

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus dem Vorsitzenden-Stellvertreter Dr. Florian Philapitsch, LL.M. als Senatsvorsitzenden sowie den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, wie folgt entschieden:

I. Spruch

Das Ersuchen der DORF TV GmbH (FN 344832 g beim Landesgericht Linz), die LIWEST Kabelmedien GmbH (FN 163697 g beim Landesgericht Linz) aufzufordern, die im Bescheid der KommAustria vom 13.01.2014, KOA 1.960/13-093, mit Spruchpunkt 2. festgesetzte Verbreitung in ihrem digitalem Kabelnetz nachzuweisen und somit dem Bescheid nachzukommen, wird gemäß § 2 Abs. 1 Z 6 KommAustria Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 134/2015, iVm § 1 Jurisdiktionsnorm (JN), RGBl. Nr. 111/1895 idF BGBl. I Nr. 87/2015, wegen Unzuständigkeit der KommAustria zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 24.02.2016 übermittelte die DORF TV GmbH der KommAustria eine Sachverhaltsdarstellung zur Abschaltung des Programms „DORF TV“ in Teilen des digitalen Kabelnetzes der LIWEST Kabelmedien GmbH.

Mit Schreiben vom 09.03.2016 übermittelte die DORF TV GmbH das Ersuchen, die KommAustria möge *„die LIWEST Kabelmedien GmbH dazu auffordern, die im Bescheid KOA 1.960/13-093, Spruchpunkt 2, festgesetzte Verbreitung in ihrem digitalen Kabelnetz nachzuweisen und somit dem Bescheid vom 13.01.2014 nachzukommen.“*

Im Wesentlichen führte die DORF TV GmbH in ihrer Sachverhaltsdarstellung aus, dass zwischen der DORF TV GmbH und der LIWEST Kabelmedien GmbH unterschiedliche Rechtsmeinungen hinsichtlich der Art der Verrechnung des im Bescheid der KommAustria vom 13.01.2014, KOA 1.960/13-093, festgesetzten Entgelts bestünden.

Die LIWEST Kabelmedien GmbH verrechne trotz wiederholter Aufforderung und im Widerspruch zu ihren eigenen Angaben im Verfahren vor der KommAustria nach wie vor „Teilnehmer“ und nicht, wie im Spruchpunkt 2 des Bescheides ausdrücklich festgesetzt „Haushalte“. Die DORF TV GmbH habe diese Verrechnung daher nicht anerkannt und im Einklang mit dem Bescheid der KommAustria eine Zahlung auf Basis der ihr bekannten Anzahl der Haushalte geleistet. Die LIWEST Kabelmedien GmbH habe in der Folge mit 01.02.2016 in einem Teil ihres Netzes das Programm „DORF TV“ gesperrt und begründe dies mit offenen Zahlungen.

Aus diesem Grund sei das Programm „DORF TV“ beispielsweise in Wels nicht mehr empfangbar. In welchen Gebieten und in welcher Anzahl an Haushalten das Programm „DORF TV“ gegenwärtig zu empfangen oder nicht zu empfangen sei, sei der DORF TV GmbH seitens der LIWEST Kabelmedien GmbH nicht mitgeteilt worden. Die Vorgehensweise der LIWEST Kabelmedien GmbH, insbesondere die Abschaltung in Wels, einem der wichtigsten Versorgungsgebiete, bedeute für die DORF TV GmbH einen erheblichen wirtschaftlichen Schaden und auch Imageschaden.

Die Vorgangsweise der LIWEST Kabelmedien GmbH widerspreche zudem Spruchpunkt 1. des Bescheides der KommAustria vom 13.01.2015, KOA 1.960/13-093, wonach die LIWEST Kabelmedien GmbH verpflichtet ist, das Fernsehprogramm „DORF TV“ der DORF TV GmbH für die Dauer von zwei Jahren im Basispaket ihres digitalen Kabelnetzes weiterzuverbreiten. Dies sei nachweislich derzeit nicht der Fall.

Mit Schreiben vom 14.03.2016 wurde das Ersuchen der DORF TV GmbH der LIWEST Kabelmedien GmbH zur Kenntnisnahme übermittelt und ihr die Gelegenheit der Stellungnahme binnen einer Frist von 14 Tagen ab Zustellung dieses Schreibens eingeräumt.

Mit Schreiben vom 29.03.2016 gab die LIWEST Kabelmedien GmbH eine Stellungnahme ab.

Inhaltlich führte die LIWEST Kabelmedien GmbH im Wesentlichen aus, dass das Programm „DORF TV“ von Einspeisungsbeginn bis einschließlich Jänner 2016 unverschlüsselt digital und somit ohne weitere Voraussetzungen im gesamten Netz der „LIWEST“ der „ASAK“ sowie der „WAG“ verbreitet wurde. Somit habe nicht nur eine bescheidmäßige Umsetzung der Kabelweiterverbreitung stattgefunden, sondern sei darüber hinaus auch eine Überreichweite ohne bisherige Verrechnung von Mehrgebühren zur Verfügung gestanden. Die bis dato in Rechnung gestellten Teilnehmerzahlen würden jenen Haushalten entsprechen, welche tatsächlich das gesamte digitale Basispaket beziehen. Die LIWEST Kabelmedien GmbH wies darauf hin, dass die in den Sachverhaltsfeststellungen der KommAustria angeführte Anzahl der Haushalte lediglich eine damalige Momentaufnahme dargestellt habe und der stetige Anstieg dieser Zahlen primär auf die vorangeschrittene Digitalisierung zurückzuführen sei. Es habe zu keinem Zeitpunkt Anhaltspunkte dafür gegeben, dass es sich dabei um eine ständig gleich bleibende Größe handeln würde. Festzuhalten sei, dass bescheidmäßige Voraussetzung für die Kabelweiterverbreitung des Programms „DORF TV“ die Zahlung eines angemessenen Entgelts sei. Da bis dato eine Zahlung des angemessenen Entgelts nicht im vollen Umfang stattgefunden habe, sei die im Vorfeld mehrfach angekündigte Reichweitenbeschränkung notwendige Konsequenz gewesen. Seitens der LIWEST Kabelmedien GmbH sei jedoch stets die vollumfängliche bescheidmäßige Kabelweiterverbreitung gegeben und werde auch weiterhin dem Bescheid zur Gänze Rechnung getragen.

2. Sachverhalt

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

Die DORF TV GmbH ist eine zur Firmenbuchnummer FN 344832 g beim Landesgericht Linz eingetragene Gesellschaft mit Sitz in Linz. Sie ist aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 30.03.2010, KOA 4.415/10-001, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung und Verbreitung des digitalen Fernsehprogramms „DORF TV“ über die der LT1 Privatfernsehen GmbH mit Bescheid der KommAustria vom 05.12.2008, KOA 4.215/08-001, zugeordnete Multiplex-Plattform „MUX C – Oberösterreich Nord“ für die Dauer von zehn Jahren.

Mit Bescheid der KommAustria vom 13.01.2014, KOA 1.960/13-093, wurde gemäß § 20 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. 84/2001 idF BGBl. 84/2013, ein Verbreitungsauftrag für das von der DORF TV GmbH veranstaltete Programm „DORF TV“ im Kabelnetz der LIWEST Kabelmedien GmbH erlassen.

Spruchpunkt 1.) des Bescheides lautet:

„Die LIWEST Kabelmedien GmbH ist verpflichtet, das Fernsehprogramm „DORF TV“ der DORF TV GmbH für die Dauer von zwei Jahren im Basispaket ihres digitalen Kabelnetzes weiterzuverbreiten.“

Spruchpunkt 2.) des Bescheides lautet:

„Die Weiterverbreitungsverpflichtung nach Spruchpunkt 1.) besteht unter der Bedingung, dass die DORF TV GmbH der LIWEST Kabelmedien GmbH für die Weiterverbreitung in deren digitalem Kabelnetz ein angemessenes Entgelt in der Höhe von insgesamt EUR 0,50 (exklusive Umsatzsteuer) je angeschlossenem Haushalt und Jahr zu leisten hat. Es besteht die Möglichkeit, bis zu EUR 0,30 (exklusive Umsatzsteuer) als unbaren Anteil in Form kommerzieller Kommunikation zu erbringen. Dabei ist das volle Entgelt in bar im Vorhinein, zahlbar vierteljährlich, zu entrichten. Die Rückverrechnung des unbaren Anteils erfolgt vierteljährlich im Nachhinein, wobei dieser Anteil auf der Grundlage marktüblicher Preise zu berechnen ist.“ (Hervorhebung nicht im Original).

Mit Bescheid der KommAustria vom 13.01.2014, KOA 1.960/13-093, wurde festgestellt, dass zum Entscheidungszeitpunkt rund 79.835 Haushalte über einen digitalen Kabelanschluss verfügten.

Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes (im Folgenden BVwG) vom 15.09.2014, GZ W194 2001567-1/7E, wurde die von der LIWEST Kabelmedien GmbH gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde als unbegründet abgewiesen und die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für zulässig erklärt. Die LIWEST Kabelmedien GmbH erhob am 31.10.2014 eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof.

Seit August 2014 wurde das Programm der DORF TV GmbH in Entsprechung des erteilten Weiterverbreitungsauftrages im Kabelnetz der LIWEST Kabelmedien GmbH verbreitet. Seit 01.02.2016 wird das Programm „DORF TV“ in einem Teil des Kabelnetzes der LIWEST Kabelmedien GmbH nicht mehr verbreitet.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Zulassung der DORF TV GmbH ergeben aus den genannten Akten der KommAustria.

Die Feststellungen zum erteilten (Weiter-)Verbreitungsauftrag ergeben sich aus dem Bescheid der KommAustria vom 13.01.2014, KOA 1.960/13-093, sowie dem Erkenntnis des BVwG vom 15.09.2014, GZ W194 2001567-1/7E.

Die Feststellung, dass das Programm der DORF TV GmbH seit August 2014 im Kabelnetz der LIWEST Kabelmedien GmbH verbreitet wurde, ergibt sich aus den Akten der KommAustria. Die Feststellung, dass das Programm der DORF TV GmbH seit 01.02.2016 in einem Teil des Kabelnetzes der LIWEST Kabelmedien GmbH nicht mehr verbreitet wird, ergibt sich aus dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien in deren Schriftsätzen.

4. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 6 KOG obliegt der KommAustria die Wahrnehmung der Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter und Mediendiensteanbieter sowie Verwaltungsstrafverfahren nach den Bestimmungen des PrR-G und des AMD-G.

Hingegen wird die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen von den ordentlichen Gerichten ausgeübt, soweit diese nicht durch besondere Gesetze vor andere Behörden verwiesen sind.

§ 1 JN lautet:

„Ordentliche Gerichte.

§. 1. Die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen wird, soweit dieselben nicht durch besondere Gesetze vor andere Behörden oder Organe verwiesen sind, durch Bezirksgerichte, Bezirksgerichte für Handelssachen, Landesgerichte, Handelsgerichte, durch Oberlandesgerichte und durch den Obersten Gerichtshof (ordentliche Gerichte) ausgeübt.“

Gemäß §§ 66 iVm 20 Abs. 5 AMD-G ist die KommAustria in Verfahren über Anträge gemäß § 20 Abs. 4 AMD-G zur Entscheidung zuständig.

§ 20 Abs. 5 AMD-G lautet auszugsweise:

„Verbreitungsauftrag in Kabelnetzen

§ 20. (1) – (4) ...

*(5) Die Regulierungsbehörde entscheidet, sofern keine gütliche Einigung zu Stande kommt, innerhalb von zwei Monaten nach Anrufung durch die Beteiligten über die Verpflichtung zur Verbreitung oder Weiterverbreitung oder die Höhe des Entgelts.
[...].“*

Mit Bescheid der KommAustria vom 13.01.2014, KOA 1.960/13-093, wurde dem Antrag der DORF TV GmbH entsprochen und ein Weiterverbreitungsauftrag erlassen, in dem in den Spruchpunkten 1.) und 2.) Folgendes festgelegt wurde:

„1.) Die LIWEST Kabelmedien GmbH ist verpflichtet, das Fernsehprogramm „DORF TV“ der DORF TV GmbH für die Dauer von zwei Jahren im Basispaket ihres digitalen Kabelnetzes weiterzuverbreiten.

2.) Die Weiterverbreitungsverpflichtung nach Spruchpunkt 1.) besteht unter der Bedingung, dass die DORF TV GmbH der LIWEST Kabelmedien GmbH für die Weiterverbreitung in deren digitalem Kabelnetz ein angemessenes Entgelt in der Höhe von insgesamt EUR 0,50 (exklusive Umsatzsteuer) je angeschlossenem Haushalt und Jahr zu leisten hat. Es besteht die Möglichkeit, bis zu EUR 0,30 (exklusive Umsatzsteuer) als unbaren Anteil in Form kommerzieller Kommunikation zu erbringen. Dabei ist das volle Entgelt in bar im Vorhinein, zahlbar vierteljährlich, zu entrichten. Die Rückverrechnung des unbaren Anteils erfolgt vierteljährlich im Nachhinein, wobei dieser Anteil auf der Grundlage marktüblicher Preise zu berechnen ist.“ (Hervorhebung nicht im Original).

Die Antragstellerin begehrt nunmehr, die KommAustria möge die LIWEST Kabelmedien GmbH auffordern, die im Bescheid der KommAustria vom 13.01.2014, KOA 1.960/13-093, mit Spruchpunkt 2. festgesetzte Verbreitung in ihrem digitalem Kabelnetz nachzuweisen und somit dem Bescheid nachzukommen.

Die Bestimmung des § 20 Abs. 5 AMD-G dient grundsätzlich dazu, vertragliche Vereinbarungen zu substituieren, es handelt sich dabei um einen sog. „vertragsersetzenden Bescheid“. Die Befugnis der Behörde erstreckt sich im Lichte des § 20 AMD-G demnach auf die einleitenden Verhandlungen bis zum Abschluss eines (Weiter-)Verbreitungsauftrages, in welchem über die Verpflichtung der (Weiter-)Verbreitung zu entscheiden und, soweit notwendig, über den Umfang der Verpflichtung sowie die Höhe des Entgelts nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abzusprechen ist (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze*³, 465).

Bei dem vertragsersetzenden Bescheid handelt es sich um einen Rechtsgestaltungsbescheid, der freilich auch feststellende und Leistungskomponenten beinhalten wird. Allerdings handelt es sich bei diesen Leistungspflichten nicht um bescheidförmige Leistungspflichten im Sinn von § 59 AVG, sondern um Obligationen *ex contractu*. Dementsprechend kommt – wenn man von der Kostenentscheidung absieht – eine Vollstreckung des Bescheides nach dem VVG nicht in Betracht (vgl. *Raschauer* „Der Vertragsersetzende Bescheid“ in FS Krejci 2001, Band 2, 2074f.)

Durch die Erlassung des Bescheides wird demnach der an und für sich zwischen den Parteien zu schließende Vertrag mangels privatautonomer Einigung durch die behördliche Entscheidung ersetzt (vgl. VwGH 18.03.2004, ZI. 2002/03/0247). Der Inhalt des Spruchs eines solchen Bescheides gilt als privatrechtliche Vereinbarung zwischen den Streitparteien. Dementsprechend endet mit der allseitigen Erlassung des vertragsersetzenden Bescheides das Regime des öffentlichen Rechts (vgl. *Raschauer* aaO 2075.).

Im Rahmen des Weiterverbreitungsauftrages hat die KommAustria in Spruchpunkt 1.) des Bescheides vom 13.01.2014 die LIWEST Kabelmedien GmbH verpflichtet, das Fernsehprogramm „DORF TV“ der DORF TV GmbH für die Dauer von zwei Jahren im Basispaket ihres digitalen Kabelnetzes zu verbreiten und in Spruchpunkt 2.) des Bescheides festgelegt, dass je angeschlossenem Haushalt EUR 0,50 (exklusive Umsatzsteuer) und Jahr zu leisten sind. Das von der Antragstellerin nunmehr an die KommAustria gerichtete Ersuchen, die KommAustria möge die LIWEST Kabelmedien GmbH auffordern, die im Bescheid der KommAustria vom 13.01.2014, KOA 1.960/13-093, mit Spruchpunkt 2. festgesetzte Verbreitung in ihrem digitalem Kabelnetz nachzuweisen und somit dem Bescheid nachzukommen, obliegt – wie bereits im Bescheid der KommAustria vom

15.04.2015, KOA 1.960/15-109, nicht der Zuständigkeit der KommAustria gemäß § 2 Abs. 1 Z 6 KOG iVm §§ 66 und 20 AMD-G. Eine über § 20 Abs. 5 AMD-G hinausgehende erweiterte Wahrnehmung zivilrechtlicher Regelungsbefugnisse ist dem AMD-G auch nicht zu entnehmen.

Fragen hinsichtlich der Vertragseinhaltung, stellen klassische privatrechtliche Fragestellungen dar und sind daher grundsätzlich vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen (vgl. *Raschauer* aaO 2077ff.). Es ist kein Grund ersichtlich, Streitigkeiten hinsichtlich der Vertragseinhaltung eines vertragsersetzenden Bescheides anders zu behandeln, als wenn sie durch Rechtsgeschäft auf privatrechtlicher Grundlage begründet worden wären.

Für das von der Antragstellerin begehrte Ersuchen, die KommAustria möge die LIWEST Kabelmedien GmbH auffordern, die im Bescheid der KommAustria vom 13.01.2014, KOA 1.960/13-093, mit Spruchpunkt 2. festgesetzte Verbreitung in ihrem digitalem Kabelnetz nachzuweisen und somit dem Bescheid nachzukommen, besteht demnach keine Zuständigkeit der KommAustria, sodass der Antrag wegen Ausschluss des Verwaltungsrechtsweges zurückzuweisen war.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG beim Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Kommunikationsbehörde Austria einzubringen. Die Beschwerde hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, ebenso wie die belangte Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren sowie die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / GZ **KOA 1.960/16-204**“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ sind die Steuernummer/Abgabenkontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE –

Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 26. April 2016

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Dr. Florian Philapitsch, LL.M.
(Vorsitzender-Stellvertreter)

Zustellverfügung:

1. Dorf TV GmbH, z.Hd. Mag. Otto Tremetzberger, Gruberstrasse 74, 4020 Linz, **per RSb**
2. LIWEST Kabelmedien GmbH, Lindengasse 18, 4020 Linz, **per RsB**