A-1014 Wien, Ballhausplatz 2
Tel. +43 (1) 531 15-4277

BUNDESKOMMUNIKATIONSSENAT

Fax +43 (1) 531 15-4285
e-mail: bks@bka.gv.at
www.bks.gv.at

GZ 611.056/0003-BKS/2009

B E S C H E I D

Der Bundeskommunikationssenat hat durch den Vorsitzenden Dr. PÖSCHL und die weiteren Mitglieder Dr. PRIMUS, Dr. GITSCHTHALER, Dr. HOLOUBEK und Dr. KARASEK über die Berufung der A.Ö. gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 2. September 2009, KOA 1.307/09-036, wie folgt entschieden:

Spruch:

Die Berufung wird gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 6 und 9 PrR-G abgewiesen.

Begründung

1. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der H.F.gemäß § 3 Abs. 1 und 2 und den §§ 5, 6 iVm § 13 Abs. 1 Z 1 Privatradiogesetz für die Dauer von zehn Jahren ab 1. 10. 2009 die Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms für das Versorgungsgebiet „Bezirke Wiener Neustadt und Neunkirchen, Stadt Wiener Neustadt“ erteilt.

Das Programm „H.F.Wiener Neustadt“ wurde als ein „zumindest zu 50% eigengestaltetes lokal ausgerichtetes 24 Stunden-Vollprogramm für die Kernzielgruppe der 10 bis 39 Jährigen“ bezeichnet. Das Musikprogramm ist im Euro Hot Adult Contemporary (Euro Hot AC) Format gestaltet und setzt sich aus aktuellen Charthits sowie populären Hits von den 1990er Jahren bis heute zusammen. Es umfasst im Wesentlichen die Genres Pop, Pop-Rock, Dance-Pop und Rock und berücksichtigt zudem österreichische Musik. Der Wortanteil beinhaltet neben regelmäßigen internationalen und nationalen Nachrichten insbesondere lokale und regionale Nachrichten, Servicemeldungen (Wetter, Verkehr) sowie Berichte über Ereignisse aus Wiener Neustadt, den angrenzenden Gebieten sowie aus dem gesamten Bundesland Niederösterreich, insbesondere aus den Bereichen Chronik, Politik, Wirtschaft, Sport und Kultur.

2. Neben anderen Anträgen wurden der Antrag der A.Ö. zur Verbesserung der Versorgung im bestehenden Versorgungsgebiet „Wien 102,5 MHz“ gemäß § 10 Abs. 1 Z 2 PrR-G sowie der Eventualantrag der A.Ö. zur Erweiterung des bestehenden Versorgungsgebiets „Wien 102,5 MHz“ gemäß § 10 Abs. 1 Z 4 PrR-G und der Eventualantrag der A.Ö. auf Erteilung

einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet gemäß § 6 Abs. 1 und 2 PrR-G abgewiesen.

3. Zum Gang des Verfahrens und zu den entscheidungsrelevanten Feststellungen kann auf den erstinstanzlichen Bescheid (vgl. Seite 3 bis 7 und Seiten 8 bis 26) verwiesen werden.

4. Gegen diesen Bescheid erhob die A.Ö. mit Schriftsatz vom 18. 9. 2009 Berufung. Darin führt sie aus, die Feststellung der belangten Behörde, dass es zwischen dem verfahrensgegenständlichen Versorgungsgebiet einerseits und den Versorgungsgebieten „Wien MHZ 88.6“ und „nördliches Burgenland und mittleres Burgenland Bezirk Oberwart, Teile des Bezirks Güssing und Jennersdorf“ „punktuell“ zu Dreifachversorgungen käme, stehe in eklatantem Widerspruch zu den Versorgungsgrafiken des Gutachtens vom 27.2.2009. Anhand von Gegenüberstellungen der Versorgungsgrafiken sei unverkennbar verdeutlicht, dass jeweils weit mehr als ein Drittel des verfahrensgegenständlichen Versorgungsgebiets auch Teil der anderen beiden Versorgungsgebiete sei. Darüber hinaus gehe das Gutachten davon aus, dass die von der R.E. und der L.B. doppelt versorgten Gebiete nahezu ident seien. Unterschiede ergäben sich lediglich im Südwesten (Bezirk Neunkirchen) und im Süden (Bezirk Mattersburg). Die Bezirke Baden und Wr. Neustadt Land würden jedenfalls doppelt versorgt. Bei aktenkonformer Feststellung hätte die belangte Behörde – nach Auffassung der Berufungswerberin - zum Ergebnis kommen müssen, dass große Teile des verfahrensgegenständlichen Versorgungsgebiets auch Teile der Versorgungsgebiete „Wien 88,6“ und „Nördliches und mittleres Burgenland“ sind. Diese Feststellung wäre für die richtige Anwendung des § 9 Abs. 3 PrR-G entscheidend gewesen. Bei aktenkonformer Feststellung hätte die belangte Behörde die H.F. aus der verfahrensgegenständlichen Auswahlentscheidung ausscheiden müssen. Der Sachverhalt sei auch insofern ergänzungsbedürftig, als das Ergebnis des Amtssachverständigen in Anbetracht der Versorgungsgrafiken auf den Seite 13 und 14 nicht aufrecht zu erhalten sei. Die belangte Behörde wäre dazu verpflichtet gewesen, den Widerspruch zwischen dem Befund und den Ableitungen des Sachverständigen daraus aufzuklären und das Gutachten dahingehend ergänzen zu lassen, wie groß die Zahl der dreifach versorgten Einwohner im verfahrensgegenständlichen Versorgungsgebiet tatsächlich ist.

Die Berufungswerberin macht außerdem Rechtswidrigkeit in Folge unrichtiger Ermessensausübung geltend. Das Programm von H.F. sei ein Programm, das weitgehend inhaltsgleich in mehreren Versorgungsgebieten verbreitet werde und daher nicht auf das verfahrensgegenständliche Versorgungsgebiet fokussiert sei. Ferner seien im Versorgungsgebiet mehrere junge AC-Formate zu empfangen. Schließlich sei das Wortprogramm von H.F. überwiegend nur von einem Redaktionsteam und denselben Moderatoren in einem Studio gestaltet, sodass dieses Programm an Lokalität nicht mit dem Wortprogramm der Berufungswerberin vergleichbar sei. Die Berufungswerberin würde

nämlich ein ausschließlich für das verfahrensgegenständliche Versorgungsgebiet fokussiertes Hörfunkprogramm gestalten. Auch sei die Annahme, das Musikprogramm von H.F. liefere einen höheren Beitrag zur Meinungsvielfalt, unzutreffend. Das Format werde überdies bereits in großen Teilen von der L.B. verbreitet. Darüber hinaus sei K. wesentlich eher mit H.F. zu vergleichen als mit jenem der Berufungswerberin. Schließlich wäre auch das Hörfunkprogramm von R.E. Wien 104,2 in die Betrachtung einzubeziehen gewesen. Auch dieses Hörfunkprogramm entspreche nämlich nicht dem von H.F. beantragten. Hinzu komme, dass auch das Hörfunkprogramm Ö3 wesentlich ähnlicher dem Programm von H.F. als jenem der Berufungswerberin sei. Auch vom beantragten Wortprogramm der H.F. sei kein größerer Beitrag zur Meinungsvielfalt zu erwarten. Vor dem Hintergrund der Personalstruktur der Berufungswerberin und der Berufungsgegnerin werde deutlich, dass es denkunmöglich ist, dass das Hörfunkprogramm der H.F. einen größeren Lokalbezug aufweise als jenes der Berufungswerberin. Inhalte mit allfälligem Lokalbezug würden zeitgleich in den verbleibenden Versorgungsgebieten des H.F. Netzwerks verbreitet. Es fehle daher an einem entsprechenden Lokalbezug. Die Berufungswerberin verfüge über ein Redaktions- und Moderatorenteam, das so groß sei wie das gesamte H.F. Netzwerk. Schließlich sei die Behauptung der erstinstanzlichen Behörde, dass die Berufungsgegnerin klarere Angaben gemacht hätte, unzutreffend.

5. Die Berufungsgegnerin brachte dazu am 19.10.2009 eine Stellungnahme ein, in der sie den Ausführungen der Berufungswerberin entgegentrat und unter Punkt 3. ausführte, dass die Berufungswerberin im Hinblick auf die Angaben über die technischen Unterlagen eine gemäß § 13 Abs. 8 AVG unzulässige Änderung vorgenommen hätte.

Rechtlich folgt:

6. Der Bundeskommunikationssenat geht zunächst – trotz der widersprüchlichen Formulierungen in I. und III. der Berufung – davon aus, dass sich die Berufung nicht nur auf die (Nicht-)Erteilung einer Zulassung gemäß § 5 iVm. § 10 Abs. 1 Z 4 zweiter Fall PrR-G, sondern auch auf die Frage der Verbesserung gemäß § 10 Abs. 1 Z 2 PrR-G und der Erweiterung gemäß § 10 Abs. 1 Z 4 erster Fall PrR-G bezieht.

7. Soweit die Berufung geltend macht, dass sich für den Fall der Zulassung der Berufungsgegnerin eine gemäß § 9 Abs. 3 PrR-G unzulässige Dreifachversorgung ergebe, ist Folgendes festzuhalten:

Die erstinstanzliche Behörde hat sich in ihrem Bescheid ausführlich mit den auf den Feststellungen dreier technischer Sachverständigengutachten beruhenden frequenztechnischen Gegebenheiten auseinandergesetzt (vgl. Seite 17, 41 und 57) und ist in ihrer rechtlichen Beurteilung zur Auffassung gelangt, dass – unter der Annahme der ausschreibungskonformen Zulassungserteilung - weder bei der Berufungsgegnerin noch bei

der Berufungswerberin eine dem § 9 PrR-G entsprechende Versorgungssituation vorliegt. Insbesondere ist die Behörde dabei davon ausgegangen, dass die konstatierten Doppel– und Dreifachversorgungen „technisch nicht weiter vermeidbar sind, da keine technisch sinnvolle Möglichkeit besteht, diese noch weiter zu reduzieren“, und diese daher im Fall der Berufungsgegnerin im Hinblick auf § 9 Abs. 3 PrR-G „vernachlässigbar“ sind. Auf Seite 17 des Bescheids führt die Behörde aus, dass eine Reduktion der Überschneidungen nur mit einer massiven Beeinträchtigung der Versorgung in anderen Teilen des ausgeschriebenen Versorgungsgebiets zu bewerkstelligen wäre.

Die Berufungswerberin konzentriert sich nun auf die von den Gutachten erstellten drei Versorgungsgrafiken und gelangt zur Auffassung, dass „jeweils weit mehr als ein Drittel des verfahrensgegenständlichen Versorgungsgebiets auch Teil der Versorgungsgebiete „Wien 88,6 MHz“ und „nördliches und mittleres Burgenland, Bezirk Oberwart, Teile des Bezirkes Güssing und Jennersdorf“ sei. Genauso hebt sie die Doppelversorgung zwischen dem Versorgungsgebiet Wien und dem Versorgungsgebiet Burgenland hervor.

Nach Auffassung des Bundeskommunikationssenats lässt sich zunächst festhalten, dass sich aus dem bloßen „Übereinanderlegen“ dreier (noch dazu nur errechneter) Versorgungsgrafiken keine konkrete Aussage über den Umfang und die technische Empfangsqualität der tatsächlich stattfindenden Versorgung treffen lässt. Schon aus dem Ergebnis der durchgeführten Messfahrten im Gutachten vom 13. 5. 2009 zeigt sich nämlich, dass rund um Wiener Neustadt und Neunkirchen weder die Versorgung mit dem Programm 88,6 noch die Versorgung mit dem auf Frequenz 106,3 für das Burgenland ausgestrahlten Programm die nach internationalen Standards übliche Mindestempfangsqualität erreicht. Zu diesem Ergebnis hat die Berufungswerberin auch gar nicht mehr Stellung genommen. Es bleibt aber auch unklar, wie sie angesichts dieser nachgemessenen Versorgungssituation ohne jegliche Begründung in der Berufung davon ausgeht, dass es sich bei den Überschneidungen um solche handeln würde, die „mehr als ein Drittel“ des Versorgungsgebiets ausmachten. Auch zu diesem Ergebnis kann sie nur gelangt sein, indem sie die errechneten Grafiken lediglich zur Ermittlung einer Schnittmenge übereinanderlegt, ohne die tatsächlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen.

Die Berufungswerberin übersieht aber vor allem, dass für die Beurteilung im Lichte des § 9 Abs. 3 PrR-G nach dessen eindeutigem Wortlaut ausdrücklich die technisch unvermeidbaren Überschneidungen außer Betracht zu bleiben haben. Insofern ist daher ihr gesamtes diesbezügliches Berufungsvorbringen auf den Seiten 2 bis 8 nicht mehr weiter zu erörtern. Die Berufungswerberin hat im Verfahren auch niemals die Feststellungen der Sachverständigengutachten über die technische Unvermeidbarkeit in Zweifel gezogen. Der Bundeskommunikationssenat sieht daher - auch unter Berücksichtigung des

Berufungsvorbringens - keinen Anlass, an den diesbezüglich eindeutigen Ausführungen der Sachverständigen zu zweifeln.

Da von technisch unvermeidbarem Overspill auszugehen ist, erübrigt sich auch die Frage, wie groß die Zahl der „dreifachversorgten Einwohner“ ist. Es ist einzuräumen, dass die Aussage im technischen Gutachten vom 27.2.2009, wonach es „zu punktuellen Dreifachversorgungen“ kommt, nicht den bildlichen Darstellungen im selben Gutachten entspricht, was aber nichts daran ändert, dass die Feststellung über die technische Unvermeidbarkeit der Überschneidungen unbestritten blieb und durch keine anderen Verfahrensergebnisse in Zweifel gezogen wurde. Im Übrigen kann hierzu erneut auf die bereits erwähnten Überprüfungen durch Messfahrten verwiesen werden. Ob – wie die Berufungswerberin dies unter Punkt 1.6. und II.1.2. anzudeuten scheint – eine technisch unvermeidbare Überschneidung „gerechtfertigt werden kann“, ist hingegen nicht zu prüfen.

Der Bundeskommunikationssenat hat daher angesichts des klaren Wortlauts des § 9 Abs. 3 PrR-G und der unbestrittenen diesbezüglichen Feststellungen über den Overspill keine Veranlassung, von der rechtlichen Beurteilung der KommAustria abzuweichen.

Selbst wenn man aber den gesetzlichen Regelungen des § 9 PrR-G die Bedeutung beimessen wollte, wie sie von der Berufungswerberin vorgetragen wird, wäre für diese nichts zu gewinnen: Wäre nämlich im vorliegenden Fall bei der Beurteilung von gemäß § 9 Abs. 1 oder Abs. 3 unzulässigen Überschneidungen tatsächlich auch jeglicher technisch wie immer geartete unvermeidbare Overspill zu berücksichtigen, so müsste auch der Antrag der Berufungswerberin auf Erteilung der Zulassung abschlägig entschieden werden, weil - wie sich aus den von der Berufungswerberin nicht weiter bestrittenen und ebenfalls eindeutig aus den Sachverständigengutachten belegbaren Feststellungen der KommAustria auf Seite 56 ergibt – die „Schnittmenge“ aus dem Versorgungsgebiet „Wien 102,5 MHz“ und dem verfahrensgegenständlichen Versorgungsgebiet 120.000 „doppelversorgte“ Personen durch ein und dieselbe Person im Sinne von § 9 Abs. 1 PrR-G betragen würde. Dies übersieht die Berufungswerberin, wenn sie in ihrer Berufung zwar ausdrücklich und ausführlich auf ihrer Ansicht nach beim Antrag der Berufungsgegnerin vorliegende Doppel- und Dreifachversorgungen, mit keinem Wort aber auf die beim eigenen Antrag vorliegenden Doppelversorgungen eingeht.

Gleiches gilt für die Entscheidung über den Antrag der Berufungswerberin auf Erweiterung ihres Versorgungsgebiets, weil sich aus den diesbezüglich ebenfalls von ihr nicht bestrittenen Feststellungen der Sachverständigen ergibt, dass sich in diesem Fall eine jedenfalls ebenso große Doppelversorgung von 120.000 Personen mit dem eigenen Programm ergäbe, wie im Fall der Überschneidung zwischen dem Versorgungsgebiet von

„Wien 88,6 MHz“ mit dem verfahrensgegenständlichen Versorgungsgebiet. Unter Berücksichtigung dieser Tatsache kann der Bundeskommunikationssenat auch die von der KommAustria getroffene Auswahl zwischen der „Neuschaffung“ und der Erweiterung eines Versorgungsgebiets in keiner Weise beanstanden. Die Berufungswerberin hat sich auch in der Berufung zur Begründung dieser der eigentlichen Auswahlentscheidung vorgelagerten Frage (vgl. dazu die Ausführungen auf den Seiten 49 bis 53 im erstinstanzlichen Bescheid) gar nicht mehr im Detail geäußert, sondern ist in der Berufung nahezu ausschließlich auf die Abweisung ihres Antrags auf Erteilung einer „eigenen“ Zulassung eingegangen.

Die KommAustria hat zu dieser Frage jedenfalls dargelegt, dass es sich bei der Erweiterung und der „Neuzulassung“ um grundsätzlich gleichwertige Möglichkeiten der Verwendung einer Übertragungskapazität handelt und folglich gemäß § 10 Abs. 1 Z 4 PrR-G auf die Meinungsvielfalt in einem Verbreitungsgebiet, die Bevölkerungsdichte, die Wirtschaftlichkeit der Hörfunkveranstaltung sowie auf politische, soziale und kulturelle Zusammenhänge Bedacht zu nehmen ist. Die diesbezügliche Abwägungsentscheidung, inwieweit durch ein neues Versorgungsgebiet zum schon bestehenden Angebot an Programmen privater Hörfunkveranstalter ein Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet geleistet würde, hat die KommAustria dabei ebenso nachvollziehbar und gestützt auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl etwa VwGH vom 17. 12. 2003, Zl. 2003/04/0136) ihre Überlegungen, ob und inwieweit die Schaffung eines neuen Versorgungsgebiets im Hinblick auf die erreichte Einwohnerzahl wirtschaftlich tragfähig erscheint oder dieser Aspekt eher für die Erweiterung eines bestehenden Versorgungsgebiets spricht, begründet. Sie hat dabei auch unter Berücksichtigung des vorhandenen Gesamtangebots beim Kriterium der Meinungsvielfalt dargelegt, dass sich aus diesem Kriterium ebenso wenig eine Präferenz ableiten lässt wie aus dem Kriterium der Wirtschaftlichkeit (vgl. die Seiten 50 und 51 des Bescheids).

Der Bundeskommunikationssenat hält aber auch die Überlegungen der KommAustria zu den politischen, sozialen und kulturellen Zusammenhängen für sachlich und nachvollziehbar begründet. Zwar hat die erstinstanzliche Behörde einen „unzweifelhaft[en] Zusammenhang zwischen dem Großraum Wien und dem verfahrensgegenständlichen Gebiet, das neben dem Großraum Wiener Neustadt und Mattersburg auch Teile der Bezirke Neunkirchen, Baden und Eisenstadt-Umgebung umfasst“ erkannt, aber zutreffend darauf hingewiesen, dass das verfahrensgegenständliche rund 285.000 Einwohner umfassende Versorgungsgebiet „*in sich einen aufgrund der hohen Bevölkerungszahl, der Bevölkerungsdichte und Infrastruktur zusammenhängenden Raum dar[stellt], in dem politische, soziale und kulturelle Zusammenhänge so eng und vielfältig sind, dass diese in ihrer Bedeutung für das Versorgungsgebiet höher zu bewerten sind*“. Hinzu trat für die erstinstanzliche Behörde, dass die von der Berufungswerberin ins Treffen geführten

Zusammenhänge „*naturgemäß zwischen Gebieten in geographischer Nähe vorzufinden [seien] und für den Raum Wien und Wiener Neustadt nicht spezifisch sein dürften.*“ Auch den Verweis der Berufungswerberin auf die Europaregion „Centrope“ hat die KommAustria richtigerweise als nicht geeignet bezeichnet, „*spezifische Beziehungen zwischen dem Raum Wien und dem Raum Wiener Neustadt zu begründen*“.

Schließlich ist auch die Annahme, dass ein „erweitertes“ Programm der Berufungsgegnerin „schon aufgrund der deutlich höheren Einwohnerzahl naturgemäß eher auf den Raum Wien fokussieren“ wird, nicht unschlüssig.

Zusammengefasst hat daher die KommAustria zulässigerweise gemäß § 10 Abs. 1 Z 4 PrR-G der Neuschaffung eines Versorgungsgebiets den Vorzug gegenüber der Erweiterung eines bestehenden Versorgungsgebiets gegeben. Dieser Auffassung ist die Berufungswerberin – wie bereits ausgeführt – in ihrer Berufung auch nicht mehr spezifiziert entgegengetreten.

8. Soweit sich die Berufung noch gegen die Abweisung des Antrags zur Verbesserung der Versorgung im bestehenden Versorgungsgebiet „Wien 102,5 MHz“ richtet, hat die KommAustria die rechtlichen Prämissen zutreffend dargestellt. Beruhend auf den eindeutigen Ergebnissen der technischen Prüfung des diesbezüglichen Antrags ist die KommAustria zur Auffassung gelangt, dass eine Zuordnung der verfahrensgegenständlichen Übertragungskapazität ausschließlich eine Erweiterung des bestehenden Versorgungsgebiets „Wien 102,5 MHz“ und keine Verbesserung der Versorgung in diesem Gebiet bewirken würde. Dem technischen Sachverständigen gelang es nicht, Gebiete zu eruieren, in welchen es zu einer Verbesserung der Versorgung im bestehenden Versorgungsgebiet der A.Ö. kommen würde. Nach den diesbezüglichen Feststellungen ist im Gegenteil davon auszugehen, dass das Versorgungsgebiet „*sehr homogen versorgt wird und kaum sichtbare Versorgungslücken aufweist, welche mit den verfahrensgegenständlichen Übertragungskapazitäten geschlossen werden können*“. Die Berufungswerberin hat dazu auch in der Berufung gar nicht weiter dargetan, in welcher Hinsicht – entgegen den Ergebnissen der technischen Beurteilung - tatsächlich Versorgungslücken bestünden. Auch nach Auffassung des Bundeskommunikationssenats entspräche eine Zuordnung zur Verbesserung der Versorgung im bestehenden Versorgungsgebiet „Wien 102,5 MHz“ daher nicht den in § 10 Abs. 1 Z 2 PrR-G aufgestellten Kriterien und stünde auch sonst mit dem in § 2 Abs. 2 Z 5 KOG normierten Ziel der Optimierung der Nutzung des Frequenzspektrums nicht in Einklang.

9. Angesichts der dargestellten rechtlichen Überlegungen verbleibt daher nur mehr die Prüfung der konkreten Begründung der Auswahlentscheidung anhand der gesetzlich vorgegebenen Kriterien im Lichte der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs:

Der Bundeskommunikationssenat kann auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens nicht erkennen, dass die Auswahlentscheidung im Lichte der durch diese geprägten Kriterien des § 6 PrR-G zugunsten der Berufungswerberin ausfallen hätte müssen. Die KommAustria gelangt in ihren Überlegungen zum Ergebnis, dass das von der Berufungsgegnerin veranstaltete Programm in seiner Kombination aus Kernzielgruppe, Musikformat und Wortanteil im gesamten verfahrensgegenständlichen Gebiet derzeit nicht vertreten ist und sich vor allem „betreffend das Wortprogramm vom derzeitigen Angebot der vorhandenen Privatradioveranstalter“ unterscheidet.

10. Die erstinstanzliche Behörde ist dabei auch – entgegen dem Berufungsvorbringen – ausführlich auf das bestehende „Marktangebot“ eingegangen und hat betont, dass in Teilen des verfahrensgegenständlichen Versorgungsgebiets „eine Vielzahl an Programmen, welche vornehmlich aus dem Raum Wien einstrahlen, empfangbar ist.“ Dies ist umso mehr zu betonen, als die Berufungswerberin sich darauf beschränkt, die Musikformate der in das Versorgungsgebiet „einstrahlenden“ Sender aus Wien und dem Burgenland mit jenem der Berufungsgegnerin zu vergleichen und daraus eine „Identität“ des Angebots abzuleiten. Zu Recht hat aber die KommAustria zunächst schon beim Programm K. darauf hingewiesen, dass sich vor allem im Wortprogramm erhebliche Unterschiede ergeben. Nach den Feststellungen der KommAustria behandelt K. - als bundesweiter Sender - primär bundesweite Inhalte, während die „aus dem Ballungsraum Wien einstrahlenden Programme in ihrer Berichterstattung in erster Linie auf die Stadt Wien und lokale Themen aus diesem Gebiet ausgerichtet“ sind. Genauso hat die KommAustria berücksichtigt, dass sich „H.F.Burgenland“ zwar den im Burgenland gelegenen Teilen des Versorgungsgebiets widmet, das Programm aber nicht auf den Raum Wiener Neustadt und Niederösterreich „fokussiert“. Demgegenüber wird dem Programm der Berufungsgegnerin attestiert, dass es sich hinsichtlich seiner vielfältigen Inhalte „von dem sonst in diesem Gebiet bestehenden Programmangebot ab[hebt].“

Die gesamte Auswahlentscheidung der KommAustria zeigt jedenfalls, dass sie sich nicht ausschließlich auf eine Auswahl unter Musikformaten beschränkt hat. Dies ist schon insofern zu betonen, als es die KommAustria damit zu Recht als entscheidend angesehen hat, inwieweit insgesamt ein höherer Beitrag zur Meinungsvielfalt und nicht nur zur Vielfalt der Formate zu erwarten wäre. Das Angebot unterschiedlicher Musikformate kann ein Aspekt der Meinungsvielfalt sein, es kann aber nicht allein darauf ankommen, dass ein anderes Musikformat als bislang im Versorgungsgebiet empfangbar ausgestrahlt wird (vgl. BKS 14. 10. 2005, 611.074/0001-BKS/2004). Der Bundeskommunikationssenat verkennt dabei nicht, dass es nicht nur auf den Wortanteil ankommt, sondern durchaus auch das Musikformat eine Rolle spielt (vgl BKS 18. 6. 2007, 611.176/0003-BKS/2007). Dennoch gelingt es der Berufungswerberin mit ihren diesbezüglichen Ausführungen nicht, das von der KommAustria

dargestellte Gesamtbild der Berufungsgegnerin in Zweifel zu ziehen. So hat sie auch berücksichtigt, dass „H.F.Burgenland“ ebenfalls ein Euro Hot AC-Format anbietet, aber dabei zulässigerweise auch darauf Bedacht genommen, dass dieses Programm nur in Teilen des verfahrensgegenständlichen Versorgungsgebiets empfangbar ist und demgemäß nicht in dem Ausmaß Einfluss auf die Auswahlentscheidung zukommen kann wie den im gesamten Versorgungsgebiet empfangbaren Hörfunkprogrammen (vgl. BKS 21. 4. 2008, GZ 611.060/0003-BKS/2008).

11. Der Bundeskommunikationssenat kann daher nicht erkennen, dass der von der KommAustria gezogene Schluss, das im Wesentlichen auf lokale Inhalte für eine jüngere Zielgruppe konzentrierte Programm der H.F. hebe sich vom bisher in diesem Gebiet bestehenden Programmangebot ab, nicht ausreichend begründet wäre. Dies gilt auch für den von der Berufungswerberin angestellten Vergleich mit R.E. , das sich entsprechend den Feststellungen der KommAustria zwar auf eine ähnliche Zielgruppe 10 bis 29 Jahre konzentriert, aber im Musikbereich dennoch ein vom Programm der Berufungsgegnerin abweichendes Format und eine andere inhaltliche Ausrichtung aufweist. Woraus die Berufungswerberin diesbezüglich ableitet, dass die KommAustria gerade im Vergleich zu R.E. „zweierlei Maß angewendet“ hätte, ist für den Bundeskommunikationssenat nicht zu erkennen. Eine teilweise deckungsgleiche Zielgruppe zweier unterschiedlicher Musikformate führt jedenfalls nicht automatisch dazu, dass das Angebot der Berufungsgegnerin deswegen „schlechter zu beurteilen wäre“ (vgl. BKS 18. 6. 2007, 611.176/0003-BKS/2007). Insoweit geht nach Auffassung des Bundeskommunikationssenats - in der Kombination aus Wortanteil, Zielgruppe und Musikformat - auch der Vergleich mit dem Programm von K. ins Leere. Die KommAustria hat sich im Detail auch konkret mit den Unterschieden im Musikprogramm zwischen K. als AC Format und dem Euro Hot AC Format der Berufungsgegnerin, das sich durch einen hohen Anteil aktueller Musik auszeichnet, auseinandergesetzt. Soweit die Berufungswerberin diesbezüglich bemängelt, dass die Feststellungen der KommAustria unzutreffend wären oder das (möglicherweise von der Zulassung abweichende) tatsächliche Angebot von K. nicht erhoben worden wäre, weist der Bundeskommunikationssenat erneut darauf hin, dass bei der Betrachtung des Marktangebots nur jene Versorgung bzw. jenes Musikformat in die Beurteilung einfließen kann, das der jeweiligen Zulassung entspricht, sodass Eigendefinitionen nicht von Relevanz sein können (vgl BKS 2. 6. 2010, GZ 611.123/0001-BKS/2009).

12. Genauso wenig trifft das Vorbringen der Berufungswerberin zu (vgl. Seite 13 der Berufung), dass die KommAustria ausschließlich bei ihr das Angebot des Senders Wien 88,6 MHz berücksichtigt hätte. Der diesbezüglichen Begründung lässt sich nämlich ausdrücklich entnehmen, dass sich „*im Übrigen [..] der (negative) Einfluss auf die Meinungsvielfalt im Hinblick auf die gesellschaftsrechtlichen Verschränkungen der H.F.mit den*

Hörfunkveranstaltern R.E. („88.6 Der Supermix für Wien“) und P.B. („H.F.Burgenland“), deren Programme im verfahrensgegenständlichen Versorgungsgebiet ebenfalls zu empfangen sind, insoweit [relativiert], als die genannten Programme nur in Teilen und auch nicht in den Kerngebieten des Versorgungsgebietes „Bezirke Wiener Neustadt und Neunkirchen, Stadt Wiener Neustadt“ zu hören sind.“ Hierbei hat die erstinstanzliche Behörde auch berücksichtigt, dass die beiden genannten Programme im Wortprogramm auf andere Gebiete ausgerichtet sind. Vor allem handelt es sich beim Programm „88.6 Der Supermix für Wien“ um ein anderes (älteres) Musikprogramm als das von der H.F.beantragte Programm.

Insofern ist es nach Auffassung des Bundeskommunikationssenats auch nicht zu beanstanden, wenn die KommAustria bei der Berufungswerberin festhält, dass deren Musikprogramm weitgehende Überschneidungen mit dem Programm „88.6 Der Supermix für Wien“ aufweist. Weitgehende Überschneidungen im Musikformat im verfahrensgegenständlichen Versorgungsgebiet können jedenfalls der Berufungsgegnerin nicht vorgehalten werden. Die Berufungswerberin hat jedenfalls nicht konkret aufgezeigt, warum die Wertung der KommAustria, dass die Berufungsgegnerin hinsichtlich des Formats als auch hinsichtlich der Zielgruppe „*ein Segment abdeckt, das derzeit im verfahrensgegenständlichen Gebiet noch nicht in diesem Umfang durch andere Hörfunkveranstalter bedient wird und sich damit im Verhältnis mit bereits bestehenden Hörfunkprogrammen an einen bisher geringer angesprochenen Personenkreis richtet*“, nicht ausreichend begründet worden wäre.

13. Auch das Berufungsvorbringen, dass die KommAustria das Funkhauskonzept der Berufungsgegnerin nicht ausreichend gewürdigt hätte, ist für den Bundeskommunikationssenat nicht nachvollziehbar. Die KommAustria hat nämlich mehrfach dargelegt, dass „weder das Funkhauskonzept der H.F.noch die Nutzung programmlicher Synergien im Konzept der A.Ö. GmbH“ im vorliegenden Fall eine besondere Eigenständigkeit der beantragten Programme – im Sinne einer Programmgestaltung ausschließlich für das konkrete Versorgungsgebiet – zu belegen vermag. Insofern ist die KommAustria im Hinblick auf die Eigenständigkeit der Programmveranstaltung daher von einer ausgewogenen Bewerbungssituation ausgegangen.

Die Berufungswerberin legt auch nicht näher dar, warum bei ihr die Nutzung programmlicher Synergien im Vergleich zum Konzept der Berufungsgegnerin wesentlich mehr Eigenständigkeit belegen würde. Die Kooperation der Berufungsgegnerin als „Teil des H.F.Netzwerks“ wurde von der KommAustria auch ausführlich dargestellt, wonach das Programm für „H.F.Mostviertel“, „H.F.Waldviertel“, „H.F.Burgenland“, „H.F.St. Pölten“ sowie das derzeitige Programm „H.F.Wiener Neustadt“ für diese Sender im Funkhaus in Krems zusammengestellt wird und die einzelnen Programminhalte für das gegenständliche

Programm zum Teil in Krems produziert und zum Teil vom Sendestudio Wiener Neustadt zugeliefert werden. Die Ausführungen, wonach es „geradezu lebensfremd“ sein soll, dass ein kleineres Redaktionsteam in der Lage ist, lokale und regionale Inhalte zu kreieren, kann der Bundeskommunikationssenat nicht nachvollziehen. Insbesondere angesichts der Feststellungen der KommAustria, dass vor Ort im Studio in Wiener Neustadt fünf vollzeitbeschäftigte Personen sowie eine Teilzeitkraft fix für das verfahrensgegenständliche Versorgungsgebiet tätig sind und zudem fünf bis 15 Mitarbeiter als freie Dienstnehmer beschäftigt werden, welche insbesondere bei Off-Air Veranstaltungen und Live-Übertragungen zum Einsatz kommen (vgl. Seite 16 des Bescheids), hat auch der Bundeskommunikationssenat keine Zweifel an den organisatorischen und fachlichen Voraussetzungen für das von der Berufungswerberin bereits veranstaltete und auch in Zukunft geplante Programm. Insoweit kann der Bundeskommunikationssenat auch keine - wie die Berufungswerberin dies mit dem Hinweis auf die Größe ihres Redaktions- und Moderatorenteams zu suggerieren versucht – Überlegenheit des organisatorischen Konzepts der Berufungswerberin erkennen. Warum angesichts der Größe des Redaktionsteams zwingend der Schluss zu ziehen wäre, dass die Berufungswerberin einen „wesentlich größeren Lokalfokus haben wird“, legt sie auch nicht näher dar.

14. In dieser Hinsicht ist aber auch die Begründung der KommAustria im Hinblick auf die Darstellung in den Anträgen (als einem der zentralen Ansatzpunkte für die inhaltliche Beurteilung) nicht zu beanstanden. Es steht nach der Begründung der KommAustria zwar außer Zweifel, dass auch die Berufungswerberin ein lokales Programm anbieten würde und der Lokalbezug im Wortprogramm insbesondere durch lokale Nachrichten, Wetter- und Verkehrsinformationen sowie regelmäßige Berichterstattung über das öffentliche, kulturelle und wirtschaftliche Leben im verfahrensgegenständlichen Versorgungsgebiet sowie die Einbindung der Hörer aus dem Versorgungsgebiet hergestellt werden sollen. Die Berufungswerberin bezeichnet es aber als bloße „Behauptung der belangten Behörde“, dass es der Berufungsgegnerin gelungen wäre, das generelle Bekenntnis zu umfangreicher Lokalberichterstattung durch die Darstellung konkreter Inhalte zu untermauern. Obwohl die Berufungswerberin auf ihren Antrag auf den Seiten 36 ff und auf zwei beigelegte „Sendeuhren“ (aus denen sich nur die generellen Rubriken ergeben) verweist, konnte auch der Bundeskommunikationssenat nicht feststellen, dass die Berufungswerberin „vergleichsweise konkrete Inhalte“, wie sie in den Antragsunterlagen der Berufungsgegnerin auf den Seiten 14 bis 24 der Beilage 15 zu finden sind, dargestellt hätte. Das Argument der Berufungswerberin, dass sich deren „Aussagekraft relativiert“, weil sie sich auch auf das H.F.Netzwerk beziehen, ist für den Bundeskommunikationssenat jedenfalls nicht nachzuvollziehen. Die Berufungswerberin ist auch der Feststellung der KommAustria, dass eine Live-Einbeziehung lokaler Ereignisse – zumindest in diesem Ausmaß – nicht ausdrücklich vorgesehen ist, nicht weiter entgegengetreten. Der

Bundeskommunikationssenat kann es in dieser Hinsicht – ähnlich wie die KommAustria (vgl. Seite 71 des erstinstanzlichen Bescheids) – auch nicht als nachteilig erachten, dass ergänzend zu den lokalen Themen vielfältige regionale Inhalte aus dem übrigen Bundesland Niederösterreich im Programm angeboten werden, was auch durch konkrete Beispiele belegt wurde.

15. An diesen Überlegungen ändert auch das Berufungsvorbringen nichts, dass – was die KommAustria ohnehin zum Gegenstand ihrer Feststellungen gemacht hat – Inhalte mit Lokalbezug auch in den anderen Versorgungsgebieten des H.F.-Netzwerks verbreitet werden. Dass es in den anderen Versorgungsgebieten der Berichterstattung an Lokalbezug fehlen würde, ist hingegen für die vorliegende Auswahlentscheidung nicht von Nachteil. Zu Recht hat nämlich die KommAustria (vgl. S 67) auch in ihre Erwägungen miteinbezogen, dass das geplante Programm auch vielfältige regionale Inhalte aus dem Bundesland Niederösterreich beinhaltet und insofern ein spezifisches (auch von der NÖ Landesregierung in ihrer gemäß § 23 PrR-G erstatteten Stellungnahme hervorgehobenes) Informationsbedürfnis abdeckt, weil in Niederösterreich kein privates landesweites Hörfunkprogramm zugelassen ist. Diesen inhaltlichen Zusammenhang stellt das geplante Programm der Berufungswerberin nicht her.

16. Auch soweit sich die Berufungswerberin auf den Umfang der eigengestalteten Beiträge bezieht, hält der Bundeskommunikationssenat die Entscheidung der KommAustria für nachvollziehbar begründet. Die KommAustria hat ja diesbezüglich die Berufungswerberin sogar „im Vorteil“ gesehen, weil sie ein nahezu zur Gänze eigengestaltetes Programm plant, während die H.F.nur jedenfalls die Hälfte des Programms selbst gestalten wird. Im Sinne der erforderlichen Gesamtbetrachtung (wozu im Übrigen auch die Beurteilung im Lichte der Regelung des § 6 Abs. 2 PrR-G zu zählen ist) ist jedoch die KommAustria nicht zur beanstandenden Auffassung gelangt, dass der Berufungsgegnerin der Vorzug zu geben ist. Die KommAustria hat auch diesbezüglich den Bezug zur Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs hergestellt, wonach das Kriterium „Umfang an eigengestalteten Beiträgen“ – für sich alleine – noch nicht entscheidungsrelevant sein kann, weil es vor allem auch darauf ankommt, inwieweit das Programmangebot bzw. die Sendungen (also auch eigengestaltete Sendungen) auf die Interessen der im Versorgungsgebiet lebenden Bevölkerung Bedacht nehmen. Nur wenn die Anträge der Bewerber nach den Kriterien des § 6 Abs. 1 Z. 1 PrR-G als gleichwertig anzusehen wären, müsste dem Kriterium des § 6 Abs. 1 Z. 2 PrR-G ausschlaggebende Bedeutung zukommen (VwGH 18. 2. 2009, Zl. 2005/04/0293). Von einer derartigen Gleichwertigkeit ist aber - wie dargestellt - nicht auszugehen.

17. In der vorliegenden Verfahrenskonstellation tritt daher noch folgender, zugunsten der Berufungsgegnerin zu wertende Aspekt hinzu: Die KommAustria hat nämlich zutreffender

Weise auch auf die aus der Bestimmung des § 6 Abs. 2 PrR-G abzuleitenden Kriterien Bedacht genommen und hierbei die bestehende Spruchpraxis des Bundeskommunikationssenats und die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl. 15. 9. 2006, Zl. 2005/04/0050) berücksichtigt. Auch unter Würdigung des Berufungsvorbringens kann der Bundeskommunikationssenat keine Anhaltspunkte dafür erkennen, von der Auffassung der KommAustria abzuweichen, dass es gerade das Programm der Berufungswerberin gerechtfertigt erscheinen lassen würde, einen „neuen“ Bewerber zu „favorisieren“, anstatt einen seit knapp zehn Jahren etablierten Hörfunkbetrieb fortzusetzen (vgl. BKS 1. 9. 2008, GZ 611.011/0005-BKS/2008). Der KommAustria ist auch darin zuzustimmen, dass sich die bei der Berufungsgegnerin im Laufe der Zulassungsdauer von zehn Jahren einmalig festgestellte Rechtsverletzung nach Art und Schwere als nicht gravierend erweist, sodass auch unter diesem Blickwinkel zu Recht „der Kontinuitätsgewähr für den etablierten, ordnungsgemäß arbeitenden Veranstalter“ der Vorrang eingeräumt werden konnte.

Mit dem Ergebnis der diesbezüglichen Erwägungen befindet sich die Entscheidung der KommAustria auch im Einklang mit der gemäß § 23 PrR-G abgegebenen begründeten Stellungnahme des Landes Niederösterreich. Nach dieser soll die bewährte Versorgungsqualität im zusammenhängenden Sendegebiet dieses Wirtschafts- und Regionalraums im Süden Niederösterreichs weiterhin gewährleistet werden und biete die Berufungswerberin seit mehreren Jahren ein modernes, eigenständiges, vielseitiges, informatives und zielgruppenorientiertes Programm für junge und kommunikative Menschen mit starkem Lokalbezug an.

In der erforderlichen Gesamtbetrachtung der Bewerbungssituation geht daher auch der Bundeskommunikationssenat nicht davon aus, dass der Berufungswerberin mit ihrem Programm der Vorrang einzuräumen gewesen wäre, sodass spruchgemäß zu entscheiden war.

18. Soweit die **Berufungsgegnerin** noch vorbringt, dass die Berufungswerberin eine im Lichte des § 13 Abs. 8 AVG unzulässige Antragsänderung vorgenommen hätte, hat der Bundeskommunikationssenat auch unter Berücksichtigung des diesbezüglichen Berufungsvorbringens keine Anhaltspunkte dafür, von der Rechtsauffassung der KommAustria abzuweichen:

Die KommAustria ist auf der Grundlage des Gutachtens des Amtssachverständigen vom 9. 7. 2009 aufgrund der von der Berufungswerberin vorgelegten Unterlagen zur Auffassung gelangt, dass diese betreffend den beantragten Standort und die geplante Sendestärke den Werten der ausgeschriebenen Übertragungskapazität „WR NEUSTADT (Sonnenberg) 106,7 MHz“ entsprechen. Die technischen Konzepte betreffend diesen Sendestandort beinhalteten jedoch Unterlagen, welche die Antennencharakteristik nicht eindeutig beschrieben, weshalb

die Unterlagen vom Amtssachverständigen als in sich jeweils nicht schlüssig qualifiziert wurden.

Richtigerweise ist die KommAustria daher davon ausgegangen, dass bei Anbringen mit einem unklaren oder nicht genügend bestimmten Inhalt die Behörde den Gegenstand des Anbringens von Amts wegen zu ermitteln hat, weil im vorliegenden Fall offen blieb, welche der beiden im technischen Konzept enthaltenen Antennencharakteristiken tatsächlich beantragt war. Auf die entsprechende zulässigerweise veranlasste Aufforderung hat die Berufungswerberin glaubhaft dargetan, dass festgestellte Unschlüssigkeiten auf einem Versehen des Erstellers der technischen Unterlagen beruhen und die gegenständliche Übertragungskapazität mit den ausgeschriebenen Parametern - somit ausschreibungskonform - beantragt werden sollte. Die KommAustria hat dazu auch nachvollziehbar dargelegt, auch die sonstigen Unterlagen würden keine Anhaltspunkte dafür beinhalten, dass ein von der Ausschreibung abweichendes technisches Konzept geplant wäre. Genauso schlüssig hat sich die KommAustria auch im Lichte der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs mit der „Reichweite“ des § 13 Abs. 8 AVG auseinandergesetzt. Auch nach Auffassung des Bundeskommunikationssenats handelt es sich bei der zulässigerweise erfolgten Berichtigung eines Versehens wie im vorliegenden Fall um keine Änderung, die einen Einfluss auf den Zugang zum Auswahlverfahren bzw. auf die zu treffende Auswahlentscheidung haben könnte.

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 220,- zu entrichten.

2. September 2010
Der Vorsitzende:
PÖSCHL