



## BESCHEID

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. GmbH gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 07. März 2008, KOA 1.200/08-002, wie folgt entschieden:

### Spruch:

#### I.

Die Berufung der A.Ö. GmbH wird gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 6 Abs. 1 und 2 PrR-G abgewiesen.

#### II.

Gemäß § 66 Abs. 4 AVG i.V.m. § 3 Abs. 2 PrR-G wird Spruchpunkt 1 des erstinstanzlichen Bescheids insoweit abgeändert, als im genehmigten Programmschema die Wortfolge „außerhalb der Nachtstunden“ durch die Wortfolge „jedoch nicht im Zeitraum zwischen 00.00 Uhr und 06.00 Uhr“ ersetzt wird.

#### III.

Gemäß § 66 Abs. 4 AVG i.V.m. § 3 Abs. 2 zweiter Satz i.V.m. § 6 PrR-G wird der Spruch des erstinstanzlichen Bescheids nach dessen Punkt 1.) insoweit ergänzt, als folgender Punkt 1a) eingefügt wird:

„1a.) Die Zulassung gemäß Spruchpunkt 1.) wird gemäß § 3 Abs. 2 zweiter Satz i.V.m. § 6 Abs. 1 PrR-G unter der Auflage erteilt, dass das durch die P. B. GmbH gesendete Programm nicht über das Ausmaß von 15 Minuten stündlich hinaus zeitgleich von mit der P. B. GmbH

im Sinn des § 9 PrR-G in einem Medienverbund (§ 2 Z 7 PrR-G) stehenden Hörfunkveranstaltern übernommen werden darf, deren Programm - wenn auch nur teilweise - im Versorgungsgebiet empfangen werden kann. Eine Überschreitung ist bis zu einem Ausmaß von maximal 20 % pro Stunde zulässig, die sich ergebende täglich zulässige zeitgleiche Programmübernahme von maximal 360 Minuten muss jedenfalls gewahrt werden.“

### **Begründung**

I.1. Mit der oben näher bezeichneten Entscheidung wurde der P. B. GmbH (FN 168373h beim Landesgericht Eisenstadt) für die Dauer von zehn Jahren ab 01.04.2008 die Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms für das Versorgungsgebiet „Nördl. und mittl. Burgenland, Bezirk Oberwart, Teile des Bezirks Güssing und Jennersdorf“ erteilt.

Dem genehmigten Programmschema zufolge ist „Hit FM Burgenland“ ein 24-Stunden Vollprogramm unter angemessener Berücksichtigung der Sprachen der im Burgenland angesiedelten Volksgruppen. Dieses umfasst großteils moderierte Sendeflächen, eigengestaltete lokale Programmelemente (mehrmals täglich Lokalnachrichten mit lokaler Wetterinformation, lokale Veranstaltungstipps, dazu fallweise Liveübertragungen) und zumindest 20 Stunden pro Woche (davon zumindest 10 Stunden moderiert) außerhalb der Nachtstunden eigengestaltete Sendungen in den Sprachen der im Burgenland angesiedelten Volksgruppen, jedenfalls in Burgenlandkroatisch und Ungarisch. Kernzielgruppe sind die 10 bis 39 Jährigen. Die Musik orientiert sich am Euro Hot AC-Format und setzt sich aus aktuellen Charthits sowie Hits aus den 2000er und 1990er Jahren zusammen. Den überwiegenden Teil des Musikprogramms prägen Titel der Genres Pop, PopRock, Rock und Black. Besonders berücksichtigt werden auch österreichische und burgenländische Produktionen bzw. Interpreten. Das Verhältnis von Wort- und Musikprogramm beträgt etwa 30:70.

Der Antrag der A.Ö. GmbH (FN .... beim Handelsgericht Wien) auf Zuordnung der verfahrensgegenständlichen Übertragungskapazitäten zur Erweiterung des bestehenden Versorgungsgebietes „Wien 102,5 MHz“ wurde gemäß § 10 Abs. 1 Z 4 PrR-G abgewiesen. Der Eventualantrag auf Erteilung einer Zulassung im Versorgungsgebiet „Nördliches und mittleres Burgenland, Bezirk Oberwart und Teile des Bezirks Güssing und Jennersdorf“ unter Zuordnung der verfahrensgegenständlichen Übertragungskapazität wurde gemäß § 6 Abs. 1 und 2 PrR-G abgewiesen.

Gegen die Spruchpunkte 1 - 3 und 7 dieses Bescheides richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Berufung der A.Ö. GmbH.

I.2. Die Berufungswerberin führt aus, dass die Feststellungen der KommAustria zu den im Versorgungsgebiet empfangbaren Programmen unvollständig seien und keine Feststellungen hinsichtlich des technischen Zugewinnes getroffen wurden. Unvollständig seien außerdem die Feststellungen zum geplanten sowie zum bereits veranstalteten Programm der Berufungsgegnerin. Feststellungen zum geplanten Programm der Berufungswerberin wären zudem aktenwidrig. Die Programmbewilligung stehe im Widerspruch zu dem von der Berufungswerberin beantragten Programm sowie zu den Feststellungen. Entgegen der Ansicht der KommAustria bestünden Überschneidungen des geplanten Programms der Berufungsgegnerin mit den Programmen Ö3 und K.. Demgegenüber bestünden keine großflächigen Überschneidungen des geplanten Programms der Berufungswerberin mit den bereits im Versorgungsgebiet empfangbaren Programmen Ö3 und K.. Die KommAustria hätte zudem unterlassen, den Lokalbezug des Musik- und Wortprogramms sowie das Funkhauskonzept der Berufungsgegnerin ausreichend in die Auswahlentscheidung einfließen zu lassen. Die Berufungsgegnerin hätte außerdem wiederholt gegen die Bestimmungen des Privatradiogesetzes verstoßen, was einer positiven Berücksichtigung der bisherigen Zulassungsausübung entgegenstünde. Die Prognose zugunsten der A.Ö. sei insgesamt wesentlich günstiger. Es liege auch keine Übernahme von Sendungen anderer Hörfunkveranstalter vor. Die Berufungswerberin übernehme wesentlich weniger Programm als die Berufungsgegnerin. Den erstinstanzlichen Erwägungen zu § 5 Abs. 5 PrR-G tritt die Berufungswerberin insofern entgegen, als keine Anteile abgetreten oder übertragen worden wären, sondern lediglich die Rechtsform der A.Ö. geändert worden sei. Zudem gäbe es auch keine Frist für die Mitteilung von Änderungen in den Eigentumsverhältnissen übergelagerter Beteiligungsstufen. Die Anzeige von Änderungen sei daher nicht binnen einer Frist von 7 Tagen erforderlich.

I.3. Zu diesem Vorbringen hat die Berufungsgegnerin mit Schriftsatz vom 5. Mai 2008 Stellung genommen und ist dem Vorbringen der Berufungswerberin entgegengetreten. Die Berufungsgegnerin führt zusammengefasst aus, dass die Auswahlentscheidung rechtsrichtig erfolgt sei und dass die Berufungswerberin entgegen ihrem Vorbringen auch im Jahr 2008 Nachrichten von der K. Radiobetriebs GmbH zukaufe. Dieser Schriftsatz wurde der Berufungswerberin zugestellt.

II.1. Zum Sachverhalt und den Feststellungen kann vorerst auf die Ausführungen der ersten Instanz verwiesen werden, soweit im Folgenden nicht ausdrücklich anders lautende Feststellungen getroffen werden.

Der Bundeskommunikationssenat hat der Berufungswerberin mit Schreiben vom 21. Mai 2008 aufgetragen, zu einzelnen Punkten des Vorbringens der Berufungsgegnerin eine Stellungnahme zu erstatten sowie Aufzeichnungen von Nachrichtensendungen vorzulegen. Die Berufungswerberin hat daraufhin am 29. Mai 2008 eine Stellungnahme erstattet und Aufzeichnungen von Nachrichtensendungen übermittelt. Die Berufungswerberin führt in ihrer unwidersprochen gebliebenen Stellungnahme aus, es bestünde keine Überschneidung der Zielgruppe des geplanten Programms der Berufungswerberin mit jener des Programms Ö3. Die Welt- und Österreichnachrichten der Berufungswerberin würden tatsächlich von der K. Radiobetriebs GmbH produziert. Dabei handle es sich nicht um jene Nachrichten, welche im Programm K. gesendet würden. Die redaktionelle Hoheit für die Gestaltung der Nachrichten liege ausschließlich bei der Berufungswerberin, die Nachrichten würden auch von einem anderen Nachrichtensprecher verlesen. Die Nachrichtensendungen müssten deshalb als Eigenproduktion angesehen werden. Außerdem würde die Berufungswerberin weitere eigengestaltete Nachrichtensendungen und „Headlines“ senden. Für den Fall, dass der Berufungswerberin weitere Versorgungsgebiete zugeordnet werden sollten, ist die vollständige Eigenproduktion der Nachrichtensendungen beabsichtigt.

II.2. Der Bundeskommunikationssenat hat ergänzend zu den Ergebnissen des Verfahrens erster Instanz hinsichtlich der Empfangbarkeit terrestrischer Hörfunkprogramm im Versorgungsgebiet Einsicht in die Zulassungsbescheide der KommAustria zu KOA 1.191/01-21 vom 18. Juni 2001 (R.E.P. GmbH), KOA 1.192/01-17, vom 18. Juni 2001 (A.W.P. Radio Betriebsgesellschaft mbH) sowie in den Bescheid der Privatrundfunkbehörde vom 10.09.1999, GZ 611.307/2-PRB/99 (P.F.N. RadiobetriebsgesmbH) genommen.

Aufgrund dieser Zulassungsbescheide sowie der schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten des Amtssachverständigen ergibt sich in Ergänzung zu den Feststellungen des erstinstanzlichen Bescheides, dass in Teilen des Versorgungsgebietes ausschließlich aufgrund technisch nicht weiter vermeidbarer Überschneidungen die folgenden Programme privater Hörfunkveranstalter empfangbar sind:

**P.F.** (P.F.N. RadiobetriebsgesmbH) in Teilen der Bezirke Wiener Neustadt Stadt und iener Neustadt Land im Umfang von ca. 100.000 Personen:

Das Programm der P.F.N. RadiobetriebsgesmbH umfasst ein kommerzielles Musikprogramm mit dem Schwerpunkt auf der Information über lokale Ereignisse im Versorgungsgebiet. Das Verhältnis zwischen Wortbeiträgen und Musik beträgt durchschnittlich 20 % zu 80 %. Bei den Wortbeiträgen und Nachrichten handelt es sich zu

70 % um solche mit lokalem Hintergrund. Werbeeinschaltungen sind ein Teil des Programmkonzeptes.

**88,6 Der Supermix für Wien** (R.E.P. GmbH) in Teilen der Bezirke Mattersburg, Wiener Neustadt Stadt und Wiener Neustadt Land im Umfang von ca. 80.000 Personen :

Das Programm der R.E.P. GmbH (Versorgungsgebiet Wien 88,6 MHz) umfasst ein 24 Stunden Vollprogramm mit einem Programmschema, wonach gemäß dem Antrag ein zur Gänze eigengestaltetes großteils durchmoderiertes Vollprogramm mit starken Serviceanteilen (Wetter-, Verkehrs- und Veranstaltungsinformationen und stündliche Nachrichten mit Schwerpunkt Wien) und einem Zielgruppenschwerpunkt in der 19-49jährigen Bevölkerung gesendet wird. Beim Musikformat stehen die Hits der vergangenen Jahrzehnte ebenso wie aktuelle Hits in einem AC-Format unter Berücksichtigung auch österreichischer Interpreten im Vordergrund.

**Antenne Wien 102,5** (A.W.P. Radio Betriebsgesellschaft mbH) in Teilen der Bezirke Mattersburg, Wiener Neustadt Stadt und Wiener Neustadt Land im Umfang von ca. 100.000 Personen :

Das Programm der A.W.P. Radio Betriebsgesellschaft mbH (Versorgungsgebiet Wien 102,5 MHz) umfasst ein auch in der Nacht durchmoderiertes, zu mindestens 95% eigengestaltetes 24 Stunden Vollprogramm mit dem Programmschema, wonach gemäß dem Antrag ein Programm mit Lokalbezug gesendet wird. Das Wortprogramm umfasst lokale, nationale und internationale Nachrichten, sowie Wetter- und Verkehrsnachrichten. Weiters enthält das Programm Veranstaltungshinweise bzw. -berichte und bringt Berichte mit Bezug zum öffentlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Leben im Versorgungsgebiet. Das Musikprogramm bringt Popmusik der 80er, 90er und der Gegenwart.

Ergänzend zu den Angaben des erstinstanzlichen Bescheides zum geplanten Programm der Berufungswerberin stellt der Bundeskommunikationssenat aufgrund des unwidersprochen gebliebenen Vorbringens der Berufungswerberin (Seite 7 des Verhandlungsprotokolls) fest, dass das geplante Programm der A.Ö. GmbH im Fall der Erteilung der Zulassung im Versorgungsgebiet auch die Interessen der im Versorgungsgebiet angesiedelten Volksgruppen berücksichtigen wird. Ein mehrsprachiges Radio ist nicht geplant.

Zum geplanten Programm der Berufungsgegnerin wird hinsichtlich der Sendung „Hit FM Extra“ festgestellt, dass stündlich nebst drei bis vier Musiktiteln sowie Moderationen in Volksgruppensprachen auch Musik des Formats Euro Hot AC gesendet wird. Hinsichtlich der Programmgestaltung innerhalb des Hit FM Netzwerks stellt der Bundeskommunikationssenat aufgrund des glaubwürdigen, im Schriftsatz vom 4.10.2007 konkretisierten Vorbringens der

Berufungsgegnerin fest, dass die Übernahme von Netzwerkressourcen derart erfolgt, dass in keinem Sender mehr als 15 Minuten stündlich gleich sind.

II.3. Die behauptete Ergänzungsbedürftigkeit des Sachverhaltes im Hinblick auf den technischen Zugewinn liegt nicht vor. Da die Berufungsgegnerin keinen Antrag auf Frequenzzuordnung gemäß § 10 PrR-G gestellt hat, mussten diesbezügliche Feststellungen zum technischen Zugewinn nicht getroffen werden (vgl. BKS 611.060/0003-BKS/2008). Sofern die Regulierungsbehörde das Vorliegen der Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 Z. 2 und 3 sowie jene für eine Erweiterung nach Z 4 verneint und folglich gemäß § 10 Abs. 1 Z. 3 PrR-G ein eigenständiges Versorgungsgebiet geschaffen wird (Auswahl gemäß § 10 PrR-G), ist der Zugewinn an technischer Reichweite nicht entscheidungsrelevant (die durch die Berufungswerberin angeführte Entscheidung BKS 611.059/0001-BKS/2007 betraf gerade den Fall der Erweiterung eines Versorgungsgebietes). Zudem ergibt sich die durch die Berufungswerberin begehrte Feststellung bereits aus dem unwidersprochen gebliebenen Gutachten des Amtssachverständigen sowie aus den Feststellungen hinsichtlich der im Versorgungsgebiet empfangbaren privaten Hörfunkprogramme. Da Spruchpunkt 6 des Bescheides der KommAustria, womit der Antrag der Berufungswerberin auf Zuordnung zur Erweiterung des Versorgungsgebietes „Wien 102,5 MHz“ abgewiesen wurde, nicht Gegenstand der Berufung ist, war nicht weiter auf diese Frage einzugehen.

Die mehrmals durch die Berufungswerberin begehrten Feststellungen zu Marktforschungen und daraus resultierenden Folgen, insbesondere auf Seite 6 f der Berufung hinsichtlich der Unterschiede zwischen dem Programm „Antenne Wien 102,5 MHz“ und dem geplanten Programm der Berufungswerberin waren nicht zu treffen. Es handelt sich bei diesen Ausführungen um rechtliche Beurteilung durch die Berufungswerberin, welche jedoch dem Bundeskommunikationssenat vorbehalten ist. Die durch die Berufungswerberin weiters begehrten Feststellungen zu Fragen der Hörfunkveranstaltung durch die Berufungsgegnerin in den Jahren 2001 bis 2007 waren mangels Verfahrensrelevanz, wie noch näher dazulegen sein wird, ebenfalls nicht zu treffen.

II.4. Den Ausführungen der Berufungswerberin zur Aktenwidrigkeit erstinstanzlicher Feststellungen ist teilweise Folge zu geben. Der Bundeskommunikationssenat stellt nach Einsicht in den Verfahrensakt der KommAustria fest, dass die Feststellung auf Seite 23 des Bescheides *„Es ist jedoch so, dass einzelne Sendungen, die in benachbarten oder sonst zusammengehörigen Versorgungsgebieten ausgestrahlt werden, für diese Gebiete gemeinsam produziert werden, wobei grundsätzlich ein Konzept für die Versorgungsgebiete im Westen und jene im Osten Österreichs besteht. Für das verfahrensgegenständliche Versorgungsgebiet erfolgt demnach eine Orientierung am Programm für das bestehende*

Versorgungsgebiet „Wien 102,5 MHz.“ durch die Ergebnisse des erstinstanzlichen Verfahrens nicht begründet ist. Sowohl aus dem Antrag der Berufungswerberin (insbesondere Seite 30 ff) sowie aus der Übertragung des Tonbandprotokolls der mündlichen Verhandlung vom 13. September 2007 (Seite 7) ergibt sich vielmehr, dass die Berufungswerberin im Fall der Zulassung im ausgeschriebenen Versorgungsgebiet ein nahezu vollständig eigengestaltetes Programm zu veranstalten gedenkt. Festzustellen ist allerdings, dass die Berufungswerberin ein „einheitliches Sounddesign“ für die Versorgungsgebiete im Osten beabsichtigt (Seite 39 des Antrages). Zu den geplanten Programminhalten kann wiederum auf die Zusammenfassung des erstinstanzlichen Bescheides (Seite 22 f) verwiesen werden. Unwidersprochen blieb, dass hinsichtlich der Sendung mit U.H. ein für alle Versorgungsgebiete der Berufungswerberin gemeinsames Sendungskonzept vorhanden ist (Seite 31 des Antrages der Berufungswerberin bzw. Seite 34 der Berufung).

#### **Rechtlich folgt:**

III.1. Die KommAustria hat die gesetzlichen Kriterien im Auswahlverfahren nach § 6 PrR-G ausführlich dargestellt. Diese sind bereits durch den Bundeskommunikationssenat und die zu seinen Entscheidungen ergangenen Entscheidungen der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts präzisiert worden.

Nach dieser Judikatur bedarf 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. Als Ziele des PrR-G können 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 Sinne des Art. 10 EMRK angesehen werden. Auch die Schaffung einer vielfältigen Hörfunklandschaft ist ein Ziel des PrR-G (vgl. die RV zum RRG 1134 BlgNR 18. GP, S 11; BKS 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. Die Zielsetzung der „insgesamt besseren Gewähr für eine größere Meinungsvielfalt“ ist besonders hervorgehoben, als sie an erster Stelle genannt wird, aber auch im letzten Halbsatz dieser Bestimmung nochmals – 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. Das zweite Entscheidungskriterium (§ 6 Abs. 1 Z 2 PrR-G) stellt darauf ab, dass der Vorrang jenem Antragsteller einzuräumen ist, von dem im Programm ein größerer Umfang an eigengestalteten Beiträgen zu erwarten ist. Bei der Anwendung dieses Kriteriums ist aber der systematische Zusammenhang mit § 9 PrR-G und der Ermächtigung zur Übernahme von Mantelprogrammen nach § 17 PrR-G zu beachten, welche Bestimmungen berücksichtigen, dass eine gewisse Verschränkung von Medieninhabern für den Aufbau eines wirtschaftlich lebensfähigen privaten Hörfunkmarktes erforderlich ist (Bundeskommunikationssenat vom 30.11.2001, GZ 611.135/003-BKS/2001).

Nach § 6 Abs. 2 PrR-G ist auch ein bereits ausgeübter Sendebetrieb von nicht unerheblicher Bedeutung bei der Auswahlentscheidung. Schließlich sind (vgl. § 6 Abs. 1 Z 1 PrR-G „Ergebnisse des Verfahrens“) auch Konstellationen vorstellbar, in denen aus den Stellungnahmen der Landesregierung (vgl. § 23 PrR-G) oder des Rundfunkbeirates (§ 4 KOG) zusätzliche Argumente für die jeweilige Auswahlentscheidung abgeleitet werden können.

III.2. Im Hinblick auf das Vorbringen der Berufungswerberin sind vor Behandlung der einzelnen Spruchpunkte folgende Überlegungen voranzustellen, die für die Frage der Auswahl gemäß § 6 PrR-G von Bedeutung sind:

Hinsichtlich des widersprüchlichen Vorbringens der Berufungswerberin zur Frage der Eigengestaltung des geplanten Programms im Verfahren erster Instanz (Seite 31 des Antrages bzw. Seite 7 f des Verhandlungsprotokolls) ist vorzuschicken, dass grundsätzlich der Antrag alle maßgeblichen Angaben zum geplanten Programm zu enthalten hat und nachträgliche Änderungen des Antrages nur eingeschränkt zulässig sind. Da es sich jedoch bei den Konkretisierungen der Berufungswerberin zum geplanten Programm nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates noch nicht um unzulässige Antragsänderungen im Sinn der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt (vgl. diesbezüglich VwGH 2005/04/0120, dazu *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>2</sup>, Seite 368), ist das Vorbringen der Berufungswerberin in der mündlichen Verhandlung erster Instanz zu berücksichtigen und in die Auswahlentscheidung miteinzubeziehen. Gleiches gilt

für die Angaben der Berufungsgegnerin zu Durchführung und Ausmaß der (zeitgleichen) Übernahme von Programmelementen aus dem Hit FM Netzwerk.

Die durch die Berufungswerberin namhaft gemachten privaten Hörfunkprogramme, welche bedingt durch technisch nicht weiter vermeidbare Überschneidungen im Versorgungsgebiet empfangbar sind, sind ebenso zu berücksichtigen, da das Ausmaß der Überschneidungen als nicht nur geringfügig anzusehen ist.

III.3. Soweit die Berufungswerberin weiters (angebliche weitere) Verletzungen der Regelung des § 28a PrR-G rügt und daraus auf ein Hindernis für die Wiedererteilung der Zulassung schließt, ist zunächst festzuhalten, dass sich die KommAustria rechtsrichtig mit den festgestellten Rechtsverletzungen der damaligen Zulassungsinhaberin V. „M.“ & Partner GmbH auseinandergesetzt hat. Wenn die Berufungswerberin nun laufende Rechtsverletzungen der Berufungsgegnerin vermutet, ist dem entgegenzuhalten, dass nur solche Rechtsverletzungen im Zuge des Zulassungsverfahrens zu berücksichtigen sind, welche vor dessen Erledigung rechtskräftig festgestellt wurden. Die KommAustria war deshalb nicht verpflichtet, sich über die festgestellten Rechtsverletzungen der Berufungsgegnerin hinaus mit der laufenden Programmgestaltung der Berufungsgegnerin auseinanderzusetzen (VwGH 15.9.2006, ZI 2005/04/0050).

Bei der Frage der Änderung des Programmcharakters ist nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates zudem eine differenziertere Betrachtung erforderlich als das Vorbringen der Berufungswerberin, dass eine weitere grundlegende Änderung vorgenommen worden ist und „diese gesetzwidrige Ausübung zwingend zu einer negativen Prognoseentscheidung zu Lasten“ des Berufungsgegners gemäß § 6 Abs. 2 PrR-G „ausgelegt werden muss“. Inwieweit nämlich in der Vergangenheit wegen der angeblichen Sendungsanordnung der Volksgruppensendungen in den „Nachtstunden“ bzw. des Ausmaßes der Moderation oder des gesendeten Musikprogramms aber tatsächlich eine dem Zulassungsbescheid widersprechende Programmveranstaltung vorlag, ließe sich nur anhand einer detaillierten Analyse im Lichte der Judikatur des VwGH (vgl. z.B. 24.2.2006, 2004/04/0121 oder auch die Ausführungen in *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz<sup>2</sup>, 2008, Seite 454 ff) im Wege eines Rechtsaufsichtsverfahrens bestimmen. Es ist auch nicht Zweck des Zulassungsverfahrens, in dessen Verlauf sämtliche Aspekte der Tätigkeit der Zulassungswerber als Rundfunkveranstalter detailliert aufzurollen. Das PrR-G sieht dafür ein gesondertes Verfahren vor. Die Aufgabe, ein Rechtsaufsichtsverfahren zu führen, kommt auch nicht dem Bundeskommunikationssenat im vorliegenden Verfahren zu, sondern wäre in einem gesonderten Verfahren zunächst durch die KommAustria zu klären gewesen, da es ansonsten zu einer Verkürzung des Instanzenzuges kommen würde. Ein

derartiges Verfahren wurde nicht geführt und auch keine Entscheidung getroffen, sodass für den vorliegenden Fall davon auszugehen ist, dass keine weiteren als die festgestellten Verstöße vorliegen, die der Berufungsgegnerin zur Last gelegt werden könnten.

Die Feststellung einer Rechtsverletzung steht nicht prinzipiell einer Wiedererteilung der Zulassung entgegen. Vielmehr ist eine Einzelfallbetrachtung angebracht. Wenn die Berufungswerberin die Ansicht vertritt, dass bereits aufgrund der festgestellten Rechtsverletzungen der Berufungsgegnerin im Kontext der § 6 Abs. 2 PrR-G die Zulassung nicht erteilt werden dürfte, verkennt die Berufungswerberin die Rechtslage. Der Bundeskommunikationssenat hat nämlich bereits ausführlich dargelegt, dass auch die Bestimmung des § 6 Abs 2 PrR-G (lediglich) einen Aspekt im variablen Beurteilungsschema des § 6 PrR-G darstellt (vgl. BKS 23.6.2006, 611.001/0007 und 0010/2005, jüngst 16.6.2008, 611.942/0003-BKS/2008; VwGH 15.09.2004 2002/04/0142) und weder ein unbedingtes Hindernis noch eine Garantie für die Wiedererteilung der Zulassung darstellt.

III.4. Ebenso vermag der Bundeskommunikationssenat der Ansicht der Berufungswerberin hinsichtlich des im genehmigten Programmschema verwendeten Begriffes der „Nachtstunden“ nicht zu folgen. Einerseits geht der durch die Berufungswerberin gerügte Spruchteil auf den rechtskräftigen Bescheid der KommAustria zu KOA 1.200/05-013 zurück und es hat sich die KommAustria bereits anlässlich dieser Entscheidung ausführlich mit der zeitlichen Anordnung der Volksgruppensendungen auseinandergesetzt. Aus dem Antrag der Berufungsgegnerin (insbesondere Beilage 17) geht weiters klar hervor, dass die Berufungsgegnerin lediglich die Sendezeit der Sendung „Hit FM Extra“ festgelegt hat, ohne darauf einzugehen, ob es sich nun um „Nachtstunden“ handelt oder nicht. Es steht deshalb das genehmigte Programmschema auch nicht im Widerspruch zum Antrag der Berufungsgegnerin. Dass die Berufungsgegnerin eine durchmoderierte Volksgruppensendung beantragt hätte oder eine solche genehmigt wurde, geht aus den Verfahrensergebnissen auch nicht hervor. Aus dem genehmigten Programmschema (bereits zu KOA 1.200/05-013) ist lediglich ersichtlich, dass zumindest 10 Stunden in Volksgruppensprachen moderierte Sendungen zu veranstalten sind. Daraus folgt jedoch nicht zwingend, dass nicht auch Musiktitel in einer moderierten Sendung gespielt werden können, ohne dass diese den Charakter einer moderierten Sendung verliert.

Nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates ist aus den durch die Berufungswerberin aufgezeigten Umständen jedenfalls kein Argument abzuleiten, welches gegen die Erteilung der Zulassung an die Berufungsgegnerin sprechen könnte. Die Ausführungen der Berufungswerberin sind insofern ohne Relevanz.

In rechtlicher Hinsicht reduziert sich die der Gegenstand des Berufungsverfahrens auf die Frage der Richtigkeit der Auswahlentscheidung nach § 6 PrR-G zwischen den beiden Antragstellerinnen.

### **Zu Spruchpunkt I:**

#### Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet (Außenpluralität)

IV.1. Der Begründung der KommAustria zufolge ist vom Programm der Berufungsgegnerin ein gegenüber der im Auswahlverfahren verbliebenen Antragstellerin bedeutenderer Beitrag zur Meinungsvielfalt zu erwarten, da sich das als lokales Radio konzipierte Programm Hit FM Burgenland an ein jüngeres Publikum wende und *„keine Ähnlichkeiten mit bestehenden privaten Hörfunkveranstaltern im verfahrensgegenständlichen Gebiet auf[weist] und [...] zudem mit seinem Wort- und z.T. auch Musikprogramm („Hit FM Extra“) am meisten auf das verfahrensgegenständliche Gebiet ... [fokussiert]“*.

Die Einbeziehung der durch technisch bedingten „spill-over“ im Versorgungsgebiet empfangbaren Programme bietet nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates keinen Anlass, von dieser Wertung abzugehen.

Zunächst ergibt sich, dass das Programm der ebenfalls dem Hit FM Netzwerk angehörige P.F.N. RadiobetriebsgesmbH in o.a. Bereichen des Versorgungsgebietes (Bezirke Wiener Neustadt Stadt und Land mit ungefähr 100.000 Einwohnern) empfangbar ist. Diesbezüglich ist von Bedeutung, dass Musikprogramm und Musikformat der Hit FM – Sender weitgehend identisch sind (Seite 13 des Bescheides). Von einer Identität der Programme der Hörfunkveranstalter innerhalb des Hit FM Netzwerkes wie dies durch die Berufungswerberin dargestellt wird, kann allerdings nicht die Rede sein. Die Berufungsgegnerin hat glaubwürdig dargelegt, dass die Programme der dem Hit FM Netzwerk zugehörigen Rundfunkveranstalter durch Regionalisierungen und Lokalisierungen für das jeweilige Versorgungsgebiet individuell zusammengestellt werden. Zurückgegriffen wird zu einem bestimmten Ausmaß von ca 50-55 % auf die gemeinsamen Ressourcen des Netzwerkes. Pro Programmstunde soll es zu zeitgleichen Programmübernahmen von höchstens 15 Minuten kommen (Schriftsatz der Berufungswerberin vom 4.10.2007). Es ergibt sich daraus, dass die Übernahme eines Mantelprogramms im Sinn des § 17 PrR-G, welches eine zeitgleiche Übernahme von Programminhalten voraussetzt, höchstens im Zeitraum von 15 Minuten pro Stunde vorliegt. Nach den Feststellungen der KommAustria zur Programmgestaltung erfolgen zudem innerhalb des Hit FM Netzwerkes für das jeweilige Versorgungsgebiet im Sinne der Bedachtnahme auf die Interessen im Verbreitungsgebiet Lokalisierungen im

Wortprogramm (Seite 13ff. des Bescheides). Nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates ergibt sich daraus, dass der Hörer im Versorgungsgebiet das geplante Programm der Berufungsgegnerin im großen und ganzen als Programm mit originären (im Sinn von nicht bereits durch andere Sender des Hit FM Netzwerks zeitgleich ausgestrahlten) Inhalten wahrnimmt, mag auch das Musikformat sowie Sendungstitel und Programmschema im großen und ganzen demselben Konzept wie bei anderen Sendern des Hit FM Netzwerks folgen. Die teilweise Empfangbarkeit des Programms der P.F.N. RadiobetriebsgesmbH im Versorgungsgebiet ist deshalb vor dem Hintergrund des Beitrags zur Meinungsvielfalt dahingehend zu berücksichtigen, dass dieses einem identen Musikformat folgt, jedoch insgesamt ein identes Programm nicht vorliegt. Es ist daher davon auszugehen, dass das geplante Programm der Berufungsgegnerin keine Ähnlichkeiten mit bestehenden privaten Hörfunkveranstaltern im verfahrensgegenständlichen Gebiet aufweist, die Überschneidung von Musikformat und Zielgruppe hinsichtlich des Programms der P.F.N. RadiobetriebsgesmbH erreicht noch nicht ein dermaßen erhebliches Ausmaß, dass diese Bewertung anders ausfallen müsste.

Die R.E. Privatrado GmbH ist nicht Teil des HIT-FM Netzwerks. Das Programm „Wien 88,6“ unterscheidet sich außerdem vom Programm der Berufungsgegnerin sowohl im Hinblick auf die Zielgruppe als auch bezüglich des Musikformates. Ähnlichkeit ist mit dem geplanten Programm der Berufungswerberin vorhanden (idente Zielgruppe 19-49 jähriger Personen, breit gefächertes AC-Musikformat mit Hits der vergangenen Jahrzehnte bis heute). Bereits daraus ergibt sich, dass bei Einbeziehung des Programms „Wien 88,6“ für die Berufungswerberin nichts gewonnen ist. Dieses Ergebnis wird auch durch die von der Berufungsgegnerin vorgelegten Ergebnisse des Radiotestes (2. Halbjahr 2007) untermauert, wonach das Durchschnittsalter der Hörer von „Wien 88,6“ nahezu ident mit dem Durchschnittsalter der Hörer von „Antenne Wien 102,5“ ist. Diesbezüglich ist auch zu berücksichtigen, dass die Berufungswerberin selbst davon ausgeht, dass das im Versorgungsgebiet nachgefragte Programm dem im Versorgungsgebiet Wien verbreiteten Programm weitgehend entspricht.

Im Versorgungsgebiet ist das Programm „Antenne Wien 102,5“ der Berufungswerberin zu empfangen. Die Berufungsgegnerin meint, das durch sie im „Antenne Format“ gestaltete „Main-Stream-Programm“ würde den größtmöglichen Beitrag zur Meinungsvielfalt leisten, da dadurch die größtmögliche Anzahl an HörerInnen angesprochen würde. Dies ließe sich durch die hohen Marktanteile von derartigen Formaten im Gegensatz zu enger positionierten Programmen belegen (Seite 38-40 des Antrages). Das Musikprogramm (Playlists) würde zudem durch Marktforschung laufend an Hörerbedürfnisse angepasst (Seite 32 f des Antrages; Seite 20 der Berufung), eine Maßnahme, welche im Übrigen auch die

Berufungsgegnerin zu ergreifen gedenkt. Wenn die Berufungswerberin nun angibt, das für das Versorgungsgebiet geplante Programm unterscheide sich vom Programm Antenne Wien 102,5 sowohl im Hinblick auf das Musik- wie auch das Wortprogramm, da es „*ausschließlich auf die Hörerpräferenzen der im ..Versorgungsgebiet lebenden Zielgruppe*“ ausgerichtet sei, ist deshalb nicht erkennbar, worin der behauptete Unterschied im Programm der Berufungswerberin zum Programm „Antenne Wien 102,5“ liegen soll. Die Berufungswerberin hat im Antrag ausgeführt, dass das im Versorgungsgebiet „Nördl. und mittl. Burgenland, Bezirk Oberwart, Teile des Bezirks Güssing und Jennersdorf“ nachgefragte Musikprogramm ersten Marktforschungsergebnissen zufolge dem im Versorgungsgebiet „Wien 102,5 MHz“ derzeit veranstalteten Programm weitgehend entspricht (Seite 33 des Antrages). Die Berufungswerberin spricht in ihrem Antrag von einem „einheitlichen Sounddesign“ für die Versorgungsgebiete im Osten (Seite 39 des Antrages). Wenn die Berufungswerberin nunmehr in der Berufung angibt, das geplante Programm unterscheide sich maßgeblich von „Antenne Wien 102,5 MHz“ sowie dass im verfahrensgegenständlichen Versorgungsgebiet jedenfalls lokale Unterschiede im Musikgeschmack festgestellt werden könnten, steht dieses Vorbringen in Widerspruch zum Vorbringen erster Instanz und ist nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates daher nicht glaubwürdig. Es ist vielmehr in Würdigung der getroffenen Feststellungen davon auszugehen, dass im Fall der Erteilung der Zulassung an die Berufungswerberin eine Situation dahingehend geschaffen würde, dass eine Überschneidung mit dem teilweise empfangbaren Hörfunkprogramm Antenne Wien 102,5 MHz der Berufungswerberin stattfinden wird, an dem das beantragte Musikprogramm zumindest orientiert sein soll.

Das im Versorgungsgebiet empfangbare Programm Ö3 ist auf die Zielgruppe der Personen von 14-49 Jahren ausgerichtet (Kernzielgruppe 14 bis 34 Jahre) und das Musikprogramm im Hot AC-Format gestaltet. Bei Ö3 handelt es sich unzweifelhaft um ein auf den Musikgeschmack eines möglichst großen Personenkreises ausgerichtetes Programm. Die Berufungsgegnerin hingegen hat ein Musikprogramm im Euro Hot AC-Format beantragt, welches auf die Zielgruppe der 10 bis 39 Jährigen ausgerichtet ist. Die Berufungsgegnerin beabsichtigt (im Unterschied zum Programm Ö3) Schwerpunkte in der Sendung aktueller Musik und europäischer Musik im größeren Ausmaß zu setzen. Insbesondere ist relevant, dass sich das durch die Berufungsgegnerin im Versorgungsgebiet geplante Programm stärker an die Zielgruppe der Jugendlichen wendet, als jenes von Ö3. Dies wird durch die von der Berufungsgegnerin vorgelegten Statistiken (Radiotest 2. Halbjahr 2007) untermauert. Es mag zwar zutreffend sein, dass sich das Musikprogramm der Berufungsgegnerin teilweise mit von Ö3 gesendeten Titeln deckt. Die behaupteten „*großflächigen Überschneidungen*“ mit dem Programm Ö3 erkennt der Bundeskommunikationssenat jedoch nicht.

Hinsichtlich des Programms FM4 ergibt sich zwar eine (teilweise) Zielgruppenähnlichkeit mit dem Programm der Berufungsgegnerin. Das Programm FM4 sendet jedoch ein Format mit alternativer Musik, sodass sich diesbezüglich keine Ähnlichkeit zum geplanten Programm der Berufungsgegnerin ergibt.

Zum im Versorgungsgebiet empfangbaren privaten Hörfunkprogramm K. hat die KommAustria festgestellt, dass es sich um einen „*Unterhaltungssender für erwachsene Österreicher im AC-Format*“ handelt. Nach den Wertungen der KommAustria würden sich großflächige Überschneidungen des Programms der Berufungswerberin mit dem bereits bisher im verfahrensgegenständlichen Gebiet empfangbaren Programm K. ergeben (Seite 53 des Bescheides), da das Musikformat der Berufungswerberin zwar nicht als AC Format bezeichnet wird, aber doch starke Ähnlichkeiten mit diesem aufweist. Der Bundeskommunikationssenat teilt diese Auffassung. Hinzu kommt, dass sich die Berufungswerberin in ihrem im Zuge des Verfahrens erster Instanz erstatteten Schriftsatz vom 23.11.2007 selbst als kommerzielles lokal ausgerichtetes Breitenradio mit einer altersmäßig breit angelegten Zielgruppe beschreibt. Der Berufungswerberin mag zuzugestehen sein, dass sich ihr beantragtes Musikprogramm in Nuancen von jenem der K. Radio BetriebsgmbH unterscheidet, jedoch fallen bei einer Gesamtbetrachtung die sich nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates ergebenden Überschneidungen des geplanten Programms der Berufungswerberin mit K. stark ins Gewicht. Das dem „Antenne Format“ der Berufungswerberin und das dem Programm K. zugrunde liegende Konzept verfolgen (auch ähnlich dem Konzept von Ö3) nämlich nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates erkennbar dieselbe Absicht, nämlich ein breit angelegtes Mainstream-Format zu etablieren, welches im Wesentlichen auf eine breite Zielgruppe erwachsener Personen fokussiert ist und deren Interessen widerspiegeln soll. Demgegenüber konzentriert sich das Programm der Berufungsgegnerin ausdrücklich auf eine jugendlichere, im höheren Maß abgegrenzte Zielgruppe.

Bezüglich der dargestellten Versorgungssituation hat der Bundeskommunikationssenat zunächst erwogen, dass das PrR-G grundsätzlich keine Wertung darüber trifft, dass bestimmte Konzepte oder Formate zu bevorzugen sind. Entscheidend ist vielmehr deren Geeignetheit, einen Beitrag zur Meinungsvielfalt zu leisten (BKS 14.10.2005, GZ 611.074/0001-BKS/2004; *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>2</sup>, E 8 zu § 6 PrR-G). Auch wenn nicht ausdrücklich durch die KommAustria festgestellt, ist nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates klar ersichtlich, dass das Programm der Berufungsgegnerin im Gegensatz zur Berufungswerberin sowohl hinsichtlich des Musikformats als auch hinsichtlich der Zielgruppe ein Segment abdeckt, das derzeit im

verfahrensgegenständlichen Gebiet noch nicht bedient wird und sich damit im Verhältnis mit bereits bestehenden Hörfunkprogrammen an einen bisher geringer angesprochenen Personenkreis richtet. Dass aber dies ein Kriterium bei der Beurteilung von Relevanz ist, bestätigt auch die Judikatur des VwGH (vgl. 30.6.2004, 2002/04/0150, 15.9.2004, 2002/04/0142). Daran kann auch die teilweise Empfangbarkeit des Programms „Hit FM Wiener Neustadt“ nichts ändern, da die Übernahme eines klassischen Mantelprogramms nicht vorliegt und die sich aus technischen Gründen ergebende Überschneidung lediglich einen Teil des Versorgungsgebietes betrifft.

Dass ein Programm zu bevorzugen wäre, das eine besonders breite Zielgruppe anspricht bzw. hohe Marktanteile erwarten lässt (wie es die Berufungswerberin durch ihren Vergleich zum durch sie im Versorgungsgebiet Salzburg veranstalteten Hörfunkprogramm andeutet), ist kein dem PrR-G zu entnehmendes Kriterium (in diesem Sinn VwGH 28.07.2004, Zl. 2003/04/0166). Es ist deshalb insbesondere den Ausführungen der Berufungswerberin nicht zu folgen, dass durch ein „Main-Stream-Programm“ der Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet am besten gedient wird, wenn bereits mehrere derartige Main-Stream-Programme im Versorgungsgebiet vorhanden sind. Nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates würde es den Zielsetzungen des Gesetzgebers diametral zuwiderlaufen, wenn die Nachfrage und damit die zu erwartenden Marktanteile zum zentralen Auswahlkriterium würden, da diesfalls eine Vielfalt von Meinungen nicht gewährleistet würde (in diesem Sinn bereits BKS 21.1.2008, GZ 611.080/0001-BKS/2007).

Wenn die Berufungswerberin weiters meint, im Versorgungsgebiet eine Versorgungslücke zu schließen, ihr Programm aber an die Zielgruppe der 14-49 Jährigen (Kernzielgruppe 30 bis 34 Jahre) gerichtet ist, verkennt sie, dass mit dem ORF Regionalprogramm „ORF Radio Burgenland“ bzw. den teilweise empfangbaren Programmen „Antenne Steiermark“ und „ORF Radio Steiermark“ weitere Hörfunkprogramme im Versorgungsgebiet zur Verfügung stehen, welche tendenziell eher ältere Zielgruppen bedienen (vgl. Seite 6f. des Bescheides). Im Hinblick auf die gegebene Versorgungssituation ist deshalb der Beitrag zur Meinungsvielfalt hinsichtlich des Musikprogramms durch die Berufungsgegnerin höher einzustufen, weshalb der Berufungsgegnerin diesbezüglich der Vorzug einzuräumen ist.

IV.2. Auch die Überlegungen der Berufungswerberin zum Wortprogramm (außenplurale Aspekte) sind nicht geeignet, ein anderes Ergebnis herbeizuführen. Für die Beurteilung des Beitrages zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet kommt es nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates und der einschlägigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH Zl. 2002/04, 0006, 0034, 0145) wesentlich auch auf die Informationsteile eines Programms an.

Nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates vermag die Berufungswerberin aus ihrem Konzept keine entscheidenden Vorteile abzuleiten. Information im Programm kann nicht nur auf Nachrichtensendungen reduziert werden. Es ist vielmehr auf die Summe von Nachrichtensendungen (internationale, regionale, lokale Nachrichten), lokaler Berichterstattung im Programm sowie relevanter Serviceelemente (Verkehrsfunk, Veranstaltungshinweise etc) abzustellen. Zur Ankündigung der Berufungswerberin, Nachrichtensendungen ab dem Jahr 2008 selbst produzieren zu wollen, wird auf die unten stehenden Ausführungen in Punkt IV.8 verwiesen. Es kann nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates nicht davon ausgegangen werden, dass das Angebot an internationalen Nachrichtensendungen der Berufungswerberin von jenen des Programms K. maßgeblich unterscheiden wird. Die Berufungswerberin vermag deshalb keinen Vorteil gegenüber der Berufungsgegnerin zu verbuchen.

Die Nachrichtenzulieferung an die R.E. Privatrado GmbH durch das Hit FM Netzwerk ist deshalb hinzunehmen, da einerseits diese Zulieferung regionale und lokale Berichterstattung nicht umfasst und andererseits die Berufungsgegnerin nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates noch ausreichend dargelegt hat, dass mittels dezentraler Organisation der Nachrichtenrecherche (insbesondere Punkt 16 der Beilage 17 des Antrages) ausreichender Lokalbezug hergestellt ist. Die Berufungswerberin beabsichtigt zwar, lokale Nachrichtensendungen vor Ort recherchieren und produzieren zu lassen. Insgesamt kann dies aber hinsichtlich der Gestaltung der Nachrichtensendungen keinen entscheidenden Vorteil gegenüber dem Konzept der Berufungsgegnerin bewirken. Der Spruchpraxis des Bundeskommunikationssenates zufolge liegt nämlich das Hauptaugenmerk auf den inhaltlichen Aspekten des Programms und nicht auf dem Ort der Herstellung (z.B. BKS 31.3.2005, GZ 611.150/0002-BKS/2004). Da die Berufungsgegnerin durch im Antrag dargestellte organisatorische Maßnahmen, insbesondere ein dezentral arbeitendes Redakteursnetz, den inhaltlichen Lokalbezug der Information ebenfalls ausreichend sicherstellen kann, ist hinsichtlich der Nachrichtengestaltung von einer Ausgewogenheit der Zulassungswerber auszugehen.

#### Lokalbezug des Programms

IV.3. Die Komm Austria zufolge fokussiert das Programm der Berufungsgegnerin zudem mit seinem Wort- und z.T. auch Musikprogramm („Hit FM Extra“) am meisten auf das verfahrensgegenständliche Gebiet. Der Bundeskommunikationssenat teilt diese Auffassung.

Die Bedachtnahme auf das öffentliche, kulturelle und wirtschaftliche Leben im Programm zählt nämlich zu den Zielsetzungen des PrR-G (VwGH 30.06.2004, ZI.2003/04/0133, 28.07.2004, ZI. 2003/04/0172). Im Zuge der Auswahlentscheidung ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass einer Bewerbung umso mehr Chancen zukommen, je konkreter die Darstellung der geplanten Inhalte erfolgt (BKS 24. September 2007, GZ 611.143/0001-BKS/2007).

Bezüglich des beantragen Wortprogramms ist zu berücksichtigen, dass es der Berufungsgegnerin gelungen ist, wesentlich detaillierter und nachvollziehbarer darzulegen, wie durch das geplante Programm das Geschehen im Versorgungsgebiet abgebildet wird (Seite 13ff. des Bescheides bzw. Beilage 17 des Antrages). Insbesondere hat die Berufungsgegnerin konkret ausgeführt, wie das Programm auf die Interessen im Verbreitungsgebiet Bedacht nimmt, insbesondere durch die Darstellung einzelner Sendungen samt deren konkreter Inhalte (Beilage 17 des Antrages, beispielsweise durch Darstellung der Inhalte der Morgensendung, der Wetter- und Verkehrsmeldungen, On Air Promotion Kooperationen mit Talent-, Band- und Castingbewerben samt konkreter Beispiele, Live-Einstiege bei lokalen Events mittels eigener Moderatoren, Sendung „Hit FM Extra“ mit Moderationen und Musiktiteln in Volksgruppensprachen). Die Berufungsgegnerin hat diese Angaben durch detaillierte Darlegung bisher durchgeführter Aktivitäten im Versorgungsgebiet untermauert. Das von der Berufungsgegnerin beantragte Programm sieht insbesondere eine derartige Einbeziehung lokaler Ereignisse - zumindest in dieser Ausführlichkeit - nicht ausdrücklich vor. Die diesbezüglichen Zweifel der Berufungswerberin, aus welchen Clubs und Diskotheken Live-Einstiege erfolgen und hinsichtlich des dadurch zu erzielenden Lokalbezugs sowie hinsichtlich der Sendung „Hit FM Extra“ können bereits deshalb nicht überzeugen, weil die Berufungswerberin derartige Sendeflächen überhaupt nicht in ihrem Konzept vorsieht.

Das Programm der Berufungswerberin vermag Ausmaß und Weise der Einbindung lokaler Interessen nicht dermaßen deutlich aufzuzeigen (vgl. Seite 23f. des Bescheides bzw. Seiten 34 ff des Antrages, worin auf Wetter- und Verkehrsinformationen sowie Information über „Geschehnisse im Versorgungsgebiet“ sowie Bedachtnahme auf lokale Interessen durch Einbindung von Hörern gesprochen wird). Die Berufungswerberin übersieht dabei, dass auch die Berufungsgegnerin derartiges beabsichtigt. Da sich das Berufungsvorbringen diesbezüglich auf Wiederholungen und die nochmalige Zusicherung beschränkt, Nachrichten ab 2008 selbst zu produzieren, ist nach Ansicht des Bundeskommunikationssenats der Berufungsgegnerin hinsichtlich des Lokalbezugs des Programms der Vorzug zu geben.

IV.4. Bezüglich des Lokalbezuges im Musikprogramm stellt die von der Berufungswerberin durchwegs ins Treffen geführte Orientierung an Hörerpräferenzen jedenfalls noch keine Besonderheit des Programms dar, aus der sich im Hinblick auf den Lokalbezug des Musikprogramms ein klarer Vorteil der Berufungswerberin ableiten ließe (vgl BKS 31. März 2008, GZ 611.074/0005-BKS/2008). Die Berufungswerberin leitet aus der Tatsache, wonach die Berufungsgegnerin nicht nur im verfahrensgegenständlichen Versorgungsgebiet Musikforschung betreibt ab, dass diese nicht auf lokale Hörerpräferenzen Rücksicht nähme. Dabei bleibt die Berufungsgegnerin jedoch konkretes Vorbringen zu den von ihr behaupteten lokalen Unterschieden im Musikgeschmack schuldig. Insbesondere ist zu den widersprüchlichen Ausführungen hinsichtlich zuerst behaupteter Gemeinsamkeiten in Hörerpräferenzen mit dem Versorgungsgebiet „Wien 102,5 MHz“ zu verweisen, welche die Berufungswerberin in der Berufung wieder revidiert hat. Zudem hat die Berufungswerberin im erstinstanzlichen Verfahren zwar auf erste Ergebnisse von Marktforschung verwiesen (Seite 33 des Antrages), jedoch dazu keine diese Behauptung nachweisenden Unterlagen vorgelegt. Nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates ist deshalb das Vorbringen der Berufungsgegnerin unter Hinweis auf ihre Erfahrungen im verfahrensgegenständlichen Versorgungsgebiet zu Hörerpräferenzen der Zielgruppe der Berufungsgegnerin noch nachvollziehbarer. Zudem stellt die Erhebung von Hörerpräferenzen lediglich eine von mehreren Möglichkeiten der Bedachtnahme auf lokale Interessen dar.

Die Berufungsgegnerin hat diesbezüglich zunächst angegeben, Musik österreichischer Interpreten sowie von Interpreten im Versorgungsgebiet ansässiger Volksgruppen im Programm berücksichtigen zu wollen. Weiters geht aus dem Antrag detailliert hervor, dass die Berufungswerberin mit lokalen Musikgruppen zusammenarbeitet (Seite 31 f Beilage 17 des Antrages) und Live-Übertragungen vornimmt. Die Berufungswerberin unterstützt auch Talent-, Band- und Castingwettbewerbe. Für den Bundeskommunikationssenat steht damit außer Zweifel, dass die Berufungsgegnerin österreichische Musik einbindet und mit der lokalen Musikszene zusammenarbeitet. Dermaßen ist großes Maß an Lokalbezug dargetan. Die Berufungswerberin hingegen vermag vergleichbare Aktivitäten nicht darzutun (lediglich einmal mehr wird auf die Erhebung von Hörerpräferenzen verwiesen), weshalb die diesbezüglichen Einwendungen der Berufung ins Leere gehen müssen.

#### Umfang eigengestalteter Beiträge

IV.5. Hinsichtlich des Umfanges eigengestalteter Beiträge (§ 6 Abs 1 Z 2 PrR-G) bzw. der Übernahme von Programminhalten hat die KommAustria festgehalten, dass sowohl die Berufungswerberin als auch die Berufungsgegnerin keinen entscheidenden Vorteil aus dem beantragten Konzept ziehen konnten. Die KommAustria hat sich auch, entgegen dem

Berufungsvorbringen, sehr wohl ausführlich mit dem Funkhaus- bzw. Netzwerkkonzept der Berufungsgegnerin auseinandergesetzt und diesbezüglich im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundeskommunikationssenates festgestellt, dass eine besondere Eigenständigkeit der Berufungsgegnerin aus diesem Konzept nicht abzuleiten ist.

In diesem Zusammenhang ist zunächst auf die Rechtsprechung des Bundeskommunikationssenates zu verweisen, wonach im Lichte des § 6 PrR-G nicht der Sitz oder die Zusammensetzung des Veranstalters entscheidungswesentlich ist, sondern der bereits ausführlich gewürdigte und für die Berufungsgegnerin sprechende Lokalbezug im Programm (vgl. BKS 31.03.2005, 611.150/0002-BKS/2004). Der Sachverhalt ist auch im Kontext des § 17 PrR-G, welcher Programmübernahmen für zulässig erklärt, zu würdigen. Diesbezüglich ist auf die Spruchpraxis des Bundeskommunikationssenates zu verweisen, dass eine gewisse Verschränkung von Medieninhabern für die Entwicklung des privaten Hörfunkmarktes wesentlich sein kann (BKS 06.10.2003, GZ 611.092/007-BKS/2003, 14.10.2005, GZ 611.059/0001-BKS/2005). Auch wenn die Moderation des Programms der Berufungsgegnerin teilweise vom Funkhaus in Krems erfolgen soll, besteht sehr wohl ein nennenswerter Beitrag (50-55%) zum beantragten Programm durch das Studio in Eisenstadt. Der Bundeskommunikationssenat kann sich deshalb der Berufungswerberin nicht anschließen, wenn sie vermeint, das Funkhauskonzept der Berufungsgegnerin wäre „*keinesfalls hinzunehmen*“.

Die Berufungswerberin vermag gegenüber der Berufungsgegnerin Vorteile daraus zu ziehen, dass geplante Programmübernahmen äußerst gering sein sollen und deshalb das Ausmaß eigengestalteter Beiträge höher einzuschätzen ist. Da allerdings aufgrund der anderen durch den Bundeskommunikationssenat geprüften Aspekte, insbesondere des Beitrages zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet und des Lokalbezuges des Programms Vorteile zugunsten der Berufungsgegnerin zu verzeichnen waren, kann sich jener Aspekt im beweglichen System des § 6 PrR-G nicht dahingehend auswirken, dass der Berufungswerberin die Zulassung zu erteilen wäre.

IV.6. Soweit sich die Berufungswerberin noch gegen die Beurteilung der KommAustria zu § 5 PrR-G wendet, ist festzuhalten, dass entgegen der Auffassung der Berufungswerberin schon nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 5 PrR-G kein Zweifel daran besteht, dass sämtliche auf die Eigentumsverhältnisse bezogenen Änderungen, bekannt zu geben sind. Die Regelung beinhaltet nämlich „*im Interesse der Hintanhaltung von Umgehungsversuchen und Verschleierungskonstruktionen*“ (vgl. die Erl. zur identen Regelung der Vorgängerbestimmung in § 8 RRG in der RV 1134 BlgNR, XVIII. GP) Transparenzvorschriften, die der Behörde eine umfassende Überprüfung eines

Antragstellers im Hinblick auf seine Entsprechung mit den §§ 7 bis 9 PrR-G ermöglichen sollen (vgl. dazu auch *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>2</sup>, 2008, S. 367). Ungeachtet dessen ist es aber im vorliegenden Verfahren bereits im Hinblick auf die Gesamtbetrachtung hinsichtlich der Vorzüge des Programms des Berufungsgegners gegenüber der Berufungswerberin nicht von Relevanz, ob aus einer verspäteten Bekanntgabe von Änderungen eine „Unverlässlichkeit“ abzuleiten wäre.

IV.7. Nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates ist in Bezug auf die bislang dargestellten Kriterien davon auszugehen, dass das durch die Berufungsgegnerin beabsichtigte Programm insgesamt den Zielsetzungen des PrR-G eher entspricht. Es sind jedoch zwei weitere entscheidende Aspekte zugunsten der Berufungsgegnerin zu berücksichtigen:

Der Bundeskommunikationssenat erkennt die Verpflichtung der Republik Österreich gemäß Art. 11 Abs. 1 lit. b ii) der Europäischen Charta der Regional- oder Minderheitensprachen, BGBl. III Nr. 216/2001, für die Sprecher von Regional- oder Minderheitensprachen in den Gebieten, in denen diese Sprachen gebraucht werden, Maßnahmen zu setzen, mit denen zur regelmäßigen Ausstrahlung von Hörfunksendungen in den Regional- oder Minderheitensprachen ermutigt und/oder diese erleichtert wird. Diese Maßnahmen sind unter Berücksichtigung der Situation jeder Sprache und in dem Ausmaß, in dem die staatlichen Stellen in diesem Bereich unmittelbar oder mittelbar Zuständigkeit, Befugnisse oder Einfluss haben, unter Achtung des Grundsatzes der Unabhängigkeit und Autonomie der Medien zu treffen. Gemäß der Erklärung der Republik Österreich ist diese Bestimmung auf Burgenlandkroatisch im burgenlandkroatischen Sprachgebiet im Burgenland, auf Slowenisch im slowenischen Sprachgebiet in Kärnten und auf Ungarisch im ungarischen Sprachgebiet im Land Burgenland anzuwenden. Hinsichtlich Romanes im Land Burgenland wurde erklärt, dass das österreichische Recht und die bestehende Verwaltungspraxis diese Bestimmung erfüllen. Diese völkerrechtliche Verpflichtung bezweckt einen unmittelbaren Schutz von Minderheitensprachen, bedarf allerdings gemäß Nationalratsbeschluss vom 10.05.2001 gemäß Art. 50 Abs- 2 B-VG der Erfüllung durch innerstaatliche Maßnahmen, ist also nicht unmittelbar anwendbar. Sehr wohl sind diese Verpflichtungen nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates aber hinsichtlich der zu treffenden Auswahlentscheidung zu berücksichtigen.

Der nationale Gesetzgeber ging bei der Genehmigung des völkerrechtlichen Vertrages nämlich davon aus, dass Art. 11 Abs. 1 lit. b ii) der Europäischen Charta der Regional- oder Minderheitensprachen bereits durch regelmäßige Hörfunksendungen des ORF-Landesstudio Burgenland in den Sprachen Burgenlandkroatisch, Kroatisch und Ungarisch sowie „durch

den privaten Regionalradiosender Antenne 4 [die Rechtsvorgängerin der Berufungsgegnerin]“ mit Hörfunkprogrammen in den Sprachen Burgenlandkroatisch, Ungarisch und Roma erfüllt war (437 BlgNR 21. GP, 61).

Die Erteilung der Zulassung an die Berufungswerberin, welche ein mehrsprachiges Radio nicht zu veranstalten gedenkt, hätte einen völligen Entfall der bislang durch die Berufungsgegnerin veranstalteten volksgruppensprachigen Elemente und Programmteile zur Folge. Obwohl dem ORF ein besonderer Programmauftrag bezüglich volksgruppenrelevanter Sendungen und Inhalte erteilt ist, hat der Gesetzgeber auch die Rolle privater Rundfunkveranstalter an der Erfüllung der völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Europäischen Charta der Regional- oder Minderheitensprachen hervorgehoben. Zweifellos ist nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates vor diesem Hintergrund jenem Zulassungswerber der Vorzug einzuräumen, welcher zumindest teilweise ein mehrsprachiges Programm zu veranstalten beabsichtigt und konkrete Angaben (beispielsweise hinsichtlich der geplanten Inhalte sowie der Moderatoren) dazu erstattet. Der Bundeskommunikationssenat verkennt in diesem Zusammenhang nicht, dass auch die Berufungswerberin volksgruppenrelevante Inhalte in ihr Programm einfließen lassen will. Die Veranstaltung mehrsprachiger Sendungen hat die Berufungswerberin jedoch ausgeschlossen. Die Berufungsgegnerin wird (bereits jetzt bei ihr beschäftigte) Moderatoren für die Sprachen Burgenlandkroatisch und Ungarisch einsetzen und hat detaillierte Angaben zum geplanten Volksgruppenprogramm erstattet. Es ist deshalb hinsichtlich dieses im Kontext der Bedürfnisse des Versorgungsgebietes besonders relevanten Umstandes der Berufungsgegnerin in der Auswahlentscheidung der Vorzug einzuräumen. Durch die Veranstaltung von Programm in Volksgruppensprachen nimmt die Berufungsgegnerin zudem in besonderer Weise auf die Bedürfnisse des Versorgungsgebietes Rücksicht, was im Hinblick auf die Auswahlentscheidung ebenfalls zugunsten der Berufungsgegnerin von Relevanz ist.

IV.8. Zudem war folgendes zu berücksichtigen: Aus der Übertragung des Tonbandprotokolls der mündlichen Verhandlung vom 13. September 2007 geht hervor, dass die Berufungswerberin gegenüber der KommAustria angegeben hat, ihre Nachrichten nicht von anderen Rundfunkveranstaltern zu übernehmen, sondern aus dem Nachrichtenpool eines ausländischen Anbieters zu beziehen (Seiten 7 bzw. 12f.). In der Berufung wurden diese Angaben durch die Berufungswerberin hervorgehoben und bekräftigt (Seite 28 f der Berufung). Im weiteren Berufungsverfahren vor dem Bundeskommunikationssenat ist nun allerdings hervorgekommen, dass die Berufungswerberin entgegen ihrer zunächst noch erfolgten Ankündigung weiterhin von der K. Radio BetriebsgmbH für die Versorgungsgebiete der Berufungswerberin produzierte Nachrichten bezieht.

Dass die Nachrichten durch einen anderen Nachrichtensprecher verlesen werden, vermag diesbezüglich nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates eine Eigengestaltung nicht überzeugend darzutun, ebenso wenig dass die Produktion unter Abstimmung mit den Mitarbeitern der A.Ö. erfolgt. Der Einfluss der K. Radio BetriebsgmbH resultiert bereits daraus, dass diese dem Vorbringen der Berufungswerberin zufolge über die Lizenzen der Nachrichtenagenturen verfügt. Bereits hinsichtlich der Informationsauswahl (z.B. welches Produkt der APA bezogen wird, was eine Auswahl der zur Verfügung gestellten Information einschließt) wird daher eine Entscheidungsbefugnis der K. Radio BetriebsgmbH anzunehmen sein. Wenn die Berufungswerberin ausführt, eine eigene Lizenzvereinbarung mit der Austria Presse Agentur erschiene ihr nicht sinnvoll, ist zugunsten der Berufungsgegnerin zu verbuchen, dass diese über eine Lizenzvereinbarung mit der Austria Presse Agentur sowie der Agentur „First News“ verfügt (vgl. Seite 2 der Übertragung des Tonbankprotokolls) und sich nicht eines weiteren Rundfunkveranstalters zur Aufbereitung ihrer Nachrichtensendungen bedient.

Aufgrund des im Berufungsverfahren hervorgekommenen Umstandes, dass die Nachrichten der Berufungswerberin auch 2008 durch die K. Radio BetriebsgmbH produziert werden, resultiert, dass die Berufungswerberin die noch gegenüber der Regulierungsbehörde erster Instanz erstattete Zusicherung der Eigengestaltung der Nachrichten offensichtlich doch nicht umzusetzen bereit ist.

Bei der Auswahlentscheidung gemäß § 6 PrR-G handelt es sich um eine von der Behörde vorzunehmende Prognoseentscheidung. Ausschlaggebend ist die Frage, inwieweit bei einem der Antragsteller aufgrund des bisherigen Verhaltens eine verlässlichere Annahme im Hinblick auf die Gewährleistung der einzelnen Kriterien und Zielsetzungen des PrR-G möglich ist (*Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup>, Rz 599). Dies schließt auch eine Bewertung der Regulierungsbehörde mit ein, bei welchem der Antragsteller verlässlicher zu erwarten ist, dass die im Zuge des Zulassungsverfahrens abgegebenen Zusicherungen umgesetzt werden. Da die Berufungswerberin bereits im Berufungsverfahren von ihren Zusicherungen abrückt, muss der Bundeskommunikationssenat zum Ergebnis gelangen, dass eine gesicherte Prognose zugunsten der Berufungswerberin nicht vertreten werden kann. Auch dieser Aspekt spricht schlussendlich für die Berufungsgegnerin, da bei dieser im bisherigen Verlauf des Verfahrens keine Anhaltspunkte zu Tage getreten sind, dass jenen Angaben, welche zur Erteilung der Zulassung führten, nicht entsprochen wurde.

IV.9. Ergänzend zu den vorstehenden Überlegungen konnte zugunsten der Berufungsgegnerin zudem berücksichtigt werden, dass die Stellungnahme der Burgenländischen Landesregierung, mag diese auch nicht gänzlich eindeutig formuliert sein,

wohl so auszulegen ist, dass sich die Burgenländische Landesregierung für eine erneute Erteilung der Zulassung an die Berufungsgegnerin aus Gründen der Kontinuitätsgewähr ausgesprochen hat.

IV.10. Der Berufungswerberin ist es schließlich nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates auch nicht gelungen darzulegen, dass beurteilt im Lichte des § 6 Abs. 2 PrR-G mit ihr eine Bewerberin zur Verfügung stünde, die es gerechtfertigt erscheinen lassen würde, im vorliegenden Fall einem neuen Bewerber die Chance zu eröffnen, anstatt einen zumindest seit dem Jahr 2005 etablierten Hörfunkbetrieb fortzusetzen. Zulassungsinhaber hinsichtlich des Versorgungsgebietes „Nördl. und mittl. Burgenland, Bezirk Oberwart, Teile des Bezirks Güssing und Jennersdorf“ war bislang die V. „M.“ & Partner GmbH. Bis zum 25.05.2007 war der V. „M.“ zu 33,34% Gesellschafter der Zulassungsinhaberin; die Geschäftsanteile wurden sodann zu gleichen Teilen an die übrigen Gesellschafter abgetreten. Am 04.06.2007 hat der V. „M. Partner GmbH eine Anzeige der Änderung der Eigentumsverhältnisse, der Bestellung von Herrn Mag. Volk zum weiteren Geschäftsführer sowie der Umfirmierung in „P. B. GmbH“ der KommAustria übermittelt.

Der V. „M.“ hat sich seit dem Jahr 2002 an der operativen Programmgestaltung nicht mehr beteiligt. Das Ausscheiden des V. „M.“ aus der Gesellschaft zieht sohin keine Folgen hinsichtlich des Radiobetriebes nach sich, die Berufungsgegnerin hat auch glaubwürdig ausgeführt, dass die programmgestaltenden Mitarbeiter im Fall der Erteilung der Zulassung jene sein werden, welcher bereits bisher für die Berufungsgegnerin tätig waren. § 6 Abs 2 PrR-G schließt nun die Prognose der Regulierungsbehörde mit ein, inwieweit sich aus der bisherigen Tätigkeit des Zulassungsinhabers verlässlichere Annahmen über die Dauerhaftigkeit der Hörfunkveranstaltung ableiten lassen. Diesbezüglich ist nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates entscheidend, dass die festgestellten Rechtsverletzungen der bisherigen Zulassungsinhaberin V. „M.“ & Partner GmbH, welche auf das Jahr 2002 zurückgehen, auf Unstimmigkeiten zwischen den damaligen Gesellschaftern und auf eine Kürzung der finanziellen Mittel des V. „M.“ zurückzuführen waren. Die durch die Gesellschafterstruktur gegebenen Unsicherheiten sind daher aufgrund des Ausscheidens des V. „M.“ aus der Gesellschaft nicht mehr vorhanden. Da seit der Eingliederung der Berufungsgegnerin in das Hit FM Netzwerk keine Rechtsverletzungen mehr festgestellt werden mussten, kann der KommAustria gefolgt werden, wenn sie der Berufungsgegnerin eine vorsichtig positive Prognose bescheinigt. Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass der Berufungsgegnerin hinsichtlich der das Programm gestaltenden Mitarbeiter Kontinuität zu attestieren und deshalb zu erwarten ist, dass aufgrund des eingearbeiteten Mitarbeiterbestandes auch in Zukunft von einer soliden Rundfunkveranstaltung durch die Berufungsgegnerin ausgegangen werden kann. Dass der

Gesetzgeber den Gedanken der Kontinuitätsgewähr für relevant erachtet, bestätigen bereits die Materialien zur Vorgängerbestimmung § 20 RRG (RV 1143 BlgNR XVIII. GP).

Zusammenfassend ist schlussendlich festzuhalten, dass der Bundeskommunikationssenat auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens zu keinem anders lautenden Ergebnis als die KommAustria gelangen konnte. Den zahlreichen weiteren, ins Detail gehenden Bedenken der Berufungswerberin fehlt vor diesem Hintergrund die Relevanz, da sie bei einer Gesamtbetrachtung jedenfalls zu keinem anderen Ergebnis führen konnten.

### **Zu Spruchpunkt II:**

V. Im Berufungsverfahren ist hervorgekommen, dass das durch die KommAustria im Spruch des angefochtenen Bescheides festgelegte Programmschema hinsichtlich des Begriffes der Nachtstunden missverständlichen Auslegungen hinsichtlich der genauen zeitlichen Festlegung zugänglich ist. Vor dem Hintergrund der Sicherstellung einer einfach zu überprüfenden Programmgenehmigung (§ 28 PrR-G) sowie der Tatsache, dass der Begriff der „Nachtstunden“ durch das Antragsvorbringen der Berufungsgegnerin nicht vorgegeben wurde, war das genehmigte Programmschema des erstinstanzlichen Bescheides spruchgemäß zu konkretisieren. Die Berufungsgegnerin hat in ihrem Antrag ausgeführt, die Sendung „Hit FM Extra“ montags bis donnerstags sowie sonntags zwischen 20.00 und 24.00 Uhr zu senden. Durch die spruchgemäße Klarstellung soll auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass volksgruppenrelevante Inhalte nicht bloß in einer Zeitspanne gesendet werden, mit welcher unter gewöhnlichen Umständen eine äußerst geringe Reichweite verbunden ist (vgl. KOA 02.11.2005, GZ KOA 1.200/05-013 mit ausführlicher Begründung).

### **Zu Spruchpunkt III:**

VI. Der Bundeskommunikationssenat misst im Rahmen der Auswahlentscheidung dem Umstand zentrale Bedeutung zu, dass die Berufungsgegnerin trotz Zugehörigkeit zum Hit FM Netzwerk keine mehr als geringfügige zeitgleiche Programmübernahme beabsichtigt, sondern aufgrund der jeweiligen unterschiedlichen Zusammenstellung der Programme in den Versorgungsgebieten aus den Ressourcen des Netzwerkes wenn überhaupt eine zeitversetzte Übernahme insbesondere von Musik stattfindet (vgl. Punkt 11 der Beilage 17 des Antrages der Berufungsgegnerin; Seite 13 der Übertragung des Tonbandprotokolls der mündlichen Verhandlung vom 13. September 2007, Seite 3 der Stellungnahme vom 4.10.2007, worin die Berufungsgegnerin konkret angibt, innerhalb des Hit FM Netzwerkes wären nicht einmal 15 Minuten einer Stunde ident). Der Bundeskommunikationssenat geht

auf dieser Grundlage davon aus, dass die Übernahme eines Mantelprogramms im Sinn des § 17 PrR-G nicht stattfindet und deshalb der Berufungsgegnerin im Hinblick auf außenplurale Aspekte (insbesondere hinsichtlich der Überschneidung mit dem Versorgungsgebiet „Wiener Neustadt“) daraus kein entscheidender Nachteil erwächst.

Im Hinblick auf diese Zusicherung der Berufungsgegnerin, die eine wesentliche Grundlage für die Beurteilung durch den Bundeskommunikationssenat darstellt, erscheint es dem Bundeskommunikationssenat sachlich gerechtfertigt, die zeitgleiche Übernahme von im Versorgungsgebiet ebenfalls empfangbaren Sendungen aus dem Hit FM Netzwerk in das Programm der Berufungsgegnerin durch die Auflage in Spruchpunkt III des Bescheids für die Dauer der Zulassung nur bis zu dem von der Berufungsgegnerin selbst definierten Ausmaß zu gestatten. Der Bundeskommunikationssenat erkennt die grundsätzliche Gefahr, dass aufgrund der engen Formatierung des Musikprogramms der Berufungsgegnerin und der ähnlichen Sendekonzepte der dem Hit FM Netzwerk angehörenden Programme hinkünftig eine Situation im Versorgungsgebiet entstehen könnte, dass nahezu idente Programme von mit der Berufungsgegnerin in einem Medienverbund gemäß § 9 PrR-G befindlichen Rundfunkveranstaltern empfangbar sind. Eine solche Situation wäre vor dem Hintergrund des Ziels der Gewährleistung größtmöglicher Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet nicht hinzunehmen. Durch die Auflage, welche im Übrigen dem Vorbringen der Berufungsgegnerin entspricht, soll diese Gefahr hinangehalten und die Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet gesichert werden (§ 2 Abs 2 Z 2 KOG). Die Berufungsgegnerin wird angehalten sein, Maßnahmen zu ergreifen, welche die Einhaltung der im Verlauf des Zulassungsverfahrens erstatteten Zusicherung gewährleisten. Die festgelegte Überschreitungsmöglichkeit soll die Flexibilität der Programmgestaltung gewährleisten.

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 220,- zu entrichten.

1. September 2008  
Der Vorsitzende:  
PÖSCHL

Für die Richtigkeit  
der Ausfertigung: