*", Zweifel über das Verständnis der gesetzlichen Anordnung ausdrücken sollen, ist nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates

unerheblich, sind derartige Zweifel doch angesichts der vorstehenden Überlegungen gar nicht angebracht.
Völlig zutreffend hat schon die KommAustria den von der Berufungswerberin verneinten inhaltlich-systematischen Zusammenhang der Bestimmung über die Programmänderung mit der Regelung über das Auswahlverfahren hervorgehoben. Das dem Privatradiogesetz zugrundeliegende System des Auswahlverfahrens (,das ja auch nach den Erläuterungen explizit „*nicht ad absurdum geführt*“ werden soll), schließt es aus, die Bestimmung so zu verstehen, dass ein Antragsteller – egal, was er in der Vergangenheit ausgestrahlt hat, solange er nur irgendetwas ausstrahlt – unter Berufung auf die Regelung des § 28a PrR-G eine Änderung genehmigt bekommen könnte. Für diese Auffassung spricht auch – wie die KommAustria richtig darlegt - die Bestimmung des § 28 Abs. 2 PrR-G, die ebenfalls einen Beleg dafür bietet, dass das Privatradiogesetz mit seinen Regelungen von einem prinzipiell rechts- und bescheidkonformen Verhalten eines Veranstalters ausgeht.

Dass andererseits die Gesetzessystematik gegen die vorgenommene Auslegung des § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G spräche und die Frage des Abweichens vom Zulassungsbescheid abschließend in der Bestimmung zum Entzugsverfahren geregelt wäre, ist dem Bundeskommunikationssenat nicht erkennbar.

Das Argument der Berufung, der in das Grundrecht der Rundfunkfreiheit eingreifende Genehmigungsvorbehalt jener Bestimmung sei zwingend „nach dem geringsten Eingriff auszulegen“, erweist sich ebenfalls als nicht zielführend. Die Rundfunkfreiheit (Art 10 EMRK) ist bereits durch das Zulassungserfordernis des § 3 PrR-G beschränkt. Ein Eingriff in eine grundrechtlich geschützte Position findet demnach (im öffentlichen Interesse) vor allem zu Lasten jener Bewerber statt, die - etwa aus Programmgründen (s § 6 PrR-G) - die angestrebte Zulassung als Ergebnis des Zulassungsverfahrens nicht erhielten. Eine Auswahlentscheidung im Zulassungsverfahren unterliegt daher sachlichen Kriterien, und zwar den im Gesetz festgelegten Auswahlgrundsätzen. Das Programmangebot der Bewerber spielt dabei eine wesentliche Rolle. Die nachträgliche Genehmigung einer grundlegenden Programmänderung greift hingegen in die Grundlagen der getroffenen Auswahlentscheidung ein. Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheint es daher geradezu geboten, diese Änderung nicht ohne nennenswerte Schranken, sondern nur bei Vorliegen besonderer Gründe - wie sie nunmehr in § 28a Abs. 3 PrR-G festgeschrieben sind - zuzulassen. Sachlich erscheint es dabei durchaus gerechtfertigt, in erster Linie auf den ernsthaften - über einen bestimmten Zeitraum ausgeübten - Versuch abzustellen, einen Sendebetrieb im Sinne des Zulassungsbescheids zu etablieren.

Auch aus den Erläuterungen zu § 28a Abs. 3 PrR-G lässt sich schließlich eindeutig erkennen, dass Hörfunkveranstaltern nur eine ausnahmsweise Möglichkeit eingeräumt werden sollte, vom ursprünglich beantragten und veranstalteten Programm abzugehen, insbesondere dann, wenn dieses genehmigte und über zwei Jahre hindurch erprobte Programm wegen zu geringer Marktakzeptanz den Marktgegebenheiten nachträglich angepasst werden soll.

Dass das im Zulassungsverfahren beantragte und auch genehmigte Programm „Antenne Wels“ tatsächlich über keine ausreichende Marktakzeptanz in Wels verfügt, kann die A. aber gar nicht konkret belegen, hat die Berufungswerberin doch seit Aufnahme des Sendebetriebs (zumindest bis zum 10.04.2007) kein ihrem Zulassungsbescheid entsprechendes Hörfunkprogramm gesendet.

Da also die Voraussetzung in § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G nicht erfüllt ist, war spruchgemäß zu entscheiden und die Entscheidung der KommAustria zu bestätigen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG:

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

HINWEIS:

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab Zustellung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof und/oder Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muss iS des § 24 Abs. 2 VwGG bzw. iS des § 17 Abs. 2 in Verbindung mit § 14 Abs. 1 VerfGG von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Spätestens im Zeitpunkt der Überreichung der Beschwerde ist eine Gebühr von EUR 180,- zu entrichten.

24. September 2007
Die stellvertretende Vorsitzende:
PRIMUS

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung: