

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 gemäß § 2 Abs. 1 Z 6 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 84/2013, wie folgt entschieden:

I. Spruch

Auf Antrag der **Entspannungsfunk Gesellschaft mbH** (FN 300000 b beim Landesgericht Linz) wird gemäß § 28a Abs. 2 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, festgestellt, 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 der Bundeskommunikationssenats (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, 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.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 06.03.2013, bei der KommAustria eingelangt am selben Tag, beantragte die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH (im Folgenden: Antragstellerin) gemäß § 28a Abs. 2 PrR-G die Feststellung, dass die in diesem Schreiben näher dargestellte geplante Programmänderung keine grundlegende Änderung des Programmcharakters des mit Bescheid der KommAustria

vom 31.08.2007, KOA 1.380/07-001 (richtig: Bescheid des BKS vom 21.01.2008, GZ 611.080/0001-BKS/2007), genehmigten Programms darstellt.

Mit Schreiben vom 17.03.2014 forderte die KommAustria zu ergänzenden Angaben auf. Mit Schreiben vom 27.03.2014 kam die Antragstellerin dieser Aufforderung nach.

2. Sachverhalt

Aufgrund des Antrags sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Antragstellerin

Die Antragstellerin ist auf Grund des Bescheides der 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 eines Hörfunkprogramms für das Versorgungsgebiet „Oberösterreich Mitte“.

2.2. Genehmigtes Programm

Gemäß Spruchpunkt 1. des vom BKS bestätigten erstinstanzlichen Zulassungsbescheides der KommAustria vom 31.08.2007, KOA 1.380/07-001, umfasst das bewilligte Programm ein gänzlich eigengestaltetes 24-Stunden-Vollprogramm 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.

Aus der Begründung des Bescheides ergibt sich im Sachverhalt zum beantragten Musikprogramm der Antragstellerin Folgendes:

„Die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH i.G. plant, unter dem Namen „LoungeFM“ ein zur Gänze eigengestaltetes 24 Stunden Vollprogramm mit ruhigem Musikfluss generationen-übergreifend 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 soll als Begleitmedium im Hintergrund den Alltag bereichern und eine klare Abgrenzung zu sämtlichen Mainstream-Sendern bieten, deren Musikrepertoire als überwiegend identisch empfunden wird.

Der Musikanteil soll rund 80 bis 85% betragen. Die Entspannungsfunk Gesellschaft mbH i.G. setzt im Musikprogramm auf entspannende, sanfte Musiktitel mit niedriger „Beats per Minute“-Rate und möchte durch eine wohltemperierte Mischung aus Downtempo-Beats, Ambient und Trance, welche die Grenzen zwischen U und E sowie zwischen Avantgarde und Funktionsmusik bewusst überschreiten soll, das richtige Ambiente zum entspannten urbanen Lebensgefühl liefern. Unterteilt wird 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 soll 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. Als Vertreter dieser Musikrichtungen werden 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 ist die Verankerung des Senders in der lokalen Musik-, Club-, Veranstaltungs- und Kulturszene. Die Musik der heimischen Acts soll auf LoungeFM verstärkt zum Einsatz kommen und auf diese Weise gefördert werden. Der Anteil an heimischer Musik im Programm soll zumindest 25% betragen, jedoch wird ein höherer Prozentsatz angestrebt. Die Einbindung aktueller Produktionen und die Vernetzung mit der Veranstaltungsszene soll 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.“

2.3. Gegenständlicher Antrag auf Feststellung gemäß § 28a Abs. 2 PrR-G

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.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen hinsichtlich der Zulassung der Antragstellerin und zu dem von ihr beantragten Programm ergeben sich aus den im Zulassungsverfahren ergangenen Bescheiden der KommAustria vom 31.08.2007, KOA 1.380/07-001, und des BKS vom 21.01.2008, GZ 611.080/0001-BKS/2007.

Die Feststellungen hinsichtlich der geplanten Änderungen beruhen auf den Angaben im Antrag vom 06.03.2014 und der Ergänzung vom 27.03.2014.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Behördenzuständigkeit

Gemäß § 31 Abs. 2 PrR-G werden die Aufgaben der Regulierungsbehörde nach dem Privatradiogesetz von der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) wahrgenommen.

4.2. Wesentlichkeit der geplanten Programmänderung

Gemäß § 28 Abs. 2 PrR-G ist ein Verfahren zum Entzug der Zulassung 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.

§ 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 zu § 28a PrR-G 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.

[...]

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, ZI. 2011/03/0024, mwN). 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. Die Bestimmung nennt in der Folge (in Ergänzung der in § 28 Abs. 2 PrR-G genannten Beispiele der Änderung der Programmgestaltung oder der

Programmdauer) in demonstrativer Weise vier Kriterien, bei deren Erfüllung eine grundlegende Programmcharakteränderung jedenfalls anzunehmen ist.

Die Antragstellerin möchte ausschließlich ihr Musikprogramm ändern. Eine grundlegende Änderung des Programmcharakters im Sinn des § 28 Abs. 2 PrR-G liegt nach § 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G insbesondere bei einer wesentlichen Änderung des Musikformats vor, wenn damit ein weitgehender Wechsel der Zielgruppe zu erwarten ist.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 17.03.2011, Zl. 2011/03/0024, zu § 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G ausgesprochen, dass die Bestimmung – wenn auch nur demonstrativ – den Maßstab dafür vorgibt, wann eine wesentliche Änderung des Musikformats (im Vergleich zu jenem, das im Zulassungsantrag dargestellt und in der Zulassungsentscheidung genehmigt worden ist) den Programmcharakter grundlegend modifiziert; davon kann beispielsweise dann ausgegangen werden, wenn im Sinne dieser Norm die damit angesprochene Zielgruppe weitgehend ausgewechselt wird. Wollte die Regulierungsbehörde auch andere Fälle der Änderung des Musikformats als grundlegende Änderung des Programmcharakters deuten, müssten diese von der Gewichtung her jedenfalls dem in § 28a Abs. 1 Z 1 PrR-G beispielhaft genannten Fall gleichzusetzen sein. Davon kann aber nicht schon dann ausgegangen werden, wenn das Musikformat sich vom genehmigten Programm deutlich unterscheidet, mag dieser Unterschied im Zeitpunkt der Zulassungsentscheidung auch für die Auswahl zugunsten des Betroffenen von Bedeutung gewesen sein.

Laut Zulassungsbescheid setzt das Musikprogramm auf entspannende, sanfte Musiktitel mit niedriger „Beats per Minute“-Rate und möchte durch eine wohltemperierte Mischung aus Downtempo-Beats, Ambient und Trance, welche die Grenzen zwischen U und E sowie zwischen Avantgarde und Funktionsmusik bewusst überschreiten soll, das richtige Ambiente zum entspannten urbanen Lebensgefühl liefern. Unterteilt wird 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 soll 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.

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.

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: AT83010000005504109, 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 9. April 2014

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

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