BUNDESKOMMUNIKATIONSSENAT

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

GZ 611.076/001-BKS/2002

B E S C H E I D

Der Bundeskommunikationssenat hat durch den Vorsitzenden Dr. SCHALICH, die weiteren Mitglieder Dr. PÖSCHL, Dr. GEISSLER, DDr. GRABENWARTER und Dr. KARASEK über die Berufung der L.R. GmbH & Co KG gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 5. Juli 2002, GZ KOA 1.371/02-20, wie folgt entschieden:

Spruch:

I.

Die Berufung der L.R. GmbH & Co KG wird

1. soweit sie sich gegen Spruchpunkt 1. richtet gemäß § 66 Abs. 4 AVG i.V.m. § 3 Abs. 3 Z. 1 PrR-G als unbegründet abgewiesen und
2. soweit sie sich gegen Spruchpunkt 2a. richtet gemäß § 66 Abs. 4 AVG i.V.m. § 3 Abs. 4 PrR-G als unbegründet abgewiesen.

II.

Soweit sich die Berufung gegen Spruchpunkt 2c. und 2.d richtet wird ihr gemäß § 66 Abs. 4 AVG i.V.m. § 28 Abs. 2 und 4 PrR-G teilweise Folge gegeben und der Spruchpunkt 2c dahingehend abgeändert, dass dieser wie folgt lautet:

„2c. dem RTV. A. M. gemäß § 28 Abs. 4 Z. 1 PrR-G aufgetragen, den rechtmäßigen Zustand herzustellen, indem er regelmäßig Spartensendungen im Sinne des im Antrag auf Zulassung vom 08.06.1997 dargestellten und im Zulassungsbescheid der Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde vom 05.12.1997, GZ 611.371/2-RRB/97, genehmigten Programms und zwar im

Ausmaß von insgesamt mindestens 12 Stunden wöchentlich, verteilt auf mindestens vier Tage in der Woche, aber nicht in der Zeit von 0 Uhr bis 5 Uhr sendet.“

III.

Im Übrigen wird die Berufung zu Spruchpunkt 2c und 2d gemäß § 66 Abs. 4 i.V.m. § 28 Abs. 2 und 4 PrR-G abgewiesen.

Begründung:

I.

1. Mit o.z. Bescheid wurde eine Beschwerde der L.R. GmbH & Co KG (im Folgenden kurz L.R.) gemäß § 25 Abs. 1 Z. 1 iVm § 28 Abs. 2 und § 3 Abs. 3 Z. 1 Privatradiogesetz auf Feststellung, dass die Zulassung des RTV. A. M. (Bescheid der Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde vom 05.12.1997, GZ 611.371/2-RRB/97), erloschen sei, gemäß § 3 Abs. 3 Z. 1 Privatradiogesetz zurückgewiesen.

2. Ferner wurde auf Grund der Beschwerde der L.R. gegen RTV. A. M. (im folgenden kurz RTV), gemäß § 25 Abs. 1 Z. 1 iVm § 28 Abs. 2 Privatradiogesetz

a) festgestellt, dass eine Verletzung der Bestimmung des § 3 Abs 4 PrR-G wegen Übertragung der Zulassung des RTV nicht vorliegt;
b) festgestellt, dass der RTV gemäß § 28 Abs. 2 PrR-G dadurch, dass er ein durchgehendes kommerzielles einheitlich formatiertes Programm sendet und keine Spartenprogramme wie im Antrag auf Zulassung vom 08.06.1997 dargestellt und im Zulassungsbescheid der Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde genehmigt, ausstrahlt, den Charakter des von ihm im Antrag auf Zulassung dargestellten und in der Zulassung genehmigten Programms grundlegend verändert hat;
c) dem RTV gemäß § 28 Abs. 4 Z. 1 PrR-G aufgetragen, den rechtmäßigen Zustand herzustellen, indem er regelmäßig Spartensendungen im Sinne des im Antrag auf Zulassung vom 08.06.1997 dargestellten und im Zulassungsbescheid der Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde vom 05.12.1997, GZ 611.371/2-RRB/97, genehmigten Programms sendet und
d) dem RTV gemäß § 28 Abs. 4 Z. 1 PrR-G aufgetragen, binnen einer Frist von acht Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides den rechtmäßigen Zustand

gemäß Spruchpunkt 2c dieses Bescheides herzustellen und der Regulierungsbehörde einen Nachweis darüber vorzulegen.

3. Die Beschwerdeführerin hatte ausgeführt, dass nach dem im Zulassungsverfahren und im Bescheid dargestellten Sendekonzept das Programm des RTV nichtkommerziell und werbefrei zu sein habe. Der Beschwerdegegner habe das von ihm im Versorgungsgebiet gesendete Programm zunächst wie im Zulassungsverfahren und in der Zulassung dargestellt ausgestrahlt.

In der Folge hätten der Beschwerdegegner, der damalige Vereinsvorsitzende und weitere Vereinsangehörige die RTVi. RadiobetriebsgmbH (kurz RTVi.) zum Betrieb der Radiostation mit der Senderbezeichnung „Radio Plus 93,9“ gegründet. Im Juni 2001 sei der Radioverbund „K.H.“ gegründet worden. In weiterer Folge habe ein Unternehmen der Kronen Zeitung Geschäftsanteile an der RTVi. übernommen. Seit damals bestehe die Gesellschafterstruktur, nach welcher der RTV eine Stammeinlage von ATS 500.000,--, H.H. eine Stammeinlage von ATS 544.866,--, die K.V. GmbH & Co Vermögensverwaltung KG eine Stammeinlage von ATS 306.486,-- geleistet haben.

Seitdem seien der RTV und die RTVi. nicht mehr Hörfunkveranstalter. Nicht einmal auf der Homepage des K.H., sei die RTVi. zu finden; zwangsläufig auch nicht der RTV, der außer Innehabung der formal aufrechten, materiell aber durch Nichtgebrauch erloschenen Zulassung keine Tätigkeit entfalte

Das Programm des K.H. Oberösterreich stimme in einem weit über 60 % hinausgehenden Umfang mit dem Programm der D.R.P.N. GmbH – und generell mit dem Programm aller anderen unter der Bezeichnung „K.H.“ auftretenden Hörfunkveranstalter – überein. Eine eigenständige Programmgestaltung – mit Ausnahme der lokalen Werbung – erfolge nur in einem geringen und völlig untergeordneten Umfang. Das gesendete Programm sei das begriffliche Gegenteil des lizenzierten nichtkommerziellen Sendekonzeptes. Die Änderung des Charakters des im Zulassungsantrag dargestellten und in der Zulassung genehmigten Programms sei auch zum heutigen Zeitpunkt noch aufrecht.

<u>4. Die KommAustria ging von folgendem Sachverhalt aus:</u>

Im Jahr 1997 stellte RTV einen Antrag auf Erteilung einer Sendelizenz zur Veranstaltung von lokalem Hörfunk nach dem Regionalradiogesetz bei der Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde für den Raum Gmunden. Hinsichtlich der finanziellen Voraussetzungen brachte der RTV in seinem Antrag im wesentlichen vor, dass sich die „Einnahmen des Senders“ aus „Mitgliedsbeiträgen, Spenden und dem Verkauf von Sendezeit an Dritte im Rahmen der finanziellen Erfordernisse“ ergeben. Der Sender agiere nichtkommerziell und werbefrei. Des Weiteren legte der RTV mit seinem Antrag einen auf sieben Jahre ausgerichteten Finanzplan vor, aus welchem hervorgeht, dass die Finanzierung des Konzeptes zu mehr als 90% auf dem Verkauf von Sendezeit basiere.

Hinsichtlich des Programms hat der RTV in seinem Antrag im wesentlichen vorgebracht, dass das Spektrum an Programmformen grundsätzlich nicht begrenzt werde, besonders zu Beginn der Sendetätigkeit werden gemäß der vorläufig geringen Mitarbeiteranzahl Programmformen eingesetzt, welche sich auch mit niedrigem Aufwand realisieren lassen. Die Mitarbeit der lokalen Bevölkerung solle vor allem im Bereich der Spartenprogramme eine große Programmvielfalt erzeugen. Diese Mitarbeit werde von RTV durch Kontaktaufnahme mit einem möglichst vielfältigen Teil der Bevölkerung, sowie deren praxisgerechter Betreuung sowohl in programmlicher als auch in technischer Hinsicht gemäß den redaktionellen Möglichkeiten angestrebt. Der Kern der angestrebten Zielgruppe sei in der Altersgruppe von 15 bis 50, sozial möglichst wenig eingeschränkt, Kleinstadt- und Landbevölkerung, zu sehen. Durch Spartenprogramme sollen auch andere Hörer im Versorgungsgebiet erreicht werden. Der Programmschwerpunkt liege in erster Linie in der Unterhaltung, welche durch entsprechende Musik- und Themenwahl gewährleistet werden solle. Information und Kommunikation bilden zwei weitere Schwerpunkte, wobei diese vor allem durch aktive Einbindung der Bevölkerung in Programme (z. B. von Hörern gestaltete Sendungen, Call-in-Sendungen, offene Hörerforen), im Sinne des § 4 Abs. 2 RRG umgewandelt werden sollen. Der zu erwartende Anteil an Spartenprogrammen hänge maßgeblich von der Beteiligung von soziokulturellen Gruppen ab, welche an diesen Programmen wesentlich mitarbeiten können und sollen. Da diese aus der „derzeitigen Erfahrung mit lokalem Hörfunk in anderen europäischen Ländern durchaus hoch“ sein könne, werde „RTVi. der Nachfrage

entsprechende Möglichkeiten“ einrichten, was durchaus ein Verhältnis von 1:1 von Spartenprogrammen zu Breitenprogramm bedeuten könne.

Der Verkauf von Werbezeiten sollte nach den Angaben im Antrag für die Zukunft nicht ausgeschlossen sein. Ziel von RTV sei es aber, den Sender werbefrei zu betreiben. Geplant sei, mindestens 50 % des Programms selbst zu produzieren. Für die Zukunft werde eine Erweiterung des Eigenproduktionsanteiles angestrebt. Kernkategorien für Eigenproduktion seien alle Programmkategorien die im Bereich der Breitenprogramme eingesetzt werden. Der Fremdproduktionsanteil werde vor allem im Bereich der Spartenprogramme höher sein.

Mit Bescheid der Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde vom 05.12.1997, GZ. 611.371/2-RRB/97 wurde dem RTV für das Versorgungsgebiet Raum Gmunden gemäß § 2b Abs 5 iVm §§ 17 und 19 des Regionalradiogesetzes (RRG), BGBl. Nr. 506/1993 idF BGBl. I Nr. 41/1997, erteilt.

Hinsichtlich der finanziellen Voraussetzungen wurde in der Begründung des Bescheides festgehalten, dass ein Finanzplan für sieben Jahre ausgewiesen werde. Den Einnahmen aus Verkauf von Sendezeit, Mitgliedsbeiträgen und Spenden werden die Aufwendungen in Bezug auf Miete, Betriebskosten, Marketing, sonstige Kosten und Finanzierungskosten, sowie Abschreibungen für Aufwendungen gegenübergestellt.

Hinsichtlich des Programmkonzepts wird im Bescheid festgehalten, dass sich der Sender als nichtkommerziell und werbefrei verstehe. Der Kern der angestrebten Zielgruppe sei in der Altersgruppe von 15 bis 50 (sozial möglichst wenig eingeschränkt) zu sehen. Durch Spartenprogramme werden auch andere Hörer im Versorgungsgebiet erreicht werden. Der Programmschwerpunkt liege in erster Linie in der Unterhaltung.

In der rechtlichen Beurteilung geht die Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde hinsichtlich des vorgelegten Programmschemas davon aus, dass ein durchaus breit angelegtes Programm zu erwarten sei und auf die lokalen Bedürfnisse bzw. Gegebenheiten in ausreichendem Maß Bezug genommen werde. Die vom Antragsteller genannten Programmschwerpunkte Unterhaltung, Information und

Kommunikation unter Einbindung der Bevölkerung gäben eine ausreichende Gewähr für ein meinungsvielfältiges Programm, in dem auch Elemente von Spartenprogrammen zu gewissen Sendezeiten berücksichtigt würden.

Nach Erteilung der Zulassung sei eine Betriebsgesellschaft mit dem Namen RTVi. gegründet worden, um Programmzeiten zu vermarkten und um sich um die Finanzierung des laufenden Betriebs zu kümmern. Dies geschähe im Auftrag des RTV. Ein schriftlicher Vertrag darüber liege nicht vor.

Die RTVi. sei am 07.11.1998 beim Landesgericht Wels in das Firmenbuch eingetragen. Die RTVi. sei eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Gmunden und einem nicht vollständig einbezahlten Stammkapital in der Höhe von ATS 1.351.352,--. Derzeitige Gesellschafter der RTVi. seien der RTV mit einer Stammeinlage von ATS 500.000,--, H.H. mit einer Stammeinlage von ATS 544.866,-- und die K.V. Gesellschaft mbH & Co Vermögensverwaltung KG mit einer Stammeinlage von ATS 306.486,--. Geschäftsführer der RTVi. ist C.L.

Die Aufgaben der RTVi. seien der Werbezeitenverkauf, die Bereitstellung von Mitarbeitern und die Bereitstellung von technischer Infrastruktur. Insbesondere würden von der RTVi. auch zwei redaktionelle Mitarbeiter zur Verfügung gestellt.

Die aus dem Verkauf von Werbezeiten lukrierten Einnahmen würden der RTVi. zufließen und nicht dem RTV; dafür bezahle der RTV auch nichts für die Bereitstellung der technischen und personellen Infrastruktur. Die RTVi. investiere die Erlöse aus dem Werbezeitenverkauf wiederum in Infrastruktur, welche dann wiederum dem RTV zur Verfügung gestellt werde. Bei einer Gewinnausschüttung, welche bisher noch nicht stattgefunden habe, würde der RTV als Gesellschafter der RTVi. anteilig beteiligt werden.

Am 14.11.1998 sei seitens des RTV der Sendebetrieb aufgenommen worden, wobei ein Programm unter dem Namen „Radio Plus“ ausgestrahlt wurde.

Seit Juni 2001 werde ein durchgehend im AC (Adult contemporary) Format gehaltenes, kommerzielles Formatprogramm mit Werbeeinschaltungen unter dem Namen K.H. ausgestrahlt, wobei in der Zeit von 05:00 bis 19:00 bzw. 20:00 Uhr

ein Mantelprogramm von der Hörfunkveranstalterin D.R.P.N. GmbH, welche eine Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms für das Versorgungsgebiet "Niederösterreich" hat, übernommen werde.

Dieses Mantelprogramm werde zweimal pro Stunde nach den Nachrichten, nämlich zur vollen und halben Stunde durch sogenannte Lokalfenster unterbrochen, welche in Gmunden produziert würden. Diese Lokalfenster dauerten jeweils vier bis fünf Minuten und umfassen Verkehrsnachrichten für Oberösterreich, Wetter in Oberösterreich, Werbung sowie manchmal "Oberösterreich aktuell" und variierende Programmpunkte, wie zB Mundartwettbewebe, "Lokal Spezial", Biowetternachrichten, Quiz und Veranstaltungstipps).

In der Zeit von 20:00 bis 24:00 Uhr werde ein unmoderiertes und werbefreies Musikprogramm gesendet, welches von der D.R.P.N. GmbH übernommen werde. Von 24:00 Uhr bis 05:00 Uhr werde von der D.R.P.N. GmbH zeitgleich ein unmoderiertes, werbefreies Musikprogramm übernommen.
In der Zeit von 20:00 bis 05:00 werde normalerweise keine Werbung gesendet. Zur vollen Stunde gebe es auch in dieser Zeit Nachrichten.

Ein- bis zweimal in der Woche gebe es in der Zeit von 19:00 bis 20:00 Uhr Studiostunden, in welchen Berichte aus der Region gesendet würden, wie z. B. Interviews mit Bürgermeistern oder Vereinen aus der Umgebung. Diese Studiostunden würden vor Ort produziert und seien dergestalt, dass es ca. fünfmal in der Stunde zu maximal 90 Sekunden langen Einstiegen komme. In der restlichen Zeit gebe es Musik und An- bzw. Abmoderationen.

Aus dem Mantelprogramm könne jederzeit ausgestiegen werden. Dies geschähe auch, um lokale Beiträge zu senden oder von Veranstaltungen aus dem Sendegebiet live zu berichten.

Programmverantwortlicher sei der Vorsitzende des RTV G.K.. G.K. sei nicht Angestellter der RTVi.. G.K. sei für die Gestaltung der Studiostunden bzw. der Lokalfenster zuständig und arbeite hier mit den von der RTVi. bereitgestellten Redakteuren zusammen. G.K. obliege auch die Entscheidung, wann das

Mantelprogramm für lokale Beiträge unterbrochen werden soll bzw. auch die Entscheidung, ob das Mantelprogramm übernommen werden soll.

Für die Musik sei C.Sch. zuständig, der ebenfalls Mitglied des RTV sei. C.Sch. komme unter anderem auch die Aufgabe zu, die zugelieferten Programme zu überwachen bzw. bei Ausstiegen aus dem zugelieferten Mantelprogramm in Zusammenarbeit mit G.K. das Programm zeitlich insoweit wieder anzupassen, dass ein lückenloser Eintritt in das Mantelprogramm wieder möglich sei.

5. In ihrer rechtlichen Beurteilung führte die KommAustria folgendes aus:

a. Zur Beschwerdelegitimation im Hinblick auf die Frage des Erlöschens der Zulassung (Spruchpunkt 1.) hat die KommAustria erwogen:

Der Erlöschenstatbestand des § 3 Abs. 3 Z 1 sähe vor, dass die Regulierungsbehörde nach vorheriger Anhörung des Hörfunkveranstalters feststellt, dass der Hörfunkveranstalter über einen Zeitraum von einem Jahr aus von ihm zu vertretenden Gründen keinen regelmäßigen Sendebetrieb entsprechend der Zulassung ausgeübt hat. Nach dieser Bestimmung wird neben der Voraussetzung, wann eine Zulassung erloschen ist, auch ein Verfahren normiert, welches mit einer Feststellung der Behörde endet.

§ 3 Abs 3 Z 1 PrR-G normiere weder eine Verpflichtung eines Hörfunkveranstalters noch einen Tatbestand einer Rechtsverletzung, welche Gegenstand einer Beschwerde nach § 25 PrR-G sein können, sondern vielmehr nur die Voraussetzungen für das Erlöschen der Zulassung, wobei es nicht darauf ankomme, ob eine Rechtsverletzung vorliegt, da § 3 Abs 3 Z 1 PrR-G zwar auf einen Tatbestand abzielt, der vom Hörfunkveranstalter zu vertreten ist, aber nicht notwendigerweise auch eine Rechtsverletzung im Sinn des § 25 PrR-G darstellen müsse. Dies ergäbe sich schon daraus, dass das PrR-G keine Betriebspflicht des Hörfunkveranstalters in dem Sinne kennt, dass eine erteilte Zulassung auch ausgeübt werden muss, und ein Zuwiderhandeln ein Verfahren nach § 25 PrR-G nach sich ziehen könnte.

Ein subjektives Recht einer Person daran, dass ein Hörfunkveranstalter seine Zulassung ausübt, sei dem Gesetz nicht zu entnehmen.

§ 3 Abs. 3 Z 1 PrR-G stelle nicht auf eine Rechtsverletzung ab, bzw. normiere auch nicht eine Verpflichtung des Hörfunkveranstalters, die verletzt werden könnte, wodurch es an der Voraussetzung der behaupteten Rechtsverletzung zur Erhebung der Beschwerde fehlt und die KommAustria die Beschwerdelegitimation verneinte.

b. Hinsichtlich der Frage der Übertragung der Zulassung (Spruchpunkt 2a) und der grundlegende Veränderung des Programms (Spruchpunkte 2b-d) bejahte die KommAustria die Beschwerdelegitimation.

Hinsichtlich der Frage der Übertragung der Zulassung (Spruchpunkt 2a) sei davon auszugehen, dass im Sinn der Bestimmung des § 3 Abs. 4 PrR-G die Auslagerung sämtlicher Funktionen – so auch der Programmgestaltung - des Zulassungsinhabers an eine Betriebsgesellschaft als problematisch anzusehen sei.
Im gegenständlichen Fall sei nach den getroffenen Feststellungen davon auszugehen, dass die Aufgaben der RTVi. den Werbezeitenverkauf, die Bereitstellung von Mitarbeitern und die Bereitstellung von technischer Infrastruktur umfassen, jedoch die Verantwortung hinsichtlich der Programmgestaltung weiterhin dem Zulassungsinhaber RTV bzw. seinen Organen und Mitgliedern vorbehalten bleibe, wobei sich dies nicht auf eine rein formale Verantwortung des RTV beschränke.
Für das gestaltete und ausgestrahlte Programm seien Mitglieder bzw. Organe des Zulassungsinhabers RTV zuständig. So sei als Programmverantwortlicher der Vereinsvorsitzende des RTV G.K. zuständig, dessen Funktion sich nicht nur darauf beschränke, Verantwortung für das ausgestrahlte Programm in formaler Hinsicht zu übernehmen, sondern der vor allem das Programm, welches gestaltet wird, insoweit selbst gestalte als er nicht nur an den Lokalfenstern, welche zweimal in jeder Stunde in der Zeit von 05:00 bis 19:00 bzw. 20:00 Uhr ausgestrahlt werden, sondern auch an den ein- bis zweimal wöchentlich gesendeten Studiostunden mitwirke.

Des weiteren sei G.K. nicht nur für die Gestaltung der lokalen Studiostunden bzw. der Lokalfenster verantwortlich, sondern es obliege ihm auch die Entscheidung dahingehend, ob das Mantelprogramm gesendet wird, bzw. wann es unterbrochen

wird. Hierbei sei es auch irrelevant, ob der RTV oder die RTVi. Vertragspartner der D.R.P.N. hinsichtlich der Übernahme des Mantelprogramms ist bzw. wer Entgelt an die D.R.P.N. für die Übernahme des Mantelprogramm leistet, solange der Zulassungsinhaber organisatorisch dafür Sorge trägt, dass die Entscheidung hinsichtlich der Übernahme des Mantelprogramms bei ihm bzw. seinen Organen liegt.

Im gegenständlichen Fall hätte seitens des RTV jedoch glaubhaft und mit Beispielen unterlegt dargebracht werden können, dass G.K. als Programmverantwortlicher auch die Entscheidung darüber trifft, ob und in welchem Umfang, das Mantelprogramm übernommen wird. Des weiteren sei mit C.Sch. ein weiteres Mitglied des RTV für die Musik verantwortlich, wobei es zu seinen Aufgaben gehöre, die übernommenen Programmteile zu überwachen und in Zusammenarbeit mit G.K. im Fall eines Ausstieges aus dem Mantelprogramm wieder für einen lückenlosen Einstieg in das Mantelprogramm zu sorgen.

c. Zur Frage der grundlegende Veränderung des Programms (Spruchpunkte 2b-d) legte die KommAustria unter Bejahung der Anwendbarkeit der Bestimmung des § 28 Abs. 2 PrR-G auf die Zulassung des RTV Folgendes dar:

Mit Bescheid der Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde vom 05.12.1997, wurde dem RTV für das Versorgungsgebiet „Raum Gmunden“ gemäß § 2b Abs 5 iVm mit den §§ 17 und 19 des Regionalradiogesetzes idF BGBl. I Nr. 41/1997, eine Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms erteilt. Im Spruch dieses Bescheides wurde seitens der Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde nicht ausdrücklich die Programmgattung, das Programmschema und die Programmdauer festgelegt. Lediglich in der Begründung des Bescheides geht die Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde auf Programmgattung, das Programmschema und die Programmdauer ein.

Die Anwendbarkeit der Bestimmung des § 28 Abs. 2 PrR-G vorausgesetzt, sei daher zu prüfen, ob der Beschwerdegegner den Charakter des von ihm im Antrag auf Zulassung dargestellten und in der Zulassung genehmigten Programms wie insbesondere durch eine Änderung der Programmgattung oder eine wesentliche Änderung der Programmdauer grundlegend verändert hat (vgl. § 28 Abs 2 PrR-G).

In dem dem Zulassungsbescheid zugrundeliegenden Antrag des RTV vom 08.06.1997 wurde ein Programm vorgelegt, welches im wesentlichen darauf abgezielt hätte, dass der Sender werbefrei und nichtkommerziell agiere und neben einem Breitenprogramm auch Spartenprogramme gesendet würden. Hierbei wäre davon ausgegangen worden, dass das Verhältnis von Breitenprogramm zu Spartenprogramme entsprechend der Nachfrage durchaus 1:1 betragen könne. Insbesondere gehe das beantragte Programm auch davon aus, dass durch die Spartenprogramme „eine große Programmvielfalt“ erzeugt wird.

Die damals zuständige Behörde habe ihrer Entscheidung ein Programmkonzept zugrundegelegt, wonach sich der Sender als nichtkommerziell und werbefrei verstehe, der Kern der angestrebten Zielgruppe in der Altersgruppe von 15 bis 50 (sozial möglichst wenig eingeschränkt) zu sehen sei, wobei durch Spartenprogramme auch andere Hörer im Verbreitungsgebiet erreicht werden und der Programmschwerpunkt in erster Linie in der Unterhaltung liege.

Weiters sei die Behörde davon ausgegangen, dass das vorgelegte Programmschema darauf schließen lasse, dass ein durchaus breit angelegtes Programm zu erwarten sei und auf die lokalen Bedürfnisse bzw. Gegebenheiten und Besonderheiten in ausreichendem Maß Bezug genommen werde. Die vom Antragsteller genannten Programmschwerpunkte Unterhaltung, Information und Kommunikation unter Einbindung der Bevölkerung böten eine ausreichende Gewähr für ein meinungsvielfältiges Programm, in dem auch Elemente von Spartenprogrammen zu gewissen Sendezeiten berücksichtigt werden.

Die KommAustria ging davon aus, dass sowohl dem Antrag des RTV als auch dem Bescheid ein werbefreies und nichtkommerzielles Programmkonzept zugrunde liege. Dieses dem Bescheid und dem Antrag zugrundeliegende Programm finde im Programm, welches vom RTV derzeit unter dem Namen K.H. ausgestrahlt wird, keine Deckung. Vielmehr handle es sich um ein kommerzielles, werbefinanziertes und durchgehend einheitlich formatiertes Programm.

Allerdings sei dem Antrag auf Erteilung einer Zulassung des RTV vom 08.06.1997 auch zu entnehmen, dass der Verkauf von Werbezeiten für die Zukunft nicht

ausgeschlossen sein solle, dies würde aber vor einer diesbezüglichen Änderung gemeinsam mit den erforderlichen Angaben rechtzeitig der Behörde angezeigt werden. Mit diesem Vorbringen habe der Verein bereits in seinem Antrag vom 08.06.1997 zu erkennen gegeben, dass durchaus auch seinem Antrag zugrunde gelegt wurde, dass eventuell auch Werbung gesendet werden könnte.

Auf dieses Vorbringen werde im Bescheid der Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde in keiner Weise eingegangen; dies wurde auch nicht mit einer Auflage oder in sonstiger Weise in dem Bescheid ausgeschlossen. Vielmehr hätte das vorgelegte Programmkonzept zumindest erkennen lassen, dass eine Möglichkeit der Sendung von Werbung bestehe.

Da somit bereits das im Antrag dargestellte Programm nicht gänzlich das Senden von Werbung für die gesamte Zulassungsdauer ausgeschlossen hat, könne im Sinn des § 28 Abs. 2 PrR-G nicht davon gesprochen werden, dass ein gänzlich werbefreies und nicht kommerzielles Programm im Antrag auf Zulassung dargestellt worden sei, wodurch eine grundlegende Veränderung des Charakters des vom RTV in seinem Antrag dargestellten Programms durch die Ausstrahlung von Werbung nicht vorliege.

Die Beschwerde sei insofern berechtigt, da im Programm, welches sowohl im Antrag dargestellt wurde, als auch im Zulassungsbescheid genehmigt wurde, vorgesehen ist, dass zwar Kern der angestrebten Zielgruppe eine Altersgruppe von 15 bis 50 (sozial möglichst wenig eingeschränkt) sei, jedoch durch Spartenprogramme auch andere Hörer im Verbreitungsprogramm erreicht werden sollen, wobei die Programmschwerpunkte Unterhaltung, Information und Kommunikation unter Einbindung der Bevölkerung eine ausreichende Gewähr für ein meinungsvielfältiges Programm bieten, in dem auch Elemente von Spartenprogrammen berücksichtigt werden.

Das derzeit vom RTV ausgestrahlte Programm sei ein kommerzielles werbefinanziertes durchgehend im AC–Format gehaltenes Formatprogramm. Spartensendungen, wie im Antrag und im Zulassungsbescheid vorgesehen, würden nicht gesendet, wodurch aber auch nicht die dem Programm, welches sowohl im Antrag dargestellt wurde, als auch dem Bescheid zugrunde liegt, eigene

Programm- bzw. Meinungsvielfalt verwirklicht wird, da auch nicht andere Hörer als jene der Zielgruppe des – standardisierten und österreichweit einheitlich verwendeten – Formats erreicht werden.

Wie auch die Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde festgestellt hätte, solle das vorgelegte Programm eine ausreichende Gewähr für ein meinungsvielfältiges Programm bieten, in welchem auch Elemente von Spartenprogrammen berücksichtigt werden. Sowohl der Antrag des RTV als auch der Bescheid der Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde gingen daher davon aus, dass durch die Spartenprogramme ein insgesamt gegenüber einem auf lediglich eine einheitliche Kernzielgruppe abzielendes Programm bessere Gewähr für ein meinungsvielfältiges Programm geboten werden soll. Hierbei sei davon auszugehen, dass eben sowohl im Antrag als auch im Zulassungsbescheid, nicht nur ein Mainstream-Breitenprogramm vorgesehen ist, welches im wesentlichen durch den Zukauf eines Mantelprogramms bzw. aufgrund der Eingliederdung in einen nationalen Radioverbund bestritten wird, in dem es zu einer vollständigen Gleichschaltung des Programmformates mit den anderen Mitgliedern des überregionalen Verbundes und dem Verlust jeder nach außen hin dokumentierten Eigenständigkeit kommt. Vielmehr sei vorgesehen, dass es durchaus zu Brüchen im Programm komme, in dem dieses Breitenprogramm von Spartenprogrammen unterbrochen wird.

Dies werde derzeit im Programm, welches unter dem Namen K.H. verbreitet wird, nicht verwirklicht. Vielmehr handle es sich um ein rein kommerzielles werbefinanziertes Formatprogramm, welches in keiner Weise durch Spartensendungen zu einem meinungsvielfältigen Programm im Sinne des Antrags beiträgt.

Hinsichtlich der Herstellung des rechtmäßigen Zustandes sei davon auszugehen, dass das im Versorgungsgebiet ausgestrahlte Programm insoweit wieder Deckung in dem im Antrag dargestellten und im Bescheid genehmigten Programm finden muss, als es sich nicht nur um ein reines Formatprogramm handeln könne, sondern der Programmvielfalt dadurch entsprochen wird, dass die einheitliche Formatierung des gesendeten Programms durch Spartenprogramme durchbrochen wird. Das im Antrag dargestellte und dem Zulassungsbescheid

zugrundeliegende Programm – darunter eben auch nicht in der Übernahme eines einheitlichen Formatprogramms liegende, vom Mainstream abweichende Programminhalte, auch unterschiedliche Musikrichtungen – müsse zumindest streckenweise im tatsächlich gesendeten Programm „wiedergefunden“ werden können. Es sei davon auszugehen, dass derartige Spartenprogramme auch nach dem ursprünglich beantragten Programmkonzept nicht zu den attraktivsten Sendezeiten geplant waren und dass auch nicht das im Antrag – zu optimistisch – geplante Verhältnis erreicht werden wird, sodass mit tatsächlich auch inhaltlich und formal eigengestalteten, abseits des Krone-Hitradio-Formats und der diesem zugrundeliegenden einheitlichen Zielgruppenausrichtung liegenden (Sparten)sendungen im Umfang weniger Stunden pro Woche der rechtmäßige Zustand im Sinne einer Übereinstimmung mit dem Zulassungsbescheid hergestellt werden kann.

6. Gegen diesen Bescheid erhob die L.R. GmbH Berufung mit dem Vorbringen, dass, sollte die Gegenseite keine Berufung erheben, der Umfang der Anfechtung auf die Punkte 1, 2a, 2c und 2d des Spruches eingeschränkt würde. Der RTV hat keine Berufung erhoben.

In der Berufung wird vorgebracht, dass die KommAustria zu den Veränderungen in den rechtlichen Verhältnissen der Gegenseite keine Feststellung getroffen hat. Es werde beantragt festzustellen, dass sich die personelle Zusammensetzung des Vereinsvorstandes parallel zu den Gesellschaftsverhältnissen der RTVi. verändert hat. Seit die K.V. GmbH & Co Vermögensverwaltungs KG die Mehrheit in der Generalversammlung der Betriebsgesellschaft hätten, suchten sie sich jeweils genehme Vorsitzende im Verein aus. Dies führte sogar soweit, dass der Verein seinen Sitz zeitweilig in der Privatwohnung des Vereinsvorsitzenden hatte. Der nunmehrige Vereinsvorsitzende stehe dem Verein nur als Gallionsfigur der oben erwähnten Mehrheitsgesellschafter vor. Unter dem Titel der unrichtigen rechtlichen Beurteilung übermittelte die Berufungswerberin eine Gegenüberstellung der beantragten und bewilligten Zulassung im Vergleich zum tatsächlich ausgeübten Sendebetrieb. Die Gegenüberstellung zeige, dass der nunmehrige Sendebetrieb das begriffliche Gegenteil des beantragten und bewilligten Programms sei. Die Gegenseite hätte den gesamten Radiobetrieb ausgegliedert. In dieser Gesellschaft sei die Beschwerdegegnerin nur mehr Minderheitsgesellschafterin.

Es würde allen Zielvorstellungen des Privatradiogesetzes widersprechen, wenn es zulässig wäre, dass ein Verein den gesamten Radiobetrieb an eine von ihm nicht beherrschte Betriebsgesellschaft ausgliedern könne. Die „Magna charta“ des Privatradiogesetzes sehe in § 3 Abs. 4 vor, dass die Zulassung nicht übertragbar sei. Die Zulassung sei nichts anderes als die Bewilligung zur Programmverbreitung zu bestimmten im Zulassungsbescheid definierten Bedingungen. Genau diese Bewilligung wurde der RTVi. übertragen. Diese Gesellschaft ihrerseits hätte die Produktion des Mantelprogramms an die RPN GmbH ausgelagert.

Punkt 2c des Spruchs des angefochtenen Bescheids stünde mit der Bescheidbegründung nicht im Einklang. Nach dem erwähnten Spruchpunkt hätte die Beschwerdegegnerin den rechtmäßigen Zustand durch regelmäßige Spartensendungen herzustellen. Dies beschränke sich aber nur auf wenige Stunden pro Woche. Wenn man davon ausginge, dass wenige Stunden pro Woche etwa vier Stunden seien, fände sich bei Einhaltung dieses Auftrages das beantragte und bewilligte Programm im tatsächlichen Programm im Ausmaß von 1/42 wieder. Völlig unbeachtet sei überdies geblieben, dass das Programm laut Antrag und Zulassung nicht kommerziell und werbefrei sei. Es müsste dem Betrieb aufgetragen werden, den Radiobetrieb nicht kommerziell und werbefrei zu gestalten und regelmäßige Spartensendungen im Ausmaß von 30 – 40% des Gesamtprogramms auszustrahlen.

7. Die Berufungsgegnerin gab eine Stellungnahme ab, in der sie dem Vorbringen entgegentrat.

Es sei unzutreffend, dass die K.V. GmbH & Co Vermögensverwaltungs KG Mitglied des Vereins gewesen wäre, schon aus diesem Grund könne sich die personelle Zusammensetzung des Vereinsvorstandes nicht parallel mit dem Gesellschaftsverhältnis der RTVi. Radio Betriebs GmbH geändert haben. Tatsache sei, dass die Gesellschafter der RTVi. Radio Betriebs GmbH keinen Einfluss auf die Willensbildung des Vereins selbst haben und es ihnen daher nicht möglich ist, Vereinsvorsitzende auszuwählen oder gar zu bestimmen. Die Feststellung, dass der Verein seinen Sitz an der Privatadresse des Vereinsvorsitzenden gehabt hätte, sei nicht relevant. Dass der Vorsitzende die Ziele des Vereins nicht kennen würde, weil er nur vorgeschoben werde, sei eine bewusste Missdeutung seiner Aussage.

Hervorgehoben wurde auch, dass die Finanzierung durch Werbung durch den Antrag ausdrücklich erwähnt werde, sodass nicht davon ausgegangen werden könne, dass das Konzept gänzlich werbefrei und nichtkommerziell sei.
Es sei auch nicht klar, warum die Berufungswerberin nur von 4 Stunden Spartenprogammen ausgehe, es würden im übrigen bereits vor Rechtskraft des Bescheids Spartensendungen verbreitet.

II.

Rechtlich folgt:
Zu Spruchpunkt I.1 dieses Bescheids:

Gegenstand der Entscheidung des Bundeskommunikationssenates in diesem Punkt kann nur die Frage der Rechtmäßigkeit der Zurückweisung nicht aber eine Entscheidung über den zurückgewiesenen Antrag sein (vgl. *Hauer/Leukauf*, Verwaltungsverfahren[5], E 70-73 zu § 66 Abs. 4 AVG sowie VfSlg. Nr. 5893/1969).

§ 3 Abs. 3 Z 1 regelt, dass die Regulierungsbehörde nach vorheriger Anhörung des betroffenen Hörfunkveranstalters feststellt, dass der Hörfunkveranstalter über einen Zeitraum von einem Jahr aus von ihm zu vertretenden Gründen keinen regelmäßigen Sendebetrieb entsprechend der Zulassung ausgeübt hat. Es ist daher auch ein Verfahren normiert, welches mit einer Feststellung der Behörde endet.
Aus § 3 Abs. 3 PrR-G und auch der Z. 1 dieser Regelung ist nicht abzuleiten, dass Dritten, die vorbringen, durch die Verwirklichung des Tatbestandes des § 3 Abs. 3 Z. 1 PrR-G durch einen Hörfunkveranstalter in ihren Rechten verletzt zu sein, ein Antragsrecht eingeräumt wird.
Das PrR-G kennt nur gemäß § 25 die Möglichkeit der Beschwerde einer Person, die durch eine Rechtsverletzung unmittelbar geschädigt zu sein behauptet.

§ 3 Abs 3 Z 1 PrR-G enthält aber keine Verpflichtung eines Hörfunkveranstalters zum regelmäßigen Sendebetrieb; ein Zuwiderhandeln eines Unternehmens gegen diese Bestimmung begründet daher auch keine Rechtsverletzung, welche allenfalls Gegenstand einer Beschwerde nach § 25 PrR-G sein könnte. Die Bestimmung regelt nur Bedingungen für das Erlöschen der Zulassung. Das PrR-G kennt keine Betriebspflicht des Hörfunkveranstalters, sodass die Nichtausübung

der erteilten Zulassung keine Rechtsverletzung durch den Zulassungsinhaber darstellt und ein Verfahren nach § 25 PrR-G nach sich ziehen könnte.

Aus den Erl zu § 3 Abs. 3 Z 1 PrR-G (vgl. die RV 401 BlgNR, XXI. GP), ergibt sich, dass Zweck der Regelung ist, die Nicht-Nutzung von Übertragungskapazitäten zur Ausstrahlung eines Programms zu verhindern. Die Bestimmung findet daher im vorliegenden Fall, in der die Zulassung und die Übertragungskapazitäten zwar genutzt werden, aber vorgebracht wird, dass ein in bestimmten Bereichen inhaltlich nicht dem Zulassungsbescheid entsprechendes Programm ausgestrahlt wird, keine Anwendung. Für diese Fälle treffen § 25 und § 28 hinsichtlich der grundlegenden Veränderung spezielle Regelungen. Ein Recht Dritter daran, dass ein Hörfunkveranstalter seine Zulassung ausübt, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.
Eine Feststellung im Sinne des § 3 Abs. 3 Z 1 PrR-G kann nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates auch nicht über eine Beschwerde nach § 25 PrR-G begehrt werden, da Voraussetzung für eine Beschwerde nach § 25 Abs. 1 Z 1 PrR-G sei, dass eine Verletzung des PrR-G behauptet wird.

Es war daher nicht näher darauf einzugehen, dass die Behauptung, der Berufungsgegner übe seit zumindest 18 Monaten die Zulassung nicht mehr aus, tatsachenwidrig sei.

Die KommAustria hat daher nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates den Antrag zu Recht zurückgewiesen.

<u>Zu Spruchpunkt I.2 dieses Bescheids:</u>

§ 3 Abs. 4 PrR-G lautet:

„(4) Die Zulassung ist außer im Fall einer gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge nicht übertragbar.“

Die KommAustria hat unter Bejahung der Beschwerdelegitimation nachvollziehbare und schlüssige Feststellungen im Hinblick auf die „Auslagerung“ von Funktionen und die Verantwortlichkeit des Beschwerdegegners bzw. seiner Organe getroffen, sodass diese vom Bundeskommunikationssenat seiner Entscheidung zugrundegelegt werden können:

Zu prüfen ist somit im gegebenen Zusammenhang, ob die Ausgestaltung der Verantwortlichkeiten des Berufungsgegners und seiner Organe bei der Programmgestaltung sowie die Konstruktion der Betriebsgesellschaft und deren Aufgaben eine nach § 3 Abs. 4 PrR-G unzulässige Übertragung der Zulassung darstellen.

Die Aufgaben der RTVi. beinhalten den Werbezeitenverkauf, die Bereitstellung von Mitarbeitern und die Bereitstellung von technischer Infrastruktur. Die (redaktionelle) Lertztverantwortung hinsichtlich der Programmgestaltung verbleibt weiterhin beim Zulassungsinhaber RTV bzw. seinen Organen und Mitgliedern, woran auch die Ausführungen in der Berufung keinen Zweifel hervorzurufen vermochten. Für den Bundeskommunikationssenat sind – auch aus dem Berufungsvorbringen - keine konkreten Anhaltspunkte erkennbar, dass der Berufungsgegner und seine Organe nur vorgeschoben wären und die Entscheidungen tatsächlich an anderer Stelle getroffen werden.

Für das gestaltete und ausgestrahlte Programm sind Mitglieder bzw. Organe des Zulassungsinhabers RTV zuständig. Die Funktion des Vereinsvorsitzenden als Programmverantwortlichem beschränkt sich nicht darauf, nur in formaler Hinsicht Verantwortung für das ausgestrahlte Programm zu übernehmen. Er ist konkret gestaltend tätig, da er bei der Gestaltung der Lokalfenster, die zwei mal in jeder Stunde in der Zeit von 05:00 bis 19:00 bzw. 20:00 Uhr ausgestrahlt werden und auch an der Gestaltung der ein- bis zweimal wöchentlich gesendeten Studiostunden mitwirkt. Es kommen ihm daher nicht unbeachtliche faktische Eingriffsmöglichkeiten zu.

Der Vorsitzende wird bei dieser Tätigkeit von bei der BetriebsgmbH angestellten redaktionellen Mitarbeitern unterstützt, wobei es nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates für die Beurteilung der Programmverantwortlichkeit irrelevant ist, in welchem Arbeitsverhältnis die Personen stehen, die den Programmverantwortlichen unterstützen.

Dazu kommt, dass dem Vereinsvorsitzenden die Letzt-Entscheidung zukommt, ob das Mantelprogramm gesendet wird, bzw. wann es konkret unterbrochen wird, um lokale bzw. eigengestaltete Beiträge zu senden.

Dem Berufungsgegner obliegt zudem nicht nur die Gestaltung der lokalen Studiostunden bzw. der Lokalfenster, sondern – wie sich aus den schlüssigen Feststellungen der KommAustria ergibt - insbesondere auch die Entscheidung

dahingehend, ob das Mantelprogramm gesendet wird, bzw. wann es unterbrochen wird, um lokale bzw. eigengestaltete Beiträge zu senden.
Keine wesentliche Rolle spielt dabei, ob der Verein oder die BetriebsGmbH Vertragspartner der D.R.P.N. hinsichtlich der Übernahme des Mantelprogramms ist oder welche (juristische) Person das Entgelt für die Übernahme des Mantelprogramm leistet, solange dem Verein und seinen Organen die organisatorischen und faktischen Möglichkeiten gegeben sind, die Entscheidung hinsichtlich der Übernahme des Mantelprogramms und der Unterbrechung zur Einfügung eigener Teile (wofür auch Beispiele vorgelegt wurden) zu treffen.

In diesem Sinn haben sich auch für den Bundeskommunikationssenat keine Anhaltspunkte ergeben, dass nicht dem Verein und den diesen vertretenden Organen die Entscheidung zukommt, ob und in welchem Umfang das Mantelprogramm übernommen wird und daher die wesentliche Entscheidung über die Zusammenstellung des Programms beim Verein liegt. Dass ein weiteres Mitglied des RTV für die Musik verantwortlich ist und dieses Mitglied die Aufgabe hat, die übernommenen Programmteile zu überwachen und in Zusammenarbeit mit dem Vereinsvorsitzenden im Fall eines Ausstieges aus dem Mantelprogramm wieder für einen lückenlosen Einstieg in das Mantelprogramm zu sorgen, spricht ebenfalls dafür, dass nicht unbeachtliche Möglichkeiten hinsichtlich der Programmzusammenstellung beim Verein liegen.

Hinzu tritt (was nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates von besonderer Relevanz für die Beurteilung der Frage der Übertragung im Sinne des § 3 Abs. 4 PrR-G ist), dass im vorliegenden Sachverhalt die Betriebsgesellschaft so „konstruiert“ ist, dass dem Verein in seiner Funktion als 37%iger Gesellschafter die Möglichkeit zukommt, die Entscheidungen betreffend die BetriebsgmbH erheblich zu beeinflussen, da nach § 5 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages in Angelegenheiten der Jahresplanung, der Investitionsplanung, des Abschlusses von Dienstverträgen und des Eingehens von Dauerschuldverhältnissen sowie bei Investitionen jeweils ab einer Summe von 30.000 € sowie auch für den Abschluss, die Abänderungen und sonstige rechtsgeschäftliche Erklärungen betreffend den Kooperationsvertrag mit RTV vorab die Zustimmung von ¾ der abgegebenen Stimmen erforderlich ist. Dies erscheint dem Bundeskommunikationssenat gerade noch ausreichend, um davon ausgehen zu können, dass

Grundsatzentscheidungen hinsichtlich der BetriebsgmbH nicht ohne den Verein getroffen werden können.

Die Frage könnte unter Umständen anders zu beurteilen sein, wenn dem Zulassungsinhaber aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelungen über die Beschlussfassungserfordernisse keine vergleichbaren Befugnisse zukämen.
Das Vorbringen, dass Unternehmen aus der „Krone“ Gruppe „jeweils genehme Vorsitzende im Verein aussuchen würden und der nunmehrige Vereinsvorsitzende dem Verein nur als Galionsfigur der Mehrheitsgesellschafter“ vorstünde, konnte nicht näher substantiiert werden.
Aus dem Sachverhalt sind (abgesehen von der Frage der Relevanz dieses Vorbringens) auch keine Anhaltspunkte erkennbar, dass sich die personelle Zusammensetzung des Vereinsvorstandes parallel zu den Gesellschaftsverhältnissen der RTVi. verändert hätte, da schon die Krone Verlag GmbH & CO Vermögensverwaltung KG nicht Mitglied des Vereinsvorstandes sein konnte.
Dass ein Verein seinen Sitz an der Wohnadresse des Vorsitzenden hat(te), ist ebenso unerheblich wie auch nicht ungewöhnlich.

Der Bundeskommunikationssenat gelangt daher insgesamt zur Auffassung, dass im vorliegenden Einzelfall aufgrund der Kompetenzen des Vereins im Zusammenhang mit der Programmgestaltung und -zusammenstellung sowie der Ausgestaltung der BetriebsgmbH gerade noch nicht von einer gemäß § 3 Abs. 4 PrR-G unzulässigen Übertragung der Zulassung ausgegangen werden kann und die erstinstanzliche Behörde über den diesbezüglichen Antrag zu Recht abschlägig entschieden hat.

Vor Eingehen auf die Spruchpunkte II und III dieses Bescheides sei folgendes vorangestellt:

§ 28 Abs. 4 PrR-G hat folgenden Wortlaut:

„(4) Liegt eine Rechtsverletzung im Sinne des Abs. 1 oder 2 vor, so hat die Regulierungsbehörde
1. außer in den Fällen der Z 2 dem Hörfunkveranstalter mit Bescheid aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand herzustellen und geeignete Vorkehrungen zu treffen, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden; der Hörfunkveranstalter hat diesem Bescheid binnen der von der Regulierungsbehörde festgesetzten, längstens achtwöchigen Frist zu entsprechen und darüber der Regulierungsbehörde zu berichten;

2. in den Fällen, in denen gegen einen Hörfunkveranstalter bereits mehr als einmal ein Bescheid gemäß Z 1 ergangen ist oder wenn der Hörfunkveranstalter einem Bescheid gemäß Z 1 nicht entspricht, die Zulassung zu entziehen."

Es kann nicht Gegenstand eines Verfahrens gem. § 28 Abs. 1 Z 4 PrR-G sein, eine Überprüfung des Zulassungsbescheides der Privatrundfunkbehörde vorzunehmen. Gegenstand dieses Verfahrens ist vielmehr, die Überprüfung des tatsächlich gesendeten Programms mit dem Inhalt des ursprünglich gesendeten Genehmigungsbescheides auf nachträgliche Rechtsverletzung zu überprüfen.

Zu Spruchpunkt II dieses Bescheids:

Mangels Berufung gegen Spruchpunkt 2.b ist dieser in Rechtskraft erwachsen. Während daher im Berufungsverfahren (im Gegensatz noch zum erstinstanzlichen Verfahren) nicht strittig ist, dass die Bestimmung des § 28 Abs. 2 PrR-G (auch) auf die alle im Dezember 1997 von der damaligen Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde erteilten Zulassungen anwendbar ist (was nach der Rechtsansicht des Bundeskommunikationssenates auch zutrifft), meint nun die Berufungswerberin andererseits, dass der im Hinblick auf die Feststellung der „grundlegenden Veränderung" erteilte Auftrag an den Berufungsgegner, den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen, „indem er regelmäßig Spartensendungen im Sinne des im Antrag auf Zulassung vom 08.06.1997 dargestellten und im Zulassungsbescheid der Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde vom 05.12.1997, GZ 611.371/2-RRB/97, genehmigten Programms sendet" zu wenig weitreichend ist.

Der Zulassungsantrag enthält nun auch die Ausführungen, dass das Programm für eine „breite Hörergruppe" geplant ist und dazwischen „für Spartenprogramme genutzt werden soll" (S. 16 des Antrags), auch Spartenprogramme gesendet würden" und dass „durch die Spartenprogramme „eine große Programmvielfalt" erzeugt" wird (S. 17 des Antrags).
In diesem Sinn ist auch die damals zuständige Behörde in der Begründung ihres Bescheids davon ausgegangen, dass „eine ausreichende Gewähr für ein meinungsvielfältiges Programm" geboten würde, „in dem auch Elemente von Spartenprogrammen zu gewissen Sendezeiten berücksichtigt werden." (S. 7 des Bescheides) und hält in ihren Feststellungen zum Programmkonzept fest, dass das Programm für eine „breite Zielgruppe" genutzt wird und „durch

Spartenprogramme auch andere Hörer im Verbreitungsgebiet erreicht werden“ (Seite 6 erster Absatz des Bescheides).

Diese Ausführungen belegen nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates, dass die damals zuständige Behörde der Ausstrahlung von Spartenprogrammen eine nicht unerhebliche Bedeutung beigemessen hat.
Es ist daher davon auszugehen, dass auch dem Zulassungsbescheid nicht nur ein „Mainstream“-Breitenprogramm zugrundegelegen ist, sondern dass durchaus unterschiedliche Zielgruppen auch mit (Musik-)Spartenprogrammen angesprochen werden.
Nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates ist allerdings diesbezüglich der Auftrag zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes nicht hinreichend präzisiert. Mit dem von der KommAustria erteilten Auftrag bleibt letztlich die Beurteilung, welches Ausmaß und welche Abfolge als „regelmäßig“ dem Zulassungsbescheid entspräche, allein dem Zulassungsinhaber überlassen. Dabei ist zu bedenken, dass dem Erfordernis der Bestimmtheit eines derartigen Auftrags (, der sich inhaltlich als Auflage erweist,) entsprochen werden muss (vgl. *Antoniolli/Koja*[3], Allgemeines Verwaltungsrecht, S.555). In diesem Sinn erscheint es nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates daher geboten, jedenfalls eine Mindestgrenze für das Ausmaß derartiger Spartenangebote vorzusehen. Dabei war im Sinne des weiters zu beachtenden Kriteriums der Verhältnismäßigkeit eine Abwägung zwischen den Interessen des Rundfunkveranstalters an einer Übernahme eines Mantelprogramms und der dem Zulassungsbescheid zugrundeliegenden Angaben hinsichtlich des ungefähren Ausmaßes an Spartensendungen vorzunehmen.
Diesbezüglich geht der Bundeskommunikationssenat zunächst in Übereinstimmung mit den Ausführungen in der Begründung des Bescheids, wonach „Elemente von Spartenprogrammen zu gewissen Sendezeiten“ vorgesehen sind, davon aus, dass diese Spartensendungen kein zentraler Bestandteil des Programms sein müssen. Dass somit zwingend nur mit dem Verhältnis von Breitenprogramm zu Spartenprogramm im Ausmaß von 50:50 oder auch nur im Ausmaß von 30 – 40% des Gesamtprogramms dem genehmigten Programm entsprochen wird, ist daher nicht zutreffend. Dies gilt umso mehr als, die Planungen für das Programm im Antrag von einer anfänglichen Dauer von nur 12 Stunden pro Tag ausgegangen sind.

Inhaltlich und formal werden sich diese Sendungen aber doch vom Krone-Hitradio-Format abzuheben haben. Dem Bundeskommunikationssenat erscheint diesbezüglich die Auffassung der KommAustria zutreffend, dass jedenfalls vom sogenannten Mainstream abweichende Programminhalte, insbesondere auch unterschiedliche Musikrichtungen im tatsächlich gesendeten Programm „wiedergefunden“ werden sollten. Im Hinblick auf das Ausmaß der Sendungen war dabei zu berücksichtigen, dass im Programmentwurf des Antrags für Samstag und Sonntag keine Spartensendungen vorgesehen waren und ansonsten Musikspartensendungen im Ausmaß von insgesamt 3 Stunden täglich angeführt wurden (Beilage ./5 des Antrags).
In diesem Sinne ist der Bundeskommunikationssenat der Auffassung, dass die im nunmehr geänderten Spruch genannte nach Tagen und Stunden beschränkte Mindestgrenze ausreichend bestimmt und geeignet ist, die seinerzeitigen Angaben des RTV zum geplanten Programm zu realisieren.

Im Sinne der oben angesprochenen Abwägungsentscheidung ist auch zu berücksichtigen, dass derartige Musik-Spartenangebote auch nach dem ursprünglich beantragten Programm nicht zu den „attraktivsten“ Sendezeiten geplant waren (vgl. Punkt 9.1. des Antrags auf Seite 16 und Beilage ./5, wonach insbesondere die Morgen-, Mittags- und Abendstunden für eine breite Hörergruppe genutzt werden sollen); derartige Programmangebote sollten – was auch dem Zulassungsantrag entspricht - andererseits auch nicht zu Zeiten ausgestrahlt werden, zu denen erfahrungsgemäß die Hörerzahl (teilweise erheblich) sinkt, da es offenbar selbst dem Antragsteller darauf ankam, ein möglichst großes und differenziertes Publikum zu erreichen (vgl. Punkt 9.2. des Antrags erster Absatz). Es war daher auch diesbezüglich eine entsprechende Vorkehrung zu treffen und der Spruch des Bescheides der KommAustria teilweise abzuändern.

Zu Spruchpunkt III dieses Bescheids:

Während aufgrund des zu Spruchpunkt II. Ausgeführten durch die ausdrückliche Erwähnung in den rechtlichen Ausführungen in der Begründung des Zulassungsbescheides davon auszugehen ist, dass es der damals zuständigen Behörde besonders darauf ankam, dass Spartenprogramme gesendet werden,

kann dies im Fall des Ausschlusses von Werbung nicht (mehr) mit Sicherheit angenommen werden.
Entgegen dem Berufungsvorbringen ist nämlich festzuhalten, dass der Antrag des RTV vom 08.06.1997 in Punkt 9.4. auf Seite 18 auch die Angabe enthält, dass der Verkauf von Werbezeiten für die Zukunft nicht ausgeschlossen sein soll. Mangels jeglicher Feststellungen der damals zuständigen Behörde dazu, ist nicht zu erkennen, dass diese die Ausstrahlung von Werbung unbedingt (nämlich auch für die zukünftige Entwicklung des Veranstalters) ausgeschlossen hätte. Der Bescheid enthält nur das nahezu wörtliche Zitat aus dem Antrag, dass sich das „Programm als werbefrei und nichtkommerziell versteht“. Während auf die Spartenprogramme in der rechtlichen Würdigung der damals zuständigen Behörde ausdrücklich eingegangen wurde, fehlt dort eine Aussage zur Werbung.

Es kann daher Angesichts der Unbestimmtheit des ursprünglichen Zulassungsbescheides die Beurteilung nicht zu Lasten des RTV ausfallen, indem davon ausgegangen wird, dass das vom RTV in seinem Antrag dargestellte Programm einen gänzlichen Ausschluss von Werbung vorgesehen habe, sodass diesbezüglich die Berufung abzuweisen war.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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 VfGG von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Spätestens im Zeitpunkt der Überreichung der Beschwerde ist eine Gebühr von € 180 zu entrichten.

13. Dezember 2002
Der Vorsitzende:
SCHALICH

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung: