



Teil-Bescheid

I. Spruch

Der Antrag der **ORS comm GmbH & Co KG** (FN 357120b) vom 02.10.2023 auf Erteilung von Auflagen für die Auswahl von Hörfunkveranstaltern und Zusatzdiensten und der Vergabe freier Kapazitäten ohne die Einhaltung von Veröffentlichungspflichten, welcher im Zusammenhang mit dem Antrag auf Erteilung einer Zulassung zum Betrieb einer bundesweiten Multiplex-Plattform für digitalen terrestrischen Hörfunk im Standard DAB+ „MUX III“ (Ausschreibung KOA 4.522/23-001 vom 30.06.2023) gestellt wurde, wird – soweit nicht bereits über den Antrag mit Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 08.03.2024, KOA 4.522/24-001, abgesprochen wurde - gemäß § 15b Abs. 1 und 2 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 83/2023, abgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Veröffentlichung im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“, den bundesweiten Tageszeitungen „Die Presse“ und „Der Standard“, sowie auf der Website der Regulierungsbehörde (<http://www.rtr.at/>) am 30.06.2023 hat die KommAustria gemäß § 15 Abs. 1 PrR-G, nach Maßgabe des Digitalisierungskonzeptes 2021 vom 15.06.2021, KOA 4.000/21-017, die Planung, den technischen Aufbau und den Betrieb einer Multiplex-Plattform für bundesweiten digitalen terrestrischen Hörfunk im Standard DAB+ ausgeschrieben. Die Ausschreibungsfrist endete am 02.10.2023 um 13:00 Uhr.

Am 02.10.2023 langte ein Antrag der ORS comm GmbH & Co KG auf Erteilung einer Zulassung zum Betrieb einer bundesweiten Multiplex-Plattform für digitalen terrestrischen Hörfunk im Standard DAB+ „MUX III“ ein.

Der Antrag der ORS comm GmbH & Co KG enthält, neben Informationen, die der Glaubhaftmachung der Erfüllung der technischen, finanziellen und organisatorischen Voraussetzungen gemäß § 15 Abs. 2 PrR-G dienen, einen Antrag auf Erteilung bestimmter Auflagen gemäß § 15b Abs. 2 PrR-G.

2. Sachverhalt

Auf Grund des Antrages sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Zur Antragstellerin

Die ORS comm GmbH & Co KG ist eine zur Firmenbuchnummer 357120b eingetragene Kommanditgesellschaft mit Sitz in Wien. Persönlich haftender und allein vertretungsbefugter Gesellschafter ist die ORS comm GmbH, Kommanditistin ist die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG mit einer im Firmenbuch eingetragenen Hafteinlage von EUR 100.000,-.

2.2. Zum Antrag

Der von der ORS comm GmbH & Co KG gestellte Antrag auf Erteilung einer Zulassung zum Betrieb einer bundesweiten Multiplex-Plattform für digitalen terrestrischen Hörfunk im Standard DAB+ „MUX III“, enthält neben Informationen, die der Glaubhaftmachung der Erfüllung der technischen, finanziellen und organisatorischen Voraussetzungen gemäß § 15 Abs. 2 PrR-G dienen, einen Antrag auf Erteilung von Auflagen gemäß § 15b Abs. 2 PrR-G, welche die Auswahl von Hörfunkveranstaltern und Zusatzdiensten und der Vergabe freier Kapazitäten durch den Multiplex-Betreiber ohne die Einhaltung von Veröffentlichungspflichten möglich machen sollen.

Gemäß dem Antrag der ORS comm GmbH & Co KG will diese den Betrieb der Multiplex-Plattform „MUX III“ attraktiveren, indem in bestimmten Fällen von einer öffentlichen Ausschreibung freier Kapazitäten durch den Multiplex-Betreiber abgesehen werden kann.

2.2.1. Zulassungsbescheid

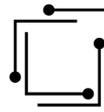
Mit Bescheid der KommAustria vom 08.03.2024, KOA 4.522/24-001, wurde der ORS comm GmbH & CO KG gemäß § 15b Abs. 1 Privatradiogesetz PrR-G iVm § 15 Abs. 1, 2 und 3 PrR-G sowie §§ 3 ff MUX-AG-V DAB+ 2023 die Zulassung zum Betrieb der bundesweiten Multiplex-Plattform für digitalen terrestrischen Hörfunk im Standard DAB+ „MUX III“ erteilt.

Der gegenständliche Bescheid, KOA 4.522/24-005, entscheidet über den Antrag auf Erteilung von Auflagen gemäß § 15b Abs. 2 PrR-G der ORS comm GmbH & Co KG, soweit durch den erwähnten und in Rechtskraft erwachsenen Multiplex-Zulassungsbescheid der KommAustria, KOA 4.522/24-001, nicht bereits über den Antrag abgesprochen wurde.

2.2.2. „MUX-SWAP“

Die ORS comm GmbH & Co KG beantragt, dass zwei Hörfunkveranstalter, die beide ein bereits zugelassenes Hörfunkprogramm über jeweils unterschiedliche zugelassene Multiplex-Plattformen für digitalen terrestrischen Hörfunk im Standard DAB+ verbreiten, einen gegenseitigen Wechsel des Verbreitungsweges hin zur jeweiligen Multiplex-Plattform des anderen Hörfunkveranstalters durchführen können, ohne bei einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren für die Vergabe freier Kapazitäten teilnehmen zu müssen (im Folgenden „MUX-SWAP“).

Im Detail soll ein solcher Tausch des Verbreitungsweges, durch die Erlassung einer Auflage, wie folgt ermöglicht werden: Hörfunkveranstalter, die bereits zugelassene Hörfunkprogramme über jeweils unterschiedliche Multiplex-Plattformen verbreiten und Teil des zugelassenen



Programmbouquets der gegenständlichen Multiplex-Plattformen sind, sollen ihren jeweils zugeordneten Programmplatz gegenseitig tauschen können, sofern (i) ihre Versorgungsgebiete möglichst ident sind, (ii) jeweils die Zustimmung der Hörfunkveranstalter als auch des/der Multiplex-Betreiber/s vorliegt und (iii) die entsprechenden Vereinbarungen der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) im Zuge der Verfahren zur Änderung der Programmbouquets vorgelegt werden.

Die ORS Comm GmbH & Co KG begründet den Antrag auf Erlassung einer solchen Auflage damit, dass eine öffentliche Ausschreibung der Kapazitäten im Falle eines solchen Tausches des Verbreitungsweges nicht notwendig sei, da die betreffenden Kapazitäten bereits den involvierten Hörfunkprogrammen zugeordnet seien und somit keinem Dritten die Möglichkeit zur Erlangung von Kapazitäten weggenommen werde.

2.2.3. Verschiebung von CU's innerhalb eines Medienverbunds

Die ORS comm GmbH & Co KG beantragt zudem, dass Hörfunkveranstalter mehrerer Hörfunkprogramme auf der gegenständlichen Multiplex-Plattform „MUX III“, die jeweils zugeordneten Kapazitäten ihrer Hörfunkprogramme ohne Durchlaufung eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens beliebig von einem Hörfunkprogramm zum anderen Hörfunkprogramm verschieben können sollten. Eine solche Verschiebung von Kapazitäten solle ohne öffentliche Ausschreibung möglich sein, (i) sofern die betreffenden Hörfunkprogramme dasselbe Versorgungsgebiet betreffen, (ii) die Hörfunkprogramme demselben Hörfunkveranstalter zuzuordnen seien, (iii) eine Mindestkapazität von 30 CUs pro Hörfunkprogramm nicht unterschritten werde und (iv) der Multiplex-Betreiber diesem Vorgehen zustimme.

Die ORS Comm GmbH & Co KG begründet den Antrag auf Erlassung einer solchen Auflage damit, dass folglich den Hörfunkveranstaltern die Möglichkeit zur Umsetzung einer flexiblen Verbreitungsstrategie gegeben werde.

3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Antrag der ORS comm GmbH & Co KG sowie ihrem weiteren Vorbringen. Die Feststellungen zur Antragstellerin und zu deren Eigentümerstruktur ergeben sich aus dem offenen Firmenbuch, dem vorgelegten Gesellschaftsvertrag sowie dem im Wesentlichen glaubhaften Vorbringen der Antragstellerin im Verfahren.

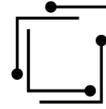
4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit

Gemäß § 31 Abs. 2 PrR-G ist Regulierungsbehörde die gemäß § 1 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 6/2024, eingerichtete KommAustria.

4.2. Maßgebliche Bestimmungen des PrR-G

„Erteilung der Zulassung und Auflagen für den Multiplex-Betreiber



§ 15b. (1) Die Zulassung für die Multiplex-Plattform ist von der Regulierungsbehörde auf zehn Jahre zu erteilen. Sie ist bei sonstiger Nichtigkeit schriftlich zu erteilen.

(2) Die Regulierungsbehörde hat bei Erteilung der Multiplex-Zulassung durch entsprechende Auflagen sicherzustellen,

1. dass digitale Hörfunkprogramme und Zusatzdienste unter fairen, gleichberechtigten und nicht-diskriminierenden Bedingungen und ohne Aufwendungen für ein Zugangsberechtigungssystem verbreitet werden;

2. dass die drei vom Österreichischen Rundfunk österreichweit analog ausgestrahlten Hörfunkprogramme und das im jeweiligen Versorgungsgebiet vom Österreichischen Rundfunk bundeslandweit analog ausgestrahlte Hörfunkprogramm (§ 3 Abs. 1 Z 1 ORF-G), auf Nachfrage und gegen angemessenes Entgelt in das digitale Programmpaket im jeweiligen Versorgungsgebiet eingebunden werden und dass ausreichend Datenvolumen für deren Verbreitung zur Verfügung steht, sofern diese Programme im jeweiligen Versorgungsgebiet noch nicht digital terrestrisch (mit Ausnahme der Verbreitung über eine Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk) verbreitet werden;

3. dass die Vergabe der Datenrate gemäß Z 1 und 2 durch den Multiplex-Betreiber in einem transparenten Verfahren und unter laufender Einbeziehung der betroffenen Hörfunkveranstalter sowie der Regulierungsbehörde erfolgt;

4. dass ein überwiegender Teil der für digitale Signale zur Verfügung stehenden Frequenzkapazität für die Verbreitung digitaler Programme verwendet wird;

5. dass die bei der technischen Verbreitung der digitalen Programme und der Zusatzdienste anfallenden Kosten den Anbietern jeweils anteilmäßig vom Multiplex-Betreiber in Rechnung gestellt werden;

6. dass, für den Fall, dass die digitalen Programme und Zusatzdienste zu einem Gesamtangebot unter einem elektronischen Programmführer (Navigator) zusammengefasst werden, alle digitalen Programme und Zusatzdienste unter fairen, gleichberechtigten und nicht-diskriminierenden Bedingungen für den Konsumenten auffindbar sind;

7. dass alle digitalen Programme und Zusatzdienste in ihrer Gestaltung, Auffindbarkeit und Übersichtlichkeit gleichberechtigt angeboten werden und ein unmittelbares Einschalten der einzelnen Programme und Zusatzdienste ermöglicht wird;

8. dass die technische Qualität der Multiplex-Plattform europäischen Standards entspricht und ein kontinuierlicher technischer Ausbau der Plattform gewährleistet ist;

9. dass ein meinungsvielältiges Angebot an digitalen Programmen verbreitet wird, das vorrangig Programme mit österreichbezogenen Beiträgen beinhaltet.

Die Regulierungsbehörde kann dem Multiplex-Betreiber bei Erteilung der Zulassung weitere zur Sicherung der Einhaltung dieses Gesetzes notwendige Auflagen vorschreiben.“

4.3. Feststellung hinsichtlich § 15b Abs. 2 PrR-G

4.3.1. Allgemeines

Gemäß § 15b Abs. 2 PrR-G hat die KommAustria dem Multiplex-Betreiber bei der Erteilung der Multiplex-Zulassung entsprechende Auflagen zur Sicherung der Einhaltung des Gesetzes vorzuschreiben.

§ 1 Abs. 2 PrR-G lautet:

„(2) Zweck dieses Bundesgesetzes ist die Weiterentwicklung des dualen Rundfunksystems durch Förderung des privaten kommerziellen und nichtkommerziellen Hörfunks.“

Aus dieser Zielbestimmung des PrR-G, den weiteren Bestimmungen des PrR-G sowie dem Zielkatalog für die Tätigkeit der KommAustria nach § 2 Abs. 3 KOG ergeben sich allgemeine Anhaltspunkte zur Auslegung der Vorgaben des § 15b Abs. 2 PrR-G sowie der MUX-AG-V DAB+ 2023.

4.3.2. Frequenzökonomie

§ 2 Abs. 3 Z 5 KOG lautet:

„(3) Durch die gemäß Abs. 1 wahrzunehmenden Aufgaben der KommAustria sollen folgende Ziele erreicht werden:

[...]

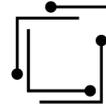
5. die Optimierung der Nutzung des Frequenzspektrums für Rundfunk;“

§ 2 Abs. 1 Z 1 bis Z 17 KOG führt jene der KommAustria durch gesonderte bundesgesetzliche Vorschriften zugewiesenen Aufgaben an. Jene gesetzlich zugewiesenen Aufgaben dienen der Verwirklichung der durch § 2 Abs. 3 Z 1 bis Z 12 KOG festgelegten Ziele. Gemäß § 2 Abs. 3 Z 5 KOG ist eines jener Ziele die Verwirklichung einer frequenzökonomischen Nutzung vorhandener Frequenzspektrums. Auch das Digitalisierungskonzept 2021 der KommAustria vom 15.06.2021, KOA 4.000/21-017, trägt der Regulierungsbehörde gemäß § 14 Abs. 6 Digitalisierungskonzept 2021 die Beachtung frequenzökonomischer Aspekte bei der Prüfung von Anträgen auf. Daher ist insbesondere auch für die Auslegung der Vorgaben des § 15b Abs. 2 PrR-G der Aspekt der frequenzökonomischen Nutzung zu vergebender Kapazitäten zu beachten.

4.3.3. Auflagen hinsichtlich der Programmebelegung und der Vergabe von Datenraten

Gemäß § 15b Abs. 2 Z 1 PrR-G hat die Regulierungsbehörde bei der Erteilung der Multiplex-Zulassung durch Vorschreibung entsprechender Auflagen sicherzustellen, *„dass digitale Hörfunkprogramme und Zusatzdienste unter fairen, gleichberechtigten und nicht-diskriminierenden Bedingungen verbreitet werden [...]“*. Weiters ist gemäß § 15b Abs. 2 Z 9 PrR-G sicherzustellen, *„dass ein meinungsvielältiges Angebot an digitalen Programmen verbreitet wird, das vorrangig Programme mit österreichbezogenen Beiträgen beinhaltet“*. Demgemäß hat die Vergabe von Kapazitäten nach § 15b Abs. 2 Z 3 PrR-G in einem transparenten Verfahren zu erfolgen.

Aus § 15b Abs. 2 Z 1 PrR-G lässt sich ableiten, dass die allgemeine Nichtdiskriminierungsverpflichtung bei der Verbreitung von digitalen Hörfunkprogrammen und Zusatzdiensten primär auf die Frage des Zugangs anwendbar ist. Aufgrund der beschränkten Anzahl der möglichen Programmplätze kann eine Nichtdiskriminierung bei der Gewährung des Zugangs ohne transparente Kriterien nicht in nachvollziehbarer Weise gewährleistet werden. Andererseits wird versucht, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass mit dem Einsatz von DAB+ nun mehr Datenrate zur Verbreitung von Hörfunkprogrammen und Zusatzdiensten zur Verfügung steht. Somit soll im Rahmen der engen gesetzlichen Beschränkungen der Spielraum des Multiplex-Betreibers möglichst flexibel gestaltet werden.



Die Definition der angebotenen Programmplätze obliegt dabei zunächst dem Multiplex-Betreiber unter Beachtung der übrigen Auflagen des Zulassungsbescheides, wobei nach Möglichkeit die Bedürfnisse der (potenziellen) Nachfrager zu berücksichtigen sind. Zur Wahrung der Diskriminierungsfreiheit erfolgt die Auswahl eines Programms jedoch nach einem einer behördlichen Auswahlentscheidung nachgebildeten formellen Auswahlverfahren durch öffentliche Bekanntmachung (vgl. *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴ [2018] 530).

Das Verfahren beginnt demnach mit der öffentlichen Bekanntmachung auf der Website des Multiplex-Betreibers, dass Kapazitäten für die Übertragung von digitalen Programmen und Zusatzdiensten zur Verfügung stehen. Die Bekanntmachung hat immer dann zu erfolgen haben, wenn Kapazitäten auf der Multiplex-Plattform frei werden oder neu geschaffen werden. Langt beim Multiplex-Betreiber ein schriftliches Begehren auf Belegung eines freien Programmplatzes ein, so ist auch die Information, dass ein Begehren vorliegt auf der Homepage des Multiplex-Betreibers leicht auffindbar, bekannt zu machen. Zudem steht es Interessenten, die im Rahmen des Auswahlverfahrens nicht berücksichtigt werden, frei, nach § 15b Abs. 4 PrR-G die Überprüfung der Einhaltung der Auflagen durch die Regulierungsbehörde zu beantragen. Nicht zuletzt hat die Regulierungsbehörde gemäß § 15b Abs. 4 PrR-G die Einhaltung der Auflagen von Amts wegen oder auf Antrag zu überprüfen.

Fälle, die der öffentlichen Ausschreibung von Kapazitäten bedürfen, sind demgemäß alle die unmittelbar mit dem Freiwerden oder der Schaffung neuer Kapazitäten in Verbindung stehen.

4.3.4. Zu dem Antrag auf Möglichkeit eines „MUX-SWAPs“

Der Antrag der ORS comm GmbH & Co KG auf Erteilung von Auflagen zur Ermöglichung eines „MUX-SWAPs“ wird von der KommAustria zunächst dahingehend verstanden, dass dieser, aufgrund der angeführten Voraussetzung der identen Versorgungsgebiete, bloß auf die auflagenbezogene Ermöglichung eines „MUX-SWAPs“ zwischen den bundesweiten Multiplex-Plattformen „MUX I“ und „MUX III“ bezogen sein kann.

Der Antrag der ORS comm GmbH & Co KG, dass durch eine entsprechende Auflage zwei Hörfunkveranstalter, die beide ein bereits zugelassenes Hörfunkprogramm über eine jeweils unterschiedliche Multiplex-Plattform verbreiten, einen gegenseitigen Wechsel des Verbreitungsweges hin zur jeweiligen Multiplex-Plattform des anderen Hörfunkveranstalters durchführen können sollen, ohne bei einem öffentlichen, transparenten Auswahlverfahren für die Vergabe freier Kapazitäten teilnehmen zu müssen, ist jedoch nicht mit dem Prinzip der Nichtdiskriminierung gemäß § 15b Abs. 2 Z 1 PrR-G und der Sicherstellung eines meinungsvielfältigen Angebots gemäß § 15b Abs. 2 Z 9 PrR-G vereinbar.

Die Erlassung einer solchen Auflage würde es Hörfunkveranstaltern, die ein zugelassenes Hörfunkprogramm auf einer Multiplex-Plattform verbreiten, ermöglichen, im Falle der Einwilligung eines anderen Hörfunkveranstalters (und des Multiplex-Betreibers), der ein zugelassenes Hörfunkprogramm über eine Multiplex-Plattform verbreitet, das öffentliche Ausschreibungsverfahren, welches gemäß § 15b Abs. 2 Z 3 PrR-G gefordert wird, zu umgehen. Ein solcher Wechsel von Verbreitungswegen ohne Durchführung eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens würde zu einer diskriminierenden Bevorzugung von Hörfunkveranstaltern, die bereits ein zugelassenes Hörfunkprogramm über eine Multiplex-Plattform verbreiten, gegenüber sich potenziell (neu) bewerbenden Hörfunkveranstaltern, die noch

über keine Möglichkeit der Verbreitung ihres Hörfunkprogrammes über eine Multiplex-Plattform verfügen, führen.

Die Erlassung einer Auflage zur Ermöglichung eines „MUX-SWAPs“ würde demnach die bereits auf einen der bundesweiten Multiplex-Plattformen zugelassenen Hörfunkprogramme gegenüber noch nicht zugelassenen Hörfunkprogrammen bevorzugen. Aufgrund der unterschiedlichen rechtlichen Ausgestaltung der jeweiligen Bewilligungen der bundesweiten Multiplex-Plattformen ist eine solche Bevorzugung jedoch diskriminierend. Dabei ist zunächst auf die unterschiedlichen Laufzeiten der Bewilligungen der bundesweiten Multiplex-Plattformen hinzuweisen. Unterschiede ergeben sich auch aus der durch die von der bundesweiten Multiplex-Plattform „MUX III“ gebotene Möglichkeit der regionalisierten Ausstrahlung von Hörfunkprogrammen. Auch ist die im Sinne der Grundsätze der Programmebelegung gemäß § 15b Abs. 2 PrR-G erfolgte Auswahl des Programmbouquets durch einen Multiplex-Betreiber als an die jeweiligen situationsbedingten Gegebenheiten, welche bei der Belegung freier Kapazitäten eine Rolle spielen, angepasst zu sehen. Demnach ist eine Bevorzugung von bereits auf einer der bundesweiten Multiplex-Plattformen zugelassenen Hörfunkprogramme gegenüber anderen potenziell bewerbenden Hörfunkprogrammen nicht mit dem Prinzip der Nichtdiskriminierung gemäß § 15b Abs. 2 Z 1 PrR-G vereinbar.

Zudem widerspricht die Möglichkeit eines solch „formlosen“ Wechsels der Verpflichtung der Regulierungsbehörde gemäß § 15b Abs. 2 Z 9 PrR-G durch Erlassung von Auflagen die Verbreitung eines meinungsvielfältigen Angebotes sicherzustellen. Durch eine solche Wechselmöglichkeit wird ein Anreiz für die Vergabe von Kapazitäten zwischen Hörfunkveranstaltern, die schon ein Hörfunkprogramm über eine Multiplex-Plattform verbreiten, geschaffen, wogegen die Sicherstellung eines meinungsvielfältigen Angebotes die Schaffung eines Anreizes für die Verbreitung von Hörfunkprogrammen, die noch nicht oder nicht zwingenderweise schon über Kapazitäten auf einer Multiplex-Plattform verfügen, verlangt. Die Verpflichtung der Durchführung eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens durch den Multiplex-Betreiber stellt die Schaffung eines solch nichtdiskriminierenden Anreizes dar.

Weiters kommt es damit zu einer Ungleichbehandlung mit Multiplex-Betreibern, die nur über die eine Multiplex-Zulassung und somit über ein Versorgungsgebiet verfügen, da diesen diese Möglichkeit nicht offensteht und sie somit einem Wettbewerbsnachteil ausgesetzt sein könnten, der die der Auswahlentscheidung zugrundeliegende wirtschaftlichen Annahmen in Frage stellen könnte.

Insoweit ist dem bisherigen System, dass im Fall des Wechsels einer Multiplex-Plattform (wie auch einer grundlegenden inhaltlichen Neuausrichtung eines Programms) eine Neuausschreibung des Programmplatzes vorsieht, aus Sicht der Sicherstellung der Meinungsvielfalt der Vorzug zu geben.

4.3.5. Zu dem Antrag auf Verschiebung von CU's zwischen Hörfunkprogrammen eines Hörfunkveranstalters

Die ORS comm GmbH & Co KG beantragt zudem, dass Hörfunkveranstalter mehrerer Hörfunkprogramme auf der gegenständlichen Multiplex-Plattform „MUX III“, die jeweils zugeordneten Kapazitäten ihrer Hörfunkprogramme ohne ein öffentliches Ausschreibungsverfahren beliebig von einem Hörfunkprogramm zum anderen Hörfunkprogramm verschieben können sollen. Eine solch formlose Verschiebung von Kapazitäten widerspricht dem

Prinzip der Nichtdiskriminierung gemäß § 15b Abs. 2 Z 1 PrR-G und der Sicherstellung eines meinungsvielfältigen Angebots gemäß § 15b Abs. 2 Z 9 PrR-G.

Die Möglichkeit einer „formlosen“ Verschiebung von Kapazitäten zwischen verschiedenen Programmen würde zu einer Diskriminierung anderer auf der Multiplex-Plattform verbreiteter Hörfunkprogramme und anderer potenziell bewerbender Hörfunkveranstalter führen, da das Freiwerden neuer Kapazitäten in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren allen schon verbreiteten und potentiell bewerbenden Hörfunkprogrammen zur Kenntnis gebracht werden muss. Die begrenzte Verfügbarkeit von Kapazitäten auf einer Multiplex-Plattform bedingt, dass das Freiwerden neugeschaffener oder freigewordener Kapazitäten im Interesse aller potenziell bewerbender Hörfunkprogramme ist (inklusive schon verbreiteter Hörfunkprogramme). Die durch Auflage vorzuschreibende Veröffentlichungspflicht gemäß § 15b Abs. 2 Z 3 PrR-G stellt sicher, dass Hörfunkprogramme, welche die Erlangung von Kapazitäten anstreben, eine faire und nicht-diskriminierende Möglichkeit zur Bewerbung um die freien Kapazitäten erhalten und nicht auf unangemessene Weise von dieser Möglichkeit ausgeschlossen werden. Die Möglichkeit eines formlosen Kapazitäten-Wechsels von Hörfunkprogrammen eines Hörfunkveranstalters würde, in jenem Fall, die Möglichkeit zur Erlangung freigewordener Kapazitäten auf den Hörfunkveranstalter der gegenständlichen Hörfunkprogramme beschränken. Die Hörfunkprogramme des Hörfunkveranstalters würden somit auf unangemessene Weise gegenüber den schon verbreiteten und den potenziell bewerbenden Hörfunkveranstaltern bevorzugt werden. Dies stellt eine Übertretung des Prinzips der Nichtdiskriminierung gemäß § 15b Abs. 2 Z 1 PrR-G dar.

Auch widerspricht die Möglichkeit eines „formlosen“ Kapazitäten-Wechsels der Verpflichtung der Regulierungsbehörde gemäß § 15b Abs. 2 Z 9 PrR-G durch Erlassung von Auflagen die Verbreitung eines meinungsvielfältigen Angebotes sicherzustellen. Durch die Wechselmöglichkeit der Hörfunkprogramme eines Hörfunkveranstalters würde ein Anreiz für die Erlangung möglichst umfangreicher Kapazitäten gesetzt werden, damit nachherige Flexibilität in der Haltung und Verwendung jener Kapazitäten für den Hörfunkveranstalter mehrerer Hörfunkprogramme gegeben wären. Das Prinzip der Sicherstellung eines meinungsvielfältigen Angebotes zielt jedoch auf die Schaffung eines Anreizes für das abermalige Freiwerden von Kapazitäten ab, wenn der volle Umfang der Kapazitäten eines Hörfunkprogrammes nicht gebraucht oder verwendet wird. Ein durch den formlosen Wechsel ermöglichter Anreiz auf die Erlangung möglichst umfangreicher Kapazitäten, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit den Bedürfnissen des jeweiligen Hörfunkprogrammes stehen, ist daher nicht mit der Sicherstellung eines meinungsvielfältigen Angebotes gemäß § 15b Abs. 2 Z 9 PrR-G vereinbar.

Die Möglichkeit der „formlosen“ Verschiebung ist zudem nicht mit dem gemäß § 2 Abs. 3 Z 5 KOG festgelegten Ziel der frequenzökonomischen Nutzung vorhandener Kapazitäten und überdies mit § 14 Abs. 6 Digitalisierungskonzept 2021 vereinbar. Die Setzung eines Anreizes für die Erlangung möglichst umfangreicher Kapazitäten, zwecks der Gewährleistung nachheriger Flexibilität, würde die ökonomische Verteilung der Kapazitäten zwischen einzelnen Hörfunkprogrammen gefährden. Insgesamt steht der Antrag der ORS comm GmbH & Co KG demnach der Gewährleistung einer ressourcenfreundlichen Nutzung von Kapazitäten im Wege.

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 Österreich (IBAN: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 4.522/24-005“, 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 07. Mai 2024

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)