Zulassung zur Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk

Rechtliche Aspekte des Auswahlverfahrens bei Zulassung zur Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk nach dem Privatradiogesetz

Master Thesis

zur Erlangung des akademischen Grades

MASTER OF LAWS (LL.M.)

(Universitätslehrgang für Informationsrecht und Rechtsinformation der Universität Wien)

vorgelegt von

MAG. MATHIAS KOPF

begutachtet von

HON.PROF. HR DR.
HANS PETER LEHOFER

Hinweise

Das vorliegende Layout basiert auf der Tiposkriptvorlage der Österreichischen Rechtswissenschaftlichen Studien (ÖRSt) des Manz-Verlages, welche freundlicherweise für diese Arbeit zur Verfügung gestellt wurde.

Entscheidungen der KommAustria und des Bundeskommunikationssenates wurden bis zum 30. August 2008 berücksichtigt. Entscheidungen des Verwaltungs- bzw Verfassungsgerichtshofes sowie Rechtsprechung des EuGH bzw EGMR wurden bis zum 31. Juli 2008 berücksichtigt. Fundstellen werden soweit möglich zur erleichterten Auffindbarkeit unter Angabe von Datum und Geschäftszahl zitiert.

Zur erleichterten Lesbarkeit ist das PrR-G in der gültigen Fassung im Anhang abgedruckt.

Die vorliegende Arbeit orientiert sich im Wesentlichen an den AZR (*Friedl/Löbenstein*, Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen[5] (2000)). Zeitschriftenartikel werden mit ihrer Anfangsseite zitiert, um eine leichtere Auffindbarkeit in elektronischen Datenbanken zu ermöglichen. Die URLs wurden zuletzt am 1.8.2008 überprüft.

Die vorliegende Arbeit gibt lediglich den persönlichen Standpunkt des Verfassers wieder.

Vorwort

Seit der umfassenden Reform der Privatrundfunkgesetze im Jahr 2001 haben sich Struktur und Erscheinungsbild des privaten terrestrischen Rundfunks in Österreich wesentlich verändert.

Die Ära einzelner unabhängiger und lokal orientierter Radiomacher ist schon seit geraumer Zeit zu Ende. Vielmehr sind zahlreiche Hörfunkzulassungen bereits in der Hand großer Medienverbünde, welche Formatradioprogramme anbieten. Die Herausforderungen der Tätigkeit von Regulierungsbehörden sind dementsprechend anderer Natur. Das Verfahren über die Zulassung zur Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk vor KommAustria und BKS hat seit der Ermöglichung privaten Radios in Österreich beständig an Professionalität zugenommen. Fragen des Zulassungsverfahrens, insbesondere der Gewichtung und Definition der Kriterien der Auswahlentscheidung sind vor diesem Hintergrund von immer noch hoher Relevanz. Schließlich soll durch das Zulassungsverfahren sichergestellt werden, dass im Versorgungsgebiet die Meinungsvielfalt, ein wichtiges Gut in einer demokratischen Gesellschaft, gesteigert wird.

Den Entwicklungen in Verwaltungspraxis und Rechtsprechung gegenüber erfolgte die wissenschaftliche Aufbereitung des Zulassungsverfahrens nach dem Privatradiogesetz nicht im erwarteten Ausmaß. Mit Ausnahme von *Kogler/Traimer/Truppe*, mittlerweile in zweiter Auflage die einzige ausführliche Kommentierung der Rundfunkgesetze sowie einiger herausragender Beiträge anlässlich der Erlassung des RRG und den Verfahren vor dem VfGH, haben die materiellen Bestimmungen des Privatradiogesetzes keinen allzu großen Niederschlag in der jüngeren rechtswissenschaftlichen Literatur hervorgerufen. Es mag daher nicht verwundern, wenn die vorliegende Arbeit hauptsächlich von Entscheidungen der Regulierungsbehörden ausgeht und von einer praxisnahen Sichtweise getragen ist.

Für die Hilfe im Zuge der Genese dieser Arbeit gebührt vorderhand meinen Eltern ein großes Dankeschön, welche mir ermöglichten, am Universitätslehrgang für Rechtsinformation und Informationsrecht teilzunehmen, Frau Mag. Christiane Frank gebührt Dank für die vielen hilfreichen Anregungen und das Korrekturlesen des Manuskripts.

Im Besonderen danke ich RA Dr. Georg Karasek, Mitglied des Bundeskommunikationssenates, für den interessanten Einblick in die Tätigkeit der Regulierungsbehörden für den Rundfunksektor.

Schließlich sei Hon.Prof. Dr. Hans Peter Lehofer, Hofrat des Verwaltungsgerichtshofes, für die Betreuung dieser Arbeit gedankt.

Wien, im Oktober 2008 Mathias Kopf

Inhaltsverzeichnis

Seite

Hinweise III

Vorwort V

Abkürzungsverzeichnis XI

Literaturverzeichnis XIII

I. Einführung 1

A. Bedeutung des Rundfunks als Massenmedium 2

B. Privatrundfunkrecht in Österreich 3

C. Zugangsregulierung durch das PrR-G 5
1. Frequenzallokation 5
2. Einfluss des BVG-Rundfunk 6
3. Frequenzmanagement durch RRG und PrR-G 6

D. Verfassungsrechtliche Grundlagen 7
1. Kompetenzgrundlagen 7
2. BVG Rundfunk 7
a) Rundfunkbegriff 7
b) Programmvoraussetzungen 8
3. Kommunikationsfreiheit 8

E. Lokaler und regionaler Hörfunk - RRG 1993 11
1. Grundsätze 11
2. Auswahlentscheidung 12
a) § 20 RRG idF BGBl Nr 506/1993 12
b) § 20 RRG idF BGBl I Nr. 2/1999 13

F. Strukturwandel im Privatrundfunksektor 14
1. Strukturelle Entwicklungen 14
a) Verflechtungen von Zulassungsinhabern 14
b) Etablierung von Formatradio 15
2. Gesetzliche Neuerungen: Privatradiogesetz 2001 17
a) Rahmenbedingungen 20
b) Auswahlentscheidung 20
c) Bundesweite Radiozulassung 21

II. Grundlagen der Zulassung zur Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk 23

A. Zulassung und -verfahren 23
1. Charakter des Zulassungsverfahrens 25
2. Erledigung des Zulassungsverfahrens 26
a) Qualifikation des Zulassungsbescheides 26
b) Auflagen 27

B. Regulierungsbehörden 28

1. Kommunikationsbehörde Austria 28
2. Bundeskommunikationssenat 29

III. Voraussetzungen der Teilnahme an Zulassungsverfahren nach dem Privatradiogesetz 31

A. Übertragungskapazitäten/Versorgungsgebiete 31
1. Ausschreibung von Sendefrequenzen 31
a) Voraussetzungen 31
b) Festlegung des Versorgungsgebietes 32
c) Beschränkung 32
2. Antragstellung 33
a) Zielrichtung 33
b) Notwendiger Inhalt 33
c) Antragsanforderungen 34
d) Antragsänderungen, Mängelbehebung 34
3. Person des Zulassungswerbers 35
a) Ausgeschlossene Personen 36
b) Vorkehrungen in Gesellschaftsverträgen 36
4. Glaubhaftmachung der Eignung 36
5. Medienverflechtung und Cross Ownership (§ 9 PrR-G) 37
a) Medienkonzentration 38
b) Vereinigung von Zulassungen in der Hand einer Person 38
c) Medienverbundregelung 39
d) Verbot der Doppelversorgung 39

B. Auswahl zwischen Neuschaffung und Erweiterung 40
1. Grundsätze der Frequenzzuordnung 41
a) Frequenzzuordnungsverfahren 41
b) Zielsetzungen der Frequenzplanung 41
2. Rangfolge der Frequenzzuordnung 42
a) Vorrang des ORF 42
b) Bestehende Hörfunkveranstalter 42
c) Verbesserung der bundesweiten Zulassung 42
d) Schaffung eines eigenständigen Versorgungsgebietes 43
3. Auswahlentscheidung gemäß § 10 PrR-G 44
a) Wirtschaftlichkeit der Hörfunkveranstaltung 44
b) Politische und kulturelle Zusammenhänge zwischen Versorgungsgebieten 45
c) Einfluss der Kriterien des § 6 PrR-G 45

IV. Auswahlentscheidung gemäß § 6 PrR-G 46

A. Normcharakter 46
1. Auswahlermessen 46
2. Prognoseentscheidung 48
3. Auswahlgrundlagen 50

B. Voraussetzungen der Auswahlentscheidung 51

C. Kriterien des § 6 PrR-G 52
1. Normcharakter 52
a) Kriterienwertigkeit 53
b) Empfohlene Angaben (KommAustria) 54
2. Zielsetzungen des Gesetzes 55

3. Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet 55
a) Berücksichtigung der Meinungsvielfalt im RRG 56
b) Außenpluralismus im PrR-G 57
c) Einzelaspekte 58
aa) Zielgruppenorientierung 58
bb) Programmformat 60
cc) Unterschied zu bundesweiten Programmen und ORF-Programmen 61
d) Medienverflechtungen und Cross-Ownerships 62
aa) Programmüberschneidungen 62
bb) Gesellschaftliche Verflechtungen 63
cc) Netzwerkkonzepte 64
e) Exkurs: Meinungsvielfalt im Kartellrecht 66
f) Freie Radios 66
4. Umfang eigengestalteter Beiträge 67
a) Definition 68
b) Musikprogramm 71
c) Wortprogramm 72
d) Nachrichtensendungen 73
e) Verhältnis zu anderen Kriterien 73
5. Investitionssicherung 74
a) Normzweck 75
b) Entscheidungen 76
c) Ausgewählte Fragen 76
aa) Rechtsverletzungen während der Zulassungsausübung 77
bb) Änderungen in der Gesellschafterstruktur 78
6. Stellungnahmen des Rundfunkbeirates, der Landesregierung 79
a) Rundfunkbeirat 79
b) Landesregierung 80
D. Kriterien der Rechtsprechung 81
1. Einfluss der §§ 5, 7, 8, 9, 16 und 17 PrR-G auf die Auswahlentscheidung 82
a) Ausstattung des Zulassungswerbers 82
aa) Finanzielle Ausstattung 82
b) Programmgrundsätze 83
c) Programmübernahmen 84
2. Informationsteile des Programms 85
3. Lokalbezug des Programms 86
a) Lokalbezug im Wortprogramm 87
b) Lokalbezug im Musikprogramm 87
c) Lokalbezug durch Personen 88
4. Sitz des Veranstalters 88
5. Förderung neuer Anbieter 89
6. Spartenprogramme 90
a) Definition 90
b) Anforderungen an Spartenprogramme 91
c) Spartenprogramme im Auswahlverfahren 91
7. Bisherige Tätigkeit als Hörfunkveranstalter 93
8. Optimale Nutzung des Frequenzspektrums 93

V. Ausgewählte verfahrensrechtliche Problemkreise 94
A. Erfolgsfaktoren des Auswahlverfahrens 95
1. Antragsfrist 95
2. Antragsänderungen 95
3. Fernmeldetechnisches Gutachten 96
4. Angaben zum geplanten Programm 97
B. Rechtsmittelverfahren 97
1. Bundeskommunikationssenat 98
a) Berufungsvorbringen - Hervorheben des eigenen Programmangebotes 98
b) Festhalten an eigenen Angaben 99
2. Verfassungsgerichtshof 99
3. Verwaltungsgerichtshof 100
VI. Zusammenfassung 101

Abkürzungsverzeichnis

aA	=	andere Ansicht
aaO	=	am angegeben Ort
AB	=	Ausschussbericht
Abl	=	Amtsblatt der europäischen Union
Abs	=	Absatz
aF	=	alte Fassung
Anm	=	Anmerkung
Arge	=	Arbeitsgemeinschaft
Art	=	Artikel
AVG	=	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991
Bespr	=	Besprechung
BGBl	=	Bundesgesetzblatt
BKA	=	Bundeskanzleramt
BKS	=	Bundeskommunikationssenat
BlgNR	=	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMF	=	Bundesminister(ium) für Finanzen
BMFIT	=	Bundesminister(ium) für Verkehr, Innovation und Technologie
B-VG	=	Bundesverfassungsgesetz 1920 idF von 1929
BR	=	Bundesrat
BverfGE	=	Entscheidungen des dt. Bundesverfassungsgerichts
BVG	=	Bundesverfassungsgesetz
BVG Rundfunk	=	Bundesverfassungsgesetz über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBl Nr 396/1974
bzw	=	beziehungsweise
EB	=	Erläuternde Bemerkungen
Ebd	=	ebenda
EG	=	Erwägungsgrund (der Richtlinie)
EGMR	=	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	=	Europäische Menschenrechtskonvention
Erl	=	Erläuterungen
EuGH	=	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EWG	=	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f (ff)	=	das (die, das) folgende (die folgenden)
G	=	Gesetz
gem	=	gemäß
GP	=	Gesetzgebungsperiode
hL	=	herrschende Lehre
Hrsg	=	Herausgeber
idF	=	in der Fassung
iSd	=	im Sinne des, - der
iVm	=	in Verbindung mit
iwS	=	in weiterem Sinn

KOA	=	Geschäftszahlbezeichnung der Kommunikationsbehörde Austria
KOG	=	KommAustria-Gesetz 2001
KommAustria	=	Kommunikationsbehörde Austria
IA	=	Initiativantrag
leg cit	=	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
lit	=	litera
mE	=	meines Erachtens
ME	=	Ministerialentwurf
MR	=	Medien und Recht
mwN	=	mit weiteren Nachweisen
NR	=	Nationalrat
Nov	=	Novelle
ORF	=	Österreichischer Rundfunk
ORF-G	=	Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk 2001
PrR-G	=	Privatradiogesetz BGBl I Nr 20/2001 idF BGBl I Nr 169/2004
PrTV-G	=	Privatfernsehgesetz 2001
RL	=	Richtlinie
RFG	=	Rundfunkgesetz 1974
RFK	=	Kommission zur Wahrung des Rundfunkgesetzes
RfR	=	Rundfunkrecht, Beilage zu den Österreichischen Blättern für Urheberrecht und gewerblichen Rechtschutz
RRG	=	Regionalradiogesetz 1993
Rs	=	Rechtssache
Rsp	=	Rechtsprechung
RTR-GmbH	=	Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
RV	=	Regierungsvorlage
Rz	=	Randziffer
sog	=	sogenannt, -e, -er, -es
StProt	=	stenographische(s) Protokoll(e)
stRsp	=	ständige Rechtsprechung
TKG	=	Telekommunikationsgesetz 2003
ua	=	und andere
uU	=	unter Umständen
uvM	=	und viele(s) mehr
UVS	=	Unabhängiger Verwaltungssenat
V	=	Verordnung (innerstaatlich)
va	=	vor allem
VfGH	=	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	=	Sammlung der Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	=	vergleiche
VO	=	Verordnung der EG
VwGH	=	Verwaltungsgerichtshof
zB	=	zum Beispiel
Z	=	Ziffer

Literaturverzeichnis

Abele/ Köck, Die Vergabe von Lizenzen im Regionalradiobereich, ÖJZ 2001, 369.
Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht[3] (1996).

Berka, "Content-Regulation" im Lichte der Konvergenz, JRP 2000, 193.
Berka, Die Grundrechte – Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999).
Berka, Die Zulassung von Privatradios in Österreich, ZfV 1995, 437.
Brugger, Radiorecht (1995).

Damjanovic/Holoubek/Kassai/Lehofer/Urbantschitsch, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006).
Damjanovic/Holoubek, Medienregulierung unter "Konvergenz"-Bedingungen (Teil I), MR 2000 H 2 Beilage, 1.

Freund/Ruhle, Erwartungen an die Effizienz der Einführung eines Bundeskommunikationssenates als Art 133 Z 4 B-VG Behörde, JRP 2001, 275.

Görg, Der Begriff der Medienvielfalt im neuen KartG, ÖBl 2004, 31.
Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention[2] (2005).

Hengstschläger, Verwaltungsverfahrensrecht[3] (2005).
Hengstschläger/Leeb, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (2004).
Höhne, Regionalradios - zurück an den Start, MR 1995, 165.
Holoubek, Auf dem Weg zur privaten Hörfunkveranstaltung in Österreich, MR 1992, 103.
Holoubek, Die Rundfunkfreiheit des Art 10 EMRK - Bedeutung und Konsequenzen des Rundfunkmonopol-Urteils des EGMR für Österreich, MR 1994, 6.

Kogler/Traimer, Privatrundfunkrecht (1996).
Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze[2] (2008).
KommAustria (Hrsg), Informationen für Antragsteller [privater Hörfunk]. Version 04/2007 (2007).
Korinek, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen staatlicher Regulierung der Medien vor dem Hintergrund der Konvergenz, JRP 2000, 129.

Lehofer, Die Rundfunkrechts-Reform 2001 im Praxistest der Rechtsprechung, MR 2002, 355.

Mayer, Das Ende des Rundfunkmonopols und die Folgen, ecolex 1994, 511.
Morscher/Christ, Rundfunkbehördenorganisation erneut am verfassungsrechtlichen Prüfstand, ÖZW 2005, 108.
Münster, Rundfunkordnung in Österreich (2000), Abruf über http://www.jura.uni-rostock.de/Gersdorf/Seminar/Seminar_SS00/Muenster.pdf.

Neisser/Kukacka (Hrsg), Privatrundfunk. Realität und Zukunft (1991).

Oberndorfer, Medienkonzentrationskontrolle im Privatrundfunk - von § 10 RRG zu § 9 PrR-G, JRP 2001, 103.
Öhlinger, Auf dem Weg zum dualen Rundfunksystem, RfR 1991, 37.

Raschauer, Allgemeinenes Verwaltungsrecht (2003).
Reichel/Konvica/Streit/Landgraf (Hrsg), Privatradio in Österreich. Eine schwere Geburt (2006).
Rittler, Freie Radios im Gegenwind, juridikum 2002, 63.
RTR-GmbH (Hrsg), 5 Jahre Privatradio in Österreich (2003).
RTR-GmbH (Hrsg), Kommunikationsbericht 2007 (2008).
RTR-GmbH (Hrsg), Zur Zukunft des dualen Rundfunks in Österreich (2004).
Ruhle, Das KommAustria-Gesetz - für die Regulierungspraxis geeignet?, MR 2000, 275.

Scherbaum, Änderungen im Rundfunkrecht, MR 2004, 282.
Schmelz/Schwartz, Neue Behörden für Rundfunk- und Telekomregulierung - verfassungswidrig?, ecolex 2001, 594
Stöger, Rundfunkrecht, JAP 2002/2003, 71.

Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht[4] (2006).
Twaroch/Buchner, Rundfunkrecht in Österreich[5] (2000).

Walter/Mayer, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts[8] (2003).
Walter/Mayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[9] (2000).
Wessely, Wieviel Presse verträgt der Rundfunk?, RfR 1993, 1.
Wittmann, Aktuelles vom österreichischen Rundfunkrecht, MR 2000, 131.
Wittmann, Auf dem Weg zu einem österreichischen Privatrundfunkgesetz, MR 1990, 126, 289.
Wittmann, Das neue Privatradiogesetz, MR 2001, 12
Wittmann, Rundfunkfreiheit (1981).
Wittmann, VfGH: Regionalradio und Kabelrundfunk am Prüfstand, MR 1995, 78.

§ 6 PrR-G enthält im Hinblick auf eines der wesentlichsten Ziele des Privatrundfunkrechts, nämlich der Gewährleistung größtmöglicher Meinungsvielfalt, einen sachgerecht formulierten Kriterienraster.

VfSlg. 16625/2002

I. Einführung

Fragen der Medienregulierung und -aufsicht sind aufgrund der Bedeutung von Massenmedien permanent von großem Interesse.[1] Massenmedien verfügen, insbesondere durch Auswahl und Form der Berichterstattung über ein großes Machtpotenzial. Im idealtypischen demokratischen politischen System erfüllen Massenmedien eine unverzichtbare Aufgabe. Unter dem Schlagwort „Publikative“ oder plakativer „vierte Gewalt“ bzw „public watchdog“[2] kommt Medien die Aufgabe zu, unabhängig von staatlichen Einflüssen und in vielfältiger Weise die Öffentlichkeit über bedeutende Vorgänge in Politik, Gesellschaft, Wirtschaft und Kultur zu unterrichten.[3] Der ORF beispielsweise ist zur umfassenden Berichterstattung, welche sich durch Unabhängigkeit und Objektivität auszuzeichnen hat, gesetzlich verpflichtet (vgl §§ 3, 4 und 10 ORF-G). Bei nicht öffentlich-rechtlich organisierten Medienanstalten geht die Kommunikationstheorie von der Annahme aus, dass durch eine Vielzahl von Akteuren in der Medienlandschaft (Stichwort „Außenpluralismus“) die Vielfalt von Informationen und Meinungen gesichert wäre.[4] Dass ein öffentliches Interesse an Pluralismus und Unabhängigkeit der Medien besteht, zeigt der beständige intensive öffentliche und wissenschaftliche Diskurs.[5] Eine gute Einführung und den Nachweis, dass es nicht nur in Österreich zu diesbezüglichen Fragestellungen kommt, bietet beispielsweise ein aktuelles Gutachten des britischen House of Lords „The

---

[1] vgl zur Regulierungstätigkeit ausführlich RTR-GmbH, Kommunikationsbericht 2007, 35 ff.

[2] Berka, Grundrechte, Rz 553; stRsp EMGR zB EGMR 2.11.2006, Kobenter und Standard Verlags GmbH v. Österreich, MR 2007,22.

[3] Pürer, Medien und Journalismus zwischen Macht und Verantwortung, Festvortrag zur Eröffnung des 9. Österreichischen Journalisten-Kollegs am 24. 9. 2000, 1; im Internet abrufbar unter http://www.kfj.at/.

[4] Pürer, Medien und Journalismus zwischen Macht und Verantwortung, Festvortrag zur Eröffnung des 9. Österreichischen Journalisten-Kollegs am 24. 9. 2000, 2.

[5] Nur aufgrund der Plakativität des Beispiels sei auf die durch eine große österreichische Tageszeitung vertreten Position zu EG/EU verwiesen.

ownership of the news“, welches Fragen der Medieneigentümerschaft und Medienkonzentration in Großbritannien analysiert.[6]

Rundfunk als Medium der Massenkommunikation ist nach wie vor von großer Bedeutung, das Interesse an Möglichkeiten Rundfunk zu veranstalten übersteigt die technischen Möglichkeiten bei weitem.[7] Dem terrestrischen Hörfunk mag in Zeiten des „Volksempfängers“[8] noch eine höhere gesellschaftspolitische Relevanz zugekommen sein als heutzutage, wo Fernsehen und die „neuen Medien“ hohe Verbreitung erfahren. Hörfunk wird in Österreich immer noch hauptsächlich terrestrisch verbreitet, obwohl der Empfang über Kabelnetze oder Satellit möglich ist und zahlreiche Anbieter dermaßen ihre Programme verbreiten.[9] Ebenso ist mittlerweile Webradio technisch möglich. Trotzdem treten die zahlreichen Alternativen sowohl hinsichtlich des Kommunikationsmediums als auch hinsichtlich der Verbreitungsart in ihrer Bedeutung gegenüber dem klassischen terrestrischen Hörfunk immer noch in den Hintergrund, was aber nicht so bleiben muss.[10]

A. Bedeutung des Rundfunks als Massenmedium

Aus vergleichenden Studien geht hervor, dass Radio von allen Medien die höchste tägliche Nutzungsdauer aufweist.[11] Radio ist ein junges und kaufkräftiges Medium und daher sowohl für Werbewirtschaft als auch für Meinungsmacher interessant.[12] Werbetechnisch ergibt sich ergänzend zur Fernsehwerbung aufgrund der Möglichkeit des so genannten Visual Transfer ein weites Betätigungsfeld, welches dem Hörfunk aufgrund gemischter Werbestrategien (TV/Hörfunk) kommerziell organisiertes Wirtschaften

[6] House of Lords, Select Committee on Communications (2008), 1st Report of Session 2007–08: The ownership of the news; im Internet abrufbar unter http://www.publications.parliament.uk/ pa/ld200708/ldselect/ldcomuni/122/12202.htm.

[7] Zur öffentliche Aufgabe des Massenmediums Rundfunk und daraus resultierenden Herausforderungen für die Regulierungsbehörden Berka, JRP 2000, 193; Verzeichnisses österr. Hörfunkveranstalter und –programme sind im Internet unter http://www.rtr.at/de/rf/Hoerfunkveranstalter abrufbar.

[8] Ein Radiogerät, welches im Dritten Reich auf politische Anweisung hergestellt wurde. Der Volksempfänger sollte nur den Empfang des Deutschlandsenders und eines weiteren Programms in ganz Deutschland ermöglichen. Der Empfang von „Feindsendern“ sollte dermaßen ausgeschlossen werden.

[9] zB KOA 2.100/05-28; KOA 2.100/05-29; KOA 2.100/02-8.

[10] vgl jüngst eine Untersuchung zu digitalem Rundfunk in Österreich; RTR-GmbH (Hrsg), Chancen und Risken des digitalen Hörfunks für Österreich (2008).

[11] Radio Market Service GmbH Austria (RMS), Stärken des Radios, im Internet abrufbar unter http://www.rms-austria.at/download/rms/marktforschung/radio_basics/ die_vorteile_von_radio_2007.pdf.

[12] Radio Market Service GmbH Austria (RMS), Stärken des Radios, im Internet abrufbar unter http://www.rms-austria.at/download/rms/marktforschung/radio_basics/ die_vorteile_von_radio_2007.pdf.

ermöglicht und gleichzeitig cross-mediale gesellschaftliche Verflechtungen[13] interessant macht und fördert.[14]

Aufgrund der besonderen Bedeutung der Meinungsmacht von Rundfunk für Staat und Gesellschaft kann diese nicht dem „freien Spiel" der Kräfte am Markt oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppierungen überlassen werden.[15]

Der Gesetzgeber hat sich entschlossen, für terrestrischen Hörfunk in Österreich das Konzessionssystem vorzusehen.[16] Gegenstand dieser Arbeit sind daher jene rundfunkrechtlichen Normen, welche die Zulassung zur Veranstaltung von privatem Hörfunk regeln, der ausschließliche Schwerpunkt dabei liegt auf der Auswahlentscheidung im Fall mehrerer Zulassungswerber.[17]

B. Privatrundfunkrecht in Österreich

Die Geschichte des privaten Hörfunks in Österreich begann erst zu einem Zeitpunkt, als Privatradio in anderen europäischen Staaten bereits ein fixer Bestandteil der Rundfunklandschaft war.[18] Bis zum Jahr 1993 kennzeichnete das Rundfunkmonopol des ORF die österreichische Rundfunklandschaft. Seit der Ermöglichung von privatem Hörfunk wird von der dualen Rundfunkordnung gesprochen – noch eine Idealvorstellung, da der ORF noch immer mit großem Vorsprung Marktbeherrscher ist.[19]

Das BVG Rundfunk, BGBl Nr 396/1974, bezeichnet in dessen Art I Abs 2 Rundfunk als „öffentliche Aufgabe". Diese programmatische Ansage kommt zwar keiner Veranstalterexklusivität der öffentlichen Hand gleich[20], jahrzehntelang wurde Rundfunk aber nur durch die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt praktisch veranstaltet. Tatsächlich war das RFG als einziges Rundfunkveranstaltung möglich machendes Ausführungsgesetz vorhanden und deshalb der ORF alleiniger rechtmäßiger Anbieter von Rundfunk. Obwohl vielfach kritisiert und durch mutige Radiomacher zuweilen faktisch unterwandert, hielt sich das Rundfunkmonopol in Österreich im europäischen

---

[13] Diagonale Medienkonzentration (auch als „cross owner-ships" bezeichnet), Verbindungen zwischen Medienunternehmen verschiedener Bereiche (zB Print-Hörfunk).

[14] RMS, Visual Transfer Präsentation 2007, im Internet abrufbar, http://www.rms-austria.at/download/rms/marktforschung/studien/visual_transfer_2007.pdf.

[15] so bereits BVerfGE 31, 314.

[16] Hörfunk darf nur auf Basis einer öffentlich-rechtlichen Bewilligung veranstaltet werden (§ 1 Abs 3 PrR-G), zum Konzessionssystem im Rundfunkbereich grundlegend Berka, Grundrechte, Rz 575 ff; Kogler/Traimer/Truppe, S 337.

[17] Antragsteller im Zulassungsverfahrens, aus Gründen der Einfachheit idF als „Zulassungswerber" bezeichnet

[18] Zur wechselhaften Geschichte von Privatradio in Österreich *Düll* in Reichel, 7 ff.

[19] Radiotest 1. Halbjahr 2008, im Internet abrufbar unter http://www.rms-austria.at/content/bereich/radiotest_ergebnisse.html

[20] Wittmann, Rundfunkfreiheit, 52.

Vergleich außerordentlich lange. Diese Tatsache brachte der Republik Titulierungen von Medien-Albanien bis Medien-Kongo ein.[21] Vorgeplänkel wie der Entwurf eines „Hörfunkversuchsgesetzes 1989“[22] durch den VÖZ[23] bzw der „Regionalradiogesetzentwurf 1990“[24] blieben aufgrund der starken Interessengegensätze schließlich mangels politischer Einigung ohne legistischen Niederschlag.[25]

Mit dem Urteil des EGMR in der Rs „Lentia“ 1993[26] wurde festgestellt, dass das österreichische Rundfunkmonopol mit den Wertungen der EMRK, konkret Art 10 EMRK, nicht vereinbar sei. Der Gesetzgeber reagierte darauf hinsichtlich des Hörfunksektors mit der nunmehr raschen Beschlussfassung über das RRG, BGBl Nr 506/1993, welches als *„schlechter Kompromiss“*[27] erstmals privaten terrestrischen Hörfunk in Österreich ermöglichen sollte. Tatsächlich gingen 1995 die ersten beiden Privatsender „On Air“ (Antenne Steiermark, Radio Melody Salzburg). Dies geschah allerdings nur, da sich die Zulassungsinhaber mit Konkurrenten dahingehend einigten, dass diese ihre VfGH-Beschwerden gegen die Bescheide der Regionalradiobehörde zurückzogen. Alle weiteren Zulassungen der ersten Stunde blieben aufgrund der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch den VfGH hinsichtlich der Beschwerden gegen die Zulassungsbescheide und aufgrund des folgenden Gesetzesprüfungsverfahrens suspendiert.[28] Mit dem E des VfGH vom 27.09.1995, mit welchem die Bestimmungen über die Frequenzzuordnung und in weiterer Folge der Frequenznutzungsplan aufgehoben wurden, hieß es für die Privatradios „zurück an den Start“.[29] Der Gesetzgeber reparierte, was unbedingt notwendig war (BGBl I Nr 41/1997) und die Regulierungsbehörde unternahm Ende 1997 einen weiteren Schritt der Lizenzvergabe.

Das nächste Erkenntnis des VfGH zum RRG erging 2000 anlässlich eines weitern amtswegig eingeleiteten Zwischenverfahrens.[30] Die Zahl der anhängigen Beschwerdeverfahren wird in der Literatur mit 90 Beschwerden beziffert, die sich überwiegend auf die erwähnte Lizenzerteilung im Dezember

---

[21] Münster, 9.

[22] Abgedruckt in Neisser/Kukacka, Privatrundfunk, 95 ff.

[23] Verband Österreichischer Zeitungsherausgeber und Zeitungsverleger. Das Interesse des Printbereichs am Radio war, wie die mittlerweile stark ausgeprägten crossmedialen Verflechtungen beweisen, alles andere als altruistischer Natur.

[24] abgedruckt in Neisser/Kukacka, Privatrundfunk, 83 ff.

[25] vgl MR 1990, 126; detailliert Öhlinger, RfR 1991, 37.

[26] EGMR 24.11.1993, Informationsverein Lentia u.a. gegen Österreich, EuGRZ 1994, 549; ÖJZ 1994, 34.

[27] Abele/Köck, ÖJZ 2001, 369.

[28] vgl MR 1995, 78.

[29] VfGH 25.9. 1995, G 1219 u.a./1995, VfSlg 14256/1995; Höhne, MR 1995, 165; die Argumente für die Verfassungskonformität bei Berka, ZfV 1995, 437; Stratil, MR 1994, 178, konnten den VfGH nicht überzeugen, erste Befürchtungen in dieser Hinsicht bereits bei Öhlinger, RfR 1991, 37.

[30] VfGH 29.06.2000, G 175ua/99, VfSlg 15886/2000; MR 2000, 186.

1997 bezogen.[31] Da der VfGH jedoch den zugrunde liegenden Beschwerden die aufschiebende Wirkung versagt hatte[32], konnten am 1.4.1998 zahlreiche private Hörfunkveranstalter tatsächlich ihren Betrieb aufnehmen, ungeachtet der unsicheren rechtlichen Grundlage.

2001 ersetzte das PrR-G das RRG, hinsichtlich der in Schwebe befindlichen Zulassungen wurde bereits am 6.6.2000 eine gesetzliche Überleitung konstruiert.[33] Nach eine Novelle 2004 bildet das PrR-G iVm dem BVG Rundfunk auch derzeit die gesetzliche Grundlage für die Veranstaltung von privatem terrestrischem und digitalem Hörfunk in Österreich.

C. Zugangsregulierung durch das PrR-G

1. Frequenzallokation

Die Vergabe von Frequenzen in einem behördlichen Verfahren stellt einen massiven staatlichen Eingriff dar. Nicht-Lizenzinhaber sind quasi mit einem Berufsverbot hinsichtlich der jeweiligen Übertragungskapazität belegt. An das behördliche Verfahren, mit dem Lizenzen vergeben werden, sind deshalb im Lichte des Legalitätsprinzips besondere Anforderungen zu stellen. Angesichts der Knappheit des Frequenzspektrums sind Beschränkungen der aktiven Rundfunkfreiheit unbestritten zulässig und notwendig.[34]

Die Ausstrahlung von terrestrischem Hörfunk setzt die Möglichkeit der Nutzung einer Übertragungskapazität (§ 2 Z 4 PrR-G) voraus. Die relevanten Frequenzen sind jene des UKW-Frequenzbereiches. Aus technischen Gründen ist der zeitgleiche Betrieb nur einer bestimmten Zahl von Übertragungskapazitäten möglich. Da Frequenzen dazu dem System der internationalen Koordinierung unterliegen, um grenzüberschreitende Interferenzen zu verhindern, ist der nutzbare Bereich des Frequenzbandes stark eingeschränkt. Übertragungskapazitäten für terrestrischen Hörfunk sind daher knappe Ressourcen. Eine Selbstregulierung des Marktes ist hinsichtlich Frequenzen nicht möglich. Die Ausstrahlung mehrerer Hörfunkprogramme auf derselben Übertragungskapazität würde zu Interferenzen und damit zur Nichtempfangbarkeit von Programmen führen. Die vorhandenen gewidmeten Frequenzen decken den Bedarf der möglichen Anbieter nicht ab. Um eine möglichst effiziente Allokation der Ressourcen bewirken zu können, ist ein staatlicher Eingriff notwendig.

---

[31] BGBl I 2000/51; Wittmann, MR 2000, 131.

[32] MR 1998, 38.

[33] BGBl I Nr 2000/51; Wittmann, MR 2000, 131.

[34] Zur „eingeschränkten Realisierungschance“ des Grundrechts und daraus erfließenden Anforderungen an die Rundfunkgesetzgebung Wittmann, Rundfunkfreiheit, 145; Abele/Köck, ÖJZ 2001, 369; unklar Rittler, juridikum 2002, 63, der aus grundrechtlicher Sicht erst von einer zulässigen Einschränkung ausgeht, wenn alle Frequenzen vergeben wurden.

Digitaler terrestrischer Hörfunk, dessen Verwirklichung der Frequenzknappheit entgegenwirken würde, ist zwar Regelungsgegenstand des PrR-G, in Österreich derzeit aber nicht flächendeckend umgesetzt. Insbesondere negative Erfahrungen hinsichtlich der Hörerakzeptanz aus Deutschland sowie die hohen Kosten wirken noch abschreckend.

2. Einfluss des BVG-Rundfunk

Ein staatlicher Eingriff in die Rundfunkveranstaltung ist aufgrund der Bestimmungen des BVG Rundfunk verfassungsrechtlich notwendig. Einerseits legt das BVG Rundfunk fest, dass Rundfunk nur auf Basis eines Ausführungsgesetzes des Bundesgesetzgebers betrieben werden darf.[35] Das BVG Rundfunk geht zudem von bestimmten Leitvorstellungen (Objektivität, Unparteilichkeit, Meinungsvielfalt, Programmausgewogenheit, Unabhängigkeit der Berichterstattung)[36] hinsichtlich der Rundfunkveranstaltung aus. Diese aus dem BVG Rundfunk abzuleitenden verfassungsrechtlichen Garantien und „*institutionelle Freiheit*", die der Staat sicherzustellen hat[37], erfordern zwingend ein angemessenes Verfahren, welches obgenannte Zielvorstellungen praktisch umsetzt. Anders als durch das Konzessionssystem scheint eine derartige Aufgabe kaum bewältigbar, zumal eine Überwachung der Tätigkeit der Rundfunkveranstalter geboten ist. Zumindest ist ein Rechtschutzsystem bereitzustellen.

3. Frequenzmanagement durch RRG und PrR-G

Die Reaktion des Gesetzgebers auf die knappe Frequenzsituation im UKW-Frequenzbereich (dazu unten II.) bestand bereits im RRG (§§ 1, 20) in der Normierung eines Konzessionssystems mit Auswahlentscheidung zwischen Zulassungswerbern durch die Regulierungsbehörde. Auch das PrR-G sieht in dessen §§ 1 und 6 eine Auswahlentscheidung vor. Hörfunkveranstalter sind weiterhin dem Konzessionssystem unterworfen.

Angesichts der frequenztechnischen Situation normiert § 10 Abs 1 PrR-G (ehemals § 2ff. RRG) weiters eine Stufenprüfung anlässlich der Vergabe freier Frequenzen (siehe dazu unten III.B.1). Der Gesetzgeber hat dabei im Gegensatz zur Stammfassung des RRG zentrale Wertungen getroffen. Einerseits sind die Bedachtnahme auf den Versorgungsauftrag des ORF sowie der Vorrang von Verbesserung der Versorgung normiert. Nur bei Ausscheiden dieser Varianten sind Versorgungsgebiete zu erweitern bzw bei Vorliegen bestimmter Kriterien neue Versorgungsgebiete zu schaffen. Den Regelungen über bundesweite Hörfunkzulassungen kommt dabei Ausnahmecharakter zu, der VfGH geht davon aus, dass der Gesetzgeber „aufgrund des geringeren Frequenzbedarfs leichter herstellbaren lokalen und regionalen Rundfunks zu

[35] Twaroch/Buchner, S 38 f, VfGH 27.09.1995, G1256/95 ua, VfSlg 14258/1995 = RfR 1995, 17.

[36] Art I Abs 2 BVG Rundfunk BGBl Nr 396/1974.

[37] Wittmann, Rundfunkfreiheit. 47 ff.

gewährleisten beabsichtigt und erst in einem zweiten Schritt nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten bundesweites Privatradio ermöglichen will".[38]

Durch das PrR-G werden einmal erteilte Zulassungen nicht zementiert. § 3 Abs 1 iVm § 13 Abs 1 PrR-G normiert die Befristung von Zulassungen auf 10 Jahre sowie die amtswegige Neuausschreibung der Übertragungskapazität nach Zeitablauf. § 6 Abs 2 PrR-G bietet eine verfassungskonforme Möglichkeit, im Verfahren über die Wiedervergabe die bisherige Tätigkeit des Zulassungsinhabers zu dessen Gunsten in die Auswahlentscheidung einzubeziehen. Eine sachlich ungerechtfertigte Benachteiligung unterlegener Zulassungswerber soll durch diese Regelung vermieden werden.

D. Verfassungsrechtliche Grundlagen

1. Kompetenzgrundlagen

Der Verfassungsgesetzgeber von 1920 hat die Notwendigkeit eines Kompetenztatbestandes für rundfunkrechtliche Normen nicht vorausgesehen. Die Bundeskompetenz zur Erlassung von rundfunkrechtlichen Regelungen wird deshalb auf intrasystematische Fortentwicklung[39] des Kompetenztatbestandes Art 10 Abs 1 Z 9 BVG „Post- und Fernmeldewesen" sowie in der Regel auch auf Art I Abs 2 BVG Rundfunk gestützt. Der VfGH hat in einem Kompetenzfeststellungserkenntnis aus 1954[40] ausgesprochen, dass Rundfunkwesen (inklusive Fernsehen) zur Gänze als Bestandteil des „Telegrafenwesens" zu sehen ist.[41] Obwohl die Ansicht des VfGH im Detail durchaus hinterfragenswert erscheint[42], wurde an dieser Ansicht im Folgenden festgehalten.[43]

2. BVG Rundfunk

a) Rundfunkbegriff

Eine umständliche Definition des Begriffes Rundfunk unternimmt das BVG Rundfunk in dessen Art I Abs 1. Demnach ist Rundfunk die für die Allgemeinheit bestimmte Verbreitung von Darbietungen aller Art in Wort, Ton und Bild unter Benutzung elektrischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung bzw längs oder mittels eines Leiters sowie der Betrieb von Einrichtungen, die diesem Zweck dienen. Erwähnenswert in diesem

[38] VfGH 25.09.2002, B110/02 ua.

[39] Versteinerungstheorie; vgl zum Rundfunkbereich im Detail VfSlg 2721/1954, bestätigend VfSlg 7593/1975; VfSlg 2721/1985.

[40] VfSlg 2721/1954.

[41] im Detail Twaroch/Buchner, S 35 f.

[42] Wittmann, Rundfunkfreiheit S 58 ff.

[43] Eine Diskussion des Kompetenzfeststellungserkenntnisses an dieser Stelle muss aus Gründen des gebotenen Umfangs der Arbeit entfallen.

Zusammenhang ist allerdings vielmehr die stRsp des VfGH zum BVG Rundfunk. Der VfGH geht davon aus, dass Art I Abs 2 BVG Rundfunk zunächst nur eine Verpflichtung für den Bundesgesetzgeber zur näheren Ausgestaltung rundfunkrechtlicher Vorschriften (vor dem Hintergrund der materiellen Programmanforderungen des BVG Rundfunk) schafft, jedoch kein spezifisches Grundrecht schafft.[44] Rundfunk ist überhaupt nur im Rahmen eines das BVG Rundfunk ausführenden Bundesgesetzes zulässig.[45] Da bis zur Kundmachung des RRG nur das den ORF zum Regelungsgegenstand habende RFG als Ausführungsgesetz existierte, bestand das Rundfunkmonopol des ORF im Radiobereich bis Ende 1993. Obwohl das BVG Rundfunk auch ursprünglich erkennbar auf das öffentlich-rechtliche Rundfunkmonopol ausgerichtet ist, dient es seit der Erlassung weiterer Materiengesetze neben Art 10 Abs 1 Z 9 BVG als deren verfassungsrechtliche Grundlage.[46]

b) Programmvoraussetzungen

Materiell stellt das BVG Rundfunk Anforderungen an das Programm auf, welche allerdings für die Frage der Zulassung zur Veranstaltung nicht von unmittelbarer Relevanz sind.[47] Bei der Programmgestaltung sind die Grundsätze des BVG Rundfunk (Unparteilichkeit, Objektivität, Meinungsvielfalt) jedenfalls zu beachten.[48]

Die Regulierungsbehörden haben die Zielsetzungen des BVG Rundfunk jedoch als Auslegungshilfe zu § 6 PrR-G[49] herangezogen. Die Differenzierung zwischen öffentlich-rechtlichem Rundfunk und den geringeren Anforderungen an private Hörfunkveranstalter (großzügigere Werberegelungen, kein Objektivitätsgebot) begründet sich im Übrigen aus der Stellung des ORF als Marktbeherrscher und als im Wesentlichen durch die Allgemeinheit finanziertes Unternehmen. Die Benachteiligung des ORF ist wohl sachlich gerechtfertigt.[50]

3. Kommunikationsfreiheit

Die so genannte Rundfunkfreiheit, welche schließlich zum Ende des österreichischen Rundfunkmonopols führte, ist Art 10 Abs 1 MRK zu

---

44 VfSlg. 11213/1987, RfR 1987, 32; VfSlg 12344/1990, RfR 1990, 32; zuletzt VfSlg 17196/2004.

45 vor Erlassung des BVG Rundfunk aufgrund fernmeldebehördlicher Bewilligung, die aber nur dem ORF erteilt wurde; Twaroch/Buchner, S 36; VfSlg 14258/1995 = RfR 1995, 17.

46 Berka, Grundrechte Rz 542.

47 FN 44; zur Bedeutung der Grundsätze des BVG-Rundfunk für Contentregulierung Berka, JRP 2000, 193.

48 VfSlg 12086/1989 = RfR 1989, 37 = MR 1989, 129; zu den Programmaufträgen als Eingriff in die das Grundrecht der freien Meinungsäußerung Twaroch/Buchner

49 im Detail unten IV.A.

50 dazu auch dt BVerfGE 73, 118.

entnehmen.[51] Art 10 Abs 1 MRK gewährt nicht nur das Recht, Meinungen und Informationen zu äußern (aktiver Rundfunkfreiheit), sondern auch das Recht zum Empfang von Nachrichten (passive Rundfunkfreiheit). Schon 1990 hat der EGMR im Fall „*Autronic AG*“ klargestellt, dass die durch Art 10 Abs 1 MRK gewährte Meinungsfreiheit auch die Rundfunkfreiheit erfasst und diese Freiheit auch gewinnorientierten juristischen Personen zusteht.[52]

Nach Ansicht der Literatur ist die Freiheit der Meinungsäußerung mit der Freiheit zum Empfang von Informationen und Meinungen abzugleichen. Für die Freiheit zum Empfang von Informationen sei nämlich Meinungsvielfalt sowie Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung (aber auch Jugend- und Verbraucherschutz bzw Persönlichkeitsschutz) von grundlegender Bedeutung in einer demokratischen Gesellschaft.[53] „Letzter Garant“ (the ultimate guarantor)[54] für die Einhaltung dieser Ideale ist der Staat. Der Staat muss diese Aufgaben nicht als Staatsaufgaben erfüllen (er kann aber selbstverständlich durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk dazu beitragen). Der Staat muss Bedingungen schaffen, damit offene Kommunikationsprozesse möglich sind und Meinungsvielfalt gesichert ist. Falls erforderlich, ist der Staat verpflichtet, ein Ordnungssystem zu schaffen, in dem Meinungsvielfalt, Objektivität und Unparteilichkeit als wesentliche Werte tatsächlich gewahrt werden (staatliche Gewährleistungsverantwortung).[55] Ein solches System könne unter Umständen Beschränkungen der Freiheit der Meinungsäußerung erfordern, beispielsweise ein Hinwirken auf eine ausgewogene und unabhängige Programmgestaltung bzw staatliche Maßnahmen zur Verhinderung privater Monopole.[56]

Hinsichtlich der Beschränkung von Rundfunk haben sich die Vertragsstaaten der EMRK Besonderheiten zugebilligt. Art 10 Abs 3 EMRK gestattet für Rundfunkunternehmen die Einrichtung eines „rundfunkpolitischen Ordnungsrahmen“, konkret durch die Einführung eines Genehmigungsverfahrens. Die Wertung des nationalen Gesetzgebers, privaten Hörfunk einem Konzessionssystem zu unterwerfen, ist deshalb im Licht der EMRK nicht zu beanstanden.

Der VfGH erblickte in der älteren Rsp noch keine Verpflichtung des Gesetzgebers im Lichte des Art 10 EMRK, ein duales Rundfunksystem zu

---

[51] Stöger, Rundfunkrecht; Mayer, ecolex 1994, 511; Berka, Grundechte, Rz 540 ff.

[52] Mayer, ecolex 1994, 511.

[53] Mayer, ecolex 1994, 511.

[54] EGMR 24.11.1993, Informationsverein Lentia ua gegen Österreich, EuGRZ 1994, 549.

[55] Berka, Grundrechte, Rz 557; Korinek, JRP 2000, 129; Mayer, ecolex 1994, 511.

[56] Mayer, ecolex 1994, 511

schaffen.[57] Ein staatliches Hörfunkmonopol kann aber, wie bereits ausgeführt, zumindest nach der Rs *„Lentia“* nicht mehr begründet werden.[58] Die Einschränkung der aktiven Rundfunkfreiheit (das Recht, Rundfunk zu veranstalten im Gegensatz zur passiven Rundfunkfreiheit, dem Recht, Rundfunk zu empfangen) bedarf einer Rechtfertigung am Maßstab des Art 10 Abs 2 EMRK.[59] Eingriffe in die subjektive Rundfunkveranstaltungsfreiheit[60] müssen gesetzlich vorgesehen sein, der Eingriff soll einem der in Art 10 Abs 2 EMRK vorgesehenen Zwecke dienen und einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten.[61] Mögliche Argumentationslinien liegen in der Knappheit der Ressourcen, staatlichen Gewährleistungspflichten hinsichtlich Meinungspluralismus, Wettbewerbsaufsicht oder Aufrechterhaltung öffentlicher Ordnung.[62] Der individuelle Anspruch aus der aktiven Rundfunkfreiheit beschränkt sich in der Praxis auf den Anspruch, sich unter den gesetzlichen Bedingungen in einem nichtdiskriminierenden Verfahren um eine Lizenz bewerben zu können.[63]

Nach *Korinek*[64] wird die staatliche Gewährleistungsverantwortung hinsichtlich der Rundfunkfreiheit auf vier Ebenen realisiert:

- *Ordnungsvorschriften*, dazu gehören auch Frequenznutzungsordnungen und technische Regulierungen (sondergewerberechtliche Ordnungsvorschriften, Fernmeldepolizei),
- durch *Marktzugangsregelungen*, insbesondere durch die Erteilung von Lizenzen und Konzessionen (oder Anzeigepflichten), ebenfalls Sondergewerberecht,
- durch *Wettbewerbsregulierung*,
- und schließlich durch *inhaltliche Vorgaben* für die Tätigkeit von Unternehmungen, Programmgrundsätze und Sorgfaltspflichten.

Die Auswahlentscheidung ist hinsichtlich mehrerer Bereiche relevant. Einerseits ist sie (letzter) Bestandteil einer Markzugangsregelung. Andererseits wird die Auswahlentscheidung durch Ordnungsvorschriften beeinflusst und umgekehrt (Ausmaß und Situierung des Versorgungsgebiets, Verbot der Doppelversorgung etc; siehe III.A.5). Schließlich sind die Angaben im Auswahlverfahren mittelbar verbindlich für die zukünftige Programmgestaltung.

---

[57] VfSlg 9909/1983 = RfR 1985, 29.
[58] Differenzierend, hinsichtlich Hörfunks bejahend Holoubek, MR 1994, 6.
[59] Rittler, juridikum 2002, 63.
[60] Oberndorfer, JRP 2001, 103.
[61] Berka, Grundrechte Rz 559, 578.
[62] Beispiele bei Rittler, juridikum 2002, 63.
[63] Rittler, juridikum 2002, 63.
[64] Korinek, JRP 2000, 129.

Weitere verfassungsrechtlich relevante Regelungen hinsichtlich der Veranstaltung von Rundfunk sind zB Art 13 StGG[65] (Kommunikationsfreiheit, Zensurverbot), aber auch Art 6 StGG (Erwerbsfreiheit) und rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien (nichtdiskriminierende Verfahren unter Berücksichtigung der verfassungsmäßig gewährleisteten Rechte der Zulassungswerber), zu entnehmen. Private Hörfunkveranstalter können sich nicht nur auf die Rundfunkfreiheit, sondern auch auf die Erwerbsbetätigungsfreiheit berufen. Kommerzielle Rundfunkveranstaltung unterfällt dem Schutzbereich der Erwerbsfreiheit, der jegliche Tätigkeit erfasst, die auf wirtschaftlichen Erfolg sowie Vermögenserwerb gerichtet ist.[66] Gesetzliche Zulassungsvoraussetzungen wie das PrR-G (faktisches Berufsverbot für Nichtlizenzinhaber) sind Schranken der durch Art 6 StGG geschützten Erwerbsfreiheit. Das Zulassungserfordernis kann als objektive Berufsantrittsbeschränkung[67] qualifiziert werden.

Der EGMR musste sich nun seit mehreren Jahren nicht mit Beschwerdefällen österreichischer Provenienz zu Fragen der Rundfunkzulassung befassen. Die doch zahlreich ergangene Rechtsprechung zur Rundfunkzulassung insgesamt, belegt jedoch, dass auch in anderen Mitgliedstaaten des Europarates Rundfunkrecht und Zulassung lebendige Rechtsgebiete sind.[68]

E. Lokaler und regionaler Hörfunk - RRG 1993

1. Grundsätze

Bereits mit dem Inkrafttreten des RRG am 1.1.1994 war die Veranstaltung von privatem Hörfunk in Österreich zumindest de jure möglich. 1995 wurden die ersten 10 Lizenzen tatsächlich erteilt. Von den 10 Zulassungsinhabern gingen jedoch nur 2 tatsächlich auf Sendung. Die VfGH-Beschwerden der unterlegenen Bewerber führten in den anderen Fällen zur ersten VfGH – Teilaufhebung des RRG im Jahr 1995, die dessen § 2 betraf und in weiterer Folge zur Aufhebung der 8 verbleibenden Zulassungsbescheide führte.[69] Nach einer Sanierung der aufgehobenen Bestimmungen über die Frequenzplanung mit der RRG-Novelle 1996 konnten tatsächlich einige Lizenzen für regionalen und lokalen Hörfunk erteilt werden. Die diesbezüglichen Zulassungsbescheide der Regionalradio- und

[65] Im Detail Berka, Grundrechte Rz 540 ff, eine Auseinandersetzung damit muss aufgrund des gebotenen Umfangs dieser Arbeit entfallen.

[66] Berka, Grundrechte, Rz 748.

[67] Berka, Grundrechte, Rz 750, 757.

[68] Siehe jüngstens EGMR 11.01.2008, GLAS NADEZHDA EOOD ua. gegen Bulgarien mwN, 14134/02

[69] VfGH 27.9.1995, G 1219-1244/95.

Kabelrundfunkbehörde bzw der Privatrundfunkbehörde sind allerdings bedauerlicherweise nicht veröffentlicht.

Die Möglichkeiten des Regionalradiogesetzes, privaten Rundfunk zu veranstalten, erschöpften sich in lokalen und regionalen Zulassungen. Die Anzahl der regionalen Zulassungen war zudem mit 10 (eine je Bundesland, 2 für Wien) beschränkt. Dem Gesetzgeber schwebte offensichtlich die Schaffung einer pluralistischen Informationslandschaft durch Etablierung möglichst kleiner, lokal verwurzelter Hörfunkveranstalter vor. Der Ankündigung, *„1000 bunte Blumen blühen“* lassen zu wollen, wurde später entgegen gehalten, dass dadurch faktisch das ORF-Monopol fortgeschrieben werden sollte. Tatsächlich erwiesen sich Lokalradios meistens, Regionalradios vereinzelt als wirtschaftlich nicht rentabel betreibbar.[70]

2. Auswahlentscheidung

a) § 20 RRG idF BGBl Nr 506/1993

§ 20 RRG sah bereits eine behördliche Auswahlentscheidung zwischen mehreren Zulassungswerbern vor. Aus § 20 Abs 1 RRG geht hervor, dass der Gesetzgeber des Jahres 1993 davon ausging, dass im Falle konkurrierender Zulassungswerber durch die Regulierungsbehörde primär auf die Bildung einer Veranstaltergemeinschaft hinzuwirken sei. Die Vornahme der behördlichen Auswahlentscheidung scheint im RRG nur als ultima Ratio im Fall des Nichtzustandekommens einer Veranstaltergemeinschaft vorgesehen zu sein. Mit der Erlassung des PrR-G ist diese Bestimmung des § 20 Abs 1 RRG im Übrigen ersatzlos entfallen, da sie sich kaum überraschend als wenig geeignet erwiesen hatte.[71]

§ 20 Abs 2 und 3 RRG lauteten in der Stammfassung[72]:

(2) Kommt eine Einigung zwischen den Antragstellern nicht zustande, so hat die Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde dem Antragsteller Vorrang einzuräumen, der auf Grund seiner Zusammensetzung und der vorgelegten Unterlagen sowie der sonstigen Ergebnisse des Verfahrens die Zielsetzungen dieses Gesetzes am besten gewährleistet, insbesondere indem er insgesamt eine bessere Gewähr für eine größere Meinungsvielfalt im Programm bietet sowie ein eigenständiges, auf die regionalen oder lokalen Interessen Bedacht nehmendes Programmangebot bereitzustellen imstande ist.

(3) Die Behörde hat auch zu berücksichtigen, ob einer der Antragsteller bereits bisher die zu vergebende Zulassung entsprechend dem Gesetz ausgeübt hat.

Die Materialien gehen davon aus, dass § 20 RRG (ausschließlich?) jene Kriterien normiert, an Hand derer die Auswahlentscheidung zu treffen ist, wobei bereits von einem Kriterienraster und einem beweglichen System die

[70] Nachweis bei Düll in Reichel et al, 17.
[71] 401 BlgNR 21. GP S 16.
[72] BGBl Nr 506/1993.

Rede ist. Ausdrücklich sprechen die Materialien bereits die Bezugnahme auf die mediale Gesamtsituation im Versorgungsgebiet als Maßstab an.[73]

b) § 20 RRG idF BGBl I Nr 2/1999

Mit der RRG-Novelle 1999[74] bekam § 20 Abs 2, 3 RRG ein dem nunmehrigen § 6 PrR-G bereits sehr ähnliches Erscheinungsbild:

(2) Kommt eine Einigung aller Antragsteller nicht zustande, so hat die Privatrundfunkbehörde dem Antragsteller oder jener Veranstaltergemeinschaft den Vorrang einzuräumen,

1. bei dem oder bei der auf Grund der Zusammensetzung und der vorgelegten Unterlagen sowie der sonstigen Ergebnisse des Verfahrens die Zielsetzungen dieses Gesetzes am besten gewährleistet erscheinen, insbesondere indem insgesamt eine bessere Gewähr für eine größere Meinungsvielfalt im Programm geboten wird sowie ein eigenständiges, auf die Interessen im Verbreitungsgebiet Bedacht nehmendes Programmangebot zu erwarten ist oder im Fall von Spartenprogrammen im Hinblick auf das bereits bestehende Gesamtangebot an nach diesem Bundesgesetz verbreiteten Programmen von dem geplanten Programm ein besonderer Beitrag zur Meinungsvielfalt im Verbreitungsgebiet zu erwarten ist und

2. von dem oder von der zu erwarten ist, dass das Programm den größeren Umfang an eigengestalteten Beiträgen aufweist.

(3) Die Behörde hat auch zu berücksichtigen, ob einer der Antragsteller bereits bisher die zu vergebende Zulassung entsprechend dem Gesetz ausgeübt hat.

Die Materialien zur Novelle BGBl I Nr 2/1999[75] führen lediglich aus, die Auswahlentscheidung werde dahingehend präzisiert, dass bei der Entscheidung zwischen Sparten- und Vollprogramm nicht das Spartenprogramm dadurch, dass es eine wegen der Beschränkung dieses Programms auf die Verbreitung auf im wesentlichen gleiche Inhalte eine weniger große Gewähr für eine große Meinungsvielfalt im Verbreitungsgebiet bildet, abzuweisen ist. Vielmehr stelle § 20 Abs 2 Z 1 letzter Satz klar, dass unter Berücksichtigung des Gesamtangebots der privaten Hörfunkprogramme im Verbreitungsgebiet Spartenprogramme aus außenpluralen Gründen, nämlich einem besonderen Beitrag zur Meinungsvielfalt im Verbreitungsgebiet auch einem Vollprogramm vorzuziehen sein kann. Die RRG-Novelle 1999 verstärkt damit die Beachtung der medialen Gesamtsituation im Versorgungsgebiet (zwar nur hinsichtlich von Spartenprogrammen, was an dem feststellbaren Trend zum außenpluralen Modell nichts ändert). Zu den weiteren Kriterien der Auswahlentscheidung schweigen sich die Materialien bedauerlicherweise erneut aus.

---

[73] 1143 BlgNR 18. GP, abgedruckt bei Kogler/Traimer, Privatrundfunkgesetze, 60.

[74] BGBl I Nr 2/1999.

[75] 1521 BlgNR 20. GP.

Das RRG produzierte im Verlauf seiner kurzen Geschichte aufgrund der mehrfachen Aufhebungen durch den VfGH und daraufhin erfolgte Reparaturen erhebliche Rechtsunsicherheit. Bezeichnend ist die Kommentierung von *Kogler/Traimer*, welche angesichts der zahlreichen Änderungen der Novelle noch vor der Beschlussfassung nicht verwundere, dass „der Gesetzestext nicht vollkommen frei von gewissen Inkonsistenzen geblieben ist".[76] Mit Erkenntnis des VfGH vom 13.06.2001 zu G 131ua/00 wurde § 13 RRG, welcher als Regelungsgegenstand die großteils politisch besetzte Privatrundfunkbehörde[77] als lizenzvergebende Stelle zum Inhalt hatte, letztmalig als verfassungswidrig erkannt. Diesem Erkenntnis gingen unter anderem die Erkenntnisse vom 29.06.2000, G 175ua/99, voran, aus deren Anlass die Vorgängerbehörde Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde/Privatradiobehörde in ihrer Zusammensetzung als verfassungswidrig erkannt wurde. Das mehrfache Scheitern von Bestimmungen des RRG trug schließlich wesentlich zur großen Novelle der Rundfunkgesetze 2001 bei.

F. Strukturwandel im Privatrundfunksektor

Seit dem flächendeckenden Start der Privatradios in Österreich am 1.4.1998 (wobei angemerkt werden muss, dass wie bereits ausgeführt schon 1995 zwei Privatsender, nämlich „Antenne Steiermark" und das Salzburger „Radio Melody", den Sendebetrieb aufgenommen hatten) haben sich die Voraussetzungen sowie das Bild der Privatradiolandschaft Österreichs nachhaltig verändert.[78] Die Anforderungen an die Regulierungspraxis sind dementsprechend andere geworden. Ging es zunächst noch darum, aus dem überstürzten Aufbruch in die österreichische Privatradioära das Beste zu machen und die durch RRG und Frequenzverwaltung komplizierten Regelungsgrundlagen in die Praxis umzusetzen, ist heutzutage der professionelle Wettbewerb um Einfluss und Hörerzahlen zwischen etablierten Medienverbünden Regulierungsalltag.

1. Strukturelle Entwicklungen

a) Verflechtungen von Zulassungsinhabern

Zulassungswerber sind verpflichtet, gesellschaftsrechtliche Verfechtungen zur Prüfung der Voraussetzungen des § 9 PrR-G gegenüber der Regulierungsbehörde offen zu legen (§ 5 Abs 2 iVm §§ 7 und 9 PrR-G). Die Eigentumsverhältnisse werden regelmäßig in Zulassungsbescheiden der

[76] Kogler/Traimer, Privatrundfunkgesetze, 11.

[77] Ausführlich Öhlinger, RfR 1991, 37.

[78] vgl die empirischen Studien in RTR-GmbH, Privatradio, 15-78; im Vergleich den aktuellen Radiotest 1. Halbjahr 2008, im Internet abrufbar unter http://www.rms-austria.at/content/bereich/radiotest_ergebnisse.html; zu Vermarktungsverbünden, Quoten privater Hörfunkveranstalter und den Erwartungen der Konsumenten.

KommAustria dargestellt.[79] Zahlreiche Zulassungswerber sind bereits einer oberflächlichen Analyse der veröffentlichten Entscheidungen zufolge mittlerweile entweder unmittelbare Töchter der großen inländischen Medienunternehmen (insbesondere des Printsektors) oder zumindest mittelbar gesellschaftsrechtlich mit diesen verbunden.

Als wesentliche Player des Privatrundfunksektors lassen sich somit Medienkonzerne wie Krone/Kurier (Kronehit), die Fellner Medien GmbH (Antenne Österreich), die Medien Union GmbH (HiT FM, Wien 88,6), Eugen Russ u.a. (Radio Arabella) oder die Styria Medien AG (Antenne Steiermark) identifizieren, wobei die angeführten Hörfunkprogramme nur eine beispielhafte Aufzählung darstellen. Gewachsen sind die in Händen von Medienkonzernen angesammelten Zulassungen nicht nur durch Lizenzerteilungen, sondern auch gezielt durch Übernahmen kleiner, ursprünglich unabhängiger Rundfunkveranstalter. Die Privatrundfunklandschaft war demzufolge in den letzten Jahren einem Trend der Medienkonzentration ausgesetzt. Die Medienkonzentration hatte ihre Ursache, wenn Erfahrungsberichten Glaube geschenkt wird, nicht zuletzt in Wirtschaftlichkeitserwägungen, da die kleinräumigen Strukturen des RRG eine wirtschaftlich tragfähige Rundfunkveranstaltung nicht immer ermöglichten. Damit war oftmals ein Anschluss an finanzkräftige „Partner“ notwendig.[80]

b) Etablierung von Formatradio[81]

Den Zulassungsbescheiden der KommAustria ist ebenso zu entnehmen, dass hinsichtlich des veranstalteten Programms die Etablierung von Formatradio unweigerlich voranschreitet. Die Formatierung hat wesentlichen Einfluss auf das Musikprogramm. Die quantitativ größte Anzahl der privaten Hörfunkprogramme ist am Adult Contemporary-Format (AC) orientiert, wobei zum Teil Modifikationen des AC-Formates wie Hot-AC, Euro-AC u.ä vorliegen. Ein Überblick über gängige Formatierungen ergibt nachstehendes Bild, wobei auch Kombinationen von Formaten denkbar sind (zB Euro Based Hot AC):[82]

- *AC („Adult Contemporary“)*: gängige Popmusiktitel der letzten Jahrzehnte bis heute, starke Orientierung am breiten Massengeschmack, melodisch geprägt, leicht durchhörbar, polarisierende Musiktitel werden vermieden (Beispiel: Ö3, Kronehit)

---

[79] vgl. zB jüngst KOA 1.301/07-026, KOA 1.212/07-029, KOA 1.214/08-001, KOA 1.535/07-030 uvw.

[80] Reichel in Reichel et al., 68.

[81] Schaffung eines durchwegs hinsichtlich Musikformat und Moderationen einheitlich gestalteten Hörfunkprogramms.

[82] RMS, Musikformate, im Internet abrufbar unter http://www.rms-austria.at/download/rms/marktforschung/radio_basics/musikformate.pdf.

- *Hot AC*: AC-Formatierung, wobei mehr Gewicht auf aktuellere Titel der 90er und 2000er Jahre gelegt wird (Beispiel: 88,6 der Supermix für Wien)
- *Oldie Based AC*: Musik der 70er bis 90er Jahre, zusätzlich einige aktuellere Pop-Hits, bevorzugt vom oberen Alterssegment der Zielgruppe (Beispiel: Antenne Wien)
- *Euro Based AC*: aktuelle europäische Musik bzw deutschsprachige Popmusik-Titel (Beispiel: A1 Radio)
- *Soft AC*: Ruhigere und sanftere Popmusik, besonders am Abend Love Songs kombiniert mit Hörer- und Liebesgrüßen (Beispiel: Antenne Salzburg)
- *Current Based AC*: Aktuelle Hits kombiniert mit Titeln aus den 80ern und 90ern. Zur Bindung der „älteren Hörer“ an das Format vereinzelt auch Oldies (Beispiel: Antenne Wien?)
- *CHR (“Contemporary Hit Radio*): Mainstream-Charthits, enge Playlist, keine Oldies, lange Musikstrecken mit schneller Titelrotation, Tophits werden zum Teil fünf- bis achtmal täglich gespielt (Beispiel: HiT FM)
- *Selected Contemporary Alternative Hitradio*: Rhythmus-orientierte, nationale/internationale Tracks, die sowohl ruhige Stücke als auch danceorientierte Beats vereint: Soul, Funk, Hip Hop, Techno, Rap und House (Beispiel FM4)
- *AOR (Album Oriented Rock)*: Musikintensives Format mit breiter, rockorientierter Playlist; auch weniger bekannten Gruppen sind vertreten; Kombination mehrerer Rockmusik-Richtungen
- *Arabella-Format*: Melodiegeprägtes Musikformat mit Schlagern und internationalen Oldies (Beispiel: Radio Arabella 92,9)
- *Country*: Musiktitel aus dem Country-Bereich, wenig redaktionelle Inhalte (Beispiel: Truckradio)
- *Klassik*: Beliebte Stücke der klassischen Musik, Konzerte, Sinfonien, Opern und Operetten (Beispiel: Radio Stephansdom, Radio Maria)
- *MOR (Middle of the Road)*: „Musik für jeden und niemanden“. Vollprogramm mit einer ausgewogenen Mischung von Musik/Wort, nationale und internationale harmonische, melodiöse Musik, nicht zu neu und nicht zu alt, breites Angebot an Nachrichten/Information, ruhige, sachliche Moderation (Beispiel
- *Oldies & Schlager*: Mischung aus internationalen/nationalen Oldies und Evergreens seit den 20er Jahren, ruhige Moderation
- *Volksmusik, Schlager, Evergreens*: Volksmusik, deutschsprachige Schlager, internationale Evergreens mit Anteilen an Talk und (auch regionaler) Information (Beispiel: streckenweise ORF Bundeslandradios)

- *UC (Urban Contemporary)*: Rhythmusorientierte, schwarze Musik, die Sowohl ruhige Stücke als auch Discomusik vereint; je nach Ausprägung: Soul, Funk, Hip Hop, Techno, Rap und House
- *Jack-Format (Jack FM)*: weite Zufallsrotation mit 700 bis 1.000 Titeln aus allen Musikgenres, einzige Bedingung: Top 40 Position (iPod Prinzip).

2. Gesetzliche Neuerungen: Privatradiogesetz 2001

Das PrR-G, Stammfassung BGBl I Nr 20/2001, ist nach dem RRG die „zweite" gesetzliche Grundlage für die Veranstaltung von privatem terrestrischem Hörfunk. Das Jahr 2001 brachte insgesamt eine völlige Neuordnung des Rundfunkrechts mit sich. Nahezu unter einem wurden KOG, BGBl I Nr 23/2001, das PrR-G, BGBl I Nr 20/2001, und das PrTV-G, BGBl I Nr 84/2001 erlassen, Gleichzeitig erfuhr der ORF mit dem an die Stelle des RFG tretenden ORF-G, BGBl I Nr 83/2001 eine beachtlich Umorganisation („Stiftung sui generis").[83]

Die Notwendigkeit der Reparatur des RRG nach der Aufhebung der gesetzliche Grundlage der bis dahin über die Zulassungsvergabe entscheidenden Privatrundfunkbehörde (§ 13 RRG) durch den VfGH[84] hatte den Plänen der damaligen Bundesregierung der 21. GP auf eine Neuordnung der Rundfunkgesetze Nachdruck verliehen. Insbesondere hinsichtlich der notwendigen Neuordnung der Behördenorganisation (nunmehr durch das KOG idF RV 400 BlgNR 21. GP) plante der Gesetzgeber weit reichende Reformen, so beispielsweise die Einführung der unabhängigen konvergenten Medienbehörde „Kommunikations-Kommission Austria".[85] Da zur Verwirklichung der RV eine qualifizierte Mehrheit notwendig gewesen wäre, die erforderliche Zustimmung der Opposition jedoch nicht erreicht wurde, war der Regierungsvorlage kein Erfolg beschieden. In weiterer Folge wurde der Entwurf zum KOG dem Nationalrat als Initiativantrag vorgelegt.[86] Die mit dem KOG etablierte Behördenstruktur im Rundfunk- und Telekomsektor blieb in weiterer Folge bis dato unverändert, obwohl an anderer Stelle ausdrücklich als „bis auf weiteres" bezeichnet.[87]

Die parallel eingebrachte Regierungsvorlage über die Erlassung des Privatradiogesetzes[88] konnte, da Fragen der Behördenorganisation nunmehr bewusst ausgespart wurden, ohne Besonderheiten des Gesetzgebungsprozesses das Parlament passieren. In die Reform 2001 flossen die negativen Erfahrungen mit dem RRG zahlreich ein. Nicht nur die Umbenennung in PrR-

[83] Kogler/Traimer/Truppe, 4.
[84] VfGH 29.6.2000, G 175-266/99, VfSlg 15.886/2000.
[85] 400 BlgNR 21. GP.
[86] 507 BlgNR 21. GP.
[87] AB 1209 BlgNR 21. GP, 55.
[88] 401 BlgNR 21. GP.

G sollte signalisieren, dass einige im RRG noch wesentliche Prinzipien aufgegeben wurden. Im Besonderen führen die Materialien als Neuerungen aus:

- Schaffung einer konvergenten Regulierungsbehörde, welche die rundfunkrechtlichen und fernmelderechtlichen Bewilligungen in einem konzentrierten Verfahren erteilt,
- Beseitigung „praktischer Vollzugsschwierigkeiten“ durch Integrierung des Rundfunkfrequenzmanagements in den Vollzugsbereich der Regulierungsbehörde,
- Neufassung der Regelungen über Beteiligungen von Medieninhabern.[89]

Tatsächlich wurden maßgebliche materielle und formelle Neuerungen vollzogen. Insbesondere die Neuordnung des Frequenzmanagements durch Übertragung der Kompetenzen der Fernmeldebehörden auf die KommAustria (Beseitigung der Doppelgleisigkeit Zulassungsbescheid – Frequenzzuteilungsbescheid) und die Ersetzung der Festschreibung von Versorgungsgebieten mittels des Frequenznutzungsplans durch flexiblere Planungs- und Vergabekompetenzen der KommAustria hat die derzeitige Erscheinungsform der Privatrundfunklandschaft erst ermöglicht.

Dem Gesetzgeber gelang es allerdings nicht, ein sprachlich und kontextuell einfaches Gesetzeswerk zu schaffen. Bereits in der Begutachtung wurde auf die Verwendung einer schwer verständlichen Rechtssprache hingewiesen, sowie dass *„manche Gesetzesstellen erst nach mehrmaligem Studium verständlich wären“*.[90] Die wesentlichen gesetzlichen Änderungen im Bereich privater Hörfunk wurden von der Literatur allerdings größtenteils mit Wohlwollen aufgenommen.[91]

Das PrR-G wurde seit Erlassung durch die Novellen BGBl I 2004/97 und BGBl I 2004/169 abgeändert. BGBl I 2004/97, zurückgehend auf den Initiativantrag 430/A 22. GP, führte zu Änderungen bei den Vorschriften über die Frequenzzuordnung, der Schaffung der Möglichkeit der grundlegenden Änderung des Programmcharakters in einem eigenen Verfahren sowie die Einführung der gesetzlichen Grundlage für bundesweiten privaten Hörfunk. Auswirkungen auf das Auswahlverfahren brachten diese Neuerungen nicht unmittelbar, beachtlich sind aber die Zielsetzungen des Gesetzgebers. So sprechen die Materialien unter anderem davon, die Zersplitterung der Hörfunklandschaft durch die Schaffung kleinster neuer Versorgungsgebiete

[89] 401 BlgNR 21. GP.

[90] 07/SN-113/ME 21. GP, Stellungnahme der Notariatskammer zum PrR-G vom 22.11.2000, 2.

[91] Wittmann, MR 2001, 12; gegen § 9 PrR-G Oberndorfer JRP 2001, 103.

hintanhalten zu wollen. Außerdem verfolgten die Änderungen das Ziel der Straffung des Verfahrensablaufes zur Zuteilung freier Frequenzen.[92]

Mit 01.01.2005 trat die Novelle BGBl I 2004/169[93] in Kraft, mit welcher direkte Auswirkungen auf das Zulassungsverfahren verbunden waren. Die gesetzliche Bestimmung, dass durch den Gesellschaftsvertrag des Hörfunkveranstalters die Bindung der Übertragung von Geschäftsanteilen an die Zustimmung der Gesellschaft festgesetzt sein muss (§ 7 Abs 4 PrR-G idF BGBl I 2001/20), wurde ersatzlos gestrichen. Die Gesetzesänderung stellt sich als direkte Folge der E des VwGH hinsichtlich wesentlicher Änderung von Anträgen dar (betroffen waren die Hörfunkveranstalter Grazer Stadtradio GmbH und Welle Salzburg GmbH[94]). In beiden Fällen hatten die Zulassungswerber ihre Gesellschaftsverträge erst im Rahmen des Berufungsverfahrens vor dem BKS entsprechend den Anforderungen des § 7 Abs 4 PrR-G aF gestaltet. Der VwGH erkannte diesbezüglich auf eine wesentliche und damit unzulässige Änderung des Antrages. Da die Zulassungswerber deshalb als ausgeschlossen anzusehen waren, wurden die verfahrensgegenständlichen Bescheide des BKS[95], welcher von der Zulässigkeit der Antragsänderung ausging, kassiert.[96]

Der Gesetzgeber reagierte mit mehr oder weniger offensichtlichem Missfallen auf diese Rechtsprechungslinie. Während der diesbezügliche Initiativantrag 430/A BglNR 22. GP die Abänderung noch explizit an den E des VwGH festmacht, spricht der AB zwar von einer Zweckverfehlung der bisherigen Regelung, was aber auch nicht über das Vorliegen von Anlassgesetzgebung hinwegtäuschen kann.[97] Die Grundsätze der eben dargestellten Rsp zu Antragsänderungen im Zulassungsverfahren sind im Übrigen hinsichtlich anderer Umstände des Zulassungsverfahrens weiterhin beachtlich.

Derzeit ist eine weitere Novelle zu PrR-G und PrTV-G[98] in Arbeit, welche eine Entschärfung der Werbebeschränkungen mit sich bringt. Die Normen über die Zulassung bleiben unverändert.

---

[92] 430/A 22. GP, 19.

[93] 472/A 22. GP.

[94] Nachweis bei RTR Aktuell (Fachbereich Rundfunk), 20.12.2004, http://www.rtr.at/de/komp/RFNewsletter102004/RFNewsletterRF10_2004.pdf.

[95] BKS 5.6.2002, GZ 611.112/002-BKS/2002; 25.6.2002, GZ 611.091/002-BKS/2002.

[96] VwGH 15. 9. 2004, Zl 2002/04/0148 und 2003/04/0013, 0014.

[97] AB 430/A BlgNR 22. GP.

[98] 674 BlgNR 22. GP.

a) Rahmenbedingungen

Mit der Erlassung des Privatradiogesetzes 2001 haben sich die Voraussetzungen für die Rundfunkveranstaltung zwar nicht grundlegend geändert. Die engen Tatbestände des RRG wurden jedoch erweitert, die Bindung an Bundesländer (§ 2 Abs 1 RRG) entfiel und die rigorosen Beteiligungsschwellen wurden entschärft. Von den erklärten Neuerungen des Jahres 2001 kommt insbesondere der Neufassung der Beteiligungsregeln in § 9 PrR-G im Hinblick auf das Auswahlverfahren Bedeutung zu. Weitreichender Einfluss auf die Privatradiolandschaft durch Cross-Ownerships wurde dadurch ermöglicht.[99] Hörfunkveranstalter im Umfeld großer Medienkonzerne treten finanzkräftiger und erfahrener auf, als noch im Rahmen der ersten großen Zulassungsvergaberunde 1997.

Andererseits wurden Bundesmittel zur Förderung von Privatradio stark gekürzt. Subventionierten alternativen Rundfunkveranstaltern und kleinräumigen Lokalradios wurde das Überleben schwer gemacht.[100] Erscheinungen wie Netzwerkkonzepte oder Pool-Lösungen wurde dadurch verstärkt.

b) Auswahlentscheidung

Den Materialien zu § 6 PrR-G ist zu entnehmen, dass sich die Veränderungen zum bisherigen Rechtsbestand des ausdrücklich angeführten § 20 RRG in Grenzen halten müssten. Rsp zu § 20 RRG ist übrigens nicht veröffentlicht. Die einzige Kommentierung zu § 20 RRG beschränkt sich auf die auszugsweise Wiedergabe der EB, was angesichts der Tatsache, dass zum damaligen Zeitpunkt erst zwei Lizenzen rechtskräftig erteilt waren, kaum verwundert.[101] Ein direkter Vergleich mit der Vollziehung der Vorgängerbestimmung ist deshalb nur schwer möglich.[102]

Als (einzige) wesentliche Neuerung wird angeführt, dass nunmehr ein Konzept der Außenpluralität („Orientierung am Marktangebot“) zur Beurteilung der Frage des Beitrages zur Meinungsvielfalt vorgesehen sei. Im bisherigen § 20 RRG ging der Gesetzgeber – zwar nicht ausdrücklich, aber durch die Regulierungspraxis dermaßen verstanden – noch vom Modell der Binnenpluralität des Programms als vorrangigem Kriterium aus. Die EB zu § 6 PrR-G gehen nunmehr davon aus, dass durch die Änderung zum Konzept Außenpluralität hin der Behörde ein größerer Beurteilungsspielraum zukommen würde.[103]

Dem Gesetzgeber des Jahres 2001 konnte allerdings nicht bewusst sein, von welcher Rechtsauslegung die Regulierungsbehörden in ihrer praktischen Tätigkeit ausgehen würden, da Rsp des VwGH bis dahin nicht vorlag.

---

[99] Oberndorfer JRP 2001, 103.

[100] Rittler, juridikum 2002, 63; Brugger in RTR-GmbH (Hrsg), Privatradio, 84 f.

[101] Kogler/Traimer, Privatrundfunkgesetze, 59.

[102] In Bescheiden der KommAustria wird gelegentlich Bescheidinhalt der Regionalradio- oder Privatrundfunkbehörde wiedergegeben.

[103] 370/01 BlgNR 21. GP, 4.

Insbesondere die Ansicht der Regulierungsbehörden, welche durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts bestätigt wurde, dass nicht nur die ausdrücklich angeführten Kriterien des § 6 PrR-G entscheidungsrelevant sind, sondern eine Einbeziehung aller greifbarer Ziele des PrR-G Platz stattzufinden hat, hat einen wesentlichen Einfluss aller gesetzlichen Neuerungen des Jahres 2001 bewirkt. Ob der Gesetzgeber dies beabsichtigte, kann ob der Materialien zwar angezweifelt werden, aber schlussendlich dahingestellt bleiben.

c) Bundesweite Radiozulassung

Die Möglichkeit, bundesweites Privatradio zu veranstalten, fand erst mit der Novelle BGBl I 2004/97 Eingang in das PrR-G[104]. Damit war einer der Hauptkritikpunkte an den bisherigen Grundsätzen des Privatradiorechts, nämlich der rechtlichen Verankerung von kleinräumigen Strukturen, endgültig beseitigt.

Die Regelungen über bundesweite Zulassungen in Abschnitt 8a PrR-G stellen einerseits die Grundlage für die Erteilung einer bundesweiten Zulassung dar und sehen andererseits in unterschiedlichem Ausmaß die generellen Regelungen des PrR-G für anwendbar, sofern keine Sonderregelung normiert ist (§ 28d PrR-G). Insbesondere ist erwähnenswert, dass die bundesweite Zulassung aus der Summe der eingebrachten Einzelzulassungen besteht, welche ab Rechtskraft der Einbringung erlöschen. Dies kann im Fall der Erteilung der bundesweiten Zulassung durchaus die Versorgungssituation in einem Versorgungsgebiet beeinflussen. Voraussetzung für eine bundesweite Zulassung ist eine technische Reichweite von mehr als 60 Prozent bezogen auf das Bundesgebiet. „Kronehit“, das Programm der Kronehit Radio BetriebsgmbH ist aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 6.12.2004[105] als erster bundesweiter Privatsender tätig. Die bundesweite Zulassung entstand durch die Einbringung der Einzelzulassungen von elf Hörfunkveranstaltern des davor bereits bestehenden Kronehit-Verbundes mit insgesamt 28 Übertragungskapazitäten.

[104] dazu Scherbaum, MR 2004, 282.
[105] KOA 1.011/04-001.

II. Grundlagen der Zulassung zur Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk

Wesensmerkmal von terrestrischem Hörfunk ist, dass Information bzw Programm ohne körperliches Trägermedium und gegenüber einem offenen, unbestimmten Empfängerkreis verbreitet werden. Die Veranstaltung von Hörfunk ist grundsätzlich auch über Satellit bzw Kabel möglich. Die Verbreitung über Frequenzen des UKW-Frequenzbereiches (87,5 – 108 MHz, VHF-Band II) nimmt dabei in der Praxis des Hörfunks den wichtigsten Stellenwert ein. Daneben ist auch die Verbreitung von Hörfunk durch Lang-, Mittel- und Kurzwellen möglich. Die Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk erfordert in diesem Bereich die Zuteilung einer Sendefrequenz zur drahtlosen Übertragung des Sendesignals.

Der Gesetzgeber hat sich für den Bereich Privatrundfunk für ein Konzessionssystem entschieden. Hörfunkveranstaltung ist nur auf Basis einer öffentlich-rechtlichen Bewilligung möglich. Dabei sind verfassungsrechtliche Grundsätze zu beachten. Schließlich sind hinsichtlich der verfügbaren Frequenzen internationale Abkommen ebenso relevant wie nationale Grundsätze des Frequenzmanagements, insbesondere die Festlegungen in der Frequenz-Nutzungsverordnung BGBl II Nr 307/2005 idF BGBl II 121/2008. Für terrestrischen Rundfunk zuzuweisende Frequenzen sind in Anlage 1 der Frequenzbereichszuweisungsverordnung BGBl II Nr 306/2005 idF BGBl II 524/2006 ersichtlich.

A. Zulassung und Zulassungsverfahren

Der Geltungsbereich ist des PrR-G ist in dessen § 1 Abs 1 offen definiert. Erfasst ist die Veranstaltung von Hörfunkprogrammen mittels analoger terrestrischer Übertragungstechniken. Darunter fallen alle technisch möglichen Verbreitungsarten von Hörfunk mittels terrestrischer Übertragung, die Veranstaltung von Satelliten- und Kabelrundfunk ist (aus historischen Gründen) im PrTV-G geregelt.

Private Rundfunkveranstalter bedürfen nach dem PrR-G einer regulierungsbehördlichen Zulassung (§ 1 Abs 3 PrR-G), gleiches gilt im Übrigen für das PrTV-G. Der Gesetzgeber hat sich damit im Privatrundfunksektor für das Konzessionssystem entschieden. Ohne Zulassung nach dem PrR-G ist die Veranstaltung von analogem terrestrischen Hörfunk unzulässig (eine autonome Grundlage besteht allerdings für den ORF in § 2 Abs 1 Z 1 ORF-G).

Das PrR-G definiert den Begriff der Zulassung in § 2 Z 2 selbst. Zulassung iSd PrR-G ist die rundfunk- und fernmelderechtliche Bewilligung zur Ausstrahlung eines Hörfunkprogramms in einem Versorgungsgebiet mit Hilfe der zugeordneten Übertragungskapazitäten. Das Versorgungsgebiet ist der in der Zulassung durch Angabe der Übertragungskapazität sowie der zu versorgenden Gemeindegebiete umschriebene geografische Raum (§ 2 Z 3 PrR-G) und damit im Gegensatz zum RRG keinesfalls durch das Gesetz determiniert.

Die Zulassung ist ein hoheitlicher, antragsbedürftiger Verwaltungsakt. Durch die Zulassung wird einerseits die befristete Befugnis erteilt, das im Bescheid durch Bezeichnung des Versorgungsgebietes, eines bestimmten Programmschemas und einer bestimmten Programmgattung näher bezeichnete Hörfunkprogramm zu veranstalten. Damit verbunden ist die Bewilligung des Betriebs der erforderlichen Funkanlagen (Rundfunksendeanlagen, diese müssen bereits im Zulassungsantrag genau bezeichnet werden), um das Programm auf den definierten Übertragungskapazitäten im Versorgungsgebiet verbreiten zu können. Der Bescheid hat deshalb auch über diese Punkte, im Kontext der §§ 74 und 81 TKG 2003, abzusprechen. Dass die Bewilligung nach TKG nicht ohne die Zulassung nach PrR-G erteilt werden darf[106], folgt bereits aus § 74 Abs 1 TKG 2003 iVm § 1 Abs 3 PrR-G, bei mangelnder Zulassung läge ein von Amts wegen wahrzunehmender Ablehnungsgrund vor.

Der Rundfunkveranstalter benötigt keine weiteren behördlichen Bewilligungen zur Aufnahme des Sendebetriebes, insbesondere nicht nach der Gewerbeordnung. Damit ist im Rundfunksektor das vielbeschworene „One Stop Shop“ – Prinzip, wonach alle erforderlichen Bewilligungen in einem Verfahren durch eine Behörde erteilt werden, verwirklicht.

Der österreichische Gesetzgeber hat in den Privatrundfunkgesetzen ein Zulassungsverfahren in Form eines sog „Beauty Contest“ eingeführt. Freie Übertragungskapazitäten werden demzufolge nicht durch Auktion oder nach dem Prioritätsprinzip („first come first serve“) vergeben. Die Auswahl zwischen den Antragstellern ist vielmehr durch die Behörde anhand eines Kriterienkataloges zu treffen.

Da Zulassungen ausschließlich befristet vergeben werden, sind Wiedervergaben der Frequenzen nach Ablauf der Befristung notwendig. Es wird daher periodisch Auswahlentscheidungen durch die Regulierungsbehörde geben. Die wiederkehrende Relevanz des Themas Auswahlentscheidung ist gleichsam gesetzlich gesichert.

[106] Kogler/Traimer/Truppe, 339.

1. Charakter des Zulassungsverfahrens

Für die Frequenzzuteilung an Personen zum Zweck der exklusiven Nutzung haben sich drei Modelle etabliert. Freihändige Vergabe nach dem Prioritätsprinzip („first come first serve“) erfolgt regelmäßig bei nicht knappen Frequenzen, in Österreich verwirklicht im Vollzugsbereich der Fernmeldebüros (§ 54 Abs 14 TKG 2003). Versteigerungsverfahren bzw entgeltbezogene Verfahren haben sich hinsichtlich knapper Frequenzen durchgesetzt (§§ 54 Abs 6 iVm 55 TKG 2003), beispielsweise erfolgten die „Versteigerungen“ von Frequenzen für Mobilfunk im Rahmen eines derartigen Verfahrens.[107]

Einzig die Vergabe der ebenfalls zahlenmäßig beschränkten Frequenzen für terrestrischen Hörfunk ist in Österreich als Kriterienwettbewerb („Schönheitswettbewerb“[108] bzw missverständlich „Beauty Contest“[109]) ausgestaltet. Ein Entgelt für „gewonnene“ Frequenzen ist nicht zu leisten, abgesehen von einer Bundesabgabe in der Höhe von derzeit EUR 490 (Tarifpost 452 der Bundesverwaltungsabgabenverordnung 1983, BGBl Nr 24/1983 idF BGBl II Nr 371/2006). Relevant für die Erteilung der Zulassung ist, durch welchen Zulassungswerber die Behörde die maßgeblichen Kriterien besser erfüllt sieht. Dass im Detail mit einer solchen Entscheidung viel mehr Interpretationsspielraum und damit Konfliktpotential verbunden ist, als mit einer Versteigerung, liegt auf der Hand. Andererseits würde eine Versteigerung von Hörfunkfrequenzen dazu führen, dass einzig relevantes Kriterium der finanzielle Hintergrund ist. Vor dem Hintergrund der bereits angerissenen Bedeutung von Hörfunk muss derartiges abgelehnt werden.

Das Zulassungsverfahren des PrR-G und insbesondere § 6 PrR-G determiniert jene Auswahlkriterien, die die Behörde bei der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen hat und legt dermaßen den Beurteilungsspielraum der die Zulassung vergebenden Behörde fest. Der VfGH hat grundlegend erkannt, dass das PrR-G ein variables Beurteilungsschema konstatiert.[110] Die Auswahlkriterien sind offen definiert, lediglich demonstrativ angeführt und nicht mit einer Wertigkeit versehen. Anhand der durch Gesetz vorgegebenen und durch Rsp erarbeiteten Auswahlkriterien erfolgt eine vergleichende Beurteilung der Zulassungswerber, nach Ansicht des VwGH im Hinblick (unter anderem) auf die Zielsetzung, einen leistungsfähigen und in seinem Bestand kontinuierlichen Privatradiobetrieb sicherzustellen, der Gewähr für größtmögliche Meinungsvielfalt, eines der wesentlichsten Ziele des Privatrundfunkrechtes,

---

[107] zB jüngst Frequenzen im Bereich 450 MHz, Ausschreibung im Internet abrufbar unter http://www.rtr.at/de/tk/FRQ_450MHz_2008_AU.

[108] so Kogler/Traimer/Truppe, 372.

[109] der Begriff bezeichnet eigentlich ein wirtschaftswissenschaftliches Experiment im Rahmen der Spieltheorie, vgl. http://de.wikipedia.org/wiki/Beauty_Contest.

[110] VfGH 25.09.2002, B 110/2002 ua.

bietet.[111] Das Zulassungsverfahren muss aus verfassungsrechtlichen Überlegungen zwingend in nichtdiskriminierender Weise ausgestaltet sein[112], insbesondere muss der Zugang zu diesem Verfahren offen sein.

2. Erledigung des Zulassungsverfahrens

Das Zulassungsverfahren ist durch hoheitlichen Verwaltungsakt (Bescheid) zu erledigen (§ 56 ff AVG). Der Zulassungsbescheid der KommAustria (bzw der Berufungsbescheid des BKS) ist öffentlich-rechtliche Grundlage der Sendetätigkeit. Mittels der Zulassung hat die Regulierungsbehörde die Bewilligung zu Errichtung und Betrieb der notwendigen Funkanlagen (§ 74 Abs 1 iVm § 81 Abs 2 und 5 TKG 2003) zu erteilen. Die Funkanlagen werden mittels „technischer Anlagenblätter" beschrieben, welche als Beilagen notwendige Bescheidinhalte sind. Die Zulassung ist bei sonstiger Nichtigkeit schriftlich zu erteilen (§ 3 Abs 1 PrR-G), was eine nicht unübliche Vorschrift darstellt.[113] Die (in praxi wohl nicht relevante) mündliche Verkündung des Bescheides wird deshalb nicht als taugliche Grundlage einer Sendetätigkeit anzusehen sein.[114]

a) Qualifikation des Zulassungsbescheides

Zentraler Spruchpunkt des Zulassungsbescheides ist die Bezeichnung des Antragstellers, dem die Zulassung zur Veranstaltung des beantragten Hörfunkprogramms für die Dauer von 10 Jahren im beantragten Versorgungsgebiet unter Nutzung einer bestimmten Übertragungskapazität erteilt wird. Im Spruch sind Programmgattung (Voll- oder Spartenprogramm), Programmschema und Programmdauer festzulegen („zu genehmigen", § 3 Abs 2 PrR-G). Nur das im Antrag dargestellte und im Spruch abstrakt genehmigte Programm darf verbreitet werden.[115]

Im Fall der Durchführung eines Auswahlverfahrens muss als Entscheidungsgrundlage § 6 PrR-G im Spruch angeführt werden.[116] Mit der Erteilung der Zulassung an einen Antragsteller ist insoweit eine „Doppelwirkung" verbunden, als die Erteilung desselben Rechtes an die anderen Bewerber damit ausgeschlossen ist.[117] Die weiteren Spruchpunkte, mit denen Anträge anderer Zulassungswerber abgewiesen werden, stehen mit der Erteilung in untrennbarem Zusammenhang und sind zwingend in demselben Verfahren abzuarbeiten. Die Zurückweisung unzulässiger Anträge wird

---

[111] VwGH 21.04.2004, Zl 2002/04/0006 uvw.

[112] EGMR Verein alternatives Lokalradio Bern ua gegen Schweiz, 16.10.1986, 10.746/1984.

[113] vgl § 4 BWG, § 111 WRG.

[114] Thienel, Verwaltungsverfahren, 199.

[115] Kogler/Traimer/Truppe, 347; BKS 20.12.2006, GZ 611.077/0002-BKS/2006.

[116] Thienel, Verwaltungsverfahren, 209 f., wobei die unvollständige Anführung der angewendeten Rechtsvorschriften den Bescheid noch nicht mit Rechtswidrigkeit belastet.

[117] VwGH 22.01.2003 2002/04/0165 mwN.

demgegenüber in einem gesonderten Verfahren zulässig sein. Erfolgt die Zurückweisung jedoch rechtsirrig, erfasst die Rechtswidrigkeit auch den Zulassungsbescheid.

b) Auflagen

Erforderlichenfalls kann die Regulierungsbehörde die Zulassung unter Vorschreibung von Auflagen erteilen. Regelmäßig wird die Auflage erteilt, dass Änderungen des Programmschemas, der Programmgattung und der Programmdauer der KommAustria unverzüglich anzuzeigen sind. Dadurch soll die KommAustria in die Lage versetzt werden, eine effektive Rundfunkaufsicht wahrnehmen zu können.

Der BKS hat von der Möglichkeit weitergehender, das Programm selbst betreffender Auflagen bereits anlässlich der ersten Entscheidungen am 30.11.2001 Gebrauch gemacht und hinsichtlich einer Zulassung die Übernahme von Nachrichten verboten.[118] Die dagegen erhobene Beschwerde an den VwGH wurde –aufgrund der Mangelhaftigkeit der Beschwerde, da nur die Auflage selbst angefochten wurde – zurückgewiesen.[119] In weiteren Entscheidungen hat der BKS Auflagen zur Sendungsübernahme bzw zum Wortanteil einer bestimmten Sendung erteilt.[120]

Der VwGH befasste sich erst 2004 inhaltlich mit der Zulässigkeit von Auflagen.[121] Der VwGH vertritt offensichtlich eine restriktive Ansicht. Auflagen dürfen nach Ansicht des VwGH nur insoweit vorgeschrieben werden, als sie dem ausdrücklich erklärten Willen des Zulassungswerbers nicht widersprechen.[122] Der VwGH erkennt andernfalls eine potentielle Veränderung des Wesens des Antrags. Der Ansicht ist insoweit beizupflichten, als ein Zulassungswerber nicht einem anderen nur aufgrund der vorgeschriebenen Auflagen vorgezogen werden darf. Andernfalls würde die Auswahlentscheidung verzerrt werden. Auch soll die Auswahlentscheidung prinzipiell anhand des im Antrag dargestellten Programmanbotes fallen. Erteilt der BKS eine Auflage, um entscheidungswesentliche Angaben eines Zulassungswerbers speziell abzusichern, impliziert dies zumindest Zweifel, dass die Ankündigung (ohne Auflage) wirklich in der konkreten Programmgestaltung durchgeführt werden würde. Derartige Zweifel sollten aber mE im Auswahlverfahren (welches auch Prognoseentscheidung ist) kritisch gewürdigt werden, anstatt die Zweifel durch Auflagen zu umgehen.

Steht fest, dass einem Zulassungswerber im Auswahlverfahren bereits auf Basis der Angaben des Antrages jedenfalls die Zulassung erteilt wird, kann die Regulierungsbehörde mE durchaus weitergehende Auflagen vorsehen, wenn

[118] BKS 30.11.2001, GZ 611.135/003-BKS/2001.
[119] VwGH 22.01.2003, Zl 2002/04/0146.
[120] Kogler/Traimer/Truppe, 349.
[121] VwGH 21.04.2004, 2002/04/0006 ua.
[122] ausführlich Kogler/Traimer/Truppe, 348 f.

dies im Kontext der Bestimmungen des PrR-G erforderlich erscheint. Insbesondere sollte die Regulierungsbehörde von Amts wegen Aspekte berücksichtigen, auf die der Antrag nicht Bedacht nimmt.

Aus der veröffentlichten Spruchpraxis geht hervor, dass über die bereits dargestellten Anzeigepflichten hinsichtlich Änderungen des Programmschemas, der Programmgattung und der Programmdauer hinausgehende Auflagen äußerst selten vorgeschrieben werden, insbesondere nicht durch die KommAustria. Ein Anspruch eines Konkurrenten auf Vorschreibung von Auflagen besteht selbstverständlich nicht.[123]

B. Regulierungsbehörden

Die Zulassung zur Veranstaltung von terrestrischem Rundfunk, welche zwingend die Überlassung einer oder mehrerer Frequenzen zur Nutzung mit einschließt, fällt in den Bereich der Hoheitsverwaltung. Gemäß Art 10 Abs 1 Z 9 BVG („Fernmeldewesen“) iVm Art 102 Abs 2 B-VG sind Angelegenheiten der Rundfunkzulassung und Rundfunkaufsicht in Vollziehung Bundessache. Die zur Vollziehung des PrR-G, welches selbst nur abstrakt von der „Regulierungsbehörde“ spricht, berufenen Behörden sind durch das KOG eingerichtet. Der VfGH hat die Ausgestaltung der Organisationsstruktur zuletzt nicht beanstandet.[124]

Die zahlreichen Zulassungsverfahren seit dem Inkrafttreten des PrR-G im Jahr 2001, insbesondere auch inzwischen erfolgte Wiedervergaben ausgelaufener Lizenzen der ersten Generation, haben zu einer umfangreichen Spruchpraxis der Regulierungsbehörden KommAustria und BKS zum Privatrundfunkrecht geführt.[125]

1. Kommunikationsbehörde Austria

Seit der Neuorganisation der Regulierungsbehörden des Rundfunksektors durch das KOG nimmt die Kommunikationsbehörde Austria („KommAustria“) die Rundfunkregulierungsaufgaben in erster Instanz wahr. Die KommAustria ist eine dem Bundeskanzler unmittelbar nachgeordnete Bundesbehörde.

Die KommAustria besteht aus einem Behördenleiter, zwei Stellvertretern und der „erforderlichen Anzahl an Mitarbeitern“ (§ 3 Abs 1 PrR-G), sie ist monokratisch organisiert. Entscheidungen kommen durch die Genehmigung

---

[123] Kogler/Traimer/Truppe, 349.

[124] VfGH 25.09.2002, B 110/2002 ua.

[125] im Internet teilweise veröffentlicht unter http://www.rtr.at/de/rf/Veroeffentlichungen (KommAustria) sowie www.bks.gv.at (BKS).

durch den Behördenleiter oder das von ihm ermächtigte Organ (intern) gültig zustande.[126]

Die KommAustria nimmt ihre Aufgaben grundsätzlich von Amts wegen wahr. Insbesondere was die hinsichtlich der Frequenzvergabe im dem terrestrischen Hörfunk zugewiesenen Spektrum, wird die KommAustria allerdings weitgehend nur auf Antrag tätig (§ 12 Abs 1 PrR-G). Zur Unterstützung kann sich die KommAustria der RTR-GmbH bedienen (§ 5a Abs 1 KOG).

Gegenüber der alten Rechtslage ist die KommAustria als Nachfolgebehörde (ab dem Inkrafttreten des KOG am 1.4.2001) der Privatrundfunkbehörde sowie der Kommission zur Wahrung des Regionalradiogesetzes (auch der Kommission zur Wahrung des Kabel- und Satellitenrundfunkgesetzes) anzusehen.[127]

2. Bundeskommunikationssenat

Der BKS ist eine beim Bundeskanzleramt angesiedelte Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag gemäß Art 133 Z 4 B-VG iVm Art 20 Abs 2 B-VG[128], wobei das Bundeskanzleramt auch die Aufgabe der Geschäftsstelle wahrnimmt.

Der BKS nimmt gegenüber der KommAustria die Stellung einer Rechtsmittelbehörde ein. Von der Zuständigkeit des BKS in zweiter Instanz sind allerdings Verwaltungsstrafsachen ausgenommen (§ 11 Abs 2 Z 1 KOG), diesfalls ist der UVS Wien Berufungsbehörde. Ebenso ist der BKS sachlich in Betracht kommende Oberbehörde gegenüber der KommAustria (§ 11 Abs 4 KOG).

Eine weitere wesentliche Aufgabe des BKS ist die Rechtsaufsicht über den ORF in erster Instanz (§ 35 ORF-G). Die effektive Rechtsaufsicht über den Marktbeherrscher ist für die Schaffung der dualen Rundfunkordnung von wesentlicher Bedeutung. Der BKS hat in dieser Funktion die Nachfolge der RFK angetreten.

Gegen Bescheide des Bundeskommunikationssenates ist ein ordentliches Rechtsmittel unzulässig. Die Beschwerde an den VfGH ist ebenso möglich (Art 144 B-VG) wie an den VwGH (§ 11 Abs 3 KOG). Das Verfahren vor dem BKS richtet sich grundsätzlich nach den Bestimmungen des AVG (§ 14 Abs 1 KOG).

Der BKS umfasst fünf Mitglieder, wovon drei dem Richterstand angehören müssen (§ 12 Abs 1 KOG). Der gegenüber den Vorgängerbehörden

[126] Thienel, Verwaltungsverfahren, 119 ff.
[127] Wittmann, MR 2001, 12; Schmelz/Schwartz, ecolex 2001, 594.
[128] 507 BlgNR 21. GP.

zu Recht geäußerte Vorwurf der mehrheitlich politischen Besetzung[129], trifft hinsichtlich des BKS nicht zu. Die Besetzungsvorschrift bedeutet nicht, dass zwangsläufig zwei nichtrichterliche Mitglieder an der Entscheidungsfindung mitwirken müssen.[130] Die Beschlüsse bedürfen einer qualifizierten Mehrheit (§ 13 KOG), was bedeutet, dass eine Entscheidung bei Zustimmung von mindestens vier Senatsmitgliedern gültig zustande kommt. Gemäß der (nicht veröffentlichten) Geschäftsordnung des BKS werden Berufungsangelegenheiten einem Senatsmitglied als Berichterstatter zugeteilt. Der Berichterstatter hat sodann den Erledigungsentwurf zu erarbeiten.[131] Die Entscheidungsfindung geschieht in Sitzungen, die der veröffentlichten Verwaltungspraxis zufolge ein- bis zweimal monatlich stattfinden.

Die vereinzelt anlässlich der Etablierung der neuen Behördenstruktur geäußerten Befürchtungen mangelnder Effizienz[132] des BKS haben sich definitiv nicht bestätigt. Aus den veröffentlichten Entscheidungen des BKS geht hervor, dass die durchschnittliche Verfahrensdauer zwischen vier und sechs Monaten anzusiedeln sein wird, was angesichts der Schriftsatzfristen keineswegs überhöht erscheint. Dass Entscheidungen des BKS dermaßen zahlreich bei den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts angefochten werden, wie befürchtet wurde, ist allerdings höchstwahrscheinlich zutreffend und angesichts der Bedeutung der Entscheidungen auch nicht verwunderlich. Aus rezenteren Beiträgen in der Literatur gehen zwar gelegentlich kritische Stimmen[133] hervor, die Behördenorganisation im Rundfunkbereich ist grundsätzlich mittlerweile wenig umstritten. Die Verfassungskonformität des status quo hat der VfGH – entgegen den Bedenken der Praxis[134] – bestätigt.

Die Pläne der Abschaffung der Sonderbehörden und Eingliederung von deren Aufgaben in eine neu zu schaffende zweistufige

---

[129] Öhlinger, RfR 1991, 37.

[130] VfSlg 16.625/2002.

[131] Nachweis zB § 2 Verordnung der Bundesregierung über die Sitzungsgelder des Bundeskommunikationssenates, BGBl II Nr 234/2001 idF BGBl II Nr 244/2003.

[132] zB Freund/Ruhle, JRP 2001, 275; Kassai, Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag und unabhängige Rundfunkregulierung auf Raten, ZfV 2003, 431.

[133] jüngst Morscher/Christ, ÖZW 2005, 108, welche jedoch zunächst von falschen Grundannahmen ausgehen: so ist weder zutreffend, dass – wie im Aufsatz behauptet wird (!) die RTR-GmbH Kostenstelle des BKS ist (es ist dies das BKA), noch dass mit der Abschaffung des BKS im Kontext der Sitzungsgelder der Mitglieder ein nennenswertes Einsparungspotential verbunden wäre. Nur in einer FN wird weiters erwähnt, dass die Rechtsaufsicht gegenüber dem ORF als Marktbeherrscher und gebührenfinanziertes Unternehmen sehr wohl ihre Berechtigung hat. Schließlich bleibt unerkannt, dass die kritisierte Rechtsaufsicht gegenüber privaten Rundfunkveranstaltern aufgrund der Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens (Prognoseentscheidung) verfassungsrechtlich notwenig ist! Von einer „Beseitigbarkeit“ der Rechtsaufsicht kann sohin nicht die Rede sein.

[134] Schmelz/Schwartz, ecolex 2001, 594.

Verwaltungsgerichtsbarkeit, wovon auch der BKS betroffen gewesen wäre, sind nicht umgesetzt worden.[135]

III. Voraussetzungen der Teilnahme an Zulassungsverfahren nach dem Privatradiogesetz[136]

A. Übertragungskapazitäten/Versorgungsgebiete

1. Ausschreibung von Sendefrequenzen

Die Schaffung von privatem Hörfunk durch Zuordnung von Übertragungskapazitäten liegt einerseits im Ermessen der Regulierungsbehörde, welche durch präventives Frequenzmanagement Versorgungsgebiete schaffen und ausschreiben sollte, andererseits bei den Marktteilnehmern selbst, welche die Zuordnung ungenutzter Übertragungskapazitäten beantragen können.

Verfügbare Übertragungskapazitäten müssen aufgrund des verfassungsrechtlich gebotenen nichtdiskriminierenden Verfahrenszugangs zwingend öffentlich ausgeschrieben werden. Ein Zulassungsbescheid ohne Ausschreibung wäre demzufolge rechtswidrig. Die Ausschreibung muss im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“, in weiteren österreichischen Tageszeitungen und in sonstiger geeigneter Weise stattfinden (§ 13 Abs 2 PrR-G). Die Ausschreibung „in sonstiger geeigneter Weise“ erfolgt regelmäßig auf der Internetseite der KommAustria[137], an weiteren Zeitungen werden regelmäßig „Die Presse" und "Der Standard“ genutzt. Eine Bekanntmachung in regionalen Tageszeitungen wäre durchwegs wünschenswert. Die Ausschreibung enthält die Bezeichnung der Übertragungskapazität und deren technischen Parameter.

a) Voraussetzungen

Anträge auf Erteilung einer Zulassung für eine bestimmte, noch nicht zugeordnete Übertragungskapazität können jederzeit bei der KommAustria eingebracht werden (§ 13 Abs 1 Z 3 PrR-G). Die Behörde kann weiters von Amts wegen Übertragungskapazitäten ausschreiben – entweder aufgrund Zeitablaufs oder Erlöschen einer Zulassung gemäß § 13 Abs 1 Z 1 und 2 PrR-G oder gemäß § 13 Abs 1 Z 4 PrR-G, wenn durch reservierte

[135] dazu Kopetz, Abschaffung aller "Sonderbehörden, JRP 2007, 239; Stöger, Das "9+1"-Modell der Verwaltungsgerichtsbarkeit, JRP 2007, 231.

[136] Die Voraussetzungen für den Zugang zur Auswahlentscheidung sind für deren Verständnis wesentlich und werden daher im Überblick erörtert.

[137] http://www.rtr.at/de/rf/Ausschreibungen

Übertragungskapazitäten ein Versorgungsgebiet mit einer technischen Reichweite von mindestens 100.000 Personen erreicht werden kann.

§ 13 Abs 1 Z 3 PrR-G ist zu entnehmen, dass die Ausschreibung einer durch einen Marktteilnehmer „aufgefundenen“, und noch nicht zugeordneten Übertragungskapazität zwingend stattfinden muss, wenn der Antrag fernmeldetechnisch realisierbar ist (eine Ausnahme ist konsequenterweise für das präventive Frequenzmanagement vorgesehen).

b) Festlegung des Versorgungsgebietes

Der räumliche Umfang der Hörfunkzulassung wird durch das PrR-G als Versorgungsgebiet bezeichnet. Gemäß § 2 Z 3 PrR-G ist Versorgungsgebiet der in der Zulassung durch Angabe der Übertragungskapazität sowie der zu versorgenden Gemeindegebiete umschriebene geografische Raum. Damit wurde die Begrenzung auf Bundesländer bzw den lokalen Raum durch das RRG aufgegeben. Das Ausmaß des Versorgungsgebietes hängt nunmehr primär von den geographischen Gegebenheiten und der Stärke des Sendesignals ab. Das Ausmaß des Versorgungsgebietes (technische Reichweite) wird durch ein Sachverständigengutachten ermittelt, welches auf computergestützten Wellenausbreitungsberechnungen basiert. Das in der Ausschreibung bezeichnete Versorgungsgebiet samt darin empfangbaren Hörfunkprogrammen ist Basis des Zulassungsverfahrens und Maßstab der vergleichenden Beurteilung der Zulassungswerber zB hinsichtlich des Beitrags zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet.

c) Beschränkung

Gemäß § 13 Abs 3 PrR-G kann die Regulierungsbehörde die Ausschreibung auf bestehende Hörfunkveranstalter beschränkten, wenn die betreffende Übertragungskapazität eine technische Reichweite von weniger als 50.000 Personen aufweist und der Antrag auf die Erweiterung bestehender Versorgungsgebiete gerichtet ist. In diesem Fall kann die öffentliche Bekanntmachung durch eine direkte Verständigung der betreffenden Rundfunkveranstalter ersetzt werden. Die KommAustria vertritt die Ansicht, dass aufgrund von § 13 Abs 3 bei beschränkten Ausschreibungen Anträge auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk (damit der Neuschaffung eines Versorgungsgebietes) unzulässig sind.[138]

Die angeführte Bestimmung des § 13 Abs 3 PrR-G und die Regulierungspraxis mag unbestritten zweckmäßig sein, sie ist jedoch bedenklich. Sie steht zunächst in einem gewissen Spannungsverhältnis zu § 12 Abs 6 PrR-G, welcher eigenständige Versorgungsgebiete mit technischer Reichweite von weniger als 50.000 Personen unter Umständen für zulässig erklärt. Im Kontext von § 13 Abs 3 PrR-G hat es nun ein Hörfunkveranstalter in der Hand, durch Einbringung eines Antrages auf Erweiterung bestehender Versorgungsgebiete die Zahl der Konkurrenten zu reduzieren und die sonst

[138] KommAustria (Hrsg), Informationen für Antragsteller, 3.

vorgesehene öffentliche Bekanntmachung zu umgehen. Vor dem Hintergrund, dass verfassungsrechtlich ein nichtdiskriminierender Verfahrenszugang gewährleistet sein muss, überzeugt § 13 Abs 3 PrR-G nicht. Einem Neuzulassungswerber wird dermaßen die Möglichkeit, die ihm § 12 Abs 6 PrR-G einräumt, entzogen. Zumindest hinsichtlich der Frage, ob § 12 Abs 6 PrR-G anzuwenden wäre, müsste daher einem Neuzulassungswerber bei verfassungskonformer Interpretation des § 13 Abs 3 PrR-G in einem solchen Verfahren Parteistellung zukommen. Treffen die Voraussetzungen des § 12 Abs 6 PrR-G zu, müsste eine öffentliche Ausschreibung der Übertragungskapazität stattfinden.

2. Antragstellung

a) Zielrichtung

Das PrR-G eröffnet mehrere Zielrichtungen von Anträgen auf Zuordnung einer Übertragungskapazität (§ 12 Abs 2 PrR-G):

- zur Verbesserung der Versorgung in einem bestehenden Versorgungsgebiet (im Detail § 10 Abs 1 Z 2 PrR-G),
- zur Erweiterung bestehender Versorgungsgebiete (im Detail § 10 Abs 1 Z 4 1. Fall PrR-G) oder
- zur Neuschaffung eines Versorgungsgebietes (im Detail § 10 Abs 1 Z 4 2.Fall PrR-G).

Der Antrag muss die gewünschte Zielrichtung bezeichnen, die Behörde darf die vorgegebene Zielrichtung nicht abändern oder anderes genehmigen als beantragt wurde. Eventualanträge sind zulässig. Die Schaffung eines eigenständigen Versorgungsgebietes muss gegenüber den anderen dargestellten Zielrichtungen immer Eventualantrag sein, da die Neuschaffung der letzte Schritt des Frequenzzuordnungsschema (§ 10 PrR-G) ist.

b) Notwendiger Inhalt

Der Antrag hat über die Erbringung sämtlicher nach den Bestimmungen des PrR-G erforderlichen Nachweise und Kriterien Auskunft zu geben (insbesondere relevant sind die §§ 3, 5, 7-9 PrR-G). § 6 Abs 1 PrR-G legt nämlich fest, dass nur solche Zulassungswerber in der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen sind, die die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen. Ausdrücklich angeführt werden zwar lediglich die § 5 Abs 2 und § PrR-G, welche durch die darin normierten Verweise aber ohnehin die Anforderungen des PrR-G weitgehend erfassen. Daraus folgt, dass Anträge von Zulassungswerbern, welche nicht zur Erbringung der gesetzlichen Anforderungen geeignet sind, abzuweisen sind. Ein nachträgliches Sanieren des Antrages (d.h. nach Ablauf der Antragsfrist), wodurch der Antragsteller erst die gesetzlichen Voraussetzungen für den Zugang zum Auswahlverfahren erfüllen würde, wird von der Rsp als unzulässige (und damit im Verfahren

unbeachtliche) Antragsänderung qualifiziert (siehe dazu ausführlich unten III.A.2,).

c) Antragsanforderungen

Die KommAustria legt zunächst auf folgende Antragsbestandteile wert:

- Vollständiger Name (Firma) und Anschrift (samt Telefon- und Faxnummer, e-Mail-Adresse) des Antragstellers sowie ein aktueller Firmenbuchauszug bzw Auszug aus dem Vereinsregister (Bestandsbescheinigung mit Angabe der Organmitglieder)
- Satzung (Statuten) bzw Gesellschaftsvertrag in aktueller Fassung
- Rechtsverbindliche Unterschrift durch die vertretungsbefugten Personen (außer bei Einbringung durch einen Vertreter; in diesem Fall zusätzlich zur Unterschrift des Vertreters eine rechtsverbindlich unterfertigte Vollmacht, außer bei Vertretung durch befugte berufsmäßige Parteienvertreter wie zB Rechtsanwälte oder Notare),
- gemäß § 5 Abs 2 Z 3 PrR-G beizubringende technische Unterlagen („technisches Konzept“).[139]

Zudem muss der Antrag über die nachfolgend dargestellten Umstände ausreichend Auskunft geben. Die Offenlegungspflichten (§ 5 Abs 2 PrR-G) umfassen insbesondere die Beteiligungsverhältnisse sowie im Fall von juristischen Personen die maßgeblichen internen Rechtsverhältnisse, sohin den Gesellschaftsvertrag samt relevanter Zusätze (Syndikatsverträge, Offenlegung von Treuhandschaften uä). Die Erfüllung der Voraussetzungen gemäß § 5 Abs 2 Z 2 PrR-G, welche auf die §§ 7-9 verweist, muss ebenfalls durch den Antragsteller nachgewiesen werden. Nachweis bedeutet, dass die Behörde aufgrund des Vorbringens des Zulassungswerbers samt vorgelegten Beweismitteln zur Überzeugung gelangen muss, dass den Voraussetzungen entsprochen wird. Hinsichtlich der Erfüllung der Voraussetzungen ist entgegen dem Konzept des AVG, welches vom Grundsatz der Amtswegigkeit ausgeht, keine Ermittlungspflicht der Regulierungsbehörde gegeben (im Detail dazu unten III.A.4.)

d) Antragsänderungen, Mängelbehebung

Die Behebung einfacher Mängel des Antrages im Wege der Verbesserung (§ 13 Abs 3 AVG) ist prinzipiell zulässig. Erschwerend in diesem Zusammenhang erweist sich allerdings die äußerst rigide Rsp des VwGH zu nachträglichen Änderungen des Antrages, welche sich an der Frage der notwendigen vertraglichen und gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen entzündet hatte.

[139] Zum Inhalt siehe KommAustria (HrsG), Informationen für Antragsteller, 7 ff.

Der VwGH vertritt seit 2004 (von der Ansicht des BKS abweichend) die Ansicht, dass die Sanierung von Mängeln des Antrages nach Ablauf der Bewerbungsfrist als unzulässige Antragsänderung anzusehen ist, *„wenn sie einen Einfluss auf den Zugang zu diesem Auswahlverfahren haben*".[140] Derartige nachträgliche Änderungen sind von der Regulierungsbehörde nicht zu berücksichtigen. Der deshalb mangelhaft bleibende Antrag ist mangels Erfüllung der gesetzlich geforderten Voraussetzungen für die Zulassungserteilung abzuweisen. Unwesentliche Mängelbehebungen sind aber weiterhin zulässig.

Für Zulassungswerber ergibt sich daraus die absolute Notwendigkeit, dass bereits der Antrag den Erfordernissen der § 3, 5 und 7-9 PrR-G entsprechen muss. Die Sanierung eines wesentlichen, den Zugang zur Auswahlentscheidung betreffenden Mangel ist nur innerhalb der Antragsfrist möglich.

3. Person des Zulassungswerbers

Systematisch etwas missverständlich regeln die §§ 7-9 PrR-G Anforderungen an den Hörfunkveranstalter, welche aber allesamt Zulassungsvoraussetzungen sind und deren Erfüllung gemäß § 5 Abs 2 Z 2 PrR-G durch den Antrag nachgewiesen werden muss.

Zulassungen können zunächst an natürliche wie an juristische Personen erteilt werden (§ 5 Abs 1 PrR-G). Aus den Bestimmungen über Hörfunkveranstalter in § 7 Abs 1 und 3 PrR-G ergibt sich die Notwendigkeit der österreichischen oder einer gleichgestellten Staatsangehörigkeit, im Fall von juristischen Personen eines dementsprechenden Sitzes. Das PrR-G sieht insbesondere für juristische Personen besondere Voraussetzungen und Nachweispflichten vor (zB § 5 Abs 5, § 7 Abs 4 PrR-G). Die Zulassung an juristische Personen (welche meist in Form einer GmbH oder eines Vereines organisiert sind) ist die Regel, die Zulassungserteilung an natürliche Personen die Ausnahme. Im Zeitpunkt der Antragstellung muss zumindest ein teilrechtsfähiges Rechtssubjekt bestehen. Eine GmbH in Gründung muss deshalb bereits durch Notariatsakt erreichtet sein (Gründungsgesellschaft), widrigenfalls der Antrag zurückzuweisen ist.[141]

Ausländische Personen aus dem EWR sind Inländern gleichgestellt (§ 7 Abs 3 PrR-G). Beteiligungen „Fremder" (nicht EWR-Ausländer) an juristischen Personen müssen der kasuistischen Regelung des § 7 Abs 2 PrR-G entsprechen (vereinfacht dargestellt sind nur Minderheitsbeteiligungen bis 49% zulässig).

---

[140] VwGH 15.09.2004, Zl 2002/04/0148, 2003/04/0013, 0014; 30.06.2006, Zl 2003/04/0185; 15.09.2006, Zl 2005/04/0120; dazu Kogler/Traimer/Truppe, 368 ff.

[141] Lehofer, MR 2002, 355.

a) Ausgeschlossene Personen

An ausgeschlossene Personen darf keine Zulassung erteilt werden (§ 8 PrR-G). Der Kreis der ausgeschlossenen Personen ergibt sich einerseits aus dem dualen Rundfunksystem, andererseits aus verfassungsrechtlichen Erwägungen, insbesondere dem BVG Rundfunk. So sind ausgeschlossen:

- juristische Personen des öffentlichen Rechts (mit Ausnahmen)
- und Parteien im Sinne des Parteiengesetzes aufgrund der Unabhängigkeit des Rundfunks von staatlicher Einflussnahme (Art I Abs 2 BVG Rundfunk), weiters
- der Österreichische Rundfunk, dessen materiellrechtliche Grundlage für Rundfunkveranstaltung im Sinn des dualen Rundfunksystems durch das ORF-G in anderer, strengerer Weise geregelt wird, sowie
- ausländische Rechtspersonen, die den obgenannten Rechtsträgern gleichzuhalten sind zur Verhinderung von Umgehungsmöglichkeiten, schließlich
- juristische Personen oder Personengesellschaften, an denen die obgenannten Rechtsträger unmittelbar beteiligt sind (eine mittelbare Beteiligung ist zulässig, aber bei der Auswahlentscheidung zu würdigen[142]).

b) Vorkehrungen in Gesellschaftsverträgen

Die bis zur PrR-G Novelle 2004 in § 7 Abs 4 PrR-G geforderte Vorkehrung, dass eine Übertragung einzelner Geschäftsanteile nur mit Zustimmung der Gesellschaft erfolgen darf, ist ersatzlos entfallen. Im Fall der Errichtung des Zulassungswerbers als Aktiengesellschaft ist darauf zu achten, dass nur die Ausgabe von Namensaktien zulässig ist. Diese Bestimmung zielt darauf ab, die Eigentumsverhältnisse der Zulassungswerber einfach beobachten zu können. Das Erfordernis betrifft auch nur den Zulassungswerber selbst, nicht weitere mit diesem verbundene Unternehmen.[143]

4. Glaubhaftmachung der Eignung

Gemäß § 5 Abs 3 PrR-G müssen die fachlichen, finanziellen und organisatorischen Voraussetzungen des Zulassungswerbers für eine regelmäßige Veranstaltung und Verbreitung des geplanten Hörfunkprogramms im Antrag lediglich glaubhaft gemacht werden. Der Zulassungswerber muss diesbezüglich die Behörde nicht im Sinn der Richtigkeit der Angaben überzeugen, sondern nur von der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der behaupteten Tatsache.[144] Hinsichtlich der Erfüllung der Voraussetzungen ist

[142] Kogler/Traimer/Truppe, 388.
[143] Kogler/Traimer/Truppe, 386.
[144] VwGH 15.09.2006, Zl 2005/04/0120.

keine Ermittlungspflicht der Regulierungsbehörde gegeben (dies entgegen dem Konzept des AVG, welches vom Grundsatz der Amtswegigkeit ausgeht). Nach Ansicht der Regulierungsbehörden ist es vielmehr vom Zulassungswerber abzuverlangen, *„initiativ alles darzulegen, was für das Zutreffen der Voraussetzungen spricht und diesbezüglich konkrete Umstände anzuführen, die objektive Anhaltspunkte für das Vorliegen dieser Voraussetzungen liefern.“*[145]

Die insoweit durch die Rsp betonte erhöhte Mitwirkungspflicht des Antragstellers führt zur Notwendigkeit, dass der Zulassungsinhaber bereits durch Antrag und Beilagen die erforderlichen Nachweise und Glaubhaftmachungen erbringen muss. Ein Nachschieben der erforderlichen Angaben ist, wie bereits erörtert, nur innerhalb der durch den VwGH streng ausgelegten Grenzen des § 13 Abs 8 AVG zulässig.

Regelmäßig problematisch ist im Übrigen die Glaubhaftmachung der finanziellen Eignung bei „freien Radios“. Freie, nichtkommerzielle Radios sind meist wesentlich von Subventionen abhängig.[146] Seit der Streichung der Bundesförderung 2001 gestaltet sich die finanzielle Situation freier Radios in Österreich schwierig. Der BKS hat auf die veränderte Lage reagiert und angesichts der spezifischen Situation von freien Radios erkannt, dass diesfalls die Anforderungen an die Glaubhaftmachung der finanziellen Eignung *„nicht überspannt“* werden sollen.[147]

5. Medienverflechtung und Cross Ownership (§ 9 PrR-G)[148]

Unter weitgehender Aufgabe der Wertungen des RRG hat das PrR-G sowohl eine Neudefinition des Begriffs des Versorgungsgebietes vorgenommen als auch ein geändertes Konzept der Beteiligungsbeschränkungen sonstiger Medieninhaber geschaffen.[149] § 10 RRG sah eine starre Beteiligungsgrenze von 26% zulässiger Beteiligung eines Medieninhabers an einem Hörfunkveranstalter in einem Bundesland vor, weitere Beteiligungen an zwei Hörfunkveranstaltern in weiteren Bundesländern von je 10% waren ebenfalls gestattet. § 9 PrR-G sieht nunmehr ein gemischtes Regime, bezogen auf Versorgungsgebiete und technische Reichweite ab. Im Zuordnungsverfahren hat die Regulierungsbehörde von Amts wegen die Voraussetzungen des § 9 PrR-G zu berücksichtigen. § 9 PrR-G war und ist in der Literatur eine der meistbeachteten und auch

[145] VwGH 15.09.2004, Zl 2002/04/0201, 2002/04/0071 (allerdings zu § 4 Abs 3 PrTV-G); 15.09.2006, Zl 2005/04/0120.

[146] zu freien Radios und ihrer Finanzierung Rittler, juridikum 2002, 63.

[147] jüngst BKS 16.6.2008, GZ 611.075/0003-BKS/2008.

[148] obwohl es sich bei den Maßnahmen gegen Medienkonzentration (auch zB durch das KartG 2005) um wichtige Bestimmungen handelt, kann die Behandlung aufgrund des notwendigen Umfangs der Arbeit nur im Überblick erfolgen.

[149] dazu Wittmann, MR 2001, 12; bezeichnend ist die positive Reaktion des VÖZ, der in der Stellungnahme zum Begutachtungsentwurf die Neuregelung begrüßt, 3/SN-113/ME 21. GP.

meistkritisiertesten Regelungen.[150] Abgesehen von einer schweren Verständlichkeit der Bestimmung, wurde die mangelnde Effizienz bemängelt. Tatsächlich sind die Grundwertungen des PrR-G zur Beteiligung von Medieninhabern liberal.

Zweck von § 9 PrR-G ist es, der Medienkonzentration entgegenzutreten. § 9 PrR-G sieht zu diesem Zweck unerwünschte Tatbestände vor, deren Erfüllung zur Antragsabweisung führt. Zum Zweck der Verhinderung von Umgehungskonstruktionen normiert § 9 Abs 4 PrR-G eine Zurechnungsregel.

a) Medienkonzentration

Aufgrund der Begriffsdefinition des § 2 Z 6 PrR-G erfasst § 9 PrR-G in- oder ausländische Inhaber einer Tages- oder Wochenzeitung (cross-mediale bzw „diagonale“ Verschränkung mit Hörfunkbetreibern) bzw in- oder ausländischer Fernseh- oder Hörfunkveranstalter. In der Literatur werden im Detail verschiedene Erscheinungsformen von Konzentrationen am Mediensektor diskutiert, praxisrelevant ist besonders die Verknüpfung sachlich unterschiedlicher Medienmärkte (zB Print-Rundfunk).[151]

Oberndorfer wird darin beizupflichten sein, dass ökonomische und publizistische Synergieeffekte die Hauptursache für Verflechtungen im Medienbereich sein mögen.[152] Trotzdem ist in Österreich – mag es aufgrund der oft diskutierten „spezifischen österreichischen Situation“[153] sein – feststellbar, dass es zum guten Ton im österreichischen Printbereich zu gehören scheint, ein Privatradio zu betreiben oder zumindest an einem solchen beteiligt zu sein. Dementsprechend hoch ist die Zahl der Hörfunkveranstalter im Einflussbereich anderer Medieninhaber. Die Prüfung von Beteiligungen gehört deshalb zu einer der wesentlichen Aufgaben der Regulierungsbehörden im Zulassungsverfahren.

b) Vereinigung von Zulassungen in der Hand einer Person

Im Gegensatz zu den Bestimmungen des RRG gestattet § 9 Abs 1 PrR-G die Vereinigung mehrerer Zulassungen in der Hand einer Person. Voraussetzung ist, dass sich die von den Zulassungen umfassten Versorgungsgebiete nicht überschneiden. Damit soll primär ausgeschlossen werden, dass der Inhaber einer bundesweiten Zulassung weitere Zulassungen in den durch das bundesweite Programm bedienten Versorgungsgebieten innehält.[154] Zur Vermeidung von Umgehungen führt § 9 Abs 1 iVm Abs 4 PrR-G eine umständliche Zurechnungsregelung ein. Zusammengefasst und

---

[150] Oberndorfer, JRP 2001, 103.

[151] Damjanovic/Holoubek, MR 2000 H 2 Beilage, 1; Oberndorfer, JRP 2001, 103 mit Beispielen; Wessely, RfR 1993, 1.

[152] Oberndorfer, JRP 2001, 103.

[153] wenige Tageszeitungen erreichen einen hohen Verbreitungsgrad, vgl die Angaben der Österreichischen Auflagenkontrolle zum 1. Halbjahr 2008, im Internet abrufbar unter http://www.oeak.at/content/intern/Auflagenlisten/OEAK_2008_1HJ.pdf

[154] Wittmann, MR 2001, 12.

vereinfacht dargestellt werden gewisse Beteiligungen einem Medieninhaber als Lizenzinnehabung zugerechnet, wenn unmittelbar oder mittelbar eine Beteiligung von mehr als 25% besteht oder vergleichbare Einflussmöglichkeiten (§ 244 HGB) vorliegen. Notwendigerweise sind Beteiligungen solange zu prüfen, bis eine Umgehungskonstruktion ausgeschlossen werden kann.

c) Medienverbundregelung

Ein Medienverbund darf insgesamt nicht mehr als 12 Millionen Menschen versorgen. Unter einem Medienverbund versteht der Gesetzgeber zumindest zwei Personen oder Personengesellschaften, darunter einen Medieninhaber, die auf Grund der in § 9 Abs 4 PrR-G angeführten Beteiligungs- oder Einflussverhältnisse als miteinander verbunden anzusehen sind (§ 2 Z 7 PrR-G). Eine Person oder Personengesellschaft des Medienverbundes darf nicht mehr als 8 Millionen Menschen, sohin derzeit in etwa das Bundesgebiet, versorgen. Aufgrund der hohen gesetzlich fixierten Hörerzahlen ist diese Regelung quasi unanwendbar. Die Befürchtung von *Oberndorfer*, dass bundesweites Privatradio damit im direkten Einflussbereich von Zeitungsinhabern möglich ist[155], hat sich bereits 2004 mit der Erteilung der bundesweiten Zulassung an die Kronehit Radio BetriebsgmbH bestätigt. Inwieweit sich durch den *„Kniefall vor den großen österreichischen Tageszeitungen“*[156] tatsächlich verpönte Folgen wie eine pluralismusärmere Medienlandschaft eingestellt haben, wurde noch nicht untersucht. Faktum ist jedoch, dass die Maßnahmen zur Hintanhaltung cross-medialer Verflechtungen zahnlos sind und der Katalog des § 9 PrR-G lediglich Beteiligungen von Radios untereinander einigermaßen effektiv erfasst. Durch die Rsp der Regulierungsbehörden, wonach gesellschaftliche Verflechtungen auch dann in die Auswahlentscheidung miteinzubeziehen sind, wenn diese zulässig sind, erreicht die Prüfung cross-medialer Verflechtungen zumindest in der Regulierungspraxis eine gewisse Relevanz.

d) Verbot der Doppelversorgung

Ferner dürfen sich die einer Person oder Personengesellschaft zuzurechnenden Versorgungsgebiete nicht überschneiden bzw darf derselbe Ort, abgesehen von technisch unvermeidbaren Überschneidungen (spill over), nicht mehr als zweimal versorgt werden. Wesentliches Kriterium zur Beurteilung des Vorliegens von Doppel- oder Mehrfachversorgungen ist das ausgeschriebene Versorgungsgebiet. Jede tatsächliche Einstrahlung anderer Hörfunkprogramme ist mE ungeachtet des für diese anderen Programme festgelegten Versorgungsgebiets zu berücksichtigen.

Nach erfolgter Ausschreibung ist das Versorgungsgebiet insofern festgelegt, als eine Einschränkung des Versorgungsgebietes durch die

[155] Oberndorfer, JRP 2001, 103.
[156] Oberndorfer, JRP 2001, 103.

Regulierungsbehörde zwecks Vermeidung von Doppel- oder Mehrfachversorgungen unzulässig ist.[157] Doppel- und Mehrfachversorgungen, welche Zulassungswerber betreffen, sind von Amts wegen am Maßstab des § 9 PrR-G zu prüfen. Erfüllt ein Zulassungswerber die Voraussetzungen des § 9 PrR-G nicht, ist der Zugang zum Auswahlverfahren bereits deshalb zu versagen und der Antrag mangels Erfüllung der materiellen Zulassungsvoraussetzungen abzuweisen.

B. Auswahl zwischen Neuschaffung und Erweiterung

Eine freie terrestrische Übertragungsfrequenz führt nicht zwangsläufig zur Schaffung eines eigenständigen Versorgungsgebietes. Die Zuordnung freier Frequenzen richtet sich nach dem Katalog des § 10 PrR-G, welcher erst jüngst durch die Novelle BGBl I 2004/97 abgeändert wurde. Auf die Grundsätze des Rundfunkfrequenzmanagements, Einfluss der Stellung des ORF, der in Österreich nicht einfach zu bewältigenden topographischen Verhältnisse sowie die internationalen Verpflichtungen (insbesondere durch Rechtsakte der ITU) kann, obwohl diese von wesentlicher Bedeutung für das Erscheinungsbild der Privatradiolandschaft sind, aufgrund des gebotenen Umfangs dieser Arbeit nur im Überblick eingegangen werden.

§ 10 PrR-G, die Nachfolgebestimmung des im Lauf der wechselvollen Historie des RRG auch einstmals durch den VfGH[158] aufgehobenen § 2 RRG, legt die Reihenfolge fest, in der eine freie Übertragungskapazität zuzuordnen ist. Der Stammfassung des § 2 RRG enthielt zu dieser Frage eine weit reichende Verordnungsermächtigung für den BMVIT, verbunden mit vagen Determinanten. Die erste Runde der Lizenzvergaben scheiterte denn auch an der Aufhebung dieser Bestimmung und damit verbunden dem Frequenznutzungsplan, im Wesentlichen aufgrund der mangelhaften Determinierung der Grundsätze der Frequenznutzung durch den Gesetzgeber. Dem VfGH zufolge mangelte es nicht nur an einer ausreichenden Abgrenzung zwischen dem dem ORF zur Verfügung stehenden Frequenzspektrum und den Frequenzen für privaten Hörfunk, sondern auch die mangelnde Abgrenzung zwischen damals vorgesehenem Lokal- und Regionalradio. Ausschlaggebend für die Aufhebung des damaligen § 2 RRG war auch das nicht vorhandene Verfahren zur Erhebung der Bedürfnisse des lokalen Hörfunks.[159] Die infolge dessen erlassenen Nachfolgeregelungen schufen eine mit jeder weiteren Novellierung exakter werdende Reihenfolge der Frequenzzuordnung, wobei

[157] VwGH 30.06.2004, Zl 2002/04/0155.

[158] VfGH 27.9.1995, G 1219/1995 ua, zu Auswirkungen des E und zu den Nachfolgebestimmungen § 2 ff RRG Kogler/Traimer, Privatrundfunkgesetze,18 f.

[159] dazu im Detail Höhe, MR 1995, 165.

sich nach dem nunmehrigen § 10 PrR-G die Frequenzzuordnung ohne weitere Konkretisierung durch den Verordnungsgesetzgeber gestaltet.[160]

1. Grundsätze der Frequenzzuordnung

a) Frequenzzuordnungsverfahren

Die Zuordnung freier Übertragungskapazitäten richtet sich nach dem durch BGBl I Nr 97/2004 neu gefassten § 12 PrR-G. § 12 Abs 1 PrR-G stellt diesbezüglich zunächst die Antragsbezogenheit der Zuordnung noch nicht zugeordneter Übertragungskapazitäten klar. Die Regulierungsbehörde hat im Weiteren nach Prüfung der technischen Realisierbarkeit des Antrages (in der Regel durch Sachverständigengutachten) anhand der Zielrichtungen der eingebrachten Anträge vereinfacht dargestellt nach dem Katalog des § 10 Abs 1 PrR-G (dazu sogleich unten b und c) vorzugehen.

b) Zielsetzungen der Frequenzplanung

§ 10 PrR-G soll zunächst den Grundsatz der *dualen Rundfunkordnung* berücksichtigen.[161] Die Regelungen des 4 Abschnitts des PrR-G über Frequenzplanung und -zuordnung sind – in gewisser Weise systemwidrig, da bekanntlich das ORF-G die Grundlage der Rundfunkveranstaltung durch den ORF ist – auch für den ORF verbindlich.[162] Da § 10 PrR-G in weiterer Folge die Versorgung des ORF, also des Marktbeherrschers (sic!), als vorrangig bezeichnet und die derzeitige Versorgungssituation des ORF durch das PrR-G quasi konserviert wird, bleibt fraglich, inwiefern § 10 PrR-G der Förderung der dualen Rundfunkordnung tatsächlich dienlich sein soll.[163]

Der Grundsatz der *Frequenzökonomie*, konkret dass das zur Verfügung stehende Frequenzspektrum im Rahmen der technischen und rechtlichen (insbesondere aufgrund internationaler Abkommen) Möglichkeiten möglichst umfassend ausgenutzt und ein Brachliegen von Ressourcen durch die Regulierungstätigkeit zu vermeiden ist, ergibt sich nicht nur aus § 10 Abs 1 (insbesondere Z 2) und Abs 3 PrR-G, sondern auch aus § 2 Abs 2 Z 5 KOG. Die Verpflichtung zur Beachtung der Frequenzökonomie schließt die Prüfung mit ein, das Doppel- und Mehrfachversorgungen zu vermeiden sind. Dies ist

---

[160] Die noch vorhandene Verordnungsermächtigung in § 10 Abs 3 PrR-G, Übertragungskapazitäten zur Planung neuer Versorgungsgebiete zu reservieren, dürfte soweit ersichtlich nicht von besonderer praktischer Relevanz sein.

[161] Kogler/Traimer/Truppe, 396.

[162] vgl aber § 1 Abs 3 PrR-G, wobei aus den EB 401 BlgNR 21. GP hervorgeht, dass diese Bestimmung nur klarstellen soll, dass die programminhaltlichen Aufträge bzw der organisatorische Bereich des ORF-G unberührt bleiben sollen; dazu Kogler/Traimer/Truppe, 338.

[163] gemäß § 11 PrR-G wäre es allerdings möglich, auch dem ORF Frequenzen bei Doppel- oder Mehrfachversorgung zu entziehen.

ein weiterer Aspekt, der bei der Regulierungstätigkeit, sohin auch im Rahmen der Auswahlentscheidung, von Bedeutung ist. Grundsätzlich ist festzustellen, dass der Gesetzgeber seit der PrR-G Novelle 2004 die Schaffung großräumiger Versorgungsgebiete tendenziell bevorzugt und die Wirtschaftlichkeit der Hörfunkveranstaltung betont.[164]

2. Rangfolge der Frequenzzuordnung

a) Vorrang des ORF

Gemäß § 10 Abs 1 Z ist zunächst dem ORF genügend Kapazität zur Erfüllung des Versorgungsauftrages (§ 3 ORF-G) mit drei österreichweit sowie neun bundeslandweit empfangbaren Hörfunkprogrammen *zu gewährleisten*. Für das dritte österreichweite Programm ist der Versorgungsgrad wie er am 1. Mai 1997 in jedem Bundesland bestand maßgeblich.

Die Regulierungsbehörde hat sohin dem Wortlaut dieser Bestimmung zufolge von Amts wegen zunächst Versorgungsmängel des ORF zu prüfen und eventuell zu beheben, auch wenn der ORF sich nicht aktiv um die Übertragungskapazität bemüht (arg. „gewährleisten“). Ein solches Ergebnis steht in gewissem Widerspruch zum dualen Rundfunksystem und zur Stellung des ORF als Marktbeherrscher.

b) Bestehende Hörfunkveranstalter

Gemäß § 10 Abs 1 Z 2 PrR-G sind Übertragungskapazitäten, welche dem ORF nicht zuzuteilen sind, auf Antrag bestehenden Hörfunkveranstaltern zur Verbesserung der Versorgung im bestehenden Versorgungsgebiet zuzuordnen, sofern sie dafür geeignet sind und eine effiziente Nutzung des Frequenzspektrums gewährleistet ist.

Die Anwendung von Z 2 setzt einen belegbaren Versorgungsmangel voraus[165], bloße Behauptungen werden nicht geeignet sein, um zur Zuteilung zu führen.

c) Verbesserung der bundesweiten Zulassung

Gemäß § 10 Abs 1 Z 3 PrR-G sind „darüber hinaus verfügbare“ Übertragungskapazitäten auf Antrag für den Ausbau der Versorgung durch den Inhaber einer bundesweiten Zulassung zuzuordnen. Bei der Auswahl zugunsten eines Inhabers einer bundesweiten Zulassung ist jenem der Vorzug einzuräumen, dessen Versorgungsgebiet in Bevölkerungsanteilen berechnet kleiner ist.

Da erst ein Inhaber einer bundesweiten Zulassung existiert, ist die Auswahl zwischen zwei Inhabern bundesweiter Zulassungen derzeit nicht von

[164] Scherbaum, MR 2004, 282.
[165] Wittmann, MR 2001, 12.

Relevanz. Bemerkenswert ist allerdings, dass diese Auswahl als einzige des PrR-G an einem rein objektiven Kriterium anknüpft. Bei der Berechnung des Versorgungsgebietes in Bevölkerungsanteilen muss von der Nettoanzahl der technisch erreichten Hörer (technische Reichweiten der Versorgungsgebiete abzüglich Doppel- und Mehrfachversorgungen) ausgegangen werden.

d) Schaffung eines eigenständigen Versorgungsgebietes

Gemäß § 10 Abs 1 Z 4 PrR-G sind „darüber hinaus verfügbare" Übertragungskapazitäten auf Antrag entweder für die Erweiterung bestehender Versorgungsgebiete heranzuziehen *oder*[166] zur Schaffung neuer Versorgungsgebiete zuzuordnen. § 10 Abs 1 Z 4 PrR-G sieht eine eigenständige, von der Auswahlentscheidung des § 6 PrR-G unabhängige Auswahlentscheidung vor. Bei dieser Auswahl ist auf die Meinungsvielfalt in einem Verbreitungsgebiet, die Bevölkerungsdichte, die Wirtschaftlichkeit der Hörfunkveranstaltung sowie auf politische, soziale, kulturelle Zusammenhänge Bedacht zu nehmen. Für die Erweiterung ist Voraussetzung, dass durch die Zuordnung ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem bestehenden Versorgungsgebiet gewährleistet ist. Für die Schaffung eines neuen Versorgungsgebietes muss gewährleistet sein, dass den Kriterien des § 12 Abs 6 entsprochen wird.

§ 12 Abs 6 PrR-G setzte Mindestgrößen für eigenständige Versorgungsgebiete fest. Bei einer technischen Reichweite von weniger als 50.000 Personen soll die Schaffung des eigenständigen Versorgungsgebietes nur dann erfolgen, wenn der Zulassungswerber nachweist, dass die Hörfunkveranstaltung im Versorgungsgebiet *„besonderen lokalen Bedürfnissen dient und dass ungeachtet der geringen Reichweite die Hörfunkveranstaltung auf Dauer finanzierbar ist"*. Die Schaffung eines Kleinstversorgungsgebietes hängt demnach von der entsprechenden Nachweisführung des Zulassungswerbers ab, die Regulierungsbehörde ist dem Gesetzeswortlaut nach nicht verpflichtet, von Amts wegen die angeführten Voraussetzungen zu prüfen. Eine Glaubhaftmachung, wie sie § 5 Abs 3 PrR-G vorsieht, wird nicht ausreichend sein.[167]

Bei einer technischen Reichweite zwischen 50.000 und 100.000 Personen ist entscheidend, ob unter Berücksichtigung der bereits bestehenden Versorgung (nur) mit privaten Hörfunkprogrammen sowie *„der Wettbewerbssituation am Hörfunkmarkt"* im beantragten Versorgungsgebiet eine auf Dauer finanzierbare Programmveranstaltung zu erwarten ist. Bei mittelgroßen Versorgungsgebieten hat sohin die Regulierungsbehörde von sich aus die zitierten Anforderungen zu prüfen. Unter auf Dauer finanzierbarer Programmveranstaltung wird wohl ein über den Zeitraum der Zulassung kumuliert kostendeckender Betrieb zu verstehen sein. Angemerkt sei im Übrigen dazu lediglich, dass im Dunkeln bleibt, was unter der

[166] Zur Auswahlentscheidung gemäß § 10 PrR-G sogleich unten III.B.3.

[167] 430/A 22. GP, 23, welche als Maßnahmen die Beibringung von Bankgarantieren oder Eigenkapitalnachweisen vorsehen.

„Wettbewerbssituation am Hörfunkmarkt“ zu verstehen sein soll. Die EB schweigen sich diesbezüglich aus. Das Auftreten eines neuen Rundfunkveranstalters und die damit verbundene Neuverteilung der Marktanteile und damit der Werbeeinnahmen werden im Vorhinein schwer quantifizierbar sein. Es scheint auch verfehlt, der Regulierungsbehörde eventuelle Ermittlungen in dieser Hinsicht anzulasten. Damit würde das Verfahren unnötig verzögert. Bei nichtkommerziellen Radios müsste ein Marktvergleich überhaupt entfallen, wenn diese nichtkommerziell tätig sind. Der Marktvergleich wird wohl dahingehend zu verstehen sein, dass zunächst gesteigerte Anforderungen an das finanzielle Konzept des Zulassungswerbers zu stellen sind. Weiters wird abzuwägen sein, ob das Programm eine Versorgungslücke zu schließen im Stande ist und vor diesem Hintergrund mit einer in Hörerzahlen erfolgreichen Programmgestaltung gerechnet werden kann. Aber auch innovative Konzepte, welche bestehenden Veranstaltern ernsthaft Konkurrenz machen können, werden wohl zuzulassen sein.

3. Auswahlentscheidung gemäß § 10 PrR-G

Verkürzt dargestellt, richtet sich die Auswahl zwischen Neuschaffung eines Versorgungsgebietes und Erweiterung bestehender Versorgungsgebiete neben den in § 10 PrR-G explizit genannten Aspekten nach denen des § 6 PrR-G ähnlichen Kriterien. Insbesondere wenn einem oder mehreren Antragstellern um die Erweiterung ihres (angrenzenden) Versorgungsgebiets ein oder mehrere Zulassungswerber für das (neu zu schaffende) Versorgungsgebiet gegenüberstehen, ist die Entscheidung der Regulierungsbehörde gemäß § 10 Abs 1 Z 4 PrR-G immer auch eine Auswahl zwischen konkreten Bewerbern mit unterschiedlichen Programmabsichten.[168] Der Absicht des Gesetzgebers zufolge, stellen beide Möglichkeiten grundsätzlich gleichwertige Alternativen dar.[169]

a) Wirtschaftlichkeit der Hörfunkveranstaltung

§ 10 Abs 1 Z 4 PrR-G sieht die Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit der Veranstaltung von Hörfunk mittels der ausgeschriebenen Frequenzen vor. Die Beurteilung durch die Regulierungsbehörde richtet sich dabei einerseits nach objektiven Kriterien wie insbesondere der Anzahl der durch die Frequenz(en) erreichten Hörer. Diese Zahl ist hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit der Hörfunkveranstaltung („wirtschaftliche Tragfähigkeit“) von Relevanz, indiziert sie doch die zu erwartenden Einnahmen durch Werbung. Die Erhebung der Versorgungssituation wird durch Sachverständigengutachten auf Basis softwarengestützter Berechnungen

[168] stRsp BKS und VwGH, dargestellt bei Kogler/Traimer/Truppe, 402 ff.
[169] 401 BlgNR 21. GP.

durchgeführt. Andererseits ist auch das konkrete wirtschaftliche Konzept des Antragstellers maßgeblich.[170]

b) Politische und kulturelle Zusammenhänge zwischen Versorgungsgebieten

Bei der Auswahl gemäß § 10 Abs 1 Z 4 PrR-G ist auch auf „politische, soziale und kulturelle Zusammenhänge" von Versorgungsgebieten Bedacht zu nehmen. Den Materialien zufolge soll, wenn die Schaffung eines neuen Versorgungsgebietes tatsächlich mit der Erweiterung eines bestehenden Versorgungsgebietes in Konkurrenz steht, beurteilt werden, ob die politischen, sozialen und kulturellen Zusammenhänge eher für ein neues Versorgungsgebiet sprechen oder Zusammenhänge der dargestellten Art zu einem bestehenden Versorgungsgebiet bestehen, die eher für eine Zuordnung zu diesem sprechen.[171] Weitere konkretere Erläuterungen, insbesondere wie derartige Zusammenhänge zu ermitteln und zu bewerten wären, existieren soweit ersichtlich nicht. Dies bestärkt den Anschein, dass es sich bei der Bewertung derartiger Zusammenhänge um eine Ermessensentscheidung der Behörde aufgrund der Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe handelt.

Der bei *Kogler/Traimer/Truppe* veröffentlichten Rsp zufolge[172], nimmt diese Prüfung zunächst offensichtlich keinen großen Stellenwert ein. Ein behaupteter einheitlicher Musikgeschmack stellt keinen sozialen oder kulturellen Zusammenhang her.[173] Aktuellen Einzelfallentscheidungen der KommAustria zufolge sind Zusammenhänge zwischen Städten, Stadt-Land (Pendlerströme) oder Regionen eher unbedeutend.[174] Diese Entscheidungen vermögen allerdings mE nur zu belegen, dass hinsichtlich des Aspekts politischer, sozialer und kultureller Zusammenhänge noch eine klare, nachvollziehbare und dogmatisch begründete Aufarbeitung durch die Rsp erfolgen sollte.

c) Einfluss der Kriterien des § 6 PrR-G

VwGH und BKS gehen davon aus, dass die Kriterien des § 6 PrR-G bei Ausübung des Auswahlermessens gemäß § 10 Abs 1 Z 4 PrR-G, neben die in der angeführte Vorschrift ausdrücklich erwähnten Kriterien hinzutreten.[175] Deshalb kann auch beispielsweise das Ausmaß eigengestalteter Beiträge (§ 6 Abs 1 Z 2 PrR-G) berücksichtigt werden.[176] Im Detail zu den Kriterien des § 6 PrR-G sogleich unten IV.C.

---

[170] VwGH 17.12.2003, Zl 2003/04/0136; 24.05.2006, Zl 2004/04/0024, detailliert dazu Kogler/Traimer/Truppe, 398 ff.

[171] 401 BlgNR 21. GP.

[172] Kogler/Traimer/Truppe, 401 ff.

[173] BKS 03.06.2003, GZ 611.121/001-BKS/2003.

[174] KOA 1.301/07-026; KOA 1.374/08-002; KOA 1.200/08-002.

[175] VwGH 17.12.2003, Zl 2003/04/0136; 24.05.2006, Zl 2004/04/0024.

[176] VwGH 24.05.2006, Zl 2004/04/0024.

IV. Auswahlentscheidung gemäß § 6 PrR-G

A. Normcharakter

§ 6 PrR-G ist die materiellrechtliche Grundlage der behördlichen Auswahlentscheidung im Verfahren über die Zulassung zur Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk.

§ 6 PrR-G idF BGBl I Nr 97/2004 lautet:

(1) Bewerben sich mehrere Antragsteller, die die gesetzlichen Voraussetzungen (§ 5 Abs 2 und 3) erfüllen, um eine Zulassung, so hat die Regulierungsbehörde dem Antragsteller den Vorrang einzuräumen,

1. bei dem auf Grund der vorgelegten Unterlagen sowie der Ergebnisse des Verfahrens die Zielsetzungen dieses Gesetzes am besten gewährleistet erscheinen, insbesondere indem insgesamt eine bessere Gewähr für eine größere Meinungsvielfalt geboten wird sowie ein eigenständiges, auf die Interessen im Verbreitungsgebiet Bedacht nehmendes Programmangebot zu erwarten ist oder im Fall von Spartenprogrammen im Hinblick auf das bereits bestehende Gesamtangebot an nach diesem Bundesgesetz verbreiteten Programmen von dem geplanten Programm ein besonderer Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet zu erwarten ist und

2. von dem zu erwarten ist, dass das Programm den größeren Umfang an eigengestalteten Beiträgen aufweist.

(2) Die Behörde hat auch zu berücksichtigen, ob einer der Antragsteller bereits bisher die zu vergebende Zulassung entsprechend dem Gesetz ausgeübt hat und bei dieser Beurteilung insbesondere darauf Bedacht zu nehmen, inwieweit sich daraus verlässlichere Prognosen für die Dauerhaftigkeit der Hörfunkveranstaltung ableiten lassen.

1. Auswahlermessen

Die Betitelung des § 6 PrR-G lässt darauf schließen, dass mit der Auswahlentscheidung behördliches Ermessen verbunden sein könnte.

Art 18 B-VG bindet die Verwaltung an die Gesetze. Der hoheitliche Verwaltungsakt muss durch das Gesetz bedeckt sein und darf dessen Grenzen nicht überschreiten. Der Gesetzgeber kann allerdings die Behörde im begrenzten Umfang zu Ermessensentscheidungen ermächtigen (Art 130 Abs 2 B-VG), diesfalls kommt der Behörde Spielraum in einem definierten Rahmen zu. Behördlicher Entscheidungsspielraum kann auch aus der Verwendung von unbestimmten Gesetzesbegriffen resultieren, mögen diese gewollt sein oder nur auf die unzureichende sprachliche Ausformulierung von Gesolltem zurückgehen. Die zu weit gehende behördliche Ermächtigung („formalgesetzliche Delegation“) ist allerdings verfassungswidrig. Der

Gesetzgeber muss dessen Kompetenz nämlich grundsätzlich selbst ausüben und darf diese nicht zur Gänze an die Verwaltung weitergeben.[177]

Die Lehre setzt behördliches Ermessen sowie die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe durch den Gesetzgeber in Gegensatz zur Gebundenheit. Gebundenheit liegt vor, wenn die Behörde durch Gesetz verpflichtet ist, bei einem bestimmten Tatbestand einen Verwaltungsakt bestimmten Inhalts zu setzen. Bei Ermessen hat die Behörde die Wahl zwischen zwei oder mehreren rechtlich gleichwertigen Lösungen.[178] Ermessensbestimmungen müssen klar erkennbar sein, eine weit oder unklar gefasste Regelung darf nicht automatisch als Ermessenseinräumung gedeutet werden.

Nach der Rsp ist die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe zulässig, solange der VwGH die Übereinstimmung individueller Verwaltungsakte mit dem Gesetz überprüfen kann.[179] Dem unbestimmten Begriff muss zumindest ein bestimmbarer Inhalt (Objektivierbarkeit) innewohnen. Der Normunterworfene muss seine Rechtsposition dem Gesetz entnehmen können, Gesetze müssen deshalb die Voraussetzungen des behördlichen Handelns in organisatorischer, verfahrensmäßiger und inhaltlicher Hinsicht ausreichend determinieren.[180] Vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips ergeben sich daher an § 6 PrR-G, sowie das Auswahlverfahren überhaupt, zusätzliche Anforderungen. Hinsichtlich des Auswahlverfahrens konzentrieren sich diese Anforderungen auf die Umschreibung der für die Auswahl maßgeblichen Kriterien.

Der VfGH hat ausdrücklich festgestellt, dass § 6 PrR-G den Erfordernissen des „differenzierten Legalitätsprinzips“ gerecht wird.[181] Die Kriterien und Umstände, welche für den Zulassungswerber von Relevanz sind, sind jedoch alles andere als klar ersichtlich, wie noch aufzuzeigen sein wird.

Zunächst ist ungeachtet der Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe mE zu bezweifeln, ob § 6 PrR-G tatsächlich eine Ermessensentscheidung beinhaltet. Zunächst ist die Ermächtigung zur Fällung einer schlichten „freien“ Ermessensentscheidung zu verneinen. § 6 PrR-G determiniert sowohl – wenn auch nicht ausdrücklich, dann zumindest schlüssig – das Verfahren der vergleichenden Beurteilung der Zulassungswerber und jene Kriterien, die für die Auswahlentscheidung maßgeblich sind. Auch wenn die Behörde zu dem ersten Ergebnis kommen sollte, dass Zulassungswerber gleichwertig sind, ist sie zur Ermessensausübung nicht befugt. Die Regulierungsbehörde muss vielmehr mE tiefergehend die Angaben und Ergebnisse prüfen, bis ein Vorteil zugunsten eines Zulassungswerbers zu verzeichnen ist.

---

[177] Antoniolli/Koja, 231 f.; Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht, Rz 573; an einer unzulässigen formalgesetzlichen Delegation scheiterte § 2 RRG.

[178] Antoniolli/Koja, 251 f.

[179] Antoniolli/Koja, 231 mwN.

[180] Adamovich/Funk, Verwaltungsrecht, 108; Antoniolli/Koja, S 231 mwN.

[181] VfGH 25.09.2002, B 110/2002 ua, Lehofer, MR 2002, 355.

Ein gewisses faktisches Ermessen aufgrund der Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe kommt der Regulierungsbehörde wohl im Wege der Auslegung der im PrR-G verwendeten Gesetzesbegriffe zu. Aufgrund der dargestellten Grundsätze muss sich die Regulierungsbehörde deshalb einerseits an der Rsp der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts orientieren. Weiters ergibt sich mE die Verpflichtung der Regulierungsbehörde, nicht unbegründet oder überraschend von einem bereits geäußerten Standpunkt abzugehen. Andernfalls wäre das Vertrauen des Normunterworfenen in die Auslegung der unbestimmten Gesetzesbegriffe durch die Spruchpraxis zerstört. Diesfalls wäre streng zu prüfen, ob der Regulierungsbehörde Willkür[182] vorzuwerfen ist.

2. Prognoseentscheidung

§ 6 Abs 2 PrR-G ist (allerdings im speziellen Zusammenhang mit der Beurteilung eines Zulassungswerbers, der die zu vergebende Zulassung bereits bisher ausgeübt hat) abstrahiert zu entnehmen, dass die Behörde im Zuge der Auswahl eine zukunftsorientierte Prognose zu treffen hat. Die Rsp hat diesen Gedanken des PrR-G aufgegriffen und geht davon aus, dass generell bei der konkreten Beurteilung der Zulassungswerber eine Prognose hinsichtlich der Erfüllung der Kriterien und Zielsetzungen des PrR-G, bezogen auf den jeweiligen Zulassungsantrag, vorzunehmen ist.[183]

Mit der Auswahlentscheidung ist sohin nicht nur die faktische Ausübung behördlichen Ermessens aufgrund der vagen Kriterien des § 6 PrR-G, sondern auch eine Prognoseentscheidung verbunden. Dieser Eindruck wird durch die Wendung in § 6 Abs 1 Z 1 PrR-G verstärkt, wonach es „darauf ankommt“, dass die Behörde zur Überzeugung gelangt, dass durch einen Zulassungswerber die *Zielsetzungen dieses Gesetzes am besten gewährleistet erscheinen, weil … zu erwarten ist.* Damit bringt der Gesetzgeber doch eindeutig zum Ausdruck, dass die Abwägungen der Regulierungsbehörde zukunftsorientiert zu erfolgen haben. Allfällige Anzeichen einer „Unzuverlässigkeit“ sind deshalb grundsätzlich im Verfahren relevant.

Die Ausführungen in der Literatur[184], wonach die Regulierungsbehörde keine Auswahl zwischen konkreten Bewerbungen sondern eine mehr oder weniger subjektive Reihung von „Erwartungen über Bewerber“ vornimmt, können allerdings nicht geteilt werden. Durch die Teilnahme am Zulassungsverfahren bekundet der Zulassungswerber die Bereitschaft, die im Antrag gemachten Angaben nach Erteilung der Zulassung in die Realität umzusetzen. Sofern im Verfahren kein Grund hervorkommt, an der Zuverlässigkeit des Zulassungswerbers zu zweifeln, ist die Umsetzung des geplanten Programms grundsätzlich zu unterstellen. Damit reduziert sich die Frage der Auswahlentscheidung auf einen Konzeptvergleich der Antragsteller

[182] Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht, Rz 1355.
[183] Lehofer, MR 2002, 355 mwN.
[184] Abele/Köck, ÖJZ 2001, 369.

und die Frage, wie sich die Etablierung des Konzepts in der Realität auswirken wird. Die Frage nach der vielleicht zweifelhaften Möglichkeit, aus dem Antrag die notwendigen Angaben für die vergleichende Beurteilung entnehmen zu können[185], muss pragmatisch im Sinn der Rsp des BKS und des VwGH zur gesteigerten Mitwirkungspflicht gelöst werden. Je konkreter dabei die Darstellung der geplanten Inhalte erfolgt, desto höher sind die Chancen im Auswahlverfahren.[186]

Relevant sind allerdings sehr wohl Fehlbeurteilungen eines Zulassungswerbers in dessen Antrag. Diese sind im Rahmen der rechtlichen Beurteilung des Zulassungswerbers aufzugreifen. Vermeint beispielsweise ein Zulassungswerber, mit Discomusik oder Berichterstattung über Neuigkeiten in der Popszene auch hinsichtlich einer älteren Zielgruppe erfolgreich einen Beitrag zur Meinungsvielfalt leisten zu können, wird die Behörde diesen Angaben auf Basis der allgemeinen Lebenserfahrung keine gesicherte Prognose ausstellen können.

Prognosebeurteilungen sind grundsätzlich keine Fälle behördlichen Ermessens, sondern besonders strukturierte Ermittlungsanweisungen.[187] Hervorzuheben ist diesbezüglich, dass Prognoseentscheidungen eine behördliche Revisionspflicht innewohnt. Wenn die entscheidungsrelevanten Annahmen nicht mehr zutreffen, ist der Verwaltungsakt erforderlichenfalls entsprechend abzuändern.[188] Die Gefahr des Missbrauchs des Zulassungsverfahrens[189] durch nicht ernst gemeinte Angaben der Antragsteller ist vor diesem Hintergrund als gering einzustufen. Ein Erschleichen der Zulassung müsste selbstverständlich zu einem Rechtsverletzungsverfahren und schlussendlich zum Lizenzentzug führen. Alternativ wäre die Wiederaufnahme des Verfahrens aufgrund § 69 AVG denkbar. Auch nicht explizit im Spruch des Zulassungsbescheides angeführte Angaben sind zu berücksichtigen.[190] Der Zulassungsbescheid ist sohin über den Spruch hinaus mit einer verbindlichen Wirkung ausgestattet.[191]

Die vereinzelten Zweifel in der Literatur über eine angebliche „Hilflosigkeit“ der uninformierten Regulierungsbehörde, welche die zukünftige tatsächliche Programmgestaltung nicht beeinflussen kann[192], sind sohin zumindest dogmatisch nicht begründet.

---

[185] diesbezügliche Befürchtungen bei Abele/Köck, ÖJZ 2001, 369.
[186] Kogler/Traimer/Truppe, 373 mwN.
[187] Raschauer, Rz 599.
[188] Raschauer, Rz 704.
[189] Abele/Köck, ÖJZ 2001, 369, verkennend, dass das PrR-G eine amtswegige Aufsicht vorsieht.
[190] BKS 01.07.2003, GZ 611.011/001-BKS/2003
[191] VfGH 09.06.2004, B 1115/03; ähnlich VwGH 15.09.2006, Zl 2005/04/0050.
[192] Abele/Köck, ÖJZ 2001, 369

3. Auswahlgrundlagen

Grundlagen der Auswahlentscheidung der Regulierungsbehörde sind vor allem:

- Angaben des Zulassungsantrages samt Beilagen
- (schriftliche) Äußerungen der Parteien während des Zulassungsverfahrens
- regelmäßig das frequenztechnische Gutachten des Amtsachverständigen
- Ergebnisse der mündlichen Verhandlung
- etwaige durch die Behörde von Amts wegen erhobene Sachverhaltselemente

Eine qualitative Gewichtung hinsichtlich der möglichen Grundlagen für die „Ergebnisse des Verfahren" im Sinn einer Rangordnung der genannten Beweismittel ist weder dem AVG noch dem PrR-G zu entnehmen. § 6 Abs 1 PrR-G führt lediglich den Antrag sowie die Ergebnisse des Verfahrens pauschal an. Die Verwertung weiterer Beweismittel ist zulässig, solange das AVG dem nicht entgegen steht. Allenfalls sind vorgelegte Beweismittel im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu bewerten.[193]

Anträge auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk sind aufgrund der notwendigen zahlreichen Beilagen äußert umfangreich. Deshalb werden dem Antrag selbst die konkretesten Angaben zum geplanten Programm des Zulassungswerbers zu entnehmen sein. Nachträgliche Änderungen und Konkretisierungen der Angaben des Antrages sind – selbst im Berufungsverfahren – innerhalb der Grenzen des § 13 Abs 8 AVG möglich. Insbesondere in der mündlichen Verhandlung erstattete Angaben sind ebenfalls zu würdigen. Die Angaben der Zulassungswerber unterliegen der freien Beweiswürdigung durch die Regulierungsbehörde, gegenseitige Bewertungen sind unbeachtlich, Tatsachenergebnisse einer gegenseitigen Befragung sehr wohl.

Finden nach Einbringung des Antrages erstattete Vorbringen in den Angaben des Antrages keine Grundlage, sind sie aber auch nicht schlechthin unzulässig und damit unbeachtlich, ist mE zu unterscheiden:

- Vorbringen, welches Ereignisse betrifft, die nach Einbringung des Antrages stattgefunden haben und deshalb nicht in den Antrag aufgenommen werden konnten, ist grundsätzlich zu berücksichtigen. Gleiches gilt, wenn das Vorbringen verpflichtend vorgeschrieben ist. Dabei ist der Grundsatz des Parteiengehörs zu wahren. Der Hauptanwendungsfall betrifft die Vorlage von Firmenbucheintragungen nach

[193] Thienel, Verwaltungsverfahren, 172.

gesellschaftsrechtlichen Änderungen in der Person des Zulassungswerbers.

- Vorbringen, welches bereits in den Antrag hätte aufgenommen werden können, muss kritisch bewertet werden. Insbesondere ist darauf Rücksicht zu nehmen, dass Zulassungswerber nicht im Kontext der ihnen im Rahmen des Parteiengehörs zur Kenntnis gebrachten Anträge der Konkurrenten Vorbringen nachtragen, was die Chancen des Konkurrenten mindern könnte. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass das Ergebnis des Auswahlverfahrens dahingehend verfälscht wird, dass Zulassungswerber im Verfahren vor der Regulierungsbehörde sich gegenseitig überbietende Zusicherungen erstatten, welche in Praxi nicht eingehalten werden (können).

- Dem Antrag widersprechende Angaben muss die Regulierungsbehörde zu Lasten des Zulassungswerbers werten. Wenn bereits im Verfahren von erstattetem Vorbringen abgewichen wird, erscheint es mE nicht möglich, diesen Umstand unberücksichtigt zu lassen. Schließlich ist durch die Behörde eine Prognoseentscheidung zu fällen, welche die Bewertung mit einschließt, welcher Zulassungswerber die Erfüllung der Zielsetzungen des PrR-G zu gewährleisten vermag. Dazu gehört auch die Qualität, gemachte Zusicherungen in die Tat umzusetzen.

Nicht zu berücksichtigen sind eventuelle „Bewertungen“ eines Zulassungswerbers durch einen anderen. Die Abwägung der Angaben der Zulassungswerber ist der Regulierungsbehörde im Rahmen der rechtlichen Beurteilung vorbehalten.

B. Voraussetzungen der Auswahlentscheidung

Um die Stufe der Auswahlentscheidung zu erlangen, ist die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen notwendig. § 6 Abs 1 PrR-G verweist ausdrücklich auf die Kriterien des § 5 Abs 2 und 3 PrR-G. Weiters ist notwendigerweise erforderlich, dass die Behörde bei Vorliegen von anderen Anträgen in andere Zielrichtungen (Verbesserung der Versorgung, Erweiterung eines bestehenden Versorgungsgebiets) die Schaffung eines eigenen Versorgungsgebietes gemäß § 10 Abs 1 Z 4 PrR-G bejaht hat.

Die Auswahlentscheidung gemäß § 6 PrR-G stellt in der Verfahrensabfolge den letzten „Schritt“ des Zulassungsverfahrens dar. Eine Auswahlentscheidung muss nicht notwendigerweise vorgenommen werden. Verbleibt nur mehr ein Zulassungswerber, ist eine Auswahl nicht notwendig (§ 6 Abs 1 PrR-G e contrario). Diesfalls erwächst dem alleinigen

Zulassungswerber ein Rechtsanspruch auf Zulassung (arg. „hat … zu erteilen“). Es ist der Regulierungsbehörde verwehrt, den verbleibenden Bewerber als den Zielsetzungen des PrR-G nicht gerecht werdend anzusehen und beispielsweise eine Neuausschreibung durchzuführen.

Ebenso ist denkbar, dass kein Zulassungswerber die Voraussetzungen der §§ 5 und 7 – 9 PrR-G erfüllt. Die Rechtsfolgen dieser Konstellation sind unklar. Es spricht insbesondere das Ziel der optimalen Nutzung des Frequenzspektrums[194] dafür, dass sodann eine Neuausschreibung der Übertragungskapazitäten zu erfolgen hat. „Ladenhüterfrequenzen“ sind bislang noch nicht zu Tage getreten.

C. Kriterien des § 6 PrR-G

1. Normcharakter

§ 6 PrR-G schafft unglücklicherweise keinen taxativen Katalog von Kriterien, sondern hebt nur Aspekte hervor, die der Gesetzgeber als besonders wichtig erachtet.[195] Dies folgt nicht nur aus der Textierung („insbesondere“), sondern auch aus dem voranstehenden Pauschalverweis auf die Zielsetzungen des Gesetzes. Dieser Umstand bereitet der Behördenpraxis scheinbar keine Schwierigkeiten. Die Frage einer Rangordnung der Kriterien hat sich in der Praxis nämlich bisher soweit ersichtlich nicht gestellt. § 6 PrR-G wird vielmehr als Kriterienraster wahrgenommen und angewendet, die Regulierungsbehörde kann die Kriterien im Sinn eines „beweglichen Systems“ zur Auswahlentscheidung heranzielen, ohne dass eine Wertigkeit von vornherein definiert wäre.[196] Der Regulierungsbehörde verbleibt ein großer Beurteilungsspielraum, welche Kriterien herangezogen und insbesondere als ausschlaggebend erachtet werden. Eine ausführliche Begründungspflicht erwächst allerdings daraus.

Die vereinzelt in der Literatur[197] hinsichtlich der Kriterien der Auswahlentscheidung geäußerte Kritik ist berechtigt. Vor dem Hintergrund der Bedeutung der Auswahlentscheidung erscheint die Anführung von unbestimmten Kriterien samt einer Pauschalverweisung auf die (zuweilen nur durch Interpretation ermittelbaren) Zielsetzungen des Gesetzes als legistisch wenig geglückt. Die Ausfüllung des Ausgestaltungsspielraums ist sohin im Wege der Auslegung der Regulierungsbehörde bzw den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts in die Hände gelegt. Eine formalgesetzliche Delegation, wie vereinzelt befürchtet[198], liegt aber nicht vor.[199]

---

[194] VwGH 25.02.2004, Zl 2002/04/0157.
[195] in diesem Sinn VfGH 25.09.2002, B 110/2002 ua.
[196] so die EB zur RV 1134 18. GP, in Brugger, Anm zu § 20 RRG, 37.
[197] Abele/Köck, ÖJZ 2001, 369.
[198] Abele/Köck, ÖJZ 2001, 369.
[199] VfGH 25.09.2002, B 110/2002 ua.

a) Kriterienwertigkeit

Aus § 6 PrR-G gehen nun zunächst explizit Kriterien der Auswahlentscheidung hervor. Es ist daher nahe liegend, dass diese Kriterien gegenüber den durch die Rsp erarbeiteten weiteren Aspekten vorrangig zu werten sind. Zudem ergibt sich aus der expliziten Nennung wohl auch, dass diese Kriterien im Zuge jeder Auswahlentscheidung durch die Behörde in ihrer Begründung besonders ausführlich zu würdigen sind und keinesfalls ausgelassen werden dürfen.

Die Rsp hat sich bislang bedauerlicherweise noch nicht zu einer ausdrücklichen Bewertung der Kriterien im Sinn einer Rangordnung durchgerungen. Vielmehr betont die Rsp auffällig oft, dass die in einer Entscheidung dargelegten Überlegungen nur Aspekte der vergleichenden Beurteilung sind.[200] Die Vornahme der Auswahlentscheidung geschieht offenbar durch schlichte Addition von „Pluspunkten“ und „Minuspunkten“, die im Verlauf der Kriterienprüfung angesammelt wurden. Entscheidungswesentlich dürfte dabei auch die Wertung sein, welche Kriterien in der Auswahlentscheidung konkret geprüft werden. Die nachstehend näher dargestellten Kriterien werden nämlich keineswegs in jeder Auswahlentscheidung erschöpfend geprüft. Zur Summe der Pluspunkte kommt sohin schließlich wohl die Auffassung der Behörde hinzu, dass aufgrund der Sachlage oder des eindeutigen Vorteils eines Zulassungswerbers eine detailliertere Prüfung oder Prüfung weiterer Aspekte nicht mehr notwendig ist.[201]

Äußerst problematisch ist dabei, dass weder das „Punktekonto“ der Bewerber noch die Ansicht der Behörde, ab wann keine Abwägung anhand weiterer Aspekte mehr stattzufinden hat, in Zulassungsbescheiden explizit und nachvollziehbar dargestellt wird. Darin liegt mE derzeit der größte Kritikpunkt an Entscheidungen der Regulierungsbehörden.

Immerhin wird bei genauer Analyse der Entscheidungen eine Differenzierung in wesentliche Ziele einerseits und bloße Zielsetzungen anderseits ersichtlich. Als wesentlichstes Ziel des Privatrundfunkrechts hat der VfGH die Gewährleistung größtmöglicher Meinungsvielfalt identifiziert. Auch die Absicht, einen leistungsfähigen und in seinem Bestand kontinuierlichen Privatradiobetrieb sicherzustellen, hat der VfGH erkannt.[202] Es wäre zumindest nahe liegend, dem Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet ein großes Gewicht beizumessen, während Zielsetzungen des PrR-G, welche § 6 PrR-G nicht unmittelbar entnommen werden können, geringwertiger veranschlagt werden können.

---

[200] Kogler/Traimer/Truppe, 374; BKS 25.04.2004, GZ 611.079/0001-BKS/2004; 14.10.2005, GZ 611.059/0001-BKS/2005.

[201] Ob die geprüften Kriterien ausreichend waren, wäre sodann allenfalls durch den VwGH festzustellen.

[202] VfGH 25.09.2002, B 110/2002 ua.

b) Empfohlene Angaben (KommAustria)

Die KommAustria hat hinsichtlich der Ausschreibung von Übertragungskapazitäten ein Informationsblatt herausgebracht.[203] Behördliche Ausführungen zur Auswahlentscheidung gehen daraus nicht hervor. Immerhin kann aus den empfohlenen Ausführungen zum geplanten Programm im Antrag erahnt werden, worauf die Regulierungsbehörde Wert legen könnte.

Diesbezüglich führt die KommAustria an wesentlichen Angaben zum Programmkonzept bzw Programmschema demonstrativ an [*Anmerkungen durch den Verfasser*]:

- Angabe des Umfangs eigengestalteter Programmteile [*gestaltete Programmteile sind meinungsbildender und können mehr Lokalbezug herstellen*] / Anteil eines Mantelprogramms [*die Übernahme eines Mantelprogramms ist zulässig, je geringer Übernahmen ausfallen desto besser*],
- vorwiegendes Musikformat, besonders angesprochene Hörerzielgruppe [*die Zielgruppe ist bei vergleichender Betrachtung der Programme wichtig, die Zielgruppe kann auch bei Beurteilung des Beitrages zur Meinungsvielfalt relevant sein*],
- sprachliche Ausrichtung (deutschsprachig, Volksgruppensprache, Fremdsprache – jeweils mit ungefährem Anteil) [*dadurch kann auf die Bedürfnisse der Hörer im Versorgungsgebiet eingegangen werden*],
- ungefähres Verhältnis Wort- bzw Musikanteil [*ein höherer Wortanteil bringt Vorteile, aber Einzelfallbetrachtung*],
- Art/Umfang von Informations-, Unterhaltungs- oder Servicesendungen (zB „stündlich 3 Minuten Weltnachrichten, Verkehr und Wetter“) [*Informationsteile des Programms sind wesentlich für die Beurteilung des Beitrages zur Meinungsvielfalt und des Lokalbezugs*],
- Programmuhr (typische Programmstunden),
- besondere Programmausrichtung, zB religiöses Programm, „freies Radio“ [*nichtkommerzielles Radio hat Vorteile*],
- Anzahl der moderierten sowie der voraufgezeichneten bzw automatisierten Programmteile; allfällige Nachrichtenübernahme von einem anderen Rundfunkveranstalter oder einem sonstigen Lieferanten [*Moderiertes Programm ist höher einzuschätzen als unmoderiertes oder voraufgezeichnetes, im Detail unklar*],
- Programmteile, die auf das Leben im Versorgungsgebiet in besonderer Form abstellen (Regionalität) [*Beurteilung des Lokalbezugs*],
- Kooperationen in der Werbezeitenvermarktung mit Werbeverbünden [*kann auf Medienverbund hindeuten*],
- Annahme über die Anzahl der zukünftig erreichten täglichen Hörer (zB Tagesreichweite).[204]

---

[203] KommAustria (Hrsg), Informationen für Antragsteller, 10.

[204] entnommen aus KommAustria (Hrsg), Informationen für Antragsteller, 10; Anmerkungen durch den Verfasser.

2. Zielsetzungen des Gesetzes

§ 6 Abs 1 PrR-G verweist zunächst pauschal auf die Erheblichkeit der *Gewährleistung* der Zielsetzungen des PrR-G durch den Zulassungswerber. Der Gesetzgeber hat sich damit vordergründig gegen einen klaren Kriterienraster entschieden, denn die Zielsetzungen des PrR-G sind gewiss mannigfaltig (beispielsweise der Heranziehung des Rundfunks aus öffentlichen Interessen zu Aufrufen in Krisen- und Katastrophenfällen[205], was aber – soweit ersichtlich – bei einer Zulassung noch nie von Relevanz war) und lassen wohl einen gewissen Interpretationsspielraum[206] zu, was der Rechtssicherheit sicherlich nicht dienlich ist.[207]

Der Rsp zufolge bedarf es zur Ermittlung der in § 6 Abs 1 Z 1 PrR-G genannten Zielbestimmungen einer *„Zusammenschau“* des *„keine expliziten Zielbestimmungen“* enthaltenden PrR-G mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVG-Rundfunk und sowie Art 10 EMRK.[208]

Auf dieser Grundlage der „Zusammenschau“ hat die Rsp bereits eingangs beispielsweise folgende Umstände als Zielsetzungen des PrR-G identifiziert: Gewährleistung der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung (ergibt sich aus Art I Abs 2 BVG Rundfunk iVm §§ 16 und 21 PrR-G), die Berücksichtigung der Meinungsvielfalt (Art I Abs 2 BVG Rundfunk iVm § 6 Abs 1 Z 1 PrR-G), die Ausgewogenheit der Programme (Art I Abs 2 BVG Rundfunk iVm § 16 PrR-G), die Unabhängigkeit der Personen und Organe (Art I Abs 2 BVG Rundfunk iVm § 21 PrR-G) sowie die Sicherung der Kommunikationsfreiheit (Art 10 EMRK).[209]

Aus den Materialen zum RRG[210] hat der BKS die Schaffung einer vielfältigen Hörfunklandschaft als Ziel des PrR-G abgeleitet. Dieses Ergebnis wird durch die Wertung in § 2 Abs 2 Z 1 KOG bestärkt, wonach die Förderung des Marktzutritts neuer Anbieter Ziel der Regulierungstätigkeit sei.

Im Folgenden sollen nun die wesentlichen Kriterien kurz umrissen werden.

3. Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet

Gemäß § 2 Abs 2 Z 2 KOG soll die Sicherung der Meinungsvielfalt Ziel der behördlichen Regulierungstätigkeit sein. Das PrR-G nennt denn auch die *„Gewähr für eine größere Meinungsvielfalt“* als erstes ausdrücklich

---

[205] § 18 PrR-G, dazu Kogler/Traimer/Truppe, 426.

[206] zum „unbestimmten“ Gesetzesbegriff Antoniolli/Koja, 255 ff.

[207] vgl. dazu jüngst zum „gesetzeskonformen Privatradiobetrieb“ BKS 16.6.2008, GZ 611.075/0003-BKS/2008.

[208] Lehofer, MR 2002, 355.

[209] Lehofer, MR 2002, 355; stRsp des BKS, zB 30.11.2001, GZ 611.135/003-BKS/2001 uvw.

[210] 1134 BlgNR 18. GP, 11.

normiertes Auswahlkriterium in § 6 Abs 1 Z 1 PrR-G. Der VfGH hat – wie bereits mehrfach erwähnt – erkannt, dass die Förderung bzw Gewährleistung von größerer Meinungsvielfalt als zentrales Gesetzesziel anzusehen ist.[211] Der BKS hat schon anklingen lassen, dass bei einer Gleichwertigkeit von Zulassungswerbern bei Berücksichtigung aller Umstände schließlich der höhere Beitrag zur Meinungsvielfalt entscheidungsrelevant sein kann.[212]

EGMR und der VfGH[213] erkennen die *Medienvielfalt* als schützenswertes Gut an, wobei zuweilen aus Art 10 EMRK sogar eine Pflicht zur staatlichen Intervention bei Gefährdung der Grundbedingungen der freien Meinungsäußerung und Information abgeleitet wird.[214] Vereinzelt geht in weiterer Folge die Literatur von einem Recht des Rezipienten aus, ein breit gefächertes Rundfunkangebot empfangen zu können, was wohl so zu interpretieren ist, dass die Regulierungsbehörde auf eine Vielfalt an verbreiteten Inhalten hinzuwirken hat.[215] Die Vorrangigkeit des Beitrages zur Meinungsvielfalt geht auch aus vergleichbaren ausländischen Rechtsvorschriften hervor.[216]

a) Berücksichtigung der Meinungsvielfalt im RRG

Den Auswahlkriterien des § 20 RRG in der Stammfassung ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber von 1993 ein gemischtes Modell der Berücksichtigung der Meinungsfreiheit vorsah. Einerseits war gemäß § 20 RRG die Meinungsvielfalt *„im Programm“* (Binnenpluralismus) von Relevanz. Andererseits war bereits die Bedachtnahme auf regionale Interessen gesetzlich ausdrücklich vorgesehen, in den EB zur RV dahingehend näher ausgeführt, dass auch auf die mediale Gesamtsituation im Verbreitungsgebiet abzustellen sei.[217] ME deutet dies darauf hin, dass bereits der Gesetzgeber des Jahres 1993 auch außenplurale Erwägungen zulassen wollte. Da keine veröffentlichte Verwaltungspraxis zu § 20 RRG existiert, kann bedauerlicherweise nicht nachvollzogen werden, wie die Regulierungsbehörden das Kriterium der Meinungsvielfalt im Programm beurteilten.

---

[211] VfGH 25.09.2002, B 110/02 ua.

[212] BKS 25.4.2005, GZ 611.037/0004-BKS/2004.

[213] VfSlg 13.725/1994.

[214] Görg, ÖBl 2004, 31.

[215] Rittler, juridikum 2002, 63 mwN.

[216] vgl zB §§ 25 ff. deutscher Rundfunkstaatsvertrag idF 10. RÄSTV; § 9 Abs 2 Hessisches Privatrundfunkgesetz (mit exakten Determinanten); Art 26 Bayrisches Mediengesetz; § 9 Niedersächsisches Mediengesetz; Art 45 Schweizerisches Bundesgesetz über Radio und Fernsehen.

[217] RV 1134 BlgNR 18. GP, in Brugger, Anm zu § 20 RRG, 37; nunmehr stRsp zB VwGH 21.4.2004, Zl 2002/04/0006, Zl 2002/04/0034; Zl 2002/04/0145.

Als wesentliche Neuerung durch die Erlassung des PrR-G 2001 wird nun die Abkehr von Modell Binnenpluralismus genannt[218], sodass nur mehr die außenplurale Abwägung der Konzepte der Zulassungswerber erfolgt. Den Materialien zufolge soll damit ein breiterer Beurteilungsspielraum der Behörde gegeben sein.[219] Ob mit jedoch dieser (angeblichen) Einschränkung von Außen- und Binnenpluralismus auf „nur" Außenpluralismus, tatsächlich ein breiterer Beurteilungsspielraum geschaffen wird, darf bezweifelt werden. Zudem ergibt sich die Einschränkung nicht aus dem Gesetzeswortlaut. § 6 Abs 1 Z 1 PrR-G ist nämlich offen formuliert und spricht nur von der besseren Gewähr für eine größere Meinungsvielfalt überhaupt. Dass eine Berücksichtigung der Binnenpluralität des Programms nicht mehr stattfinden darf, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz.

b) Außenpluralismus im PrR-G

Der Spruchpraxis der Regulierungsbehörden zufolge soll also nunmehr die Ermittlung des Beitrages zur Meinungsvielfalt durch einen Gesamtvergleich des geplanten Programms mit dem bestehenden Marktangebot ermittelt werden. Dabei sind wiederum mehrere Kriterien von Relevanz. Die außenplurale Verwirklichung von Meinungsvielfalt in Versorgungsgebieten basiert auf dem Gedanken, dass sich Meinungsvielfalt aus dem Auftreten mehrerer Zulassungsinhaber im Versorgungsgebiet ergibt, welche ausreichend Platz für unterschiedliche Meinungen bieten, auch wenn die Programmgestaltung nicht binnenplural erfolgt.[220]

Grundlage für den Vergleich des Beitrages zur Meinungsvielfalt ist das Gesamtangebot der im konkreten Versorgungsgebiet empfangbaren privaten und öffentlich-rechtlichen Hörfunkprogramme. Auch nur teilweise empfangbare Programme müssen einbezogen werden. Die Regulierungsbehörde ist zur amtswegigen Ermittlung dieser Programme als Grundlage der vergleichenden Beurteilung verpflichtet. Empfangbare Hörfunkprogramme ausländischer Rundfunkveranstalter haben allerdings nach überzeugender Ansicht außer Betracht zu bleiben.[221]

Vergleichszeitpunkt muss, um Chancengleichheit und Disponierbarkeit des Zulassungsantrages zu wahren, der Zeitpunkt des Ablaufens der Antragsfrist sein. Danach stattfindende Änderungen bei empfangbaren Programmen müssen außer Ansatz bleiben. Der Zulassungswerber muss nämlich im Vorhinein die empfangbaren Programme erheben können, um seinen Zulassungsantrag im Vergleich zu diesen „meinungsvielfältig" gestalten zu können. Wird allerdings eine bereits vergebene Lizenz erneut (nach Zeitablauf oder Entzug) vergeben, muss dieses Programm bei der Betrachtung

[218] Kogler/Traimer/Truppe, 371.
[219] 401 BlgNR 21. GP.
[220] Oberndorfer, JRP 2001, 103.
[221] Lehofer, MR 2002, 355 mwN.

ausgeklammert werden, da es ja nach Ablauf der Zulassung nicht mehr zur Verfügung steht.

Die Beurteilung des Beitrages zur Meinungsvielfalt durch ein Programm geschieht durch vergleichende Betrachtung des Konzepts des Zulassungswerbers mit der Situation im Versorgungsgebiet (nicht der Zulassungswerber untereinander). Relevant sind dabei zahlreiche Aspekte. Die Spruchpraxis betont nämlich oft, dass die Tatsache, dass sich ein geplantes Programm von anderen im Versorgungsgebiet empfangbaren Programmen *unterscheide*, noch nichts über die Bedeutung dieses Programms für die Vielfalt der im Versorgungsgebiet verbreiteten Meinungen besage.[222] Es kommt daher auf inhaltliche Aspekte an, die hauptsächlich geprüften Kriterien sind im Folgenden dargestellt:

c) Einzelaspekte

aa) Zielgruppenorientierung

Die Rsp hält den Umstand, welche Zielgruppe ein beantragtes Programm ansprechen soll, für im Rahmen der Auswahlentscheidung *„durchaus von Bedeutung“*.[223]

Die Zielgruppe eines Hörfunkprogramms wird regelmäßig im Antrag durch den Zulassungswerber definiert (zB Personen zwischen 14 und 29 Jahren; Personen 50+). Unterbleibt eine derartige Angabe, ist die Behörde mE verpflichtet, die Zielgruppe des Programms aus den sonstigen Angaben herzuleiten. Hinsichtlich bestehender Hörfunkveranstalter kann hilfsweise zu den Angaben in den entsprechenden Zulassungen auf die Ergebnisse des Radiotests zurückgegriffen werden, welcher über das empirisch ermittelte tatsächliche Durchschnittsalter der Hörer Auskunft gibt. Die ermittelten Zielgruppen anderer im Versorgungsgebiet empfangbarer Rundfunkprogramme können sodann mit der Zielgruppe des geplanten Programms des Zulassungswerbers verglichen werden. Dass unterschiedliche Zielgruppen hinsichtlich Wortprogramm und Musikprogramm angesprochen werden, kann mE nicht argumentiert werden. Es muss von einer einheitlichen Zielgruppe des geplanten Programms ausgegangen werden.

Relevant dabei ist, ob durch das Ansprechen einer Zielgruppe ein Beitrag zur Meinungsvielfalt erblickt werden kann. Dies wird wesentlich davon abhängen, ob sich das geplante Programm an einen im Verhältnis mit bereits bestehenden Programmen bisher geringer angesprochenen Personenkreis richtet. Diese grundlegende Wertung wurde durch den VwGH bestätigt.[224]

---

[222] VwGH 28.07.2004, Zl 2003/04/0172; 30.06.2006, Zl 2004/04/0070.
[223] VwGH 15.09.2004, Zl 2002/04/0142.
[224] VwGH 30.06.2004, Zl 2002/04/0150; 15.9.2004, Zl 2002/04/0142.

Überschneidungen mit Zielgruppen anderer Programme sind zwar nicht grundsätzlich schädlich, das Ansprechen einer mangelversorgten Zielgruppe aber Erfolg versprechender.

Dass ein Programm zu bevorzugen wäre, das eine besonders breite Zielgruppe anspricht bzw hohe Marktanteile erwarten lässt, ist kein dem PrR-G zu entnehmendes Kriterium[225] Nach Auffassung des BKS würde es den Zielsetzungen des Gesetzgebers diametral zuwiderlaufen, wenn die Nachfrage nach einem Programm und damit die zu erwartenden Marktanteile zum zentralen Auswahlkriterium würden, da diesfalls eine Vielfalt von Meinungen nicht gewährleistet würde.[226] Überhaupt ist irrelevant, ob ein Programm (wirtschaftlich) erfolgreich sein wird oder nicht.[227]

Dass eine (besonders) breite Zielgruppe nicht notwendig ist, hat auch der Gesetzgeber durch die weniger ausführliche Betonung des Kriteriums der Binnenpluralität zuerkennen gegeben. Auch „einseitige“ Programme sind prinzipiell erwünscht, wenn sie zur Meinungsvielfalt beitragen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass eine breitere Zielgruppe im Auswahlverfahren hinderlich sein wird, da sich daraus Überschneidungen mit anderen Programmen geradezu zwangsläufig ergeben.

„Main-Stream-Programme“ können deshalb nur aufgrund ihrer breiten Ausrichtung noch keinen entscheidenden Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet leisten, insbesondere wenn bereits mehrere derartige Main-Stream-Programme im Versorgungsgebiet vorhanden sind (was aufgrund der Empfangbarkeit von Programmen wie Ö3 und Kronehit regelmäßig der Fall sein wird).

Wie bei zahlreichen anderen Aspekten bemüht sich die Rsp aber, die Bedeutung von Zielgruppen gelegentlich zu relativieren. Der neueren Spruchpraxis des BKS kann unter anderem entnommen werden, dass die Alterszielgruppe für sich genommen noch keinen Rückschluss auf die Meinungsvielfalt im Programm zulässt[228] (kehrt damit das binnenplurale Modell zurück?). Ebenso hat der BKS *„nie ausgeführt, dass bei bloßer Identität der Alterszielgruppe (mit einem schon bestehenden Programm) ein Bewerber schlechter zu beurteilen wäre als ein anderer Bewerber, der eine andere Alterszielgruppe anspricht“*.[229]

Ungeachtet dieser Ausführungen muss doch generell bemerkt werden, dass ein Programm, das sich an eine Zielgruppe wendet, welche derzeit nur wenig oder gar nicht angesprochen wird, im Lichte der Meinungsvielfalt höher

[225] VwGH 28.07.2004, Zl 2003/04/0166.
[226] BKS 21.01.2008, GZ 611.080/0001-BKS/2007.
[227] BKS 18.10.2007, GZ 611.119/001-BKS/2007, 21.01.2008, GZ 611.080/0001.BKS/2007.
[228] BKS 31.03.2008, GZ 611.074/0005-BKS/2008.
[229] BKS 18.06.2007, GZ 611.176/0003-BKS/2007.

einzuschätzen sein wird. Die Zielgruppe beeinflusst ja wesentlich den Programminhalt. Der Hörfunkveranstalter will in seiner Zielgruppe Marktanteile und damit Einnahmen lukrieren. Es wäre deshalb fern der Lebenserfahrung, würde ein Hörfunkveranstalter eine Zielgruppe mit Programminhalten ansprechen, die für die avisierte Zielgruppe nicht von Interesse sind. Die Zielgruppe des geplanten Programms ist deshalb ein Indiz dafür, dass der Hörfunkveranstalter Programminhalt senden will, welches den genannten Personenkreis interessiert. Ob dadurch für diesen Personenkreis ein mehr an Meinungen durch die Zulassung erreicht werden soll, muss nur noch durch Vergleich mit anderen Veranstalter ermittelt werden, nämlich ob diese die bestimmte Zielgruppe bereits versorgen und deshalb andere Zielgruppen dringender mit auf sie ausgerichteten Programminhalten versorgt werden müssen.

bb) Programmformat

Das Programmformat (siehe I.F.1.) steht mit der Zielgruppe eines Programms in Wechselwirkung.

Der ständigen Rsp des BKS zufolge trifft das PrR-G keine Wertung hinsichtlich der Bevorzugung bestimmter Formate oder Konzepte.[230] Das PrR-G sieht keinen Formatpluralismus vor. Relevant sind die transportierten Inhalte. Moderiertes Programm leistet dabei nach der zutreffenden Spruchpraxis einen höheren Beitrag zur Meinungsvielfalt, was jedoch auch von den transportierten Inhalten abhängt (die wiederum weitgehend durch das Programmformat determiniert sind).[231]

Entscheidend ist wiederum, ob durch Wort- oder Musikprogramm ein bisher geringer angesprochener Personenkreis bedient wird. Dies kann, wie bereits dargelegt, durch Variation der Zielgruppen bewirkt werden, aber auch durch inhaltliche Schwerpunkte, zB in der Sendung österreichischer Musik oder sonst durch Formatradio wenig berücksichtigter Titel, geschehen. Dass das Musikformat bei der Bewertung eine Rolle spielt, ist in der Rsp anerkannt.[232]

Meinungsbildung durch Wortprogramm kann nach Auffassung des BKS im Verfahren nur beurteilt werden, wenn der geplante Inhalt des

---

[230] BKS 31.03.2005, GZ 611.091/0001-BKS/2005; Kogler/Traimer/Truppe, E 8 zu § 6 PrR-G, 376 mwN.

[231] BKS 25.04.2004, GZ 611.079/0001-BKS/2004; 31.03.2008, GZ 611.074/0005-BKS/2008; auch BKS 14.10.2005, GZ 611.074/0001-BKS/2004, wonach das Ausmaß des Wortanteils ein gewichtiges Indiz für die Meinungsbildung durch ein Programm sein kann.

[232] BKS 14.03.2002, GZ 611.174/001-BKS/2002; 14.10.2005, GZ 611.074/0001-BKS/2004; jüngst 18.10.2007, GZ 611.119/0001-BKS/2007.

Wortprogramms entsprechend im Antrag dargelegt wird.[233] Die Ausführungen zu Beiträgen zur Meinungsvielfalt durch Wortprogramm (mit Ausnahme der Beurteilung der Informationsteile des Programms) sind in der Rsp insgesamt jedoch spärlich. Geprüft wird bei Wortprogramm primär der Lokalbezug (dazu unten IV.D.3). Die Rsp scheint anzunehmen, dass ein Wortprogramm mit zunehmendem Lokalbezug meinungsbildender ist bzw vermischt zumindest die diesbezüglichen Bewertungen. Die Ansicht der Rsp ergibt sich zwar nicht aus dem Gesetz und darf auch mE nicht überspannt werden, hat aber durchaus ihre Berechtigung. Andere Möglichkeiten der Herstellung von Meinungsvielfalt müssen aber beachtet werden. Denkbar wäre etwa ein Beitrag zur Meinungsvielfalt durch Informationssendungen zu sozialen, religiösen und politischen Themen[234], oder der Einbindung von Programm für (bzw in Sprachen von) Volksgruppen oder Minderheiten.

Werbung kann nicht meinungsbildend im Sinn des Beitrages zur Meinungsvielfalt durch das Programm im Versorgungsgebiete sein, da sich Werbespots einerseits nicht von denen in anderen Programmen gesendeten Spots unterscheiden und auch nicht auf die Bedürfnisse des Versorgungsgebietes eingehen. Zudem wird Werbung nicht durch den Zulassungswerber gestaltet und verfolgt primär das Ziel des Absatzförderung zugunsten eines Dritten. Der Beitrag zur Meinungsvielfalt durch Programme mit wenig oder gar keiner Werbung muss mE deshalb höher eingeschätzt werden, wenn anstatt der Werbung Wort- oder Musikprogramm geboten wird.

cc) Unterschied zu bundesweiten Programmen und ORF-Programmen

Aus der Tatsache, dass „Kronehit“ über eine bundesweite Zulassung verfügt, ergibt sich beispielsweise als Aspekt bei der Beurteilung des Beitrages zur Meinungsvielfalt, dass mit ziemlicher Sicherheit damit zu rechnen ist, dass „Kronehit“ bereits im Versorgungsgebiet (zumindest teilweise) empfangbar ist. Ein Zulassungswerber, der ein Programm ähnlichen Formates („Kronehit“ sendet ein AC-Format) zu veranstalten gedenkt, wird sich den Einwand gefallen lassen müssen, dass dieses Format bereits im Versorgungsgebiet vertreten ist. Wahrscheinlich werden auch Überschneidungen in der Zielgruppe vorliegen.

Unter dem Gesichtspunkt der Meinungsvielfalt werden daher Zulassungswerber mit einem von „Kronehit“ verschiedenen Programmkonzept Vorteile daraus ziehen können. Gleiches gilt für die bundesweit verbreiteten ORF-Programme Ö1, Ö3 und FM4.

---

[233] BKS 18.10.2007, GZ 611.119/0001-BKS/2007.
[234] VwGH 15.09.2006, Zl 2005/04/0050.

d) Medienverflechtungen und Cross-Ownerships

Verflechtungen von Zulassungswerbern mit anderen Hörfunkveranstaltern oder Medienunternehmen aus dem Fernseh- oder Printbereich („cross ownerships", marktübergreifende Eigentümerkonzentration) sind nach dem Konzept der PrR-G bereits vor der Auswahlentscheidung gemäß § 9 PrR-G zu prüfen. Im Auswahlverfahren sind Beteiligungen von Medienunternehmen weiterhin von Relevanz.

Zur Bedeutung des Hintanhaltens von Medienkonzentration hat die Rsp zutreffend bereits erkannt, dass die Unabhängigkeit der Personen und Organe und die Sicherung der Kommunikationsfreiheit eines der Ziele des PrR-G darstellt.[235] Grundsätzlich jedoch muss festgestellt werden, dass die Bestimmungen über die Verhinderung von Medienkonzentrationen seit der Reformierung der Rundfunkgesetze 2001 einiges an Schlagkraft verloren haben und auch durch die Rsp nicht mit solcher ausgestattet wurden.[236] Immerhin hat der BKS als Gesichtpunkt des Außenpluralismus identifiziert, in welcher Art und Weise und in welchem organisatorischem Rahmen die Herstellung der Programme erfolgt[237], was wohl vor dem Hintergrund von (zu befürchtenden) Programmübernahmen zu verstehen ist. Die Bewertung von Medienverbünden vor dem Hintergrund der Meinungsvielfalt erscheint daher geboten. Vereinfacht dargestellt resultiert daraus ein Vorteil des „unabhängigeren" Programms.[238] § 6 Abs 1 Z 1 PrR-G selbst führt die Relevanz des „eigenständigen" Programms in der Auswahlentscheidung an.

aa) Programmüberschneidungen

Soweit durch einen Zulassungswerber oder durch mit diesem in einem Medienverbund (§ 2 Z 7 iVm § 9 PrR-G) befindliche Hörfunkveranstalter in anderen Versorgungsgebieten Hörfunk veranstaltet wird, hat diese Tatsache hinsichtlich der Beurteilung des Beitrages zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet grundsätzlich außer Ansatz zu bleiben[239], sofern eine Überschneidung der Versorgungsgebiete (bzw technisch bedingter spill-over) nicht stattfindet. Deshalb muss durch den frequenztechnischen Sachverständigen zwingend insbesondere beurteilt werden, inwieweit die Empfangbarkeit von einem Zulassungswerber zuzurechnenden Hörfunkprogrammen im Versorgungsgebiet – mag es auch nur in Randbereichen sein – stattfindet.

Der BKS hat diesbezüglich grundsätzlich festgestellt, dass ein *„auf mehrere Verbreitungsgebiete angelegtes einheitliches Konzept der*

[235] BKS 01.06.2003, GZ 611.057/001-BKS/2003.
[236] vgl die Kritik bei Oberndorfer, JRP 2001, 103.
[237] BKS 30.11.2001, GZ 611.135/003-BKS/2001.
[238] Grabenwarter in RTR-GmbH (Hrsg), Dualer Rundfunk, 75; BKS 30.11.2001, GZ 611.135/003-BKS/2001; 06.05.2003, GZ 611.058/001-BKS/2003.
[239] Lehofer, MR 2002, 355.

Programmzusammenstellung und -gestaltung … unter dem Aspekt der Meinungsvielfalt solange nicht von Nachteil … [ist], als in einem Verbreitungsgebiet noch kein einem Verbund durch Programmübernahme zuzurechnender Veranstalter sein Programm ausstrahlt".[240] Eine Doppelversorgung eines „maßgeblichen Teils" des Versorgungsgebietes durch Anbieter aus demselben „Verbund" würde allerdings der Intention des Gesetzgebers hinsichtlich der Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet zuwiderlaufen, unabhängig davon ob die Programmübernahme auf gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen oder Lizenzverträgen beruhe.[241]

Gerade in diesen Wertungen kommen die Grundsätze des außenpluralen Modells des PrR-G zum Ausdruck. Der Gesetzgeber hat Beteiligungsgrenzen weitgehend aufgegeben, fokussiert dafür aber stark auf die mediale Situation im Versorgungsgebiet.

In einer späteren, allerdings soweit ersichtlich unbeachtet gebliebenen Entscheidung hat der BKS hinsichtlich Überschneidungen von Versorgungsgebieten die Auffassung der KommAustria bestätigt, das die Grenze der iSd § 9 PrR-G unzulässigen Überschneidung bei 25% jedenfalls überschritten ist.[242] Überschneidungen geringeren Niveaus werden sohin gemäß § 9 PrR-G wohl zulässig sein, sie sind aber jedenfalls als im Versorgungsgebiet empfangbare Programme zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund sind Auswahlentscheidungen jedenfalls verfehlt, welche Spill-Over gänzlich unberücksichtigt lassen.[243]

bb) Gesellschaftliche Verflechtungen

Der Einfluss von Beteiligungen an Hörfunkveranstaltern oder cross-owenships auf die Auswahlentscheidung resultiert aus der zutreffenden Ansicht der Rsp, dass im Auswahlverfahren eine nochmalige Berücksichtigung der Eigentümerstruktur stattzufinden hat, auch wenn Beteiligungen gemäß § 9 PrR-G zulässig sind.[244] Der BKS führt derartige Überlegungen gerne hilfsweise ins Treffen, wenn er einen geeigneteren anderen Zulassungswerber erblickt.[245] Auffällig ist jedoch, dass die Bedeutung dieses Aspekts in der neueren Rsp des BKS kaum mehr Berücksichtigung findet.

Die Rsp des VwGH zur Beteiligung von Medieninhabern ist im Detail kasuistisch und könnte klarer sein. Zu berücksichtigen ist nach Auffassung des VwGH die Eigentümerstruktur des Zulassungswerbers, Beteiligungen der Eigentümer an anderen Hörfunkveranstaltern und an den Inhabern von

---

[240] BKS 01.10.2002, GZ 611.118/001-BKS/2002.
[241] Nachweis bei Lehofer, MR 2002, 355.
[242] BKS 25.04.2005, GZ 611.079/0001-BKS/2004.
[243] So zB KOA 1.200/08-002, 1.301/07-026.
[244] VwGH 17.12.2003, Zl 2003/04/0136; 30.06.2004, Zl 2002/04/0150.
[245] BKS 01.10.2002, GZ 611.112/002-BKS/2002; 05.06.2002, GZ 611.118/001-BKS/2002.

Tageszeitungen sind kritisch zu würdigen.[246] Der VwGH vertritt dazu die Auffassung, dass Beteilungen von/an im Versorgungsgebiet verbreiteten Tageszeitungen[247] und an anderen Hörfunkveranstaltern nach einer lediglich abstrakten Prüfung des Vorliegens sogleich kritisch zu würdigen sind. Eine genaue Prüfung der verbreiteten Inhalte der verflochtenen Unternehmen ist nicht notwendig. Doppelfunktionen von (verantwortlichen) Personen in Medienunternehmen sowie in anderen Positionen, welche die journalistische Unabhängigkeit (§ 21 PrR-G) beeinträchtigen könnten, sind ebenfalls nicht gern gesehen.[248]

Dabei führt der VwGH zunächst das Ziel der Sicherung der Meinungsvielfalt ein, welches die Hintanhaltung cross-medialer Verflechtungen gebiete. Redaktionelle Trennung führt nicht dazu, dass die Verbindung von Medien nach der Eigentümerstruktur aus dem Gesichtspunkt der Meinungsvielfalt unbeachtlich wird. [249] Die übliche Relativierung, nämlich dass es sich nur um einen von mehreren Umständen, der bei der Auswahlentscheidung - im Rahmen des Kriteriums der Meinungsvielfalt – zu berücksichtigen ist handelt, folgt postwendend.[250] Diese Ansicht hat der VwGH in einem E bekräftigt.[251]

Die Ausführungen der Rsp zu Beteiligungen von Medienunternehmen müssen begrüßt werden. Die Zahnlosigkeit des § 9 PrR-G, Cross-Ownerships hinantzuhalten, wurde bereits diskutiert. Vor diesem Hintergrund erscheint es unabdingbar, dass zumindest die Rsp derartige Überlegungen berücksichtigt. Zudem hat der Gesetzgeber mittels des KartG 2005 erst jüngst bekräftigt, dass Verflechtungen im Medienbereich nur erschwert zulässig sein sollen (dazu sogleich unten e).

cc) Netzwerkkonzepte

Die Regulierungsbehörden prüfen weiters das Vorliegen organisatorischer Kooperationen („Funkhaus-Lösungen“), von Pool-Lösungen bzw von Netzwerkkonzepten. Der BKS hat gegenüber diesen Aspekten in der älteren Spruchpraxis unter dem Gesichtspunkt der Meinungsvielfalt eine betont kritische Haltung eingenommen.

Pool-Lösungen und Netzwerkkonzepte sind üblicherweise auf die Mehrfachverwertung von Content gerichtet. Mit einer Pool-Lösung arbeitet derzeit beispielsweise das Hit FM Netzwerk in Niederösterreich/Burgenland. Dabei wird durch die Netzwerkmitglieder oder die Mitarbeiter des Pool-

[246] VwGH 17.12.2003, Zl 2003/04/0136.
[247] VwGH 17.12.2003, Zl 2003/04/0136; 30.06.2004, Zl 2002/04/0150.
[248] Lehofer, MR 2002, 355.
[249] VwGH 17.12.2003, Zl 2003/04/0136.
[250] Vgl auch VwGH 17.12.2003, Zl 2003/04/0136; 30.06.2004, Zl 2002/04/0150.
[251] VwGH 15.09.2006, Zl 2005/04/0246.

Betreibers Content (Musik, Moderation, Service- und Füllelemente, Werbung, Nachrichten usw.) in einen Pool eingebracht. Dieser Content wird sodann – eventuell in unterschiedlicher Zusammensetzung – entnommen und in verschiedenen Versorgungsgebieten gesendet.

Der BKS hat diesbezüglich zunächst erkannt, dass sich *„Programme, die von verschiedenen Personen gestaltet werden, typischerweise in höherem Maße voneinander unterscheiden (und regelmäßig einen höheren Anteil zur Meinungsvielfalt beitragen), als Programme, die von einem „Pool“ von redaktionellen Mitarbeitern erstellt werden, mag auch im Einzelfall die Weisungsbefugnis einer Person gegeben sein, die außerhalb dieses „Pools“ steht“*.[252] Der VwGH hat dazu ausgeführt, dass die Annahme, Meinungsvielfalt sei im Versorgungsgebiet in umso höherem Maße zu erwarten, wenn die gesendeten empfangbaren Programme von Radioveranstaltern herrührten, die nicht miteinander in Programmkooperation stünden, nicht als unschlüssig zu erachten wäre.[253] Organisatorische Kooperationen, die sich auf das gesendete Programm auswirken, sind zwar bis zu einem gewissen Ausmaß dem Beitrag zur Meinungsvielfalt nicht prinzipiell abträglich, aber nur solange sie ein geringfügiges Ausmaß nicht überschreiten.[254]

Organisatorische Kooperationen, die sich nicht auf programmlicher Ebene auswirken können (zB gemeinsame Ausbildungsmaßnahmen, Verkauf von Werbezeiten, gemeinsame Nutzung eines Schnittplatzes[255]), müssen mE jedenfalls vor dem Hintergrund der Meinungsvielfalt außer Ansatz bleiben.

Nicht zu folgen ist der Ansicht des BKS hinsichtlich der Berücksichtigung von gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen bei Prüfung des Ausmaßes eigengestalteter Beiträge (siehe dazu unten IV.C.4). Der BKS vermeint, in den Bestimmungen der §§ 9 und 17 PrR-G die Wertung zu erkennen, dass *„eine gewisse Verschränkung von Medieninhabern für die Entwicklung des privaten Hörfunkmarktes <u>erforderlich</u> ist“*.[256]

Auch wenn die missglückte Regelung des § 9 PrR-G den Eindruck erweckt, dass der Gesetzgeber cross-mediale Verflechtungen in einem hohen Maß zulassen will (unbestritten wohl auch um eine wirtschaftlich stabilen Hörfunklandschaft zu schaffen), ist dadurch kein Ideal geschaffen worden. Der Entwicklung des Hörfunkmarktes ist mE weit mehr durch das Auftreten unabhängiger Hörfunkveranstalter, welche Meinungsvielfalt gewährleisten

[252] BKS 30.11.2001, GZ 611.135/003-BKS/2001; GZ 611.132/003-BKS/2001.
[253] VwGH 21.04.2004, Zl 2002/04/0145 mwN.
[254] zB BKS 01.10.2002, GZ BKS 611.118/001-BKS/2002.
[255] BKS 14.12.2001, GZ 611.150/001-BKS/2001.
[256] BKS 14.10.2005, GZ 611.059/0001-BKS/2005, Hervorhebung durch den Verfasser.

können, gedient. Rsp, welche cross-mediale Verschränkungen zu rechtfertigen versucht, läuft diesem Ziel zuwider.

e) Exkurs: Meinungsvielfalt im Kartellrecht

Das KartG verfolgt nicht nur den Schutz der Wettbewerbsordnung, sondern auch der Medienvielfalt.[257] Die Vorschriften des KartG sind grundsätzlich unabhängig von den Wertungen des PrR-G zu vollziehen. Für das PrR-G können allenfalls Wertungen hinsichtlich der Medienvielfalt gewonnen werden bzw kann das KartG eventuell zur Interpretation des Begriffs der Meinungsvielfalt herangezogen werden.

Im KartG 1988 idF BGBl I 2002/62 unternahm der Gesetzgeber den ersten Versuch, den Begriff der „Medienvielfalt" einer exakteren Beschreibung zuzuführen (§ 35 Abs 2a KartG 1988, § 13 Abs 2 KartG 2005).

Gemäß § 13 Abs 2 KartG 2005 ist unter Medienvielfalt eine *„Vielfalt von selbständigen Medienunternehmen zu verstehen, die nicht im Sinne des § 7 miteinander verbunden sind und durch die eine Berichterstattung unter Berücksichtigung unterschiedlicher Meinungen gewährleistet wird."*

Das KartG geht sichtbar von einem anderen Konzept von Medienvielfalt als das PrR-G aus. Während das PrR-G primär auf die veranstalteten Programme fokussiert, hält der Kartellgesetzgeber eine unternehmerische Vielfalt für notwendig, um Meinungsvielfalt zu gewährleisten.[258] ME wäre diese rezente Aussage des Gesetzgebers durchaus ein Beweggrund für die Rsp, das Vorliegen von Medienverbündung und Programmübernahmen kritischer zu prüfen.

f) Freie Radios

Freie Radios sind hinsichtlich des Beitrages zur Meinungsvielfalt stark einzuschätzen. Derzeit sind im Verband Freier Radios Österreich 12 freie Radios zusammengeschlossen, von denen jedoch nicht alle über eine terrestrische Lizenz verfügen.[259]

Dem Konzept eines Freien Radios ist einerseits (meist) Nichtkommerzialität und damit weitgehend verbunden Werbefreiheit immanent, andererseits liegen die Schwerpunkte im Musik- wie im Wortprogramm meist auf anderen Themengebieten als bei Formatradios.[260] Der Beitrag von freien Radios zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet ist deshalb sehr hoch einzuschätzen. Problematisch ist allenfalls die Finanzierung.

---

[257] Görg, ÖBl 2004, 31.

[258] im Detail Görg ÖBl 2004, 31.

[259] vgl http://www.freie-radios.at.

[260] zum Wesen freier Radios Rittler, juridikum 2002, 63; Brugger in RTR-GmbH (Hrsg), Privatradio, 79 ff.

4. Umfang eigengestalteter Beiträge

§ 6 Abs 1 Z 2 PrR-G ist als weiteres explizit angeführtes Kriterium zu entnehmen, dass die Behörde demjenigen Zulassungswerber den Vorzug einzuräumen hat, von dem zu erwarten ist, dass dessen Programm den größeren Umfang an eigengestalteten Beiträgen aufweist.

Das Kriterium der Berücksichtung des Ausmaßes eigengestalteter Beiträge geht auf die RRG-Novelle 1999, BGBl I Nr 2/1999 zurück, mit welcher ein identisch formuliertes Kriterium in den damaligen § 20 RRG eingefügt wurde. Die Materialien zu § 6 PrR-G idF BGBl I Nr 20/2001 schweigen sich zu diesem Kriterium aus. Die Materialien zur die Bestimmung einführenden RRG-Novelle 1999 nehmen unglücklicherweise ebenfalls nicht zum Kriterium des Ausmaßes eigengestalteter Beiträge Stellung.

Aus der veröffentlichten Spruchpraxis ist ersichtlich, dass im Rechtsmittelverfahren das Kriterium des Ausmaßes der eigengestalteten Beiträge keinen allzu breiten Raum einnimmt. Die ausdrückliche Nennung des Kriteriums in § 6 PrR-G würde an und für sich erwarten lassen, dass diesem Kriterium eine hohe Relevanz zukommt. In der Rsp finden sich tendenziell mehr Ausführungen zum Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet denn zum Ausmaß der eigengestalteten Beiträge.[261]

In praxi wird freilich vielfach ein „zu 100% eigengestaltetes Programm“ beantragt. Dabei ist anhand des Antrages genau zu prüfen, was der Antragsteller unter eigengestaltetem Programm versteht. Aus dem Gesetz geht eine Definition nicht hervor. Die Rsp schlägt vor, ohne selbst nähere Festlegungen zu treffen, dieses Kriterium in unmittelbarem Zusammenhang mit den §§ 9 und 17 PrR-G anzuwenden.[262] So soll insbesondere die Zulässigkeit der Übernahme eines Mantelprogramms bzw die (wenn auch eingeschränkte) Zulässigkeit von Medienverbünden scheinbar dazu führen, dass die Berücksichtung des Ausmaßes eigengestalteter Beiträge nicht überspannt werden soll. Der BKS führt diesbezüglich wörtlich aus, *„dass eine gewisse Verschränkung von Medieninhabern für die Entwicklung des privaten Hörfunkmarktes wesentlich sein kann*“[263], bzw weitergehend *„eine gewisse Verschränkung von Medieninhabern für die Entwicklung des privaten Hörfunkmarktes erforderlich ist*“.[264] Immerhin gilt trotzdem, dass, auch wenn Programmübernahmen zulässig sind, der Zulassungswerber umso erfolgreicher sind wird, je geringer er sie einsetzt.[265]

---

[261] zB nur KOA 1.370/08-002.
[262] BKS 14.10.2005, GZ 611.059/0001-BKS/2005.
[263] BKS 06.10.2003, GZ 611.092/007-BKS/2003.
[264] BKS 14.10.2005, GZ 611.059/0001-BKS/2005.
[265] in diesem Sinn auch BKS 06.10.2003, GZ 611.092/007-BKS/2003.

Beizupflichten ist der Rsp zunächst dahingehend, dass im Fall des Vorliegens eines Medienverbundes bzw der Vereinigung mehrerer Zulassungen in einer Hand eine strenge Prüfung der Eigenproduktion von Programm durchzuführen ist.

Die Ausführungen zur angeblichen Erforderlichkeit der Verschränkung von Medieninhabern sind nur beschränkt nachvollziehbar. Jedenfalls müssen diese im Kontext der weiteren Ausführungen dazu gelesen werden, nämlich dass aufgrund der damaligen geringen Größe des verfahrensrelevanten Versorgungsgebietes dem BKS eine Programmübernahme aus wirtschaftlichen Gründen als notwendig erschien.[266] Eventuell stellen die Ausführungen zur „Erforderlichkeit" in GZ 611.059/0001-BKS/2005 auch nur ein falsches Zitat dar, da diese Formulierung nur in der zitierten Entscheidung gebraucht wird. Trotzdem steht die Ansicht des BKS im Widerspruch zu den bereits dargelegten und durch den VfGH ausgeführten Zielsetzungen des PrR-G, nämlich größtmögliche Meinungsvielfalt mithilfe eines außenpluralen Modells zu ermöglichen und die Vielfalt der am Markt vorhandenen Programme zu fördern. Programmübernahmen stehen diesem Ziel entgegen und sollten lediglich dort unbeachtlich sein, wo eine wirtschaftliche Notwendigkeit tatsächlich gegeben ist. Ob ein Hörfunkveranstalter zudem mit seinem Konzept finanziell erfolgreich sein wird, ist hauptsächlich in den vorhergehenden Prüfungsschritten des Antrages relevant und kann nicht geeignet sein, gesetzlich vorgesehene Kriterien der Auswahlentscheidung abzuschwächen oder zu verdrängen.

Jedenfalls ist aus den Zulassungsbescheiden der Wiedervergaben 2007/2008 ersichtlich, dass die durch den BKS angesprochene Verschränkung von Medieninhabern stark vorangeschritten ist.[267] Die Abschwächung des Kriteriums des Ausmaßes eigengestalteter Beiträge durch die vorstehende Spruchpraxis dürfte daher kaum aufrecht zu erhalten sein.

a) Definition

Der Begriff des „eigengestalteten Beitrages" ist bereits aufgrund des Wortlautes der Bestimmung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem beantragten Programm zu verstehen. Es mag zutreffen, dass die Bestimmung in einem Spannungsverhältnis zu § 17 PrR-G steht und deshalb der Begriff der Eigengestaltung als Gegensatz zu übernommenem Programm verstanden werden kann.[268] Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass § 17 PrR-G im 5. Abschnitt des PrR-G angesiedelt ist, welcher die Programmgrundsätze regelt. Der 5. Abschnitt des PrR-G betrifft sohin primär nicht die Zulassungssituation, sondern die laufende Programmgestaltung des Zulassungsinhabers. Bereits

[266] BKS 14.10.2005, GZ 611.059/0001-BKS/2005.

[267] Vgl die Darstellungen zur Eigentümerstruktur zB bei KOA 1.301/07-026, KOA 1.212/07-029, KOA 1.466/07-021, KOA 1.374/08-002, KOA 1.535/07-030.

[268] Kogler/Traimer/Truppe, 374, jedoch ohne Präferenz für einen Standpunkt.

deshalb ist der Wortlautauslegung in diesem Fall der Vorzug einzuräumen, zumal eine solche zu einem eindeutigen Ergebnis führt.

Eigengestaltete Programmbeiträge werden demzufolge durch den Zulassungsinhaber bzw den Programmverantwortlichen für das beantragte Programm unter dessen redaktioneller Verantwortlichkeit geschaffen und durch diesen zu sendefähigem Programm zusammengestellt. Der Gesetzgeber scheint dabei sowohl bei der Definition des Hörfunkveranstalters (§ 2 Abs 1 PrR-G) wie auch hinsichtlich der Wendung „eigengestaltete Beiträge" von einer kreativen, schöpferischen Tätigkeit des Zulassungsinhabers (arg. „schaffen", „gestalten") für das konkrete Versorgungsgebiet auszugehen. Diese Ansicht liegt offensichtlich auch einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung des BKS aus 2001 zugrunde, wenn der BKS hinsichtlich Musiksendungen wörtlich ausführt, dass *„auch in der Gestaltung von Musiksendungen ein gestalterisches Element liegt"*. [269]

Der BKS hat sich bislang, wie bereits dargestellt, allerdings hauptsächlich im Kontext von Netzwerkkonzepten zur Eigengestaltung von Programm geäußert. Dabei hat der BKS grundlegend erkannt, dass sich Programme, die von verschiedenen Programmverantwortlichen gestaltet werden, *„typischerweise in höherem Maße voneinander unterscheiden, als Programme, die von einem „Pool" von redaktionellen Mitarbeitern erstellt werden"*.[270]

Das Verhältnis eigengestalteter Beiträge darf hinsichtlich der Zulassungswerber nicht durch einen starren Vergleich erfolgen, es ist vielmehr eine qualitative Gewichtung notwendig. Wichtigere Programmflächen (Programm untertags, insbesondere Morgensendung und Sendungen am späten Nachmittag, mit denen idR hohe Reichweiten verbunden sind) sind höher zu gewichten.[271] Programmflächen, mit denen erfahrungsgemäß höhere Reichweiten verbunden sind, sind generell in ihrer Bedeutung für die Auswahlentscheidung höher einzuschätzen, ein hoher Anteil eigengestalteter Beiträge kann sich auch umso nachhaltiger auswirken, je mehr Zuhörer damit erfasst werden. Das geplante Programm ist schließlich auch daran zu messen, inwieweit es geeignet ist, die geplanten Vorzüge, Effekte und Beiträge tatsächlich im Versorgungsgebiet gegenüber dem Zuhörer zu entfalten.

Bei Vorliegen von Netzwerkkonzepten oder „Mitarbeiterpools" innerhalb von Medienverbünden ist mE im Detail zu unterscheiden. Werden Mitarbeiter des Zulassungsinhabers zusätzlich zu den Leistungen für das Versorgungsgebiet auch für andere Versorgungsgebiete tätig, wird dies der Qualifikation als eigengestaltetes Programm solange nicht schaden, als keine Übernahme aus dem Netzwerk hinsichtlich der Programmgestaltung für das

[269] BKS 30.11.2001, GZ 611.132/003-BKS/2001.
[270] BKS 30.11.2001, GZ 611.134/003-BKS/2001.
[271] Lehofer, MR 2002, 355.

Versorgungsgebiet erfolgt. Erfolgt hingegen eine solche für das jeweilige Versorgungsgebiet, ist auf die zutreffende Ansicht des BKS[272] zu verweisen, wonach *„materiell kein Unterschied zwischen den Fällen erkennbar ist, wenn ein Zulassungsinhaber von einem anderen Programm übernimmt oder ob derselbe Veranstalter die durch diesen gestalteten Beiträge im Rahmen von zwei Zulassungen ausstrahlt.“* Sendet ein Veranstalter die von ihm gestalteten Beiträge bei zwei oder mehreren Zulassungen aus, so ist nach Auffassung des BKS davon auszugehen, dass *„ein einheitlich strukturiertes Konzept für mehrere im Wesentlichen gleichartige Hörfunkveranstaltungen in verschiedenen Versorgungsgebieten zugrunde gelegt wird“* und deshalb diese Beiträge nicht in den Umfang der eigengestalteten Sendungen einzuberechnen sind.[273] Der BKS hat überdies zutreffend analysiert, dass nicht die Bezeichnung des Zulassungswerbers hinsichtlich des Grades der Eigengestaltung heranzuziehen ist, sondern auf Basis der Antragsunterlagen eine Prüfung durch die Behörde geboten ist.

Wie aus der angeführten Spruchpraxis erkennbar ist, bevorzugt der BKS - zwar nicht ausdrücklich aber doch offensichtlich - in letzter Zeit die Auslegung von Eigengestaltung nur im Kontext des § 17 PrR-G. Demzufolge werden vor den Regulierungsbehörden jene Beiträge als eigengestaltet gelten, welche nicht bereits in anderen Versorgungsgebieten gesendet werden.

In der Praxis ergeben sich darüber hinaus Schwierigkeiten, wenn zwar ein ähnliches oder identes Sendekonzept beantragt wird (zB durch idente Sendungstitel, um den Wiedererkennungswert mit einem anderen Programm zu steigern), der Zulassungswerber aber angibt, die Sendungsinhalte würden nur für das Versorgungsgebiet produziert. Grundsätzlich wird ein derartiges Konzept nicht schaden, da es nach den Wertungen des Gesetzgebers offensichtlich auf den Akt des „Schaffens, Zusammenstellens“ der Programminhalte ankommt. Allerdings müsste die Übernahme des Sendungstitels als nicht eigengestalteter Bestandteil der Sendung berücksichtigt werden, was sich auswirken könnte, wenn beispielsweise andere Zulassungswerber auch den Sendungstitel selbst gestalten.

Aus alldem lässt sich grundsätzlich ableiten, dass eigengestaltete Beiträge nur dann vorliegen, wenn diese durch den Zulassungsinhaber (bzw Programmverantwortlichen) für das im Versorgungsgebiet gesendete Programm gestaltet werden und dabei keine Übernahme fremder Programminhalte erfolgt, ungeachtet der Zulässigkeit einer solchen Programmübernahme. Im Detail ergibt sich daher hinsichtlich der typischen Elemente eines Radioprogramms Folgendes:

---

[272] zB BKS 06.10.2003, GZ 611.092/007-BKS/2003.
[273] BKS 14.10.2005, GZ 611.059/0001-BKS/2005.

b) Musikprogramm

Der überwiegende Teil klassischen Formatradioprogramms besteht aus dem Abspielen von Musiktiteln. Das Verhältnis zum Wortprogramm schwankt im beliebten AC-Format zwischen 70% und 80% Musikanteil gegenüber 20% bis 30% Wortanteil. Grundsätzlich kann zwischen moderiertem Musikprogramm (Sendungen mit Wort- und Musikprogramm) und unmoderiertem Musikprogramm unterschieden werden. Dass Musiksendungen überhaupt in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen sind, hat der BKS bereits klargestellt.[274]

Vor allem in der Nacht sowie am Wochenende wird von privaten Hörfunkveranstaltern oftmals unmoderiertes Musikprogramm gesendet, welches in aller Regel aus einem vorprogrammierten Abspielen von Musiktiteln bestehen wird, eventuell gemischt mit voraufgezeichneten Moderationen.[275] Der Grund dieser weit verbreiteten Praxis wird in den hohen Personalkosten des ansonsten erforderlichen Moderators zu suchen sein.

Eigengestaltetes Musikprogramm (vorerst ungeachtet eventueller Moderation) liegt dann vor, wenn der Hörfunkveranstalter Auswahl und Abfolge der gesendeten Musiktitel selbst gestaltet. Ob eine breite Rotation von Musikstilen und Titeln verschiedener Jahrzehnte gewählt wird oder nicht, hängt vom beabsichtigten Musikformat ab und ist hinsichtlich der Eigengestaltung des Programms nicht relevant. Von anderen Hörfunkveranstaltern übernommenes Musikprogramm wie auch übernommene Musiktitelabfolgen wird der Qualifikation als eigengestaltetes Programm jedoch entgegenstehen.

In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass wenn der Gesetzgeber offensichtlich von einer gewissen kreativen Tätigkeit des Zulassungsinhabers ausgeht, innerhalb des Kriteriums des Ausmaßes eigengestalteter Beiträge auch das Ausmaß der Moderation zu berücksichtigen ist. Moderiertes Musikprogramm wird in der Regel einen höheren Grad von Gestaltung aufweisen, als eine bloß aufgrund einer programmierten Titelliste ablaufende Sendestrecke. Livemoderation ist gegenüber voraufgezeichneter Moderation höher zu bewerten.

Die Regulierungsbehörde hat innerhalb des beweglichen Systems des § 6 PrR-G auch zu berücksichtigen, inwieweit die eigengestalteten Beiträge auf die Interessen der im Versorgungsgebiet vertretenen Bevölkerung Rücksicht nehmen (dazu unten IV.D.3). Daraus sollte in praxi ein großer Vorteil für

---

[274] BKS 30.11.2001, GZ 611.132/003-BKS/2001 mit dem zutreffenden Argument, dass auch in der Gestaltung von Musiksendungen ein gestalterisches Element liegt; bestätigend VwGH 15.09.2004, Zl 2002/04/0142.

[275] vgl zB KOA 1.301/07-026, die Verwendung voraufgezeichneter Moderation dürfte eine weitverbreitete Praxis sein.

Programme abseits gängiger Formatierungen folgen, welche hinsichtlich des Musikprogramms auch Titel regionaler Musiker berücksichtigen.

c) Wortprogramm

Wortprogramm nimmt in verbreiteten Programmformaten gegenüber Musikprogramm einen deutlich geringeren Stellenwert ein. Das Verhältnis des Anteiles von Wortprogramm gegenüber Musikprogramm schwankt im AC-Format zwischen 20% und 30% Wortanteil gegenüber 70% bis 80% Musikanteil. Werbung wird zuweilen in das Wortprogramm eingerechnet. Diesbezüglich hat die Regulierungsbehörde im Zulassungsverfahren einen bereinigten Prozentwert des Ausmaßes des Wortprogramms zwecks Vergleichbarkeit zu ermitteln. Nicht in das Wortprogramm einzuberechnen sind mE Füllelemente wie zB Jingels, Programmhinweise usw. Diese sind für den oftmaligen Gebrauch produziert und es ist ihnen kein spezifischer, für das Versorgungsgebiet relevanter Inhalt zu entnehmen.

Wie bereits dargestellt, ist moderiertes Programm gegenüber nicht moderiertem Programm höher zu bewerten, Livemoderation gegenüber voraufgezeichneter Moderation zu bevorzugen. Relevant hinsichtlich des Wortprogramms ist aber mE auch die Herkunft der durch die Moderation vermittelten Informationen. Die Übernahme von nicht selbst recherchierten Information wie beispielsweise aus Nachrichtenagenturen oder Internetquellen steht der Qualifikation von Wortprogramm als eigengestaltet nicht entgegen, dies auch vor dem Hintergrund, dass einem privaten Hörfunkveranstalter aufgrund der finanziellen Belastungen wohl unzumutbar wäre, sämtliche moderationsrelevanten Sachverhalte selbst zu recherchieren. Problematisch wäre allenfalls die wortgleiche Übernahme von Moderation, da diesfalls wiederum der gestalterische Akt durch den Moderator zumindest als äußerst gering anzusehen wäre.

Das Zusammenfügen von Moderationen aus Netzwerkressourcen, welches oftmals mit „Regionalisierungen“ oder „Lokalisierungen“[276] verbunden wird, ist hingegen kritisch zu sehen. Die übernommenen bzw „überregionalen“ Moderationselemente sind nicht als für das Versorgungsgebiet eigengestaltet anzusehen und verhältnismäßig in Abschlag zu bringen. Innerhalb des beweglichen Systems des § 6 PrR-G muss die Regulierungsbehörde zudem auch berücksichtigen, inwieweit sich die eigengestalteten Beiträge auf die Interessen der im Versorgungsgebiet vertretenen Bevölkerung beziehen. Dabei werden für das Versorgungsgebiet gestaltete Beiträge höher zu bewerten sein als diejenigen Sendungsbestandteile, welche von anderen Zulassungsinhabern oder einem

[276] vgl. KOA 1.301/07-026, gemeint ist damit wohl, dass der Moderator Sendungen verschiedener Versorgungsgebiete gleichzeitig oder zeitversetzt moderiert und dabei Moderationselemente teilweise ident und teilweise auf das Versorgungsgebiet bezogen sind.

Pool von Moderationen übernommen werden. Ein höherer Wortanteil führt nach der zutreffenden Rsp nicht zu einem Mehr an Lokalbezug[277], eine genaue Analyse der Inhalte des geplanten Programms ist notwendig.

d) Nachrichtensendungen

Wie bereits dargestellt, kommt Nachrichtensendungen ein besonders hoher Stellenwert im Zulassungsverfahren zu, wobei in diesem Kontext ein weiterer Begriff von Nachrichtensendungen im Sinn von für das Versorgungsgebiet tagesaktueller Information zu Grunde zu legen sein wird, als hinsichtlich der Regelungen über Werbebeschränkungen bei Nachrichten.[278] Analog zum Wortprogramm gilt, dass der Rückgriff beispielsweise auf Meldungen von Presseagenturen der Qualifikation als eigengestalteten Beitrag nicht entgegenstehen wird, sofern das Zusammenstellen der Nachrichten (Informationsauswahl) und die Gestaltung der Sendung durch den Zulassungsinhaber erfolgt.

Die Übernahme von Nachrichten anderer Rundfunkveranstalter wird hingegen nicht als eigengestaltet gelten können, auch wenn diese Nachrichten von einem Moderator des Zulassungsinhabers verlesen oder anders angeordnet werden. In diesem Fall fehlt es nämlich am essentiellen Element des Zusammenstellens bzw Schaffens des Beitrages, da bereits eine Informationsvorauswahl durch den anderen Rundfunkveranstalter erfolgt ist.

e) Verhältnis zu anderen Kriterien

Wie auch hinsichtlich der bereits angeführten Kriterien gilt auch für § 6 Abs 1 Z 2 PrR-G, dass nach der Rsp das Ausmaß eigengestalteter Beiträge nur einen Aspekt im variablen Beurteilungsschema darstellt, *„sodass der größere Anteil an eigengestalteten Sendungen nicht zwingend einen Vorrang einräumt“*.[279] Gegenüber § 6 Abs 1 Z 1 PrR-G nimmt das Kriterium des Ausmaßes eigengestalteter Beiträge bei überblicksmäßiger Betrachtung der veröffentlichen Spruchpraxis einen im Verhältnis zu Erwägungen hinsichtlich der Meinungsvielfalt sowie der bisherigen Zulassungsausübung etwas geringeren Stellenwert ein. Dass dies nicht schadet, geht auch aus einem E des VwGH hervor, zumindest sieht der VwGH das Auswahlermessen als (noch?) nicht überschritten an, wenn den Kriterien der Ausübung der Zulassung (dazu sogleich unten IV.C.5.) und des Beitrages zur Meinungsvielfalt gegenüber dem Kriterium des Umfanges an eigengestalteten Beiträgen mehr Gewicht eingeräumt wird.[280]

---

[277] in diesem Sinn bereits BKS 5.6.2002, GZ 611.112/002-BKS/2002.
[278] BKS 16.06.2008, GZ 611.966/0004-BKS/2008, allerdings zum ORF-G.
[279] BKS 6.10.2003, GZ 611.092/007-BKS/2003.
[280] VwGH 15.09.2006, Zl 2005/04/0050.

Einen wichtigen, mit dem Ausmaß eigengestalteter Beiträge zusammenhängenden Gedanken verfolgte der BKS bereits 2001. Vor dem Hintergrund, dass Programmkooperationen meist aus Motiven der Kosteneffizienz erfolgen, hat der BKS die finanzielle Ausstattung der Zulassungswerber geprüft. Dies gestützt auf die nachvollziehbare Erwägung, dass nur bei ausreichender finanzieller Ausstattung die Voraussetzung für einen möglichst hohen Anteil eigengestalteter Beiträge gegeben sei.[281]

ME ist das Kriterium des Ausmaßes eigengestalteter Beiträge zumindest gegenüber den in der Rsp erarbeiteten weiteren Aspekten, insbesondere gegenüber jenen, welche allgemein aus dem PrR-G hergeleitet werden, bereits aufgrund der ausdrücklichen Nennung vorrangig. Vor diesem Hintergrund erscheint es hinterfragenswert, wenn sich die Regulierungsbehörde in Auswahlentscheidungen beispielsweise weit ausführlicher mit unwesentlichen Rechtsverletzungen auseinandersetzt, als mit der Frage der Eigengestaltung der Beiträge.[282]

5. Investitionssicherung

§ 6 Abs 2 PrR-G bestimmt, dass die Behörde zu berücksichtigen hat, ob einer der Antragsteller bereits bisher die zu vergebende Zulassung entsprechend dem Gesetz ausgeübt hat und dass bei dieser Beurteilung insbesondere darauf Bedacht zu nehmen ist, inwieweit sich daraus verlässlichere Prognosen für die Dauerhaftigkeit der Hörfunkveranstaltung ableiten lassen.

§ 6 Abs 2 PrR-G ist die Nachfolgebestimmung des ehemaligen § 20 Abs 3 RRG.[283] Die Bestimmung blieb im RRG unverändert, die PrR-G Novelle 2004 änderte § 6 Abs 2 PrR-G dahingehend ab, dass die Wortfolge *„und bei dieser Beurteilung insbesondere darauf Bedacht zu nehmen, inwieweit sich daraus verlässlichere Prognosen für die Dauerhaftigkeit der Hörfunkveranstaltung ableiten lassen“* angefügt wurde. Der Terminus „Investitionssicherung“ gründet sich auf die Rsp des VfGH, welcher „Investitionssicherung“ als eines von mehreren der mit § 6 Abs 2 PrR-G verfolgten Ziele identifizierte.[284]

§ 6 Abs 2 PrR-G steht grundsätzlich nur zur Verfügung, wenn ein Zulassungswerber der bisherige Zulassungsinhaber des Versorgungsgebietes ist. Dieses Kriterium ist folglich nur bei Wiedervergaben von Lizenzen relevant, nimmt aber diesbezüglich in der veröffentlichen Rsp einen breiten

[281] BKS 14.12.2001, GZ 611.151/001-BKS/2001.

[282] so zB KOA 1.308/08-001.

[283] § 20 Abs 3 RRG lautete: „Die Behörde hat auch zu berücksichtigen, ob einer der Antragsteller bereits bisher die zu vergebende Zulassung entsprechend dem Gesetz ausgeübt hat“.

[284] VfGH 25.09.2002, B 110/2002 ua.

Stellenwert ein. Der BKS hat auch jüngst anlässlich der 21 Wiedervergaben 2007/2008 die Bestimmung des § 6 Abs 2 PrR-G oft zur Anwendung gebracht. § 6 Abs 2 PrR-G räumt allerdings dem bisherigen Zulassungsinhaber keinen Anspruch auf neuerliche Zulassung ein, vielmehr handelt es sich (wie auch bei den weiteren Kriterien) nur um einen Aspekt im Rahmen der Auswahlentscheidung.[285] Allerdings erachtet der BKS in denselben E für wesentlich, inwieweit aufgrund der bisherigen Ausübung der Zulassung eine verlässlichere Prognose möglich ist.

a) Normzweck

Bereits die EB zur Stammfassung des RRG stellen klar, dass der damalige § 20 Abs 3 RRG nur von einer *„gewissen"* Kontinuitätsgewähr und damit von einem Vorteil für den bisherigen Zulassungsinhaber ausging, welcher gegen die *„Anforderungen an eine lebendige und Chancen auch für neue Teilnehmer am Hörfunkmarkt offen haltende Rundfunkordnung abzuwägen"* sei.[286]

Der VwGH interpretiert § 6 Abs 2 PrR-G in stRsp dahin, als die bisherige Ausübung als Gesichtspunkt in der Auswahlentscheidung berücksichtigt werden könne[287]. Grundsätzlich gilt wie auch hinsichtlich der anderen Kriterien, *„das Ziel der Investitionssicherung stellt (nur) eines von mehreren der mit § 6 Abs 2 PrR-G verfolgten Zielen dar"*.[288] Klar ersichtlich ist nämlich die zeitliche Befristung der Zulassung auf 10 Jahre. Ein weitergehender Vertrauensschutz des Zulassungsinhabers ist daher mE nicht geboten. [289] Der Zulassungswerber muss vielmehr im Wissen der Befristung der Zulassung seine Kalkulation dermaßen gestalten, dass Investitionskosten im Zeitraum der Zulassung bewältigt werden können. Natürlich sind die Bedenken gegen eine mangelnde Differenzierung bei Wiedervergaben hinsichtlich der aufwendigen Investitionen in das Programm (Redakteure, eigene Sendeanlagen) zutreffend. Entscheidend wird denn bei der Anwendung des § 6 Abs 2 PrR-G auch sein, inwieweit Know-how-Träger oder bewährte Infrastruktur vor Ort weiterhin zur Verfügung stehen. Beachtlich ist mE weniger die Sicherung und weitere Abschreibung getätigter Investitionen, sondern die Relevanz des weiteren Zurverfügungstehens von (Human-)Ressourcen. Damit kann die Bewertung verbunden werden, dass etwa aufgrund des „eingespielten Teams" des bisherigen Zulassungsinhabers eine gesicherte Prognose vertreten werden kann.

---

[285] BKS 14.3.2003, BKS 611.171/001-BKS/2002, 08.09.2006, GZ 611.092/0004-BKS/2006; dazu Kogler/Traimer/Truppe, 375.

[286] RV 1134 BlgNR 18. GP, angeführt bei Brugger, Anm zu § 20 RRG, 37.

[287] VwGH 21.04.2004, Zl 2002/04/0006.

[288] VfGH 25.09.2002, B 110/2002 ua; vgl. weiters VwGH 15.9.2004, Zl 2002/04/0142.

[289] in diesem Sinn bereits Holoubek, MR 1992, 103.

b) Entscheidungen

Die generelle Berücksichtigung der bisherigen Ausübung der Zulassung durch einen Antragsteller entspricht der stRsp.[290] Begründend wird idR abstrakt angeführt, dass bei einem Betreiber, der die Zulassung bereits ausgeübt hat, eine stabilere Prognose möglich sei.[291] Dass aus § 6 Abs 2 PrR-G (aF) nicht nur eine positive Prognose abgeleitet werden kann, hat der BKS in einer – soweit ersichtlich – vereinzelt gebliebenen Entscheidung bestätigt.[292]

Ähnlich der Behandlung der anderen Kriterien relativiert die Rsp die Bedeutung von § 6 Abs 2 PrR-G gelegentlich jedoch selbst, wenn ausgeführt wird, dass § 6 Abs 2 PrR-G keine vorrangige Bedeutung zukommt, sondern Teil des variablen Beurteilungsschemas ist.[293]

Der BKS zieht, wie bereits erwähnt, § 6 Abs 2 PrR-G überraschend oft in Zusammenhang mit einer „ausgewogenen Bewerbersituation“ heran.[294] In diesem Kontext stellt sich unweigerlich die Frage, ob es Zweck dieser Bestimmung sein soll, bei einer „ausgewogenen“ Bewerbersituation als entscheidendes Argument herangezogen zu werden. Zunächst kann die Frage gestellt werden, ob die Behörde bei einer „ausgewogenen“ Bewerbersituation, wenn § 6 Abs 2 PrR-G nicht zur Verfügung steht (da keine Wiedervergabe vorliegt), zu keiner Entscheidung kommen könnte. Dies muss wohl verneint werden, in derartigen Fällen hat die Behörde die Konzepte der Zulassungswerber vertiefter zu prüfen, bis ein Vorteil zugunsten eines Zulassungswerbers vertreten werden kann. ME müsste dies auch für den Fall gelten, dass § 6 Abs 2 PrR-G zur Verfügung steht. Der Zulassungswerber, der die Zulassung bislang nicht ausgeübt hat, kann nämlich den Umstand „§ 6 Abs 2 PrR-G“ im Zulassungsverfahren (etwa durch ein besonders innovatives Konzept) nicht beeinflussen. Sachgerecht wäre es daher, zuerst auf Basis einer vertieften Prüfung eine „Sachentscheidung“ im Lichte der Kriterien des § 6 Abs 1 PrR-G herbeizuführen. Diese Sachentscheidung wäre dann § 6 Abs 2 PrR-G gegenüberzustellen und müsste dann eine gesonderte Bewertung stattfinden.

c) Ausgewählte Fragen

Aufgrund der zahlreichen bereits veröffentlichten Entscheidungen der KommAustria und des BKS anlässlich der Wiedervergaben 2007/2008 können vereinzelt besondere Problemkreise identifiziert werden.

---

[290] Jüngst zB VwGH 15. 9. 2006, 2005/04/0050.
[291] VwGH 15.9.2004, Zl 2002/04/0142 mwN; 12.12.2007, Zl 2005/04/0107.
[292] Lehofer, MR 2002, 355.
[293] VwGH 15.09.2004, Zl 2002/04/0142 mit Verweis auf VwGH 21.4.2004, Zl 2002/04/0006, 2002/04/0034, 2002/04/0145.
[294] Kogler/Traimer/Truppe, 375 mwN

aa) Rechtsverletzungen während der Zulassungsausübung[295]

Das PrR-G sieht in den Bestimmungen der Inhaltsregulierung verschiedenste Beschränkungen der Programmgestaltung privater Rundfunkveranstalter vor. Bei Verstößen besteht die Möglichkeit eines Rechtsverletzungsverfahrens, entweder von Amts wegen oder in Folge einer Beschwerde gemäß § 25 PrR-G. Rechtsverletzungsverfahren können bei schwerwiegenden Fällen im Entzug der Zulassung münden (§ 28 PrR-G). § 19 PrR-G normiert Anforderungen an Inhalt und Gestaltung von Werbung und Sonderwerbeformen. Die KommAustria führt hinsichtlich der Einhaltung dieser Bestimmungen amtswegige Werbebeobachtung durch. Quantitativ besonders praxisrelevant sind Verletzungen des Trennungsgrundsatzes (§ 19 Abs 3 PrR-G) oder die Nichtvorlage von Aufzeichnungen (§ 22 Abs 1 PrR-G), schwerwiegende Verletzungen des PrR-G wie beispielsweise nicht genehmigte Änderungen des Programmschemas[296] sind eher die Ausnahme denn die Regel.

Besonders anlässlich der zahlreichen Wiedervergaben abgelaufener Lizenzen im Jahr 2007/2008 wurde des Öfteren die bisherige Zulassungsausübung thematisiert, sowohl hinsichtlich des bisherigen Inhabers der Zulassung, als auch hinsichtlich der bisherigen Tätigkeit der weiteren Zulassungswerber als Rundfunkveranstalter in anderen Versorgungsgebieten. Der BKS hat sich diesbezüglich zur Frage der Berücksichtigungen von Rechtsverletzungen bis dato nicht ausdrücklich festgelegt. Allgemein führt der BKS aus, dass die Feststellung einer Rechtsverletzung nicht prinzipiell einer Wiedererteilung entgegensteht, sondern eine Einzelfallbetrachtung angebracht ist. Beachtlich sind grundsätzlich nur solche Rechtsverletzungen, die rechtskräftig festgestellt wurden.[297] Diese Auslegung ist sinnvoll, könnte andernfalls doch das Zulassungsverfahren zum Scherbengericht über die Tätigkeit der Zulassungswerber ausarten. Dies kann nicht der Zweck des Zulassungsverfahrens sein.

Auch der VwGH hat bis dato zur Berücksichtigung von Rechtsverletzungen nicht Stellung bezogen. Einzig ein Hinweis findet sich in einem jüngeren E, worin als Verfahrensfehler geltend gemacht wurde, dass die laufende Programmgestaltung der Partei, an die die Zulassung erteilt wurde, nicht dem ursprünglichen Antragsvorbringen entspreche. Der BKS hätte dies nicht berücksichtigt und einen Beweisantrag, Aufzeichnungen des laufenden Programms der mitbeteiligten Partei beizuschaffen, ignoriert. Der VwGH entgegnete dem Vorbringen, im Auswahlverfahren wäre nicht die laufende

[295] BKS 16.06.2008, GZ 611.075/0003-BKS/2008.

[296] BKS 22.01.2003, GZ 611.036/001-BKS/2002; 01.06.2003 GZ 611.011/001-BKS/2003.

[297] BKS 23.06.2006, 611.001/0007-BKS/2006; 23.06.2006, GZ 611.001/0010-BKS/2006.

Programmgestaltung relevant, sondern die im Zulassungsverfahren eingebrachten Anträge.[298]

Einwendungen weiterer Zulassungswerber über angebliche Rechtsverletzungen von Zulassungswerbern bleiben sowohl durch den BKS als auch durch den VwGH regelmäßig unbeachtet. Der VwGH führt insbesondere die Möglichkeit eines separaten Rechtsverletzungsverfahrens an, sowie dass nur die hinkünftige Programmveranstaltung von Relevanz für die Auswahlentscheidung wäre.[299] Der VfGH hat anlässlich eines Rechtsverletzungsverfahrens gemäß § 28 PrR-G zurecht festgestellt, dass zusätzlich zum genehmigten Programmschema im Rahmen der rechtmäßigen Ausübung des Hörfunkbetriebes die im Auswahlverfahren erstatteten und entscheidungswesentlichen Angaben einzuhalten sind.[300] Bei einer anderen Auslegung wäre die Gefahr gegeben, dass im Zulassungsverfahren noch weit reichende detaillierte Zusicherungen erstattet werden, nach Zulassungserteilung jedoch innerhalb der in der Regel weit formulierten Programmschemata diese nicht eingehalten werden.

Anzunehmen ist, dass geringfügige Verstöße gegen Werbebeschränkungen oder Vorlagepflichten nicht schaden werden, solange keine Wiederholungen vorkommen. Schwerwiegende Rechtsverletzungen stehen mE aber der Anwendung von § 6 Abs 2 PrR-G entgegen. Dies vor dem Hintergrund, dass nur eine derartige Berücksichtigung auch eine wirksame Sanktion von Verstößen darstellt, welche nicht zum Lizenzentzug führt.

bb) Änderungen in der Gesellschafterstruktur[301]

Wenn sich die Gesellschafterstruktur eines Zulassungswerbers im Laufe des Verfahrens ändert, könnte fraglich sein, ob überhaupt noch ein mit dem bisherigen Zulassungsinhaber identer Rundfunkveranstalter vorliegt, der *„die Zulassung bereits ausgeübt hat“*. Veröffentlichte Rsp von BKS und VwGH zu dieser Frage liegt nicht vor. Die KommAustria hat im angeführten Verfahren KOA 1.200/08-002 § 6 Abs 2 PrR-G zur Anwendung gebracht. Die festgestellte gravierende Rechtverletzung führte nur zur Bescheinigung einer „vorsichtig positiven“ Beurteilung.

Eine allzu formalistische Betrachtungsweise erscheint in derartigen Fällen nicht angebracht. Dennoch wird genau zu prüfen sein, welchen Effekt ein Gesellschafterwechsel auf den Radiobetrieb haben wird. Insbesondere ob die programmgestaltenden Mitarbeiter im Fall der Erteilung der Zulassung jene sein werden, welcher bereits bisher für den Zulassungsinhaber tätig waren, ist

---

[298] VwGH 15. 9. 2006, Zl 2005/04/0050.

[299] im Ergebnis VwGH 15.9.2006, Zl 2005/04/0050 zur angeblichen „Abhängigkeit von Dritten“ in der Programmgestaltung.

[300] BKS 01.06.2003, GZ 611.011/001-BKS/2003.

[301] KOA 1.200/08-002.

von Relevanz. Scheidet daher ein „Arbeitsgesellschafter“ aus, wird dies wohl der Anwendung von § 6 Abs 2 PrR-G in höherem Maß entgegenstehen, wie das Ausscheiden eines reinen Kapitalanteilshalters. Kontinuität wird in einem höheren Maß von programmgestaltenden Mitarbeiter bzw Gesellschaftern ausgehen. Dass der Gesetzgeber den Gedanken der Kontinuitätsgewähr für wichtig erachtet, bestätigen bereits die Materialien zur Vorgängerbestimmung § 20 RRG.[302]

6. Stellungnahmen des Rundfunkbeirates, der Landesregierung

Der BKS leitet aus § 6 Abs 1 Z 1 PrR-G, wonach die Ergebnisse des Verfahrens zu berücksichtigen sind, ab, dass aus den im Zulassungsverfahren erstatteten Stellungnahmen der zuständigen Landesregierung (vgl § 23 PrR-G) oder des Rundfunkbeirates (§ 4 KOG) *„zusätzliche Argumente für die jeweilige Auswahlentscheidung abgeleitet werden können“*.[303]

a) Rundfunkbeirat

Der Rundfunkbeirat agiert auf Grundlage des § 4 KOG. Er dient nach Intention des Gesetzgebers als Expertengremium der Beratung der KommAustria. Im Zulassungsverfahren (sowie bei Genehmigung von Änderungen des Programms) ist dem Rundfunkbeirat Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (§ 4 Abs 1 PrR-G). Gesetzesmaterialen hinsichtlich der hinter der Einrichtung des Rundfunkbeirates stehenden tiefergehenden Erwägungen des Gesetzgebers liegen nicht vor.

Die sachliche Begründung der Einbeziehung des Rundfunkbeirates in das Zulassungsverfahren liegt wohl in den Anforderungen an dessen Mitglieder. Diese haben gemäß § 4 Abs 2 KOG ausreichende rechtliche, betriebswirtschaftliche, technische oder kommunikationswissenschaftliche Kenntnisse aufzuweisen. Der Gesetzgeber geht offensichtlich davon aus, dass der KommAustria weiteres besonderes Expertenwissen zur Seite gestellt werden muss. Die Aufgabe des Rundfunkbeirates besteht wohl in der vertiefenden Begutachtung und Analyse des Zulassungsantrages. Dem Gesetz ist allerdings weder zu entnehmen, in welchem Verfahrensstadium diese Begutachtung zu erfolgen hat, noch hinsichtlich welcher Aspekte die Begutachtung sowie die Stellungnahme zu erfolgen hat. Notwendigerweise wird die Anhörung vor Erledigung des Verwaltungsverfahrens erfolgen müssen.[304] Der Gesetzgeber hat es außerdem für notwendig befunden, ausdrücklich festzulegen, dass Sitzungen des Rundfunkbeirates nicht öffentlich sind.

---

[302] 1143 BlgNR 18. GP.

[303] stRsp vgl jüngst BKS 21.04.2008, GZ 611.138/0003-BKS/2008; 31.03.2008, GZ 611.074/0005-BKS/2008.

[304] Kogler/Traimer/Truppe, 488.

Der Rundfunkbeirat kann eine Empfehlung zugunsten eines oder mehrerer bestimmter Zulassungswerber abgeben oder sich der Stellunnahme enthalten. Die Stellungnahme des Rundfunkbeirats ist nicht bindend, jedoch im Ermittlungsverfahren zu beachten. Die Nichtanhördung des Rundfunkbeirates stellt einen Verfahrensfehler dar, nach *Kogler/Traimer/Truppe* ebenso das Abgehen von der Stellungnahme des Rundfunkbeirates ohne Begründung.[305]

Die – derzeit bestehende – Einrichtung des Rundfunkbeirates erscheint aus mehreren Gründen hinterfragenswürdig. Einerseits kann sich die KommAustria wohl einfacher der RTR-GmbH zur Erörterung besonderer Sachverhalte oder komplizierter Fragestellungen bedienen, wie dies beispielsweise regelmäßig hinsichtlich der Frage der frequenztechnischen Umstände geschieht. Ein zusätzlicher Beirat mit identer Funktion erscheint vor diesem Hintergrund überflüssig. Zusätzlich sind Geheimberatungen vor dem Hintergrund eines transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahrens verzichtbar. Zudem mangelt es an einer inhaltlichen Ausführung der Stellungnahmen des Beirates in Zulassungsbescheiden, worin regelmäßig nur die Empfehlung des Rundfunkbeirates hinsichtlich eines bestimmten Zulassungswerbers angeführt wird.[306]

b) Landesregierung

Das PrR-G sieht in dessen § 23 ein Stellungnahmerecht der Landesregierung vor, in deren Landesgebiet sich das beantragte Versorgungsgebiet zumindest teilweise befindet. Bereits in der Stammfassung des Regionalradiogesetzes war normiert, dass die Behörde vor Erteilung der Zulassung eine Stellungnahme der Länder einzuholen hat (§ 16 RRG idF BGBl Nr 506/1993). Nach dieser Bestimmung hatte die Behörde zudem bei ihrer Entscheidung über die Erteilung der Zulassung das *„Einvernehmen mit den betroffenen Landesregierungen“* anzustreben, was nach § 23 PrR-G nicht mehr so ist.

Den Materialien[307] zu § 16 RRG zufolgte, geschah die Einbindung der betroffenen Bundesländer aufgrund föderalistischer Erwägungen. Mit der Novelle 1999, BGBl Nr I 2/1999, wurde § 16 RRG dahingehend novelliert, dass die Stellungnahme der Landesregierung *„unmittelbar nach Einlangen eines Antrages auf Erteilung einer Zulassung“* einzuholen ist. Die Materialien[308] führen dazu aus, dass sich die Einbindung der Länder in einem frühen Zeitpunkt des Verfahrens als günstig erwiesen habe, *„da somit schon zu einem frühen Zeitpunkt allfällige Defizite einzelner Anträge aus der Sicht der Länder aufgezeigt werden können.“* Für die Erstattung der Stellungnahme ist nunmehr eine vierwöchige Frist normiert. Aus den Materialien zum PrR-G

[305] Kogler/Traimer/Truppe, 488.
[306] zB KOA 1.466/07-021.
[307] 1134 BlgNR 18. GP, 14.
[308] 1521 BlgNR 20. GP.

geht die Absicht des Gesetzgebers hervor, den betroffenen Landesregierungen im Sinne einer „*föderalistischen Ausrichtung*“ und auf Grund der Auswirkungen einer Zulassungserteilung auf das jeweilige Land Gelegenheit zum Vorbringen „*entscheidungserheblicher Umstände*“ zu bieten.[309] Kriterien der Verwertung der Stellungnahme sieht das PrR-G nicht vor. In ihrer Entscheidungsfindung wird die Regulierungsbehörde durch das Stellungnahmerecht der Landesregierung wie durch die Stellungnahme des Rundfunkbeirates nicht präjudiziert. Die Rsp wertet die Stellungnahme als Umstand in der Auswahlentscheidung.

Der BKS hat sich vereinzelt zum Stellungnahmerecht der Länder geäußert. So wurde klargestellt, dass die Stellungnahme der Länder nur dort zu berücksichtigen ist, wo sie sich auf die gesetzlich vorgegebenen Kriterien des Auswahlverfahrens bezieht oder tatsächliche, relevante Umstände mitteilt. Anspruch der Zulassungswerber auf Anhörung durch die Landesregierung besteht nicht.[310] Ob die Stellungnahme gültig zustande gekommen ist, hat der BKS nach eigener Auffassung nicht zu prüfen.[311] Auffällige Mängel an der Stellungnahme werden aber wohl wahrzunehmen sein.

Im Gegensatz zur Einrichtung des Rundfunkbeirates erscheint das Stellungnahmerecht der Länder hinsichtlich eventueller besonderer Situationen an Ort und Stelle oder hinsichtlich landesrechtlicher Förderungen sinnvoll. Voraussetzung ist, dass die Stellungnahme ausreichend begründet ist, sohin dass daraus tatsächlich Argumente zugunsten eines Zulassungswerbers abgeleitet werden können.

D. Kriterien der Rechtsprechung

Ausgehend vom grundlegenden E des VfGH zum PrR-G hat sich eine ausführliche Rsp zu Aspekten entwickelt, die § 6 PrR-G nicht ausdrücklich zu entnehmen sind. Der VfGH vertritt die Auffassung, dass im Zuge der Auswahlentscheidung nicht nur § 6 PrR-G zu beachten ist, sondern auch die Wertungen der §§ 5, 7, 8, 9, 16 und 17 PrR-G besonders berücksichtigt werden müssen.[312] Die Auswahlentscheidung wird dermaßen zu einer Gesamtbeurteilung der Zulassungswerber hinsichtlich zahlreicher, aus dem PrR-G mehr oder weniger ableitbarer Normziele. Zumindest dem Gedanken des „Schönheitswettbewerbes“ läuft diese Behördenpraxis nicht gänzlich zuwider.

[309] 401 BlgNR 21. GP, 21.
[310] BKS 06.11.2002, GZ 611.113/001-BKS/2002.
[311] BKS 21.01.2008, GZ 611.080/0001-BKS/2007.
[312] VfGH 25.09.2002, B 110/2002 ua.

1. Einfluss der §§ 5, 7, 8, 9, 16 und 17 PrR-G auf die Auswahlentscheidung

Eine Darstellung der sich durch die Anführung dieser Bestimmungen durch den VfGH als berücksichtigungswürdig ergebenden Aspekte im Auswahlverfahren, kann nur exemplarisch erfolgen.

a) Ausstattung des Zulassungswerbers

Die Beurteilung der fachlichen, organisatorischen und finanziellen Ausstattung des Zulassungswerbers ist bereits bei der Frage des Zugangs zur Auswahlentscheidung relevant. Weitere Relevanz kommt der Ausstattung des Zulassungswerbers der Rsp zufolge im Rahmen der Auswahlentscheidung zu.

Dies setzt notwendigerweise voraus, dass die prinzipielle Eignung des Bewerbers zuvor bereits bejaht wurde. Die Spruchpraxis nimmt beispielsweise zuweilen auf die finanzielle Ausstattung des Zulassungswerbers Bezug. Demzufolge kann zwar die Glaubhaftmachung einer gewissen finanziellen Ausstattung zur Erbringung der Zugangsvoraussetzungen ausreichend sein. Im Auswahlverfahren kann aber eine solidere finanzielle Ausstattung zu Gunsten eines der Bewerber positiv berücksichtig werden.[313] Diese Auffassung teilt auch der VwGH, nimmt allerdings eine weitergehende Begründungspflicht für derartige Überlegungen an.[314]

aa) Finanzielle Ausstattung

Gestützt auf die Materialien zur Vorgängerbestimmung des § 5 Abs 3 PrR-G, § 19 Abs 2 RRG, beziehen die Regulierungsbehörden gelegentlich Überlegungen zur finanziellen Ausstattung des Zulassungswerber in die Auswahlentscheidung mit ein. Der Gesetzgeber führte damals aus, dass *„die Glaubhaftmachung der Erfüllung der finanziellen Voraussetzungen … von der Behörde auf ihre Plausibilität zu überprüfen und in ihre Auswahlentscheidung … einzubeziehen [ist]“*.[315]

Das daraus resultierende Spannungsverhältnis zwischen der durch die Feststellung der prinzipielle Eignung bereits erfolgten Glaubhaftmachung der notwendigen Voraussetzungen des Zulassungswerber einerseits, zur weiteren, gesteigerten Berücksichtigung im Zulassungsverfahren selbst andererseits, begründet der VwGH mit der (weiteren) Zielsetzung des PrR-G, einen *„leistungsfähigen und in seinem Bestand kontinuierlichen Privatradiobetrieb sicher zu stellen, der Gewähr für die größtmögliche Meinungsvielfalt bietet“*.[316] Die finanzielle Ausstattung und die finanziellen Voraussetzungen für eine regelmäßige Veranstaltung und Verbreitung des geplanten Programms seien deshalb in die Beurteilung mit einzubeziehen. Fraglich ist in diesem

[313] BKS 14.12.2001, GZ 611.151/001- BKS/2001.
[314] VwGH 28.07.2004 2002/04/0158; 15.09.2006, Zl 2005/04/0246.
[315] 1521 BlgNR 20. GP.
[316] VwGH 15. September 2004, Zl 2002/04/0142 uvw.

Zusammenhang nur, ob es nicht bereits Zweck des § 5 PrR-G sein sollte, ebendieses sicherzustellen.

Der BKS hat in einer weiteren grundlegenden Entscheidung erkannt, dass die finanzielle Ausstattung eine wichtige Voraussetzung für einen möglichst hohen Anteil eigengestalteter Beiträge darstellt.[317] Nicht ausreichend wäre nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates, wenn derartige Argumente allein als ausschlaggebendes Kriterium herangezogen würden.[318] Dieser Ansicht muss wohl uneingeschränkt beigepflichtet werden, systematisch wäre allerdings eine Berücksichtigung dieses Aspektes bei der Prüfung des Ausmaßes eigengestalteter Beiträge angebracht.

Die Einbeziehung der finanziellen Ausstattung in die Auswahlentscheidung ist allerdings überhaupt gefährlich. Grundsätzlich muss der Rsp dahingehend beigepflichtet werden, dass ein beispielsweise von Eventualitäten wie Förderungszusagen oder einer besonders guten Entwicklung von Marktanteilen abhängiges wirtschaftliches Überleben die Hörfunkveranstaltung auf wackelige Beine stellen kann. Andererseits führt die Einbeziehung der finanziellen Ausstattung zwangsläufig dazu, dass „große“ Hörfunkveranstalter bzw Hörfunkveranstalter mit ausreichend Rückhalt in Medienverbünden naturgemäß eine höhere Kapitalausstattung aufweisen und daher Vorteile gegenüber Newcomern am Markt oder bloß regional/lokal orientierten Hörfunkveranstalters verbuchen können. ME darf dieser Aspekt daher nicht überspannt werden, weil er den Marktzutritt erschwert und der Schaffung einer pluralistischen Radiolandschaft in gewisser Weise entgegensteht. Des BKS hat sich erst jüngst hinsichtlich freier Radios vorsichtig positiv in diese Richtung geäußert, wenn auch nur zur Glaubhaftmachung der finanziellen Voraussetzungen gemäß § 5 PrR-G.[319]

b) Programmgrundsätze

§ 16 Abs 2 PrR-G gebietet Rundfunkveranstaltern, in ihrem Programm insbesondere das öffentliche, kulturelle und wirtschaftliche Leben im Versorgungsgebiet in angemessener Weise darzustellen. VwGH und BKS sehen darin eine Zielsetzung des PrR-G, welche im Zuge der Auswahlentscheidung „beachtlich“ sein kann.[320] Im Detail dazu unten IV.D.3.

---

[317] BKS 14.12.2001, GZ 611.151/001-BKS/2001.

[318] BKS 05.06.2002, GZ 611.112/002-BKS/2002.

[319] BKS 16.06.2008, GZ 611.075/0003-BKS/2008, dahingehen, dass es nicht schade, dass die Finanzierung eines nichtkommerziellen Programms durch *„nahezu ausschließliche Abhängigkeit von Förderungen mit gewissen Unsicherheiten behaftet sein könnte“*.

[320] vgl. VwGH 12.12.2007, Zl 2005/04/0107.

c) Programmübernahmen

§ 17 PrR-G idF BGBl I Nr 97/2004 hat die zeitgleiche Übernahme von Sendungen unter Hörfunkveranstaltern zum Regelungsgegenstand. Die Übernahme eines so genannten „Mantelprogramms“ ist in einem Ausmaß von bis zu 80 % (!) der täglichen Sendezeit des Programms zulässig. Die Stammfassung des PrR-G gestattete die Übernahme von lediglich 60%. Die zeitgleiche Übernahme von Sendungen, Sendereihen und Teilen von Sendungen des Programms einer bundesweiten Zulassung ist unzulässig. Der Gesetzgeber führt dazu in den EB zur Novelle 2004 aus, Veranstalter kleiner Versorgungsgebiete müssten größere Übernahmemöglichkeiten eingeräumt werden, wohingegen im Gegenzug die Übernahme vom bundesweiten Veranstalter (da sonst wohl im Regelfall eine Doppelversorgung vorläge) unzulässig ist.[321]

Der Einfluss der Übernahme von Programmteilen realisiert sich einerseits hinsichtlich des Beitrages zur Meinungsvielfalt (IV.C.3), andererseits hinsichtlich des Ausmaßes eigengestalteter Beiträge (IV.C.4). Grundsätzlich gilt aber, dass die Übernahme von Sendungen anderer Rundfunkveranstalter im Auswahlverfahren kritisch zu berücksichtigen ist und derjenige Zulassungswerber Vorteile verbuchen kann, der weniger Sendungen übernimmt.

Aufgrund des Strukturwandels in der Privatradiolandschaft, im Besonderen der Vereinigung in Zulassungen in den Händen großer Medienhäuser, hat die Frage der Kooperation von Zulassungsinhabern an Bedeutung gewonnen. In der gemeinsamen Kooperation wie beispielsweise der Produktion von Programm werden Synergieeffekte gesehen. Kooperationen werden im Lichte der bislang erarbeiteten Kriterien wohl dann als unbeachtlich zu gelten haben, wenn sie sich nicht auf der Programmebene auswirken. Denkbar sind dabei Kooperationen im administrativen Bereich, in der Vermarktung der Werbezeiten oder in Ausbildungsbelangen.

Insbesondere die Übernahme von Nachrichten kann Nachteile im Auswahlverfahren hervorrufen. Die Bedeutung von Nachrichtensendungen wird in der Rsp hoch eingeschätzt. Ausgehend davon vertreten BKS und VwGH (unter Verweis auf die höhere zu erwartende Meinungsvielfalt) die Ansicht, dass dem Beziehen von Nachrichten aus einem *"Redaktionspool nicht bloß untergeordnete Bedeutung“* zukommt. Von Bedeutung sei allerdings (nur) die die Frage, ob die Nachrichten von Hörfunkveranstaltern stammen, die zumindest teilweise im Versorgungsgebiet vertreten sind.[322]

Die grundsätzliche Ansicht, dass Programmübernahmen nicht entscheidend schädlich sind, sofern die Übernahmen von einem im

[321] 410/A BlgNR 22. GP, 24.

[322] VwGH 21.04.2004, Zl 2002/04/0006; Zl 2002/04/0034; Zl 2002/04/0145; *„Übernahme von Nachrichten ist nicht bloß von untergeordneter Bedeutung“*.

Versorgungsgebiet (noch) nicht aktiven Hörfunkveranstalter erfolgt, wurde folglich von der Rsp auch hinsichtlich von Nachrichtensendungen aufrecht erhalten. Der BKS prüft nämlich eher inhaltliche Aspekte, im Wesentlichen den Lokalbezug im Programm[323], und stellt nicht nur auf dem Ort der Herstellung der Sendungen ab.[324] Programmübernahmen werden daher zwar negativ in Abschlag zu bringen sein, wenn durch das Programm aber insgesamt ein ausreichender Lokalbezug hergestellt ist, wird aus der Programmübernahme kein absolutes Zulassungshindernis erwachsen.

Im Zuge der Wiedervergaben 2007/2008 sind zahlreich Netzwerkkonzepte und Programmübernahmen thematisiert worden. Mit detaillierterer Spruchpraxis des VwGH zu diesen Aspekten kann daher gerechnet werden.

2. Informationsteile des Programms

Für die Beurteilung des Beitrages zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet kommt es nach Auffassung des BKS und der Rsp des VwGH[325] wesentlich auf die Informationsteile eines Programms an. Eingegangen wird dabei vor allem auf die Gestaltung von Nachrichtensendungen, deren Eigengestaltung und Ausmaß regelmäßig berücksichtigt werden. Der VwGH führt beispielsweise in den angeführten Entscheidungen aus, dass der *„Umstand der Übernahme von Nachrichten für die Frage der Meinungsvielfalt nicht bloß von untergeordneter Bedeutung ist.“*

Information im Programm kann aber mE nicht nur auf Nachrichtensendungen reduziert werden. Informationsteile sind die Summe der Nachrichtensendungen (internationale, regionale, lokale Nachrichten), lokaler Berichterstattung im Programm sowie relevanter Serviceelemente (Verkehrsfunk, Veranstaltungshinweise etc), aber auch Talksendungen oder etwa Verbraucherinformationssendungen.

Nachrichtenübernahmen sind unter dem Gesichtspunkt des Beitrages zur Meinungsvielfalt zu bewerten. Grundsätzlich gilt, dass bei Übernahme bereits im Versorgungsgebiet empfangbarer Nachrichten kein Beitrag zur Meinungsvielfalt geleistet wird. Da es auf den Programminhalt und nicht auf die Art der Darbietung ankommt, wird auch die Verlesung übernommener Nachrichten durch einen eigenen Sprecher oder die Umreihung von Meldungen nichts an der Tatsache einer Übernahme ändern.

Ausmaß und Qualität sonstiger Informationsteile des Programms können der Einfachheit halber bei der Beurteilung des Lokalbezugs berücksichtigt werden.

---

[323] BKS 31.03.2005, GZ 611.150/0002-BKS/2004.
[324] BKS 31.3.2005, GZ 611.150/0002-BKS/2004.
[325] VwGH 21.4.2004, Zl 2002/04/0006, Zl 2002/04/0034; Zl 2002/04/0145.

3. Lokalbezug des Programms

Die Rsp prüft regelmäßig und mit besonderer Betonung den Lokalbezug der beantragten Programmflächen. Dies gestützt auf die in § 16 Abs 2 PrR-G bei der Programmgestaltung geforderte Rücksichtnahme auf das öffentliche, kulturelle und wirtschaftliche Leben im Versorgungsgebiet.[326] Die Relevanz des Lokalbezugs des Programms kann auch aus § 6 Abs 1 Z 1 PrR-G hergeleitet werden, wonach von Relevanz ist, ob ein auf die *Interessen im Verbreitungsgebiet* Bedacht nehmendes Programmangebot beantragt wird. Die Bedachtnahme auf das öffentliche, kulturelle und wirtschaftliche Leben im Programm zählt nach Auffassung des VwGH zu den Zielsetzungen des PrR-G.[327]

Entscheidend ist wiederum nicht die Art der Gestaltung des Programms (ob Sendungen im Versorgungsgebiet produziert werden), sondern ob durch das Programm Lokalbezug erreicht wird. Der BKS hat allerdings auch bereits erkannt, dass vor Ort gestaltete Beiträge authentischer sein können.[328]

Nach Ansicht des BKS steht der Lokalbezug des Programms auch in Zusammenhang mit dem Kriterium des Ausmaßes eigengestalteter Beiträge. Eine *„bloße Gegenüberstellung des Umfanges des eigengestalteten Programms ohne Berücksichtigung der transportierten Inhalte"* sei für sich genommen zu wenig. Daher sei der Lokalbezug der eigengestalteten Sendungen in die Ermessensentscheidung einzubeziehen.[329] Die Regulierungsbehören hat damit in Ausführung der eher generellen Umschreibung der Interessenberücksichtigung (§ 6 Abs 1 PrR-G) ein weiteres greifbares Kriterium „Lokalbezug" eingeführt.

Die Verwirklichung von Lokalbezug ist nach Ansicht der Rsp in Wort- und Musikprogramm möglich. Für die Beurteilung von Lokalbezug des Wortprogramms sind Sendungsinhalte wesentlich. Relevant ist daher in diesem Zusammenhang die Rsp des BKS, wonach einer Bewerbung umso mehr Chancen zukommen, je konkreter die Darstellung der geplanten Inhalte erfolgt.[330] Insbesondere hinsichtlich der Einbindung und Berücksichtigung des lokalen und regionalen Geschehens in das Programm empfiehlt es sich, die geplanten Aktivitäten genau zu beschreiben

---

[326] VwGH 12.12.2007, Zl 2005/04/0107; bereits VwGH 30.06.2004, Zl2003/04/0133; 28.07.2004, Zl 2003/04/0172.

[327] VwGH 30.06.2004, Zl 2003/04/0133; 28.07.2004, Zl 2003/04/0172

[328] BKS 31.03.2005, GZ 611.091/0001-BKS/2005; 31.03.2005, 611.112/0001-BKS/2005.

[329] vgl. BKS 6.10.2003, GZ 611.092/007-BKS/2003.

[330] BKS 24.09.2007, GZ 611.143/0001-BKS/2007.

a) Lokalbezug im Wortprogramm

Die Bedachtnahme auf die Interessen im Verbreitungsgebiet durch das Wortprogramm kann vielfältig erfolgen. Regelmäßig werden Serviceelemente wie Wetter- und Verkehrsinformationen oder Lokalnachrichten standardmäßig angeboten. Die Einbindung von Hörern in Form von Gewinnspielen oder Musikwünschen ist ebenso oft in Programmkonzepten vorgesehen.

Ein hohes Maß an Lokalbezug wird mE durch Talksendungen (oder sonstiger Aufbereitung regionalbezogener Themen) verwirklicht, in diesen ist der Wortanteil der Hörereinbindung höher einzuschätzen. Live-Einstiege bei lokalen Ereignissen durch Moderatoren vor Ort sind ebenfalls zur Herstellung von Lokalbezug geeignet, auch Off-Air Aktivitäten des Rundfunkveranstalters (Kooperationen mit Bandwettbewerben, Bürgerinitiativen etc.) sind ebenfalls denkbar.

b) Lokalbezug im Musikprogramm

Im Musikprogramm prüft die Rsp zunächst, inwieweit lokale und regionale Interpreten berücksichtig werden. In einem zweiten Schritt wird gelegentlich geprüft, inwieweit österreichische Musik gesendet wird. Auch Übertragungen von lokalen Musikfestivals, aus Diskotheken oder Clubs werden als Lokalbezug von Musikprogramm gewertet.[331] Die Einbindung lokaler Musik bzw eine Off-Air Zusammenarbeit mit der lokalen Musikszene wird daher als Lokalbezug des Musikprogramms gelten müssen.

Die oft vorgebrachte Orientierung der Musiktitelrotation an Hörerpräferenzen (empirische Umfragen über bevorzugte Musik) ist nach Auffassung des BKS keine Besonderheit des Programms im Hinblick auf den Lokalbezug.[332]

Die Erhebung von Hörerpräferenzen hinsichtlich des Musikprogramms stellt mE zwar prinzipiell schon (eine von mehreren) Möglichkeit der Bedachtnahme auf lokale Interessen dar, es wird schließlich das Musikprogramm nachfrageseitig angepasst. Schwierig ist aber die Bewertung von Marktforschungstätigkeiten und daraus resultierende Anpassungen des Programms (deren Zulässigkeit im Rahmen des § 28a PrR-G dazu noch gesondert zu beurteilen ist, wenn zu weit reichende Änderungen vollzogen werden) als zukünftige Maßnahmen. Deren Folgen sind zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung nicht konkret abschätzbar. Über die zukünftige Entwicklung zB des Musikgeschmacks kann die Regulierungsbehörde auch keine Ermittlungen anstellen. Die Berücksichtigung der Orientierung der Musiktitelrotation an Hörerpräferenzen als Maßnahme zur Verwirklichung von Lokalbezug ist im Auswahlverfahren deshalb schwierig. Sie kann sich zu diesem Zeitpunkt nur auf die Zurkenntnisnahme der Zusicherung, eine

[331] KOA 1.200/08-002; KOA 1.301/07-026.
[332] vgl BKS 31.03.2008, GZ 611.074/0005-BKS/2008.

Orientierung an Hörerpräferenzen in Zukunft durchzuführen, beschränkten. Damit wird dieser Aspekt entwertet, weil eine solche Behauptung rasch aufgestellt werden kann, ihre Kontrolle in der Praxis aber schwierig sein wird.

Die Zielgruppe des Programms ist übrigens nach der zutreffenden Rsp für den Lokalbezug nicht entscheidend, ansonsten müsste *„ein Programm, das eine Zielgruppe von 14-70 hätte, zwingen auch einen hohen Lokalbezug haben, was nicht ernstlich vertreten werden kann“*.[333]

c) Lokalbezug durch Personen

In der Rsp bislang keinen nennenswerten Niederschlage gefunden hat die Möglichkeit, Lokalbezug durch Moderatoren bzw mittels Programmgestaltung durch Ortsansässige zu verwirklichen. Dabei wird insbesondere hinsichtlich von regional/lokal bekannten Personen ein hoher Wiedererkennungswert gegeben sein, wenn diese als Moderatoren auftreten. Auch Bürgerpartizipation an der Programmgestaltung ist mE geeignet, Lokalbezug durch Einfließen lassen der Interessen der Bevölkerung in das Programm zu bewirken.

4. Sitz des Veranstalters

Überlegungen zum Sitz eines Hörfunkveranstalters sind nach dem PrR-G im Hinblick auf die Auswahlentscheidung eigentlich nicht von Relevanz. Die Ursache der diesbezüglichen Ausführungen in der Rsp dürfte in Parteienvorbingen zu suchen sein. Sie hängen eng mit dem Lokalbezug des Programms bzw dem Vorliegen von Medienverbünden zusammen. Die jüngere Rsp relativiert die Bedeutung des Sitzes des Hörfunkveranstalters regelmäßig[334], sodass von keiner entscheidenden Relevanz dieses Aspekts ausgegangen werden muss.[335]

Die grundsätzliche Überlegung, dass ein Hörfunkveranstalter mit Sitz bzw Studio im Versorgungsgebiet den Hörern „näher“ ist und deshalb das Programm einen höheren Lokalbezug aufweisen kann, ist nachvollziehbar. Allerdings kann durch geeignete Maßnahmen (zB Einbindung freier Redakteure aus dem Versorgungsgebiet, Entsendung von Redakteuren in das Versorgungsgebiet) auch ausreichend Lokalbezug hergestellt werden. Die zusätzliche Berücksichtigung des Sitzes des Hörfunkveranstalters ist daher mE nicht notwendig. Ein solches Kriterium würde auch nicht im Versorgungsgebiet ansässige Hörfunkveranstalter unverhältnismäßig benachteiligen, welche eine Sitzverlegung oder Gesellschaftsgründung im Versorgungsgebiet vornehmen müssten, um Chancengleichheit zu wahren.

---

[333] BKS 03.06.2003, GZ 611.120/001-BKS/2003.

[334] zB BKS 31.03.2005, GZ 611.150/0002-BKS/2004, 23.06.2006, GZ 611.096/0001-BKS/2006.

[335] vgl die weiteren Entscheidungen zu Sitz und Gesellschafterstruktur bei Kogler/Traimer/Truppe, 378 ff.

5. Förderung neuer Anbieter

In Verfahren „Wien 92,9 MHz“ hat die KommAustria begründend auf § 2 Abs 2 Z 1 KOG zurückgegriffen.[336] Aus dieser Bestimmung geht Förderung des Marktzutrittes neuer Anbieter als Ziel der Verwaltungsführung durch die Regulierungsbehörden hervor.

In der zitierten Entscheidung wird zunächst die Ansicht vertreten, die Zielsetzung des § 2 Abs 2 Z 1 KOG würde den Zielen des PrR-G weitgehend entsprechen und deshalb zur Auslegung der Bestimmungen des PrR-G oder zur Ausfüllung eines bestehenden Ermessensrahmens heranzuziehen. Das KOG betone die *„Förderung des Marktzutritts, impliziert also einen wettbewerbsorientierten Ansatz für die Vergabe knapper Ressourcen, wie es die mit der Zulassung zur Hörfunkveranstaltung verbundenen Bewilligungen zur Nutzung des Frequenzspektrums sind“*. Die KommAustria hat sohin diesen Aspekt zu Lasten des bisherigen (vorläufigen) Zulassungsinhabers berücksichtigt.

Der BKS hat sich zu dieser Gesetzesauslegung anlässlich der Berufungsentscheidung[337] nicht geäußert, der VwGH hat allerdings bestätigt, dass die diese Zielvorgabe des KOG für die Regulierungsbehörden maßgeblich ist.[338] Dadurch, dass die Regulierungsbehörden zur Erteilung von Zulassungen für die Veranstaltung von Rundfunk berufen sei, wären auch die entsprechenden Zielsetzungen *„für die … Behörde maßgeblich“*.

Mit der Novelle BGBl I 97/2004 wurde in § 1 PrR-G ein neuer Absatz 2 eingefügt, welcher die Weiterentwicklung des dualen Rundfunksystems durch Förderung des privaten Hörfunks als Zweck des PrR-G bezeichnet. Die EB schweigen sich allerdings zu diesem gesetzlich normierten Telos ebenso aus, wie bislang die Spruchpraxis der Regulierungsbehörden.

Überzeugend ist zunächst, dass auch an und für sich (eher) dem Organisationsrecht zuzurechnende Normen Einfluss auf die Auswahlentscheidung haben können, da Prognoseentscheidungen auch durch Verfahrensrecht determiniert sind.[339] Besteht ein Kriterium der Förderung neuer Anbieter, steht dieses in einem Spannungsverhältnis mit § 6 Abs 2 PrR-G. Wie bereits dargelegt, verfolgt § 6 Abs 2 PrR-G zumindest teilweise auch die Zielsetzung der Investitionssicherung. Nun würde in einem Zulassungsverfahren der bisherige Zulassungsinhaber immer auf § 6 Abs 2 PrR-G, den Aspekt der Bevorzugung des etablierten Veranstalters verweisen, während andere Zulassungswerber die Förderung ihres Marktzutrittes als neue

---

[336] KOA 1.700/01-22.

[337] BKS 14.12.2001, GZ 611.172/007-BKS/2001 mit wesentlichen Ausführungen zur Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Auswahlentscheidung.

[338] VwGH 15.09.2004, Zl 2002/04/0142 .

[339] Raschauer, Rz 704.

Anbieter betonen würden. Schlussendlich würde eine Pattsituation die Folge sein. Fraglich ist zudem auch, wer „neuer Anbieter“ ist. Abgesehen davon, dass es der bisherige Zulassungsinhaber nicht sein kann, wäre es für andere Zulassungswerber leicht möglich, durch Gründung einer weiteren Gesellschaft als „neu“ am Markt aufzutreten. Um derartige Umgehungen zu vermeiden müssten hinsichtlich angeblicher „neuer Anbieter“ zunächst Überprüfungen der Gesellschafterstruktur und der handelnden Personen vorgenommen werden, um diese Frage beurteilen zu können.

Der VfGH bezeichnet im Übrigen das Ziel, neue private Rundfunkanbieter neben dem öffentlich rechtlichen Rundfunk zu fördern und die Meinungs- und Medienvielfalt in Österreich zu sichern, als im zwingenden öffentlichen Interesse gelegen.[340] Allerdings traf der Gerichtshof diese Aussage angesichts eines Rechtsstreites zwischen einem privaten Fernsehveranstalter und dem ORF.

ME ist die Bestimmung des § 2 Abs 2 Z 1 KOG denn auch im Zusammenhang *dualer Rundfunk* zu verstehen. Die Regulierungsbehörde hat den Marktzutritt neuer Anbieter gegenüber dem ORF als Marktbeherrscher zu fördern. Ein Rekurrieren auf die Bestimmung des § 2 Abs 2 Z 1 KOG ist deshalb im Zulassungsverfahren verfehlt, da bereits zu dessen Beginn feststeht, dass nur ein Bewerber als „neuer Anbieter“ in den Wettbewerb mit dem ORF treten wird. Wenn § 2 Abs 2 Z 1 KOG den Zweck hat, mehr Wettbewerb gegenüber dem ORF zu fördern ist diese Bestimmung für den direkten Vergleich zweier privater Rundfunkveranstalter daher nicht heranzuziehen. Es kann schließlich dem Gesetzgeber auch nicht unterstellt werden, § 6 Abs 2 PrR-G gleichsam relativiert zu haben. Die Rsp dürfte daher zu Recht (wenn auch nicht ausdrücklich) wieder von der Einbeziehung von § 2 Abs 2 Z 1 KOG abgegangen sein.

6. Spartenprogramme

§ 6 Abs 1 PrR-G erwähnt Spartenprogramme. Spartenprogramme richten sich im Unterschied zu Vollprogrammen nur an eine eingeschränkte, genau definierte Zielgruppe oder weisen im Wesentlichen gleiche Inhalte auf (§ 16 Abs 6 PrR-G, welcher jedoch nur Programme mit gleichartigen Inhalten als Spartenprogramme bezeichnet). In Österreich vertreten sind zB „Radio Maria“ (christliches Spartenprogramm) und „Truckradio“ (Radio Starlet Programm und Werbegesellschaft, Sparte Country-, Western- und Rockmusik insbesondere für Fernfahrer).

a) Definition

Der VwGH erblickt in einem Spartenprogramm ein inhaltlich spezialisiertes Programm iSd § 16 Abs 6 PrR-G *(„Programme, die auf im*

[340] VfGH 17.12.2002, B 1657/2002.

wesentlichen gleichartige Inhalte … beschränkt sind“), ohne näher zu differenzieren.[341] Auf die Bezeichnung des Zulassungswerbers dürfte es nicht ankommen. Eine inhaltliche Betrachtung des geplanten Programms ist erforderlich, ausschlaggebend ist das Wortprogramm.[342] Die Beurteilung, ob ein Spartenprogramm vorliegt, ist Rechtsfrage.

b) Anforderungen an Spartenprogramme

§ 6 Abs 1 Z 1 letzter Halbsatz PrR-G legt Spartenprogrammen im Auswahlverfahren eine besondere Hürde vor. Gegenüber Vollprogrammen soll einem Spartenprogramm nach Intention des Gesetzgebers nur dann der Vorzug gegeben werden, wenn *"im Hinblick auf das bereits bestehende Gesamtangebot an nach diesem Bundesgesetz verbreiteten Programmen"* von dem beantragten Spartenprogramm *"ein besonderer Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet"* zu erwarten ist.

Um die Chancen eines Spartenprogramms im Auswahlverfahren gegenüber Vollprogrammen zu wahren, ist der Antragsteller gezwungen, den besonderen Beitrag zur Meinungsvielfalt entsprechend darzulegen. Die Rsp hat bislang Konkretisierungen v.a. hinsichtlich von Anträgen der zwei obgenannten Rundfunkveranstalter vorgenommen. Insgesamt ist der Erfolg von Spartenprogrammen bislang noch gering.

c) Spartenprogramme im Auswahlverfahren

Der BKS hat grundsätzlich bereits erkannt, dass eine hohe Anzahl bereits in einem Versorgungsgebiet veranstalteter Vollprogramme nicht zwingend zur Zulassung von Spartenprogrammen führen muss.[343]

Der VwGH fordert von Antragstellern, welche ein Spartenprogramm planen, zumindest ein Vorbringen, inwieweit deren in Aussicht genommenes Programm einen Beitrag zur Meinungsvielfalt leistet, *„der über das im Allgemeinen zu erwartende Ausmaß erheblich hinausgeht“*.[344] Nicht ausreichend ist die bloße Darstellung, ein derartiges Programm wäre noch nicht vorhanden bzw unterscheide sich maßgeblich von den bislang im Versorgungsgebiet verbreiteten Programmen anderer privater Hörfunkveranstalter. Auch wenn diese Angaben zutreffend sind, resultiert daraus nach Ansicht des VwGH nicht, dass ein besonderer Beitrag zur Meinungsvielfalt geleistet wird.[345] Notwendig sei vielmehr *„etwa“*, dass im bestehenden Programmangebot des Versorgungsgebietes ein Mangel an

[341] VwGH 21.04.2004, Zl 2002/04/0006.
[342] BKS 21.01.2008, GZ 611.080/0001-BKS/2007.
[343] BKS 23.06.2006, GZ 611.096/0001-BKS/2007.
[344] VwGH 21.04.2004, Zl 2002/04/0006.
[345] stRsp VwGH zB VwGH 24.05.2006, Zl 2004/04/0024; 28.07.2004, Zl 2003/04/0172; 30.06.2004, Zl 2002/04/0153.

Meinungen gegeben wäre, dem durch das Spartenprogramm abgeholfen würde.[346]

Auch wenn der VwGH nur exemplarisch von der „Behebung“ von Mängeln an Meinungen in Versorgungsgebieten als Möglichkeit eines Beitrag zur Meinungsvielfalt im besonderen Ausmaß spricht, ist diese Ansicht doch bedenklich. Ein Beitrag zur Meinungsvielfalt kann durch ein entsprechendes Konzept des Zulassungswerbers bewirkt werden. Dass im Versorgungsgebiet ein Mangel an Meinungen vorliegt, den der Spartenprogrammanbieter füllen und damit die besondere Hürde des § 6 Abs 1 PrR-G nehmen kann, liegt nicht in dessen Disposition. Die Erfolgsaussichten werden dermaßen von nicht der Disposition des Zulassungswerbers abhängigen äußeren Umständen maßgeblich beeinflusst. Fraglich ist überhaupt, wie bzw anhand welcher Umstände ein Mangel an Meinungen ermittelt werden kann. Einfacher wäre es, die Festmachung an Mängeln an Meinungen im Versorgungsgebiet aufzugeben.

§ 16 PrR-G, der die Programmgrundsätze normiert fordert zwar für Spartenprogramme, dass diese gerade keinen Lokalbezug herstellen müssen. Ausgehend von einer Entscheidung des BKS, welche den (mangelnden) Lokalbezug von Spartenprogrammen im Auswahlverfahren berücksichtigt hatte, hat der VwGH aber eine Rechtsprechungslinie eröffnet, wonach auch bei Spartenprogrammen der Lokalbezug beachtlich sein soll.[347] Die Einbeziehung des Lokalbezuges eines Spartenprogramms kann allerdings aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht abgeleitet werden. Der VwGH[348] sieht die Grundlage für die Berücksichtigung in der Zielsetzung der Bedachtnahme auf das öffentliche, kulturelle und wirtschaftliche Leben im Versorgungsgebiet bei der Programmgestaltung des PrR-G und führt ausdrücklich § 16 Abs 2 PrR-G an, obwohl gerade § 16 Abs 4 diese Bestimmung hinsichtlich von Spartenprogrammen für unanwendbar erklärt. Die Auffassung der Regulierungsbehörden ist daher zumindest hinsichtlich der Begründung zu hinterfragen.

Eine unklare Situation könnte dahingehend entstehen, dass in einem Versorgungsgebiet noch gar keine privaten Hörfunkprogramme verbreitet werden (was angesichts der Abdeckung der derzeit tätigen Rundfunkveranstalter jedoch unwahrscheinlich ist). In diesem Fall gäbe es gar kein Programm, welches als bestehendes Marktangebot Grundlage der Bemessung des „besonderen“ Beitrages zur Meinungsvielfalt sein könnte. Diesfalls ist wohl anzunehmen, dass einem Vollprogramm in der Regel der Vorzug einzuräumen wäre. Der Beitrag von Vollprogrammen zur Meinungsvielfalt muss nämlich grundsätzlich höher eingeschätzt werden, da

[346] VwGH 21.04.2004, Zl 2002/04/0156.
[347] VwGH 30.06.2004, Zl 2003/04/0133, 24.05.2006, Zl 2004/04/0024.
[348] VwGH 30.06.2004, Zl 2003/04/0133.

Vollprogramme nicht vom Konzept einer inhaltlichen Einschränkung ausgehen. Unter Umständen kann diese Wertung aber auch anders ausfallen, wenn etwa das Spartenprogramm ein signifikant höheres Ausmaß eigengestalteter Beiträge aufweist.

7. Bisherige Tätigkeit als Hörfunkveranstalter[349]

Bei allen Zulassungswerbern sind im Ermittlungsverfahren bisher gegenüber einem Zulassungswerber festgestellte Rechtsverletzungen zu ermittelten. Diese können im Zuge der Auswahlentscheidung berücksichtigt werden. Hierbei gelten dieselben Grundsätze, wie bereits unter IV.C.5 angeführt.

8. Optimale Nutzung des Frequenzspektrums

Ausgehend von einer Berufungsentscheidung des BKS aus 2001 zum Versorgungsgebiet „Bezirke Völkermarkt und Wolfsberg“ sind Aussagen zur Berücksichtigung des Ausmaßes der Nutzung der ausgeschriebenen Frequenzen getroffen worden. Im Verfahren gab ein Zulassungswerber an, aus ökonomischen Gründen (geringe Reichweite, hohe Kosten) nicht alle ausgeschriebenen Frequenzen bedienen zu wollen. Der BKS hat die Zulassung in Abänderung der Entscheidung erster Instanz trotzdem erteilt.[350]

Der VwGH hat sich in einer ersten zu diesem Verfahren ergangenen E dahingehend geäußert, dass in der Auswahlentscheidung die lückenlose Nutzung aller zur Verfügung stehenden Übertragungskapazitäten als eine der Zielsetzungen des PrR-G zu beachten sei. Der VwGH leitet diese Ansicht aus den Regelungen bezüglich Erlöschen der Zulassung bei Nichtausübung des Sendebetriebes (§ 3 Abs 3 Z 1 PrR-G) sowie der Möglichkeit der Entziehung von ungenutzten Übertragungskapazitäten (§ 11 PrR-G) her. Nach Auffassung des VwGH werde deshalb ein Zulassungswerber, der nicht alle ausgeschriebenen Frequenzen zu betreiben gedenke, dieser Zielsetzung weniger gerecht. Dies insbesondere, wenn die nicht beantragten Übertragungskapazitäten im weiteren Verlauf ungenutzt bleiben würden.[351]

Kassiert wurde der Bescheid des BKS im Übrigen, da der BKS die Zulassung auch hinsichtlich der nicht beantragten Frequenzen erteilte und die Frage der Nutzung des Frequenzspektrums nicht in die Auswahlentscheidung miteinbezogen hatte. Der BKS hat allerdings 2005 einen im Spruch gleich lautenden Ersatzbescheid erlassen.[352] Das gegen diesen Bescheid angestrengte

[349] siehe auch die Ausführungen zu § 6 Abs 2 PrR-G unter IV.C.5.
[350] BKS 22.04.2002, GZ 611.037/001-BKS/2002.
[351] VwGH 25.02.2004, Zl 2002/04/0157.
[352] BKS 25.04.2005, GZ 611.037/0004-BKS/2004.

Beschwerdeverfahren endete in Folge Zurückziehung der Beschwerde ohne Sachentscheidung.[353]

Aus der bislang veröffentlichten Spruchpraxis ist ersichtlich, dass die Frage der Nutzung des Frequenzspektrums seither keine in Erscheinung tretende Rolle eingenommen hat. Es dürfte sich bei der angeführten Situation um einen Einzelfall gehandelt haben. Aufgrund der eindeutigen Ansicht des VwGH ist trotzdem dieses Kriterium im Verfahren wenn notwendig zu berücksichtigen. In praxi resultiert aus der Rechtsansicht des VwGH die Notwendigkeit für Zulassungswerber, den Antrag nicht auf ausgewählte Übertragungskapazitäten einzuschränken.

Die Formulierung der optimalen Nutzung des Frequenzspektrums als Aspekt der Auswahlentscheidung durch den VwGH begründet sich auf den Wortlaut von § 6 Abs 1 Z 1 PrR-G („*…Zielsetzungen dieses Gesetzes am besten gewährleistet…*“). Nicht ins Treffen geführt werden kann dabei allerdings die Rsp des VfGH zur Auswahlentscheidung. Nach Ansicht des VfGH ist die Auswahlentscheidung nämlich ergänzend zu § 6 PrR-G auf Grundlage der §§5, 7, 8, 9, 16 und 17 PrR-G zu treffen.[354] Die durch den VwGH angeführten §§ 3 und 11 PrR-G sind in dieser Aufzählung nicht enthalten.

Die Ansicht des VwGH steht weiters in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den Regelungen über einen wirtschaftlichen Hörfunkbetrieb. ME ist es dem Hörfunkveranstalter nicht zumutbar, lediglich aufgrund der Notwendigkeit der Chancenwahrung im Auswahlverfahren wirtschaftlich unrentable Funkanlagen zu betreiben, zumindest wenn diese von nur untergeordneter Bedeutung für das Versorgungsgebiet sind. Von der Berücksichtigung derartiger Umstände im Auswahlverfahren sollte daher abgegangen werden, da sie schlussendlich nur finanzkräftige Zulassungswerber bevorzugen.

V. Ausgewählte verfahrensrechtliche Problemkreise

Oftmals scheitern Anträge von Zulassungswerbern aufgrund geringer, aber doch im Endeffekt wesentlicher Fehler. In der ersten Instanz ist beispielsweise Hauptaugenmerk auf die Erbringung bzw Glaubhaftmachung aller Angaben zu richten, im Hinblick auf die Auswahlentscheidung ist ein detailliertes, sich von den anderen Zulassungswerbern abhebendes Vorbringen unabdingbar. Im Berufungsverfahren muss die Position des Berufungsgegners erschüttert werden. Gleichzeitig muss der Berufungswerber glaubhaft machen, dass sein geplantes Programm den Zielsetzungen des PrR-G besser gerecht

[353] VwGH 28.3.2008, Zl 2005/04/0125, Nachweis http://www.rtr.at/de/rf/KOA1218-01-45-ZulassungUnterkaernten.
[354] VfGH 25.09.2002, B 110/2002 ua.

wird. Beschwerdeverfahren vor den Höchstgerichten sind durch eine überlange Verfahrensdauer gekennzeichnet.

A. Erfolgsfaktoren des Auswahlverfahrens

1. Antragsfrist

§ 13 Abs 2 PrR-G sieht eine Fristsetzung durch die Regulierungsbehörde vor. Innerhalb der mindestens zwei Monate umfassenden ausgeschriebenen Frist können Anträge auf Zuordnung der Übertragungskapazität zu einem bestehenden Versorgungsgebiet oder auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im ausgeschriebenen Versorgungsgebiet gestellt werden. Anträge müssen regelmäßig zu einem bestimmten Stichtag sowie längstens zu einer definierten Uhrzeit (meist 13.00 oder 14.00 Uhr) als letzten Zeitpunkt der Antragstellung bei der Behörde eingelangt sein. Verspätet eingelangte Anträge werden zurückgewiesen. Der Zeitpunkt wird unter einem mit der Ausschreibung des Versorgungsgebietes festgelegt und verlautbart.

Der BKS hat diesbezüglich erkannt, dass es sich bei der Antragsfrist um eine materiellrechtliche Frist handelt.[355] Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 71 AVG) gegen die Versäumung der Antragsfrist ist deshalb nicht möglich. Daher ist bei einer Ausschreibung von Übertragungskapazitäten ein nach Ablauf der Bewerbungsfrist gestellter Antrag nicht mehr zu berücksichtigen und größte Vorsicht hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Einbringung geboten.

Hinsichtlich der Rechtzeitigkeit des Antrages ist auf die Formfreiheit des Verwaltungsverfahrens zu verweisen. Die Behörde hat Anträge in jeder Form entgegenzunehmen, zu deren Empfang sie in der Lage ist. Hinsichtlich der KommAustria ist die Einbringung des Antrages per Post, persönliche Übergabe, Email oder Telefax möglich.[356] Insbesondere die Einbringung per Email kann einer drohenden Versäumung eventuell abhelfen. Erschwert wird der rechtzeitige und Erfolg versprechende Zugang zum Auswahlverfahren zudem durch die sogleich zu behandelnde restriktive Rsp des VwGH zu Änderungen und Nachreichungen nach dem Ablauf der Antragsfrist.

2. Antragsänderungen

Ausgehend von zwei Entscheidungen des VwGH aus dem Jahr 2004 hat sich eine umfangreiche Spruchpraxis hinsichtlich der Zulässigkeit von Änderungen des verfahrenseinleitenden Antrages entwickelt.[357]

---

[355] BKS 18.10.2007, GZ 611.011/0003-BKS/2007.
[356] RTR, Informationen für Antragsteller, 2.
[357] Detailliert Kogler/Traimer/Truppe, 368 f.

Grundsätzlich können Anträge im Verwaltungsverfahren insoweit abgeändert werden, als keine wesentliche Antragsänderung vorliegt (§ 13 Abs 8 AVG). Da dem Berufungsverfahren ein Neuerungsverbot fremd ist, können Antragsänderungen auch während des Berufungsverfahrens zulässigerweise erfolgen. Wesentliche Antragsänderungen sind aber unzulässig und von der Behörde nicht zu berücksichtigen.[358] Die ansonsten hM, dass wesentliche Antragsänderungen als konkludente Antragszurückziehung unter Stellung eines neuen, nämlich des geänderten Antrages[359] zu interpretieren sind, ist in diesem Fall aufgrund der Fristgebundenheit des Begehrens nicht zielführend.

Der VwGH hatte sich im Anlassfall[360] mit einer nach Antragseinbringung erfolgten Änderung des Gesellschaftsvertrages zu befassen. Erst durch die Änderung konnte die Vorkehrung gemäß § 5 Abs 2 Z 2 PrR-G iVm § 7 Abs 4 PrR-G idF BGBl I Nr 20/2001 im Gesellschaftsvertrag nachgewiesen werden. Des BKS ging davon aus, dass es sich um noch zulässiges Berufungsvorbringen handle. Der VwGH ging in weiterer Folge jedoch davon aus, dass alle Änderungen wesentlich im Sinn des § 13 Abs 8 AVG sind, die überhaupt Einfluss auf den Zugang zur Auswahlverfahren bzw auf die zu treffende Auswahlentscheidung haben können. Diese Ansicht wurde in der Folgejudikatur bestätigt.[361]

Diese Rsp kommt in praxi einer weitgehenden Präklusion von Vorbringen gleich, welches über den ursprünglich gestellten Antrag wesentlich hinausgeht. Obwohl die Anlassregelung des § 7 Abs 4 PrR-G inzwischen novelliert wurde, erweist sich generell als wichtig, mittels des Antrages den Zugang zur Auswahlentscheidung sicherzustellen. Diesbezügliche Mängel können aufgrund der Rsp zur Antragsänderung nicht saniert werden. Hinsichtlich des geplanten Programms bzw der geplanten Aktivitäten wird wohl eine Konkretisierung in der mündlichen Verhandlung noch möglich sein müssen.

3. Fernmeldetechnisches Gutachten

Im Verfahren erster Instanz wird regelmäßig ein Amtsachverständiger aus dem Fernmeldewesen beigezogen. Das Gutachten dient primär einerseits der Beurteilung, ob eine gemäß § 9 PrR-G unzulässig Konstellation entstehen könnte. Andererseits beurteilt der Gutachter die technische Realisierbarkeit des Konzeptes des Zulassungswerbers.

Sofern andere Hörfunkprogramme im Versorgungsgebiet verbreitet werden bzw Hörfunkprogramme benachbarter Versorgungsgebiete empfangbar sind, muss deren Empfangbarkeit festgestellt und quantifiziert werden. Unrichtige oder fehlende Angaben des Gutachtens sind zweckmäßigerweise in der mündlichen Verhandlung zu rügen, damit der

[358] VwGH 15.09.2004, Zl 2002/04/0148 bzw 2003/04/0013.
[359] Thienel, Verwaltungsverfahren, 112.
[360] VwGH 15.09.2004, Zl 2002/04/0148 bzw 2003/04/0013.
[361] VwGH 30.06.2006, Zl 2003/04/0185; 15.09.2006, Zl 2005/04/0120.

Sachverständige ein Ergänzungsgutachten erstellen kann. Falsche Übernahmen des Sachverständigengutachtens in die Feststellungen können ebenso im Rechtsmittelverfahren aufgegriffen werden, wie ein falsches Gutachten an sich. Diesfalls muss dem Gutachten gleichwertig entgegengetreten werden[362], was praktisch nur mit einem anders lautenden Privatgutachten möglich sein wird.

4. Angaben zum geplanten Programm

Für gewöhnlich zieht die Regulierungsbehörde als Grundlage der Auswahlentscheidung den Antrag des Zulassungswerbers samt allfälligem weiterem Vorbringen sowie die Angaben in der mündlichen Verhandlung heran. Der BKS hat diesbezüglich im Kontext des geplanten Programms festgehalten, dass es nicht darum geht *„eine Bewerbung mit möglichst langen Ausführungen zu untermauern, aber es auch nicht überraschen kann, dass eine Bewerbung umso mehr Chancen hat, je konkreter die Darstellung der geplanten Inhalte erfolgt.“*[363]

Daraus ergibt sich zunächst, dass die Regulierungsbehörde mit dem allerdings schwer abzuschätzenden notwendigem Ausmaß an konkreter Information über das geplante Programm versorgt werden muss. Inhaltsleere Ausführungen oder Wiederholungen sollten wohl vor dem Hintergrund dieser Ausführungen vermieden werden. Ebenso muss vor Falschbezeichnungen oder ersichtlich übertriebenen Angaben dringend abgeraten werden, da solche die Regulierungsbehörde dazu veranlassen könnte, dass eine gesicherte Prognose nicht vertreten werden kann.

B. Rechtsmittelverfahren

Dem Rechtsmittelverfahren gemäß AVG ist ein Neuerungsverbot fremd. Trotzdem sind die Möglichkeiten des Rechtsmittelwerbers aufgrund der bereits dargestellten Rsp zu Antragsänderungen in praxi eingeschränkt.

Der BKS ist grundsätzlich befugt, die eigene Ansicht anstelle der Entscheidung der KommAustria zu setzen (§ 66 Abs 4 AVG). Der BKS hat über die Berufung ebenso grundsätzlich ein selbständiges Ermittlungsverfahren zu führen. In der Praxis beschränkt sich das Berufungsverfahren den Entscheidungen zufolge auf ein reines Aktenverfahren. Den veröffentlichten Bescheiden des BKS ist weiters zu entnehmen, dass mündliche Berufungsverhandlungen in der Regel nicht abgehalten werden. Es empfiehlt sich daher, Beweise möglichst in Form von Urkunden unter einem mit der Berufung vorzulegen.

---

[362] BKS 25.04.2005, GZ 611.079/0001-BKS/2004.

[363] BKS 18.06.2007, GZ 611.176/0003-BKS/2007; 18.10.2007, GZ 611.119/0001-BKS/2007.

In diesem Zusammenhang ist weiter festzustellen, dass in erstinstanzlichen Zulassungsbescheiden regelmäßig die Suspensivwirkung der Berufung ausgeschlossen wird (die Grundlage dafür bietet § 64 Abs 2 AVG). Der Sendebetrieb kann daher durch die im erstinstanzlichen Bescheid bezeichnete Partei ab dem festgelegten Zeitpunkt aufgenommen werden. Daraus resultiert mit Sicherheit eine Motivation, erstinstanzliche Entscheidungen aufgrund der Kraft des Faktischen zu bestätigen. Die Zahl erfolgreicher Berufungen gegen Auswahlentscheidungen ist tatsächlich gering.

Das PrR-G sieht zwar spezifische Rechtsfolgen im Fall der Kassation einer Entscheidung des BKS durch den VwGH vor, nicht jedoch Regelungen für den Fall der Abänderung oder Kassation der erstinstanzlichen Entscheidung durch den BKS. Es spricht allerdings einiges dafür, die Regelung hinsichtlich des VwGH für den Fall der Abänderung oder Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung durch den BKS analog anzuwenden, da der zu bewältigende Sachverhalt ident ist. In praxi wird ohnehin mit einer VfGH/VwGH – Beschwerde zu rechnen sein, mit welcher die Möglichkeit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung verbunden ist, welche in diesem Fall üblicherweise zuerkannt werden wird.

1. Bundeskommunikationssenat

a) Berufungsvorbringen - Hervorheben des eigenen Programmangebotes

Oftmals scheitern Berufungen deshalb, da der Rechtsmittelwerber zwar ausführlich die Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Bescheides rügt, nach Ansicht des BKS nicht hervorhebt, inwieweit das Programm des Berufungswerbers den Zielsetzungen des PrR-G besser entspricht. Daraus ergibt sich die praktische Notwendigkeit, auch im Berufungsverfahren das geplante Programm besonders hervorzuheben und darzulegen, dass damit den Zielsetzungen des PrR-G besser entsprochen wird. Der BKS hat allerdings bereits mehrfach zum Ausdruck gebracht, dass ein überlanges Berufungsvorbringen nicht als besonders zielführend angesehen wird.[364]

Der VwGH hat sich dieser Spruchpraxis im Erkenntnis vom 30.06.2006, Zl 2004/04/0070, zumindest indirekt angeschlossen.[365] Der VwGH hat unter anderem das Beschwerdevorbringen zum Programm der Beschwerdegegnerin damit als unbeachtlich qualifiziert, dass *„mit diesem Vorbringen [zeigt] die Beschwerdeführerin aber noch nicht auf, inwieweit ihr Programm vor dem Hintergrund der im Versorgungsgebiet durch Privatradios bereits verbreiteten Programme einen Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet*

[364] BKS 18.06.2007, GZ 611.176/0003-BKS/2007; 18.10.2007, GZ 611.119/0001-BKS/2007.

[365] weiters siehe zB VwGH 15. 9. 2006, Zl 2005/04/0050.

erwarten lasse, der über das im Allgemeinen zu erwartende Ausmaß erheblich hinausgeht.“

Wesentlich ist daher, in jedem Stadium des Rechtsmittelverfahrens Vorbringen dazu zu erstatten, dass durch das eigene geplante Programm den Zielsetzungen des Gesetzes besser entsprochen wird. Im Verfahren vor dem BKS sind dazu auch Neuerungen und weiteres Beweisanbot zulässig, solange nicht eine unzulässige Antragsänderung vorliegt.

b) Festhalten an eigenen Angaben

Die Auswahlentscheidung besteht, wie bereits dargestellt, im Wesentlichen aus der Bewertung der Regulierungsbehörde, bei welchem der Antragsteller die Zielsetzungen des PrR-G besten gewährleistet erscheinen. Vor diesem Hintergrund könnte ein Abrücken von bereits erstatteten Zusicherungen bei der Prognose hinsichtlich des Zulassungswerbers im Sinn einer „Unzuverlässigkeit“ kritisch berücksichtigt werden. Der BKS hat diesbezüglich auch bereits erkannt, dass ein das Vorbringen erster Instanz markant übersteigende Berufungsvorbringen unter Anwendung der Rsp zu Antragsänderungen nicht zu berücksichtigen ist.[366] Von einem erfolgreichen „Nachschieben“ von die eigene Position verbessernden Angaben im Berufungsverfahren kann daher nicht ausgegangen werden. Sehr wohl kann versucht werden, die Glaubwürdigkeit des Berufungsgegners zu erschüttern.

2. Verfassungsgerichtshof

Die Beschwerde an den VfGH ist aufgrund Art 144 B-VG gegen Bescheide des BKS zulässig, sofern die Verletzung eines verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtes behauptet wird. Als hauptsächliche Anfechtungsgründe kommen dabei hauptsächlich Willkür, denkunmögliche Gesetzesanwendung oder qualifizierte Verletzung von Verfahrensvorschriften in Betracht.[367] Sofern der BKS die Entscheidung der KommAustria zu Lasten eines bereits „auf Sendung“ befindlichen Zulassungsinhabers abändert, besteht außerdem die Möglichkeit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde durch den VfGH. Diese wurde, soweit ersichtlich, immer zuerkannt.[368]

Der Anfechtungsgrund der Anwendung einer verfassungswidrigen generellen Norm dürfte mittlerweile ausscheiden. Mittels des Leiterkenntnisses aus 2002 hat nämlich der VfGH infolge der Beschwerde der 92,9 Hit FM Radio GmbH zu § 6 PrR-G (idF BGBl 20/2001) sowie zur Einrichtung des BKS Stellung genommen und den relevanten Bestimmungen des PrR-G

[366] zB BKS 14.10.2005, GZ 611.059/0001-BKS/2005.
[367] Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht, Rz 1202, 1354 ff.
[368] zB VfGH 16.04.2007, B 404/2007.

Verfassungskonformität attestiert.[369] Zur Einrichtung des BKS als Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag durch das KOG, welche von Seiten der Beschwerdeführer mit Verweis auf die Erkenntnisse zur Privatrundfunkbehörde als verfassungswidrig erachtet wurde, hielt der VfGH fest, dass die Einrichtung des BKS als Berufungsbehörde keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegne. Zumindest aus verfassungsrechtlicher Sicht sind damit die handelnden Behörden sanktioniert und es hatte die Unsicherheit nach den zahlreichen VfGH-Erkenntnissen zum RRG ein Ende. Weiters hat der VfGH in demselben E ausdrücklich festgehalten, dass § 6 PrR-G in Verbindung mit den sonstigen bei der Auswahlentscheidung zu berücksichtigenden Bestimmungen (insbesondere § 7 und 10 PrR-G) ein verfassungskonformes variables Beurteilungsschema der lizenzvergebenden Behörde normiert.

Hinsichtlich eines sonstigen Eingriffs durch die Regulierungsbehörden in verfassungsmäßig gewährleistete Rechte muss fallweise geprüft werden, ob eine Beschwerde aussichtsreich erscheint.

3. Verwaltungsgerichtshof

Beschwerden an den Verwaltungsgerichtshof gegen Bescheide des BKS sind gemäß § 11 Abs 3 KOG ausdrücklich zulässig. Sofern der BKS die Entscheidung der KommAustria zu Lasten eines bereits „auf Sendung“ befindlichen Zulassungsinhabers abändert, besteht außerdem die Möglichkeit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde durch den VwGH. Diese wurde, soweit ersichtlich, immer zuerkannt. Die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung zugunsten des unterlegenen Zulassungswerbers hat der VwGH hingegen abgelehnt.[370]

Mit der Einführung der Möglichkeit der Anrufung des VwGH begegnete der Gesetzgeber einem der Kritikpunkte am RRG. Mittelweile sind bereits einige Entscheidungen des VwGH zum PrR-G ergangen, zahlreiche weitere Beschwerden dürften angesichts der mittlerweile umfangreichen Entscheidungen des BKS noch anhängig sind. Der Ansicht der Regulierungsbehörden, dass durch die Judikatur die wesentlichen Aspekte der Auswahlentscheidung bereits konkretisiert wurden, kann - wie bereits dargestellt – allerdings nicht uneingeschränkt beigepflichtet werden. Insbesondere aufgrund der noch anhängigen Beschwerden kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass der VwGH in wesentlichen Fragen des Auswahlentscheidung zu neuen Aspekten oder Rechtsprechungsänderungen gelangt. Auch in Hinkunft ist daher die Beachtung der Judikatur des VwGH unumgänglich.

---

[369] VfGH 25.09.2002, B 110/2002 ua.
[370] VwGH 02.08.2005, AW 2005/04/0033.

Hinsichtlich einer VwGH – Beschwerde ist bedauerlicherweise mit einer überlangen Verfahrensdauer zu rechnen. Die ersten Entscheidungen zu im Jahr 2002 protokollierten Beschwerden ergingen im Jahr 2004. Fälle wie jener der Lokalradio Völkermarkt/Wolfsberg GmbH, auf Grund des Bescheides des BKS[371] aus 2005, Zulassungsinhaber im Versorgungsgebiet „Bezirke Völkermarkt und Wolfsberg“, aber aufgrund der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde gegen den Zulassungsbescheid[372] bis 2008 nicht auf Sendung gehen konnten, mögen die Ausnahme sind. Die lange Verfahrensdauer beim primär zuständigen Höchstgericht trägt aber nicht zu Rechtssicherheit und Weiterentwicklung hinsichtlich des vergleichsweise jungen PrR-G bei.

Auch vor dem VwGH empfiehlt es sich, möglichst sämtliche Aspekte der Zulassungsentscheidung zu bekämpfen. Dass einzelne Aspekte der Auswahlentscheidung unbekämpft bleiben hat den VwGH bereits zu einer ausdrücklichen Feststellung dieser Tatsache veranlasst, was darauf schließen lässt dass der VwGH diesen Umstand kritisch würdigt.[373] Daraus dürfte folgen, dass der VwGH auch dem Umstand Beachtung schenkt, inwieweit eine Auswahlentscheidung als rechtswidrig gerügt wird. Diesbezüglich wird der Grundsatz „je mehr desto besser“ gelten müssen.

Aus demselben E[374] geht im Übrigen hervor, dass der VwGH wie der BKS von der Notwendigkeit ausgeht, dass der Beschwerdeführer dessen Programmangebot als Kontrast und bessere Entsprechung der Zielsetzungen des Gesetzes präsentiert. Zwar ist der VwGH als Instanz der rechtlichen Kontrolle nicht selbst zur Vornahme der Auswahlentscheidung berufen ist. Vor dem Hintergrund der Rsp zu unbestimmten Gesetzesbegriffen kontrolliert der VwGH die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens und ob die durch den BKS vorgenommenen Wertungen gegen Wertungsrichtlinien verstoßen, die aus dem PrR-G abzuleiten sind.[375]

VI. Zusammenfassung

Als Ergebnis kann zunächst festgehalten werden, dass der Gesetzgeber augenscheinlich den Regulierungsbehörden einen große Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Auslegung des PrR-G eingeräumt hat. Die Regulierungsbehörden haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und zahlreiche Kriterien eingeführt, die sich aus § 6 PrR-G zumindest nicht unmittelbar ergeben. Zulassungswerber sind damit mit der Notwendigkeit

[371] BKS 25.04.2005, 611.037/0004-BKS/2004.
[372] Nachweis zB KOA 1.212/07-029, 8.
[373] VwGH 15. 9. 2006, 2005/04/0050; 12.12.2007, 2005/04/0107.
[374] VwGH 15. 9. 2006, 2005/04/0050; 12.12.2007, 2005/04/0107.
[375] Antoniolli/Koja, 256 f.

konfrontiert, die Rsp zur Auswahlentscheidung genau zu kennen, um die Chancen des Antrages abschätzen und verbessern zu können. Auch wenn diesbezüglich der VfGH von der Verfassungskonformität des PrR-G ausgeht, ist doch zumindest zweifelhaft, ob die faktische Ausgestaltungsmöglichkeit durch die Regulierungsbehörden nicht zu weitgehend ist.

Insbesondere die Nachvollziehbarkeit aktueller Entscheidungen der Regulierungsbehörden hinsichtlich der Auswahlentscheidung ist verbesserungswürdig. Ein klarer Kriterienraster, der anlässlich jeder Auswahlentscheidung gewürdigt wird, würde Vergleichbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Auswahlentscheidungen erleichtern. Zulassungswerbern wäre die Möglichkeit eröffnet, ihre Bewerbung anhand der explizit als entscheidungsrelevant ersichtlichen Kriterien auszurichten. Derzeit besteht nämlich latent die Gefahr, dass sich die Regulierungsbehörde in ihrer Entscheidung auf ihr relevant erscheinende Umstände stützt, während andere Aspekte unberücksichtigt bleiben.

Ein klarer Kriterienraster würde zudem eine nachvollziehbare Behördenentscheidung dahingehend ermöglichen, dass die Gewichtung von Kriterien ersichtlich wird.

Auffällig ist die zuweilen schwammige Formulierung der VwGH Erkenntnisse, welche nicht zur Rechtssicherheit beiträgt. Die lange Verfahrensdauer sollte ob der Bedeutung der Materie dringend reduziert werden.

Die Weiterentwicklung der rechtlichen Aspekte der Auswahlentscheidung durch Rsp und Lehre ist als noch nicht abgeschlossen anzusehen. Insbesondere die noch zu ergehenden Entscheidungen des VwGH werden wohl weitere Konkretisierungen der Kriterien der Auswahlentscheidung mit sich bringen.

Irreversibel ist der Strukturwandel in der österreichischen Privatrundfunkszene. Es ist anzunehmen, dass Medienkonzentration auch in Zukunft ein wesentlicher Aspekt in der Regulierungspraxis sein wird. Damit einhergehend ist den Zulassungsbescheiden eine Angleichung der Programmschemata hin zu im Wesentlichen einheitlichen Formatradiokonzepten zu entnehmen. Auch wenn die Regulierungsbehörden bisweilen Präferenz zugunsten alternativer und eigenständiger Anbieter erkennen lassen, sollte doch gegen die Vereinheitlichung des Privatradios in wirksamerer Weise eingeschritten werden.

Schließlich könnte mit eine Medienförderung, wie sie derzeit diskutiert wird, die Abhängigkeit kleiner Hörfunkveranstalter von finanzkräftigen Partnern in Zukunft vermeiden werden und eine wirtschaftlich solide pluralistische Hörfunklandschaft in Österreich entstehen

Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen für privaten Hörfunk erlassen werden
(Privatradiogesetz - PrR-G)
BGBl. I Nr. 20/2001 idF: BGBl. I Nr. 169/2004
(Nichtamtliche inoffizielle konsolidierte Fassung)

1. Abschnitt

Allgemeines

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz regelt die Veranstaltung von Hörfunkprogrammen mittels analoger terrestrischer Übertragungstechniken.

(2) Zweck dieses Bundesgesetzes ist die Weiterentwicklung des dualen Rundfunksystems durch Förderung des privaten Hörfunks.

(3) Hörfunkveranstalter im Sinne dieses Bundesgesetzes bedürfen einer Zulassung.

(4) Das ORF-Gesetz, BGBl. Nr. 379/1984, bleibt unberührt.

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt als

1. Hörfunkveranstalter: wer, mit Ausnahme des Österreichischen Rundfunks, Hörfunkprogramme unter seiner redaktionellen Verantwortlichkeit schafft oder zusammenstellt sowie verbreitet oder durch Dritte verbreiten lässt;
2. Zulassung: die rundfunk- und fernmelderechtliche Bewilligung zur Ausstrahlung eines Hörfunkprogramms in einem Versorgungsgebiet mit Hilfe der zugeordneten Übertragungskapazitäten;
3. Versorgungsgebiet: der in der Zulassung durch Angabe der Übertragungskapazität sowie der zu versorgenden Gemeindegebiete umschriebene geografische Raum;
4. Übertragungskapazität: die technischen Parameter, wie Sendestandort, Frequenz, Leistung und Antennencharakteristik für die terrestrische Ausstrahlung von Hörfunkprogrammen;
5. Doppel- und Mehrfachversorgung: die Nutzung einer Übertragungskapazität, die technisch nicht zwingend zur Versorgung eines Versorgungsgebietes oder für eine Versorgung im Sinne des § 10 Abs. 1 Z 1 notwendig ist;
6. Medieninhaber: ein in- oder ausländischer Inhaber einer Tages- oder Wochenzeitung oder ein in- oder ausländischer Fernseh- oder Hörfunkveranstalter;
7. Medienverbund: zumindest zwei Personen oder Personengesellschaften, darunter jedenfalls ein Medieninhaber, die auf Grund der in § 9 Abs. 4 angeführten Beteiligungs- oder Einflussverhältnisse als miteinander verbunden anzusehen sind.

2. Abschnitt

Zulassung

§ 3. (1) Eine Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms ist von der Regulierungsbehörde auf zehn Jahre zu erteilen. Sie ist bei sonstiger Nichtigkeit schriftlich zu erteilen.

(2) In der Zulassung sind die Programmgattung, das Programmschema und die Programmdauer zu genehmigen, das Versorgungsgebiet festzulegen und die Übertragungskapazitäten zuzuordnen. Die Regulierungsbehörde kann dabei die zur Sicherung der Einhaltung dieses Gesetzes notwendigen Auflagen vorschreiben. Bei Erteilung einer Zulassung an Antragswerber, die keine einheitliche Rechtspersönlichkeit aufweisen, hat die Behörde in der Zulassung anzuordnen, dass der Nachweis der Rechtspersönlichkeit binnen einer Frist von sechs Wochen zu erbringen ist, widrigenfalls die Zulassung als nicht erteilt gilt.

(3) Die Zulassung erlischt,

1. wenn die Regulierungsbehörde nach vorheriger Anhörung des Hörfunkveranstalters feststellt, dass der Hörfunkveranstalter über einen Zeitraum von einem Jahr aus von ihm zu vertretenden Gründen keinen regelmäßigen Sendebetrieb entsprechend der Zulassung ausgeübt hat,
2. durch Widerruf der Zulassung gemäß § 22 Abs. 5,
3. durch Widerruf der Zulassung gemäß § 28,
4. durch Tod oder Erlöschen der Rechtspersönlichkeit des Zulassungsinhabers, nicht aber im Falle einer gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge,
5. im Fall von Zulassungen gemäß Abs. 5 durch Zeitablauf oder durch Widerruf der Zulassung gemäß § 28,
6. durch Verzicht des Zulassungsinhabers.

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

(5) Zulassungen zur Veranstaltung von Hörfunk unter Verwendung von Übertragungskapazitäten, die zum Zeitpunkt des Antrages nicht einem Hörfunkveranstalter oder dem Österreichischen Rundfunk zugeordnet sind, können zur Verbreitung von Programmen erteilt werden, die

1. im örtlichen Bereich einer eigenständigen öffentlichen Veranstaltung und im zeitlichen Zusammenhang damit veranstaltet werden oder
2. für Einrichtungen zur Ausbildung oder Schulung im örtlichen Bereich dieser Einrichtung angeboten werden, wenn die Programme im funktionalen Zusammenhang mit den in diesen Einrichtungen zu erfüllenden Aufgaben stehen.

Zulassungen nach Z 1 können für die Dauer der Veranstaltung längstens für eine Dauer von drei Monaten, Zulassungen gemäß Z 2 für eine Dauer von längstens einem Jahr erteilt werden. Auf derartige Zulassungen finden § 3 Abs. 2 bis 4, §§ 7, 8 Z 2 und 3 sowie, soweit sie sich auf Z 2 und 3 beziehen, Z 4 und 5, § 9, § 16 Abs. 1, 3, 4 und 5, §§ 18 bis 20, § 22 und §§ 24 bis 30 Anwendung. Werbung inProgrammen nach Z 2 ist unzulässig.

(6) Anträge zur Erteilung einer Zulassung gemäß Abs. 5 können jederzeit bei der Regulierungsbehörde eingebracht werden und haben neben einer Darstellung des geplanten Programms eine Darstellung über die geplanten Übertragungskapazitäten sowie der technischen Voraussetzungen zu enthalten. Ferner haben diese Anträge zu enthalten:

1. bei juristischen Personen und Personengesellschaften die Satzung oder den Gesellschaftsvertrag des Zulassungswerbers;
2. Nachweise über die Erfüllung der in den §§ 7, 8 Z 2 und 3 und § 9 genannten Voraussetzungen und Angaben zu den fachlichen, organisatorischen und finanziellen Voraussetzungen.

(7) Wird eine Zulassung vom Verwaltungs- oder vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben und ist dadurch ein Zulassungsinhaber, der den Sendebetrieb bereits aufgenommen hat, nicht weiter zur Ausübung der Zulassung berechtigt, so hat die Regulierungsbehörde auf einen innerhalb von zehn Tagen gerechnet ab Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses einzubringenden Antrag des bisherigen Zulassungsinhabers diesem binnen 21 Tagen ab Einlangen des Antrages eine einstweilige Zulassung (einstweilige Bewilligung) zur Veranstaltung von Hörfunk für das von der bisherigen Zulassung festgelegte Versorgungsgebiet zu erteilen, wenn er die gesetzlichen Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 und der §§ 7 bis 9 für die neuerliche Erteilung der Zulassung offenkundig erfüllt und seine wirtschaftlichen Interessen die Interessen der Partei offenkundig überwiegen, die im Verfahren obsiegt hat, welches zur Aufhebung des Zulassungsbescheides geführt hat. Diese Partei hat auch Parteistellung im über die einstweilige Bewilligung durchzuführenden Verfahren; ihr ist innerhalb einer mit sieben Tagen zu bemessenden Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Auf die einstweilige Bewilligung sind die Bestimmungen der Abs. 1 und 2 sinngemäß anzuwenden. Die einstweilige Bewilligung erlischt mit der neuerlichen Entscheidung über die aufgehobene Zulassung, spätestens aber nach sechs Monaten ab Erteilung der einstweiligen Bewilligung.

(8) In den Fällen des Abs. 7 ist die Veranstaltung von Hörfunk durch den bisherigen Zulassungsinhaber bis zum Ablauf des zehnten Tages ab Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses zulässig. Hat der bisherige Zulassungsinhaber fristgerecht einen Antrag auf einstweilige Bewilligung zur Veranstaltung von Hörfunk gestellt, so hat er das Recht, bis zum Ablauf des Tages der Zustellung der diesen Antrag betreffenden Entscheidung der Regulierungsbehörde Hörfunk in dem Umfang zu veranstalten, der der bisherigen Zulassung entspricht.

Nutzung digitaler Übertragungskapazitäten

§ 4. (1) Die Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk berechtigt auch zur versuchsweisen Verbreitung des in der Zulassung genehmigten Programms zum Zweck der Erprobung digitaler Übertragungstechniken im von der Zulassung erfassten Versorgungsgebiet nach fernmelderechtlicher Bewilligung durch die Regulierungsbehörde.

(2) Die Regulierungsbehörde hat auf Antrag dem Österreichischen Rundfunk und Hörfunkveranstalter im Sinne dieses Bundesgesetzes zur Erprobung digitaler Übertragungstechniken und programmlicher Entwicklungen (Pilotversuche) nach Maßgabe zur Verfügung stehender Übertragungskapazitäten Bewilligungen zu erteilen. Die Bewilligung ist von der Regulierungsbehörde auf höchstens ein Jahr zu befristen und kann auf Antrag jeweils um ein Jahr verlängert werden. Für die dabei verbreiteten Hörfunkprogramme gelten die inhaltlichen Anforderungen und Werberegelungen nach dem 2. und 3. Abschnitt des ORF-Gesetzes, für Hörfunkveranstalter die inhaltlichen Anforderungen und Werberegelungen des 5. Abschnittes des PrR-G.

Antrag auf Zulassung

§ 5. (1) Anträge auf Erteilung einer Zulassung können jederzeit, sofern nicht § 13 zur Anwendung kommt, bei der Regulierungsbehörde eingebracht werden.

(2) Anträge auf Erteilung einer Zulassung haben jedenfalls zu enthalten:

1. bei juristischen Personen und Personengesellschaften die Satzung oder den Gesellschaftsvertrag;

2. Nachweise über die Erfüllung der in den §§ 7 bis 9 genannten Voraussetzungen;
3. eine Darstellung über die für die Verbreitung des Programms geplanten Übertragungskapazitäten, insbesondere den geplanten Sendestandort, die geplante Frequenz, die Sendestärke und die Antennencharakteristik.

(3) Der Antragsteller hat zusammen mit dem Nachweis der Zulassungsvoraussetzungen gemäß Abs. 2 glaubhaft zu machen, dass er fachlich, finanziell und organisatorisch die Voraussetzungen für eine regelmäßige Veranstaltung und Verbreitung des geplanten Programms erfüllt und dass die Programmgrundsätze gemäß § 16 eingehalten werden, dies insbesondere durch Vorlage eines Programmkonzepts und des geplanten Programmschemas sowie des vom Zulassungswerber in Aussicht genommenen Redaktionsstatutes.

(4) Die Regulierungsbehörde kann den Antragsteller im Zuge der Prüfung des Antrages zur Ergänzung seiner Angaben auffordern und insbesondere eine Offenlegung der Eigentumsverhältnisse sowie der Rechtsbeziehungen zu Gebietskörperschaften, Hörfunkveranstaltern und Unternehmen im Medienbereich verlangen.

(5) Der Antragsteller hat die zum Zeitpunkt der Antragstellung um eine Zulassung bestehenden Eigentums- oder Mitgliederverhältnisse zusammen mit dem Antrag sowie alle diesbezüglichen Änderungen binnen 7 Tagen ab Rechtswirksamkeit der Abtretung oder Anteilsübertragung der Regulierungsbehörde mitzuteilen. Stehen Anteile des Antragstellers im direkten oder indirekten Eigentum von Kapitalgesellschaften, Personengesellschaften oder Genossenschaften, so sind auch deren Eigentumsverhältnisse bekannt zu geben, Treuhandverhältnisse sind offen zu legen. Diese Verpflichtungen lassen andere gesetzliche Offenlegungspflichten unberührt.

Auswahlgrundsätze

§ 6. (1) Bewerben sich mehrere Antragsteller, die die gesetzlichen Voraussetzungen (§ 5 Abs. 2 und 3) erfüllen, um eine Zulassung, so hat die Regulierungsbehörde dem Antragsteller den Vorrang einzuräumen,

1. bei dem auf Grund der vorgelegten Unterlagen sowie der Ergebnisse des Verfahrens die Zielsetzungen dieses Gesetzes am besten gewährleistet erscheinen, insbesondere indem insgesamt eine bessere Gewähr für eine größere Meinungsvielfalt geboten wird sowie ein eigenständiges, auf die Interessen im Verbreitungsgebiet Bedacht nehmendes Programmangebot zu erwarten ist oder im Fall von Spartenprogrammen im Hinblick auf das bereits bestehende Gesamtangebot an nach diesem Bundesgesetz verbreiteten Programmen von dem geplanten Programm ein besonderer Beitrag zur Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet zu erwarten ist und
2. von dem zu erwarten ist, dass das Programm den größeren Umfang an eigengestalteten Beiträgen aufweist.

(2) Die Behörde hat auch zu berücksichtigen, ob einer der Antragsteller bereits bisher die zu vergebende Zulassung entsprechend dem Gesetz ausgeübt hat und bei dieser Beurteilung insbesondere darauf Bedacht zu nehmen, inwieweit sich daraus verlässlichere Prognosen für die Dauerhaftigkeit der Hörfunkveranstaltung ableiten lassen.

3. Abschnitt

Hörfunkveranstalter

§ 7. (1) Hörfunkveranstalter oder ihre Mitglieder müssen österreichische Staatsbürger oder juristische Personen oder Personengesellschaften des Handelsrechts mit Sitz im Inland sein.

(2) Ist der Hörfunkveranstalter in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, Personengesellschaft oder Genossenschaft organisiert, dürfen höchstens 49 vH der Anteile im Eigentum Fremder oder im Eigentum von juristischen Personen oder Personengesellschaften stehen, die unter der einheitlichen Leitung eines Fremden oder eines Unternehmens mit Sitz im Ausland stehen oder bei welchem Fremde oder juristische Personen oder Personengesellschaften mit Sitz im Ausland die in § 244 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 4 und 5 des Handelsgesetzbuches, dRGBl. S 219/1897, angeführten Einflussmöglichkeiten haben.

(3) Angehörige von Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind österreichischen Staatsbürgern, juristische Personen und Personengesellschaften mit Sitz im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind solchen mit Sitz im Inland gleichgestellt.

(4) Aktien haben auf Namen zu lauten. Treuhandverhältnisse sind offen zu legen. Treuhändisch gehaltene Anteile werden Anteilen des Treugebers gleichgehalten. Anteile einer Privatstiftung nach dem Privatstiftungsgesetz, BGBl. Nr. 694/1993, werden Anteilen des Stifters gleichgehalten, sofern dem Stifter auf Grund faktischer Verhältnisse ein Einfluss auf die Tätigkeit der Stiftung zukommt, der einem in § 9 Abs. 4 Z 1 angeführten Einfluss vergleichbar ist. Diese Bestimmung gilt auch für ausländische Rechtspersonen, die einer Stiftung gleichzuhalten sind.

Ausschlussgründe

§ 8. Eine Zulassung darf nicht erteilt werden an:

1. juristische Personen des öffentlichen Rechts, mit Ausnahme von gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften und des Bundesministeriums für Landesverteidigung zum Zweck des Betriebes eines Informationssenders für Soldaten, insbesondere in einem Einsatzfall gemäß § 2 Abs. 1 lit. a bis d des Wehrgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 146,
2. Parteien im Sinne des Parteiengesetzes,
3. den Österreichischen Rundfunk,
4. ausländische Rechtspersonen, die den in Z 1 bis 3 genannten Rechtsträgern gleichzuhalten sind, und
5. juristische Personen oder Personengesellschaften, an denen die in Z 1 bis 4 genannten Rechtsträger unmittelbar beteiligt sind.

Beteiligungen von Medieninhabern

§ 9. (1) Eine Person oder Personengesellschaft kann Inhaber mehrerer Zulassungen sein, solange sich die von den Zulassungen umfassten Versorgungsgebiete nicht überschneiden. Ferner dürfen sich die einer Person oder Personengesellschaft zuzurechnenden Versorgungsgebiete nicht überschneiden. Ein Versorgungsgebiet ist einer Person dann zuzurechnen, wenn sie bei einem Zulassungsinhaber unmittelbar über Beteiligungen oder Einflussmöglichkeiten im Sinne des Abs. 4 Z 1 verfügt.

(2) Die Einwohnerzahl in den einem Medienverbund zuzurechnenden Versorgungsgebieten darf zwölf Millionen nicht überschreiten, wobei die Einwohnerzahl in den einer Person oder Personengesellschaft des Medienverbundes zuzurechnenden Versorgungsgebieten acht Millionen nicht überschreiten darf. Für die Zwecke dieses Absatzes ist ein Versorgungsgebiet einem Medienverbund dann zuzurechnen, wenn eine Person oder Personengesellschaft des Medienverbundes selbst Zulassungsinhaber für dieses Versorgungsgebiet ist oder bei einem Zulassungsinhaber unmittelbar über Beteiligungen oder Einflussmöglichkeiten im Sinne des Abs. 4 Z 1 verfügt.

(3) Personen oder Personengesellschaften desselben Medienverbundes dürfen denselben Ort des Bundesgebietes, abgesehen von technisch unvermeidbaren Überschneidungen (spill over), nicht mehr als zweimal versorgen.

(4) Als mit einem Medieninhaber verbunden gelten Personen oder Personengesellschaften,

1. die bei einem Medieninhaber mehr als 25 vH der Kapitalanteile oder Stimmrechte halten oder einen beherrschenden Einfluss haben oder über eine der in § 244 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 4 und 5 des Handelsgesetzbuches geregelten Einflussmöglichkeiten verfügen;
2. bei welchen eine der in Z 1 genannten Personen oder Personengesellschaften mehr als 25 vH der Kapitalanteile oder Stimmrechte hält oder einen beherrschenden Einfluss hat oder über eine der in § 244 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 4 und 5 des Handelsgesetzbuches geregelten Einflussmöglichkeiten verfügt;
3. bei welchen ein Medieninhaber mehr als 25 vH der Kapitalanteile oder Stimmrechte hält oder einen beherrschenden Einfluss hat oder über eine der in § 244 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 4 und 5 des Handelsgesetzbuches aufgezählten Einflussmöglichkeiten verfügt.

Für die Zwecke dieses Absatzes ist es einer direkten Kapitalbeteiligung von mehr als 25 vH gleichgestellt, wenn eine oder mehrere mittelbare Beteiligungen bestehen und die Beteiligung auf jeder Stufe mehr als 25 vH erreicht. Beteiligungen von Medieninhabern oder von mit diesen gemäß diesem Absatz verbundenen Personen auf derselben Stufe sind für die Ermittlung der 25 vH Grenze zusammenzurechnen.

(5) Ein Medieninhaber darf nicht Mitglied eines als Verein organisierten Hörfunkveranstalters sein.

4. Abschnitt

Frequenzzuordnung

§ 10. (1) Die Regulierungsbehörde hat die drahtlosen terrestrischen Übertragungskapazitäten nach Frequenz und Standort dem Österreichischen Rundfunk und den privaten Hörfunkveranstaltern unter Berücksichtigung der topographischen Verhältnisse, der technischen Gegebenheiten und der internationalen fernmelderechtlichen Verpflichtungen Österreichs nach Maßgabe und in der Reihenfolge folgender Kriterien zuzuordnen:

1. Für den Österreichischen Rundfunk ist eine Versorgung im Sinne des § 3 ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984, mit höchstens drei österreichweit sowie neun bundeslandweit empfangbaren Programmen des Hörfunks zu gewährleisten, wobei für das dritte österreichweite Programm der Versorgungsgrad der zum Betrieb eines Rundfunkempfangsgerätes (Hörfunk) berechtigten Bewohner des Bundesgebietes ausreicht, wie er am 1. Mai 1997 in jedem Bundesland bestand;

2. darüber hinaus verfügbare Übertragungskapazitäten sind Hörfunkveranstaltern auf Antrag zur Verbesserung der Versorgung im bestehenden Versorgungsgebiet zuzuordnen, sofern sie dafür geeignet sind und eine effiziente Nutzung des Frequenzspektrums gewährleistet ist;
3. darüber hinaus verfügbare Übertragungskapazitäten sind auf Antrag für den Ausbau der Versorgung durch den Inhaber einer bundesweiten Zulassung zuzuordnen. Bei der Auswahl zugunsten eines Inhabers einer bundesweiten Zulassung ist jenem der Vorzug einzuräumen, dessen Versorgungsgebiet in Bevölkerungsanteilen berechnet kleiner ist;
4. darüber hinaus verfügbare Übertragungskapazitäten sind auf Antrag entweder für die Erweiterung bestehender Versorgungsgebiete heranzuziehen oder die Schaffung neuer Versorgungsgebiete zuzuordnen. Bei dieser Auswahl ist auf die Meinungsvielfalt in einem Verbreitungsgebiet, die Bevölkerungsdichte, die Wirtschaftlichkeit der Hörfunkveranstaltung sowie auf politische, soziale, kulturelle Zusammenhänge Bedacht zu nehmen. Für die Erweiterung ist Voraussetzung, dass durch die Zuordnung ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem bestehenden Versorgungsgebiet gewährleistet ist. Für die Schaffung eines neuen Versorgungsgebietes muss gewährleistet sein, dass den Kriterien des § 12 Abs. 6 entsprochen wird.

(2) Doppel- und Mehrfachversorgungen sind nach Möglichkeit zu vermeiden.

(3) Die Regulierungsbehörde kann durch Verordnung Übertragungskapazitäten bestimmen, die zur Planung neuer Versorgungsgebiete reserviert werden. Die Festlegung hat unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Frequenzökonomie zu erfolgen, wobei darauf Bedacht zu nehmen ist, gegebenenfalls durch die Verbindung mehrerer Übertragungskapazitäten möglichst großräumige Versorgungsgebiete zu schaffen, um eine wirtschaftliche Hörfunkveranstaltung zu ermöglichen. Die Verordnung ist jährlich zu überprüfen.

(4) Übertragungskapazitäten, die gemäß § 13 Abs. 1 Z 1, 2 oder 4 ausgeschrieben wurden, können nur in ihrer Gesamtheit gemäß Abs. 1 Z 4 beantragt und zugeordnet werden. § 12 Abs. 2, 7 und 8 sind anzuwenden.

Überprüfung der Zuordnung

§ 11. (1) Die Regulierungsbehörde hat die Zuordnung von Übertragungskapazitäten zu den Versorgungsgebieten von Hörfunkveranstaltern sowie zum Österreichischen Rundfunk fortlaufend von Amts wegen auf ihre Übereinstimmung mit den Kriterien des § 10 zu überprüfen und die Nutzungsberechtigung für einzelne Übertragungskapazitäten, die länger als zwei Jahre nicht regelmäßig zur Programmverbreitung genutzt werden, zu entziehen.

(2) Die Regulierungsbehörde hat die Zuordnung von Übertragungskapazitäten fortlaufend dahingehend zu überprüfen, ob durch die Nutzung bereits zugeordneter Übertragungskapazitäten in bestimmten Versorgungsgebieten Doppel- und Mehrfachversorgungen entstanden sind. Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass eine Doppel- oder Mehrfachversorgung in dem betreffenden Versorgungsgebiet vorliegt, so hat sie

1. die Nutzungsberechtigung für die Übertragungskapazität dem bisherigen Nutzungsberechtigten zu entziehen, oder
2. sofern bei gänzlichem Wegfall der Übertragungskapazität ein Versorgungsmangel innerhalb des Versorgungsgebietes auftreten würde, dem Nutzungsberechtigten geeignete Maßnahmen (wie insbesondere eine Standortverlegung, Leistungsreduktion oder Änderung der Hauptstrahlrichtung oder des Antennendiagramms) aufzutragen, um die Doppel- oder Mehrfachversorgung zu vermeiden; zu diesem Zweck kann auch eine Änderung der Frequenz oder sonstiger technischer Parameter aufgetragen werden.

Für die Durchführung der Maßnahmen im Sinne der Z 2 ist dem Nutzungsberechtigten der Übertragungskapazität auf Antrag eine angemessene Frist einzuräumen. Bei der Festlegung der Frist ist das Maß der Doppel- oder Mehrfachversorgung und der mit dem Abbau der Doppel- oder Mehrfachversorgung einhergehende Vorteil der ökonomischeren Frequenznutzung einerseits und die wirtschaftliche Zumutbarkeit, insbesondere unter Berücksichtigung der Zulassungsdauer oder der Befristung der Frequenznutzungsbewilligung, andererseits zu berücksichtigen. Die Frist darf ein Jahr nicht unter- und neun Jahre nicht überschreiten. Mit dem Bescheid über die dem Nutzungsberechtigten aufgetragenen Maßnahmen im Sinne der Z 2 kann auch die Bewilligung oder Änderung der fernmelderechtlichen Bewilligungen für die Nutzung der Übertragungskapazität verbunden werden. Ist der Österreichische Rundfunk Nutzungsberechtigter der Übertragungskapazität, hat die Regulierungsbehörde bei ihrer Entscheidung gemäß Z 1 dessen Verpflichtungen gemäß § 3 ORF-G und bei Entscheidungen gemäß Z 2 dessen Verpflichtungen nach § 7 ORF-G, § 15 Abs. 1 PrR-G sowie § 19 Abs. 1 PrTV-G zu berücksichtigen.

(3) Übertragungskapazitäten, die nach Abs. 1 und 2 dem bisherigen Nutzungsberechtigten entzogen wurden, sind gemäß § 13 Abs. 2 auszuschreiben, sofern die Übertragungskapazitäten nicht durch Verordnung gemäß § 10 Abs. 3 zur Schaffung neuer Versorgungsgebiete reserviert werden.

Zuordnung neuer Übertragungskapazitäten

§ 12. (1) Noch nicht zugeordnete Übertragungskapazitäten kann die Regulierungsbehörde auf Antrag nach Maßgabe der Kriterien des § 10 und unter Berücksichtigung der topographischen Verhältnisse, der technischen Gegebenheiten und der internationalen fernmelderechtlichen Verpflichtungen Österreichs, dem Österreichischen Rundfunk, oder bestehenden Versorgungsgebieten von Hörfunkveranstaltern zuordnen oder für die Schaffung eines neuen Versorgungsgebietes heranziehen.

(2) Ein Antrag gemäß Abs. 1 hat die technischen Parameter, insbesondere den geplanten Sendestandort, die geplante Frequenz, die Sendestärke und die Antennencharakteristik für die beabsichtigte Nutzung der Übertragungskapazität, eine Darstellung über die geplante Versorgungswirkung der beantragten Übertragungskapazität, sowie die nachweislich für die Erstellung des technischen Konzepts angefallenen Aufwendungen zu enthalten. Bezieht sich der Antrag auf die Verbesserung der Versorgung im Sinne des § 10 Abs. 1 Z 2, so ist darzulegen, welche konkreten Versorgungsmängel durch die beantragte Übertragungskapazität behoben werden sollen. Bezieht sich der Antrag auf Erweiterung eines bestehenden Versorgungsgebietes, so hat der Antrag gleichzeitig Angaben zu den Kriterien gemäß § 10 Abs. 1 Z 4 zu enthalten und darzulegen, welche technische Reichweite (Wohnbevölkerung) voraussichtlich mit der beantragten Übertragungskapazität erzielt werden kann. Bezieht sich der Antrag auf Schaffung eines neuen Versorgungsgebietes, so hat der Antrag gleichzeitig die Angaben gemäß § 5 zu enthalten und darzulegen, welche technische Reichweite (Wohnbevölkerung) voraussichtlich mit der beantragten Übertragungskapazität erzielt werden kann. Liegt die technische Reichweite unter 50 000 Personen, so hat ein Antrag auf Schaffung eines neuen Versorgungsgebietes zusätzlich Angaben zu den Kriterien gemäß Abs. 6 zu enthalten.

(3) Erweist sich nach Prüfung durch die Regulierungsbehörde die beantragte Zuordnung von Übertragungskapazitäten als fernmeldetechnisch realisierbar, so hat die Regulierungsbehörde

1. im Falle einer vom Österreichischen Rundfunk beantragten Zuordnung einer Übertragungskapazität diese dem Österreichischen Rundfunk zuzuordnen, wenn dies zur Sicherstellung der Versorgung mit Programmen gemäß § 10 Abs. 1 Z 1 erforderlich ist;
2. im Falle eines Antrags auf Verbesserung der Versorgung in einem bestehenden Versorgungsgebiet eines Hörfunkveranstalters diesem die beantragte Übertragungskapazität zuzuordnen, sofern in einem Verfahren nach Abs. 4 kein Antrag gestellt wurde. Kann ein Hörfunkveranstalter, der einen Antrag nach Abs. 4 gestellt hat, nachweisen, dass die Zuordnung der beantragten Übertragungskapazität zu seinem Versorgungsgebiet eine größere Verbesserung der in seinem Versorgungsgebiet bestehenden Versorgungsmängel bewirkt, in diesem Veranstalter die Übertragungskapazität zuzuordnen. Das Ausmaß der Verbesserung ist nach dem Grundsatz der Frequenzökonomie, insbesondere unter Bedachtnahme auf die Vermeidung von Doppel- und Mehrfachversorgungen, der Anzahl der von den Versorgungsmängeln betroffenen Personen (Wohnbevölkerung), der flächenmäßigen Ausdehnung und der Schwere der Versorgungsmängel zu beurteilen;
3. im Falle eines Antrags auf Erweiterung eines bestehenden Versorgungsgebietes oder auf Schaffung eines neuen Versorgungsgebietes das Verfahren nach Abs. 5 einzuleiten.

(4) Ein Antrag auf Verbesserung ist nach fernmeldetechnischer Prüfung jenen Hörfunkveranstaltern bekannt zu machen, die im Gebiet, welches durch die beantragte Übertragungskapazität versorgt werden könnte, zugelassen sind. Diese Hörfunkveranstalter haben das Recht, binnen zwei Wochen ab Zustellung der Bekanntmachung die Zuordnung der Übertragungskapazität zu beantragen, wenn diese Übertragungskapazität auch zur Verbesserung der Versorgung in ihrem Versorgungsgebiet dienen könnte. Auf dieses Recht ist in der Bekanntmachung hinzuweisen. Im Antrag ist darzulegen, welche konkreten Versorgungsmängel durch die Zuordnung der Übertragungskapazität behoben werden sollen. Weiters hat dieser Antrag eine Darstellung über die beantragte Übertragungskapazität gemäß § 5 Abs. 2 Z 3 zu enthalten.

(5) Richtet sich der Antrag auf die Erweiterung eines bestehenden oder die Schaffung eines neuen Versorgungsgebietes, so ist – sofern der Antrag nicht gemäß Abs. 6 abzuweisen oder die Übertragungskapazität gemäß § 10 Abs. 3 zu reservieren ist – eine Ausschreibung gemäß § 13 Abs. 1 Z 3 vorzunehmen.

(6) Ein Antrag auf Schaffung eines neuen Versorgungsgebietes ist abzuweisen, wenn die beantragten Übertragungskapazitäten eine technische Reichweite von weniger als 50 000 Personen aufweisen und der Antragsteller nicht nachweist, dass eine eigenständige Hörfunkveranstaltung im Versorgungsgebiet besonderen lokalen Bedürfnissen dient und dass ungeachtet der geringen Reichweite die Hörfunkveranstaltung auf Dauer finanzierbar ist. Ein Antrag auf Schaffung eines neuen Versorgungsgebietes ist weiters abzuweisen, wenn die beantragten Übertragungskapazitäten eine technische Reichweite von 50 000 bis 100 000 Personen aufweisen und unter Berücksichtigung der bereits bestehenden Versorgung mit Programmen nach diesem Bundesgesetz sowie der Wettbewerbssituation am Hörfunkmarkt im beantragten Versorgungsgebiet eine auf Dauer finanzierbare Programmveranstaltung nicht zu erwarten ist.

(7) Wird die Übertragungskapazität einer Person oder Personengesellschaft zugeordnet, die erst anlässlich des Verfahrens gemäß Abs. 4 oder der Ausschreibung (§ 13) einen Antrag eingebracht hat, so hat diese dem ursprünglichen Antragsteller gemäß Abs. 2 die nachweislich angefallenen Aufwendungen für die Erstellung des technischen Konzepts, das als Grundlage für die Ausschreibung gedient hat, zu ersetzen.

(8) Ansprüche gemäß Abs. 7 sind auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen. Die Regulierungsbehörde kann im Streitfall vor Anrufung der Zivilgerichte um Schlichtung ersucht werden.

Ausschreibung von Übertragungskapazitäten

§ 13. (1) Eine Ausschreibung von Übertragungskapazitäten gemäß Abs. 2 hat neben den in § 11 Abs. 3 genannten Fällen stattzufinden:

1. frühestens zwölf Monate, spätestens jedoch sechs Monate vor Ablauf einer erteilten Zulassung nach § 3 Abs. 1;
2. unverzüglich nach Erlöschen einer Zulassung gemäß § 3 Abs. 3, sofern die Übertragungskapazitäten nicht durch Verordnung gemäß § 10 Abs. 3 zur Schaffung neuer Versorgungsgebiete reserviert werden;
3. bei Vorliegen eines fernmeldetechnisch realisierbaren Antrags auf Erweiterung eines bestehenden oder Schaffung eines neuen Versorgungsgebietes, sofern die Übertragungskapazitäten nicht durch Verordnung gemäß § 10 Abs. 3 zur Schaffung neuer Versorgungsgebiete reserviert werden;
4. von Amts wegen, wenn auf der Grundlage gemäß § 10 Abs. 3 reservierter Übertragungskapazitäten die Schaffung eines neuen Versorgungsgebietes möglich ist, das eine technische Reichweite von zumindest 100 000 Personen in einem politisch, sozial, wirtschaftlich und kulturell zusammenhängenden Gebiet aufweist.

(2) Die Regulierungsbehörde hat dabei die verfügbaren Übertragungskapazitäten im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ und durch Bekanntmachung in weiteren österreichischen Tageszeitungen und in sonstiger geeigneter Weise auszuschreiben und dabei eine mindestens zweimonatige Frist zu bestimmen, innerhalb derer Anträge auf Zuordnung der Übertragungskapazität zu einem bestehenden Versorgungsgebiet oder auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im ausgeschriebenen Versorgungsgebiet nach diesem Bundesgesetz gestellt werden können.

(3) Die Ausschreibung gemäß Abs. 1 Z 3 kann auf bestehende Hörfunkveranstalter zur Erweiterung bestehender Versorgungsgebiete beschränkt werden, wenn sich der der Ausschreibung zugrundeliegende Antrag auf die Erweiterung eines bestehenden Versorgungsgebietes richtet und die beantragte Übertragungskapazität eine technische Reichweite von weniger als 50 000 Personen aufweist. In diesem Fall kann die Bekanntmachung gemäß Abs. 2 durch direkte Verständigung der betreffenden Hörfunkveranstalter ersetzt werden.

Frequenzbuch

§ 14. Die Regulierungsbehörde hat ein laufendes Verzeichnis (Frequenzbuch) der Zuordnung der drahtlosen terrestrischen Übertragungskapazitäten nach Frequenz und Standort zu den Versorgungsgebieten privater Hörfunkveranstalter sowie der Zuordnung der Übertragungskapazitäten zum Österreichischen Rundfunk zu führen. Das Frequenzbuch ist laufend zu aktualisieren und in geeigneter Weise zu veröffentlichen.

Mitbenutzung der Sendeanlagen

§ 15. (1) Der Österreichische Rundfunk hat im Rahmen der technischen Möglichkeiten anderen Hörfunkveranstaltern die Mitbenutzung seiner Sendeanlagen gegen angemessenes Entgelt zu gestatten.

(2) Der Österreichische Rundfunk hat die Sendeanlagen zu gleichwertigen Bedingungen und in derselben Qualität bereitzustellen, die er auch für die Verbreitung der von ihm veranstalteten Programme einsetzt.

(3) Auf Nachfrage eines Hörfunkveranstalters hat der Österreichische Rundfunk ein Angebot zur Mitbenutzung abzugeben. Kommt eine Vereinbarung über das Mitbenutzungsrecht oder über das angemessene Entgelt binnen einer Frist von sechs Wochen ab Einlangen einer darauf gerichteten Nachfrage nicht zustande, kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde zur Entscheidung anrufen. Die Regulierungsbehörde entscheidet binnen vier Monaten ab Einlangen des Antrages. Die Entscheidung ersetzt eine zu treffende Vereinbarung.

5. Abschnitt

Programmgrundsätze

§ 16. (1) Die auf Grund dieses Bundesgesetzes veranstalteten Programme haben den Grundsätzen der Objektivität und Meinungsvielfalt zu entsprechen.

(2) Die Veranstalter haben in ihren Programmen in angemessener Weise insbesondere das öffentliche, kulturelle und wirtschaftliche Leben im Versorgungsgebiet darzustellen. Dabei ist den im Versorgungsgebiet wesentlichen gesellschaftlichen Gruppen und Organisationen nach Maßgabe redaktioneller Möglichkeiten Gelegenheit zur Darstellung ihrer Meinungen zu geben.

(3) Sendungen dürfen keinen pornographischen oder gewaltverherrlichenden Inhalt haben.

(4) Alle Sendungen müssen im Hinblick auf ihre Aufmachung und ihren Inhalt die Menschenwürde und die Grundrechte anderer achten und dürfen nicht zu Hass auf Grund von Rasse, Geschlecht, Religion und Nationalität aufstacheln.

(5) Berichterstattung und Informationssendungen haben den anerkannten journalistischen Grundsätzen zu entsprechen. Nachrichten sind vor ihrer Verbreitung mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt auf Wahrheit und Herkunft zu prüfen.

(6) Abs. 2 gilt nicht für Programme, die auf im Wesentlichen gleichartige Inhalte (Spartenprogramme) oder Zielgruppen beschränkt
sind.

Übernahme von Sendungen anderer Hörfunkveranstalter

§ 17. (1) Die zeitgleiche Übernahme von Sendungen, Sendereihen und Teilen von Sendungen des Österreichischen Rundfunks oder von Hörfunkveranstaltern nach diesem Bundesgesetz ist in einem Ausmaß von höchstens 80 vH der täglichen Sendezeit des Programms zulässig. Werbefreie unmoderierte Musiksendungen dürfen ohne diese Beschränkungen übernommen werden.

(2) Die zeitgleiche Übernahme von Sendungen, Sendereihen und Teilen von Sendungen des Programms einer bundesweiten Zulassung ist unzulässig. Werbefreie unmoderierte Musiksendungen dürfen ohne diese Beschränkung übernommen werden.

Aufrufe in Krisen- und Katastrophenfällen

§ 18. Den Bundes- und Landesbehörden und den Behörden der im jeweiligen Versorgungsgebiet gelegenen Gemeinden ist für Aufrufe in Krisen- und Katastrophenfällen und für andere wichtige Meldungen an die Allgemeinheit sowie Privaten für Aufrufe in begründeten und dringenden Notfällen zur Vermeidung von Gefahren für Gesundheit und Leben von Menschen zu jeder Zeit die notwendige und zweckentsprechende Sendezeit kostenlos zur Verfügung zu stellen

Werbung

§ 19. (1) Werbesendungen (Spots, Kurzsendungen und gestaltete Werbesendungen einschließlich gestalteter An- und Absagen von Patronanzsendungen) dürfen im Jahresdurchschnitt die tägliche Dauer von insgesamt 172 Minuten nicht überschreiten, wobei Abweichungen von höchstens 20 vH pro Tag zulässig sind.

(2) Werbesendungen für Tabakwaren und Spirituosen sowie unter der Wahrnehmungsgrenze liegende Werbung sind unzulässig.

(3) Werbung muss klar als solche erkennbar und durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt sein.

(4) a) Werbung darf nicht irreführen und den Interessen der Verbraucher nicht schaden.

b) Schleichwerbung ist unzulässig. Schleichwerbung ist die Erwähnung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Programmen, wenn sie vom Hörfunkveranstalter absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zweckes dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt.

c) In der Werbung dürfen keine Personen auftreten, die regelmäßig Nachrichtensendungen und Sendungen zum politischen Zeitgeschehen vorstellen.

d) Ein Werbetreibender darf keinen redaktionellen Einfluss auf den Programminhalt ausüben.

(5) a) Eine Patronanzsendung liegt vor, wenn ein nicht im Bereich der Produktion von Hörfunkprogrammen tätiges öffentliches oder privates Unternehmen einen Beitrag zur Finanzierung solcher Werke mit dem Ziel leistet, den Namen, die Marke, das Erscheinungsbild, die Tätigkeit oder die Leistung des Unternehmens zu fördern.

b) Patronanzsendungen müssen folgenden Anforderungen genügen:

1. Inhalt und Programmplatz einer Patronanzsendung dürfen vom Auftraggeber auf keinen Fall in der Weise beeinflusst werden, dass die Verantwortung und die redaktionelle Unabhängigkeit des Hörfunkveranstalters in Bezug auf die Sendungen angetastet werden.
2. Sie sind als Patronanzsendung durch den Namen des Auftraggebers am Programmanfang oder am Programmende eindeutig zu kennzeichnen (An- oder Absage).
3. Sie dürfen nicht zu Kauf, Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Auftraggebers oder eines Dritten, insbesondere durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf diese Erzeugnisse oder Dienstleistungen anregen.

c) Patronanzsendungen dürfen nicht von natürlichen Personen oder juristischen Personen in Auftrag gegeben werden, deren Haupttätigkeit die Herstellung oder der Verkauf von Erzeugnissen oder die

Erbringung von Dienstleistungen ist, für die die Werbung gemäß Abs. 2 oder nach anderen gesetzlichen Bestimmungen verboten ist.

d) Bei Patronanzsendungen von Unternehmen, deren Tätigkeit die Herstellung oder den Verkauf von Arzneimitteln bzw. das Anbieten medizinischer Leistungen umfasst, darf nur auf den Namen oder das Erscheinungsbild des Unternehmens hingewiesen werden, nicht aber auf therapeutische Behandlungen oder auf Arzneimittel, die nur auf ärztliche Verordnung erhältlich sind.

e) Nachrichtensendungen und Sendungen zur politischen Information dürfen nicht im Sinne von Abs. 1 finanziell unterstützt werden.

(6) Die Übertragung von Gottesdiensten, Sendungen religiösen Inhalts, Kindersendungen, Nachrichtensendungen und aktuellen Magazinen (Nachrichtenmagazinen) darf nicht durch Werbung unterbrochen werden.

(7) Der Hörfunkveranstalter hat für sein Sendegebiet ein Tarifwerk des Werbefunks festzusetzen.

Werbung für Arzneimittel

§ 20. (1) Werbung für Arzneimittel und für therapeutische Behandlungen, die nur auf ärztliche Verordnung erhältlich sind, ist untersagt.

(2) Die Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes, BGBl. Nr. 185/1983, bleiben unberührt.

Unabhängigkeit der redaktionellen Mitarbeiter

§ 21. Die Hörfunkveranstalter haben die Unabhängigkeit der redaktionellen Mitarbeiter zu gewährleisten. Sofern im Betrieb des Hörfunkveranstalters dauernd mindestens fünf redaktionelle Mitarbeiter beschäftigt werden, ist insbesondere innerhalb eines Jahres nach Zulassung des Hörfunkveranstalters ein Redaktionsstatut nach den in § 5 des Mediengesetzes geregelten Grundsätzen zu vereinbaren und dieses zu veröffentlichen.

Sonstige Pflichten des Hörfunkveranstalters

§ 22. (1) Die Hörfunkveranstalter haben auf ihre Kosten von allen ihren Sendungen Aufzeichnungen herzustellen und diese mindestens zehn Wochen lang aufzubewahren. Über Verlangen haben sie der Regulierungsbehörde die gewünschten Aufzeichnungen zur Verfügung zu stellen. Überdies haben sie jedermann, der ein rechtliches Interesse daran darzutun vermag, Einsicht in die Aufzeichnungen zu gewähren.

(2) Ist wegen einer Sendung ein Verfahren vor der Regulierungsbehörde anhängig, so besteht die Aufbewahrungspflicht bezüglich dieser Sendung bis zum Abschluss des Verfahrens.

(3) Die Aufnahme des Sendebetriebs und die Inbetriebnahme einzelner Sendestandorte ist der Regulierungsbehörde innerhalb einer Woche anzuzeigen.

(4) Treten Änderungen in den Eigentumsverhältnissen nach Erteilung der Zulassung ein, so hat der Veranstalter diese unverzüglich, spätestens aber 14 Tage nach Rechtswirksamkeit der Abtretung oder Anteilsübertragung der Regulierungsbehörde anzuzeigen. Stehen Anteile des Veranstalters im direkten oder indirekten Eigentum von Kapitalgesellschaften, Personengesellschaften oder Genossenschaften, so sind auch Änderungen bei deren Eigentumsverhältnissen anzuzeigen.

(5) Werden mehr als 50 vH der Anteile, wie sie zum Zeitpunkt der Erteilung der Zulassung oder einer Feststellung nach diesem Absatz beim Hörfunkveranstalter bestehen, an Dritte übertragen, hat der Hörfunkveranstalter diese Übertragung der Regulierungsbehörde im Vorhinein anzuzeigen. Mehrere Übertragungen sind zusammenzurechnen. Die Regulierungsbehörde hat spätestens innerhalb einer Frist von acht Wochen ab der Anzeige festzustellen, ob unter den geänderten Verhältnissen den Bestimmungen des § 5 Abs. 3 sowie der §§ 7 bis 9 entsprochen wird. Die Zulassung ist nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu widerrufen, wenn der Hörfunkveranstalter entgegen dieser Feststellung eine Übertragung der Anteile vorgenommen hat.

6. Abschnitt

Stellungnahmerecht

§ 23. (1) Nach Einlangen eines Antrages auf Erteilung einer Zulassung gemäß § 5 ist den Landesregierungen, in deren Gebiet sich das beantragte Versorgungsgebiet zur Gänze oder teilweise befindet, Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.

(2) Den betroffenen Landesregierungen ist ebenso zu Anträgen gemäß § 12 Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, soweit sich die Anträge auf die Schaffung eines neuen Versorgungsgebietes oder die Erweiterung eines bestehenden Versorgungsgebietes beziehen.

(3) Den Landesregierungen ist für Stellungnahmen gemäß Abs. 1 und 2 eine Frist von vier Wochen einzuräumen

7. Abschnitt

Rechtsaufsicht

§ 24. Die Rechtsaufsicht über die Hörfunkveranstalter im Sinne dieses Bundesgesetzes obliegt der Regulierungsbehörde.

Beschwerden

§ 25. (1) Die Regulierungsbehörde entscheidet über Verletzungen von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes von Amts wegen oder auf Grund von Beschwerden

1. einer Person, die durch diese Rechtsverletzung unmittelbar geschädigt zu sein behauptet;
2. einer Person, die einen Hauptwohnsitz in dem Bundesland hat, für dessen Bereich dem in Beschwerde gezogenen Hörfunkveranstalter die Zulassung erteilt wurde und die vom Wahlrecht zum Landtag nicht ausgeschlossen ist, sofern eine solche Beschwerde von mindestens 100 derartigen Personen unterstützt wird; die Unterstützung ist durch eine Unterschriftenliste nachzuweisen, aus der die Identität der Person, die die Beschwerde unterstützt, festgestellt werden kann.

(2) Beschwerden sind innerhalb von sechs Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen.

(3) Die Entscheidung der Regulierungsbehörde besteht in der Feststellung, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung dieses Bundesgesetzes verletzt worden ist. Wird von der Regulierungsbehörde eine Verletzung dieses Bundesgesetzes festgestellt, die im Zeitpunkt der Feststellung noch andauert, so hat der Hörfunkveranstalter unverzüglich einen der Rechtsansicht der Regulierungsbehörde entsprechenden Zustand herzustellen.

Entscheidung

§ 26. (1) Die Regulierungsbehörde hat über Beschwerden innerhalb von sechs Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt des Einlangens der Beschwerde, zu entscheiden.

(2) Die Regulierungsbehörde kann auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung erkennen und dem Hörfunkveranstalter auftragen, wann und in welcher Form diese Veröffentlichung zu erfolgen hat.

Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 27. (1) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit Geldstrafe bis zu 2 180 Euro zu bestrafen, wer

1. der Anzeigepflicht bei Änderungen gemäß § 5 Abs. 5 nicht nachkommt,
2. die Anzeigepflicht nach § 22 Abs. 3 oder Abs. 4 verletzt.

(2) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit Geldstrafe bis zu 3 600 Euro zu bestrafen, wer die Anforderungen des § 19 Abs. 1, 2 oder 4 lit. a und b oder § 20 verletzt.

(3) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit Geldstrafe bis zu 7 260 Euro zu bestrafen, wer entgegen § 1 Abs. 3 Hörfunk im Sinne dieses Bundesgesetzes ohne Zulassung veranstaltet.

(4) Eine Verwaltungsübertretung gemäß Abs. 1 bis 3 liegt nicht vor, wenn die Tat den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist.

(5) Verwaltungsstrafen gemäß Abs. 1 bis 3 sind von derRegulierungsbehörde zu verhängen

Widerruf der Zulassung

§ 28. (1) Bei wiederholten oder schwer wiegenden Rechtsverletzungen durch den Hörfunkveranstalter oder wenn der Hörfunkveranstalter die in den §§ 7 bis 9 genannten Voraussetzungen nicht mehr erfüllt oder der Anzeigepflicht gemäß § 22 Abs. 5 erster Satz nicht nachgekommen ist, hat die Regulierungsbehörde von Amts wegen das Verfahren zum Entzug der Zulassung einzuleiten.

(2) Das Verfahren zum Entzug der Zulassung ist weiters einzuleiten, wenn ein Veranstalter von Hörfunk den Charakter des von ihm im Antrag auf Zulassung dargestellten und in der Zulassung genehmigten Programms (§ 3 Abs. 2) wie insbesondere durch eine Änderung der Programmgattung oder eine wesentliche Änderung der Programmdauer grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen.

(3) Die Regulierungsbehörde hat eine öffentliche mündliche Verhandlung abzuhalten.

(4) Liegt eine Rechtsverletzung im Sinne des Abs. 1 oder 2 vor, so hat die Regulierungsbehörde

1. außer in den Fällen der Z 2 dem Hörfunkveranstalter mit Bescheid aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand herzustellen und geeignete Vorkehrungen zu treffen, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden; der Hörfunkveranstalter hat diesem Bescheid binnen der von der Regulierungsbehörde festgesetzten, längstens achtwöchigen Frist zu entsprechen und darüber der Regulierungsbehörde zu berichten;
2. in den Fällen, in denen gegen einen Hörfunkveranstalter bereits mehr als einmal ein Bescheid gemäß Z 1 ergangen ist oder wenn der Hörfunkveranstalter einem Bescheid gemäß Z 1 nicht entspricht, die Zulassung zu entziehen.

Änderung des Programmcharakters

§ 28a. (1) Eine grundlegende Änderung des Programmcharakters im Sinne des § 28 Abs. 2 liegt – unter Berücksichtigung des jeweiligen Zulassungsbescheides – insbesondere vor:

1. bei einer wesentlichen Änderung des Musikformats, wenn damit ein weitgehender Wechsel der Zielgruppe zu erwarten ist;
2. bei einer wesentlichen Änderung des Umfangs oder Inhalts des Wortanteils oder des Anteils eigengestalteter Beiträge, die zu einer inhaltlichen Neupositionierung des Programms führt;
3. bei einem Wechsel zwischen Sparten- und Vollprogramm oder zwischen verschiedenen Sparten;
4. bei einem Wechsel zwischen nichtkommerziellem und kommerziellem Programm.

(2) Auf Antrag des Hörfunkveranstalters hat die Regulierungsbehörde festzustellen, ob eine beabsichtigte Programmänderung eine grundlegende Änderung des Programmcharakters darstellt. Die Regulierungsbehörde hat spätestens innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Einlangen des Antrags zu entscheiden.

(3) Eine grundlegende Änderung des Programmcharakters ist von der Regulierungsbehörde auf Antrag des Hörfunkveranstalters sowie nach Anhörung jener Hörfunkveranstalter, deren Programme im Versorgungsgebiet des Antragstellers terrestrisch empfangbar sind, zu genehmigen, wenn

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

Bei der Entscheidung ist zu berücksichtigen, inwieweit sich für die Tätigkeit des Hörfunkveranstalters maßgebliche Umstände seit der Erteilung der Zulassung ohne dessen Zutun geändert haben. Vor der Entscheidung ist der Landesregierung, in deren Gebiet sich das Versorgungsgebiet des Zulassungsinhabers befindet, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

8. Abschnitt

Bundesweite Zulassung

§ 28b. (1) Zur Schaffung einer Zulassung zur Veranstaltung von bundesweitem privaten terrestrischen Hörfunk (bundesweite Zulassung) zur Versorgung von mindestens 60 vH der österreichischen Bevölkerung kann erstmals befristet bis zum 30. April 2005 der Antrag auf Erteilung einer Zulassung gestellt werden. In weiterer Folge hat die Regulierungsbehörde - vorausgesetzt, dass eine den Erfordernissen des § 28c Abs. 2 entsprechende bundesweite Zulassung geschaffen werden könnte - in regelmäßigen zumindest zweijährigen Intervallen durch Bekanntmachung unter Einräumung einer mindestens sechsmonatigen Frist die Möglichkeit zur Antragstellung für die Erteilung einer bundesweiten Zulassung einzuräumen. Zu diesem Zweck können abweichend von § 3 Abs. 4 Inhaber bestehender Zulassungen zur Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk, wenn der Zulassungsinhaber seit mindestens zwei Jahren seinen Sendebetrieb ausgeübt hat, zum Zweck der Erteilung einer Zulassung an eine Kapitalgesellschaft für die Veranstaltung von bundesweitem terrestrischem Hörfunk ihre Zulassung an diese übertragen.

(2) Die Regulierungsbehörde hat binnen 10 Wochen ab Einlangen des Antrages nach Abs. 1 zu prüfen, ob bei der Kapitalgesellschaft den Voraussetzungen des § 28c entsprochen ist. Im Falle des Vorliegens dieser Voraussetzungen hat sie der Kapitalgesellschaft unter Anwendung des § 3 Abs. 1 und Abs. 2 erster und zweiter Satz eine Zulassung nach Maßgabe des § 28d zu erteilen, die unter Berücksichtigung des § 10 Abs. 2 jene Übertragungskapazitäten zuordnet, die bisher von den Zulassungen, für welche die Übertragung erklärt wurde, umfasst waren. Die Regulierungsbehörde kann dabei auch eine Frist festlegen, innerhalb derer der Sendebetrieb mit dem nach § 28d genehmigten Programm aufzunehmen ist.

(3) Im Verfahren nach Abs. 2 kommt jenen Zulassungsinhabern, die die Übertragung ihrer Zulassung erklärt haben, Parteistellung zu.

(4) Mit Rechtskraft einer stattgebenden Entscheidung der Regulierungsbehörde werden die Übertragungen wirksam und erlöschen die bisher bestehenden einzelnen Zulassungen.

Voraussetzungen für die Erteilung einer bundesweiten Zulassung

§ 28c. (1) Der Regulierungsbehörde ist bis zum 30. April 2005 und in weiterer Folge innerhalb der von der Regulierungsbehörde festgesetzten Frist (§ 28b Abs. 1) die Eintragung einer Kapitalgesellschaft im Firmenbuch zur Veranstaltung von bundesweitem terrestrischem Hörfunk sowie durch geeignete Urkunden die Anzahl der Übertragungen und deren Verbindlichkeit nachzuweisen. Der Regulierungsbehörde sind weiters für die Kapitalgesellschaft die Nachweise zu § 5 Abs. 2 zu erbringen, die Voraussetzungen zu § 5 Abs. 3 darzulegen sowie die weiteren Urkunden zu § 5 Abs. 3 vorzulegen. Der Regulierungsbehörde ist durch Vorlage einer schriftlichen Bestätigung eines Kreditinstitutes nachzuweisen, dass der Geschäftsführung oder dem Vorstand der Kapitalgesellschaft ein Betrag zur freien Verfügung steht, der zumindest der Höhe von 10 vH der aus der Veranstaltung von Rundfunk erzielten Umsätze aller jener Hörfunkveranstalter entspricht, die zum Zweck der Erteilung der Zulassung an diese Kapitalgesellschaft ihre Zulassung übertragen haben. Für die Berechnung sind die letzten vorhandenen Umsatzzahlen heranzuziehen. Für den Nachweis zu § 9 ist diese Bestimmung mit der Maßgabe anzuwenden, dass beginnend mit dem Zeitpunkt der Rechtskraft der Zulassungsentscheidung der Regulierungsbehörde Personen und Personengesellschaften desselben Medienverbundes denselben Ort des Bundesgebietes, abgesehen von technisch unvermeidbaren Überschneidungen (spill over), im Wege der bundesweiten Zulassung nur einmal versorgen dürfen.

(2) Voraussetzung für die Erteilung einer Zulassung nach § 28b Abs. 2 ist, dass sich aus der Summe der Versorgungsgebiete jener Zulassungen, für die eine Übertragung erklärt wurde, ein Versorgungsgebiet ergibt, das mindestens 60 vH der österreichischen Bevölkerung umfasst. Wird der Antrag auf Erteilung einer Zulassung mangels Vorliegen dieser Voraussetzung rechtskräftig zurückgewiesen, bleiben sämtliche Zulassungen, für welche die Übertragung erklärt wurde, in ihrem Bestand unberührt. Dies gilt auch für die Ab- oder Zurückweisung des Antrags aus anderen Gründen.

(3) Umfasst ein Antrag auf Erteilung einer bundesweiten Zulassung den Nachweis der Übertragung einer Zulassung, die innerhalb der auf die Antragseinbringung folgenden 6 Monate durch Zeitablauf erlischt, so findet § 13 Abs. 1 Z 1 keine Anwendung. Die von derartigen Zulassungen umfassten Übertragungskapazitäten können von der Regulierungsbehörde unter Berücksichtigung des § 10 Abs. 2 für eine bundesweite Zulassung herangezogen werden. Unverzüglich nach einer rechtskräftigen abschlägigen Entscheidung in einem Verfahren nach § 28b hat eine Ausschreibung gemäß § 13 stattzufinden. Der Sendebetrieb kann bis zur rechtskräftigen neuerlichen Entscheidung der Regulierungsbehörde über die bisherige Zulassung fortgeführt werden.

Sonderregelungen für bundesweite Zulassungen

§ 28d. (1) Personen und Personengesellschaften desselben Medienverbundes dürfen denselben Ort des Bundesgebietes, abgesehen von technisch unvermeidbaren Überschneidungen (spill over) im Wege einer bundesweiten Zulassung nur einmal versorgen.

(2) Eine bundesweite Zulassung berechtigt zur Veranstaltung eines bundesweit einheitlichen Vollprogramms mit einer Mindestdauer von 14 Stunden täglich. Sendeausstiege aus dem bundesweiten Programm für die Ausstrahlung von Werbung und Informationssendungen sind

1. nur bis zu einer Dauer von maximal 10 vH der täglichen Sendezeit und
2. jeweils nur für alle Übertragungskapazitäten innerhalb eines Bundeslandes oder innerhalb zwei oder mehrerer Bundesländer

zulässig.

(3) Auf bundesweite Zulassungen finden – soweit in diesem Bundesgesetz nicht andere Regelungen getroffen werden - die §§ 3 Abs. 5 und 6, § 16 Abs. 2 zweiter Satz und § 17 Abs. 1 keine Anwendung. § 7 findet mit der Maßgabe Anwendung, dass eine bundesweite Zulassung nur an Kapitalgesellschaften erteilt werden kann. Die Erteilung einer bundesweiten Zulassung zum Zweck des Betriebs eines Informationssenders für Soldaten (§ 8 Z 1) ist ausgeschlossen.

(4) Nach rechtskräftiger Erteilung einer bundesweiten Zulassung können Inhaber bestehender Zulassungen zur Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk, wenn der Zulassungsinhaber seit mindestens zwei Jahren seinen Sendebetrieb ausgeübt hat, zugunsten der Erweiterung des bisherigen Versorgungsgebietes einer bundesweiten Zulassung ihre Zulassung auf den Inhaber der bundesweiten Zulassung übertragen. § 3 Abs. 4 findet keine Anwendung. Die Regulierungsbehörde hat dazu die bundesweite Zulassung bei unveränderter Zulassungsdauer dahingehend abzuändern, dass unter Berücksichtigung des § 10 Abs. 2 jene Übertragungskapazitäten zugeordnet werden, die bisher von der übertragenen Zulassung umfasst waren.

(5) Behebt der Verwaltungs- oder Verfassungsgerichtshof eine Entscheidung über die Zuordnung von Übertragungskapazitäten, die Gegenstand einer Übertragung zugunsten einer bundesweiten Zulassung waren und sinkt dadurch der Versorgungsgrad der bundesweiten Zulassung unter 60 vH der österreichischen Bevölkerung (§ 28b Abs. 1), so bleibt die bundesweite Zulassung nach Ausspruch der Regulierungsbehörde über die von der Aufhebung nicht betroffenen, verbleibenden Übertragungskapazitäten unberührt. Betrifft die Aufhebung eine Entscheidung über die Erweiterung oder Verbesserung eines Versorgungsgebietes, so sind zudem die betreffenden Übertragungskapazitäten gemäß § 13 Abs. 2 neu auszuschreiben. Sinkt der Versorgungsgrad der bundesweiten Zulassung aus vom Zulassungsinhaber zu vertretenden Gründen unter diese Grenze, so hat die Regulierungsbehörde das Verfahren zum Entzug der Zulassung einzuleiten.

9. Abschnitt

Anwendung anderer Bundesgesetze

§ 29. (1) Soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, bleiben das Kartellgesetz 1988, BGBl. Nr. 600, und das Mediengesetz, BGBl. Nr. 314/1981, unberührt.

(2) Auf die Veranstaltung von Hörfunkprogrammen nach diesem Bundesgesetz findet die Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994, keine Anwendung.

(3) Soweit in diesem Bundesgesetz auf Bestimmungen anderer Bundesgesetze verwiesen wird, sind diese - soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist - in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden.

Anwendung des AVG und des VStG

§ 30. (1) Auf das Verfahren der Regulierungsbehörde ist – soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist - das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, in Verfahren über Verwaltungsübertretungen das Verwaltungsstrafgesetz 1991 anzuwenden.

(2) Bei Beschwerden an die Regulierungsbehörde werden die Tage des Postenlaufs in die Frist nicht eingerechnet.

Vollziehung

§ 31. (1) Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes ist, soweit die Vollziehung nicht der Bundesregierung obliegt, der Bundeskanzler betraut.

(2) Die Aufgaben der Regulierungsbehörde nach diesem Bundesgesetz werden von der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) wahrgenommen.

Übergangsbestimmungen

§ 32. (1) Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bestehende rechtskräftige Zulassungen gemäß § 17 des Regionalradiogesetzes, BGBl. Nr. 506/1993, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 51/2000, bleiben hinsichtlich der Dauer der Zulassung unberührt.

(2) Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 20/2001 bestehende fernmelderechtliche Bewilligungen bleiben unberührt, unterliegen jedoch ab Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes der Überprüfung gemäß § 11.

(3) Zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 97/2004 bei der KommAustria aufgrund einer Ausschreibung gemäß § 13 oder einer Veröffentlichung gemäß § 12 Abs. 4 des Privatradiogesetzes BGBl. I Nr. 20/2001 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 136/2001 anhängige Verfahren zur Zuordnung von Übertragungskapazitäten sind nach den Bestimmungen des Privatradiogesetzes, BGBl. I Nr. 20/2001, mit Ausnahme des § 7 Abs. 4 vierter Satz, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 136/2001 zu behandeln.

(4) Zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 97/2004 beim Bundeskommunikationssenat anhängige Berufungsverfahren sind nach den Bestimmungen des Privatradiogesetzes, BGBl. I Nr. 20/2001, mit Ausnahme des § 7 Abs. 4 vierter Satz und des § 13 Abs. 1 Z 3, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 136/2001 zu behandeln. Gleiches gilt für Berufungsverfahren über Entscheidungen der KommAustria nach dem vorstehenden Absatz.

(5) Die Voraussetzungen eines mindestens zweijährigen Sendebetriebs (§ 28b Abs. 1 und § 28d Abs. 4) ist auf vor In-Kraft-Treten des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 97/2004 erteilte Zulassungen nicht anzuwenden.

Inkrafttreten

§ 33. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. April 2001 in Kraft. Mit dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes tritt das Bundesgesetz, mit dem Regelungen über regionalen und lokalen Hörfunk erlassen werden, BGBl. Nr. 506/1993, in der Fassung BGBl. I Nr. 51/2000 außer Kraft.

(2) Der Frequenznutzungsplan, BGBl. II Nr. 112/2000, tritt mit Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes außer Kraft.

(3) § 27 Abs. 1 bis 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 136/2001 treten mit 1. Jänner 2002 in Kraft.

(4) Die Bestimmungen der §§ 1 Abs. 2 bis 4, 3 Abs. 3, 3 Abs. 6, 3 Abs. 7, 4, 5, 6, 7, 9 Abs. 6, 10, 11, 12 Abs. 2 bis 8, 13, 15, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 25 Abs. 1, 26 Abs. 1, 27, 28 Abs. 2, 28a bis 28d, 29, 31 und 32 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 97/2004 treten am 1. August 2004 in Kraft.

(5) § 7 Abs. 4 und § 19 Abs. 5 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 169/2004 treten mit 1. Jänner 2005 in Kraft.