

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus dem Vorsitzenden-Stellvertreter Dr. Florian Philapitsch als Senatsvorsitzenden sowie den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über Multiplex-Betreiber gemäß § 2 Abs. 1 und § 13 Abs. 3 Z 3 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 111/2010, wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Gemäß § 25 Abs. 2 Z 9 und Abs. 5 in Verbindung mit § 60 und § 63 Abs.1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, wird festgestellt, dass die **ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH** (FN 82591 h beim Landesgericht Leoben), Sandgasse 1, 8720 Knittelfeld, vertreten durch Dr. Ralph Forcher, Rechtsanwalt, Neutorgasse 51/11, 8010 Graz, die ihr gemäß Spruchpunkt 4.1.1. des Bescheides der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.212/08-001, über die Erteilung einer Zulassung zur Errichtung und zum Betrieb einer terrestrischen Multiplex-Plattform auferlegte Verpflichtung zur Aufnahme des Betriebs der Multiplex-Plattform im Versorgungsgebiet „MUX C – Wiener Becken“ binnen eines Jahres ab Beginn der Zulassung (somit bis zum 01.12.2009) – ungeachtet der schon einmal ergangenen Feststellung des Bundeskommunikationssenates (BKS) mit Bescheid vom 01.07.2010, GZ 611.196/0002-BKS/2010, dass die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH der Auflage im Zulassungsbescheid, den Betrieb der Multiplex-Plattform binnen einen Jahres ab Zulassungserteilung aufzunehmen nicht nachgekommen ist – bis heute nicht erfüllt hat und hierdurch wiederholt § 25 Abs. 2 AMD-G verletzt hat.
2. Der **ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH** wird gemäß § 25 Abs. 5 iVm § 63 Abs. 4 Z 1 AMD-G aufgetragen, binnen acht Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides den rechtmäßigen Zustand gemäß Spruchpunkt 4.1.1. des Bescheides der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.212/08-001, dadurch herzustellen, dass der Betrieb der ihr zugeordneten terrestrischen Multiplex-Plattform („MUX C – Wiener Becken“) aufgenommen und der KommAustria die Inbetriebnahme der Multiplex-Plattform angezeigt wird.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Die KommAustria hat mit Bescheid vom 22.04.2010, KOA 4.212/10-005, hinsichtlich Spruchpunkt 1. (Feststellung der Rechtsverletzung) bestätigt mit Bescheid des Bundeskommunikationssenates (BKS) vom 01.07.2010, GZ 611.196/0002-BKS/2010, festgestellt, dass die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH den Betrieb der ihr zugeordneten MUX C Plattform „MUX C – Wiener Becken“ nicht binnen eines Jahres ab Zulassungserteilung (also bis zum 01.12.2009) aufgenommen hat und dadurch die ihr im Zulassungsbescheid vom 07.11.2008, KOA 4.212/08-001, in Spruchpunkt 4.1.1. des Bescheides erteilte Auflage verletzt hat. In diesem Zusammenhang wurde auch festgestellt, dass die Verletzung der Auflage auch im Zeitpunkt der Entscheidung noch andauerte.

Da die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH auch in Folge des oben zitierten Bescheides des BKS keine Anzeige über die Inbetriebnahme ihrer Multiplex-Plattform übermittelte, leitete die KommAustria mit Schreiben vom 20.07.2010 neuerlich ein Verfahren gegen die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH zur Feststellung einer Rechtsverletzung wegen Nichterfüllung von Auflagen des Zulassungsbescheides ein. Dabei wurde der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zwei Wochen eingeräumt.

Mit Schreiben vom 18.08.2010 nahm die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH zur neuerlichen Einleitung eines Rechtsverletzungsverfahrens dahingehend Stellung, dass mitgeteilt wurde, dass die Vorarbeiten soweit gediehen seien dass Mitte Oktober 2010 die Multiplex-Plattform fertig gestellt sei und der Betrieb aufgenommen werden könnte.

Hierauf leitete die KommAustria mit Schreiben vom 27.08.2010 gemäß § 25 Abs. 5 iVm § 63 PrTV-G (nunmehr AMD-G) ein Verfahren zum Entzug der Zulassung für den Betrieb der Multiplex-Plattform „MUX C – Wiener Becken“ wegen fortgesetzter Nichtaufnahme des Sendebetriebs der Multiplex-Plattform bzw. wegen wiederholter Verletzung von Auflagen des Zulassungsbescheides ein. Mit gleichem Schreiben wurde die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH über die Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung für den 20.09.2010 informiert.

Am 20.09.2010 fand gemäß § 25 Abs. 5 2. Satz iVm § 63 Abs. 2 PrTV-G (nunmehr AMD-G) eine öffentliche mündliche Verhandlung bei der KommAustria statt. Die Niederschrift über das hierüber angefertigte Tonbandprotokoll wurde der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH mit Schreiben der KommAustria vom 22.09.2010 übermittelt; zugleich wurde der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH die Möglichkeit zur Erhebung von Einwendungen gemäß § 14 Abs. 7 AVG eingeräumt. Die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH erhob keine Einwendungen.

Mit Schreiben vom 17.11.2010 stellte die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH einen Antrag auf Standortverlegung. Aufgrund potentieller Störungen wurde die Antragstellerin informiert, dass im ersten Quartal 2011 eine Messfahrt durchgeführt werden würde, um die technische Realisierbarkeit beurteilen zu können. Daraufhin wurde der Antrag mit Schreiben vom 22.12.2010 geändert und mit Bescheid der KommAustria vom 19.01.2011, KOA 4.211/10-015, genehmigt.

Am 10.02.2011 fand gemäß § 25 Abs. 5 2. Satz iVm § 63 Abs. 2 AMD-G eine weitere öffentliche mündliche Verhandlung bei der KommAustria statt. Die Niederschrift über das hierüber angefertigte Tonbandprotokoll wurde der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion

GmbH mit Schreiben der KommAustria vom 15.02.2011 übermittelt; zugleich wurde der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH die Möglichkeit zur Erhebung von Einwendungen gemäß § 14 Abs. 7 AVG eingeräumt. Die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH erhob keine Einwendungen.

2. Sachverhalt

Die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH ist aufgrund des rechtskräftigen Zulassungsbescheides der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.212/08-001, Inhaberin einer Zulassung zum Betrieb einer terrestrischen Multiplex-Plattform für die Dauer von zehn Jahren ab 01.12.2008, welche die Versorgung des Industrieviertels umfasst („MUX C – Wiener Becken“).

Mit diesem Bescheid, geändert mit Bescheid der KommAustria vom 19.01.2011, KOA 4.211/10-015, wurde der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH die Übertragungskapazität „Wiener Becken Kanal 55“ zugeordnet und eine fernmelderechtliche Bewilligung für den Standort „WR NEUSTADT 3 (10er Gürtel) Kanal 55“ erteilt.

Gemäß Spruchpunkt 4.1.1. des Zulassungsbescheides wurde der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH die Auflage erteilt, dass gemäß § 25 Abs. 2 Z 9 PrTV-G iVm § 2 Abs. 2 Z 5 KOG und § 2 Abs. 2 Z 1 lit. a MUX-AG-V 2007 bis zum 01.12.2009 der Betrieb der Multiplex-Plattform aufzunehmen und der KommAustria die Inbetriebnahme anzuzeigen ist.

Bis dato hat die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH den Betrieb der ihr zugeordneten terrestrischen Multiplex-Plattform „MUX C – Wiener Becken“ nicht aufgenommen.

Die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH ist aufgrund der Bescheide der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.222/08-001 („MUX C – Region Mur-, Mürztal“) und 07.11.2008, KOA 4.224/08-001 („MUX C – Pongau und oberes Ennstal“) Betreiberin zweier weiterer Multiplex-Plattformen, wobei die Multiplex-Plattform „MUX C – Region Mur-, Mürztal“ ihren Betrieb mit 01.12.2009 aufgenommen hat. Die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH hat im Jahr 2007 in zwei weiteren Verfahren die Erteilung einer Zulassung zum Betrieb einer Multiplex-Plattform beantragt. In einem Fall wurde der Antrag mit Bescheid der KommAustria vom 07.04.2008, KOA 4.210/08-039 zurückgewiesen, im zweiten Fall (MUX C – Großraum Wien) erfolgte die Bewilligungserteilung im Rahmen eines Auswahlverfahrens an den Mitbewerber.

Die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH ist ferner aufgrund der Bescheide der KommAustria vom 05.02.2009, KOA 4.422/10-002, und vom 28.09.2010, KOA 4.424/10-003, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung des digitalen Programms „ATV – Das Magazin“, welches zur Verbreitung über die dieser zugeteilten Multiplex-Plattform in „MUX C – Region Mur-, Mürztal“ (Bescheid der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.222/08-001) und „MUX C – Pongau und oberes Ennstal“ (Bescheid der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.224/08-001) bestimmt ist.

Nachdem bis zum 01.02.2010 seitens der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH keine Inbetriebnahme der Multiplex-Plattform angezeigt wurde, nahm die KommAustria von Amts wegen Ermittlungen auf, wobei die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH zugestand, den Betrieb der Multiplex-Plattform nicht aufgenommen zu haben. Die KommAustria stellte daraufhin mit Bescheid vom 22.04.2010, KOA 4.212/10-005, fest, dass die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH den Betrieb der ihr zugeordneten MUX C Plattform „MUX C – Wiener Becken“ nicht binnen eines Jahres (somit bis zum

01.12.2009) aufgenommen hat und die Inbetriebnahme der Multiplex-Plattform auch bis zum Zeitpunkt der Entscheidung durch die KommAustria nicht erfolgt ist.

Gegen diesen Bescheid erhob die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH Berufung an den BKS, welcher die Feststellung der KommAustria, dass durch die Nichterfüllung der im Zulassungsbescheid erteilten Auflage zur Inbetriebnahme der Multiplex-Plattform binnen einem Jahres ab Zulassungserteilung § 25 Abs. 2 PrTV-G (nunmehr AMD-G) verletzt wurde, mit Bescheid vom 01.07.2010, GZ 611.196/0002-BKS/2010, bestätigte. Die Aufnahme des Betriebs der Multiplex-Plattform erfolgte auch nicht bis zur Entscheidung des BKS am 01.07.2010.

Der Betrieb der gegenständlichen Multiplex-Plattform ist noch nicht aufgenommen worden. Eine Verlegung des Sendestandortes von Standort „WR NEUSTADT 2 (Unter dem Mitterriegel) Kanal 55“ nach „WR NEUSTADT 2 (Wr Neustadt 10er-Gürtel) Kanal 55“ wurde mit Schreiben vom 22.12.2010, KOA 4.212/10-015, beantragt und von der KommAustria mit Bescheid vom 19.01.2011, KOA 4.211/10-015, genehmigt. In der mündlichen Verhandlung vom 10.02.2011 wurde seitens der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH vorgebracht, dass der Sendebetrieb in Wiener Neustadt in den nächsten sechs bis acht Wochen aufgenommen werden könne und dass die Fixierung der Montage mit der Firma Alpine angedacht sowie die Sendeanlage bereits bei der Lieferfirma bestellt sei.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den zitierten Bescheiden der KommAustria und des BKS sowie dem Vorbringen der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH im vorangegangenen Ermittlungsverfahren. Die Feststellungen, wonach die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH den Betrieb der ihr zugeordneten terrestrischen Multiplex-Plattform bis dato nicht aufgenommen hat, ergeben sich insbesondere aus der Stellungnahme der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH vom 18.08.2010 sowie aus den diesbezüglichen Ausführungen in den öffentlichen mündlichen Verhandlungen vom 20.09.2010 und vom 10.02.2011. Auch ist bis dato keine Anzeige der Inbetriebnahme bei der KommAustria erfolgt.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1.

Gemäß § 66 AMD-G ist Regulierungsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes die gemäß § 1 KOG eingerichtete KommAustria.

Für das vorliegende Verfahren sind folgende Bestimmungen von Relevanz:

Gemäß § 25 Abs. 5 AMD-G hat die Regulierungsbehörde die Einhaltung dieses Bundesgesetzes und der auf Grundlage des Abs. 2 erteilten Auflagen von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde einer nach § 61 Abs. 1 Z 1 oder Z 4 AMD-G hierzu berechtigten Person zu überprüfen. Die Regulierungsbehörde hat dabei allenfalls festzustellen, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung dieses Bundesgesetzes oder eine Auflage des Zulassungsbescheides verletzt wurde. Wird eine Verletzung festgestellt, die im Zeitpunkt der Feststellung noch andauert, so hat der Multiplex-Betreiber unverzüglich einen der Rechtsansicht der Regulierungsbehörde entsprechenden Zustand herzustellen. Im Falle wiederholter oder schwerwiegender Rechtsverletzungen ist das Verfahren zum Entzug der Zulassung einzuleiten und unter sinngemäßer Anwendung der Regelungen des § 63 Abs. 2 und § 63 Abs. 3 Z 1 und Z 2 erster Fall AMD-G zu führen.

Die Erläuterungen (RV zur Novelle BGBl. 50/2010, 611 BlgNR XXIV. GP) zu § 25 Abs. 5 AMD-G lauten wie folgt: „Die Änderung in Abs. 5 passt die Rechtsaufsichtsmaßnahmen an die für Fernsehveranstalter geltenden Bestimmungen an.“ Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber im Falle wiederholter oder schwerwiegender Rechtsverletzungen durch Multiplex-Betreiber die in § 63 AMD-G geregelten Verfahrensvorschriften umfassend zur Anwendung bringen wollte. Die Einschränkung der für Multiplex-Betreiber anzuwendenden Bestimmungen auf § 63 Abs. 2 und Abs. 3 Z 1 und Z 2 erster Fall AMD-G (so der Verweis in § 25 Abs. 5 letzter Satz AMD-G) bezieht sich daher nicht auf die Rechtsfolge des Entzugs an sich (Abs. 4), da ansonsten an das Verfahren keinerlei Rechtsfolgen geknüpft werden könnten, sondern nur auf die Frage des Ausschlusses einer wiederholten Rechtsverletzung (dazu unten bei 4.3.).

Die Bestimmungen des § 63 Abs. 2 bis 4 AMD-G lauten wie folgt:

„(2) Die Regulierungsbehörde hat eine öffentliche mündliche Verhandlung abzuhalten. In diesem Verfahren kommt dem Mediendiensteanbieter Parteistellung zu.

(3) Eine wiederholte Rechtsverletzung im Sinne des Abs. 1 liegt nicht vor, wenn

1. zwischen den festgestellten Verletzungen der Bestimmung ein Zeitraum von zumindest drei Jahren verstrichen ist, oder

2. der Mediendiensteanbieter nachweist, dass die Folgen der Rechtsverletzungen unbedeutend geblieben sind, er sich während der Verfahren einsichtig gezeigt hat und von sich aus geeignete Vorkehrungen getroffen hat, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden, oder

3. der Mediendiensteanbieter nachweist, dass den Verletzungen der Bestimmungen im Zeitpunkt der Begehung eine vertretbare Rechtsansicht zu Grunde gelegen ist.

(4) Liegt eine Rechtsverletzung im Sinne des Abs. 1 vor, so hat die Regulierungsbehörde

1. außer in den Fällen der Z 2 dem Mediendiensteanbieter mit Bescheid aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand herzustellen und geeignete Vorkehrungen zu treffen, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden; der Mediendiensteanbieter hat diesem Bescheid binnen der von der Regulierungsbehörde festgesetzten, längstens achtwöchigen Frist zu entsprechen und darüber der Regulierungsbehörde zu berichten;

2. in den Fällen, in denen gegen einen Mediendiensteanbieter bereits mehr als einmal ein Bescheid gemäß Z 1 ergangen ist oder wenn der Mediendiensteanbieter einem Bescheid gemäß Z 1 nicht entspricht, die Zulassung zu entziehen oder [...]“

Die verfahrensgegenständliche Auflage in Spruchpunkt 4.1.1. des Bescheides der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.212/08-001, resultiert aus den nachfolgend dargestellten rechtlichen Vorgaben:

Gemäß § 25 Abs. 2 Z 9 AMD-G hat die Regulierungsbehörde bei der Erteilung einer Multiplex-Zulassung durch Vorschreibung entsprechender Auflagen sicherzustellen, dass ein kontinuierlicher technischer Ausbau der Plattform gewährleistet ist.

Zu den durch die Aufgaben der KommAustria zu erreichenden Zielen zählt gemäß § 2 Abs. 3 Z 5 KOG (vormals § 2 Abs. 2 Z 5 KOG) die Optimierung der Nutzung des Frequenzspektrums für Rundfunk.

Auch § 21 Abs. 1 und Abs. 5 AMD-G streben in Fortsetzung der bisher geltenden Bestimmungen eine möglichst rasche Einführung von digitalem terrestrischem Fernsehen, den weiteren Ausbau und die Weiterentwicklung der digitalen Rundfunkverbreitung auf allen Übertragungsplattformen an.

§ 24 Abs. 1 AMD-G legt schließlich fest, dass dann, wenn sich mehrere Antragsteller, die die gesetzlichen Voraussetzungen (§ 23 Abs. 2 AMD-G) erfüllen, um eine Multiplex-Zulassung bewerben, die Regulierungsbehörde jenem Antragsteller den Vorrang einzuräumen hat, der Folgendes besser gewährleistet:

„1. ein rasch erreichter hoher Versorgungsgrad der Bevölkerung mit digitalen Signalen [...]“

Die Auswahlgrundsätzeverordnung 2007 (MUX-AG-V 2007) präzisiert hierzu in § 2 Abs. 2 Z 1 lit. a, dass jenem Antragsteller der Vorrang einzuräumen ist, der innerhalb eines Jahres ab Rechtskraft der Zulassung einen höheren Versorgungsgrad besser gewährleistet. Die Erläuterungen zu § 2 Abs. 2 Z 1 lit. a MUX-AG-V 2007 (Seite 6) lauten: „Antragsteller für eine lokale oder regionale Multiplex-Zulassung haben darzulegen, in welchen Ausbaustufen eine möglichst hohe Versorgung des von ihnen definierten Verbreitungsgebietes innerhalb des ersten Jahres nach Rechtskraft der Zulassung erreicht werden wird. Hintergrund dafür ist die Zielsetzung, lokalen und regionalen Rundfunkveranstaltern rasch das größtmögliche Potenzial der digital-terrestrischen Programmverbreitung in ihrem Gebiet zu eröffnen. Bestimmte Vorgaben zum Versorgungsgrad werden nicht gemacht. Bewilligte Anlagen werden jedoch innerhalb eines festgelegten Zeitraums in Betrieb zu nehmen sein, um eine ökonomische Frequenznutzung zu gewährleisten. Entsprechend dem Digitalisierungskonzept 2007 kann es in bestimmten Fällen dazu kommen, dass Frequenzressourcen nicht sofort verfügbar sind, oder dass ein späterer Kanalwechsel durchgeführt werden muss.“ [Anm.: Hervorhebung nicht im Original]

Den Erläuterungen zur MUX-AG-V 2007 (Seite 5) ist schließlich zu entnehmen, dass auch für den Fall, dass es zu keinem Auswahlverfahren nach § 24 Abs. 1 AMD-G kommt, einzelne hier angesprochene Aspekte nach § 25 Abs. 2 letzter Satz AMD-G im Zulassungsbescheid als Auflage vorgeschrieben werden können, sofern dies zur Sicherung der Einhaltung des Audiovisuelle Mediendienste-Gesetzes (vormals Privatfernsehgesetz) notwendig ist.

Vor dem Hintergrund dieser Vorgaben enthielt der Bescheid der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.212/08-001, mit welchem der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH die Zulassung zur Errichtung und zum Betrieb einer terrestrischen Multiplex-Plattform für das Versorgungsgebiet „MUX C – Wiener Becken“ erteilt worden ist, in Spruchpunkt 4.1.1. die Auflage, dass der Betrieb derselben binnen einen Jahres, somit bis zum 01.12.2009 aufzunehmen und der KommAustria die Inbetriebnahme anzuzeigen ist.

4.2.

Mit Bescheid vom 22.04.2010, KOA 4.212/10-005, hat die KommAustria festgestellt, dass die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH den Betrieb der ihr zugeordneten MUX C Plattform „MUX C – Wiener Becken“ nicht binnen eines Jahres ab Zulassungserteilung (also bis zum 01.12.2009) aufgenommen hat und dadurch die ihr im Zulassungsbescheid vom 07.11.2008, KOA 4.212/08-001, in Spruchpunkt 4.1.1. des Bescheides erteilte Auflage verletzt hat. In diesem Zusammenhang wurde auch festgestellt, dass die Verletzung der Auflage im Zeitpunkt der Entscheidung noch andauerte. Gegen diesen Bescheid erhob die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH Berufung, wobei sie im Wesentlichen vorbrachte, dass die Finanzkrise und damit verbundene Änderungen bei Finanzierungszusagen zu Verzögerungen bei der Errichtung der Sendeanlagen geführt hätten.

Mit Bescheid vom 01.07.2010, GZ 611.196/0002-BKS/2010, bestätigte der BKS die Entscheidung der KommAustria hinsichtlich der Feststellung, dass die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH durch die Nichtaufnahme des Betriebs der Multiplex-Plattform binnen eines Jahres ab Zulassungserteilung gegen Auflagen im Zulassungsbescheid und damit gegen § 25 Abs. 2 AMD-G verstoßen habe. Hierbei führte der BKS aus, dass es unerheblich sei, aus welchen subjektiven, der Sphäre der Zulassungsinhaberin zuzurechnenden Gründen der Betrieb nicht aufgenommen worden sei, da es gemäß § 25 Abs. 5 AMD-G ausschließlich auf die Frage des objektiven Vorliegens eines Verstoßes gegen Auflagen ankäme. Darüber hinaus führte der BKS aus, dass im Rahmen eines auf Grundlage des § 25 Abs. 5 1. Satz PrTV-G idF BGBl. I Nr. 52/2007 (nunmehr § 25 Abs. 5 AMD-G idF BGBl. I Nr. 50/2010) geführten Verfahrens zur Feststellung einer Rechtsverletzung eine Fristsetzung zur Herstellung des bescheidkonformen Zustandes nicht zulässig sei. Für den Fall des Fortbestehens der Rechtsverletzung im Zeitpunkt der

Feststellung sei – so der BKS weiter – sofern es sich bei dem festgestellten Verstoß gegen die Auflage nicht schon um einen schwerwiegenden Verstoß handle und damit das Verfahren zum Entzug einzuleiten wäre, unverzüglich ein der Rechtsansicht der Regulierungsbehörde entsprechender Zustand herzustellen. Wenn der Multiplex-Betreiber hierauf nicht unverzüglich den Sendebetrieb aufnehme, so sei im Wege der neuerlichen Feststellung eines Verstoßes wegen wiederholter Rechtsverletzung ein Verfahren zum Entzug der Zulassung einzuleiten.

Die Zulassungsinhaberin ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH hat die ihr zugeordnete Multiplex-Plattform „MUX C – Wiener Becken“ auch nach der Entscheidung des BKS am 01.07.2010 nicht in Betrieb genommen; eine Inbetriebnahme ist zudem bis heute – und somit mehr als zwei Jahre nach Beginn der Zulassung – nicht erfolgt. Es war daher davon auszugehen, dass die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH trotz einmal rechtskräftig festgestellter Verletzung von Auflagen des Zulassungsbescheides aufgrund der fortgesetzten Nichtaufnahme des Betriebs der ihr zugeordneten Multiplex-Plattform zum wiederholten Mal gegen Auflagen des Zulassungsbescheides verstößt.

4.3.

Mit Schreiben vom 27.08.2010, KOA 4.212/10-011, wurde daher gemäß § 25 Abs. 5 letzter Satz AMD-G unter sinngemäßer Anwendung der Regelungen zum Entzugsverfahren gemäß § 63 AMD-G ein Entzugsverfahren wegen wiederholtem Verstoß gegen die Auflagen im Zulassungsbescheid eingeleitet.

Eine öffentliche mündliche Verhandlung wurde gemäß § 63 Abs. 2 AMD-G am 20.09.2010 sowie am 10.02.2011 unter Teilnahme der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH durchgeführt. Die in der Verhandlung vorgebrachten Umstände zur bisher nicht erfolgten Aufnahme des Betriebs der Multiplex-Plattform gaben weiterhin keinen Anlass für die Regulierungsbehörde davon auszugehen, dass die Zulassungsinhaberin aus von ihr nicht zu vertretenden Gründen an der fristgemäßen Inbetriebnahme der Multiplex-Plattform gehindert worden war.

Zudem ist in diesem Zusammenhang auf die bereits oben erwähnten Ausführungen des BKS in seiner Entscheidung vom 01.07.2010, GZ 611.196/0004-BKS/2010, hinzuweisen, denen zufolge es unerheblich ist, aus welchen subjektiven, der Sphäre der Zulassungsinhaberin zuzurechnenden Gründen der Betrieb nicht aufgenommen worden ist, da es gemäß § 25 Abs. 5 PrTV-G (nunmehr AMD-G) ausschließlich auf die Frage des objektiven Vorliegens eines Verstoßes gegen Auflagen ankommt.

Da bereits mit Erteilung der Multiplex-Zulassung die fernmelderechtlichen Bewilligungen für den antragsgemäß zugeteilten Sendestandort erteilt worden sind, bestanden somit keine objektiven Hindernisse für die Aufnahme des Sendebetriebs. Auch die zuletzt beantragte Standortverlegung vermag an dem objektiven Vorliegen einer Rechtsverletzung nichts zu ändern.

Von den aufgrund des Verweises in § 25 Abs. 5 AMD-G anzuwendenden Ausschlussgründen für das Vorliegen einer „wiederholten“ Rechtsverletzung (§ 63 Abs. 3 Z 1 und Z 2 erster Fall AMD-G) liegt keiner vor: Einerseits hat es die Zulassungsinhaberin seit Beginn der Zulassung vor mehr als zwei Jahren nicht bewerkstelligt, den Betrieb der Sendeanlage für die Multiplex-Plattform aufzunehmen, wobei bereits einmal, und zwar durch den Bescheid des BKS vom 01.07.2010, GZ 611.196/0004-BKS/2010, rechtskräftig die Verletzung der diesbezüglichen Auflage festgestellt wurde. Seit dieser Verletzung ist kein Zeitraum von drei Jahren im Sinne des § 63 Abs. 3 Z 1 AMD-G vergangen. Andererseits können die Folgen der festgestellten Rechtsverletzung vor dem Hintergrund der in den §§ 21 Abs. 1, Abs. 5 und 25 Abs. 2 Z 9 AMD-G sowie § 2 Abs. 3 Z 5 KOG niedergelegten Ziele nicht als unbedeutend im Sinne des § 63 Abs. 3 Z 2 erster Fall qualifiziert werden. Die

Nichtaufnahme des Betriebs der Multiplex-Plattform über einen Zeitraum von zwei Jahren steht diesen Zielen, insbesondere der Optimierung der Nutzung des Frequenzspektrums für Rundfunk, klar entgegen.

4.4.

Die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH hat daher der ihr mit Bescheid der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.222/08-001, erteilten Auflage gemäß Spruchpunkt 4.1.1., wonach der Betrieb der Multiplex-Plattform bis zum 01.12.2009 aufzunehmen und der KommAustria die Inbetriebnahme anzuzeigen ist, wiederholt nicht entsprochen (vgl. Spruchpunkt 1.).

Zur Gewährleistung der Erfüllung der Auflage gemäß Spruchpunkt 4.1.1. des Bescheides der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.222/08-001, war der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH gemäß § 63 Abs. 4 Z 1 AMD-G aufzutragen, binnen acht Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides den rechtmäßigen Zustand in der Form herzustellen, dass der Betrieb der ihr zugeordneten terrestrischen Multiplex-Plattform aufzunehmen und der KommAustria die Inbetriebnahme anzuzeigen ist (vgl. Spruchpunkt 2.). Die Dauer der Frist ergibt sich aus dem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vom 10.02.2011, wonach binnen sechs bis acht Wochen eine Inbetriebnahme erfolgen könnte; sie entspricht dem gesetzlichen Höchstmaß.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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 8. März 2011

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

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

Zustellverfügung:

ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH, p.A. Dr. Ralph Forcher, Rechtsanwalt, Neutorgasse 51/11, 8010 Graz, **per RSb**