

Bescheid

I. Spruch

Der Antrag der **Telekom Austria TA Aktiengesellschaft** (FN 280571f beim Landesgericht Wien), Lassallestraße 9, 1020 Wien, vom 14.12.2007 auf Erteilung einer bundesweiten **Multiplex-Zulassung für mobilen terrestrischen Rundfunk** (Ausschreibung KOA 4.250/07-002 vom 12.09.2007) wird gemäß § 25a Abs. 8 in Verbindung mit Abs. 2 Privatfernsehgesetz (PrTV-G), BGBl. I Nr. 84/2001 in der Fassung BGBl. I Nr. 52/2007 **abgewiesen**.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Veröffentlichung im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“, den bundesweiten Tageszeitungen „Die Presse“ und „Der Standard“, sowie auf der Website der Regulierungsbehörde (<http://www.rtr.at/>) am 14.09.2007 hat die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) gemäß § 25a Abs. 1 in Verbindung mit § 23 Abs. 1 PrTV-G nach Maßgabe des Digitalisierungskonzeptes 2007 gemäß § 21 PrTV-G der KommAustria vom 26.07.2007, KOA 4.000/07-005, die Planung, den technischen Aufbau und den Betrieb einer bundesweiten Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk ausgeschrieben. Die Frist, innerhalb derer Anträge gestellt werden konnten, wurde in der Ausschreibung mit 14.12.2005, 13:00 Uhr, festgesetzt.

Zugleich mit dieser Ausschreibung wurde im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ sowie auf der Website der Regulierungsbehörde (<http://www.rtr.at/>) die Verordnung der KommAustria zur näheren Festlegung der Auswahlgrundsätze für die Erteilung von terrestrischen Multiplex-Zulassungen 2007 (MUX-Auswahlgrundsätzeverordnung 2007 – MUX-AG-V 2007) gemäß § 24 Abs. 2 und 3 sowie § 25a Abs. 3 PrTV-G vom 12.09.2007, KOA 4.210/07-003, veröffentlicht.

Am 14.12.2007 langten bis 13:00 Uhr Anträge der (nunmehrigen) Mobile-TV Infrastruktur GmbH, der T-Systems Media&Broadcast GmbH, der Telekom Austria TA Aktiengesellschaft und der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG auf Erteilung der ausgeschriebenen Zulassung ein.

Mit Schreiben vom 18.12.2007 erteilte die KommAustria der Telekom Austria TA Aktiengesellschaft (im Folgenden auch: „TA“ oder „Antragstellerin“) einen Mängelbehebungsauftrag gemäß § 13 Abs. 3 AVG hinsichtlich der in § 6 Z 3 MUX-AG-V 2007 genannten Unterlagen, dem die Antragstellerin am 07.01.2008 fristgerecht nachgekommen ist.

Mit Schreiben vom 02.01.2008 teilte die KommAustria der Antragstellerin im Hinblick auf § 45 Abs. 3 AVG mit, dass sie auf Grund des näher dargestellten Sachverhalts davon ausgehe, dass der Antrag die Voraussetzungen des § 25a Abs. 8 PrTV-G nicht erfülle. Dazu brachte die TA am 15.01.2008 eine Stellungnahme ein, die den übrigen Antragstellern von der Behörde am selben Tag übermittelt wurde.

2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

Programmauswahl gemäß dem Antrag vom 14.12.2007

Mit dem Antrag hat die TA (in Entsprechung des § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G) als Anhang H einen Vertrag zwischen ihr und der mobilkom austria Aktiengesellschaft (im Folgenden auch: „mobilkom“) „betreffend den Betrieb der digitalen terrestrischen Multiplex-Plattform MUX D“ vom 13.12.2007 vorgelegt. Der mobilkom kommt demnach die Rolle eines Programmaggregators im Sinne des PrTV-G zu. Gemäß Punkt 1.6.2 dieses Vertrages ist die mobilkom für die Programmaggregation verantwortlich, die insbesondere die Mitwirkung an der Zusammenstellung des Basispaketes sowie die Belegung des jeweiligen Premiumpaketes umfasst. Nach Anlage 4 zum Vertrag verweisen die Vertragsparteien hinsichtlich der (initialen) Programmbelegung auf den entsprechenden Abschnitt (Kapitel 6.2) im Antrag der TA.

Zur Programmauswahl führt die TA im Antrag unter Abschnitt 6.1 (ab Seite 84) wörtlich aus:

„Dieser Argumentation folgend und gleichzeitig der gesetzlichen Anforderung aus §25a Abs 7 Z 4 und Abs. 8 PrTV-G Folge leistend, dass der Multiplexbetreiber keinerlei Einflussmöglichkeit auf die Auswahl der Programme haben darf, möchte die Telekom Austria das bereits im Kapitel Geschäftsmodell Mobile TV Austria vorgestellte Steuerungsgremium Mobile TV Austria bestehend aus Vertretern aller angeschlossenen Programmaggregatoren, der KommAustria (und des Multiplexbetreibers – lediglich als Moderator), nutzen, um das DVB-H Programmportfolio inkl. konkreter Belegung des Basispaketes und Premiumpaketes zu definieren.

Hauptfokus dieses Gremiums sind:

(...)

- o Entscheidung über Aufnahme der Verhandlungen mit einem neuen Programmanbieter/Kanal für das Basisbouquet oder Premiumbouquet, sofern diese nicht exklusiv sind,*
- o Entscheidung über Delistung eines Programmanbieters/Kanals für das Basisbouquet oder Premiumbouquet, sofern diese nicht exklusiv sind,*
- o Erstellung einer Kriterienliste mit Bedachtnahme auf Abschnitt 7 des PrTV-G, die dualen Rundfunkordnung, und die Regulierungsbehörde,*
- o Bewertung von anfragenden Programmanbietern/Programmen anhand der Kriterienliste sowie Inkenntnissetzung der Regulierungsbehörde bezüglich der Bewertungsergebnisse,*

- Einbeziehung von unabhängigen Medienexperten zur Unterstützung bei der Bewertung neuer Programmanbieter/Programme,
(...)

Der Multiplexbetreiber hat in dieser Diskussion des Gremiums weder Mitspracherecht noch Stimmrecht, sondern fungiert lediglich als Organisator und Moderator und bringt bei Bedarf technische Aspekte ein. In dieser Rolle wird die Telekom Austria sicherstellen, dass

- *das Gremium anfangs zumindest halbjährlich zusammenkommt, um das Programmportfolio zu definieren und fortzuschreiben,*
- *ein diskriminierungsfreies und einheitliches Entscheidungskonstrukt mit Österreichbezug etabliert wird auf dessen Basis Anträge interessierter Programmanbieter entschieden werden können und*
- *der resultierende Vorschlag der KommAustria zur Prüfung und Freigabe überstellt wird, so dass aus regulierungsrechtlicher Sicht keine Vorbehalte bzgl. mangelnder Meinungsvielfalt existieren.*

Um allen Programmaggregatoren marktkonforme Möglichkeiten zur Einflussnahme bei der Definition des DVB-H Programmportfolios zu geben, werden Entscheidungen bzgl. Belegungen des Programmportfolios in diesem Steuerungsgremium mit den Stimmen der Programmaggregatoren gewichtet mit dem DVB-H Marktanteil der jeweiligen Programmaggregatoren getroffen. Transparente und begründete Ablehnungen erfolgen ausschließlich bei Nichteinhaltung der durch das PrTV-G und die MUX-AG-V 2007 vorgegebenen Auswahlgrundsätze, wie etwa Endgeräteförderung, Netzausbau, Meinungsvielfalt mit Österreichbezug etc.

Weiterhin spielt auch im Zuge der Belegung der DVB-H Programmplätze wiederum die digitale Plattform Austria sowie die Wiener Zeitung eine zentrale Rolle (analog dem Mechanismus zur diskriminierungsfreien Einbindung von PAGs). Hierüber werden Bekanntmachungen über verfügbare Programmplätze kommuniziert und so allen interessierten Programmanbietern eine Plattform gegeben, um sich in das DVB-H Portfolio einzubringen. (...)

Weiters wird im Antrag mehrfach (auf Seiten 84, 87 und 89) festgehalten, dass das im Antrag vorgestellte – initiale – Programm bouquet (Kapitel 6.2 ab Seite 88) auf Basis des oben dargestellten Mechanismus erstellt wurde (im Rahmen eines „Kick-Off des Mobile TV Steuerungsgremiums“ von den „angeschlossenen Programmaggregatoren“ „eivernehmlich beschlossen“.)

Hinsichtlich der Programmaggregatoren führt die TA im Antrag (Kapitel 5 ab Seite 81) aus, dass alle interessierten (wohl: potenziellen) Programmaggregatoren zur Zusammenarbeit eingeladen wurden. Als Resultat konnte die TA die mobilkom austria Aktiengesellschaft entsprechend vertraglich binden (Vertrag in Anhang H zum Antrag).

Diese ist somit (im Rahmen des Antrags) derzeit der einzige Programmaggregator, wobei weitere Programmaggregatoren bei Interesse zusätzlich hinzugenommen werden sollen (Seite 82 im Antrag und Punkt 1.7 im Vertrag in Anhang H).

Darstellung der Programmauswahl im Schreiben vom 15.01.2008

In ihrer Stellungnahme zu den Bedenken der KommAustria im Hinblick auf § 25a Abs. 8 PrTV-G hat die TA ausgeführt, dass – sollten die Bedenken der KommAustria durch die vorangehenden Ausführungen nicht entkräftet werden können – die Programmbelegung nach allfälliger Zulassung durch eine Gremialentscheidung mit einem nachfolgend dargestellten Modell zur Stimmrechtsverteilung neuerlich erfolgen könnte.

Dieses Modell sieht vor, dass in diesem Gremium die Programmaggregatoren ein Stimmrechtsanteil nach ihrem Marktanteil (in den ersten zwei Jahren zu gleichen Teilen) zukommt, wobei kein Aggregator mehr als 49% (in den ersten zwei Jahren mehr als 23%) der Stimmrechtsanteile erhält.

Die übrigen Stimmanteile – jedoch zumindest 8% – entfallen auf die „Öffentlichkeit“. Damit ist das Ergebnis eines Votingmechanismus über einen Vorschlag eines unabhängigen Meinungsforschungsinstitutes für die auszuwählenden Programme gemeint, wobei die Ergebnisse der Abstimmung über persönliches Sehverhalten einerseits und wahrgenommene Qualität andererseits zu gleichen Teilen (also zu jeweils zumindest 4%) in die Gremialentscheidung einfließen würden.

Den Beschluss, eine ursprünglich getroffene Programmebelegung einem Review zu unterziehen und damit allenfalls Änderungen in der Programmebelegung vorzunehmen, würde das Gremium ohne Berücksichtigung der jeweiligen Stimmrechtsanteile der „Öffentlichkeit“, frühestens jedoch in jährlichen Abständen, treffen.

Die TA hält dazu ausdrücklich fest, dass sie dieses Konzept als Auflage in einem allfälligen Zulassungsbescheid akzeptieren würde und darin keine wesentliche Antragsänderung erkennt.

Gesellschaftsrechtliche Verbindung zwischen TA und mobilkom

Die Telekom Austria Aktiengesellschaft (FN 144477t), im Folgenden auch: „TA-Holding“, ist Alleinaktionärin sowohl der Telekom Austria TA Aktiengesellschaft als auch der mobilkom austria Aktiengesellschaft.

3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich dem Antrag der TA vom 14.12.2007, ihrem Schreiben vom 15.01.2008 und hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Verbindung aus dem offenen Firmenbuch.

4. Rechtliche Beurteilung

Gesetzliche Grundlagen

§ 25a PrTV-G wurde mit BGBl. I Nr. 52/2007 eingefügt und enthält Bestimmungen über die Ausschreibung und Erteilung von Zulassungen für Multiplex-Plattformen für mobilen terrestrischen Rundfunk sowie über die Ausübung einer solchen Zulassung und die entsprechende Rechtsaufsicht.

Der Einleitungssatz des § 25a Abs. 2 lautet wörtlich:

„Bewerben sich mehrere Antragsteller, die die gesetzlichen Voraussetzungen (§ 23 Abs. 2) erfüllen, um eine Multiplex-Zulassung für mobilen terrestrischen Rundfunk, so hat die Regulierungsbehörde jenem Antragsteller den Vorzug einzuräumen, der aufgrund der vorgelegten Vereinbarungen mit Programmaggregatoren und Rundfunkveranstaltern Folgendes besser gewährleistet: (...)“

§ 25a Abs. 7 lautet auszugsweise wörtlich:

„Der Multiplexbetreiber ist auf das Betreiben eines Kommunikationsdienstes beschränkt. Dem Multiplexbetreiber einer Plattform gemäß § 25a ist es untersagt,

- 1. (...),*
- 2. selbst als Programmaggregator zu fungieren,*
- 3. (...),*
- 4. auf die Programmebelegung des Basispakets Einfluss zu nehmen oder nachträglich den Transport des Signals eines Rundfunkveranstalters aus anderen als technischen Gründen abzulehnen.“*

§ 25a Abs. 8 PrTV-G lautet wörtlich:

„Dem Multiplexbetreiber dürfen keine Zustimmungsrechte oder gleichwertige Instrumente hinsichtlich der Programmebelegung eingeräumt sein. Ferner dürfen hinsichtlich der Programmebelegung keine Weisungsrechte, Zustimmungsrechte, Widerspruchsrechte oder diesen vergleichbare Rechte von Gesellschaftern des Multiplexbetreibers oder von Gesellschaften, die mit dem Multiplexbetreiber in sinngemäßer Anwendung des § 11 Abs. 6 verbunden sind oder von Gesellschaften, die mit einem Medienunternehmen im Sinne des § 11 Abs. 6 verbunden sind, eingeräumt sein.“

Die verwiesene Bestimmung des § 11 Abs. 6 PrTV-G lautet wörtlich:

„Als mit einem Medieninhaber verbunden gelten Personen oder Personengesellschaften,

- 1. die bei einem Medieninhaber mehr als 25 vH der Kapitalanteile oder Stimmrechte halten oder einen beherrschenden Einfluss haben oder über eine der in § 244 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 4 und 5 des Unternehmensgesetzbuches geregelten Einflussmöglichkeiten verfügen;*
- 2. bei welchen eine der in Z 1 genannten Personen oder Personengesellschaften mehr als 25 vH der Kapitalanteile oder Stimmrechte hält oder einen beherrschenden Einfluss hat oder über eine der in § 244 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 4 und 5 des Unternehmensgesetzbuches geregelten Einflussmöglichkeiten verfügt;*
- 3. bei welchen ein Medieninhaber mehr als 25 vH der Kapitalanteile oder Stimmrechte hält oder einen beherrschenden Einfluss hat oder über eine der in § 244 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 4 und 5 des Unternehmensgesetzbuches aufgezählten Einflussmöglichkeiten verfügt.*

Für die Zwecke dieses Absatzes ist es einer direkten Kapitalbeteiligung von mehr als 25 vH gleichgestellt, wenn eine oder mehrere mittelbare Beteiligungen bestehen und die Beteiligung auf jeder Stufe mehr als 25 vH erreicht. Beteiligungen von Medieninhabern oder von mit diesen gemäß diesem Absatz verbundenen Personen auf derselben Stufe sind für die Ermittlung der 25 vH Grenze zusammenzurechnen.“

Verbindung zwischen TA und mobilkom

§ 25a Abs. 8 PrTV-G stellt der Verbindung mit Medienunternehmen („im Sinne des § 11 Abs. 6“) die Verbindung mit dem Multiplexbetreiber („in sinngemäßer Anwendung des § 11 Abs. 6“) gleich, sodass bei der sinngemäßen Anwendung dieser Bestimmung der betreffende Multiplexbetreiber an die Stelle des Medieninhabers zu treten hat. Auf die Eigenschaft eines der beteiligten Unternehmen als Medieninhaber kommt es in dieser (zweiten) Konstellation bei der Anwendung des § 11 Abs. 6 PrTV-G also nicht an.

Für das Vorliegen der Verbindung im Sinne dieser Bestimmung kommt es weiters beim Überschreiten der in § 11 Abs. 6 PrTV-G genannten Kapitalanteilsschwelle von 25% auf allfällige (zusätzlich eingeräumte oder entzogene) Einflussrechte zwischen den beteiligten Unternehmen nicht an. Das Vorbringen der TA, es bestünden schon aus aktienrechtlichen Gründen keine Einflussmöglichkeiten von der TA auf die mobilkom hinsichtlich der Programmbelegung, ist an dieser Stelle daher nicht zu prüfen.

Die TA-Holding hält 100 % der Kapitalanteile an der TA (als präsumtiven Multiplexbetreiber) und ist daher eine der in § 11 Abs. 6 Z 1 PrTV-G genannten Personen. Sie hält weiters 100 % der Kapitalanteile an der mobilkom, sodass diese als mit der TA im Sinne des § 25a Abs. 8 Satz 2 in Verbindung mit § 11 Abs. 6 Z 2 iVm Z 1 PrTV-G verbunden gilt.

Beschränkungen durch § 25a Abs. 8 PrTV-G

§ 25a Abs. 8 PrTV-G enthält vier Fälle von Beschränkungen

- Dem Multiplexbetreiber dürfen keine Zustimmungsrechte oder gleichwertige Instrumente hinsichtlich der Programmbelegung eingeräumt sein (Fall 1).
- Es dürfen hinsichtlich der Programmbelegung keine Weisungsrechte, Zustimmungsrechte, Widerspruchsrechte oder diesen vergleichbare Rechte von folgenden Gesellschaften eingeräumt sein:
 - Gesellschaftern des Multiplexbetreibers (Fall 2);
 - Gesellschaften, die mit dem Multiplexbetreiber in sinngemäßer Anwendung des § 11 Abs. 6 verbunden sind (Fall 3);
 - Gesellschaften, die mit einem Medienunternehmen im Sinne des § 11 Abs. 6 verbunden sind (Fall 4).

Auf Grund der oben dargestellten Verbindung zwischen TA und mobilkom ist im vorliegenden Sachverhalt Fall 3 näher zu untersuchen.

Nach dem Vorbringen der TA soll diese Bestimmung – in Ergänzung zum Ausschluss der Programmauswahl durch den Multiplex-Betreiber selbst (§ 25a Abs. 7 Z 2 und 4 PrTV-G) und dem Ausschluss des direkten Einflusses darauf (§ 25a Abs. 8 erster Satz PrTV-G) – auch die indirekte Einflussnahme des Multiplex-Betreibers auf die Programmauswahl durch Unternehmen im Konzernverbund ausschließen.

Somit widerspreche eine gesellschaftsrechtliche Verbindung zwischen Multiplex-Betreiber und Programmaggregator nur dann den gesetzlichen Bestimmungen, wenn dem Multiplex-Betreiber zusätzlich die genannten Rechte auf die Programmbelegung durch den Programmaggregator eingeräumt seien. Unterstützt werde diese Interpretation durch die Formulierung, es dürften keine Rechte „von“ bestimmten verbundenen Gesellschaften (etwa dem Multiplex-Betreiber) eingeräumt werden.

Dies würde aber im Ergebnis bedeuten, dass Programmaggregatoren nur dann, wenn sie Gesellschafter des Multiplex-Betreiber sind oder im Konzernverbund mit dem Multiplex-Betreiber (oder einem Medienunternehmen) stehen, niemandem (weder dem Multiplex-Betreiber noch beliebigen anderen Personen) die genannten Einflussrechte einräumen dürften.

Es ist jedoch völlig unverständlich, warum – irgendeine – Gesellschaft nur gerade dann keine Einflussrechte auf den Programmaggregator haben sollte, wenn dieser mit dem Multiplex-Betreiber verbunden ist; sobald keine solche Verbindung besteht, ein solcher Einfluss aber unproblematisch sein sollte (solange der Einfluss nicht dem Multiplex-Betreiber selbst zukommt, was ja nach § 25a Abs. 8 erster Satz und § 25a Abs. 7 Z 4 ohnehin untersagt ist).

Soll sich weiters diese Bestimmung nur auf Einflussrechte des Multiplex-Betreibers beziehen (das deutet die TA an, wenn sie vom Multiplex-Betreiber „als eigentlichen Adressaten des § 25a Abs. 8 PrTV-G“ spricht), so wäre der zweite Satz insgesamt überflüssig, da die entsprechenden Einflussrechte des Multiplex-Betreibers selbst schon vollständig durch den ersten Satz dieser Bestimmung ausgeschlossen werden. Daher blieben als von Satz zwei verpönte Einflussrechte überhaupt nur solche von anderen Personen als dem Multiplex-Betreiber auf Gesellschaften, die mit dem Multiplex-Betreiber (oder Medienunternehmen) verbunden sind.

Nach Ansicht der KommAustria hatte der Gesetzgeber bei der Formulierung *Weisungsrechte, Zustimmungsrechte, Widerspruchsrechte oder diesen vergleichbare Rechte von bestimmten Gesellschaften* primär gesellschaftsrechtlich vorgegebene Einflussmöglichkeiten von (unmittelbaren) Gesellschaftern (Muttergesellschaften) der fraglichen (hier: die Programmbelegung durchführenden) Tochtergesellschaft vor Augen.

Diese durch das Gesellschaftsrecht grundsätzlich eingeräumten Rechte von Muttergesellschaften (auf die Tochtergesellschaft) dürfen dann nicht eingeräumt sein (wären also auszuschließen), wenn die fragliche Muttergesellschaft (auf Fall 3 bezogen) im Konzernverbund mit dem Multiplexbetreiber steht. Im konkreten Fall mit anderen Worten: Wäre eine GmbH, deren Alleingesellschafterin die mobilkom ist, in die Programmbelegung eingebunden (etwa als Programmaggregator), so müsste das diesbezügliche Weisungsrecht der mobilkom (etwa gesellschaftsvertraglich) ausgeschlossen werden.

Wenn nun aber der fraglichen (mit dem Multiplexbetreiber verbundenen) Muttergesellschaft jeglicher Einfluss auf die Programmbelegung der Tochtergesellschaft untersagt ist, so muss das noch viel eher für den Fall gelten, in dem die Muttergesellschaft selbst die Programmbelegung vornimmt. Mit anderen Worten: Ein einem Weisungsrecht, Zustimmungsrecht oder Widerspruchsrecht (auf eine Tochtergesellschaft) vergleichbares Recht im Sinne des § 25a Abs. 8 zweiter Satz PrTV-G ist – im Größenschluss – auch die Möglichkeit der unmittelbaren Programmauswahl durch die eigene Person.

Im Ergebnis ist es daher den in § 25a Abs. 8 zweiter Satz PrTV-G genannten Personen (insbesondere Gesellschaften im Verbund mit dem Multiplex-Betreiber) unter anderem auch untersagt, an der Programmbelegung selbst mitzuwirken, ohne dass es auf das Vorliegen weiterer Rechte gegenüber dritten Gesellschaften ankommt. Dies schließt insbesondere eine Alleinbestimmung der (initialen) Programmbelegung einer Multiplex-Plattform der TA durch die mobilkom aus (vgl. zum Vorliegen dieser Alleinbestimmung im konkreten Fall auch weiter unten).

Das weitere Vorgehen der TA ändert nichts an diesem Ergebnis:

So ist ihr zwar zuzugestehen, dass die Gesetzesmaterialien zu § 25a Abs. 8 PrTV-G (EB zur 139 BgNR XXIII. GP) offenbar nicht mit dem Gesetzestext übereinstimmen, wenn sie ausführen: „Abs. 8 sieht zusätzliche Beschränkungen der Einflussnahme auf den Multiplexbetreiber vor.“ Da Abs. 8 ausschließlich den Einfluss auf die Programmbelegung regelt, dieser aber dem Multiplexbetreiber (mit Ausnahme der nachträglichen Ablehnung des Signaltransports aus technischen Gründen) schon wegen § 25a Abs. 7 Z 4 PrTV-G nicht zusteht, stehen die Erläuterungen mit dem Gesetzeswortlaut im eindeutigen Widerspruch und sind damit für die Auslegung bedeutungslos (vgl. VwGH 23.02.2001, ZI. 98/06/0240 mwN). Nichts deutet darauf aber hin, dass (wie die TA vorbringt) die Materialien richtigerweise „Beschränkungen der Einflussnahme auf den Programmaggregator (durch den Multiplex-Betreiber)“ meinen, genauso gut könnten korrekter Weise „Beschränkungen

der Einflussnahme auf die Programmbelegung (etwa durch mit dem Multiplex-Betreiber verbundene Unternehmen)“ gemeint sein.

Wenn die TA weiters vorbringt, dass nicht die gesellschaftsrechtliche Verbindung zum Multiplex-Betreiber allein problematisch sei, weil auch gewissen Medienunternehmen (ohne Verbindung zum Multiplex-Betreiber) der Einfluss auf die Programmbelegung untersagt sei (Fall 4), so ist unklar, inwieweit das zur Auslegung von Fall 3 beitragen kann. Es werden in § 25a Abs. 8 zweiter Satz PrTV-G voneinander unabhängige Verbote aufgestellt: sowohl die Einflussnahme durch mit dem Multiplex-Betreiber verbundene Unternehmen (Fall 2 und 3), als auch durch mit Medienunternehmen verbundenen Gesellschaften (Fall 4). Ein besonderer inhaltlicher Zusammenhang zwischen diesen Regelungen (etwa ein identisches Regelungsziel) ist an sich nicht erforderlich.

Die TA sieht die entscheidende Mitsprache bei der Programmauswahl als wesentliches Element der Aufgaben des Programmaggregators. (Ob dies gesetzlich zwingend ist, kann hier dahingestellt bleiben.) Wenn die TA darauf aufbauend ausführt, in der Interpretation der KommAustria wäre jedes Mobilfunkunternehmen, das mit einem zum Betrieb einer Multiplex-Plattform geeigneten Infrastrukturbetreiber verbunden sei, „faktisch von mobilen terrestrischen Rundfunk ausgeschlossen“, deutet sie offenbar an, dass dieses Ergebnis (vom Gesetzgeber) nicht gewollt sein kann. Ohne weitere Anhaltspunkte zum Willen des Gesetzgebers legt die TA damit aber nicht mehr dar, als dass nach ihrer Ansicht das für sie nachteilige Ergebnis nicht gewollt sein kann.

Ein Mobilfunkbetreiber ist nur dann von der Mitwirkung am mobilen terrestrischen Rundfunk (und zwar auch nur in der in der im Antrag vorgesehenen Form „Programmaggregator mit Einfluss auf Programmbelegung“) ausgeschlossen, wenn tatsächlich das mit ihm verbundene Unternehmen die Zulassung erhält. Ob damit für die mobilkom keine geeigneten Infrastrukturbetreiber verbleiben, erscheint allein schon auf Grund der vorliegenden Anträge der übrigen Antragsteller im Zulassungsverfahren zweifelhaft.

Dass dies (wie von der TA vorgebracht) auch die T-Mobile Austria GmbH im Falle einer Zulassung an die T-Systems Media&Broadcast GmbH betreffen würde, ist daher ebenso nicht relevant und überdies nicht zutreffend: weder aktuell (in keinem der vorliegenden Anträge tritt die T-Mobile Austria GmbH als Programmaggregator auf) noch in Zukunft potenziell (die T-Mobile Austria GmbH ist nicht mehr mit der T-Systems Media&Broadcast GmbH und auch mit keinem anderen Antragsteller verbunden).

Dass der Gesetzgeber sich bei der Formulierung des § 25a Abs. 8 zweiter Satz PrTV-G an der Auflage nach Spruchpunkt 4.3.13 im Bescheid der KommAustria KOA 4.200/06-002 (betreffend Multiplex-Zulassung für die ORS) orientiert haben soll, kann ebenso nichts weiter zur Auslegung beitragen. Die Regelungen sind unterschiedlich strukturiert (und nicht, wie die TA ausführt, „nahezu wortident“), insbesondere bezieht sich die Bescheidaufgabe nur auf (bestimmte) unmittelbare Gesellschafter des Multiplex-Betreibers. Diese Regelung hätte der Gesetzgeber damit einerseits ohne Einschränkungen auf bestimmte Gesellschafter übernommen (Fall 2) und andererseits offenbar bewusst auf weitere Fälle (3 und 4), insbesondere den hier vorliegenden, ausgedehnt. Als einziges Ergebnis aus diesem Vergleich könnte daher der oben von der KommAustria getroffene Ansatz gewonnen werden, dass der Gesetzgeber grundsätzlich gesellschaftsrechtliche Einflussrechte von Muttergesellschaften vor Augen hatte, das Verbot aber auch ausgeweitet hat.

Zum Einfluss der mobilkom auf die Programmbelegung

Auf Grund der Tatsache, dass die mobilkom als einziger Programmaggregator mit der TA einen Vertrag abgeschlossen hat und die im Antrag dargestellte („initiale“) Programmbelegung durch das dargestellte Steuerungsgremium, in dem in dieser Frage nur den Programmaggregatoren ein Stimmrecht zukommt, festgelegt wurde, ist davon auszugehen, dass diese initiale Programmbelegung alleine durch die mobilkom bestimmt wurde.

Allein daher erfüllt der Antrag bereits die Voraussetzungen des § 25a Abs. 8 PrTV-G nicht. Daran ändert auch nichts, dass das Gesetz grundsätzlich eine Änderung der Programmbelegung auch nach Zulassungserteilung – und damit theoretisch auch vor Aufnahme des Sendebetriebs – ermöglicht (vgl. § 25a Abs. 5 Z 3 PrTV-G, da eine Auflage sich wesensmäßig nur auf ein Verhalten nach Zulassungserteilung beziehen kann). Denn es fordert § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G im Fall der Bewerbung um eine Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk deutlich die Vorlage von Vereinbarungen „... über die konkrete Programmbelegung im Basispaket ...“, und im Auswahlverfahren (§ 25a Abs. 2 Z 6 PrTV-G) ist explizit das Programmangebot zu bewerten.

Es kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass – wenn die Vorlage eines initialen Programm bouquets verpflichtend ist – auch ein entgegen den gesetzlichen Bestimmungen (hier: § 25a Abs. 8 PrTV-G) zustande gekommenes Programmangebot in eine Auswahlentscheidung einfließen kann, wenn dann das ausgestrahlte Programm bouquet zwingend neu und anders auszuwählen sein wird.

Modus der Programmbelegung nach Zulassungserteilung

Auch der Hinweis darauf, dass damit gerechnet werden kann, dass sich nach Zulassungserteilung weitere Programm aggregatoren beteiligen (und damit der Einfluss der mobilkom schwindet), ist hier nicht relevant: Zum einen ist die Teilnahme weiterer Programm aggregatoren nicht gesichert, es wäre auch nicht undenkbar, dass sich die übrigen Mobilfunkbetreiber nicht daran beteiligen wollen; zum anderen müsste – sollte der plausible spätere Eintritt weiterer Programm aggregatoren für die Entscheidung relevant sein – überhaupt auf die Angabe der Programm aggregatoren verzichtet werden können. Somit wären auch Antragsteller ohne konkrete Vereinbarungen mit Programm aggregatoren zuzulassen, was dem klaren Wortlaut des § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G entgegen steht.

Selbst ein schwindender Einfluss der mobilkom bei der späteren Beteiligung weiterer Programm aggregatoren würde das gesetzwidrige Zustandekommen der Initialbelegung nicht ändern können.

Im Schreiben vom 15.01.2008 hat sich die TA für den Fall, dass ihrer rechtlichen Argumentation nicht gefolgt wird, bereit erklärt, nach Zulassungserteilung und in weiterer Folge die Programmbelegung durch ein Gremium vornehmen zu lassen, in dem einem Programm aggregator (und somit auch der mobilkom) keinesfalls mehr als 49% der Stimmrechtsanteile zukommen.

Zumal nicht vorgebracht und belegt wurde, dass bereits die initiale Programmbelegung nach diesem Konzept (unter Einbeziehung der „Öffentlichkeit“) erfolgt ist, bleibt auch hier das Problem des gesetzwidrigen Zustandekommens der dem Antrag zu Grunde liegenden Programmauswahl.

Selbst wenn § 25a Abs. 8 PrTV-G für die initiale Programmbelegung nicht relevant wäre, so könnte der dargestellte Mechanismus der Gremialentscheidung nicht berücksichtigt werden:

Die Darstellung im Schreiben vom 15.01.2008 ist nämlich als Änderung des Antrages anzusehen. Der ursprüngliche Antrag deutet an keiner Stelle an, dass in die Entscheidung zur Programmbelegung jemand anderer als die Programm aggregatoren eingebunden werden soll. Vielmehr wird ausdrücklich festgehalten, dass *„Entscheidungen bzgl. Belegungen des Programmportfolios in diesem Steuerungsgremium mit den Stimmen der Programm aggregatoren gewichtet mit dem DVB-H Marktanteil der jeweiligen Programm aggregatoren getroffen“* werden. Sollten tatsächlich weitere Entscheidungsträger eingebunden sein, so wäre diese Darstellung schon wegen der fehlenden Angabe des Stimmgewichts dieser Entscheidungsträger irreführend unvollständig. Die vorgesehene

„Einbeziehung von unabhängigen Medienexperten zur Unterstützung bei der Bewertung neuer Programmanbieter/Programme“ kann bei einer Gesamtbetrachtung jedenfalls nicht als Mitentscheidungsmöglichkeit Externer (mit welchem Gewicht?) gewertet werden.

Wenn nun aber nach dem dargestellten Ergebnis der Beurteilung die TA die gesetzlichen Voraussetzungen für die Berücksichtigung im Auswahlverfahren nach dem ursprünglichen Antrag nicht erfüllt, dies nach der Änderung durch das Schreiben vom 15.01.2008 jedoch schon der Fall wäre, dann würde in dieser Änderung eine wesentliche Antragsänderung im Sinne des § 13 Abs. 8 AVG liegen, die nicht mehr zu berücksichtigen wäre.

Der VwGH hat in Fortführung der mit VwGH 15.09.2004, ZI. 2002/04/0148 begonnenen Rechtsprechung zur Parallelbestimmung bei der Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk ausgesprochen, dass „(...) nachträgliche (nach Ablauf der in § 13 Abs. 2 PrR-G normierten Bewerbungsfrist erfolgte) Änderungen von Zulassungsanträgen im Hinblick auf das im Gesetz vorgesehene Auswahlverfahren unzulässig und nicht mehr zu berücksichtigen [sind], wenn sie einen Einfluss auf den Zugang zu diesem Auswahlverfahren haben (...). Dies ist dann der Fall, wenn der Antragsteller erst nach Ablauf der Bewerbungsfrist erfolgte Änderungen die im § 6 Abs. 1 PrR-G genannten gesetzlichen Voraussetzungen für den Zugang zum Auswahlverfahren erfüllen würde. (...)

[D]ie angeführte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes [bezieht sich] nicht alleine auf die Nachweise gemäß § 5 Abs. 2 Z 2 PrR-G, sondern auf alle nachträglichen Änderungen (...), durch welche der Antragsteller erst die gesetzlichen Voraussetzungen für den Zugang zum Auswahlverfahren erfüllen würde“ (VwGH 15.09.2006, ZI. 2005/04/0120).

Der vorliegende Fall würde genau gleich liegen: die Änderung erfolgte nach der § 23 Abs. 1 PrTV-G normierten Bewerbungsfrist, erst durch die Änderung würden die in § 25a Abs. 2 PrTV-G genannten „gesetzlichen Voraussetzungen“ erfüllt werden, wobei sich diese Rechtsprechung auf alle gesetzlichen Voraussetzungen (also auch § 25a Abs. 8 PrTV-G) bezieht.

Da die Antragsänderung vom 15.01.2008 nicht zu berücksichtigen ist, kann eine Abänderung des Entscheidungsmechanismus auch nicht durch Auflage im Zulassungsbescheid (nach § 25a Abs. 5 letzter Satz PrTV-G) erreicht werden, da Auflagen nur insoweit vorgeschrieben werden dürfen, als sie dem ausdrücklich erklärten Willen des Zulassungswerbers nicht widersprechen; andernfalls würden sie das Wesen des Antrags verändern (VwGH 21.04.2004, ZI. 2002/04/0006, 0034, 0145). Das Wesen des Antrags würde aber nach der dargestellten Rechtsprechung des VwGH zu § 13 Abs. 8 AVG gerade durch eine Änderung, die erst den Zugang zum Auswahlverfahren schafft, geändert werden.

Somit wäre also weiterhin vom Gremium in der Fassung des ursprünglichen Antrags auszugehen. Dort hat die mobilkom jedenfalls bis zum (nicht erzwingbaren) Eintritt weiterer Programmaggagatoren die alleinige Verantwortung für die Programmebelegung, sodass eine gesetzeskonforme Auswahl auch nach Zulassungserteilung nicht sichergestellt werden kann.

Somit kann auch dahingestellt bleiben, ob § 25a Abs. 8 PrTV-G tatsächlich bloß ein Allein- oder Letztbestimmungsrecht von mit dem Multiplex-Betreiber verbundener Unternehmen ausschließt, nicht aber eine bloße Mitwirkung ohne absolute Mehrheit. Davon geht die TA im Hinblick auf die Aufzählung „Weisungsrechte, Zustimmungsrechte, Widerspruchsrechte oder diesen vergleichbare Rechte“ aus.

Würde (um das weiter oben gegebene Beispiel wieder aufzunehmen) ein Tochterunternehmen der mobilkom an der Programmebelegung mitwirken, so wäre – wie weiter oben dargestellt – nach § 25a Abs. 8 PrTV-G ihr diesbezügliches gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht auszuschließen. Dies trifft auch dann zu, wenn dieses Tochterunternehmen kein Allein- oder Letztbestimmungsrecht bei der Programmebelegung hätte, weil es auch in diesem Fall um, „ein Weisungsrecht hinsichtlich

der Programmebelegung“ handeln würde. Dies müsste wiederum auch dann gelten, wenn die mobilkom die Auswahl selbst (wenn auch nur untergeordnet) mitbestimmt.

Ergebnis

Der mobilkom – einer in sinngemäßer Anwendung des § 11 Abs. 6 PrTV-G mit der Antragstellerin um die Multiplex-Zulassung verbundenen Gesellschaft – kam zumindest hinsichtlich der initialen Programmebelegung ein vergleichbares Recht im Sinne des § 25a Abs. 8 zweiter Satz PrTV-G zu.

Gemäß § 25a Abs. 2 PrTV-G sind in einer Auswahlentscheidung nur jene Antragsteller zu berücksichtigen, die „gesetzlichen Voraussetzungen (§ 23 Abs. 2)“ erfüllen. Der VwGH hat zur Parallelbestimmung des § 6 Abs. 1 PrR-G ausgesprochen, dass der dortige Klammerausdruck „(§ 5 Abs. 1 und 2)“ lediglich ein verkürzter Hinweis ist (z.B. VwGH 30.6.2004, ZI. 2003/04/0133), sodass im vorliegenden Fall unter die erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen auch die Einhaltung des § 25a Abs. 8 PrTV-G subsumiert werden kann.

Da der Antrag der TA die gesetzliche Voraussetzung des § 25a Abs. 8 PrTV-G nicht erfüllt, war er daher vor Eingang in ein etwaiges Auswahlverfahren 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, 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 24. Jänner 2008

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Mag. Michael Ogris
Behördenleiter