

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus dem Vorsitzenden-Stellvertreter Dr. Florian Philapitsch, LL.M. als Senatsvorsitzenden sowie den Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, über die Beschwerde 1. der **Radio Eins Privatrado Gesellschaft m.b.H.**, 2. der **Antenne „Österreich“ und Medieninnovationen GmbH** und 3. der **Radio Arabella GmbH**, alle vertreten durch die Dr. Michael Krüger Rechtsanwalt GmbH, Seilergasse 4/15, 1010 Wien, gegen den Österreichischen Rundfunk wegen Verletzung des ORF-Gesetzes wie folgt entschieden:

I. Spruch

Die Beschwerde wird gemäß §§ 35, 36 Abs. 1 Z 1 lit. c iVm §§ 2 Abs. 1 Z. 4 ORF-Gesetz, BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 50/2010 (ORF-G), abgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit gemeinsamem Schreiben vom 17.01.2011, bei der KommAustria eingelangt am selben Tag, erhoben die Radio Eins Privatrado Gesellschaft m.b.H., die Antenne Österreich und Medieninnovationen GmbH und die Radio Arabella GmbH (in der Folge: Beschwerdeführerinnen) Beschwerde gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a und c ORF-G gegen den Österreichischen Rundfunk (in der Folge: Beschwerdegegner) und beantragten festzustellen, dass der Beschwerdegegner dadurch, dass er seit 07.12.2010 im Auftrag der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in der Folge: ASFINAG) Verkehrsmeldungen, die dieser durch eigene Telematikeinrichtungen oder von Blaulichtorganisationen, Straßenmeistereien, Verkehrsclubs, vom ORF selbst oder von anderen Quellen zur Verfügung stehen, redaktionell bearbeitet und sie auf Wechseltextanzeigen der ASFINAG auf der A 2 im Autobahnabschnitt südlich von Wien und auf der Wiener Außenring-Autobahn A 21 unter Hinweis auf die Quelle „Ö3“ veröffentlicht oder ver-

öffentlichen lässt, insbesondere die Bestimmungen des § 2 ORF-G über den Unternehmensgegenstand des ORF verletzt. Darüber hinaus begeherten die Beschwerdeführerinnen die Veröffentlichung des die Rechtsverletzung feststellenden Bescheides.

Die Beschwerdeführerinnen brachten zu ihrer Beschwerdelegitimation im Wesentlichen vor, sie seien Privatradioveranstalter in Wien, ihre Versorgungsgebiete umfassten durch den technischen Overspill auch die A 2 im Autobahnabschnitt südlich von Wien und die Wiener Außenring-Autobahn A 21. Sie würden ihren Hörern unter anderem auch Verkehrsmeldungen aus den erwähnten Autobahnabschnitten anbieten und stünden damit mit dem Beschwerdegegner im Kampf um Hörerreichweiten im scharfen Wettbewerb. Die dem Beschwerdeführer vorgeworfene Tätigkeit überschreite den Geschäftsgegenstand nach § 2 ORF-G. Der auf den Wechseltextanzeigen der ASFINAG veröffentlichte irreführende Hinweis auf Ö3 als Quelle der Verkehrsnachrichten verschaffe dem Beschwerdegegner im Wettbewerb mit den Beschwerdeführerinnen einen erheblichen Wettbewerbsvorteil. Die beanstandete Verletzung berühre daher die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerinnen (§ 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G). Die Beschwerdeführer würden auch unmittelbar geschädigt, weil die Geschäftspraktik des Beschwerdegegners Hörer der Beschwerdeführerinnen ins Programm von Ö3 ziehe.

Inhaltlich nahmen die Beschwerdeführerinnen Bezug auf folgende OTS-Meldung des Beschwerdegegners (Aussender: Hitradio Ö3) vom 07.12.2010:

„Ö3-Verkehrsmeldungen auf Textanzeigen direkt über Autobahnen

Wien (OTS) - Mit 7.12.2010 startet ein Pilotprojekt von Ö3 in Zusammenarbeit mit der ASFINAG. Im Großraum Wien werden die Meldungen des Ö3-Verkehrsservice auf Wechseltextanzeigen der ASFINAG Verkehrsbeeinflussungsanlagen noch schneller und zielgerichteter direkt über der Fahrbahn dargestellt.

Ein neuartiges Computerprogramm generiert zukünftig Verkehrsmeldungen automatisch in einer verständlich gekürzten Form, leitet diese an die Operatoren der ASFINAG Verkehrssteuerung weiter und geht damit in Echtzeit direkt auf die Strecke zu den Verkehrsteilnehmern. Thomas Ruthner, Leiter der Ö3-Verkehrsredaktion: „Der Ö3 trägt mit diesem System maßgebend dazu bei, wichtige Verkehrsmeldungen wie beispielweise Geisterfahrmeldungen noch schneller zum Autofahrer zu bringen. Zeitgleich mit der Verkehrsinformation über Ö3 werden diese Informationen via Wechseltextanzeigen auf die Strecke geschaltet“. Der Probetrieb ist zunächst für zwei der verkehrsreichsten Autobahnabschnitte südlich von Wien geplant, der A 2, der Süd Autobahn, und der A 21, der Wiener Außenring Autobahn. Dr. Josef Fiala, Geschäftsführer der ASFINAG Service GmbH zeigt sich erfreut: „Damit schaffen wir in Kooperation mit dem Radiosender Ö3, der die höchste Reichweite bei Verkehrsmeldungen hat, eine hervorragende Grundlage, Österreichs hochrangiges Straßennetz noch sicherer zu machen“.

Ist die Strecke staufrei und gefahrenlos befahrbar, bleibt die Texttafel leer.

Positiver Effekt auf Verkehrssicherheit

Das System aktualisiert kontinuierlich den neuesten Meldungsstand aus der Ö3-Verkehrsdatenbank. So können wichtige Verkehrsinformationen rund um die Uhr und ohne Zeitverzug direkt über der Fahrbahn dargestellt werden. Der Meldungstext wird automatisiert gekürzt, um die Verständlichkeit der Information für vorbeifahrende Verkehrsteilnehmer zu gewährleisten. Das Projekt leistet damit einen wertvollen Beitrag für die Verkehrssicherheit.

Läuft der Probetrieb erfolgreich, soll das Konzept schrittweise auf weitere Verkehrsknotenpunkte und Wechseltextanzeigen in ganz Österreich ausgeweitet werden. [...]“

Die Beschwerdeführerinnen brachten im Wesentlichen vor, aus der Pressemeldung ergebe sich, dass der Beschwerdegegner seit 07.12.2010 im Auftrag der ASFINAG Verkehrsmeldungen, die dieser durch eigene Telematikeinrichtungen, von Blaulichtorganisationen, von Straßenmeistereien, Verkehrsclubs, vom ORF selbst oder von anderen Quellen zur Verfügung stünden, redaktionell bearbeite und diese auf Wechseltextanzeigen der ASFINAG auf der A 2 im Autobahnabschnitt südlich von Wien und auf der Wiener Außenring-Autobahn A 21 unter Hinweis auf die Quelle von „Ö3“ veröffentliche.

Die redaktionelle Bearbeitung von Verkehrsmeldungen aus den verschiedensten Quellen der ASFINAG durch den ORF zur Verbreitung via Overhead-Displays falle nicht unter Tätigkeiten gemäß § 2 Abs. 1 Z 1 bis 4 ORF-G. Der Beschwerdegegner besorge Geschäfte, deren Erbringung nicht ihm, sondern der ASFINAG oblägen. Derartige Geschäfte – im vorliegenden Fall Geschäfte der Telematik auf Wechseltextanzeigen der ASFINAG, die von der ASFINAG selbst zu besorgen seien – könnten niemals Geschäfte im Sinn von § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G sein, die für die Veranstaltung von Rundfunk geboten seien. Die beanstandete Vorgangsweise, die im Ergebnis den Betrieb eines von Rundfunk verschiedenen Kommunikationsnetzes im Sinne von § 3 Z 11 TKG bedeute, überschreite den Unternehmensgegenstand des Beschwerdegegners.

Mit Schreiben vom 24.01.2011 übermittelte die KommAustria dem Beschwerdegegner die Beschwerden und räumte ihm zugleich die Gelegenheit ein, zu diesen Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 18.02.2011 nahm der Beschwerdegegner zu den Beschwerden Stellung und führte im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerinnen würden die Rechtslage verkennen und ihrer rechtlichen Subsumtion auch einen unrichtigen Sachverhalt zu Grunde legen: Wie auch aus der von den Beschwerdeführerinnen vorgelegten Aussendung hervorgehe, bearbeite der Beschwerdegegner keine Verkehrsmeldungen der ASFINAG (und schon gar nicht in deren Auftrag), vielmehr handle es sich bei den auf den inkriminierten Wechseltextanzeigen angezeigten Verkehrsmeldungen um Verkehrsmeldungen des Beschwerdegegners (der Ö3-Verkehrsredaktion), die vom Beschwerdegegner selbst (von der Ö3-Verkehrsredaktion) erstellt würden. Der Beschwerdegegner – die Ö3-Verkehrsredaktion – generiere aus Eigenem und in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrages Verkehrsmeldungen aus Daten, die er aus diversen Quellen beziehe. Diese Quellen seien diverse offizielle Stellen, wie Polizei und Straßenmeistereien, über 15.000 ehrenamtlich tätige Staumelder („Ö3ver“) sowie die ASFINAG. Von Letzterer beziehe der Beschwerdegegner Rohdaten, die ausschließlich als Recherchegrundlage für die ORF-Verkehrsredaktion zur Erstellung fundierter Verkehrsmeldungen genutzt werden dürften.

Wie aus der vorgelegten Aussendung ersichtlich sei, hätten der Beschwerdegegner und die ASFINAG ein Pilotprojekt gestartet, um „die Meldungen des Ö3-Verkehrsservice auf Wechseltextanzeigen der ASFINAG Verkehrsbeeinflussungsanlagen noch schneller und zielgerichteter direkt über der Fahrbahn“ darzustellen. Dieser Probetrieb diene in erster Linie der Verbesserung des Verkehrsservice des Beschwerdeführers durch Gewinnung neuer Erkenntnisse über neue Technologien und allfällige künftige Verbreitungswege der Verkehrsmeldungen (insbesondere durch Erprobung von Schnittstellen zur Herstellung der Interoperabilität der verschiedenen Systeme). Auf Grund der begrenzten Darstellungsmöglichkeiten auf den Wechseltextanzeigen müssten die Verkehrsmeldungen gekürzt, d.h. bearbeitet werden, was derzeit noch manuell (und künftig automatisiert) durch den Beschwerdeführer erledigt werde. Die Meldungen würden sodann an das

Verkehrsmanagement-Informationssystem der ASFINAG übergeben und manuell durch das Personal der ASFINAG auf die Wechseltextanzeigen aufgeschaltet. Zur Information der Autofahrer erfolge selbstverständlich auch die Angabe von „Ö3“ als Quelle der Verkehrsmeldung am Ende des Textes.

Die Erstellung von Verkehrsmeldungen liege nicht nur im Unternehmensgegenstand des Beschwerdegegners, sondern erfolge sogar in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrages zur Information der Autofahrer über die Verkehrslage, was der Erhöhung der Verkehrssicherheit diene. Dass ein Verkehrsservice unter den öffentlich-rechtlichen Kernauftrag falle, sei vom Gesetzgeber zuletzt in der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 implizit anerkannt worden (siehe etwa § 4f Abs. 2 Z 13 ORF-G sowie die ErlRV zu § 4f Abs. 2 Z 16 ORF-G). Diese Tätigkeit falle daher unzweifelhaft unter den Unternehmensgegenstand. Generell falle aber auch die Vermarktung von vom Beschwerdegegner generierten Inhalten an Dritte als gebotene Maßnahme im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G unter den Unternehmensgegenstand. Das gelte ebenso für die für die Vermarktung notwendige Anpassung des jeweiligen Inhalts an die konkreten Bedürfnisse des Dritten (dies ließe sich ohnehin schon aus der Zulässigkeit der Vermarktung an sich erschließen, sei aber jedenfalls im Lichte der Entscheidung des BKS GZ 611.933/0006-BKS/2006 zweifelsfrei).

Die Zurverfügungstellung der vom ORF generierten Verkehrsmeldungen an die ASFINAG zur Darstellung auf deren Wechseltextanzeigen sei daher als eine zur Vermarktung von Rundfunk gebotene Maßnahme im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G zulässig und liege im Unternehmensgegenstand, ebenso die für die Darstellung auf den Wechseltextanzeigen notwendige Bearbeitung der Verkehrsmeldungen durch den ORF.

Mit Schreiben der KommAustria vom 23.02.2011 wurde den Beschwerdeführerinnen die Stellungnahme zur Kenntnis übermittelt.

Mit Schreiben vom 28.02.2011 replizierten die Beschwerdeführerinnen und führten ergänzend aus, der in der Beschwerde dargelegte Sachverhalt unterscheide sich von dem in der Stellungnahme des Beschwerdegegners vorgebrachten angeblichen Sachverhalt erheblich. Der Beschwerdegegner verweise darauf, dass sämtliche von Ö3 der ASFINAG zur Verfügung gestellten und redaktionell bearbeiteten Verkehrsmeldungen von Ö3 aus den verschiedensten Quellen zusammengestellt würden, während die Beschwerde darstelle, die Quellen (mit Ausnahme der Mitteilungen der Ö3ver) würden umgekehrt von der ASFINAG dem Beschwerdegegner zur redaktionellen Bearbeitung zur Verfügung gestellt werden. Unterstelle man die Version des Beschwerdegegners zum Sachverhalt als richtig, dann führe dies unweigerlich zur Schlussfolgerung, dass der Beschwerdegegner und die ASFINAG ein (Gemeinschafts-) Unternehmen nach bürgerlichem Recht betreiben. Unternehmenszweck dieser Gesellschaft nach bürgerlichem Recht sei der gemeinsame Betrieb eines Telematikunternehmens. Der Beitrag der ASFINAG bestehe in der Zurverfügungstellung der Infrastruktur, also der Verkehrsbeeinflussungsanlagen, während der Beitrag des Beschwerdegegners darin liege, diese Anlagen mit redaktionellen Inhalten zu versorgen. Der Beschwerdegegner sei als inhaltlicher Gestalter Medienunternehmer der über die Verkehrsbeeinflussungsanlagen der ASFINAG verbreiteten Inhalte (vgl. § 1 Abs. 1 Z 6 MedienG). Eine gesetzliche Grundlage zum Betrieb eines Medienunternehmens via Verkehrsbeeinflussungsanlagen sei dem ORF-G jedenfalls nicht zu entnehmen.

Mit Schreiben der KommAustria vom 07.03.2011 wurde dieses Schreiben dem Beschwerdegegner zur Kenntnis übermittelt.

Mit Schreiben vom 30.05.2011 forderte die KommAustria den Beschwerdegegner zur Vorlage von Beweismitteln auf.

Mit Schreiben vom 03.06.2011 nahm der Beschwerdegegner Stellung und legte eine Vereinbarung zwischen dem Beschwerdegegner und der ASFINAG Service GmbH vom 17./27.05.2010 vor. Er führte im Wesentlichen aus, Inhalt der Kooperation zwischen dem Beschwerdegegner (Ö3) und ASFINAG sei die Bereitstellung von vom Beschwerdegegner aus Daten diverser Quellen generierten Verkehrsmeldungen an die ASFINAG zur Aufschaltung auf deren Wechseltextanzeigen auf Autobahnen. Dieses werde insbesondere durch folgende Punkte der vorgelegten Vereinbarung geregelt: Laut § 1 Abs. 1 sei Gegenstand der Vereinbarung „die Regelung der Bedingungen für die Bereitstellung und Darstellung der Verkehrsinformationen des ORF auf den WTA der ASFINAG“. Dazu würden die Verkehrsmeldungen in der derzeit laufenden Phase 1 gemäß § 1 Abs. 3 an das Verkehrsmanagement-Informationssystem der ASFINAG übergeben und durch deren Operatoren manuell auf die Wechseltextanzeigen aufgeschaltet. Die „Aufbereitung“ der Verkehrsmeldungen durch den Beschwerdegegner ergebe sich, wie in § 3 Abs. 2 erläutert werde, daraus, dass die Verkehrsmeldungen von Inhalt und Umfang den Darstellungsmöglichkeiten der unterschiedlichen Wechseltextanzeigen entsprechen, d.h. gekürzt werden müssten. Gemäß § 4 Abs. 1 sei die ASFINAG aus urheberrechtlichen Gründen nicht berechtigt, die vom Beschwerdegegner für die jeweilige Wechseltextanzeige aufbereiteten Verkehrsmeldungen inhaltlich zu verändern oder mit Zusatzinformationen anzureichern. Weiters sei die ASFINAG gemäß § 4 Abs. 8 ohne Zustimmung des Beschwerdegegners auch nicht berechtigt, die ihr überlassenen Verkehrsinformationen in anderen Diensten zu nutzen oder an Dritte weiter zu verkaufen. Da die vorgelegte Vereinbarung – die vorstehenden Ausführungen ausgenommen – Geschäftsgeheimnisse sowohl von ORF als auch ASFINAG beinhalten würden, darüber hinaus zwischen den Vertragsparteien in § 5 der Vereinbarung Geheimhaltung vereinbart sei und daher durch deren Bekanntgabe an Dritte eine Schädigung des berechtigten Geheimhaltungsinteresses sowohl des ORF als auch der ASFINAG herbeigeführt würde, beantrage der Beschwerdegegner, die vorgelegte Vereinbarung gemäß § 17 Abs. 3 AVG von der Akteneinsicht auszunehmen.

Mit Schreiben der KommAustria vom 08.06.2011 wurde den Beschwerdeführerinnen dieses Schreiben sowie eine durch die KommAustria um die nicht entscheidungswesentlichen Teile bereinigte Fassung der genannten Vereinbarung zur Kenntnis übermittelt.

2. Sachverhalt

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

2.1. Beschwerdeführerinnen

Die Erstbeschwerdeführerin Radio Eins Privatrado Gesellschaft m.b.H., eine zu FN 120470 m beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung, ist auf Grund des Bescheides des Bundeskommunikationssenats (BKS) vom 22.04.2001, GZ 611.170/003-BKS/2002, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk im Versorgungsgebiet „Wien 88,6 MHz“ bis zum 20.06.2011. Mit rechtskräftigem Bescheid der KommAustria vom 11.04.2010, KOA 1.191/11-002, wurde der Erstbeschwerdeführerin neuerlich eine Zulassung zur Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk im Versorgungsgebiet „Wien 88,6 MHz“ für weitere zehn Jahre erteilt. Das Versorgungsgebiet umfasst die Bundeshauptstadt Wien und den Bezirk Wien Umgebung sowie Teile der Bezirke Krems, Krems an der Donau,

Hollabrunn, Mistelbach, Gänserndorf, Bruck an der Leitha, Baden, Mödling, Tulln, Wiener Neustadt und Eisenstadt Umgebung.

Die Zweitbeschwerdeführerin Antenne „Österreich“ und Medieninnovationen GmbH, eine zu FN 262001 x beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung, ist auf Grund des Bescheides des BKS vom 14.03.2002, GZ 611.171/001-BKS/2002, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk im Versorgungsgebiet „Wien 102,5 MHz“ bis zum 20.06.2011; mit rechtskräftigem Bescheid der KommAustria vom 11.04.2010, KOA 1.192/11-003, wurde der Zweitbeschwerdeführerin neuerlich eine Zulassung zur Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk im Versorgungsgebiet „Wien 102,5 MHz“ für weitere zehn Jahre erteilt. Das Versorgungsgebiet umfasst die Bundeshauptstadt Wien, den Bezirk Wien-Umgebung, St. Pölten (Stadt) sowie Teile der Bezirke St. Pölten-Land, Krems, Krems an der Donau, Horn, Mistelbach, Hollabrunn, Gänserndorf, Bruck an der Leitha, Baden, Mödling, Tulln, Wiener Neustadt und Eisenstadt Umgebung. Darüber hinaus ist sie Inhaberin von mehreren Zulassungen zur Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk in weiteren Versorgungsgebieten.

Die Drittbeschwerdeführerin Radio Arabella GmbH, eine zu FN 208537 y beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung, ist auf Grund des Bescheides des BKS vom 14.12.2001, GZ 611.172/007-BKS/2001, Inhaberin einer Hörfunkzulassung im Versorgungsgebiet „Wien 92,9 MHz“ bis zum 20.06.2011. Mit rechtskräftigem Bescheid der KommAustria vom 11.04.2010, KOA 1.700/11-006, wurde ihr neuerlich eine Zulassung zur Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk im Versorgungsgebiet „Wien 92,9 MHz“ für weitere zehn Jahre erteilt. Das Versorgungsgebiet umfasst die Bundeshauptstadt Wien sowie Teile der Bezirke Gänserndorf, Wien-Umgebung, Bruck an der Leitha, Mödling, Eisenstadt Umgebung, Baden, Wiener Neustadt Umgebung, Korneuburg und Mistelbach. Darüber hinaus ist sie Inhaberin von mehreren Zulassungen zur Veranstaltung von terrestrischem Hörfunk in weiteren Versorgungsgebieten.

Die Beschwerdeführerinnen strahlen in den genannten Versorgungsgebieten Verkehrsmeldungen aus.

2.2. Kooperation des Beschwerdegegners mit der ASFINAG

Der Beschwerdegegner hat mit der ASFINAG Service GmbH, einer Tochter der ASFINAG, eine Vereinbarung über eine Kooperation zur Darstellung von vom Beschwerdegegner in der von diesem betriebenen Ö3-Verkehrsredaktion generierten Verkehrsinformationen mit der Quellenangabe „Ö3“ über Wechseltextanzeigen (WTA) der ASFINAG geschlossen. Bei den zur Verfügung gestellten Verkehrsmeldungen handelt es sich um solche, die von der Ö3-Verkehrsredaktion aus Rohdaten verschiedener Quellen für das Ö3-Verkehrsservice im Hörfunkprogramm „Hitradio Ö3“ zusammengestellt werden und auch im Rahmen des Online-Angebotes oe3.orf.at zugänglich sind.

Die Vertragsparteien verpflichten sich im Wesentlichen zu Folgendem:

Der Beschwerdegegner hat die von ihm generierten Verkehrsinformationen in ein für WTAs geeignetes Format zu bringen und nach Standorten der WTAs gefiltert der ASFINAG Service GmbH zur Verfügung zu stellen. Für den Inhalt der Verkehrsmeldungen ist der Beschwerdegegner zuständig und verantwortlich. Der Beschwerdegegner hat auf eigene Kosten eine Systemerweiterung bzw. Datenbank mit Import-, Export- und Priorisierungsfunktion für die Bereitstellung der Verkehrsinformationen auf den WTAs zu programmieren. Die Quellenangabe

erfolgt am Ende des Textes in Klammer (Ö3). Der Beschwerdegegner hat die mit dem Projekt auf seiner Seite entstehenden Kosten (Anpassungen, laufender Betrieb) selbst zu tragen.

Die ASFINAG Service GmbH ist für das sofortige Umschalten der vom Beschwerdegegner bereitgestellten Meldungen auf die WTAs verantwortlich. Sie ist nicht berechtigt, die Meldungen inhaltlich zu verändern oder zu ergänzen. Sie hat die Kosten der Anpassung ihres Verkehrsmanagement-Informationssystems (VMIS) sowie die weiteren auf ihrer Seite entstehenden Kosten (aus dem laufenden Betrieb) selbst zu tragen.

Im beschwerdegegenständlichen Zeitraum wurden vom Beschwerdegegner in dessen Verkehrsredaktion generierte Verkehrsinformationen auf WTAs der ASFINAG in Form eines Probebetriebs südlich von Wien auf der A 2 - Süd Autobahn und der A 21 - Wiener Außenring Autobahn mit der Quellenangabe „Ö3“ entsprechend der genannten Vereinbarung angezeigt. Die Streckenabschnitte befinden sich zumindest teilweise in den Versorgungsgebieten der Beschwerdeführerinnen.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zu den Zulassungen der Beschwerdeführerinnen, deren Versorgungsgebieten sowie dem Umstand, dass diese in ihren Programmen Verkehrsmeldungen ausstrahlen, ergeben sich aus den zitierten Bescheiden der KommAustria und des BKS.

Die Feststellungen hinsichtlich des Umfangs und Inhalts der Kooperation zwischen dem Beschwerdegegner und der ASFINAG sowie die Herkunft der gegenständlichen Verkehrsmeldungen aus der Ö3 Verkehrsredaktion ergeben sich aus dem Vorbringen des Beschwerdegegners in seiner Äußerung vom 18.02.2011 sowie aus der von diesem vorgelegten Vereinbarung mit der ASFINAG Service GmbH vom 17./27.05.2010. Angesichts des diesbezüglich eindeutigen Inhalts der vorgelegten Vereinbarung war dem abweichenden Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, wonach der Beschwerdegegner Verkehrsmeldungen der ASFINAG in deren Auftrag bearbeite, nicht zu folgen. Auch der Wortlaut der von diesen vorgelegten Pressemeldung des Beschwerdegegners vom 07.12.2011 stützt deren Vorbringen nicht. Vor dem Hintergrund des eindeutigen Inhalts der Vereinbarung bedarf es keiner von den Beschwerdeführerinnen beantragten zeugenschaftlichen Einvernahme von informierten Vertretern des Beschwerdegegners und der ASFINAG im Rahmen einer mündlichen Verhandlung.

Die Feststellungen zum Probebetrieb auf der A 2 – Süd-Autobahn und der A 21 - Wiener Außenring-Autobahn im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ergeben sich aus der von den Beschwerdeführerinnen vorgelegten Pressemeldung des Beschwerdegegners vom 07.12.2011 sowie dem entsprechenden Vorbringen des Beschwerdegegners. Die Feststellung, dass die Hörfunkprogramme der Beschwerdeführerinnen auf den genannten Streckenabschnitten zumindest teilweise empfangbar sind, ergibt sich aus dem unbestrittenen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen; dieses steht mit den in den Zulassungsbescheiden der Beschwerdeführerinnen umschriebenen Versorgungsgebieten im Einklang.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde

Gemäß § 35 ORF-G obliegt die Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk der Regulierungsbehörde. Gemäß § 35 Abs. 3 ORF-G ist die Regulierungsbehörde die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria).

4.2. Beschwerde Voraussetzungen

§ 36 ORF-G lautet auszugsweise:

„Rechtsaufsicht

§ 36. (1) Die Regulierungsbehörde entscheidet neben den anderen in diesem Bundesgesetz und im KommAustria-Gesetz genannten Fällen – soweit dafür nicht eine andere Verwaltungsbehörde oder ein Gericht zuständig ist – über die Verletzung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes mit Ausnahme der Bestimmungen des 5a. Abschnittes oder über die Verletzung des Umfangs eines Angebotskonzepts einschließlich allfälliger nach § 6b Abs. 2 erteilten Auflagen

1. auf Grund von Beschwerden

a. einer Person, die durch eine Rechtsverletzung unmittelbar geschädigt zu sein behauptet;

[...]

c. eines Unternehmens, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch die behauptete Verletzung berührt werden.

[...]

(3) Beschwerden sind innerhalb von sechs Wochen, Anträge sind innerhalb von sechs Monaten, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen. Offensichtlich unbegründete Beschwerden und Anträge sind ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen.

[...]

4.2.1. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde

Die Beschwerde wurde am 17.01.2011 erhoben und bezieht sich auf den Zeitraum vom 07.12.2010 bis zum Tag der Beschwerdeerhebung. Dieser Zeitraum liegt zur Gänze innerhalb der sechswöchigen Beschwerdefrist gemäß § 36 Abs. 3 ORF-G, so dass die Beschwerde rechtzeitig erhoben wurde.

4.2.2. Zur Beschwerdelegitimation

Die Beschwerdeführerinnen stützen ihre Beschwerdelegitimation (auch) auf § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G.

Der BKS hat zur mit § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G idgF gleichlautenden Bestimmung des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 ausgesprochen, dass für die Antragslegitimation nach dieser Bestimmung die Behauptung des durch die Rechtsverletzung bedingten Eingriffs in wirtschaftliche oder rechtliche Interessen eines Unternehmens genügt. Auf Grund dieser Bestimmung kann eine Beschwerde auch bei mittelbarer Schädigung (entgangener Gewinn, Ausbleiben eines Vorteils) oder selbst dann, wenn noch kein Schaden eingetreten ist, erhoben werden. Antragsvoraussetzung ist die Darlegung der Auswirkungen rechtlicher oder wirtschaftlicher Art (vgl. BKS 14.12.2004, GZ 611.933/0003-BKS/2004).

Für das Vorliegen einer Beschwerdelegitimation nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G reicht die Darlegung von zumindest im Bereich des Möglichen liegenden Berührungen rechtlicher oder wirtschaftlicher Interessen des beschwerdeführenden Unternehmens aus (vgl. z.B. BKS 29.01.2007, GZ 611.956/0002-BKS/2007, ebenfalls zu § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010).

Voraussetzung dafür, dass durch eine behauptete Verletzung des ORF-G wirtschaftliche Interessen eines gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G beschwerdeführenden Unternehmens berührt werden, ist das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem beschwerdeführenden Unternehmen und dem ORF (vgl. etwa BKS 25.09.2006, GZ 611.933/0006-BKS/2006, wiederum zu § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010).

Die Beschwerdeführerinnen sind Veranstalterinnen von terrestrischem Hörfunk, ihre Programme sind im Bereich des gegenständlichen Probebetriebs (der A 21 und der A 2 südlich von Wien) zumindest teilweise empfangbar. Sie bieten in ihren Programmen Verkehrsmeldungen für ihre jeweiligen Versorgungsgebiete an. Ein Wettbewerbsverhältnis hinsichtlich des Anbietens von Verkehrsmeldungen im Rahmen der Veranstaltung von Hörfunk zur Beschwerdegegnerin steht daher außer Zweifel. Es erscheint nicht unplausibel, dass Hörer der Beschwerdeführerinnen durch die – nach den Beschwerdebehauptungen unzulässigen – Anzeige von Verkehrsmeldungen, die den Hinweis auf die Quelle Ö3 enthalten, auf WTAs der ASFINAG dazu bewogen werden könnten, auf das vom Beschwerdegegner veranstaltete Hörfunkprogramm Ö3 zu wechseln. Es ist daher im Sinne der zitierten Rechtsprechung nicht ausgeschlossen, dass durch die behauptete Rechtsverletzung eine (zumindest) mittelbare Schädigung der Beschwerdeführerinnen und somit ein Eingriff in ihre Interessen im Sinne des § 36 Abs. 1 Z. 1 lit. c ORF-G gegeben sein kann, weshalb die Beschwerdelegitimation schon aus diesem Grund zu bejahen ist.

Zwar ist nach Ansicht des BKS (vgl. BKS 19.10.2010, GZ 611.980/0003-BKS/2010) die Beschwerdelegitimation gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G lediglich subsidiär und komme bei einer Beschwerde, die sich auch auf § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G stütze, die Beschwerdelegitimation nach lit. c nicht mehr in Betracht; jedoch hat der Verwaltungsgerichtshof nunmehr in zwei Erkenntnissen (VwGH 17.03.2011, Zlen. 2011/03/0022 und 2011/03/0031) ausgesprochen, dass, wenn ein Beschwerdeführer seine Beschwerde auf die Beschwerdelegitimation nach mehreren Tatbeständen des § 36 Abs. 1 Z 1 ORF-G stützt und die Beschwerdelegitimation nach einer dieser Bestimmungen unzweifelhaft vorliegt, die Beschwerdelegitimation nach der anderen gesetzlichen Norm nicht weiter geprüft werden muss. Es liegt in diesem Fall nämlich nur eine Beschwerde (gestützt auf mehrere die Beschwerdelegitimation vermittelnde Tatbestände) vor, mit der dasselbe Ziel, nämlich eine Feststellung nach § 37 Abs. 1 ORF-G, erreicht werden soll und kann. Vor dem Hintergrund der genannten Erkenntnisse des VwGH erübrigt sich daher die Prüfung, ob auch eine Beschwerdelegitimation nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G vorliegt.

4.3. Behauptete Verletzung der Bestimmungen des ORF-G

Zunächst ist festzuhalten, dass das Ermittlungsverfahren ergeben hat, dass der von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachte Sachverhalt, wonach der Beschwerdegegner Verkehrsmeldungen der ASFINAG in deren Auftrag bearbeitet, nicht den Tatsachen entspricht. Daher war auf die diesbezüglichen rechtlichen Ausführungen der Beschwerdeführerinnen nicht mehr einzugehen.

Die Beschwerdeführerinnen brachten aber auch vor, dass, wenn man den vom Beschwerdegegner behaupteten – und auf Grund des Ermittlungsverfahrens als zutreffend festgestellten – Sachverhalt als richtig unterstelle, dies unweigerlich zur Schlussfolgerung führe, dass der Beschwerdegegner und die ASFINAG ein kartellrechtlich nicht genehmigtes (Gemeinschafts-) Unternehmen nach bürgerlichem Recht betrieben. Unternehmenszweck sei der gemeinsame Betrieb eines Telematikunternehmens. Der Beitrag der ASFINAG bestehe in der Zurverfügungstellung der Infrastruktur, also der Verkehrsbeeinflussungsanlagen, während der Beitrag des Beschwerdegegners darin liege, diese Anlagen mit redaktionellen Inhalten zu versorgen. Der Beschwerdegegner sei als inhaltlicher Gestalter Medienunternehmer der über die Verkehrsbeeinflussungsanlagen der ASFINAG verbreiteten Inhalte ist (vgl § 1 Abs. 1 Z 6 MedienG). Eine gesetzliche Grundlage zum Betrieb eines Medienunternehmens via Verkehrsbeeinflussungsanlagen sei dem ORF-G jedenfalls nicht zu entnehmen.

Es ist angesichts des Vorbringens zu prüfen, ob der Beschwerdegegner durch die festgestellte Kooperation mit der ASFINAG seinen Unternehmensgegenstand im Sinne des § 2 ORF-G überschreitet.

Der Beschwerdegegner hat mit der ASFINAG Service GmbH eine Vereinbarung geschlossen, wonach vom Beschwerdegegner für sein Hörfunkprogramm Ö3 und für das Online-Angebot oe3.orf.at generierte Verkehrsmeldungen an das Format der WTAs der ASFINAG angepasst und dieser zur Verfügung gestellt werden. Die ASFINAG ist – unter gewissen, in der Vereinbarung näher umschriebenen Einschränkungen – verpflichtet, die Inhalte auf ihren Wechseltextanzeigen unter Hinweis auf die Quelle „Ö3“ zu veröffentlichen. Der Beschwerdegegner führt aus, dass es sich bei der Kooperation mit der ASFINAG um eine Maßnahme handle, die im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G, nämlich die Vermarktung seiner Tätigkeiten nach Z 1 geboten sei.

§ 2 ORF-G lautet auszugsweise:

„§ 2. (1) Der Unternehmensgegenstand des Österreichischen Rundfunks umfasst, soweit in diesem Bundesgesetz nicht Anderes bestimmt ist,

- 1. die Veranstaltung von Rundfunk,*
- 2. die Veranstaltung von mit der Tätigkeit nach Z 1 in Zusammenhang stehendem Teletext und die Bereitstellung von mit der Tätigkeit nach Z 1 in Zusammenhang stehenden Online-Angeboten,*
- 3. den Betrieb von technischen Einrichtungen, die für die Veranstaltung von Rundfunk und Teletext oder die Bereitstellung von Online-Angeboten notwendig sind,*
- 4. alle Geschäfte und Maßnahmen, die für die Tätigkeiten nach Z 1 bis 3 oder die Vermarktung dieser Tätigkeiten geboten sind.*

...

(4) Die vertragliche Zusammenarbeit des Österreichischen Rundfunks mit anderen Unternehmen hat zu nichtdiskriminierenden Bedingungen zu erfolgen.“

Der Beschwerdegegner generiert durch die Ö3 Verkehrsredaktionen aus Daten verschiedener Quellen Verkehrsmeldungen, die dann im Rahmen des Ö3-Verkehrsservice im Radioprogramm „Hitradio Ö3“ ausgestrahlt werden und die auch im Rahmen des Online-Angebotes oe3.orf.at zugänglich sind. Es kann in diesem Zusammenhang kein Zweifel bestehen, dass es sich bei diesen Tätigkeiten um „Veranstaltung von Rundfunk“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 1 ORF-G beziehungsweise die „Bereitstellung von mit der Tätigkeit nach Z 1 in Zusammenhang stehenden Online-Angeboten“ im Sinne § 2 Abs. 1 Z 2 ORF-G handelt.

Zu prüfen ist, ob der Abschluss der Vereinbarung zwischen dem Beschwerdegegner und der ASFINAG Service GmbH und die auf deren Basis erfolgte Bereitstellung von Verkehrsinformationen im beschriebenen Sinne Geschäfte bzw. Maßnahmen gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G sind, „die für die Tätigkeiten nach Z 1 bis 3 oder die Vermarktung dieser Tätigkeiten geboten“ sind.

Seit der Rundfunkgesetznovelle 2001, BGBl. I Nr. 83/2001, ist der Unternehmensgegenstand des Österreichischen Rundfunks in § 2 ORF-G abschließend festgelegt. In den erläuternden Bemerkungen zu dieser Novelle (RV 634 BlgNR XXI. GP) wird zu § 2 Abs. 1 Z 3 ORF-G, der Vorgängerbestimmung des nunmehrigen § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G, folgendes ausgeführt:

„Unter geboten im Sinne der Z 3 sind diejenigen Geschäftshandlungen und Maßnahmen zu verstehen, die wesensnotwendig und in einem engen Zusammenhang mit der Veranstaltung von Rundfunk und Online-Diensten stehen. Darunter fallen beispielsweise die Film- und Fernsehproduktion, eine Programmzeitschrift (vgl. § 9), das Merchandising von Produkten oder etwa auch der Betrieb einer Werkskantine und freiwillige Sozialleistungen für die Mitarbeiter. Der Gesetzentwurf folgt damit der bisher in der Literatur vertretenen Auffassung, wonach zwischen sonstigen erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten des ORF und dessen Tätigkeit als Rundfunkveranstalter (bzw. Online-Veranstalter) ein inhaltlicher Zusammenhang bestehen muss (vgl. Funk, Das Rundfunkrecht im Lichte öffentlich-rechtlicher Grundlehren; Korinek, Rose-Kaan, Rechtsprobleme um die ORF-Nachlese). Die Beteiligung an einer Nachrichtenagentur ist als ein Geschäft anzusehen, das zur Veranstaltung von Rundfunk (nämlich für die inhaltliche Gestaltung einer Nachrichtensendung) geboten ist.“

Aus diesen Erläuterungen ergibt sich, dass unter Geschäften und Maßnahmen, die im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G für die Vermarktung der Veranstaltung von Rundfunk geboten sind, insbesondere auch solche Handlungen zu verstehen sind, bei denen Inhalte, die im Zusammenhang mit Rundfunk hergestellt werden, zum Zwecke der Vermarktung verwertet werden (etwa die Verwendung von Programminhalten in der „ORF Nachlese“, Merchandising-Produkte zu Sendungen oder etwa auch der Verkauf von Eigenproduktionen). Aus den Erläuterungen zu § 31c Abs. 3 ORF-G (611 BlgNR XXIV. GP) ergibt sich zudem, dass die kommerzielle Zweitverwertung von Inhalten der Rundfunkprogramme des ORF – unter Einhaltung der im ORF-G niedergelegten Rahmenbedingungen – zulässig ist.

Der Beschwerdegegner stellt seine Verkehrsmeldungen der ASFINAG zur Verfügung, diese muss als Gegenleistung die mit dem Quellenhinweis „Ö3“ versehenen Verkehrsmeldungen auf ihren WTAs zur Verfügung stellen. Durch die Anzeige der Verkehrsmeldungen mit dem Hinweis auf Ö3 wird, wie die Beschwerdeführerinnen im Hinblick auf die Frage der Beschwerdelegitimation selbst betonen, eine Werbewirkung für das vom Beschwerdeführer ausgestrahlte Hörfunkprogramm „Hitradio Ö3“ erzielt. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Nutzung von im Zusammenhang mit der Veranstaltung von Rundfunk im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 1 ORF-G und der Bereitstellung eines Online-Angebots im Sinne des § 2 Abs. 1 Z. 2 ORF-G ohnehin schon vorhandenen Inhalten – mit gewissen untergeordneten (Formatierungs-)Anpassungen (vgl. in diesem Zusammenhang BKS 25.09.2006, GZ 611.933/0006-BKS/2006, zur Zulässigkeit geringfügiger technischer Anpassungen von technischen Einrichtungen, die für die Veranstaltung von Rundfunk notwendig sind, in Hinblick auf deren Einsetzbarkeit auch für Dritte) – an Dritte zum Zweck der Vermarktung der Tätigkeiten nach Z 1 bis 3 wirtschaftlich sinnvoll und daher im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G geboten erscheint. Es handelt sich somit um eine Tätigkeit, die vom Unternehmensgegenstand gedeckt ist.

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, es handle sich bei der Kooperation zwischen dem Beschwerdegegner und der ASFINAG um ein kartellrechtlich nicht genehmigtes Gemeinschaftsunternehmen. Hinsichtlich dieses Vorbringens ist darauf zu verweisen, dass für die Prüfung von Zusammenschlüssen gemäß § 13 KartellG das Kartellgericht zuständig ist. Soweit das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen aber so zu verstehen ist, dass sie dem Beschwerdegegner wettbewerbswidriges Verhalten vorwirft (vgl. die Zuständigkeit der KommAustria gemäß § 13 Abs. 2 Z 13 lit. e KOG) ist Folgendes auszuführen:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass gemäß § 2 Abs. 4 ORF-G die vertragliche Zusammenarbeit des Beschwerdegegners mit anderen Unternehmen zu nichtdiskriminierenden Bedingungen zu erfolgen hat. Weder wurde vorgebracht noch ist auf Grund des Ermittlungsverfahrens hervorgekommen, dass der Beschwerdegegner in Verletzung dieser Bestimmung seine Leistungen nicht auch dritten Nachfragern bereitstellen würde.

Aus § 31c Abs. 3 ORF-G ergibt sich, dass kommerzielle Tätigkeiten des Beschwerdegegners, seiner Tochtergesellschaften oder der mit ihm verbundenen Unternehmen – so man hier eine solche annehmen wollte – dem Grundsatz des wirtschaftlich handelnden Privatinvestors im Sinne des Art. 107 AEUV zu entsprechen haben. Insbesondere darf eine Investition zur Anfangsfinanzierung neuer kommerzieller Tätigkeiten nur dann vorgenommen werden, wenn eine Rentabilität dieser Investition zu erwarten ist, auf Grund der auch ein wirtschaftlich handelnder Privatinvestor die Investition vornehmen würde. Die Beschwerdeführerinnen haben in ihrer Beschwerde nichts in dieser Hinsicht vorgebracht. Die KommAustria kann vor dem Hintergrund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens keine Umstände erkennen, die auf eine Verletzung dieser Bestimmung hindeuten.

Die Beschwerde war daher spruchgemäß abzuweisen.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

Wien, am 17. Juni 2011

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

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

Zustellverfügung:

1. Radio Eins Privatrado Gesellschaft m.b.H., z.H. Dr. Michael Krüger Rechtsanwalt GmbH, Seilergasse 4/15, 1010 Wien, **per RSb**
2. Antenne "Österreich" und Medieninnovationen GmbH, z.H. Dr. Michael Krüger Rechtsanwalt GmbH, Seilergasse 4/15, 1010 Wien, **per RSb**
3. Radio Arabella GmbH., z.H. Dr. Michael Krüger Rechtsanwalt GmbH, Seilergasse 4/15, 1010 Wien, **per RSb**
4. Österreichischer Rundfunk, z.H. Mag. Gerhard Ettl, LL.M., Würzburggasse 30, 1136 Wien, **per RSb**
5. Generaldirektor Dr. Alexander Wrabetz, z.H. Mag. Gerhard Ettl, LL.M., Würzburggasse 30, 1136 Wien, **per RSb**