



BUNDESKOMMUNIKATIONSSENAT

GZ 611.144/0001-BKS/2007

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

BESCHEID

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 Berufungen des A und der B gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 22. März 2007, KOA 1.541/07-001, wie folgt entschieden:

Spruch:

1. Die Berufung des A wird gemäß § 66 Abs. 4 AVG i.V.m. § 5 Abs. 3 und § 6 PrR-G abgewiesen und der Spruchpunkt 4 i) des erstinstanzlichen Bescheids dahingehend abgeändert, dass statt des Verweises „gemäß § 6 Abs. 1 PrR-G“ die Wortfolge „gemäß § 5 Abs. 3 PrR-G“ eingefügt wird.

2.1. Die Berufung der B wird - soweit sie sich auf deren Hauptantrag auf Erteilung einer Zulassung bezieht - gemäß § 66 Abs. 4 AVG i.V.m. § 6 PrR-G abgewiesen.

2.2. Die Berufung der B wird - soweit sie sich auf den Eventualantrag auf Zuordnung der Übertragungskapazität „INNSBRUCK 6 (Schlotthof) 95,5 MHz“ zur Erweiterung des bestehenden Versorgungsgebietes „Spittal an der Drau“ bezieht - gemäß § 66 Abs. 4 AVG i.V.m. § 10 Abs. 1 Z 4 3. Satz PrR-G abgewiesen.

2.3. Die Berufung der B wird - soweit sie sich auf deren Eventualantrag auf Zuordnung der Übertragungskapazität „INNSBRUCK 6 (Schlotthof) 95,5 MHz“ zur Erweiterung des aufgrund der Veranstaltung eines über den digitalen Satelliten ASTRA 1H SES verbreiteten Hörfunkprogramms bestehenden „Versorgungsgebietes“ bezieht - gemäß § 66 Abs. 4 AVG i.V.m. § 10 Abs. 1 Z 4 3. Satz PrR-G i.V.m § 2 Z 3 und 4 PrR - G abgewiesen.

Begründung:

Mit oz. Bescheid wurde der K.R. gemäß § 3 Abs. 1 und 2 iVm §§ 5 und 6 Privatradiogesetz für die Dauer von zehn Jahren ab Rechtskraft die Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk für das Versorgungsgebiet „Innsbruck 95,5 MHz“ erteilt.

Das beantragte und genehmigte Programm umfasst ein eigengestaltetes 24 Stunden Hörfunkprogramm mit Schwerpunkt auf klassischer Musik und symphonischer Filmmusik. Das Musikprogramm spannt dabei einen Bogen von der Orchestermusik des Barock über die Wiener Klassik bis in die Romantik, ergänzt von Klassikern aus dem Bereich der (symphonischen) Filmmusik und des Cross Over. Das Wortprogramm umfasst schwerpunktmäßig Kulturberichterstattung aus und für Österreich bzw. Innsbruck und Tirol sowie politische und wirtschaftliche Informationen und Nachrichten (inklusive Servicemeldungen). Das Programm richtet sich hinsichtlich der Alterszielgruppe vorwiegend an die 30 bis 55 Jährigen.

Die Anträge der B und des A auf Zulassungserteilung wurden neben anderen Anträgen gemäß § 6 Abs. 1 PrR-G abgewiesen.

Weiters wurde der Eventualantrag der B auf Zuordnung der Übertragungskapazität „INNSBRUCK 6 (Schlotthof) 95,5 MHz“ zur Erweiterung ihres bestehenden Versorgungsgebietes „Spittal an der Drau“ gemäß § 10 Abs. 1 Z 4 3. Satz PrR-G abgewiesen und der Eventualantrag der B auf Zuordnung der Übertragungskapazität „INNSBRUCK 6 (Schlotthof) 95,5 MHz“ zur Erweiterung ihres aufgrund der Veranstaltung eines über den digitalen Satelliten ASTRA 1H SES verbreiteten Hörfunkprogramms bestehenden „Versorgungsgebietes“ wird gemäß § 2 Z 3 iVm Z 4 PrR-G zurückgewiesen.

Hinsichtlich des konkreten Verfahrensgangs und des als entscheidungswesentlich erkannten Sachverhalts kann auf die erstinstanzlichen Ausführungen auf den Seiten 3 bis 6 und 7 bis 61 verwiesen werden. Dies gilt insbesondere auch für die Ausführungen über die im Versorgungsgebiet empfangbaren Programme auf den Seiten 7 bis 8 und die Feststellungen zu den drei Verfahrensparteien ua. auf den Seiten 12, 47 bis 56, 72 und 76 und die Begründung der Auswahlentscheidung.

Gegen den Bescheid der KommAustria erhoben der A und die B rechtzeitig Berufung.

Der A führte aus, dass nicht nachvollziehbar sei, welches Gewicht die Stellungnahme des Rundfunkbeirates hatte und dass sich die Behörde wesentlich darauf gestützt hätte. Die Ansicht, dass die dauerhafte Durchführbarkeit des Programmangebots des Berufungswerbers weniger gesichert sei, sei unrichtig, da die Frage des wirtschaftlichen Erfolgs nicht am Beginn beurteilt werden könne. So wäre die notwendige Voraussetzung beim Berufungswerber nicht grundsätzlich in Abrede gestellt worden. Die Berufungsgegnerin hätte keine Unterlagen vorgelegt, welche Mittel sie bereitzustellen gedenke. Demgegenüber hätte der Berufungswerber detailliert dargestellt, wie der Betrieb sichergestellt wird. Allein

aus der Kapitalausstattung der Berufungsgegnerin lasse sich nicht ableiten, welche Mittel bereitgestellt werden.

Die Berufungsgegnerin beschränke sich auf zwei bis drei Kulturfenster Österreich, während der Schwerpunkt des Berufungswerbers „regional relevant“ sei. Das Angebot der Berufungsgegnerin richte sich nicht spezifisch an das Versorgungsgebiet, werde übernommen und mit österreichspezifischen Inhalten erweitert. Lokale Themen seien von der Berufungsgegnerin nicht zu erwarten. Der erforderliche Aufwand und die erforderliche Arbeitsweise für ein Radio mit lokalspezifischen Inhalten bedürfe einer gänzlich anderen Struktur als das Konzept der Berufungsgegnerin. Es bedürfe des Aufbaus einer redaktionellen Struktur mit direkten Kontakten und aus dieser Notwendigkeit entstehe auch die wirtschaftliche Struktur die der Berufungswerber vorsehe („ehrenamtliche Mitarbeit, direkte Kontakte zu Kunstschaffenden“). Es sei nicht anzunehmen, dass sich Kunstschaffende im Raum Innsbruck in die Hamburger Studios begeben würden. Die Behörde habe darüber hinweggesehen, dass die Berufungsgegnerin keine lokalen Redakteure ausschicken würde, aber beim Berufungswerber Nachweise einfordere und es nicht genügen lasse, dass zahlreiche Verwendungszusagen bestünden. Hätte die Behörde entsprechend ermittelt, so wäre sie zum Schluss gekommen, dass die wirtschaftliche und organisatorische Infrastruktur des Berufungswerbers besser geeignet sei, um eine Versorgung mit einem niveaureichen Lokalprogramm zu gewährleisten. Die wirtschaftlichen Verhältnisse seien nicht nur am Vermögen eines Bewerbers zu messen, sondern auch daran, wie viel er bereit sei, „zur Verbreitung an persönlicher Arbeit, persönlichem Know-how und persönlichen Kontakten einfließen zu lassen“. Qualitativ hochstehender Radiojournalismus sei nicht unbedingt eine Geldfrage, sondern hänge maßgeblich davon ab, welche Kontakte zu Informationsquellen vor Ort vorhanden wären. Es wäre auch nicht berücksichtigt worden, dass das Segment bereits durch Ö1 abgedeckt werde und dass Klassikradio bereits über andere Medien empfangbar sei.

Werbung und Sponsoring funktioniere immer nur dann, wenn ein Betrieb bereits aufgenommen sei, sodass es auch nicht hinderlich sein könne, wenn noch keine Zusagen vorlägen.

Die Berufungsgegnerin habe nicht am „Hearing“ teilgenommen, während beim Berufungswerber der Betrieb des Senders Vorrang genieße, was „auf ein dementsprechendes künftiges Engagement schließen lässt“.

Schließlich ließen sich die wirtschaftlichen Konzepte der Antragsteller nicht miteinander vergleichen und der Berufungswerber sei nicht einmal gefragt worden, ob er gegebenenfalls bereit wäre, Fremdkapital aufzunehmen.

Die B andererseits brachte in ihrer Berufung vor, dass die KommAustria übersehen habe, dass das Programm der Berufungsgegnerin eigentlich ein Spartenprogramm sei, da es sich

auf das Segment klassische Musik beschränke und auch das Wortprogramm auf Kulturberichterstattung und Nachrichten aus Politik und Wirtschaft beschränkt sei. Auch beim Zielpublikum sei eine klare Beschränkung auf gut informierte und kulturell Interessierte im Alter von 30 bis 55 Jahren gegeben. Sehe man das Programm als Vollprogramm an, dann sei der Berufungswerberin der Vorzug zu geben, weil ein ausreichendes Angebot an Vollprogrammen vorliege. Die Vergabe an ein Spartenprogramm wäre schon deshalb vorzuziehen. Sofern man das Programm der Berufungsgegnerin als Spartenprogramm ansehen wollte, wäre der Berufungswerberin dennoch der Vorzug zu geben, da deren Programm einen größeren Beitrag zur Meinungsvielfalt liefere, weil der Schwerpunkt auf anderen Gebieten liege – nämlich Verkehrs- und Verbraucherthemen sowie Country- und Westernszene, „die ja nur zu einem kleineren Teil die Musik betrifft“, aber vor allem auch Sport- und gesellschaftliche Veranstaltungen umfasse. Es sei auch unzutreffend, dass die Berufungswerberin abgesehen von Informationssendungen und Servicemeldungen kein weitergehendes Informationsangebot bringen würde, da im Antrag auch über den Tag verteilte Magazinelemente dargestellt wären.

Diesem Vorbringen ist die Berufungsgegnerin mit Schriftsatz vom 10. Mai 2007 entgegengetreten.

Rechtlich folgt:

Die KommAustria hat die gesetzlichen Kriterien im Auswahlverfahren nach § 6 PrR-G ausführlich dargestellt. Die gesetzlichen Kriterien sind auch bereits durch den Bundeskommunikationssenat und die zu seinen Entscheidungen ergangenen Erkenntnisse der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts präzisiert worden.

Die Grundsätze dieser Judikatur bestehen darin, dass es zur Ermittlung der in § 6 Abs. 1 Z 1 PrR-G genannten Zielbestimmungen einer Zusammenschau des – keine explizite Zielbestimmung enthaltenden – PrR-G mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVG-Rundfunk und des Art. 10 EMRK bedarf.

Vor diesem Hintergrund können als Ziele des PrR-G die Gewährleistung der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, die Berücksichtigung der Meinungsvielfalt, die Ausgewogenheit der Programme, die Unabhängigkeit der Personen und Organe sowie die Sicherung der Kommunikationsfreiheit im Sinn des Art. 10 EMRK als Gesetzesziele angesehen werden. Auch die Schaffung einer vielfältigen Hörfunklandschaft ist als Ziel des PrR-G anzusehen (vgl. die Regierungsvorlage zum RRG 1134 BlgNR 18. GP, S 11; Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 30.11.2001, GZ 611.135/003-BKS/2001). Eines der wesentlichsten Ziele des Privatrundfunkrechts ist die Gewährleistung größtmöglicher Meinungsvielfalt (VfGH, 25.09.2002, B 110, 112 u 113/02).

Der Entscheidung zugrunde zu legende Zielsetzungen des Gesetzes werden denn auch in § 6 Abs. 1 Z 1 PrR-G – demonstrativ – angeführt, wobei die Zielsetzung „insgesamt bessere Gewähr für eine größere Meinungsvielfalt“ besonders hervorgehoben ist, da sie an erster Stelle genannt wird, aber auch im letzten Halbsatz dieser Bestimmung neuerlich – im Zusammenhang mit der Berücksichtigung von Spartenprogrammen – betont wird. Von besonderer Bedeutung in diesem Zusammenhang ist, dass der im Regionalradiogesetz noch enthaltene Zusatz, wonach es auf die größere Meinungsvielfalt im Programm ankomme, entfallen ist, es hier also nicht mehr (nur) auf die Binnenpluralität ankommt. Diese Bestimmung ist auch im Zusammenhang mit den durch das PrR-G gegenüber dem RRG deutlich liberalisierten Beteiligungsbestimmungen für Medieninhaber zu sehen. Zudem wird als weitere Zielsetzung das Angebot eines eigenständigen, auf die Interessen im Verbreitungsgebiet Bedacht nehmenden Programms angeführt.

Für Spartenprogramme gilt nach § 6 Abs. 1 PrR-G, dass zu beurteilen ist, ob im Hinblick auf das bereits bestehende Gesamtangebot an nach dem PrR-G verbreiteten Programmen von dem geplanten Programm ein besonderer Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet zu erwarten ist.

Nach § 6 Abs. 2 PrR-G ist auch ein bereits ausgeübter Sendebetrieb von nicht unerheblicher Bedeutung bei der Auswahlentscheidung.

Zutreffend führt die KommAustria im gegenständlichen Fall aus, dass § 6 Abs. 2 PrR-G keine Bedeutung zukommt, da es sich hinsichtlich der zu vergebenden Zulassung um eine Erstzulassung handelt, und daher noch keiner der Antragsteller die zu vergebende Zulassung entsprechend dem Gesetz ausgeübt hat.

Im Lichte der dargestellten Auswahlkriterien ist folglich beruhend auf den Überlegungen der ersten Instanz zu den beiden Berufungen Folgendes festzuhalten:

Zu Spruchpunkt 1 (Berufung des A)

Das Berufungsvorbringen ist nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates aus folgenden Gründen nicht geeignet, die von der KommAustria getroffene Auswahlentscheidung in Frage zu stellen:

Die KommAustria hat im Rahmen einer vergleichenden Bewertung der Berufungsgegnerin eine ausreichende Bezugnahme auf das öffentliche, kulturelle und wirtschaftliche Leben im ausgeschriebenen Versorgungsgebiet attestiert aber erhebliche Zweifel an der dauerhaften Durchführbarkeit des vom Verein Abeantragten Programms geäußert. Lediglich ergänzend kam zugunsten der Berufungsgegnerin die Empfehlung des Rundfunkbeirats hinzu.

Soweit der Berufungswerber darlegt, dass er nicht wisse, welches Gewicht die Stellungnahme des Rundfunkbeirates hatte, ist zunächst nicht erkennbar, welchen Mangel

des Verfahrens der Berufungswerber aufzeigen will. Es ist aber festzuhalten, dass aus der Begründung des Bescheides zu erkennen ist, dass die KommAustria bereits aufgrund des direkten Vergleichs der beiden Antragsteller zum Ergebnis gelangt ist, dass das Konzept der Berufungsgegnerin im Lichte der Kriterien des § 6 PrR-G vor allem im Sinne der Dauerhaftigkeit der Hörfunkveranstaltung zu bevorzugen ist. Es ist aber auch nicht zu erkennen, inwieweit es für die Beurteilung im gegenständlichen Fall von Relevanz ist, zu wissen, welche konkrete Gewichtung vorgenommen wurde. Die Stellungnahme des Rundfunkbeirates bildete jedenfalls nur ein zusätzliches Argument zugunsten der Berufungsgegnerin.

Soweit die Berufungswerberin darlegt, dass allein aus der Kapitalausstattung der Berufungsgegnerin sich nicht ableiten lasse, welche Mittel bereitgestellt werden, übersieht der Berufungswerber die in dieser Hinsicht präzisen Ausführungen der KommAustria auf Seite 76 des Bescheids, die ihrerseits auf den ausführlichen Angaben des Antrags der Berufungsgegnerin auf den Seiten 49 ff beruhen. Auch der Bundeskommunikationssenat hat wie die KommAustria keine wie immer gearteten Zweifel, dass die Berufungsgegnerin aufgrund ihrer erwiesenen langjährigen Erfahrungen und aufgrund der Gesellschafterstruktur die finanziellen Voraussetzungen glaubhaft gemacht hat. Demgegenüber sind auch die Berufungsausführungen nicht geeignet, ein wesentlich anderes Bild von den Voraussetzungen beim Berufungswerber zu zeichnen.

Vielmehr begnügt sich der Berufungswerber mit dem lapidaren Hinweis, dass *„die Frage des wirtschaftlichen Erfolgs nicht am Beginn beurteilt werden“* könne oder dass die *„wirtschaftlichen Verhältnisse nicht nur am Vermögen eines Bewerbers zu messen“* wären, sondern auch daran *„wie viel er bereit ist, zur Verbreitung an persönlicher Arbeit, persönlichem Know-how und persönlichen Kontakten einfließen zu lassen“*. Auch das Vorbringen, dass *„qualitativ hochstehender Radiojournalismus nicht unbedingt eine Geldfrage ist“* kann an dieser Einschätzung nichts ändern. Dass der Berufungswerber – wie er jetzt vorbringt – *„detailliert“* dargestellt hätte, wie der Betrieb sichergestellt wird, erweist sich nach dem Antrag (vgl die 17 Zeilen auf Seite 4 wie z.B *„Die Finanzierung ist gesichert.“*) als reine Behauptung.

In dieser Hinsicht veranlassen die bereits von erheblichen Zweifeln der KommAustria geprägten Ausführungen über die Glaubhaftmachung der fachlichen und organisatorischen Voraussetzungen insbesondere aber zu den finanziellen Voraussetzungen (die KommAustria beurteilt diese wie die organisatorischen Voraussetzungen als *„gerade noch gelungen“* vgl. Seite 76) den Bundeskommunikationssenat zu einer tiefer gehenden Prüfung:

Die KommAustria hat - wie sie selbst darlegt - die *„finanzielle bzw. wirtschaftliche Basis des Vereins besonders kritisch hinterfragt“* und dabei festgestellt, dass *„sich die vorgelegten Einnahmenplanungen auf eine derzeit nicht mit Sicherheit annehmbare Zahl von künftigen*

Vereinsmitgliedern und deren Beiträge sowie auf Förderungen bzw. Sponsorzusagen, deren tatsächliche Bewilligung und Höhe zum derzeitigen Zeitpunkt nicht abschätzbar ist“ beziehen. Die im Businessplan veranschlagten Ausgaben vernachlässigen explizit Anlaufkosten für eine Studioinbetriebnahme und die Sendeanlagenerrichtung bzw. für sonstigen technischen Aufwand, ohne eine auch nur andeutungsweise Ausführung darüber, wer (allenfalls aus bloßer Generosität) diese Kosten übernehmen würde. Es fehlen auch konkrete Angaben dazu, wer die Senderinfrastruktur sowie die Büro- bzw. Studioräumlichkeiten kostenlos dauernd zur Verfügung stellt bzw. ob sich diese allenfalls im Eigentum des Vereins befinden und weshalb diese nicht kostenwirksam sind. Der Businessplan geht weiters von der zwar nicht gänzlich auszuschließenden aber doch höchst optimistischen Einschätzung aus, dass alle Radiomitarbeiter ihre Arbeitsleistung gegen bloße Aufwandsentschädigung, darüber hinaus jedoch unentgeltlich erbringen würden. Es mag zwar manche Beispiele nichtkommerzieller Veranstalter geben, die allein auf „ehrenamtlicher“ Tätigkeit beruhen, selbst diese müssen aber z.B. regelmäßig zumindest Sendermieten oder Sendererrichtungs- und Wartungskosten veranschlagen.

Es entspricht nun durchaus der Spruchpraxis des Bundeskommunikationssenates, dass die Anforderungen für die Glaubhaftmachung der finanziellen Voraussetzungen nicht überspannt werden dürfen (vgl. dazu die Entscheidung vom 1. Juli 2003, GZ 611.077/001-BKS/2003).

Ließe man andererseits – ähnlich wie bei der Bewerbung im Jahr 2004 - eine nahezu ausschließlich auf Hypothesen beruhende Argumentation des Berufungswerbers als ausreichende Glaubhaftmachung genügen, so wäre der Anordnung des § 5 Abs. 3 PrR-G die Grundlage entzogen (vgl. dazu schon BKS vom 25.11.2005, GZ 611.142/0001-BKS/2005).

Zu Recht hebt die KommAustria hervor, dass mit der Glaubhaftmachung nach § 5 Abs. 3 PrR-G den jeweiligen Antragsteller ausdrücklich die Verpflichtung trifft, jene Umstände der Behörde mitzuteilen und in geeigneter Form zu belegen, die der Behörde ein Urteil über die Wahrscheinlichkeit (*Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht* 7. Aufl, Rz 315) der fachlichen, finanziellen und organisatorischen Eignung des Antragstellers ermöglichen.

Nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates reicht es aber nicht aus, es – wie die KommAustria dies begründet - als „*nicht völlig unwahrscheinlich anzusehen*“, dass es dem Verein Agelingen „*könnte*“, im Falle einer Zulassungserteilung die entsprechenden Mitglieder anzuwerben und auch manche Förderungen und Sponsorengelder aufzutreiben, weil weiterhin Zweifel über Höhe und Finanzierung der tatsächlich zu erwartenden Kosten verbleiben. Diesen Feststellungen ist der Berufungswerber gar nicht entgegengetreten; er führt aus, dass „*der erforderliche Aufwand und die erforderliche Arbeitsweise für ein Radio mit lokalspezifischen Inhalten (...) einer gänzlich anderen Struktur*“ bedürfe und „*aus dieser Notwendigkeit auch die wirtschaftliche Struktur entsteht*“, die der Berufungswerber vorsieht. In dieser Hinsicht vermag aber auch der Hinweis der Berufung, dass „*Werbung und*

Sponsoring immer nur dann funktionieren, wenn ein Betrieb bereits aufgenommen ist“, die Zweifel nicht zu beseitigen. Es kann nämlich das Erfordernis eines realistischen oder nachvollziehbaren Konzepts nicht durch den Hinweis ersetzt werden, dass sich angesichts wirtschaftlicher Gegebenheiten alles ändern werde.

Der Bundeskommunikationssenat übersieht nicht, dass es dem Antragsteller anders als noch bei der letzten Bewerbung vom Dezember 2003 zumindest möglich war, fünf vordruckte und mit Namen und Beträgen individuell ausgefüllte Absichtserklärungen für mögliche Werbeschaltungen im ersten Jahr vorzulegen, was aber nichts daran ändert, dass die Kostenstruktur (z.B. die Sendeanlagen betreffend) weiterhin im Unklaren bleibt.

Das Vorbringen, dass die wirtschaftliche und organisatorische Infrastruktur des Berufungswerbers besser geeignet sei, um eine Versorgung mit einem niveaureichen Lokalprogramm zu gewährleisten, zeugt zwar von hohem Selbstbewusstsein, ist aber angesichts der vorstehenden Ausführungen als bloße Behauptung anzusehen.

Die weiteren Erklärungen des Berufungswerbers im erstinstanzlichen Verfahren, *„Vorgespräche mit Großsponsoren zu führen“*, unter denen sich *„auch Banken, Industrie- und Versicherungsunternehmen“* befänden, wobei zudem *„eine hohe Förderungswürdigkeit des Radioprojektes von Seiten diverser Stadt- bzw. Landesstellen durch die Einbindung von Vereinen und Schulen“* vorläge (vgl. die Feststellungen der KommAustria auf Seite 56), erachtet der Bundeskommunikationssenat gemeinsam mit dem nur cursorisch begründeten „Finanzplan“ des Antrages weiterhin als zu vage, um die finanziellen Voraussetzungen ausreichend glaubhaft zu machen, vor allem auch wenn man in Betracht zieht, dass die KommAustria das geplante Programm als *„ein ambitioniertes Hörfunkprogramm, das entsprechenden Ressourceneinsatz in personeller und damit auch finanzieller Hinsicht erfordert“*, bewertet. Soweit der Berufungswerber dartut, dass er *„nicht einmal gefragt“* worden sei, ob er *„gegebenenfalls bereit wäre, Fremdkapital aufzunehmen“* kann nur darauf hingewiesen werden, dass der Bewerber im Lichte der Judikatur des VwGH *„initiativ alles darzulegen hat, was für das Zutreffen der Voraussetzungen spricht und diesbezüglich konkrete Umstände anzuführen, die objektive Anhaltspunkte für das Vorliegen dieser Voraussetzungen liefern“* (vgl. VwGH vom 15. September 2006, ZI 2005/04/0120). Nichts Anderes kann für die Darlegungen zur Finanzierung im gegenständlichen Fall gelten. Dass die Behörde erster Instanz unter Berufung auf die Amtswegigkeit des Ermittlungsverfahrens bei fehlenden konkreten Angaben den Berufungswerber zu fragen hätte, kann im Lichte der Judikatur des VwGH zur Frage der Änderungen in einem Wettbewerbsverfahren nach dem PrR-G nicht ernsthaft vertreten werden.

Hinzu tritt schließlich, dass auch die Ausführungen zu den organisatorischen Voraussetzungen kein substantiiertes Vorbringen zu den für den tatsächlichen Betrieb als

Hörfunkveranstalter vorgesehenen Personen oder deren Qualifikation erkennen lassen. Selbst bei Personen, die in einem Dienstverhältnis zu anderen Hörfunkveranstaltern stehen sollten, müsste es möglich sein, Angaben über ihre Person, Ausbildung und Qualifikation in einer Weise darzustellen, die sie nicht eindeutig identifizierbar machen (vgl. dazu GZ 611.170/003-BKS/2002 vom 22. April 2002). So konnte von der KommAustria „*deren fachliche Qualifikation mangels konkreter Unterlagen nicht beurteilt werden*“, was insofern von besonderer Bedeutung ist, als der Verein derzeit zwei Mitglieder hat und weitere Mitglieder erst im Fall einer Zulassungserteilung angeworben werden sollen. Dort, wo fachliches Know how nicht selbst bereit gestellt werden kann, will der Verein auf nicht näher genannte externe Experten zurückgreifen. Auch deshalb bezeichnet die KommAustria die „*organisatorischen Planungen in Relation zum geplanten Programm*“ als „*äußerst sparsam und auch unsicher*“. Entgegen der Auffassung der KommAustria ist aber nach Einschätzung des Bundeskommunikationssenates nicht ausreichend glaubhaft dargetan, dass „*dieses Manko*“ allein durch die Kompetenz und das Engagement des Obmanns sowie die nur teilweise belegte Unterstützung diverser Vereine wettgemacht werden kann.

Selbst wenn man annähme, dass es gelänge, zusätzlich zu den derzeitigen zwei Mitgliedern umgehend eine erhebliche Anzahl an weiteren Mitgliedern und damit Beitragszahlenden anzuwerben und tatsächlich einen Mitarbeiterstab aufzubauen, welcher sich nach den Feststellungen der KommAustria „*offenbar aus derzeit erfolgreich bei anderen Rundfunkveranstaltern tätigen Personen zusammensetzen soll*“, die zukünftig „*nur gegen Abgeltung des entstandenen Aufwands zu beschäftigen*“ sein sollen, kann eine dauerhafte Durchführbarkeit dieses Konzeptes nicht ernsthaft als glaubhaft angesehen werden.

Es kann daher – selbst wenn man die Darlegungen als gerade noch ausreichende Glaubhaftmachung ansehen wollte – kein Zweifel bestehen, dass das Konzept der Klassik Radio im Hinblick auf die Zulassungsdauer von zehn Jahren (bei weitem) mehr überzeugt (so auch die KommAustria auf Seite 88 des Bescheids).

Soweit sich der Berufungswerber dadurch beschwert erachtet, dass Aussagen über die Voraussetzungen nach § 5 Abs. 3 PrR-G in die Auswahlentscheidung einbezogen worden seien, ist ihm im Übrigen entgegenzuhalten, dass es nach der Judikatur des VwGH nicht rechtswidrig ist, dass Überlegungen zur finanziellen Ausstattung in die Auswahlentscheidung im Hinblick auf die zu erstellende Prognose einfließen, solange diese Überlegungen ausreichend begründet sind (vgl. VwGH 28.7.2004, ZI. 2002/04/0158, VwGH 15.9.2004, ZI. 2002/04/0163

Aus den vorstehenden Überlegungen zur mangelnden Glaubhaftmachung der finanziellen und organisatorischen Voraussetzungen war daher auf das Berufungsvorbringen, das Angebot der Berufungsgegnerin richte sich nicht spezifisch an das Versorgungsgebiet und lokale Themen seien von der Berufungsgegnerin nicht zu erwarten, nicht weiter einzugehen. Es ist in dieser Hinsicht aber zu bedenken, dass die KommAustria der Berufungsgegnerin

eine „ausreichende Bezugnahme auf das öffentliche, wirtschaftliche und kulturelle Leben im Versorgungsgebiet“ attestiert. Der Bundeskommunikationssenat kann letztlich auch nicht erkennen, dass von einem - im Übrigen entschuldigten - Fernbleiben von der mündlichen Verhandlung auf ein weniger großes Engagement der Berufungsgegnerin zu schließen wäre. Aus den vorstehenden Gründen vertritt daher der Bundeskommunikationssenat die Auffassung, dass der Antrag bereits gemäß § 5 Abs. 3 PrR-G abzuweisen gewesen wäre. An dieser Einschätzung vermögen auch die Ausführungen in der Berufung nichts zu ändern, sodass spruchgemäß zu entscheiden war.

Zu Spruchpunkt 2.1. (Berufung der B):

Die KommAustria ist in ihrer Abwägung zwischen Vollprogrammen und Spartenprogrammen ausführlich darauf eingegangen, dass die Berufungswerberin in ihrem Wort- und Musikanteil auf die Zielgruppe der Fern- und Berufskraftfahrer konzentriert ist und als Spartenprogramm mit im wesentlichen gleichartigen Inhalten zu betrachten ist.

Ebenso ausführlich hat die KommAustria begründet, dass das Gesamtangebot an derzeit in Innsbruck oder Teilen Innsbrucks verbreiteten privaten Hörfunkprogrammen so zu qualifizieren ist, dass drei als Innsbrucker Stadtsender konzipierte Hörfunkveranstalter bestehen, die Programme in der Musikfarbe Formate wie Oldies, Schlagerhits und Austropop, Mainstream CHR sowie ein nichtkommerzielles freies Radioprogramm anbieten. Die ebenfalls im Innsbrucker Raum zu empfangenden Programme der U.L. GmbH und der R.O. GmbH erstrecken sich auf größere Gebiete und fügen dem Musikangebot volkstümliche Musikelemente hinzu. Zutreffender Weise geht nun die Berufungswerberin (aber auch die KommAustria) davon aus, dass eine hohe Dichte an privaten Hörfunkvollprogrammen vorhanden ist. Dennoch teilt der Bundeskommunikationssenat die Auffassung der KommAustria, dass von einem besonders vielfältigem Spektrum unterschiedlicher Musikformate in Innsbruck nicht gesprochen werden kann und, auch was die Wortbeiträge betrifft, das bestehende Angebot an privaten Vollprogrammen zu einem erheblichen Teil von nicht auf die Stadt Innsbruck ausgerichteten regionalen Programmen und dem bundesweiten Hörfunkprogramm geprägt ist (vgl. hierzu BKS 30.11.2001, GZ 611.131/004-BKS/2001; BKS 14.10.2005, GZ 611.074/0001-BKS/2004).

Die KommAustria hat richtigerweise die verwaltungsgerichtliche Judikatur hervorgehoben, wonach einem Spartenprogramm dann der Vorzug gegeben werden soll, wenn „im Hinblick auf das bereits bestehende Gesamtangebot an nach diesem Bundesgesetz verbreiteten Programmen“ vom Spartenprogramm „ein besonderer Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet“ zu erwarten ist, etwa weil im bestehenden Programmangebot des Versorgungsgebietes ein Mangel an Meinungen gegeben wäre, dem durch das Programm der Berufungswerberin abgeholfen würde. Maßgeblich ist nicht bereits die

Unterschiedlichkeit der Programme, sondern vielmehr, ob vor dem Hintergrund des Gesamtangebotes der durch Privatradios im Versorgungsgebiet verbreiteten Programme vom Spartenprogramm ein Beitrag zur Vielfalt der verbreiteten Meinungen zu erwarten ist, der über ein allgemeines Maß hinausgehend als besonderer Beitrag zu werten ist. Läge in diesem Sinne im bestehenden Programmangebot ein Mangel an Meinungen, dem durch ein Spartenprogramm abgeholfen würde, könnte wohl von einem besonderen Beitrag zur Meinungsvielfalt durch dieses Programm gesprochen werden (VwGH vom 21.04.2004, ZI. 2002/04/0156).

Der Bundeskommunikationssenat schließt sich der Einschätzung der KommAustria an, dass ein solcher besonderer Beitrag zur Meinungsvielfalt weder aus dem Umstand, dass sich das Programm der Berufungswerberin in seinem Schwerpunkt an „Country“-Freunde und Fernfahrer richtet, noch daraus folgt, dass dieses Programm sich von den übrigen im Versorgungsgebiet empfangbaren Programmen völlig unterscheidet (VwGH vom 21.04.2004, ZI. 2002/04/0156). Das Konzept der Bstellt in seinem Wort- und Musikanteil kaum auf die Bevölkerung im Versorgungsgebiet sondern primär auf den Durchfahrverkehr und auf die Interessen der Berufskraftfahrer und Fernfahrer ab. Dies zeigt sich beim Nachrichten-, Service- und Informationsangebot ebenso wie bei den (vgl. die Begründung des KommAustria) Sendeschienen, mittels die besonders „truckerspezifischen“ Hörgewohnheiten im Tagesverlauf Rechnung tragen sollen. Es handelt sich bei dem vorgesehenen Programmkonzept insgesamt also um eines, welches auf Fernfahrer und Berufskraftfahrer ausgerichtet ist, sowohl im Hinblick auf die Musikrichtung, als auch die in den Wortprogrammen transportierte Information.

Die Interessen der im Versorgungsgebiet ansässigen Bevölkerung treten demgegenüber in den Hintergrund. Der Lokalbezug des von der Bgeplanten Programms ist aufgrund der umfangreichen Mantelprogrammzulieferung und insbesondere auch angesichts der anvisierten Zielgruppe sogar vernachlässigbar.

An dieser Einschätzung kann auch das Berufungsvorbringen nichts ändern. Entgegen der Ansicht der Berufungswerberin geht es bei der Auswahlentscheidung nach § 6 Abs. 1 PrR-G nicht darum, „*ob ein dringender Bedarf an einem weiteren Vollprogramm besteht*“ und so dies „*nicht der Fall ist, ein Spartenprogramm zu bewilligen*“. Die Beurteilung in dieser Hinsicht ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vielmehr ausschließlich an dem Kriterium der Meinungsvielfalt orientiert. Es geht folglich nicht um eine Bedarfsprüfung für Vollprogramme oder um die Feststellung, ab welcher Zahl an Vollprogrammen „*Meinungsvielfalt herrschen*“ würde, sondern um den jeweiligen Beitrag des jeweils zur Beurteilung anstehenden Programms zur Meinungsvielfalt.

Genau diesen Beitrag zur Meinungsvielfalt hat die KommAustria verneint, weil es die Berufungswerberin verabsäumt hat darzustellen, inwieweit ein Mangel an Meinungen

bestehen würde, dem gerade durch das Programm der Berufungswerberin abgeholfen würde.

Der Bundeskommunikationssenat kann sich schließlich dem Vorbringen, dass auch das Programm der Berufungsgegnerin eigentlich ein Spartenprogramm sei und kein größeres Spektrum abdecke als das der Berufungswerberin, nicht anschließen, dabei handelt es sich um eine bloße Behauptung.

Die KommAustria hat in ihren Feststellungen deutlich hervorgehoben, dass beim Programm der Berufungsgegnerin zwar ein Schwerpunkt auf klassischer Musik und symphonischer Filmmusik liegt, dennoch aber „sowohl die Musik als auch die Themen der Wortberichterstattung vielschichtig“ sind und sich in Wort und Ton nicht wie im Fall der Berufungswerberin an einen sehr eng definierten Personenkreis richten. Würde man hingegen der Ansicht der Berufungswerberin folgen, so wäre jedes Formatradio mit einer speziellen Musikauswahl oder einer eingeschränkten Alterszielgruppe ein Spartenprogramm. Dass sich das Programm nach der Eigendefinition an „*kulturell interessierte und (...) gut informierte Hörer richtet (...), die (...) sich im Privatrado Qualität erwarten*“, hindert nicht, das Programm als Vollprogramm zu werten. Das Programm der Berufungsgegnerin soll zu 15% aus Wortbeiträgen bestehen. Für die Beurteilung der Meinungsvielfalt kommt es [...] nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wesentlich auf die Informationsteile eines Programms an (VwGH Zl. 2002/04, 0006, 0034, 0145). Das Ausmaß des Wortanteils ist in dieser Hinsicht ein durchaus gewichtiges Indiz dafür, inwieweit ein Programm überhaupt meinungsbildend sein kann. Natürlich kann ein höherer Wortanteil nicht zwingend zur Erteilung der Zulassung führen, weil die bloße Gegenüberstellung des Anteils ohne Beurteilung des Inhalts keine spezifischen Rückschlüsse zulässt. Im gegenständlichen Fall lässt sich aber aus den Feststellungen der KommAustria bei den beiden Antragstellern durchaus erkennen, dass der Wortanteil der Berufungsgegnerin höchst unterschiedlichen Themenbereichen gewidmet ist, ohne eben wie die Berufungswerberin nahezu ausschließlich im (einen Anteil zwischen 5 und 25 % je nach Tageszeit ausmachenden) Wortprogramm auf einen eng definierten Personenkreis abzustellen. So soll es bei der Berufungsgegnerin viele Sondersendungen aus Religion, Politik, Wirtschaft und Reisen geben. Das Programmschema zeigt aber auch (vgl. die Feststellungen der KommAustria auf Seite 49 ff des Bescheids), dass „sich die Antragstellerin dadurch von anderen Anbietern klassischer Musik abhebt, dass sie sich nicht nur auf die Kultur beschränkt, sondern auch Wirtschafts- und politische Nachrichten bringt“, wobei diese durch diverse Berichte und Servicemeldungen für das Leben im Versorgungsgebiet ergänzt werden. Die ausführlichen Beispiele des Antrags (vgl. Seite 23 bis 25 und 32 bis 35) heben sich doch deutlich von den eher grundsätzlichen Darstellungen der Berufungswerberin (vgl. Seite 16 und 17) ab.

Die Ausführungen der Berufungswerberin, dass ihr Beitrag zur Meinungsvielfalt höher wäre, ist dennoch eine durch die Verfahrensergebnisse nicht gedeckte Behauptung, zumal der Hinweis auf Punkt 13 des Antrages nur belegt, dass auch das Wortprogramm auf die Trickerszene beschränkt ist

Das Berufungsvorbringen war daher nicht geeignet, die Begründetheit der von der KommAustria getroffenen Auswahlentscheidung in Zweifel zu ziehen.

Zu Spruchpunkt 2.2. (Abweisung des Antrags auf Erweiterung des Versorgungsgebiets „Spittal an der Drau“):

Der Berufung sind keine näher begründeten Ausführungen dazu zu entnehmen, dass die Erweiterung des bestehenden Versorgungsgebietes „Spittal an der Drau“ um das Versorgungsgebiet „INNSBRUCK“ gemäß § 10 Abs. 1 Z 4 3. Satz PrR-G einen unmittelbaren Zusammenhang aufweisen würde. Die KommAustria hat vielmehr ausführlich dargelegt, dass das mit der Übertragungskapazität „INNSBRUCK 6 (Schlotthof) 95,5 MHz“ versorgbare Gebiet vom bestehenden Versorgungsgebiet der B „Spittal an der Drau“ topografisch entkoppelt ist, sodass sich durch die Hinzunahme des durch die Übertragungskapazität „INNSBRUCK 6 (Schlotthof) 95,5 MHz“ versorgten Gebiets kein Gebiet ergibt, in dem ein durchgehender Empfang des von der Antragstellerin ausgestrahlten Programms möglich wäre. Der Bundeskommunikationssenat sieht keine Veranlassung von seiner mit der Entscheidung GZ 611.091/004-BKS/2003 begonnenen und mit GZ 611.094/001-BKS/2003 fortgesetzten Rechtsprechung abzuweichen, wonach bei Anträgen auf Erweiterung eines bestehenden Versorgungsgebietes insbesondere darauf abzustellen ist, inwieweit das durch die beantragte Übertragungskapazität erreichbare Gebiet und das bestehende Versorgungsgebiet des Antragstellers prinzipiell zueinander die in § 10 Abs. 1 Z 4 PrR-G genannten Zusammenhänge aufweisen. Ein sozialer, kultureller und politischer Zusammenhang, wie er bei der Auswahl zwischen Neuschaffung und Erweiterung eines Versorgungsgebietes gemäß § 10 Abs. 1 Z 4 PrR-G zu berücksichtigen wäre, ist zwischen dem durch die Übertragungskapazität „INNSBRUCK 6 (Schlotthof) 95,5 MHz“ versorgten Gebiet und dem bestehenden Versorgungsgebiet der B „Spittal an der Drau“ nicht ersichtlich. Ein solcher wurde von der B auch in der Berufung nicht behauptet. Die Auffassung, dass weder in geographischer noch in sozialer, kultureller oder politischer Hinsicht ein zusammenhängendes Gebiet entstehen würde, ist daher nicht zu beanstanden. An dieser Einschätzung konnte auch der bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgetragene Einwand, dass § 10 Abs. 1 Z 4 PrR-G einen unmittelbaren geographischen Zusammenhang der Versorgungsgebiete gar nicht zwingend vorschreibe und es auf die Meinungsvielfalt, die Bevölkerungsdichte, die Wirtschaftlichkeit der Hörfunkveranstaltung sowie auf politische, soziale und kulturelle Zusammenhänge mit dem bestehenden Versorgungsgebiet ankäme, nichts ändern. Zutreffend hat die KommAustria die Ausführung, dass „[zwar] *derzeit noch*

kein lückenloser terrestrischer Empfang an das Versorgungsgebiet Spittal/Drau 102,5 MHz besteht, [jedoch] durch die Verbindung der Kärntner Tauernautobahn über Salzburg und das „Deutsche Eck“ mit der Inntalautobahn ein Zusammenhang in der Streckenführung einer möglichen Fernfahrerroute mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gegeben [sei]“, als nicht ausreichend gewertet. Auch das weitere Vorbringen, wonach die über das via ASTRA digital verbreitete und in Spittal an der Drau terrestrisch verbreitete Hörfunkprogramm adressierte Zielgruppe der Fernfahrer, Berufskraftfahrer und sonstigen Autofahrer durch zahlreiche gemeinsame Interessenschwerpunkte ohne bestimmten lokalen Bezug geeint und zusammengehalten würde, vermag keine den Kriterien des § 10 Abs. 1 Z 4 PrR-G entsprechenden Zusammenhänge aufzuzeigen.

Der Eventualantrag der B auf Zuordnung der beantragten Übertragungskapazität „INNSBRUCK 6 (Schlotthof) 95,5 MHz“ zu ihrem bestehenden Versorgungsgebiet „Spittal an der Drau“ war daher abzuweisen.

Zu Spruchpunkt 2.3 (Zurückweisung des Antrags auf Erweiterung des via Satellit bestehenden „Versorgungsgebietes“):

Hat die erste Instanz einen Antrag zurückgewiesen, so ist Gegenstand des Berufungsverfahrens nur die Rechtmäßigkeit der Zurückweisung (VwGH 28.4.1995, ZI 94/18/1046 ua).

Zutreffend hat die KommAustria zum diesbezüglichen Antrag unter Bezugnahme auf die Legaldefinitionen des § 2 PrR-G und des § 10 PrR-G dargelegt, dass sich die §§ 10 und 12 PrR-G, welche die Frequenzzuordnung bzw. die Zuordnung neuer Übertragungskapazitäten im PrR-G regeln, - insoweit in ihnen die Rede von Versorgungsgebieten ist - ausschließlich auf die in § 2 Z 3 und Z 4 PrR-G definierten Versorgungsgebiete iSd PrR-G beziehen. Die Erweiterung eines Versorgungsgebietes iSd Privatfernsehgesetzes (PrTV-G) auf Basis der Bestimmungen der §§ 10 und 12 PrR-G kommt daher nicht in Betracht. Durch die Ausstrahlung eines Hörfunkprogramms über Satellit ergibt sich folglich kein der Erweiterung iSd §§ 10 und 12 PrR-G zugängliches Versorgungsgebiet iSd PrR-G.

Die KommAustria hat daher den auf Zuordnung der verfahrensgegenständlichen terrestrischen Übertragungskapazität zur Erweiterung des aufgrund der Veranstaltung eines über den digitalen Satelliten ASTRA 1H SES verbreiteten Hörfunkprogramms bestehenden „Versorgungsgebietes“ der Bgerichteten Eventualantrag zu Recht zurückgewiesen. An dieser Auffassung vermag auch die Berufung nichts zu ändern.

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 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: