

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat I, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden und den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über Rundfunkveranstalter wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Gemäß §§ 24, 25, 26 iVm §§ 28 Abs. 2 und 28a Abs. 1 Z 1 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, wird festgestellt, dass die **Entspannungsfunk Gesellschaft mbH** (FN 300000 b beim Handelsgericht Wien) in der Zeit vom 17.06.2014 bis zum 06.11.2014 den Charakter des mit Bescheid des Bundeskommunikationssenates (BKS) vom 21.01.2008, GZ 611.080/0001-BKS/2007, zuletzt geändert mit Bescheid der KommAustria vom 05.12.2012, KOA 1.380/12-013, genehmigten Programms im Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen, indem sie entgegen ihrer Zulassung in der Zeit vom 06:00 bis 19:00 Uhr ein Musikprogramm ausgestrahlt hat, das die Anmutung eines Adult-Contemporary-Programms (AC) mit Fokus auf den Mainstream hatte.
2. Der **Entspannungsfunk Gesellschaft mbH** wird gemäß § 26 Abs. 2 PrR-G aufgetragen, den Spruchpunkt 1. binnen vier Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides im Rahmen ihres im Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ ausgestrahlten Hörfunkprogramms an drei Tagen zwischen 06:00 und 19:00 Uhr in folgender Weise durch Verlesung zu veröffentlichen:

„Die Kommunikationsbehörde Austria hat im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über Rundfunkveranstalter Folgendes festgestellt: Die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH hat in der Zeit vom 17.06.2014 bis zum 06.11.2014 im Rahmen ihres Programmes „Lounge FM (Oberösterreich)“ in der Zeit vom 06:00 bis 19:00 Uhr entgegen ihrer Zulassung ein Musikprogramm ausgestrahlt, das die Anmutung eines Adult-Contemporary-Programms (AC) mit Fokus auf den Mainstream hatte. Sie hat dadurch gegen das Privatradiogesetz verstoßen.“

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 26.06.2014 forderte die KommAustria die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH zur Vorlage von Aufzeichnungen ihres am 17., 21. und 23.06.2014 im Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ ausgestrahlten Hörfunkprogramms sowie der Playlists dieser Tage auf.

Mit Schreiben vom 04.07.2014 kam die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH dieser Aufforderung nach.

Mit Schreiben vom 06.10.2014 teilte die KommAustria der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH mit, dass sie vorläufig davon ausgehe, dass eine grundlegende Änderung des Musikprogramms vorliege. Nach Durchsicht der vorgelegten Aufzeichnungen, insbesondere vom 21. und 23.06.2014, habe die KommAustria Bedenken, dass das in der Zeit von 06:00 bis 20:00 Uhr ausgestrahlte Programm – einem besonders hörerstarker Zeitraum, in welchem auch der überwiegende Teil der Werbung ausgestrahlt worden sei – dem genehmigten Programm entspreche und damit der Charakter des Programms grundlegend verändert worden sei, ohne dass hierfür eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde vorgelegen sei. Im genannten Zeitraum seien zum überwiegenden Teil Musikstücke gespielt worden, die nach vorläufiger Ansicht der KommAustria nicht den im Zulassungsantrag beschriebenen Musikstilen zuzuordnen seien. Bei diesen Musikstücken handle es sich auch nicht im signifikante Ausmaß um solche, die den Genres „loungiger Swing“ und Standards des „All American Songbook“ zuzuordnen seien, wie diese Gegenstand des Bescheids der KommAustria vom 09.04.2014, KOA 1.380/14-004, gewesen seien. Vielmehr habe es sich überwiegend um Titel gehandelt, die insbesondere den Kategorien Rock, Pop, R&B, Dance und Disco zuzuordnen seien. Insgesamt habe das Programm im genannten Zeitraum nach vorläufiger Ansicht der KommAustria im Musikprogramm die Anmutung eines Adult-Contemporary-Programms (AC) mit Fokus auf den Mainstream. So lasse sich feststellen, dass über längere Zeiträume nur vereinzelt Titel, die dem genehmigten Programmschema entsprächen, gespielt worden seien. Angesichts des im Auswahlverfahren von der KommAustria als wesentlicher Vorteil für das Programm der Entspannungsrundfunk Gesellschaft mbH angesehenen und von dieser im Zulassungsantrag auch besonders hervorgehobenen Umstands, dass ein neues Programmformat abseits der im Versorgungsgebiet veranstalteten Mainstream-Hörfunkprogrammen (insbesondere im AC-Format) geboten werden sollte, gehe die KommAustria vorläufig davon aus, dass das nunmehr im genannten Zeitpunkt ausgestrahlte Programm einen Umschaltimpuls gerade bei den nach dem Antrag besonders angesprochenen Hörern, die eine Alternative zu Mainstreamprogrammen suchten, auslöse. Vor diesem Hintergrund gehe die KommAustria vorläufig davon aus, dass diese wesentliche Änderung des Musikprogramms im Sinne des § 28 Abs. 1 Z 1 PrR-G einen weitgehenden Wechsel der Zielgruppe erwarten lasse.

Die KommAustria übermittelte der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH eine Liste der am 21. und 23.06.2014 in der Zeit von ca. 06:00 bis 20:00 Uhr ausgestrahlten Titel, wobei diejenigen Titel markiert waren, bei denen die KommAustria Bedenken hatte, ob sie dem genehmigten Programm entsprechen, und forderte sie auf, dazu Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 04.11.2014 nahm die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH Stellung und führte im Wesentlichen aus, es werde außer Streit gestellt, dass die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH ihr Programm „LoungeFM“ im Vergleich zu dem in den vergangenen

Jahren ausgestrahlten Programm adaptiert habe. Sie habe im Frühjahr 2014 den Entschluss gefasst, ihr bisheriges, der ursprünglich „mit Bescheid der KommAustria vom 31.08.2007, KOA 1.380/07-001“, erteilten Zulassung zugrunde liegendes Programm zu adaptieren, weil sich die Musik unter dem Label „Lounge“ in der vergangenen Dekade nach den Erfahrungen der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH gewandelt habe: Lounge-Musik habe sich von experimentellen langen, loopartigen Musikteppichen hin zu einer harmonischen, kommerzielleren Ausprägung, die den Hörgewohnheiten des popkulturell geprägten Mitteleuropäers näher komme, entwickelt. Rock-Pop-Künstler wie Robbie Williams oder Rod Stewart, die ihre großen Erfolge im Rock'n'Roll gefeiert hätten, seien älter geworden und hätten als prägende Pop-Ikonen der achtziger, neunziger und zweitausender Jahre ihr Repertoire dem massiven demografischen Wandel ihrer Konsumenten angepasst. Sie seien nunmehr dem loungigen Swing und den Standards des All American Songbook verpflichtet. Beide Künstler stünden nur als Speerspitze einer ganzen Generation von neuen, jungen Künstlern, die den elegant-poppig-loungigen Appeal an die veränderte Konsumlandschaft herantrügen. Diesem Wandel wolle die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH Rechnung tragen.

Sie sei zu einer solchen Adaptierung aufgrund des (rechtskräftigen) Feststellungsbescheides der KommAustria vom 09.04.2014, KOA 1.380/14-004, in dem dort gesteckten Rahmen auch jedenfalls berechtigt. Bei einer solchen Adaptierung des Programms handle es sich um einen längerfristigen, kreativen Prozess. Das Herausgreifen der beiden - unmittelbar nach Beginn der Adaptierungen gelegenen – Tage 21.06. und 23.06.2014 und der Tageszeit von 06:00 bis 20.00 Uhr zur Beurteilung einer möglichen grundlegenden Änderung des Programmcharakters sei methodisch ungeeignet, weil nicht repräsentativ. Zu den beiden von der KommAustria herausgegriffenen Tagen 21.06. und 23.06.2014 habe sich das Programm nämlich in einem laufenden Entwicklungsprozess, aber auch am Vorabend eines infrastrukturellen Paradigmenwechsels, weil am 01.07.2014 das neu eingerichtete Studio in Linz in Betrieb genommen worden sei, befunden. Durch die damit mögliche (teilweise) Live-Moderation der Sendeinhalte sei das Programm naturgemäß nochmals in vieler Hinsicht verändert worden; in Wahrheit werde das Programm bis heute justiert und adaptiert. Eine grundlegende Änderung des Programmcharakters könne nur vorliegen, wenn diese dauerhaft und nicht bloß vorübergehend wäre.

Aber auch die von der Behörde herausgegriffene Tageszeit von 06:00 bis 20.00 Uhr sei nicht repräsentativ, weil die Mehrzahl der Hörer von „LoungeFM“ das Programm nicht in dieser Tageszeit, sondern in der Zeit von 18.00 Uhr bis 23:00 Uhr höre. Für die Zwecke der Beurteilung, ob die Anteile der einzelnen Musikkategorien am Gesamtprogramm laut Zulassung eingehalten seien, insbesondere sohin der Prozentsatz von etwa 38,5 % für die Kategorie „Chillout-Pop“, das gesamte Musikprogramm einschließlich der Nachtstunden maßgeblich, zumal die Zulassung keine spezifische Zuordnung einzelner Musikkategorien zu einzelnen Tageszeiten vorschreibe. Überdies sei im Falle der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH die Tageszeit von 06:00 bis 20.00 Uhr eine vergleichsweise hörschwache Zeit, weil die Mehrzahl der Hörer von „LoungeFM“ – konkret 53 % - das Programm nicht in dieser Tageszeit, sondern in der Zeit von 18.00 Uhr bis 23:00 Uhr höre. Da Hörer von „LoungeFM“ das Programm daher in höherem Maße als Hörer anderer Musikprogramme (dort betrage der Wert nur 42 %) in der Zeit von 18:00 Uhr bis 23:00 Uhr und sodann auch in den Nachtstunden hörten, sei auch das Herausgreifen der Tageszeit von 06:00 bis 20.00 Uhr im konkreten Fall von „LoungeFM“ nicht repräsentativ.

Klar sei, dass ein Hörfunkveranstalter durch jede Adaptierung oder Änderung des Musikformats, auch fernab einer grundlegenden Änderung des Programmcharakters, Hörer verliere und Hörer gewinne, es also bis zu einem gewissen Grad zu einer Änderung der Zielgruppe komme. Dies sei der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH auch bewusst

gewesen, als sie im Frühjahr 2014 den Entschluss gefasst habe ihr Programm zu adaptieren, was von der Behörde mit (rechtskräftigem) Bescheid vom 09.04.2014, KOA 1.380/14-004, denn auch nicht als grundlegende Änderung des Programmcharakters angesehen worden sei. Dass das solcherart adaptierte Programm daher bei manchen, vom bisherigen Programm „LoungeFM“ besonders angesprochenen Hörern einen Umschaltimpuls auslösen könnte, liege daher in der Natur der Sache. Eine „nur graduelle Veränderung der angesprochenen Zielgruppe“ werde in den Gesetzesmaterialien hingegen als unbedenklich angesehen. Die vorgenommene Adaptierung des Programms habe allenfalls zu einer solchen „graduellen Veränderung der angesprochenen Zielgruppe“ geführt, nicht aber zu einem weitgehenden Wechsel der Zielgruppe: Die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH habe unbestrittenermaßen keine Änderung des Wortprogramms vorgenommen. Das Wortprogramm spreche daher nach wie vor die Gruppe der mit überdurchschnittlicher Kaufkraft, gehobenem Bildungsniveau ausgestatteten 15- bis 55-Jährigen an, ohne dass es hier zu einer Änderung gekommen wäre. Darüber hinaus habe die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH auch keine Änderung der Marke „LoungeFM“ und keine Änderung der Programmphilosophie von „LoungeFM“ vorgenommen oder beabsichtigt. Auch dies sei für die Frage der Zielgruppe von LoungeFM von entscheidender Bedeutung. Die eingesetzte Musik sei somit heute „in einem Konzert von Maßnahmen“ nur noch ein Baustein, um ein Programm im Markt und in den Köpfen der Hörer zu positionieren. Gerade unter diesem Aspekt des Markenimages sei es aber ein ganz wesentlicher Aspekt, dass das gegenständliche Programm unverändert unter der Marke „LoungeFM“ gespielt werde und damit unverändert jene Hörer anspreche, die sich in diesem Markenimage heimisch fühlten. Im gesamten Markenkontext treffe es nicht zu, dass das Programm der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH die Anmutung eines Adult-Contemporary-Programms (AC) mit dem Fokus auf den Mainstream habe, das gerade bei den vom bisherigen Programm „LoungeFM“ besonders angesprochenen Hörern, die eine Alternative zu Mainstreamprogrammen suchten, einen Umschaltimpuls auslöse.

Um die geplante Adaptierung ihres Programms rechtlich abzusichern, habe die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH der Behörde mit Antrag vom 06.03.2014, ergänzt mit Schreiben vom 27.03.2014, ihre Absicht bekannt gegeben, die Kategorie „Chillout“ in „Chillout-Pop“ umzuwandeln. „Chillen“ als amerikanischer Slang für „Entspannen“ und der zur Verdeutlichung eingeführte und von der Behörde als unbedenklich angesehene Zusatz „Pop“ zeigten wie kaum eine andere (überkommene) Kategorisierung, welche Funktion die im Programm gespielten Musiktitel – auch und gerade unter den oben ausgeführten Aspekten der Markenführung und Imagebildung – haben sollten. Zahlreiche von der Behörde als bedenklich eingestufte Musiktitel entsprächen exakt diesem Verständnis von „Chillout-Pop“. Diese, aber auch zahlreiche andere Musiktitel seien im Kontext mit redaktionellem Wort (Moderation, Beiträgen), den anderen gespielten Musiktiteln sowie der Positionierung und dem Anspruch der Marke „LoungeFM“ keinesfalls zu beanstanden, sondern ohne weiteres der Kategorie „Chillout-Pop“ zuzuordnen. Ein und derselbe Titel könne in einem Programm wie „LoungeFM“ ohne weiteres der Kategorie „Chillout-Pop“ zugeordnet werden, in einem anderen Programm, das dem Format eines Adult-Contemporary-Programms (AC) verpflichtet sei, aber ebenfalls seinen Platz haben. Insofern sei die nun bereits seit dreißig Jahren existierende (AC-)Klassifizierung überholt, weil sie Programme wie „LoungeFM“, das sich ebenfalls als erwachsenes, zeitgenössisches Programm sieht, angesichts des rasanten Wandels der Medien nicht befriedigend erfassen könne.

Aus den dargelegten Gründen sei die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH daher der Auffassung, dass mit den von ihr vorgenommenen Adaptierungen des Musikprogramms rechtlich keine grundlegende Änderung des Programmcharakters im Sinne des § 28 Abs. 2 iVm § 28a Abs. 1 PrR-G vorgenommen worden sei, weil sich das Musikprogramm innerhalb der mit Bescheid der KommAustria vom 09.04.2014, KOA 1.380/14-004, beurteilten

Adaptierung halte, die von der KommAustria als bedenklich eingestuftem Musiktitel ohne weiteres der Kategorie „Chillout-Pop“ zugeordnet werden könnten und von dieser Änderung des Musikformats daher kein – und erst recht kein weitgehender – Wechsel der Zielgruppe zu erwarten sei. Die Tatsache, dass die Behörde aufgrund der Playlist der beiden von ihr herausgegriffenen Tage offenbar den Eindruck gewonnen habe, das adaptierte Programm habe die Anmutung eines Adult-Contemporary-Programms (AC) mit dem Fokus auf den Mainstream, habe die Entspannungsfunk Gesellschaft veranlasst, ihren Programmdirektor zu beauftragen, das Programm, insbesondere die in der Zeit von 06:00 bis 20:00 Uhr gespielten Musiktitel, auch und gerade im Hinblick auf die von der KommAustria geäußerten Bedenken nochmals zu durchforsten und falls notwendig, die Veränderungen umgehend „zurückzudrehen“, sofern dies durch die seit Juni 2014 erfolgte Weiterentwicklung des Programms nicht ohnedies bereits vorweg genommen worden sei.

Dem Schreiben beigelegt war ein Auszug von Reichweitentabellen für das Programm „Lounge FM“ der RMS Radio Marketing Service GmbH Austria.

Mit Schreiben vom 13.11.2014 forderte die KommAustria die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH zur Vorlage von Aufzeichnungen ihres am 17.09., 06.11. und 13.11.2014 im Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ ausgestrahlten Hörfunkprogramms sowie der Playlists dieser Tage auf.

Mit mehreren Schreiben legte die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH neben diesen von der KommAustria angeforderten Aufzeichnungen und Playlists auch solche für den gesamten Zeitraum vom 10. bis zum 17.11.2014 vor.

Mit Schreiben vom 02.02.2015 leitete die KommAustria gemäß §§ 24, 25, 26 iVm §§ 28 Abs. 2 und 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G wegen des Verdachts, dass jedenfalls im Zeitraum vom 17.06.2014 bis zum 06.11.2014 eine grundlegende Änderung des Musikprogramms vorlag, ein Rechtsverletzungsverfahren ein. In der Beilage übermittelte die KommAustria eine Liste der am 17.06., 21.06., 23.06. und 06.11.2014 in der Zeit von ca. 06:00 bis 20:00 Uhr ausgestrahlten Titel, wobei diejenigen Titel markiert waren, bei denen die KommAustria bedenken hatte, ob sie dem genehmigten Programm entsprachen.

Mit Schreiben vom 19.02.2015 nahm die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH zur Einleitung des Rechtsverletzungsverfahrens Stellung und führte im Wesentlichen aus, die KommAustria gehe in ihrem Schreiben vom 02.02.2015 davon aus, dass „jedenfalls im Zeitraum vom 17.06.2014 bis zum 06.11.2014“ eine grundlegende Änderung des Musikprogramms vorgelegen sei. Eine solche Umschreibung des Verfahrensgegenstandes sei unzulässig. Unstrittig sei nunmehr immerhin, dass die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH in Teilen der Abend- und Nachtstunden ein dem Zulassungsbescheid entsprechendes Programm ausstrahle. Wie bereits in ihrer Stellungnahme vom 04.11.2014 habe die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH die Auffassung vertreten, dass für die Zwecke der Beurteilung, ob die Anteile der einzelnen Musikkategorien am Gesamtprogramm laut Zulassung eingehalten seien, insbesondere sohin der Prozentsatz von etwa 38,5 % für die Kategorie „Chillout-Pop“, das gesamte Musikprogramm einschließlich der Nachtstunden maßgeblich sei. Dies gelte insbesondere im Fall der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH, weil die Tageszeit von 06:00 bis 18:00 Uhr für diese eine vergleichsweise hörschwache (und damit nicht repräsentative) Zeit sei und die Mehrzahl der Hörer von „LoungeFM“ das Programm nicht in dieser Tageszeit, sondern in der Zeit von 18:00 Uhr bis 23:00 Uhr hörten. Unklar sei, ob nach Meinung der KommAustria maßgeblich sei, ob es sich bei dem betrachteten Zeitraum um einen hörerstarken handelt. Die Zeit von 06:00 Uhr bis 19:00 Uhr sei nach Meinung der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH jedenfalls nicht repräsentativ für das Programm „Lounge FM“, vielmehr sei das gesamte Musikprogramm einschließlich der Abend- und

Nachtstunden maßgeblich. Erachte man jedoch primär die hörerstarken Zeiten für maßgeblich, dann sei dies bei der der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH die Zeit von 18:00 bis 23:00 Uhr.

Wesentlich sei, dass eine grundlegende Änderung des Programmcharakters überhaupt nur dann vorliegen könne, wenn diese dauerhaft und nicht bloß vorübergehend sei. Die KommAustria gehe auf dieses Argument überhaupt nicht ein, sondern sei offenbar – ohne dies näher zu begründen – der gegenteiligen Auffassung, dass auch eine bloß vorübergehende Änderung des Programmcharakters eine grundlegende Änderung des Programmcharakters darstellen könne.

Es habe keine Änderung des Wortprogramms gegeben. Das Wortprogramm spreche daher nach wie vor die Gruppe der mit überdurchschnittlicher Kaufkraft, gehobenem Bildungsniveau ausgestatteten 15- bis 55-Jährigen an, ohne dass es hier zu einer Änderung gekommen sei. Weiters sei am 01.07.2014 das neu eingerichtete Studio in Linz in Betrieb genommen worden. Durch diese (teilweise) Live-Moderation werde die Bedeutung des gesprochenen Worts im Programm von „LoungeFM“ naturgemäß ganz erheblich gestärkt, was wiederum für das Ansprechen und die Bindung der vom Wortprogramm von „LoungeFM“ wie bisher unverändert angesprochenen Zielgruppe von maßgeblicher Bedeutung sei. Festzuhalten sei daher, dass die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH niemals eine grundlegende Neuausrichtung ihres Hörfunkprogramms oder eine Neuausrichtung auf eine neue Zielgruppe geplant habe, hätte sie doch sonst auch das Wortprogramm entsprechend ändern und auf diese neue Zielgruppe ausrichten müssen. Dass das Wortprogramm unverändert geblieben bzw. durch die (teilweise) Live-Moderation in seiner Bedeutung gestärkt worden sei, spreche daher für sich schon gegen eine grundlegende Änderung des Programmcharakters, weil diese gemäß § 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G nur dann vorliege, wenn – durch eine Änderung des Musikprogramms – ein weitgehender Wechsel der Zielgruppe zu erwarten sei.

Die Vorgangsweise der KommAustria, eine grundlegende Änderung des Musikformats anhand ihrer eigenen, nicht sachverständigen Beurteilung einzelner Musiktitel vorzunehmen, entspreche nicht den Vorgaben des § 28 Abs. 2 iVm § 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G. Der Gesetzgeber habe bei diesen Bestimmungen nämlich lediglich eine Grobprüfung durch die Behörde vor Augen, etwa „bei einem Umstieg von einem Alternative- oder CHR-Programm auf ein Oldie- und Schlagerradio oder umgekehrt“. Auch die Rechtsprechung habe bislang lediglich eine Grobprüfung vorgenommen. Es gehe im Lichte des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf freie Meinungsäußerung gemäß Art. 10 EMRK aber nicht an, die Bestimmungen des § 28 Abs. 2 iVm § 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G so eng zu interpretieren, dass sie der Behörde ermöglichen würden, im Rahmen einer Feinprüfung auf Einzeltitelbasis aus eigenem zu beurteilen, gegen welche gespielten Musiktitel „Bedenken“ bestünden und gegen welche nicht. Damit maße sich die Behörde eine Kognitionsbefugnis an, die ihr nach den Bestimmungen des § 28 Abs. 2 iVm § 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G und vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund des Art. 10 EMRK nicht zukomme. Darüber hinaus habe die Behörde ihre Analyse nach sachlich nicht nachvollziehbare Kriterien vorgenommen, die eine Überprüfung der ihrem Vorgehen zugrunde liegenden Wertungen, welche Titel nun „bedenklich seien und welche nicht“, verunmöglichten. So habe die Behörde Titel beanstandet, die eindeutig dem Jazz-Genre zuzuordnen seien, die zwar in der Mainstreamversion auch in einem AC-Format liefen, bei „LoungeFM“ aber in einer speziellen Jazzversion zum Einsatz kämen, die weltweit prototypisch für Smooth Jazz- und Chillout-Formate seien und umgekehrt Titel nicht beanstandet, die nach sachlichen Kriterien von anderen beanstandeten Titeln nicht zu unterscheiden seien. Schließlich habe die Behörde überhaupt ein und denselben Titel (Marlon Roudette – New Age) am 17.06.2014 noch als unproblematisch, am 21.06.2014 und 23.06.2014 hingegen auf einmal als problematisch

angesehen. All dies belege, dass die Behörde bei der Auswahl der als bedenklich eingestuften Titel nach einer eigenen, nicht sachverständigen Beurteilung und nach sachlich nicht nachvollziehbare Kriterien und somit letztlich willkürlich vorgegangen sei. Weiters wiederholte die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH ihr Vorbringen hinsichtlich der Bedeutung der Kategorie „Chillout-Pop“ und zur unveränderten Zielgruppe und sowie zur Markenpräsentation.

Dem Schreiben beigelegt waren Auszüge aus dem Radiotest 2013 sowie einen Darstellung des weitesten Hörerkreises (2. Halbjahr 2013 und 1. und 2. Halbjahr 2014) des Programms „Lounge FM“ der RMS Radio Marketing Service GmbH Austria.

2. Sachverhalt

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Zulassung der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH im Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“

Die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH ist auf Grund des Bescheides des BKS vom 21.01.2008, GZ 611.080/0001 BKS/2007, zuletzt geändert mit Bescheid der KommAustria vom 05.12.2012, KOA 1.380/12-013, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“.

Gemäß der Programmbeschreibung im erstinstanzlichen Zulassungsbescheid der KommAustria vom 31.08.2007, KOA 1.380/07-010, bestätigt mit dem genannten Bescheid des BKS, umfasst das Programm ein gänzlich eigengestaltetes 24-Stunden-Vollprogramm mit dem Namen „LoungeFM“ in einem Format, das auf entspannende, sanfte Musiktitel mit niedriger „Beats per Minute“-Rate setzt und eine Mischung aus Downtempo-Beats, Ambient und Trance darstellen soll, für die Zielgruppe der urbanen 15- bis 55-Jährigen. Das Musikprogramm inkludiert einen hohen Anteil an heimischer Musik, und lokale Acts sowie aktuelle Produktionen sollen eingebunden werden; die Verankerung des Senders in der lokalen Musik-, Club-, Veranstaltungs- und Kulturszene ist ein wesentlicher Bestandteil des Konzepts. Das Wortprogramm umfasst Nachrichten zur vollen Stunde mit einem Schwerpunkt auf lokalen „news-to-use“ aus den Bereichen Fashion, Design, Wellness und Society und in der Zeit von 06:00 bis 18:00 Uhr bis zu zwei aktuelle Beiträge je Stunde, wobei die Themenschwerpunkte im Bereich des kulturellen Lebens der Region und der Lebensart der Zielgruppe liegen sollen. Auch Hörer-generierte Inhalte sollen (nach sorgfältiger Auswahl) auf Sendung gehen.

Gemäß dem Zulassungsantrag war geplant, unter dem Namen „LoungeFM“ ein zur Gänze eigengestaltetes 24-Stunden-Vollprogramm mit ruhigem Musikfluss generationenübergreifend für die Kernzielgruppe der mit überdurchschnittlicher Kaufkraft, gehobenem Bildungsniveau und einer Abneigung gegen herkömmliche Musikformate ausgestatteten 15- bis 55-Jährigen zu verbreiten („Listen und relax“). Das Programm sollte als Begleitmedium im Hintergrund den Alltag bereichern und eine klare Abgrenzung zu sämtlichen Mainstream-Sendern bieten, deren Musikrepertoire als überwiegend identisch empfunden werde.

Der Musikanteil sollte rund 80 bis 85 % betragen. Dabei sollte im Musikprogramm auf entspannende, sanfte Musiktitel mit niedriger „Beats per Minute“-Rate gesetzt und durch eine wohltemperierte Mischung aus Downtempo-Beats, Ambient und Trance, welche die Grenzen

zwischen U und E sowie zwischen Avantgarde und Funktionsmusik bewusst überschreiten sollte, das richtige Ambiente zum entspannten urbanen Lebensgefühl zu liefern. Unterteilt wurde das Musikprogramm in folgende drei Kategorien: Chillout und Downbeat (Kategorie 1), Ambient und NewAge (Kategorie 2) sowie NuJazz und Crossover (Kategorie 3). Die erste dieser Kategorien sollte dabei – je nach Tageszeit – einen Anteil von 50 bis 70 % des Musikprogramms ausmachen, während sich die Anteile der beiden anderen Kategorien jeweils zwischen 15 und 25 % bewegen sollten. Als Vertreter dieser Musikrichtungen wurden auszugsweise Kruder und Dorfmeister, Air, Gotan Project, Tosca, De Phazz, Dzihan & Kamien, Zero 7, Shantel, Nicola Conte und Waldeck angeführt.

Ein wesentlicher Bestandteil des Konzepts von LoungeFM war die Verankerung des Senders in der lokalen Musik-, Club-, Veranstaltungs- und Kulturszene. Die Musik der heimischen Acts sollte auf LoungeFM verstärkt zum Einsatz kommen und auf diese Weise gefördert werden. Der Anteil an heimischer Musik im Programm sollte zumindest 25 % betragen, jedoch wurde ein höherer Prozentsatz angestrebt. Die Einbindung aktueller Produktionen und die Vernetzung mit der Veranstaltungsszene sollte über den auch im Programmbeirat der Antragstellerin sitzenden Uwe Walkner – DJ, Producer und Protagonist des gerade betreffend diese Musikszene international erfolgreichen Linzer Labels Etage Noir, – herbeigeführt werden.

In der Begründung der Auswahlentscheidung im erstinstanzlichen Bescheid wurde auf das Musikprogramm auszugsweise wie folgt Bezug genommen:

„Ein derartiges privates Hörfunkprogramm ist im gegenständlichen Versorgungsgebiet nicht vertreten. Insbesondere unterscheidet sich das von der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH i.G. geplante Programm sowohl in seinem Musikformat, als auch im geplanten Nachrichtenteil wesentlich vom derzeitigen Angebot der vorhandenen Privatradioveranstalter. So werden im gegenständlichen Versorgungsgebiet derzeit im Wesentlichen – neben dem nicht speziell formatierten und breit gefächerten Musikprogramm von Radio FRO - ausschließlich Privatradioprogramme im AC- sowie Schlager- und Oldies-Format ausgestrahlt. Die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH i.G. deckt demgegenüber mit dem geplanten Fokus auf entspannende, sanfte Musiktitel mit niedriger „Beats per Minute“-Rate aus den Kategorien Chillout und Downbeat, Ambient und NewAge sowie NuJazz und Crossover einen gänzlich anderen Teil des Musikspektrums ab. [...]

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH i.G. ein zur Gänze eigengestaltetes, auf die Interessen im Versorgungsgebiet Bedacht nehmendes Vollprogramm beantragt hat, das sich im Musikformat wesentlich von im Versorgungsgebiet bestehenden Programmen unterscheidet. Insbesondere erscheint der Lokalbezug im Programm aufgrund der konkret dargelegten Inhalte, aber auch aufgrund der beteiligten Personen und der geplanten schwerpunktmäßigen Besetzung mit aus dem Versorgungsgebiet stammendem Personal in hohem Maße gewährleistet; die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH i.G. berücksichtigt lokale Interessen nicht nur im Wortprogramm, sondern - insbesondere durch einen relativ hohen Anteil an heimischer Musik - auch im Musikprogramm.

[...]„

2.2. Feststellungsverfahren gemäß § 28a Abs. 2 PrR-G

Mit Bescheid vom 09.04.2014, KOA 1.380/14-004, stellte die KommAustria gemäß § 28a Abs. 2 PrR-G fest, dass die beabsichtigte Programmänderung, wie sie im Antrag vom 06.03.2014, ergänzt mit Schreiben vom 27.03.2014, dargestellt wurde, unter Berücksichtigung des Bescheides des BKS vom 21.01.2008, GZ 611.080/0001-BKS/2007,

zuletzt geändert mit Bescheid der KommAustria vom 05.12.2012, KOA 1.380/12-012, mit welchem der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH eine Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms im Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“ erteilt wurde, keine grundlegende Änderung des Programmcharakters im Sinne des § 28 Abs. 2 in Verbindung mit § 28a Abs. 1 PrR-G darstellt.

In diesem Bescheid wurden zum Feststellungsantrag der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH und seiner Ergänzung folgende Feststellungen getroffen:

„Die Antragstellerin plant, in ihrem Musikprogramm die bisherige Kategorie „Chillout“ in „Chillout-Pop“ umzuwandeln. Neu hinzutreten sollen „loungiger Swing“ und Standards des „All American Songbook“ von Künstlern wie Sade, Michael Buble, Rod Stewart, Robbie Williams, Bruno Mars oder Michael Jackson sowie anderen, weniger bekannten Künstlern. Von den beispielhaft genannten Künstlern sollen ausschließlich solche Songs gespielt werden, die den genannten Genres entsprechen. Diese neu hinzutretenden Stile sollen künftig 65 % der Kategorie „Chillout-Pop“ ausmachen, während 35 % der Musikstücke dieser neuen Kategorie solche sein sollen, die schon bisher in der Kategorie „Chillout“ ausgestrahlt wurden. Die Kategorie „Chillout-Pop“ zählt – gemeinsam mit der unveränderten Kategorie „Downbeat“ – laut Zulassungsbescheid zur Kategorie 1, welche je nach Tageszeit 50 bis 70 % des Musikprogramms ausmacht. Innerhalb der Kategorie 1 soll der prozentuelle Anteil von „Chillout-Pop“ rund 85% betragen; das bedeutet, dass die neu hinzukommenden Stile bis zu etwa 38,5 % des gesamten Musikprogramms ausmachen sollen. Die anderen Kategorien „Ambient“ und „New Age“ (Kategorie 2) sowie „NuJazz“ und „Crossover“ (Kategorie 3) sollen unverändert bleiben.“

In der rechtlichen Beurteilung hielt die KommAustria auszugsweise Folgendes fest:

„Nach dem Antrag sollen die Kategorien 2 und 3 von Inhalt und Umfang im Wesentlichen unverändert bleiben. Auch die Kategorie „Downbeat“ bleibt inhaltlich unverändert. Sie soll innerhalb der Kategorie 1 nunmehr 15 % ausmachen. Durch die Umwandlung der Kategorie „Chillout“ in „Chillout-Pop“ sollen nunmehr „loungiger Swing“ und Standards des „All American Song Book“ ins Programm einfließen; von den im gegenständlichen Antrag beispielhaft genannten Künstlern sollen ausschließlich solche Songs gespielt werden, die diesen Genres entsprechen. Der Anteil dieser Songs an der Kategorie „Chillout-Pop“ soll 65 % ausmachen, während der Anteil der Songs der bisherigen Kategorie „Chillout“ 35% betragen soll. Durchgerechnet bedeutet dies, dass bis zu etwa 38,5 % des Musikprogramms Songs der neu hinzukommenden Stile ausmachen sollen. Auch bei diesen handelt es sich um tendenziell eher sanfte Musiktitel mit niedriger „Beats per Minute“-Rate. Wie die Antragstellerin ausführt, soll es sich um eine graduelle Anpassung des Programms an die Hörgewohnheiten der Zielgruppe handeln. Mehr als 60 % des Musikprogramms sind von der Anpassung nicht betroffen; auch die neuen Programmteile verändern das Gesamtkonzept der Fokussierung auf langsame, sanfte Titel nicht wesentlich. Es liegt insgesamt eine dem in den Materialien genannten Beispielfall für eine nicht grundlegende Änderung des Musikprogramms (Wechsel von AC auf Hot AC) vergleichbare Situation vor. Die KommAustria kann nicht erkennen, dass es sich bei der geplanten Programmänderung um eine wesentliche Änderung des Musikformats handelt, bei der ein weitgehender Wechsel der Zielgruppe zu erwarten ist.

Es sind der KommAustria auf Grund des vorliegenden Antrags hinsichtlich des Musikprogramms darüber hinaus keine Umstände erkennbar, die im Sinne des genannten Erkenntnisses des VwGH von deren Gewichtung her dem in § 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G beispielhaft genannten Fall einer Änderung gleichzusetzen sind. Es ist daher davon auszugehen, dass es durch die im Antrag dargestellte Änderung im Musikprogramm zu

keiner grundlegenden Änderung des genehmigten Programms der Antragstellerin im Sinne des § 28 Abs. 2 iVm § 28a Abs. 1 PrR-G kommt.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Antragstellerin auch nach der geplanten Änderung weiterhin ein Programm ausstrahlen würde, dessen Programmcharakter gegenüber dem Zulassungsbescheid nicht grundlegend verändert wurde. Es war daher spruchgemäß festzustellen, dass die geplante Programmänderung keine grundlegende Änderung des Programmcharakters im Sinne des § 28 Abs. 2 in Verbindung mit § 28a Abs. 1 PrR-G darstellt.“

2.3. Tatsächlich gesendetes Programm

Im Zeitraum jedenfalls vom 17.06.2014 bis zum 06.11.2014 wurden in der Zeit von 06:00 bis 19:00 Uhr zum überwiegenden Teil Musikstücke gespielt, die nicht den im Zulassungsantrag beschriebenen Musikstilen zuzuordnen sind. Bei diesen Musikstücken handelte es sich auch nicht im signifikante Ausmaß um solche, die den Genres „loungiger Swing“ und Standards des „All American Songbook“ zuzuordnen sind, wie diese Gegenstand des genannten Bescheids der KommAustria vom 09.04.2014, KOA 1.380/14-004, waren. Vielmehr handelt es sich überwiegend um Titel, die insbesondere den Stilen Rock, Pop, R&B, Dance und Disco zuzuordnen sind.

Beispielhaft zeigt sich dies in folgenden Sendestunden, wobei jene Stücke, die nicht den im Zulassungs- bzw. im Feststellungsantrag genannten Musikstilen zuzuordnen sind, markiert sind:

17.06.2014, ca. 08:00 bis 09:00 Uhr:

Interpret	Titel	
Everything But The Girl	Missing (Radio Mix)	X
Jess Glynne	Rather Be	X
The Commodores	Easy	X
Lee Hazlewood	Summerwine	X
The Spinners	Working My Way Back to You/Forgive Me, Girl	X
Phil Collins	Two Hearts	X
The Brothers Johnson	Stomp!	X
Robin Thicke	Blurred Lines	X
Vanessa Williams	Save the Best for Last	X
Chaka Khan	I'm Every Woman	X
Barry White	Never, Never Gonna Give You Up	X
P.M. Dawn	Set Adrift On Memory Bliss	X
Cris Delanno	Crazy Little Thing Called Love	

17.06.2014, ca. 11:00 bis 12:00 Uhr:

Interpret	Titel	
Michael McDonald	Sweet Freedom	X
Michael Jackson & J. Timberlake	Love Never Felt So Good	X
Sting	Fields of Gold	X
The Four Tops	Reach Out (I'll Be There)	X
Billy Ocean	Carribbean Queen	X

Hanson	MMMBop	X
Eric Clapton	Change the World	X
Birdy	People Help the People	X
Anita Baker	You Belong to Me	
Shocking Blue	Venus	X
OMC	How Bizarre	X
Matt Bianco	Half a Minute	
Jack Johnson	Good People	X

17.06.2014, ca. 17:00 bis 18:00 Uhr:

Interpret	Titel	
Lisa Stansfield	People Hold On	X
Gotye	Somebody That I Used to Know	X
Trio Rio	New York-Rio-Tokyo	X
Paolo Conte	Via con Me	
Dennis Taylor	Enough Is Enough	X
Sophie Ellis Bextor	Murder On the Dancefloor	X
Luther Vandross	Never Too Much	X
Faul	Changes	X
Lionel Richie	Say You, Say Me	X
Gnarls Barkley	Crazy	X
Rod Stewart	The Motown Song	X
Stevie Wonder	Master Blaster	X
Jason Mraz	I'm Yours	X

21.06.2014, ca. 08:00 bis 09:00 Uhr:

Interpret	Titel	
Oliver Cheatham	Get Down Saturday Night	X
Justin Timberlake	Suit & Tie	X
Janet Jackson	That's The Way Love Goes	X
The Four Tops	Reach Out (I'll Be There)	X
Lisa Stansfield	Someday (I'm Coming Back)	X
James Blunt	Bonfire Heart	X
Gladys Knight	License To Kill	X
Vaya Con Dios	What's A Woman	X
Morcheeba	Rome Wasn't Built In A Day	X
The Love Unlimited Orchestra	Love's Theme	X
Lighthouse Family	Lifted	X
Eric Clapton	I Shot The Sheriff	X

21.06.2014, ca. 10:00 bis 11:00 Uhr:

Interpret	Titel	
Fine Young Cannibals	Good Thing	X
Amy Mcdonald	This Is The Life	X
Cheryl Lynn	Got To Be Real	X
The Righteous Brothers	You've Lost That Lovin' Feelin'	X

George Benson	Give Me The Night	
Lisa Stansfield	All Around The World	X
Imagine Dragons	On Top Of The World	X
Barry White	Just The Way You Are	X
Roxy Music	Avalon	X
America	A Horse With No Name	X
Rick Astley	Never Gonna Give You Up	X
Peter Cetera	Even A Fool Can See	X
Joe Cocker	N'Oubliez Jamais	X

21.06.2014, ca. 17:00 bis 18:00 Uhr:

Interpret	Titel	
Gibson Brothers	Cuba	X
Capital Cities	Safe And Sound (Acoustic)	X
No Angels	Still In Love With You	X
Lou Rawls	Lady Love	X
Sheila	Spacer	X
Michael Jackson	P.Y.T. (Pretty Young Thing)	X
John Parr	St. Elmo's Fire	X
Zedd Hayley William	Stay The Night (Acoustic)	X
Dennis Edward Feat. Siedah G.	Don't Look Any Further	X
K-Ci & Jo-Jo	All My Life	X
Sergio Mendes/Black Eyed Peas	Mas Que Nada	
Rod Stewart	Young Turks	X
Die Fantastischen Vier	Tag Am Meer	
Stevie Wonder	Don't You Worry 'bout A Thing	X

23.06.2014, ca. 08:00 bis 09:00 Uhr:

Interpret	Titel	
The Temptations	Treat Her Like A Lady	X
Triggerfinger	I Follow Rivers	X
Trio Rio	New York - Rio - Tokyo	X
Elvis Presley	(You're The) Devil In Disguise	X
Genesis	Follow You, Follow Me	X
Lionel Richie	Don't Stop The Music	X
Earth, Wind & Fire	Let's Groove	X
Michael Jackson	Billie Jean	X
Roger Cicero	Wenn Es Morgen Zu Ende Wär	X
Mary Wells	My Guy	X
Mike + The Mechanics	Over My Shoulder	X
Kool & The Gang	Hi De Hi, Hi De Ho	X
Billy Joel	Just The Way You Are	X

23.06.2014, ca. 11:00 bis 12:00 Uhr:

Interpret	Titel	
Sister Sledge	He's The Greatest Dancer	X

Adele	Rolling In The Deep	X
Wham/George Michael	Everything She Wants	X
Beatles	Girl	X
Oran „Juice“ Jones	The Rain	X
Billy Joel	The River Of Dreams	X
Daft Punk	Fragments Of Time (Feat. Todd Edwards)	X
Christopher Cross	Ride Like The Wind	X
Commodores	Three Times A Lady	X
Hello	New York Groove	X
Sophie Ellis-Bextor	Murder On The Dancefloor	X
Morcheeba	Rome Wasn't Built In A Day	X
Cris Delanno	Beat It	

23.06.2014, ca. 18:00 bis 19:00 Uhr:

Interpret	Titel	
Fine Young Cannibals	Good Thing	X
Bruno Mars	Treasure	X
Janet Jackson	That's The Way Love Goes	X
Percy Sledge	Sitting On The Dock Of The Bay	X
Lisa Stansfield	Someday (I'm Coming Back)	X
Bruce Springsteen	Hungry Heart	X
Arthur Baker	The Message Is Love	X
Pharrell Williams	Happy	X
Peter Cetera	Even a Fool Can See	X
Maria McKee	Show Me Heaven	X
Sam Cooke	Wonderful World	X
Dr. Hook	Sexy Eyes	X
10cc	Dreadlock Holiday	X
Extreme	More Than Words	X

06.11.2014, ca. 07:00 bis 08:00 Uhr:

Interpret	Titel	
KC & The Sunshine Band	Give It Up	X
Imagine Dragons	On Top Of The World	X
Wet Wet Wet	Love Is All Around	X
Prince	Purple Rain (Radio Edit)	X
Eurythmics	Sweet Dreams (Are Made Of This)	X
Take That	Everything Changes	X
Emili Sandé	Beneath Your Beautiful	X
The Common Linnets	Calm After The Storm (Eurovision 2014 - The Netherlands)	X
10cc	Dreadlock Holiday	X
Robin Thicke	Lost Without You	X
Robert Palmer	I Didn't Mean To Turn You On	X

Frank Sinatra	The Lady Is A Tramp	
---------------	---------------------	--

06.11.2014, ca. 11:00 bis 12:00 Uhr:

Interpret	Titel	
Londonbeat	I've Been Thinking About You	X
The Overtones	Gamblin Man	X
Vanessa Paradis	Joe Le Taxi	X
Resaid	What Is Love	
Michael Jackson	Liberian Girl	X
Eternal	I Wanna Be The Only One	X
Tina Charles	I Love To Love	X
Mia	Tanz Der Moleküle (Single Version)	X
Klingande	Jubel radio Edit	X
Charles & Eddie	Would I Lie	X
Otis Redding	(Sittin' On) The Dock Of The Bay	X
Earth, Wind & Fire	Got To Get You Into My Life	X
Cliff Richard & The Shadows	Summer Holiday	X
Don Johnson	Tell It Like It Is	X

06.11.2014, ca. 18:00 bis 19:00 Uhr:

Interpret	Titel	
The Temptations	Treat Her Like A Lady	X
Eliza Doolittle	Skinny Genes	X
Gerry Rafferty	Baker Street	X
Gloria Gaynor	I Will Survive	X
George Benson	Love Ballad	
Kool & The Gang	Fresh	X
Foster The People	Pumped Up Kicks	X
Boys Town Gang	Can't Take My Eyes Off You	X
Rod Stewart	Tonight's The Night (Gonna Be Alright)	X
George Michael	Fastlove	X
Eric Clapton	I Shot The Sheriff	X

Insgesamt hat das Programm im genannten Zeitraum in der Zeit von 06:00 bis 19:00 Uhr im Musikprogramm die Anmutung eines Adult-Contemporary-Programms (AC) mit Fokus auf den Mainstream. So lässt sich feststellen, dass über längere Zeiträume nur vereinzelt Titel, die dem genehmigten Programmschema entsprechen, gespielt wurden. Beispielhaft etwa entsprachen am 21.06.2014 im Zeitraum von drei aufeinander folgenden Stunden von ca. 06:00 und 09:00 Uhr nur vier (Sade – The Sweetest Taboo, Maria Biondi – Light To The World, The Brand New Heavies – You Are The Universe und Daryll Hall & John Oates – I Can't Go For That [Special Lounge Fm Edit]) der insgesamt 39 gespielten Titel dem genehmigten Musikformat. Ebenso verhielt es sich etwa am 06.11.2014 von ca. 06:00 bis 09:00 Uhr, wo nur vier (Incognito – Where Do We Go From Here, Resaid – Rhythm Is A Dancer, Frank Sinatra – The Lady Is A Tramp, Jovanotti – Serenata Rap) der insgesamt 37 gespielten Titel dem genehmigten Programmformat zuordenbar waren. Bei diesen Stücken handelte es sich überwiegend um solche der Genres (Smooth) Jazz (vielfach jazzige

Coverversionen von Pop- und Dancestücken, vgl. Cris Delanno - Beat It, Resaid – Rhythm Is A Dancer) sowie Crossover (v.a. aus Jazz, Latin und HipHop, vgl. Jovanotti – Serenata Rap, Fantastische Vier – Tag am Meer, Sergio Mendes/Black Eyed Peas – Mas Que Nada). Über weite Strecken wurden ausschließlich Musiktitel gespielt, die somit im Hinblick auf die Musikstile, aber vielfach auch im Hinblick auf Stimmung und Tempo überhaupt nicht mit dem beantragten Musikprogramm übereinstimmen (vgl. *„entspannende, sanfte Musiktitel mit niedriger ‚Beats per Minute‘-Rate“* in Zulassungsantrag und Zulassungsbescheid; zum Beispiel schnellere aktuelle Dancenummern, etwa Klingande – Jubel, sowie solche der 70er und 80er Jahre, etwa KC & The Sunshine Band – Give It Up, genannt).

Songs des All American Songbook (auch Great American Songbook, ein Kanon der wichtigsten Songs der amerikanischen Populärmusik des 20. Jahrhunderts, im Kern bestehend aus Kompositionen der 1920er bis 1960er, die am Broadway und in Hollywood-Musicals bekannt und wesentlich vom Jazz beeinflusst wurden, siehe dazu etwa die Definition der American Songbook Preservation Society, <http://goo.gl/HgzchL>; vgl. etwa den von Richard Rodgers und Lorenz Hart geschriebenen und von Frank Sinatra interpretierten Song „The Lady Is A Tramp“) und loungiger Swing waren nur im untergeordneten Ausmaß Teil des Musikprogramms. Soweit überhaupt Songs von den im Feststellungsantrag vom 06.03.2014 genannten Interpreten, die nunmehr den „Standards des All American Songbook verpflichtet“ seien, wie etwa Michael Jackson, Rod Stewart und Robbie Williams, gespielt wurden, handelte es sich überwiegend um solche Titel, die nicht dem Great American Songbook zuzuordnen sind, sondern um Pop- und Rocktitel, mit welchen (oder im Stil jener, mit welchen) die genannten Künstler ursprünglich bekannt geworden waren (vgl. etwa Michael Jackson – Billie Jean, Rod Stewart – The Motown Song, oder Robbie Williams – Candy).

Im Zeitraum von 19:00 bis 06:00 Uhr entspricht das ausgestrahlte hinsichtlich des Musikprogramms im Wesentlichen dem genehmigten Programm.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Zulassung der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH im Versorgungsgebiet Oberösterreich Mitte ergeben sich aus dem Zulassungsbescheid des BKS vom 21.01.2008, GZ 611.080/0001 BKS/2007, aus dem erstinstanzlichen Bescheid der KommAustria vom 31.08.2007, KOA 1.380/07-010, sowie aus den Verfahrensakten zu diesen Bescheiden.

Die Feststellungen zum Verfahren über den Antrag der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH gemäß § 28a Abs. 2 PrR-G vom 06.03.2014, ergänzt mit Schreiben vom 27.03.2014, ergeben sich aus dem rechtskräftigen Bescheid der KommAustria vom 09.04.2014, KOA 1.380/14-004, sowie aus den zugehörigen Verfahrensakten.

Zur grundsätzlichen Frage, inwieweit die KommAustria ohne Beziehung eines Sachverständigen die notwendigen Feststellungen hinsichtlich des Programms treffen kann, ist zunächst auf die rechtlichen Ausführungen unter 4.2 zu verweisen, wonach unter Berücksichtigung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung im vorliegenden Fall keine Beziehung eines Sachverständigen notwendig ist.

Die Feststellungen zum tatsächlich im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ausgestrahlten Programm ergeben sich insgesamt aus der Auswertung der von der Entspannungsfunk

Gesellschaft mbH vorgelegten Aufzeichnungen, insbesondere jener vom 17., 21. und 23.06. sowie 06.11.2014.

Hinsichtlich des festgestellten Zeitraums ist Folgendes auszuführen: Auf Grund der der KommAustria vorliegenden Aufzeichnungen ergibt sich, dass das Programm der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH jedenfalls ab 17.06.2014 in der festgestellten Form ausgestrahlt wurde. Wie sich aus dem Vergleich der Aufzeichnungen vom 06.11.2014 und 11.11.2014, die ebenfalls im Verfahren vorgelegt wurden, ergibt, wurde das Programm zwischen diesen Zeitpunkten erneut umgestellt. Auch wenn der genaue Zeitpunkt auch dieser Änderung auf Grund der vorhandenen Aufzeichnungen nicht eruierbar ist, steht aber fest, dass jedenfalls bis 06.11.2014 das Programm in der festgestellten Form ausgestrahlt wurde.

Die KommAustria geht auf Grund der genannten Aufzeichnungen dieser Tage davon aus, dass während des gesamten verfahrensgegenständlichen Zeitraums (17.06.2014 bis 06.11.2014) ein hinsichtlich der Zusammenstellung und des Höreindrucks des Musikprogramms im Wesentlichen gleichartiges Programm ausgestrahlt wurde. Dies deshalb, weil sowohl an den ausgewerteten Tagen im Juni 2014 als auch annähernd fünf Monate später, am 06.11.2014, keine wesentlichen Unterschiede im ausgestrahlten Programm bezüglich des Höreindrucks und Zusammenstellung des Musikprogramms erkennbar sind; auch die vorgelegten Aufzeichnungen des am 17.09.2014 ausgestrahlten Programms lassen keinen Zweifel an diesem Bild aufkommen. Der KommAustria erscheint es vor diesem Hintergrund entgegen dem Vorbringen der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH nicht plausibel, dass ausschließlich am 21.06.2014 und 23.06.2014 auf Grund der behaupteten laufenden Anpassungen „vorübergehend“ ein nicht der Zulassung entsprechendes Programm ausgestrahlt wurde, sondern vielmehr das Programm im gesamten genannten Zeitraum im Wesentlichen gleichartig gestaltet war (vgl. zu dieser Frage auch die rechtlichen Ausführungen unter 4.3).

Die Feststellungen zu den ausgestrahlten Musiktiteln ergeben sich aus den vorgelegten Aufzeichnungen. Die Feststellungen dazu, dass das im verfahrensgegenständlichen Zeitraum in der Zeit vom 06:00 bis 19:00 Uhr ausgestrahlte Programm im Musikprogramm die Anmutung eines Adult-Contemporary-Programms (AC) mit Fokus auf den Mainstream hat, ergeben sich aus der Zusammenstellung und Gewichtung der ausgestrahlten Titel, die insbesondere ein starkes Überwiegen der Stile Rock, Pop, R&B, Dance und Disco im Programm erkennen lässt.

Der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH wurde mit dem Einleitungsschreiben vom 02.02.2015 die – mit Beispielen aus dem Programm belegte – Ansicht der KommAustria, vorgehalten, sowie Listen mit den an den aufzeichneten Tagen in der Zeit von 06:00 bis 20:00 Uhr ausgestrahlten Musiktiteln übermittelt, wobei diejenigen Titel markiert waren, bei denen die KommAustria Bedenken hatte, ob sie dem genehmigten Programm entsprachen, und wurde die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH zur Stellungnahme dazu aufgefordert. Die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH brachte in ihrem Schreiben vom 19.02.2015 in diesem Zusammenhang vor, die Behörde ihre Analyse nach sachlich nicht nachvollziehbare Kriterien vorgenommen, die eine Überprüfung der ihrem Vorgehen zugrunde liegenden Wertungen, welche Titel nun „bedenklich“ seien und welche nicht, verunmöglichen würde. So habe die Behörde Titel beanstandet, die

(i) eindeutig dem Jazz-Genre zuzuordnen seien:

- Roger Cicero – Wenn es morgen zu Ende war

(ii) zwar in der Mainstreamversion auch in einem AC-Format liefen, bei „LoungeFM“

aber in einer speziellen Jazzversion zum Einsatz kämen:

- Triggerfinger – I follow Rivers
- Zedd/Hayley William – Stay the night (Acoustic)
- Everything But The Girl – Driving

(iii) weltweit prototypisch für Smooth Jazz- und Chillout-Formate seien:

- The Style Council – You're the Best Thing
- Sting – Fields of Gold
- Vanessa Williams – Save the Best for Last

Umgekehrt hat die Behörde Titel nicht beanstandet, die nach sachlichen Kriterien von anderen, beanstandeten Titeln nicht zu unterscheiden seien:

- Kid Creole & the Coconuts – Stool Pigeon
- Quincy Jones – Ai No Corrida
- Ray Charles – Hit The Road Jack
- Robert Palmer – Every Kinda People (Remix)
- George Benson – Turn Your Love Around
- Caro Emerald – Stuck
- Alicia Keys/Soul II Soul Feat. Caron Wheeler – New York Keeps On Moving
- Adele – Skyfall (Cinematic Edit)

Schließlich habe die Behörde überhaupt ein und denselben Titel (Marlon Roudette – New Age) am 17.06.2014 noch als unproblematisch, am 21.06.2014 und 23.06.2014 hingegen auf einmal als problematisch angesehen.

Dieses Vorbringen der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH fokussiert stark auf die einzelnen Titel; die Feststellungen der KommAustria beruhen demgegenüber auf dem Gesamteindruck, der sich aus der Programmzusammenstellung ergibt; die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH hält in ihrer Stellungnahme vom 19.02.2015 unter 4.e) zwar fest, dass das Programm nicht in Richtung eines AC-Formats verändert wurde, bestreitet aber gar nicht, dass das Programm in Richtung Mainstream und vor allem Pop angepasst wurde. Sie geht vielmehr davon aus, dass die vorgenommene Veränderungen im Sinne des dem Bescheid der KommAustria vom 09.04.2014, KOA 1.380/14-004, zugrunde liegenden Antrags gemäß § 28a Abs. 2 PrR-G ohne weiteres unter die Kategorie „Chillout-Pop“ einzuordnen seien und somit Deckung im Zulassungsbescheid finden (ob dies zutrifft, ist eine Rechtsfrage; siehe dazu die Ausführungen 4.3).

Gemäß der von Radio Marketing Service GmbH Austria ihren Vermarktungstätigkeiten für die österreichischen Hörfunkveranstalter zugrundeliegenden Definition (<http://goo.gl/6H8YEM>) wird ein AC – Adult Contemporary Musikformat wie folgt definiert: *„Popmusik-Standards der letzten Jahrzehnte bis heute, Orientierung am breiten Massengeschmack, melodisch geprägt, leicht durchhörbar.“*

Durch die im verfahrensgegenständlichen Zeitraum vorgenommene Änderung entspricht das ausgestrahlte Programm aber nunmehr im Zeitraum von 06:00 bis 19:00 Uhr dieser Definition: Es sind vor allem Titel der Musikstile Rock, Pop, R&B, Dance und Disco aus den 60ern bis heute zu hören; statt der *„wohltemperierte[n] Mischung aus Downtempo-Beats, Ambient und Trance, welche die Grenzen zwischen U und E sowie zwischen Avantgarde und Funktionsmusik bewusst überschreiten“* und *„das richtige Ambiente zum entspannten urbanen Lebensgefühl zu liefern“* soll, wird ein Programm angeboten, das sich am breiten Massengeschmack orientiert. Gerade die von der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH besonders ins Treffen geführte Sendestunde am 23.06.2014 von ca. 08:00 bis 09:00 Uhr

lässt hinsichtlich der Musikauswahl keinen Unterschied zu einem üblichen AC-Format erkennen.

Die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH beanstandet ausdrücklich sieben Musiktitel, die ihrer Meinung nach offenbar jedenfalls vom genehmigten Musikformat gedeckt sein sollen, von der KommAustria aber als bedenklich eingestuft worden seien. Zunächst ist zu wiederholen, dass Gegenstand der Feststellungen der Gesamteindruck des ausgestrahlten Programms ist. Tatsächlich finden sich zahlreiche Sendestunden, in denen kein einziger oder nur ein oder zwei Titeln nicht zu beanstanden waren. Die KommAustria erkennt an, dass eine Zuordnung einzelner Musikstücke zu nicht nur einem einzigen Musikstil denkbar ist; auch können bestimmte Musiktitel in mehreren Musikformaten vertreten sein. Gerade vor diesem Hintergrund hat die KommAustria der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH im Rahmen des rechtlichen Gehörs (§ 37 AVG) die Playlists der aufgezeichneten Tage, in welchen jene Musiktitel, die nach Ansicht der KommAustria hinsichtlich des Musikprogramms den Eindruck eines Adult-Contemporary-Programms (AC) mit Fokus auf den Mainstream vermittelt hatten (also wo „Bedenken“ bzw. Zweifel hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem genehmigten Programm bestanden), markiert wurden, zur Stellungnahme übermittelt.

Im Hinblick auf die im Rahmen des Parteienghörs geäußerten Einwände hinsichtlich der Zuordnung von sieben Musikstücken als nicht mit dem zugelassenen Musikformat übereinstimmend ist festzuhalten, dass der gewonnene Gesamteindruck sich nicht einmal dann ändern würde, wenn man diese lediglich sieben Stücke als mit dem zugelassenen Musikformat übereinstimmend annehmen würde.

Im Übrigen ist die Zuordnung der von der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH angeführten Stücke keineswegs so eindeutig wie diese suggeriert: Beispielsweise ist der deutsche Sänger Roger Cicero sowohl als Jazz- als auch als Popsänger bekannt, das Stück „Wenn es morgen zu Ende“ ist wohl eher dem Bereich Pop zuzuordnen; der Song „Save The Best For Last“ von Vanessa Williams war im Jahr 1992 etwa in den Billboard Magazine R&B/HipHop Charts (<http://goo.gl/Cx3o75>) und AC-Charts (<http://goo.gl/nxtT6Y>) an der Spitze und ebenfalls nicht dem Genre Jazz zuzuordnen; der Song „Fields of Gold“ war im Jahr 1993 in den Billboard Magazine AC-Charts (<http://goo.gl/MNA9Oz>) und Album Rock- sowie Modern Rock-Charts (Billboard Magazine, 12 Juni 1993, S. 74, <http://goo.gl/o6Xvm3>) platziert und ist dem Stil Soft-Rock zuzuordnen. Auch etwa bei den angeführten, als „Jazz-Versionen“ bezeichneten akustischen Fassungen der Stücke Triggerfinger – I follow Rivers und Zedd/Hayley William – Stay the night (Acoustic) ist die Zuordnung zum Jazz durch die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH keineswegs nachvollziehbar.

Soweit die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH darüber hinaus eine Liste von Titeln anführt, die die KommAustria nicht beanstandet habe, die ihrer Meinung nach aber nach sachlichen Kriterien von anderen, beanstandeten Titeln nicht zu unterscheiden seien, ist für sie schon deshalb nichts zu gewinnen, als nicht vorgebracht wird, welche beanstandeten Titel denn von den genannten nicht zu unterscheiden sind und inwiefern die Zuordnung durch die KommAustria unsachlich erscheint.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass bei der Kennzeichnung des Songs „New Age“ von Marlon Roudette in der an die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH übermittelten Liste am 17.06.2014 – entgegen zwei weiterer Nennungen in der Liste – ein offensichtlichen Schreibfehler vorlag, da der Song aus dem Jahr 2011 zweifellos dem Genre Pop zuzuordnen ist, wobei die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH ohnehin nicht behauptet, dass das Stück mit dem zugelassenen Musikformat übereinstimmt.

Insgesamt konnte das Vorbringen der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH keinen Zweifel an den Feststellungen der KommAustria aufwerfen.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde

Gemäß § 24 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 KommAustria wahrgenommen.

Gemäß § 25 Abs. 1 PrR-G entscheidet die Regulierungsbehörde über Verletzungen von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes von Amts wegen oder auf Grund von Beschwerden. Im vorliegenden Fall wurde ein Verfahren von Amts wegen eingeleitet.

4.2. Zur Sachverhaltsermittlung durch die KommAustria

Die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH vertritt in ihrer Stellungnahme vom 19.02.2015 die Auffassung, dass die Vorgangsweise der KommAustria, eine grundlegende Änderung des Musikformats anhand ihrer eigenen, nicht sachverständigen Beurteilung einzelner Musiktitel vorzunehmen, nicht den Vorgaben des § 28 Abs. 2 iVm § 28a Abs. 2 Z 1 PrR-G entspreche. Der Gesetzgeber hätte bei diesen Bestimmungen nämlich lediglich eine Grobprüfung durch die Behörde vor Augen, etwa „bei einem Umstieg von einem Alternative- oder CHR-Programm auf ein Oldie- und Schlagerradio oder umgekehrt“. Auch die Rechtsprechung habe bislang lediglich eine „Grobprüfung“ vorgenommen, etwa wenn statt der im Antrag auf Zulassung näher beschriebenen volkstümlichen Schlager aktuelle Tophits aus den Charts von Kylie Minogue und REM bis Shakira und Robbie Williams oder Rainhard Fendrich bis Christina Stürmer und Neue Deutsche Welle gespielt worden seien (BKS 20.12.2006, GZ 611.077/0002-BKS/2006) oder bei Ausstrahlung eines Programms im AC-Format mit Hits der letzten 20 Jahre ohne Nachrichten-, Service- und Informationsangebot anstelle eines Country- und Westernprogramms mit umfassendem Nachrichten-, Service- und Informationsangebot (BKS 22.01.2003, GZ 611.036/001-BKS/2002). Es gehe im Lichte des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf freie Meinungsäußerung gemäß Art. 10 EMRK aber nicht an, die Bestimmungen des § 28 Abs. 2 iVm § 28a Abs. 2 Z 1 PrR-G so eng zu interpretieren, dass sie der Behörde ermöglichen würden, im Rahmen einer „Feinprüfung auf Einzeltitelbasis“ aus eigenem zu beurteilen, gegen welche gespielten Musiktitel „Bedenken“ bestünden und gegen welche nicht. Damit maße sich die Behörde eine Kognitionsbefugnis an, die ihr nach den Bestimmungen des § 28 Abs. 2 iVm § 28a Abs. 2 Z 1 PrR-G und vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund des Art. 10 EMRK nicht zukomme.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist ein Sachverständigenbeweis dann aufzunehmen, wenn dies in den Verwaltungsvorschriften vorgesehen ist oder wenn zur Erforschung der materiellen Wahrheit besondere Fachkenntnisse nötig sind. Sind Fachfragen zu beantworten, so sind die Organwalter der Behörde verpflichtet, Sachverständige beizuziehen, wenn sie nicht selbst über das erforderliche Fachwissen verfügen. Ein Sachverständiger ist nur dann dem Verfahren beizuziehen, wenn die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständigengutachten notwendig ist. Hauptsächlich wird das dann der Fall sein, wenn Fachfragen zu beurteilen sind, für die Kenntnisse und Erfahrungen notwendig sind, die außerhalb des engeren Berufskreises des entscheidenden Organs liegen. Die Behörde ist sohin grundsätzlich befugt, auf die Einholung von Gutachten zu

verzichten, ihr eigenes Fachwissen zu verwerten und die aus diesem Wissen gewonnenen Erkenntnisse ihrer Entscheidung zu Grunde zu legen. Reichen die Fachkenntnisse der Behörde zur Beurteilung der Sachlage aus, vermag die Behörde selbst sich ein klares Urteil zu bilden, besteht keine Verpflichtung, Sachverständige heranzuziehen (vgl. die bei *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetze I*², E 16 ff. zu § 52 AVG, wiedergegebene höchstgerichtliche Rechtsprechung).

Zunächst ist festzuhalten, dass BKS und Verwaltungsgerichtshof zu vergleichbaren Fällen wie dem gegenständlichen in ihrer Rechtsprechung keinen Zweifel daran gelassen haben, dass die Regulierungsbehörde zur Beurteilung programmlicher Inhalte in einem Rechtsaufsichtsverfahren, dass die Verletzung der § 28 Abs. 2 iVm § 28a Abs. 2 Z 1 PrR-G zum Gegenstand hat, ohne Beiziehung eines Sachverständigen zur Feststellung des Sachverhalts in der Lage ist. Andernfalls hätte etwa der VwGH in seinem Erkenntnis vom 17.03.2011, ZI. 2011/03/0024, den von der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH zitierten Bescheid des BKS vom 20.12.2006, ZI. 611.077/0002-BKS/2006 wegen Verfahrensmängeln beheben müssen; auch hier war gerade eine dem vorliegenden Fall vergleichbare Frage verfahrensgegenständlich (und ausdrücklich auch Gegenstand der VwGH-Beschwerde). Dass die KommAustria in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung als Spezialbehörde im Bereich der elektronischen Audiomedien und der elektronischen audiovisuellen Medien (vgl. § 1 Abs. 1 KOG) zweifellos zur Bewertung von Programminhalten ohne Hinzuziehung von Sachverständigen in der Lage ist, zeigt sich nicht zuletzt auch in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu § 6 PrR-G: im Rahmen des Auswahlverfahrens sind von der Regulierungsbehörde auch (seitens der betroffenen Parteien umstrittene) Abgrenzungsfragen in programmlicher Hinsicht zu treffen. Insbesondere muss die Behörde dabei zuweilen auch untersuchen, ob und inwiefern sich ein beantragtes Musikprogramm von im Versorgungsgebiet vorhandenen bzw. ebenfalls beantragten Programmen von anderen Antragstellern unterscheidet. In der umfangreichen Rechtsprechung der Höchstgerichte gab es nie Zweifel an der Befugnis (oder Qualifikation) der KommAustria zu dieser Bewertung. Im Sinne der oben genannten Rechtsprechung ist die Beurteilung von programmlichen Inhalten Kernaufgabe der KommAustria als Rundfunkregulierungsbehörde; insofern ist die gegenständliche Frage im Sinne der zitierten Rechtsprechung als der im „*engeren Berufskreis des entscheidenden Organs*“ gelegen anzusehen, sodass jedenfalls (insbesondere ausweislich des Erkenntnisses des VwGH vom 17.03.2011, ZI. 2011/03/0024) für Fragen wie die hier gegenständliche keine Beiziehung eines Sachverständigen notwendig ist. Vergleichbares gilt auch für andere Verfahren, in denen programmliche Fragen Gegenstand sind, wie Feststellungsverfahren nach § 28a Abs. 2 PrR-G (in einem solchen, nämlich jenem, dass dem mehrfach von der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH zitierten (und unbekämpft gebliebenen) Bescheid der KommAustria vom 09.04.2014, KOA 1.380/14-004, zu Grunde lag, hatte die Entspannungsfunk selbst offenbar noch keine Zweifel an der fachlichen Qualifikation der KommAustria hinsichtlich programmlicher Fragen) oder Verfahren zur Genehmigung von Programmänderungen gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G.

Im Übrigen geht die KommAustria im vorliegenden Verfahren entgegen der Auffassung der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH in ihren Feststellungen zum Programm nicht über das hinaus, was in den von dieser selbst zitierten Entscheidungen Verfahrensgegenstand war und von der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH als „*Grobprüfung*“ bezeichnet wird: Wie sich aus den Feststellungen (Punkt 2.3 dieses Bescheides) ergibt, geht die KommAustria im Wesentlichen davon aus, dass das Programm im verfahrensgegenständlichen Zeitraum in der Zeit von 06:00 bis 19:00 Uhr „*im Musikprogramm die Anmutung eines Adult-Contemporary-Programms (AC) mit Fokus auf den Mainstream*“ hat; die Ansicht wird – wie dies im Übrigen auch in den von der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH zitierten BKS-Bescheiden zugrundeliegenden Verfahren der Fall war – mit Beispielen aus dem ausgestrahlten Programm belegt. Somit ist Gegenstand der Feststellungen nicht – wie die

Entspannungsfunk Gesellschaft mbH vermeint - eine „*Feinprüfung auf Einzeltitelbasis*“, sondern – wie auch in den zitierten Verfahren – der Gesamteindruck des tatsächlich ausgestrahlten Programms, hier vor allem hinsichtlich der im Zulassungsbescheid betonten Kriterien „*Unterscheidbarkeit von bestehenden Mainstream-Musikprogrammen*“ und „*entspannender, sanfter Musikfluss durch Musiktitel mit niedriger „Beats per Minute“-Rate*“. Die KommAustria erkennt an, dass eine Zuordnung einzelner Musikstücke zu nicht nur einem einzigen Musikstil denkbar ist; auch können bestimmte Musiktitel in mehreren Musikformaten vertreten sein. Gerade vor diesem Hintergrund hat die KommAustria der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH im Rahmen des rechtlichen Gehörs (§ 37 AVG) die Playlists der aufgezeichneten Tage, in welchen jene Musiktitel, die nach Ansicht der KommAustria hinsichtlich des Musikprogramms den Eindruck eines Adult-Contemporary-Programms (AC) mit Fokus auf den Mainstream vermittelt hatten (also wo „*Bedenken*“ bzw. Zweifel hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem genehmigten Programm bestanden), markiert wurden, zur Stellungnahme übermittelt. Die Entspannungsfunk Gesellschaft hat von ihrem Parteiengehör zu dieser Liste (zumindest rudimentär) auch Gebrauch gemacht, auch wenn das Vorbringen die Schlüssigkeit der Sachverhaltsfeststellungen nicht erschüttern konnte (siehe dazu die Beweiswürdigung unter 3.).

Vor dem Hintergrund, dass sich die KommAustria nach dem Gesagten in ihren Feststellungen im Rahmen der höchstgerichtlichen Rechtsprechung bewegt, war auf die – im Übrigen bloß behaupteten und nicht näher substantiierten – Bedenken im Hinblick auf Art. 10 EMRK nicht weiter einzugehen.

4.3. Grundlegende Veränderung des Programmcharakters

§ 28 Abs. 2 PrR-G lautet:

„(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 Programmgattung oder eine wesentliche Änderung der Programmdauer grundlegend verändert hat, ohne dafür über eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde zu verfügen.“

§ 28a PrR-G lautet auszugsweise:

„Änderung des Programmcharakters

§ 28a. (1) Eine grundlegende Änderung des Programmcharakters im Sinne des § 28 Abs. 2 liegt – unter Berücksichtigung des jeweiligen Zulassungsbescheides – insbesondere vor:

- 1. bei einer wesentlichen Änderung des Musikformats, wenn damit ein weitgehender Wechsel der Zielgruppe zu erwarten ist;*
- 2. bei einer wesentlichen Änderung des Umfangs oder Inhalts des Wortanteils oder des Anteils eigengestalteter Beiträge, die zu einer inhaltlichen Neupositionierung des Programms führt;*
- 3. bei einem Wechsel zwischen Sparten- und Vollprogramm oder zwischen verschiedenen Sparten;*
- 4. bei einem Wechsel zwischen nichtkommerziellem und kommerziellem Programm.*

(2) Auf Antrag des Hörfunkveranstalters hat die Regulierungsbehörde festzustellen, ob eine beabsichtigte Programmänderung eine grundlegende Änderung des Programmcharakters

darstellt. Die Regulierungsbehörde hat spätestens innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Einlangen des Antrags zu entscheiden.“

Die Gesetzesmaterialien (Begründung zum Initiativantrag 430/A BlgNR XXII. GP) führen dazu aus:

„Die grundlegende Änderung des Programmcharakters kann gemäß § 28 PrR-G zum Entzug der Zulassung führen. Zur Verbesserung der Rechts- und Planungssicherheit der Hörfunkveranstalter soll in § 28a eine demonstrative Aufzählung erfolgen, in welchen Fällen von einer grundlegenden Änderung des Programmcharakters auszugehen ist. Im Einzelnen ist dazu Folgendes festzuhalten:

Nicht bei jeder Änderung des Musikformats (etwa von AC zu Hot AC) liegt eine grundlegende Änderung des Programmcharakters vor; dies wird nur dann der Fall sein, wenn damit nicht nur eine graduelle Veränderung der angesprochenen Zielgruppe erfolgt, sondern ein „Austausch“ der Zielgruppe zu erwarten ist, etwa bei einem Umstieg von einem Alternative- oder CHR-Programm auf ein Oldie- und Schlagerradio oder umgekehrt.

Werden wesentliche Änderungen am Wortanteil oder am Anteil eigengestalteter Beiträge vorgenommen, die ebenfalls zu einer Neupositionierung des Programms führen, so kann auch von einer grundlegenden Änderung des Programmcharakters ausgegangen werden – dies wäre etwa der Fall, wenn von einem vorwiegend musikorientierten Programm mit nur wenigen kurzen Veranstaltungshinweisen auf ein „informationslastiges“, talk-orientiertes Programm umgestiegen wird.

Eine grundlegende Änderung des Programmcharakters wird bei einem Wechsel zwischen Sparten- und Vollprogramm vorliegen, ebenso bei einem Wechsel verschiedener Sparten (etwa der Wechsel von einem christlichen Spartenradio zu einem Sport- oder Talkradio).

Der Wechsel zwischen nicht kommerziellem und kommerziellem Programm wird in der Regel ebenfalls eine grundlegende Veränderung des Programmcharakters darstellen; freilich sind hier Mischformen vorstellbar, bei denen noch nicht von einer grundlegenden Änderung auszugehen sein wird. Auch der Wechsel zwischen verschiedenen Ausprägungen nicht-kommerzieller Radios kann eine grundlegende Änderung des Programmcharakters iSd Z 3 sein (etwa von einem religiösen zu einem Volksgruppen-Programm).

[...]

Um für Hörfunkveranstalter Planungssicherheit zu bieten, steht diesen auch die Möglichkeit offen, die Feststellung der Regulierungsbehörde zu beantragen, dass eine beabsichtigte Programmänderung keine grundlegende Änderung im Sinne des § 28 Abs. 2 PrR-G darstellt und somit auch ohne Bewilligung zulässig ist. In diesem Fall hat die Regulierungsbehörde innerhalb einer Frist von sechs Wochen zu entscheiden; der Hörfunkveranstalter hat die entsprechenden Informationen über das beabsichtigte Programm beizubringen.“

Ob eine grundlegende Änderung des Programmcharakters gegeben ist, ist (schon nach dem Wortlaut des § 28 Abs. 2 PrR-G) durch Vergleich des im Zulassungsantrag dargestellten und in der Zulassung genehmigten Programms einerseits mit dem tatsächlich gesendeten Programm andererseits festzustellen (vgl. VwGH 17.03.2011, Zl. 2011/03/0024, mwN).

Die Bestimmung des § 28a Abs. 1 PrR-G ergänzt die Regelung des § 28 Abs. 2 PrR-G und gibt mittels einer beispielhaften Aufzählung Aufschluss darüber, wann eine grundlegende Änderung des Programmcharakters vorliegen kann. Auch nach dem Einleitungssatz des

§ 28a Abs. 1 PrR-G ist eine grundlegende Änderung des Programmcharakters am ursprünglichen Zulassungsbescheid (sowie dem diesem zu Grunde liegenden Zulassungsantrag) zu messen. § 28a Abs. 1 PrR-G legt demonstrativ fest, bei welchen Änderungen des Programms von einer grundlegenden Programmänderung auszugehen ist. Dabei müssen die aufgezählten Änderungen des Programms nicht kumulativ vorliegen, sondern jede der in § 28a Abs. 1 PrR-G aufgezählten Programmänderungen stellt für sich eine grundlegende Programmänderung dar.

Einem Hörfunkveranstalter, der im Rahmen des Zulassungsverfahrens ein Programm präsentiert hat, das für die Zulassungsentscheidung zu seinen Gunsten ausschlaggebend war, ist nach der Wertung des § 28a PrR-G zuzubilligen, sein damals dargestelltes und genehmigtes Programm wesentlich zu ändern, weil sich etwa – im Sinne der Überlegungen des Gesetzgebers – eine Anpassung an die Marktgegebenheiten als notwendig erweist (vgl. VwGH 17.03.2011, Zl. 2011/03/0024). Gemäß § 28a Abs. 3 PrR-G bedarf aber eine derartige grundlegende Änderung des Programmcharakters einer Genehmigung durch die Regulierungsbehörde (BKS 31.05.2011, GZ 611.079/0004-BKS/2011).

Im gegenständlichen Verfahren ist nun zu prüfen, ob die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH den Charakter des von ihr im Antrag auf Zulassung dargestellten und in der Zulassung genehmigten Programms durch eine wesentliche Änderung des Musikformats, wenn damit ein weitgehender Wechsel der Zielgruppe zu erwarten ist (§ 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G), grundlegend verändert hat.

Gemäß § 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G liegt eine grundlegende Änderung des Programmcharakters im Sinne des § 28 Abs. 2 – unter Berücksichtigung des jeweiligen Zulassungsbescheides – insbesondere bei einer wesentlichen Änderung des Musikformats, wenn damit ein weitgehender Wechsel der Zielgruppe zu erwarten ist, vor. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist nicht jede Änderung des Musikformats eine grundlegende Änderung des Programmcharakters; dies wird nur dann der Fall sein, wenn damit nicht nur eine graduelle Veränderung der angesprochenen Zielgruppe erfolgt, sondern ein „Austausch“ der Zielgruppe zu erwarten ist (vgl. VwGH 17.03.2011, Zl. 2011/03/0024, unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien).

Gemäß dem Zulassungsbescheid sollte hinsichtlich des Musikanteils auf entspannende, sanfte Musiktitel mit niedriger „Beats per Minute“-Rate gesetzt werden und eine Mischung aus Downtempo-Beats, Ambient und Trance mit einem hohen Anteil heimischer Musik für die Zielgruppe der urbanen 15- bis 55-Jährigen geboten werden.

Gemäß dem Zulassungsantrag war geplant, unter dem Namen „LoungeFM“ ein zur Gänze eigengestaltetes 24-Stunden-Vollprogramm mit ruhigem Musikfluss generationenübergreifend für die Kernzielgruppe der mit überdurchschnittlicher Kaufkraft, gehobenen Bildungsniveau und einer Abneigung gegen herkömmliche Musikformate ausgestatteten 15- bis 55-Jährigen zu verbreiten („Listen und relax“). Das Programm sollte als Begleitmedium im Hintergrund den Alltag bereichern und eine klare Abgrenzung zu sämtlichen Mainstream-Sendern bieten, deren Musikrepertoire als überwiegend identisch empfunden werde.

Der Musikanteil sollte rund 80 bis 85 % betragen. Dabei sollte im Musikprogramm auf entspannende, sanfte Musiktitel mit niedriger „Beats per Minute“-Rate gesetzt und durch eine wohltemperierte Mischung aus Downtempo-Beats, Ambient und Trance, welche die Grenzen zwischen U und E sowie zwischen Avantgarde und Funktionsmusik bewusst überschreiten sollte, das richtige Ambiente zum entspannten urbanen Lebensgefühl zu liefern. Unterteilt wurde das Musikprogramm in folgende drei Kategorien: Chillout und Downbeat (Kategorie

1), Ambient und NewAge (Kategorie 2) sowie NuJazz und Crossover (Kategorie 3). Die erste dieser Kategorien sollte dabei – je nach Tageszeit – einen Anteil von 50 bis 70 % des Musikprogramms ausmachen, während sich die Anteile der beiden anderen Kategorien jeweils zwischen 15 und 25 % bewegen sollten. Als Vertreter dieser Musikrichtungen wurden auszugsweise Kruder und Dorfmeister, Air, Gotan Project, Tosca, De Phazz, Dzihan & Kamien, Zero 7, Shantel, Nicola Conte und Waldeck angeführt.

Das tatsächlich ausgestrahlte Musikprogramm beinhaltete in der Zeit von 06:00 bis 19:00 Uhr überwiegend Titel, die insbesondere den Stilen Rock, Pop, R&B, Dance und Disco zuzuordnen sind. Nur in geringem Ausmaß wurden Titel, die den im Zulassungsbescheid genannten Musikrichtungen oder aber den Genres „loungiger Swing“ und Standards des „All American Songbook“, wie diese Gegenstand des genannten Bescheids der KommAustria vom 09.04.2014, KOA 1.380/14-004 waren, zuzuordnen sind, ausgestrahlt; über mehrere Stunden hinweg wurden solche Titel vereinzelt in längeren Strecken mit anderen Musikstücken gespielt. Bei diesen Stücken, handelte es sich vornehmlich um solche der Stile (Smooth) Jazz (besonders jazzige Coverversionen von Pop- und Dancestücken) sowie Crossover (v.a. aus Jazz, Latin und HipHop). Auch hinsichtlich der Stimmung und Tempo entsprachen eine signifikante Anzahl der Stücke nicht der im Zulassungsantrag betonten Ausrichtung (entspannende, sanfte Musiktitel mit niedriger „Beats per Minute“-Rate); insbesondere betrifft dies schnellere aktuelle Dancenummern sowie solche der 70er und 80er Jahre. Insgesamt hat das Programm im genannten Zeitraum einerseits durch die neu hinzutretenden Musikstile, andererseits auch durch die beschriebene stilistische Verengung innerhalb der im Zulassungsbescheid genannten Musikstile im Musikprogramm die Anmutung eines Adult-Contemporary-Programms (AC) mit Fokus auf den Mainstream.

Im Zulassungsantrag hat die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH ausdrücklich festgehalten, dass das Musikprogramm sich signifikant von Mainstreamprogrammen abgrenzen wolle; die KommAustria betonte gerade diesen Punkt im Auswahlverfahren als Vorteil für die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH, da sie sich deren Programm besonders stark von den im Versorgungsgebiet vorhandenen Programmen im AC- sowie Schlager- und Oldies-Formaten unterscheiden würde. Auch der BKS (21.01.2008, GZ 611.080/0001-BKS/2007) und der VwGH (30.06.2011, Zl. 2011/03/0037) betonten diesen Aspekt in ihren jeweils in der Sache ergangenen Entscheidungen. Das tatsächlich ausgestrahlte Musikprogramm unterscheidet sich daher signifikant von dem beantragten und im Zulassungsbescheid genehmigten Programm, indem es gerade auf diejenige Musik fokussiert, die auch in anderen AC-Programmen gespielt wird und von denen sich LoungeFM eigentlich unterscheiden wollte. Dies führt nicht zuletzt auch zu einem weitgehenden Wechsel der Zielgruppe (siehe dazu weiter unten).

Zunächst ist festzuhalten, dass das PrR-G in seinem § 28a Abs. 1 demonstrativ (arg. „insbesondere“) vier Fälle aufzählt, in denen eine grundlegende Programmänderung jedenfalls vorliegt; daneben sind auch andere Fallkonstellationen denkbar, jedoch müssten diese von der Gewichtung her jedenfalls dem in § 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G beispielhaft genannten Fall gleichzusetzen sein (vgl. VwGH 17.03.2011, Zl. 2011/03/0024). Im vorliegenden Zusammenhang ist auf Grund des festgestellten Sachverhalts ausschließlich zu untersuchen, ob im Sinne des § 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G eine wesentliche Änderung des Musikformats vorliegt, bei der ein weitgehender Wechsel der Zielgruppe zu erwarten ist. Vor diesem Hintergrund ist das Vorbringen der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH, das Wortprogramm, die Programmphilosophie und der Markenauftritt seien unverändert geblieben, vorderhand nicht zielführend.

Soweit die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH vorbringt, auch die von der KommAustria betrachtete Tageszeit sei zu eng, da für die Beurteilung das gesamte Musikprogramm

einschließlich der Nachtzeit maßgeblich sei, weil die Zulassung keine spezifische Zuordnung einzelner Musikkategorien zu einzelnen Tageszeit vorschreibe, ist ihr Folgendes entgegenzuhalten:

Entgegen dem Vorbringen der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH hat sie einerseits im seinerzeitigen Zulassungsantrag sehr wohl eine spezifische Zuordnung einzelner Musikkategorien (wechselnde Prozentanteile je nach Tageszeit) vorgenommen, was ausweislich der Feststellungen im Zulassungsbescheid auch Gegenstand des Zulassungsverfahrens war. Zum anderen geht dieses Vorbringen an der verfahrensgegenständlichen Fragestellung vorbei: Wie schon dargestellt, vermittelt das Programm während eines signifikanten Zeitraums (13 Stunden täglich) einen vom zugelassenen Programm aus den genannten Gründen weitgehend abweichenden Höreindruck. Der Umstand, dass während Teilen des Abend- und während des Nachtprogramms, nämlich während 11 Stunden täglich, ein dem Zulassungsbescheid augenscheinlich weiterhin entsprechendes Programm ausgestrahlt wurde, ändert nichts daran, dass der überwiegende Teil des Programms vom beantragten und im Zulassungsbescheid festgehaltenen Programm – selbst unter Berücksichtigung der dem Feststellungsbescheid der KommAustria vom 09.04.2014 zugrundeliegenden geplanten Änderungen (siehe dazu weiter unten) – signifikant abweicht. Aber auch vor dem Hintergrund, dass ein wesentlicher Teil des unveränderten Programm in den Nachtstunden von 23:00 bis 06:00 Uhr, also einer selbst nach dem Vorbringen der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH äußerst hörschwachen Zeit ausgestrahlt wurde, kommt dem Vorbringen, dass das Programm in den Abendstunden (nach den vorgelegten Unterlagen wohl nur in der Zeit von 18:00 bis 21:00 Uhr) gegenüber der Zeit von 06:00 bis 18:00 (geringfügig) höhere Reichweiten aufweist, keine entscheidende Bedeutung zu.

Die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH bringt weiters im Wesentlichen vor, dass eine grundlegende Änderung des Programmes dann nicht vorliege, wenn und solange sich das Programm in einem laufenden Entwicklungsprozess befinde. Dies sei vorliegend der Fall, da die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH ihr Programm geändert habe und weiterhin laufend justiere und adaptiere. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich nach den Feststellungen über den Zeitraum von annähernd fünf Monaten ein im Wesentlichen gleichartiges Bild hinsichtlich der Zusammenstellung und des Höreindrucks des Musikprogramms geboten hat. Vor dem Hintergrund, dass somit über einen längeren Zeitraum durchgehend ein nicht dem Zulassungsbescheid entsprechendes Programm ausgestrahlt wurde, kann jedenfalls nicht mehr von einer bloß vorübergehenden Programmänderung gesprochen werden. Welchen Einfluss die nach dem Vorbringen seit 01.07.2014 hinzugetretene Livemoderation auf das Musikprogramm haben soll, wird im Übrigen weder dargestellt, noch ist eine solche aus den Aufzeichnungen ersichtlich.

Soweit die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH im Hinblick auf den Bescheid der KommAustria vom 09.04.2014, KOA 1.380/14-004, im Wesentlichen argumentiert, man könne die gespielten Titel ohne weiteres in die Kategorie „Chillout-Pop“ einordnen, da Chillout von „to chill“ im Sinne von Entspannen komme und die Behörde den Begriff Pop offenbar im Feststellungsbescheid als unbedenklich angesehen habe, verkennt sie offenbar sowohl den Inhalt des genannten Bescheides als auch das Wesen der Feststellung nach § 28a Abs. 2 PrR-G:

Die Frage, ob eine grundlegende Programmänderung vorliegt, ist, wie schon dargestellt, ausschließlich durch Vergleich des im Zulassungsantrag dargestellten und in der Zulassung genehmigten Programms mit dem tatsächlich gesendeten andererseits festzustellen. Zur Schaffung von Rechtssicherheit im Zusammenhang mit der Frage, ob eine geplante Programmänderung wesentlich ist, wurde das Feststellungsverfahren gemäß § 28a Abs. 2

PrR-G eingeführt (vgl. zu all dem ausführlich VwGH 17.03.2011, Zl. 2011/03/0024, unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien). Die KommAustria hat dabei anhand einer konkret im Antrag beschriebenen Änderung zu prüfen, ob diese beabsichtigte Änderung eine grundlegende Programmänderung darstellt. Gegenstand des Bescheids war die geplante „Umwandlung“ der bisherigen (Musik)Kategorie „Chillout“ in „Chillout-Pop“, wobei die Musikstile „loungiger Swing“ und Standards des „All American Songbook“ im Musikprogramm hinzutreten sollten. Wie sich aus dem Feststellungsbescheid vom 09.04.2014 zweifelsfrei ergibt, hat die KommAustria nicht ein Hinzufügen von jeglicher Art von Popmusik, sondern – wie im Antrag beschrieben – nur von Musik der Genres „loungiger Swing“ und Standards des „All American Songbook“ im in dem Bescheid zu Grunde liegenden Antrag ausgeführten Ausmaß als eine nicht grundlegende Programmänderung angesehen. Der Begriff „Chillout-Pop“ wurde im Feststellungsbescheid – entsprechend dem Vorbringen im Antrag in diesem Verfahren– somit nicht in denkmöglich weitesten Wortsinn, wie die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH nunmehr vermeint, sondern eben in dem im Feststellungsantrag (samt Ergänzung) beschriebenen engeren Verständnis zu Grunde gelegt. Die Veränderungen in dem im verfahrensgegenständlichen Zeitraum tatsächlich ausgestrahlte Musikprogramm gehen aber nach den Feststellungen weit darüber hinaus, da nicht im signifikante Ausmaß Titel der Genres „loungiger Swing“ und Standards des „All American Songbook“ sondern überwiegend Titel, die insbesondere den Stile Rock, Pop, R&B, Dance und Disco zuzuordnen sind, ins Musikprogramm Eingang fanden, während gleichzeitig bei den im Zulassungsantrag genannten Musikstilen tendenziell eine Verengung auf (Smooth) Jazz sowie Crossover stattfand. Insofern ist aus dem diesbezüglichen Vorbringen für die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH, dass sie zu einer solchen Adaptierung auf Grund des rechtskräftigen Feststellungsbescheids der KommAustria berechtigt war, nichts zu gewinnen. Soweit sie anführt, dass ein und das selbe Musikstück sowohl dem genehmigten Musikformat als auch einem AC-Format entsprechen kann, und somit in beiden Programmen vorkommen könnte, geht die KommAustria davon aus, dass die vereinzelte Ausstrahlung solcher Musikstücke keineswegs zwangsläufig zu einer wesentlichen Änderung des Musikprogramms führt. Im gegenständlichen Fall wurde der Charakter des Programmes jedoch so weitgehend geändert, dass die Ausrichtung des Musikprogramms – wie dargestellt – dem eines Mainstream AC-Formats entspricht, einem Musikformat, von welchem sich die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH ausweislich ihres Antrags deutlich abheben wollte (siehe dazu sogleich).

Wenn die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH dagegen ins Treffen führt, dass mit dem geänderten Programm dieselbe Altersgruppe (15 bis 55 Jahre) mit denselben demografischen Merkmalen (überdurchschnittliche Kaufkraft, gehobenes Bildungsniveau) angesprochen werde, lässt sie unbeachtet, dass sie selbst die Zielgruppe in ihrem eigenen Antrag enger umschrieben hat („Kernzielgruppe der mit überdurchschnittlicher Kaufkraft, gehobenen Bildungsniveau und einer Abneigung gegen herkömmliche Musikformate ausgestatteten 15- bis 55-Jährigen“, Unterstreichung hinzugefügt). Die maßgebliche Zielgruppe war im vorliegenden Fall nicht allein anhand des Lebensalters und der demografischen Merkmale der Hörer festgelegt (vgl. dazu wiederum das Erkenntnis des VwGH 17.03.2011, Zl. 2011/03/0024). Vielmehr macht der Zulassungsantrag deutlich, dass als Kernzielgruppe gerade diejenigen Personen in der genannten demographischen Gruppe angesprochen werden sollten, die sich in den herkömmlichen Musikformaten nicht wiederfinden. Dieses Ansprechen einer bisher im Versorgungsgebiet nicht berücksichtigten Zielgruppe wurde von der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH im Zulassungsantrag stark betont, und auch von KommAustria, BKS und VwGH im Zulassungsverfahren als Alleinstellungsmerkmal angesehen. Angesichts des starken Fokus des Programms der Entspannungsfunk Gesellschaft mbH mit einem Musikanteil von 80 bis 85 % auf das Musikprogramm besteht für die KommAustria kein Zweifel, dass bei einer Musikprogrammänderung, bei der nunmehr über 13 Stunden hinweg durchgehend ein

Programm mit der Anmutung eines AC-Formats mit Fokus auf Mainstream ausgestrahlt wird, gerade dieses Alleinstellungsmerkmal wegfällt. Gerade diejenigen, die LoungeFM als Alternative zu Mainstream-Hörfunkprogrammen (insbesondere im AC-Format) gesehen haben, werden abgeschreckt und es wird bei ihnen einen Umschaltimpuls ausgelöst. Das Programm spricht somit seine bisherige – laut Zulassungsantrag maßgebliche – Kernzielgruppe nicht mehr an, weshalb einem „Austausch“ der Zielgruppe im Sinne der Gesetzesmaterialien erwartet werden kann.

Im Ergebnis hat die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH – wie dargestellt – ihr Musikformat wesentlich geändert, wobei dabei ein weitgehender Wechsel der Zielgruppe zu erwarten ist. Dadurch, dass sie dies ohne Genehmigung durch die Regulierungsbehörde getan hat, hat sie § 28 Abs. 2 iVm § 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G verletzt.

4.4. Veröffentlichung

Gemäß § 26 Abs. 2 PrR-G kann die Regulierungsbehörde auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung erkennen und dem Hörfunkveranstalter auftragen, wann und in welcher Form diese Veröffentlichung zu erfolgen hat. Die Bestimmung räumt der Behörde in der Frage der Veröffentlichung ihrer Entscheidungen Ermessen ein. Bei der Ausübung dieses Ermessens sind die in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu § 29 Abs. 4 Rundfunkgesetz entwickelten Gesichtspunkte (vgl. VfSlg. 12.497/1990) zu beachten (vgl. VwGH 14.11.2007, Zl. 2005/04/0180, mwN).

Aus dem genannten Erkenntnis VfSlg. 12.497/1990 ergibt sich, dass bei der Ausübung dieses Ermessens zu beachten ist, dass eine begangene Rechtsverletzung durch einen „contrarius actus“ des Rundfunkveranstalters nach Möglichkeit wieder ausgeglichen werden muss. In der Regel wird die angemessene Unterrichtung der Öffentlichkeit über eine verurteilende Entscheidung der Behörde stets erforderlich sein. Nur in jenem verhältnismäßig schmalen Bereich, in dem die Entscheidung für die Öffentlichkeit ohne jedes Interesse ist, kann eine Veröffentlichung unterbleiben.

Hinsichtlich des Zeitpunktes der Veröffentlichung ist davon auszugehen, dass die Veröffentlichung als öffentlicher „contrarius actus“ zu einem vergleichbaren Zeitpunkt aufzutragen ist, um „tunlichst den gleichen Veröffentlichungswert“ zu erzielen. Dabei sind auch mehrfache Veröffentlichungen denkbar (vgl. *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz³, 556, zum im Wesentlichen gleichlautenden § 62 Abs. 3 AMD-G).

Die KommAustria erachtet angesichts der Dauer der festgestellten Rechtsverletzung die Veröffentlichung des Spruchpunkts 1. dieses Bescheides durch Verlesung im Rahmen des im gegenständlichen Versorgungsgebiet ausgestrahlten Hörfunkprogramms an drei Tagen zwischen 06:00 und 19:00 Uhr für angemessen (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 Glückspiel (IBAN: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Die Entrichtung der Gebühr ist im Zeitpunkt der Einbringung der Eingabe durch einen von einer Post-Geschäftsstelle oder einem Kreditinstitut bestätigten Zahlungsbeleg in Urschrift nachzuweisen.

Wien, am 20. Mai 2015

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

1. Entspannungsfunk Gesellschaft mbH, z.H. BECKER GÜNTHER REGNER Rechtsanwälte GmbH, Kolingasse 5/23, 1090 Wien