

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat I, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzendem und den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, über den Antrag des Österreichischen Rundfunks, vertreten durch Korn Rechtsanwälte OG, Argentinierstrasse 20/1/3, 1040 Wien, vom 04.11.2010 auf Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts wider die Antragsgegnerin Sky Österreich GmbH, Schönbrunnerstraße 297/2, 1120 Wien, gemäß § 5 Fernseh-Exklusivrechtgesetz, BGBl. I Nr. 85/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, wie folgt entschieden:

I. Spruch

Die Sky Österreich GmbH war gemäß § 5 Abs. 1 iVm Abs. 2 bis 5, Abs. 7 und Abs. 8 FERG verpflichtet, dem Österreichischen Rundfunk (ORF) die Sendesignale der Übertragungen der am 21.10., 04.11., 01.12., 02.12., 15.12. und 16.12.2010 im Rahmen der UEFA Europa League ausgetragenen Spiele der österreichischen Fußballvereine Red Bull Salzburg und SK Rapid Wien, unter folgenden Bedingungen zur Verfügung zu stellen, und der ORF war berechtigt, diese Signale zu folgenden Bedingungen aufzuzeichnen und zur Herstellung und Sendung eines Kurzberichtes zu verwenden:

1. Die Kurzberichterstattung ist gemäß § 5 Abs. 3 Z 1 und Z 2 FERG auf eine dem Anlass entsprechende nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung beschränkt und darf nur in allgemeinen Nachrichtensendungen verwendet werden, wobei dies auch die im zeitlichen Nahebereich zu den allgemeinen Nachrichtensendungen des ORF (ZiB) ausgestrahlten Sportnachrichten umfasst.
2. Die Dauer der Kurzberichterstattung bemisst sich gemäß § 5 Abs. 3 Z 4 FERG nach der Länge der für die Vermittlung des nachrichtenmäßigen Informationsgehaltes eines Spiels erforderlichen Zeit, wobei die Dauer eines Kurzberichtes pro Spiel höchstens 90 Sekunden betragen darf.
3. Die Sendung des Kurzberichtes darf gemäß § 5 Abs. 3 Z 6 FERG nicht vor Beginn der Sendung des Ereignisses durch die Sky Österreich GmbH und frühestens 30 Minuten nach dem planmäßigen Ende des einzelnen Spiels, über das berichtet wird, erfolgen.

4. Die Kurzberichterstattung über ein Spiel kann im Rahmen der in den Spruchpunkten 1 bis 3 festgelegten Grenzen solange und sooft erfolgen, als ein allgemeines nachrichtenmäßiges Informationsinteresse an dem im Kurzbericht abgebildeten Ereignis besteht.
5. Für die Erstellung der Kurzberichte ist der ORF gemäß § 5 Abs. 3 Z 3 und Z 7 FERG berechtigt, das Satellitensignal (dirty feed) der Sky Österreich GmbH aufzuzeichnen, wobei während der Übertragung des Kurzberichtes gut lesbar die Quelle „Sky Österreich GmbH“ anzuführen und darauf hinzuweisen ist, dass es sich um einen Kurzbericht handelt.
6. Der ORF ist gemäß § 5 Abs. 5 FERG iVm § 3 Abs. 4a des Bundesgesetzes über den Österreichischen Rundfunk (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 50/2010, berechtigt, die Nachrichtensendung mit dem Kurzbericht unverändert für die Dauer von 24 Stunden nach der Ausstrahlung im Rahmen eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf bereitzustellen.
7. Der Sky Österreich GmbH gebührt für die Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts gemäß § 5 Abs. 4 FERG ein Ersatz für die unmittelbar mit der Gewährung des Zugangs zum Satellitensignal verbundenen zusätzlichen Kosten. Diese belaufen sich aufgrund eines dem ORF von der Sky Österreich GmbH kostenlos zur Verfügung gestellten Abonnements auf EUR 0,-.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 04.11.2010, am selben Tag bei der KommAustria eingelangt, beantragte der ORF gemäß § 5 FERG die Feststellung, dass die Sky Österreich GmbH verpflichtet ist bzw. war, dem ORF das Kurzberichterstattungsrecht an den im Rahmen der UEFA Europa League ab dem 01.10.2010 ausgetragenen Spielen, an denen die Mannschaften Red Bull Salzburg und SK Rapid Wien teilnehmen bzw. teilgenommen haben, einzuräumen, ohne hierfür ein Entgelt zu beanspruchen, das die mit den unmittelbar mit der Gewährung des Zugangs verbundenen zusätzlichen Kosten übersteigt.

Mit Schreiben vom 10.11.2010 übermittelte die KommAustria den Antrag des ORF an die Sky Österreich GmbH und räumte dieser die Möglichkeit ein, hierzu sowie zu Alternativen (im Sinne anderer einschränkender Bedingungen für die Ausübung des Kurzberichterstattungsrechts) zur kostenlosen Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts binnen einer Woche Stellung zu nehmen. Ferner wurde die Sky Österreich GmbH um Vorlage der bis zum In Kraft Treten der Novelle zum Fernseh-Exklusivrechtegesetz (BGBl. I Nr. 50/2010) am 01.10.2010 geltenden Vereinbarung mit dem ORF ersucht.

Mit Schreiben vom 17.11.2010, am selben Tag bei der KommAustria eingelangt, nahm die Sky Österreich GmbH zu den aufgetragenen Punkten Stellung und übermittelte den Schriftverkehr mit dem ORF, in welchem sich einerseits die Vereinbarung hinsichtlich der bis zum 01.10.2010 ausgetragenen Spiele (Beilagen ./1 und 2./) sowie andererseits die Verhandlungen über die Bedingungen des Kurzberichterstattungsrechts für die Zeit nach dem 01.10.2010 widerspiegeln (Beilage ./3). In diesem Schreiben beantragte die Sky Österreich GmbH weiters, die KommAustria möge feststellen, dass dem ORF das Kurzberichterstattungsrecht an den im Rahmen der UEFA Europa League 2010/2011 ab dem 01.10.2010 ausgetragenen Spielen österreichischer Mannschaften zu den in der vorgelegten Beilage ./3 festgehaltenen Bedingungen sowie unter Zahlung einer

angemessenen Abgeltung für die Beschränkung der Exklusivrechte einzuräumen ist bzw. war. Dieses Schreiben übermittelte die KommAustria per E-Mail an den ORF zur Kenntnis.

Am 18.11.2010 fand gemäß § 5 Abs. 7 FERG ein Vermittlungstermin der KommAustria zwischen dem ORF und der Sky Österreich GmbH statt, in dessen Rahmen auf eine gütliche Einigung zwischen den Parteien hingewirkt wurde. Im Rahmen dieses Vermittlungsgesprächs wurden die Bedingungen für eine Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts für die näher bezeichneten Spiele der UEFA Europa League im Detail erörtert und die jeweiligen Rechtsmeinungen zur Frage einer über die Kosten des Zugangs zum Signal hinausgehenden Vergütung gehört. Eine Einigung konnte jedoch nicht erzielt werden. Die Sky Österreich GmbH wurde anlässlich des Vermittlungstermins um Vorlage weiterer Unterlagen ersucht.

Mit Schreiben vom 15.12.2010, am selben Tag bei der KommAustria eingelangt, übermittelte die Sky Österreich GmbH Auszüge aus der mit der Associations Européennes de Football (nachfolgend UEFA) abgeschlossenen Vereinbarung über den Erwerb ausschließlicher Übertragungsrechte für die Pay TV-Übertragung von Spielen der UEFA Europa League der Saisonen 2009/2010 bis 2011/2012 für das Lizenzgebiet Österreich. Diese Auszüge beinhalten die erworbenen Rechtepakete und die wesentlichen Bedingungen sowie die dazu vereinbarten Konkretisierungen. Ferner übermittelte die Sky Österreich GmbH die konkreten Sendeschemata für die Spielübertragungen.

Mit Schreiben vom 16.12.2010, am selben Tag bei der KommAustria eingelangt, übermittelte der ORF eine schriftliche Äußerung und teilte darin auch die genauen Spieltermine der vom Antrag erfassten Spiele der UEFA Europa League mit. Diese Äußerung wurde der Sky Österreich GmbH mit Schreiben der KommAustria vom 20.12.2010 übermittelt.

2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

Die Sky Österreich GmbH ist eine zu FN 122204 m beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung und einem zur Gänze einbezahlten Stammkapital in Höhe von EUR 36.336,42. Sie hat ihren Sitz in Wien. Als selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer fungiert Carsten Schmidt seit 02.02.2006. Kai Mitterlechner vertritt die Sky Österreich GmbH gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer seit 24.06.2009. Alleinige Muttergesellschaft der Sky Österreich GmbH ist die im Handelsregister (HRA 80699) des Amtsgerichtes München eingetragene Sky Deutschland Fernsehen GmbH & Co KG mit Sitz in Unterföhring.

Die Sky Österreich GmbH ist aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 20.09.2002, KOA 2.100/02-019, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung des digital und verschlüsselt ausgestrahlten Fernsehprogramms „Sky Sport Austria“ über den Satelliten ASTRA 1 H.

Der ORF ist gemäß § 1 Abs. 1 iVm mit Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Österreichischen Rundfunk (ORF-G), BGBl. I Nr. 83/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, eine Stiftung öffentlichen Rechts, deren Zweck die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags gemäß den §§ 3 bis 5 ORF-G darstellt. Der Versorgungsauftrag umfasst gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 und Z 2 ORF-G jedenfalls die Versorgung mit drei österreichweit und neun bundeslandweit empfangbaren Programmen des Hörfunks sowie mit zwei österreichweit empfangbaren Programmen des Fernsehens. Darüber hinaus zählt zum Versorgungsauftrag unter anderem auch die Bereitstellung von mit Rundfunkprogrammen nach § 3 Abs. 1 und Abs. 8 ORF-G in Zusammenhang stehenden Online-Angeboten gemäß § 4e und § 4f ORF-G.

Die Sky Österreich GmbH hat mit Vertrag vom 21.08.2009 ausschließliche Übertragungsrechte für die Pay TV-Übertragung von Spielen der UEFA Europa League der

Saisonen 2009/2010 und 2010/2011 für das Lizenzgebiet Österreich erworben. Die seitens der Sky Österreich GmbH erworbenen exklusiven Übertragungsrechte umfassen unter anderem auch die Online-Bereitstellung im Lizenzgebiet. Bei den vertragsgegenständlichen Spielen handelt es sich insbesondere auch um folgende Spiele:

Gruppe A der Europa League (Red Bull Salzburg)

16.09.2010 Red Bull Salzburg vs. Manchester City
30.09.2010 Lech Posen vs. Red Bull Salzburg
21.10.2010 Red Bull Salzburg vs. Juventus Turin
04.11.2010 Juventus Turin vs. Red Bull Salzburg
01.12.2010 Manchester City vs. Red Bull Salzburg
16.12.2010 Red Bull Salzburg vs. Lech Posen

Gruppe L der Europa League (SK Rapid Wien)

16.09.2010 FC Porto vs. SK Rapid Wien
30.09.2010 SK Rapid Wien vs. Besiktas Istanbul
21.10.2010 ZSKA Sofia vs. SK Rapid Wien
04.11.2010 SK Rapid Wien vs. ZSKA Sofia
02.12.2010 SK Rapid Wien vs. FC Porto
15.12.2010 Besiktas Istanbul vs. Rapid Wien

Der ORF hat die Einräumung des Rechts auf Kurzberichterstattung hinsichtlich der oben genannten Spiele bei der Sky Österreich GmbH geltend gemacht und mit dieser am 11.09.2010 sowie am 15.09.2010 auf Grundlage der bis zum 01.10.2010 geltenden Rechtslage eine Vereinbarung getroffen, welche neben der Abgeltung der für den Zugang zum Sendesignal entstehenden Kosten auch die Abgeltung darüber hinaus gehender Rechtekosten in Höhe von EUR 700,- pro Minute bei sekundengenauer Abrechnung beinhaltete. Da mit In Kraft Treten der Novelle zum Fernseh-Exklusivrechtsgesetz in Umsetzung der Richtlinie über Audiovisuelle Mediendienste (RL 2010/13/EU) der Wegfall der Verpflichtung zur angemessenen Abgeltung der Verwertungsrechte absehbar wurde, befristeten der ORF und die Sky Österreich GmbH diese Vereinbarung mit dem In Kraft Treten der Änderung des Fernseh-Exklusivrechtsgesetzes am 01.10.2010 und behielten sich für die nach dem 01.10.2010 stattfindenden Spiele die Aushandlung einer neuen Vereinbarung vor. Die Einigung über die Einräumung des Kurzberichterstattungsrechtes erfasste daher nur die beiden jeweils erst genannten Spiele am 16.09.2010 und am 30.09.2010.

Hinsichtlich der nach dem 01.10.2010 stattgefundenen Spiele besteht zwischen der Sky Österreich GmbH und dem ORF insoweit Uneinigkeit über die Bedingungen der Einräumung des Kurzberichterstattungsrechtes, als die Abgeltung der über die unmittelbar mit der Gewährung des Zugangs hinausgehenden Kosten betroffen ist und der ORF den Standpunkt vertritt, dass das Kurzberichterstattungsrecht – abgesehen von den Kosten für den Zugang zum Sendesignal – aufgrund der neuen Rechtslage unentgeltlich einzuräumen sei. Ebenso wenig herrscht völlige Übereinstimmung hinsichtlich der Dauer der unveränderten Ausstrahlung des Kurzberichtes durch den ORF im Rahmen eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf.

Der KommAustria wurde im gegenständlichen Verfahren der Schriftverkehr über die Bemühungen der Sky Österreich GmbH und des ORF, eine Einigung über die Bedingungen des Kurzberichterstattungsrechtes für die nach dem 01.10.2010 stattgefundenen Spiele zu erzielen, vorgelegt. Im Rahmen dieses Schriftwechsels sowie des bei der KommAustria am 18.11.2010 durchgeführten Vermittlungsgesprächs legten die Parteien dar, dass vorbehaltlich der Frage der Entgeltlichkeit der Einräumung des Kurzberichterstattungsrechtes

sowie der Dauer der Bereitstellung im Rahmen eines Mediendienstes auf Abruf folgende Bedingungen außer Streit gestellt werden konnten:

1. Die Dauer der Kurzberichterstattung bemisst sich nach der Länge der für die Vermittlung des nachrichtenmäßigen Informationsgehaltes eines Spiels erforderlichen Zeit, wobei die Höchstdauer eines Kurzberichtes pro Spiel 90 Sekunden beträgt.
2. Die Kurzberichterstattung ist auf eine dem Anlass entsprechende nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung beschränkt und wird nur in allgemeinen Nachrichtensendungen verwendet, wobei dies auch die im zeitlichen Nahebereich zu den allgemeinen Nachrichtensendungen des ORF (ZiB) ausgestrahlten Sportnachrichten mit umfasst.
3. Die Sendung des Kurzberichtes erfolgt nicht vor Beginn der Sendung des Ereignisses durch die Sky Österreich GmbH und frühestens 30 Minuten nach dem planmäßigen Ende des einzelnen Spiels (somit 135 Minuten nach Anpfiff), über das berichtet wird.
4. Die Kurzberichterstattung über ein Spiel kann solange und sooft erfolgen, als ein allgemeines nachrichtenmäßiges Informationsinteresse an dem im Kurzbericht abgebildeten Ereignis besteht. Die ursprünglich vereinbarte zeitliche Begrenzung und Häufigkeit der Kurzberichterstattung (bis zu sechs Mal innerhalb von 48 Stunden nach planmäßigem Ende des Ereignisses) wurde zugunsten der Anknüpfung an das Bestehen eines nachrichtenmäßigen Informationsinteresses gestrichen.
5. Für die Erstellung der Kurzberichte greift der ORF auf das Satellitensignal (dirty feed) der Sky Österreich GmbH zu, wobei er während der Übertragung des Kurzberichtes gut lesbar die Quelle „Sky Österreich GmbH“ anführt.
6. Für das Abgreifen des Satellitensignals fällt nach den Angaben von ORF und der Sky Österreich GmbH Österreich kein Entgelt an, zumal dem ORF von der Sky Österreich GmbH Österreich ein kostenloses Abonnement für das betreffende Programm eingeräumt wurde.

Hinsichtlich der Frage eines Entgeltes für die Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts konnte auch im Rahmen des Vermittlungsgesprächs am 18.11.2010 keine Einigung zwischen ORF und der Sky Österreich GmbH erzielt werden. In diesem Zusammenhang wurde von den Parteien dargelegt, dass auch Alternativen – etwa weitere Einschränkungen des Kurzberichterstattungsrechts – eine gütliche Einigung nicht herzustellen vermögen. Abgesehen von der Frage der Entgeltlichkeit der Ausübung des Kurzberichterstattungsrechts wurden im Rahmen des Vermittlungsgesprächs auch die zeitlichen Schranken einer Bereitstellung des Kurzberichtes im Rahmen eines Mediendienstes auf Abruf erörtert, wobei die Sky Österreich GmbH einer unveränderten Online-Bereitstellung des Kurzberichtes für die Dauer von maximal 24 Stunden nach dessen Ausstrahlung zustimmte, eine darüber hinausgehende längere Bereitstellung jedoch ablehnt. Demgegenüber verwies der ORF auf seine Verpflichtungen nach dem ORF-G, wonach er eine „unveränderte“ Online-Bereitstellung für einen Zeitraum von bis zu sieben Tagen zu ermöglichen habe; die Verpflichtung zur unveränderten Bereitstellung deutete der ORF dahin, dass ihm ein „Herausschneiden“ des Kurzberichtes nach Ablauf der 24 Stunden nicht gestattet sei.

Der ORF brachte in der Frage der Entgeltlichkeit der Kurzberichterstattung vor, dass die ursprüngliche Einigung mit der Sky Österreich GmbH explizit mit einer Gesetzesänderung des FERG befristet war, da aufgrund der Vorgaben der Richtlinie über Audiovisuelle Mediendienste (RL 2010/13/EU) absehbar war, dass die nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) vom 20.12.2005, Zl. 2004/04/0199, verankerte Verpflichtung zur Leistung eines angemessenen Entgeltes entfallen werde. Die Mediendiensterichtlinie sehe vor, dass die Abgeltung des Kurzberichterstattungsrechts die mit der Gewährung des Zugangs verbundenen Kosten nicht übersteigen darf. Dies habe der

österreichische Gesetzgeber in der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 zum FERG auch umgesetzt. Nach der am 01.10.2010 in Kraft getretenen Neuregelung gemäß § 5 Abs. 4 FERG sei daher das Fordern eines Entgelts, das die Kosten des Zugangs zum Signal übersteigt nicht mehr zulässig. Schließlich erklärte der ORF, dass er als Rechteinhaber und damit in der Position des verpflichteten Fernsehveranstalters anderen berechtigten Fernsehveranstaltern schon seit einiger Zeit das Kurzberichterstattungsrecht unentgeltlich einräume; eine freiwillige Zahlung im gegenständlichen Fall würde damit die eigene, bisher geübte Praxis in anderen Fällen in Frage stellen.

Die Sky Österreich GmbH vertritt dem gegenüber die Rechtsauffassung, dass die nunmehr in § 5 Abs. 4 FERG vorgesehene Begrenzung der für die Einräumung eines Kurzberichterstattungsrechts erstattungsfähigen Kosten auf den Ersatz der unmittelbar mit der Gewährung des Zugangs verbundenen zusätzlichen Kosten innerstaatlichem Verfassungsrecht widerspräche. Nach Auffassung der Sky Österreich GmbH, welche sich hierzu auf die zu § 5 FERG idF BGBl. I Nr. 85/2001 ergangenen Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 20.12.2005, Zl. 2004/04/0199, und des Verfassungsgerichtshofes vom 01.12.2006, B 551/06, B 567/06, beruft, sei bei einem Wegfall einer finanziellen Abgeltung ein verhältnismäßiger Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum des Exklusivrechteinhabers nach Art. 5 StGG sowie Art. 1 des 1. ZP EMRK nicht mehr gewährleistet. Dies könne auch durch andere Maßnahmen, wie etwa die Verlängerung der Karenzzeit, nicht ausreichend kompensiert werden. Der VfGH habe ausgesprochen, dass durch „angemessene Bedingungen“ für die Rechteinräumung die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Rechte des Exklusivrechteinhabers insgesamt gewährleistet werden soll, sodass es in verfassungskonformer Interpretation geboten sei, bei der Festsetzung der angemessenen Abgeltung des Wertes der Kurzberichterstattung auch auf das Entgelt für den Erwerb der Exklusivrechte Bedacht zu nehmen. Der VfGH habe sich dieser Rechtsmeinung angeschlossen und ausgeführt, dass ein unentgeltlicher Eingriff in die Verwertungsrechte unverhältnismäßig sei und auch dem Gleichheitssatz widerspräche.

Die Sky Österreich GmbH bringt darauf aufbauend vor, dass die in Art 15 Abs. 6 AVMD-RL (vormals Art 3k Abs. 6 AVMD-RL) neu getroffene Kostenerstattungsregelung des Kurzberichterstattungsrechts, auf der § 5 Abs. 4 FERG in der geltenden Fassung fußt, gegen europäisches Primärrecht verstoße, da sowohl im Unionsvertrag als auch in der Rechtsprechung des EuGH die Grundrechte, wie sie in der EMRK und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten niedergelegt seien, allgemeine Grundsätze des Unionsrechts darstellten. Da die Grundrechte und daher auch die Eigentumsgarantie Teile des Primärrechtes der Europäischen Union sind, hätten auch alle davon abgeleiteten Rechtsakte diese Grundsätze zu beachten.

Darüber hinaus bemängelte die Sky Österreich GmbH, dass die Eigentumsbeschränkung durch die nach der neuen Rechtslage zusätzlich eingeführte Zurverfügungstellung von Kurzberichten in audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf noch weiter ausgedehnt worden und somit die geforderte Verhältnismäßigkeit noch weniger gegeben sei. Daher sei durch die erfolgte Novellierung des Kurzberichterstattungsrechts das Ungleichgewicht zu Lasten der Rechteinhaber noch weiter verstärkt worden, indem einerseits die finanzielle Abgeltung für die Einräumung eines Kurzberichterstattungsrechts weggefallen sei und andererseits berechtigten Fernsehveranstaltern auch die Möglichkeit zur Nutzung des Kurzberichtes im Rahmen von audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf für bis zu sieben Tage eingeräumt werde. In einer allfälligen Einschränkung der Online-Bereitstellung erblickt die Sky Österreich GmbH daher schon deshalb keinen angemessenen Ausgleich für eine unentgeltliche Bereitstellung, da diese Möglichkeit erst durch die Novelle des FERG eröffnet worden sei und dadurch gar keine Besserstellung des Verpflichteten im Vergleich zur bisherigen Rechtslage erreicht werden könnte.

Beide Parteien erklärten zudem, dass eine Verlängerung der Karenzzeit keine Auswirkungen auf die Entgeltfrage hätte, ohne dass man das Kurzberichterstattungsrecht durch eine zu lange Verschiebung konterkarieren würde.

Auf die Möglichkeit angesprochen, eine Ausweitung der zulässigen Verwertung des Kurzberichts über das Gesetz hinaus bei gleichzeitiger Zahlung eines entsprechenden Entgelts durch den ORF vertraglich zu regeln, erklärte die Sky Österreich GmbH, dass gerade diese Verwendungsbeschränkungen (insbesondere auf Nachrichtensendungen) für sie essenziell seien. Der ORF beschränkt sein Interesse an einer Kurzberichterstattung zudem auch auf die planmäßigen Nachrichtensendungen.

Hinsichtlich der von der Sky Österreich GmbH geltend gemachten Verfassungs- bzw. Primärrechtswidrigkeit einer unentgeltlichen Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts brachte der ORF seinerseits vor, dass diese Argumentation in einem im Frühjahr geführten Verfahren auch von ihm als verpflichtetem Fernsehveranstalter vorgebracht worden sei; klarzustellen sei in diesem Zusammenhang jedoch, dass ein angemessener Interessenausgleich nur in jenem Rahmen gebildet werden könne, wie er von Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof in den hinlänglich bekannten Verfahren herausgearbeitet worden sei. Eine darüber hinausgehende Entgeltlichkeit würde nach dem Verständnis des ORF das Kurzberichterstattungsrecht konterkarieren. Faktum bleibe allerdings, dass Art 3k Abs. 6 AVMD-RL (nunmehr Art 15 Abs. 6 AVMD-RL) nur eine sehr eingeschränkte und für den hier relevanten Zusammenhang irrelevante Kostenerstattungsregelung zulasse. An diese Richtlinienvorgabe sei der nationale Gesetzgeber selbst dann gebunden (Art 288 AEUV), wenn sich die Umsetzung nach nationalem Verfassungsrecht als verfassungswidrig darstelle, da nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH Rs 11/70, Slg 1970, 1125; ebenso VfSlg. 16050/2000) das Gemeinschaftsrecht auch nationalem Verfassungsrecht vorgehe. Eine allfällige verfassungskonforme Interpretation sei daher nicht möglich.

In seinen Ausführungen zieht der ORF daraus die Schlussfolgerung, dass die von der Antragsgegnerin aufgeworfene Frage letztlich nur vom Europäischen Gerichtshof im Wege einer Gültigkeitsprüfung gemäß Art 267 lit. b erster Fall AEUV geklärt werden könne. Denn den nationalen Gerichten, insbesondere auch den „nicht letztinstanzlichen“, sei es verwehrt, aus eigenem von der Ungültigkeit des Gemeinschaftsrechtsakts auszugehen. Hierzu verwies der ORF auf ein Erkenntnis des EuGH aus dem Jahr 1987 (EuGH Rs. 314/85 – *Foto Frost*, Slg 1987, 4199) und führte unter Verweis auf selbiges Erkenntnis weiters aus, dass sich das für „nicht letztinstanzliche“ nationale Gerichte bestehende Vorlagerecht dann in eine Vorlagepflicht wandle, wenn diese den Gemeinschaftsrechtsakt für ungültig hielten. Bis zu einer allfälligen Ungültigerklärung von Art 3k Abs. 6 AVMD-RL (nunmehr Art 15 Abs. 6 AVMD-RL) durch den EuGH habe es daher bei der von § 5 Abs. 4 FERG vorgesehenen Regelung zu bleiben.

Hinsichtlich der nachfolgenden Spiele konnte daher zwischen dem ORF und der Sky Österreich GmbH keine Vereinbarung erzielt werden:

Gruppe A der Europa League (Red Bull Salzburg)

21.10.2010	Red Bull Salzburg vs. Juventus Turin
04.11.2010	Juventus Turin vs. Red Bull Salzburg
01.12.2010	Manchester City vs. Red Bull Salzburg
16.12.2010	Red Bull Salzburg vs. Lech Posen

Gruppe L der Europa League (SK Rapid Wien)

21.10.2010	ZSKA Sofia vs. SK Rapid Wien
04.11.2010	SK Rapid Wien vs. ZSKA Sofia

02.12.2010 SK Rapid Wien vs. FC Porto
15.12.2010 Besiktas Istanbul vs. Rapid Wien

Im Rahmen des Vermittlungsgesprächs wurde seitens der Sky Österreich GmbH mitgeteilt, dass sie dem ORF den Zugang zum Sendesignal zur Erstellung von Kurzberichten hinsichtlich der gegenständlichen Spiele trotz des anhängigen Verfahrens vor der KommAustria nicht verweigern werde.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus dem zitierten Zulassungsbescheid der KommAustria, dem Antrag des ORF vom 04.11.2010, der Stellungnahme der Sky Österreich GmbH vom 17.11.2010 sowie dem darin der KommAustria übermittelten Schriftverkehr zwischen Antragsteller und Antragsgegnerin. Die Feststellungen hinsichtlich der außer Streit gestellten Modalitäten des Kurzberichterstattungsrechts sowie der fehlenden Einigung über die Frage der Entgeltlichkeit der Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts und die Dauer der Bereitstellung im Rahmen eines Mediendienstes auf Abruf ergeben sich insbesondere aus dem mündlichen Vorbringen der Parteien im Vermittlungsgespräch am 18.11.2010. Die Feststellungen hinsichtlich der von der Sky Österreich GmbH erworbenen exklusiven Übertragungsrechte gründen sich auf die mit Schreiben vom 15.12.2010 vorgelegten Auszüge aus der diesbezüglichen Rechtevereinbarung mit der UEFA.

4. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 7 FERG ist Regulierungsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes die gemäß § 1 KOG eingerichtete KommAustria.

Das Fernseh-Exklusivrechtsgesetz regelt gemäß dessen § 1 Abs. 1 die Ausübung exklusiver Fernsehübertragungsrechte durch Fernsehveranstalter, die der österreichischen Rechtshoheit unterliegen, das Recht der Kurzberichterstattung an Ereignissen, an denen diese Fernsehveranstalter exklusive Übertragungsrechte erworben haben, sowie die Berichterstattung bei beschränkt zugänglichen Ereignissen.

Die die Kurzberichterstattung regelnden Bestimmungen des § 5 FERG lauten wie folgt:

(1) Ein Fernsehveranstalter, der ausschließliche Übertragungsrechte an einem Ereignis von allgemeinem Informationsinteresse erworben hat, hat jedem in einer Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder in einer Vertragspartei des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen vom 5. Mai 1989, BGBl. III Nr. 164/1998, niedergelassenen Fernsehveranstalter auf Verlangen und zu fairen, angemessenen und diskriminierungsfreien Bedingungen das Recht auf Kurzberichterstattung zu eigenen Sendezwecken einzuräumen. Ein allgemeines Informationsinteresse liegt dann vor, wenn zu erwarten ist, dass das Ereignis auf Grund seiner Bedeutung breiten Niederschlag in der Medienberichterstattung in Österreich oder in einer anderen in dieser Bestimmung genannten Vertragspartei finden wird.

(2) Das Recht auf Kurzberichterstattung umfasst die Berechtigung zur Aufzeichnung des Signals des im Sinne des Abs. 1 verpflichteten Fernsehveranstalters und zur Herstellung und Sendung oder Bereitstellung eines Kurzberichtes unter den Bedingungen der Abs. 3 bis 5.

(3) Für die Ausübung des Kurzberichterstattungsrechts gelten folgende Bedingungen:

- 1. Die Kurzberichterstattung ist auf eine dem Anlass entsprechende nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung beschränkt;*
- 2. Der Kurzbericht darf nur in allgemeinen Nachrichtensendungen verwendet werden;*

3. Der berechnigte Fernsehveranstalter darf den Inhalt des Kurzberichts frei aus dem Signal des verpflichteten Fernsehveranstalters wählen;

4. Die zulässige Dauer der Kurzberichterstattung bemisst sich nach der Länge der Zeit, die notwendig ist, um den nachrichtenmäßigen Informationsgehalt des Ereignisses zu vermitteln und beträgt mangels anderer Vereinbarung höchstens 90 Sekunden;

5. Erstreckt sich das Ereignis über mehr als einen Tag, so umfasst das Recht der Kurzberichterstattung die tägliche Verbreitung eines Kurzberichts;

6. Die Sendung und Bereitstellung des Kurzberichts darf jedenfalls nicht vor Beginn der Sendung durch den im Sinne des Abs. 1 verpflichteten Fernsehveranstalter erfolgen;

7. Der berechnigte Fernsehveranstalter hat den Kurzbericht eindeutig als solchen zu kennzeichnen und die Quelle anzugeben.

(4) Der verpflichtete Fernsehveranstalter hat, sofern nicht anderes vereinbart wird, nur Anspruch auf den Ersatz der unmittelbar mit der Gewährung des Zugangs verbundenen zusätzlichen Kosten.

(5) Das Kurzberichterstattungsrecht umfasst auch die Berechnigung des Fernsehveranstalters, die Nachrichtensendung mit dem Kurzbericht nach der Ausstrahlung unverändert im Rahmen eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf bereitzustellen. Die Bereitstellung ist längstens für die Dauer von sieben Tagen nach der Ausstrahlung zulässig.

(6) Ein im Sinne des Abs. 1 verpflichteter Fernsehveranstalter hat auf Nachfrage eines Fernsehveranstalters rechtzeitig vor dem Ereignis die Bedingungen bekannt zu geben, unter denen er ein Kurzberichterstattungsrecht vertraglich einzuräumen bereit ist.

(7) Ein Fernsehveranstalter, der die Einräumung eines Rechts im Sinne des Abs. 1 verlangt, kann zwecks Durchsetzung dieses Rechts die Regulierungsbehörde anrufen. Wenn jedoch ein anderer Fernsehveranstalter, der in demselben Vertragstaat niedergelassen ist wie der um das Kurzberichterstattungsrecht ersuchende Fernsehveranstalter, ausschließliche Rechte an dem Ereignis erworben hat, muss der Zugang bei diesem Fernsehveranstalter beantragt und in diesem Vertragstaat geltend gemacht werden. Die Regulierungsbehörde hat ehestmöglich auf eine gütliche Einigung zwischen den Fernsehveranstaltern hinzuwirken. Kommt eine solche nicht zustande, hat die Regulierungsbehörde mit Bescheid auszusprechen, ob und zu welchen Bedingungen dem anderen Fernsehveranstalter das Recht auf Kurzberichterstattung einzuräumen ist. Die Regulierungsbehörde hat dabei die Interessen der Beteiligten abzuwägen und durch nähere Festlegung der Bedingungen einen Ausgleich zwischen dem Recht auf Information und dem Recht auf Eigentum und Erwerbsfreiheit herzustellen.

(8) Kann auf Grund der besonderen Aktualität des Ereignisses ein Verfahren gemäß Abs. 6 nicht rechtzeitig abgeschlossen werden, kann die Regulierungsbehörde auf Antrag eines beteiligten Fernsehveranstalters nachträglich aussprechen, ob und zu welchen Bedingungen ein Recht auf Kurzberichterstattung einzuräumen gewesen wäre. Für den Fall, dass ein Recht auf Kurzberichterstattung einzuräumen gewesen wäre, kann der verpflichtete Fernsehveranstalter unter sinngemäßer Anwendung von § 3 Abs. 7 bis 9 auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.

(9) Für den Fall, dass einem der österreichischen Rechtshoheit unterliegenden Fernsehveranstalter in einer anderen in Abs. 1 genannten Vertragspartei ein Kurzberichterstattungsrecht eingeräumt wurde, hat die Regulierungsbehörde, wenn keine Einigung erfolgt, auf Antrag eines Beteiligten mit Bescheid festzulegen, welche Bedingungen an die Ausübung des Kurzberichterstattungsrechts geknüpft sind. Die Regulierungsbehörde hat dabei die Entscheidung des das Kurzberichterstattungsrecht einräumenden Gerichts oder der Behörde der anderen Vertragspartei zu berücksichtigen und die Bestimmungen der Abs. 3 bis 7 anzuwenden. In jenen Fällen, in denen einem nicht der österreichischen Rechtshoheit unterliegenden Fernsehveranstalter ein Kurzberichterstattungsrecht eingeräumt wird, hat die Regulierungsbehörde bei der Festlegung der angemessenen Bedingungen nach den vorstehenden Absätzen ergänzend die maßgeblichen Vorschriften der die Rechtshoheit ausübenden Vertragspartei anzuwenden.

(10) Das Kurzberichterstattungsrecht kann im Einzelfall auch durch einen Vermittler geltend gemacht werden, der im Namen und im Auftrag eines Fernsehveranstalters handelt.

Gemäß § 5 Abs. 1 FERG hat somit ein Fernsehveranstalter, der ausschließliche Übertragungsrechte an einem Ereignis von allgemeinem Informationsinteresse erworben hat, jedem Fernsehveranstalter – sofern dieser in einem der in Abs. 1 genannten Vertragsstaaten niedergelassen ist – unter bestimmten in den Abs. 3 bis 5 näher genannten Bedingungen auf Verlangen das Recht auf Kurzberichterstattung zu eigenen Sendezwecken einzuräumen. Die Sky Österreich GmbH hat die exklusiven Pay TV Übertragungsrechte an Spielen der UEFA Europa League für die Saisonen 2009/2010 bis 2010/2011 (für das Lizenzgebiet Österreich) erworben. Die Sky Österreich GmbH ist somit verpflichteter Fernsehveranstalter im Sinne des § 5 Abs. 1 FERG. Darüber hinaus umfassen die exklusiv erworbenen Übertragungsrechte auch die Online-Verwertung im Lizenzgebiet.

Der ORF veranstaltet gemäß § 1 Abs. 2 iVm § 2 sowie §§ 3 bis 5 ORF-G unter anderem zwei österreichweit empfangbare Fernsehprogramme. Der ORF ist daher berechtigter Fernsehveranstalter im Sinne des § 5 Abs. 1 und 7 FERG. Gemäß § 5 Abs. 7 FERG kann ein Fernsehveranstalter, der die Einräumung des Rechts im Sinne des § 5 Abs. 1 FERG verlangt, zwecks Durchsetzung dieses Rechts die Regulierungsbehörde anrufen. Mit Antrag vom 04.11.2010 beantragte der ORF bei der KommAustria die Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts gegenüber der Sky Österreich GmbH hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Spiele der UEFA Europa League.

Zwischen der Sky Österreich GmbH und dem ORF besteht Einigkeit darüber, dass es sich bei den verfahrensgegenständlichen Spielen der österreichischen Mannschaften im Rahmen der UEFA Europa League um Ereignisse von allgemeinem Informationsinteresse für Österreich im Sinne von § 5 Abs. 1 FERG handelt. Die oben näher bezeichneten Spiele der UEFA Europa League erfüllen im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs und des Bundeskommunikationssenates (VwGH 27.01.2006, 2004/04/0234; BKS 11.11.2004, 611.003/0035-BKS/2004; BKS 03.02.2006, 611.003/0006-BKS/2006) auch die charakteristischen Merkmale eines Ereignisses von allgemeinem Informationsinteresse im Sinne des § 5 Abs. 1 FERG; es ist insbesondere notorisch, dass über die Teilnahme der beiden österreichischen Mannschaften auch in der sonstigen Medienberichterstattung umfassend berichtet wird (vgl. hierzu beispielhaft die Berichterstattung in der Presse online vom 20.10.2010 unter <http://diepresse.com/home/sport/fussball>).

Zwischen der Sky Österreich GmbH und dem ORF besteht ferner Einigkeit über sämtliche Modalitäten der Ausübung des Kurzberichterstattungsrechts, sofern sie die in § 5 Abs. 3 FERG genannten Bedingungen betreffen. Lediglich in der Frage der Abgeltung des Wertes der Kurzberichterstattung bzw. ob für die Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts ein über den Ersatz der unmittelbar mit der Gewährung des Zugangs verbundenen zusätzlichen Kosten hinausgehendes Entgelt zu leisten ist, konnte keine Einigung erzielt werden. Ferner bestehen hinsichtlich der zeitlichen Beschränkung einer Bereitstellung des Kurzberichtes im Rahmen eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf gemäß § 5 Abs. 5 FERG Auffassungsunterschiede.

Auch im Rahmen des gemäß § 5 Abs. 7 3. Satz FERG vorgesehenen Vermittlungsgesprächs bei der KommAustria konnte keine gütliche Einigung in diesen Fragen herbeigeführt werden. Daher hat die Regulierungsbehörde auszusprechen, ob und zu welchen Bedingungen dem ORF das Recht auf Kurzberichterstattung einzuräumen ist bzw. war. Da über die Bedingungen gemäß § 5 Abs. 2 und 3 FERG Einigkeit zwischen den Parteien besteht, und die Vereinbarung auch Deckung in den gesetzlichen Vorgaben findet, konnten diese zum Gegenstand der Spruchpunkte 1. bis 5. gemacht werden (vgl. dazu BKS 11.11.2004, GZ 611.003/0035-BKS/2004).

Über die Frage des Entgelts gemäß § 5 Abs. 4 FERG und über die Frage der Dauer des im Rahmen eines vom ORF auf Abruf bereitgestellten Kurzberichtes nach § 5 Abs. 5 FERG ist wie folgt abzusprechen:

§ 5 Abs. 4 FERG lautet:

„Der verpflichtete Fernsehveranstalter hat, sofern nicht anderes vereinbart wird, nur Anspruch auf den Ersatz der unmittelbar mit der Gewährung des Zugangs verbundenen zusätzlichen Kosten.“

Diese Regelung geht auf Art 15 Abs. 6 letzter Satz AVMD-RL zurück, der folgenden Wortlaut hat:

„Wird eine Kostenerstattung vorgesehen, so darf sie die unmittelbar mit der Gewährung des Zugangs verbundenen zusätzlichen Kosten nicht übersteigen.“

In den Erwägungsgründen hierzu finden sich keine Ausführungen zur Kostenerstattungsregelung.

Die Erl. zur RV 611 BlgNR XXIV. GP erwähnen in diesem Zusammenhang allerdings, dass *„[die] aus Art. 3k Abs. 5 AVMD-RL stammende, neu eingeführte Verwendungsbeschränkung des Kurzberichtes auf ‚allgemeine Nachrichtensendungen‘ (Z 2) dem grundrechtlich gebotenen Interessensausgleich zwischen der Eigentumsbeschränkung beim Exklusivrechteinhaber und dem die Interessen der Allgemeinheit hinsichtlich des Rechts auf Information bedienenden Kurzberichterstattungsberechtigten Rechnung [trägt] und insoweit einen Ausgleich für die eingeschränkte Kostenerstattungsregelung [bietet] (vgl. Abs. 4).“* Somit soll die Verwendungsbeschränkung von Kurzberichten im Rahmen allgemeiner Nachrichtensendungen offenbar einen Ausgleich für den Entfall einer finanziellen Abgeltung des Erwerbs der Exklusivrechte leisten.

Ferner heißt es in den Erl. zu § 5 Abs. 4, dass *„Abs. 4 eine im Vergleich zur bestehenden Rechtslage durch Art. 3k Abs. 6 letzter Satz AVMD-RL vorgegebene Einschränkung der Möglichkeiten einer Kostenerstattung für den Exklusivrechteinhaber [beinhalte]. Dieser hat ausschließlich Anspruch auf die sich aus der Gewährung des Zugangs zum Signal ergebenden zusätzlichen Kosten. Zu denken ist insbesondere an die allenfalls gewünschte Bereitstellung einer Anschlussmöglichkeit an den Übertragungswagen oder die Signalübermittlung mittels ATM-Leitungen oder Richtfunkstrecken. Ausgeschlossen ist eine anteilige Berücksichtigung der Kosten des Rechteerwerbs durch den Exklusivrechteinhaber oder eine Abgeltung für die mit der Kurzberichterstattung einhergehende „Entwertung“ des Exklusivrechtes. Diese Interessen sind vielmehr im Rahmen der Festlegung der angemessenen Bedingungen zu berücksichtigen bzw. sieht das Gesetz hier bereits entsprechende Beschränkungen vor (insbesondere die Beschränkung auf allgemeine Nachrichtensendungen, vgl. Abs. 3 Z 2).“* [Anm.: Hervorhebung nicht im Original]

Da zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin hinsichtlich der Frage der finanziellen Abgeltung für den Erwerb der Exklusivrechte keine Vereinbarung zustande gekommen ist – auch alternative Beschränkungen der Ausübung des Kurzberichterstattungsrechts anstelle eines Entgelts kamen nicht in Betracht –, kommt die in § 5 Abs. 4 FERG normierte Grundregel zum Tragen, wonach nur Anspruch auf Ersatz der unmittelbar mit der Gewährung des Zugangs verbundenen zusätzlichen Kosten besteht. Da dem ORF von der Sky Österreich GmbH Österreich ein kostenloses Abonnement für das betreffende Programm eingeräumt wurde, belaufen sich die diesbezüglichen Kosten auf EUR 0,-. Für eine darüber hinausgehende Verpflichtung zur Leistung eines „angemessenen“ Entgelts für die Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts bietet § 5 Abs. 4 FERG keinen Spielraum, vielmehr steht der klare Wortlaut des § 5 Abs. 4 FERG einer solchen Auslegung entgegen. Darüber hinaus – so auch die Erl. zur RV 611 BlgNR XXIV. GP hinsichtlich § 5 Abs. 4 FERG – soll der angemessene Ausgleich zur mit der Kurzberichterstattung einhergehenden Entwertung des Exklusivrechtes durch die jeweils zu vereinbarenden Modalitäten der Ausübung des Kurzberichterstattungsrechtes hergestellt werden. Wie im entscheidungsrelevanten Sachverhalt festgestellt wurde, kamen für beide Parteien, insbesondere auch für die Sky Österreich GmbH, keine Möglichkeiten für

alternative Beschränkungen der Ausübung des Kurzberichterstattungsrechts anstelle eines Entgelts in Betracht.

Hinsichtlich der ebenfalls strittigen Frage der Dauer der Bereitstellung des Kurzberichtes im Rahmen eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf gibt § 5 Abs. 5 FERG folgende Rahmenbedingungen vor:

„Das Kurzberichterstattungsrecht umfasst auch die Berechtigung des Fernsehveranstalters, die Nachrichtensendung mit dem Kurzbericht nach der Ausstrahlung unverändert im Rahmen eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf bereitzustellen. Die Bereitstellung ist längstens für die Dauer von sieben Tagen nach der Ausstrahlung zulässig.“

Die Erl. zur RV 611 BlgNR XXIV. GP führen hierzu aus, dass *„[die] Einfügung des Abs. 5 dem Art. 3k Abs. 5 iVm ErWG 41 der AVMD-RL Rechnung [trägt], wonach eine unveränderte Bereitstellung von Nachrichtensendungen, die Kurzberichte beinhalten, im Rahmen von Abrufdiensten (vgl. hierzu § 2 AMD-G) zulässig sein soll. Das Gebot der unveränderten Bereitstellung schließt es aus, den Kurzbericht selbständig zum Gegenstand der Bereitstellung zu machen (etwa in Form einer gesonderten Downloadmöglichkeit). Die Möglichkeit ist auf den Fernsehveranstalter beschränkt, es besteht daher keine Möglichkeit der Sublizenzierung. Die Beschränkung der Bereitstellung auf sieben Tage nach Ausstrahlung trägt einerseits der üblichen 7-Day-Catch-Up-Praxis der Rundfunkveranstalter Rechnung; zum anderen ist davon auszugehen, dass mit steigender Entfernung vom Ereignis der Wert der „Archivrechte“ wieder zunimmt und insoweit das parallel absinkende Informationsinteresse der Allgemeinheit durch die gesonderte Verwertungsmöglichkeiten spätestens nach einer Woche verdrängt wird. [...]“*

Die Sky Österreich GmbH besteht in diesem Zusammenhang auf eine 24-stündige Begrenzung der Online-Bereitstellung, zumal diese Verwertung einen zusätzlichen Eingriff in ihre Exklusivrechte darstellt.

Der Einwand des ORF, dass er im Rahmen seines gesetzlichen Auftrags zur Bereitstellung eines Abrufdienstes gemäß § 4e Abs. 4 ORF-G verpflichtet sei, Nachrichtensendungen mit Kurzberichten „unverändert“ bis zu sieben Tagen auf Abruf zur Verfügung zu stellen und daher daran gehindert wäre, die Kurzberichte nach Ablauf der 24 Stunden heraus zu schneiden, geht insoweit ins Leere, als die hier maßgebliche Bestimmung gemäß § 3 Abs. 4a ORF-G explizit Ausstrahlungslücken, die aus rechtlichen Gründen erforderlich sind, vom Gebot der „unveränderten Bereitstellung“ ausnimmt. § 3 Abs. 4a 3. Satz ORF-G besagt, dass *„hiervon [Anm. „unveränderte Bereitstellung“] Ausstrahlungslücken ausgenommen sind, die aus rechtlichen Gründen erforderlich sind oder die durch Auslassung von kommerzieller Kommunikation entstehen.“*

Eine zeitliche Einschränkung der Bereitstellung der Nachrichtensendung mit dem Kurzbericht im Rahmen von Abrufdiensten für die Dauer von höchstens 24 Stunden nach der Ausstrahlung erscheint angesichts der nunmehr nach § 5 Abs. 4 FERG ausgeschlossenen finanziellen Abgeltung für die Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts verhältnismäßig und angemessen. Zu berücksichtigen war dabei auch, dass ein allgemeines Informationsinteresse im Sinne des § 5 Abs. 1 FERG in der Regel nicht wesentlich länger als über diesen Zeitraum hinaus anzunehmen sein wird und insoweit auch die von § 5 Abs. 7 letzter Satz FERG vorgegebene Abwägung zwischen dem Eigentumsrecht der Sky Österreich GmbH und dem – vom ORF repräsentierten – Recht auf Information zum Ergebnis führt, dass die Einschränkung der Bereitstellung auf 24 Stunden nach Ausstrahlung der den Kurzbericht beinhaltenden Nachrichtensendung angemessen ist.

Insofern ist auch davon auszugehen, dass die im Rahmen der gegenständlichen Entscheidung festgelegten Modalitäten der Ausübung des Kurzberichterstattungsrechts durch den ORF einen angemessenen Interessensausgleich zwischen der Eigentumsbeschränkung beim Exklusivrechteinhaber Sky Österreich GmbH und dem die

Interessen der Allgemeinheit hinsichtlich des Rechts auf Information bedienenden Kurzberichterstattungsberechtigten ORF herzustellen vermögen. Die von der Sky Österreich GmbH geltend gemachten Bedenken hinsichtlich der Primärrechtswidrigkeit des Art 15 Abs. 6 AVMD-RL sind für die KommAustria insoweit nicht ersichtlich, sodass eine weitergehende Erörterung dieser Frage an dieser Stelle unterbleiben kann.

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass entgegen dem vom ORF unter Hinweis auf das Erkenntnis des EuGH, Rs. C-314/85 – *Foto Frost*, behaupteten Grundsatz, wonach sich bei Bedenken an der Gültigkeit eines Gemeinschaftsrechtsaktes das Vorlagerecht für „nicht letztinstanzliche Gerichte“ in eine Vorlagepflicht wandle, eine solche Auslegung dem zitierten Erkenntnis nicht zu entnehmen ist.

Gemäß § 5 Abs. 8 FERG kann die Regulierungsbehörde auf Antrag eines beteiligten Fernsehveranstalters auch nachträglich aussprechen, ob und zu welchen Bedingungen ein Recht auf Kurzberichterstattung einzuräumen gewesen wäre, wenn auf Grund der besonderen Aktualität des Ereignisses ein Verfahren gemäß Abs. 6 nicht rechtzeitig abgeschlossen werden kann. Die verfahrensgegenständlichen Spiele wurden zwar bereits vor dem Zeitpunkt dieser Entscheidung ausgetragen, die Parteien haben aber vor den verfahrensgegenständlichen Spielen im Sinne des Abs. 6 Verhandlungen aufgenommen. Da eine Einigung aber nicht zu Stande kam, die Regulierungsbehörde nach Abs. 7 angerufen wurde und sich auch während des Verfahrens die Sky Österreich GmbH und der ORF nicht abschließend einigen konnten, war auch nachträglich im Sinne des Abs. 8 über die Bedingungen abzusprechen.

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 22. Dezember 2010

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

1. Sky Österreich GmbH, z.Hd. Mag. Martin Tauber, Schönbrunner Straße 297/2, 1120 Wien, per **RSb**
2. Österreichischer Rundfunk, z.Hd. Korn Rechtsanwälte OG, Argentinierstrasse 20/1/3, 1040 Wien, per **RSb**