

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus dem Vorsitzenden-Stellvertreter Dr. Florian Philipitsch, LL.M. als Senatsvorsitzenden und den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, aufgrund des Antrages der Liwest Kabelmedien GmbH vom 27.02.2012 auf Feststellung der Erfüllung des § 20 Abs. 1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz durch die digital unverschlüsselte Einspeisung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ wie folgt entschieden:

I. Spruch

Über Antrag der **Liwest Kabelmedien GmbH** (FN 163697g beim Landesgericht Linz), Lindengasse 18, 4040 Linz, wird gemäß § 20 Abs. 1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 16/2012, iVm § 4b Abs. 2 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 15/2012, iVm § 56 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl. Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 100/2011, festgestellt, dass die Liwest Kabelmedien GmbH zur Weiterverbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ des Österreichischen Rundfunks in ihrem analogen Basispaket verpflichtet ist und der Verpflichtung zur Weiterverbreitung gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G mit der digital unverschlüsselten Einspeisung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ in ihr Kabelnetz nicht entsprochen wird.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

1.1. Feststellungsantrag

Mit Schreiben vom 27.02.2012, bei der KommAustria am selben Tag eingelangt, stellte die Liwest Kabelmedien GmbH (im Folgenden:

Antragstellerin) den Antrag, die KommAustria wolle feststellen, dass durch die digital unverschlüsselte Einspeisung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ des Österreichischen Rundfunks (im Folgenden: ORF) in das Kabelnetz der Antragstellerin der Verbreitungsauftrag nach § 20 Abs. 1 AMD-G als erfüllt anzusehen ist.

Begründend führt die Antragstellerin aus, dass sie das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ in ihrem Kabelnetz digital unverschlüsselt weiterverbreite. Der Empfang des Programms ORF SPORT+ sei mit jedem geeigneten Empfangsgerät (DVB-C taugliches Fernsehgerät oder DVB-C Box) möglich. Die technische Reichweite der Verbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ im Kabelnetz der Antragstellerin betrage 100 %.

Mit Schreiben vom 28.02.2012 übermittelte die KommAustria ein Ergänzungsersuchen an die Antragstellerin.

Ebenfalls mit Schreiben vom 28.02.2012 wurde der gegenständliche Feststellungsantrag dem ORF übermittelt und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme binnen einer Frist von vier Wochen eingeräumt.

1.2. Stellungnahme des ORF

Am 14.03.2012 übermittelte der ORF eine Stellungnahme zum Feststellungsantrag, welche der Antragstellerin am 15.03.2012 übermittelt wurde.

Zusammengefasst führt der ORF in dieser Stellungnahme aus, dass Zweifel an der Plausibilität des Vorbringens der Antragstellerin bestünden, zumal die Website der Antragstellerin keine Informationen darüber enthalte, dass das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ digital unverschlüsselt weiterverbreitet werde.

1.3. Ergänzende Stellungnahme der Antragstellerin

Mit Schreiben vom 26.03.2012 übermittelte die Antragstellerin der KommAustria die nachgeforderten ergänzenden Unterlagen bzw. ergänzenden Angaben. Diese wurden dem ORF mit Schreiben der KommAustria vom 27.03.2012 übermittelt.

In Ergänzung ihres Feststellungsantrages führt die Antragstellerin aus, dass es zur Erfüllung der Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ ausreichend sei, das Programm digital unverschlüsselt in das Kabelnetz einzuspeisen. Es bestehe ihrer Auffassung nach keine Verpflichtung zur zusätzlichen Weiterverbreitung im analogen Basispaket. Die Annahme einer Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Programms ORF SPORT+ im analogen Basispaket würde einen schwerwiegenden technischen Rückschritt bedeuten und stünde im Widerspruch zu den Zielen und Aufgaben der KommAustria. § 1 Abs. 2 AMD-G normiere die Weiterentwicklung des digitalen Rundfunks als Zweck des Gesetzes; auch in § 2 Abs. 1 KommAustria-Gesetz werde auf die Vorbereitung, Einführung und Weiterentwicklung von digitalem Rundfunk im Rahmen der Aufgaben der KommAustria hingewiesen. Zu beachten sei darüber hinaus, dass im analogen Basispaket keine weiteren Kapazitäten für zusätzliche Programme zur Verfügung stünden. Die Verpflichtung zur Einspeisung eines zusätzlichen Programms würde dazu führen, dass ein anderes Programm aus dem analogen Basispaket entfernt werden müsste. Schließlich sei durch die Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Programms ORF SPORT+ im analogen Basispaket mit einer Reduktion des Unternehmenswerts, einem kündigungsbedingten Rückgang der Kundenbasis und einer Schädigung der operativen Entwicklung zu rechnen. Konkret würden im Fall der Verpflichtung zur Einspeisung des Programms ins analoge Basispaket Kosten für Investitionen in das Kopfstellenequipment zur Programmaufbereitung, operative Kosten durch verstärkte Kundenbeschwerden und Zusatzaufwendungen durch Kulenzen zur Kundenrückgewinnung anfallen sowie ein

Umsatzentfall aufgrund von Kundenkündigungen entstehen. Insgesamt würden sich diese Kosten auf rund EUR XXX,- belaufen.

1.4. Replik des ORF

Am 04.05.2012 übermittelte der ORF eine weitere Stellungnahme zum Feststellungsantrag vom 27.02.2012, welche der Antragstellerin am 07.05.2012 zur Kenntnis übermittelt wurde.

Der ORF bezweifelt in seiner Stellungnahme insbesondere, dass das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ im gesamten Kabelnetz der Antragstellerin empfangbar sei. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung der KommAustria sei davon auszugehen, dass die Möglichkeit zum Empfang der gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G zu verbreitenden Fernsehprogramme in allen an das Kabelnetz angeschlossenen Haushalten bestehen müsse, weshalb das Programm ORF SPORT+ sowohl im analogen als auch im digitalen Basispaket weiterverbreitet werden muss. Da die Anzahl jener Kunden, die sowohl über einen analogen Kabelanschluss der Antragstellerin als auch ein DVB-C taugliches Fernsehgerät verfügen, gering sei, und die Antragstellerin ihre Kabelnetzkunden über die von ihr behauptete digital unverschlüsselte Weiterverbreitung des Programms ORF SPORT+ nicht informiere, sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin ihrer Verpflichtung gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G hinsichtlich des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ nur im digitalen Basispaket nachkomme. Darüber hinaus seien die Angaben zur Anzahl der analogen und digitalen Kabelnetzkunden der Antragstellerin nicht nachvollziehbar. Schließlich seien die von der Antragstellerin geltend gemachten Kosten für den Fall der Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Programms ORF SPORT+ im analogen Basispaket willkürlich und durch keine Nachweise belegt.

1.5. Neuerliche Stellungnahme der Antragstellerin

Mit Schreiben vom 30.05.2012, eingelangt am 31.05.2012, übermittelte die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme. In dieser führt sie im Wesentlichen aus, dass unstrittigweise jedem angeschlossenen Haushalt das digitale Signal zur Verfügung stehe. Dies betreffe auch die ursprünglich vom ORF bezweifelte Gebiete Aschach und Eferding. Der vom ORF insgesamt bezweifelte Anstieg der Zahl der digitalen Nutzer von XXX auf XXX Kunden (von XXX Gesamtkunden) sei innerhalb von 18 Monaten passiert und tatsächlich so stark angestiegen. In der Kundenkommunikation sei mittlerweile nachgebessert worden und würde auf die digitale Empfangbarkeit von ORF SPORT+ nunmehr hingewiesen; im Übrigen liege die Kommunikation der Empfangsmöglichkeiten auch in der Verantwortung der Rundfunkveranstalter. Bei jedem digitalen Sendersuchlauf könne auch das Programm gefunden werden.

Zum Aufwand sei zu bemerken, dass die Investition in das Kopfstellenequipment vernachlässigbar sei, wenngleich entgegen den Aussagen des ORF für die Zulieferung im Rahmen des Kabelmultiplex ein monatliches Entgelt zu leisten sei und bei einer analogen Weiterverbreitungsverpflichtung auch eine Re-Analogisierung des Signals erforderlich würde. Wesentlich in den von der Antragstellerin bezifferten EUR XXX,- seien aber die aus der Bearbeitung von Kundenbeschwerden resultierenden Kosten, die durch jede Veränderung in der analogen Basispaketbelegung hervorgerufen würden. Weiters handle es sich um Aufwendungen durch Kulenzen, um jene Kunden, die aus Unzufriedenheit über die Änderung in der Kanalbelegung gekündigt hätten, wieder zurückzugewinnen, sowie um Umsatzeinbußen aus jenen Fällen, wo dies nicht mehr gelingen würde. Ein Rückgang des Unternehmenswertes sei hier bewusst nicht beziffert. Die seitens des ORF erhobene Forderung, dass für die Meinungsvielfalt wichtige Programme in allen an das Kabelnetz angeschlossenen Haushalten tatsächlich empfangen und mit der dort vorhandenen Geräteausstattung konsumiert werden können müssen, sei in dieser Kombination nicht erfüllbar. Durch die unverschlüsselte digitale Verbreitung sei gewährleistet, dass in allen an das Kabelnetz der Antragstellerin angeschlossenen Haushalten das Programm tatsächlich

empfangen werden könne. Allerdings liege es nicht in der Macht der Antragstellerin, die in den Haushalten vorhandenen Geräte zu beeinflussen, d.h. dass in den Haushalten durchaus auch noch alte Röhrengeräte in Betrieb sein können, die nicht mehr als 12 oder 20 Kanalspeicherplätze zur Verfügung hätten. Bei derartigen Geräten können nicht einmal alle derzeit analog verbreiteten Programme abgespeichert werden.

Die „Must-Carry“-Bestimmung beinhalte keinerlei Aussage hinsichtlich der Art und Weise ihrer Erfüllung; mit der digitalen Bereitstellung habe die Antragstellerin ihre Bringschuld gegenüber den Kunden erfüllt. Die auch vom ORF zitierte Entscheidung der KommAustria vom 23.11.2001, KOA 1.900/01-016, sei nicht einschlägig, da diese zu einem Zeitpunkt entstanden sei, als noch keine signifikante Reichweite in digitalen Kabelnetzen bestanden und auch der ORF noch seine Programme analog ausgestrahlt habe. Der digitale Versorgungsgrad der Antragstellerin liege nunmehr aber bei 100 %, der digitale Nutzungsgrad nachweislich bei 60 %, wobei in dieser Zahl jene Haushalte noch nicht enthalten seien, die ein DVB-C-taugliches Endgerät nutzen und daher das digital unverschlüsselte Signal der ORF-Programme und somit auch von ORF SPORT+ empfangen können. Eine genaue Bezifferung derselben sei aufgrund der Verbreitung via Broadcast nicht möglich. Aufgrund der boomenden Absatzentwicklung bei modernen TV-Geräten könne davon ausgegangen werden, dass auch in vielen Haushalten die noch keine aktive Smartcard der Antragstellerin verwenden, bereits DVB-C taugliche Geräte in Betrieb seien. Dies entspreche auch der geringen Zahl an Anfragen im Callcenter.

Dieser Schriftsatz wurde dem ORF mit Schreiben vom 31.05.2012 zur Kenntnis übermittelt.

2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

2.1. Empfangssituation der Fernsehprogramme in Österreich

Ca. 55 % der österreichischen Bevölkerung, die in einem Haushalt mit Fernsehanschluss leben, empfangen ihre Fernsehprogramme über Satellit und 39 % über Kabel. Der terrestrische Fernsehempfang nimmt hingegen österreichweit eine untergeordnete Rolle (6 %) ein.

2.2. Antragstellerin

Die Liwest Kabelmedien GmbH ist eine zu 163697g beim Landesgericht Linz eingetragene Gesellschaft mit Sitz in Linz. Sie ist Kabelnetzbetreiberin in Oberösterreich. Die Antragstellerin verbreitet Fernsehprogramme innerhalb ihres Kabelnetzes in verschiedenen Programmpaketen. Angeboten werden ein analoges und ein digitales Basispaket sowie verschiedene digitale Erweiterungspakete. Mehr als die Hälfte der Kabelnetzkunden der Antragstellerin (rund 60 %) verfügt über einen digitalen Kabelanschluss und bezieht das digitale Basispaket.

Mit dem analogen Basispaket der Antragstellerin können ca. 35 Fernsehprogramme empfangen werden. Das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ wird im analogen Basispaket der Antragstellerin nicht verbreitet. Derzeit sind im Kabelnetz der Antragstellerin alle verfügbaren analogen Kanäle mit Fernsehprogrammen belegt. Für den Fall der Feststellung der Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ im analogen Basispaket der Antragstellerin wäre ein derzeit im analogen Basispaket verbreitetes Programm aus diesem Angebot zu entfernen. Durch die Verpflichtung zur Weiterverbreitung eines weiteren Fernsehprogramms und die daraus resultierende Abschaltung eines im analogen Basispaket derzeit verfügbaren

Fernsehprogramms würden der Antragstellerin in gewissem Ausmaß Kosten in Bezug auf notwendige technische Investitionen in das Kopfstellenequipment, die Kommunikation gegenüber den Konsumenten sowie die Kundenrückgewinnung bzw. in letzter Konsequenz auch mögliche Umsatzeinbußen entstehen.

Mit dem digitalen Basispaket der Antragstellerin können derzeit über 100 Fernsehprogramme, darunter alle im analogen Basispaket angebotenen Programme, empfangen werden. Zusätzlich zu den im analogen Basispaket empfangbaren Fernsehprogrammen wird von der Antragstellerin in ihrem digitalen Basispaket unter anderem das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ angeboten. Für den Empfang des digitalen Basispaketes benötigen Kabelnetzkunden der Antragstellerin freigeschaltete Smartcards.

Die Antragstellerin speist das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ ebenso wie die übrigen Fernsehprogramme des ORF im SD Format in ihr Kabelnetz ein und verbreitet diese Programme digital unverschlüsselt weiter. Das Programm steht auch den Kunden des analogen Basispakets digital zur Verfügung. Zum Empfang des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ ist ein geeignetes Empfangsgerät (DVB-C taugliches Fernsehgerät oder DVB-C Box) erforderlich. Die Zahl der über ein solches Gerät verfügenden Personen ist mangels Messung nicht bekannt.

2.3. ORF

Der ORF ist Rundfunkveranstalter nach dem ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 15/2012, und veranstaltet auf der Grundlage des § 3 Abs. 1 Z 2 ORF-G unter den Namen ORF eins und ORF 2 die zwei österreichweit empfangbaren Fernsehprogramme. Darüber hinaus veranstaltet der ORF – seit 26.10.2011 als 24-Stunden-Programm – gemäß § 3 Abs. 8 iVm § 4b ORF-G das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ sowie gemäß § 3 Abs. 8 iVm § 4c ORF-G das Informations- und Kultur-Spartenprogramm ORF III – Kultur und Information.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Empfangssituation der Fernsehprogramme in Österreich ergeben sich aus den Angaben der Medienforschung auf der Homepage „<http://mediaresearch.orf.at>“.

Die Feststellungen zur gesellschaftsrechtlichen Struktur der Antragstellerin ergeben sich aus dem offenen Firmenbuch. Die Feststellung, dass es sich bei der Antragstellerin um eine Kabelnetzbetreiberin in Oberösterreich handelt, ergibt sich aus der bei der KommAustria eingebrachten Anzeige vom 03.02.2004. Die Feststellungen zu den von der Antragstellerin angebotenen Basis- und Erweiterungspaketen ergeben sich aus den unwidersprochen gebliebenen Angaben der Antragstellerin, die sich insofern auch mit den Angaben auf ihrer Homepage „www.liwest.at“ decken.

Die Feststellung, dass mehr als die Hälfte (rund 60 %) der Kabelnetzkunden der Antragstellerin über einen digitalen Kabelanschluss unter Bezug des digitalen Basispakets verfügt, ergibt sich aus den insoweit glaubwürdigen Angaben der Antragstellerin. Die Feststellung der absoluten Kundenanzahl der Antragstellerin mit analogen bzw. digitalen Kabelanschlüssen konnte – vor dem Hintergrund, dass die Anzahl der analogen bzw. digitalen Kabelnetzanschlüsse nichts an der unter 4.4.2.1. dargelegten rechtlichen Würdigung ändert – unterbleiben.

Die Feststellungen zur Anzahl der im analogen bzw. digitalen Basispaket der Antragstellerin empfangbaren Fernsehprogramme, zur Weiterverbreitung des Sport-Spartenprogramms

ORF SPORT+ im digitalen Basispaket der Antragstellerin und zur Vollbelegung des analogen Basispaketes ergeben sich aus den glaubwürdigen und unwidersprochenen Angaben der Antragstellerin in ihrem Antrag sowie den ergänzenden Stellungnahmen. Die Feststellung hinsichtlich der Erforderlichkeit einer freigeschalteten Smartcard für den Empfang des digitalen Basispaketes ergibt sich aus der glaubwürdigen Stellungnahme der Antragstellerin vom 26.03.2012.

Darüber hinaus ergibt sich die Feststellung, dass der Antragstellerin im Fall der Verpflichtung zur Weiterverbreitung eines weiteren Fernsehprogramms und der daraus resultierende Abschaltung eines im analogen Basispaket derzeit verfügbaren Fernsehprogramms in gewissem Ausmaß Kosten entstehen würden, aus den insofern glaubwürdigen Angaben der Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 26.03.2012. Auch der ORF geht in seiner Stellungnahme vom 04.05.2012 davon aus, dass der Antragstellerin durch die Verpflichtung zur Weiterverbreitung eines weiteren Programms Kosten entstehen können, wenngleich er diese z.T. als „unrealistisch“ bezeichnet. Auch für die KommAustria erscheint es in einem kompetitiven Umfeld, bei dem verschiedene Übertragungsplattformen miteinander konkurrieren, nachvollziehbar, dass einerseits Änderungen in der bestehenden Kanalbelegung zu Aufwendungen aus der Notwendigkeit der Kommunikation gegenüber dem Endkunden entstehen, und zum anderen auch Einbußen aufgrund von Kulanzregelungen oder Vertragsbeendigungen auftreten können. Allerdings konnte die ziffernmäßige Feststellung der von der Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 26.03.2012 und vom 30.12.2012 geltend gemachten – aber nicht näher belegten – Kosten als nicht entscheidungserheblich unterbleiben, da die von ihr veranschlagten Kosten jedenfalls nicht als „unverhältnismäßig großer Aufwand“ iSd § 20 Abs. 1 AMD-G geltend gemacht werden können, weil diese von dem Begriff nicht umfasst sind (vgl. dazu die rechtliche Würdigung unter 4.4.2.2.).

Die Feststellungen zur digital unverschlüsselten Einspeisung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ und zur Notwendigkeit des Vorhandenseins eines geeigneten Empfangsgerätes zum Empfang des Programms ergeben sich aus den glaubwürdigen Angaben der Antragstellerin in ihrem Antrag sowie ihren weiteren Stellungnahmen. Die mangelnde Feststellbarkeit der Zahl der über das für den Empfang von ORF SPORT+ nötige Equipment verfügbenden Kunden des analogen Basispakets ergibt sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin hinsichtlich fehlender Messmöglichkeiten.

Die Feststellungen zu den vom ORF veranstalteten Fernsehprogrammen ergeben sich aus den zitierten Gesetzesbestimmungen sowie den Akten und den Aufzeichnungen der Behörde.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Rechtsgrundlagen

4.1.1. Maßgebliche Bestimmungen des AMD-G

§ 20 AMD-G lautet auszugsweise:

„Verbreitungsauftrag in Kabelnetzen

§ 20. (1) Kabelnetzbetreiber haben die Hörfunk- und Fernsehprogramme des Österreichischen Rundfunks (§ 3 ORF-G) weiter zu verbreiten, sofern dies ohne unverhältnismäßig großen Aufwand möglich ist.

(2) Kabelnetzbetreiber haben Fernsehprogramme, die einen besonderen Beitrag zur Meinungsvielfalt im Verbreitungsgebiet leisten, auf Nachfrage zu jenen Bedingungen zu

verbreiten, die für die überwiegende Anzahl an sonstigen im Kabelnetz verbreiteten Programme gelten.

(3) Bei der Beurteilung des besonderen Beitrages zur Meinungsvielfalt sind der Anteil an eigengestalteten, eigen- oder auftragsproduzierten Sendungsformaten mit überwiegend österreichischem, regionalem oder lokalem Bezug sowie die bestehende Programmbelegung und die Zahl der verfügbaren Programmplätze zu berücksichtigen.

(4) Kommt zwischen einem Kabelnetzbetreiber und einem Fernsehveranstalter innerhalb von sechs Wochen ab dem Einlangen einer Nachfrage keine vertragliche Vereinbarung über eine Verbreitung oder Weiterverbreitung zu Stande, kann von den Beteiligten die Regulierungsbehörde angerufen werden.

(5) Die Regulierungsbehörde entscheidet, sofern keine gütliche Einigung zu Stande kommt, innerhalb von zwei Monaten nach Anrufung durch die Beteiligten über die Verpflichtung zur Verbreitung oder Weiterverbreitung oder die Höhe des Entgelts.

(6) Die Regulierungsbehörde hat die Dauer der Verbreitung oder Weiterverbreitung des Programms in dem Kabelnetz und ein angemessenes Entgelt für den Kabelnetzbetreiber festzulegen. Bei Festlegung des Entgelts ist auf die geltenden Bedingungen des betroffenen Kabelnetzbetreibers für die Übernahme von Programmen Rücksicht zu nehmen, sollten derartige nicht vorhanden sein, ist auf vergleichbare Bedingungen abzustellen. Dem Kabelnetzbetreiber dürfen höchstens drei Übertragungspflichten nach den Abs. 2 und 3 auferlegt werden.

(7) Die Regulierungsbehörde hat frühestens zwei Jahre nach Rechtskraft einer Verpflichtung zur Verbreitung oder Weiterverbreitung auf Antrag eines Beteiligten zu überprüfen, ob den Voraussetzungen der Abs. 2 und 3 weiterhin entsprochen wird und gegebenenfalls die Verpflichtung abzuändern oder aufzuheben.

(8) ...“

§ 64 AMD-G lautet auszugsweise:

„Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 64. (1) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit Geldstrafe bis zu 4 000 Euro zu bestrafen, wer

1. – 8. ...

9. der Verpflichtung gemäß § 20 Abs. 1, oder

10. ...

nicht nachkommt.

(2) – (4) ...

(5) Verwaltungsstrafen gemäß Abs. 1 bis 3 sind durch die Regulierungsbehörde zu verhängen. Die Straf gelder fließen dem Bund zu.“

4.1.2. Die maßgebliche Bestimmung des ORF-G

§ 4b ORF-G lautet auszugsweise (Hervorhebung nicht im Original):

„Besonderer Auftrag für ein Sport-Spartenprogramm

§ 4b. (1) Der Österreichische Rundfunk hat nach Maßgabe der wirtschaftlichen Tragbarkeit ein Fernseh-Spartenprogramm zu veranstalten, das der insbesondere aktuellen Berichterstattung über Sportarten und Sportbewerbe – einschließlich der Ausstrahlung von Übertragungen von Sportbewerben – dient, denen üblicherweise in der österreichischen Medienberichterstattung kein breiter Raum zukommt. In diesem Programm hat der Österreichische Rundfunk insbesondere:

1. – 7. ...

(2) Das Programm ist über Satellit zu verbreiten und kann über digitale terrestrische Multiplex-Plattformen verbreitet werden. § 25 Abs. 2 Z 2 AMD-G bleibt unberührt. § 20 Abs. 1 AMD-G ist anzuwenden. Für die Berechnung der Dauer der höchstzulässigen täglichen

Werbezeit ist die Anzahl der täglich ausgestrahlten Programmstunden mit 1 Minute und 45 Sekunden zu multiplizieren. Innerhalb einer vollen Stunde darf der Anteil der Fernsehwerbung 20 vH nicht überschreiten. Unter Stunden sind die 24 gleichen Teile eines Kalendertages zu verstehen.

(3) – (6) ...“

4.2. Behördenzuständigkeit

Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist für die Erlassung eines Feststellungsbescheides jene Behörde zuständig, die durch die Rechtsordnung zur Gestaltung des Rechts oder Rechtsverhältnisses berufen ist (vgl. VfSlg. 4939/1965, 5203/1966, 6050/1969, 16.221/2001). Bei Fehlen einer ausdrücklichen Zuständigkeitsnorm ist nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung jene Behörde zur Erlassung des Feststellungsbescheides als zuständig anzusehen, zu deren Wirkungsbereich der engste sachliche Zusammenhang besteht (vgl. VwGH 25.06.1996, Zl. 96/09/0088).

Gemäß § 64 Abs. 5 AMD-G sind Verwaltungsstrafen gemäß Abs. 1 leg.cit. durch die Regulierungsbehörde zu verhängen. Gemäß § 64 Abs. 1 Z 9 AMD-G begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu EUR 4.000,- zu bestrafen, wer der Verpflichtung gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G nicht nachkommt. Die Erfüllung der Verpflichtung durch den Kabelnetzbetreiber gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G ist somit von der KommAustria zu überprüfen und gegebenenfalls mittels Verwaltungsstrafe zu sanktionieren. Im vorliegenden Fall ist somit die KommAustria aufgrund des engsten sachlichen Zusammenhanges mit ihrem Wirkungsbereich die zuständige Behörde für die Erlassung des gegenständlichen Feststellungsbescheides.

4.3. Zur Zulässigkeit

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Feststellungsbescheiden sind die Verwaltungsbehörden berechtigt, außerhalb ausdrücklicher gesetzlicher Einzelermächtigungen im Rahmen ihrer örtlichen und sachlichen Zuständigkeit von Amts wegen Feststellungsbescheide über Rechte oder Rechtsverhältnisse zu erlassen, sofern ein im öffentlichen Interesse begründeter Anlass dazu gegeben ist und die Verwaltungsvorschriften nicht ausdrücklich anderes bestimmen. Auch der Partei des Verwaltungsverfahrens kommt unter der zuletzt genannten Voraussetzung die Berechtigung zu, die bescheidmäßige Feststellung strittiger Rechte zu begehren, wenn der Bescheid im Einzelfall notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung ist und insofern im Interesse der Partei liegt. Dieses rechtliche Interesse ist nur dann gegeben, wenn dem Feststellungsbescheid im konkreten Fall die Eignung zukommt, ein Recht oder Rechtsverhältnis für die Zukunft klarzustellen und dadurch eine Rechtsgefährdung des Antragstellers zu beseitigen (vgl. *Walter/Thienel*, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze², E 204 zu § 56 AVG sowie u.a. VwGH 30.06.1995, Zl. 93/12/0333, 27.09.2011, Zl. 2010/12/0131, VfSlg. 4563/1963, 5130/1965, 16.221/2001).

Als subsidiärer Rechtsbehelf scheidet der Feststellungsbescheid jedoch dann aus, wenn die für die Feststellung maßgebende Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahrens zu entscheiden ist (vgl. zB VwGH 25.04.1996, Zl. 95/07/0216, 18.12.2002, Zl. 2002/17/0282, 30.06.2011, Zl. 2007/07/0172 und 22.12.2011, Zl. 2010/07/0006). Auch wenn ein solcher anderer Rechtsweg offen steht, ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes jedoch weiter zu prüfen, ob der Partei die Beschreitung dieses Rechtsweges auch zumutbar ist. Als dem Rechtsunterworfenen nicht zumutbar hat es der Verwaltungsgerichtshof insbesondere angesehen, im Falle des Bestehens unterschiedlicher Rechtsauffassungen auf Seiten der Behörde und des Rechtsunterworfenen über die Rechtmäßigkeit einer Handlung oder Unterlassung die betreffende Handlung zu setzen bzw. zu unterlassen und sodann im Rahmen eines allfälligen Verwaltungsstrafverfahrens die Frage der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit

dieses Verhaltens klären zu lassen (vgl. zB VwGH 04.02.2009, ZI. 2007/12/0062, 27.09.2011, ZI. 2010/12/0184). Die Zulässigkeit des Feststellungsbescheides als notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung wird somit nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere dann bejaht, wenn sich Parteien im Falle, dass sie die Rechtslage ungeklärt lassen, der Gefahr einer Bestrafung aussetzen (vgl. VfSlg. 4563/1963, 6392/71, 9105/1981, 13.417/1993, sowie VwGH 17.09.1996, ZI. 94/05/0054, 15.11.2007, ZI. 2006/07/0113).

§ 20 Abs. 1 AMD-G enthält die Verpflichtung des Kabelnetzbetreibers, die Hörfunk- und Fernsehprogramme des ORF weiter zu verbreiten, sofern dies ohne unverhältnismäßig großen Aufwand möglich ist. Nach der bereits zitierten ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Frage, ob in einem konkreten Fall eine bestimmte Verpflichtung besteht, einem Feststellungsbescheid zugänglich, wenn der Klarstellung für die Zukunft rechtliche Bedeutung zukommt (vgl. auch VwGH 18.09.1992, ZI. 91/12/0162 und 15.11.2007, ZI. 2006/07/0113). Diese Bedeutung ist im vorliegenden Fall evident, zumal für die Antragstellerin wesentlich ist, ob zur Erfüllung der Verpflichtung gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G die digital unverschlüsselte Weiterverbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ ausreichend ist oder die Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Programms im analogen Basispaket besteht. Darüber hinaus ergibt sich die Zulässigkeit des Feststellungsbescheides nicht zuletzt aus der mit der Nichterfüllung der aus § 20 Abs. 1 AMD-G erfließenden Verpflichtung verbundenen verwaltungsstrafrechtlichen Sanktion. Gemäß § 64 Abs. 1 Z 9 AMD-G ist die Nichterfüllung der Verpflichtung gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G unter Strafe gestellt. Es ist der Antragstellerin nicht zumutbar, im Falle des Bestehens unterschiedlicher Rechtsauffassungen auf Seiten der Behörde und des Rechtsunterworfenen, im Rahmen eines durchzuführenden allfälligen Verwaltungsstrafverfahrens die Frage des Bestehens der Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ im analogen Basispaket klären zu lassen.

Da somit ein Feststellungsinteresse der Antragstellerin gegeben ist, ist ihr Antrag zulässig.

Nach Auffassung der KommAustria kommt abgesehen von der Antragstellerin auch dem ORF im Verfahren betreffend die Feststellung der Verpflichtung zur Weiterverbreitung seiner Programme im Kabelnetz der Antragstellerin Parteistellung gemäß § 8 AVG zu.

Gemäß § 8 AVG sind Personen, insoweit sie an der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind, Parteien. Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH kann der Rechtsanspruch oder das rechtliche Interesse im Sinne des § 8 AVG nur aus der Wirksamkeit erschlossen werden, den die den Einzelfall regelnde materiell-rechtliche Norm auf den interessierenden Personenkreis entfaltet, es sei denn, dass der Gesetzgeber die Parteistellung ausdrücklich regelt und damit die Prüfung des Falles auf die Grundsätze des § 8 AVG entbehrlich macht. Die Parteistellung in einem Verwaltungsverfahren bestimmt sich demnach nach den in der Rechtssache anzuwendenden Vorschriften. Maßgebend ist, dass die Sachentscheidung in die Rechtssphäre des Betreffenden bestimmend eingreift und darin eine unmittelbare, nicht bloß abgeleitete und mittelbare Wirkung zum Ausdruck kommt. Bloße wirtschaftliche Interessen, die durch keine Rechtsvorschrift zu rechtlichen Interessen erhoben werden, begründen keine Parteistellung im Verwaltungsverfahren (vgl. zB VwGH 19.10.2004, ZI. 2004/03/0142, mwN).

Mangels einer im vorliegenden Fall vorhandenen ausdrücklichen gesetzlichen Regelung der Parteistellung des ORF, ist zu prüfen, ob die vorliegende Sachentscheidung in die Rechtssphäre des ORF bestimmend eingreift und darin eine unmittelbare, nicht bloß abgeleitete und mittelbare Wirkung zum Ausdruck kommt. Durch die aus dem gegenständlichen Verfahren erfließende Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der Verpflichtung zur Weiterverbreitung seiner Programme wird auch der ORF in seinen rechtlichen Interessen berührt. Der ORF hat gemäß §§ 4b und 4c ORF-G – nach Maßgabe

der wirtschaftlichen Tragbarkeit – die Spartenprogramme ORF SPORT + und ORF III – Kultur und Information zu veranstalten, diese sind gemäß § 4b Abs. 2 und § 4c Abs. 2 ORF-G von den Kabelnetzbetreibern unter der Voraussetzung des § 20 Abs. 1 AMD-G in ihren Kabelnetzen zu verbreiten. Die KommAustria geht davon aus, dass sich aus der systematischen Stellung der Anwendungsverpflichtung des § 20 Abs. 1 AMD-G in § 4b Abs. 2 ORF-G, der die Frage der Versorgung der Bevölkerung mit dem Sport-Spartenprogramm auf den verschiedenen Übertragungsplattformen regelt, ein subjektives öffentliches Recht des ORF ableiten lässt, das im vorliegenden Verfahren durch die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der Weiterverbreitungsverpflichtung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ im Kabelnetz der Antragstellerin berührt würde. Es handelt sich bei der Frage der Weiterverbreitungsverpflichtung somit nicht nur um bloß wirtschaftliche Interessen des ORF, weshalb dem ORF im vorliegenden Verfahren auch Parteistellung zukommt.

4.4. Weiterverbreitungsverpflichtung gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G

4.4.1. Zu verbreitende Fernsehprogramme

Gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G haben Kabelnetzbetreiber die Hörfunk- und Fernsehprogramme des ORF (§ 3 ORF-G) weiter zu verbreiten, sofern dies ohne unverhältnismäßig großen Aufwand möglich ist. Gemäß § 4b Abs. 2 bzw. § 4c Abs. 2 ORF-G ist § 20 Abs. 1 AMD-G im Hinblick auf die Verbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ und des Informations- und Kultur-Spartenprogramms ORF III – Kultur und Information anzuwenden.

Der Verbreitungsauftrag gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G beschränkt sich somit nicht nur auf die zwei österreichweit empfangbaren Fernsehprogramme des ORF, sondern umfasst auch die öffentlich-rechtlichen Spartenprogramme nach §§ 4b und 4c ORF-G (vgl. auch § 3 Abs. 8 ORF-G sowie *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, S. 464). Kabelnetzbetreiber haben somit – unter der Voraussetzung, dass dies ohne unverhältnismäßig großen Aufwand möglich ist – jedenfalls die Fernsehprogramme ORF eins, ORF 2, ORF SPORT+ sowie ORF III – Kultur und Information verpflichtend in ihrem Kabelnetz weiterzuverbreiten.

4.4.2. Verpflichtung zur Weiterverbreitung von ORF SPORT+

4.4.2.1. Zur technischen Art der Verbreitung

Mit der Bestimmung des § 20 AMD-G werden Kabelnetzbetreibern „Must-Carry“-Verpflichtungen sowohl für die Fernsehprogramme des ORF als auch unter gewissen Voraussetzungen für Fernsehprogramme anderer Fernsehveranstalter auferlegt. Abs. 1 leg.cit. entspricht inhaltlich im Wesentlichen der Rechtslage, wie sie durch § 11 Abs. 4 Kabel- und Satelliten-Rundfunkgesetz (KSRG) und sodann § 20 Abs. 1 Privatfernsehgesetz (PrTV-G) 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. Die „Must-Carry“-Verpflichtung wurde daher „im Interesse der Meinungsvielfalt und Informationsfreiheit“ vorgesehen (vgl. RV 500 BlgNR XX. GP).

Im öffentlichen Interesse wird in § 20 Abs. 1 AMD-G ausdrücklich angeordnet, dass – unter der Voraussetzung, dass dies ohne unverhältnismäßig großen Aufwand möglich ist – jedenfalls die Programme des ORF gemäß § 3 ORF-G in den Kabelnetzen weiterzuverbreiten sind. Damit bringt der Gesetzgeber die medienpolitische Wertung zum Ausdruck, dass es im öffentlichen Interesse, insbesondere im Interesse der Meinungsvielfalt und Informationsfreiheit liegt, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogramme des ORF im Kabelnetz empfangbar sind.

Die Antragstellerin bietet ihren Kabelnetzkunden ein analoges und ein digitales Basispaket an. Die Fernsehprogramme ORF eins, ORF 2 und das Informations- und Kultur-Spartenprogramm ORF III – Kultur und Information werden in beiden Basispaketen weiterverbreitet. Im Hinblick auf die Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ geht die Antragstellerin davon aus, dass es zur Erfüllung der Verpflichtung gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G ausreichend sei, das Programm digital unverschlüsselt in ihr Kabelnetz einzuspeisen. Aus dem Wortlaut des § 20 Abs. 1 AMD-G sei keine Verpflichtung abzuleiten, das Programm in ihrem analogen Basispaket weiterzuverbreiten. Die Annahme des Bestehens einer derartigen Verpflichtung stünde im Widerspruch zu den Zielen und Aufgaben der KommAustria, die unter anderem auf die Weiterentwicklung des digitalen Rundfunks (vgl. § 1 Abs. 2 AMD-G sowie § 2 Abs. 1 KommAustria-Gesetz) zu achten habe. Die Annahme einer Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Programms ORF SPORT+ im analogen Basispaket würde einen technischen Rückschritt bedeuten.

Der gegenständliche Antrag ist auf die Feststellung gerichtet, dass die Antragstellerin bereits durch die digital unverschlüsselte Einspeisung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ in ihr Kabelnetz der Verpflichtung zur Weiterverbreitung dieses Programms gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G nachkomme und keine zusätzliche Verpflichtung zur Einspeisung des Programms in das analoge Basispaket der Antragstellerin bestehe.

Die KommAustria hatte bereits im Bescheid vom 23.11.2001, KOA 1.900/01-016, die Frage zu beantworten, ob eine Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Fernsehprogramms eines Kabelfernsehveranstalters sowohl im analogen als auch im digitalen Basispaket eines bestimmten Kabelnetzbetreibers gemäß dem damals in Geltung stehenden § 20 Abs. 3 PrTV-G bestand. Die KommAustria hat dabei im Hinblick auf die Frage der Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Fernsehprogramms festgestellt, 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. ... 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“*.

Darüber hinaus hat die KommAustria im Hinblick auf die technische Art der Verbreitung festgestellt, dass sich *“der Verbreitungsauftrag ... auf das gesamte Kabelnetz [bezieht], 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.“*

Die von der KommAustria vertretene Auffassung, 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“* ist auch vor dem Hintergrund der seit 2001 fortgeschrittenen Digitalisierung des Kabelnetzes weiterhin aufrechtzuerhalten und

kann auch auf die Verpflichtung zur Weiterverbreitung der Fernsehprogramme des ORF gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G übertragen werden. Auch in diesem Fall ist wesentlich, dass durch die „Must-Carry“-Verpflichtung im Interesse der Meinungsvielfalt und Informationsfreiheit sichergestellt werden sollte, dass die weit überwiegende Anzahl der an ein Kabelnetz angeschlossenen Haushalte die Möglichkeit haben, die Programme des ORF zu empfangen. Umgekehrt ausgedrückt soll durch die „Must-Carry“-Verpflichtung sichergestellt werden, dass nicht eine erhebliche Zahl von Endnutzern im jeweiligen Kabelnetz vom Empfang der ihr unterliegenden Programme ausgeschlossen bleibt.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kann es nun nicht als Erfüllung der Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ im Kabelnetz der Antragstellerin angesehen werden, wenn die Antragstellerin das Programm digital unverschlüsselt in ihr Kabelnetz einspeist. Wesentlich ist die Rechtsprechung der KommAustria, dass sich der Verbreitungsauftrag auf das gesamte Kabelnetz bezieht und nicht bloß auf einzelne Teile davon. Die Antragstellerin bietet ihren Kabelnetzkunden sowohl ein analoges als auch ein digitales Basispaket an. Aufgrund der Nichteinspeisung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ in das analoge Basispaket bzw. der ausschließlichen digital unverschlüsselten Weiterverbreitung des Programms werden jene Kabelnetzkunden, die über einen analogen Kabelanschluss der Antragstellerin verfügen, verpflichtet, sich für den tatsächlichen Empfang des Programms ein geeignetes Empfangsgerät (DVB-C taugliches Fernsehgerät oder DVB-C Box) anzuschaffen. Die Antragstellerin erreicht derzeit in ihrem Kabelnetz einen Digitalisierungsgrad von etwas mehr als der Hälfte ihrer Kabelnetzkunden. Die KommAustria geht davon aus, dass es auf die tatsächliche Nutzung durch die Endkunden ankommt und nicht bloß auf den technischen Versorgungsgrad; demnach kann die Argumentation mit der umfangreichen technischen Verfügbarkeit des digitalen Signals von ORF SPORT+ nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine erhebliche Zahl der analogen Kunden mangels entsprechender Endgeräte tatsächlich nicht in der Lage ist, diese Versorgungsleistung in Anspruch zu nehmen. Dies wird auch von der Antragstellerin nicht grundsätzlich bestritten. Unbeschadet der fehlenden Daten zur Geräteausstattung und damit zur potentiellen Inanspruchnahmefähigkeit des digitalen Empfangs, scheint es sehr wahrscheinlich, dass gerade ein erheblicher Teil der Kunden des analogen Basispakets nicht über die erforderliche Geräteausstattung verfügen wird. Die KommAustria geht vor dem Hintergrund des Umstandes, dass weiterhin mehr als 40 % der Kabelnetzkunden der Antragstellerin über einen analogen Kabelkanalanschluss verfügen, nicht davon aus, dass die Weiterverbreitungsverpflichtung durch die digital unverschlüsselte Einspeisung des Programms ORF SPORT+ iSd § 20 Abs. 1 AMD-G erfüllt wird. Durch die ausschließlich digitale Weiterverbreitung des Programms kann nämlich auf faktischer Ebene nicht die Erreichbarkeit der weit überwiegenden Zahl aller Teilnehmer des Kabelnetzbetreibers gewährleistet werden bzw. bleibt eine erhebliche Zahl von Teilnehmern von der Inanspruchnahme des Sport-Spartenprogramms ausgeschlossen.

Zu beachten ist dabei, dass die Antragstellerin durch die von ihr gewählte technische Weiterverbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ den Empfang des Programms an das Vorhandensein eines geeigneten Empfangsgerätes knüpft, das Kunden des analogen Basispaketes für den Empfang der in ihrem Paket enthaltenen Programme nicht benötigen. Würde ein Kabelnetzbetreiber der nach § 20 Abs. 1 AMD-G festgelegten Verbreitungsverpflichtung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ durch die von der Antragstellerin gewählte Vorgehensweise entsprechen, läge es einerseits in der Hand des Kabelnetzbetreibers welche Programme zum Kunden gelangen bzw. müssten andererseits die überwiegende Anzahl der Kunden des analogen Basispaketes zum Empfang des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ weitere Investitionen tätigen. Zur Sicherstellung der Erreichbarkeit der weit überwiegenden Zahl der Kunden des Kabelnetzes der Antragstellerin hat die Verbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ sowohl im analogen als auch im digitalen Basispaket zu erfolgen. Vor dem Hintergrund des vorliegenden Sachverhaltes, insbesondere auch aufgrund des Umstandes, dass die Antragstellerin sowohl ein analoges als auch ein digitales Basispaket anbietet und von einer

weit überwiegenden Zahl von digitalen Kabelnetzkunden nicht gesprochen werden kann, besteht somit die Verpflichtung der Antragstellerin zur Weiterverbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ sowohl im analogen als auch im digitalen Basispaket und genügt die digital unverschlüsselte Weiterverbreitung des Programms der gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G bestehenden Verpflichtung nicht.

Die KommAustria kann auch nicht erkennen, dass das Bestehen einer Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ im analogen Basispaket im Widerspruch zu den Zielen und Aufgaben der KommAustria stünde. Aus den von der Antragstellerin genannten Bestimmungen, gemäß denen auf die Weiterentwicklung des digitalen Rundfunks zu achten ist, kann nicht abgeleitet werden, dass sich die Verpflichtung gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G nur auf digitale Übertragungswege bezieht. Der Gesetzgeber hat in der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 deutlich zwischen der analogen und digitalen Verbreitung von Fernsehprogrammen differenziert und viele Regelungen betreffend analoges Fernsehen mangels Anwendbarkeit gänzlich aus dem Rechtsbestand ausgeschieden (vgl. zB § 7, § 8, § 13 sowie §§ 15 bis 17 PrTV-G). Im Unterschied dazu hat der Gesetzgeber mit der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 keine Änderung bzw. Präzisierung des § 20 AMD-G im Hinblick auf die analoge und digitale Weiterverbreitungsverpflichtung von Fernsehprogrammen vorgenommen. Vielmehr wurde ausdrücklich klargestellt, dass das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ und das Informations- und Kultur-Spartenprogramm ORF III – Kultur und Information iSd § 20 Abs. 1 AMD-G weiterzuverbreiten sind (vgl. § 4b Abs. 2 und § 4c Abs. 2 ORF-G). Zugleich wurden die für die Weiterverbreitung der Programme privater Rundfunkveranstalter geltenden Bestimmungen des § 20 Abs. 2 und 3 AMD-G gerade *„im Lichte der erweiterten Programmauswahl durch die Digitalisierung des Fernsehens“* neu gefasst (vgl. die Erl zur RV 611 BlgNR XXIV. GP). Die KommAustria geht vor dem Hintergrund dieser augenscheinlichen bewussten gesetzgeberischen Entscheidung, zwar einerseits die für die Programme privater Rundfunkveranstalter geltenden Verpflichtungen für Kabelnetzbetreiber in § 20 Abs. 2 und 3 AMD-G anzupassen, umgekehrt aber gerade keine Differenzierung der Übertragungsverpflichtungen zwischen analogem und digitalem Basispaket vorzunehmen, weiterhin davon aus, dass sich die Verpflichtung zur Weiterverbreitung gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G auf das gesamte Kabelnetz des Kabelnetzbetreibers und somit sowohl auf das analoge als auch digitale Basispaket bezieht.

Im Zusammenhang mit der Erreichbarkeit der weit überwiegenden Zahl der Teilnehmer eines Kabelnetzbetreibers mit den gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G zu verbreitenden Programmen des ORF ist in systematischer Hinsicht auch auf die aus § 25 Abs. 2 Z 2 AMD-G erfließende Verpflichtung zur Weiterverbreitung der beiden Fernseh-Vollprogramme des ORF über die Terrestrik zu verweisen. Der Gesetzgeber hat mit dieser Bestimmung für einen Verbreitungsweg, der im Verhältnis zur analogen Kabelnetzverbreitung in Österreich eine noch viel untergeordnetere Rolle einnimmt, eine „Must-Carry“-Verpflichtung für zwei Fernsehprogramme des ORF vorgesehen. Aufgrund dieser Bestimmung sind jedenfalls zwei von insgesamt neun Programmplätzen auf den bundesweiten Multiplex-Plattformen für die beiden Fernsehprogramme des ORF vorzusehen. Demgegenüber hat der Gesetzgeber im Fall der Verpflichtung zur Weiterverbreitung der Programme des ORF im analogen Basispaket von Kabelnetzbetreibern eine Verpflichtung zur Weiterverbreitung von vier Programmen auf insgesamt ca. 35 Programmplätzen vorgesehen. Der Gesetzgeber hat somit in einem Bereich, der von noch größerer Programmknappheit als die analogen Basispakete bestimmt wird, eine „Must-Carry“-Verpflichtung für die Programme des ORF vorgesehen, die dazu führt, dass 22 % der Programmplätze auf diesen Plattformen mit Programmen des ORF belegt sind. Vor dem Hintergrund, dass der terrestrische Fernsehempfang österreichweit eine untergeordnete Rolle einnimmt (ca. 6 % im Vergleich zu ca. 39 % Kabelhaushalte) und der Gesetzgeber dennoch auf dieser Plattform eine Weiterverbreitungsverpflichtung der Programme des ORF vorgesehen hat, die zu einer Belegung von 22 % der Programmplätze führt, ist davon auszugehen, dass die von der KommAustria angenommene Weiterverbreitungsverpflichtung des Programms ORF SPORT+ im analogen Basispaket der Antragstellerin, die zu einer Belegung von lediglich

11 % der Programmplätze mit Programmen des ORF führt, insoweit konsequent und gerechtfertigt erscheint. Dies vor dem Hintergrund dass hiervon – gerechnet auf die Gesamtbedeutung der analogen Kabelnetze als primäre Empfangsplattform – auch eine weitaus größere Personengruppe betroffen ist.

Zuletzt kann die KommAustria auch nicht erkennen, dass der Gesetzgeber – solange eine erhebliche Zahl von Endnutzern das analoge Basispaket als Empfangsweg nutzt – gerade diesen Bereich aus der „Must-Carry“-Verpflichtung ausnehmen wollte, wo doch die ordnungspolitische Rechtfertigung des Eingriffs in den Gestaltungsspielraum des Kabelnetzbetreibers in enger Wechselbeziehung zur analogen Kanalknappheit besteht, die bei der digitalen Verbreitung gerade nicht mehr in dieser Schärfe auftritt.

Somit ist als Zwischenergebnis festzustellen, dass eine grundsätzliche Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ im analogen Basispaket der Antragstellerin besteht, solange – wie im vorliegenden Fall – eine erhebliche Zahl von Endnutzern diesen Übertragungsweg tatsächlich zum Empfang der Fernsehprogramme nutzt.

4.4.2.2. Unverhältnismäßig großer Aufwand

Gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G haben Kabelnetzbetreiber die Fernsehprogramme des ORF weiterzuverbreiten, sofern dies „ohne unverhältnismäßig großen Aufwand“ möglich ist.

Die Antragstellerin bringt im Hinblick auf den für den Fall des Bestehens der Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ entstehenden „unverhältnismäßig großen Aufwand“ vor, dass im analogen Basispaket keine weiteren Programmplätze zur Verfügung stünden. Die Verpflichtung zur Einspeisung eines zusätzlichen Programms würde dazu führen, dass ein anderes Programm aus dem analogen Basispaket entfernt werden müsste. Zu beachten sei darüber hinaus, dass durch die Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Programms ORF SPORT+ im analogen Basispaket mit einer Reduktion des Unternehmenswerts, einem kündigungsbedingten Rückgang der Kundenbasis und einer Schädigung der operativen Entwicklung zu rechnen sei. Konkret würden Kosten für Investitionen in das Kopfstellenequipment zur Programmaufbereitung, operative Kosten durch verstärkte Kundenbeschwerden sowie Zusatzaufwendungen durch Kulenzen zur Kundenrückgewinnung entstehen; aufgrund von Kundenkündigungen käme es außerdem zu einem Umsatzentfall.

Nach Auffassung der KommAustria übersieht die Antragstellerin im Hinblick auf ihr Vorbringen, wonach es einen unverhältnismäßig großen Aufwand darstellen würde, ein anderes Programm aus dem analogen Basispaket zu entfernen, dass der Gesetzgeber mit der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 jedenfalls in Kenntnis der Knappheit der Programmplätze in analogen Kabelnetzen und der bestehenden vollen Belegung dieser Kabelnetze eine ausdrückliche Weiterverbreitungsverpflichtung der beiden Spartenprogramme des ORF in § 4b Abs. 2 und § 4c Abs. 2 ORF-G vorgesehen hat (vgl. die Erl zur RV 611 BlgNR XXIV. GP *„die Übertragungsverpflichtung nach § 20 Abs. 1 AMD-G ist auch auf das Informations- und Kultur-Spartenprogramm anzuwenden“*; Hervorhebung nicht im Original). Somit muss dem Gesetzgeber unterstellt werden, dass er auch den aus einer entsprechenden Umschichtung in der Programmebelegung entstehenden Aufwand jedenfalls vorausgesehen und mitberücksichtigt hat. Die gegenteilige Sichtweise führte dazu, der gesetzgeberischen Willensentscheidung von vornherein den Anwendungsbereich zu entziehen, wenn die vorhersehbare Notwendigkeit der Änderung der Programmebelegung nun auf Ebene der Vollziehung wieder zum Maßstab einer Verhältnismäßigkeitsprüfung der gesetzlichen Anordnung selbst würde.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Umstand, dass ein Programm aus dem analogen Basispaket entfernt werden müsste, um einen Programmplatz für ein der „Must-

Carry“-Verpflichtung unterliegendes Programm zu schaffen, schon nach bisheriger Rechtsprechung nicht als „unverhältnismäßig großer Aufwand“ iSd Gesetzes geltend gemacht werden konnte. Die KommAustria hat bereits im Bescheid vom 23.11.2001, KOA 1.900/01-016, unter anderem festgestellt, dass sich *„die Verbreitung bereits im analogen Basispaket ... aus dem Wesen des Verbreitungsauftrages [ergibt], der die privatrechtliche Autonomie des Kabelnetzbetreibers zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen beschränkt, um die Verbreitung eines der Meinungsvielfalt dienenden, auf Lokalberichterstattung 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. [...]“*. Diese Rechtsprechung kann auf die aus § 20 Abs. 1 AMD-G erließende Verpflichtung übertragen werden. Aufgrund der vom Gesetzgeber getroffenen Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Meinungsvielfalt und Informationsfreiheit und den kommerziellen Interessen des Kabelnetzbetreibers kann der Umstand, dass ein bereits belegter Kanal freigemacht werden muss, gerade nicht als Begründung für das Vorliegen eines „unverhältnismäßig großen Aufwandes“, der zum Nichtvorliegen einer Weiterverbreitungsverpflichtung gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G führen würde, ins Treffen geführt werden.

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung der KommAustria sowie des Umstandes, dass dem Gesetzgeber im Zeitpunkt der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 die Programmplatzknappheit im analogen Basispaket bewusst war, liegt – umgelegt auf den vorliegenden Fall – auch kein „unverhältnismäßig großer Aufwand“ vor, wenn die Antragstellerin für die Weiterverbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ im analogen Basispaket ein Programm aus dem analogen Basispaket entfernen muss. Da somit schon dem Grunde nach nicht anzunehmen ist, dass die vom Gesetzgeber angeordnete Änderung der Programmbelegung durch das Hinzutreten eines weiteren ORF-Programms „unverhältnismäßig“ iSd § 20 Abs. 1 AMD-G ist, können auch die von der Antragstellerin für den Fall des Bestehens einer Verpflichtung zur Weiterverbreitung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ geltend gemachten finanziellen Aufwendungen bzw. Einnahmenverluste im vorliegenden Fall nicht als „unverhältnismäßig großer Aufwand“ ins Treffen geführt werden. Wie bereits dargelegt, hat der Gesetzgeber mit der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 die Weiterverbreitungsverpflichtung für die beiden Spartenprogramme des ORF ausdrücklich klarstellend geregelt (vgl. § 4b Abs. 2 und § 4c Abs. 2 ORF-G). In Kenntnis der Situation im Bereich der analogen Kanalbelegung wurde den Kabelnetzbetreibern somit eine „Must-Carry“-Verpflichtung unter anderem in einem Bereich auferlegt, der sich durch Knappheit der Programmplätze auszeichnet. Die von der Antragstellerin geltend gemachten Kosten (Investitionen in das Kopfstellenequipment zur Programmaufbereitung, operative Kosten durch verstärkte Kundenbeschwerden, Zusatzaufwendungen durch Kulenzen zur Kundenrückgewinnung) sind jedoch genau jene, die – unabhängig vom konkreten Programm – für den Fall der Feststellung der Weiterverbreitungsverpflichtung eines bestimmten Programms und der nachfolgenden Einspeisung ins analoge Basispaket jedenfalls anfallen werden. Die Antragstellerin macht somit – ohne nähere Nachweise – Kosten geltend, die zwingend immer anfallen, wenn ein zusätzliches bzw. anderes Programm in das analoge Basispaket aufgenommen werden muss. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit der Formulierung „ohne unverhältnismäßig großen Aufwand“ jene Kosten gemeint hat, die im Fall des Bestehens einer Verpflichtung zur Weiterverbreitung eines Programms im analogen Basispaket zwingend anfallen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kann somit der von der Antragstellerin behauptete Kostenaufwand nicht als „unverhältnismäßig großer Aufwand“ iSd § 20 Abs. 1 AMD-G geltend gemacht werden. Der Anwendungsbereich der Verhältnismäßigkeitsklausel iSd § 20 Abs. 1 AMD-G ist daher nach Auffassung der KommAustria auf jene Fälle beschränkt, in denen das mit der „Must-Carry“-Verpflichtung verfolgte Ziel außer jedem Verhältnis zu dem

dem Kabelnetzbetreiber zugemuteten Aufwand darstellt. Damit wird § 20 Abs. 1 AMD-G etwa zum Maßstab der Beurteilung, bis zu welchem Digitalisierungsgrad die Verpflichtung zur analogen Weiterverbreitung besteht, wenn etwa nur mehr ein vernachlässigbarer Anteil an Zusehern diesen Empfangsweg nutzt. Zu denken wäre aber auch an die Frage der – vom Wortlaut nicht grundsätzlich ausgeschlossenen – Verpflichtung zur Ausstrahlung aller neun regionalen Mutationen der ORF-Fernsehprogramme.

Die KommAustria kann daher nicht erkennen, dass der Antragstellerin durch die Einspeisung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ ins analoge Basispaket ein unverhältnismäßig großer Aufwand entstünde, der dazu führt, dass keine Weiterverbreitungsverpflichtung des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ im analogen Basispaket der Antragstellerin besteht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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 13. Juni 2012

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

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

Zustellverfügung:

1. Liwest Kabelmedien GmbH, Lindengasse 18, 4040 Linz, per **RSb**
2. Österreichischer Rundfunk, vertreten durch Mag. Gerhard Ettl, LL.M., Würzburggasse 30, 1136 Wien, per **RSb**