

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat I, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden sowie den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter gemäß § 2 Abs. 1 Z 6 und § 13 Abs. 3 Z 3 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 125/2011, wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Der **Arabella Privatrado GmbH** (FN 278207 d beim LG Salzburg), vertreten durch die Dr. Michael Krüger Rechtsanwalt GmbH, Seilergasse 4/15, 1010 Wien, wird aufgrund der mit Bescheid des Bundeskommunikationssenates (BKS) vom 31.05.2011, GZ 611.079/0003-BKS/2011, gemäß §§ 24, 25, 26 iVm § 28a Abs. 1 Z 2 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, rechtskräftig getroffenen Feststellung, im Zeitraum vom 16.07.2010 bis 27.08.2010 im Versorgungsgebiet "Stadt Salzburg" kein zu 100% eigengestaltetes und zu 86% in Salzburg gestaltetes Programm mit hohem Lokal- und Regionalbezug gesendet und dadurch den Charakter des von ihr im Antrag auf Zulassung dargestellten und mit Bescheid des BKS vom 23.06.2006, GZ 611.096/0001-BKS/2006, genehmigten Programms (§ 3 Abs. 2 PrR-G) grundlegend verändert zu haben, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, gemäß § 28 Abs. 2, 3 und 5 Z 1 PrR-G aufgetragen,
 - a. binnen einer Frist von acht Wochen den rechtmäßigen Zustand herzustellen, indem sie, wie im Bescheid des BKS vom 23.06.2006, GZ 611.096/0001-BKS/2006, genehmigt, im Versorgungsgebiet „Stadt Salzburg“ ein zu 100% eigengestaltetes und zu 86% in Salzburg gestaltetes Programm mit hohem Lokal- und Regionalbezug sendet, sowie
 - b. binnen einer Frist von acht Wochen ein Vier-Augen-System für den Fall von Änderungen des genehmigten Programms zu implementieren und dieses zu dokumentieren, um im Vorfeld zu prüfen, ob es sich bei einer geplanten Änderung um eine grundlegende Änderung des genehmigten Programms im Sinne des § 28a Abs. 1 PrR-G handelt.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 24.08.2011 leitete die KommAustria gemäß §§ 24 iVm § 28 Abs. 2 PrR-G von Amts wegen ein Verfahren zum Entzug der Zulassung der Arabella Privatrado GmbH ein. Mit selbem Schreiben wurde der Arabella Privatrado GmbH die Gelegenheit eingeräumt, binnen zwei Wochen zur Einleitung des Verfahrens über den Entzug der Zulassung Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 08.09.2011 nahm die Arabella Privatrado GmbH Stellung zur Einleitung des Verfahrens gemäß § 28 Abs. 2 PrR-G und legte der KommAustria ein Sendeschema vor, welches die zwischenzeitig im Sinne des vorangegangenen Beschwerdeverfahrens vorgenommene Umstellung des Programms veranschaulichen sollte.

Mit Schreiben vom 29.09.2011 beraumte die KommAustria eine öffentliche mündliche Verhandlung gemäß § 28 Abs. 3 PrR-G für den 03.11.2011 an. Die Anberaumung der öffentlichen mündlichen Verhandlung im Verfahren über den Entzug der Zulassung wurde auf der Website der Regulierungsbehörde bekannt gemacht.

Am 03.11.2011 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung in Anwesenheit der Vertreter der Arabella Privatrado GmbH statt. Hier legte diese dar, dass sie seit September 2010 die schrittweise Umstellung des Programms im Sinne des rechtskonformen Zustandes in Angriff genommen habe.

Mit Schreiben der KommAustria vom 07.11.2011 wurde die Niederschrift über das Tonbandprotokoll der öffentlichen mündlichen Verhandlung der Arabella Privatrado GmbH gemäß § 14 Abs. 7 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 übermittelt.

Mit Schreiben vom 30.11.2011 übermittelte die Arabella Privatrado GmbH der KommAustria Aufzeichnungen ihrer Hörfunksendungen vom 17. und 18.11.2011.

2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Die Arabella Privatrado GmbH (Rechtsnachfolgerin der ursprünglichen Zulassungsinhaberin Donauradio Wien GmbH) ist eine zu FN 278207d beim Landesgericht Salzburg eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Salzburg. Die Arabella Privatrado GmbH ist im Wege der Gesamtrechtsnachfolge durch Spaltung des Teilbetriebes "Radio Arabella Salzburg" von der Radio Arabella GmbH. (vormals Donauradio Wien GmbH) zur Aufnahme in die Arabella Privatrado GmbH mit Wirkung ab 01.01.2008 entstanden.

Die Arabella Privatrado GmbH ist aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 11.01.2006, KOA 1.414/05-001, bestätigt mit Bescheid des Bundeskommunikationssenates (BKS) vom 23.06.2006, GZ 611.096/0001-BKS/2006, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Stadt Salzburg 102,5 MHz“. Mit Bescheid der KommAustria vom 23.06.2010, KOA 1.414/10-005, wurde der Arabella Privatrado GmbH die Übertragungskapazität „SALZBURG 5 (Nonntal) 99,7 MHz“ zur Verbesserung von Versorgungslücken im bestehenden Versorgungsgebiet zugeordnet. Die Zulassung besteht seit dem 30.06.2006 für die Dauer von zehn Jahren, wobei der Sendebetrieb am 15.06.2007 aufgenommen wurde.

Mit Bescheid der KommAustria vom 24.03.2011, KOA 1.414/11-005, bestätigt mit Bescheid des Bundeskommunikationssenats (BKS) vom 31.05.2011, GZ 611.079/0003-BKS/2011, wurde auf Grund einer Beschwerde gemäß §§ 24, 25, 26 iVm § 28a Abs. 1 Z 2 PrR-G festgestellt, dass die Arabella Privatrado GmbH dadurch, dass sie im Zeitraum vom 16.07.2010 bis 27.08.2010 im Versorgungsgebiet "Stadt Salzburg" kein zu 100% eigengestaltetes und zu 86% in Salzburg gestaltetes Programm mit hohem Lokal- und Regionalbezug gesendet hat, den Charakter des von ihr im Antrag auf Zulassung dargestellten und mit Bescheid des BKS vom 23.06.2006, GZ 611.096/0001-BKS/2006, genehmigten Programms (§ 3 Abs. 2 PrR-G) grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen.

Gegen den Bescheid des BKS vom 31.05.2011, GZ 611.079/0003-BKS/2011, hat die Arabella Privatrado GmbH keine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof und den Verfassungsgerichtshof erhoben.

Mit Schreiben vom 08.09.2011 legte die Arabella Privatrado GmbH die seither durchgeführte schrittweise Umstellung ihres Programmschemas dar. Demnach wird nunmehr von Montag bis Freitag zwischen 06:00 und 10:00 Uhr die Sendung „Aufgeweckt“ live und moderiert aus dem Studio in Salzburg gesendet. Darüber hinaus werden jeweils um xx:40 Uhr zwischen 06:40 und 18:40 Uhr weitere Lokalbeiträge ausgestrahlt, sowie um 10:10 Uhr, 11:10 Uhr, 12:10 Uhr und 13:10 Uhr. Mit Ausnahme der von Arabella Wien bezogenen Welt- und Österreichnachrichten werden alle Programmteile im Studio in Salzburg produziert.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 03.11.2011 erläuterte die Arabella Privatrado GmbH ferner die zur Vermeidung künftiger Rechtsverletzungen dieser Art getroffenen Vorkehrungen. Demnach haben die beiden Geschäftsführer – Mag. Struber und Mag. Robotka – eine Vereinbarung getroffen, der zufolge jegliche Änderung des Programms dem Vier-Augen-Prinzip unterliegt und eine Besprechung der beiden Geschäftsführer stattfinden muss. Anstelle der bisher alleine bei Mag. Robotka gelegenen Verantwortung tragen nunmehr beide Geschäftsführer die Verantwortung für Programmänderungen, sodass nunmehr Mag. Struber einer in Aussicht genommenen Programmänderung zustimmen muss. Die Vereinbarung sieht zudem vor, dass Mag. Struber gegebenenfalls rechtliche und sachliche Erkundigungen zur Klärung, ob eine grundlegende Programmänderung im Vergleich zum bewilligten Programm vorliegt, einholen muss.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Zulassungsinhaberin Arabella Privatrado GmbH ergeben sich einerseits aus dem offenen Firmenbuch und andererseits aus den zitierten Bescheiden bzw. den zitierten Akten der KommAustria und des Bundeskommunikationssenates.

Die Feststellungen zur grundlegenden Änderung des Charakters des von der Arabella Privatrado GmbH im Verfahren auf Erteilung einer Hörfunkzulassung dargestellten und mit Bescheid des BKS vom 23.06.2006, GZ 611.096/0001-BKS/2006, genehmigten Programms, ohne hiefür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, beruhen auf den hierzu zitierten Bescheiden der KommAustria (KOA 1.414/11-005) und des BKS (GZ611.079/0003-BKS/2011). Im Übrigen hat die Arabella Privatrado GmbH in ihrer Stellungnahme vom 08.09.2011 zur Einleitung des Verfahrens zum Entzug der Zulassung selbst zugestanden, dass es angesichts der Verfahrensergebnisse unbestreitbar sei, dass sie eine grundlegende Programmänderung ohne vorherige Bewilligung der Regulierungsbehörde vorgenommen habe.

Die Feststellungen zur seither erfolgten, schrittweisen Umstellung des Programms in Richtung des rechtskonformen Zustandes beruhen einerseits auf den hierzu im Schreiben vom 08.09.2011 gemachten Ausführungen und dem beigelegten Programmschema, sowie andererseits auf der glaubwürdigen Darstellung in der mündlichen Verhandlung am 03.11.2011. Darüber hinaus legte die Arabella Privatrado GmbH der KommAustria aus Eigenem Aufzeichnungen des Hörfunkprogramms der Sendetage vom 17. und 18.11.2011 zum Nachweis der bisher erfolgten Programmumstellung vor.

Die Feststellungen zu den seitens der Arabella Privatrado GmbH getroffenen Vorkehrungen zur Vermeidung künftiger Rechtsverletzungen aufgrund grundlegender Programmänderungen beruhen auf deren mündlichen Ausführungen im Rahmen der Verhandlung am 03.11.2011.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde

Gemäß § 24 Privatradiogesetz PrR-G obliegt die Rechtsaufsicht über die Hörfunkveranstalter im Sinne dieses Bundesgesetzes der Regulierungsbehörde. Gemäß § 31 Abs. 2 PrR-G werden die Aufgaben der Regulierungsbehörde nach diesem Bundesgesetz von der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) wahrgenommen.

4.2. Verfahren zum Entzug der Zulassung

§ 28 lautet wörtlich:

„(1) Bei wiederholten oder schwerwiegenden Rechtsverletzungen durch den Hörfunkveranstalter oder wenn der Hörfunkveranstalter die in den §§ 7 bis 9 genannten Voraussetzungen nicht mehr erfüllt, hat die Regulierungsbehörde von Amts wegen das Verfahren zum Entzug der Zulassung, im Falle der anzeigepflichtigen Hörfunkveranstaltungen gemäß § 6a Abs. 1 das Verfahren zur Untersagung der Hörfunkveranstaltung einzuleiten.

(2) Das Verfahren zum Entzug der Zulassung ist weiters einzuleiten, wenn ein Veranstalter von analogem terrestrischem Hörfunk den Charakter des von ihm im Antrag auf Zulassung dargestellten und in der Zulassung genehmigten Programms (§ 3 Abs. 2) wie insbesondere durch eine Änderung der Programmgestaltung oder eine wesentliche Änderung der Programmdauer grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen.

(3) Die Regulierungsbehörde hat eine öffentliche mündliche Verhandlung abzuhalten. In diesem Verfahren kommt dem Hörfunkveranstalter Parteistellung zu.

(4) Eine wiederholte Rechtsverletzung im Sinne des Abs. 1 liegt nicht vor, wenn

1. zwischen den festgestellten Verletzungen der Bestimmung ein Zeitraum von zumindest drei Jahren verstrichen ist, oder
2. der Hörfunkveranstalter nachweist, dass die Folgen der Rechtsverletzungen unbedeutend geblieben sind, er sich während der Verfahren einsichtig gezeigt hat und von sich aus geeignete Vorkehrungen getroffen hat, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden, oder
3. der Hörfunkveranstalter nachweist, dass den Verletzungen der Bestimmungen im Zeitpunkt der Begehung eine vertretbare Rechtsansicht zu Grunde gelegen ist.

(5) Liegt eine Rechtsverletzung im Sinne des Abs. 1 oder 2 vor, so hat die Regulierungsbehörde

1. außer in den Fällen der Z 2 dem Hörfunkveranstalter mit Bescheid aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand herzustellen und geeignete Vorkehrungen zu treffen, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden; der Hörfunkveranstalter hat diesem Bescheid binnen der von der Regulierungsbehörde festgesetzten, längstens achtwöchigen Frist zu entsprechen und darüber der Regulierungsbehörde zu berichten;

2. in den Fällen, in denen gegen einen Hörfunkveranstalter bereits mehr als einmal ein Bescheid gemäß Z 1 ergangen ist oder wenn der Hörfunkveranstalter einem Bescheid gemäß Z 1 nicht entspricht, die Zulassung zu entziehen oder im Falle anzeigepflichtiger Hörfunkveranstaltungen gemäß § 6a Abs. 1 mit Bescheid auszusprechen, dass dem Hörfunkveranstalter die Veranstaltung für eine Dauer von bis zu fünf Jahren untersagt ist. [...]"

Gemäß § 28 Abs. 2 PrR-G hat die KommAustria von Amts wegen ein Verfahren zum Entzug der Zulassung einzuleiten, wenn ein Veranstalter von Hörfunk den Charakter des von ihm im Antrag auf Zulassung dargestellten und in der Zulassung genehmigten Programms (§ 3 Abs. 2 PrR-G), wie insbesondere durch eine Änderung der Programmgestaltung oder eine wesentliche Änderung der Programmdauer grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen.

Der Wortlaut dieser Bestimmung legt nahe, dass die Regulierungsbehörde bei Kenntnisnahme einer grundlegenden Änderung des Programmcharakters kein Ermessen hat, von der Einleitung eines Verfahrens zum Entzug der Zulassung Abstand zu nehmen (in diesem Sinne auch: *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, S. 721). Aufgrund des mit Bescheid des BKS vom 31.05.2011, GZ 611.079/0003-BKS/2011, gemäß §§ 24, 25, 26 iVm § 28a Abs. 1 Z 2 PrR-G rechtskräftig abgeschlossenen Beschwerdeverfahrens, in welchem die Feststellung getroffen wurde, dass die Arabella Privatrado GmbH im Zeitraum vom 16.07.2010 bis 27.08.2010 im Versorgungsgebiet "Stadt Salzburg" kein zu 100% eigengestaltetes und zu 86% in Salzburg gestaltetes Programm mit hohem Lokal- und Regionalbezug gesendet hat und dadurch den Charakter des von ihr im Antrag auf Zulassung dargestellten und mit Bescheid des BKS vom 23.06.2006, GZ 611.096/0001-BKS/2006, genehmigten Programms (§ 3 Abs. 2 PrR-G) grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, war daher von der KommAustria ein Verfahren zum Entzug der Zulassung einzuleiten.

Gemäß § 28 Abs. 3 PrR-G ist diesfalls eine öffentliche mündliche Verhandlung abzuhalten; diese wurde am 03.11.2011 im Beisein der Vertreter der Arabella Privatrado GmbH durchgeführt.

Da gegen die Arabella Privatrado GmbH erstmals ein Verfahren zum Entzug der Zulassung wegen grundlegender Programmänderung eingeleitet wurde, kommt im gegenständlichen Fall § 28 Abs. 5 Z 1 PrR-G zur Anwendung. Demnach hat die Regulierungsbehörde bei Vorliegen einer Rechtsverletzung gemäß Abs. 1 und 2 leg. cit. dem Hörfunkveranstalter mit Bescheid aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand herzustellen und geeignete Vorkehrungen zu treffen, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden. Der Hörfunkveranstalter hat diesem Bescheid binnen der von der Regulierungsbehörde festgesetzten, längstens achtwöchigen Frist zu entsprechen und darüber der Regulierungsbehörde zu berichten.

Auch in diesem Punkt räumt das Privatradiogesetz der Regulierungsbehörde keinen Ermessensspielraum ein, noch sieht es Gründe vor, die dazu ermächtigen würden, von einem Sanierungsauftrag gemäß § 28 Abs. 5 Z 1 PrR-G abzusehen (vgl. hierzu etwa BKS 26.01.2011, GZ 611.119/0001-BKS/2011, unter Verweis auf VfSlg. 17.196/2004). Die Regulierungsbehörde hat auch in dem Fall, dass der rechtswidrige Zustand nicht mehr anhält bzw. beseitigt wurde und/oder seitens des Rundfunkveranstalters bereits Vorkehrungen getroffen wurden, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden, einen Auftrag gemäß § 28 Abs. 5 Z 1 PrR-G zu erteilen. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass der Auftrag nach § 28 Abs. 5 Z 1 PrR-G auch Grundlage einer Überprüfung nach § 28 Abs. 5 Z 2 PrR-G ist, wonach die Zulassung zu entziehen ist, wenn dem Auftrag nicht entsprochen wird.

Es war daher im gegenständlichen Verfahren auch nicht zu beurteilen, ob die von der Privatrado Arabella GmbH in ihrem Schreiben vom 08.09.2011 und in der mündlichen

Verhandlung 03.11.2011 dargestellten Anpassungen im Programm und die bereits getroffenen Vorkehrungen im Sinne des § 28 Abs. 5 Z 1 PrR-G ausreichend sind. Auch ist darauf zu verweisen, dass dieses Vorbringen den betroffenen Rundfunkveranstalter nicht von der in § 28 Abs. 5 Z 1 PrR-G normierten Berichtspflicht gegenüber der Regulierungsbehörde nach Herstellung des rechtmäßigen Zustandes und des Treffens von geeigneten Maßnahmen innerhalb der von der Behörde gesetzten Frist entbindet.

Hinsichtlich des Auftrags gemäß Spruchpunkt 1. b. wird darauf verwiesen, dass die KommAustria grundsätzlich davon ausgeht, dass die Implementierung eines Vier-Augen-Systems zur Vorabprüfung einer geplanten Programmänderung im Hinblick darauf, ob die konkrete Änderung eine grundlegende Änderung nach § 28a Abs. 1 PrR-G darstellt, grundsätzlich geeignet ist, künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden. Insbesondere muss auch darauf hingewiesen werden, dass die Privatradio Arabella GmbH & Co KG in der Verhandlung vom 03.11.2011 vorgebracht hat, dass die beiden Geschäftsführer eine Vereinbarung getroffen haben, der zufolge jegliche Änderung des Programms dem Vier-Augen-Prinzip unterliegt und in der Folge eine Besprechung der beiden Geschäftsführer stattfinden muss, sodass nunmehr beide Geschäftsführer einer in Aussicht genommenen Programmänderung zustimmen müssen. Somit ist wohl auch davon auszugehen, dass die Implementierung eines solchen Vier-Augen-Prinzips wohl für die Privatradio Arabella GmbH & Co KG nicht als unzumutbar und unverhältnismäßig eingestuft werden kann.

Die Frist zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes und des Treffens von geeigneten Maßnahmen (vgl. Spruchpunkt 1. a. und b.) wird im gegenständlichen Fall in dem gemäß § 28 Abs. 5 Z 1 PrR-G maximal zur Verfügung stehenden Ausmaß von acht Wochen festgesetzt, weswegen davon ausgegangen werden muss, dass es der Privatradio Arabella GmbH zumutbar ist, binnen dieser Frist den rechtmäßigen Zustand herzustellen bzw. ein zulassungskonformes Programm zu senden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der Partei dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten.

Wien, am 09. März 2012

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

Arabella Privatradio GmbH, z.Hd. Dr. Michael Krüger Rechtsanwalt GmbH, Seilergasse 4/15, A-1010 Wien,
per **RSb**