

## Bescheid

### I. Spruch

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) erteilt gemäß § 20 Privatfernsehgesetz (PrTV-G), BGBl. I Nr. 84/2001, der K GmbH, über Antrag der F GmbH, folgenden Verbreitungsauftrag:

- 1) Die K GmbH ist verpflichtet, das Fernsehprogramm der F GmbH im Umfang eines Vollprogramms für die Dauer von zwei Jahren, beginnend 2 Monate nach Rechtskraft dieses Bescheides, frühestens jedoch mit 1. Mai 2002, in ihrem Kabelnetz in jener technischen Form zu verbreiten, die eine Erreichbarkeit aller angeschlossenen Endkunden gewährleistet, d.h. sowohl im analogen als auch im digitalen Basispaket.
- 2) Die F GmbH ist verpflichtet, binnen 2 Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides, frühestens jedoch mit 1. Mai 2002, ein Fernsehprogramm im Umfang eines 24-Stunden-Programms zur Verbreitung im Kabelnetz der K GmbH bereit zu stellen.
- 3) Die F GmbH ist ferner verpflichtet, die für eine allenfalls zur Übertragung im digitalen Übertragungsmodus erforderliche Verstärkung der Datenleitung zur Kopfstation der K GmbH entstehenden Kosten zu übernehmen.
- 4) Die F GmbH hat der K GmbH für die Verbreitung in deren Kabelnetz ein angemessenes Entgelt durch Einräumung von Werbezeiten in ihrem Kabelrundfunkprogramm zu tarifmäßigen Preisen zu leisten, die einem Gegenwert von ATS xxx (€ xxx) exklusive Umsatzsteuer, je angeschlossenem Haushalt und Monat entsprechen.

### II. Begründung

#### 1. Gang des Verfahrens

Mit Schriftsatz vom 14. September 2001, bei der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) eingelangt am 17. September 2001, beehrte die F GmbH (im folgenden Antragstellerin), die KommAustria möge der K GmbH (im folgenden Antragsgegnerin) nach § 20 PrTV-G den Auftrag zur Verbreitung ihres Fernsehprogramms im Umfang eines Vollprogramms im Kabelnetz der Antragsgegnerin erteilen sowie über die Höhe des hierfür allenfalls zu entrichtenden Entgelts entscheiden.

Die Antragstellerin führte in ihrem Antrag aus, dass ihr Kabelrundfunkprogramm seit 1. Mai 1999 täglich am Infokanal der Antragsgegnerin verbreitet werde und ihr Programm mit 1. April 2001 auf einen Umfang von 2 Stunden täglich ausgeweitet worden sei. Das von der Antragstellerin produzierte Programm basiere hauptsächlich auf Beiträgen, Interviews und Berichten von lokalen kulturellen Veranstaltungen und Ereignissen, die durch veranstaltungsbezogene Musikvideos ergänzt würden. Dabei werde dem Musik- und Veranstaltungsbereich in X verstärkt Platz eingeräumt. Bisher sei allerdings der Ausbau zu einem Vollprogramm mit gleichgewichtiger Verteilung aller behandelten Themen durch die von der Antragsgegnerin vorgegebene zeitliche Begrenzung der Verbreitung auf täglich 2

Stunden nicht möglich gewesen. Die Antragstellerin beantrage daher die Einspeisung eines Vollprogramms in einem Umfang von deutlich mehr als 2 Stunden täglich, wobei im Zuge der Ausdehnung der Sendezeit das gesamte Spektrum von Information und Unterhaltung aus allen Bereichen des lokalen, sozialen, gesellschaftlichen, kulturellen und künstlerischen Lebens der Stadt X unter Einbeziehung ihrer Bewohner abgedeckt werden solle. Das geplante Programm diene damit vorwiegend der Lokalberichterstattung, basiere auf täglich mehr als 120 Minuten eigengestalteten Beiträgen und werde auch in keinem anderen Bundesland verbreitet. Im Kabelnetz der Antragsgegnerin werde weiters kein Programm der beantragten Programmart angeboten.

Mit Schreiben vom 1. August 2001 (Beilage ./C) habe die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin die Einspeisung ihres Programms unter Hinweis darauf beantragt, dass dieses vorwiegend der Lokalberichterstattung diene, täglich mehr als 120 Minuten eigengestaltetes Programm umfasse (wobei Wiederholungen nicht eingerechnet würden) und in keinem anderen Bundesland verbreitet werde. Dieser Nachfrage habe die Antragstellerin ein Programmkonzept samt Sendeschema sowie einen Businessplan beigelegt. In der Folge habe am 8. August 2001 im Beisein der Rechtsvertreter beider Parteien ein Gespräch zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin stattgefunden, wobei in diesem Gespräch keine Einigung erzielt werden konnte. Der Antragstellerin sei daraufhin am 14. August 2001 seitens der Antragsgegnerin ein Angebot (Beilage ./E) zur Einspeisung übermittelt worden, welches jedoch lediglich die Verbreitung im digitalen Basispaket beinhaltet und folglich eine Erreichbarkeit nur jener Haushalte ermöglicht hätte, die über eine Set-Top-Box verfügten. Die Antragstellerin habe dieses Angebot mit Schreiben vom 30. August 2001 abgelehnt, da sie die Rechtsauffassung vertrete, dass sich die unter den Voraussetzungen des § 20 PrTV-G ergebende Verbreitung im Kabelnetz auf eine „allgemeine“ Verbreitung im Kabelnetz der Antragsgegnerin mit einer Erreichbarkeit aller angeschlossenen Haushalte und somit ohne besondere technische Einrichtungen, die nur bei einer Minderheit der angeschlossenen Haushalte bestünden, beziehe. Ein weiterer Vorschlag der Antragstellerin vom 30. August 2001 (Beilage ./F) sei von der Antragsgegnerin abgelehnt worden (Beilage ./G). Es sei folglich innerhalb von 6 Wochen keine gütliche Einigung über eine Verbreitung mit der Antragsgegnerin erzielt worden. Die Antragstellerin beantragte ferner, ihr möge keine Verpflichtung zur Zahlung eines Entgelts für die Verbreitung im Netz der Antragsgegnerin auferlegt werden, da auch andere in das Netz der Antragsgegnerin eingespeiste Kabelrundfunkveranstalter kein Entgelt bezahlen würden.

Am 17. September 2001 übermittelte die KommAustria der Antragsgegnerin den Antrag mit dem Ersuchen um Stellungnahme binnen 14 Tagen. Zugleich wurde der Antragsgegnerin die Vorlage von Unterlagen über sämtliche im analogen und im digitalen Basispaket verbreiteten Programme sowie allfällige zusätzliche Programmpakete, die Vorlage einer Aufstellung des von den Programmveranstaltern für die Verbreitung entrichteten Entgeltes unter Berücksichtigung allfälliger Gegenverrechnungen/Aufrechnungen sowie der für die konkrete Entgelthöhe maßgeblichen Umstände und die Vorlage einer Aufstellung aller Teilnehmerzahlen – aufgliedert in analoge und digitale Dienste und sonstige Programmpakete – aufgetragen.

Im Einvernehmen mit den Rechtsvertretern beider Parteien fand am 28. September 2001 durch Dr. Alfred Grinschgl, Geschäftsführer der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH für den Fachbereich Rundfunk, ein informeller Vermittlungsversuch zwischen A, Geschäftsführer der Antragstellerin, und Dr. B, Geschäftsführerin der Antragsgegnerin, statt. Das hierbei geführte Gespräch führte jedoch zu keiner Einigung der Parteien über die strittigen Punkte.

Mit Schreiben vom 1. Oktober 2001 lud die KommAustria die Verfahrensparteien für den 11. Oktober 2001 zur Durchführung eines Vermittlungsversuchs gemäß § 20 Abs 3 Z 1 PrTV-G im Rahmen einer mündlichen Verhandlung ein.

Mit Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 3. Oktober 2001 äußerte sich diese zum Antrag auf Erlassung eines Verbreitungsauftrags im wesentlichen dahingehend, dass das von der Antragstellerin bisher gestaltete Programm, welches im Kabelnetz in X am sog. Infokanal verbreitet werde, den Anforderungen von § 20 PrTV-G nicht entspreche und dass die Antragstellerin auch nicht glaubhaft machen konnte, in der Lage zu sein, das geplante Programm gemäß § 20 Abs 7 PrTV-G binnen 6 Monaten ab Erteilung des Verbreitungsauftrags umsetzen zu können. Insbesondere sei das von der Antragstellerin vorgelegte Finanzierungskonzept nicht plausibel und der Antrag erfolge darüber hinaus zur Unzeit, da die wirtschaftliche Realisierbarkeit des Programms nicht zuletzt von der Vergabe der Lizenz für terrestrisches Fernsehen im Ballungsraum X abhängig sei. Sie brachte ferner vor, dass sämtliche Kanäle des analogen Paketes belegt seien und eine Verpflichtung zur Verbreitung des Programms der Antragsgegnerin im analogen Basispaket einen unverhältnismäßigen Eingriff in ihr Eigentum darstellen würde, da jegliche Veränderung der Programmbelegung regelmäßig hohe Nebenkosten hervorrufe. Mit einer Einspeisung des Programms in das digitale Basispaket würde die um Kontinuität in ihren Beziehungen zu Endkunden bemühte Antragsgegnerin den gesetzlichen Verpflichtungen genüge tun, zumal auch § 20 iVm § 2 Z 15 PrTV-G nicht zu entnehmen sei, in welcher technischen Form die Verbreitung zu erfolgen habe. Entscheidend sei, dass sich die Verbreitung an die Allgemeinheit richte; diesem Kriterium werde jedoch auch durch das ab November 2001 für Neukunden ausschließlich verfügbare digitale Basispaket entsprochen, da die für die Empfangbarkeit erforderlichen Set-Top-Boxen von den Haushalten nicht anzukaufen seien und für diese damit keine finanzielle Hemmschwelle bestehe. Weiters legte die Antragsgegnerin eine Aufstellung sämtlicher von ihr verbreiteter Programme (Analoges Basispaket: TV- und Hörfunk-Programmübersicht, Beilage ./1; Analoges Zusatzpaket: Telekino mit 19 Programmen; Digitales Basispaket: Digital TV, Beilage ./2; Digitales Zusatzpaket: Digital TV, Beilage ./3) und eine Aufstellung der Teilnehmerzahlen im analogen Basispaket vor. Eine Offenlegung der einzeln vereinbarten Entgeltbeträge erfolgte unter Berufung auf entsprechende Vertraulichkeitsklauseln mit den Vertragspartnern nicht. Entgelt sei jedoch jedenfalls zu entrichten, sowohl in Form von fix zu vereinbarenden Beträgen – für das Jahr 2002 – zwischen ATS xxx und ATS xxx je Haushalt und Monat als auch zusätzlich durch Zurverfügungstellung von Werbezeiten – für das Jahr 2002 – im Gegenwert von ATS xxx bis zu ATS xxx sowie einer Pönaleverpflichtung in Höhe von ATS xxx pro Tag für den Fall einer Programmeinstellung. Die Antragsgegnerin begehrte, die KommAustria möge den Antrag der Antragstellerin in der Sache selbst abweisen und in eventu für den Fall der Erteilung eines Verbreitungsauftrags, diesen im Sinne ihres Vorbringens erlassen, insbesondere keine Auflagen, auf welche technische Art die Verbreitung zu erfolgen habe, auferlegen, ein angemessenes Entgelt in der in der Äußerung aufgezeigten Bandbreite festsetzen und den Verbreitungsauftrag für den Fall aufheben, dass die Antragstellerin nicht innerhalb von 6 Monaten nach dessen Erlassung das geplante Programm veranstaltet oder die gesetzlichen Voraussetzungen zu einem späteren Zeitpunkt wegfallen.

Die KommAustria übermittelte die Stellungnahme der Antragsgegnerin am 4. Oktober 2001 an die Antragstellerin, welche sich mit Schriftsatz vom 10. Oktober 2001 dazu äußerte. Die Antragstellerin bestritt darin das Vorbringen der Antragsgegnerin und bezeichnete deren rechtliche Ausführungen als unzutreffend. Entgegen der Äußerung der Antragsgegnerin lägen alle technischen, betrieblichen und auch die finanziellen Voraussetzungen vor, um das geplante Programm, insbesondere den gesetzlich festgelegten Anteil an Eigenproduktion, innerhalb von 6 Monaten verbreiten zu können. Im übrigen fände die Regelung des § 20 Abs 7 PrTV-G keine Anwendung auf die Antragstellerin, da diese schon seit langem Fernsehprogramme für die Verbreitung in Kabelnetzen gestalte und verbreiten lasse. Die Antragstellerin sei somit Kabelrundfunkveranstalterin im Sinne von § 2 Z 1 PrTV-G, während § 20 Abs 7 PrTV-G in seinem Regelungsgehalt eindeutig auf Personen abstelle, die im Zeitpunkt der Antragstellung noch gar nicht Kabelrundfunkveranstalter seien. Darüber hinaus stehe diese Bestimmung der Erteilung eines Verbreitungsauftrags nicht entgegen, sondern regle vielmehr die Aufhebung eines solchen, falls das in Aussicht genommene Programm nicht binnen 6 Monaten veranstaltet werde. Zum Nachweis der Erfüllung der finanziellen

Voraussetzungen legte die Antragstellerin sicherheitshalber einen Businessplan (Beilage ./H) sowie eine Darstellung der Eigentümerstruktur (Beilage ./I) vor und wies darauf hin, dass die Hauptgesellschafterin der Antragstellerin, die M AG, zur Finanzierung bereit und in der Lage sei. Zur Frage der technischen Art der Verbreitung erläuterte die Antragstellerin ihre Rechtsansicht dahingehend, dass § 20 PrTV-G der Zweck der Erreichbarkeit aller angeschlossenen Haushalte und nicht nur einer kleinen Minderheit oder gar nur künftig zuwerbender Teilnehmer zu entnehmen sei. Unter Hinweis auf eine im Standard getätigte Aussage der Antragsgegnerin (Standard vom 4.9.2001, Beilage ./J) meinte die Antragstellerin, dass mit einer generellen Versorgung aller angeschlossenen Haushalte mit digitalen Programmen erst in 10 Jahren gerechnet werden könne, weil die meisten Teilnehmer noch gar nicht über die notwendigen Einrichtungen zum Empfang digitaler Programme verfügten. Es würde daher eindeutig der Absicht des Gesetzgebers widersprechen und diskriminierend sein, wenn der Kabelnetzbetreiber, als Inhaber einer wesentlichen Einrichtung, einem Verbreitungsauftrag schon dadurch nachkommen könnte, dass eine Verbreitung auf ein erst aufzubauendes Endkundensegment beschränkt würde. Somit spiele auch die Frage der markttechnischen Zumutbarkeit der Umstellung des Programmangebots keine Rolle. Ferner wären die von der Antragsgegnerin vorgelegten Zahlen betreffend das für die Einspeisung des Programms zu entrichtende Entgelt mangels Vergleichbarkeit nicht maßgeblich. Vielmehr müsse auf Regelungen über die Einspeisung von Lokalprogrammen abgestellt werden, so dass entweder gar kein Entgelt oder dies allenfalls durch Gegengeschäfte zu leisten sei. Dazu legte sie ein Schreiben der D GmbH vor (Beilage ./K), wonach für die Programmeinspeisung in das Kabelnetz in Y kein Entgelt, auch nicht in Form von Gegengeschäften zu zahlen sei. Darüber hinaus gehende Verpflichtungen zur Zahlung von Pönalen fänden keine gesetzliche Grundlage und könnten daher nicht seitens der KommAustria auferlegt werden, zumal es sich dabei um pauschalierte Schadenersatzforderungen nicht jedoch um Entgeltbestandteile handle. Gleiches gelte für Bankgarantien oder andere Sicherheitsleistungen. Die Antragstellerin präziserte schließlich ihren ursprünglichen Antrag dahingehend, dass der Antragsgegnerin ausdrücklich eine Verbreitung in der Form aufgetragen werden möge, dass eine Erreichbarkeit aller angeschlossenen Endkunden gewährleistet sei, d.h. im analogen und im digitalen Basispaket.

Am 11. Oktober 2001 fand eine mündliche Verhandlung statt, in deren Rahmen ein weiterer Vermittlungsversuch zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin unternommen wurde. Hinsichtlich der strittigen Punkte, nämlich der Glaubhaftmachung der Erfüllung der finanziellen Voraussetzungen zur Veranstaltung des beantragten Programms, der Frage des Zeitpunktes der Antragstellung vor dem Hintergrund der bevorstehenden Vergabe der terrestrischen Ballungsraum-TV-Lizenzen, der Frage des allenfalls zu entrichtenden Entgelts und schließlich der Frage der Verbreitung im analogen oder digitalen Basispaket konnte jedoch keine Einigung erzielt werden. Die Parteien beriefen sich im wesentlichen auf ihre bis dahin eingebrachten Schriftsätze. Die Antragsgegnerin stellte darüber hinaus den Antrag, einen Sachverständigen aus dem Bereich der Medienwirtschaft beizuziehen, mit dem Auftrag, den seitens der Antragstellerin vorgelegten Businessplan auf seine Plausibilität zu überprüfen. Sie begründete ihr Interesse an der Feststellung der wirtschaftlichen Basis der Antragstellerin mit den im Zuge eines Wechsels der Programmebelegung regelmäßig entstehenden hohen Kosten, so dass zumindest die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des Kabelrundfunkveranstalters gewährleistet sein müsse. Die Antragstellerin sprach sich ausdrücklich gegen die Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen aus, da der KommAustria mit der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH ein Sachverständigenapparat beigegeben sei. Auf die Frage, wann die Mehrheit der angeschlossenen Haushalte auf das digitale Paket umgestiegen sein werde, erklärte die Antragsgegnerin, dass dies maßgeblich von der Finanzkraft der K GmbH und damit der Frage abhänge, ob die entsprechenden Geräte für die Haushalte vorfinanziert werden könnten, so dass dieser Zeitpunkt gegenwärtig nicht abzuschätzen sei. Über Befragen gab der Geschäftsführer der Antragstellerin an, dass diese immer auf eine volle Verbreitung im Kabelnetz ausgerichtet gewesen sei und folglich eine Einigung dahingehend, dass eine

Verbreitung im analogen Paket mit dem Gewinn der terrestrischen Ballungsraumlizenz bedingt sein solle, abgelehnt werde. Hinsichtlich der strittigen Frage der Höhe des zu leistenden Entgelts, beantragte die Antragstellerin, es möge der Antragsgegnerin die Vorlage der entsprechenden Vereinbarungen aufgetragen werden. Die Antragsgegnerin erklärte, diesbezüglich durch Vertraulichkeitsverpflichtungen gebunden zu sein und gab weiters an, dass keine allgemeinen Bedingungen für die Verbreitung der Programme bestünden. Über Vorhalt des seitens der Antragstellerin vorgelegten Schreibens der D GmbH, wonach diese für die Verbreitung in den Kabelnetzen im Raum Y keine Entgelte entrichtete, erklärte die Antragstellerin, keine Kenntnisse darüber zu haben. Auf neuerliches Befragen und nach Vorhalt der Wiederaufnahmegründe gemäß § 69 AVG gab die Antragsgegnerin schließlich an, dass der Gegenwert der von der C GmbH an sich zu leistenden Zahlungen ausschließlich durch Zurverfügungstellung von Werbezeiten im Wert von ATS xxx je angeschlossenen Haushalt und Monat abgegolten würde. Auf Befragen der Antragstellerin, zu welchem Zeitpunkt der Verbreitungsauftrag wirksam werden solle, gab die Rechtsvertreterin an, eine schriftliche Präzisierung im Hinblick auf den Beginn der Verbreitung nachzureichen.

Mit Schreiben vom 15. Oktober 2001 forderte die KommAustria die Antragsgegnerin zum Nachweis der von dieser tatsächlich angewandten Bedingungen für die Einspeisung von Privatfernsehprogrammen durch Offenlegung sämtlicher Verträge und der dazugehörigen Verrechnungskonten mit dem Hinweis auf, dass anderenfalls davon ausgegangen werde, dass das von C GmbH für die Programmeinspeisung zu zahlende Entgelt in Höhe von ATS xxx pro angeschlossenen Haushalt und Monat zur Gänze durch Einräumung von Werbeeinschaltungen zu tarifmäßigen Preisen gegenverrechnet werde. Mit Schriftsatz vom 19. Oktober 2001 erklärte die Antragsgegnerin, dass sie sich mangels Zustimmung ihrer Vertragspartner nicht in der Lage sehe, die erbetenen Urkunden offen zu legen. Zugleich brachte sie vor, dass der ihr allenfalls zu erteilende Verbreitungsauftrag ex lege zu erlöschen habe, wenn die Antragstellerin die terrestrische TV-Lizenz für den Ballungsraum X erhalten sollte, da sie in diesem Fall keine Kabelrundfunkveranstalterin mehr sei, sondern Veranstalter von terrestrischem Rundfunk. Dann wären die Voraussetzungen nach § 20 Abs 3 PrTV-G und eine Verbreitungsverpflichtung folglich nicht mehr gegeben. Am 23. Oktober 2001 übermittelte die KommAustria der Antragstellerin diese Äußerung der Antragsgegnerin zur Kenntnisnahme.

Am 18. Oktober 2001 teilte die Rechtsvertreterin der Antragstellerin der KommAustria telefonisch mit, dass hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse der Antragstellerin Änderungen abzusehen seien, welche insbesondere im Hinblick auf die seitens der Antragsgegnerin bestrittene wirtschaftliche Basis der Antragstellerin erhebliche Bedeutung hätten.

Am 19. Oktober 2001 wurden die von der Antragstellerin als Zeugen für eine Änderung der Eigentumsverhältnisse namhaft gemachten Herren V, Vorstand der N AG, und Mag. W, Vorstand der M AG, welche Inhaberin von 74% der Anteile an der Antragstellerin ist, als Zeugen vernommen. Herr V erklärte, dass die N AG den Erwerb der Mehrheitsbeteiligung am Unternehmen der Antragstellerin und deren industrielle Führung in zwei Schritten anstrebe. Entsprechende Vereinbarungen mit der M AG sowie Beschlüsse des Vorstandes lägen vor. Vorbehaltlich der noch einzuholenden Zustimmung des Aufsichtsrates sei vorgesehen, langfristig 90% an der Antragstellerin zu erwerben, wobei 10% im Eigentum von A, dem Geschäftsführer der Antragstellerin, verbleiben sollen. In einem ersten Schritt sei der Erwerb von rund 37% beabsichtigt. Geplant sei die Nutzung vorhandener Kapazitäten und Erfahrungen der N AG, insbesondere im Vermarktungsbereich, während die Geschäftsführung und die programmliche Gestaltung weiterhin Herrn A obliegen solle. Herr V führte weiters aus, dass die im Businessplan der Antragstellerin ausgewiesenen Einnahmenerwartungen jedenfalls erreicht werden könnten, dies auch vor dem Hintergrund, dass die Verbreitung ausschließlich über Kabel erfolge. Der Businessplan sei nicht daraufhin angelegt, eine Verbreitung auch im Rahmen der terrestrischen TV-Lizenz für den Ballungsraum X zu erlangen. Auch sei die Beteiligung der N AG in keiner Weise mit einem

allfälligen Erwerb der terrestrischen Ballungsraumlizenz bedingt. Ferner gab Herr V an, keine Bankgarantie vorzulegen, die die gesamten Aufwendungen der Antragstellerin absichern würde, dass die N AG einen Teil des Kaufpreises jedoch in bar bezahlen werde und daher wesentlich in dieses Unternehmen investieren wolle und kein Interesse daran habe, dieses Unternehmen kurzfristig wieder aufzugeben. Die N sei jedenfalls bereit, das beantragte Programm für die Dauer eines allfälligen Verbreitungsauftrags von 2 Jahren zu finanzieren, selbst wenn sich die Einnahmenerwartungen nicht vollständig erfüllen sollten. Für die M AG gab Herr Mag. W an, dass entsprechende Vorstandsbeschlüsse vorlägen, jedoch ebenso die erforderlichen Aufsichtsratsbeschlüsse abzuwarten seien. Er führte weiters aus, dass der Businessplan der Antragstellerin mit dem Finanzvorstand der M gemeinsam ausgearbeitet worden sei. Ferner erläuterte er das Grundkonzept seines Unternehmens dahingehend, dass immer beabsichtigt gewesen sei, die Beteiligung an der Antragstellerin zu veräußern, da die M AG nicht unmittelbar im Mediengeschäft involviert sei. Vollständig werde man sich jedoch nicht zurückziehen, sondern über die N, die einen Teil des Kaufpreises in Aktien bezahlen wolle, indirekt beteiligt bleiben.

In einer Stellungnahme vom 7. November 2001 erklärte die Antragsgegnerin, dass die vertragliche Vereinbarung zwischen der N AG und der M AG als schwebend unwirksam betrachtet werden müsse, solange die Zustimmung der jeweiligen Aufsichtsräte nicht vorliege. Deshalb sei auch der geforderte Nachweis über die Finanzierbarkeit des beantragten Programms als nicht gegeben anzusehen. In eventu wurde ausgeführt, dass die Zusage der N AG, zur Finanzierung des Programms auch bei Nichterfüllung der Einnahmenerwartungen jedenfalls bereit zu sein, am Kern des Einwandes der Antragsgegnerin vorbeiziele, da diese vielmehr die angegebenen Ausgabenpositionen in Zweifel gezogen habe, welche nach Auffassung der Antragsgegnerin bei weitem unterschätzt würden. Die Antragsgegnerin wiederhole daher ihren Antrag auf Einholung eines Gutachtens aus dem Bereich der Medienwirtschaft und ersuchte, Dr. R.K. als gerichtlich beeideten Sachverständigen beizuziehen. Ferner beantragte sie, eine Patronanzklärung der N AG zu verlangen, in der sich diese bereit erklärt, den Betrieb des beantragten Rundfunkprogramms für die Dauer des Verbreitungsauftrags zu finanzieren. Zudem ergänzte sie ihre Äußerung vom 19. Oktober 2001 dahingehend, dass ein Außerkrafttreten eines Verbreitungsauftrags für den Fall des Gewinns der terrestrischen Ballungsraumlizenz schon deshalb zwingend eintreten müsse, weil letztere auch außerhalb des Bundeslandes X empfangen werden könnte und somit 2 Bundesländer versorgt werden würden. Dadurch würden die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Verbreitungsauftrag gemäß § 20 PrTV-G wegfallen.

Die Antragstellerin legte am 9. November 2001 Urkunden zum Nachweis der Genehmigungsbeschlüsse der Aufsichtsräte der M AG und der N AG vor. Am selben Tag leitete die KommAustria die vorgelegten Urkunden an die Antragsgegnerin mit dem Ersuchen um Stellungnahme binnen 5 Tagen weiter.

Mit Schriftsatz vom 13. November 2001 präziserte die Antragstellerin ihren Antrag vom 17. September 2001 dahingehend, dass sie in der Lage sei, vier Wochen nach Rechtskraft des von der KommAustria allenfalls zu erlassenden Verbreitungsauftrags, frühestens jedoch am 1. Mai 2002 mit der Veranstaltung eines 24-Stunden-Programmes beginnen zu können. In einer Anfangsphase würden jedenfalls mehr als 120 Minuten eigengestaltetes Programm eingespeist werden können, wobei diese Programmteile dann wiederholt würden. Stufenweise wolle die Antragstellerin hierauf vermehrt eigengestaltete Beiträge produzieren und Wiederholungen reduzieren, so dass jedenfalls innerhalb von 6 Monaten nach Rechtskraft der Entscheidung ein Programm entsprechend dem vorgelegten Sendeschema veranstaltet werden könnte.

In ihrer Stellungnahme vom 13. November 2001 zur Urkundenvorlage der Antragstellerin erklärte die Antragsgegnerin, dass der vorgelegte Beschluss des Aufsichtsrates der M AG nicht ausreiche, um das Vorbringen der Antragstellerin zu bescheinigen, da die

Genehmigung zum Verkauf der Anteile an der Antragstellerin nicht wirksam erteilt worden sei. Der vorgelegten Urkunde über den Beschluss des Aufsichtsrates zufolge habe Herr O, Stellvertreter des Vorsitzenden des Aufsichtsrates, den Beschluss vom 6. November 2001 nicht mitgefertigt. Beschlussfassungen durch schriftliche Stimmabgabe – um eine solche handelte es sich offenbar im konkreten Fall – seien nach der zwingenden Bestimmung des § 92 Abs 3 Aktiengesetz (AktG) nur wirksam und zulässig, wenn kein Mitglied des Aufsichtsrates diesem Verfahren widerspricht. Zum Nachweis der Gültigkeit des Beschlusses des Aufsichtsrates der M AG wäre daher zu bescheinigen, dass Herr O der Beschlussfassung auf schriftlichem Wege nicht widersprochen hat. Ferner erklärte die Antragsgegnerin, dass den jüngsten Medienberichten zu entnehmen sei, dass sich die Gesellschafter der Antragstellerin in geänderte Zusammensetzung um die Lizenz für terrestrisches Fernsehen im Ballungsraum X beworben hätten und daraus folglich zu schließen sei, dass die Eigentümer auch terrestrisches Fernsehen betreiben möchten. Zur Umsetzung eines solchen Doppelprogramms würden jedoch weitere finanzielle Mittel benötigt werden, die offenkundig nicht vorhanden seien. Die Antragsgegnerin berief sich auf ihre bisherigen rechtlichen Ausführungen und beantragte, das Verfahren zur Entscheidung über den Verbreitungsauftrag bis zur Entscheidung über die Vergabe der Ballungsraumlizenz zu unterbrechen und in eventu den Antrag abzuweisen.

In einer weiteren Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 14. November 2001 bestritt diese hinsichtlich der Antragspräzisierung der Antragstellerin deren Fähigkeit, frühestens mit 1. Mai 2002 ein 24-Stunden-Programm herstellen zu können und wiederholte ihr seinerzeitiges Vorbringen, dass die Antragstellerin zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht in der Lage sei, ein, der Bestimmung gemäß § 20 PrTV-G entsprechendes Rundfunkprogramm zu gestalten, weshalb bereits aus diesem Grund der Antrag abzuweisen sei. Aus der Präzisierung gehe ferner hervor, dass die Antragstellerin kein rechtliches Interesse an einem Verbreitungsauftrag per sofort habe. Hinsichtlich des Begehrens der Antragstellerin, sowohl im analogen als auch im digitalen Basispaket verbreitet zu werden, hielt die Antragsgegnerin fest, dass diesfalls die Datenleitung zwischen der Antragstellerin und der Kopfstation der Antragsgegnerin verstärkt werden müsse. Die Übernahme der vermutlich nicht unerheblichen Kosten durch die Antragsgegnerin sei vom Gesetz nicht vorgesehen, so dass auch dieser Antrag abzuweisen sei.

Mit Schriftsatz vom 15. November 2001 legte die Antragstellerin Kopien der notariell beglaubigten Kauf- und Abtretungsverträge zwischen der F GmbH, der M AG und der N AG zum Nachweis der wirksamen Anteilserwerbung durch die N AG vor. Hinsichtlich der von der Antragsgegnerin bestrittenen Gültigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses der M AG führte die Antragstellerin aus, dass dieser Genehmigungsbeschluss nicht im Umlaufweg, sondern in einer ordnungsgemäß einberufenen und beschlussfähigen Sitzung des Aufsichtsrates einstimmig gefasst wurde. Durch die Unterzeichnung der vorgelegten Verträge durch vertretungsbefugte Organe der beteiligten Gesellschaften seien die Ausführungen der Antragsgegnerin obsolet geworden. Weiters gab die Antragstellerin bekannt, dass die durch ihre Gesellschafter gegründete S GmbH einen Antrag auf Erteilung der terrestrischen TV-Lizenz für den Ballungsraum X gestellt habe und betonte dabei, dass das gegenständliche Verfahren dadurch nicht berührt werde.

Am 16. November 2001 brachten beide Parteien nochmals Äußerungen vor, in denen sie ihre bis dahin eingebrachten Vorbringen und Anträge im wesentlichen wiederholten. Die Antragstellerin erklärte außerdem, die Kosten der allenfalls nötigen Verstärkung der Datenleitung für eine analoge wie auch digitale Verbreitung tragen zu können.

Mit Schreiben vom 19. November 2001 verständigte die KommAustria die Parteien von der Schließung des Ermittlungsverfahrens wegen Entscheidungsreife des Verfahrensgegenstandes.

## **2. Festgestellter Sachverhalt**

### **2.1. Verfahrensparteien**

Die Antragstellerin, F GmbH, ist Kabelrundfunkveranstalterin. Sie produziert seit 1. Mai 1999 Fernsehprogramme für die Verbreitung im sogenannten Infokanal des Kabelnetzes in X. Die F GmbH ist eine zu FN xxx beim Handelsgericht X eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung und einem voll eingezahlten Stammkapital von ATS 1.000.000. Im Firmenbuch per 21. November 2001 eingetragene Gesellschafter sind Herr A mit einer Stammeinlage von ATS 260.000,- und die M AG mit einer Stammeinlage von ATS 740.000,-. Mit Beschluss des Aufsichtsrats der M AG vom 6. November 2001 wurde der Verkauf von Anteilen an der F GmbH an die N AG im Rahmen einer beschlussfähigen Sitzung einstimmig genehmigt. Mit Beschluss vom 7. November 2001 genehmigte auch der Aufsichtsrat der N AG diesen Anteilserwerb einstimmig (Aufsichtsratsbeschlüsse, KOA 1.900/01-12). Die N AG hat daraufhin mit notariell beglaubigtem Kauf- und Abtretungsvertrag vom 13. November 2001 zunächst 33% der Anteile an der Antragstellerin von der M AG und 8% der Anteile an der Antragstellerin von Herrn A, Geschäftsführer der Antragstellerin, erworben. Die N AG wird, bedingt mit der Erteilung eines Verbreitungsauftrags nach § 20 PrTV-G, in einem weiteren Schritt weitere 41% der Anteile an der Antragstellerin von der M AG sowie weitere 8% der Anteile an der Antragstellerin von Herrn A erwerben, somit insgesamt 90%. Die M AG bleibt weiterhin indirekt an der Antragstellerin beteiligt, da als Teil des Kaufpreises Aktien an der N AG erworben werden (Kauf- und Abtretungsverträge, KOA 1.900/01-14; Niederschrift zur Zeugeneinvernahme vom 19.10.2001, KOA 1.900/01-11, Aussagen von Herrn V, Vorstand der N AG und Mag. W, Vorstand der M AG).

Die Antragsgegnerin, K GmbH, ist Kabelnetz-Betreiberin im Raum X. Die K GmbH verfügt über rund xxx angeschlossene Kabel-TV Kunden in X. Die K GmbH ist über eine gemeinsame Großmuttergesellschaft mit der C AG bzw. C GmbH als 100%-iger Tochter der C AG verbunden.

Mit Antrag vom 17. September 2001 beehrte die Antragstellerin bei der KommAustria die Erteilung eines Verbreitungsauftrages an die Antragsgegnerin im Umfang eines Vollprogramms (Antrag, KOA 1.900/01-4). Mit Antrag vom 7. November 2001 bewarb sich die S GmbH, gegründet von den Gesellschaftern der Antragstellerin, um die terrestrische analoge TV-Lizenz für den Ballungsraum X (Äußerung der Antragstellerin vom 15.11.2001, KOA 1.900/01-14; Antrag der S GmbH, KOA 3.130/01-15).

### **2.2 Nachfrage auf Verbreitung, fehlende vertragliche Vereinbarung und Vermittlungsversuch der Regulierungsbehörde**

Mit Schreiben vom 1. August 2001 stellte die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin eine Nachfrage auf Einspeisung ihres Fernsehprogramms in das Kabelnetz in X. Sie ersuchte darin im Sinne von § 20 PrTV-G um Einspeisung eines Programms, das vorwiegend der Lokalberichterstattung dient, täglich mehr als 120 Minuten eigengestaltetes Programm enthält und das in keinem anderen Bundesland verbreitet wird und bat um Aufnahme von Verhandlungen zur Vereinbarung angemessener Bedingungen für die Einspeisung. In der Folge fand am 8. August 2001 im Beisein der Rechtsvertreter beider Parteien ein erstes Gespräch zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin statt, wobei in diesem keine Einigung erzielt werden konnte (Beilage ./C; Beilage ./E zum Antrag der Antragstellerin). Mit Schreiben vom 14. August 2001 übermittelte die Antragsgegnerin der Antragstellerin ein Angebot zur Einspeisung eines Vollprogramms, in welchem sie der Antragstellerin die Aufnahme ihres Programms in das Kabelnetz in X im Rahmen des „digitalen Basispakets“ vorschlug. Als Bedingungen dafür forderte sie von der Antragstellerin beginnend mit der Einspeisung die Bereitstellung eines Programms im Umfang von täglich vier Stunden und den Ausbau des Programms der Antragstellerin zu einem 24-Stunden-Programm binnen drei Monaten ab Unterfertigung der Vereinbarung. Das Angebot der Antragsgegnerin sah darüber



hinaus für die Einspeisung Entgeltzahlungen in Höhe von ATS xxx je angeschlossenen Haushalt und Monat ab jenem Zeitpunkt vor, ab dem wenigstens xxx Haushalte an das digitale Basispaket angeschlossen wären, weitere Entgelterhöhungen auf xxx ab xxx angeschlossenen Haushalten sowie Erhöhungen um weitere xxx je weitere xxx angeschlossene Haushalte. Das Angebot der Antragsgegnerin sah darüber hinaus einen endgültigen und unwiderruflichen Verzicht der Antragstellerin auf die Stellung eines Verbreitungsantrags auf Aufnahme in das analoge Basispaket nach § 20 PrTV-G mit Unterfertigung der Vereinbarung vor (Beilage ./E zum Antrag der Antragstellerin). Mit Schreiben vom 30. August 2001 lehnte die Antragstellerin dieses Angebot unter Hinweis darauf ab, dass ihrer Rechtsauffassung nach die sich unter den Voraussetzungen nach § 20 PrTV-G ergebende Verbreitung auf eine allgemeine Verbreitung mit Erreichbarkeit aller angeschlossenen Haushalte und ohne besondere technische Einrichtungen beziehe. Sie machte zugleich einen Kompromissvorschlag, demzufolge die Antragstellerin von der Befassung der Regulierungsbehörde vorläufig absehen wollte, wenn zwischen den Parteien eine verbindliche Vereinbarung unter der aufschiebenden Bedingung des Erhalts der terrestrischen TV-Lizenz für den Ballungsraum X zustande kommen sollte, die im wesentlichen die Einspeisung des Programms der Antragstellerin in das analoge und das digitale Basispaket vorsieht. (Beilage ./F zum Antrag der Antragstellerin) Die Antragsgegnerin lehnte diesen Vorschlag der Antragstellerin mit Schreiben vom 13. September 2001 ab (Beilage ./G zum Antrag der Antragstellerin).

Es kam damit innerhalb von 6 Wochen ab dem Einlangen der Nachfrage (1. August 2001 bis 14. September 2001) keine vertragliche Vereinbarung über eine Verbreitung zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin zustande. In weiterer Folge begehrte die Antragstellerin mit Antrag vom 17. September 2001 bei der KommAustria die Erlassung eines Verbreitungsauftrags an die Antragsgegnerin und zwar in jener technischen Form, die von sämtlichen an das Kabelnetz angeschlossenen Haushalten ohne weitere Einrichtungen empfangen werden kann sowie eine Entscheidung der KommAustria über ein allenfalls zu leistendes Entgelt. (Antrag, KOA 1.900/01-4).

Eine Vereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin über eine Verbreitung des beantragten Programms liegt nicht vor (Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vom 11.10.2001, KOA 1.900/01-9). Seitens der Regulierungsbehörde wurde der Versuch der Vermittlung zwischen den Parteien unternommen, zunächst in einem im Einvernehmen mit den Rechtsvertretern der beteiligten Parteien geführten informellen Gespräch unter Beiziehung der Geschäftsführer der Parteien sowie des Geschäftsführers der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH für den Fachbereich Rundfunk, zum anderen im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 11. Oktober 2001. Hinsichtlich der strittigen Fragen, nämlich der Glaubhaftmachung der Erfüllung der finanziellen Voraussetzungen zur Veranstaltung des beantragten Programms, der Frage des Zeitpunktes der Antragstellung vor dem Hintergrund der bevorstehenden Vergabe der terrestrischen Ballungsraum-TV-Lizenzen, der Frage des allenfalls zu entrichtenden Entgelts und schließlich der Frage der Verbreitung im analogen oder digitalen Basispaket konnte jedoch auch unter Vermittlung der KommAustria keine gütliche Einigung zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin erzielt werden (Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vom 11.10.2001, KOA 1.900/01-9).

### **2.3 Lokalbezug und Verbreitungsgebiet des beantragten Programms**

Die Antragstellerin veranstaltet zur Zeit ein Programm, welches hauptsächlich auf Beiträgen, Interviews und Berichten von lokalen kulturellen Veranstaltungen und Ereignissen, die durch veranstaltungsbezogene Musikvideos ergänzt werden, basiert. Der Musik- und Veranstaltungsbereich in X nimmt hierbei viel Platz ein. Seit 1. April 2001 beträgt die tägliche Programmdauer 2 Stunden. Die Verbreitung des Programmes erfolgt im sog. „Infokanal“, der von der K GmbH im analogen Basisprogramm allen angeschlossenen Haushalten zugänglich ist. Das von der Antragstellerin für die Verbreitung beantragte Programm bleibt

dem bisherigen Grundprinzip eines Fernsehprogramms für junge Stadtbewohner treu, wobei jedoch den Themenbereichen Stadtpolitik, Wirtschaft und Neue Medien, Stadtgeschehen, Szene und Gesellschaft sowie Film gegenüber dem Musikbereich ein höherer Stellenwert eingeräumt wird. Im Zuge der geplanten Ausdehnung der Sendezeit wird das gesamte Spektrum von Information und Unterhaltung aus allen Bereichen des lokalen, sozialen, gesellschaftlichen, kulturellen und künstlerischen Lebens der Stadt X unter Einbeziehung ihrer Bewohner abgedeckt werden. Das von der Antragstellerin beantragte Programm ist ein Vollprogramm mit schwerpunktmäßigem X-bezug und dient somit vorwiegend der Lokalberichterstattung für ein eher junges urbanes Publikum (Beilage ./D zum Antrag der Antragstellerin, Programmkonzept und Sendeschema für ein 24-Stunden Programm).

Im Kabelnetz der Antragsgegnerin wird zur Zeit kein anderes Programm der von der Antragstellerin beantragten Art verbreitet (Beilage ./1 zur Äußerung der Antragsgegnerin vom 3.10.2001, TV-Programmübersicht - analoges Basispaket). Das von der Antragstellerin beantragte Programm wird nur in X und sonst in keinem anderen Bundesland verbreitet werden (Antrag, KOA 1.900/01-4).

## **2.4 Glaubhaftmachung der Eignung zur Veranstaltung des beantragten Programms**

Die Antragstellerin ist in der Lage, täglich ein Programm mit dem gesetzlich geforderten Eigenanteil im Umfang von mindestens 120 Minuten zu produzieren, wobei Wiederholungen hierbei nicht eingerechnet werden. Schon bisher wird im Kabelnetz der Antragsgegnerin täglich ein zweistündiges Programm der Antragstellerin verbreitet. Die Antragstellerin ist mit hoher Wahrscheinlichkeit in der Lage, binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des Verbreitungsauftrags auch das von ihr beantragte und geplante 24-stündige Vollprogramm für die Dauer von 2 Jahren veranstalten zu können. (Beilage ./H zum Antrag der Antragstellerin, Businessplan; Äußerung der Antragstellerin vom 10.10.2001, KOA 1.900/01-8; Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vom 11.10.2001, KOA 1.900/01-9, Aussagen von Herrn A, Geschäftsführer der Antragstellerin).

Die Antragstellerin wird im Rahmen der N AG-Gruppe Kapazitäten und Erfahrungen der N AG, vor allem im Vermarktungsbereich, nutzen können, wodurch entsprechende Synergieeffekte zu erwarten sind. (Niederschrift zur Zeugeneinvernahme vom 19.10.2001, KOA 1.900/01-11, Aussagen von Herrn V, Vorstand der N AG und Mag. W, Vorstand der M AG; Aufsichtsratsbeschlüsse, KOA 1.900/01-12; Kauf- und Abtretungsverträge, KOA 1.900/01-14). Die N AG ist bereit, das von der Antragstellerin beantragte Programm für die Dauer eines allfälligen Verbreitungsauftrags von 2 Jahren auch dann zu finanzieren, wenn sich die Einnahmenerwartungen nicht vollständig erfüllen sollten (Niederschrift zur Zeugeneinvernahme vom 19.10.2001, KOA 1.900/01-11, Aussage von Herrn V, Vorstand der N AG).

## **2.5 Technische Form der Verbreitung**

Die Antragsgegnerin verbreitet Fernsehprogramme innerhalb des Kabelnetzes in X in verschiedenen Programmpaketen. Angeboten wird derzeit ein analoges Basispaket, ein analoges Zusatzpaket namens XY, welches 19 Programme umfasst, und seit 1. November 2001 ein digitales Basispaket unter dem Titel „XYZ Digital“ sowie ein digitales Zusatzpaket. Mit dem Anfang November 2001 neu auf den Markt gebrachten digitalen Basispaket können 50 und mehr Programme, darunter fast alle bisher im analogen Paket angebotenen Programme, empfangen werden. Für Neukunden, d.h. bisher nicht an das Kabelnetz der Antragsgegnerin angeschlossene Haushalte ist seit Anfang November 2001 ausschließlich das digitale Paket verfügbar. Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 11. Oktober wurde noch kein digitales Programm im Kabelnetz der Antragsgegnerin verbreitet (Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 3.10.2001, KOA 1.900/01-7; Beilage ./1; Beilage ./2; Beilage ./3, Programmübersicht).

Die Erreichbarkeit aller am Kabelnetz der Antragsgegnerin angeschlossenen Haushalte ist nur durch eine Verbreitung im analogen und im digitalen Paket gewährleistet.

Derzeit sind alle analogen Kanäle (insgesamt 34) mit Programmen belegt, darunter beispielsweise „tw1“, „Home Order Television“ und „Neun Live“. Im Falle eines Verbreitungsauftrages ist ein derzeit verbreitetes Programm aus dem Angebot der K GmbH zu nehmen. Explizite Vertragsklauseln, die eine Auflösung des zwischen der Antragsgegnerin und den jeweiligen Programmveranstaltern bestehenden Vertrages im Falle eines Verbreitungsauftrages festlegen, gibt es nicht. Zwischen der Antragsgegnerin und den Programmveranstaltern bestehen kaum ausdrückliche, schriftliche Verträge, da es der Antragsgegnerin als Kabelnetzbetreiberin primär auf die Verbreitungsbefugnis des jeweiligen Programmveranstalters ankommt. Öffentlich-rechtliche Anbieter legen diese durch eine Mitgliedschaft in der Verwertungsgesellschaft Rundfunk dar, so dass keine gesonderten schriftlichen Verträge errichtet werden müssen. Hingegen werden mit privaten Programmveranstaltern durchaus schriftliche Vereinbarungen getroffen. (Äußerung der Antragsgegnerin vom 3.10.2001, KOA 1.900/01-7; Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vom 11.10.2001, KOA 1.900/01-9, Aussage der Antragsgegnerin). Über den genauen Inhalt dieser Vereinbarungen können keine Feststellungen getroffen werden.

Es ist derzeit nicht absehbar, welchen Zeitraum die Umstellung der angeschlossenen Haushalte von analogem auf digitalen Empfang in Anspruch nehmen wird. Für die Empfangbarkeit des digitalen Programmes benötigt der Endkunde einen Decoder (Set-top-box). Aus rein technischer Sicht wäre eine Umstellung der Mehrheit der Haushalte von analogem auf digitalen Empfang in einem Zeitrahmen von etwa 2 Jahren möglich. Dieser Zeitrahmen wäre jedoch nur unter der Voraussetzung realistisch, dass die Endkunden die entsprechenden Geräte nicht selbst ankaufen müssen, sondern diese von der Antragsgegnerin vorfinanziert werden. Da eine solche Vorfinanzierung ganz entscheidend von der Finanzkraft der Antragsgegnerin abhängig ist, ist nicht feststellbar, welcher Zeitraum tatsächlich benötigt wird, bis eine Mehrheit der Endkunden über Einrichtungen zum Empfang digitaler Programme verfügt. Ein Zeitraum von bis zu 10 Jahren bis zur Umstellung aller Haushalte ist möglich (Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vom 11.10.2001, KOA 1.900/01-9, Aussagen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin; Beilage .J zum Antrag der Antragstellerin, Standard vom 4.9.2001; Äußerung der Antragstellerin vom 10.10.2001, KOA 1.900/01-8).

## **2.6 Entgelt**

Die Antragsgegnerin wendet keine „allgemeinen Bedingungen“ für die Verbreitung von Fernsehprogrammen in ihrem Kabelnetz an. Festgestellt wird, dass der Österreichische Rundfunk (dieser kraft gesetzlicher Bestimmung) sowie ausländische Rundfunkveranstalter, die sich nicht aus dem österreichischen Werbemarkt finanzieren, der Antragsgegnerin kein Entgelt für die Verbreitung zahlen. Für die Verbreitung von Programmen, die sich (auch) aus dem österreichischen Werbemarkt finanzieren, wird von der Antragsgegnerin ein Entgelt verlangt, das zumindest teilweise durch Gegenverrechnung mit Werbeeinschaltungen entrichtet wird. Für die Verbreitung des Programmes der C GmbH wird ein Entgelt von ATS xxx je angeschlossenen Haushalt und Monat verrechnet, welches zur Gänze durch Gegengeschäfte, nämlich durch die Zurverfügungstellung von Werbezeiten zu tarifmäßigen Preisen, entrichtet wird. Feststellungen zur konkreten Entgelthöhe hinsichtlich jener anderen Veranstalter, die ein Entgelt für die Verbreitung entrichten, können nicht getroffen werden. (Äußerung der Antragsgegnerin vom 3.10.2001, KOA 1.900/01-7; Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vom 11.10.2001, KOA 1.900/01-9, Aussagen der Antragsgegnerin; Äußerung der Antragsgegnerin vom 22.10.2001; KOA 1.900/01-12). Die D GmbH bezahlt für die Einspeisung des Programmes an Kabelnetzbetreiber in der Stadt Y kein Entgelt und es gibt auch keine Werbegegengeschäfte (Beilage .K zur Äußerung der Antragstellerin vom 10.10.2001).

## **2.7 Zur Dauer des Verbreitungsauftrags**

Für die Antragsgegnerin ist es aus markttechnischen Gründen günstig, wenn ihr ein Verbreitungsauftrag im gesetzlich maximal zulässigen Ausmaß von 2 Jahren erteilt wird, da jede Umstellung des Programmangebots zur Verunsicherung der Endkunden und folglich zu Nebenkosten führt. Ebenso hat die Antragstellerin aus wirtschaftlichen Überlegungen heraus ein großes Interesse an einer längerfristigen Verbreitungsmöglichkeit. (Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vom 11.10.2001, KOA 1.900/01-9, Aussagen beider Parteien).

## **3. Beweiswürdigung**

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den jeweils in Klammern angeführten Beweismitteln. Die für die Beweiswürdigung maßgeblichen Erwägungen werden – soweit die Sachverhaltsfeststellungen nicht auf unbestrittenem glaubwürdigem Parteivorbringen bzw. auf dem offenen Firmenbuch beruhen – im folgenden dargelegt:

Der Erwerbsvorgang über Anteile an der F GmbH durch die N AG wurde in den glaubwürdigen Zeugenaussagen von Herrn V und Herrn Mag. W dargelegt und durch die Vorlage eines notariell beglaubigten Kauf- und Abtretungsvertrages nachgewiesen. Die gegen die Gültigkeit des Erwerbsvorganges vorgebrachten Einwendungen der Antragsgegnerin bezogen sich zum einen auf die zunächst nicht vorliegenden Gremialbeschlüsse und zum anderen, nach Vorlage entsprechender Dokumente durch die Antragstellerin, auf Formalfragen hinsichtlich der Gültigkeit dieser Gremialbeschlüsse. Diese formalen Einwendungen vermochten die Behörde nicht davon zu überzeugen, dass der Erwerbsvorgang, wie er in der Darstellung der Antragstellerin bzw. den Zeugenaussagen der Herren V und Mag. W dargestellt und insbesondere durch Vorlage des notariell beglaubigten Vertragswerks belegt wurde, nicht vollzogen werde.

Die von der Antragsgegnerin behauptete fehlende Eignung der Antragsgegnerin zur Veranstaltung des beantragten Programms beruht auf einer kritischen Betrachtung des vorgelegten Businessplanes und Programmkonzeptes, wobei die Antragsgegnerin insbesondere vorbrachte, dass die Kosten der Programmveranstaltung seitens der Antragstellerin wesentlich zu niedrig angesetzt wurden. Die in diesem Zusammenhang getroffenen Feststellungen der KommAustria beziehen sich zunächst darauf, dass die Antragstellerin in der Lage ist, ein tägliches Programm im Umfang von 120 Minuten zu veranstalten, wie sie dies derzeit bereits unbestritten im Infokanal der K GmbH tut. Darüber hinaus wurde – unbeschadet der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhalts – festgestellt, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Antragstellerin in der Lage ist, das beantragte Programm innerhalb von 6 Monaten zu veranstalten. Diese Feststellungen gründen sich darauf, dass auf Grund der Erfahrungen der Antragstellerin mit der gegenwärtigen Programmveranstaltung in Verbindung mit dem Einstieg eines im Medienbereich aktiven und erfolgreichen Miteigentümers für die Behörde zu erwarten ist, dass tatsächlich eine Programmveranstaltung im beantragten Umfang möglich ist und diese auch für die Dauer des Verbreitungsauftrages erfolgen wird, selbst wenn die Erwartungen aus dem Businessplan einnahmen- oder ausgabenseitig nicht zutreffen würden, wie sich auch aus der von Herrn V als Zeuge gemachten Aussage ergibt. Demnach würde die N AG die Finanzierung auch über die Dauer des Verbreitungsauftrages sicherstellen, wenn sich die Einnahmenerwartungen nicht erzielen ließen.

Hinsichtlich des Entgeltes, das von der K GmbH von den Programmveranstaltern verlangt wird, konnten letztlich eindeutige Feststellungen nur darüber getroffen werden, dass der ORF, ausländische öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter sowie sonstige Rundfunkveranstalter, die sich nicht (auch) aus dem österreichischen Werbemarkt finanzieren, kein Entgelt für die Verbreitung bezahlen. Dies ergibt sich aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 3. Oktober 2001 (KOA 1.900/01-7, Seite 7).

Hinsichtlich der Entgelte für die Verbreitung, die von anderen TV-Programmveranstaltern gezahlt wurden, wurde im Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 3. Oktober 2001 ausgeführt, dass für das Jahr 2002 ein Entgelt in der Höhe von ATS xxx bis ATS xxx je angeschlossenem Kabelhaushalt und Jahr verlangt werde. Zusätzlich wären von den TV-Programmveranstaltern der K GmbH noch Werbezeiten zur Verfügung zu stellen, deren Umfang (Gegenwert) im Jahr 2002 zwischen ATS xxx und ATS xxx betragen würde. Auch in der mündlichen Verhandlung hat die Geschäftsführerin der Antragsgegnerin zunächst ausgeführt, dass Werbeeinschaltungen zusätzlich zu den zu leistenden Entgelten zur Verfügung gestellt werden müssen. Erst nach ausdrücklichem Hinweis darauf, dass es einen Wiederaufnahmegrund nach § 69 AVG darstellen könnte, sollten sich die von der K GmbH gemachten Angaben nachträglich als nicht zutreffend herausstellen und nach ausdrücklicher neuerlicher Befragung hat die Geschäftsführerin der Antragsgegnerin eingestanden, dass die von der C GmbH zu leistenden Entgelte ausschließlich durch Zurverfügungstellung von Werbezeiten abgegolten werden. Diesbezüglich werde ein Entgelt von ATS xxx je angeschlossenem Haushalt und Monat gegenverrechnet. Das Vorbringen der Antragsgegnerin war unvollständig und widersprüchlich und jedenfalls hinsichtlich eines Programmveranstalters, nämlich der C GmbH, war das Vorbringen im Schriftsatz vom 3. Oktober 2001 auch – wie von der Geschäftsführerin der Antragsgegnerin schließlich eingestanden wurde – unzutreffend. Das – entgegen einer diesbezüglichen Aufforderung der Behörde im Schreiben vom 17. September – pauschale und nicht näher detaillierte Vorbringen der Antragsgegnerin zu den Entgelten blieb daher unglaubwürdig, zumal der Antragsgegnerin im Lauf des Verfahrens auch ausdrücklich die Gelegenheit gegeben wurde, den Nachweis über die angewandten konkreten Bedingungen zu führen, indem die entsprechenden Vereinbarungen vorgelegt werden; sie hat auch diese Gelegenheit nicht wahrgenommen und sich auf Vertraulichkeitsklauseln berufen. Unter diesen Umständen war es jedenfalls nicht möglich, festzustellen, dass von anderen Programmveranstaltern ein höheres als jenes Entgelt geleistet wird, das von der C GmbH durch Zurverfügungstellung von Werbezeiten in einem Gegenwert von ATS xxx je angeschlossenem Haushalt und Monat geleistet wird.

Das Vorbringen der Antragstellerin hinsichtlich der von der D GmbH geleisteten Entgelte für die Verbreitung im Kabelnetz in Y war durch die Vorlage eines Schreibens der D GmbH glaubwürdig, sodass festgestellt werden konnte, dass die D GmbH für die Verbreitung im Kabelnetz in Y kein Entgelt entrichtet.

## **4. Rechtliche Beurteilung**

### **4.1 Antragslegitimation**

Gemäß § 20 Abs 3 PrTV-G hat die Regulierungsbehörde – dies ist gemäß § 66 PrTV-G die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) – auf Antrag eines Kabelrundfunkveranstalters dem Kabelnetzbetreiber die Verbreitung eines Programms aufzutragen, wenn zwischen dem Kabelrundfunkveranstalter und dem Kabelnetzbetreiber unter Vermittlung der Behörde keine gütliche Einigung erzielt wird, in dem Kabelnetz höchstens ein Programm der beantragten Art verbreitet oder weiter verbreitet wird und das beantragte Programm vorwiegend der Lokalberichterstattung dient, täglich mehr als 120 Minuten eigengestaltetes Programm umfasst, wobei Wiederholungen nicht einzurechnen sind, und das Programm in keinem anderen Bundesland verbreitet wird.

Kabelrundfunkveranstalter ist, wer – mit Ausnahme des ORF – Hörfunk- oder Fernsehprogramme (analog oder digital) für die Verbreitung in Kabelnetzen schafft, zusammenstellt und verbreitet oder durch Dritte vollständig und unverändert verbreiten lässt (§ 2 Z 1 PrTV-G). Den Kabelrundfunkveranstalter trifft gemäß § 9 PrTV-G eine Anzeigepflicht an die Regulierungsbehörde.

Durch die Veranstaltung eines täglichen Kabelfernsehprogramms im Umfang von 2 Stunden, welches im Infokanal der K GmbH verbreitet wird, erfüllt die Antragstellerin die gesetzlichen Voraussetzungen als Kabelrundfunkveranstalterin, sodass sie grundsätzlich zur Antragstellung gemäß § 20 Abs 3 PrTV-G berechtigt ist.

Die K GmbH als Antragsgegnerin betreibt im Raum X ein Kabelnetz im Sinne des § 2 Z 14 PrTV-G, sodass sie als Kabelnetzbetreiberin im Sinne des § 20 Abs 3 PrTV-G zur Verbreitung verpflichtet werden kann.

Gemäß § 20 Abs 4 PrTV-G können die Parteien die Regulierungsbehörde erst dann anrufen, wenn innerhalb einer Frist von 6 Wochen ab Einlangen der Nachfrage keine vertragliche Vereinbarung über die Verbreitung zu Stande gekommen ist.

Die Nachfrage der Antragstellerin erfolgte am 1. August 2001, worauf ein Gesprächstermin und darauf ein mehrfacher Briefwechsel zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin folgte, welcher jedoch zu keiner Einigung zwischen den beiden Parteien führte. Nach Anrufung durch die Antragstellerin mit Antrag vom 14. September 2001, welcher am 17. September 2001 bei der KommAustria einlangte, bemühte sich diese unter anderem im Rahmen einer am 11. Oktober 2001 stattgefundenen mündlichen Verhandlung, zwischen den Parteien zu vermitteln und die strittigen Punkte zu klären. Es konnte jedoch auch anlässlich dieses Termins keine Einigung zwischen den Parteien herbeigeführt werden. Da somit auch die sechswöchige Verhandlungspflicht vor Antragseinbringung erfüllt wurde und zwischen den Parteien keine vertragliche Vereinbarung über die Verbreitung des beantragten Programms besteht, ist der von der F GmbH gestellte Antrag auf Erteilung eines Verbreitungsauftrags gegenüber der K GmbH zulässig.

#### **4.2 Beantragtes Programm**

Auch die gesetzlich geforderten Voraussetzungen hinsichtlich der Programmqualität und des Verbreitungsgebietes des beantragten Programms für einen Verbreitungsauftrag liegen vor. Wie sich aus den getroffenen Feststellungen ergibt (und zwischen den Parteien auch unstrittig war), wird gegenwärtig kein Programm der beantragten Art, nämlich ein Rundfunkprogramm mit Schwerpunkt auf den Themenbereichen Stadtpolitik, Information und Unterhaltung aus allen Bereichen des lokalen, sozialen, gesellschaftlichen, kulturellen und künstlerischen Lebens der Stadt X, im Kabelnetz der Antragsgegnerin verbreitet. Das von der Antragstellerin derzeit gestaltete sowie auch das im Zuge der Ausdehnung der Sendezeit geplante Programm dient vorwiegend der Lokalberichterstattung für die Stadt X. Eine Verbreitung des Programms der Antragstellerin erfolgt zur Zeit lediglich am Infokanal des Kabelnetzes in X und das Programm wird auch in keinem anderen Bundesland verbreitet werden. Die Antragstellerin gestaltet seit 1. April 2001 ein Programm im Umfang von täglich 2 Stunden und erfüllt damit bereits zum jetzigen Zeitpunkt das gesetzliche Erfordernis eines Eigenanteils am gestalteten Programm von 120 Minuten, wobei Wiederholungen nicht eingerechnet werden. Auch die Voraussetzungen des § 20 Abs 3 Z 2 und 3 PrTV-G liegen daher vor.

#### **4.3 „Potentieller Kabelrundfunkveranstalter“ im Sinne von § 20 Abs 7 PrTV-G?**

Die Antragsgegnerin brachte in ihrem Schriftsatz vom 3. Oktober 2001 unter anderem vor, dass die Antragstellerin nicht glaubhaft machen könne, gemäß § 20 Abs 7 PrTV-G in der Lage zu sein, das beantragte Programm binnen 6 Monaten ab Erteilung des Verbreitungsauftrags umsetzen zu können.

Wie bereits unter Punkt 4.1 ausgeführt, handelt es sich bei der Antragstellerin um einen Kabelrundfunkveranstalter im Sinne des § 2 Z 1 PrTV-G, sodass sich die Antragslegitimation bereits aus § 20 Abs 3 PrTV-G ergibt. Hingegen bezieht sich die Bestimmung des § 20 Abs 7 PrTV-G auf Unternehmen, die im Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht tatsächlich ein

Kabelrundfunkprogramm veranstalten. Mit dieser Bestimmung sollte, wie dies im Bericht des Verfassungsausschusses (VAB 720 BlgNR XXI. GP) ausdrücklich festgehalten wird, lediglich „klargestellt werden, dass auch Unternehmen, die noch kein Programm verbreiten, also noch nicht Kabelrundfunkveranstalter sind, einen Antrag auf Verbreitung stellen können.“ Auch nach den Erläuterungen zur Vorgängerbestimmung in § 11 Kabel- und Satelliten-Rundfunkgesetz (KSRG) ging der Gesetzgeber davon aus, dass unter dem Begriff Kabelrundfunkveranstalter auch nur ein „potentieller Kabelrundfunkveranstalter“ zu verstehen wäre (vgl. Erläuterungen zu § 11 KSRG, RV 500 BlgNR XX. GP). Nur jene Antragsteller auf Erteilung eines Verbreitungsauftrages, die zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht Kabelrundfunkveranstalter im Sinne des § 2 Z 1 PrTV-G sind, haben daher glaubhaft zu machen, in der Lage zu sein, das geplante Programm spätestens innerhalb von 6 Monaten nach Erlassung eines Verbreitungsauftrages zu veranstalten.

Selbst wenn man jedoch der Ansicht der Antragsgegnerin folgen würde, wonach im vorliegenden Fall die Glaubhaftmachung gemäß § 20 Abs 7 PrTV-G erforderlich wäre, ist es der Antragstellerin gelungen, die Eignung zur Veranstaltung des geplanten Vollprogramms glaubhaft darzulegen. Die Antragstellerin hat vorgebracht, in der Lage zu sein, ein Programm der beantragten Art – somit ein Programm im Umfang von 24 Stunden täglich, davon jedenfalls mehr als 120 Minuten täglich eigengestaltete Beiträge – binnen 6 Monaten nach Erteilung eines Verbreitungsauftrags veranstalten zu können.

Die Antragsgegnerin stellte den Antrag, einen nicht-amtlichen Sachverständigen aus dem Bereich der Medienwirtschaft beizuziehen, mit dem Auftrag, den Businessplan der Antragsgegnerin auf seine Plausibilität zu überprüfen und die Frage der Eigenmittelzufuhr zu erforschen. Die Antragsgegnerin machte zu diesem Zweck Herrn Dr. R.K. namhaft.

Das von der Antragsgegnerin genannte Beweisthema, zu dem der nicht-amtliche Sachverständige beizuziehen wäre, bezog sich auf die Plausibilität des Businessplanes und die notwendige Eigenmittelzufuhr bzw. im Schriftsatz vom 7. November 2001 darauf, „dass der vorgelegte Businessplan keinesfalls realistisch ist und eine Überschreitung der Ausgaben um wenigstens 70 % zu erwarten ist.“ Wie bereits zu Punkt 4.1. ausgeführt, ergibt sich die Antragslegitimation der Antragstellerin bereits aus dem Umstand, dass sie Kabelrundfunkveranstalterin im Sinne des § 2 Z 1 iVm § 20 Abs 3 PrTV-G ist. § 20 Abs 3 PrTV-G verlangt jedoch im Hinblick auf die Erteilung von Verbreitungsaufträgen zugunsten von Veranstaltern lokaler Kabelrundfunkprogramme weder die Erbringung eines Nachweises für eine ausreichende finanzielle Grundlage zur Veranstaltung des beantragten Programms für die Dauer eines Verbreitungsauftrags noch deren Glaubhaftmachung. Für die Erteilung eines Verbreitungsauftrages zu Gunsten eines Kabelrundfunkveranstalters ist es daher nicht Voraussetzung, dass ein geprüfter, plausibler oder realistischer Businessplan vorliegt, dass eine bestimmte Eigenmittelzufuhr erfolgt oder die geplanten Ausgaben im Rahmen dessen liegen, was der Kabelnetzbetreiber als angemessen erachtet. Lediglich im Rahmen einer Prüfung der Wahrscheinlichkeit, ob ein Antragsteller, der noch nicht Kabelfernsehveranstalter im Sinne des § 2 Z 1 PrTV-G ist, tatsächlich zur Veranstaltung des geplanten Programms in der Lage ist, hat die Behörde auch Feststellungen über die Eignung zur Programmveranstaltung zu treffen und in diesem Rahmen gegebenenfalls auch die Plausibilität eines Businessplans zu beurteilen.

Auch § 20 Abs 7 PrTV-G verlangt freilich nicht den Nachweis, dass der Kabelrundfunkveranstalter das Programm ausfinanziert hat oder über die Dauer des Verbreitungsauftrages hinweg jedenfalls über die notwendigen Einnahmen verfügen wird, um die Ausgaben für die Programmveranstaltung zu decken. § 20 Abs 7 PrTV-G verlangt lediglich die Glaubhaftmachung. Den Antragsteller trifft somit die Verpflichtung, jene Umstände der Behörde mitzuteilen und in geeigneter Form zu belegen, die der Behörde ein Urteil über die Wahrscheinlichkeit (*Walter – Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht* 7. Aufl, Rz 315) der Eignung des Antragstellers ermöglichen. Im konkreten Fall war daher schon aus rechtlichen Gründen ein Eingehen auf das von der Antragsgegnerin genannte Beweisthema

nicht erforderlich, sodass dem Antrag auf Bestellung eines Sachverständigen nicht entsprochen wurde. Es war daher auch nicht zu prüfen, inwieweit – wie die Antragstellerin vorgebracht hat – der Behörde mit der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH der zur Klärung dieser Frage notwendige Sachverständigenapparat beigegeben ist und daher die Bestellung eines nicht-amtlichen Sachverständigen nicht erforderlich wäre. Zudem konnte auf Grund der vorgelegten Unterlagen und insbesondere auch angesichts der unter Beweis gestellten Eigentumsänderungen sowie der damit verbundenen Erweiterung des Gesellschafterkreises um ein etabliertes Medienunternehmen davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin mit hoher Wahrscheinlichkeit in der Lage sein wird, das beantragte Programm für die Dauer des Verbreitungsauftrages auch tatsächlich zu veranstalten. Selbst wenn man daher der Ansicht der Antragsgegnerin folgen würde, wonach § 20 Abs 7 PrTV-G heranzuziehen wäre, reicht das Vorbringen der Antragstellerin in Verbindung mit den vorgelegten Unterlagen aus, ein Urteil über die Wahrscheinlichkeit der Programmverbreitung zu treffen, ohne dass eine Gutachterbestellung zu konkreten Fragen des Businessplanes erforderlich wäre.

#### **4.4 Zur technischen Art der Verbreitung**

Mit der Bestimmung des § 20 PrTV-G, welche nach dem Vorbild des § 11 Kabel- und Satelliten-Rundfunkgesetz (KSRG) gestaltet ist, werden Kabelnetzbetreibern „Must-Carry“-Verpflichtungen auferlegt. Derartige Must-Carry-Verpflichtungen stellen eine medienpolitische Maßnahme dar, wie sie in den meisten europäischen Staaten üblich sind (vgl. dazu die Studie von Ovum für die Europäische Kommission, Final Report of the Study of the development of competition for electronic Conditional Access networks and services, together with an Inventory of EU 'Must Carry' regulations, prepared by OVUM in association with Squire Sanders & Dempsey LLP;

[http://europa.eu.int/information\\_society/topics/telecoms/regulatory/studies/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/studies/index_en.htm)).

Den must-carry-Bestimmungen des § 20 PrTV-G liegt eine medienpolitische Wertung zugrunde, wonach entsprechend der Ausgestaltung des Rundfunks als öffentliche Aufgabe im Sinne des BVG-Rundfunk sichergestellt werden soll, dass österreichische – und hier in § 20 Abs 3 PrTV-G insbesondere lokale – Programme verbreitet werden können. Diese Programme stehen hinsichtlich der Kanalbelegung im Kabelnetz im Verhältnis zum Kabelnetzbetreiber im Wettbewerb mit zahlreichen Programmen, die durch die Ansprache besonderer, werbewirtschaftlich relevanter Zielgruppen oder auch durch ein „Programmangebot“, das mit traditionellem Fernseh Rundfunk als meinungsbildendem Medium nur mehr wenig gemein hat (beispielsweise Homeshopping-Kanäle bzw. „Transaktionsfernsehen“), in der Lage sind, höhere Erlöse zu erzielen als österreichische und im besonderen der Lokalberichterstattung dienende Programme, und die daher auch bereit und in der Lage sind, für die Verbreitung im Kabelnetz allenfalls höhere Entgelte an den Kabelnetzbetreiber zu entrichten. Für einen Programmveranstalter, der ein vorwiegend der Lokalberichterstattung dienendes Programm gestaltet, stellt zudem die Verbreitung im Kabelnetz in der Regel die einzig ökonomisch vertretbare Form der Programmverbreitung dar. Auf Grund der Knappheit des Frequenzspektrums ist eine terrestrische Verbreitung, die sich auf den Raum X beschränkt, jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt nur einem einzigen Privatfernsehveranstalter möglich, der überdies auf die gemeinsame Nutzung des Kanal 34 mit dem ORF gemäß § 13 iVm Anlage 3 PrTV-G verwiesen ist. Eine Satellitenverbreitung wiederum ist für das lokal eng beschränkte Versorgungsgebiet ökonomisch und technisch wenig zweckmäßig.

Damit ist die must-carry-Regelung des § 20 Abs 3 PrTV-G vor dem Hintergrund zu betrachten, dass Kabelnetzbetreiber in ihrem Verbreitungsgebiet eine Monopolstellung für die Verbreitung von Lokalfernsehprogrammen einnehmen und somit prinzipiell in der Lage sind, Veranstaltern von (lokalen) Rundfunkprogrammen den Zugang zu ihrem Kabelnetz zu verweigern oder allenfalls nur unter diskriminierenden Bedingungen einzuräumen. Dieser



Möglichkeit soll durch die Erteilung eines Verbreitungsauftrags bei Vorliegen der gesetzlichen Bestimmungen vorgebeugt werden.

Die Bestimmung nach § 20 PrTV-G entspricht inhaltlich im wesentlichen der bisherigen Rechtslage, wie sie durch § 11 KSRG geregelt war. Den Erläuterungen zur Regierungsvorlage betreffend § 11 KSRG ist die erklärte Absicht des Gesetzgebers zu entnehmen, dass es den Kabelnetzbetreibern aufgrund deren monopolartiger Stellung nicht ausschließlich überlassen sein sollte, die medienpolitische Entscheidung darüber zu treffen, welches Programm letztendlich zu den Konsumenten gelangt (RV 500 BlgNR XX.GP; vgl. auch *Kogler/Trainer*, Privatrundfunkgesetz, S. 112). Die Must-Carry Verpflichtung wurde daher vom Gesetzgeber ausdrücklich „im Interesse der Meinungsvielfalt und Informationsfreiheit“ vorgesehen (RV 500 BlgNR XX. GP). Zwar geht auch der Gesetzgeber grundsätzlich von einem Vorrang der privatrechtlichen Vereinbarung aus, sodass generell Verbreitungsbedingungen zwischen Kabelrundfunkveranstalter und Kabelnetzbetreiber zu vereinbaren sind. Im öffentlichen Interesse wird jedoch ausdrücklich angeordnet, dass jedenfalls die Programme des Österreichischen Rundfunks und des Inhabers einer bundesweiten Zulassung für terrestrisches Fernsehen zu verbreiten sind, sowie dass darüber hinaus die Regulierungsbehörde auf Antrag einen Verbreitungsauftrag für ein Lokalprogramm im Sinne des § 20 Abs. 3 Z 3 PrTV-G erteilen kann.

Damit bringt der Gesetzgeber die medienpolitische Wertung zum Ausdruck, dass es im öffentlichen Interesse, insbesondere im Interesse der Meinungsvielfalt und Informationsfreiheit liegt, wenn neben den öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogrammen und einem bundesweitem privaten Fernsehprogramm auch ein explizit vorwiegend der Lokalberichterstattung dienendes Fernsehprogramm im Kabelnetz empfangbar ist.

Diese Bedeutung eines vorwiegend der Lokalberichterstattung dienenden Programms im Interesse der Meinungsvielfalt und Informationsfreiheit ergibt sich auch daraus, dass ein Verbreitungsauftrag nur unter der Bedingung erteilt werden kann, dass der Kabelnetzbetreiber noch kein oder lediglich ein Programm verbreitet, das der beantragten Programmart entspricht. An den Umfang des Lokalprogramms werden dabei keine hohe Anforderungen gestellt, da bereits ein 120-minütiges tägliches Programm (ohne Einrechnung von Wiederholungen) ausreicht, um die Must-Carry-Verpflichtung des Kabelnetzbetreibers auszulösen. Der Gesetzgeber hat mit dieser Untergrenze von 120 Minuten entsprechend den Erläuterungen zu § 11 KSRG sicherstellen wollen, dass es sich tatsächlich um die Veranstaltung von Programmen handelt und andererseits nicht Programmplätze in Kabelnetzen durch die Erteilung eines Verbreitungsauftrages blockiert werden können. Aus der Festlegung einer 120 Minuten Untergrenze für das täglich eigengestaltete Programm ergibt sich zudem auch, dass der Gesetzgeber ganz offensichtlich nicht davon ausgegangen ist, dass ein vorwiegend der Lokalberichterstattung dienendes Programm notwendigerweise als Vollprogramm ausgestaltet sein muss. Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin dargelegt, dass sie ein 24 Stunden Vollprogramm gestalten wolle und damit deutlich über der 120-minütigen Mindestgrenze liegt, dies auch unter Einrechnung der im Programmschema vorgesehenen Wiederholungen.

Der Antrag der Antragstellerin war zunächst auf eine Verbreitung im analogen Basispaket der Antragsgegnerin gerichtet und wurde in weiterer Folge auch auf eine digitale Verbreitung ausgedehnt.

Die Antragsgegnerin bestritt in ihren Vorbringen eine gesetzliche Verpflichtung, der zufolge eine Verbreitung ausschließlich im analogen Modus und „Basispaket“ durchzuführen sei und führte unter Berufung auf die Definition der „Allgemeinheit“ nach § 2 Z 15 PrTV-G aus, dass das PrTV-G in keiner Weise auf die technische Form der Verbreitung abstelle. Entscheidend nach dieser Definition sei nach Auffassung der Antragsgegnerin das Kriterium der Allgemeinheit, die jedoch auch über eine digitale Verbreitung erreicht werden könne. Die Antragsgegnerin fügte hinzu, dass in den Erläuterungen zu § 2 Z 2 KSRG, der

Vorläuferbestimmung von § 2 Z 15 PrTV-G, ausdrücklich festgehalten worden sei, dass auch ein Pay-TV-Programm, welches nur unter Verwendung von im Handel erhältlichen Decodern betrachtet werden kann, an die Allgemeinheit gerichtet sei.

Den rechtlichen Ausführungen der Antragsgegnerin kann nicht gefolgt werden. Der Begriff der Allgemeinheit, wie er in § 2 Z 5 PrTV-G definiert wird, stellt auf die allgemeine Definition für Rundfunk ab, wie sie insbesondere in Artikel 1 Abs 2 des Bundesverfassungsgesetzes über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks enthalten ist, wonach Rundfunk „die für die Allgemeinheit bestimmte Verbreitung von Darbietungen aller Art in Wort, Ton und Bild unter Benützung elektrischer Schwingungen“ ist. Aus dieser Definition der Allgemeinheit, die vor allem zur Abgrenzung des Rundfunkbegriffes von Formen der individuellen Kommunikation („one to many“ vs. „one to one“) dient, kann für die Frage der technischen Form der Verbreitung gemäß Must-Carry-Obligation nichts gewonnen werden. Auch die von der Antragsgegnerin zitierten Erläuterungen zum Begriff der Allgemeinheit haben keinen Bezug zu einer Verbreitung des Programms im Rahmen eines Verbreitungsauftrags, sondern stellen lediglich klar, dass auch Programme, die verschlüsselt oder gegen zusätzliches Entgelt verbreitet werden, den rundfunkrechtlichen Regelungen unterliegen, weil auch in diesem Fall keine „one-to-one“ Kommunikation vorliegt.

Das Wesen der Must-Carry-Verpflichtung ist es, dass – wie bereits ausgeführt – Kabelnetzbetreiber nicht die medienpolitische Entscheidung darüber treffen sollen, welches Programm letztendlich zu den Konsumenten gelangt. Würde man die Auffassung der Antragsgegnerin der Entscheidung zugrundelegen, wonach jegliche an die Allgemeinheit gerichtete Verbreitung bereits zur Erfüllung einer Must-Carry-Verpflichtung geeignet wäre, so wäre beispielsweise die Verbreitung auch nur in einem kleineren geographischen Teil des Kabelnetzes oder in verschlüsselter Form und gegen Entrichtung eines zusätzlichen Entgelts geeignet, den Verbreitungsauftrag zu erfüllen.

Das Anliegen des Gesetzgebers war es jedoch, im Interesse der Meinungsvielfalt und Informationsfreiheit sicherzustellen, dass grundsätzlich alle an ein Kabelnetz angeschlossenen Haushalte die Möglichkeit haben, neben den Programmen des ORF und des Inhabers einer bundesweiten Zulassung für terrestrisches Fernsehen auch ein vorwiegend der Lokalberichterstattung dienendes Programm zu empfangen. Unter diesen Umständen kann es nicht zweifelhaft sein, dass unter der Verbreitung im Rahmen der Must-Carry-Verpflichtung nach § 20 Abs 3 PrTV-G nur eine solche Verbreitung verstanden werden kann, die tatsächlich gewährleistet, dass alle an das Kabelnetz angeschlossenen Haushalte tatsächlich dieses Programm im Rahmen des allgemeinen Angebots des Kabelnetzbetreibers empfangen können. Wie die Antragsgegnerin selbst ausgeführt hat, ist es Neukunden der K GmbH überhaupt erst seit Anfang November 2001 möglich, sich an das digitale Paket anschließen zu lassen; zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 11. Oktober 2001 waren noch keine Kunden angeschlossen. Im Falle einer Verbreitung ausschließlich auf digitalem Wege würden daher entweder überhaupt nur neu anzuwerbende Kunden oder allenfalls bisherige Kunden, die sich zu einem Umstieg auf das digitale Paket entschließen, erreicht werden können. Die von § 20 PrTV-G bezweckte Erreichbarkeit aller am betreffenden Kabelnetz angeschlossenen Kunden ist somit vorerst nur durch eine Verbreitung (auch) auf analogem Wege gewährleistet.

Die Antragsgegnerin meint, dass ein allfälliger Verbreitungsauftrag nur jene „Auflagen“ zu Lasten der Antragsgegnerin enthalten dürfe, die den Anspruch der Antragstellerin erfüllen, zugleich aber das Eigentum der Antragsgegnerin – wozu auch das Recht zähle, Kabelplätze mit Programmen der eigenen Wahl zu belegen – geringst möglich beeinträchtige. Somit würde nach Ansicht der Antragsgegnerin die Auflage einer Verbreitung im analogen Basispaket angesichts der Tatsache, dass der gesetzliche Anspruch schon durch eine an die Allgemeinheit – im konkreten Fall also im wesentlichen an zukünftige Kunden – gerichtete Verbreitung auf digitalem Wege erfüllt wäre und zur Zeit alle analogen Kabelplätze belegt sind, eine unverhältnismäßige Auflage darstellen, da damit zwangsläufig die Herausnahme

eines derzeit verbreiteten Programms verbunden wäre. Die Abschaltung eines den Kunden bekannten Programms sei markttechnisch nicht zumutbar, da dies regelmäßig Nebenkosten hervorrufe und überdies mit vertragsrechtlichen Problemen verbunden sei.

Die Verbreitung bereits im analogen Basispaket stellt jedoch entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin keine Auflage dar, sondern ergibt sich aus dem Wesen des Verbreitungsauftrages, der die privatrechtliche Autonomie des Kabelnetzbetreibers zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen beschränkt, um die Verbreitung eines der Meinungsvielfalt dienenden, auf Lokalberichtserstattung spezialisierten Programms an alle an das Kabelnetz angeschlossenen Haushalte zu gewährleisten. Der Umstand, dass daher allenfalls ein belegter Kanal „freigemacht“ werden muss, ist im Sinne der vom Gesetzgeber getroffenen Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Meinungsvielfalt und Informationsfreiheit einerseits und den kommerziellen Interessen des Kabelnetzbetreibers bzw. anderer privater Rundfunkveranstalter in Kauf zu nehmen. Mit der Erteilung eines Verbreitungsauftrages war zudem seitens der Antragsgegnerin jedenfalls seit Inkrafttreten des KSRG zu rechnen und es wäre an ihr gelegen, allenfalls in diesem Zusammenhang erforderliche Vertragsklauseln in die Verträge mit anderen Programmveranstaltern aufzunehmen.

Der Verbreitungsauftrag bezieht sich auf das gesamte Kabelnetz, nicht bloß auf einzelne Teile davon. Wäre es einem Kabelnetzbetreiber möglich, einem nach § 20 PrTV-G erteilten Verbreitungsauftrag schon dadurch zu entsprechen, dass er das beantragte Programm mit einer Technologie verbreitet, die erst in weiterer Zukunft einem gewissen Kundenkreis zugänglich sein wird bzw. die allenfalls einer nur unerheblichen Zahl von Teilnehmern zugänglich ist, oder indem er gegebenenfalls den Empfang dieses Programms an die Bezahlung eines hohen zusätzlichen Entgelts knüpft, so würde damit der Verbreitungsauftrag sinnlos: es läge wiederum in der Hand des Kabelnetzbetreibers, welche Programme zum Kunden gelangen. Da die analoge Verbreitung gegenwärtig die einzige Technologie darstellt, die eine Erreichbarkeit der weit überwiegenden Zahl aller Teilnehmer und nicht nur einer geringfügigen Zahl von Teilnehmern gewährleisten kann, beinhaltet der hier erlassene Verbreitungsauftrag jedenfalls auch die Verpflichtung zur Einspeisung in das analoge Basispaket.

Soweit die Antragsgegnerin die Auffassung vertritt, die Regulierungsbehörde könne über die Art der technischen Verbreitung nicht absprechen, ist ihr entgegenzuhalten, dass sich die Festlegung der technischen Form der Verbreitung gerade deshalb als notwendig erweist, da es die erklärte Absicht der Antragsgegnerin ist, im Falle eines nicht ausreichend spezifizierten Verbreitungsauftrages ausschließlich eine Einspeisung im digitalen Programmpaket vorzunehmen, was eine Umgehung der Verbreitungsverpflichtung gemäß § 20 PrTV-G darstellen würde. Schon aus Gründen der erforderlichen Klarheit war daher ausdrücklich auszusprechen, dass die Antragsgegnerin (auch) zur Verbreitung im analogen Basispaket verpflichtet ist.

Da die Antragsgegnerin das analoge Kabelfernsehnetz weiter betreibt, neuen Kunden jedoch nur mehr die digitalen Programmpakete anbietet, war zur Sicherstellung der Erreichbarkeit aller Kunden des Kabelnetzes der Antragsgegnerin festzulegen, dass die Verbreitung sowohl im analogen als auch im digitalen Basispaket zu erfolgen hat. Aufgrund der bereits bestehenden Verbreitung eines Kabelfernsehprogramms der Antragstellerin im Netz der Antragsgegnerin ist hinsichtlich der Programmmzubringung eine weitere Regelung nicht erforderlich; lediglich hinsichtlich der derzeit noch nicht vorgenommenen Verbreitung im digitalen Paket war ein Ausspruch darüber erforderlich, wer die Kosten der dazu allenfalls nötigen Verstärkung der bestehenden Datenleitung zu tragen hat. Entsprechend dem Antrag der K GmbH wurde daher der Antragstellerin auferlegt, die Kosten für eine allenfalls erforderliche Verstärkung der Datenleitung zur Kopfstation der Antragsgegnerin zu übernehmen.

#### 4.5 Festlegung eines angemessenen Entgelts

Gemäß § 20 Abs 6 PrTV-G ist bei Festlegung des Entgelts auf die geltenden Bedingungen des betreffenden Kabelnetzbetreibers für die Übernahme von Programmen Rücksicht zu nehmen. Sollten derartige nicht vorhanden sein, ist auf vergleichbare Bedingungen abzustellen.

Hinsichtlich der Frage des angemessenen Entgelts für die Übernahme eines Programms machte die Antragsgegnerin zunächst geltend, dass von all jenen Programmveranstaltern, die sich durch österreichspezifische Werbeeinschaltungen finanzieren bzw. die sich an den österreichischen Werbemarkt richten, ein Entgelt für die Verbreitung bezahlt werde. Nach eigenen Angaben wendet die Antragsgegnerin keine allgemeinen Bedingungen für alle ihre Vertragspartner an. Zur Offenlegung der im Einzelfall zur Anwendung kommenden Vereinbarungen war sie jedoch nicht bereit. Angesichts der unvollständigen und teilweise widersprüchlichen Ausführungen der Antragsgegnerin hinsichtlich der verrechneten Entgelte konnten auch keine Feststellungen über die von den einzelnen Programmveranstaltern konkret verlangten und vor allem auch über die – unter Berücksichtigung der branchenüblichen Gegengeschäfte und Rabattierungen – bezahlten Entgelte getroffen werden. Die Entscheidung der Regulierungsbehörde zur Festlegung des angemessenen Entgelts hatte daher auf vergleichbare Bedingungen abzustellen. Der Einwand der Antragsgegnerin, wonach nicht auf vergleichbare Bedingungen abzustellen sei, sondern immer auf die konkreten Bedingungen des betroffenen Kabelnetzbetreibers geht insofern ins Leere, als die Antragsgegnerin ausdrücklich eingeladen wurde, die konkreten Bedingungen offen zu legen, dies jedoch nicht getan hat. Die konkreten Bedingungen der Antragsgegnerin als betroffener Kabelnetzbetreiberin wären jedoch nur unter Mitwirkung der Antragsgegnerin feststellbar gewesen. Zur Erfüllung der in diesem Zusammenhang bestehenden Mitwirkungspflicht der Partei bei der Feststellung des Sachverhalts wäre es erforderlich gewesen, nicht bloß allgemeine Behauptungen aufzustellen, die sich jedenfalls hinsichtlich zumindest eines Programmveranstalters als unrichtig erwiesen haben, sondern das Vorbringen auch entsprechend zu konkretisieren, wozu die Antragsgegnerin auch von der Behörde ausdrücklich eingeladen wurde. Im Hinblick auf vergleichbare Bedingungen konnte schließlich nur das von der C GmbH verlangte Entgelt für die Verbreitung des Programms festgestellt werden. In diesem Fall findet ausschließlich eine Gegenverrechnung statt, so dass nach den Feststellungen nicht von einem unbedingten Entgelt gesprochen werden kann, sondern von einer Vereinbarung, wonach die Gegenleistung nicht durch Geldzahlungen, sondern durch die Einräumung von Werbezeiten zu tarifmäßigen Entgelten geleistet wird. Bei dem von der C GmbH veranstalteten Programm handelt es sich um ein ausschließlich im Kabelnetz verbreitetes Vollprogramm, welches jedoch in Kabelnetzen im gesamten Bundesgebiet verbreitet wird und damit deutlich mehr Haushalte erreicht, als sie im Kabelnetz der Antragsgegnerin angeschlossen sind. Dementsprechend sind die Werbetarife je Sekunde, welche im wesentlichen auf TKP (Tausend-Kontakt-Preisen) basieren, deutlich höher, als dies ein ausschließlich im Gebiet X verbreitetes Kabelfernsehprogramm auch unter der – jedenfalls zu Beginn der Verbreitung wenig realistischen – Annahme einer gleichen relativen Reichweite erzielen könnte.

Bei der Festlegung des Entgelts war daher zunächst davon auszugehen, dass die Antragstellerin ein Entgelt zu leisten haben wird, welches in den Grundsätzen der Entgeltgestaltung mit jenem vergleichbar ist, das auch die C GmbH leistet. Dies bedeutet, dass zunächst keine Geldzahlungen vorgesehen werden, sondern die Gegenleistung für die Verbreitung des Programms durch die Einräumung von Werbezeiten erbracht wird, wobei diese Werbezeiten etwa im selben zeitlichen Umfang wie bei der C GmbH zu erbringen sind. Angesichts der technischen Reichweite eines nur im Kabelnetz in X verbreiteten Programms im Vergleich zu einem im gesamten Bundesgebiet in Kabelnetzen verbreiteten Programms erscheint daher die Festlegung eines Verrechnungsentgelts von xxx pro Monat und angeschlossenen Haushalt als angemessen, zumal unter Zugrundelegung einer gleichen Marktreichweite im jeweiligen Versorgungsgebiet die Antragstellerin deutlich weniger als die

Hälfte der Haushalte erreicht, welche die C GmbH durch die bundesweite Verbreitung in Kabelnetzen erreicht.

Dass die C GmbH über Konzerngesellschaften mit der Antragsgegnerin verbunden ist, ist in diesem Zusammenhang insofern unbeachtlich, als die Antragsgegnerin im Rahmen der Verbreitungspflicht gem. § 20 PrTV-G schon nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen des Kontrahierungszwang „angemessene“ Bedingungen anwenden muss, die nicht diskriminierend sein dürfen. Eine Bevorzugung einer „Schwestergesellschaft“ wäre mit den Verpflichtungen, welche die K GmbH als kontrahierungspflichtiges Unternehmen treffen unvereinbar (vgl. dazu auch Art 31 Abs 2 des Gemeinsamen Standpunktes des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. September 2001 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten [Universaldienstrichtlinie], wonach die Mitgliedstaaten in Bezug auf Must-Carry-Verpflichtungen „gegebenenfalls ein angemessenes Entgelt“ festlegen können; dabei ist zu gewährleisten, dass bei vergleichbaren Gegebenheiten keine Diskriminierung hinsichtlich der Behandlung von Unternehmen erfolgt, die elektronische Kommunikationsnetze betreiben. „Sofern ein Entgelt vorgesehen ist, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Erhebung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und in transparenter Weise erfolgt“ (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht; jedoch auf der Website der Europäischen Kommission verfügbar:

[http://europa.eu.int/information\\_society/topics/telecoms/regulatory/new\\_rf/index\\_en.htm#tab](http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/index_en.htm#tab)).

Seitens der Antragstellerin wurde auch auf die entgeltfreie Verbreitung des Programms der D GmbH im Kabelnetz in Y verwiesen und eine entgeltfreie Verbreitung verlangt. Im Hinblick darauf, dass zumindest hinsichtlich der C GmbH festgestellt werden konnte, dass hier im Wege von Gegenleistungen durch Einräumung von Werbezeiten ein „Entgelt“ geleistet wird, konnte zumindest diesbezüglich auf vergleichbare Bedingungen bei der Antragsgegnerin abgestellt werden. Zur unmittelbaren Vergleichbarkeit der Situation im Kabelnetz in Y hat die Antragstellerin nicht mehr vorgebracht, als dass es sich dabei auch um ein Lokalprogramm handle. Hinsichtlich der sonstigen Marktgegebenheiten und Verbreitungsmodalitäten in Salzburg sind nähere Ausführungen unterblieben, so dass sich die Behörde bei der Festlegung des angemessenen Entgelts an den dem Grundsatz nach vergleichbaren Bedingungen orientiert hat, die zwischen der Antragsgegnerin und der C GmbH vereinbart wurden. Höhe und die Abrechnungsmodalitäten für das von der Antragstellerin zu leistende Entgelt waren daher spruchgemäß festzulegen.

#### **4.6 Zusammenhang mit der Zulassung zur Veranstaltung von terrestrischem Privatfernsehen für den Ballungsraum X**

Die Ausführungen der Antragsgegnerin im Hinblick auf ein Erlöschen des Verbreitungsauftrages für den Fall, dass die Antragstellerin eine Zulassung zur terrestrischen Verbreitung im Ballungsraum X erhält, sind insofern unerheblich, als feststeht, dass die Antragstellerin sich nicht um eine Zulassung beworben hat und sie daher auch keinesfalls eine derartige Zulassung erhalten könnte.

Die Antragstellerin gab mit Schriftsatz vom 15. November 2001 bekannt, dass die durch ihre Gesellschafter gegründete S GmbH einen Antrag auf Erteilung der terrestrischen TV-Lizenz für den Ballungsraum X gestellt habe. Sie betonte dabei, dass das gegenständliche Verfahren dadurch nicht berührt werde, zumal die Voraussetzungen für die Erteilung eines Verbreitungsauftrags vorlägen.

Zwar sind die Gesellschafter der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren auch Gründungsgesellschafter der am Verfahren zur Vergabe der terrestrischen TV-Lizenz für den Ballungsraum X teilnehmenden S GmbH, die Antragstellerin und die S GmbH sind jedoch unterschiedliche Rechtspersonen, welche sich an unterschiedlichen Verfahren beteiligen.

Das Vorbringen der Antragsgegnerin, die Antragstellung sei im Hinblick auf die anhängigen Verfahren zur Erteilung von Zulassungen für die Veranstaltung von terrestrischem Privatfernsehen zur Unzeit erfolgt, ist nicht geeignet, zur Zurückweisung oder Abweisung des Antrags zu führen. Die gesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich der Erteilung eines Verbreitungsauftrages sehen eine Berücksichtigung von anhängigen Zulassungsverfahren nicht vor; eine tatsächlich rechtsmissbräuchliche Antragstellung – die auch Schädigungsabsicht voraussetzen würde – liegt nicht vor. Vielmehr hat die Antragstellerin, die seit längerer Zeit, wenn auch in beschränktem Maße, Kabelrundfunk veranstaltet, unmittelbar nach Inkrafttreten des PrTV-G die durch dieses Gesetz gebotenen Möglichkeiten des Verhandeln und letztlich der Verfahrenseinleitung genutzt, ohne dass hiebei Anzeichen für einen möglichen Rechtsmissbrauch erkennbar wären.

#### **4.7 Beginn und Dauer der Programmverbreitung**

Die Parteien beantragten übereinstimmend, dass für den Fall der Erteilung eines Verbreitungsauftrages die Dauer der Verbreitung mit dem gesetzlich vorgesehenen Höchstausmaß von 2 Jahren festgelegt wird. Dabei wurde auch von der Antragsgegnerin darauf verwiesen, dass die Festlegung eines konkreten Zeitpunkts für den Beginn der Verbreitungsverpflichtung zweckmäßig wäre.

Gemäß § 20 Abs. 6 PrTV-G hat die Regulierungsbehörde die Dauer der Verbreitung festzulegen, wobei die Verbreitung für die Dauer von höchstens 2 Jahren zu befristen ist. Festzulegen ist damit die Dauer der Verbreitung, nicht etwa eine Befristung des Verbreitungsauftrags. Da es wenig zweckmäßig ist, die Dauer der Verbreitung mit Rechtskraft des Bescheides beginnen zu lassen, zumal dieser Zeitpunkt von beiden Parteien insbesondere im Falle eines Rechtsmittels nicht exakt vorhergesehen werden kann, wurde vorgesehen, dass die Verbreitungsverpflichtung erst 2 Monate nach Rechtskraft beginnt. Dieser Zeitraum sollte ausreichend sein, um die entsprechende Vorbereitung für die Programmzuspielung vorzunehmen. Seitens der Antragstellerin wurde darüber hinaus vorgebracht, zwar innerhalb von vier Wochen in der Lage zu sein, ein 24-stündiges Programm zu veranstalten, dies jedoch noch nicht entsprechend dem für den Vollausbau geplanten Sendeschema. Dieses werde erst in einem Zeitraum von etwa 6 Monaten ab Rechtskraft vollständig erreicht sein bzw. könne erst frühestens zum 1. Mai 2002 veranstaltet werden. Seitens der Antragsgegnerin wurde dazu vorgebracht, dass damit feststehe, dass die Antragstellerin nicht zur Veranstaltung des Programms in der Lage sei.

§ 20 Abs 3 PrTV-G stellt jedoch nicht ausdrücklich darauf ab, dass der Rundfunkveranstalter bereits zum Zeitpunkt der Erlassung eines Verbreitungsauftrages das beantragte Programm vollständig zuliefern kann; auch im § 20 Abs. 7 PrTV-G wird darauf abgestellt, dass ein Verbreitungsauftrag gegebenenfalls aufzuheben ist, wenn das geplante Programm nicht spätestens innerhalb von 6 Monaten nach Erlassung des Verbreitungsauftrages veranstaltet wird. Die Festlegung eines konkreten Beginndatums ist daher mit den gesetzlichen Vorgaben im § 20 PrTV-G vereinbar.

### **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. Weiters wird darauf hingewiesen, dass die Berufung mit ATS 180,- (€ 13,08) zu vergebühren ist.

Wien, am 23. November 2001

**Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)**

Dr. Hans Peter Lehofer

Behördenleiter