

TE Bvg Erkenntnis 2021/6/15 W234 2232077-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 15.06.2021

Entscheidungsdatum

15.06.2021

Norm

B-VG Art133 Abs4

KOG §1 Abs1

KOG §13

KOG §2 Abs1

KOG §36

PrR-G §1 Abs1

PrR-G §10 Abs1 Z4

PrR-G §12 Abs1

PrR-G §13 Abs1

PrR-G §13 Abs2

PrR-G §2 Z1

PrR-G §2 Z2

PrR-G §2 Z3

PrR-G §2 Z4

PrR-G §3 Abs1

PrR-G §3 Abs2

PrR-G §6 Abs1

PrR-G §6 Abs2

TKG 2003 §54 Abs3 Z1

TKG 2003 §54 Abs5

TKG 2003 §74 Abs1 Z3

TKG 2003 §81 Abs2a

TKG 2003 §81 Abs5

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

Spruch

Im Namen der Republik!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Thomas HORVATH als Vorsitzenden, den Richter Mag. Eduard Hartwig PAULUS als Beisitzer und die Richterin Mag. Ingrid ZEHETNER als Beisitzerin über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch Lanksy, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH, unter Beteiligung der mitbeteiligten Partei XXXX , vertreten durch Vavrovsky Heine Marth Rechtsanwälte GmbH, gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria vom 11.03.2020, Zl. XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 26.03.2021 zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision ist gem. Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Am 17.07.2019 schrieb die Kommunikationsbehörde Austria (im Folgenden „belangte Behörde“) die Übertragungskapazität „XXXX 93,2 MHz“ gemäß § 13 PrR-G aus.

2. Binnen offener Frist langten bei der belangten Behörde der Antrag der XXXX (im Folgenden „beschwerdeführende Partei“) auf Zuordnung der ausgeschriebenen Übertragungskapazität zur Erweiterung ihres bestehenden Versorgungsgebietes „XXXX 104,2 MHz“, der Antrag der XXXX (im Folgenden „mitbeteiligte Partei“) auf Zuordnung der ausgeschriebenen Übertragungskapazität zur Erweiterung ihres bestehenden Versorgungsgebietes „XXXX 98,3 MHz und XXXX“ sowie der Antrag der XXXX auf Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk in dem durch die ausgeschriebene Übertragungskapazität gebildeten Versorgungsgebiet ein.

3. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde die ausgeschriebene Übertragungskapazität der mitbeteiligten Partei zur Erweiterung ihres bestehenden Versorgungsgebietes zugeordnet (Spruchpunkt 1.), ebenso wurde ihr die Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb der in der Beilage 1 des Bescheids beschriebenen Funkanlage zur Veranstaltung von Hörfunk erteilt (Spruchpunkt 2.).

Die Anträge der beschwerdeführenden Partei auf Zuordnung der ausgeschriebenen Übertragungskapazität zur Erweiterung ihres bestehenden Versorgungsgebietes sowie der XXXX auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk in dem durch die ausgeschriebene Übertragungskapazität gebildeten Versorgungsgebiet wurden abgewiesen (Spruchpunkte 3. und 4.).

Die belangte Behörde begründete die Zuordnung der ausgeschriebenen Übertragungskapazität an die mitbeteiligte Partei (anstatt an die beschwerdeführende Partei) im Wesentlichen wie folgt:

Beide Parteien des nunmehrigen Beschwerdeverfahrens würden in Fortsetzung der schon zuvor veranstalteten Programme „XXXX“ bzw. „XXXX“ ein kommerzielles, vollständig eigengestaltetes 24-Stunden-Vollprogramm planen. Der Anteil an eigenproduziertem Programm sei bei beiden Parteien etwa gleich hoch; daraus sei kein Vorteil für eine Partei zu gewinnen. Zudem würden die beschwerdeführende wie die mitbeteiligte Partei den Schwerpunkt ihrer Programme auf den Musikanteil legen und würden über einen vergleichsweise geringen Wortanteil verfügen; daraus sei für keine der beiden Parteien ein maßgeblicher Vorteil zu gewinnen. Auch sei von beiden Parteien eine regelmäßige Berücksichtigung der Geschehnisse im Raum XXXX zu erwarten, jedoch schon angesichts der grundsätzlichen Konzeption der Programme sowie aufgrund der geplanten Personalausstattungen keine maßgebliche lokale Ausrichtung des zukünftigen Programms auf den Raum XXXX ; für dieses Ergebnis spreche auch das Größenverhältnis

zwischen den bestehenden Versorgungsgebieten der Parteien (die eine ähnliche Größe von über XXXX Einwohnern aufweisen würden) und dem durch die gegenständliche Übertragungskapazität versorgten Bereich von ca. XXXX Personen.

Ausschlaggebend für den Vorzug der mitbeteiligten Partei sei letztlich das Musikprogramm: Zwar würde keine der Parteien eine substanzelle Berücksichtigung von Interpreten aus dem Versorgungsgebiet planen und es würden sich die Musikprogramme beider Parteien vom bestehenden Angebot abheben, das von Adult Contemporary (AC)-Formaten dominiert werde. Jedoch unterscheide sich das Programm der mitbeteiligten Partei noch stärker vom bisherigen Angebot im Versorgungsgebiet. Zwar hebe sich auch das im Contemporary Hit Radio (CHR)-Format gestaltete Programm der beschwerdeführenden Partei von den bislang verbreiteten AC-Formaten insofern ab, als es zum Teil andere Musikrichtungen enthalte (z.B. RnB, House) und eine jüngere Zielgruppe ansprechen wolle als etwa das Programm von „XXXX“ und den entsprechenden Zulassungsbescheiden zufolge im Musikprogramm auch „jünger“ sei als die bundesweit empfangbaren Programme „XXXX“ und „XXXX“; dennoch verfüge das Programm der beschwerdeführenden Partei mit sämtlichen genannten Programmen aber auch über deutliche Überschneidungen sowohl im Hinblick auf Teile der Zielgruppe als auch hinsichtlich von Teilen der gespielten (auf aktuelle „Hits“ ausgerichteten) Musik.

Demgegenüber verfüge das Programm der mitbeteiligten Partei durch seine Betonung von „Black Music und Soul“ inklusive der diversen Subgenres (insbesondere Funk, Jazz, Hip-Hop, House, Dance und Drum&Bass), insbesondere aber auch durch seine gesamte musikalische Ausrichtung dahingehend, dass dem bloßen „Musikabspielen“ ein verstärkter Einsatz von DJs bzw. die Ausstrahlung entsprechender Schwerpunkt-Sendungen entgegengesetzt werden, über ein besonderes Alleinstellungsmerkmal im Bereich des Musikprogramms. Wegen des durch das Musikprogramm angesprochenen Personenkreises sei somit vom Programm der mitbeteiligten Partei ein größerer Beitrag zur Meinungsvielfalt zu erwarten, weil dieses verstärkt ein musikinteressiertes Publikum aus breiteren Alterszielgruppen anspreche, das bislang im Versorgungsgebiet nicht als eigene Zielgruppe angesprochen und somit vom bisher bestehenden Angebot nicht versorgt werde.

4. Gegen diesen Bescheid er hob die beschwerdeführende Partei mit Schriftsatz vom 27.05.2020 Beschwerde und beantragte darin, dass ihr das Bundesverwaltungsgericht die Übertragungskapazität zur Erweiterung ihres bestehenden Versorgungsgebietes zuordnen möge.

Begründend wurde dabei im Wesentlich ausgeführt, dass die belangte Behörde unrichtigerweise von einem etwa gleich hohen Wortanteil der konkurrierenden Programme ausgehe. Tatsächlich weise das Programm der beschwerdeführenden Partei einen höheren Wortanteil auf – mindestens XXXX % exkl. Werbung gegenüber XXXX bis max. XXXX % exkl. Werbung. Bereits hieraus sei für die beschwerdeführende Partei ein Vorteil zu gewinnen.

Überdies lasse die belangte Behörde außer Acht, dass die mitbeteiligte Partei XXXX % ihrer Nachrichten unverändert von XXXX übernehmen würde. Da diese Nachrichten somit bereits ident im gegenständlichen Versorgungsgebiet vorhanden seien, könnten diese keinen Beitrag zur Meinungsvielfalt leisten. Die beschwerdeführende Partei hingegen beschäftige eine eigene Nachrichtenredaktion, die maßgeschneiderte Nachrichten für die jüngere Zielgruppe produziere, welche ansonsten ihre Nachrichten wohl nur über Social Media konsumieren würde. Außerdem würden die Nachrichten der beschwerdeführenden Partei halbstündlich ausgestrahlt werden, wohingegen jene der mitbeteiligten Partei lediglich stündlich ausgestrahlt werden würden. Unter Berücksichtigung dieser fremdproduzierten und übernommenen Nachrichten senke sich der eigengestaltete Wortanteil, welcher überhaupt einen Beitrag zur Meinungsvielfalt leisten könne, bei der mitbeteiligten Partei auf XXXX bis XXXX %. Die beschwerdeführende Partei verfüge hingegen über eigengestalteten Nachrichten, die maßgeblich zur Meinungsvielfalt beitragen und zum eigenen Wortanteil von XXXX bis XXXX % beitragen würden. Dies entspreche etwa dem Doppelten bis Dreifachen des Wortanteils der mitbeteiligten Partei. Durch den insgesamt mindestens gleich hohen bzw. höheren Wortanteil des Programms der beschwerdeführenden Partei weise diese letztlich auch einen mindestens gleich hohen bzw. höheren regional bezogenen Programmanteil auf, zumal beide Parteien in ihren Anträgen angegeben hätten, regelmäßig Meldungen aus dem Raum XXXX zu integrieren.

Hinsichtlich des Musikprogramms übersehe die belangte Behörde, dass das Kriterium der Unterscheidbarkeit nicht allein und losgelöst bewertet werden könne. Es sei hier auch zu beachten, dass das Musikprogramm der beschwerdeführenden Partei einen wesentlich höheren Marktanteil erreiche, was ein Vergleich der Marktanteile der

Programme im Raum XXXX zeige. Bei der Annahme eines beinahe gleichen Musikprogramms und nur eines geringen Vorteils für die mitbeteiligte Partei werde dieser Vorteil durch einen deutlich höheren Marktanteil und damit gesteigerter Hörerakzeptanz der beschwerdeführenden Partei wettgemacht, wodurch das Kriterium der Meinungsvielfalt auch in Bezug auf das Musikprogramm zugunsten der beschwerdeführende Partei ausfalle.

Zudem verkenne die belangte Behörde, dass nicht nur die mitbeteiligte, sondern auch die beschwerdeführende Partei über Schwerpunkt-Sendungen verfüge, die über das bloße Musikabspielen hinausgehen und sich auf Musikgenres der Jugend fokussieren würden. Hierzu würden u.a. die Sendungen „XXXX sowie „XXXX“ zählen. In diesen Schwerpunkt-Sendungen würden ebenfalls zahlreiche spezielle Genres reflektiert und bedient werden, die auf keinem anderen Radiosender im gegenständlichen Versorgungsgebiet geboten würden. Es würden somit beide Parteien des Beschwerdeverfahrens über sehr individuelle Musikausrichtungen verfügen, sodass diese nicht zum Vorteil der mitbeteiligten Partei gewertet werden könne.

Schließlich verweise die beschwerdeführende Partei auf den Umstand, dass die zu vermeidende Doppelversorgung bei der beschwerdeführenden Partei weniger als 100 Personen betrage, bei der mitbeteiligten Partei hingegen mit ca. 250 Personen mehr als doppelt so hoch sei, sodass auch dieses Kriterium zugunsten der beschwerdeführende Partei ausfallen müsse.

5. Mit Schreiben vom 29.06.2020 übermittelte das Bundesverwaltungsgericht der mitbeteiligten Partei den Beschwerdeschriftsatz zur Kenntnisnahme und gab ihr die Gelegenheit, binnen einer Frist von vier Wochen dazu Stellung zu nehmen.

6. Mit Schriftsatz vom 30.07.2019 nahm die mitbeteiligte Partei Stellung zur Beschwerde.

Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass die von der beschwerdeführenden Partei vorgebrachte prozentuellen Werte unrichtig seien, weil ihr durchschnittlicher Werbeanteil max. XXXX % (anstatt XXXX %) betrage. Ebenso führe der Zukauf von Nachrichten nicht zur Reduktion des Wortanteils, weil auch fremdproduzierte Programminhalte Teil des Wortanteiles seien. Auch im Lichte der Meinungsvielfalt würde dieser Zukauf der mitbeteiligten Partei nicht zum Nachteil zu gereichen, weil der Kreativität der Redakteure und Moderatoren bei der Nachrichtenproduktion Grenzen gesetzt seien und schon das tagespolitische Geschehen eine klare Linie vorgebe. Folglich sei die Berichterstattung ohnehin bei allen Sendern überschneidend und liefere im Vergleich zu anderen redaktionellen Beiträgen einen geringen Beitrag zur Meinungsvielfalt. Die belangte Behörde habe richtigerweise erkannt, dass hinsichtlich des Wortanteils kein maßgeblicher Vorteil für eine der Parteien zu gewinnen sei.

In Bezug auf den Lokalanteil ergebe sich, dass beide Parteien des Beschwerdeverfahrens eine Ausweitung der regionalen Berichterstattung auf den Raum XXXX planen würden. Da auch die beschwerdeführende Partei eine Erweiterung ihres bisherigen Programmes plane, sei nicht davon auszugehen, dass sie in ihrem Programm fortan ausschließlich lokale Nachrichten senden werde. Insofern sei nicht ersichtlich, wie sich der behauptete Vorteil von eigenproduzierten Nachrichten im Lokalanteil des Programmes niederschlagen solle. Hingegen biete das Programm der mitbeteiligten Partei einen tatsächlichen Mehrwert im lokalen Wortprogramm. Denn die eigenproduzierten Inhalte würden sich auf die lokale Kunst-, Kultur-, und Musikszene sowie die Bereiche Lifestyle, Kulinarik, Mode oder Design sowie auf Lokalmeldungen aus Politik und Wirtschaft beziehen. Anders als Nachrichten würden eigenproduzierte redaktionelle Sendungen zu Themen aus der lokalen Kunst- und Kulturszene zur Meinungsvielfalt und zum Lokalanteil beitragen.

Überdiese dominiere in den Programmen der mitbeteiligten wie der beschwerdeführenden Partei der Musikanteil. Beide Sender würden sich hinsichtlich ihres Musikangebotes vom bestehenden Angebot im Versorgungsgebiet abheben. Die mitbeteiligte Partei hebe sich jedoch im Vergleich zur beschwerdeführenden Partei viel deutlicher davon ab, weil sich das Angebot der beschwerdeführenden Partei in weiten Teilen mit den im Versorgungsgebiet bereits bestehenden Programmangeboten wie „XXXX“ oder „XXXX“ überschneide. Auch die Zielgruppe der 10- bis 29-Jährigen, auf die das Programm der beschwerdeführenden Partei abziele, sei im Versorgungsgebiet bereits ausreichend versorgt. Hingegen sei das Programm der mitbeteiligten Partei mit der Musikausrichtung auf die Bereiche „Black Music und Soul“ inklusive der diversen Subgenres (wie Funk, Jazz, Hip-Hop, House, Dance oder Drum&Bass) fernab vom Mainstream und damit neu und einzigartig. Ebenso werde die Zielgruppe der mitbeteiligten Partei (jene der urbanen 25- bis 49-jährigen bzw. die erweiterte Zielgruppe der 14- bis 49-jährigen) bisher im Versorgungsgebiet nicht bedient. Die belangte Behörde halte in diesem Zusammenhang daher richtig fest, dass die mitbeteiligte Partei

über ein besonderes Alleinstellungsmerkmal im Bereich des Musikprogramms verfüge und auch einen anderen Personenkreis als die beschwerdeführende Partei (sowie auch bspw. „XXXX“ oder „XXXX“) anspreche. Daraus ergebe sich auch der deutlich größere Beitrag zur Meinungsvielfalt; das Programm der mitbeteiligten Partei hebe sich durch sein musikalisches Angebot mit dem verstärkten Einsatz von DJs und lokalen Künstlern sowie zahlreichen Schwerpunkt-Sendungen wesentlich deutlicher von den bisher angebotenen Programmen ab als jenes der beschwerdeführenden Partei.

Das Argument der beschwerdeführenden Partei, dass sie einen höheren Marktanteil erreiche und ihr dieser als positives Kriterium zur Beurteilung ihres Beitrags zur Meinungsvielfalt anzurechnen sei, sei sinnwidrig. Es müsse gerade das Gegenteilige gelten, sodass in Gebieten, die bereits im Mainstreambereich ausreichend mit Programmen versorgt seien, im Lichte der Meinungsvielfalt dem Nischenprogramm mit Alleinstellungsmerkmal der Vorzug zu geben sei.

Die von der beschwerdeführenden Partei vorgebrachte Doppelversorgung, die bei der mitbeteiligten Partei höher sei, sei technisch unvermeidbar und äußerst gering, sodass keine verpönte Doppelversorgung im Sinne des § 10 Abs. 2 PrR-G vorliege. Insofern sei aus diesem marginalen Unterschied nichts für die beschwerdeführende Partei zu gewinnen.

Die mitbeteiligte Partei beantrage daher die vollinhaltliche Bestätigung des angefochtenen Bescheides bzw. die Abweisung der Beschwerde.

7. Das Bundesverwaltungsgericht führte am 26.03.2021 eine mündliche Verhandlung durch, an der die beschwerdeführende wie die mitbeteiligte Partei und deren anwaltliche Vertreter sowie ein Vertreter der belannten Behörde teilnahmen.

Einleitend führte die beschwerdeführende Partei aus, dass betreffend die Nachrichtenberichterstattung nicht nur deren Fremdproduktion an sich kritisiert werde, sondern dass die mitbeteiligte Partei die Nachrichtensendungen unverändert von „Radio XXXX“ übernehme und diese nur wenige Minuten nach „Radio XXXX“ ausstrahle; oftmals erfolge die Ausstrahlung auch gleichzeitig, nie jedoch vor „Radio XXXX“. Für die beschwerdeführende Partei folge daraus rechtlich, dass dies den Beitrag der mitbeteiligten Partei zur Meinungsvielfalt schmälere und dass diese identen Nachrichten bei der Wertung des Wortanteils zu ihren Lasten und somit zugunsten der beschwerdeführenden Partei zu berücksichtigen seien.

Zum Beweis legte die beschwerdeführende Partei eine stichprobenartige Erfassung der Nachrichtensendungen der mitbeteiligten Partei, von „Radio XXXX“ sowie ihres Programms in Schriftform vor.

In weiterer Folge erörterten die Parteien (inkl. der belannten Behörde) die Höhe des Wortanteils samt Werbeanteil sowie den Inhalt des Wortprogramms, wobei sie im Wesentlichen bei ihren jeweiligen Standpunkten blieben:

Nach Ansicht der beschwerdeführenden Partei weise ihr Programm einen höheren Wortanteil aus; sie strahle Musiksendungen mit Wortanteil aus und verweise dazu auf näher bezeichnete Sendungen. Überdies wiederholte die beschwerdeführende Partei, dass sie ihre Nachrichtensendungen selbst produziere und hierfür drei Redakteure angestellt habe.

Nach Ansicht der mitbeteiligten Partei sei der Wortanteil gleich hoch bzw. unterscheide er sich allenfalls nur marginal, wobei zu beachten sei, dass der Lokalanteil aufgrund der speziellen Ausrichtung des Programmes der mitbeteiligten Partei deutlich höher sei als bei der beschwerdeführenden Partei. Die mitbeteiligte Partei verwies überdies bzgl. der Nachrichtensendungen auf ihren Antrag, wonach sie mit dem „XXXX“ zusammenarbeiten wolle, um Nachrichten für den Raum XXXX und XXXX zu beziehen. Diesbezüglich legte die mitbeteiligte Partei eine Bestätigung des „XXXX“ vom 12.03.2021 vor.

Aus Sicht der belannten Behörde sei aus dem Wortprogramm der beiden Parteien kein entscheidender Vorteil zugunsten einer Seite zu gewinnen gewesen und es sei bei der Gesamtbetrachtung der Mehrwert des Programms der mitbeteiligten Partei aufgrund von deren Musikprogramm und deren angestrebter Zielgruppe ausschlaggebend gewesen.

Zur Frage der Maßgeblichkeit der Marktanteile führte die belannte Behörde sinngemäß aus, dass diese kein Kriterium für die Meinungsvielfalt seien, weil dies ansonsten zu einer Dominanz kommerziell erfolgreicher Anbieter gegenüber Nischenprogrammen und freien Radios führen würde. Dem stimmte die mitbeteiligte Partei zu. Aus Sicht der

beschwerdeführenden Partei sei dies grundsätzlich richtig, allerdings müsse bei einem faktischen Gleichstand die Hörerakzeptanz ausschlaggebend sein. Ein solcher faktischer Gleichstand liege allerdings aus Sicht der mitbeteiligten Partei nicht vor; die beschwerdeführende Partei gehe dabei von einer falschen Annahme aus, weil ein Vorteil für die mitbeteiligte Partei besthebe.

Zum Schluss erläuterten die mitbeteiligte wie die beschwerdeführende Partei die Eigenständigkeit ihrer Programme.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Gegenständliches Versorgungsgebiet:

Am 17.07.2019 schrieb die belangte Behörde die Übertragungskapazität „XXXX 93,2 MHz“ gemäß 13 PrR-G aus. Mit ihr können die Gemeinden XXXX zur Gänze versorgt werden. Die Gemeinden XXXX können nur teilweise versorgt werden.

In diesem Versorgungsgebiet sind die Programme „XXXX“, „XXXX“, „XXXX“ und „XXXX“ des XXXX terrestrisch empfangbar.

Überdies sind die folgenden Programme von Hörfunkveranstaltern nach dem PrR-G terrestrisch empfangbar:

„XXXX“ der XXXX :

Dabei handelt es sich um ein 24-Stunden-Vollprogramm im Adult Contemporary-Format, welches sich als Unterhaltungssender für erwachsene Österreicherinnen und Österreicher versteht. Neben den Programmschwerpunkten Musik, unterhaltende Information aus Österreich und der Welt sowie zielgruppenrelevantem Content (Sport, Veranstaltungen, etc.) beinhaltet das Programm auch Serviceanteile (z.B. Wetter- und Verkehrsinformationen). Das Programm wird bundesweit einheitlich ausgestrahlt; regionale und lokale Ausstiege erfolgen im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten gemäß redaktionellen Erfordernissen und wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit.

„XXXX“ der XXXX :

Dabei handelt es sich um ein 24-Stunden-Vollprogramm für die Zielgruppe der 14- bis 59-jährigen Zuhörer in Österreich mit einem Musikprogramm in Form eines breiten Adult-Contemporary-Formats aus Musik der 1980er bis zu aktueller Musik mit einem melodiösen und harmonischen Musikflow. Neben dem Musikschwerpunkt sowie regelmäßigen Wetter- und Verkehrsberichten sowie Veranstaltungshinweisen legt das Programm auf aktuelle Informationen sowie zielgruppengerechte Inhalte aus den Bereichen Sport, Kultur, Gesellschaft, Wirtschaft sowie aktuelle Themen, die Österreich bewegen, wert, wobei tagsüber stündlich Welt- und Österreich-Nachrichten gesendet werden. Das Programm ist werktags in der Zeit von 06:00 bis 18:00 Uhr, samstags von 06:00 bis 16:00 Uhr und sonntags von 08:00 bis 16:00 Uhr moderiert. Insgesamt liegt der Musikanteil bei ca. XXXX %, der Wortanteil (einschließlich Verpackungselemente, Jingles und Werbung) bei ca. XXXX %.

„XXXX“ der XXXX :

Das Programm umfasst ein eigengestaltetes, außerhalb der Nachtstunden (zwischen 05:50 und 22:00 Uhr) überwiegend live moderiertes 24-Stunden-Vollprogramm für die Kernzielgruppe der 10- bis 49-jährigen Bevölkerung. Das Wortprogramm enthält außerhalb der Nachtstunden stündliche Nachrichten mit globalen, nationalen, regionalen (auf das Sendegebiet Wien, Niederösterreich und Burgenland bezogenen) und fallweise auch lokalen Inhalten, vor allem in der Morgenschiene und während der „XXXX“ starke Service-Anteile (insbesondere Wetter-, Verkehrs- und Veranstaltungsinformationen), sowie anlassbezogene Berichte und Reportagen zu Ereignissen von politischer, sozialer und gesellschaftlicher Bedeutung, insbesondere zu jenen Themen, die die Hörerinnen und Hörer aus dem Sendegebiet Wien, Niederösterreich und Burgenland beschäftigen. Dabei werden u.a. die Felder Politik, Wirtschaft, Kultur, Sport, Medien, Wissenschaft und Technik, Umwelt und Natur sowie Lifestyle abgedeckt. Das Musikformat entspricht einem Adult Contemporary-Format unter Berücksichtigung auch österreichischer Interpreten. Das Verhältnis von Wort- und Musikanteil beträgt außerhalb der Nachtstunden, unter Einbeziehung von Werbung und Produktionselementen, etwa XXXX .

„XXXX“ der XXXX :

Das Programm umfasst ein zur Gänze eigengestaltetes, durchmoderiertes 24-Stunden-Vollprogramm, das vor allem auf die Zielgruppe der 30- bis 59-Jährigen ausgerichtet ist. Das Musikprogramm besteht aus englischsprachigen Oldies aus den 50er bis 80er-Jahren, Oldies der Kategorie „Middle of The Road“, Austro-Pop, Austro-Alpenpop, romanischen Titeln (italienische Titel, französische Chansons) sowie Soft Adult Contemporary-Songs der letzten dreißig Jahre inklusive aktueller Hits. Der Wortanteil beträgt rund XXXX % und deckt alle Facetten des öffentlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Lebens, aber auch überregionale Themen bei Relevanz für das Sendegebiet ab. Das Wortprogramm enthält außerhalb der Nachtstunden (22:00 Uhr bis 05:00 Uhr) stündliche Nachrichten mit globalen, nationalen, regionalen und fallweise auch lokalen Inhalten, vor allem in der Morgenschiene und während der „XXXX“ starke Serviceanteile (insbesondere Wetter-, Verkehrs- und Veranstaltungsinformationen) sowie anlassbezogene Berichte und Reportagen zu Ereignissen von politischer, sozialer und gesellschaftlicher Bedeutung, insbesondere zu jenen Themen, die die Hörer aus dem Sendegebiet beschäftigen.

„XXXX“ des Vereins XXXX :

Das Programm ist ein werbefreies religiöses 24-Stunden-Spartenprogramm christlicher Prägung. Die Wortbeiträge umfassen religiöse, kulturelle und soziale Inhalte mit Lokalbezug. Programmschwerpunkte sind Information aus Österreich und der Welt, Bildung, Service, Liturgie, Unterhaltung, Dialog und spezielle Schwerpunktreihe zu Gegenwartsfragen. Zielgruppe von „XXXX“ sind Menschen aller Alters- und Berufsgruppen, die sich mit Gegenwarts- und Orientierungsfragen auseinandersetzen. Der etwa XXXX % des Programms ausmachende Musikanteil umfasst Instrumentalmusik, Klassik, sakrale Musik aus allen Epochen und Kulturkreisen sowie Interpreten aus dem Empfangsgebiet. Mehr als die Hälfte des Programms wird live gesendet und ist von intensiver Hörerbeteiligung gekennzeichnet. Der überwiegende Teil des Programms ist eigengestaltet.

1.2. Antrag und (geplantes) Programm der beschwerdeführenden Partei:

Mit Schriftsatz vom 20.09.2019 beantragte die beschwerdeführende Partei fristgerecht die Zuordnung der ausgeschriebenen Übertragungskapazität zur Erweiterung ihres bestehenden Versorgungsgebietes. Ihr Programm ist im Zulassungsbescheid vom 11.04.2011, Zl. XXXX, für das bestehende Versorgungsgebiet wie folgt festgelegt:

„Das bewilligte Programm „XXXX“ ist als eigengestaltetes deutschsprachiges 24 Stunden Vollprogramm konzipiert, das auf die Zielgruppe 10 bis 29 Jahre ausgerichtet ist. Schwerpunkt des Programms ist der im [Contemporary Hit Radio]-Format gehaltene Musikbereich. Der Schwerpunkt liegt auf den Musikrichtungen Modern Rhythmic Pop, RnB, House und New Rock. Das Wortprogramm umfasst insbesondere regelmäßige zweiminütige Nachrichten, mit besonderem Augenmerk auf die regionale Berichterstattung aus Wien und Umgebung. Diese werden morgens und nachmittags halbstündlich gesendet. Darüber hinaus gibt es ein ausführliches ergänzendes Serviceangebot mit Verkehrsnachrichten, Lokalwetter, Lottozahlen, „Schwarzkappler“, etc. Dazu kommen über den Tag verteilt zahlreiche Moderationsmeldungen und ausführliche Berichte über das junge Wiener Stadtleben (Konzerte, Veranstaltungen, Partys, Events, etc.). Das Verhältnis von Wort- zu Musikprogramm beträgt inklusive Werbung im Durchschnitt XXXX (Wort:Musik).“

Das bisherige Versorgungsgebiet der beschwerdeführenden Partei umfasst dabei die XXXX sowie teilweise die Bezirke XXXX sowie XXXX.

In ihrem Antrag auf Zuordnung der ausgeschriebenen Übertragungskapazität zur Erweiterung ihres bestehenden Versorgungsgebietes führte die beschwerdeführenden Partei hinsichtlich der Meinungsvielfalt aus, dass sie mit ihrem Programm unmittelbar Bezug auf das erweiterte Sendegebiet nehmen werde, wodurch es auch zu einer inhaltlichen Erweiterung des Programmangebots komme. Das Wort- und Musikprogramm werde sodann die Präferenzen der Bewohner beider Gebiete gleichermaßen berücksichtigen und in die Lokalnachrichten würden auch Nachrichtenmeldungen aus dem erweiterten Sendegebiet einfließen. Im Eventkalender würden auch relevante Veranstaltungen aus dem erweiterten Sendegebiet im Ausmaß von mindestens 25 Nennungen pro Woche berücksichtigt. Auch die Website der Antragstellerin werde selbstverständlich um das erweiterte Versorgungsgebiet ergänzt werden. Für den Fall der Zuordnung habe die beschwerdeführende Partei eine Kooperation mit dem Studiengang Medienmanagement der FH XXXX für die Bereiche Radio, Multimedia und Bewegtbild mit dem Titel „Aus der Region, für die Region“ abgeschlossen. Dabei biete sie den Studierenden der FH XXXX eine Plattform, um das erworbane Wissen in die Praxis umzusetzen. Ziel der Zusammenarbeit sei es, ein bestimmtes Thema optimal abgestimmt auf die jeweiligen Verbreitungskanäle der beschwerdeführenden Partei aufzubereiten. Die Studenten

würden dabei u.a. in einer monatlichen einstündigen Sendung auf einem Sendeplatz in der „ XXXX “ (Montag bis Freitag von 15:00 bis 20:00 Uhr) im Rahmen von mindestens vier Einstiegen in dieser Stunde ein für die Zielgruppe der beschwerdeführenden Partei und die Region relevantes Thema aufbereiten. Darüber hinaus werde der Sieger eines vierteljährlichen DJ-Contests aus der Region, der in Kooperation mit der FH XXXX und dem Campus Radio stattfinde, im Rahmen der „ XXXX -Mastermixes“ ausgestrahlt, was das Standing der lokalen Musikszene signifikant fördere. Schließlich werde im Fall einer Sendegebietserweiterung der lokalen Wirtschaft aus dem Sendegebiet in einer eigenen Rubrik eine Plattform geboten, sich zu präsentieren, indem monatlich ein Unternehmen oder erfolgreiches Start-up-Projekt im Rahmen eines einminütigen Beitrages „on air“ vorgestellt werde.

Zur Bevölkerungsdichte gab die beschwerdeführende Partei an, die technische Reichweite von ca. XXXX Personen und die damit erreichbare Bevölkerung spreche im Hinblick auf die bereits bestehende Zulassung im Versorgungsgebiet „ XXXX “ für die Erweiterung.

Zur Wirtschaftlichkeit der Hörfunkveranstaltung führte die beschwerdeführende Partei aus, dass die Erweiterung aufgrund der räumlichen Nähe zum Versorgungsgebiet XXXX keinen wesentlichen organisatorischen und finanziellen Mehraufwand bedeute. Aufgrund der langjährigen Veranstaltung ihres Programms habe sie bereits gezeigt, dass sie Hörfunk wirtschaftlich betreiben könne. Die Finanzierung der mit der Erweiterung verbundenen Anfangsinvestitionen, die sich lediglich auf die für den Sendebetrieb notwendigen technischen Investitionen sowie etwaige Infrastruktur für zusätzliche Mitarbeiter beliefen, sei durch entsprechende Zusagen ihrer Gesellschafter sichergestellt. Als zusätzliche Mitarbeiter für das erweiterte Sendegebiet seien ein Verkäufer sowie ein freiberuflicher Redakteur geplant. Die Erhöhung der Werbeeinnahmen ergebe sich aliquot aus der technischen Reichweite im Verhältnis zu den Werbeeinnahmen des bestehenden XXXX Sendegebiets, wobei die beschwerdeführende Partei vergleichbare Reichweiten erwarte.

Zur Frage der politischen, sozialen und kulturellen Zusammenhänge brachte die beschwerdeführende Partei zusammengefasst vor, dass zwischen dem verfahrensgegenständlichen und ihrem bestehenden Versorgungsgebiet wesentliche wechselseitige Pendlerströme bestünden. Das gegenständliche Gebiet sei nicht so weit in sich geschlossen, dass keine oder nur schwache Zusammenhänge mit den umliegenden Gebieten oder der XXXX bestünden. Neben den wechselseitigen Pendlerströmen würden weitere Faktoren wie u.a. Zweitwohnsitze der XXXX Bevölkerung im Raum XXXX sowie in beiden Regionen bestehende medizinische, kulturelle und schulische Einrichtungen hinzukommen, die von den Einwohnern wechselseitig genutzt werden würden, sodass ein reger Austausch bestehe.

Das von der beschwerdeführenden Partei vorgelegte technische Konzept ist fernmeldetechnisch realisierbar.

Eine Doppelversorgung besteht nur im Bereich des Zusammenhangs der Versorgungsgebiete östlich von XXXX . Aufgrund der dort eher losen Besiedelung ergibt die Berechnung unter Berücksichtigung der messtechnisch festgestellten geringen Störbelastungen eine Doppelversorgung mit der bestehenden Übertragungskapazität von weniger als 100 Einwohnern.

1.3. Antrag und (geplantes) Programm der mitbeteiligten Partei:

Mit Schriftsatz vom 23.09.2019 beantragte die mitbeteiligte Partei fristgerecht die Zuordnung der ausgeschriebenen Übertragungskapazität zur Erweiterung ihres bestehenden Versorgungsgebietes. Ihr Programm ist im Zulassungsbescheid vom 26.04.2017, Zl. XXXX , für das bestehende Versorgungsgebiet wie folgt festgelegt:

„Das Programm ist ein größtenteils eigengestaltetes und teilweise live moderiertes 24-Stunden-Vollprogramm mit hohem Lokalbezug mit einer grundsätzlichen Musikausrichtung auf die Bereiche Black Music und Soul inklusive der diversen Subgenres (insbesondere Funk, Jazz, Hip-Hop, House, Dance und Drum&Bass) für die Kernzielgruppe der urbanen 25- bis 49-Jährigen (bzw. die erweiterte Zielgruppe der 14- bis 49-Jährigen). Im Wortprogramm, das exklusive Werbung je nach Tageszeit XXXX bis XXXX % des Programms ausmachen soll, sollen Information wie internationale und nationale Nachrichten zur vollen Stunde, mehrmals täglich lokale Nachrichten, Verkehrsmeldungen, Informationen zum öffentlichen Nahverkehr und lokale Wetterupdates sowie bis zu zwei Mal pro Stunde jeweils bis zu drei Minuten lange redaktionelle Elemente, die besonderes Augenmerk auf die lokale Kunst-, Kultur-, und Musikszene richten sollen, aus folgenden Bereichen gesendet werden: Kultur, Lifestyle, Kulinarik, Mode oder Design sowie Lokalmeldungen aus Politik und Wirtschaft. In den Abendstunden wird im Rahmen der ‚Spezialisten‘-Sendungen von Experten vertieft auf einzelne Musikrichtungen eingegangen. Das Nachtprogramm, welches DJ-Sets von österreichischen und

internationalen DJs sowie musikalische Raritäten enthält, ist unmoderiert.“

Das bisherige Versorgungsgebiet umfasst im Wesentlichen XXXX und Teile der Bezirke XXXX, XXXX und XXXX.

In ihrem Antrag auf Zuordnung der ausgeschriebenen Übertragungskapazität zur Erweiterung ihres bestehenden Versorgungsgebietes führte die mitbeteiligte Partei hinsichtlich der Meinungsvielfalt aus, dass „Radio XXXX“ sein Publikum u.a. mit zugekaufte Nachrichten versorge, welche das regionale und überregionale Geschehen in Österreich und der Welt widerspiegeln. Die mitbeteiligte Partei plane, den Zukauf der Nachrichten durch ein in Kooperation mit dem „XXXX“ produziertes Nachrichtenformat zu ersetzen. Zu dieser „Grundsatzversorgung“ komme eine zu 100 % eigengestaltete lokale Berichterstattung aus dem Versorgungsgebiet, ergänzt um Berichte aus vergleichbaren urbanen Räumen und mit dem Anspruch, einen klaren Mehrwert für die Hörer und eine klare Unterscheidbarkeit zum restlichen Radioangebot im Versorgungsgebiet zu gewährleisten. Eine mit „Radio XXXX“ vergleichbare Musikformatierung existiere am österreichischen Radiomarkt nicht. Das Programm richte sich an einen Personenkreis, der mit den Programmen der restlichen österreichischen Radiosender gering bis gar nicht versorgt werde. Die mitbeteiligte Partei unterscheide sich damit am deutlichsten vom bestehenden Angebot und schaffe dadurch auch einen größtmöglichen Beitrag zur Meinungsvielfalt im ausgeschriebenen Versorgungsgebiet. Im Falle der Zuordnung der Übertragungskapazität werde sich der Programmcharakter von „Radio XXXX“ nicht verändern. Es würden lediglich zusätzlich in verschiedenen Programmelementen (Lokalnachrichten, Veranstaltungshinweise, Hinweise auf kulturelle Aktivitäten, Wetter- und Verkehrsnachrichten etc.) Inhalte aus XXXX in das gemeinsame Programm aufgenommen, was aufgrund der starken wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Zusammenhänge der beiden Sendegebiete problemlos möglich sei.

Zur Wirtschaftlichkeit der Hörfunkveranstaltung brachte die mitbeteiligte Partei vor, dass die Durchführung des Sendebetriebs auf Grundlage der beantragten Übertragungskapazität problemlos möglich sei. Der Zugewinn an technischer Reichweite von ca. XXXX Einwohnern führe zu einer stärkeren Verbreitung des Programms, was wiederum größere Attraktivität für Werbekunden mit sich bringe. Die daraus erzielten zusätzlichen Werbeumsätze würden für eine ausreichende finanzielle Deckung der Mehrkosten des Sendebetriebs sorgen.

Um den Lokalbezug des zusätzlichen Sendegebiets im Programm weiter zu gewährleisten, werde ein freier Redakteur mit etwa 15 Wochenstunden vor Ort beschäftigt. Weiters werde ein Verkäufer im Zentralraum XXXX lokale Werbeaufträge generieren. Darüber hinausgehende Tätigkeiten würden aufgrund ausreichend vorhandener Kapazitäten vom Team in XXXX erfüllt. Ein eigenes Büro in XXXX sei aufgrund der geographischen Nähe nicht nötig.

Zu den bestehenden politischen, sozialen und kulturellen Zusammenhängen führte die mitbeteiligte Partei aus, der XXXX Zentralraum (XXXX) sei eng mit XXXX verbunden, was sich u.a. aus der geographischen Nähe ergebe. Insbesondere aus beruflichen Gründen würden zahlreiche XXXX nach XXXX pendeln. Die engen Zusammenhänge würden sich jedoch nicht nur auf die berufliche Vernetzung der Hörer beschränken. Aufgrund der örtlichen Nähe und der optimalen Verkehrsanbindungen würden viele Hörer die Strecke zwischen dem ausgeschriebenen Versorgungsgebiet und dem bestehenden Sendegebiet der mitbeteiligten Partei auch privat fahren. So überzeuge die XXXX mit einem hohen und attraktiven Kultur-, Sport- und Freizeitangebot, welches auch von Menschen aus dem Raum XXXX in Anspruch genommen werde. Umgekehrt würden die XXXX primär zu Erholungszwecken ins „grüne“ XXXX fahren. Eine durchgehende Versorgung würde den Hörer des Programms der mitbeteiligten Partei daher einen spürbaren Mehrwert, insbesondere durch Verkehrsmeldungen sowie Informationen zum öffentlichen Nahverkehr oder auch das lokale Wetter-Update, bieten. Die Kooperation mit XXXX garantiere dabei allen Pendlern den ganzen Tag über aktuelle Verkehrsinformationen.

Das von der mitbeteiligten Partei vorgelegte technische Konzept ist fernmeldetechnisch realisierbar.

Eine Doppelversorgung lässt sich mittels der theoretischen Berechnung mit ca. 250 Personen ausweisen. Es handelt sich dabei um eine technisch unvermeidbare Überschneidung (spill over), die für einen lückenlosen Anschluss zwischen dem bestehenden Versorgungsgebiet der mitbeteiligten Partei und dem Versorgungsgebiet der beantragten Übertragungskapazität notwendig ist. Der Zugewinn an technischer Reichweite beträgt XXXX Einwohner.

1.4. Angefochtener Bescheid:

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 11.03.2020, Zi. XXXX, entschied die belangte Behörde wie folgt:

„1. Der [mitbeteiligten Partei] (FN XXXX beim XXXX) wird gemäß § 10 Abs. 1 Z 4 und § 12 Abs. 1 Privatradiogesetz (PrR-

G), BGBI. I Nr. 20/2001 idFBGBI. I Nr. 86/2015, iVm § 54 Abs. 3 Z 1 und Abs. 5 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBI. I Nr. 70/2003 idFBGBI. I Nr. 111/2018, die in der Beilage 1 beschriebene Übertragungskapazität „XXXX“ 93,2 MHz“ zur Erweiterung des ihr mit Bescheid der KommAustria vom 26.04.2017, XXXX, zuletzt geändert mit Bescheid der KommAustria vom 22.05.2019, XXXX, zugeteilten Versorgungsgebiets „XXXX 98,3 MHz und Teile des XXXX“ zugeordnet.

Die Beilage 1 bildet einen Bestandteil des Spruchs dieses Bescheides.

Der Name des Versorgungsgebiets lautet nunmehr „XXXX 98,3 MHz und Teile XXXX“. Das Versorgungsgebiet umfasst im Wesentlichen XXXX Teile der Bezirke XXXX, XXXX und XXXX sowie nunmehr auch XXXX, den Bezirk XXXX und Teile der Bezirke XXXX und XXXX, soweit diese durch die insgesamt zugeordneten Übertragungskapazitäten versorgt werden können.

2. Der [mitbeteiligten Partei] wird gemäß § 74 Abs. 1 Z 3 iVm § 81 Abs. 2a und 5 TKG 2003 iVm § 3 Abs. 1 und 2 PrR-G für die Dauer der aufrechten Zulassung gemäß dem Bescheid der KommAustria vom 26.04.2017, XXXX, die Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb der im beiliegenden technischen Anlageblatt (Beilage 1) beschriebenen Funkanlage zur Veranstaltung von Hörfunk erteilt.

3. Der Antrag der [beschwerdeführenden Partei] (FN XXXX beim XXXX) auf Zuordnung der Übertragungskapazität „XXXX 93,2 MHz“ zur Erweiterung des bestehenden Versorgungsgebiets „XXXX 104,2 MHz“ wird gemäß § 10 Abs. 1 Z 4 PrR-G abgewiesen.

4. Der Antrag der XXXX (FN XXXX beim XXXX) auf Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms unter Zuordnung der Übertragungskapazität „XXXX 93,2 MHz“ wird gemäß § 10 Abs. 1 Z 4 PrR-G abgewiesen.“

Gegen diesen Bescheid erhebt die beschwerdeführende Partei Beschwerde, nicht hingegen die andere Mitbewerberin XXXX.

2. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem unzweifelhaften Akteninhalt (insbesondere den Anträgen der Parteien sowie den angeführten Zulassungsbescheiden) sowie aus den Feststellungen der belangten Behörden, die mit den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung übereinstimmen.

3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 36 KommAustria-Gesetz entscheidet das Bundesverwaltungsgericht über Beschwerden in jenen Fällen, in denen die KommAustria belangte Behörde ist, durch Senat.

Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

Zu Spruchpunkt A)

3.1. Anzuwendendes Recht:

Das Privatradiogesetz (PrR-G), BGBI. I Nr. 20/2001 in der Fassung BGBI. I Nr. 150/2020, lautet auszugsweise:

„1. Abschnitt

Allgemeines

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz regelt die Veranstaltung von Hörfunkprogrammen auf drahtlosem terrestrischem Weg (terrestrischer Hörfunk), in Kabelnetzen (Kabelhörfunk) und über Satellit (Satellitenhörfunk).

[...]

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 oder mittels Multiplex-Plattformen oder Satelliten;
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;

[...]

Auswahlgrundsätze für analogen terrestrischen Hörfunk

§ 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.

Beabsichtigt ein Antragsteller, im technischen, organisatorischen oder administrativen Bereich der Hörfunkveranstaltung mit anderen Hörfunkveranstaltern auf vertraglicher Basis oder mittels einer gemeinsamen Betriebsgesellschaft zusammenzuarbeiten, so hat dies für den die Meinungsvielfalt betreffenden Teil der Prognoseentscheidung der Regulierungsbehörde insoweit unberücksichtigt zu bleiben, als die redaktionelle Unabhängigkeit der Veranstalter gewahrt bleibt und sich auch sonst bei dieser Zusammenarbeit keine Anhaltspunkte für die Regulierungsbehörde ergeben, dass die Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet beeinträchtigt wird.

(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.

[...]

4. Abschnitt

Frequenzzuordnung für analogen terrestrischen Hörfunk

§ 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.

[...]

Ausschreibung von analogen 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.

[...]

Vollziehung

§ 31. [...]

(2) Die Aufgaben der Regulierungsbehörde nach diesem Bundesgesetz werden von der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) wahrgenommen.“

Das KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 in der Fassung BGBl. I Nr. 10/2021, lautet auszugsweise:

„1. Abschnitt

Regulierungsbehörde

Kommunikationsbehörde Austria

§ 1. (1) Zur Verwaltungsführung und Besorgung der Regulierungsaufgaben im Bereich der elektronischen Audiomedien und der elektronischen audiovisuellen Medien einschließlich der Aufsicht über den Österreichischen Rundfunk und seine Tochtergesellschaften, ist die Kommunikationsbehörde Austria („KommAustria“) eingerichtet.

[...]

Aufgaben und Ziele der KommAustria

§ 2. (1) Die Verwaltungsführung und Besorgung der Regulierungsaufgaben im Sinne des § 1 Abs. 1 umfasst die der KommAustria durch gesonderte bundesgesetzliche Vorschriften zugewiesenen Aufgaben, insbesondere:

1. Zuordnungs- und Zulassungsverfahren nach dem PrR-G, BGBl. I Nr. 32/2001, und dem AMD-G, BGBl. I Nr. 84/2001,

[...]

Zuständigkeit

§ 13. (1) Die KommAustria besorgt jene Aufgaben, die ihr in § 2 dieses Bundesgesetzes sowie auf Grund gesonderter bundesgesetzlicher Regelungen zugewiesen sind.

[...]

5. Abschnitt

Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht

Zuständigkeit

§ 36. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet über Beschwerden in jenen Fällen, in denen die KommAustria belangte Behörde ist (§ 9 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes – VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013), durch Senat.“

3.2. Zum Prüfungsumfang und zu den Parteien des gegenständlichen Beschwerdeverfahrens:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat das Verwaltungsgericht grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden und damit nicht nur die gegen den verwaltungsbehördlichen Bescheid eingebrachte Beschwerde, sondern auch die Angelegenheit zu erledigen, die von der Verwaltungsbehörde zu entscheiden war. Diese Prüfbefugnis ist jedoch keine unbegrenzte, vielmehr ist ihr äußerster Rahmen die „Sache“ des bekämpften Bescheides; dieser Rahmen wird in den Fällen einer Trennbarkeit der behördlichen Entscheidung weiter eingeschränkt, wenn in der Beschwerde von mehreren trennbaren Absprüchen nur ein Teil bekämpft wird. Eine Trennbarkeit von Absprüchen ist dann gegeben, wenn jeder Teil für sich allein ohne einen inneren Zusammenhang mit anderen Teilen einem gesonderten Abspruch zugänglich ist (VwGH 28.01.2020, Ra 2019/03/0076, Rz 30, mwN).

Fallbezogen kam es lediglich zu einer Beschwerde durch die beschwerdeführende Partei, welche die Zuordnung der Übertragungskapazität an sie anstelle der mitbeteiligten Partei begehrt. Die dritte Mitbewerberin, XXXX, erheb hingegen keine Beschwerde. Der sie betreffende Spruchpunkt 4. des angefochtenen Bescheides ist daher nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens, ebenso ist die dritte Mitbewerberin keine Partei des Beschwerdeverfahrens (in diesem Sinne VwGH 26.04.2016, Ro 2015/03/0038, Rz 54).

3.3. Zum Ermessen der belangten Behörde:

Vorauszuschicken ist weiters, dass die Verwaltungsgerichte im Hinblick auf Art. 130 Abs. 3 B-VG außerhalb von Verwaltungsstrafsachen und in die Zuständigkeit des Bundesfinanzgerichtes fallenden Rechtssachen nicht dazu berufen sind, ihr eigenes Ermessen an die Stelle der Ermessensausübung der belangten Behörde zu setzen, wenn diese in gesetzmäßiger Weise erfolgt ist (vgl. VwGH 26.02.2021, Ra 2020/09/0073, Rz 10, mwN).

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen eine Ermessensentscheidung der belangten Behörde. Der Verwaltungsgerichtshof erkennt nämlich in ständiger Rechtsprechung, dass durch § 6 PrR-G Auswahlkriterien festgelegt werden, die das Ermessen der Behörde determinieren (VwGH 26.04.2016, Ro 2015/03/0038, Rz 58, mwN). Diese Bestimmung ist ihrem Wortlaut nach, der auf die Zulassung abstellt, im Frequenzzuordnungsverfahren nach § 10 PrR-G zwar nicht unmittelbar anwendbar. Zutreffend hält die belangte Behörde unter Verweis auf die Judikatur des

Verwaltungsgerichtshofes jedoch fest, dass die Auswahlgrundsätze des § 6 PrR-G auch in Anwendung des § 10 Abs. 1 Z 4 PrR-G beachtlich sind, welcher ebenso auf die Meinungsvielfalt abstellt (vgl. in diesem Sinne auch VwGH 15.12.2011, 2011/03/0055).

Insoweit daher die beschwerdeführende Partei eine andere Beurteilung in Bezug auf den Beitrag zur Meinungsvielfalt für geboten erachtet, darf eine allenfalls anders gelagerte Beurteilung nicht durch das Bundesverwaltungsgericht vorgenommen werden, wenn die belangte Behörde ihr diesbezügliches Ermessen in gesetzmäßiger Weise, d.h. anhand der Kriterien des § 6 (insbesondere dessen Abs. 1 Z 1) in Verbindung mit § 10 Abs. 1 Z 4 PrR-G, geübt hat.

3.4. Zu den Kriterien nach § 10 Abs. 1 Z 4 PrR-G mit Ausnahme der Meinungsvielfalt:

§ 10 Abs. 1 PrR-G sieht für die Zuordnung drahtloser terrestrischer Übertragungskapazitäten eine vorgegebene Reihenfolge in Form der Z 1 bis 4 vor, wobei hier die in Z 1 bis 3 festgelegten Fälle der Zuordnung von Übertragungskapazitäten nicht vorliegen.

Gemäß Z 4 leg. cit. ist die ausgeschriebene Übertragungskapazität daher auf Antrag entweder für die Erweiterung bestehender Versorgungsgebiete oder für die Schaffung neuer Versorgungsgebiete heranzuziehen. 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 zudem Voraussetzung, dass durch die Zuordnung ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem bestehenden Versorgungsgebiet gewährleistet ist.

Die von der belangten Behörde getroffene Auswahl zugunsten der Erweiterung eines bestehenden Versorgungsgebietes (konkret jenes der mitbeteiligten Partei) anstatt der Schaffung eines neuen Versorgungsgebietes ist vom Bundesverwaltungsgericht nicht zu prüfen, weil die Mitbewerberin XXXX keine Beschwerde erhoben hat (vgl. Punkt 3.2.). Vielmehr hat es allein die Entscheidung zugunsten der mitbeteiligten anstelle der beschwerdeführenden Partei zu überprüfen.

Abgesehen vom Kriterium der Meinungsvielfalt (siehe dazu sogleich unten) werden die übrigen Voraussetzungen zur Zuordnung der Übertragungskapazität von beiden Parteien in gleichem Ausmaß erfüllt werden:

Wie von der belangten Behörde zutreffend ausgeführt wird, bestehen hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit der Hörfunkveranstaltung keine Bedenken, weil beide Parteien bereits ein Hörfunkprogramm betreiben, welches grundsätzlich unverändert im angrenzenden und durch die Übertragungskapazität abgedeckten Versorgungsgebiet ausgestrahlt werden soll.

Auch das Kriterium der „politischen, sozialen, kulturellen Zusammenhänge“ zwischen den bestehenden Versorgungsgebieten und dem erweiterten Versorgungsgebiet stellt sich für beide Parteien im Wesentlichen gleich dar, weil beide Parteien ihre Programme bisher hauptsächlich im Großraum XXXX ausstrahlen. Auch für das Bundesverwaltungsgericht besteht kein Zweifel, dass aufgrund der in XXXX tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus dem gegenständlichen Versorgungsgebiet in und um die Stadt XXXX und vice versa sowie anderer von der belangten Behörde angeführten Faktoren politische, soziale und kulturellen Zusammenhänge zwischen dem gegenständlichen und den bestehenden – insofern annähernd gleichen – Versorgungsgebieten vorliegen.

Auch hinsichtlich des Kriteriums der Bevölkerungsdichte ist der belangten Behörde darin zuzustimmen, dass die Programme beider Parteien hauptsächlich auf den großen urbanen Raum XXXX abstellen und dieser insoweit teilweise von der Bevölkerungsstruktur des gegenständlichen Versorgungsgebietes abweicht, nachdem dieses Versorgungsgebiet auch ländlichere Gebiete aufweist. Insofern ist

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>