

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, im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk und seine Tochtergesellschaften gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 und § 13 Abs. 3 Z 13 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 125/2011, wie folgt entschieden:

I. Spruch

Das vom Österreichischen Rundfunk mit Schreiben vom 14.11.2011 geänderte Angebotskonzept „TVthek.ORF.at“ wird gemäß § 5a ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 126/2011, iVm § 13 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl. Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 100/2011, als unzulässig zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 14.11.2011, bei der KommAustria eingelangt am 14.11.2011, übermittelte der Österreichische Rundfunk (ORF) eine Änderung des Angebotskonzepts für das Angebot „TVthek.ORF.at“.

2. Sachverhalt

Das vom ORF vorgelegte, geänderte Angebotskonzept „TVthek.ORF.at“ lautet auszugsweise wie folgt:

„[...]“

2.4 Technische Nutzbarkeit sowie Zugang zu TVthek.ORF.at

Grundsätzlich ist die Nutzung über jeden Internetzugang frei, d.h. ohne Zugangsbarrieren wie Passwortsperrern möglich. Aus lizenzrechtlichen Gründen kann insbesondere eine geographische Beschränkung auf Österreich („Geo-Protection“) notwendig sein.

Alle Sendungen werden mittels Streamingtechnologie zur Verfügung gestellt. Die verfügbaren Video-/Audio-Formate sind derzeit Windows-Media und H.264. Weitere Anpassungen von Formaten und Bandbreiten können im Zuge technischer Weiterentwicklungen erfolgen.

Die ORF-TVthek liefert über Streaming-Server ein reines Streaming-Format, mit dieser Technologie ist für die Nutzer kein Download bzw. keine Speicherung möglich. Im Fall von Podcasts kann eine Speicherung stattfinden.

Die digitalen Verbreitungsmöglichkeiten und die Vielfalt der multimedialfähigen Endgeräte erweitern sich permanent, und dieser Prozess wird in den nächsten Jahren weiter an Dynamik zulegen. Es ist daher geplant, dass die ORF-TVthek an die nutzerfreundliche Darstellung auf unterschiedlichen Plattformen und Endgeräten angepasst werden kann, beispielsweise für die Browser-Nutzung bei geringerer Bandbreite oder kleinerer Bildschirmgröße (Video/Audio-Format bzw. Datenrate, Navigation), oder durch die technische Abrufbarkeit über Softwareprogramme für eine optimierte Darstellung bei mobiler Nutzung. **Dies schließt auch die Verfügbarkeit der TVthek über Dienste in den Netzen von Kabelnetz-, Telekommunikations- oder Satellitenbetreibern mit ein, bei denen der Zugang zu den Inhalten über (offene oder) proprietäre bzw. geschützte Systeme erfolgt.**

[...]“

Der Übermittlung des Angebotskonzepts wurde vom ORF folgende Bedingung beigefügt: „Der ORF wird das geänderte Angebotskonzept im Fall der Nichtuntersagung veröffentlichen, wenn die fehlende Deckung der Bereitstellung der TVthek über A1TV im Angebotskonzept (Stand 10.05.2011) festgestellt werden sollte.“

Die KommAustria hat mit Schreiben vom 28.10.2011, KOA 11.261/11-007, aufgrund des begründeten Verdachts der Verletzung des § 4e Abs. 4 iVm § 5a Abs. 2 ORF-G durch die Verbreitung des Online-Angebots „TVthek.ORF.at“ über das zugangsgeschützte Netz der A1 Telekom Austria Aktiengesellschaft (A1TV) ein Verfahren zur Feststellung einer Rechtsverletzung gegen den ORF eingeleitet. In diesem Verfahren geht die KommAustria im Wesentlichen davon aus, dass vom Angebotskonzept „TVthek.ORF.at“ vom 10.05.2011 zwar die Verbreitung der TVthek über das Internet, nicht aber die Verbreitung über das zugangsgeschützte Kabelnetz der A1 Telekom Austria Aktiengesellschaft umfasst ist und dass diese Erweiterung der Verbreitungsart angezeigt werden hätte müssen. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den vorliegenden Akten der KommAustria und dem Schreiben des ORF vom 14.11.2011.

4. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 35 ORF-G und § 13 Abs. 3 Z 13 KOG obliegt die Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk der Regulierungsbehörde. Gemäß § 35 Abs. 3 ORF-G ist die Regulierungsbehörde die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria).

§ 5a ORF-G lautet:

„(1) Angebotskonzepte dienen, soweit in diesem Gesetz vorgesehen, der Konkretisierung des gesetzlichen Auftrags der im öffentlich-rechtlichen Auftrag gelegenen Programme und Angebote. Sie haben insbesondere Angaben zu folgenden Punkten zu enthalten:

- 1. Inhaltskategorien;*
- 2. Zielgruppe;*
- 3. zeitliche Gestaltung des Programms oder Angebots inklusive allfälliger zeitlicher Beschränkungen;*
- 4. technische Nutzbarkeit des oder Zugang zum Angebot;*
- 5. allfällige besondere Qualitätskriterien;*
- 6. allfällige komplementäre oder ausschließende Beziehungen zu anderen Programmen oder Angeboten des Österreichischen Rundfunks;*
- 7. Themen, Formate, Programmschienen oder sonstige Angaben dazu, was hauptsächlich, nur nebenrangig oder überhaupt nicht Gegenstand des Programms oder Angebots sein soll;*
- 8. Einhaltung der Vorgaben dieses Gesetzes, insbesondere Ausführungen zur Vereinbarkeit des Programms oder Angebots mit § 4.*

(2) Angebotskonzepte sind nach ihrer erstmaligen Erstellung sowie nach jeder nicht bloß geringfügigen Änderung der Regulierungsbehörde zu übermitteln. Die Regulierungsbehörde hat binnen acht Wochen nach Übermittlung die Verbesserung des Angebotskonzeptes aufzutragen, wenn das Angebotskonzept unvollständig ist. Die Regulierungsbehörde hat binnen acht Wochen nach Übermittlung des vollständigen Angebotskonzeptes die Durchführung des Angebotskonzeptes zu untersagen, wenn die Veranstaltung oder Bereitstellung des betreffenden Programms oder Angebots gegen die Vorgaben dieses Gesetzes verstoßen würde oder eine Auftragsvorprüfung gemäß §§ 6 bis 6b durchzuführen wäre. Hat die Regulierungsbehörde innerhalb der genannten Frist die Durchführung des Angebotskonzeptes nicht untersagt, hat der Österreichische Rundfunk das Angebotskonzept auf seiner Website leicht auffindbar, unmittelbar und für die Dauer seiner Gültigkeit ständig zugänglich zu machen. Das Programm oder Angebot darf beginnend mit der Veröffentlichung des Angebotskonzeptes veranstaltet oder bereitgestellt werden.

(3) Abs. 2 gilt nicht für Angebotskonzepte, die im Rahmen einer Auftragsvorprüfung erstellt werden (§ 6a Abs. 1). Er findet auf im Rahmen einer Auftragsvorprüfung erstellte und genehmigte Angebotskonzepte nur bei neuerlichen, nicht bloß geringfügigen Änderungen Anwendung, sofern nicht wiederum eine Angebotsvorprüfung durchzuführen ist.

(4) Der Österreichische Rundfunk hat sich bei der konkreten Ausgestaltung seiner Programme und Angebote vom jeweiligen Angebotskonzept leiten zu lassen und die dadurch gezogenen Grenzen einzuhalten.“

Gemäß § 5a Abs. 2 ORF-G hat die Regulierungsbehörde binnen acht Wochen nach vollständiger Übermittlung die Durchführung des Angebotskonzeptes zu untersagen, wenn die Bereitstellung des Angebots gegen die Vorgaben des Gesetzes verstoßen würde oder eine Auftragsvorprüfung gemäß §§ 6 bis 6b ORF-G durchzuführen wäre.

Unter dem Begriff „Antrag“ wird ein Anbringen qualifiziert, das einen Rechtsanspruch auf ein Tätigwerden der Behörde auslöst und das entweder unmittelbar auf die Einleitung eines mit Bescheid abzuschließenden Verfahrens oder auf die Erbringung einer faktischen behördlichen Leistung abzielt. Im letzteren Fall ist aus rechtsstaatlicher Sicht ein bescheidförmiger Abspruch über das subjektive Recht des Antragstellers nur dann

entbehrlich, wenn dessen Begehren vollinhaltlich entsprochen wird. Ansonsten ist ein ab- oder zurückweisender Bescheid zu erlassen. Zur Durchsetzung des Rechtsanspruchs kommt dem Antragsteller gemäß § 8 AVG Parteistellung zu (vgl. dazu *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 13 RZ 1).

Das Verfahren nach § 5a ORF-G beinhaltet eine rechtliche Prüfung des Angebotskonzepts als insoweit verfahrenseinleitenden Antrag des ORF, wobei aufgrund einer Verschweigung der Behörde darauf folgend die unbedingte Verpflichtung des ORF besteht, das Angebotskonzept auf seiner Website zu veröffentlichen und dieses die alleinige Grundlage für die Bereitstellung des Angebots bildet. Insoweit ist die Übermittlung eines Angebotskonzepts durch den ORF ein verfahrenseinleitender Antrag auf „Nichtuntersagung des Angebotskonzepts“, aufgrund dessen dem ORF ein Erledigungsanspruch in dem (Nicht-)Untersagungsverfahren eingeräumt wird.

Im gegenständlichen Verfahren hat der ORF vorgebracht, dass das gegenständliche, geänderte Angebotskonzept nur dann veröffentlicht werden wird, wenn im von der KommAustria zu KOA 11.261/11-007 eingeleiteten Rechtsverletzungsverfahren die fehlende Deckung der Verbreitung der TVthek über A1TV im Angebotskonzept vom 10.05.2011 festgestellt werden würde. Das Angebotskonzept des ORF wurde daher unter einer Bedingung eingereicht (vgl. dazu VwGH 07.06.2001, ZI. 2001/16/0016). § 5a ORF-G sieht aber keine bedingte Veröffentlichung eines nichtuntersagten Angebotskonzepts vor. Ganz allgemein ist die Abgabe von derartigen bedingten Prozesshandlungen im Verwaltungsverfahren unzulässig (vgl. VwGH 18.06.1996, ZI. 94/04/0183).

Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – der Inhalt einer Prozesshandlung von außerhalb des Verfahrens liegenden Umständen abhängig gemacht wird und dadurch ein dem Verfahren abträglicher Schwebezustand herbeigeführt wird (vgl. VwGH 20.12.2004, ZI. 2002/12/0101).

Gerade im Zusammenhang mit einem Angebotskonzept wäre es mit den Zielsetzungen des Untersagungsverfahrens von Angebotskonzepten (vgl. zu diesen Erl *zur RV 611 BlgNR, 24 GP* zu Art 5 Z 27 (§ 5a)) unvereinbar, wenn die mit § 5a Abs. 4 ORF-G normierte Bindungswirkung eines Angebotskonzepts – die den ORF zur Einhaltung der durch das Angebotskonzept gezogenen Grenzen verpflichtet – durch eine lediglich bedingte Geltung dem Angebotskonzept die konstitutive Wirkung absprechen würde. Überdies würde mit der bedingten Wirkung des Angebotskonzepts dem gemeinschaftsrechtlichen Erfordernis einer hinreichend genauen Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags, womit eine adäquate Kontrolle über die Einhaltung des öffentlich-rechtlichen Auftrags ermöglicht und Rechtssicherheit für private Rundfunkveranstalter über das zu erbringende Angebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks geschaffen werden soll, nicht entsprochen werden (vgl. Erl *zur RV 611 BlgNR, 24 GP* zu Art 5 Z 27 (§ 5a)). Damit stünde es dem ORF frei, für verschiedene Konstellationen auf Vorrat bedingte Angebotskonzepte einzubringen und damit den Gegenstand eines Untersagungsverfahrens eines Angebotskonzepts von Umständen – in diesem Fall die Verbreitung über A1TV – vom Ausgang eines Rechtsverletzungsverfahrens abhängig zu machen, die außerhalb dieses Verfahrens liegen. Die KommAustria selbst kann keine bedingte Untersagung aussprechen bzw. sich bedingt verschweigen.

Daraus folgt, dass es unzulässig ist, wenn der ORF die Veröffentlichung und damit die Wirkung des geänderten Angebotskonzepts, nämlich die von der Behörde nicht untersagte Bereitstellung eines Onlineangebots entsprechend dem veröffentlichten Angebotskonzept davon abhängig macht, ob in einem Rechtsverletzungsverfahren eine bestimmte Rechtsansicht geteilt wird.

Gerade darauf ist der verfahrenseinleitende Antrag gerichtet: Die Veröffentlichung eines nichtuntersagten Angebotskonzept nur für den Fall der Feststellung der fehlenden Deckung

im bestehenden Angebotskonzept ist ein Begehren, das nur dann als erhoben gelten soll, wenn die KommAustria bzw. der Bundeskommunikationssenat in einem anderen Verfahren zu einer der Bedingung entsprechenden Rechtsmeinung gelangen sollte. Demnach hat der ORF dadurch, dass er das Angebotskonzept und dessen Veröffentlichung mit von außerhalb des Verfahrens liegenden Umständen bedingt hat, ein unzulässiges Angebotskonzept eingebracht (vgl. den Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 6. Oktober 1997, B 2152/97). Die einer bedingten Prozessklärung zugrundeliegenden Absichten und Beweggründe sind unerheblich (vgl. VwGH 18.06.1996, ZI. 94/04/0183).

Die Abgabe solcher bedingter Prozessklärungen stellt keinen behebbaren Mangel dar, sondern führt zur Zurückweisung des Anbringens (VwGH 28.06.2001, ZI. 2001/16/0178). Es war daher keine Verbesserung des Angebotskonzepts aufzutragen und der Antrag des ORF in Folge dessen als unzulässig zurückzuweisen.

Es steht dem ORF frei, das Angebotskonzept in unbedingter Weise einzubringen und für den Fall der Nichtuntersagung auf dessen Basis tätig zu werden. Es steht es dem ORF frei, anschließend, für den Fall des Obsiegens im Rechtsverletzungsverfahren, wieder ein neues Angebotskonzept einzubringen, das dem ursprünglichen Angebotskonzept entspricht.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

Wien, am 9. Jänner 2012

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

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