

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat I, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden und den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, über den Antrag der oe24 GmbH vom 16.01.2015 auf Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts durch die Sky Österreich Fernsehen GmbH gemäß § 5 Fernseh-Exklusivrechtegesetz (FERG), BGBI. I Nr. 85/2001 idF BGBI. I Nr. 84/2013, wie folgt entschieden:

I. Spruch

Die Sky Österreich Fernsehen GmbH ist gemäß § 5 Abs. 1 iVm Abs. 2 bis 5, Abs. 7 und Abs. 8 FERG verpflichtet, der oe24 GmbH die Sendesignale ihrer ab dem 14.02.2015 übertragenen Spiele der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga unter folgenden Bedingungen zur Verfügung zu stellen, und die oe24 GmbH ist berechtigt, diese Signale zu folgenden Bedingungen aufzuzeichnen und zur Herstellung und Sendung eines Kurzberichtes im von ihr veranstalteten Fernsehprogramm „OE24TV“ 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 erfolgen, wobei insbesondere die Ausstrahlung des Kurzberichtes im Rahmen einer Sportsendung, wie sie zum Zeitpunkt der Erlassung dieses Bescheids von der oe24 GmbH in Form der Sportshow „oe24.tv Sport“ ausgestrahlt wurde, unzulässig ist.
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 Fernsehen GmbH und frühestens 60 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 die oe24 GmbH gemäß § 5 Abs. 3 Z 3 FERG berechtigt, nach ihrer Wahl
 - a. das Signal „clean-feed“ ab Heck des Ü-Wagens zu übernehmen; oder
 - b. das Satellitensignal „dirty feed“ der Sky Österreich Fernsehen GmbH aufzuzeichnen, wobei die Sky Österreich Fernsehen GmbH der oe24 GmbH hierfür geeignete Entschlüsselungsmittel im erforderlichen Umfang zur Verfügung zu stellen hat.

Die gewählte Art der Signalübernahme ist der Sky Österreich Fernsehen GmbH von der oe24 GmbH unverzüglich bekanntzugeben und ein allfälliger Wechsel der in Anspruch genommenen Option jeweils spätestens 48 Stunden vor Beginn des Ereignisses bekanntzugeben.
6. Gemäß § 5 Abs. 3 Z 7 FERG ist während der Übertragung des Kurzberichtes gut lesbar als Quelle „Sky Sport Austria“ anzuführen und vor der Übertragung darauf hinzuweisen, dass es sich um einen Kurzbericht nach dem Fernseh-Exklusivrechtegesetz handelt.
7. Der Sky Österreich Fernsehen GmbH gebührt für die Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts gemäß § 5 Abs. 4 FERG ein Ersatz für die unmittelbar mit der Gewährung des Zugangs zum Signal verbundenen zusätzlichen Kosten. Diese belaufen sich bei der Abnahme ab Heck Ü-Wagen (Spruchpunkt 5.a) auf EUR 0,-; bei der Abnahme des Satellitensignals (Spruchpunkt 5.b) ist die Sky Österreich Fernsehen GmbH berechtigt, der oe24 GmbH die üblichen Kosten der Entschlüsselungsmittel bzw. des Abonnements in Rechnung zu stellen.
8. Die Verpflichtung/Berechtigung gemäß den vorstehenden Spruchpunkten gilt für die Dauer des dem Exklusivrechteerwerb zu Grunde liegenden Vertragsverhältnisses der Sky Österreich Fernsehen GmbH mit der BLM Marketing & Event GmbH.
9. Hinsichtlich der Frage der Berechtigung der oe24 GmbH gemäß § 5 Abs. 5 FERG, die allgemeine Nachrichtensendung gemäß Spruchpunkt 1 mit dem Kurzbericht im Rahmen ihres audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf (www.oe24.at) bereitzustellen, wird das Verfahren gemäß § 38 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl. Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 161/2013, bis zur Vorabentscheidung des in der Rechtssache C-347/14 *New Media Online* angerufenen Gerichtshofes der Europäischen Union ausgesetzt.
10. Der Antrag der oe24 GmbH auf Ausschluss der aufschiebenden Wirkung im Hinblick auf allfällig erhobene Rechtsmittel wird gemäß § 13 Abs. 2 VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013 idF BGBl. I Nr. 122/2013, abgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

1.1. Antrag der oe24 GmbH (Antragstellerin)

Mit Schreiben vom 16.01.2015, am 19.01.2015 bei der KommAustria eingelangt, beantragte die oe24 GmbH (im Folgenden: Antragstellerin), die angerufene Behörde möge gemäß

§ 5 Abs. 7 FERG mit Bescheid aussprechen, dass und zu welchen Bedingungen der Antragstellerin seitens der Sky Österreich Fernsehen GmbH (im Folgenden: Antragsgegnerin) das Recht auf Kurzberichterstattung an den Spielen der höchsten Spielklasse der ÖFBL ab der 20. Spielrunde am 14./15.02.2015 einzuräumen ist.

Begründend wurde ausgeführt, dass die Antragstellerin das TV-Programm „OE24TV“ betreibe. Sie sei ein bei der RTR-GmbH gemeldeter Fernsehveranstalter und übe diese Tätigkeit auch aus. Der Fernsehsender „OE24TV“ werde neben der Website www.oe24.at seit dem 10.11.2014 auch über das Kabelnetz der A1 Telekom Austria AG verbreitet. Ab der darauffolgenden Woche (Anmerkung: somit ab 19.01.2015) werde der Fernsehsender auch in das Kabelnetz von kabelplus (90.000 Haushalte) eingespeist; auch die Verhandlungen über eine Einspeisung in das Kabelnetz der Salzburg AG seien abgeschlossen. Weiters befände sich die Antragstellerin auch in Verhandlungen mit der UPC.

Die Antragsgegnerin sei ebenfalls ein bei der RTR-GmbH gemeldeter Fernsehveranstalter und verbreite ua das Pay-TV-Programm „Sky Sport Austria“. Die Antragsgegnerin habe die ausschließlichen Pay-TV-Übertragungsrechte an den Spielen der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga (derzeit „tipico Bundesliga“) erworben. Zumal die Spiele der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga zweifelsfrei ein Ereignis von allgemeinem Informationsinteresse darstellten, sei die Antragsgegnerin jedenfalls verpflichteter Fernsehveranstalter iS des § 5 Abs. 1 FERG. Seitens der Österreichischen Fußball-Bundesliga, die die Inhaberin der weltweit exklusiven medialen Rechte an den Meisterschaftsspielen der beiden höchsten Spielklassen sei, sei der Antragstellerin eine dem Inhalt des § 5 FERG entsprechende Werknutzungsbewilligung für die Berichterstattung über die Spiele der ÖFBL erteilt worden. Auch mit der Antragsgegnerin sei (zunächst) ein Konsens darüber erzielt worden, dass die Antragstellerin das Kurzberichterstattungsrecht nach § 5 FERG ausüben dürfe, sobald sie als linearer Fernsehsender tätig sei. Seit der Einspeisung des TV-Programms „OE24TV“ in das Kabelnetz der A1 Austria Telekom AG am 10.11.2014 sei die Antragstellerin als linearer Fernsehsender tätig und habe seitdem auch im Rahmen der „OE24TV“-Nachrichtensendung über die Spiele der Österreichischen Fußball-Bundesliga im Rahmen des der Antragstellerin zustehenden Kurzberichterstattungsrechtes nach § 5 FERG berichtet.

Am 22.12.2014 sei der Antragstellerin eine von der Antragsgegnerin beim Handelsgericht Wien zu 29 Cg i48/i4f eingebrachte Klage (samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) zugestellt worden. Mit dieser Klage habe sich die Antragsgegnerin auf ihre Leistungsschutzrechte nach § 76a UrhG an ihren Rundfunksendungen über die Spiele der Österreichischen Fußball-Bundesliga gestützt. Die Antragsgegnerin mache mit der Klage Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung, Rechnungslegung, Schadenersatz, Herausgabe des Gewinns, Urteilsveröffentlichung und Auskunft geltend und bringe in der Klage ua vor, dass die Antragstellerin zum einen kein Fernsehveranstalter sei, und ihr zum anderen keine Berechtigung zur Kurzberichterstattung nach § 5 FERG zustehe. Erst durch die Zustellung dieser Klage habe die Antragstellerin Kenntnis davon erlangt, dass das Einvernehmen mit der Antragsgegnerin über das Kurzberichterstattungsrecht nach 5 FERG offenbar – aus Sicht der Antragsgegnerin – nicht mehr bestehen solle. Zuvor sei dies der Antragstellerin von der Antragsgegnerin nicht mitgeteilt worden. Zum Nachweis wurde eine Kopie der Klage zu 29 Cg 148/14f, des HG Wien angefügt.

Weiters wurde seitens der Antragstellerin ausgeführt, die ÖFBL habe bis zum 14.02.2015 Winterpause. Nach Ende der Winterpause, sohin ab der 20. Spielrunde am 14./15.02.2015, wolle die Antragstellerin jedenfalls über die Spiele der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga berichten; schließlich stellten die Spiele jeweils Ereignisse von allgemeinem Informationsinteresse dar. Zudem beabsichtige die Antragstellerin auch, im Einklang mit § 5 Abs. 5 FERG die Nachrichtensendung mit dem Kurzbericht nach der Ausstrahlung unverändert auf der Website der Antragstellerin www.oe24.at im Rahmen der Mediathek für die Dauer von sieben Tagen auf Abruf

bereitzustellen. Aufgrund der eingebrachten Klage der Antragsgegnerin müsse die Antragstellerin davon ausgehen, dass der zunächst vorhandene Konsens über die Ausübung des Kurzberichterstattungsrechtes nicht mehr gegeben sei. Es sei klarzustellen, dass gemäß § 5 Abs. 4 FERG das Fordern eines Entgelts, das die Kosten des Zugangs zum Signal übersteige, nicht zulässig sei. Die Antragstellerin verfüge über einen Zugang zum Sendesignal der Antragsgegnerin, sodass mit der Einräumung des Kurzberichterstattungsrechtes an die Antragstellerin keine weiteren Kosten verbunden seien. Gemäß § 5 Abs. 7 FERG könne ein Fernsehveranstalter, der die Einräumung eines Kurzberichterstattungsrechtes verlange, zwecks Durchsetzung dieses Rechts die Regulierungsbehörde – dies ist nach § 7 FERG die angerufene Behörde KommAustria – anrufen.

1.2. Stellungnahme der Sky Österreich Fernsehen GmbH (Antragsgegnerin)

Mit Schreiben vom 20.01.2015 übermittelte die KommAustria den Antrag der Antragstellerin an die Antragsgegnerin und räumte dieser die Möglichkeit ein, hierzu sowie zur Frage Stellung zu nehmen, unter welchen Bedingungen für die Antragsgegnerin eine etwaige Einigung in Betracht käme; dies insbesondere im Hinblick auf eine vertragliche Festlegung der Dauer der Kurzberichterstattung, allfällige Karenzzeiten oder sonstige Bedingungen nach § 5 Abs. 3 bis 5 FERG. Ferner wurde die Antragsgegnerin um nähere Angaben zum Zustandekommen (insb. zeitlicher Ablauf) des von der Antragstellerin behaupteten „Konsenses“ ersucht, sowie aufgefordert, alle diesbezüglich relevanten Unterlagen (Verträge, Korrespondenzen etc.) vorzulegen.

Mit Schreiben vom 26.01.2015, eingelangt am selben Tag, beantragte die Antragsgegnerin, dem Antrag auf Einräumung des Kurzberichterstattungsrechtes nicht Folge zu geben. Zu den mit Schreiben der KommAustria vom 20.01.2015 übermittelten Fragestellungen sowie zum gegenständlichen Antrag führte sie Folgendes aus:

Außer Streit gestellt werde, dass die Antragsgegnerin für die Saisonen 2013/14 bis 2017/18 die alleinigen Pay-TV-Verwertungsrechte im deutschsprachigen Raum für die Spiele der höchsten Spielklasse im österreichischen Fußball (derzeit tipico Bundesliga; „Bundesliga“) von der BLM Marketing & Event GmbH („BLM“) erworben habe, die ein 100-prozentiges Tochterunternehmen der Österreichischen Fußballbundesliga („ÖFBL“) sei. Die Antragsgegnerin sende Live-Übertragungen und Highlight-Berichterstattung von den Spielen der Bundesliga durch Rundfunk in ihrem Kanal „Sky Sport Austria“ und kennzeichne die Sendungen mit dem Senderlogo „Sky Sport Austria“. Die Antragstellerin habe am 08.12.2014 ein Video mit den Highlights der Spiele der 18. Runde der Bundesliga, die am 06.12.2014 und 07.12.2014 stattgefunden habe, unter dem Titel „Sport Show“ zum Abruf bereitgestellt. Für dieses Video sei ua Bildmaterial aus den Rundfunksendungen der Antragsgegnerin entnommen worden, was aus der Einblendung des Logos „Sky Sport Austria“ ersichtlich gewesen sei. Das Video sei angeblich um 06:00 Uhr desselben Tages auf „OE24TV“ gezeigt worden. Da die Rundfunksendungen der Antragsgegnerin nach § 76a UrhG Leistungsschutz genießen, habe die Antragsgegnerin gegen die Antragstellerin eine Klage beim Handelsgericht Wien eingebracht und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Diesem Antrag habe das Handelsgericht Wien mit Beschluss vom 19.01.2015 stattgegeben. Zum Nachweis dieses Vorbringens wurde von der Antragstellerin einerseits eine Videoaufzeichnung der (OE24TV-) „Sport Show“ vom 08.12.2014 auf DVD sowie die einstweilige Verfügung des Handelsgerichtes Wien vom 19.01.2015 zu 29 Cg 148/14f angefügt.

Ausdrücklich bestritten werde, dass die Österreichische Fußball-Bundesliga der Antragstellerin eine dem Inhalt des § 5 FERG entsprechende Werknutzungsbewilligung erteilt habe. Träfe dies zu, so würde sich der gegenständliche Antrag wohl erübrigen. Die Österreichische Fußball-Bundesliga könne eine Werknutzungsbewilligung an den Rundfunksendungen der Antragsgegnerin auch gar nicht einräumen, da sie selbst über keine

originären oder abgeleiteten Rechte an diesen Sendungen verfüge. Eine Werknutzungsbewilligung könne daher nur die Antragsgegnerin selbst einräumen. Aus diesem Grund habe auch Mag. A, der Vorstand der Z und Geschäftsführer der W GmbH, gegenüber der Antragstellerin erklärt, dass ein Nachverwertungsvertrag zwischen der W GmbH und der Antragstellerin nur mit Zustimmung der Antragsgegnerin abgeschlossen werden könne. Eine solche Zustimmung liege nicht vor. Zum Nachweis wurde von der Antragsgegnerin eine eidesstättige Erklärung von Mag. A vorgelegt.

Ausdrücklich bestritten werde auch, dass mit der Antragstellerin ein Konsens über die Einräumung eines Kurzberichterstattungsrechts nach § 5 FERG erzielt worden sei und dass die Antragstellerin ein linearer Fernsehveranstalter bzw oe24 TV ein lineares TV-Programm sei.

Die Antragstellerin habe im Verfahren vor dem Handelsgericht Wien behauptet, dass ihr in einem Gespräch am 01.09.2014 vom Geschäftsführer der Antragsgegnerin, Kai Mitterlechner, ein Kurzberichterstattungsrecht für den Fall, dass die Antragstellerin als linearer Fernsehveranstalter tätig werde, eingeräumt worden sei. Dies treffe nicht zu: An dem Gespräch am 01.09.2014 hätten auf Seiten der Antragstellerin B, Niki Fellner und Oliver Voigt und auf Seiten der Antragsgegnerin Kai Mitterlechner und D, der Leiter des Bereichs Marketing bei der Antragsgegnerin, teilgenommen. Im Gespräch sei es eigentlich um eine Marketing-Kooperation mit der Tageszeitung Österreich gegangen und die Kurzberichterstattung sei nur Randthema am Ende des Gesprächs gewesen. Es sei in dem Gespräch ganz allgemein über die Voraussetzung eines Kurzberichterstattungsrechts gesprochen worden und Kai Mitterlechner habe in diesem Zusammenhang insbesondere darauf hingewiesen, dass ein zur Kurzberichterstattung berechtigter Fernsehveranstalter ein Vollprogramm anbieten müsse. Er habe in Aussicht gestellt, dass die Antragstellerin mit der Antragsgegnerin über die Einräumung eines Kurzberichterstattungsrechts reden werde, sobald diese die Voraussetzung erfüllt worden sei. Für Kai Mitterlechner sei klar gewesen, dass dies zum Gesprächszeitpunkt jedenfalls nicht der Fall war und auch B und Niki Fellner dürften hiervon ausgegangen sein bzw. hätten diesen Punkt nicht weiter thematisiert. Kai Mitterlechner habe in dem Gespräch keinesfalls der Antragstellerin das Recht auf Kurzberichterstattung an den Spielen der Bundesliga eingeräumt oder eine entsprechende Zusage für die Zukunft gemacht, sondern nur seine Gesprächsbereitschaft für den Fall bekundet, dass die Antragstellerin in Zukunft die Voraussetzungen erfüllen sollte. Es sei auch nicht über die Modalitäten der Kurzberichterstattung gesprochen worden, was bei Vorliegen einer Einigung über das Recht auf Kurzberichterstattung aber essentiell gewesen wäre, da dann nämlich geklärt werden müsste, auf welche Weise der berechtigte Fernsehveranstalter das Signal übernehme (zB über ein Sky-Abo, ab Heck Ü-Wagen, etc.). Es sei in diesem Zusammenhang bemerkenswert, dass die Antragstellerin in ihrem Antrag ausgeführt habe, dass sie über einen Zugang zum Sendesignal der Antragsgegnerin verfüge. Da die Antragsgegnerin ihre Rundfunksendungen verschlüsselt ausstrahle und ein privates Sky-Abonnement nicht zur öffentlichen Zugänglichmachung der Inhalte im Internet berechtheite, werde die Antragstellerin im Verfahren darüber Auskunft zu geben haben, auf welche Weise sie Zugang zum Sendesignal erlangt habe bzw. zu erlangen beabsichtige. Das Gespräch am 01.09.2014 sei die einzige Kommunikation der Parteien über das Thema Kurzberichterstattung an der Österreichischen Fußball-Bundesliga gewesen. Daher gebe es auch keine schriftlichen Unterlagen, wie Verträge, Korrespondenz etc. Auch habe das Gespräch am 01.09.2014 aus Sicht der Antragsgegnerin keine konkrete Anfrage dargestellt, sondern vielmehr eine generelle Diskussion über das Thema. Die Antragstellerin habe aber ca. ein Jahr davor, nämlich im Oktober/November 2013, wegen einer Lizenz zur Highlight-Berichterstattung von den Spielen der Österreichischen und deutschen Fußball-Bundesliga bei der Antragsgegnerin angefragt. Damals habe die Antragstellerin ein Angebot gelegt, das jedoch zu niedrig gewesen und von der Antragsgegnerin deswegen nicht angenommen worden sei. Über Kurzberichterstattung sei damals nicht gesprochen worden. Später habe die Antragsgegnerin der „Kronen Zeitung“ die Lizenz zur Highlight-Berichterstattung eingeräumt, auf deren Website erstmals im Juli/August 2014 Clips der aktuellen Saison

abrufbar gewesen seien. Zum Nachweis des Vorbringens fügte die Antragsgegnerin eine eidesstättige Erklärung von Kai Mitterlechner vom 13.01.2015 sowie eine eidesstättige Erklärung von D vom 12.01.2015 an.

Die Antragsgegnerin sei zur Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts nicht verpflichtet, da „OE24TV“ kein lineares Fernsehprogramm darstelle und die Antragstellerin damit kein Fernsehveranstalter sei, der zur Kurzberichterstattung nach § 5 FERG berechtigt wäre. Außerdem verfüge die Antragstellerin über keine, den Vorschriften des § 5 Abs. 3 Z 2 FERG entsprechende, allgemeine Nachrichtensendung, in der die Kurzberichte gezeigt werden könnten, und es mangle ihr daher am rechtlichen Interesse. Es treffe zu, dass „OE24TV“ von A1 TV-Kunden empfangen werden könne. Es handle sich hierbei aber nur um ein „Alibiprogramm“, das aus den auf der Website www.oe24.at zum individuellen Abruf bereitgestellten Berichten bestehe. Diese sechs oder sieben Berichte wiederholten sich ca. alle 30 Minuten und würden nur sehr selten aktualisiert. Beispielsweise stamme der am 12.01.2015 abgerufene Bericht mit dem Titel „gesund&fit TV“ bereits vom 19.12.2014 und sei damit offenbar fast einen Monat lang abrufbar gewesen. Auch der als „Sondersendung“ betitelte Bericht über die Geiselnahme in Paris sei sowohl am 11.01.2015 als auch am 12.01.2015 die einzige „Meldung“ des „News TV“ gewesen und habe offenbar bereits vom 10.01.2015 gestammt. Im elektronischen Programmführer (EPG) von A1 TV sei für alle Uhrzeiten folgende Sendungsbezeichnung angegeben: „oe24 TV HD“ sowie als Zusatzinformation „Dokumentation, Allgemein, A 2015“. Die nähere Beschreibung laute wie folgt: „In einer witzigen Doppel-Conference berichtet unser Moderatoren-Team täglich von Montag bis Freitag um 6 Uhr und 13 Uhr über die aktuellsten News aus der Promiwelt sowie von nationalen und internationalen Top-Events. Das Online-TV-Format besticht durch seine Schnelligkeit, seinen Humor und eine Portion Zynismus.“ Diese Beschreibung sei nicht nur für die „Sendungen“ um 6:00 Uhr und um 13:00 Uhr angegeben, sondern beispielsweise auch für jene um 8:00 Uhr, 9:00 Uhr, 14:00 Uhr und 20:00 Uhr. Auf der Website von A1 finde sich im TV-Programm für oe24 TV ebenfalls zu allen Uhrzeiten die folgende Sendungsbezeichnung: „oe24 TV HD“. Zum Nachweis wurde eine eidesstättige Erklärung von Dr. C vom 14.01.2015 mit Fotos von „OE24TV“ und Screenshots der Website www.oe24.at/video als Beilage angefügt. Zudem wurde das Programm von oe24 TV auf www.a1.net sowie eine Aufnahme von „OE24TV“ vom 22.01.2015 (abgefilmt) beigelegt.

Zur Kurzberichterstattung seien nach § 5 FERG nur Fernsehveranstalter berechtigt. Fernsehveranstalter sei nach § 2 Z 17 AMD-G, wer Fernsehprogramme zusammenstelle und verbreite oder durch Dritte verbreiten lasse. § 2 Z 16 AMD-G definiere den Begriff „Fernsehprogramm“ wie folgt: „*Ein audiovisuelles Rundfunkprogramm iSd Artikel I Abs. 1 des BVG-Rundfunk oder ein anderer über elektronische Kommunikationsnetze verbreiteter audiovisueller Mediendienst, der von einem Mediendiensteanbieter für den zeitgleichen Empfang von Sendungen auf der Grundlage eines Sendeplans bereitgestellt wird.*“ Das AMD-G orientiere sich damit an Art. 1 lit. e der AVMD-RL, der „Fernsehprogramm“ wie folgt definiere: „*einen audiovisuellen Mediendienst, der von einem Mediendiensteanbieter für den zeitgleichen Empfang von Sendungen auf der Grundlage eines Sendeplans bereitgestellt wird.*“ Der Begriff „Fernsehprogramm“ behalte somit die folgenden drei Elemente:
• audiovisueller Mediendienst (Rundfunk oder anderer audiovisueller Mediendienst), • zeitgleicher Empfang von Sendungen, • auf der Grundlage eines Sendeplans. Oe24 TV sei kein lineares Fernsehprogramm, da es nur eine dieser drei Voraussetzungen erfülle, und zwar jenes des zeitgleichen Empfangs von Sendungen. Hingegen fehle es an einem Sendeplan, da nur eine Sendung, nämlich die Sendung mit der Bezeichnung „oe24 TV HD“, bereitgestellt werde, die in einer Endlosschleife den ganzen Tag über an allen Tagen der Woche gezeigt werde. Eine Sendung stelle noch keinen Sendeplan dar. Dies ergebe sich aus der AVMD-RL, die zwar nicht den Begriff „Sendeplan“, aber in Art. 1 lit. b den Begriff „Sendung“ definiere als „*eine Abfolge von bewegten Bildern mit oder ohne Ton, die Einzelbestandteil eines von einem Mediendiensteanbieter erstellten Sendeplans oder Katalogs ist und deren Form und Inhalt mit der Form und dem Inhalt von Fernsehprogrammen vergleichbar sind*.

Aus der Verwendung des Terminus

„Einzelbestandteil“ folge, dass ein Sendeplan nach den Vorstellungen des Richtlinien-Gesetzgebers mehrere Sendungen umfassen müsse. Auch deutsche Kommentatoren würden diese Ansicht vertreten. So meine Schulz in Hahn/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht³, § 2 RStV Rz 42c: „Das Gesetz schweigt zur Länge des Programms bzw der Zahl der erforderlichen Sendungen; bei einer einzigen Sendung, die zu einem vom Veranstalter bestimmten Zeitpunkt ausgestrahlt wird (bzw in einer Schleife rotiert), wird man noch nicht von einem Sendeplan sprechen können, ohne den Wortlaut zu überdehnen. Auch bei kurzen Programmen (mit mehreren Sendungen) muss man sich nach Sinn und Zweck fragen, ob der Typus aus der Sicht des Rezipienten einem traditionellen linearen Programm vergleichbar ist [...].“ Zum Nachweis wurde die entsprechende Kommentarpassage als Beilage angefügt.

Auch handle es sich bei „OE24TV“ um keinen „audiovisuellen Mediendienst“. Ein audiovisueller Mediendienst werde im Einklang mit der Richtlinie in § 2 Z 3 AMD-G wie folgt definiert: „Eine Dienstleistung iSd Artikel 56 und 57 AEUV unter der redaktionellen Verantwortung eines Mediendiensteanbieters, deren Hauptzweck die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit über elektronische Kommunikationsnetze (§ 3 Z 11 TKG 2003) ist. Darunter fallen Fernsehprogramme und audiovisuelle Mediendienste auf Abruf“. Die Gesetzesmaterialien führten hierzu ua folgendes aus: „Das Kriterium der redaktionellen Verantwortung eines Mediendiensteanbieters (vgl Z 20) wird im Wesentlichen den bekannten Anforderungen an den Medieninhaber nach § 1 Abs. 1 Z8 MedienG entsprechen: Sie beinhaltet die Ausübung einer wirksamen Kontrolle sowohl hinsichtlich der Zusammenstellung der Sendungen als auch hinsichtlich ihrer Bereitstellung entweder anhand eines chronologischen Sendeplans im Falle von Fernsehsendungen oder mittels eines Kataloges im Falle von audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf. Beim Kriterium des Hauptzwecks ist auf das Gesamterscheinungsbild abzustellen und sowohl qualitativ als auch quantitativ zu ermitteln, inwieweit audiovisuelle Elemente einen bloß unterstützenden Charakter haben, oder eben ein selbständiges Angebot darstellen. Elektronische Ausgaben von Zeitungen und Zeitschriften werden in der Regel nicht als audiovisueller Mediendienst anzusehen sein.“ Im gegenständlichen Fall mangle es sowohl am Kriterium der redaktionellen Verantwortung als auch am Hauptzweck der Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung.

Von redaktioneller Verantwortung könne deswegen nicht gesprochen werden, da auf „OE24TV“ lediglich sämtliche auf www.oe24.at zum Abruf zur Verfügung gestellten Videos beliebig aneinandergereiht und in einer Endlosschleife gezeigt würden. Es gebe niemanden, der eine inhaltliche Auswahl treffe oder einen chronologischen Sendeplan festlege. Für das Programm gebe es auch keine Zielgruppe, denn wer wolle sich schon ein Programm ansehen, das sich jede halbe Stunde wiederhole und praktisch nicht aktualisiert werde. Hauptzweck von „OE24TV“ sei daher nicht die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung, sondern es handle sich ganz offensichtlich um ein „Alibi-Programm“, das die Antragstellerin nur deswegen betreibe, um sich auf das Kurzberichterstattungsrecht berufen zu können. Genau das solle nach der AVMD-RL nicht zulässig sein, nach deren Erwägungsgrund 57 das Kurzberichterstattungsrecht nicht dazu genutzt werden solle, neue Geschäftsmodelle von Abrufdiensten auf der Grundlage kurzer Auszüge zu schaffen. Gerade das versuche aber die Antragstellerin hier. Sie wolle sich die Lizenzzahlungen im sechsstelligen Bereich, die normalerweise für die Highlight-Berichterstattung zu leisten seien, ersparen, indem sie sich auf das Kurzberichterstattungsrecht berufe. Würde die Behörde eine solche Praxis billigen und der Antragstellerin das Kurzberichterstattungsrecht zugestehen, wäre es in Zukunft für Rechteinhaber unmöglich, Nachverwertungsrechte für Highlight-Berichterstattung auf einer Website zu veräußern, da es für den Website-Betreiber viel billiger sei, ein „Alibi-Fernsehprogramm“ zu betreiben, als die Lizenzgebühren zu bezahlen. Ein Kurzberichterstattungsrecht der Antragstellerin sei auch sehr zum Nachteil bestehender Lizenznehmer, wie derzeit der „Kronen Zeitung“, da diese Lizenznehmer hohe Summen für

die Berechtigung zur Highlight-Berichterstattung auf ihrer Website zahlten und im Ergebnis nicht über sehr viel weiter gehende Rechte verfügen würden, als die Antragstellerin sie begehre.

Aus der Listung von „OE24TV“ als Fernsehprogramm im Verzeichnis der RTR-GmbH könne nicht geschlossen werden, dass es sich bei der Antragstellerin um einen Fernsehveranstalter handle. Diese Listung erfolge einzig und allein aufgrund der Angaben in der Anzeige. Bei der Beurteilung, ob ein Kurzberichterstattungsrecht bestehe, sei aber nicht auf die Anzeige abzustellen, sondern auf den tatsächlichen Programminhalt (*Engin-Deniz*, Aktuelle Entwicklungen im Recht der Kurzberichterstattung, Festschrift Johannes Reich-Rohrwig [2014], 449 f.).

Weiters wurde ausgeführt, Kurzberichte gemäß § 5 Abs. 3 Z 2 FERG dürften nur in allgemeinen Nachrichtensendungen verwendet werden. Hierunter seien Nachrichtensendungen zu verstehen, die einen planmäßigen und mit gewisser Regelmäßigkeit wiederkehrenden Bestandteil eines Fernsehprogramms darstellten. Ferner dürfe sich die Nachrichtensendung nicht ausschließlich mit den Gegenstand der aktuellen Kurzberichterstattung bildenden Ereignissen befassen (*Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, 879). Im EPG und im TV-Programm auf der Website von A1 werde die „Sport Show“ nicht einmal erwähnt. Sie werde nur im Rahmen der einzigen dort angegebenen Sendung „oe24 TV HD“ gezeigt. Diese Sendung sei jedenfalls keine Nachrichtensendung, da sie zu einem großen Teil aus Unterhaltungselementen (zB Madonna TV, gesund&fit TV) bestehe. Selbst wenn die „Sport Show“ als eigene Sendung anzusehen sei, sei sie keine allgemeine Nachrichtensendung iSd § 5 Abs. 3 Z 2 FERG. Die „Sport Show“ diene nämlich ausschließlich dazu, „Kurzberichte“, die aus dem Bildmaterial anderer Fernsehveranstalter entnommen seien, zu zeigen; zB seien in der „Sport Show“ vom 08.12.2014 „Kurzberichte“ von zwei Fußballspielen (entnommen aus Sendungen des ORF und der Antragsgegnerin) und Ski Alpin (ORF) gezeigt worden. Die „Sport Show“ enthalte in der Regel keine anderen Inhalte, insbesondere kein von „OE24TV“ selbst produziertes oder zugekauftes Bildmaterial, sondern allenfalls noch Kurzmeldungen mit Fotos. Sie werde auch nicht, wie dies bei Nachrichtensendungen der Fall sei, aktualisiert, wenn es neue Entwicklungen gebe, sondern laufe den ganzen Tag unverändert in der Endlosschleife. Auch das Handelsgericht Wien habe in seiner einstweiligen Verfügung daher zu Recht bezweifelt, dass es sich bei der „Sport Show“ um eine allgemeine Nachrichtensendung handle und habe erkannt, dass OE24TV nichts anderes mache, als aus den angeblichen „Kurzberichten“ eine eigene Sportsendung zu „basteln“, um damit ihr Sendeprogramm (und in Folge ihre Website) attraktiver zu gestalten und Zuseher bzw User zu gewinnen (Seite 12, zweiter Absatz der einstweiligen Verfügung des HG Wien). Weder die Sendung „oe24 TV HD“ noch die „Sport Show“ seien daher eine allgemeine Nachrichtensendung iSd § 5 Abs. 3 Z 2 FERG. Da die Antragstellerin derzeit über keine anderen Sendungen verfüge, mangle es ihr an einem Format, in dem sie Kurzberichte senden könnte und folglich am rechtlichen Interesse für die beantragte Feststellung.

1.3. Stellungnahme der Antragstellerin

Mit Schreiben vom 20.01.2015 forderte die KommAustria die Antragstellerin gemäß § 47 Abs. 1 AMD-G auf, Aufzeichnungen des im Kabelnetz der A1 Telekom Austria AG ausgestrahlten Programms vom 13.01.2015, 14:00-18:00 Uhr, vom 15.01.2015, 07:00-13:00 Uhr, sowie vom 18.01.2015, 18:00 bis 23:00 Uhr, vorzulegen, sowie weiters Angaben zum Programmschema zu machen, insbesondere, inwieweit das Programm allgemeine Nachrichtensendungen iSd § 5 Abs. 3 Z 2 FERG beinhalte. Weiters wurde die Antragstellerin aufgefordert, nähere Angaben zu dem von ihr behaupteten Konsens in Hinblick auf die Einräumung eines Rechts auf Kurzberichterstattung zu machen. Auch wurde die Antragstellerin aufgefordert eine etwaige Vereinbarung mit der Österreichischen Fußball-Bundesliga („tipico Bundesliga“) vorzulegen, der zufolge der Antragstellerin eine dem Inhalt

des § 5 FERG entsprechende Werknutzungsbewilligung für die Berichterstattung über die Spiele der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga erteilt worden sei.

Mit Schreiben vom 26.01.2015, eingelangt am selben Tag, legte die Antragstellerin die, von der KommAustria angeforderten, Aufzeichnungen vor und äußerte sich in einem zu den ihr aufgetragenen Fragestellungen:

Bei dem von der Antragstellerin ausgestrahlten TV-Programm OE24TV, das derzeit in das Kabelnetz der A1 Telekom Austria AG (und demnächst in jenem von kabelplus und in weiterer Folge in dem Netz der Salzburg AG) verbreitet werde, handle es sich derzeit ausschließlich um ein allgemeines Nachrichten-Programm, mit Schwerpunkt auf das österreichische Zeitgeschehen: Die Nachrichtensendung bestehe aus mehreren Blöcken, die - so nicht außergewöhnliche Ereignisse wie etwa die Terroranschläge in Paris, eine andere Sendungsgestaltung zwingend erforderlich machen - insgesamt 30 Minuten lang seien. Die Nachrichtensendung werde zum überwiegenden Teil, mit Ausnahme einiger weniger Agentur-Zuspielungen (APA, Reuters), in den Räumlichkeiten der Antragstellerin und durch deren Mitarbeiter täglich neu produziert. Die Nachrichtensendung beginne zur jeweils vollen und halben Stunde. Ausgestrahlt werde 24 Stunden am Tag, 365 Tage im Jahr. Inhaltlich seien diese Blöcke in folgende Themenbereiche gegliedert: • Block 1: Nachrichten aus der österreichischen und internationalen Politik sowie Chronik-Nachrichten (vorwiegend aus Österreich), • Block 2: Die wichtigsten Ereignisse aus der Welt des Sports (national und international), • Block 3: „Society“: die wichtigsten Nachrichten aus der Gesellschaftswelt, • Block 4: Wetter, • Block 5: „Gesund und Fit“: Tipps und Tricks um gesund zu bleiben, • Block 6: „Madonna-TV“: Nachrichten aus der Welt des Lifestyles. Die Sportberichterstattung sei somit eingebettet in die allgemeine Nachrichtensendung.

Die Antragstellerin habe sich zunächst um eine Lizenz für eine (über das Kurzberichterstattungsrecht nach § 5 FERG hinausgehende) Berichterstattung über die Spiele der Österreichischen Fußball-Bundesliga intensiv bemüht. Diesbezüglich habe die Antragstellerin zum einen Gespräche mit der Österreichischen Fußball-Bundesliga zum anderen auch Verhandlungen mit der Antragsgegnerin geführt. Am 01. September 2014 habe es einen Termin in der Friedrichstraße 10, 1010 Wien, zwischen Vertretern der Antragstellerin und Vertretern der Antragsgegnerin gegeben. Im Zuge der an diesem Tag geführten Gespräche sei der Geschäftsführer der Antragsgegnerin, Herr Kai Mitterlechner, dazu befragt worden, in welcher Form eine Berichterstattung durch die Antragstellerin über die Spiele der Österreichischen Fußball-Bundesliga einerseits und über die Spiele der deutschen Bundesliga andererseits möglich sei. Herr Mitterlechner habe dabei gegenüber dem Geschäftsführer der Antragstellerin Niki Fellner und dem Herausgeber von „Y“, B zum Ausdruck gebracht, dass eine Berichterstattung über die Spiele der deutschen Bundesliga seitens der Antragsgegnerin kategorisch abgelehnt werde. Gleichzeitig habe er erklärt, dass die Antragstellerin über die Spiele der Österreichischen Fußball-Bundesliga im Rahmen der Ausübung des Kurzberichterstattungsrechtes nach dem FERG berichten könne, sobald sie als linearer Fernsehsender tätig sei. Eine schriftliche Vereinbarung sowie Korrespondenz diesbezüglich gebe es nicht, diese sei jedoch auch nicht erforderlich: § 5 Abs. 6 FERG verlange hinsichtlich der Kontaktaufnahme keine besonderen Formvorschriften, zumal hinsichtlich der Signalabnahme keine weiteren Fragen zu klären gewesen seien und der Antragsgegnerin für die Einräumung des Kurzberichterstattungsrechtes zudem kein Entgelt gebühre (da kein zusätzlicher Aufwand entstehe). Sohin sei für die Antragstellerin von einem Konsens auszugehen gewesen, das Kurzberichterstattungsrecht ausüben zu dürfen, sobald die Antragstellerin als linearer Fernsehsender tätig sei.

Wie oben erwähnt, habe die Antragstellerin auch Verhandlungen mit der Österreichischen Fußball-Bundesliga geführt. Mit den Vertragsverhandlungen sei von der Österreichischen Fußball-Bundesliga die Agentur Profile Partners GmbH & Co. KG beauftragt worden. Diese habe der Antragstellerin im Auftrag der Österreichischen Fußball-Bundesliga einen Vertragsentwurf über eine Berichterstattung von bis zu fünf Minuten pro Spiel übermittelt. Die

Gespräche mit der Österreichischen Fußball-Bundesliga über die Einräumung einer Lizenz für die Berichterstattung über die Spiele der Österreichischen Fußball-Bundesliga seien schließlich ins Stocken geraten. Allerdings sei der Antragstellerin vom Vorstand der Österreichischen Fußball-Bundesliga, Herrn Mag. Christian A, mündlich versichert worden, dass sie das Kurzberichterstattungsrecht im Einklang mit § 5 FERG wahrnehmen könne. Es sei der Antragstellerin seitens der Österreichischen Fußball-Bundesliga somit eine dem Inhalt des § 5 FERG entsprechende Werknutzungsbewilligung erteilt worden. Für die Erteilung der Werknutzungsbewilligung sei es nicht Voraussetzung Fernsehveranstalter iS des § 5 FERG zu sein. Zumal die Österreichische Fußball-Bundesliga ihren eigenen Angaben zufolge „Inhaberin der weltweit exklusiven medialen Rechte an den Meisterschaftsspielen“ (dieser Wortlaut sei dem oben erwähnten Vertragsentwurf entnommen) sei, habe die Antragstellerin davon ausgehen müssen, dass die Österreichische Fußball-Bundesliga zur Erteilung dieser Werknutzungsbewilligung berechtigt gewesen sei.

Die Antragstellerin begehre eine Kurzberichterstattung über die Spiele der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga im marktüblichen Ausmaß, insbesondere zu der gesetzlich zulässigen Höchstdauer von 90 Sekunden pro Spiel (§ 5 Abs. 3 Z 4 FERG), ab jeweils einer Stunde nach Spielende. Jedenfalls begehre die Antragstellerin auch, die Nachrichtensendung mit den Kurzberichten nach der Ausstrahlung unverändert im Rahmen eines audiovisuellen Mediendienstes („Mediathek“) auf der Website www.oe24.at für die Dauer von sieben Tagen nach der Ausstrahlung auf Abruf bereitzustellen (§ 5 Abs. 5 FERG). Die Signalabnahme könne über den auch für den Zuseher bestimmten Übertragungsweg erfolgen (siehe dazu *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³ 873), sodass der Antragsgegnerin keine Kosten entstünden. Auch darüber hinaus gebühre keine finanzielle Vergütung, zumal lediglich ein Anspruch auf die sich aus der Gewährung des Zugangs zum Signal ergebenden zusätzlichen Kosten (§ 5 Abs. 4 FERG) bestehe, jedoch eine darüber hinausgehende Abgeltung ausgeschlossen sei (*Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³ 874).

Diese Stellungnahme und die unter 1.2 wiedergegebene Stellungnahme wurden den Parteien mit Schreiben der KommAustria vom 26.01.2015 jeweils wechselseitig zugestellt.

1.4. Vermittlungsgespräch

Mit Schreiben vom 20.01.2015 forderte die KommAustria die Parteien des Verfahrens iSd § 5 Abs. 7 FERG im Hinblick auf das mögliche Zustandekommen einer gütlichen Einigung zur Teilnahme an einem Vermittlungsgespräch in den Räumlichkeiten der RTR-GmbH am 28.01.2015 um 10:00 Uhr auf.

Im Rahmen dieses unter Anwesenheit des erkennenden Senats und Vertretern beider Parteien abgehaltenen Vermittlungsgesprächs führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass es sich bei ihr seit November 2014 um einen Fernsehveranstalter handle. Seit diesem Zeitpunkt werde das Programm im Kabelnetz der A1 Telekom Austria AG verbreitet. Über das Recht auf Kurzberichterstattung betreffend die Spiele der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga habe am 01.09.2014 eine Einigung mit Antragsgegnerin erzielt werden können. Ab Einlangen der Klage der Antraggegnerin habe die Antragstellerin jedoch davon ausgehen müssen, dass das Kurzberichterstattungsrecht widerrufen worden sei, weshalb die Antragstellerin nunmehr den gegenständlichen Antrag bei der KommAustria gestellt habe. Grundsätzlich sei die Antragstellerin hinsichtlich der im FERG geregelten Modalitäten der Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts gesprächsbereit.

Die Antraggegnerin gab an, dass ein derartiger Konsens hinsichtlich der Kurzberichterstattung nicht bestanden habe. Vielmehr sei von der Antragstellerin das Sendesignal in der Vergangenheit konsenslos genutzt worden. Lediglich durch Zufall sei

bemerkt worden, dass auf oe24.tv Kurzberichte unter Verwendung des Sendesignals von Sky ausgestrahlt worden seien. Richtig sei, dass zwischen der Antragsgegnerin und der Antragstellerin am 01.09.2014 ein Gespräch stattgefunden habe. Bei diesem sei es um die Einräumung verschiedener Rechte gegangen, wobei die Rechte betreffend die Österreichische Fußball-Bundesliga nur einen kleinen Teil der Besprechungen dargestellt hätten. Es zeuge von einer sehr „legeren“ Auslegung bzw. einer sehr weiten Interpretation des Begriffs Konsens, wenn die Antragstellerin nach diesen Gesprächen davon ausgegangen sei, ihr sei hiermit ein Kurzberichterstattungsrecht eingeräumt worden. Eine Vereinbarung habe es definitiv nicht gegeben. Es sei lediglich darauf hingewiesen worden, dass wenn die Antragstellerin einmal alle „programmlichen Hürden“ erfülle, auch ein Kurzberichterstattungsrecht in Aussicht genommen werden könne. Weiters führte die Antragsgegnerin an, dass sie die sich aus dem FERG ergebenden Rechte grundsätzlich anerkenne, jedoch nicht uferlos. Insbesondere könne ein Anbieter, der kein Fernsehprogramm veranstalte, nicht kurzberichterstattungsberechtigt sein. Überdies sei die Antragsgegnerin mit der Antragstellerin betreffend die Einräumung einer Lizenz für eine Highlight-Berichterstattung bereits früher in Verhandlungen gestanden. Diese seien jedoch nicht zu einem Abschluss gekommen.

Auf Nachfrage seitens der KommAustria, dass das gesetzliche Kurzberichterstattungsrecht vielleicht nicht alle Verwendungswünsche, insbesondere im Abrufdienst, abdecken würde, gab die Antragstellerin an, sie strebe eine Kurzberichterstattung im Ausmaß von (maximal) 90 Sekunden im Rahmen einer allgemeinen Nachrichtensendung an. Es bestehe Gesprächsbereitschaft darüber, ob die Ausstrahlung der Kurzberichte im Sportteil oder aber im allgemeinen Nachrichtenteil stattfinden soll. Ebenso verhandelbar sei die „Embargozeit“ („Karenzzeit“), die Dauer der Abrufbarkeit der Berichte auf der Website der Antragstellerin, sowie die Frage der Quellenkennzeichnung.

Die Antragsgegnerin führte aus, dass zunächst die Frage des Bestehens des Rechts auf Kurzberichterstattung dem Grunde nach zu klären sei. Erst danach könne man sich allenfalls auf Modalitäten einigen. Der Gesetzgeber habe bewusst klare Bedingungen daran geknüpft, wer kurzberichterstattungsberechtigt sei; dies insbesondere in Hinblick auf die regelmäßig mit einer Exklusivübertragung zu leistenden Lizenzgebühren. In diesem Zusammenhang sei fraglich, ob die Antragstellerin überhaupt Fernsehveranstalterin sei. Eine Anzeige als Kabelrundfunkveranstalter bei der RTR-GmbH reiche nicht dazu aus, um die Antragstellerin als Fernsehveranstalterin zu qualifizieren. Derzeit bestehe das Programm der Antragstellerin lediglich aus einer einzigen Sendung mit wenigen Programmteilen. Zudem sei festzustellen, dass die Programmteile sich selten ändern würden. Die einzige nennenswerte Varianz des Programms bestehe in der Sportberichterstattung. Hinsichtlich der übrigen Programmteile sei eine regelmäßige Wiederholung derselben zu konstatieren. Beispielsweise seien im Sendungsteil Gesundheit immer wieder dieselben Gymnastikübungen gezeigt worden. Es seien dem FERG und auch der zugrundeliegenden AVMD-RL gewisse Mindesthürden an eine Programmveranstaltung immanent, um gerade nicht die Möglichkeit zu eröffnen, ausschließlich im Rahmen der Kurzberichterstattung relevantes aktuelles Programm zu produzieren.

Dazu führte die Antragstellerin aus, es sei nicht richtig, dass die Programmteile sich regelmäßig wiederholten. Dies treffe insbesondere für die Nachrichten nicht zu. Der Nachrichtenteil werde vielmehr täglich aktualisiert. Insgesamt seien 15 Mitarbeiter beschäftigt, täglich bis zu 20 neue Beiträge zu generieren. Im Hinblick auf den Gesetzeszweck des FERG wurde seitens der Antragstellerin angeführt, dass dieser darin bestehende, die Zuseher des „Free-TV“ über wichtige Ereignisse zu informieren. Dies sei auch die Absicht der Antragstellerin. Es sei nicht verständlich, weswegen die Antragsgegnerin sich dagegen verwehre. Die Antragstellerin verfüge auch über eine Übereinkunft mit dem ORF, in welcher dieser der Antragstellerin ein Kurzberichterstattungsrecht einräume. Zudem habe die Antragstellerin mit dem ORF auch andere Vereinbarungen abgeschlossen, in welchen die Antragstellerin auf ihr Kurzberichterstattungsrecht verzichtet habe, um mehr Rechte als im

FERG vorgesehen ausüben zu können. Es bestehe somit seitens der Antragstellerin eine grundsätzliche Bereitschaft, auch zu anderen Bedingungen Einigkeit zu erreichen.

Seitens der Antragsgegnerin wurde zur Frage der Möglichkeit einer über das Recht der Kurzberichterstattung hinausgehenden Vereinbarung ausgeführt, dass derartige Verhandlungen in der Vergangenheit stattgefunden hätten. Eine Einigung sei damals nicht zustande gekommen. Derzeit stehe einer solchen Vereinbarung entgegen, dass das exklusive Recht zur Highlight-Berichterstattung betreffend die höchste Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga für die kommenden zwei Jahre der „Kronen Zeitung“ sowie „Laola.tv“ eingeräumt worden sei. Die Ausschreibung dieser Rechte sei bereits abgeschlossen. Anderen Veranstaltern könne bis zum Ablauf der entsprechenden Lizenzverträge keine Lizenz zur Highlight-Berichterstattung erteilt werden.

In Hinblick auf diese Ausführungen teilte die Antragstellerin mit, dass sie unter diesen Voraussetzungen ihren Antrag auf eine bescheidmäßige Erledigung durch die KommAustria aufrechterhalte.

Seitens der KommAustria wurde ausgeführt, dass eine gewisse Tendenz zur vorläufigen Sichtweise bestehe, dass es sich bei dem von der Antragstellerin veranstalteten Programm um ein Fernsehprogramm handle. Ein Fernsehprogramm könne sehr unterschiedlich ausgestaltet sein, insbesondere könnte ein Fernsehprogramm auch darin bestehen, ähnliche Sendungen in Schleifen wiederholt auszustrahlen. Im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung sei es angesichts des Programms der Antragstellerin schwierig, ihre Fernsehveranstaltereigenschaft dem Grunde nach abzulehnen, und sei daher vorläufig die Verneinung einer Aktivlegitimation im Sinne des § 5 FERG wenig wahrscheinlich. Es wäre daher auch relevant zu erfahren, welche Modalitäten der Kurzberichterstattung seitens der Antragsgegnerin in Aussicht genommen werden könnten.

Dazu vertrat die Antragsgegnerin die Auffassung, dass es unklar sei, ob jeder lineare Dienst ein Programmveranstalter im Sinne des FERG sei. Bei der Frage der Einräumung von Lizenzrechten sei materiell zu prüfen, ob die Anforderungen an einen Programmveranstalter erreicht werden. In diesem Sinne sei nicht jeder Fernsehveranstalter auch ein Programmveranstalter im Sinne des FERG. Da die Antragstellerin lediglich über eine Sendung verfüge und die Nachrichtensendung nur selten aktualisiert werde, handle es sich bei der Antragstellerin wohl um keinen Programmveranstalter im Sinne des FERG. In diesem Sinne halte auch die AVMD-RL (in den Erwägungsgründen) fest, dass durch die Bestimmungen betreffend Fernseh-Exklusivrechte keine neuen Geschäftsmodelle im Online-Bereich (Abrufdienste) gefördert werden sollen. Hinsichtlich allfälliger Modalitäten des Kurzberichterstattungsrechts behalte man sich weiteres schriftliches Vorbringen vor.

Da eine gütliche Einigung nicht erzielbar erschien, wurde seitens der KommAustria auf die in diesem Fall voraussichtlich zu treffende bescheidmäßige Erledigung verwiesen. Eine solche würde im Lichte des Wiederbeginns des Ereignisses tunlichst zeitnah ergehen. Die Parteien wurden in diesem Sinne aufgefordert, allfälliges weiteres Vorbringen zu den jeweiligen Schriftsätzen bzw. zu den Ergebnissen des Vermittlungsgesprächs bis Donnerstag, 05.02.2015 (einlangend), zu erstatten. Seitens der KommAustria werde rasch das Ergebnisprotokoll zugestellt werden. Ebenso werde den Parteien eine Auswertung der von der Antragstellerin stichprobenartig angeforderten Sendungsaufzeichnungen (13.01.2015, 15.01.2015 und 18.01.2015) zur Verfügung gestellt werden, die die KommAustria auch im Hinblick auf die zu beurteilende Frage der Fernsehveranstaltereigenschaft zu Grunde legen würde. Seitens der Antragstellerin wurde angemerkt, dass eine programmliche Veränderung für Februar 2015 in Aussicht genommen sei, über die man die Behörde auch im Zuge des Vorbringens informieren werde.

Mit Schreiben der KommAustria vom 29.01.2015 wurde den Parteien des Verfahrens das Ergebnisprotokoll des Vermittlungsgesprächs übermittelt.

1.5. Duplik der Antragstellerin

Mit Schreiben vom 05.02.2015, eingelangt am selben Tag, erstattete die Antragstellerin ergänzendes Vorbringen:

Die Antragsgegnerin habe mehrmals den Beschluss des HG Wien vom 19.01.2015 erwähnt, mit welchem eine einstweilige Verfügung erlassen worden sei. Diesbezüglich sei darauf hinzuweisen, dass dieser Beschluss nicht rechtskräftig sei. Die Antragstellerin habe dagegen am 28.01.2015 einen Rekurs erhoben. Im Übrigen müsse auf die Ausführungen der Antragsgegnerin zur Frage, ob die Antragstellerin zur Kurzberichterstattung am 08.12.2014 berechtigt gewesen sei, nicht näher eingegangen werden. Wie auch im Vermittlungsgespräch am 28.01.2015 von der KommAustria völlig richtig dargelegt worden sei, gehe es im gegenständlichen Verfahren nicht um die Vergangenheit, sondern um die Frage, ob und zu welchen Bedingungen der Antragstellerin ab 14./15.02.2015 das Recht auf Kurzberichterstattung an den Spielen der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga einzuräumen sei. Die Frage, ob die Antragstellerin am 08.12.2014 zur Kurzberichterstattung berechtigt gewesen sei, werde vielmehr im Verfahren zu 29 Cg i48/i4f vor dem HG Wien geklärt. Zum Nachweis des Vorbringens wurde eine Kopie des Rekurses gegen die Einstweilige Verfügung vorgelegt.

Die Antragsgegnerin vertrete die Ansicht, die Antragstellerin sei kein Fernsehveranstalter, der zur Kurzberichterstattung nach § 5 FERG berechtigt sei. Dies sei unrichtig: Entgegen den Ausführungen der Antragsgegnerin handle es sich beim auf „OE24TV“ ausgestrahlten Programm keineswegs um ein „Alibiprogramm“, das aus den auf der Website www.oe24.at zum individuellen Abruf bereitgestellten Berichten bestehe. Entgegen den Ausführungen der Antragsgegnerin würden auch keine Videos beliebig aneinandergereiht und in einer Endlosschleife gezeigt. Vielmehr bestehe die Nachrichtensendung der Antragstellerin aus mehreren Blöcken und gebe es einen konstanten Ablauf der einzelnen Blöcke, wie sich auch aus der Auswertung der vorgelegten Programmaufzeichnungen durch die Behörde zeige. Von einer beliebigen Aneinanderreihung könne daher keinesfalls gesprochen werden. Wenn die Antragsgegnerin unterstelle, dass die Berichte nur sehr selten aktualisiert würden, so werde auch dies durch die Auswertung der Behörde widerlegt. Die Antragstellerin weise darauf hin, dass insbesondere die Blöcke Politik, Sport, Wetter und Society täglich aktualisiert werden. Wie die Antragstellerin auch bereits im Vermittlungsgespräch dargelegt habe, würden bei ihr bis 15 Mitarbeiter täglich bis zu 20 neue Beiträge produzieren. Von einem Alibiprogramm könne somit keinesfalls die Rede sein. Es sei auch völlig unerheblich, was im elektronischen Programmführer von A1 TV zu den Sendungen angezeigt werde, zumal dieser Anzeigetext von einem Dritten, nämlich von A1 eingespielt werde. Das Fernsehprogramm erfülle jedenfalls sämtliche Voraussetzungen iS des § 2 Z 16 AMD-G. Aufgrund der oben dargestellten Struktur der Nachrichtensendung könne auch nicht in Abrede gestellt werden, dass die Antragstellerin über einen Sendeplan verfüge. Der Auffassung der Antragsgegnerin, dass ein Sendeplan mehrere Sendungen umfassen müsse, könne nicht gefolgt werden. Auch die von der Antragsgegnerin zitierte Lehrmeinung zum deutschen Rundfunkrecht gehe ins Leere, da die gesetzlichen Voraussetzungen in Österreich andere seien als in Deutschland. Weshalb die Antragsgegnerin bezweifle, dass es sich bei „OE24TV“ um einen audiovisuellen Mediendienst handle, könne nicht nachvollzogen werden. Bei der Antragstellerin gebe es sehr wohl eine redaktionelle Verantwortung eines Mediendiensteanbieters. Es werde sehr wohl eine inhaltliche Auswahl der gesendeten Beiträge getroffen und auch der chronologische Sendeplan festgelegt. Entgegen den Ausführungen der Antragsgegnerin sei die Listung von „OE24TV“ als Fernsehprogramm im Verzeichnis der RTR-GmbH sehr wohl aussagekräftig betreffend die Stellung als Fernsehveranstalter. Gemäß § 9 Abs. 2 Z 1 AMD-G seien der Regulierungsbehörde ua Angaben über die Programmgattung und das Programmschema zu machen. Genau dies habe die Antragstellerin der Regulierungsbehörde vor der Aufnahme

angezeigt. Im Übrigen entspreche neben der Anzeige auch der tatsächliche Programminhalt den Erfordernissen für Fernsehveranstalter.

Die Antragsgegnerin vertrete ferner die Ansicht, die Antragstellerin würde über keine den Vorschriften des § 5 Abs. 3 Z 2 FERG entsprechende allgemeine Nachrichtensendung verfügen. Dies treffe nicht zu: Die Antragstellerin erfülle jedenfalls die Voraussetzungen für eine allgemeine Nachrichtensendung. Die Nachrichtensendung befasse sich keinesfalls ausschließlich mit den Gegenstand der aktuellen Kurzberichterstattung bildenden Ereignissen. Sie liefere eine umfangreiche Nachrichtenberichterstattung über aktuelle Ereignisse. In diese umfassende Berichterstattung wolle die Antragstellerin auch die Kurzberichte über die Spiele der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga einbetten. Es sei in diesem Zusammenhang auf Erwägungsgrund 48 der AVMD-RL hinzuweisen: Wenn Fernsehveranstalter ausschließliche Fernsehübertragungsrechte erwerben für Ereignisse, die von großem Interesse für die Öffentlichkeit seien, so müsse gleichzeitig unbedingt der Pluralismus durch die Vielfalt der Nachrichten und Programme in der Union gefördert und den in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, insbesondere in Artikel 11, anerkannten Grundrechten und Grundsätzen, Rechnung getragen werden. Deshalb sei es wichtig, dass auch Free-TV-Sender über Ereignisse berichten, an denen Pay-TV-Sender Exklusivrechte erworben haben. Allgemeine Nachrichtensendungen seien nur solche, die regelmäßig Bestandteil des Fernsehprogramms des Kurzberichterstattungsberechtigten seien und sich nicht ausschließlich mit dem Gegenstand der Kurzberichterstattung bildenden Ereignis befassen. Ein im unmittelbaren Zusammenhang mit einer auch Politik, Wirtschaft, Kultur etc. abdeckenden Nachrichtensendung ausgestrahlter „Sportteil“ dieser Sendung werde diesen Tatbestand jedenfalls erfüllen (*Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, 873). Des Weiteren sei auch Erwägungsgrund 55 der AVMD-RL zu beachten, wonach Kurzberichte durch alle Kanäle, einschließlich Sportkanäle verwendet werden können. An den sonstigen Inhalt der Nachrichtensendung seien daher keine überschießenden Anforderungen zu stellen (*Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, 874). Wenn sogar reine Sportkanäle das Kurzberichterstattungsrecht wahrnehmen dürften, dann müsse auch die Ausstrahlung von Kurzberichten im Rahmen des Sport-Blocks der allgemeinen Nachrichtensendung zulässig sein. Im Übrigen weise die Antragstellerin darauf hin, dass es sowohl in Österreich als auch international üblich sei, Nachrichtensendungen in mehrere Blöcke zu unterteilen (und diese teilweise sogar durch Werbung zu unterbrechen, worauf die Antragstellerin jedenfalls verzichte). Genau dieser internationalen Gepflogenheit folge die Antragstellerin mit der Unterteilung der Nachrichtensendung durch einzelne Einblendungen und Kennmelodien. In diesem Zusammenhang verweise die Antragstellerin beispielsweise auf die Nachrichtensendung des Fernsehsenders „Puls 4“: In den „Puls 4 News“ würden neben Meldungen aus Politik und Chronik auch Sport-Kurzberichte gezeigt. Daneben würden in den „Puls 4 News“ auch Studiogäste empfangen und Beiträge mit Unterhaltungscharakter gesendet. Dessen ungeachtet sei die „Puls 4 News“ als eine einzige Nachrichtensendung zu betrachten, in deren Rahmen auch Sport-Kurzberichterstattung erfolgen könne. Ähnlich gestaltet seien beispielsweise auch die Nachrichtensendung „RTL Aktuell“ des deutschen Senders „RTL“ oder die Nachrichtensendung „ZiB 20“ auf „ORF eins“. Hier würden jeweils neben Beiträgen betreffend Politik und Chronik auch Sport-Kurzberichte gesendet.

Aus den Ausführungen der Antragsgegnerin gehe eindeutig hervor, weshalb diese zu keinem Konsens bereit sei. Wie seitens der Antragsgegnerin auch im Vermittlungsgespräch am 28.01.2015 zugestanden worden sei, habe sie mit der „Kronen Zeitung“ sowie mit „Laola.tv“ Lizenzverträge über die Online-Highlight-Berichterstattung abgeschlossen, die weitere Lizenzverträge ausschlössen. Die Antragsgegnerin fürchte offensichtlich eine „Entwertung“ dieser Rechte. Dem sei entgegenzuhalten, dass das Kurzberichterstattungsrecht nach § 5 FERG nicht mit einem privatrechtlich eingeräumten Highlight-Berichterstattungsrecht verglichen werden könne: Seien die gesetzlichen Voraussetzungen nach § 5 FERG gegeben, dann sei dem berechtigten Fernsehveranstalter nach § 5 Abs. 7 FERG das Recht

auf Kurzberichterstattung einzuräumen. Der Tatsache, dass der verpflichtete Fernsehveranstalter bereits mit Dritten Lizenzverträge abgeschlossen habe, sei dabei keinerlei Beachtung zu schenken.

Abschließend führte die Antragstellerin aus, dass in Kürze (Kalenderwoche 7/2015) eine Programm-Reform von „OE24TV“ on Air gehen werde. Zumal die Antragstellerin das Kurzberichterstattungsrecht absolut gesetzeskonform ausüben wolle, werde sie folgende Änderungen im TV-Programm von „OE24TV“ vornehmen: Die thematischen „Trenner“ zwischen den Themen-Blöcken „Politik/Chronik“, „Sport“ und „Wetter“ würden verkürzt und mit weniger aufwendigen grafischen Features versehen. Damit wolle die Antragstellerin den bisher möglicherweise hervorgerufenen Eindruck korrigieren, dass es sich bei der Sendung nicht um ein Ganzes, sondern um „einzelne Sendungen“ handle. Die allgemeine Nachrichtensendung werde daher künftig die Themen Politik/Chronik, Sport und Wetter umfassen, und lediglich (in üblicher Form) zur Orientierung in thematisch aufgeteilte Blöcke unterteilt. Der Antragstellerin sei bewusst, dass die Bezeichnung für den Sport-Block („Sport Show“) uU falsch interpretiert werden könne, da der Ausdruck „Show“ vielleicht auf etwas anderes schließen lasse, als tatsächlich Inhalt der Sportberichterstattung sei. Die Antragstellerin verzichte jedoch im Rahmen der Sportberichterstattung auf jeglichen Unterhaltungscharakter. Sie werde daher künftig – um allfällige Missverständnisse jedenfalls zu beseitigen – auf die Bezeichnung „Show“ verzichten und die Sportberichterstattung im Rahmen der Nachrichtensendung nur mehr durch die Ankündigung bzw. Einblendung „Sport“ einleiten. Dessen ungeachtet sei die Antragstellerin davon überzeugt, dass auch die bisherige Sportberichterstattung den Erfordernissen („allgemeine Nachrichtensendung“) für die Ausübung des Kurzberichterstattungsrechtes entsprochen habe. Zum Nachweis des Vorbringens wurde der Behörde die Aufzeichnung einer Mustersendung, die der neuen Aufmachung der Nachrichtensendung entsprechen soll, vorgelegt.

Weiters führt die Antragstellerin aus, dass nach § 64 Abs. 1 AVG rechtzeitig eingebrachten und zulässigerweise erhobenen Berufungen aufschiebende Wirkung zu. Gemäß § 64 Abs. 2 AVG könne die Behörde die aufschiebende Wirkung mit Bescheid ausschließen, wenn nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen und Interessen anderer Parteien der vorzeitige Vollzug des angefochtenen Bescheides oder die Ausübung der durch den angefochtenen Bescheid eingeräumten Berechtigung wegen Gefahr im Verzug dringend geboten sei. Ein solcher Ausspruch sei tunlichst schon in den über die Hauptsache ergehenden Bescheid aufzunehmen. Werde der Antragstellerin das Recht auf Kurzberichterstattung eingeräumt, so sei die Ausübung der durch den Bescheid eingeräumten Berechtigung angesichts des zeitnahen Beginns der Rückrunde der „tipico Bundesliga“ und des öffentlichen Interesses an einer Kurzberichterstattung im Free-TV dringend geboten. Die Antragstellerin beantrage daher, dass mit dem in der Hauptsache ergehenden Bescheid gleichzeitig ausgesprochen werden möge, dass bei allfällig erhobenen Rechtsmitteln die aufschiebende Wirkung ausgeschlossen werde.

1.6. Duplik der Antragsgegnerin

Mit Schreiben vom 05.02.2015, eingelangt am selben Tag, erstattete die Antragsgegnerin ergänzendes Vorbringen:

Einer der Hauptinhalte des Vermittlungsgesprächs sei gewesen, ob „OE24TV“ ein lineares TV-Programm iSd AMD-G sei. Die Komm Austria habe in diesem Zusammenhang auf das Erkenntnis des VwGH vom 25.01.2012, 2011/03/0059 verwiesen, in dem dieser den Betreiber eines Infokanals, in dem nur Slideshows von Standbildern gesendet worden seien, als Rundfunkveranstalter qualifiziert habe. In der Entscheidung sei es um die Aufzeichnungspflicht für Rundfunkprogramme gegangen und der VwGH habe aus dem Sinn und Zweck der Aufzeichnungspflicht, nämlich der Gewährleistung einer effektiven Rechtskontrolle und Rechtsdurchsetzung, abgeleitet, dass von der Aufzeichnungspflicht Programme unabhängig davon erfasst seien, welches Ausmaß an redaktioneller Arbeit,

Kreativität und Intellektualität für deren Bestellung erforderlich sei und wie umfangreich der Informationsgehalt sei. Diese Entscheidung des VwGH sei nicht mehr aktuell, da sie noch auf Basis des PrTV-G ergangen sei, dh vor Umsetzung der Bestimmungen der AVMD-RL in das österreichische Recht. Mit der Novelle 2010 seien die für die Entscheidung des VwGH maßgeblichen Bestimmungen des PrTV-G (nunmehr AMD-G) in den entscheidenden Punkten maßgeblich geändert worden: Während das PrTV-G zum entscheidungsmaßgeblichen Zeitpunkt noch keine Definition des Begriffes „Sendung“ enthalten habe, werde dieser Begriff nunmehr in § 2 Z 30 AMD-G wie folgt definiert: „*Sendung: ein einzelner, in sich geschlossener Teil einer Fernsehprogramms oder eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf, der aus einer Abfolge von bewegten Bildern mit oder ohne Ton besteht und Bestandteil eines von einem Mediendiensteanbieter erstellten Sendeplans oder Katalogs ist.*“ Aus der Definition des Begriffs „Sendung“ in Art. 1 lit. b der AVMD-RL ergebe sich weiters, dass Form und Inhalt einer Sendung mit der Form und dem Inhalt von Fernsehprogrammen vergleichbar sein müssten: „*eine Abfolge von bewegten Bildern mit oder ohne Ton, die Einzelbestandteil eines von einem Mediendiensteanbieter erstellten Sendeplans oder Katalogs ist und deren Form und Inhalt mit der Form und dem Inhalt von Fernsehprogrammen vergleichbar sind. Beispiele für Sendungen sind unter anderem Spielfilme, Sportberichte, Fernsehkomödien, Dokumentarfilme, Kindersendungen und Originalfernsehspiele.*“

Unter welchen Voraussetzungen eine Abfolge von bewegten Bildern fernsehähnlich sei, sei derzeit Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens des VwGH an den EuGH. Im Anlassfall habe der VwGH Zweifel daran, ob redaktionell gestaltete Berichte verschiedener Länge (etwa 30 Sekunden bis mehrere Minuten), zB Berichte über Lokalereignisse und Veranstaltungen, Sportberichte, Filmtrailer, Bastelanleitungen für Kinder, Befragungen von Passanten zu aktuellen Themen, oder redaktionell ausgewählte Videos von Lesern fernsehähnlich sind und damit den Sendungsbegriff erfüllen (siehe das Erkenntnis des VwGH vom 26.06.2014, 2013/03/0012). Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass der VwGH die in seinem Erkenntnis 2011/03/0059 vertretene Ansicht, dass eine Abfolge von Standbildern den Sendungsbegriff erfülle, angesichts der neuen Rechtslage nicht mehr aufrecht erhalten werde. Dies sei allein schon deswegen nicht möglich, weil sowohl das AMD-G als auch die AVMD-RL in ihrer Definition der Sendung auf eine „Abfolge von bewegten Bildern“ abstellen. Aus der Vorlageentscheidung des VwGH sei zudem abzuleiten, dass auch nicht jede Abfolge von bewegten Bildern den Sendungsbegriff erfüllen werde, sondern nur wenn eine Vergleichbarkeit mit Fernsehprogrammen gegeben sei. Ebenfalls durch die Novelle 2010 neu in das AMD-G eingefügt worden sei das Erfordernis eines Sendeplans in die Definition des Begriffs „Fernsehprogramm“. Eine solche Voraussetzung habe die entsprechenden Bestimmung des PrTV-G, die Grundlage der Entscheidung 2011/03/0059 des VwGH gewesen sei, nicht enthalten. Das Erfordernis eines Sendeplans gehe ebenfalls auf die AVMD-RL zurück (vgl. Art. 1 lit. e). Wie bereits in der Äußerung vom 26.01.2015 dargelegt, setze ein Sendeplan voraus, dass mehrere Sendungen vorliegen. Dies ergebe sich ua aus § 2 Z 30 AMD-G, wo die Sendung als „*einzelner in sich geschlossener Teil eines Fernsehprogramms*“ bzw als „*Bestandteil eines von einem Mediendiensteanbieter erstellten Sendeplans*“ definiert werde. Die Antragstellerin gestehe in ihrer Äußerung vom 26.01.2015 selbst zu, dass sie nur über eine einzige Sendung verfüge, die insgesamt ca. 30 Minuten lang sei und aus verschiedenen Themenblöcken bestehe. Dies ergebe sich auch aus dem EPG von A1 TV bzw. dem TV-Programm auf der Website von A1, wo ebenfalls nur eine einzige Sendung angeführt sei. Auch die Auswertung der Aufzeichnungen von oe24 TV belege dies: Jede der vorgelegten Aufzeichnungen mit einer Dauer von 29 bis 31 Minuten repräsentiere eine Sendung, die mit folgender Einleitungssignation beginne: „*Das neue oe24 TV, News, Sport, Society, Wetter, Style und das Beste aus dem Netz - oe24 TV-jetzt.*“ Darauf würden Inhalte aus den Bereichen News, Sport, Society, Wetter, Internet, Style und Gesundheit folgen. Nach ihrem Ende beginne die Sendung von neuem, wobei aus den Aufzeichnungen zu schließen sei, dass lediglich gewisse Themen hin und wieder aktualisiert werden. Andere Themen (Style, Gesundheit) seien im Beobachtungszeitraum 13.01. bis 18.01.2015 unverändert ausgestrahlt

worden. Mangels Vorliegen mehrerer Sendungen fehle es daher am Erfordernis eines Sendeplans, der notwendig sei, um von einem Fernsehprogramm iSD § 2 Z 16 AMD-G ausgehen zu können. In diesem Zusammenhang werde darauf hingewiesen, dass es unerheblich sei, welchen Sendeplan die Antragstellerin bei der Anzeige ihres Dienstes der KommAustria vorgelegt habe oder welche Änderungen sie in Zukunft beabsichtige, denn dann könnte sich die Antragstellerin durch Vorlage eines „fiktiven Sendeplans“ nur allzu leicht zum Fernsehveranstalter machen. Es sei daher auf den konkreten Inhalt des Programms, wie er den von der Antragstellerin vorgelegten Aufzeichnungen im Zeitraum 13.01.2015 bis 18.01.2015 zu entnehmen sei, abzustellen. Die Antragsgegnerin regte ferner an, dem EuGH die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, sollte die KommAustria Zweifel an der Auslegung des Begriffs „Sendeplan“ der AVMD-RL haben: „Ist Art 1 lit e A VMD-RL so auszulegen, dass eine einzige Sendung, die nicht oder nur wenig verändert in einer Schleife rotiert, oder mehrere kurze in einer Schleife rotierende Sendungen, noch keinen Sendeplan darstellen und somit kein Fernsehprogramm im Sinne dieser Bestimmung vorliegt.“ Die KommAustria sei ein zur Vorlage berechtigtes Gericht iSD Art 267 AEUV (vgl Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze³, 760 unter Verweis auf EuGH 18.10.2007, C-195/06).

Ebenfalls nicht Teil der Definition des Begriffs „Rundfunkveranstalter“ in der für das Erkenntnis des VwGH Zl. 2011/03/0059 relevanten Version des PrTV-G sei das Vorliegen eines audiovisuellen Mediendienstes. Auch dieser Begriff sei durch die Novelle 2010 eingefügt worden. Wie bereits in der Äußerung vom 26.01.2015 ausgeführt, setze ein audiovisueller Mediendienst voraus, dass Hauptzweck der Dienstleistung die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit über elektronische Kommunikationsnetze sei. So sei es bei „OE24TV“ gerade nicht, da dieser kein eigenständiges Rundfunkangebot, sondern lediglich ein Annex zur Website oe24.at, mithin eine Art „Feigenblatt“ sei, welches ausschließlich dazu geschaffen worden sei, oe24.at die Berufung auf das Kurzberichterstattungsrecht zu ermöglichen. Bei den auf „OE24TV“ angebotenen Inhalten, handle es sich um einen, den Abrufdienst auf der Website www.oe24.at ergänzenden, Dienst. Auf „OE24TV“ würden nämlich keine Inhalte gezeigt, die nicht auch auf der Website zum Abruf angeboten werden. Vielmehr würden lediglich einige der dort zur Verfügung gestellten Inhalte hintereinander geschaltet und in einer Endlosschleife zur Verfügung gestellt. Dies sei vergleichbar dem Online-Auftritt einer Tageszeitung, deren Hauptzweck auch nicht die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit sei, auch wenn der Online-Auftritt vereinzelt Videomaterial enthalten könne. Ein solcher Online-Auftritt sei nicht als audiovisueller Mediendienst auf Abruf anzusehen (vgl. obiter dictum des VwGH im Erkenntnis vom 26.06.2014, 2013/03/0012). Lege man dies auf den gegenständlichen Fall um, so wäre „OE24TV“ der Fernsehauftakt des Abrufdienstes www.oe24.at, da „OE24TV“ keine zusätzlichen Inhalte, die über den Abrufdienst hinausgehen, anbiete. Vielmehr handle es sich um ein Vehikel, das der Antragstellerin ermöglichen solle, in ihrem Abrufdienst Kurzberichte zu senden. Anders als nach den Intentionen des RL-Gesetzgebers wolle die Antragstellerin die Kurzberichte nicht „auch“ in einem Abrufdienst zur Verfügung stellen, sondern der Abrufdienst sei zuerst da gewesen und nun sende die Antragstellerin auch über ein Kabelnetz, um die im Abrufdienst betriebene Kurzberichterstattung zu ermöglichen. Bei Betrachtung der vorgelegten Aufzeichnungen von „OE24TV“ entstehe der Eindruck, dass die Antragstellerin die Inhalte auf „OE24TV“ nur dann aktualisiere, wenn wieder neue „Kurzberichte“ zur Verfügung stünden, die sie auf ihrer Website zum Abruf bereithalten wolle. Die Antragstellerin erspare sich dadurch Lizenzzahlungen in Millionenhöhe, denn allein an die Antragstellerin [sic; gemeint wohl: Antragsgegnerin] seien für die Nachverwertungsrechte an den Spielen der Österreichischen Fußball-Bundesliga pro Jahr Lizenzzahlungen im sechsstelligen Bereich zu leisten (und die Spiele der Österreichischen Fußball-Bundesliga seien bei weitem nicht der einzige Content der Sportberichterstattung der Antragstellerin). Gleichzeitig könne sie durch attraktive und massenwirksame Inhalte ihrer Website hohe Summen aus Werbeschaltungen lukrieren. So seien den Sportvideos und den Newsvideos alternierende ca. 20-sekündige Werbesequenzen vorausgeschaltet. Bemerkenswerterweise

gebe es diese Werbesequenzen vor den Videos aus anderen Bereichen nicht, da sich für diese Inhalte Werbeschaltungen wahrscheinlich nur schwer verkaufen ließen. Die Antragstellerin generiere Werbeeinnahmen daher ausschließlich mit den „Kurzberichten“, aus denen die Sport- und Newsvideos praktisch zur Gänze bestünden, und nicht mit dem spärlichen eigenproduzierten Content. Erwähnenswert sei auch, dass die Antragstellerin Werbeeinnahmen nur mit ihrem Abrufdienst generiere. Auf oe24 TV selbst gebe es keine Werbeschaltungen – weil es für eine Endlosschleife eben kein Zielpublikum gebe. Würde die Behörde die Praxis der Antragstellerin billigen, würden es in Zukunft mit Sicherheit auch andere Website-Betreiber der Antragstellerin gleich tun und anstelle des Erwerbs von Nachverwertungsrechten ein „Alibi-Fernsehprogramm“ betreiben, um sich die Zahlung von Lizenzgebühren zu ersparen. Die Nachverwertungsrechte seien damit praktisch unverkäuflich, was sowohl die Antragsgegnerin als auch deren Vertragspartner massiv und unwiederbringlich schädigen würde.

Wie die Antragsgegnerin bereits in ihrer Äußerung vom 26.01.2015 ausgeführt habe, fehle es der Antragstellerin am rechtlichen Interesse für die beantragte Feststellung. Ein solches sei nach der Rechtsprechung des VwGH nur dann gegeben, wenn die betreffende Feststellung im Zeitpunkt der Bescheiderlassung für die Partei im Einzelfall ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung bzw. Rechtsverfolgung darstelle (vgl Hengstschläger/Leeb, AVG² § 56 Rz 75). Lägen die Voraussetzungen für eine Feststellung auf Antrag nicht vor, so ist dieser als unzulässig zurückzuweisen (aaO, Rz 76). Da Kurzberichte gemäß § 5 Abs. 3 Z 2 FERG nur in allgemeinen Nachrichtensendungen verwendet werden dürften und es der Antragstellerin an einer solchen fehle, habe sie derzeit nicht die Möglichkeit, die Kurzberichte zu senden. Es fehle ihr daher am rechtlichen Interesse für eine Feststellung, ob und zu welchen Modalitäten das Kurzberichterstattungsrecht einzuräumen wäre. Sollte die Antragstellerin in Zukunft über eine solche Sendung verfügen, stehe es ihr frei einen neuerlichen Antrag einzubringen. Die Antragstellerin bezeichne in ihrer Stellungnahme vom 26.01.2015 ihre einzige Sendung als „Nachrichtensendung“. Betrachte man die vorgelegten Aufzeichnungen von „OE24TV“, sei diese Behauptung nicht haltbar. Insbesondere die Blöcke Society, Internet, Style und Gesundheit enthielten zahlreiche Unterhaltungselemente bzw. bestünden überhaupt nur aus solchen. Zu nennen seien hier etwa sämtliche Clips der Rubrik Internet, Make-up und Styling-Tipps sowie der Madonna Blogger Award in der Rubrik Style, die Demonstration von Fitnessübungen, Tipps für Kindergeschenke und Wohlfühl-Tipps in der Rubrik Gesundheit, Filmtrailer und Interviews mit den Dschungel Camp-Teilnehmern in der Rubrik Society, etc. Bereits 2005 sei höchstgerichtlich klargestellt worden, dass eine Kurzberichterstattung in Sendungen, in denen unterschiedslos Information und Unterhaltung gemischt werden, nicht zulässig sei. Damals habe der OGH ausgesprochen, dass die Sendung „Sport am Sonntag“ kein zulässiges Format für eine Kurzberichterstattung sei, da diese Sendung Unterhaltungssteile aufweise (OGH 14.06.2005, 4 Ob 49/05t). Der OGH habe sich hierbei insbesondere auf die Empfehlung Nr. R (91)5 des Ministerkomitees des Europarates berufen, wo es heiße, dass Kurzberichte zur Aufnahme in planmäßige Nachrichtensendungen der Sekundärveranstalter vorgesehen und nicht dazu bestimmt seien, zusätzliche Informationselemente oder Unterhaltung zu liefern. Sie seien zur Information des Publikums des Sekundärveranstalters im Rahmen der Tagesereignisse bestimmt. Planmäßige Nachrichtensendungen des Sekundärveranstalters seien etwa Tagesnachrichten oder wöchentliche Informationssendungen. Der Kurzbericht solle daher nicht innerhalb anderer Sendungen ausgestrahlt werden, insbesondere solchen, die unterschiedslos Information und Unterhaltung mischen. Jedenfalls solle ein Sekundärveranstalter nicht in der Lage sein, eine vollständige Sendung oder einen großen Teil einer solchen Sendung mit Kurzberichten über eine zusammenhängende Serie von Ereignissen herzustellen. Auf Grundlage des Rechts der Öffentlichkeit auf Zugang zu Informationen könne er so attraktive Sendungen zum politischen Zeitgeschehen besonders billig herstellen; dies sei eindeutig ein Missbrauch (siehe die Zitate in der Entscheidung des OGH vom 14.06.2005, 4 Ob 49/05t). Auch Erwägungsgrund 55 der AVMD-RL stelle klar, dass unter den Begriff „allgemeine Nachrichtensendungen“ nicht die Zusammenstellung

kurzer Auszüge für Unterhaltungssendungen falle. Die Gesetzesmaterialien zu § 5 FERG würden dazu ausführen, dass die Verwendungsbeschränkung des Kurzberichts auf allgemeine Nachrichtensendungen dem grundrechtlich gebotenen Interessensaustausch zwischen den Eigentumsbeschränkungen beim Exklusivrechteinhaber und dem Informationsrecht der Allgemeinheit Rechnung trage und insoweit einen Ausgleich für die eingeschränkte Kostenerstattungsregelung biete. Allgemeine Nachrichtensendungen seien daher einerseits nur solche, die regelmäßig Bestandteil des Fernsehprogramms des Kurzberichterstattungsberechtigten seien und sich nicht ausschließlich mit dem Gegenstand der Kurzberichterstattung befassen. Ein im unmittelbaren Zusammenhang mit einer auch Politik, Wirtschaft, Kultur etc. abdeckenden Nachrichtensendung ausgestrahlter Sportteil dieser Sendung würde diesen Tatbestand jedenfalls erfüllen (Erl zur RV 611 BlgNR, 24. GP, abgedruckt in *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, 873). Aus all dem folge, dass die Antragstellerin derzeit über kein geeignetes Format für eine Kurzberichterstattung verfüge, da in der einzigen von ihr ausgestrahlten Sendung Nachrichten und Unterhaltungselemente unterschiedslos vermischt werden würden. Es fehle ihr daher an einem rechtlichen Interesse für die begehrte Feststellung, weswegen der Antrag zurückzuweisen sei, was hiermit beantragt werde.

Weiters wurde seitens der Antragsgegnerin ausgeführt, dass für den Fall, dass die KommAustria zur Ansicht gelangen sollte, dass „OE24TV“ ein Fernsehprogramm sei und trotz Fehlens einer Nachrichtensendung ein rechtliches Interesse für die begehrte Feststellung bestehe, noch kurz zu den Modalitäten des Kurzberichterstattungsrechts Stellung genommen werde. Die Modalitäten der Kurzberichterstattung müssten sich an den Vorgaben des § 5 FERG orientieren, wobei insbesondere folgende Punkte zu berücksichtigen seien:

- Die Kurzberichterstattung sei auf eine dem Anlass entsprechende nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung zu beschränken. Eine unterhaltungsmäßige Gestaltung der Kurzberichte sei nicht zulässig. Kommentar: siehe Gesetzeswortlaut und OGH 14.06.2005, 4 Ob 49/05t.
- Die Kurzberichte dürften nur in allgemeinen Nachrichtensendungen über aktuelle Tagesereignisse oder Sportnachrichten verwendet werden, die keine Unterhaltungselemente, wie zB Analysen oder Interviews, enthalten dürfen. Kommentar: siehe Gesetzeswortlaut, Gesetzesmaterialien und OGH 14.06.2005, 4 Ob 49/05t.
- Die Dauer der Kurzberichterstattung bemasse sich nach der Länge der für die Vermittlung des nachrichtenmäßigen Informationsgehaltes eines Spiels erforderlichen Zeit, wobei die Dauer eines Kurzberichts pro Spiel höchstens 90 Sekunden betragen dürfe.
- Die Sendung des Kurzberichts dürfe nicht vor Beginn der Sendung des Ereignisses durch die Antragsgegnerin und frühestens eine Stunde nach dem planmäßigen Ende des einzelnen Spiels, über das berichtet werde, erfolgen. Kommentar: Die Karenzzeit von einer Stunde ergebe sich bei Vornahme der gesetzlich gebotenen Interessenabwägung.

- Der Kurzbericht dürfe nur höchstens vier Mal wiederholt werden. Kommentar: Ein Kurzbericht dürfe solange wiederholt werden als die Information über das Ereignis beim Publikum noch von allgemeinem Interesse sei (Erl zur RV 285 BlgNR, 21. GP, abgedruckt in Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze³ 871). Da gegenständlich die Kurzberichte in einer sich alle 30 Minuten wiederholenden Endlosschleife gesendet würden, sei eine Begrenzung der Anzahl der Wiederholungen im Sinne der gesetzlich gebotenen Interessenabwägung erforderlich. Es sei davon auszugehen, dass das Informationsinteresse der Öffentlichkeit nach der vierten Wiederholung erschöpft sei.
- Die Antragstellerin sei berechtigt, die Nachrichtensendung mit dem Kurzbericht unverändert und in voller Länge für die Dauer von 24 Stunden nach der erstmaligen Ausstrahlung auf ihrer Website www.oe24.at auf Abruf bereitzustellen. Eine Bereitstellung auf anderen Websites, die keinen Abrufdienst darstellen, insbesondere auf www.oestereich.at, oder von Ausschnitten der Nachrichtensendung oder des Kurzberichts sei nicht zulässig. Kommentar: Eine Bezugnahme auf die erstmalige Ausstrahlung sei erforderlich, da sich aufgrund der Endlosschleife auch die höchstzulässige Ablaufdauer stets verlängern würde. Die Antragstellerin bette die Rubrik Sport ihrer Sendung regelmäßig in den Internetauftritt der Tageszeitung Österreich auf www.oesterreich.at [gemeint wohl: www.österreich.at] ein. Da es sich hierbei um keinen Abrufdienst handle (vgl. obiter dictum des VwGH im Erkenntnis vom 26.06.2014, 2013/03/0012) werde beantragt, der Antragstellerin die Bereitstellung des Kurzberichts auf www.oestereich.at [gemeint wohl: www.österreich.at] ausdrücklich zu untersagen. Da die Antragstellerin in der Vergangenheit unter Berufung auf das Kurzberichterstattungsrecht auch Ausschnitte von Sendungen oder einzelne Sequenzen von Kurzberichten (zB bei der FIFA Fußball-WM einzelne Tore) zur Verfügung gestellt habe, werde auch diese Praxis im Spruch ausdrücklich zu untersagen sein, da sie dem Wortlaut des § 5 Abs. 5 FERG widerspreche.
- Für die Erstellung der Kurzberichte sei das Signal „clean-feed“ ab Heck Ü-Wagen zur Verfügung zu stellen. Der Antragsgegnerin gebütre für die Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts ein Ersatz für die unmittelbar mit der Gewährung des Zugangs zum Satellitensignal verbundenen zusätzlichen Kosten. Diese belaufen sich bei einer Zurverfügungstellung ab Heck Ü-Wagen auf EUR 0. Kommentar: Diese Form der Signalzurverfügungstellung sei vom BKS zB in seinem Bescheid vom 09.09.2004, 611.003/0023-BKS/2004, verfügt worden. Er habe dies damit begründet, dass es sich dabei um international übliche Bedingungen für die Übergabe und die Qualität des Signals zur Ausübung des Rechts auf Kurzberichterstattung handle. Die Antragsgegnerin spreche sich gegen eine Zurverfügungstellung eines Abonnements für ihr Programm aus, da die Antragstellerin ihre Rundfunksendungen in der Vergangenheit ohne ihre Zustimmung zur Erstellung von „Kurzberichten“ verwendet habe (siehe Einstweilige Verfügung des HG Wien) und daher die realistische Gefahr bestehe, dass dies auch in Zukunft passieren werde, etwa hinsichtlich von Sportereignissen, die nicht Gegenstand dieses Antrags seien, wie etwa die UEFA Champions League. Ebenso spreche sich die Antragsgegnerin gegen die Zurverfügungstellung eines „dirty feed“ Signals aus, das das Logo der Antragsgegnerin enthalte, da dadurch der unrichtige Eindruck erweckt würde, die Antragstellerin sei in irgendeiner Weise (gesellschaftlich oder durch Kooperationsvertrag) mit der Antragsgegnerin verbunden. Zudem enthalte ein Abonnement zwangsläufig überproportional mehr Sender und Beiträge, als für die Erstellung eines Kurzberichts über ein Ereignis tatsächlich erforderlich seien.

- Die Antragstellerin habe den Inhalt des Kurzberichts frei aus dem als „clean feed“ zur Verfügung gestellten Signal auszuwählen. Der Kurzbericht sei als solcher zu kennzeichnen. Die Verpflichtung, das Signal unter den genannten Bedingungen zur Verfügung zu stellen, gelte für die Dauer des Vertragsverhältnisses der Antragstellerin mit der BLM Marketing & Event GmbH.

1.7. Ergänzende Stellungnahme der Antragsgegnerin

Mit Schreiben vom 09.02.2015, eingelangt am selben Tag, erstattete die Antragsgegnerin eine ergänzende Äußerung in Hinblick auf den Antrag der Antragstellerin, dem zu erlassenden Bescheid die aufschiebende Wirkung abzuerkennen:

Nach § 13 VwGVG könne einer Beschwerde gegen den Bescheid die aufschiebende Wirkung dann aberkannt werden, wenn nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen oder Interessen anderer Parteien der vorzeitige Vollzug des angefochtenen Bescheides wegen Gefahr in Verzug dringend geboten sei. Diese Voraussetzungen lägen nicht vor. Im vorliegenden Fall könnten durch den Bescheid nur öffentliche Interessen berührt sein, da das Kurzberichterstattungsrecht der Gewährleistung des Rechts der Öffentlichkeit, Informationen zu empfangen, und durch einen breiten Zugang die Pluralität der Informationsquellen zu gewährleisten, diene (Erl zur RV 285 BlgNR 21. GP sowie VfSlg 18.018/2006). Das Kurzberichterstattungsrecht diene nicht dem Schutz von Interessen des berechtigten Fernsehveranstalters. Gefahr in Verzug liege dann vor, wenn bei Aufschiebung des Vollzugs ein gravierender Nachteil für das öffentliche Wohl drohe. Dies sei gegenständlich nicht der Fall, denn eine breite Information der Öffentlichkeit sei bereits dadurch gewährleistet, dass Bildberichte der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga nicht nur im Programm der Antragsgegnerin zu sehen seien, sondern auch im Free-TV und im Internet, nämlich in den Programmen des ORF, auf Laola TV und auf der Website der „Kronen Zeitung“. Hinzu komme, dass über A1 TV nur 240.000 der insgesamt ca. 3,7 Millionen österreichischen Haushalte erreichbar seien. Der Aufschub des Vollzugs eines allfälligen Bescheides, mit dem der Antragstellerin das Recht auf Kurzberichterstattung an den Spielen der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga zugesprochen würde, würde daher keinen gravierenden Nachteil für die Öffentlichkeit darstellen, da sie ohnehin die Möglichkeit habe, ihr Informationsbedürfnis über die zuvor genannten Medien zu befriedigen und mit A1 TV zudem nur eine sehr kleine Anzahl von Haushalten erreiche.

Mit Schreiben vom 09.02.2015 übermittelte die KommAustria der Antragstellerin diese Stellungnahme zur Kenntnis.

2. Sachverhalt

Auf Grund der Schriftsätze der Parteien sowie des durchgeföhrten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Antragstellerin und Antragsgegnerin

Die Antragstellerin ist eine zu FN 269267 g beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Sitz in Wien. Oliver Voigt und Nikolaus Fellner vertreten die Antragstellerin je gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer oder einem Prokuristen seit 10.11.2001 bzw. seit 11.06.2013. Die Gesellschaftsanteile der Antragstellerin werden zu 68,9 % von der Mediengruppe „Österreich“ GmbH, zu 25,1 % von der Media Digital 2020 GmbH und zu 6 % von der ELCG GmbH gehalten.

Die Antragstellerin zeigte mit Schreiben vom 01.10.2014, eingelangt am 02.10.2014, KOA 1.950/14-049, das Kabelfernsehprogramm „OE24TV“ an. Die Verbreitung des Fernsehprogramms erfolgt über das Kabelnetz der A1 Telekom Austria AG. Für die Zukunft ist auch eine Verbreitung über die Kabelnetze der kabelplus GmbH sowie der Salzburg AG für Energie, Verkehr und Telekommunikation geplant.

Weiters betreibt die Antragstellerin unter der Domain www.oe24.at einen unter der GZ KOA 1.950/12-006 angezeigten Abrufdienst gemäß § 2 Z 4 AMD-G, wobei das Contentangebot unter der Hauptkategorie „Video“ in verschiedene Rubriken (News, Leute, Musik, Kino...) unterteilt ist.

Weiters wird unter der Domain www.oe24.at das periodische elektronische Medium „oe24.at“ bereitgestellt, das sich im Wesentlichen als „elektronische Ausgabe“ der Tageszeitung „Österreich“ beschreiben lässt. Als Dachangebot wird die Domain www.österreich.at betrieben. Die Antragstellerin bindet im Rahmen dieser text- und bildbasierenden Ausgabe ihrer Tageszeitung auch jeweils thematisch bezugshabende Videoclips ein, die sich gesammelt auch auf dem Abrufdienst www.oe24.at/video finden.

Die Antragsgegnerin ist eine zu FN 303804 x beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Sitz in Wien. Als selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer fungiert Carsten Schmidt seit 20.06.2013. Kai Mitterlechner vertritt die Antragsgegnerin gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer seit 20.06.2013. Alleinige Muttergesellschaft der Antragsgegnerin ist die im Firmenbuch zu FN 122204 m eingetragene Sky Österreich Verwaltung GmbH.

Der Sky Österreich GmbH wurde mit Bescheid der KommAustria vom 16.08.2012, KOA 2.135/12-016, die Zulassung zur Veranstaltung des digital und verschlüsselt ausgestrahlten Satellitenfernsehprogramms „Sky Sport Austria“ (ASTRA 19,2° Ost, Transponder 1.083, Frequenz 12,07050 GHz) erteilt. Aufgrund der Aufnahme des abgespaltenen Fernsehbetriebes der Sky Österreich GmbH (nunmehr: Sky Österreich Verwaltung GmbH) mit Wirkung zum 17.09.2013, ist nunmehr die Antragstellerin Inhaberin dieser Zulassung. Mit Bescheid vom 17.03.2014, KOA 2.150/14-005 wurde die Zulassung dahingehend geändert, dass bei erhöhtem Programmaufkommen zusätzlich bis zu zehn weitere Optionsfeeds mit programmbegleitendem Inhalt über den Satelliten ASTRA 19,2° Ost, Transponder 1.083, Frequenz 12.070 MHz, verbreitet werden dürfen. Dies betrifft insbesondere den Fall der parallelen Ausstrahlung mehrere Spiele eines Bewerbes.

Die Antragsgegnerin ist für die Saisonen 2013/14 bis 2017/18 Inhaberin der alleinigen Pay-TV-Verwertungsrechte im deutschsprachigen Raum für die Spiele der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga („ÖFBL“, derzeit „tipico Bundesliga“). Diese Verwertungsrechte umfassen jedenfalls auch die Spiele der am 14.02.2015 beginnenden „Frühjahrssaison 2015“ („Bundesliga-Rückrunde“, Runde 20 bis Runde 36 am 31.05.2015). Die Antragsgegnerin hat diese Rechte von der BLM Marketing & Event GmbH erworben, einem Tochterunternehmen der Österreichischen Fußball-Bundesliga. Die Ausstrahlung der Live-Übertragungen sowie der Highlight-Berichterstattung der Spiele der Österreichischen Fußball-Bundesliga erfolgt über das entsprechend dem o.a. Zulassungsbescheid samt der entsprechenden Änderung bewilligten Satellitenfernsehprogramm „Sky Sport Austria“. Die Antragsgegnerin hat die Rechte zur Highlight-Berichterstattung betreffend die Spiele der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga für die kommenden zwei Jahre im Wege der Sublizenzierung der Krone Multimedia GesmbH & Co KG sowie der LAOLA1 GmbH eingeräumt. Die Highlight-Berichterstattung über die Spiele der „Rückrunde“ der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga wird somit auch in den Mediendiensten der genannten Veranstalter für die allgemeine Öffentlichkeit verfügbar sein. Zudem hat der Österreichische Rundfunk für die Laufzeit der Vereinbarung der Antragsgegnerin Live-Übertragungsrechte in eingeschränktem Ausmaß erworben: In diesem Rahmen wird eine

Live-Ausstrahlung der Sonntagsspiele auch im Fernsehprogramm „ORF eins“ erfolgen, so z.B. WAC – Austria am 15.02.2015 um 15:30, Admira – Rapid am 22.02.2015 um 16:30, Salzburg – Grödig am 01.03.2015 um 16:30 usw.

2.2. Fernsehprogramm „OE24TV“

Das Fernsehprogramm „OE24TV“ besteht derzeit aus mehreren thematischen Blöcken mit den Bezeichnungen „News“, „Sport (-Show)“, „Society“, „Wetter“, „Best of Internet“, „Style (Madonna-TV)“ und „Gesundheit (gesund&fit)“. Das Gesamtprogramm dauert etwa 30 Minuten und wird in Programmschleifen wiederkehrend zwei Mal pro Stunde ausgestrahlt. Die Ausstrahlung im Kabelnetz der A1 Telekom Austria AG erfolgt jedenfalls täglich im Zeitraum von 07:00 Uhr bis 23:00 Uhr. Im Rahmen dieser wiederkehrenden Blöcke werden einzelne Beiträge aus den jeweiligen Themengebieten ausgestrahlt, wobei sich in der Regel zwei Moderatoren bzw. Moderatorinnen bei der Moderation der einzelnen Blöcke abwechseln. Vor Beginn eines neuen Themenblocks verabschiedet sich der Moderator bzw. die Moderatorin regelmäßig von den Zusehern (Abmoderation) und die Studiogestaltung ändert sich beim anschließenden Themengebiet merklich. Dies ist auch zwischen den Blöcken aus dem Bereich „News“ und dem Bereich „Sport“ der Fall.

Der Schwerpunkt beim Themenblock „News“ liegt auf nationalen sowie internationalen Nachrichten, wobei auch Beiträge mit regionalem Charakter (z.B. „Axt-Mord in Wien“, „Tötung von Frischlingen im Lainzer Tiergarten“) Berücksichtigung finden. Der Themenblock „Sport (-Show)“ berichtet von nationalen sowie internationalen Sportereignissen. Beim Themenblock „Society“ gelangen beispielsweise Filmtrailer und „Promi-News“ zur Ausstrahlung (z.B. „Dschungel-Camp“, Berichterstattung von Society-Events, verschiedene Interviews). Beim Themenblock „Best of Internet“ werden beliebte Spots von Online-Videoplattformen gezeigt. Der Themenblock „Style (Madonna TV)“ beinhaltet ein offensichtlich an das wöchentlich erscheinende Printmedium „Madonna mit Österreich“ angelehntes Programm, welches beispielsweise Styling-Tipps enthält. Schließlich beinhaltet der Themenblock „Gesundheit (gesund&fit)“ vor allem Beiträge aus den Bereichen Fitness und Wellness. Die Beiträge in den Bereichen „News“ und „Sport“ sowie „Wetter“ werden in der Regel mehrmals täglich aktualisiert und weisen insofern eine tagesaktuelle Berichterstattung auf, während die Beiträge in den übrigen Bereichen weniger häufig wechseln.

Mit der Kalenderwoche 7/2015 hat die Antragstellerin geringfügige Modifikationen im formalen Aufbau des Programms angekündigt. Die Trennelemente zwischen den einzelnen Themenblöcken wurden verkürzt, werden jedoch – mit Ausnahme des Sportteils – unter denselben Bezeichnungen angekündigt. Beim Sportteil wird auf den Ausdruck „Sport Show“ zugunsten von „oe24.tv SPORT“ verzichtet. Die grundlegende formale Gestaltung des Programms bleibt jedoch dieselbe. Weiterhin findet zum Schluss jedes Themenblocks eine Abmoderation statt und es fehlt in Hinblick auf den ständigen Wechsel der Moderatoren und der Studiogestaltung an einer einheitlichen Begleitung durch die Sendung. Der Eindruck der Abgeschlossenheit der einzelnen Themenblöcke wird noch dadurch verstärkt, dass am Ende jedes Themenblocks ein Insert eingeblendet wird, auf dem Moderator/in, Leitung Online-TV, Redaktion, Regie/Kamera, Schnitt und Animation angeführt sind. Auch in inhaltlicher Hinsicht sind die einzelnen Themenblöcke weiterhin klar voneinander abgegrenzt.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zu den Verfahrensparteien, zu den Anträgen und den Schriftsätze ergeben sich aus dem zitierten Zulassungsbescheid betreffend die Zulassung des Satellitenfernsehprogramms „Sky Sport Austria“, aus den weiteren zitierten Akten der

KommAustria, dem Antrag vom 16.01.2015, den Stellungnahmen der Antragsgegnerin und den Stellungnahmen der Antragstellerin unter Berücksichtigung der Vorbringen im Zuge des Vermittlungsgespräches am 28.01.2015. Die allgemeinen Feststellungen zu Beteiligungen und vertretungsbefugten Personen ergeben sich auch aus der Einsichtnahme in das offene Firmenbuch.

Die Feststellungen hinsichtlich der von der Antragsgegnerin erworbenen exklusiven Übertragungsrechte gründen sich auf das außer Streit gestellte Vorbringen der Antragsgegnerin.

Die Feststellungen hinsichtlich des im Kabelnetz der A1 Telekom Austria AG verbreiteten Programms „OE24TV“ beruhen auf einer Sendungsauswertung der von der Antragstellerin vorgelegten Aufzeichnungen vom 13.01.2015, vom 15.01.2015 sowie vom 18.01.2015, die den Parteien vorgelegt wurde und unbestritten geblieben ist. Die Feststellungen zu dem nach der „Programmreform“ zur Ausstrahlung vorgesehenen Programm beruhen auf der Einsichtnahme in die „Musteraufzeichnung“, welche die Programmgestaltung ab Kalenderwoche 7/2015 abbildet. Die Feststellungen zum Abrufdienst der Antragstellerin beruhen auf der Anzeige und dem zitierten Verwaltungsakt sowie der insoweit korrespondierenden Einsichtnahme in die Webseite www.oe24.at/video; ebenso die Feststellungen zum sonstigen Inhalt auf www.oe24.at (elektronische Tageszeitung, Verlinkung).

Die Feststellungen darüber, dass über die verfahrensgegenständlichen Spiele der Frühjahrssaison auch in den Mediendiensten der Krone Multimedia GesmbH & Co KG sowie der LAOLA1 GmbH berichtet wird, ergibt sich aus dem insofern glaubwürdigen Ausführungen der Antragsgegnerin. Dass einzelne Spiele auch im Live-Programm von „ORF eins“ übertragen werden und der ORF entsprechende Rechte erworben hat, ergibt sich aus der Pressemitteilung auf der Website der Österreichischen Fußball-Bundesliga (<http://www.bundesliga.at/index.php?id=561351&resource=55663>) und einer Einsichtnahme in die Website des ORF <http://sport.orf.at/stories/2003601/2003603>.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zur Zuständigkeit der Behörde

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

4.2. Rechtsgrundlagen

§ 1 Abs. 1 FERG lautet auszugsweise wörtlich:

„Geltungsbereich“

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz regelt 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.

[...]

§ 5 FERG lautet wörtlich:

„Kurzberichterstattung“

§ 5. (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 berechtigte 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 berechtigte 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 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.

(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.“

4.3. Zum Bestehen des Kurzberichterstattungsrechts

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 16.01.2015 beantragte die Antragstellerin bei der KommAustria die Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts gegenüber der Antragsgegnerin hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Spiele der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga, nachdem zwischen den Parteien Dissens hinsichtlich des Bestehens einer Kurzberichterstattungsberechtigung auf Grundlage eines am 01.09.2014 geführten Gesprächs zu Tage getreten war.

Die angerufene 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. Zum Zwecke der Erzielung einer gütlichen Einigung zwischen den Parteien des Verfahrens wurde von der KommAustria am 28.01.2015 ein Vermittlungsgespräch anberaumt, im Rahmen dessen jedoch kein Konsens über die Einräumung des Kurzberichterstattungsrechtes erzielt werden konnte. Da auch bis zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung eine gütliche Einigung nicht zustande gekommen ist, hat die KommAustria nunmehr mit Bescheid auszusprechen, ob und unter welchen Bedingungen der Antragstellerin ein Recht auf Kurzberichterstattung im Rahmen des Programms „OE24TV“ zukommt.

Es besteht zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin Einigkeit darüber, dass es sich bei den verfahrensgegenständlichen Spielen der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga um Ereignisse von allgemeinem Informationsinteresse für Österreich im Sinne von § 5 Abs. 1 FERG handelt. Die oben näher bezeichneten Spiele der Österreichischen Fußball-Bundesliga, sofern es sich um deren höchste Spielklasse handelt, erfüllen im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs und des Bundeskommunikationssenates (VwGH 20.12.2005, ZI. 2004/04/0199; BKS 09.09.2004, 611.003/0023-BKS/2004) auch die charakteristischen Merkmale eines Ereignisses von allgemeinem Informationsinteresse im Sinne des § 5 Abs. 1 FERG; es ist insbesondere notorisch, dass über diese Spiele auch in der sonstigen Medienberichterstattung umfassend berichtet wird.

Gemäß § 5 Abs. 1 FERG hat 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 Sendezielen einzuräumen. Die Antragsgegnerin hat die exklusiven Pay-TV Übertragungsrechte an Spielen der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga (für das Lizenzgebiet deutschsprachiger Raum) erworben. An der Fernsehveranstaltereigenschaft bestehen weder rechtliche noch faktische Zweifel. Die Antragsgegnerin ist somit grundsätzlich ein (potentiell) verpflichteter Fernsehveranstalter im Sinne des § 5 Abs. 1 FERG.

Unstrittig ist, dass die Antragstellerin ihr Programm „OE24TV“ (zumindest) im Kabelnetz der A1 Telekom Austria AG verbreitet. Damit ihr das Recht auf Kurzberichterstattung nach den Bestimmungen des FERG dem Grunde nach zukommt, muss die Antragstellerin jedoch auch als „Fernsehveranstalter“ gemäß § 1 Abs. 1 und § 5 FERG anzusehen sein. Die Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen verneint, dass das von der Antragstellerin verbreitete Programm ein „lineares Fernsehprogramm“ darstelle, weshalb die Antragstellerin nicht zur Kurzberichterstattung nach § 5 FERG berechtigt sei, was diese wiederum bestreitet. Es ist somit im Folgenden auf das Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin einzugehen und rechtlich zu prüfen, ob es sich bei „OE24TV“ um ein Fernsehprogramm im Sinne der rundfunkrechtlichen Bestimmungen handelt.

In Hinblick auf diese Fragestellung ist zunächst festzuhalten, dass das FERG keine Legaldefinition des Begriffs „Fernsehveranstalter“ beinhaltet. Die Gesetzesmaterialien verweisen diesbezüglich jedoch ausdrücklich auf den Österreichischen Rundfunk und die in Österreich niedergelassenen Fernsehveranstalter nach dem AMD-G (Erl zur RV 611 BlgNR, XXIV. GP, zu § 1 FERG). Eine entsprechende Legaldefinition des „Fernsehveranstalters“ enthält § 2 Z 17 AMD-G. Fernsehveranstalter ist demnach, wer „*Fernsehprogramme (analog oder digital) für die Verbreitung in Kabel- und anderen elektronischen Kommunikationsnetzen, über Satellit oder auf drahtlosem terrestrischem Wege schafft, zusammenstellt und verbreitet oder durch Dritte vollständig und unverändert verbreiten lässt.*“ Für die Frage der Fernsehveranstaltereigenschaft nach dem FERG ist daher auf die faktische Tätigkeit einer Fernsehveranstaltung abzustellen. Insoweit ist die von der Antragstellerin nach § 9 AMD-G erstattete Anzeige nicht primärer Anknüpfungspunkt der Beurteilung, sondern ihre tatsächliche Tätigkeit, wenngleich diese sich vorliegend mit der Anzeige deckt (vgl. demgegenüber ausdrücklich § 20 Abs. 8 AMD-G, der auch eine „geplante“ Programmveranstaltung als Anknüpfungspunkt ins Kalkül zieht).

Unbestritten erfolgt die Verbreitung von „OE24TV“ über das Kabelnetz der A1 Telekom Austria AG. Dass das Programm der Antragstellerin zur linearen Ausstrahlung gelangt, das heißt zum zeitgleichen Empfang von Sendungen bereitgestellt wird, wurde auch von der Antragsgegnerin nicht bestritten. Strittige Voraussetzung für die Qualifizierung als Fernsehveranstalter ist die Schaffung, Zusammenstellung und Verbreitung von Fernsehprogrammen durch die Antragstellerin. Ein Fernsehprogramm ist gemäß § 2 Z 16 AMD-G ein „*audiovisuelles Rundfunkprogramm im Sinne des Art I Abs. 1 des Bundesverfassungsgesetzes über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBI. Nr. 396/1974, oder ein anderer über elektronische Kommunikationsnetze verbreiteter audiovisueller Mediendienst, der von einem Mediendiensteanbieter für den zeitgleichen Empfang von Sendungen auf der Grundlage eines Sendeplans bereitgestellt wird.*“ Der Begriff des Fernsehprogramms umfasst somit einerseits jedes Angebot, welches den Rundfunkbegriff des BVG-Rundfunk erfüllt und andererseits jeden anderen audiovisuellen Mediendienst, auf den dies nicht zutrifft, solange er für den zeitgleichen Empfang von Sendungen aufgrund eines Sendeplans bereitgestellt wird. Vom Begriff des Fernsehprogramms sind somit audiovisuelle Mediendienste auf Abruf gemäß § 2 Z 4 AMD-G ausgenommen, da diese per definitionem nicht für den zeitgleichen Empfang von

Sendungen ausgelegt sind. Bei einem audiovisuellen Mediendienst, der nicht den Rundfunkbegriff des BVG-Rundfunk erfüllt, aber dennoch ein Fernsehprogramm im Sinne von § 2 Z 16 AMD-G darstellt, wäre beispielsweise an Live-Streaming über Web-TV zu denken (vgl. dazu Erl zur RV 611 BlgNR, 24. GP zu § 2 Z 16 AMD-G).

Die Antragsgegnerin vertritt die Rechtsauffassung, „OE24TV“ mangle es an einem Sendeplan, da nur eine Sendung bereitgestellt werde, die in einer Endlosschleife den ganzen Tag über an allen Wochentagen gezeigt werde. Eine Sendung stelle jedoch noch keinen Sendeplan dar.

Die Beantwortung der Frage, ob es zum Vorliegen eines Sendeplans mehrerer Sendungen bedarf, oder ob eine Sendung in Schleife ausgestrahlt dazu ausreicht (wovon die KommAustria grundsätzlich ausgeht), kann im gegebenen Fall dahingestellt bleiben, da die Antragstellerin in „OE24TV“ nach Auffassung der KommAustria im Rahmen ihres Gesamtprogramms mehrere, wenngleich kurze Sendungen bereitstellt. Wie sich aus den Sachverhaltsfeststellungen ergibt, werden im Rahmen des Dienstes „OE24TV“ mehrere thematische Blöcke ausgestrahlt, die jeweils unter einem eigenen Titel stehen („News“, „Sport“, „Society“ usw) und regelmäßig von unterschiedlichen Personen moderiert werden. Zu Beginn eines Blocks werden im Rahmen der Abmoderation die einzelnen Beiträge schlagzeilenartig angekündigt. Weiters wird die Studiogestaltung in Hinblick auf ihre Einrichtung, Dekoration und Farbgestaltung mit jedem Block individuell abgepasst. Auch die regelmäßige Verabschiedung zu Ende jedes Themenblocks im Rahmen der Abmoderation zeigt unzweideutig an, dass es sich bei den einzelnen Blöcken um eigenständige Sendungen handelt. Die einzelnen Sendungen weisen insofern eine klare inhaltliche Trennung im Sinne einer für den durchschnittlichen Zuseher erkennbaren allgemeinen thematischen oder journalistischen Abgrenzung auf, als eine klare Trennung nach Themenblöcken erfolgt (Nachrichten, Sport, Society usw). Die Blöcke gestalten sich insofern monothematisch, als in ihnen jeweils nur ein Themenbereich zur Abhandlung gelangt. Der Eindruck, dass jeder Themenblock ein in sich abgeschlossenes Ganzes bildet, wird noch dadurch verstärkt, dass zu Ende des Themenblocks keine unmittelbare Überleitung zum nächsten Themenblock, sondern eine Abmoderation (teilweise mit dem Hinweis „...bis morgen“) stattfindet. Aufgrund der strengen Trennung des Gesamtprogramms in einzelne Themengebiete ist davon auszugehen, dass ein durchschnittlicher Zuseher etwa zwischen den Elementen „Sport“ und „Society“ (welche unmittelbar aufeinanderfolgen) keinerlei dramaturgischen Spannungsbogen erkennen und daher auch nicht zum Schluss kommen kann, dass es sich um eine einheitliche Sendung handelt. Dies gilt auch für die übrigen Themenbereiche, welche jeweils in keinem inhaltlichen Zusammenhang zueinander stehen.

Für die Annahme einer einheitlichen Gesamtsendung fehlt auch eine „Gesamtmoderation“, welche gleichsam von Beginn bis Ende durch die Sendung begleitet. Die schlagwortartige Ankündigung der einzelnen Themengebiete zu Beginn einer Programmschleife vermag keine solche „einheitliche Klammer“ zu begründen, die sich über den gesamten Sendezeitraum erstreckt, sondern stellt lediglich eine allgemeine Ankündigung des nachfolgenden Programms dar („Programmankündigung“). Lediglich die in den Sendungen verwendeten einheitlichen optischen und akustischen Elemente sind allen Themenblöcken gemeinsam. In Hinblick auf das Überwiegen der trennenden Elemente vermögen diese verbindenden Elemente jedoch nichts an der Qualifikation zu ändern, dass jeder in sich geschlossene thematische Block eine einzelne Sendung darstellt. Das zeitliche Naheverhältnis der Sendungen untereinander kann der Eigenständigkeit insofern nicht schaden, als diese formal und inhaltlich deutlich voneinander abgegrenzt sind. Eine bestimmte „Mindestlänge“ einer Sendung ist von der Rechtsprechung nicht gefordert; so wurden beispielsweise auch Gewinnspiele mit einer Dauer von rund einer Minute als „Sendung“ qualifiziert (BKS 20.10.2008, GZ 611.009/0023-BKS/2008).

Eine Gesamtbetrachtung der zeitlichen, formalen und inhaltlichen Gestaltung der Themenblöcke führt somit zu dem Ergebnis, dass diese über mehr trennende als verbindende Elemente verfügen.

In diesem Zusammenhang vermögen die Ausführungen der Antragstellerin nicht zu überzeugen, welche das Programm „OE24TV“ unter anderem mit der Nachrichtensendung „ZiB 20“ (ORF eins) verglichen und ausgeführt hat, dass diese ähnlich gestaltet sei. Die „ZiB 20“ unterscheidet sich jedoch von dem durch die Antragstellerin verbreiteten Programm bereits dadurch, dass die diese über eine einheitliche Moderation verfügt, welche sowohl die politischen Nachrichten als auch den Sportteil umfasst. Auch ist die Sendung „ZiB 20“ dadurch gekennzeichnet, dass beim Übergang zu einem anderen Themenbereich keine Abmoderation stattfindet.

Die vorstehenden Ausführungen zu den Sendungen beziehen sich auf das im Kabelnetz der A1 Telekom Austria AG ausgestrahlte Programms vom 13.01.2015, 14:00 bis 18:00 Uhr, vom 15.01.2015, 07:00 bis 13:00 Uhr, sowie vom 18.01.2015, 18:00 bis 23:00 Uhr. Mit Schreiben vom 05.02.2015 hat die Antragstellerin im Rahmen ihre Stellungnahme ausgeführt, dass „OE24TV“ ab Kalenderwoche 7/2015 einer Programmreform unterzogen werde. Nach Einsichtnahme in die von der Antragstellerin vorgelegte Mustersendung, die der Aufmachung der Nachrichtensendung ab Kalenderwoche 7/2015 entsprechen soll, geht die KommAustria weiterhin davon aus, dass es sich auch hinkünftig bei dem Programm „OE24TV“ um mehrere separate Sendungen handelt. Dies aus folgenden Erwägungen:

Die von der Antragstellerin in Aussicht genommenen, in den Feststellungen beschriebenen, formalen Änderungen im Programm erweisen sich als zu geringfügig, um nunmehr von einer einheitlichen Sendung auszugehen. Insbesondere ist der Argumentation der Antragstellerin nicht zu folgen, dass die „Allgemeine Nachrichtensendung“ nunmehr die Themen „Politik/Chronik“, „Sport“ und „Wetter“ beinhalte. Es ist nicht erkennbar, dass die formale Gestaltung der Themenbereiche Politik/Chronik, Sport und Wetter mehr formale und inhaltliche Gemeinsamkeiten untereinander aufweisen würden, als etwa die Gestaltung der Themenbereiche „Madonna TV“ und „gesund & fit“. Deswegen kann nicht davon ausgegangen werden, es handle sich bei den Themenblöcken „Politik/Chronik“, „Sport“ und „Wetter“ um eine einheitliche Sendung. Dagegen sprechen die in Feststellungen angeführten trennenden Elemente: Anmoderation und Abmoderation der einzelnen Themenblöcke anstatt der „GesamtSendung“, keine gesamthafte Sendungsbegleitung durch einen Moderator/ein ModeratorenTEAM (sondern abwechselnde Moderatoren), Änderung der Studiogestaltung sowie Anführung der „Mitwirkenden“ nach jedem Themenblock. Als Detail ist anzumerken, dass die im Programm vorkommende Moderatorin je nach Themenblock unterschiedlich gekleidet ist, sodass auch dieser Umstand auf eine nicht einheitlich produzierte (Live-) Sendung hindeutet, sondern nahelegt, dass die einzelnen Themenblöcke zu unterschiedlichen Zeitpunkten produziert und nachträglich zusammengestellt wurden. Eine geringfügige Verkürzung der Trenner zwischen den einzelnen Themenbereichen vermag in Hinblick auf die weiterhin bestehenden trennenden Elemente nichts daran zu ändern, dass jeder Themenbereich als eine eigene Sendung zu qualifizieren ist.

Weiters wurde seitens der Antragsgegnerin ausgeführt, „OE24TV“ sei kein audiovisueller Mediendienst iS von § 2 Z 3 AMD-G, da es an den Kriterien der „redaktionellen Verantwortung“ und des „Hauptzwecks der Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung“ mangle. Von redaktioneller Verantwortung könne deshalb nicht gesprochen werden, da auf „OE24TV“ lediglich sämtliche auf www.oe24.at zum Abruf zur Verfügung gestellte Videos beliebig aneinandergereiht und in einer Endlosschleife gezeigt würden. Es gebe niemanden, der eine inhaltliche Auswahl treffe oder einen chronologischen Sendeplan festlege. Dazu ist auszuführen, dass der „redaktionelle Verantwortung“ im Kern „*die Ausübung einer wirksamen Kontrolle sowohl hinsichtlich der Zusammenstellung der Sendungen als auch hinsichtlich ihrer Bereitstellung*“ beinhaltet (Art 1 Abs. 1 lit b AVMD-RL). Dafür, dass der Antragstellerin keine wirksame Kontrolle für die Zusammenstellung und

Bereitstellung der Sendungen ihres Programms zukommt, finden sich jedoch keinerlei Anhaltspunkte: Die Antragstellerin bestimmt vielmehr anhand eigener redaktioneller Entscheidungen, in welcher Art sie ihren Sendeplan ausgestaltet, wann sie die Sendungen wechselt und welche Themen sie zum Gegenstand der Berichterstattung macht. Sie orientiert sich dabei – wie jeder andere Fernsehveranstalter – an den antizipierten Erwartungen ihrer Zuseher. Der Qualifizierung als audiovisueller Mediendienst schadet es ebenso wenig, wenn die Antragstellerin neben eigenproduzierten Beiträgen auch Nachrichten- und Sportbeiträge von Nachrichtenagenturen oder anderen Fernsehprogrammen verwendet. Es ist nämlich nicht erforderlich, dass der Mediendiensteanbieter volumänglich jeden einzelnen Schritt der (Produktions- und) Bereitstellungskette selbst ausübt (*Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, 417). Grundsätzlich sind die Kriterien für das Vorliegen redaktioneller Verantwortung nicht zu überspannen. Je nach Charakter des ausgestrahlten Fernsehprogramms kann die redaktionelle Verantwortlichkeit etwa auch in der Erstellung einer „Playlist“ für einen zukünftigen Zeitraum bestehen, ohne dass der Mediendiensteanbieter dadurch die Ausübung wirksamer Kontrolle über die Programminhalte aus der Hand gäbe. Hierfür gibt es – gerade auch im Pay-TV-Bereich und damit dem Feld der Antragsgegnerin – zahllose Beispiele, wo lediglich Fremdproduktionen (wie etwa Spielfilme) aneinandergereiht werden und auch zahllose Wiederholungen zur Tagesordnung gehören.

Weiters ist nicht zu erkennen, warum es sich bei den von der Antragstellerin bereitgestellten Sendungen nicht um Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung handeln sollte, enthält das Programm doch sowohl Informationselemente („oe24 News“) als auch Unterhaltungselemente, die magazinartig Servicebeiträge zu den Themen, Society, Style und „Best of Internet“, enthält. Das verfahrensgegenständliche Programm beinhaltet jedenfalls auch Beiträge, die als politische Information anzusehen sind (z.B. Anschläge auf die Redaktion von „Charlie Hebdo“, „Terror-Alarm in Wien“, „Terroranschlag in Belgien knapp verhindert“). Richtig ist, dass die grundlegende Sendungsstruktur in den Programmschleifen (insbesondere die Abfolge und Gestaltung der Sendungen) unverändert bleibt. Die Beibehaltung der grundlegenden Programmstruktur ist jedoch wesentliches Merkmal fast aller Fernsehveranstalter. Unzutreffend ist das Vorbringen der Antragsgegnerin, dass das Programm „praktisch nicht aktualisiert werde“. Das Ermittlungsverfahren hat vielmehr ergeben, dass die Beiträge der Nachrichtensendung und der Sportsendung täglich oder sogar mehrmals am Tag aktualisiert werden. Selbst hinsichtlich der Beiträge, die über eine Woche lang ausgestrahlt wurden (z.B. im Block „Gesundheit“), ist festzuhalten, dass dies gemessen am Programm zahlreicher anderer Kabelrundfunkveranstalter bzw. eines fiktiv angenommenen „Durchschnittsveranstalters“ nicht als unterdurchschnittlich statisch anzusehen ist, da bei diesen oftmals lediglich eine einzige (halbstündige oder einstündige) Sendung (unverändert) pro Woche in einer Wiederholungsschleife ausgestrahlt wird. Auch insoweit bestehen keine Anhaltspunkte, dass beim Programm der Antragstellerin den Anforderungen an ein „Fernsehprogramm“ iSd gesetzlichen Definition nicht entsprochen würde, da letztlich auch ein regelmäßiges Auswechseln eines Wochenprogramms einen „Sendeplan“ voraussetzt und sich weder im AMD-G noch in der AVMD-RL Hinweise finden, dass dem Sendeplan ein kürzeres Zeitintervall (z.B. ein Kalendertag) zu Grunde gelegt werden müsste.

Die Antragstellerin ist mit ihrem Fernsehprogramm nicht einmal im untersten Bereich dessen angesiedelt, was als Fernsehprogramm und damit audiovisueller Mediendienst angesehen werden kann, sondern überschreitet in Hinblick auf das inhaltliche Angebot sogar das Programm vieler anderer Kabelrundfunkveranstalter. Lediglich der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die höchstgerichtliche Rechtsprechung in Hinblick auf die an ein Kabelrundfunkprogramm gestellten inhaltlichen und formalen Mindestvoraussetzungen bereits eine alle zwei Monate wechselnde Abfolge von Standbildern (in Form von Power-Point Präsentationen) als Fernsehprogramm qualifiziert hat (VwGH 25.01.2012, ZI. 2011/03/0059; vgl. auch BKS 09.03.2009, 611.191/0001-BKS/2008). Das Programm

umfasste eine wechselnde Abfolge von Standbildern, die neben Informationen zu den beim Programmveranstalter erhältlichen digitalen Receivern und Programmen, Jobangebote sowie Werbung enthielt. Wenngleich dies ein Extrembeispiel darstellen mag, ist hierbei doch auf den vom Verwaltungsgerichtshof ins Treffen geführten Regelungszweck des AMD-G (damals: PrTV-G, wobei sich hier keine relevanten Änderungen ergeben haben) zu rekurrieren. Dieser besteht darin, eine effektive Rechtskontrolle und Rechtsdurchsetzung zu gewährleisten. Neben umfangreichen werberechtlichen Bestimmungen sieht das AMD-G beispielsweise auch das Verbot der „Hassrede“ und Jugendschutzbestimmungen vor. Es ist nicht zu bezweifeln, dass derartige Bestimmungen auch und gerade bei Sendungen welche tagespolitische Nachrichten enthalten, zur Anwendung kommen sollen. Nicht nachvollziehbar sind auch die Ausführungen der Antragsgegnerin, dass dem Begriff „Fernsehveranstalter“ gemäß § 5 FERG ein anderer Bedeutungsgehalt zukommen sollte, als nach dem AMD-G. Die Argumentation, dass ein Fernsehveranstalter im Sinne des FERG spezifische „Programmhürden“ (z.B. Mindestdauer, Professionalität der Gestaltung, regelmäßige Aktualisierung der Beiträge) zu erfüllen hätte, ist dem positiven Recht nicht zu entnehmen.

Überhaupt ist dem österreichischen Rundfunkrecht auch auf Ebene der verfassungsgesetzlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgesetzes über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBl. Nr. 396/1974, (BVG-Rundfunk) eine sehr niedrige Schwelle hinsichtlich der programmlichen „Mindestleistung“ oder des potentiellen Adressatenkreises eines Fernsehprogramms immanent. Es genügt hier der Hinweis, dass der VfGH in seiner bekannten Entscheidung zum Fall „Informationsverein Lentia“ bereits ein „Kabelinformationsprogramm“ in einer Wohnhausanlage mit wenigen hundert potentiellen Empfängern als einen Fall des „aktiven Kabelrundfunks“ und damit dem BVG-Rundfunk unterfallend qualifiziert hat (VfSlg. 9909/1983). In der bisherigen Rechtsprechung lassen sich keinerlei Hinweise darauf finden, dass oder warum diese Sichtweise nunmehr mit Blickwinkel auf das FERG unzutreffend sein sollte.

Zu beachten ist daher, dass die Definitionen des § 2 Z 17 iVm Z 16 AMD-G beim Fernsehveranstalter ausdrücklich (auch) auf Fernsehprogramme iSd Art. I Abs. 1 BVG-Rundfunk abstellen und daher auch aus dem Unionsrecht und der mit der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 erfolgten Umsetzung der AVMD-RL im FERG und im AMD-G samt Ausweitung des Anwendungsbereichs auf weitere lineare Dienste in elektronischen Kommunikationsnetzen nichts für die Antragsgegnerin zu gewinnen ist. Das 2001 in Kraft getretene FERG beruht dem Grunde nach auf dem Änderungsprotokoll zum (von Österreich im Jahr 1998 ratifizierten) Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen vom 5. Mai 1989 (das Protokoll wurde am 9. September 1998 vom Ministerausschuss der 639. Versammlung des Europarates verabschiedet) und dessen Art. 9. Bereits nach der Stammfassung des § 5 FERG wäre somit jeder Veranstalter von „BVG-Rundfunk“-Fernsehprogrammen kurzberichterstattungsberechtigt gewesen. Dafür, dass der Gesetzgeber später, insbesondere im Zuge der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010, irgendeine Einschränkung des Kreises der Berechtigten verfügen hätte wollen (oder müssen), findet sich an keiner Stelle ein Hinweis.

Dahingestellt bleiben kann dabei auch, ob, wie von der Antragsgegnerin vorgebracht, seitens der Antragstellerin insofern „reverse engineering“ betrieben werde, als das gegenständliche Programm zunächst und in erste Linie für die Bereitstellung im Internet (unter www.oe24.at) produziert werde, um dann aus den einzelnen Inhalten nachträglich ein Fernsehprogramm zu „basteln“ (so die Formulierung in der nicht rechtskräftigen einstweiligen Verfügung des Handelsgerichtes Wien), um Anspruch auf das Recht auf Kurzberichterstattung zu erlangen. Zwar verweist ErwGr 57 AVMD-RL darauf, dass die Online-Zurverfügungstellung der Inhalte der linear ausgestrahlten Kurzberichte nicht dazu genutzt werden soll, neue Geschäftsmodelle von Abrufdiensten auf der Grundlage kurzer Auszüge zu schaffen. Daher gewährt Art 15 Abs. 5 AVMD-RL (wie auch § 5 Abs. 5 FERG) die Online-Zurverfügungstellung nicht unbeschränkt, sondern lediglich in Hinblick auf dieselbe Sendung durch denselben Fernsehveranstalter. Unzulässig ist damit insbesondere die Online-

Bereitstellung der Kurzberichte durch einen anderen Fernsehveranstalter sowie die inhaltliche Modifizierung der linear ausgestrahlten Kurzberichte. Ein anderer, umfassenderer Schutzzweck ist aus der AVMD-RL nicht ableitbar. Mangels gesetzlicher Grundlage ist daher nicht erheblich, ob die Programmbeiträge des Programms „OE24TV“ nach dem Willen der Antragstellerin in erster Linie für den Abrufdienst produziert werden und der Einbau der Beiträge in das Fernsehprogramm eine wirtschaftlich nachgelagerte „Verwertung“ darstellt. Es steht der Antragstellerin insofern frei, welches Geschäftsmodell sie wählt, solange sie die Kurzberichte beinhaltende Sendung im Abrufdienst lediglich unverändert bereitstellt. Die Qualifizierung der Antragstellerin als Fernsehveranstalterin würde nicht dadurch gefährdet, wenn sie die Beiträge auch zum Zwecke der Online-Bereitstellung produziert. Die KommAustria kann schließlich auch in keiner Weise erkennen, dass die AVMD-RL Fälle ausschließen wollte, in denen sich aus dem grundsätzlich „geringere“ technische, organisatorische und finanzielle Anforderungen stellenden Anbieten von Abrufdiensten, zu einem späteren Zeitpunkt – durchaus auch abhängig vom wirtschaftlichen Erfolg – ein lineares Fernsehprogramm entwickelt.

Nach den bisherigen Ausführungen ist die KommAustria daher zusammengefasst der Auffassung, dass die Antragstellerin Fernsehveranstalterin iSd AMD-G und damit nach den Bestimmungen des § 5 FERG berechtigte Fernsehveranstalterin hinsichtlich der beantragten Spiele der Österreichischen Fußball-Bundesliga ist. Es ist sohin in einem nächsten Schritt über die Bedingungen abzusprechen.

4.4. Bedingungen des Kurzberichterstattungsrechts

Nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung

Gemäß § 5 Abs. 3 Z 1 FERG ist die Kurzberichterstattung auf eine dem Anlass entsprechende nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung beschränkt. Dieses Gebot schließt beispielsweise eine Ergänzung des Kurzberichtes um Unterhaltungselemente aus (vgl. dazu auch die Ausführungen in OGH 14.06.2005, 4Ob 49/05t zu einer gemischten Informations-/Unterhaltungssendung). Weiters ist es so zu verstehen, dass ein „Aufbereiten“ des Kurzberichts etwa mit Interviews, Analyse etc. zu einer magazinähnlichen Berichterstattung unzulässig wäre (vgl. dazu *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, 879 mwN aus der Rechtsprechung und Literatur). Der Zweck des nachrichtenmäßigen Kurzberichtes besteht darin, den Zuseher über Ereignisse von allgemeinem Informationsinteresse zu informieren. Eine über diesen Zweck hinausgehende Berichterstattung ist nicht zulässig (Spruchpunkt 1).

Ausstrahlung in allgemeinen Nachrichtensendungen

Gemäß § 5 Abs. 3 Z 2 FERG darf der Kurzbericht nur in allgemeinen Nachrichtensendungen verwendet werden. Die Antragsgegnerin hat dazu ausgeführt, dass es sich bei dem unter „OE24TV“ ausgestrahlten Sportberichten um keine allgemeine Nachrichtensendung iS von § 5 Abs. 3 Z 2 AMD-G handle. Nach den Gesetzesmaterialien sind „Allgemeine Nachrichtensendungen“ einerseits nur solche, die regelmäßig Bestandteil des Fernsehprogramms des Kurzberichterstattungsberechtigten sind und sich nicht ausschließlich mit dem Gegenstand der Kurzberichterstattung bildenden Ereignis befassen. Ein im unmittelbaren Zusammenhang mit einer auch Politik, Wirtschaft, Kultur etc. abdeckenden Nachrichtensendung ausgestrahlter „Sportteil“ dieser Sendung wird diesen Tatbestand jedenfalls erfüllen. Aus den Gesetzesmaterialien geht somit eindeutig hervor, dass sich die Sendung nicht darauf beschränken darf, sich ausschließlich mit dem Gegenstand der Kurzberichterstattung bildenden Ereignis zu befassen. Da es sich bei der im Rahmen von „OE24TV“ ausgestrahlten „Sport Show“ um eine eigenständige Sendung handelt, die sich ausschließlich der Berichterstattung aus dem Bereich Sport widmet, ist fraglich, ob die Ausstrahlung von Kurzberichten der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga im Rahmen dieser Sendung zulässig ist. Zum einen

wird in der „Sport Show“ typischerweise nicht ausnahmslos von den verfahrensgegenständlichen Spielen der Österreichischen Fußball-Bundesliga berichtet (werden). Andererseits ergibt sich weder aus dem Gesetzeswortlaut, noch aus der Rechtsprechung zum FERG, ob eine reine Sportsendung bereits das Erfordernis der „allgemeinen Nachrichtensendung“ erfüllt. Folgende Erwägungen legen jedoch eine, für die berechtigte Fernsehveranstalterin einschränkende Auslegung des § 5 Abs. 3 Z 2 FERG nahe:

Die Erl. zur RV 611 BlgNR 24. GP erwähnen in diesem Zusammenhang, dass „[die] aus Art 15 Abs. 5 AVMD-RL stammende, neu eingeführte Verwendungsbeschränkung des Kurzberichtes auf ‚allgemeine Nachrichtensendungen‘ (Z 2) dem grundrechtlich gebotenen Interessensaustausch 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 Kostenersstattungsregelung [bietet] (vgl. Abs. 4).“ In den Erläuterungen zu Abs. 4 heißt es: „Diese Interessen [Ann: diejenigen des Exklusivrechteinhabers] 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).“ Somit soll die Verwendungsbeschränkung von Kurzberichten im Rahmen allgemeiner Nachrichtensendungen offenbar einen Ausgleich für den Entfall einer finanziellen Abgeltung des Erwerbs der Exklusivrechte leisten. Der Begriff der „allgemeinen Nachrichtensendung“ iS von § 5 Abs. 3 Z 2 FERG ist daher so auszulegen, dass eine allgemeine Nachrichtensendung nicht bereits in einer reinen Sportberichterstattung bestehen kann, sondern beispielsweise auch die Bereiche Politik, Kultur oder Wirtschaft umfassen muss. Es war daher auszusprechen, dass die Ausstrahlung der gegenständlichen Kurzberichte nur in einer allgemeinen Nachrichtensendung (wie etwa den „News“ der Antragstellerin) zulässig ist, nicht aber in der „Sport Show“ der Antragstellerin (Spruchpunkt 1). Es obliegt der Antragstellerin die Kurzberichte in einer solchen Weise auszustrahlen, dass dies im Rahmen einer allgemeinen Nachrichtensendung erfolgt. Ob diese Vorgaben eingehalten werden, kann nur Gegenstand einer nachprüfenden Rechtskontrolle sein. Zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung war jedenfalls die Möglichkeit einer Ausstrahlung der Kurzberichte in einer allgemeinen Nachrichtensendung dem Grunde nach vorhanden.

Dauer der Kurzberichterstattung

Gemäß § 5 Abs. 3 Z 4 FERG bemisst sich die zulässige Dauer der Kurzberichterstattung nach der Länge der Zeit, die notwendig ist, um den nachrichtenmäßigen Informationsgehalt eines Ereignisses zu vermitteln, und beträgt mangels anderer Vereinbarungen höchstens 90 Sekunden. Im Hinblick auf die Spiele der Österreichischen Fußball-Bundesliga hat der VwGH erkannt, dass das einzelne im Rahmen der Bundesliga ausgetragene Spiel als ein das Kurzberichterstattungsrecht begründendes Ereignis anzusehen ist, selbst wenn die einzelnen Spiele in einen größeren „Ereigniskomplex“ wie z.B. eine Spielrunde eingebettet sind (VwGH 20.12.2005, ZI. 2004/05/0199). Daher war auszusprechen (Spruchpunkt 2), dass der Antragstellerin je Spiel ein Kurzberichterstattungsrecht in dem für die Vermittlung des nachrichtenmäßigen Informationsgehaltes des betreffenden Spiels nötigen Ausmaß, höchstens jedoch 90 Sekunden, zusteht. Der VfGH hat es als unzulässigen Eingriff in die durch Art 10 EMRK geschützte redaktionelle Gestaltungsfreiheit angesehen, wenn dem Kurzberichterstattungsberichtigen bestimmte Szenen des Ereignisses, wie etwa Tore, Elfmeter etc. als nachrichtenmäßig berichterstattungswert vorgegeben und hierfür bestimmte Zeiten festgesetzt würden (VfSlg 18.018/2006). Derlei wäre auch mit § 5 Abs. 3 Z 3 FERG nicht vereinbar, wonach der berechtigte Fernsehveranstalter den Inhalt des Kurzberichts frei aus dem Signal des verpflichteten Fernsehveranstalters wählen kann. Daraus folgt, dass die Antragstellerin die Beurteilung der angemessenen Dauer der Kurzberichterstattung selbst vorzunehmen hat und behauptete Überschreitungen nur im Wege der ex-post Kontrolle

releviert werden können (vgl. *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz³ 880). Abstrakt kann festgehalten werden, dass das erlaubte zeitliche Ausmaß der Kurzberichterstattung sich daraus ergibt, wie viel Zeit benötigt wird, um über die wesentlichen Aspekte eines Spiels zu informieren. Abhängig vom konkreten Verlauf eines Spiels ist daher eine Differenzierung vorzunehmen. In Anbetracht der potentiellen Disparität der einzelnen Fußballspiele war eine allgemeine Herabsetzung der zulässigen Höchstdauer nicht auszusprechen.

Ausstrahlungszeit

Gemäß § 5 Abs. 3 Z 6 FERG darf die Sendung und Bereitstellung des Kurzberichts jedenfalls nicht vor Beginn der Sendung durch den verpflichteten Fernsehveranstalter erfolgen. Die Regulierungsbehörde kann gegebenenfalls auch weitergehende Karenzregelungen vorsehen, wenn dies zur Wahrung eines angemessenen Ausgleichs erforderlich ist (vgl. Erl zur RV 611 BlgNR, 24. GP zu § 5 Abs. 3 Z 6 FERG).

Gemäß § 5 Abs. 7 FERG hat die KommAustria im Falle der Bescheiderlassung die Interessen der Beteiligten abzuwegen und durch die nähere Festlegung der Bedingungen einen Ausgleich zwischen dem Recht auf Information und dem Recht auf Eigentum und Erwerbsfreiheit herzustellen. Zweck des § 5 FERG ist ausweislich der Gesetzesmaterialien, dass ein im Vorhinein bestimmtes Ereignis für einen bedeutenden Teil der Öffentlichkeit auch im frei zugänglichen Fernsehen verfolgbar sein soll (Erl zur RV 285 BlgNR, 21. GP). Es soll verhindert werden, dass etwa ein Pay-TV-Veranstalter exklusive Übertragungsrechte an einem bedeutendem Ereignis erwirbt und von seinem Recht in einer Weise Gebrauch macht, dass die breite Öffentlichkeit von der Verfolgung am Bildschirm ausgeschlossen wird, wenn sie nicht zusätzliche Mittel entrichtet, um durch die Bezahlung von Abonnement-Gebühren eines Pay-TV Veranstalters das Ereignis verfolgen zu können. Die gebotene Interessenabwägung müsste somit umso mehr in Richtung der Antragstellerin als berechtigte Fernsehveranstalterin ausschlagen, wenn sämtliche Lizenzrechte in Hinblick auf die gegenständlichen Spiele der Österreichischen Fußball-Bundesliga bei der Antragsgegnerin konzentriert wären. Dies ist jedoch nicht der Fall: Nach dem unbestrittenen Vorbringen der Antragsgegnerin hat diese kürzlich die Rechte zur „Highlight-Berichterstattung“ betreffend die Spiele der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga für die kommenden zwei Jahre im Wege der Sublizenzierung der Krone Multimedia GesmbH & Co KG sowie der LAOLA1 GmbH eingeräumt. Somit ist die Highlight-Berichterstattung über die verfahrensgegenständlichen Spiele bereits unabhängig vom Kurzberichterstattungsrecht durch die Antragstellerin im „Free-TV“ bzw. im Rahmen kostenlos zugänglicher Internetportale der Sublizenzinhaber abrufbar. In diesem Ausmaß tritt bei der gemäß § 5 Abs. 7 FERG im Rahmen der Festlegung der Bedingungen gebotenen Interessenabwägung auch das Informationsinteresse der Allgemeinheit, welches durch die Sublizenzierung bereits zu einem Teil gedeckt ist, zurück.

In der gegebenen Konstellation war daher Bedacht auf die Eigentumsrechte der verpflichteten Fernsehveranstalterin zu nehmen und auszusprechen, dass die Sendung des Kurzberichtes nicht vor Beginn der Sendung durch die Antragsgegnerin und frühestens 60 Minuten nach dem planmäßigen Ende des einzelnen Spiels, über das berichtet wird, erfolgen darf (Spruchpunkt 3; vgl. dazu auch KOA 22.12.2010, KOA 3.800/10-006).

Dauer der Ausstrahlungsberechtigung

Wie bereits ausgeführt (Begründung zu Spruchpunkt 2) handelt es sich bei jedem einzelnen im Rahmen der Bundesliga ausgetragenen Spiel um ein das Kurzberichterstattungsrecht begründendes Ereignis.

Die Antragsgegnerin begeht, dass der Kurzbericht zu einem Ereignis nur höchstens vier Mal wiederholt werden dürfe. Dazu wurde ausgeführt, dass ein Kurzbericht solange wiederholt

werden dürfe, als die Information über das Ereignis beim Publikum noch von allgemeinem Interesse sei (Erl zur RV 285 BlgNR, 21. GP zu § 5 Abs. 2 FERG). Da gegenständlich die Kurzberichte in einer sich alle 30 Minuten wiederholenden Endlosschleife gesendet würden, sei eine Begrenzung der Anzahl der Wiederholungen im Sinne der gesetzlich gebotenen Interessenabwägung erforderlich. Es sei davon auszugehen, dass das Informationsinteresse der Öffentlichkeit nach der vierten Wiederholung erschöpft sei.

Nach Auffassung der KommAustria ist der Anspruch auf nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung durch das erstmalige Senden der Nachricht nicht verbraucht und es ist zu fragen, wie lange das allgemeine Informationsinteresse in Hinblick auf die Spiele der Österreichischen Fußball-Bundesliga bestehen bleibt. Das größte Informationsinteresse wird unbestritten im unmittelbaren Anschluss an das Ereignis bzw. am selben Tag bestehen. Jedoch kann in Hinblick auf die unterschiedlichen teilnehmenden Mannschaften, die unterschiedlichen Spielverläufe und die verschiedenen Rahmenbedingungen der einzelnen Spiele nicht abstrakt beurteilt werden, zu welchem Zeitpunkt für alle Ereignisse das allgemeine Informationsinteresse erlischt (ebenso wenig wie abstrakt beurteilt werden kann, wie lange die Kurzberichterstattung je Ereignis dauern darf). Eine generelle Einschränkung auf eine viermalige Wiederholung war somit nicht auszusprechen. Der berechtigte Fernsehveranstalter hat somit eigenständig zu beurteilen, wie lange im Einzelfall ein allgemeines Informationsinteresse an der Kurzberichterstattung besteht. Maßstab hierfür wird – vgl. die grundlegende Bezugnahme auf das „allgemeine Informationsinteresse“ in § 5 Abs. 1 FERG – der sonstige Niederschlag des Ereignisses in der Medienbereichterstattung sein, der üblicherweise nach spätestens ein bis zwei Tagen abebben wird. Die konkrete Umsetzung kann nur im Rahmen einer nachfolgenden (konkreten) Rechtskontrolle releviert werden. Es war daher auszusprechen, dass die Kurzberichterstattung über ein Spiel im Rahmen der in den Spruchpunkten 1 bis 3 festgelegten Grenzen solange und sooft erfolgen darf, als ein allgemeines nachrichtenmäßiges Informationsinteresse an dem im Kurzbericht abgebildeten Ereignis besteht (Spruchpunkt 4).

Signalübernahme

Gemäß § 5 Abs. 3 Z 3 darf der berechtigte Fernsehveranstalter den Inhalt des Kurzberichts frei aus dem Signal des verpflichteten Fernsehveranstalters wählen. Der Kurzberichterberechtigte ist daher nicht auf bestimmte Szenen beschränkt, sondern kann selbstständig eine Auswahl der aus seiner Sicht berichterstattungswürdigen Elemente des Ereignisses vornehmen. Insbesondere liegt es unter Berücksichtigung von Art 10 EMRK nicht im Ermessen der Regulierungsbehörde, bestimmte Szenen des Ereignisses als berichterstattungswürdig vorzugeben und an bestimmte Zeiten zu koppeln (VfSlg 18.018/2006). Das Recht zur freien Wahl des Inhalts des Kurzberichtes schließt jedwede inhaltliche Vorgabe seitens der Regulierungsbehörde aus. Weiters ist festzuhalten, dass § 5 Abs. 2 FERG normiert, dass das Recht auf Kurzberichterstattung die Berechtigung zur Aufzeichnung des Signals, das heißt der Gesamtheit der Bilder und Töne des verpflichteten Fernsehveranstalters umfasst. Art 15 Abs. 3 AVMD-RL spricht diesbezüglich vom „Sendesignal“. Der Zugang zu diesem kann einerseits über die (von der Antragsgegnerin vorgeschlagene) Abnahme durch Anschluss am Heck des Übertragungswagen erfolgen, wobei diesfalls ein „clean feed“-Signal bereitgestellt wird. Andererseits kann grundsätzlich eine Signalübernahme auch über den auch für den Zuseher bestimmten Übertragungsweg (z.B. Satellitensignal) erfolgen (Erl zur RV 611 BlgNR, 24. GP zu § 5 Abs. 2 FERG). Die mögliche Alternative der Einräumung des Zugangs zum Veranstaltungsort ist derzeit gesetzlich nicht vorgesehen. Da sich aus dem Gesetz keine zwingenden Vorgaben ableiten lassen, waren grundsätzlich beide Alternativen als Möglichkeit aufzunehmen und der Antragstellerin als berechtigtem Fernsehveranstalter die Wahlmöglichkeit zu überlassen, welche Option in Anspruch genommen wird. Zur Sicherung einer für beide Parteien handhabbaren Lösung war eine entsprechende Bekanntgabeverpflichtung samt entsprechendem zeitlichen Vorlauf vorzuschreiben. Die Antragsgegnerin war weiters dazu zu verpflichten, der Antragstellerin im erforderlichen

Umfang den Zugang zu ihrem verschlüsselten Sendesignal durch Bereitstellung der Entschlüsselungsmittel (Smartcard) zu gewähren (Spruchpunkt 5).

Die KommAustria kann in diesem Zusammenhang die Befürchtungen der Antragsgegnerin hinsichtlich einer „missbräuchlichen Verwendung“ auch in Bezug auf andere Sendungen der Antragsgegnerin nicht nachvollziehen: Zum einen sind die Entschlüsselungsmittel der Antragsgegnerin frei im Handel erhältlich und wird durch den bescheidmäßigen Ausspruch hier keine Missbrauchsmöglichkeit eröffnet, die nicht auch auf andere Art simpelst herzustellen wäre. Zum anderen ist auf die einschlägigen Sanktionsmechanismen des § 8 FERG bzw. die – von der Antragsgegnerin durchaus bereits bemühten – zivilrechtlichen Rechtsverfolgungsmöglichkeiten (insb. § 76a UrhG) zu verweisen.

Kennzeichnung des Kurzberichts

Gemäß § 5 Abs. 3 Z 7 FERG hat der berechtigte Fernsehveranstalter den Kurzbericht eindeutig als solchen zu kennzeichnen und die Quelle anzugeben. Mangels einer anderslautenden Einigung durch die Parteien des Verfahrens war auszusprechen, dass die Antragstellerin während der Sendung des Kurzberichts gut lesbar als Quelle „Sky Sport Austria“ anzuführen hat, wobei dies allenfalls auch durch Einbindung des Senderlogos erfolgen kann. Weiters ist vor Beginn der Sendung darauf hinzuweisen, dass es sich um einen Kurzbericht nach dem FERG handelt, womit den Befürchtungen der Antragsgegnerin Rechnung getragen wird, der Zuseher solle nicht von einer Art „Kooperation“ zwischen den Parteien als Grundlage der Ausstrahlung ausgehen (Spruchpunkt 6).

Kostenerstattung

Gemäß § 5 Abs. 4 FERG hat der verpflichtete Fernsehveranstalter, sofern nichts anderes vereinbart wird, nur Anspruch auf den Ersatz der unmittelbar mit der Gewährung des Zugangs verbundenen zusätzlichen Kosten. Diese Einschränkung der Möglichkeiten einer Kostenerstattung für den Exklusivrechteinhaber ist durch Art 15 Abs. 6 AVMD-RL vorgegeben. Bei der Gewährung zum Zugang des Signals ist ausweislich der Gesetzesmaterialien an die allenfalls gewünschte Bereitstellung einer Anschlussmöglichkeit an den Übertragungswagen oder die Signalübermittlung mittels ATM-Leitungen oder Richtfunkstrecken zu denken. Ausgeschlossen ist die anteilige Berücksichtigung der Kosten des Rechteerwerbs durch den Exklusivrechteinhaber oder eine Abgeltung für die mit der Kurzberichterstattung einhergehende „Entwertung“ des Exklusivrechts. Diese Interessen sind vielmehr im Rahmen der Feststellung der angemessenen Bedingungen zu berücksichtigen bzw. sieht das Gesetz hier bereits entsprechende Beschränkungen vor (insbesondere die Beschränkung auf allgemeine Nachrichtensendungen, vgl. § 5 Abs. 3 Z 2 FERG; Erl zur RV 611 BlgNR, 24. GP zu § 5 Abs. 4 FERG).

Die Kosten des Anschlusses am Heck des Übertragungswagens wurden von der Antragsgegnerin mit EUR 0,- angegeben. Für die Bereitstellung der Entschlüsselungsmittel ist die Antragsgegnerin berechtigt, das übliche Entgelt samt entsprechender laufender Abonnementgebühren einzuhaben, sofern dieses nicht bereits entrichtet wird (Spruchpunkt 7).

Befristung

Die Verpflichtung der Antragsgegnerin ist unmittelbar mit ihrer Eigenschaft als Exklusivrechteinhaberin verknüpft. Die Verpflichtung war daher für die Dauer der Laufzeit der entsprechenden Rechteerwerbsvereinbarung mit der BLM Marketing & Event GmbH zu befristen.

4.5. Aussetzung der Entscheidung hinsichtlich § 5 Abs. 5 FERG

Gemäß § 5 Abs. 5 FERG umfasst das Kurzberichterstattungsrecht auch die Berechtigung, die Nachrichtensendung mit dem Kurzbericht nach der Ausstrahlung unverändert im Rahmen eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf bereitzustellen. Die Bereitstellung ist längstens sieben Tage nach der Ausstrahlung zulässig. Diese Regelung trägt Art. 15 Abs. 5 iVm ErwG 57 AVMD-RL Rechnung, wonach eine unveränderte Bereitstellung von Nachrichtensendungen, die Kurzberichte enthalten, im Rahmen von Abrufdiensten zulässig sein soll.

Vorliegend betreibt die Antragstellerin unter der Domain www.oe24.at in der Unterkategorie „Video“ einen Dienst, unter dem sie Videos in unterschiedlichsten Kategorien (zB News, Sport, Leute...) anbietet. Dieser Dienst wurde als Abrufdienst iSd § 2 Z 4 AMD-G bei der KommAustria gemäß § 9 AMD-G angezeigt. Weiters betreibt die Antragstellerin unter der Domain www.oe24.tv (bzw. www.österreich.at) ein periodisches elektronisches Medium, das im Wesentlichen als „elektronische Ausgabe“ der Tageszeitung „Österreich“ beschrieben werden kann. Die im Abrufdienst gesammelten Videos werden zumindest teilweise auch in der elektronischen text- und bildbasierenden Ausgabe der Zeitung in Form einer Einbettung bzw. Verlinkung verwendet.

Mit Beschluss des VwGH vom 26.06.2014, Zi. 2013/03/0012, wurde dem EuGH aus Anlass eines vergleichbaren Sachverhalts (Video-Seite auf der Website einer Zeitung, auf der ergänzend zu Text- und Bildbeiträgen regelmäßig auch Videos zu sehen sind und diese Videos (auch) gesammelt auf einer Subdomain oder in einem Unterzeichen angeboten werden) u.a. folgende Frage zur Vorabentscheidung nach Art 267 AEUV vorgelegt:

„Ist Art 1 Abs 1 lit a sublit i der Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) dahingehend auszulegen, dass bei elektronischen Ausgaben von Zeitungen im Zusammenhang mit der Prüfung des Hauptzweckes eines angebotenen Dienstes auf einen Teilbereich abgestellt werden kann, in dem überwiegend kurze Videos gesammelt bereitgestellt werden, die in anderen Bereichen des Webauftritts dieses elektronischen Mediums nur zur Ergänzung von Textbeiträgen der Online-Tageszeitung verwendet werden.“

Zusammengefasst begründet der VwGH sein Vorabentscheidungsersuchen dahingehend, dass die AVMD-Richtlinie nicht eindeutig erkennen lasse, ob es bei der Qualifikation einer Dienstleistung als audiovisueller Mediendienst unter dem Aspekt des „Hauptzwecks“, insbesondere bei elektronischen Ausgaben von Zeitungen, auf das gesamte Leistungsspektrum des Anbieters ankomme oder eine Prüfung von Teilangeboten zulässig sei. Die Zielsetzung der AVMD-Richtlinie, wie sie vor allem auch aus den angesprochenen Erwägungsgründen ersichtlich werde, spreche nach Auffassung des VwGH dafür, auch Teilangebote als audiovisuellen Mediendienst zu qualifizieren, wenn sie für sich betrachtet den Voraussetzungen des Art 1 Abs 1 lit a AVMD-Richtlinie entsprechen. Da aber zu dieser Frage keine Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union vorliege, werde die Vorlagefrage mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vorgelegt.

Die zitierte Bestimmung der Richtlinie ist unmittelbare Grundlage der gesetzlichen Definitionen des audiovisuellen Mediendienstes bzw. des Abrufdienstes nach § 2 Z 3 und 4 AMD-G. Im vorliegenden Verfahren ist die Beurteilung der Frage, ob die Antragstellerin überhaupt einen „Abrufdienst“ betreibt, in dem sie nach § 5 Abs. 5 FERG zur Bereitstellung der Nachrichtensendungen mit dem Kurzbericht berechtigt wäre, aufgrund der Gleichartigkeit des Sachverhalts somit als Vorfrage zu qualifizieren, die zufolge des Auslegungsmonopols des Gerichtshofes der Europäischen Union in Angelegenheiten des (primären oder sekundären) Unionsrechts von einem anderen Gericht zu entscheiden ist. Da das

entsprechende Verfahren zur Einholung einer Vorabentscheidung bereits anhängig gemacht wurde (Rechtssache C-347/14 *New Media Online*), liegen die Voraussetzungen des § 38 AVG vor, sodass – nicht zuletzt auch aufgrund der erheblichen wirtschaftlichen Tragweite der Entscheidung für die Antragsgegnerin (dazu noch unten 4.6) – mit einer Aussetzung des gegenständlichen Verfahrens vorzugehen war (vgl. dazu etwa VwGH, 29.01.2003, ZI. 99/03/0365 oder 03.03.2004, ZI. 2003/18/0137). Für einen gesonderten Ausspruch hinsichtlich der Berechtigung nach § 5 Abs. 5 FERG liegen im Übrigen auch die Voraussetzungen des § 59 Abs. 1 letzter Satz AVG vor.

4.6. Aufschiebende Wirkung

Gemäß § 13 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013 idF BGBl. I Nr. 122/2013) hat eine rechtzeitig eingebrachte und zulässige Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG (Bescheidbeschwerde) aufschiebende Wirkung.

Die Behörde kann gemäß § 13 Abs. 2 VwGVG die aufschiebende Wirkung mit Bescheid ausschließen, wenn nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen und Interessen anderer Parteien der vorzeitige Vollzug des angefochtenen Bescheides oder die Ausübung der durch den angefochtenen Bescheid eingeräumten Berechtigung wegen Gefahr im Verzug dringend geboten ist. Ein solcher Ausspruch ist tunlichst schon in den über die Hauptsache ergehenden Bescheid aufzunehmen.

Mit Schreiben vom 05.02.2015 hat die Antragstellerin beantragt, dass mit dem in der Hauptsache ergehenden Bescheid gleichzeitig ausgesprochen wird, dass bei allfällig erhobenen Rechtsmitteln die aufschiebende Wirkung ausgeschlossen wird. Dies wurde damit begründet, dass, sollte der Antragstellerin das Recht auf Kurzberichterstattung eingeräumt werden, die Ausübung der durch den Bescheid eingeräumten Berechtigung angesichts des zeitnahen Beginns der Rückrunde der „tipico Bundesliga“ und des öffentlichen Interesses an der Kurzberichterstattung im Free-TV dringend geboten sei.

Im Rahmen der Neuordnung des Instanzenzuges durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 und die Schaffung der Verwaltungsgerichte hat die gesetzliche Regelung betreffend die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln gegen Bescheide der Verwaltungsbehörden eine Neuformulierung erfahren. Die Gesetzesmaterialien führten dazu aus, dass die zulässige Beschwerde an das Verwaltungsgericht ebenso wie eine Berufung im Verwaltungsverfahren gemäß § 64 Abs. 2 AVG aufschiebende Wirkung haben soll. Bis zur Vorlage der Akten an das Verwaltungsgericht soll die Behörde weiterhin die aufschiebende Wirkung mit Bescheid ausschließen können (vgl. dazu Erl zur RV 2009, BlgNR 24. GP zu § 13 VwGVG). Die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde bewirkt, dass die Rechtswirkungen des Bescheides bis zu einer endgültigen Entscheidung aufgeschoben (suspendiert) sind. Wird die aufschiebende Wirkung hingegen ausgeschlossen, treten die Rechtswirkungen mit der Erlassung des Bescheides über den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung ein, obwohl die Rechtskraft noch aussteht (Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht¹⁰, Rz 749; Hengstschläger, Verwaltungsverfahrensrecht⁴, Rz 499). Was die inhaltlichen Kriterien für die Interessenabwägung anlangt, erfolgt – trotz eines leicht veränderten Wortlauts – eine Orientierung an den Kriterien des § 64 Abs. 2 erster Satz AVG. Die Bestimmung deckt sich zwar nicht wörtlich mit § 64 Abs. 2 AVG, dennoch sind die wesentlichen Aspekte für die Anerkennung der aufschiebenden Wirkung gleich geblieben: schon bisher waren die Interessen der Partei mit dem öffentlichen Interesse des unmittelbaren Vollzugs des Bescheides abzuwagen und war Voraussetzung für eine zu Lasten der Partei angeordnete vorzeitige Vollstreckbarkeit vom Element der Gefahr im Verzug abhängig (vgl. Dünser in: ZUV 2013, 14 [FN 23]). Auch die in § 13 Abs. 2 VwGVG normierte Voraussetzung, dass der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung „wegen Gefahr im Verzug dringend geboten“ sein muss, findet sich wörtlich ebenso in § 64 Abs. 2 AVG.

§ 13 VwG VG sieht somit (wie auch § 64 AVG) eine zweigliedrige Prüfung beim Ausschluss der aufschiebenden Wirkung vor: Erstens muss diese entweder im Interesse der Antragstellerin oder im öffentlichen Interesse liegen. Der Inhalt des Interesses der Antragstellerin ist in Hinblick auf die im Bescheid erteilte Berechtigung zu beurteilen. Zweitens muss der vorzeitige Vollzug des Bescheides auch wegen Gefahr im Verzug dringend geboten sein. Die Behörde hat das Interesse des (potentiellen) Beschwerdeführers gegen das Parteieninteresse der Antragstellerin sowie gegen das öffentliche Interesse abzuwägen und hierbei zu beurteilen ob Gefahr im Verzug in Hinblick auf das Parteieninteresse oder das öffentliche Interesse besteht. „Gefahr im Verzug“ bedeutet, dass bei Aufschub der „Vollstreckung“ des Bescheides ein erheblicher Nachteil für die Partei oder ein „gravierender Nachteil“ für das öffentliche Wohl droht (vgl. dazu *Hengstschläger/Leeb*, AVG² § 64 Rz 31 mwN; vgl. insbes. zum öffentlichen Wohl: VwGH 24.05.2002, ZI. 2002/18/0001).

Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist von der entscheidenden Behörde jeweils sachverhaltsbezogen zu beurteilen. Bei der Bestimmung derjenigen rechtlichen Interessen, die im konkreten Fall zur Abwägung gelangen, ist auf den Regelungszweck des FERG sowie insbesondere auf die Bestimmung des § 5 Abs. 7 FERG zu rekurrieren. Wie bereits unter Pkt. 4.4. ausgeführt, besteht der wesentliche Zweck der Regelungen des FERG, dass Ereignisse, denen eine besondere gesellschaftliche Bedeutung beigemessen wird, für die Zuseher im Fernsehen frei verfolgbar – somit unverschlüsselt und allgemein zugänglich – gemacht werden sollen. Es soll verhindert werden, dass etwa ein Pay-TV-Veranstalter exklusive Übertragungsrechte an einem derartigen Ereignis erwirbt und von seinem Recht in der Weise Gebrauch macht, dass die breite Öffentlichkeit von der Verfolgung am Bildschirm ausgeschlossen wird, wenn sie nicht zusätzliche Mittel (abgesehen von der Gebühr für einen Kabelnetz-Anschluss und der Rundfunkgebühr) entrichtet, um durch die Bezahlung von „Abonnement-Gebühren“ eines Pay-TV-Veranstalters das Ereignis verfolgen zu können. Im Vordergrund steht also das Anliegen, „das Recht auf Informationen zu schützen und der Öffentlichkeit breiten Zugang zur Fernsehberichterstattung über nationale oder nichtnationale Ereignisse zu verschaffen“ (Erl. zur RV 285 BlgNR, 21. GP zum FERG). Das so formulierte rechtliche Interesse zielt darauf ab, das Recht auf Informationen für die allgemeine Öffentlichkeit zu schützen. Dieses Interesse würde umso schwerer wiegen, wenn sämtliche Lizenzrechte in Hinblick auf die gegenständlichen Spiele der Österreichischen Fußball-Bundesliga bei der Antragsgegnerin konzentriert wären. Es würde umgekehrt weniger stark ins Gewicht fallen, wenn bereits andere Free-TV Veranstalter über Lizenzrechte für die Berichterstattung über Spiele der Österreichischen Fußball-Bundesliga verfügten.

Letzteres ist der Fall: Nach dem unbestrittenen Vorbringen der Antragsgegnerin hat diese kürzlich die Rechte zur „Highlight-Berichterstattung“ betreffend die Spiele der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga für die kommenden zwei Jahre im Wege der Sublizenzierung der Krone Multimedia GesmbH & Co KG sowie der LAOLA1 GmbH eingeräumt. Somit ist die Highlight-Berichterstattung über die verfahrensgegenständlichen Spiele bereits unabhängig vom Kurzberichterstattungsrecht durch die Antragstellerin im „Free-TV“ bzw. im Rahmen kostenlos zugänglicher Internetportale der Sublizenzinhaber abrufbar. In diesem Ausmaß tritt bei der gebotenen Interessenabwägung auch das Informationsinteresse der Allgemeinheit (vgl. § 5 Abs. 7 letzter Satz FERG), welches durch die Sublizenzierung bereits zu einem Teil gedeckt ist, zurück.

Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkungen des Bescheides und damit sein sofortiger Vollzug ist im Lichte der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur dann gerechtfertigt, wenn die Umsetzung aufgrund eines drohenden, gravierenden Nachteils für das „öffentliche Wohl“ dringend geboten ist (z.B. VwGH 24. 05. 2002, ZI. 2002/18/0001). Dringend geboten ist die vorzeitige Vollstreckung nur dann, wenn die fachliche Beurteilung des festgestellten Sachverhalts durch die Behörde zum Ergebnis führt, dass die gravierende Gefahr für den Fall des Zuwartens konkret besteht (VwGH 22.03.1988, 87/07/0108). Im

gegebenen Fall ergibt eine auf den Sachverhalt gestützte konkrete Beurteilung, dass ein gravierender Nachteil für das öffentliche Interesse im Sinne von § 13 Abs. 2 VwG VG, das ist das Recht auf Information über maßgebliche öffentliche Ereignisse, durch einen (potentiellen) Aufschub des Vollzug des Bescheides nicht droht, da die Antragsgegnerin die Rechte zur Highlight-Berichterstattung über die gegenständlichen Spiele bereits anderen „Free-TV“-Veranstaltern bzw. Abrufdiensteanbietern übertragen hat. Weiters besteht eine zumindest teilweise gegebene Abdeckung der Ereignisse im Rahmen der Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die Öffentlichkeit hat damit aber die Möglichkeit, Berichte über die gegenständlichen Ereignisse von allgemeinem Informationsinteresse anderweitig zu konsumieren.

Im Rahmen der sachverhaltsbezogenen Beurteilung ist dem öffentlichen Interesse auf Information das Recht auf Eigentum und Erwerbsfreiheit der Antragsgegnerin gegenüberzustellen. Diese hat erhebliche finanzielle Aufwendungen getätigt, um die exklusiven Übertragungsrechte für die Spiele der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga zu erwerben. Mangels „Gefahr im Verzug“ kann nicht davon ausgegangen werden, dass das gemäß § 5 Abs. 7 letzter Satz FERG zu schützende öffentliche Interesse gegenüber dem Parteieninteresse der Antragsgegnerin ein Gewicht einnimmt, welches den sofortigen Vollzug des Bescheides rechtfertigt. Die Fernsehzuseher haben den in den Erwägungsgründen des FERG bezweckten Zugang zur audiovisuellen Berichterstattung über die Spiele der höchsten Spielklasse der Österreichischen Fußball-Bundesliga, welcher unabhängig davon besteht, ob die Antragstellerin die ihr bescheidmäßig eingeräumten Kurzberichterstattungsrechte sofort ausüben darf. In Anbetracht dessen kann das Recht auf Information der Allgemeinheit jedenfalls nicht so hoch bewertet werden, dass das Recht auf Eigentum und die Erwerbsfreiheit der Antragsgegnerin dahinter zurücktreten müssten. Die Antragstellerin hat in diesem Zusammenhang lediglich ausgeführt, dass der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung geboten sei, um die im Bescheid eingeräumte Berechtigung in Hinblick auf den Beginn der Rückrunde der Österreichischen Fußball-Bundesliga am 14.02.2015 ausüben zu können. Sie hat insbesondere nicht darum können, weshalb das Interesse den Bescheid unverzüglich zu vollziehen, Vorrang gegenüber anderen rechtlich geschützten Interessen haben sollte, sondern sich auf eine allgemein gehaltene Aussage zurückgezogen. Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung stellt nicht den gesetzlichen Regelfall, sondern eine Ausnahme dar, die nur aufgrund des Vorliegens besonderer Gründe gewährt werden kann. Die Rechtsschutzeinrichtungen sollen ihrer Zweckbestimmung nach ein bestimmtes Mindestmaß an faktischer Effizienz für den Rechtsschutzwerber aufweisen und diesen nicht generell einseitig mit allen Folgen einer potentiell rechtswidrigen Entscheidung solange belasten, bis sein Rechtsschutzgesuch endgültig erledigt ist (*Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶, 824, sowie *Hengstschläger/Leeb*, AVG², § 64 Rz 2). Solche Gründe liegen aber auf Seiten der Antragstellerin nicht vor, da dieser kein, durch das FERG geschütztes, eigenständiges wirtschaftliches Interesse dahingehend zukommt, einen finanziellen Vorteil aus der Einräumung des Kurzerstattungsrechts zu erlangen. Der Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung war folglich abzuweisen.

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“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Die Entrichtung der Gebühr ist im Zeitpunkt der Einbringung der Eingabe durch einen von einer Post-Geschäftsstelle oder einem Kreditinstitut bestätigten Zahlungsbeleg in Urschrift nachzuweisen.

Wien, am 12. Februar 2015

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

1. oe24 GmbH, z.Hd. Rechtsanwalt Dr. Peter Zöchbauer, Karlsgasse 15/3, 1040 Wien, **per Boten**
2. Sky Österreich Fernsehen GmbH, z.Hd. CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermanngasse 2, 1010 Wien, **per Boten**

