

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat I, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden sowie den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, über den Antrag gemäß § 5 Fernseh-Exklusivrechtegesetz (FERG), BGBl. I Nr. 85/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, der ServusTV Fernsehgesellschaft m.b.H., Ludwig-Bieringer-Platz 1, 5073 Wals-Himmelreich, vom 15.07.2011 auf Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts am Finalspiel der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen am 17.07.2011, wider den Österreichischen Rundfunk, Würzburggasse 30, 1136 Wien, wie folgt entschieden:

I. Spruch

Der Antrag wird gemäß § 5 Abs. 7 und 8 iVm § 7 FERG zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 15.07.2011, KOA 3.800/11-008, bei der KommAustria am selben Tag eingelangt, wandte sich die ServusTV Fernsehgesellschaft m.b.H. (im Folgenden: Antragstellerin) zwecks Durchsetzung des Rechts auf Kurzberichterstattung am Finalspiel der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen am 17.07.2011 an die KommAustria. Sie ersuchte um ein Hinwirken auf eine gütliche Einigung mit dem Österreichischen Rundfunk (ORF, im Folgenden: Antragsgegner) als Exklusivrechteinhaber bzw. um einen Ausspruch, ob und zu welchen Bedingungen ein Recht auf Kurzberichterstattung einzuräumen ist.

Sollte aufgrund der besonderen Aktualität ein Verfahren gemäß § 5 Abs. 6 und Abs. 7 FERG nicht rechtzeitig abgeschlossen werden können, wurde hilfsweise beantragt, nachträglich auszusprechen, ob und zu welchen Bedingungen ein Recht auf Kurzberichterstattung einzuräumen gewesen wäre.

Am 18.07.2011 übermittelte die Antragstellerin weitere Unterlagen hinsichtlich der Medienberichterstattung über das verfahrensgegenständliche Spiel.

Mit Schreiben vom 18.07.2011 wurden der Antrag vom 15.07.2011 sowie das Schreiben vom 18.07.2011 dem Antragsgegner zur Stellungnahme übermittelt.

In seiner Stellungnahme vom 28.07.2011 bestritt der Antragsgegner das Vorliegen eines ein Kurzberichterstattungsrecht vermittelnden Ereignisses von allgemeinem Informationsinteresse im Hinblick auf das Finalspiel der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen. Hinsichtlich der Antragslegitimation brachte er im Wesentlichen vor, dass eine Anfrage zur Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts rechtzeitig zu erfolgen habe. Die Anfrage sei am Freitag, dem 15.07.2011, erst um 13:27 Uhr bei ihm und noch dazu – was der Antragstellerin bekannt war – an der unrichtigen Stelle eingelangt. Eine solcherart eingelangte Anfrage für ein Sportereignis am folgenden Sonntag, das schon lange im Vorfeld bekannt gewesen sei, könne daher nicht als rechtzeitig gelten. Der Antrag auf Einleitung eines Verfahrens gemäß § 5 Abs. 7 FERG sei am selben Tag an die Regulierungsbehörde übermittelt worden. Ein nachträglicher Ausspruch gemäß § 5 Abs. 8 FERG sei nur bei einem Ereignis mit besonderer Aktualität zulässig. Die Austragung der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen in Deutschland sei eine lange bekannte Tatsache. Die konkrete Finalzusammensetzung, die naturgemäß erst nach den Halbfinali bekannt sei, begründe keine besondere Aktualität. Der Grund dafür, dass das Verfahren nicht „rechtzeitig“ abgeschlossen worden sei, liege daher nicht in der besonderen Aktualität des Ereignisses, sondern ausschließlich in der verspäteten Nachfrage und Antragstellung der Antragstellerin.

Inhaltlich brachte der Antragsgegner im Wesentlichen vor, es liege beim Finale der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen gar kein Ereignis von allgemeinem Informationsinteresse vor. Das allgemeine Informationsinteresse sei anhand einer Prognose zu beurteilen, die sich am zu erwartenden Niederschlag in der Medienberichterstattung orientiere. Eine ex-post Analyse, etwa anhand der von der Antragstellerin vorgelegten Zeitungsausschnitte bzw. Screenshots, sei nicht geeignet, den Nachweis des allgemeinen Informationsinteresses zu erbringen. Für einen breiten Niederschlag in der Medienberichterstattung sei erforderlich, dass in einem nicht bloß untergeordneten Ausmaß auch Berichte und Reportagen in Artikelform gebracht werden. Für einen repräsentativen Querschnitt der Berichterstattung hätte eine Auswertung auch im Printbereich bzw. in Hörfunk- und Fernsehprogrammen stattfinden müssen. Im Gegensatz zu Printmedien sei etwa die Durchlaufzeit von Meldungen in elektronischen Medien viel kürzer, sodass mit der Erwähnung eines Ereignisses auf der Startseite eines Internetmediums zu einem gewissen Zeitpunkt kein Rückschluss auf eine umfassende Berichterstattung gezogen werden kann. Die Berichterstattung des Antragsgegners in seinen Online-Medien bzw. Hörfunk- und Fernsehprogrammen könne jedenfalls nicht entscheidend sein, da immer eine möglichst breite Nutzung der Rechte angestrebt werde.

Der Antragsgegner legte weiters den Vertrag über den Erwerb der ausschließlichen Übertragungsrechte vor.

Mit Schreiben vom 18.08.2011 replizierte die Antragstellerin auf diese ihr von der KommAustria übermittelte Stellungnahme und führte im Wesentlichen aus, dass eine wie auch immer geartete „Rechtzeitigkeit“ der Anfrage keine Voraussetzung einer Entscheidung nach § 5 Abs. 8 FERG sei. § 5 Abs. 6 FERG verpflichte allein den gemäß § 5 Abs. 1 FERG verpflichteten Fernsehveranstalter auf Nachfrage „rechtzeitig“ die entsprechenden

Bedingungen bekannt zu geben, unter denen das Recht auf Kurzberichterstattung vertraglich eingeräumt werden kann. Die Bestimmung diene dem Schutz des ersuchenden Fernsehveranstalters und beinhalte keine Regelung zu einer „Frist“, innerhalb welcher die Bedingungen eines entsprechenden Kurzberichterstattungsrechts anzufragen wären. Zudem könne in der Praxis der allgemeinen Nachrichtenberichterstattung ein Zeitraum von über zwei Tagen durchaus als genügend langer Vorlauf zur Anfrage aktueller Übertragungsrechte betrachtet werden, da Nachrichtensendungen im Allgemeinen kurzfristig nach aktuellen Prioritäten und Ereignissen zusammengestellt würden. Weiters sei bereits am 22.06.2011 gemäß § 5 FERG erstmals die Einräumung des Rechts auf Kurzberichterstattung für den gesamten bevorstehenden Wettbewerb der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen, welcher von 26.06. bis 17.07.2011 in Deutschland stattfand, von der Antragstellerin beim Antragsgegner angefragt worden. Diese Anfrage sei jedoch ebenfalls unter der Begründung, ein allgemeines Informationsinteresse läge nicht vor, mit Datum vom selben Tag abgelehnt worden, woraufhin die Antragstellerin die Möglichkeit wahrnahm, im Rahmen der mitgeteilten Konditionen für Beiträge zu den einzelnen Spielen des Wettbewerbs gegen Bezahlung eines Entgelts einzeln Lizenzen zu erwerben. Im Übrigen könne die Frage der Rechtzeitigkeit dahinstehen, da der Antragsgegner über die Nachfrage der Antragstellerin in der Sache tatsächlich, und zwar mit der Behauptung eines Fehlens eines allgemeinen Informationsinteresses, ablehnend entschieden habe.

Im vorliegenden Fall sei es nicht möglich gewesen, das Verfahren gemäß § 5 Abs. 6 FERG auf Grund der besonderen Aktualität rechtzeitig abzuschließen, sodass der Regulierungsbehörde die Möglichkeit offen stehe, nachträglich zu entscheiden, ob und zu welchen Bedingungen ein Recht auf Kurzberichterstattung einzuräumen gewesen wäre. Nach § 5 Abs. 1 FERG liege ein allgemeines Informationsinteresse dann vor, wenn zu erwarten ist, dass das Ereignis aufgrund seiner Bedeutung breiten Niederschlag in der Medienberichterstattung in Österreich oder in einer anderen in dieser Bestimmung genannten Vertragspartei finden wird. Eine Prognose zum erwarteten Medienniederschlag müsse zunächst aus einer ex-ante Sichtweise erstellt werden, jedoch wandle sich diese in eine ex-post Betrachtung, da der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) in einer seiner Entscheidungen sogar festgehalten habe, dass zur Prognose des allgemeinen Informationsinteresses eine Medienberichterstattung über ähnliche Ereignisse in der Vergangenheit herangezogen werden könne (VwGH 27.01.2006, 2004/04/0234). Die vorgelegte Berichterstattung bekräftige demnach nur die von der Antragstellerin bereits vorab angestellte Prognose, dass es sich um ein Ereignis von allgemeinem Informationsinteresse handle. Dies bestätige auch die Auswertung der ergänzend vorgelegten Print- und Fernsehberichterstattung.

In Österreich sei – wie vermutlich weltweit – während der gesamten Fußball Weltmeisterschaft der Frauen ausgiebig über den aktuellen Turnierverlauf berichtet worden, sodass von einer bloß lokalen oder stark eingeschränkten Berichterstattung nicht die Rede sein könne. Die nun beiliegende Berichterstattung im Print- und Fernsbereich belege, dass jedenfalls im Hinblick auf das Finalspiel des Turniers ein breiter Niederschlag in der Medienberichterstattung in Österreich vorliege, der auch zu erwarten gewesen wäre. Dies nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass das Nachbarland Deutschland bereits zweimal, nämlich 2003 und 2007 den Weltmeistertitel erringen konnte. Im vorliegenden Verfahren sollte auch nicht entschieden werden, ob sich breite Teile der Bevölkerung komplette Frauen-Fußballspiele in 90 Minuten Länge ansehen, sondern ob ein allgemeines Informationsinteresse an der nachrichtenmäßigen Berichterstattung über den Ausgang des Finalspiels eines solchen weithin beworbenen und promoteten Wettbewerbs besteht, was aus Sicht der Antragstellerin ganz klar zu bejahen sei.

Die Antragstellerin sei dementsprechend auch ihrer Informationspflicht gegenüber den Zuschauern nachgekommen und habe im Rahmen der vom Antragsgegner angebotenen entgeltpflichtigen Sublizenz wie bereits über die vorangegangenen Spiele des Wettbewerbs auch über das Finalspiel in ihrem Programm berichtet. Dem Antragsgegner liege wie in

jedem gleichartigen Sublizenzgeschäft ein entsprechender Sendenachweis vor. Vorgelegt wurden weiters Medienberichte aus der Printmedienberichterstattung sowie eine Auswertung der Fernsehberichterstattung auf ORF, ARD und ZDF.

Diese Stellungnahme wurde dem Antragsgegner am 19.08.2011 übermittelt.

Mit Schreiben vom 29.08.2011 übermittelte der Antragsgegner eine weitere Stellungnahme in der er im Wesentlichen ausführte, dass es den Tatsachen entspreche, dass die Antragstellerin mit ihm eine Lizenz zur Nutzung von Ausschnitten aus den Übertragungen der Spiele der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen abgeschlossen habe. Aus der Korrespondenz mit der zuständigen Abteilung der ORF-Enterprise sei mittlerweile nachvollzogen worden, dass am 22.06.2011 ein Vertrag zwischen Antragstellerin und der ORF-Enterprise abgeschlossen wurde, in dem der Antragstellerin das Recht eingeräumt wurde, Ausschnitte von Spielen, die der Antragsgegner überträgt, in Österreich im Rahmen von News- und Magazinsendungen ab dem jeweiligen Spielende zu nutzen. Als Lizenzpreis seien EUR X je angefangener Minute vereinbart worden. In weiterer Folge sei am 28.06.2011 die Vereinbarung um die Nutzung im Livestream und als Video-On-Demand für Österreich mit Geoprotection ergänzt worden, wobei hierfür ein Lizenzpreis von EUR X je angefangener Minute vereinbart worden sei. Damit sei der Antragstellerin zu fairen, angemessenen Bedingungen das Recht eingeräumt worden, über die Spiele zu berichten. Ob damit der Antragstellerin ein Kurzberichterstattungsrecht im Sinn des § 5 FERG eingeräumt worden sei, könne dahingestellt bleiben; jedenfalls seien die vereinbarten Bedingungen weitreichender als der in § 5 FERG festgelegte Mindestinhalt, weswegen der Antragstellerin die Grundlage, einen behaupteten Anspruch auf Kurzberichterstattung aus FERG durchsetzen zu können, entzogen sei. Der Zweck der Bestimmung des § 5 FERG sei es sicherzustellen, dass das Recht der Öffentlichkeit auf Information nicht dadurch beschränkt werde, dass ein Rundfunkveranstalter Exklusivrechte ausübt. Mit Abschluss der Vereinbarung für alle Spiele der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen 2011, die der Antragsgegner überträgt, somit auch für das verfahrensgegenständliche Finale am 17.07.2011, sei das Recht auf Information auch für Konsumenten der Antragstellerin befriedigt und könne nicht noch zusätzlich geltend gemacht werden.

Der Antragstellerin gelinge es erneut nicht, ein allgemeines Informationsinteresse am Finale der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen 2011 darzulegen. Die bloße Berichterstattung in Print- oder Onlinemedien reiche nicht aus, um ein allgemeines Informationsinteresse und einen breiten Niederschlag in der Medienberichterstattung hinreichend zu begründen. Die nun vorgelegten Berichte zeigten abermals eine reine Nachberichterstattung vom Tag nach dem entscheidenden Spiel. Der Fokus der Berichte liege größtenteils auf dem Elfmeterschießen und dem nach dem Spielverlauf durchaus überraschenden Sieg der Japanerinnen. Dies gelte auch für die Berichterstattung in ARD und ZDF als Rechteinhaber der TV-Rechte für Deutschland. Die beiden deutschen öffentlich rechtlichen Veranstalter unterlägen entsprechenden Bedingungen, die auch für eine Berichterstattung im ORF dargelegt worden seien.

2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

Die Antragstellerin ServusTV Fernsehgesellschaft m.b.H. ist eine zu FN 131966v beim Landesgericht Salzburg eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie ist unter anderem auf Grund des Bescheides der KommAustria vom 10.11.2008, KOA 2.100/08-145, geändert mit den Bescheiden der KommAustria vom 30.09.2009, KOA 2.100/09-125 und vom 17.12.2010, KOA 2.120/10-009, Inhaberin einer Zulassung für das über den Satelliten Astra 19,2° Ost, Transponder 115 (SD) und Transponder 7 (HD) verbreitete Fernsehprogramm „Servus TV“ sowie aufgrund des Bescheides vom 30.12.2010,

KOA 2.135/10-003, Inhaberin einer Zulassung für das über den Satelliten Astra 19,2° Ost, Transponder 115 (SD) und Transponder 7 (HD), verbreitete Fernsehprogramm „Servus TV Deutschland“.

Der Antragsgegner ORF ist gemäß § 1 Abs. 1 iVm mit Abs. 2 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 50/2010, eine Stiftung öffentlichen Rechts, deren Zweck die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags gemäß den §§ 3 bis 5 ORF-G darstellt. Der Versorgungsauftrag umfasst gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 und Z 2 ORF-G die Verbreitung von drei österreichweit und neun bundeslandweit empfangbaren Programmen des Hörfunks sowie von zwei österreichweit empfangbaren Programmen des Fernsehens. Darüber hinaus zählt zum Versorgungsauftrag gemäß § 3 Abs. 8 ORF-G unter anderem auch die Veranstaltung eines Sport-Spartenprogramms gemäß § 4b ORF-G.

Der Antragsgegner erwarb als Mitglied der European Broadcasting Union (EBU) durch die von dieser mit der Federation Internationale de Football Association (FIFA) abgeschlossenen Verträge vom 03.07.2007 bzw. vom 27.01.2011 ausschließliche Übertragungsrechte an den Spielen der FIFA Fußball Weltmeisterschaft der Frauen in Deutschland 2011.

Am 22.06.2011 stellte die Antragstellerin beim Antragsgegner eine Anfrage betreffend die Einräumung eines Rechts auf Kurzberichterstattung für den gesamten Bewerb der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen vom 26.06. bis 17.07.2011. Der Antragsgegner beantwortete diese Anfrage unter Verweis auf ein fehlendes allgemeines Informationsinteresse negativ und bot der Antragstellerin stattdessen eine vertragliche Lizenzierung an, wobei der Antragstellerin das Recht eingeräumt wurde, Ausschnitte von Spielen, die der ORF überträgt, in Österreich im Rahmen von News- und Magazinsendungen ab dem jeweiligen Spielende zu nutzen. Als Lizenzpreis wurden EUR X je angefangener Minute vereinbart. Die Antragstellerin nahm daraufhin diese Lizenz mehrfach in Anspruch.

Mit E-Mail vom 15.07.2011 ersuchte die Antragstellerin den Antragsgegner für das Finalspiel der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen am 17.07.2011 um 20:45 Uhr in Frankfurt um die Einräumung des Rechts auf Kurzberichterstattung und bat um die Mitteilung weiterer Modalitäten (Quellennennung).

Mit E-Mail vom selben Tag teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass es sich bei der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen bzw. deren Finalspiel nicht um ein Ereignis von allgemeinem Informationsinteresse handle und daher kein Recht auf Kurzberichterstattung gegeben sei. Angeboten wurden jedoch neuerlich die Sublicenzierungsrechte „zu den üblichen Konditionen“ (EUR X je angefangener Minute für TV-Rechte in Österreich, eine Ausstrahlung in Servus TV).

Der Antragsgegner strahlte am 17.07.2011 von ca. 20:15 bis ca. 22:45 Uhr im Rahmen einer Sendung das Finalspiel der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen als Live-Übertragung im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS aus.

Die Antragstellerin hat die mit 22.06.2011 vertraglich eingeräumte Lizenzierung mehrfach für die Berichterstattung über Spiele der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen in Anspruch genommen. Insbesondere wurden am 18.07.2011 von dem am 17.07.2011 stattgefundenen und vom Antragsgegner übertragenen Finalspiel USA gegen Japan für die im Programm der Antragstellerin ausgestrahlte Sendung „Sport und Talk aus dem Hangar-7“ Bildmaterial im Ausmaß von 19 Sekunden sowie für die Sendung „Servus Journal“ Bildmaterial im Ausmaß von 56 Sekunden verwendet.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Antragstellerin als Fernsehveranstalter ergeben sich aus den zitierten Bescheiden der KommAustria bzw. des BKS.

Die übrigen Feststellungen zum Ersuchen auf Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts, zur Ablehnung durch den ORF, zur vertraglichen Lizenzierung und den dafür festgelegten Bedingungen, zur Übertragung auf ORF SPORT PLUS sowie zur Inanspruchnahme der vertraglich eingeräumten Lizenzierung durch die Antragstellerin ergeben sich aus den zitierten Schreiben der Antragstellerin und des Antragsgegners, die jeweils nicht bestritten wurden.

4. Rechtliche Beurteilung

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

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

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

„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 Vertragsstaat 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 Vertragsstaat geltend gemacht werden. Die Regulierungsbehörde hat ehestmöglich auf eine gütliche Einigung zwischen den Fernsehveranstaltern hinzuwirken. Kommt eine solche nicht zustande, hat die Regulierungsbehörde mit Bescheid auszusprechen, ob und zu welchen Bedingungen dem anderen Fernsehveranstalter das Recht auf Kurzberichterstattung einzuräumen ist. Die Regulierungsbehörde hat dabei die Interessen der Beteiligten abzuwägen und durch nähere Festlegung der Bedingungen einen Ausgleich zwischen dem Recht auf Information und dem Recht auf Eigentum und Erwerbsfreiheit herzustellen.

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

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

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

Gemäß § 5 Abs. 1 FERG hat somit ein Fernsehveranstalter, der ausschließliche Übertragungsrechte an einem Ereignis von allgemeinem Informationsinteresse erworben hat, jedem Fernsehveranstalter – sofern dieser in einem der in Abs. 1 genannten Vertragsstaaten niedergelassen ist – unter bestimmten, in den Abs. 3 bis 5 näher genannten Bedingungen auf Verlangen das Recht auf Kurzberichterstattung zu eigenen Sendezwecken einzuräumen. Der Antragsgegner ist nach § 1 Abs. 2 iVm § 2 Abs. 1 Z 1, § 3 Abs. 8 und § 4b ORF-G Fernsehveranstalter und hat die exklusiven Übertragungsrechte an den Spielen der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen 2011 erworben. Der Antragsgegner kann somit in Bezug auf

das in Frage stehende Ereignis grundsätzlich verpflichteter Fernsehveranstalter im Sinne des § 5 Abs. 1 FERG sein.

Die Antragstellerin ist unter anderem gemäß §§ 4 und 5 AMD-G Zulassungsinhaberin für das über Satellit in Österreich verbreitete Programm „Servus TV“. Die Antragstellerin kann daher grundsätzlich berechtigter Fernsehveranstalter im Sinne des § 5 Abs. 1 und 7 FERG sein.

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. Dies ist mit Schreiben der Antragstellerin vom 15.07.2011 erfolgt.

Von Bedeutung ist im vorliegenden Fall aber, dass der Antragstellerin vom Antragsgegner im Wege einer vertraglichen Vereinbarung am 22.06.2011 das Recht eingeräumt wurde, Ausschnitte von Spielen der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen, die der ORF überträgt, in Österreich im Rahmen von News- und Magazinsendungen ab dem jeweiligen Spielende zu nutzen. Die Antragstellerin hat dieses Recht mehrfach in Anspruch genommen und insbesondere über das Finalspiel USA gegen Japan vom 17.07.2011 in zwei ihrer Sendungen am 18.07.2011 unter Nutzung des Bildmaterials des Antragsgegners berichtet.

Damit liegt aber ein Sachverhalt vor, der weitestgehend mit jenem im Bescheid des BKS vom 16.07.2007, 611.003/0009-BKS/2007, ident ist:

Dieser Entscheidung lag der Fall zu Grunde, dass die damalige Antragsgegnerin Premiere Fernsehen GmbH und der Antragsteller ORF nach Anrufung des BKS in einem Verfahren nach § 5 FERG und dessen erstinstanzlichen Abschluss eine Vereinbarung über die Sublizenzierung bestimmter Verwertungsrechte an der T-Mobile Bundesliga abgeschlossen hatten, die den Antragsteller u.a. dazu berechtigten, das sog. Topspiel der Woche in voller Länge live im Free-TV zu übertragen sowie von den Samstags-Spielen am Samstag in der Sendung ‚News-Flash‘ kurze Zusammenfassungen zu zeigen und von diesen Spielen im Anschluss an die Live-Übertragung des Sonntagsspiels in einer ausführlichen Magazinsendung zu berichten. Auch für die unter der Woche stattfindenden Spiele der T-Mobile Bundesliga bestand eine vergleichbare vertragliche Übereinkunft.

Im zitierten, nach einer Aufhebung des erstinstanzlichen und ein Kurzberichterstattungsrecht einräumenden Bescheides BKS 03.02.2006, 611.003/0006-BKS/2006 durch VfSlg. 18.018/2006, fortgesetzten Verfahren, wies der BKS den auf den (damaligen) § 5 Abs. 4 und 5 FERG idF BGBl. I Nr. 85/2001 gestützten Antrag des ORF, soweit er sich auf den Zeitraum nach Abschluss der dargestellten Vereinbarung bezog, gemäß § 5 Abs. 4 FERG zurück. Begründend führte der BKS wörtlich Folgendes aus (die durch die Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 weitgehend wortident übernommenen geltenden Bestimmungen sind in eckiger Klammer angeführt):

»Gemäß § 5 Abs. 4 [§ 5 Abs. 7] FERG kann ein Fernsehveranstalter, der die Einräumung eines Kurzberichterstattungsrechts gemäß § 5 Abs. 1 FERG verlangt, "zwecks Durchsetzung dieses Rechts" den Bundeskommunikationssenat anrufen. Der Bundeskommunikationssenat hat in der Folge "ehestmöglich auf eine gütliche Einigung zwischen den Fernsehveranstaltern hinzuwirken." Nur wenn eine solche nicht zustande (kommt), hat der Bundeskommunikationssenat auszusprechen, ob und zu welchen Bedingungen dem anderen Fernsehveranstalter das Recht auf Kurzberichterstattung einzuräumen ist.»

Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu § 5 Abs. 4 [nunmehr: § 5 Abs. 7] FERG führen diesbezüglich Folgendes aus: "Abs. 4 bezweckt im Streitfalle eine gütliche Einigung unter den beteiligten Fernsehveranstaltern herbeizuführen und im Fall des Scheiterns einer Einigung ... die Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen des Rechts der Kurzberichterstattung aufzutragen." (siehe RV 285 BlgNR, XXI. GP).

Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck der Bestimmung des § 5 Abs. 4 [§ 5 Abs. 7] FERG belegen übereinstimmend, dass eine Entscheidung des Bundeskommunikationssenats auszusprechen, ob und zu welchen Bedingungen einem antragstellenden Fernsehveranstalter das Recht auf Kurzberichterstattung einzuräumen ist, unter anderem zur Voraussetzung hat, dass zwischen dem antragstellenden Fernsehveranstalter und dem Fernsehveranstalter, der über ein entsprechendes Übertragungsrecht an einem Ereignis von allgemeinem Informationsinteresse verfügt, Streit über die Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts an den antragstellenden Fernsehveranstalter bestehen muss. Besteht demgegenüber eine Einigung, ist dem BKS eine inhaltliche Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen den Verfahrensparteien verwehrt. Die Entscheidung des BKS gemäß § 5 Abs. 4 [§ 5 Abs. 7] FERG soll nur im Fall mangelnder Einigung zwischen den Fernsehveranstaltern (im Vorfeld oder aufgrund des Hinwirkens des Bundeskommunikationssenats auf eine Einigung im Verfahren vor dem BKS) die Bedingungen des Rechts auf Kurzberichterstattung festlegen. Nicht ist der Bundeskommunikationssenat dazu berufen, zwischen den beteiligten Fernsehveranstaltern vereinbarte Bedingungen am Maßstab des § 5 FERG zu überprüfen. Das Nichtvorliegen einer Einigung zwischen den Verfahrensparteien ist daher im Verfahren nach § 5 Abs. 4 [§ 5 Abs. 7] FERG Zulässigkeitsvoraussetzung dafür, dass der Bundeskommunikationssenat in die inhaltliche Beurteilung des Antrages eintreten kann.

Ein im Hinblick auf diese Voraussetzung zulässiger Antrag gemäß § 5 Abs. 4 [§ 5 Abs. 7] FERG ist des Weiteren auch Voraussetzung dafür, dass für den Fall, dass aufgrund der besonderen Aktualität des Ereignisses ein Verfahren gemäß § 5 Abs. 4 [§ 5 Abs. 7] FERG nicht rechtzeitig abgeschlossen werden kann, ein Ausspruch des Bundeskommunikationssenates gemäß § 5 Abs. 5 [§ 5 Abs. 8] FERG zulässiger Weise begehrt werden kann. Das Nichtvorliegen einer Einigung ist daher auch Zulässigkeitsvoraussetzung dafür, dass der Bundeskommunikationssenat in die inhaltliche Beurteilung eines Antrags eintreten kann, der auf § 5 Abs. 5 FERG [§ 5 Abs. 8] gestützt wird.

Für jenen Teil des verfahrensgegenständlichen Zeitraums, für den der antragstellende ORF einen Ausspruch des Bundeskommunikationssenats gemäß § 5 Abs. 4 und 5 [§ 5 Abs. 7 und 8] FERG begehrt, der zwischen dem 13. Spieltag der T-Mobile-Bundesliga und der Red-Zac-Erste Liga in der Saison 2006/2007 bis zum Ende dieser Spielzeit liegt, besteht, wie sich aus Punkt I ergibt, eine Vereinbarung zwischen den Verfahrensparteien, die das Recht des ORF gemäß § 5 Abs. 1 FERG mitumfasst. Soweit sich der Antrag des ORF daher auf diesen Zeitraum bezieht, ist er gemäß § 5 Abs. 4 [§ 5 Abs. 7] FERG als unzulässig zurückzuweisen.«

Die KommAustria sieht keine Veranlassung von dieser Rechtsansicht des BKS abzuweichen:

Dem § 5 FERG ist – wie der BKS unter Verweis auf den Wortlaut und die Materialien dargelegt hat – vor allem die Subsidiarität einer behördlichen Entscheidung nach § 5 Abs. 7 oder 8 FERG immanent, die als „vertragsersetzender Bescheid“ zu ergehen hätte. Auch die herrschende Lehre geht davon aus, dass bei vertragsersetzenden Bescheiden nur dann eine Anrufung der Regulierungsbehörde zulässig ist, wenn die vorgesehene Frist ohne Erzielen einer Einigung über die *essentialia negotii* abgelaufen ist. Es handelt sich hierbei für die Regulierungsbehörde um eine Frage des Vorliegens der Verfahrensvoraussetzungen (vgl. grundlegend *Raschauer*, Der vertragsersetzende Bescheid, in *Bernat/Böhler/Weilinger* (Hrsg.), Festschrift Krejci, 2065ff).

Am Maßstab des § 5 FERG sind als wesentliche Bestandteile einer Einigung betreffend die Kurzberichterstattung nach Auffassung der KommAustria vor allem die in § 5 Abs. 2, 3 und 5 FERG genannten Modalitäten und Bedingungen wie die Ausstrahlungszeit, die Festlegung einer bestimmten Dauer (Ausschnitte), die Vorgabe bestimmter Sendungen, das Entgelt oder

die Berechtigung zur Verwendung in Abrufdiensten anzusehen. Dass es dabei zu vom gesetzlichen Anspruch abweichenden und für die Vertragsparteien allenfalls „günstigeren“ Modalitäten kommen kann, wie vorliegend etwa hinsichtlich der weitergehenden Entgeltspflicht zu Gunsten des Antragsgegners oder aber der erweiterten Verwendungsmöglichkeit in Magazinsendungen zu Gunsten der Antragstellerin, ist rechtlich irrelevant (vgl. schon *Fischer-See*, Das Match um die Matches der Fußball-Bundesliga im Rahmen des Rechtes auf Kurzberichterstattung, RfR 2005, 15, sowie *Raschauer*, aaO).

Auch im vorliegenden Fall haben Antragstellerin und Antragsgegner im Wege einer vertraglichen Vereinbarung eine Lizenzierung von Verwertungsrechten u.a. am in Frage stehenden Ereignis vorgenommen, die die Antragstellerin berechnigte, Ausschnitte von Spielen der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen, die der ORF überträgt, in Österreich im Rahmen von News- und Magazinsendungen ab dem jeweiligen Spielende zu nutzen. Die Einräumung und Ausübung dieses Rechts umfasst dabei nach Auffassung der KommAustria jedenfalls jene Elemente, die auch Gegenstand eines nach § 5 Abs. 2, 3 und 5 FERG einzuräumenden Kurberichterstattungsrechts wären; dies insbesondere im Hinblick auf die Ausstrahlungszeit, die Beschränkung auf Ausschnitte, die Vorgabe bestimmter Sendungen und die Berechtigung zur Verwendung in Abrufdiensten. Ein allfälliges gesetzliches Kurzberichterstattungsrecht ist daher von dieser Vereinbarung mitumfasst. Die Antragstellerin hat darüber hinaus dieses Recht auch tatsächlich auf Basis der vertraglichen Vereinbarung ausgeübt. Dass die beteiligten Fernsehveranstalter die vertragliche Vereinbarung nicht ausdrücklich auf § 5 FERG und die Einräumung eines Kurzberichterstattungsrechts gestützt haben, sondern – soweit der Antragsgegner betroffen ist – dies sogar ausdrücklich verneint haben, vermag schon insoweit nichts am Ergebnis zu ändern, als es nicht auf die konkrete Bezeichnung einer Vereinbarung sondern nur auf ihren Inhalt ankommen kann.

Damit steht einer Entscheidung der KommAustria nach § 5 Abs. 7 bzw. 8 FERG im Sinne der zitierten Entscheidung des BKS vom 16.07.2007, 611.003/0009-BKS/2007, aber das Prozesshindernis einer zwischen den beteiligten Fernsehveranstaltern bestehenden vertraglichen Einigung über die wesentlichen Modalitäten der Kurzberichterstattung entgegen. Eine bescheidmäßige Erledigung liefe genau auf das vom BKS zutreffend abgelehnte Ergebnis hinaus, dass die KommAustria die zwischen den beteiligten Fernsehveranstaltern vereinbarten Bedingungen am Maßstab des § 5 FERG überprüfen würde, was angesichts der dargelegten Subsidiarität des vertragsersetzenden Bescheides ausscheidet.

Der Antrag war daher gemäß § 5 Abs. 7 und 8 FERG zurückzuweisen, ohne dass die Frage beantwortet werden musste, ob überhaupt und bejahendenfalls unter welchen Bedingungen ein Kurzberichterstattungsrecht an dem in Frage stehenden Finalspiel der Fußball Weltmeisterschaft der Frauen 2011 einzuräumen gewesen wäre.

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, 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 7. September 2011

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende:

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

1. ServusTV Fernsehgesellschaft m.b.H., Ludwig-Bieringer-Platz 1, 5073 Wals-Himmelreich, **per RSb**
2. Österreichischer Rundfunk, z.H. Dr. Martina Jonas, Würzburggasse 30, 1136 Wien, **per RSb**