

KOA 1.010/18-010

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat I, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden und den weiteren Mitgliedern Dr. Martina Hohensinn und Dr. Katharina Urbanek, über die Anträge der Antenne „Österreich“ und Medieninnovationen GmbH auf Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von bundesweitem privaten terrestrischen Hörfunk gemäß §§ 28b ff Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 86/2015, wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Der Antrag der Antenne „Österreich“ und Medieninnovationen GmbH vom 23.01.2018 auf Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von bundesweitem privaten terrestrischen Hörfunk wird gemäß § 28c Abs. 2 erster und zweiter Satz PrR-G zurückgewiesen.
2. Der Antrag der Antenne „Österreich“ und Medieninnovationen GmbH vom 20.03.2018 auf Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von bundesweitem privaten terrestrischen Hörfunk wird gemäß § 28c Abs. 2 erster und zweiter Satz PrR-G zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben an die KommAustria vom 22.12.2017 hat die Antenne „Österreich“ und Medieninnovationen GmbH (in der Folge: Antragstellerin) vorgebracht, das Erfordernis für die Erteilung einer bundesweiten Hörfunkzulassung gemäß § 28c Abs. 2 PrR-G, dass von dieser mehr als 60 % der österreichischen Gesamtbevölkerung versorgt würden, aufgrund ihrer eigenen sowie aufgrund näher genannter, auf sie (unter der aufschiebenden Bedingung der Erteilung einer bundesweiten Zulassung) übertragener Zulassungen zu erfüllen. Darüber hinaus würden Gespräche zur Übernahme weiterer Zulassungen, mit denen weitere 300.000 Personen technisch versorgt werden könnten, geführt.

Nach Durchführung einer Grobprüfung durch die Abteilung Rundfunkfrequenzmanagement (RFFM) der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) veranlasste die KommAustria am 29.12.2017 die Veröffentlichung einer Bekanntmachung der Möglichkeit zur Antragstellung für die Erteilung einer bundesweiten Zulassung gemäß §§ 28b ff PrR-G. Diese

erfolgte am 05.01.2018 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung und auf der Website der Regulierungsbehörde unter <https://www.rtr.at>. Der Zeitraum zur Antragstellung auf Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von bundesweitem privaten terrestrischen Hörfunk wurde mit 08.01.2018 bis 09.07.2018 festgesetzt.

Mit Schreiben vom 23.01.2018 beantragte die Antenne „Österreich“ und Medieninnovationen GmbH die Erteilung einer bundesweiten Zulassung gemäß §§ 28b ff PrR-G unter Zuordnung näher beschriebener Übertragungskapazitäten, die derzeit Versorgungsgebieten der Antenne „Österreich“ und Medieninnovationen GmbH sowie solchen Versorgungsgebieten zugeordnet sind, die dieser zum Zweck der Bildung einer bundesweiten Zulassung übertragen wurden.

Mit Schreiben vom 29.01.2018 erteilte die KommAustria der Antragstellerin einen Mängelbehebungsauftrag gemäß § 13 Abs. 3 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl. Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 161/2013.

Ebenfalls am 29.01.2018 beauftragte die KommAustria die Abteilung RFFM der RTR-GmbH mit der fernmeldetechnischen Prüfung des Antrags.

Mit Schreiben vom 12.02.2018 ergänzte die Antragstellerin ihren Antrag im Hinblick auf den Mängelbehebungsauftrag der KommAustria vom 29.01.2018.

Mit Schreiben vom 20.02.2018 ergänzte die Antragstellerin ihren Antrag durch Vorlage eines Rechtsgutachtens von O. Univ.Prof. A „Zur Beurteilung der Voraussetzung nach § 28c Abs 2 PrR-G bei der Erteilung einer bundesweiten Zulassung für analogen terrestrischen Hörfunk“ (im Folgenden „Gutachten A“).

Am 28.02.2018 übermittelte der Amtssachverständige Thomas Janiczek der KommAustria sein fernmeldetechnisches Gutachten.

Mit Schreiben jeweils vom 01.03.2018 übermittelte die KommAustria der Antragstellerin sowie den übertragenden Gesellschaften Radio Oberland GmbH, Außerferner Medien Gesellschaft m.b.H., Entspannungsfunk Gesellschaft mbH, Alpenfunk GmbH, Schallwellen Lounge GmbH und Weststeirische Regionalfernseh GmbH das Gutachten des Amtssachverständigen zur Stellungnahme und legte darin zudem ihre vorläufige Rechtsansicht dar, dass der Antrag gemäß § 28c Abs. 2 PrR-G zurückzuweisen sein werde, da die Übertragung der am 25.01.2018 abgelaufenen Zulassung der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH im Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ nicht mehr in Betracht komme.

Mit Schreiben vom 20.03.2018 gab die Antragstellerin eine Stellungnahme zum Gutachten ab, zog ihren Antrag (aufgrund der im Gutachten beschriebenen Doppelversorgungen) im Hinblick auf die Zuordnung näher genannter Übertragungskapazitäten zurück und stellte einen „Eventualantrag“ auf Erteilung einer bundesweiten Zulassung unter Übertragung (teilweise) anderer als der im Antrag vom 23.01.2018 genannten Zulassungen.

Mit Schreiben vom 27.03.2018 legte die Antragstellerin einen Firmenbuchauszug der Radio Ö24 Oberösterreich GmbH, wonach am 27.03.2018 der Übergang von deren Geschäftsanteilen von der Antragstellerin auf die ELCG GmbH eingetragen wurde, sowie ein „*Rechtsgutachten zur Frage der Beurteilung der Voraussetzungen der §§ 28b Abs. 1 und 28c Abs. 2 Privatradiogesetz – PrR-G*“

in Verfahren zur Erteilung einer bundesweiten Zulassung für analogen terrestrischen Hörfunk“ von Univ. Prof. Dr. B („Gutachten B“) vor.

2. Sachverhalt

Aufgrund der Anträge sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Antragstellerin

2.1.1. Struktur und Beteiligungen

Die Antenne „Österreich“ und Medieninnovationen GmbH (Antragstellerin) ist eine zu FN 262001 x beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien. Das zur Gänze einbezahlte Stammkapital beträgt EUR 40.000,-. Als Geschäftsführerinnen fungieren Mag. Johanna Papp und Silvia Buchhammer jeweils selbständig.

Alleingesellschafterin der Antenne „Österreich“ und Medieninnovationen GmbH ist die Alpha Medien GmbH für Wirtschaftskommunikation, eine zu FN 321246 x beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien und einem zur Gänze geleisteten Stammkapital von EUR 70.000,-. Die Alpha Medien GmbH für Wirtschaftskommunikation ist weiters im Ausmaß von jeweils 100 % an der MONEY.AT Medien GmbH, einer zu FN 325304 p beim Handelsgericht Wien eingetragenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien, und der Media Factory GmbH, einer zu FN 372159 v beim Handelsgericht Wien eingetragenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien, beteiligt. Beide Unternehmen sind Medieninhaber im Sinne des § 2 Z 6 PrR-G.

Die Alpha Medien GmbH für Wirtschaftskommunikation steht im Alleineigentum der ELCG GmbH, einer zu FN 321063 b beim Handelsgericht Wien eingetragenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien.

Alleineigentümerin der ELCG GmbH ist die Alpha Zehn Medien Privatstiftung, eine zu FN 355873 v beim Handelsgericht Wien eingetragene Privatstiftung nach österreichischem Recht mit Sitz in Wien. Die Stifter der Alpha Zehn Medien Privatstiftung sind die österreichischen Staatsbürger Dr. Hans Bodendorfer (93,33 %) und Nikolaus Fellner (1,33 %) sowie die Alpha Eins Medien GmbH (5,33 %). Die Alpha Eins Medien GmbH ist eine zu FN 355347 w beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien und einem zur Gänze geleisteten Stammkapital von EUR 35.000,-. Alleingesellschafter der Alpha Eins Medien GmbH ist der österreichische Staatsbürger Dr. Christoph Leon.

Die Alpha Zehn Medien Privatstiftung hält keine weiteren Beteiligungen an Hörfunkveranstaltern oder sonstigen Unternehmen im Medienbereich.

Die Antenne „Österreich“ und Medieninnovationen GmbH war Alleineigentümerin der Radio Ö24 Oberösterreich GmbH, einer zu FN 229893 d beim Handelsgericht Wien eingetragenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien. Das zur Gänze einbezahlte Stammkapital beträgt EUR 35.000,-. Die Radio Ö24 Oberösterreich GmbH ist aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 28.05.2013, KOA 1.375/13-007, zuletzt geändert mit Bescheid der

KommAustria vom 12.07.2017, KOA 1.375/17-013, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Linz 89,2 MHz, Wels und Perg“. Darüber hinaus ist die Radio Ö24 Oberösterreich GmbH aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 29.01.2014, KOA 1.382/13-001, zuletzt geändert mit Bescheid der KommAustria vom 11.10.2017, KOA 1.382/17-016, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Steyr und Kremsmünster“.

Mit Bescheid vom 21.03.2018, KOA 1.375/18-002, hat die KommAustria gemäß § 22 Abs. 5 PrR-G festgestellt, dass auch nach Abtretung von 100 % der sich im Eigentum der Antenne „Österreich“ und Medieninnovationen GmbH befindlichen Anteile an der Radio Ö24 Oberösterreich GmbH, die über die oben angeführten Zulassungen zur Veranstaltung von Hörfunk verfügt, an die ELCG GmbH weiterhin den Bestimmungen des § 5 Abs. 3 sowie der §§ 7 bis 9 PrR-G entsprochen wird. Mit Schreiben vom 22.03.2018 hat die Radio Ö24 Oberösterreich GmbH einen Rechtsmittelverzicht abgegeben und gemäß § 22 Abs. 4 PrR-G die erfolgte Durchführung dieser Eigentumsänderung angezeigt, mit Schreiben vom 27.03.2018 hat die Antragstellerin einen entsprechenden Firmenbuchauszug vorgelegt.

Alleineigentümerin der Hörfunkveranstalterin Radio Ö24 Oberösterreich GmbH ist also nunmehr die ELCG GmbH.

Mit Bescheid vom 21.03.2018, KOA 1.411/18-009, hat die KommAustria gemäß § 22 Abs. 5 PrR-G festgestellt, dass auch nach Abtretung von 100 % der sich im Eigentum der RFM Broadcast GmbH (FN 209359 g beim Handelsgericht Wien) befindlichen Geschäftsanteile an der Alpenfunk GmbH (FN 268007 d beim Handelsgericht Wien), die über eine Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Stadt Salzburg 106,6 MHz“ verfügt, an die ELCG GmbH weiterhin den Bestimmungen des § 5 Abs. 3 sowie der §§ 7 bis 9 PrR-G entsprochen wird.

Mit rechtskräftigem Bescheid vom 21.03.2018, KOA 1.464/18-004, hat die KommAustria gemäß § 22 Abs. 5 PrR-G festgestellt, dass auch nach Abtretung von 100 % der sich im Eigentum der AiNet Telekommunikations-Netzwerk Betriebs GmbH (FN 169618 p beim Landesgericht Leoben) befindlichen Geschäftsanteile an der Weststeirische Regionalfernseh GmbH (FN 367957 p beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz) an die Antenne „Österreich“ und Medieninnovationen GmbH weiterhin den Bestimmungen des § 5 Abs. 3 sowie der §§ 7 bis 9 PrR-G entsprochen wird.

Im Rahmen der festgestellten Beteiligungsverhältnisse liegen keine Treuhandverhältnisse vor.

2.1.2. Bisherige Tätigkeit als Rundfunkveranstalterin

Die Antragstellerin ist Inhaberin von Zulassungen zur Veranstaltung von analogem terrestrischen Hörfunk in folgenden Versorgungsgebieten (aufgrund nachstehend zitierte Bescheide/Erkenntnisse):

- „Wien 102,5 MHz“ (Bescheid der KommAustria vom 11.04.2011, KOA 1.192/11-003),
- „Salzburg“ (Bescheid der KommAustria vom 24.03.2015, KOA 1.150/15-013),
- „Aichfeld – Oberes Murtal“ (Bescheid der KommAustria vom 09.05.2014, KOA 1.466/14-002),
- „Obersteiermark“ (Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts [BVwG] vom 12.08.2015, W194 2010074-1/11E),
- „Lienz“ (Bescheid der KommAustria vom 21.07.2015, KOA 1.537/15-008),

- „Östliches Nordtirol 2“ (Bescheid des Bundeskommunikationssenats [BKS] vom 21.04.2008, 611.138/0003-BKS/2008),
- „Bregenz und Dornbirn“ (Bescheid des BKS vom 11.11.2013, 611.154/0002-BKS/2013) und
- „Innsbruck 105,1 MHz und Teile des Tiroler Oberlandes“ (Bescheid der KommAustria vom 11.04.2011, KOA 1.532/11-003).

Die Antragstellerin verfügt darüber hinaus aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 24.10.2016, KOA 4.470/16-005, über eine Zulassung zur Veranstaltung eines digital-terrestrischen Hörfunkprogramms über die Multiplex-Plattform „MUX F – DVB T2“ der ORS comm GmbH & Co KG.

2.2. Zulassungen, die nach dem Antrag vom 23.01.2018 in der bundesweiten Zulassung aufgehen sollen

2.2.1. Eigene Zulassungen der Antragstellerin

Die Antragstellerin strebt die Einbringung ihrer unter 2.1.2 genannten Zulassungen zur Veranstaltung von Hörfunk in die beantragte bundesweite Zulassung an. Diese haben folgende Laufzeiten:

2.2.1.1. „Wien 102,5 MHz“

Die Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Wien 102,5 MHz“ wurde der Antragstellerin mit Bescheid der KommAustria vom 11.04.2011, KOA 1.192/11-003, für die Dauer von zehn Jahren ab 21.06.2011 erteilt. Der Sendebetrieb ist seitdem durchgehend aufrecht.

2.2.1.2. „Salzburg“

Die Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Salzburg“ wurde der Antragstellerin mit Bescheid der KommAustria vom 24.03.2015, KOA 1.150/15-013, für die Dauer von zehn Jahren ab 02.09.2015 erteilt. Der Sendebetrieb ist seitdem durchgehend aufrecht.

2.2.1.3. „Aichfeld – Oberes Murtal“

Die Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Aichfeld – Oberes Murtal“ wurde der Antragstellerin mit Bescheid der KommAustria vom 09.05.2014, KOA 1.466/14-002, für die Dauer von zehn Jahren erteilt. Der Bescheid wurde der Antragstellerin am 12.05.2014 zugestellt und ist mit Ablauf des 10.06.2014 rechtskräftig geworden. Die Zulassung besteht somit für den Zeitraum von zehn Jahren ab 11.06.2014. Die Antragstellerin hat der KommAustria angezeigt, dass der Sendebetrieb am 01.06.2015 aufgenommen wurde.

2.2.1.4. „Obersteiermark“

Die Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Obersteiermark“ wurde der Antragstellerin mit Erkenntnis des BVwG vom 12.08.2015, W194 2010074-1/11E, erteilt. Die Rechtskraft ist infolge der am 24.08.2015 erfolgten Zustellung des Erkenntnisses eingetreten. Die Zulassung besteht somit für den Zeitraum von zehn Jahren ab 25.08.2015. Die Antragstellerin hat der KommAustria angezeigt, dass der Sendebetrieb am 29.03.2016 aufgenommen wurde.

2.2.1.5. „Lienz“

Die Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Lienz“ wurde der Antragstellerin mit Bescheid der KommAustria vom 21.07.2015, KOA 1.537/15-008, für die Dauer von zehn Jahren ab 03.12.2015 erteilt. Der Sendebetrieb ist seitdem durchgehend aufrecht.

2.2.1.6. „Östliches Nordtirol 2“

Die Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Östliches Nordtirol 2“ wurde der Antragstellerin mit Bescheid des BKS vom 21.04.2008, 611.138/0003-BKS/2008, für die Dauer von zehn Jahren ab 01.04.2008 (die aufschiebende Wirkung der Berufung war mit Bescheid der KommAustria vom 05.02.2008, KOA 1.535/07-030, ausgeschlossen worden) erteilt. Der Sendebetrieb ist seitdem durchgehend aufrecht. Die Zulassung läuft somit am 01.04.2018 ab.

2.2.1.7. „Bregenz und Dornbirn“

Die Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Bregenz und Dornbirn“ wurde der Antragstellerin mit Bescheid des BKS vom 11.11.2013, 611.154/0002-BKS/2013, erteilt. Die Rechtskraft ist infolge der am 14.11.2013 erfolgten Zustellung des Bescheides eingetreten. Die Zulassung besteht somit für den Zeitraum von zehn Jahren ab 15.11.2013. Die Antragstellerin hat der KommAustria angezeigt, dass der Sendebetrieb am 10.11.2014 aufgenommen wurde.

2.2.1.8. „Innsbruck 105,1 MHz und Teile des Tiroler Oberlandes“

Die Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Innsbruck 105,1 MHz und Teile des Tiroler Oberlandes“ wurde der Antragstellerin mit Bescheid der KommAustria vom 11.04.2011, KOA 1.532/11-003, für die Dauer von zehn Jahren ab 21.06.2011 erteilt. Der Sendebetrieb ist seitdem durchgehend aufrecht.

2.2.2. Übertragene Zulassungen

Darüber hinaus wurden der Antragstellerin folgende Zulassungen zum Zweck der Einbringung in eine bundesweite Hörfunkzulassung und unter der aufschiebenden Bedingung der Erteilung einer bundesweiten Hörfunkzulassung verbindlich übertragen:

2.2.2.1. „Oberösterreich Mitte“

Mit Übertragungsvereinbarung vom 21.12.2017 wurde der Antragstellerin die Zulassung der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ aufgrund des Bescheides des BKS vom 21.01.2008, 611.080/0001-BKS/2007, übertragen.

Diese Zulassung bestand für den Zeitraum von zehn Jahren ab 25.01.2008 (Datum der Zustellung des Bescheides des BKS) und ist somit mit 25.01.2018 abgelaufen.

2.2.2.2. „Klagenfurt 93,4 MHz“

Mit Übertragungsvereinbarung vom 21.12.2017 wurde der Antragstellerin die Zulassung der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Klagenfurt 93,4 MHz“, die aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 22.12.2010, KOA 1.217/10-001, für die Dauer von zehn Jahren ab 14.03.2011 (Datum der Rechtskraft infolge Zurückziehung der Berufung der N & C Privatrado GmbH) erteilt wurde, übertragen. Die

Entspannungsfunk Gesellschaft mbH hat der KommAustria angezeigt, dass der Sendebetrieb am 02.05.2011 aufgenommen wurde.

2.2.2.3. „Tiroler Oberland“

Mit Übertragungsvereinbarung vom 21.12.2017 wurde der Antragstellerin die Zulassung der Radio Oberland GmbH zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Tiroler Oberland“, die aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 11.04.2011, KOA 1.531/11-002, für die Dauer von zehn Jahren ab 21.06.2011 erteilt wurde, übertragen. Der Sendebetrieb ist seitdem durchgehend aufrecht.

2.2.2.4. „Außerfern/Reutte“

Mit Übertragungsvereinbarung vom 21.12.2017 wurde der Antragstellerin die Zulassung der Außerferner Medien Gesellschaft m.b.H. zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Außerfern/Reutte“, die aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 11.04.2011, KOA 1.536/11-001, für die Dauer von zehn Jahren ab 21.06.2011 erteilt wurde, übertragen. Der Sendebetrieb ist seitdem durchgehend aufrecht.

2.2.2.5. „Stadt Salzburg 106,6 MHz“

Mit Übertragungsvereinbarung vom 21.12.2017 wurde der Antragstellerin die Zulassung der Alpenfunk GmbH zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Stadt Salzburg 106,6 MHz“, die aufgrund des Bescheides des BKS vom 13.12.2012, 611.097/0006-BKS/2012, für die Dauer von zehn Jahren ab 18.12.2012 (infolge Zustellung des Berufungsbescheides) erteilt wurde, übertragen. Die Alpenfunk GmbH hat der KommAustria angezeigt, dass der Sendebetrieb am 12.12.2013 aufgenommen wurde.

2.2.2.6. „Graz 89,6 MHz“

Mit Übertragungsvereinbarung vom 21.12.2017 wurde der Antragstellerin die Zulassung der Schallwellen Lounge GmbH zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Graz 89,6 MHz“, die mit Bescheid der KommAustria vom 09.04.2014, KOA 1.475/14-001, für die Dauer von zehn Jahren ab 15.05.2014 (Datum der Rechtskraft des Bescheides der KommAustria) erteilt wurde, übertragen. Die Schallwellen Lounge hat der KommAustria am 29.04.2015 angezeigt, dass der Sendebetrieb aufgenommen wurde.

2.2.2.7. „Raum Köflach“

Mit Übertragungsvereinbarung vom 08.02.2018 wurde der Antragstellerin die Zulassung der Weststeirische Regionalfernseh GmbH zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Raum Köflach“, die mit Bescheid des BKS vom 19.05.2008, 611.117/0003-BKS/2008, für die Dauer von zehn Jahren ab 01.04.2008 (die aufschiebende Wirkung der Berufung war mit Bescheid der KommAustria vom 17.01.2008, KOA 1.464/08-001, ausgeschlossen worden) erteilt wurde, übertragen. Der Sendebetrieb ist seitdem durchgehend aufrecht. Die Zulassung läuft am 01.04.2018 ab.

2.3. Zulassungen, die nach dem Antrag vom 20.03.2018 in der bundesweiten Zulassung aufgehen sollen

Mit dem Antrag vom 20.03.2018 wurden folgende Zulassungen, die in die bundesweite Zulassung eingebracht bzw. zu deren Bildung übertragen werden sollen, gegenüber jenem vom 23.01.2018 ausgetauscht:

Mit (rechtskräftigem) Bescheid der KommAustria vom 18.12.2017, KOA 1.535/17-008, wurde der Antragstellerin abermals eine Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Östliches Nordtirol 2“ für die Dauer von zehn Jahren ab 02.04.2018 erteilt.

Mit Bescheid der KommAustria vom 29.11.2017, KOA 1.380/17-012, wurde der Spannungsfunk Gesellschaft mbH abermals eine Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ für die Dauer von zehn Jahren ab 26.01.2018 erteilt. Gegen diesen Bescheid hat die Superfly Radio GmbH eine Beschwerde an das BVwG erhoben, über die noch nicht entschieden wurde. Diese Zulassung wurde der Antragstellerin mit weiterer Übertragungsvereinbarung vom 21.12.2017 aufschiebend bedingt übertragen.

Mit Bescheid der KommAustria vom 20.12.2017, KOA 1.464/17-008, wurde der Weststeirische Regionalfernseh GmbH abermals eine Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Raum Köflach“ für die Dauer von zehn Jahren ab 02.04.2018 erteilt. Gegen diesen Bescheid hat die Weststeirische Kabel-TV GmbH eine Beschwerde an das BVwG erhoben, über die noch nicht entschieden wurde. Diese Zulassung wurde der Antragstellerin mit weiterer Übertragungsvereinbarung vom 08.02.2018 aufschiebend bedingt übertragen.

Diese Zulassungen umfassen die gleichen Übertragungskapazitäten wie die davor für die genannten Versorgungsgebiete bestehenden Zulassungen und sollen nunmehr statt diesen in der bundesweiten Zulassung aufgehen.

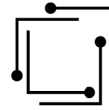
Im Übrigen wird die Einbringung derselben, unter 2.2.1 und 2.2.2 genannten Zulassungen beantragt wie mit dem Antrag vom 23.01.2018.

2.4. Angestrebtes Versorgungsgebiet

2.4.1. Übertragungskapazitäten

Aus den eingebrachten bzw. übertragenen Versorgungsgebieten ergeben sich folgende Übertragungskapazitäten, deren Zuordnung zur beantragten bundesweiten Zulassung gemäß §§ 28b ff PrR-G beantragt wurde:

- „ABTENAU 2 (Gschwandtlahn) 103,1 MHz“
- „BADGASTEIN 3 (Graukogel) 102,7 MHz“
- „BRAMBERG WILDKOGEL (Wildkogel) 90,2 MHz“
- „BREGENZ 3 (Gebhardsberg) 96,8 MHz“
- „BRUCK MUR 2 (Madereck) 99,8 MHz“
- „DORFGASTEIN (Rodelberg) 87,7 MHz“
- „DORNBIRN (Stüben) 95,9 MHz“
- „EHRWALD 3 (Trafostation Wettersteinlift) 98,6 MHz“
- „FREISTADT (Obergrünbach) 90,6 MHz“



- „GMUNDEN (Grünberg) 90,6 MHz“
- „GOLLING (Haarberg) 102,8 MHz“
- „GRAZ 8 (Eisenberg) 89,6 MHz“
- „HAIMING (Haiminger Alm) 89,6 MHz“
- „IMST 3 (Osterstein Arzl) 97,8 MHz“
- „INNSBRUCK 2 (Seegrube-Nordkettenbahn) 105,1 MHz“
- „INZING 2 (Stieglreith) 97,6 MHz“
- „JENBACH 3 (Kanzelkehre Raststation) 104,6 MHz“
- „KITZBUEHEL 4 (Ried am Horn) 104,4 MHz“
- „KLAGENFURT 3 (Pyramidenkogel) 107,1 MHz“
- „KNITTELFELD 3 (Tremmelberg) 105,1 MHz“
- „KOEFLACH 2 (Gößnitz) 107,3 MHz“
- „KUFSTEIN 2 (Thierberg) 106,1 MHz“
- „LAENGENFELD 2 (Burgstein) 107,5 MHz“
- „LANDECK 3 (Krahberg) 104,3 MHz“
- „LEOBEN 2 (Galgenberg) 102,6 MHz“
- „LIENZ 2 (Hochstein) 106,4 MHz“
- „LINZ 2 (Freinberg) 102 MHz“
- „LOFER 2 (Loferer Alm Loderbichl) 100,8 MHz“
- „MANDARFEN (Hotel Pitztaler Alm) 99,8 MHz“
- „MAYRHOFEN 3 (Ahorn - Panorama Funkstation) 91,2 MHz“
- „OBERTAUERN 2 (Zehnerkar) 88,9 MHz“
- „PAISSLBERG (Paisslberg 8) 99,5 MHz“
- „PITZTAL (Gletscher Bergstation) 102,2 MHz“
- „PRUTZ 2 (Eggele) 99,6 MHz“
- „RADSTADT (Jakobsberg) 102,5 MHz“
- „REUTTE 3 (PTA Funkstation Hahnenkamm) 104 MHz“
- „S ANTON ARLB 2 (Galzig RIFU Telekom) 101,8 MHz“
- „S GILGEN (Zwölferhorn) 106,7 MHz“
- „S JOHANN TIR (Harschbichl) 90,6 MHz“
- „S MICHAEL LUNG 2 (Aineck) 102,5 MHz“
- „S POELTEN 2 (Schildberg) 96,3 MHz“
- „SAALBACH 2 (Wildenkarkogel) 92,9 MHz“
- „SAALFELDEN 2 (Huggenberg PTA) 87,6 MHz“
- „SALZBURG (Gaisberg) 101,8 MHz“
- „SCHWARZACH PG (Gern) 105,3 MHz“
- „SCHWAZ 2 (Heuberg) 103,1 MHz“
- „STEYR (Tröschberg) 99,4 MHz“
- „UNZMARKT (Rittersberg) 106,9 MHz“
- „VIKTRING (Stifterkogel) 93,4 MHz“
- „VOITSBERG 2 (Arnstein) 106,2 MHz“
- „WARTBERG MZT 1 (Wartbergkogel) 90,8 MHz“
- „WATTENS 4 (Volderberg) 91,7 MHz“
- „WELS 2 (Sternhochhaus) 95,8 MHz“
- „WENNS (Klapf) 102,2 MHz“
- „WIEN 1 (Kahlenberg) 102,5 MHz“

- „WOERGL 4 (Werlberg) 105,3 MHz“
- „ZELL AM SEE 3 (Lechnereck) 105,9 MHz“

Der Antrag auf Zuordnung der Übertragungskapazitäten

- „HAIMING (Haiminger Alm) 103,9 MHz“
- „IMST 3 (Studio Radio Oberland) 104,7 MHz“
- „INZING (Rangger Köpfl) 104,3 MHz“ und
- „LANDECK 3 (Krahhberg) 107,1 MHz“ (bisher jeweils Teil des Versorgungsgebietes „Tiroler Oberland“ der Radio Oberland GmbH) sowie

- „SALZBURG 5 (Nonntal) 95,2 MHz“ und
- „SALZBURG 6 (Hochgitzten Mobilfunkmast) 106,6 MHz“ (bisher Versorgungsgebiet „Stadt Salzburg 106,6 MHz“ der Alpenfunk GmbH)

wurde in Reaktion auf das fernmeldetechnische Gutachten, wonach durch diese Übertragungskapazitäten im Verhältnis zu näher genannten Übertragungskapazitäten der Versorgungsgebiete „Innsbruck 105,1 MHz und Teile des Tiroler Oberlandes“ sowie „Salzburg“ der Antragstellerin flächendeckende Doppelversorgungen entstehen würden, zurückgezogen.

Auch dem Antrag vom 20.03.2018 wurden diese Übertragungskapazitäten erkennbar nicht zugrunde gelegt.

2.4.2. Versorgungsvermögen

Durch die unter 2.4.1 genannten Übertragungskapazitäten, deren Zuordnung zur angestrebten bundesweiten Zulassung beantragt wird (somit unter Weglassung von Übertragungskapazitäten, welche eine vermeidbare Doppelversorgung erzeugen würden), können insgesamt 5.604.555 Personen mit der erforderlichen Mindestfeldstärke versorgt werden. Dies entspricht 64 % der österreichischen Bevölkerung von insgesamt 8.763.457 (ausgehend von den Bevölkerungsdaten der Statistik Austria im Rasterdatenformat aus dem Jahr 2017).

Das bestehende Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ der Entspannungsfunk GmbH, bestehend aus den Übertragungskapazitäten „FREISTADT (Obergrünbach) 90,6 MHz“, „GMUNDEN (Grünberg) 90,6 MHz“, „LINZ 2 (Freinberg) 102,0 MHz“, „STEYR (Tröschberg) 99,4 MHz“ und „WELS 2 (Sternhochhaus) 95,2 MHz“, versorgt ca. 760.000 Personen. Doppelversorgungen zu anderen eingebrachten Versorgungsgebieten bestehen nicht. Zieht man diese Summe vom gesamten Versorgungsvermögen von 5.604.555 Personen ab, ergibt sich eine Versorgung von 4.844.555 Einwohnern, das entspricht 55,3 % der österreichischen Bevölkerung (bei einer Einwohnerzahl von insgesamt 8.763.457).

Zwischen den gegenständlich beantragten Übertragungskapazitäten (konkret dem bestehenden Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“) und den Zulassungen in den Versorgungsgebieten „Linz 89,2 MHz, Wels und Perg“ sowie „Steyr und Kremsmünster“ der Radio Ö24 Oberösterreich GmbH würde es zu großflächigen Überlappungen, kommen, die u.a. die Städte Linz, Wels und Steyr betreffen und zur Doppelversorgung von ca. 570.000 Personen führen würden.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zu den bestehenden Hörfunkzulassungen der Antragstellerin sowie der Gesellschaften, die die Übertragung ihrer Zulassungen erklärt haben, zu deren jeweiliger Zulassungsdauer und Inbetriebnahme beruhen auf den zitierten Bescheiden und den zugrunde liegenden Akten der KommAustria.

Die Feststellungen zu den Eigentumsverhältnissen der Antragstellerin sowie der mit ihr verbundenen Unternehmen beruhen auf dem gegenständlichen Antrag vom 23.01.2018, dessen Ergänzungen sowie den zitierten Bescheiden der KommAustria samt zugrunde liegenden Akten.

Die Feststellungen zu den erklärten Übertragungen beruhen auf den entsprechenden Übertragungsvereinbarungen, die mit dem gegenständlichen Antrag auf Erteilung einer bundesweiten Hörfunkzulassung bzw. mit der Antragsergänzung/dem weiteren Antrag vom 20.03.2018 vorgelegt wurden.

Die Feststellungen zu den Übertragungskapazitäten, deren Zuordnung zu einer bundesweiten Hörfunkzulassung beantragt wurde, sowie zur Zurückziehung dieses Antrags im Hinblick auf bestimmte Übertragungskapazitäten, beruhen auf dem Antrag vom 23.01.2018 sowie der Stellungnahme/Antragsergänzung samt weiteren Antrag vom 20.03.2018.

Die Feststellungen zum Versorgungsvermögen dieser Übertragungskapazitäten beruhen auf dem nachvollziehbaren und schlüssigen Gutachten des Amtssachverständigen vom 28.02.2018, dem die Antragstellerin auch nicht substantiiert entgegengetreten ist.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Rechtsgrundlagen und Bekanntmachung

4.1.1. Maßgebliche Bestimmungen

Die mit BGBl. I Nr. 97/2004 eingeführten Bestimmungen zu bundesweiten Zulassungen für analogen terrestrischen Hörfunk lauten (idF BGBl. I Nr. 86/2015) wie folgt:

„Bundesweite Zulassung für analogen terrestrischen Hörfunk

§ 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 – soweit ihr glaubhaft dargelegt wird, dass eine den Erfordernissen des § 28c Abs. 2 entsprechende bundesweite Zulassung geschaffen werden könnte – 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.“

Diese Bestimmungen wurden seit ihrer Einführung im Jahr 2004 lediglich in einem Aspekt geändert, indem mit BGBl. I Nr. 86/2015 der zweite Satz von § 28b Abs. 1 PrR-G dahingehend angepasst wurde, dass die Regulierungsbehörde nunmehr nicht mehr regelmäßig (alle zwei Jahre) durch Bekanntmachung unter Einräumung einer mindestens sechsmonatigen Frist die Möglichkeit zur Antragstellung für die Erteilung einer bundesweiten Zulassung einzuräumen hat, sondern nur noch, soweit ihr glaubhaft dargelegt wird, dass eine den Erfordernissen des § 28c Abs. 2 PrR-G entsprechende bundesweite Zulassung geschaffen werden könnte.

Zudem wurde mit BGBl. I Nr. 97/2004 im Rahmen des § 32 PrR-G („Übergangsbestimmungen“) u.a. folgender Abs. 5 eingefügt:

„(5) Die Voraussetzung 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.“

Die Erläuterungen zur Einführung einer Möglichkeit zur Schaffung einer bundesweiten Zulassung durch BGBl. I Nr. 97/2004 (IA 430/A BlgNR 22. GP) lauten auszugsweise wie folgt:

„Die Erfahrungen aus der Praxis haben gezeigt, dass mit den Regelungen des Privatradiogesetzes im Vergleich zur Situation nach dem Regionalradiogesetz zwar eine gewisse Konsolidierung am privaten Radiomarkt erreicht wurde, dennoch sind die Aussichten hinsichtlich der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit angesichts der bestehenden Konkurrenzsituation weiter schwierig. Zwar gelang es mit dem Privatradiogesetz, die weitere Fragmentierung des privaten Hörfunkmarktes durch eine Vielzahl von Gesellschaften mit unzähligen Gesellschaftern (eine Folge der restriktiven Beteiligungsbeschränkungen des Regionalradiogesetzes) zu beenden, gleichzeitig hat die Erfahrung aber gezeigt, dass die Möglichkeiten zur Programmübernahme und die Lockerung der Beteiligungsbeschränkungen zu wenig sind, um Synergien zu nutzen und wirtschaftlich tragfähige Kooperationen einzugehen.

All diese Erkenntnisse belegen, dass es im Sinne der Sicherung des Bestandes von privatem Radio notwendig ist, eine Alternative zum bisherigen allein auf dem Ausbau von bestehenden Zulassungen beruhenden System zu entwickeln. Die Möglichkeit der Beantragung einer bundesweiten Zulassung (Voraussetzung ist eine Abdeckung von zumindest 60 % der Wohnbevölkerung) dient daher der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt im dualen Rundfunksystem, da – was auch der Bundeskommunikationssenat in seiner Entscheidung 611.121/001-BKS/2003 anerkannt hat – die Schaffung einer vielfältigen Hörfunklandschaft ein wesentliches Ziel des Privatradiogesetzes darstellt, aber ‚gleichzeitig nicht die Intention verfolgt wird, zwar eine (vielleicht kurzfristig) vielfältige aber letztlich aufgrund einer großen Zahl an besonders kleinen Einheiten nicht überlebensfähige Hörfunklandschaft schaffen zu wollen.‘ In diesem Sinne stehen dem mit dieser Regelung ermöglichten – untechnisch gesprochen – ‚Zusammenschluss‘ auch kartellrechtliche Überlegungen nicht entgegen, sondern ist die Bestimmung als spezielle Regelung anzusehen, die den Zweck der Etablierung einer konkurrenzfähigen privaten, auch bundesweiten Hörfunklandschaft verfolgt.

Ferner geht es auch darum, die Grundlagen für eine mit den Hörfunkprogrammen des ORF konkurrenzfähige private Hörfunklandschaft auszubauen. Es ist für die Medienvielfalt nicht förderlich, wenn sich – wie zumindest vereinzelt Beispiele zeigen – nach wenigen Jahren

herausstellt, dass der Betrieb eines Hörfunkveranstalters – entgegen den eigenen Erwartungen – wirtschaftlich nicht zu bewerkstelligen ist.

Der Entwurf geht davon aus, dass im Wege der Übertragung der Zulassung einzelner Zulassungsinhaber eine bundesweite Zulassung (mit einer Versorgung von zumindest 60 % der Bevölkerung) geschaffen werden kann.

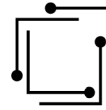
[...]

§ 28 b geht davon aus, dass [...] die Zulassung nur an eine Kapitalgesellschaft erteilt werden kann, da sich die Rechtsform eines Vereins oder einer Gesellschaft des Handelsrechts (oder gar einer einzelnen natürlichen Person) in der Vergangenheit nicht als geeignet erwiesen hat, um ausreichende Flexibilität hinsichtlich des Wechsels von Anteilen zu gewährleisten oder vor allem Haftungsfragen hinsichtlich der Gläubiger ausreichend zu lösen. Da von einem hohen Kapitaleinsatz auszugehen ist, wird auch hinsichtlich der finanziellen Voraussetzungen ein strengerer Maßstab angelegt, indem die Finanzierung nicht nur glaubhaft zu machen ist, sondern für die Startphase eine ausreichende Finanzkraft nachgewiesen wird.

Wesentlich ist, dass die Übertragungen nur unter der Bedingung, dass eine bundesweite Zulassung rechtskräftig erteilt werden kann, wirksam werden. Diese Übertragungen dürfen gegenüber der Regulierungsbehörde nicht vom Eintritt weiterer Bedingungen abhängig gemacht werden, da es nicht Aufgabe der Regulierungsbehörde allfällige zivilrechtliche Vereinbarungen zu überprüfen. Ausgeschlossen soll somit sein, dass die Erteilung der verwaltungsbehördlichen Bewilligung von zwischen den Parteien vereinbarten anderen (zivilrechtlichen) Prämissen abhängig ist und somit die Entscheidungsbefugnis der Regulierungsbehörde eingeschränkt wird.

Nach Einlangen des Antrages hat die Regulierungsbehörde den Antrag auf seine formellen Erfordernisse zu prüfen. Diese Prüfung weicht – abgesehen von der Bescheinigung ausreichender finanzieller Mittel – hinsichtlich der Frage der Nachweise zu § 5 Abs. 2 und der Erfüllung der Kriterien des § 5 Abs. 3 nicht wesentlich von bisherigen Verfahren ab. Als Versorgungsgebiet wird in der Zulassung nicht das gesamte Bundesgebiet festzulegen sein, sondern jenes (in Gemeinden, Bezirken oder Bundesländern) ausgedrückte Versorgungsgebiet, das sich durch die Zusammenfassung der Übertragungskapazitäten für die (mit dem Verzicht auf die Zulassung) verzichteten Übertragungskapazitäten ergibt. Bei der Entscheidung der Regulierungsbehörde über den Umfang der zuzuordnenden Übertragungskapazitäten ist zudem zu berücksichtigen, dass Doppel- und Mehrfachversorgungen ausgeschlossen werden, da § 10 weiterhin anwendbar bleibt. Es ist daher schon aufgrund der geltenden Bestimmungen des § 9 oder § 10 denkbar, dass die Regulierungsbehörde nicht alle Übertragungskapazitäten, die bisher von den einzelnen Zulassungen umfasst waren, der bundesweiten Zulassung zuordnet. Hierbei ist zu betonen, dass – was schon die Erl. zur RV 401 BlgNR, XXI. GP zu § 2 Z 3 hervorheben – als ‚versorgt‘ nur jene Gebiete gelten, in denen gewisse technische Mindestwerte erreicht werden, um eine zufrieden stellende durchgehende Stereoversorgung sicherzustellen. Von der Festelegung bzw. Wiederholung dieser international koordinierten Werte im Gesetz wurde insofern abgesehen, als diese nur Richtwerte darstellen und sich nur anhand der konkreten topographischen Situation konkret beurteilen ist, ab wann eine ausreichende Versorgung gewährleistet ist.

Auch § 9 bleibt weiterhin anwendbar. Dies bedeutet, dass maximal 2 Programme von Unternehmen desselben Verbunds an einem Ort empfangbar sein dürfen (abgesehen von



technisch tatsächlich nicht vermeidbaren Überschneidungen). Anwendbar bleibt auch die Regelung des § 9 Abs. 2 (vgl. diesbezüglich die Erl. der RV 401 BlgNR, XXI. GP). Unabdingbare Voraussetzung für die Erteilung einer Zulassung und damit für das Wirksamwerden der Übertragungen ist die rechtskräftige Feststellung, dass ein Versorgungsgebiet erreicht wird, das mindestens 60 % der Wohnbevölkerung (d.h. der Gesamtbevölkerung und nicht einer altersmäßig definierten Teilmenge davon) umfasst. Diese Voraussetzung muss spätestens im Entscheidungszeitpunkt der ersten Instanz gegeben sein, andernfalls ein Antrag zurückzuweisen sein wird. Die Berufungsbehörde kann entsprechend der höchstgerichtlichen Judikatur bei Zurückweisung des Antrags nur über die Rechtmäßigkeit der Zurückweisung entscheiden. Das Berufungsverfahren soll jedenfalls nicht dazu dienen, eine Fristerstreckung hinsichtlich des Vorliegens der zentralen Voraussetzung zu gewähren, da dies zu erheblicher Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die einzelnen Übertragungen führen würde. Im Falle einer rechtskräftigen Zurückweisung mangels Erfüllung dieser Voraussetzung oder einer aus anderem Grund erfolgenden rechtskräftigen abschlägigen Entscheidung bleiben die bisherigen Zulassungen unberührt, dh. die Übertragung ist unwirksam. Erst mit rechtskräftiger Stattgabe eines Antrags erlöschen die bisherigen Zulassungen. Genauso werden die Übertragungen erst mit Rechtskraft einer stattgebenden Entscheidung wirksam. Im Hinblick darauf, dass mit der rechtskräftigen Entscheidung der Regulierungsbehörde der Verlust der bisherigen Zulassung verbunden ist, ist den betreffenden Zulassungsinhabern Parteistellung einzuräumen. Insbesondere wird es für sie von besonderem Interesse sein, dass sie ihrer Zulassung nur dann verlustig gehen, wenn die Voraussetzung des § 28c Abs. 2 erfüllt ist. Durch ihre Parteistellung können sie daher insbesondere alle Umstände dartun, die diese Voraussetzung betreffen. Die Parteistellung bezieht sich darauf, die Wirksamkeit der Übertragung nur unter der Voraussetzung des § 28c Abs. 2 sichergestellt zu wissen. Andere Fragen wie etwa die Rechtswirksamkeit sonstiger zivilrechtlicher Ansprüche der die Übertragung Vereinbarenden sind nicht im Verfahren zu prüfen.

Im Hinblick darauf, dass Zulassungen regelmäßig rechtzeitig vor Auslaufen auszuschreiben sind, war auch in § 28c Abs. 3 eine Sonderregelung vorzusehen, die eine Neuausschreibung während eines laufenden Verfahrens zur Erteilung einer Zulassung für bundesweiten Hörfunk verhindert. Sollte letzteres Verfahren abschlägig entschieden werden, wäre es aufgrund der terminlichen Gegebenheiten für die Regulierungsbehörde unzumutbar, ein Ausschreibungs- und Auswahlverfahren in der (ab der Entscheidung des Bundeskommunikationssenates) verbliebenen Zeit durchzuführen und es würde dazu führen, dass eine kontinuierliche Fortsetzung einer Zulassung (ob durch den bisherigen Bewerber oder einen neuen Bewerber) in jedem Fall unmöglich wäre. Aus diesem Grund (d.h. für die Abwicklung eines ordnungsgemäßen Ausschreibungs- und Auswahlverfahrens wird nur für derartige Zulassungen eine kurzfristige Verlängerung des Sendebetriebs vorgesehen (§ 28c).

Für die bundesweite Zulassung waren auch weitere Anforderungen zu regeln. Für den Fall, dass eine bundesweite Zulassung geschaffen werden kann ist die Beibehaltung von Bestimmungen für diese Zulassung notwendig. Diesem Zweck dient § 28d. Es finden sich darin Regelungen, unter welchen Bedingungen die erstmalige Zulassung und auch eine spätere (neuerlich erteilte bundesweite) Zulassung ausgeübt werden kann. Neben der Regelung des Abs. 1, die einerseits der Frequenzökonomie andererseits auch Medienvielfaltserwägungen Rechnung trägt, sind hiebei insbesondere die programminhaltlichen Anforderungen des § 28d Abs. 2 von Bedeutung. Sendeausstiege sind danach nur in einem bestimmten zeitlichen aber auch räumlichen Ausmaß möglich. Der Inhaber einer bundesweiten Zulassung kann danach nicht beliebig für einzelne Übertragungskapazitäten aus dem bundesweiten Programm aussteigen, sondern immer nur für

sämtliche dem Zulassungsinhaber zur Verfügung stehenden Übertragungskapazitäten eines Bundeslandes.

Abs. 3 legt fest, dass bis auf einzelne Ausnahmen alle Bestimmungen des Privatradiogesetzes auf die bundesweite Zulassung Anwendung finden.

Abs. 4 räumt – unter der Annahme, dass eine bundesweite Zulassung zustande kommt – die Möglichkeit für Zulassungsinhaber ein, auch nach der Erteilung einer derartigen Zulassung Zulassungen zu übertragen. Dabei ist sorgfältig zu prüfen, dass keine Doppel- und Mehrfachversorgungen entstehen und nur jene Kapazitäten zuzuordnen, die für eine Erweiterung der bundesweiten Zulassung tatsächlich nutzbringend sind. Die übrigen Übertragungskapazitäten folgen bei der weiteren Vergabe dem Regime der §§ 10 ff. Die Möglichkeit nach § 28d Abs. 4 ist aufgrund der Bestimmung des § 33 Abs. 5 anders als im Fall späterer Anträge (also im Jahr 2005) auf Erteilung einer bundesweiten Zulassung (ähnlich wie bei § 28a Abs. 3) allen Betreibern eingeräumt, die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Änderungen zur bundesweiten Zulassung über eine Zulassung verfügen. Bei späteren Übertragungen ist Voraussetzung, dass die Veranstalter über einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren einen Sendebetrieb ausgeübt haben. Diese Regelung dient der Verhinderung von Umgehungen, da sonst die jeweils anhängigen Auswahlverfahren um die Erteilung von anderen Zulassungen obsolet würden. Bei den bis zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Bestimmung zugelassenen Veranstaltern kann hingegen davon ausgegangen werden, dass die Zulassungen nicht mit der alleinigen Absicht einer späteren Teilnahme an einem bundesweiten Veranstalter beantragt wurden.

Mit der Regelung des Abs. 5 wird Vorsorge getroffen, dass im Falle etwaiger Aufhebungen von Zulassungen oder Erweiterungsbescheiden durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts im Rahmen von im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieser Novelle anhängigen Verfahren der Inhaber der bundesweiten Zulassung seinen Sendebetrieb aufrechterhalten kann, auch wenn dessen Versorgungsgrad durch die Aufhebung einer ursprünglich eingebrachten Zulassung unter die Mindestgrenze von 60 % fällt.“

4.1.2. Bekanntmachung und Entscheidungsfrist der Regulierungsbehörde

Mit Schreiben an die KommAustria vom 22.12.2017 hat die Antragstellerin vorgebracht, das Erfordernis für die Erteilung einer bundesweiten Zulassung gemäß § 28c Abs. 2 PrR-G, dass von dieser mehr als 60 % der österreichischen Gesamtbevölkerung versorgt würden, erfüllen zu können und dazu jene Zulassungen genannt, deren Einbringung in eine bundesweite Zulassung geplant sei.

Gemäß § 28b Abs. 1 zweiter Satz PrR-G hat die Regulierungsbehörde durch Bekanntmachung unter Einräumung einer mindestens sechsmonatigen Frist die Möglichkeit zur Antragstellung für die Erteilung einer bundesweiten Zulassung einzuräumen, soweit ihr glaubhaft dargelegt wird, dass eine den Erfordernissen des § 28c Abs. 2 PrR-G entsprechende derartige Zulassung geschaffen werden könnte (dass es also nicht gänzlich unmöglich erscheint, dass durch die Summe der zu übertragenden Zulassungen über 60 % der österreichischen Bevölkerung versorgt werden könnten).

Für die Bekanntmachung fordert § 28b Abs. 1 zweiter Satz PrR-G lediglich die Glaubhaftmachung, eine genaue sachverständige Prüfung der technischen Reichweite der potenziellen bundesweiten Zulassung (unter Berücksichtigung der entsprechenden ITU-Richtlinie) hat erst aufgrund eines

entsprechenden Antrages zu erfolgen. Für die Glaubhaftmachung sind keine hohen Maßstäbe anzusetzen, zumal in diesem Verfahrensstadium die dann betroffenen Zulassungen noch nicht abschließend genannt werden müssen (sich also zwischen Glaubhaftmachung und Antrag die technische Reichweite auch noch ändern kann). Auch aus Rechtsschutzerwägungen ist im Zweifel auszuschreiben, zumal potenziellen Antragstellern zwar gegen eine spätere Entscheidung der Behörde, nicht aber gegen das Unterbleiben einer Ausschreibung ein Rechtsmittel zur Verfügung steht.

Ausgehend von den im Schreiben der Antragstellerin genannten Zulassungen, durch die nach deren eigenen Berechnungen 65,4 % der österreichischen Bevölkerung versorgt werden könnten, sowie dem Vorbringen, dass auch noch Verhandlungen mit weiteren Zulassungsinhabern geführt werden, war diese Glaubhaftmachung – auch einer vorläufigen Einschätzung (technische Grobprüfung) durch die Abteilung RFFM der RTR-GmbH zufolge – als gelungen anzusehen.

Die KommAustria hat daher am 29.12.2017 die Veröffentlichung einer Bekanntmachung der Möglichkeit zur Antragstellung für die Erteilung einer bundesweiten Zulassung gemäß § 28b Abs. 2 PrR-G veranlasst, die am 05.01.2018 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung und auf der Website der Regulierungsbehörde unter <https://www.rtr.at> erfolgt ist.

Der Zeitraum zur Antragstellung auf Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von bundesweitem privaten terrestrischen Hörfunk wurde mit 08.01.2018 bis 09.07.2018 festgesetzt. Sowohl der Antrag vom 23.01.2018 als auch jener vom 20.03.2018 (siehe zur Beurteilung als eigenständiger Antrag noch unten, Punkt 4.5.1) wurden somit innerhalb der in der Bekanntmachung der KommAustria gesetzten Frist gestellt.

Jeweils mit Antragstellung wurde somit eine Entscheidungsfrist für die KommAustria ausgelöst, der Ablauf der Frist gemäß der Bekanntmachung der KommAustria ist im Fall von Anträgen gemäß § 28b PrR-G nicht abzuwarten (arg.: *„binnen 10 Wochen ab Einlangen des Antrages nach Abs. 1“* in § 28b Abs. 2 PrR-G).

4.2. Zur Antragstellerin

Die Antragstellerin, die bereits bisher als Hörfunkveranstalterin tätig ist, beantragt die Erteilung einer Zulassung zur Veranstaltung von bundesweitem privaten terrestrischen Hörfunk, in die einerseits ihre eigenen bestehenden Zulassungen eingehen sollen und zu deren Bildung ihr andererseits Zulassungen anderer Hörfunkveranstalter (unter der aufschiebenden Bedingung der Zulassungserteilung) übertragen wurden.

Diese Vorgangsweise ist aus Sicht der KommAustria nicht zu beanstanden. Zwar geht das PrR-G vom Regelfall aus, dass die Übertragung der Zulassung zum Zweck der Bildung einer bundesweiten Zulassung an eine „neue“ Kapitalgesellschaft erfolgt, die bislang nicht als Hörfunkveranstalterin tätig war (vgl. die Bestimmung gemäß § 28b Abs. 1 PrR-G, die nur von der Übertragung von Zulassungen an eine Kapitalgesellschaft, ihrem Wortlaut aber nicht von der Einbringung eigener Zulassungen ausgeht; ähnlich ist auch § 28c Abs. 1 PrR-G formuliert). Für die KommAustria ist aber kein zwingender Grund ersichtlich, wonach aufgrund dieser Formulierung die Erteilung einer bundesweiten Zulassung an einen bestehenden Hörfunkveranstalter unter Einbeziehung seiner eigenen Zulassungen ausgeschlossen sein sollte, solange dieser die Voraussetzungen an eine für eine bundesweite Zulassung geeignete Kapitalgesellschaft gemäß § 28c Abs. 1 PrR-G erfüllt.

Dieses Ergebnis – Ermöglichung der Antragstellung auf bundesweite Zulassung auch für bestehende Hörfunkveranstalter – kann aber nicht dazu führen, dass einerseits eigene Zulassungen der Antragstellerin und andererseits zum Zweck der Bildung der bundesweiten Zulassung von anderen Hörfunkveranstaltern an diese übertragene Zulassungen unterschiedlich zu behandeln wären, zumal aus dem Zweck der statuierten Voraussetzungen (siehe dazu noch im Folgenden) keine Unterscheidung abgeleitet werden kann. Wenn also § 28b Abs. 1 dritter Satz PrR-G statuiert, dass zum Zweck der Bildung einer bundesweiten Zulassung solche Zulassungen, aufgrund derer der Zulassungsinhaber seit mindestens zwei Jahren seinen Sendebetrieb ausgeübt hat, an eine Kapitalgesellschaft für die Veranstaltung von bundesweitem terrestrischen Hörfunk übertragen werden können, ist dies – wenn man die Erteilung einer bundesweiten Zulassung an einen bestehenden Hörfunkveranstalter unter Einbringung seiner eigenen Zulassungen zulässt – zwingend insofern weit zu verstehen, als die Zweijahresfrist für die Ausübung des Sendebetriebs auch für solche Zulassungen gilt, welche die Antragstellerin selbst einbringt.

Die KommAustria hat somit zunächst das Vorliegen der Voraussetzung gemäß § 28b Abs. 1 PrR-G zu prüfen, ob also die von der Antragstellerin angeführten Zulassungen einer Einbringung in diese bundesweite Zulassung zugänglich sind, sowie ob das aus den zulässigerweise eingebrachten bzw. übertragenen Zulassungen gebildete Versorgungsgebiet mindestens 60 % der österreichischen Bevölkerung umfassen würde. Ist dies zu verneinen, kann das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen an einen Inhaber einer bundesweiten Zulassung gemäß § 28c Abs. 1 PrR-G dahingestellt bleiben.

4.3. Voraussetzung gemäß § 28c Abs. 2 iVm § 28b Abs. 1 PrR-G

Gemäß § 28c Abs. 2 PrR-G ist Voraussetzung der Erteilung einer Zulassung für bundesweiten privaten terrestrischen Hörfunk u.a., 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.

Ein Versorgungsgebiet von über 60 % der österreichischen Gesamtbevölkerung würde gegenständlich jedenfalls dann erreicht, wenn alle Zulassungen der Antragstellerin sowie jene, deren Übertragung erklärt wurde (abzüglich jener, in Bezug auf die der Antrag zurückgezogen wurde), gemäß § 28b Abs. 1 PrR-G in die angestrebte bundesweite Zulassung eingebracht werden könnten. In diesem Fall ergibt sich dem fernmeldetechnischen Gutachten des Amtssachverständigen zufolge ein Versorgungsvermögen von ca. 64 % der österreichischen Bevölkerung.

Für die Berechnung des Versorgungsvermögens sind nach dem Gesagten (unter Berücksichtigung allfälliger Doppel- und Mehrfachversorgungen) alle jene Zulassungen heranzuziehen, welche nach den Voraussetzungen gemäß § 28b Abs. 1 dritter Satz PrR-G in die bundesweite Zulassung eingebracht werden können.

Nach dieser Bestimmung können zur Schaffung einer bundesweiten Zulassung abweichend von § 3 Abs. 4 PrR-G 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.

Die hier aufgezählten Voraussetzungen – bestehende Zulassung, aufgrund derer der Sendebetrieb seit mindestens zwei Jahren ausgeübt wurde – sind wie dargelegt für alle Zulassungen zu prüfen, die in der bundesweiten Zulassung aufgehen sollen, also auch die eigenen Zulassungen der Antragstellerin.

4.3.1. „Bestehende Zulassung“

Erste Voraussetzung für die Einbringung von Zulassungen zur Veranstaltung von Hörfunk in eine neu zu schaffende bundesweite Zulassung ist demnach, dass es sich um bestehende Zulassungen handeln muss.

Diese Voraussetzung ist prima facie für die mit Vereinbarung vom 21.12.2017 übertragene Zulassung der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ aufgrund des Bescheides des BKS vom 21.01.2008, 611.080/0001-BKS/2007, zu verneinen, da diese für den Zeitraum von zehn Jahren beginnend mit dem 25.01.2008 erteilt wurde und somit nunmehr mit 25.01.2018 abgelaufen ist.

Das Vorbringen der Antragstellerin wirft in diesem Zusammenhang die Frage auf, in welchem Zeitpunkt die Voraussetzung der Versorgung von mindestens 60 % der österreichischen Bevölkerung vorliegen muss. Diese Frage kann nach Ansicht der KommAustria nicht von jener getrennt werden, wann eine „bestehende Zulassung“ vorliegt, die in der zu schaffenden bundesweiten Zulassung aufgehen kann, da die Versorgung durch jene Übertragungskapazitäten zu erreichen ist, die der bundesweiten Zulassung schließlich zugeordnet werden.

Gegenständlich hat die genannte Zulassung zum Zeitpunkt der Vereinbarung der Übertragung an die Antragstellerin (21.12.2017) sowie zum Zeitpunkt der Antragstellung (23.01.2018) noch bestanden, ist nunmehr aber bereits abgelaufen. (Nur der Vollständigkeit halber ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass eine Entscheidung über den am 23.01.2018 eingebrachten Antrag bis zum 25.01.2018 aufgrund des zu führenden Verfahrens einschließlich der Einholung eines Amtssachverständigen-Gutachtens – sowie konkret auch aufgrund der Erforderlichkeit eines Mängelbehebungsauftrags gemäß § 13 Abs. 3 AVG – von vornherein nicht möglich gewesen wäre.)

Die ständige Rechtsprechung geht prinzipiell davon aus, dass die erstinstanzliche Verwaltungsbehörde ihrer Entscheidung die Sach- und Rechtslage zum Entscheidungszeitpunkt zugrunde zu legen hat (vgl. *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*¹⁰ [2014], Rz 413, mit zahlreichen Nachweisen aus der Judikatur).

Eine Abweichung von diesem Grundsatz in den anzuwendenden Verwaltungsvorschriften ist zwar möglich und zulässig, für eine derartige Abweichung – wonach es auf das „Bestehen“ der übertragenen Zulassung zu einem anderen Zeitpunkt als dem Entscheidungszeitpunkt der Behörde ankommen würde – finden sich gegenständlich aber aus Sicht der KommAustria keine überzeugenden Argumente.

§ 28b Abs. 4 PrR-G bestimmt, dass die zum Zweck der Bildung einer bundesweiten Zulassung erfolgten Übertragungen von Zulassungen erst mit Rechtskraft einer stattgebenden Entscheidung der Regulierungsbehörde über den Antrag auf Erteilung einer bundesweiten Zulassung wirksam werden und die bisher bestehenden einzelnen Zulassungen erlöschen.

Wenn aber die Wirksamkeit der Übertragung einer Zulassung von der Entscheidung der Regulierungsbehörde abhängt, muss zu diesem Zeitpunkt auch noch eine aufrechte Zulassung bestehen, die übertragen werden kann, zumal vom Grundsatz auszugehen ist, dass nichts übertragen werden kann, worüber der übertragende Hörfunkveranstalter zum Zeitpunkt der Übertragung nicht mehr verfügen kann (insofern ist die im „Gutachten A“ und im „Gutachten B“ gestellte Frage, ob während des Verfahrens abgelaufene Zulassungen von der KommAustria gemäß § 28c Abs. 2 PrR-G „zu berücksichtigen“ sind, nicht von jener zu trennen, ob der jeweilige Zulassungsinhaber im Zeitpunkt der Übertragung gemäß § 28b Abs. 1 iVm Abs. 4 PrR-G noch über diese verfügen kann). Für eine Verlängerung der Zulassungsdauer bis zur behördlichen Entscheidung besteht keine gesetzliche Grundlage, insbesondere da zum Zeitpunkt des Zeitablaufs der Zulassung regelmäßig bereits eine Entscheidung über die Erteilung einer an die abgelaufene Zulassung anschließende Zulassung vorliegen wird.

Auch § 28c Abs. 2 zweiter Satz PrR-G, wonach in dem Fall, dass der Antrag auf Erteilung einer bundesweiten Zulassung mangels Vorliegens der Voraussetzung, dass 60 % der österreichischen Bevölkerung versorgt werden können, zurückgewiesen wird, die Zulassungen, deren Übertragung erklärt wurde, „*in ihrem Bestand unberührt*“ bleiben, geht offensichtlich davon aus, dass diese Zulassungen zu diesem Zeitpunkt noch „bestehen“.

Kein Hinweis, wonach auf eine andere Sach- und Rechtslage als jene im Entscheidungszeitpunkt abzustellen wäre (in diese Richtung geht die Ansicht im „Gutachten A“, S. 7), lässt sich für das hier vorliegende Problem aus Sicht der KommAustria aus § 28b Abs. 2 PrR-G gewinnen, wonach bei Erteilung einer bundesweiten Zulassung jene Übertragungskapazitäten zuzuordnen sind, die bisher von jenen Zulassungen umfasst waren, für welche die Übertragung erklärt wurde. Diese Bestimmung ändert nämlich nichts daran, dass die Übertragung gemäß § 28b Abs. 4 PrR-G erst aufgrund der Entscheidung der Regulierungsbehörde rechtswirksam wird.

Dies zeigt sich auch aus § 28c Abs. 1 PrR-G, wonach im Antrag auf Erteilung einer bundesweiten Zulassung die „Verbindlichkeit“ der Übertragungen nachzuweisen ist, was nur so verstanden werden kann, dass deren Verbindlichkeit im Hinblick auf den (in der Zukunft liegenden) Entscheidungszeitpunkt, mit dem die Übertragung wirksam wird, gefordert wird, andernfalls ein Nachweis der (in der Vergangenheit erfolgten) Übertragung reichen würde. Darüber hinaus besteht aus Sicht der KommAustria bis zur (stattgebenden) Entscheidung über den Antrag auf bundesweite Zulassung – und die damit eintretende Wirksamkeit der Übertragung – unzweifelhaft auch noch die alleinige Programmverantwortung des übertragenden Zulassungsinhabers.

Zudem ist der Zeitpunkt der Erklärung der Übertragung – mit Ausnahme des Umstandes, dass er aus Sicht von Antragstellung wie Entscheidung in der Vergangenheit liegen muss (womit grammatikalisch nur die Formulierung „erklärt wurde“ in Frage kommt) – unbestimmt, kann allenfalls auch sehr weit zurück liegen und tritt auch nicht in die Öffentlichkeit, zumal für eine bundesweite Zulassung regelmäßig eine Reihe bestehender Zulassungen übertragen werden müssen, was auch aus Sicht des potenziellen Antragstellers einen gewissen Zeitraum in Anspruch nehmen kann (so auch das „Gutachten A“ zum „Sammeln von Zulassungen“). Ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Erklärung der Übertragung würde somit zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Inwiefern aber die Formulierung „*Zulassung, für welche die Übertragung erklärt wurde*“ für das Erfordernis einer zeitraumbezogenen Beurteilung dahingehend sprechen soll, dass statt des Entscheidungszeitpunktes auf den Antragszeitpunkt abzustellen ist, erscheint nicht ersichtlich.

Aus Sicht der KommAustria kann § 28c PrR-G zudem auch nicht entnommen werden, dass das Vorliegen der einzelnen in dessen Abs.1 und 2 genannten Zulassungsvoraussetzungen (Zulässigkeit nach § 9 PrR-G, finanzielle Voraussetzungen, Versorgung von 60 % der österreichischen Bevölkerung,...) im Hinblick auf unterschiedliche Zeitpunkte zu prüfen wäre. (Stellte man aber auf den Zeitpunkt der Antragstellung ab, wäre der Antragstellerin im Übrigen eine gemäß dem zweiten Fall des § 9 Abs. 1 PrR-G unzulässige Konstellation entgegenzuhalten gewesen – vgl. dazu die unter 2.1.1 zitierten Bescheide der KommAustria vom 21.03.2018 sowie die festgestellten – im Verlauf des gegenständlichen Verfahrens geänderten – Eigentumsverhältnisse der Radio Ö24 Oberösterreich GmbH).

Nur für den speziellen Fall, dass die Regulierungsbehörde bei Einbringung eines Antrags auf bundesweite Zulassung für eine der Zulassungen, deren Übertragung erklärt wurde, bereits eine Ausschreibung gemäß § 13 Abs. 1 Z 1 PrR-G vorzunehmen hätte, diese aber noch nicht erfolgt ist, trifft § 28c Abs.3 PrR-G insofern Vorsorge, als die Behörde dann mit der Ausschreibung zuzuwarten hat. Die Ausschreibung hat in der Folge unverzüglich nach einer rechtskräftigen abschlägigen Entscheidung in einem Verfahren nach § 28b zu erfolgen, wobei der Sendebetrieb bis zur rechtskräftigen neuerlichen Entscheidung der Regulierungsbehörde über die bisherige Zulassung fortgeführt werden kann.

Entgegen dem insofern missverständlichen Wortlaut des Gesetzes wird eine solche Konstellation (fällige Ausschreibung, mit der aufgrund des Vorliegens eines Antrags auf bundesweite Zulassung zuzuwarten ist) bei gesetzeskonformem Vorgehen der Behörde nicht in einem Zeitraum von weniger als sechs Monaten, sondern nur in einem Zeitraum zwischen zwölf und sechs Monaten vor Ablauf der Zulassung auftreten. Der nach dem (insofern aber nicht eindeutigen, siehe dazu sogleich) Wortlaut des Gesetzes geregelte Fall könnte somit tatsächlich, wie dies von der Antragstellerin vorgebracht wird, nur bei pflichtwidrigem Zuwarten der Behörde mit der Ausschreibung bis weniger als sechs Monate vor Ablauf einer Zulassung eintreten. Insofern besteht aber ein offensichtlicher Widerspruch innerhalb der Bestimmung des § 28c Abs. 3 PrR-G, wenn darin einerseits ausdrücklich auf § 13 Abs. 1 Z 1 PrR-G Bezug genommen wird, nach welcher Bestimmung die Ausschreibung frühestens zwölf Monate, spätestens jedoch sechs Monate vor Ablauf einer erteilten Zulassung zu erfolgen hat, und andererseits genau dieser Bestimmung für den Fall der Übertragung einer Zulassung, die innerhalb der auf die Antragseinbringung folgenden sechs Monate durch Zeitablauf erlischt, die Anwendung versagt werden soll (vgl. dazu auch die zitierten Erläuterungen, wonach es sich bei § 28c Abs. 3 PrR-G um eine „Sonderregelung [handelt], die eine Neuausschreibung während eines laufenden Verfahrens zur Erteilung einer Zulassung für bundesweiten Hörfunk verhindert“).

Damit liegt aber nach Ansicht der KommAustria ein offensichtliches Redaktionsversehen vor, das nur dahingehend aufgelöst werden kann, dass die Bestimmung ihrem Zweck (und im Hinblick auf die ausdrückliche Bezugnahme auf § 13 Abs. 1 Z 1 PrR-G insofern auch ihrem Wortlaut) nach auf alle jene Fälle angewendet wird, in denen die Regulierungsbehörde im Hinblick auf eine Zulassung, deren Übertragung erklärt wurde, während des Verfahrens zur Erteilung einer bundesweiten Zulassung aufgrund des Eintritts der Voraussetzungen gemäß § 13 Abs. 1 Z 1 PrR-G eine Ausschreibung vorzunehmen hätte. In diesen (und nur in diesen) Fällen ist mit der Ausschreibung bis zum negativen Abschluss des Verfahrens über die bundesweite Zulassung zuzuwarten (im Fall des rechtskräftig positiven Abschlusses im Hinblick auf die betreffende Zulassung ist diese in der bundesweiten Zulassung aufgegangen, womit eine Ausschreibung nicht mehr in Betracht kommt), wobei § 28c Abs. 3 PrR-G zudem für den Fall vorsorgt, dass das

nunmehrige Zulassungsverfahren nicht mehr vor Ablauf der Zulassung abgeschlossen werden kann. Auch für diesen Fall wird aber nicht die gesetzliche Verlängerung der Zulassungsdauer statuiert, sondern lediglich dem Zulassungsinhaber die Fortsetzung des Sendebetriebs aufgrund der bereits abgelaufenen Zulassung erlaubt („*der Sendebetrieb kann [...] fortgeführt werden*“).

Der dargestellte Widerspruch innerhalb des § 28c Abs. 3 PrR-G kann jedoch – entgegen der Schlussfolgerungen der Antragstellerin und des „Gutachten A“ – nicht dazu führen, dieser Bestimmung einen gänzlich abweichenden (und von seinem Wortlaut überhaupt nicht mehr getragenen) Inhalt zu unterstellen, wonach dadurch nicht lediglich die an sich anstehende Ausschreibung hinausgezögert (und Vorsorge für den Fall des nicht rechtzeitigen Abschlusses eines später doch zu führenden Zulassungsverfahrens getroffen) wird, sondern eine gesetzliche Verlängerung der ablaufenden Zulassung eintritt, obwohl bereits eine Ausschreibung gemäß § 13 Abs. 1 Z 1 PrR-G erfolgt ist und allenfalls sogar das aufgrund der eingelangten Anträge geführte Zulassungsverfahren bereits erstinstanzlich abgeschlossen wurde (vgl. wiederum die bereits zitierten Erläuterungen, wonach es sich bei dieser Bestimmung um eine „Sonderregelung“ für einen ganz bestimmten Sachverhalt handelt). In diesem Fall würde eine Verlängerung der Zulassungsdauer der ablaufenden Zulassung nämlich zum gleichzeitigen Bestehen zweier (potenziell widerstreitender) Zulassungen im selben Versorgungsgebiet führen.

Entgegen der im „Gutachten B“ geäußerten Ansicht ist Zweck des § 28c Abs. 3 PrR-G somit auch nicht die Erleichterung der Bildung einer bundesweiten Zulassung, sondern regelt diese Bestimmung lediglich einen konkreten verfahrensrechtlichen Schritt im Fall des Vorliegens eines Antrags auf bundesweite Zulassung, nämlich das Unterbleiben bzw. Aufschieben der Ausschreibung einer davon umfassten Zulassung, wenn diese gemäß § 13 Abs. 1 Z 1 PrR-G während des laufenden Verfahrens geboten wäre.

Nach dieser Lesart kann § 28c Abs. 3 PrR-G aber – entgegen der im „Gutachten A“ (S. 6) geäußerten Ansicht – gerade nicht dazu führen, dass eine während des Verfahrens auf Erteilung einer bundesweiten Zulassung ablaufende Zulassung bei der Berechnung des Versorgungsgrades von 60 % zu berücksichtigen wäre, ergibt sich doch schon aus den statuierten Fristen – einerseits Ausschreibung zwischen zwölf und sechs Monaten vor Ablauf der Zulassung gemäß (dem auch in § 28c Abs. 3 PrR-G zitierten) § 13 Abs. 1 Z 1 PrR-G, andererseits Entscheidungsfrist von zehn Wochen hinsichtlich des Antrags auf Erteilung einer bundesweiten Zulassung gemäß § 28b Abs. 2 PrR-G – ein Ablauf, wonach im Fall der nach § 28c Abs. 3 PrR-G aufgeschobenen Ausschreibung zwar jedenfalls das Verfahren über einen Antrag auf bundesweite Zulassung, nach einer abschlägigen Entscheidung darüber aber allenfalls nicht mehr das Verfahren zur Zuordnung der dann doch (verspätet) auszuschreibenden Übertragungskapazitäten abgeschlossen werden kann (insofern kann – entgegen der Ansicht im „Gutachten B“, S. 7 – auch keine verfassungswidrige „Unvorhersehbarkeit einer Koinzidenz eines derartigen Verfahrens [gemeint offenbar: Ausschreibung einer ablaufenden Zulassung] mit einem Verfahren zur Erteilung einer bundesweiten Zulassung“ vorliegen, da die Abläufe des behördlichen Handelns umfassend gesetzlich determiniert sind). Genau (und nur) für diesen Fall wird durch § 28c Abs. 3 PrR-G Vorsorge getroffen. Diese Bestimmung bezieht sich ausschließlich auf solche Zulassungen, die in einem solchen zeitlichen Naheverhältnis zum Antrag auf bundesweite Zulassung erlöschen werden, dass bereits eine Ausschreibung zu veranlassen wäre, aber gerade nicht auf Zulassungen, „die während des Verfahrens durch Zeitablauf erlöschen“ (so aber „Gutachten A“, S. 8 und S. 12f), zumal in diesem Zeitpunkt regelmäßig bereits ein Bescheid über eine an die ablaufende Zulassung

anschließende, allenfalls auch an einen anderen Hörfunkveranstalter erteilte Zulassung vorliegen wird.

Für das erlangte Ergebnis, wonach während des Verfahrens auf Erteilung einer bundesweiten Zulassung abgelaufene Zulassungen nicht in dieser aufgehen können, spricht auch jene Stelle in den Gesetzesmaterialien (Erläuterungen zum Initiativantrag, der der Novelle BGBl. I Nr. 97/2004 zugrunde gelegen ist), wonach die Voraussetzung der Versorgung von mindestens 60 % der österreichischen Bevölkerung „spätestens im Entscheidungszeitpunkt der ersten Instanz gegeben sein [muss], andernfalls ein Antrag zurückzuweisen sein wird“. Die Formulierung „spätestens im Entscheidungszeitpunkt“ kann nämlich nur dahingehend verstanden werden, dass diese Voraussetzung jedenfalls zum Entscheidungszeitpunkt (und nicht „irgendwann“ zwischen Antragstellung und Entscheidungszeitpunkt) gegeben sein muss. Demnach können zwischen Antragstellung und behördlicher Entscheidung noch Umstände hervorkommen, die zu einer Erhöhung der Versorgung führen (v.a. durch Erfüllung des Erfordernisses der zweijährigen Ausübung des Sendebetriebs im Hinblick auf bestimmte im Antrag genannte Zulassungen, denkbar wäre aber etwa auch der Eintritt der Rechtskraft einer Erweiterung eines der einzubringenden Versorgungsgebiete gemäß § 10 Abs. 1 Z 4 PrR-G während des Verfahrens gemäß §§ 28b ff PrR-G), die entsprechende Versorgung muss aber jedenfalls durch jene Übertragungskapazitäten erreicht werden, welche der bundesweiten Zulassung im Bescheid gemäß § 28b Abs. 2 PrR-G zugeordnet werden, die also Teil jener Zulassungen sind, die zulässigerweise in die bundesweite Zulassung eingebracht (zum Zweck der Erteilung der bundesweiten Zulassung übertragen) werden.

Ebenfalls nicht in Betracht kommt somit nach Ansicht der KommAustria eine Auslegung dahingehend, wonach das Vorliegen der Voraussetzung der Versorgung von mindestens 60 % der österreichischen Bevölkerung unabhängig von den einzubringenden Zulassungen bzw. zuzuordnenden Übertragungskapazitäten beurteilt werden könnte. Mit anderen Worten: Die Versorgung von mindestens 60 % der Bevölkerung muss durch jene Übertragungskapazitäten erreicht werden, die der bundesweiten Zulassung aufgrund jener Zulassungen, die einer Einbringung bzw. Übertragung zugänglich sind, zugeordnet werden können. Nur in jenem Fall, in dem Übertragungskapazitäten durch eine aufhebende Entscheidung des Verwaltungs- oder Verfassungsgerichtshofes nachträglich wegfallen, darf gemäß § 28d Abs. 4 PrR-G der Versorgungsgrad der bundesweiten Zulassung unter 60 % der österreichischen Bevölkerung fallen. Auch daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass der notwendige Versorgungsgrad ursprünglich durch die im Bescheid zur Erteilung einer bundesweiten Zulassung zugeordneten Übertragungskapazitäten bestanden haben musste. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin kann aus der Bestimmung des § 28d Abs. 4 PrR-G, die mit der Aufhebung der Entscheidung der Regulierungsbehörde im Hinblick auf einzelne Übertragungskapazitäten durch Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof eine sehr spezifische Konstellation ausdrücklich regelt (und dabei insbesondere nachträgliche Rechtsunsicherheit vermeiden soll), gerade nicht geschlossen werden, dass auch ein Absinken der Versorgung unter 60 % zwischen Antragstellung und Entscheidungszeitpunkt unbeachtlich wäre (handelt es sich dabei doch gerade nicht um ein „nachträgliches“ Sinken des Versorgungsgrades).

Damit kann aber der Ansicht der Antragstellerin, wonach es verfahrensrechtlich auf den Zeitpunkt der Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde ankomme, diese aber aufgrund materiell-rechtlicher Anordnung auch Zulassungen zu berücksichtigen habe, die zum Antragszeitpunkt aufrecht waren, aber während des erstinstanzlichen Verfahrens abgelaufen sind, nicht gefolgt

werden, müsste die Behörde doch demnach im Entscheidungszeitpunkt eine Zulassung durch Verfahrensakt „übertragen“, die materiellrechtlich gar nicht mehr besteht.

Auch aus dem Umstand, dass ein Antrag auf bundesweite Zulassung bei Nichterreichen einer Versorgung von 60 % der Bevölkerung gemäß § 28c Abs. 2 PrR-G zurückzuweisen (und nicht abzuweisen) ist, ist für die Position der Antragstellerin nichts zu gewinnen, geht doch aus den Erläuterungen unzweifelhaft hervor, dass dadurch, dass die Rechtsmittelbehörde (nunmehr: das Bundesverwaltungsgericht) somit nicht in der Sache selbst, sondern nur mehr über die Rechtmäßigkeit der Zurückweisung zu entscheiden hat, (nur) ein „Nachschieben“ von Übertragungskapazitäten im Rechtsmittelverfahren (und damit wiederum eine nachträgliche Rechtsunsicherheit) verhindert werden sollte. Dass die Voraussetzung der Versorgung von 60 % der österreichischen Bevölkerung damit nicht zur Zulässigkeitsvoraussetzung des Antrags wird, die im Antragszeitpunkt vorzuliegen hat, ergibt sich schon aus der ebenfalls in den Erläuterungen angesprochenen Möglichkeit, eine während des Verfahrens eintretende Erhöhung der Versorgung (zu möglichen Beispielen für den Eintritt einer solchen siehe bereits oben, S. 24) zu berücksichtigen (vgl. wiederum: „*spätestens im Entscheidungszeitpunkt der ersten Instanz*“).

Schließlich sprechen vor allem auch systematische und Rechtssicherheitserwägungen für das hier erzielte Auslegungsergebnis, müssen die Bestimmungen über die Erteilung einer bundesweiten Zulassung doch nicht nur einen Interessenausgleich zwischen dem Antragsteller auf Erteilung einer bundesweiten Zulassung und jenen Hörfunkveranstaltern, die die Übertragung ihrer Zulassung erklärt haben, schaffen (dieser Umstand wird im „Gutachten A“ betont), sondern im hier maßgeblichen Fall von ablaufenden Zulassungen auch zwischen jenen Hörfunkveranstaltern, die ihre Zulassung in eine bundesweite Zulassung einbringen (möchten) und weiteren Interessenten bzw. Antragstellern im Hinblick auf eine (Nachfolge-)Zulassung im betreffenden Versorgungsgebiet.

Die Bestimmungen gemäß §§ 28b ff PrR-G erlauben zum Zweck der Ermöglichung von bundesweiten Zulassungen Eingriffe in die Interessen (bzw. in die Rechte, siehe dazu sogleich) anderer Antragsteller auf Erteilung von Zulassungen nach dem PrR-G, indem die Übertragung einer Zulassung zum Zweck der Einbringung in eine bundesweite Zulassung bis zu deren Ablauf (bzw. faktisch nach der hier vertretenen Rechtsaufsicht bis etwa zehn Wochen vor deren Ablauf) möglich ist. Eine Regelung, wie sie § 28f Abs. 2 PrR-G für die mit BGBl. I Nr. 86/2015 eingeführte Möglichkeit der „Zusammenfassung von Zulassungen“ getroffen hat, wonach nur solche Zulassungen Gegenstand der Zusammenfassung sein können, deren verbleibende Dauer im Zeitpunkt der Antragstellung noch mindestens ein Jahr beträgt, besteht im Rahmen der Voraussetzungen für die bundesweiten Zulassung gerade nicht.

Damit ist eine Übertragung auch noch zu Zeitpunkten möglich, zu denen ein Verfahren zur neuerlichen Zulassungsvergabe nach § 13 Abs. 1 Z 1 PrR-G entweder bereits anhängig oder sogar bereits abgeschlossen ist (so gegenständlich im Fall des Versorgungsgebietes „Oberösterreich Mitte“ der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH sowie des Versorgungsgebietes „Raum Köflach“ der Weststeirische Regionalfernseh GmbH), womit entweder das Verfahren gegenstandslos (und damit die Bewerbung anderer Interessenten zwecklos) wird oder – im Fall, dass die Zulassung bereits an einen anderen als den bisherigen Zulassungsinhaber vergeben wurde – der zukünftigen Zulassung die Grundlage (in Form der ab einem bestimmten zukünftigen Zeitpunkt zu nutzenden Übertragungskapazitäten, die nunmehr – vor diesem Zeitpunkt – der bundesweiten Zulassung zugeordnet werden) entzogen wird. Dieser Eingriff in Rechte wurde vom Gesetzgeber

offensichtlich in Kauf genommen, um die Bildung einer bundesweiten Zulassung zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang wird zudem ersichtlich, dass auch § 28c Abs. 3 PrR-G dem Schutz der Interessen Dritter dient, indem eine solche Situation für jene Fälle, in denen noch keine Ausschreibung erfolgt ist, verhindert werden soll.

Davon ausgehend kommt es aber aus Sicht der KommAustria nicht in Betracht, im Fall der hier zu behandelnden Fragestellungen eine Auslegungsvariante zu wählen, der zufolge – durch die Möglichkeit der Einbringung einer bereits ausgelaufenen Zulassung – sogar in eine von einem anderen Hörfunkveranstalter bereits ausgeübte Zulassung eingegriffen werden könnte und die damit zu einem noch deutlich weit stärkeren Eingriff in die Rechte Dritter führen würde. Unterstellt man dem Gesetz nämlich eine Weitergeltung bereits ausgelaufener Zulassungen für die Dauer des anhängigen Verfahrens zur Erteilung einer bundesweiten Zulassung, würden für diesen Zeitraum einander widersprechende Zulassungen in einem Versorgungsgebiet gleichzeitig bestehen (und zwar nicht zwingend nur bei Erteilung an einen anderen als den bisherigen Zulassungsinhaber, können doch auch zeitlich aufeinander folgende Zulassungen des gleichen Hörfunkveranstalters – etwa im Hinblick auf das bewilligte Programm oder in Details der zugeordneten Sendeanlagen – inhaltlich voneinander abweichen). Aus Sicht der KommAustria verbietet sich eine Auslegung, die einen Eingriff in ein von einem Dritten bereits ausgeübtes Recht bzw. die dargestellte Rechtsunsicherheit herbeiführen würde.

Die hier vertretene Auslegung der Bestimmung des § 28c Abs. 3 PrR-G kann demgegenüber – wie dargestellt – gerade nicht zum gleichzeitigen Bestehen widersprechender Zulassungen in einem Versorgungsgebiet führen.

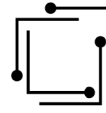
Im Ergebnis können somit nur solche Zulassungen an eine bundesweite Zulassung übertragen (und damit nur deren Übertragungskapazitäten der bundesweiten Zulassung zugeordnet) werden, die zum Entscheidungszeitpunkt der Behörde über den Antrag auf bundesweite Zulassung noch nicht abgelaufen sind.

4.3.2. „Mindestens zweijähriger Sendebetrieb“

Weiters kommen für die Übertragung zum Zweck der Bildung einer bundesweiten Zulassung nur solche Zulassungen in Betracht, aufgrund derer der Zulassungsinhaber für mindestens zwei Jahre den Sendebetrieb ausgeübt hat. Die Auslegung dieser Formulierung steht gegenständlich insbesondere aufgrund des Antrags vom 20.03.2018 in Frage.

Eine Frist, wonach der Sendebetrieb für mindestens zwei Jahre ausgeübt worden sein muss, findet sich in § 28b Abs. 2 PrR-G als Voraussetzung für die Einbringung in eine bundesweite Zulassung, im gleichzeitig mit BGBl. I Nr. 97/2004 eingeführten § 28a PrR-G als Voraussetzung für die Beantragung einer grundlegenden Programmänderung, in § 28f Abs. 2 PrR-G (idF BGBl. I Nr. 86/2015) als Voraussetzung für die Zusammenfassung von Zulassungen, sowie in § 28d Abs. 4 und § 28g Abs. 3 PrR-G jeweils als Voraussetzung für den weiteren Ausbau einer bundesweiten bzw. einer zusammengefassten Zulassung.

Der Wortlaut *„seinen Sendebetrieb ausgeübt hat“* ist also ident mit § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G. Die Formulierung ist daher dahingehend zu verstehen, dass der betreffende Veranstalter *„das dem Zulassungsbescheid zu Grunde liegende Programm“* veranstaltet haben muss, damit er die Möglichkeit der Übertragung überhaupt in Anspruch nehmen kann. In dieser Hinsicht unterscheiden sich die Materialien nicht vom Fall des § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G. Zwar sprechen diese



nur von „einem Sendebetrieb“, machen aber durch den nachfolgenden Gliedsatz „*da sonst die (...) Auswahlverfahren obsolet würden*“ deutlich, dass die Ausübung „irgendeines“ Sendebetriebs nicht ausreichend ist. Eindeutig ist auch, dass für einen Zeitraum von zwei Jahren tatsächlich ein Sendebetrieb ausgeübt worden sein muss, sodass Zeiten einer Unterbrechung oder der Nichtausübung der Zulassung (wegen verspäteter Inbetriebnahme) nicht berücksichtigt werden können (vgl. *Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze*³, S. 731).

In den Materialien zu § 28a PrR-G wird zu der mit BGBl. I Nr. 97/2004 eingeführten Möglichkeit der grundlegenden Programmänderung ausgeführt (IA 430/A BgNR 22. GP): *„Im Hinblick darauf, dass der Zulassungsantrag Grundlage der Entscheidung im Auswahlverfahren ist, kann eine unbeschränkte Änderung des Programms nicht zugelassen werden, würde doch in diesem Fall das Auswahlverfahren gemäß § 6 PrR-G überflüssig werden. Zu berücksichtigen sind bei Programmänderungen insbesondere die Interessen der Mitbewerber um die Zulassung, der weiteren im Verbreitungsgebiet am Markt aktiven privaten Hörfunkveranstalter, der Hörer sowie schließlich die öffentlichen Interessen, die im Rahmen des Zulassungsverfahrens zu berücksichtigen waren (etwa die Medien- und Angebotsvielfalt). Der Entwurf sieht nun vor, dass erstmals nach Ablauf eines Zeitraums von zwei Jahren eine grundlegende Änderung des Programms möglich ist; diese Frist dient vor allem dazu, das Auswahlverfahren nicht ad absurdum zu führen. Der mit einem bestimmten Konzept erfolgreiche Zulassungswerber darf nicht bereits unmittelbar nach dem Obsiegen im Auswahlverfahren ein anderes Konzept umsetzen, sondern muss zunächst zumindest eine gewisse Zeitspanne hindurch das dem Zulassungsbescheid zugrunde liegende Programm veranstaltet haben, um auch aussagekräftige Werte über die Akzeptanz durch das Publikum zu erlangen.“*

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergibt sich aus den zitierten Gesetzesmaterialien unmissverständlich, dass der erfolgreiche Zulassungswerber zumindest zwei Jahre hindurch *„das dem Zulassungsbescheid zu Grunde liegende Programm“* veranstaltet haben muss, bevor er die Genehmigung für ein anderes Konzept erhalten kann. Nach dem in den Materialien zum Ausdruck gebrachten (und im Gesetzeswortlaut Deckung findenden) Willen des Gesetzgebers wird die Voraussetzung des § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G somit nur dann erfüllt, wenn der Sendebetrieb in den letzten beiden Jahren vor der Erlassung des angefochtenen Bescheides über den Antrag auf Genehmigung einer grundlegenden Änderung des Hörfunkprogrammes entsprechend gestaltet wurde. Ist dies nicht der Fall, fehlt die Voraussetzung des § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G (vgl. VwGH 12.12.2007, 2007/04/0205; VwGH 17.03.2011, 2011/03/0024; VwGH 18.09.2013, 2011/03/0155, VwGH 26.03.2014, 2012/03/0048, 0049, 0050, 0051).

Die Feststellung, dass die Voraussetzung der zweijährigen Ausübung des zulassungskonformen Sendebetriebs dazu dient, das Auswahlverfahren nicht ad absurdum zu führen, ist unzweifelhaft auf den hier maßgeblichen Fall der Übertragung der Zulassung zur Erlangung einer bundesweiten Zulassung zu übertragen. In den Erläuterungen zum Verfahren betreffend die Schaffung der bundesweiten Zulassung findet sich derselbe Gedanke zur Übergangsbestimmung des § 32 Abs. 5 PrR-G, nach der diese Frist für die erstmalige Antragstellung im Jahr 2004 nicht gegolten hat: Demnach ist gemäß den Erläuterungen *„[b]ei späteren Übertragungen (...) Voraussetzung, dass die Veranstalter über einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren einen Sendebetrieb ausgeübt haben. Diese Regelung dient der Verhinderung von Umgehungen, da sonst die jeweils anhängigen Auswahlverfahren um die Erteilung von anderen Zulassungen obsolet würden. Bei den bis zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Bestimmung zugelassenen Veranstaltern kann hingegen davon*

ausgegangen werden, dass die Zulassungen nicht mit der alleinigen Absicht einer späteren Teilnahme an einem bundesweiten Veranstalter beantragt wurden.“

Schließlich findet sich derselbe Gedanke auch in den Erläuterungen zur Einführung der Möglichkeit zur Zusammenfassung von Zulassungen in §§ 28e ff PrR-G wieder, wenn dort zu § 28f Abs. 2 PrR-G ausgeführt wird, dass *„alle an der Zusammenfassung beteiligten Hörfunkveranstalter ähnlich wie bei der Bestimmung nach § 28a PrR-G seit mindestens zwei Jahren ihren Sendebetrieb ausgeübt haben [müssen] (vgl. VwGH 26.3.2014, 2012/03/0048, 0049, 0050, 0051). Diese Bedingung dient auch dem Schutz der anderen im Versorgungsgebiet des ‚Übertragenden‘ am Markt, dh. auf Sendung befindlichen Veranstalter vor einer allzu raschen Änderung der Programmausrichtung nach Zulassung, weil dies das Auswahlverfahren ad absurdum führte.“*

Ob der Sendebetrieb dem Zulassungsbescheid entsprach, ist von der Regulierungsbehörde im Verfahren zur Einbringung in eine bundesweite Zulassung nicht nachträglich zu überprüfen, indem das Programm rückwirkend kontrolliert wird. Vielmehr muss dem Veranstalter die Vermutung der „Bescheidkonformität“ zugutekommen, weil auch nicht ersichtlich ist, wie dieser in der Lage wäre, den entsprechenden Beweis anzutreten und wie vor allem die Behörde eine Überprüfung mit zweckmäßigem Mitteleinsatz bewerkstelligen könnte. Liegen daher keine Entscheidungen der Behörde aus der Vergangenheit vor, anhand derer sich erweisen ließe, dass das Programm in den letzten zwei Jahren nicht dem Zulassungsbescheid entsprochen hat, so ist die Voraussetzung für die Einbringung gegeben. Nur „behördlich festgestellte“ Verstöße gegen das im Zulassungsbescheid festgelegte Programmschema können daher bei der Beurteilung, ob ein bescheidkonformer Zustand geherrscht hat, herangezogen werden (vgl. Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze³, S. 731f).

Für eine Unterscheidung zwischen der erstmaligen Zulassungserteilung an einen Hörfunkveranstalter und dem Fall der neuerlichen Zulassung an denselben Veranstalter aufgrund einer Ausschreibung nach § 13 Abs. 1 Z 1 PrR-G fehlt es an einer Grundlage im Gesetz. Das PrR-G kennt lediglich eine einzige Form der Zulassung, die „Wiedervergabe“ einer Zulassung stellt keine eigenständige Kategorie dar.

Ein Eingehen auf eine allfällige bestehende Zulassung kommt im Zulassungsverfahren, in dem auf eine Reihe von Kriterien abzustellen ist, lediglich in einem einzigen Aspekt in Betracht. Demnach sieht § 6 Abs. 2 PrR-G vor, dass die Behörde im Rahmen des Auswahlverfahrens auch zu berücksichtigen hat, ob einer der Antragsteller bereits bisher die zu vergebende Zulassung entsprechend dem Gesetz ausgeübt hat (und bei dieser Beurteilung insbesondere darauf Bedacht zu nehmen hat, inwieweit sich daraus verlässlichere Prognosen für die Dauerhaftigkeit der Hörfunkveranstaltung ableiten lassen). Der Umstand, dass das Vorliegen einer aufrechten Zulassung nur für einen spezifischen Aspekt des Auswahlverfahrens relevant ist, aber gerade kein „allgemeiner“ Vorrang des bestehenden Zulassungsinhabers statuiert wird, verdeutlicht das oben Gesagte, wonach dem PrR-G unterschiedliche Kategorien von Zulassungen fremd sind. In diesem Sinn wurde auch in ständiger Judikatur ausgesprochen, dass § 6 Abs. 2 PrR-G lediglich die Aussage trifft, *„dass im Falle der erneuten Ausschreibung einer Übertragungskapazität zwar kein Anspruch des bisherigen Zulassungsinhabers besteht, allerdings bei der vorzunehmenden Prognoseentscheidung berücksichtigt werden kann, inwieweit aufgrund der bisherigen Ausübung der Zulassung verlässlichere Annahmen im Hinblick auf die Kriterien nach § 6 Abs. 1 PrR-G getroffen werden können“* (vgl. BKS 21.04.2008, 611.060/0003-BKS/2008, VwGH 12.12.2007, 2005/04/0107). Ein allgemeiner, *„den Bestimmungen des PrR-G inhärente[r] Zweck,*

einen einmal bestehenden Sendebetrieb fortzuführen“ besteht demnach gerade nicht (so aber „Gutachten B“, S. 8), wären Zulassungen nach § 3 PrR-G sonst doch nicht zwingend auf zehn Jahre befristet zu erteilen, vor Ablauf der Zulassungsdauer öffentlich auszuschreiben und nach den – mit der dargestellten Ausnahme – gleichen Kriterien wie im vorangegangenen Zulassungsverfahren neu zu vergeben.

Zudem ist zu bedenken, dass es wie dargestellt darauf ankommt, ob über zwei Jahre vor Entscheidung das dem Zulassungsbescheid zugrunde liegende Programm veranstaltet wurde. Auch bei aufeinander folgenden Zulassungen an denselben Hörfunkveranstalter kann aber nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass diesen Zulassungsbescheiden – aufgrund der in den jeweiligen (zehn Jahre auseinander liegenden) Anträgen dargestellten Programmkonzepte – dasselbe Programm zugrunde gelegt wurde. Eine Bezugnahme auf das dem „jeweiligen“ Zulassungsbescheid zugrunde liegenden Programm kann dem Gesetz demgegenüber nicht ohne weiteres unterstellt werden.

Auch ausgehend von ihrem dargestellten Zweck, wonach die Zweijahresfrist (u.a.) des § 28b Abs. 2 PrR-G dem Schutz des Auswahlverfahrens dient, kann nicht unterstellt werden, dass sie im Fall der Erteilung einer neuerlichen Zulassung an denselben Zulassungsinhaber nicht erneut beginnen würde. Dies gilt jedenfalls in jenem (hier für die Zulassungen in den Versorgungsgebieten „Oberösterreich Mitte“ und „Raum Köflach“ vorliegenden) Fall, dass auch der neuerlichen Zulassungserteilung ein Auswahlverfahren gemäß § 6 PrR-G vorausgegangen ist. Zur Gewähr des aus den Erläuterungen erhellenden Ziels, zu verhindern, dass eine Zulassung *„mit der alleinigen Absicht einer späteren Teilnahme an einem bundesweiten Veranstalter“* beantragt wird, muss dasselbe aber auch für den Fall gelten, dass der Zulassungserteilung kein Auswahlverfahren zugrunde gelegen ist, könnte doch die Aussicht, dass die zu vergebende Zulassung sofort nach Erteilung an einen bundesweiten Veranstalter übertragen wird, andere Interessenten von der Bewerbung abhalten. Aus demselben Grund kann es für die Maßgeblichkeit der Zweijahresfrist gemäß § 28b Abs. 2 PrR-G auch nicht darauf ankommen, ob die neu erteilte Zulassung rechtskräftig ist oder nicht, sagt doch die Rechtskraft nichts darüber aus, ob der siegreiche Antrag nicht mit der alleinigen Absicht der späteren Einbringung in eine bundesweite Zulassung gestellt wurde.

Auch im Fall jener Zulassungen, in denen ein Versorgungsgebiet dem gleichen Zulassungsinhaber bereits wieder zugeordnet wurde, wäre das Auswahlverfahren aber dann „entwertet“, wenn der Zulassungsantrag, aufgrund dessen die Zulassung schließlich erteilt wurde, allein mit dem Ziel gestellt worden wäre, die Zulassung anschließend in eine bundesweite Zulassung einzubringen. Dies kann allein durch das hier vertretene Ergebnis ausgeschlossen werden, wonach es auf die zweijährige Ausübung des Sendebetriebs aufgrund des aufrechten Zulassungsbescheides ankommt.

Eine hier anzustellende Beurteilung dahingehend, dass die Zweijahresfrist bei wiederholter Zulassungserteilung an denselben Zulassungsinhaber nicht zum Tragen kommt, *„wenn nicht in konkreten Fällen Anhaltspunkte gegeben wären, dass die Ergebnisse des Auswahlverfahrens dadurch obsolet gemacht würden“* (so „Gutachten B“, S. 8), kommt aus Rechtsschutz-Erwägungen nicht in Betracht, zumal die im Auswahlverfahren beteiligten weiteren Hörfunkveranstalter keine Parteien des gegenständlichen Verfahrens sind.

4.3.3. Zur behaupteten Unsachlichkeit dieses Ergebnisses

Nach dem Gesagten kommt somit nur die Einbringung jener Zulassungen (und somit die Berücksichtigung der diesen Zulassungen zugeordneten Übertragungskapazitäten für das Erreichen der notwendigen Versorgung von 60 % der österreichischen Bevölkerung) in Betracht, die zum Entscheidungszeitpunkt der Behörde aufrecht sind und aufgrund derer zu diesem Zeitpunkt ein zulassungskonformer Sendebetrieb – bezogen auf den aufrechten Zulassungsbescheid – seit mindestens zwei Jahren ausgeübt wurde.

Soweit die Antragstellerin gegen dieses Ergebnis verfassungs- (und dabei insbesondere gleichheits-)rechtliche Argumente vorbringt, ist ihr Folgendes zu erwidern:

Das Vorbringen der Antragstellerin zur Unsachlichkeit der Regeln zur Bildung einer bundesweiten Zulassung lässt sich – soweit darauf nicht bereits unter 4.3.1 und 4.3.2 konkret eingegangen wurde – im Wesentlichen darauf zusammenfassen, dass deren Voraussetzungen als äußerst restriktiv und die zugrunde liegenden Bestimmungen aufgrund ihres äußerst schmalen Anwendungsbereichs als unsachlich empfunden werden.

Dem ist zu entgegnen, dass die Bundesverfassung den Gesetzgeber nach Ansicht der KommAustria grundsätzlich nicht daran hindert, für die Erlangung einer bundesweiten Hörfunkzulassung hohe Hürden vorzusehen und diese strengen Voraussetzungen vom Gesetzgeber auch in Kenntnis des Umstandes, dass bislang – nach der ersten, durch die zitierte Übergangsbestimmung des § 32 Abs. 5 PrR-G begünstigten Zulassung aus 2004 – keine weitere bundesweite Zulassung geschaffen werden konnte, seit ihrer Einführung materiell nicht geändert wurden.

Auf das weiterhin bestehende Interesse an einer wirtschaftlich lebensfähigen Hörfunklandschaft hat der Gesetzgeber mit der Einführung der Möglichkeit zur Zusammenfassung von Zulassungen gemäß §§ 28e ff PrR-G reagiert (vgl. die Erläuterungen zu BGBl. I Nr. 86/2015: „*sollen (...) im Sinne der Stärkung der Wirtschaftlichkeit eine Zusammenfassung von Versorgungsgebieten ermöglichen*“). Indem das PrR-G zusätzlich zur Möglichkeit der Bildung einer bundesweiten Zulassung nunmehr auch ein Verfahren zur Zusammenfassung von Versorgungsgebieten kennt, wurde ein abgestuftes System der Bildung von größeren, wirtschaftlich leistungsfähigeren Versorgungsgebieten geschaffen, wobei die Regeln für die Bildung einer bundesweiten Zulassung – mit Ausnahme des Entfalls der regelmäßigen Bekanntmachungspflicht für die Behörde – dezidiert unberührt gelassen wurden. Vielmehr wurde die Voraussetzung des mindestens zweijährigen Sendebetriebs (in Kenntnis der dazu – zu § 28a Abs. 3 Z 1 PrR-G – bestehenden Rechtsprechung) in § 28f Abs. 2 PrR-G ausdrücklich auch auf den Fall der Zusammenfassung von Zulassungen ausgedehnt. (Demgegenüber wurde die Voraussetzung, dass die verbleibende Dauer der den Gegenstand des Verfahrens bildenden Zulassungen noch mindestens ein Jahr betragen muss, für die bundesweite Zulassung nicht übernommen.)

In diesem Zusammenhang weist die Antragstellerin zutreffend darauf hin, dass die Voraussetzungen für eine bundesweite Zulassung realistischerweise nur erreicht werden können, wenn für diese ein ganzes Bündel von regionalen und lokalen Zulassungen herangezogen wird, die allesamt zeitlich befristet sind und zu unterschiedlichen Zeitpunkten auslaufen können. Soweit sie aber darin in Verbindung mit der Zweijahresfrist gemäß § 28b Abs. 1 letzter Satz PrR-G (im hier von der KommAustria vertretenen Verständnis) eine „*beinahe unüberwindliche Hürde*“ erkennt, „*die die Schaffung neuer bundesweiter Zulassungen de facto verunmöglicht*“, womit die Auslegung

der KommAustria den Bestimmungen der §§ 28b ff PrR-G einen sachlich nicht gerechtfertigten und somit gleichheitswidrigen Inhalt unterstellen würde, legt sie ihrer Behauptung allein den hier vorliegenden Sachverhalt zugrunde (also die konkreten Zulassungen, die ihr derzeit – aufgrund der bestehenden behördlichen, wirtschaftlichen und sonstigen Voraussetzungen bei den beteiligten Hörfunkveranstaltern – zur Bildung einer bundesweiten Zulassung zur Verfügung stünden). Damit wird aber nicht die grundsätzliche Unmöglichkeit der Bildung einer weiteren bundesweiten Zulassung aufgezeigt, sind doch jedenfalls Konstellationen vorstellbar, wonach eine bundesweite Zulassung entweder zu einem anderen Zeitpunkt mit den gegenständlich vorliegenden Zulassungen (unter Bedachtnahme auf § 9 PrR-G allenfalls bereits vor dem 25.01.2018) oder aber unter Beteiligung von (zum Teil) anderen Hörfunkveranstaltern gebildet werden könnte. Dass die Bestimmungen gemäß §§ 28b ff PrR-G im Verständnis der KommAustria hohe Hürden für die Bildung einer bundesweiten Zulassung vorsehen, macht diese aber noch nicht verfassungswidrig.

Soweit die Antragstellerin argumentiert, dass bei der Prüfung der Voraussetzungen für die bundesweite Zulassung aus verfassungsrechtlichen Gründen auf den Antragszeitpunkt abzustellen sei, weil das Ergebnis im Hinblick auf die einzubeziehenden Zulassungen sonst vom Entscheidungszeitpunkt der Behörde abhängen, kann darin keine materiellrechtliche Begründung für die Prüfung der Voraussetzung des § 28c Abs. 2 PrR-G zu einem anderen als dem Entscheidungszeitpunkt erkannt werden. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang auf die kurze (zehnwöchige) Entscheidungsfrist gemäß § 28b Abs. 2 PrR-G zu verweisen, durch die der Entscheidungszeitpunkt der Behörde (gerade in einem Verfahren, in dem in der Regel die Einholung eines fernmeldetechnischen Amtssachverständigen-Gutachtens erforderlich sein wird, zu dem wiederum der Antragstellerin Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist) innerhalb eines sehr schmalen Zeitfensters determiniert ist. (Gegenständlich endet die Entscheidungsfrist ausgehend von dem am 23.01.2018 gestellten Antrag am 03.04.2018. Die KommAustria erteilte am 29.01.2018 einen Gutachtensauftrag, gleichzeitig erging ein Mängelbehebungsauftrag an die Antragstellerin. In der Folge übermittelte der Amtssachverständige am 28.02.2018 sein Gutachten, die Antragstellerin nahm am 20.03.2018 dazu Stellung und erstattete am 27.03.2018 eine weitere Eingabe.)

Es liegt daher an den Antragstellern auf Erteilung einer bundesweiten Zulassung, den Antrag zu einem Zeitpunkt zu stellen, der eine Einbeziehung sämtlicher zu übertragenden Zulassungen in die bundesweite Zulassung ermöglicht (vgl. wiederum die bereits zitierten Erläuterungen zu § 28c PrR-G, wonach die Voraussetzung der Versorgung von mindestens 60 % der österreichischen Bevölkerung „*spätestens im Entscheidungszeitpunkt der ersten Instanz gegeben sein*“ muss). Dazu steht potenziellen Antragstellern gemäß § 28b Abs. 1 PrR-G sowohl die jederzeitige „Glaubhaftmachung“ (siehe zum Entfall der regelmäßigen amtswegigen Bekanntmachung bereits unter 4.1.1) als auch – nach Bekanntmachung – die jederzeitige Einbringung eines Antrags offen, wobei nach dem Gesagten der Entscheidungszeitpunkt der Behörde ausgehend von der zehnwöchigen Entscheidungsfrist gemäß § 28b Abs. 2 PrR-G und dem vorgegebenen Verfahrensablauf weitgehend determiniert ist. Es kann somit nicht davon gesprochen werden, dass sich hier eine im Antragszeitpunkt zwingend positive Entscheidung „*ohne jedes Zutun des Antragstellers in eine zurückweisende Entscheidung verkehren*“ würde (so aber „Gutachten B“, S. 6).

Dass es aber grundsätzlich vorkommen kann, dass, wie die Antragstellerin ausführt, „*innerhalb der Entscheidungsfrist der Behörde – einzig abhängig vom konkreten Entscheidungszeitpunkt [...] –*

jeweils eine andere Sach- und Rechtslage anzuwenden wäre und der Antrag davon abhängig völlig unterschiedliche Schicksale hätte“, ist dem Verfahrensgrundsatz, wonach die Behörde ihrer Entscheidung die Sach- und Rechtslage zum Entscheidungszeitpunkt zugrunde zu legen hat, insofern immanent, als dies bei jeder maßgeblichen Änderung der Sachlage nach Antragstellung sowie etwa in jedem Fall einer Gesetzesänderung ohne spezifische Übergangsbestimmung vorkommt (und ist hier wie dargelegt durch die kurze Entscheidungsfrist sogar entschärft). Es liegt somit nach Ansicht der KommAustria gerade kein Fall vor, wie er der von der Antragstellerin zitierten Judikatur des VfGH zugrunde gelegen ist, wonach die ungleiche Behandlung gleicher Sachverhalte lediglich aufgrund des Entscheidungszeitpunktes der Behörde bzw. aufgrund von manipulativen Umständen als verfassungswidrig angesehen wurde (vgl. VfSlg. 7708/1975, 10.620/1985, 12.688/1991 und 16.490/2002).

Auch von Verfassungs wegen ist somit aus Sicht der KommAustria kein anderes als das unter 4.3.1 und 4.3.2 dargelegte Verständnis von §§ 28b ff PrR-G angezeigt.

4.4. Zum Antrag vom 23.01.2018 (Spruchpunkt 1.)

Nach dem unter 4.3.1 Gesagten kommt die Einbringung der Zulassung „Oberösterreich Mitte“ der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH aufgrund des Bescheides des BKS vom 21.01.2008, 611.080/0001-BKS/2007, nicht mehr in Betracht, da diese am 25.01.2018 abgelaufen ist. Da somit keine Zulassung mehr vorliegt, über die abgesprochen werden könnte und deren Übertragungskapazitäten (die nunmehr bereits einer neuen – in Betrieb befindlichen – Zulassung zugeordnet sind) der bundesweiten Zulassung zugeordnet werden könnten, kann die erklärte Übertragung nicht mehr aufgrund der Entscheidung der Behörde wirksam werden (vgl. § 28b Abs. 4 PrR-G).

Zieht man das Versorgungsvermögen dieser Zulassung von der errechneten Gesamtversorgung aller eingebrachten Übertragungskapazitäten ab, ergibt sich eine Versorgung von weniger als 60 % der österreichischen Bevölkerung (dem Gutachten zufolge 4.844.555 von insgesamt 8.763.457 Einwohnern, das entspricht 55,3 % der österreichischen Bevölkerung).

Durch den Antrag vom 23.01.2018 kann somit die gemäß § 28c Abs. 2 erster Satz PrR-G für die Bildung einer bundesweiten Zulassung geforderte Versorgung von mindestens 60 % der österreichischen Bevölkerung nicht erreicht werden.

Der Antrag war somit gemäß § 28c Abs. 2 PrR-G zweiter Satz zurückzuweisen (Spruchpunkt 1.).

4.5. Zum Antrag vom 20.03.2018 (Spruchpunkt 2.)

4.5.1. Zum Antrag allgemein

Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 20.03.2018 hat die Antragstellerin einen „Eventualantrag“ auf Erteilung einer bundesweiten Hörfunkzulassung gestellt, der (abzüglich jener Übertragungskapazitäten, für die der Antrag auf Zuordnung mit gleichem Schreiben zurückgezogen wurde) die gleichen Übertragungskapazitäten zugeordnet werden sollen wie aufgrund des Antrags vom 23.01.2018. Allerdings beruht der Antrag vom 20.03.2018 auf der Übertragung teilweise anderer Zulassungen als jener vom 23.01.2018.

Es liegt somit nach Ansicht der KommAustria kein Eventualantrag vor, wonach lediglich für den Fall der abschlägigen Entscheidung über den Primärantrag ein weiterer Abspruch beantragt wird, sondern – aufgrund der Auswechslung von gemäß § 28b Abs. 1 PrR-G zu übertragenden Zulassungen – ein neuer Antrag auf Erteilung einer bundesweiten Zulassung innerhalb der in der Bekanntmachung vom 03.01.2018 gesetzten Frist, der auch eine neue Entscheidungsfrist gemäß § 28b Abs. 2 erster Satz PrR-G ausgelöst hat.

Der Abspruch über diesen Antrag ist lediglich insofern durch den Antrag vom 23.01.2018 bedingt, als er im Fall einer Zulassungserteilung aufgrund dieses Antrags insofern nicht mehr in Betracht käme, da in diesem Fall die entsprechenden Zulassungen bzw. Übertragungskapazitäten nicht mehr zur Verfügung stünden.

4.5.2. Verbindung der Verfahren zur gemeinsamen Entscheidung

Gemäß § 39 Abs. 2 AVG kann die Behörde mehrere Verwaltungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden oder sie wieder trennen. Sie hat sich bei solchen Verfahrensanordnungen von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen.

Gegenständlich erscheint es aus Erwägungen der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit angezeigt, über die Anträge auf Erteilung einer bundesweiten Zulassung vom 23.01.2018 und vom 20.03.2018 in einem Bescheid abzusprechen, zumal der erfolgte Austausch von einzubringenden Zulassungen kein aufwändiges weiteres Ermittlungsverfahren (insbesondere keine weitere Einholung eines Sachverständigengutachtens) erforderlich gemacht hat. Auch der Antrag vom 20.03.2018, der denselben Zweck verfolgt wie jener vom 23.01.2018, ist somit entscheidungsreif.

4.5.3. Zum Erfordernis der mindestens zweijährigen Ausübung des Sendebetriebs

Ihren Antrag vom 20.03.2018 stützt die Antragstellerin auf die Übertragung der mit Bescheid der KommAustria vom 29.11.2017, KOA 1.380/17-012, an die Spannungsfunk Gesellschaft mbH erteilten Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ für die Dauer von zehn Jahren ab 26.01.2018. Darüber hinaus sollen nunmehr auch die für die Dauer von zehn Jahren ab 02.04.2018 erteilten Zulassungen für die Versorgungsgebiete „Raum Köflach“ bzw. „Östliches Nordtirol 2“ übertragen bzw. eingebracht werden.

Gemäß § 28b Abs. 1 dritter Satz PrR-G können nur solche Zulassungen zur Schaffung einer bundesweiten Zulassung übertragen werden, aufgrund derer der jeweilige Zulassungsinhaber seit mindestens zwei Jahren seinen Sendebetrieb ausgeübt hat.

Die Einbringung der genannten Zulassungen in eine bundesweite Zulassung kommt – ungeachtet der Frage der derzeit im Fall von „Oberösterreich Mitte“ und „Raum Köflach“ nicht gegebenen Rechtskraft (aufgrund der offenen Beschwerden der Superfly Radio GmbH bzw. der Weststeirische Kabel-TV GmbH gegen diese Bescheide an das BVwG) – frühestens mit 27.01.2020 bzw. 03.04.2020 in Betracht (zur Begründung ausführlich unter 4.3.2).

Da aus Sicht der KommAustria auch die Rechtskraft dieser Bescheide nicht zu einer anderen Beurteilung führen würde, und ein weiteres fernmeldetechnisches Gutachten nicht erforderlich ist, konnte auch über diesen Antrag bereits jetzt abgesprochen werden. Auch bis zum Beginn der Zulassung „Raum Köflach“ aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 20.12.2017,

KOA 1.464/17-008, am 02.04.2018 musste nicht zugewartet werden, da die Frage der (Nicht-)Erfüllung des Erfordernisses gemäß § 28c Abs. 2 PrR-G bereits jetzt für sämtliche Zeitpunkte innerhalb der Entscheidungsfrist der KommAustria beurteilt werden kann.

Auch durch die Übertragungskapazitäten, die aufgrund dieses Antrags einer Zuordnung an die bundesweite Zulassung zugänglich sind, kann damit eine Versorgung von mindestens 60 % der österreichischen Bevölkerung nicht erreicht werden.

Auch der Antrag auf Erteilung einer bundesweiten Zulassung vom 20.03.2018 war daher gemäß § 28c Abs. 2 PrRG zurückzuweisen (Spruchpunkt 2.).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG beim Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Kommunikationsbehörde Austria einzubringen. Die Beschwerde hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, ebenso wie die belangte Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren sowie die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (IBAN: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 1.010/18-010“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ sind die Steuernummer/Abgabenkontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE – Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 29. März 2018

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

1. Antenne „Österreich“ und Medieninnovationen GmbH, z.Hd. BECKER GÜNTHER POLSTER REGNER Rechtsanwälte GmbH, **amtssigniert per E-Mail an stefan.guenther@bgpr.at**
2. Alpenfunk GmbH, Gumpendorferstraße 19, 1060 Wien, **per RSb**
3. Außerferner Medien Gesellschaft m.b.H., Eduard Bodem Gasse 6, 6020 Innsbruck, **per RSb**
4. Entspannungsfunk Gesellschaft mbH, Gumpendorferstraße 19, 1060 Wien, **per RSb**
5. Radio Oberland GmbH, Eduard Bodem Gasse 6, 6020 Innsbruck, **per RSb**
6. Schallwellen Lounge GmbH, Gumpendorferstraße 19, 1060 Wien, **per RSb**
7. Weststeirische Regionalfernseh GmbH, Hauptplatz 46, 8570 Voitsberg, **per RSb**