

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus dem Vorsitzenden-Stellvertreter Dr. Florian Philapitsch als Senatsvorsitzenden und den weiteren Mitgliedern Dr. Martina Hohensinn und Dr. Susanne Lackner, im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über Multiplex-Betreiber gemäß § 2 Abs. 1 und § 13 Abs. 3 Z 3 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Gemäß § 25 Abs. 2 Z 9 und Abs. 5 in Verbindung mit § 60 und § 63 Abs.1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, wird festgestellt, dass die **Bezirks TV St. Veit Produktions- und Vertriebsges.m.b.H.** (FN 154244 f beim LG Klagenfurt), Lastenstraße 28a, A-9300 St. Veit, die ihr gemäß Spruchpunkt 4.1.1. des Bescheides der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.219/08-001, über die Erteilung einer Zulassung zur Errichtung und zum Betrieb einer terrestrischen Multiplex-Plattform auferlegte Verpflichtung zur Aufnahme des Betriebs der Multiplex-Plattform im Versorgungsgebiet „Kärnten“ binnen eines Jahres ab Beginn der Zulassung (somit bis zum 01.12.2009) – ungeachtet der schon einmal ergangenen Feststellung des Bundeskommunikationssenates (BKS) mit Bescheid vom 01.07.2010, GZ 611.196/0004-BKS/2010, dass die Bezirks TV St. Veit Produktions- und Vertriebsges.m.b.H. der Auflage im Zulassungsbescheid, den Betrieb der Multiplex-Plattform binnen einen Jahres ab Zulassungserteilung aufzunehmen nicht nachgekommen ist – bis heute nicht erfüllt hat und hierdurch wiederholt § 25 Abs. 2 AMD-G verletzt.
2. Der **Bezirks TV St. Veit Produktions- und Vertriebsges.m.b.H.** wird gemäß § 25 Abs. 5 iVm § 63 Abs. 4 Z 1 AMD-G aufgetragen, binnen acht Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides den rechtmäßigen Zustand gemäß Spruchpunkt 4.1.1. des Bescheides der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.219/08-001, dadurch herzustellen, dass der Betrieb der ihr zugeordneten terrestrischen Multiplex-Plattform („MUX C Kärnten“) aufzunehmen und der KommAustria die Inbetriebnahme der Multiplex-Plattform anzuzeigen ist.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Die KommAustria hat mit Bescheid vom 30.04.2010, KOA 4.219/10-004, hinsichtlich Spruchpunkt 1. (Feststellung der Rechtsverletzung), bestätigt mit Bescheid des Bundeskommunikationssenates (BKS) vom 01.07.2010, GZ 611.196/0004-BKS/2010, festgestellt, dass die Bezirks TV St. Veit Produktions- und Vertriebsges.m.b.H. (im Folgenden: Bezirks TV St. Veit) den Betrieb der ihr zugeordneten MUX C Plattform „MUX C Kärnten“ nicht binnen eines Jahres ab Zulassungserteilung (also bis zum 01.12.2009) aufgenommen hat und dadurch die ihr im Zulassungsbescheid vom 07.11.2008, KOA 4.219/08-001, in Spruchpunkt 4.1.1. des Bescheides erteilte Auflage verletzt hat. In diesem Zusammenhang wurde auch festgestellt, dass die Verletzung der Auflage auch im Zeitpunkt der Entscheidung noch andauerte.

Da die Bezirks TV St. Veit auch in Folge des oben zitierten Bescheides des BKS keine Anzeige über die Inbetriebnahme ihrer Multiplex-Plattform übermittelte, leitete die KommAustria mit Schreiben vom 20.07.2010 neuerlich ein Verfahren gegen die Bezirks TV St. Veit zur Feststellung einer Rechtsverletzung wegen Nichterfüllung von Auflagen des Zulassungsbescheides ein. Dabei wurde der Bezirks TV St. Veit Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zwei Wochen eingeräumt.

Mit einem als Berufung bezeichneten Schreiben vom 16.08.2010, bei der KommAustria am selben Tag eingelangt, nahm die Bezirks TV St. Veit zur neuerlichen Einleitung eines Rechtsverletzungsverfahrens dahingehend Stellung, dass ihre Vertragspartnerin S. GmbH (bzw. deren Geschäftsführer), die die Errichtung der Sendeanlagen und deren Betrieb für die Bezirks TV St. Veit vornehmen hätte sollen, säumig geworden sei, so dass die Bezirks TV St. Veit die Vereinbarung mit der S. GmbH kündigen musste, um die Errichtung der Sendeanlagen selbst vorzunehmen. Eine frühere Kündigung der bis Ende Juli 2010 geltenden Vereinbarung sei nicht möglich gewesen. Die Bezirks TV St. Veit erklärte weiters, dass Verhandlungen mit den Grundstückseigentümern kurz vor dem Abschluss stünden und mit den Firmen U. und P. zwei Partner für die Errichtung von DVB-T Sendeanlagen gewonnen werden konnten; bedingt durch Lieferzeiten der hierfür benötigten Technik könne die Aufnahme des Sendebetriebs jedoch frühestens im Oktober 2010 erfolgen. Abschließend brachte die Bezirks TV St. Veit vor, dass die Gründe für die nicht rechtzeitig erfolgte Inbetriebnahme der Multiplex-Plattform außerhalb ihrer Sphäre gelegen seien und daher keine Rechtsverletzung vorliege.

Hierauf leitete die KommAustria mit Schreiben vom 31.08.2010 gemäß § 25 Abs. 5 iVm § 63 PrTV-G (nunmehr AMD-G) ein Verfahren zum Entzug der Zulassung für den Betrieb der Multiplex-Plattform „MUX C Kärnten“ wegen fortgesetzter Nichtaufnahme des Sendebetriebs der Multiplex-Plattform bzw. wegen wiederholter Verletzung von Auflagen des Zulassungsbescheides ein. Mit gleichem Schreiben wurde die Bezirks TV St. Veit über die Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung für den 23.09.2010 informiert und ihr abermals Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zwei Wochen eingeräumt. Die Bezirks TV St. Veit nahm hierzu nicht mehr Stellung.

Am 23.09.2010 fand gemäß § 25 Abs. 5 2.Satz iVm § 63 Abs. 2 PrTV-G (nunmehr AMD-G) eine öffentliche mündliche Verhandlung bei der KommAustria statt. Die Niederschrift über das hierüber angefertigte Tonbandprotokoll wurde der Bezirks TV St. Veit mit Schreiben der KommAustria vom 27.09.2010 übermittelt; zugleich wurde der Bezirks TV St. Veit die Möglichkeit zur Erhebung von Einwendungen gemäß § 14 Abs. 7 AVG eingeräumt. Die Bezirks TV St. Veit erhob jedoch keine Einwendungen.

Mit am 10.11.2010 bei der KommAustria eingelangtem Schreiben informierte die Bezirks TV St. Veit diese über den Stand der Vorbereitungsarbeiten für die Inbetriebnahme der Multiplex-Plattform und erklärte hierbei, dass die Inbetriebnahme des Standortes Koralpe mangels schriftlichen Vertrags mit der T. AG bisher noch nicht erfolgen konnte. Da die Infrastruktur jedoch schon vorhanden sei, könne dieser Standort voraussichtlich noch dieses Jahr in Betrieb genommen werden. Hinsichtlich des geplanten Standortes Stifterkogel gab die Bezirks TV St. Veit an, dass noch die baubehördlichen Genehmigungen fehlten, wodurch sich dessen Inbetriebnahme weiter verzögern werde.

2. Sachverhalt

Mit Bescheid der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.219/08-001, wurde der Bezirks TV St. Veit eine Zulassung zur Errichtung und zum Betrieb einer terrestrischen Multiplex-Plattform im Versorgungsgebiet „Kärnten“ für die Dauer von zehn Jahren ab 01.12.2008 erteilt (im Folgenden: Zulassungsbescheid).

Gemäß Spruchpunkt 5.1. des Zulassungsbescheides wurden der Multiplex-Plattform die Übertragungskapazitäten „SFN Kärnten West Kanal 54“ und „SFN Kärnten Ost Kanal 51“ zugeordnet, wobei zugleich fernmelderechtliche Bewilligungen für die folgenden Standorte erteilt wurden:

- 10K200. a. „SPITTAL DRAU 1 (Goldeck) Kanal 54“
c. „KLAGENFURT 3 (Pyramidenkogel) Kanal 54“
- 10K201. d. „WOLFSBERG 1 (Koralpe) Kanal 51“

Die Bezirks TV St. Veit beantragte seither keine fernmelderechtlichen Änderungen der bewilligten Standorte.

Gemäß Spruchpunkt 4.1.1. des Zulassungsbescheides wurde der Bezirks TV St. Veit die Auflage erteilt, dass gemäß § 25 Abs. 2 Z 9 PrTV-G (nunmehr AMD-G) iVm § 2 Abs. 2 Z 5 KOG (nunmehr § 2 Abs. 3 Z 5 KOG) und § 2 Abs. 2 Z 1 lit. a MUX-AG-V 2007 bis zum 01.12.2009 der Betrieb der Multiplex-Plattform aufzunehmen und der KommAustria die Inbetriebnahme anzuzeigen ist.

Die Bezirks TV St. Veit ist ferner aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 15.12.2009, KOA 4.419/09-002, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung des digitalen Programms „BTV“, welches zur Verbreitung über die dieser zugeteilten Multiplex-Plattform in Kärnten bestimmt ist. Dieses Programm entspricht dem gemäß Spruchpunkt 4.3.1. des Zulassungsbescheides für die Multiplex-Plattform bewilligten Programm bouquet.

Nachdem bis zum 01.02.2010 seitens der Bezirks TV St. Veit keine Inbetriebnahme der Multiplex-Plattform angezeigt wurde, nahm die KommAustria von Amts wegen Ermittlungen auf, wobei die Bezirks TV St. Veit zugestand, den Betrieb der Multiplex-Plattform nicht aufgenommen zu haben. Die KommAustria stellte daraufhin mit Bescheid vom 30.04.2010, KOA 4.219/10-004, fest, dass die Bezirks TV St. Veit den Betrieb der ihr zugeordneten MUX-C Plattform „MUX C Kärnten“ nicht binnen eines Jahres (somit bis zum 01.12.2009) aufgenommen hat und die Inbetriebnahme der Multiplex-Plattform auch bis zum Zeitpunkt der Entscheidung durch die KommAustria nicht erfolgt ist.

Gegen diesen Bescheid erhob die Bezirks TV St. Veit Berufung an den BKS, welcher die Feststellung der KommAustria, dass durch die Nichterfüllung der im Zulassungsbescheid erteilten Auflage zur Inbetriebnahme der Multiplex-Plattform binnen einen Jahres ab Zulassungserteilung § 25 Abs. 2 PrTV-G (nunmehr AMD-G) verletzt wurde, mit Bescheid vom 01.07.2010, GZ 611.196/0004-BKS/2010, bestätigte. Die Aufnahme des Betriebs der Multiplex-Plattform erfolgte auch nicht bis zur Entscheidung des BKS am 01.07.2010.

Da auch in der weiteren Folge seitens der Bezirks TV St. Veit keine Meldung über die Aufnahme des Betriebs der Multiplex-Plattform erfolgte, leitete die KommAustria mit Schreiben vom 20.07.2010, KOA 4.219/10-008, neuerlich ein Verfahren zur Feststellung einer Rechtsverletzung wegen Verletzung von Auflagen des Zulassungsbescheides gemäß § 25 Abs. 2 und Abs. 5 iVm § 62 Abs. 1 PrTV-G (nunmehr AMD-G) ein und forderte die Bezirks TV St. Veit zur Stellungnahme auf.

Aufgrund der seitens der Bezirks TV St. Veit hierauf mit Schreiben vom 16.08.2010 erstatteten Stellungnahme, dass sie die mit der S. GmbH bzw. deren Geschäftsführer über die Errichtung der DVB-T Sendeanlagen getroffene Vereinbarung gekündigt habe und sich seit Ende Juli 2010 selbst um die Errichtung der Sendeanlagen bemühe und sich die Aufnahme des Sendebetriebs verzögern werde, musste die KommAustria davon ausgehen, dass die Bezirks TV St. Veit den Betrieb der ihr zugeordneten Multiplex-Plattform („MUX C Kärnten“) nach wie vor nicht aufgenommen hat und somit die Rechtsverletzung trotz rechtskräftig festgestelltem Verstoß gegen Auflagen des Zulassungsbescheides weiterhin andauerte.

In weiterer Folge leitete die KommAustria daher mit Schreiben vom 31.08.2010, KOA 4.219/10-010, gemäß § 25 Abs. 5 iVm § 63 PrTV-G (nunmehr AMD-G) ein Verfahren zum Entzug der Multiplex-Zulassung wegen wiederholter Verletzung von Auflagen des Zulassungsbescheides ein und beraumte eine öffentliche mündliche Verhandlung an.

Im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung erklärte die Bezirks TV St. Veit, noch keinen Sendebetrieb aufgenommen zu haben und an den Vorbereitungen hierfür zu arbeiten. Hierbei wurde als möglicher Termin für die Aufnahme des Sendebetriebs noch der Monat Oktober dieses Jahres in Aussicht gestellt. Hinsichtlich der Funkanlage „WOLFSBERG 1 (Koralpe) Kanal 51“ (Kärnten Ost) führte die Bezirks TV St. Veit aus, dass diese voraussichtlich im Oktober 2010 in Betrieb genommen werden und ein Testbetrieb erfolgen könne. Der Geschäftsführer der Bezirks TV St. Veit gab hierzu an, dass diesbezüglich Gespräche mit der T. AG stattfänden und kurz vor dem Abschluss stünden, sodass in weiterer Folge die Lieferung der Sendeanlagenteile in Angriff genommen werde. Hinsichtlich der Funkanlage „KLAGENFURT 3 (Pyramidenkogel) Kanal 54“ (Kärnten West) gab die Bezirks TV St. Veit an, dass der Standort Pyramidenkogel nicht mehr zur Verfügung stehe und daher der Stifterkogel als Ersatzstandort in Betracht gezogen werde. Diesbezüglich seien jedoch noch Baugenehmigungen erforderlich; dass eine allfällige Inbetriebnahme der ebenfalls fernmelderechtlich bewilligten Funkanlage „SPITTAL DRAU 1 (Goldeck) Kanal 54“ in Aussicht genommen werde, wurde nicht erklärt.

Allgemein zu den Ursachen der Verzögerung befragt, führte die Bezirks TV St. Veit aus, dass sie bis Ende Juli 2010 an eine mit der S. GmbH getroffene Vereinbarung gebunden war, der zufolge diese die Errichtung der Sendeanlagen vornehmen sollte. Nachdem die S. GmbH ihrer Verpflichtung nicht fristgerecht nachgekommen sei, hätte die Bezirks TV St. Veit die Kündigung der Vereinbarung vorgenommen, wobei die Kündigungsfrist erst mit Ende Juli 2010 endete. Daraufhin gesetzte Bemühungen der Bezirks TV St. Veit, eine Vereinbarung mit der Ö. GmbH & Co KG zu schließen, scheiterten letztlich an den damit verbundenen finanziellen Aufwendungen. Seither bemühe sich die Bezirks TV St. Veit selbst um die Errichtung der Sendeanlagen.

In dem am 10.11.2010 bei der KommAustria eingebrachten Informationsschreiben teilte die Bezirks TV St. Veit mit, dass eine Inbetriebnahme der Multiplex-Plattform nach wie vor nicht erfolgt sei, da der schriftliche Vertrag mit der T. AG hinsichtlich des Standortes auf der Koralpe noch fehle; die Bezirks TV St. Veit plane jedoch die Inbetriebnahme dieses Standortes noch vor Ende des Jahres 2010. Hinsichtlich des Standortes am Stifterkogel teilte die Bezirks TV St. Veit mit, dass die Baugenehmigungen noch einige Zeit in Anspruch nehmen würden.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass sich die Bezirks TV St. Veit seit Kündigung der Vereinbarung mit der S. GmbH selbst um die Errichtung der erforderlichen Sendeanlagen bemüht, jedoch bisher keinen Standort in Betrieb genommen hat. Obwohl noch in der mündlichen Verhandlung am 23.09.2010 die Aufschaltung des Standortes Koralpe für den Oktober 2010 in Aussicht genommen wurde, scheiterte eine solche bisher am Zustandekommen einer schriftlichen Vereinbarung mit dem Standortbetreiber. Seit Erteilung der Zulassung an die Bezirks TV St. Veit zur Errichtung und zum Betrieb der Multiplex-Plattform „MUX C Kärnten“ mit Bescheid der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.219/08-001, sind mittlerweile zwei Jahre (seit 01.12.2008) verstrichen.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den zitierten Bescheiden der KommAustria und des BKS sowie dem Vorbringen der Bezirks TV St. Veit im vorangegangenen Ermittlungsverfahren. Die Feststellungen, wonach die Bezirks TV St. Veit den Betrieb der ihr zugeordneten terrestrischen Multiplex-Plattform bis dato nicht aufgenommen hat, ergeben sich insbesondere aus den Stellungnahmen der Bezirks TV St. Veit vom 16.08.2010 und vom 10.11.2010, sowie aus den diesbezüglichen Ausführungen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 23.09.2010.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1.

Gemäß § 66 AMD-G ist Regulierungsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes die gemäß § 1 KOG eingerichtete KommAustria.

Für das vorliegende Verfahren sind folgende Bestimmungen von Relevanz:

Gemäß § 25 Abs. 5 AMD-G hat die Regulierungsbehörde die Einhaltung dieses Bundesgesetzes und der auf Grundlage des Abs. 2 erteilten Auflagen von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde einer nach § 61 Abs. 1 Z 1 oder Z 4 hierzu berechtigten Person zu überprüfen. Die Regulierungsbehörde hat dabei allenfalls festzustellen, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung dieses Bundesgesetzes oder eine Auflage des Zulassungsbescheides verletzt wurde. Wird eine Verletzung festgestellt, die im Zeitpunkt der Feststellung noch andauert, so hat der Multiplex-Betreiber unverzüglich einen der Rechtsansicht der Regulierungsbehörde entsprechenden Zustand herzustellen. Im Falle wiederholter oder schwerwiegender Rechtsverletzungen ist das Verfahren zum Entzug der Zulassung einzuleiten und unter sinngemäßer Anwendung der Regelungen des § 63 Abs. 2 und § 63 Abs. 3 Z 1 und Z 2 erster Fall AMD-G zu führen.

Die Erläuterungen (RV zur Novelle BGBl. 50/2010, 611 BlgNR XXIV. GP) zu § 25 Abs. 5 AMD-G lauten wie folgt: „Die Änderung in Abs. 5 passt die Rechtsaufsichtsmaßnahmen an die für Fernsehveranstalter geltenden Bestimmungen an.“ Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber im Falle wiederholter oder schwerwiegender Rechtsverletzungen durch Multiplex-Betreiber die in § 63 AMD-G geregelten Verfahrensvorschriften umfassender zur Anwendung bringen wollte, als dies dem Wortlaut des § 25 Abs. 5 letzter Satz AMD-G zu entnehmen ist. Eine Einschränkung der für Multiplex-Betreiber anzuwendenden Bestimmungen auf § 63 Abs. 2 und Abs. 3 Z 1 und Z 2 erster Fall AMD-G (so jedoch der Verweis in § 25 Abs. 5 letzter Satz AMD-G) würde im Ergebnis jedoch die Möglichkeit unterbinden, diesem im Falle des Vorliegens einer schwerwiegenden oder wiederholten Rechtsverletzung einen Auftrag zur Sanierung des rechtswidrigen Zustandes (§ 63 Abs. 4 Z 1) zu erteilen oder die Zulassung in letzter Konsequenz zu entziehen (§ 63 Abs. 4 Z 2 erster und zweiter Fall AMD-G). Dass einem Multiplex-Betreiber die Gelegenheit zur Herstellung

des bescheid- bzw. gesetzeskonformen Zustandes binnen angemessener Frist nicht offen stehen soll, oder der Regulierungsbehörde jegliche Möglichkeit zum Entzug einer Multiplex-Zulassung in den in Abs. 4 Z 2 leg. cit. genannten Fällen versagt wäre, kann dem Gesetzgeber jedoch nicht unterstellt werden.

Die Bestimmungen nach § 63 Abs. 2 bis 4 AMD-G lauten wie folgt:

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

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

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

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

1. außer in den Fällen der Z 2 dem Mediendiensteanbieter mit Bescheid aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand herzustellen und geeignete Vorkehrungen zu treffen, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden; der Mediendiensteanbieter hat diesem Bescheid binnen der von der Regulierungsbehörde festgesetzten, längstens achtwöchigen Frist zu entsprechen und darüber der Regulierungsbehörde zu berichten;
2. in den Fällen, in denen gegen einen Mediendiensteanbieter bereits mehr als einmal ein Bescheid gemäß Z 1 ergangen ist oder wenn der Mediendiensteanbieter einem Bescheid gemäß Z 1 nicht entspricht, die Zulassung zu entziehen oder [...].

Die verfahrensgegenständliche Auflage in Spruchpunkt 4.1.1. des Bescheides der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.219/08-001, resultiert aus den nachfolgend dargestellten rechtlichen Vorgaben:

Gemäß § 25 Abs. 2 Z 9 AMD-G hat die Regulierungsbehörde bei der Erteilung einer Multiplex-Zulassung durch Vorschreibung entsprechender Auflagen sicherzustellen, dass ein kontinuierlicher technischer Ausbau der Plattform gewährleistet ist.

Zu den durch die Aufgaben der KommAustria zu erreichenden Zielen zählt gemäß § 2 Abs. 3 Z 5 KOG (vormals § 2 Abs. 2 Z 5 KOG) die Optimierung der Nutzung des Frequenzspektrums für Rundfunk.

Auch § 21 Abs. 1 und Abs. 5 AMD-G streben in Fortsetzung der bisher geltenden Bestimmungen eine möglichst rasche Einführung von digitalem terrestrischen Fernsehen, den weiteren Ausbau und die Weiterentwicklung der digitalen Rundfunkverbreitung auf allen Übertragungsplattformen an.

§ 24 Abs. 1 AMD-G legt schließlich Folgendes fest: „Bewerben sich mehrere Antragsteller, die die gesetzlichen Voraussetzungen (§ 23 Abs. 2) erfüllen, um eine Multiplex-Zulassung, so hat die Regulierungsbehörde jenem Antragsteller den Vorrang einzuräumen, der Folgendes besser gewährleistet:

„1. ein rasch erreichter hoher Versorgungsgrad der Bevölkerung mit digitalen Signalen [...].“

Die Auswahlgrundsätzeverordnung 2007 (MUX-AG-V 2007) präzisiert hierzu in § 2 Abs. 2 Z 1 lit. a, dass jenem Antragsteller der Vorrang einzuräumen ist, der innerhalb eines Jahres ab Rechtskraft der Zulassung einen höheren Versorgungsgrad besser gewährleistet. Die Erläuterungen zu § 2 Abs. 2 Z 1 lit. a MUX-AG-V 2007 (Seite 6) lauten: „Antragsteller für eine lokale oder regionale Multiplex-Zulassung haben darzulegen, in welchen Ausbaustufen eine

möglichst hohe Versorgung des von ihnen definierten Verbreitungsgebietes innerhalb des ersten Jahres nach Rechtskraft der Zulassung erreicht werden wird. Hintergrund dafür ist die Zielsetzung, lokalen und regionalen Rundfunkveranstaltern rasch das größtmögliche Potenzial der digital-terrestrischen Programmverbreitung in ihrem Gebiet zu eröffnen. Bestimmte Vorgaben zum Versorgungsgrad werden nicht gemacht. Bewilligte Anlagen werden jedoch innerhalb eines festgelegten Zeitraums in Betrieb zu nehmen sein, um eine ökonomische Frequenznutzung zu gewährleisten. Entsprechend dem Digitalisierungskonzept 2007 kann es in bestimmten Fällen dazu kommen, dass Frequenzressourcen nicht sofort verfügbar sind, oder dass ein späterer Kanalwechsel durchgeführt werden muss.“
[Anm.: Hervorhebung nicht im Original]

Den Erläuterungen zur MUX-AG-V 2007 (Seite 5) ist schließlich zu entnehmen, dass auch für den Fall, dass es zu keinem Auswahlverfahren nach § 24 Abs. 1 AMD-G kommt, einzelne hier angesprochene Aspekte nach § 25 Abs. 2 letzter Satz AMD-G im Zulassungsbescheid als Auflage vorgeschrieben werden können, sofern dies zur Sicherung der Einhaltung des Audiovisuelle Mediendienste-Gesetzes (vormals Privatfernsehgesetz) notwendig ist.

Vor dem Hintergrund dieser Vorgaben enthielt der Bescheid der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.219/08-001, mit welchem der Bezirks TV St. Veit die Zulassung zur Errichtung und zum Betrieb einer terrestrischen Multiplex-Plattform für das Versorgungsgebiet „Kärnten“ erteilt worden ist, in Spruchpunkt 4.1.1. die Auflage, dass der Betrieb derselben binnen einen Jahres, somit bis zum 01.12.2009 aufzunehmen und der KommAustria die Inbetriebnahme anzuzeigen ist.

4.2.

Mit Bescheid vom 30.04.2010, KOA 4.219/10-004, hat die KommAustria festgestellt, dass die Bezirks TV St. Veit den Betrieb der ihr zugeordneten MUX C Plattform „MUX C Kärnten“ nicht binnen eines Jahres ab Zulassungserteilung (also bis zum 01.12.2009) aufgenommen hat und dadurch die ihr im Zulassungsbescheid vom 07.11.2008, KOA 4.219/08-001, in Spruchpunkt 4.1.1. des Bescheides erteilte Auflage verletzt hat. In diesem Zusammenhang wurde auch festgestellt, dass die Verletzung der Auflage im Zeitpunkt der Entscheidung noch andauerte. Gegen diesen Bescheid erhob die Bezirks TV St. Veit Berufung, wobei sie im Wesentlichen vorbrachte, an die mit der S. GmbH getroffene Vereinbarung gebunden gewesen zu sein, der zufolge diese die für die Multiplex-Plattform erforderlichen Sendeanlagen errichten und betreiben sollte. Eine Auflösung dieser Vereinbarung sei nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist möglich. Schließlich hätte auch die Finanzkrise zur Auflösung von Finanzierungszusagen und damit zur Verzögerung der Errichtung der Sendeanlagen geführt.

Mit Bescheid vom 01.07.2010, GZ 611.196/0004-BKS/2010, bestätigte der BKS die Entscheidung der KommAustria hinsichtlich der Feststellung, dass die Bezirks TV St. Veit durch die Nichtaufnahme des Betriebs der Multiplex-Plattform binnen eines Jahres ab Zulassungserteilung gegen Auflagen im Zulassungsbescheid und damit gegen § 25 Abs. 2 AMD-G verstoßen habe. Hierbei führte der BKS aus, dass es unerheblich sei, aus welchen subjektiven, der Sphäre der Zulassungsinhaberin zuzurechnenden Gründen der Betrieb nicht aufgenommen worden sei, da es gemäß § 25 Abs. 5 AMD-G ausschließlich auf die Frage des objektiven Vorliegens eines Verstoßes gegen Auflagen ankäme. Darüber hinaus führte der BKS aus, dass im Rahmen eines auf Grundlage des § 25 Abs. 5 1. Satz PrTV-G idF BGBl. I Nr. 52/2007 (nunmehr § 25 Abs. 5 AMD-G idF BGBl. I Nr. 50/2010) geführten Verfahrens zur Feststellung einer Rechtsverletzung eine Fristsetzung zur Herstellung des bescheidkonformen Zustandes nicht zulässig sei und somit unverzüglich ein der Rechtsansicht der Regulierungsbehörde entsprechender Rechtszustand herzustellen sei, wenn die betreffende Rechtsverletzung im Zeitpunkt der Feststellung noch andauere. Für den Fall des Fortbestehens der Rechtsverletzung im Zeitpunkt der Feststellung hat der BKS weiters ausgeführt, dass – sofern es sich bei dem festgestellten Verstoß gegen die Auflage

nicht schon um einen schwerwiegenden Verstoß handle und damit das Verfahren zum Entzug einzuleiten wäre – unverzüglich ein der Rechtsansicht der Regulierungsbehörde entsprechender Zustand herzustellen sei. Wenn der Multiplex-Betreiber hierauf nicht unverzüglich den Sendebetrieb aufnehme, so sei im Wege der neuerlichen Feststellung eines Verstoßes wegen wiederholter Rechtsverletzung ein Verfahren zum Entzug der Zulassung einzuleiten.

Die Zulassungsinhaberin Bezirks TV St. Veit hat die ihr zugeordnete Multiplex-Plattform „MUX C Kärnten“ auch nach der Entscheidung des BKS am 01.07.2010 nicht in Betrieb genommen; eine Inbetriebnahme ist zudem bis heute – und somit beinahe zwei Jahre nach Beginn der Zulassung – nicht erfolgt. Es war daher davon auszugehen, dass die Bezirks TV St. Veit trotz einmal rechtskräftig festgestellter Verletzung von Auflagen des Zulassungsbescheides aufgrund der fortgesetzten Nichtaufnahme des Betriebs der ihr zugeordneten Multiplex-Plattform zum wiederholten Mal gegen Auflagen des Zulassungsbescheides verstößt.

4.3.

Mit Schreiben vom 31.08.2010, KOA 4.219/10-010, wurde daher gemäß § 25 Abs. 5 letzter Satz AMD-G unter sinngemäßer Anwendung der Regelungen zum Entzugsverfahren gemäß § 63 AMD-G ein Entzugsverfahren wegen wiederholtem Verstoß gegen die Auflagen im Zulassungsbescheid eingeleitet.

Eine öffentliche mündliche Verhandlung wurde gemäß § 63 Abs. 2 AMD-G am 23.09.2010 unter Teilnahme der Bezirks TV St. Veit durchgeführt. Die in der Verhandlung vorgebrachten Umstände zur bisher nicht erfolgten Aufnahme des Betriebs der Multiplex-Plattform gaben weiterhin keinen Anlass für die Regulierungsbehörde davon auszugehen, dass die Zulassungsinhaberin aus von ihr nicht zu vertretenden Gründen an der fristgemäßen Inbetriebnahme der Multiplex-Plattform gehindert worden war. Vielmehr gab die Bezirks TV St. Veit an, erst nach erstmaliger Feststellung einer Rechtsverletzung durch die KommAustria im April dieses Jahres wegen nicht fristgerechter Aufnahme des Betriebs der Multiplex-Plattform die Vereinbarung über die Errichtung der erforderlichen Sendeanlagen mit der S. GmbH gekündigt zu haben, wobei zudem eine Kündigungsfrist einzuhalten war.

Die Bezirks TV St. Veit hat sich bereits im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung einer Multiplex-Zulassung der S. GmbH als Partnerin für die Errichtung der für die Multiplex-Plattform erforderlichen Sendeanlagen bedient, wobei es als zulässig anzusehen ist, sich zur Erfüllung einzelner Voraussetzungen für den Erhalt einer Zulassung einer Drittfirma zu bedienen. An der grundsätzlichen Eignung der S. GmbH zur Errichtung der für den Betrieb der Multiplex-Plattform erforderlichen Sendeanlagen bestanden zudem keine Zweifel, sodass es jedenfalls der Zulassungsinhaberin zuzurechnen ist, wenn sich die von ihr zur Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen herangezogenen Drittfirmen als unverlässlich herausstellen.

Zudem ist in diesem Zusammenhang auf die bereits oben erwähnten Ausführungen des BKS in seiner Entscheidung vom 01.07.2010, GZ 611.196/0004-BKS/2010, hinzuweisen, denen zufolge unerheblich sei, aus welchen subjektiven, der Sphäre der Zulassungsinhaberin zuzurechnenden Gründen der Betrieb nicht aufgenommen worden ist, da es gemäß § 25 Abs. 5 PrTV-G (nunmehr AMD-G) ausschließlich auf die Frage des objektiven Vorliegens eines Verstoßes gegen Auflagen ankomme.

Da bereits mit Erteilung der Multiplex-Zulassung fernmelderechtliche Bewilligungen – etwa für den Standort auf der Koralpe – erteilt worden sind, bestanden somit keine objektiven Hindernisse für die Aufnahme des Sendebetriebs. Zudem wäre es zur Erfüllung der Auflage in Spruchpunkt 4.1.1. des Zulassungsbescheides ausreichend, zunächst eine Sendeanlage zu betreiben, um den Plattform-Betrieb zu beginnen.

Ausschlussgründe für das Vorliegen einer „wiederholten“ Rechtsverletzung nach den Z 1 bis Z 3 des § 63 Abs. 3 AMD-G sind ebenso wenig gegeben. Einerseits hat es die Zulassungsinhaberin seit Beginn der Zulassung vor zwei Jahren nicht bewerkstelligt, den Betrieb zumindest einer Sendeanlage für die Multiplex-Plattform aufzunehmen, wobei bereits einmal rechtskräftig die Verletzung der diesbezüglichen Auflage festgestellt wurde. Andererseits können die Folgen der festgestellten Rechtsverletzung vor dem Hintergrund der in den §§ 21 Abs. 1, Abs. 5 und 25 Abs. 2 Z 9 AMD-G sowie § 2 Abs. 3 Z 5 KOG niedergelegten Ziele nicht als unbedeutend qualifiziert werden. Die Nichtaufnahme des Betriebs der Multiplex-Plattform über einen Zeitraum von zwei Jahren steht diesen Zielen, insbesondere der Optimierung der Nutzung des Frequenzspektrums für Rundfunk klar entgegen. Die Bezirks TV St. Veit zeigte sich zwar einsichtig, traf jedoch von sich aus keine geeigneten Vorkehrungen, um binnen der Einjahresfrist den Betrieb der Multiplex-Plattform aufzunehmen. Schließlich ergaben sich für die Regulierungsbehörde weder aus dem Ermittlungsverfahren noch aus der mündlichen Verhandlung Anhaltspunkte dafür, dass der Rechtsverletzung eine vertretbare Rechtsansicht im Sinne von Z 3 leg. cit. zugrunde gelegen wäre.

4.4.

Die Bezirks TV St. Veit hat daher der ihr mit Bescheid der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.219/08-001, erteilten Auflage gemäß Spruchpunkt 4.1.1., wonach der Betrieb der Multiplex-Plattform bis zum 01.12.2009 aufzunehmen und der KommAustria die Inbetriebnahme anzuzeigen ist, wiederholt nicht entsprochen (vgl. Spruchpunkt 1.).

Zur Gewährleistung der Erfüllung der Auflage gemäß Spruchpunkt 4.1.1. des Bescheides der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.219/08-001, war der Bezirks TV St. Veit gemäß § 63 Abs. 4 Z 1 AMD-G aufzutragen, binnen acht Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides den rechtmäßigen Zustand in der Form herzustellen, dass der Betrieb der ihr zugeordneten terrestrischen Multiplex-Plattform aufzunehmen und der KommAustria die Inbetriebnahme anzuzeigen ist (vgl. Spruchpunkt 2.).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

Wien, am 1. Dezember 2010

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Dr. Florian Philipitsch, LL.M.
(Vorsitzenden-Stellvertreter)

Zustellverfügung:

Bezirks TV St. Veit Produktions- und Vertriebsges.m.b.H., Lastenstraße 28a, A-9300 St. Veit, z.Hd.
GF Johannes Merl, **per RSb**