

Bescheid

I. Spruch

1. Dem Österreichischen Rundfunk (FN 71451 a, HG Wien), Würzburggasse 30, 1130 Wien, vertreten durch Arnold Rechtsanwalts-Partnerschaft, Wipplingerstraße 10, 1010 Wien, wird über Antrag der ATV Privatfernseh-GmbH (FN 157105 m, HG Wien), Aspernbrückengasse 2, 1020 Wien, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Michael Krüger, Marienstraße 4, 4020 Linz, gemäß § 19 Abs. 3 Privatfernsehgesetz (PrTV-G), BGBl. I Nr. 84/2001, sowie gemäß § 7 des Bundesgesetzes über den Österreichischen Rundfunk (ORF-G), BGBl. I 379/1984 idF BGBl. I Nr. 83/2001, aufgetragen, die in Beilage 1 zu diesem Bescheid näher bezeichneten 18 Sendeanlagen der ATV Privatfernseh-GmbH zur Verbreitung des von dieser veranstalteten Programms zu den Bedingungen gemäß Beilage 2 (von Dr. Alexander Wrabetz, kaufmännischer Direktor des Österreichischen Rundfunks, und Tillmann Fuchs, Geschäftsführer der ATV Privatfernseh-GmbH, paraphierter Vertragsentwurf vom 05.06.2002) sowie nach Maßgabe der Spruchpunkte 2.a bis 2.f dieses Bescheides bereitzustellen. Die Beilagen 1 und 2 zu diesem Bescheid bilden einen Bestandteil dieses Spruches.

- 2.a. Beilage 2 zu diesem Bescheid ist mit Ausnahme jener Bestimmungen anzuwenden, die sich auf das privatrechtliche Zustandekommen (Unterfertigung bzw. Zustimmung des Aufsichtsrates der ATV Privat-TV Services AG sowie des Stiftungsrates des Österreichischen Rundfunks) beziehen; die Bedingungen sind ab Rechtskraft dieses Bescheides (anstelle der in Punkt 2 (1) der Beilage 2 vorgesehenen beiderseitigen Unterfertigung) anzuwenden. Alle Fristen, die auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abstellen, beziehen sich auf das Wirksamwerden dieser Bedingungen mit der Rechtskraft dieses Bescheides. Die in Punkt 4.1 (1) vorgesehene Bankgarantie ist binnen 14 Tagen nach Rechtskraft dieses Bescheides zu übergeben. Hinsichtlich der in Beilage 2 erwähnten Anlagen gilt, dass „Anlage A“ auf Basis der Beilage 1 zu diesem Bescheid vom ORF binnen 14 Tagen nach Rechtskraft dieses Bescheids zu erstellen und der Antragstellerin zu übermitteln ist, bei „Anlage B“ handelt es sich um die den Verfahrensparteien bekannte ORF-Betriebsvorschrift Nr. 1/93 (Zuverlässigkeit von UKW/FS-Sendeanlagen) vom 1. Juli 1993, die Beilagen C und D entfallen.

- 2.b. Abweichend von Punkt 5.1 (1) zweiter Absatz der Beilage 2 über die Inbetriebnahme der Sende- und der gemäß Punkt 5.5 übergebenen Empfangseinrichtungen gilt, dass der Österreichische Rundfunk – sollte dieser Bescheid bis zum 25.07.2002 rechtskräftig werden und die ATV Privatfernseh-GmbH die Bankgarantie gemäß Punkt 4.1 (1) der Beilage 2 binnen 14 Tagen nach Rechtskraft dieses Bescheides übergeben haben – die Sende- und die gemäß Punkt 5.5 übergebenen Empfangseinrichtungen möglichst im Zeitraum zwischen 01.02.2003 und 28.02.2003 für den Start des üblichen Sendebetriebs bereithalten wird; dieser Zeitraum kann sich jedoch um einen Monat verschieben, wenn der Österreichische Rundfunk gegenüber der ATV Privatfernseh-GmbH nachweist, dass die Verzögerung aufgrund der erst im Juli 2002 eingetretenen Rechtskraft – gegenüber der vorgesehenen vertraglichen Einigung bis zum 25.06.2002 – aus nicht von ihm zu vertretenden Gründen unvermeidbar war.
- 2.c. Sollte dieser Bescheid der KommAustria aufgrund einer Berufung nicht bis zum 25.07.2002 in Rechtskraft erwachsen, so verzögert sich der in Punkt 5.1 (1) der Beilage 2 zu diesem Bescheid festgelegte Zeitraum für die Inbetriebnahme der Sendeeinrichtungen um jene Frist, die der Zeitspanne zwischen Bescheiderlassung durch die KommAustria und dem Eintreten der Rechtskraft dieses Bescheides entspricht. In diesem Fall verschieben sich auch die in Punkt 5.1 (1) zweiter Absatz, 2. und 3. Satz, sowie in Punkt 6.1 (2) genannten Termine (01.11.2002, 15.01.2003 bzw. 01.04.2003) um diesen Zeitraum.
- 2.d. Über die, in Spruchpunkt 2.b und 2.c genannten Verzögerungen hinaus ist eine witterungsbedingte Verschiebung des Inbetriebnahmezeitpunktes zulässig, sofern der Österreichische Rundfunk gegenüber der ATV Privatfernseh-GmbH nachweist, dass die verspätete Inbetriebnahme wegen ungünstiger Witterungsverhältnisse (insbesondere während der Wintermonate) bei Errichtung bzw. Montage der Sendeanlagen und Antennen unvermeidbar war.
- 2.e Punkt 2 (2) und 4.2 der Beilage 2 finden – unter Ausschluss der Anwendung des Punktes 2 (1) dritter Unterabsatz lit c der Beilage 2 – auch Anwendung, wenn der Bescheid, mit dem der ATV Privatfernseh-GmbH die erstmalige Zulassung erteilt wurde, von einem Gerichtshof des öffentlichen Rechts aufgehoben wird und die ATV Privatfernseh-GmbH über keine Bewilligung zur Veranstaltung und terrestrischen Verbreitung eines Fernsehprogramms verfügt; in diesem Fall sind die Bedingungen über einen inhaltlich gleichgelagerten Vertragsabschluss gemäß Punkt 4.2 lit a bis c der Beilage 2 auch auf einen neuerlichen Vertragsabschluss mit der Antragstellerin anzuwenden.
- 2.f Die Punkte 8 (9) und 8 (10) der Beilage 2 finden keine Anwendung.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Antrag der ATV Privatfernseh-GmbH

Mit Schriftsatz vom 26.02.2002 stellte die ATV Privatfernseh-GmbH (im folgenden ATV bzw. Antragstellerin) bei der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) unter Berufung auf § 19 Abs 3 PrTV-G den Antrag, die KommAustria möge über die Bereitstellung von 18 Sendeanlagen, wie sie der Phase 1 des im Bescheid der KommAustria zur Erteilung einer Zulassung für bundesweites Privatfernsehen vom 31.01.2002, KOA 3.005/02-24, festgelegten roll out Plans entsprechen, durch den Österreichischen Rundfunk (im folgenden ORF) zur Verbreitung des von ihr veranstalteten Programms entscheiden und hierfür ein

angemessenes Entgelt festsetzen. Die Antragstellerin brachte im wesentlichen vor, dass sie bereits im September 2001 Verhandlungen über die Mitbenutzung von ORF-Sendeanlagen mit dem ORF aufgenommen habe, eine Einigung insbesondere über das angemessene Entgelt für die Bereitstellung der Sendeanlagen jedoch nicht erzielbar gewesen sei. Der ORF habe trotz einer bereits erfolgten Voreinigung darüber, dass der Vertragstext bis auf das Entgelt ausgehandelt, die Preisfestsetzung jedoch durch die Regulierungsbehörde erfolgen solle, mit Schreiben vom 29.11.2001 ein Jahresentgelt in der Bandbreite von ATS 30 bis 40 Mio. auf Basis ohne Reservesender gefordert. Nach Erteilung der Zulassung für bundesweites Fernsehen habe die Antragstellerin die Fortsetzung der Verhandlungen verlangt und zu diesem Zweck am 18.02.2002 dem ORF einen Vertragstext auf Basis dieser unpräjudiziellen Voreinigung zur Verfügung gestellt, der jedoch um die vom ORF zu erbringende Beschaffung und Bereitstellung von Satellitenspiegeln und Receivern (Satellitendownlinks) erweitert worden sei. Am Vorabend des für den 20.02.2002 anberaumten Verhandlungstermins sei vom ORF jedoch eine neu überarbeitete Vertragsversion übermittelt worden, die Vertragsbedingungen enthielt, welche für die Antragstellerin unzumutbar und daher inakzeptabel gewesen seien, so dass sich die Antragstellerin veranlasst sah, die KommAustria zur Entscheidung gemäß § 19 Abs. 3 PrTV-G anzurufen. Diesem Antrag legte die Antragstellerin den bis dahin zwischen ihr und dem ORF geführten Schriftverkehr sowie die bis dahin wechselseitig ausgearbeiteten Vertragsversionen vor.

Stellungnahme des ORF vom 13.03.2002

Am 26.02.2002 übermittelte die KommAustria dem ORF den Antrag mit dem Ersuchen um Stellungnahme binnen 14 Tagen. Mit Schreiben vom 13.03.2002 (bei der KommAustria am 14.06.2002 eingelangt) erstattete der ORF eine Stellungnahme, in der er dem Antragsbegehren vor allem entgegenhielt, dass sich der ORF keinesfalls damit einverstanden erklärt habe, den Vertragstext bis zur Einigung auszuverhandeln und als Entgelt jenen Betrag zu akzeptieren, den die Regulierungsbehörde mit Bescheid festsetzen würde. Dies sei unter anderem der E-Mail des ORF vom 29.11.2001 zu entnehmen, worin festgehalten worden sei, dass der ORF nur zu einem Vertragsabschluss inklusive Festschreiben des Jahresentgeltes für die in Phase 1 geplante Mitbenützung bereit sei. Zudem entsprächen die in der Vertragsversion der Antragstellerin vom 18.02.2002 völlig neu hinzugefügten Bestimmungen, worin zusätzlich die Beschaffung und Bereitstellung von Satellitendownlinks durch den ORF gewünscht wurde, ohne dies jedoch in der Entgeltkalkulierung berücksichtigt zu haben, keinesfalls den vom ORF akzeptierten Bedingungen. Ebenso wenig hätte es – nicht zuletzt angesichts dieser Neuerungen – eine Einigung über die Höhe der Bankgarantie zur Absicherung der vom ORF im voraus zu tätigen Investitionen, noch eine solche über die Haftung für Sendeausfälle gegeben. Im Hinblick auf die dem ORF zugekommenen Informationen über die Überschuldung der Antragstellerin könne dieser schon aufgrund seiner Verpflichtung, den öffentlichen Versorgungsauftrag zu erfüllen, niemals ohne entsprechende Absicherung jedweden Ausfallsrisikos einen Vertrag abschließen. Hierzu könne der ORF auch nicht durch Verwaltungsakt gezwungen werden, da dies in unzulässiger Weise in sein verfassungsrechtlich gewährleistetes Eigentumsrecht eingreifen und den verfassungsrechtlich zulässigen Rahmen eines Kontrahierungszwanges bei weitem überschreiten würde.

Hinsichtlich der ORF-Vertragsversion vom 19.02.2002 brachte der ORF unter anderem auch vor, dass es nicht als sittenwidrig betrachtet werden könne, dass sich der ORF die Möglichkeit einer angemessenen Erhöhung des jährlichen Entgelts für den Fall der Steigerung der Kosten für Personal- und Sachleistungen (insbesondere Stromkosten) vertraglich vorbehalten möchte, da dies unter Vollkaufleuten üblich sei. Ferner könne ein genauer Inbetriebnahmezeitpunkt nicht festgelegt werden, da weder der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses - der von beiden Seiten ausdrücklich unter die aufschiebende Bedingung der Zustimmung durch die jeweils zuständigen Aufsichtsgremien gestellt worden

sei - noch der konkrete technische Ausbauwunsch der Antragstellerin feststehe. Zum Beweis dafür, dass die Vertragsbestimmungen des ORF-Vertragsentwurfs vom 19.02.2002 sachgerecht und angemessen seien und von Vertragspartnern bei vergleichbaren Verträgen üblicherweise in ähnlicher Form vereinbart würden, beantragte der ORF die Einholung eines Gutachtens der Wirtschaftskammer Österreich. Zur Formulierung im Antrag vom 26.02.2002, wonach die Antragstellerin die „Entscheidung über die Bereitstellung nachgenannter Sendeanlagen“ begehrt habe, brachte der ORF vor, dass er auf Grundlage von § 19 PrTV-G nicht zur Bereitstellung seiner eigenen Sendeanlagen verpflichtet werden könne, eine Errichtung zusätzlicher Standorte technisch nicht vertretbar wäre und es sich hierbei nicht um einen verbesserungsfähigen Formulierungsfehler handle, so dass der Antrag ohne Verbesserungsauftrag zurückzuweisen sei. Darüber hinaus sei der Antrag auch hinsichtlich der technischen Ausgestaltung der 18 Sendestandorte nicht hinreichend konkretisiert, was eine Entscheidung über das angemessene Entgelt unmöglich mache. Schließlich hielt der ORF dem Antrag entgegen, dass er zwar auf Grund von § 19 PrTV-G einem Kontrahierungszwang unterliege, es ihm jedoch frei stehen müsse, sachlich gerechtfertigte Gründe gegen den Abschluss eines Vertrags ins Treffen zu führen. So stehe zu befürchten, dass zumindest die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung der Berufung aufgehoben werde. Selbst bei Vorliegen einer Berufungsentscheidung könne die Zulassung der Antragstellerin immer noch durch den VwGH bzw. den VfGH aufgehoben oder einer Beschwerde durch die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts aufschiebende Wirkung zuerkannt werden, wodurch die Zulassung der Antragstellerin zumindest vorübergehend nicht rechtswirksam wäre. In diesen Fällen wären die Investitionen des ORF vollkommen oder zumindest vorübergehend frustriert, weil die Sendeeinrichtungen vom ORF nicht mehr benötigt würden, es aber faktisch keinen Markt für solche Gebrauchtgeräte gäbe. Weiters sei die Antragstellerin dem Firmenbuch zufolge noch nicht einmal der Auflage der KommAustria, den Abschnitt 11.3. ihres Gesellschaftsvertrages in Entsprechung des § 10 Abs 5 PrTV-G zu ändern, nachgekommen. Der ORF machte geltend, dass es ihm folglich nicht zugemutet werden könne, einen Vertrag mit jemandem abzuschließen, der die Zulassungsvoraussetzungen nicht erfülle und brachte auch Zweifel an der Tauglichkeit der Auflage vor, die gewünschte Änderung des Gesellschaftsvertrags herbeizuführen, da es aufgrund des Erfordernisses eines notariell beurkundeten Gesellschafterbeschlusses gar nicht in der Hand der Antragstellerin liege, ob sie ihren eigenen Gesellschaftsvertrag ändert. Darüber hinaus sei der Berufung der Kanal 1 Fernsehbetriebsgesellschaft m.b.H., einer Mitbewerberin im Zulassungsverfahren, zu entnehmen gewesen, dass die Antragstellerin überschuldet sei. Der ORF brachte erhebliche Bedenken darüber zum Ausdruck, ob die Antragstellerin imstande sei, die Forderungen des ORF begleichen zu können und beantragte die Bestellung eines gerichtlich zertifizierten Sachverständigen aus dem Kreise der Wirtschaftsprüfer zum Beweis dafür, dass die Antragstellerin nicht in der Lage sei, ein allfälliges angemessenes Entgelt für die bundesweite Abstrahlung von analogem terrestrischem Fernsehen durch den ORF zu begleichen bzw. die Forderungen des ORF für den Fall, dass die von diesem getätigten Aufwendungen frustriert sind, zu ersetzen und sicherzustellen. Darüber hinaus machte der ORF geltend, dass die KommAustria gemäß § 19 Abs 3 PrTV-G lediglich über die Angemessenheit des Entgelts oder über die technische Vertretbarkeit erkennen könne und folglich keine Zuständigkeit der KommAustria bestehe, die Bestimmungen des Vertrags festzusetzen. Die Antragstellerin müsse vielmehr den Zivilrechtsweg beschreiten, um die üblichen Vertragsbedingungen festlegen zu lassen, bevor überhaupt über die Höhe des Entgelts entschieden werden könnte. Der ORF stellte deshalb den Antrag, das Verfahren bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung eines Zivilgerichtes über den Inhalt eines Vertrages zwischen der Antragstellerin und dem ORF über die Abstrahlung des analogen terrestrischen bundesweiten Fernsehprogramms der Antragstellerin zu unterbrechen. Für den Fall, dass die KommAustria ihre Kompetenz zur Festlegung der Vertragsbestimmungen dennoch bejahen sollte, fügte der ORF seiner Äußerung eine Liste von als üblich zu beurteilenden Vertragsbestimmungen an, welche im konkreten Fall zu berücksichtigen wären. Nach Auffassung des ORF sei es weiters nicht zulässig, dass in einem Bescheid der KommAustria die Bereitstellung der Sendeanlagen ohne Reservesender aufgetragen werde, da die Formulierung in § 19 Abs 2 PrTV-G

verlange, dass der ORF die Sendeanlagen in derselben Qualität bereit stellen müsse, wie er sie auch für die Verbreitung der eigenen Programme einsetzt. Zum Beweis dafür, dass die von der Antragstellerin begehrte Abstrahlung ohne Reservesender nicht der vom ORF üblicherweise verwendeten technischen Qualität entspreche, was ein erhöhtes Ausfallrisiko nach sich ziehe und folglich keine Verpflichtung zur Vornahme einer solchen Abstrahlung durch den ORF bestehe, begehrte er die Einholung eines Gutachtens eines gerichtlich zertifizierten Sachverständigen aus dem Bereich der Nachrichtentechnik. Aus den angeführten Gründen stellte er schließlich den Antrag, die KommAustria möge den Antrag der Antragstellerin zurückweisen bzw. in eventu abweisen.

Am 18.03.2002 bestellte die KommAustria Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Reinhard Neubauer und Dipl. Ing. Peter Reindl von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) zu Amtssachverständigen, mit dem Auftrag, ein Gutachten über die für die Bereitstellung der in Anlage 1, S. 1 – 18 zum Bescheid der KommAustria vom 31. Jänner 2002, KOA 3.005/02-24, aufgezählten Sendeanlagen des ORF entstehenden Kosten unter Zugrundelegung einer aktuellen Kostenkalkulation des ORF für die Errichtung, den Betrieb und die Wartung der Sendeeinrichtungen zu erstellen. Mit Schreiben vom 19.03.2002 wurden die beiden Parteien darüber in Kenntnis gesetzt.

Infolge eines in den Räumen der KommAustria am 19.03.2002 stattgefundenen Gesprächstermins zwischen Vertretern der Antragstellerin und des ORF wurde dem ORF (Dr. Andreas Haider) am selben Tag von der Antragstellerin (Erich Gimpl) per E-Mail eine spezifizierte Nachfrage für Sendeanlagen in der Variante 11 Muttersender und 7 Umsetzer (Ballempfang) inklusive Satellitendownlinks mit der Bitte um Anbotstellung übermittelt.

In Beantwortung dieses E-Mails übermittelte der ORF (Dr. Andreas Haider) am 21.03.2002 ein Schreiben an die Antragstellerin inklusive einer Auflistung der Jahresnettoentgelte für die beantragte Senderaufstellung, wobei hinsichtlich der als Umsetzer (Ballempfang) beantragten Sender auf die Notwendigkeit einer Prüfung der Ballempfangsmöglichkeit bei den betreffenden ORF-Sendeanlagen hingewiesen wurde. Aus dem Schreiben ging weiters hervor, dass in der Frage der Programmmzubringung über Satellitendownlinks eine zusätzliche technische Abstimmung der von der Antragstellerin geplanten Modalitäten und allenfalls vom ORF zu erbringenden Dienstleistungen erforderlich sei. Die der beigelegten Liste der Jahresentgelte zu entnehmende Entgeltsumme betrug € 3.188.906,- (ATS 43.880.311,-).

Daraufhin erging am 25.03.2002 per E-Mail ein Schreiben des Rechtsvertreters der Antragstellerin an den ORF, worin unter anderem die vom ORF vorgelegte Kalkulation der Jahresnettoentgelte als wesentlich überhöht bezeichnet und ein Widerspruch zu der in dem bei der KommAustria stattgefundenen Gesprächstermin angegebenen Bandbreite von ATS 30 – 40 Mio. konstatiert wurde.

In Entgegnung dieser E-Mail erging am 27.03.2002 eine Äußerung des Rechtsvertreters des ORF, in der die im Schreiben der Antragstellerin vorgebrachten Behauptungen im wesentlichen als unzutreffend und sinnverzerrend qualifiziert wurden und insbesondere hinsichtlich der vorgebrachten Bandbreite von ATS 30 – 40 Mio. Jahresnettoentgelt ausgeführt wurde, dass hierunter lediglich eine Annäherung der wechselseitigen Standpunkte zu verstehen sei. Dies bedeute jedoch von Seiten der Antragstellerin eine Annäherung auf über ATS 30 Mio. und von Seiten des ORF auf bis ATS 40 Mio., nicht jedoch eine Preisvorstellung des ORF in der Bandbreite von ATS 30 – 40 Mio. Insbesondere wurde auch betont, dass der ORF nach § 19 Abs. 2 PrTV-G und aufgrund der drohenden Rufschädigung nicht verpflichtet sei, eine andere Sendequalität als die eigene zu liefern. Im übrigen wurde auf das bisherige Vorbringen des ORF verwiesen.

Mündliche Verhandlung 15.04.2002

Am 15.04.2002 fand vor der KommAustria eine mündliche Verhandlung über den Antrag statt, in deren Rahmen zunächst von beiden Seiten angegeben wurde, dass es auf Basis der bisher ausgetauschten Vertragsentwürfe zu keiner Einigung gekommen sei. Weiters wurde das Schreiben des ORF vom 21.03.2002 – abgesehen von den dort angeführten Jahresnettoentgelten – soweit es sich auf die technischen Details der beantragten Sendeanlagen, wie Funkstellen, Leistung (ERP) und Senderleistung sowie die Frage bezog, ob es sich dabei um Sender oder Umsetzer handelt, ausdrücklich zum Antragsbegehren der Antragstellerin erhoben. Für den Fall, dass an einzelnen Standorten kein Umsetzer errichtet werden könne, wurde in eventu ein Sender gleicher Leistungsklasse an diesem Standort beantragt. Darüber hinaus brachte die Antragstellerin vor, dass auch die Beschaffung und Errichtung sowie das Betreiben der Satellitenempfangsanlagen an den jeweiligen Senderstandorten und damit die Signalzubringung durch den ORF vom Antragsbegehren umfasst seien. Auf daraufhin vom ORF behauptete Zweifel daran, dass der Antrag hinsichtlich der Satellitenempfangsanlagen ausreichend konkretisiert sei, erklärte die Antragstellerin, binnen 24 Stunden ein technisches Datenblatt zur Beschreibung der beantragten Satellitenempfangsanlagen vorlegen zu wollen. Im übrigen diene die mündliche Verhandlung dazu, den Ablauf der bisherigen Verhandlungen zwischen der Antragstellerin und dem ORF durch Zeugen- bzw. Parteieneinvernahmen näher festzuhalten. In diesem Rahmen wurden als Zeugen Dr. Michael Krüger, Rechtsvertreter der Antragstellerin, Dr. Andreas Haider, Leiter der Hauptabteilung Beschaffung und Verwaltung des ORF, Ing. Karl Fischer, Leiter der Abteilung Sendetechnik im ORF sowie Karl Matuschka, Angestellter der Enterprise Consulting und Services Medienberatung GmbH, welche technische Beratungsleistungen für ATV erbringt, einvernommen. Weiters wurden im Rahmen der Verhandlung von Seiten der Antragstellerin ein Schreiben des ORF vom 06.09.2001 vorgelegt, dem ein Mustervertrag vom 05.09.2001 angeschlossen war sowie die ORF-Betriebsvorschrift Nr. 93/1 T 1 Anlagetechnik - Zuverlässigkeit von UKW/FS-Sendeanlagen, sowie eine Kalkulation der Antragstellerin vom 17.09.2001 und eine E-Mail des Rechtsvertreters der Antragstellerin an Dr. Andreas Haider vom 17.10.2001 mit einem Vertragsentwurf, der auf dem Mustervertrag vom 05.09.2001 aufbaut und Überarbeitungen durch die Antragstellerin enthält.

Am 16.04.2002 übermittelte die Antragstellerin per E-Mail ein Schreiben an die KommAustria, welches die Spezifikationen der Satellitendownlinks für 11 in der Beilage des Schreibens des ORF vom 21.03.2002 mit „S“ gekennzeichneten Sender als Teil des technischen Konzeptes der Antragstellerin enthielt sowie die Spezifikationen des von der Antragstellerin verwendeten Satelliten-Transponders.

Am 22.04.2002 übermittelte die KommAustria den Verfahrensparteien die Niederschrift des Tonbandprotokolls zur mündlichen Verhandlung vom 15.04.2002 und ersuchte die Parteien, die Zeitplanung des ORF betreffend die Sender- und Antennenmontage sowie der Inbetriebnahmen der Anlagen der KommAustria vorzulegen; der ORF wurde zugleich um Vorlage der beiden Musterverträge für die Sendermitbenützung im Hörfunkbereich ersucht.

In Entsprechung dieser Aufforderung legte der ORF mit Schreiben vom 25.04.2002 die Musterverträge für Privatradiobetreiber aus 1994 und 1998 vor, sowie den Entwurf des ORF vom 21.03.2002 für einen Roll-Out-Plan. Zu den vorgelegten Unterlagen nahm der ORF dahingehend Stellung, dass die Musterverträge sich ausschließlich auf Hörfunkveranstalter beziehen würden und nicht für Privatfernsehen konzipiert und auch für diesen Bereich nicht ORF-intern freigegeben worden seien. Soweit diese im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit der Antragstellerin als Musterverträge übermittelt worden sind, sei dies lediglich als Diskussionsgrundlage erfolgt. Darüber hinaus brachte der ORF vor, dass es erhebliche Unterschiede in wirtschaftlicher, finanzieller und technischer Hinsicht zwischen der Abstrahlung eines Hörfunkprogramms und eines Fernsehprogramms gäbe und daher ein Vergleich der Verträge über Privatrado mit einem für Privatfernsehen unzulässig sei.

Hinsichtlich des roll-out Planes wiederholte der ORF sein bisheriges Vorbringen, wonach die von der Antragstellerin behauptete Zuständigkeit der KommAustria zur Festlegung eines Abstrahlungszeitpunktes gesetzlich nicht bestehe, da diese lediglich in Streitfällen über die Angemessenheit des Entgeltes oder die technische Vertretbarkeit entscheiden könne. Sollte die Behörde dennoch eine derartige Zuständigkeit für sich in Anspruch nehmen, könne eine Leistungsverpflichtung des ORF frühestens nach Ablauf einer festzulegenden Leistungspflicht nach Rechtskraft eines allfälligen Bescheides eintreten.

Weiters beantragte der ORF zum Beweis dafür, dass die Lieferfristen für Einrichtungen wie Sender, Sendeweichen und Umschaltfelder üblicherweise 6 bis 16 Wochen, Lieferfristen von Antennenanlagen ca. 5 Monate betragen, und die Inbetriebnahme eines Senders mit ca. 3 Wochen, die Montage von Antennen mit ca. 6 bis 8 Wochen zu veranschlagen sei, die Einholung eines Gutachtens eines gerichtlich zertifizierten Sachverständigen aus dem Bereich der Nachrichtentechnik. Zum Beweis dafür, dass Privatrado und Privatfernsehen nicht miteinander vergleichbar seien, und ganz erhebliche Unterschiede in wirtschaftlicher, finanzieller und technischer Hinsicht bestünden und daher keine Gleichbehandlungspflicht des ORF bestehe, sowie zum Beweis dafür, dass die Investitionen im Bereich des Privatfernsehens das 25- bis 100-fache des üblichen Investitionsvolumens im Privatradiobereich ausmachen würden, beantragte der ORF außerdem die Einholung eines Gutachtens eines gerichtlich zertifizierten Buchsachverständigen. Mit Schreiben vom 29.04.2002 übermittelte die KommAustria diese Stellungnahme des ORF der Antragstellerin zur Kenntnisnahme.

Mit Schreiben vom 08.05.2002 erstattete der ORF binnen offener Frist Einwendungen wegen Unvollständigkeit und Unrichtigkeit der Übertragung des Tonbandprotokolls zur mündlichen Verhandlung vom 15.04.2002 und brachte vor wie bisher.

Am 13.05.2002 übermittelte die KommAustria das von den Amtssachverständigen erstellte Gutachten an die Verfahrensparteien und beraumte zugleich eine mündliche Verhandlung zum Zwecke der Gutachtenserörterung für den 22.05.2002 an. Am 17.05.2002 übermittelte die Antragstellerin der KommAustria per E-Mail einen ursprünglich vom ORF erstellten Entwurf für eine Patronatserklärung. Der Entwurf dieser Patronatserklärung sah u.a. eine ausdrückliche und unwiderrufliche Verpflichtung der Bank für Arbeit und Wirtschaft AG (BAWAG) vor, die ATV Privatfernseh-GmbH stets finanziell so auszustatten, dass sie in der Lage sei, sämtliche Verpflichtungen und Verbindlichkeiten aus oder im Zusammenhang mit der Vereinbarung mit dem ORF bezüglich der Abstrahlung von terrestrischem Fernsehen zu erfüllen.

Am 21.05.2002 übermittelte der Rechtsvertreter des ORF eine Stellungnahme zum Gutachten der Amtssachverständigen, worin im wesentlichen vorgebracht wurde, dass das Gutachten von einem viel zu niedrigen Investitionsvolumen ausgehe und es zwischenzeitlich zu Veränderungen der technischen Gegebenheiten gekommen sei, wodurch eine Beibehaltung der bisherigen technischen Ausgestaltung nicht möglich wäre. So sei am Standort Innsbruck 2 – Seegrube keine ordnungsgemäße Versorgung durch einen Umsetzer erreichbar, sodass ein Sender vorzusehen sei, der auch zu einer Erhöhung des Investitionsvolumens und damit des angemessenen Entgelts führe. Der ORF beantragte daher, die KommAustria möge eine Ergänzung des Gutachtens hinsichtlich der Kosten für den Standort Innsbruck 2 – Seegrube beauftragen. Darüber hinaus beantragte der ORF eine Gutachtensergänzung hinsichtlich der Position „zusätzliche Investitionen“, der Position „Kapitalverzinsung“, der Position „Kosten für die Planung“, der Position „Abschreibungsdauer“, der Position „Höhe der Betriebskosten“, der Position „Umsatzsteuer und Gewinnmarge“ und hinsichtlich der Position „Mengenrabatt“ sowie eine Gutachtensergänzung dahingehend, dass bei Berechnung des angemessenen Entgelts ein Marktvergleich angestellt werde, der sich an vergleichbaren Märkten (insbesondere auch Deutschland) orientieren soll. Überdies beantragte der ORF zum Beweis für die von ihm in den angeführten Positionen veranschlagten höheren Kosten die Einholung weiterer

Gutachten aus dem Bereich der Nachrichtentechnik und aus dem Bereich der Betriebswirtschaft. Dieser Stellungnahme legte der ORF Angebote von Lieferanten und sonstigen Vertragspartnern vor, um nachzuweisen, dass die von ihm zu tätigen Investitionen für die Abstrahlung des Programms der Antragstellerin wesentlich höher seien, als dies im Gutachten der Amtssachverständigen angenommen wurde. Weiters fügte der ORF dieser Stellungnahme Preisauflistungen der Firma Siemens, Angebote der Spinnervertreter E. Hartner & Co, eine Preisliste der Deutschen Telekom AG, den Jahresabschluss der Antragstellerin per 31.12.1999 sowie den Jahresabschluss der Antragstellerin per 31.12.1998 als Beilagen an. Durch weitere Urkundenvorlage vom selben Tag übermittelte der ORF der KommAustria ferner Pressemeldungen der Antragstellerin sowie einen Standardmietvertrag.

Mündliche Verhandlung am 22.05.2002

Am 22.05.2002 fand vor der KommAustria eine weitere mündliche Verhandlung, vor allem zur Erörterung des Gutachtens der Amtssachverständigen statt. Vom Rechtsvertreter der Antragstellerin wurde ein Vertragsentwurf vorgelegt, ebenso vom Rechtsvertreter des ORF. Im Zuge der Erörterung des Gutachtens beantragte der Rechtsvertreter der Antragstellerin Einsicht in jene Unterlagen, die der ORF den Amtssachverständigen zur Erstellung des Gutachtens zur Verfügung gestellt hatte. Der ORF sprach sich unter Hinweis auf die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des ORF dagegen aus und brachte weiters vor, dass die Antragstellerin durch eine Einsicht auch Zugang zu sensiblen Daten, etwa zu Werbeerlösen oder der Kostenstruktur des ORF bekommen würde und außerdem auch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Dritter, insbesondere der Lieferanten des ORF betroffen seien. Ferner beantragte der Rechtsvertreter der Antragstellerin auch Einsicht in die Kalkulationen und konkreten Kalkulationsunterlagen des ORF, insbesondere in Angebote, die der ORF bereits eingeholt habe, was vom ORF wiederum unter Hinweis auf die auch hier betroffenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des ORF abgelehnt wurde. Die KommAustria trug dem ORF auf, sich binnen einer Woche zur beantragten Offenlegung dieser Unterlagen zu äußern.

In weiterer Folge wurden die Amtssachverständigen durch die KommAustria ersucht, das Gutachten dahingehend zu ergänzen, ob die vom ORF in der Stellungnahme vom 21.05.2002 sowie in der mündlichen Verhandlung vom 22.05.2002 vorgebrachten Ausführungen, insbesondere zu den Punkten Planung, Investitionen und Montage sowie damit zusammenhängend die abhängigen Kosten, die sich aus einem Prozentsatz dieser Werte errechnen, zutreffen. Weiters wurde der Rechtsvertreter des ORF ersucht, bis zum 27.05.2002 zu den bisher gestellten Beweisanträgen auszuführen, welche Beweisanträge aufrecht erhalten werden und welches konkrete Beweisthema damit abgedeckt werden soll.

Mit Beschluss vom 23.05.2002 berichtigte die KommAustria das schriftliche Tonbandprotokoll vom 15.04.2002, soweit die vom ORF beantragten Berichtigungen offenkundige Übertragungsfehler betrafen. Soweit das Protokoll ergänzende Einwendungen vorgebracht wurden, wurden diese der Niederschrift angeschlossen. Mit Schreiben vom 23.05.2002 wurde den Parteien die Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vom 22.05.2002 samt den in dieser Verhandlung vorgelegten Urkunden (Beilage A./ bis F./) sowie die Protokollberichtigung zur Niederschrift vom 15.04.2002 übermittelt.

Am 27.05.2002 kam der ORF binnen offener Frist der in der mündlichen Verhandlung ergangenen Aufforderung nach, sich zu den bisher gestellten Beweisanträgen zu äußern, wobei kein einziger der bis dahin gestellten rund 50 Beweisanträge zurückgezogen wurde. Dieses Schreiben wurde am 28.05.2002 der Antragstellerin unter Einräumung einer Stellungnahmemöglichkeit zur Kenntnis gebracht. Am 29.05.2002 kam der ORF der in der mündlichen Verhandlung vom 22.05.2002 ergangenen Aufforderung nach, zu der von der Antragstellerin begehrten Einsicht in die Kalkulationsunterlagen des ORF Stellung zu

nehmen. Insbesondere führte er aus, dass nach Rücksprache mit seinen Lieferanten sich nur 3 von 5 mit einer Offenlegung der Angebotsunterlagen einverstanden erklärt hätten, hingegen 2 der 5 Firmen sich ausdrücklich und schriftlich gegen eine Weitergabe ausgesprochen hätten. Der Äußerung wurden jene Beilagen angefügt, deren Offenlegung zugestimmt wurde. Hinsichtlich aller übrigen Unterlagen und Daten, welche im Rahmen der Urkundenvorlage vom 21.05.2002 der KommAustria übermittelt worden sind, sprach sich der ORF ausdrücklich gegen die Gewährung der Akteneinsicht aus und beantragte insoweit, die KommAustria möge darüber bescheidmässig absprechen. Diese Äußerung des ORF wurde der Antragstellerin ebenfalls zur Kenntnis übermittelt.

Paraphierter Vertragsentwurf vom 05.06.2002

Einer Pressemeldung vom 07.06.2002 war zu entnehmen, dass es zwischen der Antragstellerin und dem ORF zu einer Einigung über die Mitbenützung der Sendeanlagen des ORF auf Geschäftsführungsebene gekommen sei, dies unter dem Vorbehalt, dass „die Gesellschafter“ der Antragstellerin und der Stiftungsrat des ORF ihre Zustimmung erteilen. Die KommAustria ersuchte daraufhin per E-Mail vom 10.06.2002 beide Parteien, binnen drei Tagen mitzuteilen, ob diese Angaben zutreffend seien und gegebenenfalls den vollständigen Inhalt dieser Einigung der KommAustria vorzulegen. In einem am 10.06.2002 geführten Telefonat teilte der Geschäftsführer der Antragstellerin der KommAustria mit, dass es zutreffend sei, dass es auf Geschäftsführungsebene zu einer Einigung gekommen und der Vertragstext vom Geschäftsführer der ATV und vom kaufmännischen Direktor des ORF paraphiert worden sei. Das Verhandlungsergebnis sei daraufhin den Gesellschaftern der Muttergesellschaft der Antragstellerin vorgelegt worden, diese hätten jedoch ihre Zustimmung verweigert; dies vor allem aus dem Grund, dass im Falle einer Verzögerung der Bereitstellung der Sendeanlagen bzw. im Falle einer Unterbrechung der Übertragung keine Pönalen vereinbart worden seien. In weiterer Folge langte noch am 10.06.2002 ein Fax der Antragstellerin bei der KommAustria ein, dem der paraphierte Vertragstext sowie eine diesbezügliche Stellungnahme des Rechtsvertreters der Antragstellerin beigelegt waren.

Mit Schreiben vom 13.06.2002 übermittelte die Antragstellerin der KommAustria per E-Mail eine Äußerung mit näheren Ausführungen zum Scheitern der Vertragsgenehmigung. Demnach sei wesentliche Ursache eine Bestimmung gewesen, die den ORF zur vorzeitigen Vertragsauflösung mit voller Schadenersatzverpflichtung der Antragstellerin berechtigt hätte, wenn deren Zulassung weggefallen wäre.

Am selben Tag erfolgte auch eine Bekanntgabe des ORF, worin ebenfalls bestätigt wurde, dass es am 05.06.2002 zu einer Willensübereinkunft und Paraphierung des Vertragswerkes auf Geschäftsführungsebene beider Parteien gekommen sei. Diese Einigung sei jedoch unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung des Aufsichtsrates der Alleingesellschafterin der Antragstellerin und des Stiftungsrates des ORF erfolgt. Der ORF führte weiters aus, dass ihm mit Schreiben vom 07.06.2002 seitens der Antragstellerin mitgeteilt worden sei, dass die Gesellschafter der Alleingesellschafterin der Antragstellerin der Geschäftsführung keine Ermächtigung zum Abschluss des Vertrages erteilt hätten. Der Vertrag sei daher nicht zustande gekommen. Der ORF fügte hinzu, dass unverzüglich nach Paraphierung des Vertrages mit den Unternehmen, die die erforderlichen Anlagenteile produzieren und liefern sollten, zwecks Koordinierung und Reservierung von Produktionskapazitäten Kontakt aufgenommen worden sei. Infolge der Ablehnung der Zustimmung zum bereits paraphierten Vertrag durch den Aufsichtsrat der Alleingesellschafterin der Antragstellerin, mussten diese Reservierungen wiederum storniert werden.

Zur Fertigstellung der Anlagen bis März 2003 wäre eine Zustimmung der Antragstellerin bis 10.6.2002 erforderlich gewesen, da für viele Montagearbeiten und auch bei der Kabelverlegung – nicht nur tageweise – Temperaturen von über 0°C erforderlich wären.

Die KommAustria übermittelte den Parteien die gegnerischen Äußerungen und den über das mit dem Geschäftsführer der Antragstellerin am 10.06.2002 geführte Telefonat verfassten Aktenvermerk unter Einräumung einer Stellungnahmemöglichkeit bis längstens 20.06.2002.

Der ORF nahm mit Schreiben vom 18.06.2002 Stellung, wobei im wesentlichen die Ausführungen der Antragstellerin vom 13.06.2002 bestritten wurden. Darüber hinaus betonte der ORF neuerlich die Notwendigkeit der Festsetzung einer Leistungsfrist im Rahmen der behördlichen Entscheidung, wobei für deren Ermittlung detaillierte technische und aufgrund der eingetretenen Verzögerungen auch meteorologische Kenntnisse erforderlich seien. Zur Untermauerung seiner Aussage, dass die Herstellung der technischen Gegebenheiten für die Programmabstrahlung einen Zeitrahmen von zumindest 6 ½ Monaten und je nach Witterungsverhältnissen an bestimmten Standorten auch länger erforderlich mache, schloss der ORF seinem Schreiben eine Aufstellung über die durchschnittliche Lufttemperatur am Patschkofel an. Dieses Schreiben wurde der Antragstellerin am 19.06.2002 zur Kenntnis gebracht.

Mit Schreiben vom 24.06.2002 benachrichtigte die KommAustria die beiden Parteien davon, dass sie die Schließung des Ermittlungsverfahrens gemäß § 39 Abs 3 AVG wegen Entscheidungsreife verfügt habe und der Bescheid auf Grundlage des bisherigen Ergebnisses des Ermittlungsverfahrens erlassen werde (Fax der KommAustria vom 24.06.2002, KOA 3.005/02-64).

2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Verfahrensparteien

Die Antragstellerin, ATV Privatfernseh-GmbH, ist Kabelrundfunkveranstalterin. ATV nahm den Sendebetrieb im Kabelnetz am 17.01.2000 mit einem für ganz Österreich konzipierten Programm auf. Die ATV Privatfernseh-GmbH schloss mit 119 Kabelnetzbetreibern in Österreich Einspeisungsverträge ab, das Programm wird über Satellit, Eutelsat 36° Ost, an die Kabelnetzbetreiber verteilt. Die ATV Privatfernseh-GmbH ist Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung von bundesweitem analogen terrestrischen Privatfernsehen (Bescheid der KommAustria vom 31.01.2002, KOA 3.005/02-24; rechtskräftig durch Abweisung der gegen diesen Bescheid erhobenen Berufungen mit Bescheid des Bundeskommunikationssenates, GZ 611.181/007-BKS/2002, vom 22.04.2002). Gegen den Bescheid des Bundeskommunikationssenates wurden Beschwerden an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts erhoben.

Die ATV Privatfernseh-GmbH ist eine zu FN 157105 m beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien und einem zur Gänze einbezahlten Stammkapital von € 36.400,--. Alleingesellschafterin ist die unter FN 153188 b beim Handelsgericht Wien eingetragene ATV Privat-TV Services AG mit einem Kapital von ATS 62.000.000,--.

Die aktuelle Aktionärsstruktur der ATV Privat-TV Services AG stellt sich wie folgt dar:

1. Concorde Media Beteiligungs GmbH:
161.200 Stückaktien, entspricht einem Anteil von 26 %
2. Erste Bank der Österreichischen Sparkassen AG:
15.600 Stückaktien, entspricht einem Anteil von 2,52 %
3. Generali Holding Vienna AG:

- 12.400 Stückaktien, entspricht einem Anteil von 2 %.
- 4. Ingebe Medien Holding GmbH:
182.800 Stückaktien, entspricht einem Anteil von 29,48 %.
- 5. SBS Broadcasting S.A.:
124.000 Stückaktien, entspricht einem Anteil von 20 %.
- 6. Tele-München FernsehmbH & Co Produktionsgesellschaft:
43.400 Stückaktien, entspricht einem Anteil von 7 %.
- 7. UPC Programming B.V.:
80.600 Stückaktien, entspricht einem Anteil von 13 %.

Der Österreichische Rundfunk ist eine zu Firmenbuchnummer 71451a beim Handelsgericht Wien eingetragene Stiftung des öffentlichen Rechtes mit Sitz in Wien, die gemäß § 44 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Österreichischen Rundfunk (ORF-Gesetz), BGBl. 397/74 in der Fassung BGBl. I Nr. 83/2001 mit Wirksamkeit vom 01.01.2002 durch Umwandlung aus dem Wirtschaftskörper Österreichischer Rundfunk hervorgegangen ist. Zweck der Stiftung ist gemäß § 1 Abs. 2 ORF-G die Erfüllung des öffentlichen-rechtlichen Auftrages im Rahmen des Unternehmensgegenstandes gemäß § 2 ORF-G. Vertretungsbefugtes Organ ist Generaldirektorin Dr. Astrid Monika Eder-Lindner, kaufmännischer Direktor ist Dr. Alexander Wrabetz. Der Österreichische Rundfunk betreibt insgesamt etwa 970 Sendeanlagen an etwa 470 Standorten zur Verbreitung seiner eigenen Fernsehprogramme (ORF 1 und ORF 2).

2.2. Nachfrage, Vertragsverhandlungen, Nichtzustandekommen einer Einigung

Die Antragstellerin ist etwa Anfang September 2001 erstmals mit der Anfrage auf Mitbenutzung von Sendeanlagen an den ORF herangetreten. Diese Anfrage erfolgte im Vorfeld der Bewerbung der Antragstellerin im Verfahren zur Erteilung einer bundesweiten Zulassung für analoges terrestrisches Fernsehen. Ein erstes Gespräch zwischen den Verfahrensparteien fand am 04.09.2001 statt, bei welchem die Antragstellerin und der ORF noch nicht anwaltlich vertreten waren. Mit Schreiben vom 06.09.2001 übermittelte der ORF der Antragstellerin einen Mustervertrag, datiert mit 05.09.2001, der aufbauend auf den auch mit Hörfunkveranstaltern abgeschlossenen Verträgen des ORF entsprechend für das Fernsehen adaptiert worden ist und als Grundlage für die Verhandlungen des ORF mit allen zukünftigen Privatfernsehbetreibern dienen sollte. Dieser Mustervertrag war mit der Geschäftsführung des ORF insofern abgestimmt, als er auf den Radioverträgen aufbaute und dem kaufmännischen Direktor des ORF, Dr. Wrabetz, zur Kenntnis gebracht worden ist (Dr. Andreas Haider, mündliche Verhandlung vom 15.04.2002 S. 10f; Mustervertrag des ORF vom 05.09.2001).

In Vorbereitung einer für den 27.09.2001 anberaumten ersten Verhandlungsrunde legte die Antragstellerin eine ihren Vorstellungen entsprechende Kostenkalkulation für die Miete von 18 Sendeanlagen in der Phase 1 vor, welche im Ergebnis Gesamtkosten für die Anmietung der Sendeanlagen von jährlich knapp unter 13 Mio. ATS auswies (Kostenkalkulation von ATV, Stand 17.09.2001). Am 17.10.2001 übermittelte die Antragstellerin in Vorbereitung eines für den 22.10.2002 vereinbarten Verhandlungstermins dem ORF einen auf Basis des ORF-Mustervertrages vom 05.09.2001 überarbeiteten Vertragsentwurf, welcher in der Verhandlung erörtert werden sollte. Es folgte daraufhin ein weiterer Gesprächstermin am 19.11.2001, dem abermals ein Schreiben der Antragstellerin samt überarbeiteter Vertragsversion vom 16.11.2001 voranging. Im Ergebnis konnte jedoch in keiner dieser Verhandlungsrunden eine substantielle Einigung zwischen den Verhandlungspartnern erzielt werden, da es in den kritischen Punkten wie der Höhe des Jahresentgelts sowie der Höhe und Laufzeit der Bankgarantie zu unterschiedliche Auffassungen gab. Die Antragstellerin übermittelte am darauffolgenden Tag, dem 20.11.2001, dem ORF ein Schreiben, welchem neuerlich ein, auf Basis der Gespräche vom 19.11.2001 adaptierter Vertragsentwurf angeschlossen war.

Die den Gesprächen vom September, Oktober und November 2001 aus Sicht des ORF zu entnehmenden Ergebnisse wurden in weiterer Folge in einer E-Mail vom 29.11.2001 zusammengefasst und dem kaufmännischen Direktor des ORF, Dr. Alexander Wrabetz, vorgelegt und parallel dazu dem Geschäftsführer der Antragstellerin mitgeteilt. Daraus ging hervor, dass Fragen, wie die Höhe des jährlich zu leistenden Entgeltes, die Risikotragung für die vom ORF zu tätigen Vorleistungen sowie die ebenfalls in Diskussion stehende Deckelung dieser Beträge zum damaligen Zeitpunkt noch offen waren (Dr. Andreas Haider, mündliche Verhandlung vom 15.04.2002, S. 12; Dr. Michael Krüger, mündliche Verhandlung vom 15.04.2002, S. 7; E-Mail von ATV vom 17.10.2001; Schreiben von ATV vom 16.11.2001 samt überarbeiteter Vertragsversion; Schreiben von ATV vom 20.11.2001 samt überarbeiteter Vertragsversion; Schreiben des ORF vom 29.11.2001).

Dieser E-Mail des ORF vom 29.11.2001 folgte seitens der Antragstellerin keine Reaktion und es fand in der Folge bis zum Zeitpunkt der Erteilung der Zulassung für bundesweites analoges terrestrisches Fernsehen an die Antragstellerin kein weiterer Gesprächstermin mehr zwischen den Verhandlungspartnern statt (Dr. Andreas Haider, mündliche Verhandlung vom 15.04.2002, S. 13; Dr. Michael Krüger, mündliche Verhandlung vom 15.04.2002, S. 7).

Mit Bescheid der KommAustria vom 31.01.2002, KOA 3.005/02-24, wurde der Antragstellerin für die Dauer von 10 Jahren die Zulassung zur Veranstaltung von bundesweitem, analogem terrestrischen Fernsehen in erster Instanz erteilt. Nach Zulassungserteilung forderte die Antragstellerin den ORF erneut auf, in Verhandlungen einzutreten, wobei ein erster Gesprächstermin für den 20.02.2002 vereinbart wurde. In Vorbereitung dieser neuerlichen Gesprächsrunde übermittelte die Antragstellerin mit Schreiben vom 18.02.2002 dem ORF eine neu adaptierte Vertragsversion, woraufhin auch der ORF in Vorbereitung dieses Termins einen Vertragsentwurf durch den nunmehr hinzugezogenen Rechtsanwalt Dr. Nikolaus Arnold ausarbeiten ließ. Dieser Vertragsentwurf des ORF wurde der Antragstellerin per E-Mail am 19.02.2002 übermittelt, wobei zusätzlich am 20.02.2002 über Ersuchen von Rechtsanwalt Dr. Michael Krüger eine Vergleichsversion von Rechtsanwalt Dr. Nikolaus Arnold zur leichteren Vergleichbarkeit der Texte erstellt und übermittelt wurde. Der übermittelte Vertragstext veranlasste den Geschäftsführer der Antragstellerin, den für 14.00 Uhr desselben Tages angesetzten Verhandlungstermin abzusagen. Weitere Verhandlungen haben daraufhin bis zur Antragseinbringung nicht mehr stattgefunden (Dr. Andreas Haider, mündliche Verhandlung vom 15.04.2002, S. 13; Dr. Michael Krüger, mündliche Verhandlung vom 15.04.2002, S. 8; Vertragsversion der Antragstellerin vom 18.02.2002; Schreiben des ORF vom 19.02.2002 mit neuer Vertragsversion). Eine vertragliche Vereinbarung lag zum Zeitpunkt der Antragseinbringung durch ATV nicht vor. Auch nach Paraphierung eines Vertragsentwurfs durch den Geschäftsführer der Antragstellerin und den kaufmännischen Direktor des ORF am 5.6.2002 (siehe Abschnitt 2.3) ist auf Grund der nicht erfolgten Zustimmung durch den Aufsichtsrat der ATV Privat-TV Services AG keine vertragliche Vereinbarung zustande gekommen.

2.3. Paraphierter Vertragsentwurf vom 05.06.2002

Während des anhängigen Verfahrens vor der KommAustria fanden zwischen der Antragstellerin und dem ORF neuerlich Vertragsgespräche statt, welche am 05.06.2002 nach mehrstündigen, vom Geschäftsführer der Antragstellerin mit dem kaufmännischen Direktor des ORF geführten Verhandlungen zu einer Einigung auf Geschäftsführungsebene führten, die durch die Paraphierung eines Vertragstextes durch den Geschäftsführer der Antragstellerin und den kaufmännischen Direktor des ORF dokumentiert wurde. Wesentlicher Inhalt des von beiden Seiten paraphierten Vertragstextes war eine Einigung über die Bereitstellung von 18 Sendeanlagen des ORF für die Abstrahlung des Programms der Antragstellerin samt Bestimmungen über die Besicherung der Ansprüche des ORF, über den Zeitrahmen für die Errichtung der Sendeeinrichtungen, über die Haftung sowie unter anderem auch über die Höhe des angemessenen Entgelts. Der paraphierte Vertrag stand

unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung des Aufsichtsrates der Alleingesellschafterin der Antragstellerin sowie des Stiftungsrates des ORF.

Der genaue Inhalt des paraphierten Vertragstextes wird wie in Beilage 2 zu diesem Bescheid (zugleich Bestandteil des Spruchs dieses Bescheids) festgestellt. Die als Anlagen A bis D im Vertragstext erwähnten Unterlagen waren nicht Gegenstand der Verhandlungen. Eine gesonderte Verhandlung der einzelnen Jahresentgelte erfolgte nicht, vielmehr erfolgte die Einigung auf ein Jahresentgelt für das „Gesamtpaket“ von 18 Anlagen, davon 12 Sendern und 6 Umsetzern wie im folgenden dargestellt:

Lfd.Nr.	Name des Senders	Bundesland	Leistungs- klasse	Sender/Umsetzer
1	Rechnitz-Hirschenstein	Burgenland	2 KW	Sender
2	Klagenfurt 1-Dobratsch	Kärnten	20 KW	Sender
3	Spittal/Drau 1-Goldeck	Kärnten	1 KW	Umsetzer
4	Wolfsberg 1-Koralpe	Kärnten	1 KW	Umsetzer
5	St. Pölten-Jauerling	Niederösterreich	20 KW	Sender
6	Weitra-Wachberg	Niederösterreich	2 KW	Umsetzer
7	Linz 1-Lichtenberg	Oberösterreich	20 KW	Sender
8	Gmunden-Grünberg	Oberösterreich	1 KW	Umsetzer
9	Salzburg-Gaisberg	Salzburg	20 KW	Sender
10	Hallein-Zinkenkogel	Salzburg	0,2 KW	Umsetzer
11	Graz 1-Schöckl	Steiermark	20 KW	Sender
12	Bruck/Mur 1-Mugel	Steiermark	5 KW	Sender
13	Innsbruck 1-Patscherkofel	Tirol	20 KW	Sender
14	Innsbruck 2-Seegrube	Tirol	0,2 KW	Sender
15	Bregenz 1-Pfänder	Vorarlberg	20 KW	Sender
16	Bludenz 1-Dünserberg	Vorarlberg	1 KW	Sender
17	Wien 1-Kahlenberg	Wien	20 KW	Sender
18	Wien 2-Himmelhof	Wien	0,5 KW	Umsetzer

Das Verhandlungsergebnis wurde daraufhin vom Geschäftsführer der Antragstellerin den Aktionären der Muttergesellschaft der Antragstellerin vorgelegt und von der Generaldirektorin des ORF unter dem Punkt „Zustimmung zu einem Vertrag mit der ATV Privatfernseh-GmbH“ auf die Tagesordnung des Stiftungsrates des ORF gesetzt. Mit Schreiben vom 07.06.2002 informierte der Geschäftsführer der Antragstellerin den ORF davon, dass die „Gesellschafter“ der ATV Privat-TV Services AG ihn nicht ermächtigt haben, diesen Vertrag mit dem ORF abzuschließen (AV der KommAustria über ein Telefonat mit dem GF der Antragstellerin vom 10.06.2002; Schreiben der Antragstellerin vom 10.06.2002; Schreiben der Antragstellerin vom 13.06.2002; Schreiben des ORF vom 13.06.2002, S. 4; paraphierter Vertragstext vom 05.06.2002; hinsichtlich der Sender bzw. Umsetzer Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 15.4.2002, S. 2, und vom 22.5.2002, S. 5.; Schriftsatz des ORF vom 21.5.2002, S. 2).

2.4. Technische Vertretbarkeit und Roll-out Plan

Bei sämtlichen auf Grundlage des Privatfernsehgesetzes (PrTV-G), BGBl. I Nr. 84/2001, ausgeschriebenen und der Antragstellerin mit Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 22.04.2002, GZ 611.181/007-BKS/2002, rechtskräftig zugeteilten Übertragskapazitäten der Anlage 1 zum Privatfernsehgesetz (PrTV-G) handelt es sich um Planeintragen des fortgeschriebenen „Stockholm-Plans“ (gemäß dem Regionalen Abkommen für die Europäische Rundfunkzone über die Benutzung von Frequenzen durch den Rundfunkdienst in den VHF/UHF-Bereichen, Stockholm 1961), die an den Sendestandorten des Österreichischen Rundfunks geplant wurden. Veränderungen der Übertragungskapazitäten, insbesondere auch Verlegungen von Standorten, sind nur nach Maßgabe der relevanten

internationalen Abkommen, insbesondere der einen Bestandteil des Internationalen Fernmeldevertrages bildenden Vollzugsordnung für den Funkdienst und des Stockholm Abkommens 1961, möglich. Auf dem Gebiet der Republik Österreich gibt es neben dem Österreichischen Rundfunk keine weiteren Anbieter von Sendeanlagen zum Zwecke der Verbreitung von terrestrischem analogen Fernsehen.

Selbst unter der Annahme, dass Änderungen der zugeordneten Übertragungskapazitäten international koordiniert und auch die notwendigen behördlichen Bewilligungen für die Errichtung entsprechender Antennentragemasten und Infrastruktureinrichtungen an den dazu erforderlichen exponierten Standorten erreicht werden könnten, kann das terrestrische Sendekonzept der Antragstellerin realistisch nicht durch Errichtung eigener Sendeanlagen an anderen Sendestandorten verwirklicht werden, da die Errichtungszeit für ein völlig eigenständiges Sendernetz zumindest zwei bis drei Jahre in Anspruch nimmt. Ein an anderen Standorten errichtetes Sendernetz macht überdies eine Neuausrichtung der derzeit ausschließlich auf die Sendestandorte des ORF ausgerichteten terrestrischen Empfangsantennen in Österreich notwendig, wovon die Fernsehzuschauer überzeugt werden müssten (Karl Matuschka, Zeugenaussage in der mündlichen Verhandlung am 15.04.2002, KOA 3.005/02-48, S. 28, 30).

Der ORF hat in der Vergangenheit bereits mit einigen privaten Hörfunkveranstaltern Verträge über die Bereitstellung von Sendeanlagen abgeschlossen. Das Procedere bis zum Vertragsabschluß stellte sich in der Regel so dar, dass die jeweiligen Hörfunkveranstalter mit einer von der Fernmeldebehörde genehmigten Leistung und der ihnen zugeordneten Frequenz an den ORF herangetreten sind. Kam es in der Folge zu einer Einigung über die technische Realisierung, hat der ORF die Anschaffung des entsprechenden Sendegerätes vorgenommen und die allenfalls notwendigen technischen Umbauarbeiten durchgeführt. Sendegeräte sind beim ORF nicht verfügbar, sondern müssen eigens bestellt und für den jeweiligen Veranstalter installiert werden. (Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 15.04.2002; Ing. Karl Fischer, mündliche Verhandlung vom 15.04.2002, S. 19f).

Auch für die Abstrahlung eines weiteren Fernsehprogramms des Zulassungsinhabers für bundesweites Privatfernsehen über die Sendeanlagen des ORF müssen zusätzliche Sendegeräte angeschafft und installiert werden. Eine Abstrahlung über die vorhandenen technischen Mittel ist nicht möglich. Darüber hinaus kommen für die Bestellung neuer Sendeanlagen nur bestimmte Hersteller in Frage, da der ORF beim Aufbau seines Sendernetzes das Konzept der Typeneinheitlichkeit verfolgt und auf der anderen Seite Sendeanlagen dieser Art grundsätzlich nicht auf Vorrat, sondern prinzipiell erst nach Auftrag gefertigt werden. Bei Sendeanlagen ab einer gewissen Größenordnung sind überdies nur mehr wenige Lieferanten zur Herstellung in der Lage, sodass insgesamt eine kurzfristige Lieferung nicht möglich ist. Fest steht jedoch, dass das Aufstellen zusätzlicher Sendegeräte an den Sendestandorten des ORF – dies betrifft die Frage, ob ein entsprechendes Sendegerät am jeweiligen Sendestandort im verfügbaren Raum aufgestellt werden kann – machbar ist. Eine frequenztechnische Prüfung, ob die bestehenden Antennen an den beantragten Sendestandorten die zusätzliche Leistung und den zusätzlichen Sendekanal verkraften, ergab darüber hinaus, dass zur Ermöglichung der Sendermitbenutzung durch die Antragstellerin bei einigen Anlagen ein Antennentausch vorgenommen werden muss. Insbesondere beim Sender Kahlenberg (Wien 1) ist ein kompletter Antennentausch erforderlich. Bei den Sendern Patscherkofel (Innsbruck 1) und Pfänder (Bregenz 1) müssen die Antennen jedenfalls zum Teil ausgetauscht werden. An den meisten anderen Standorten sind vom ORF noch kleinere Modifikationen durchzuführen, wobei dies grundsätzlich in einem Zeitraum möglich ist, welcher auch für die Anschaffung der Sendergeräte benötigt wird. An den Senderstandorten selbst sind bauliche Vorbereitungen durchzuführen, wobei es sich hierbei insbesondere um Maßnahmen für die räumliche Unterbringung zusätzlicher Sendegeräte, klimatechnische und elektrotechnische Maßnahmen handelt sowie bei Großleistungssendern allenfalls um einen Trafotausch. Für Sendegeräte und Antennen ist insgesamt eine Lieferzeit von etwa 3 ½ bis max. 4 Monaten zu veranschlagen. Für die

Montage einer Großsendeanlage benötigt der ORF einen Zeitrahmen in der Größenordnung von 3 Wochen inkl. Inbetriebnahme. Für die Durchführung der Sendermontagen steht dem ORF vorerst nur ein Team, bestehend aus einem ORF-Mitarbeiter und zwei Angestellten von Fremdfirmen, die bei Durchführung der Montagearbeiten vom ORF-Mitarbeiter gesteuert werden, zur Verfügung. Während der Montage und Inbetriebnahme der ersten beiden Großsendeanlagen soll allerdings ein zweites Team eingeschult werden, welches in weiterer Folge parallel zum ersten Team weitere Inbetriebnahmen und Montagen durchführen kann. Bringt man die üblicherweise eingeplanten Reservezeiten in Abzug, so ist für die Montage der folgenden Großstationen jeweils ein Zeitrahmen von etwa zwei Wochen zu veranschlagen. Es ist somit davon auszugehen, dass für die Herstellung der technischen Gegebenheiten zur Abstrahlung des Programms der Antragstellerin zumindest ein Zeitrahmen von etwa 6 ½ Monaten einzuplanen ist. Dieser Zeitrahmen ist allerdings vorbehaltlich besonders ungünstiger Witterungsverhältnisse während der Wintermonate und im alpinen Bereich anzusetzen. Während Antennenmontagen nach dem Monat November kaum mehr durchzuführen sind, sind Sendererrichtungen zwar problematisch, aber dennoch durchführbar. Für die Verlegung von Kabelsträngen sind jedenfalls Temperaturen von über 0°C erforderlich. Sollte sich somit der Beginn der Montagearbeiten in den Herbst verschieben, ist die Möglichkeit witterungsbedingter Verzögerungen des Sendestarts nicht auszuschließen (Ing. Karl Fischer, Zeugenaussage in der mündlichen Verhandlung vom 15.04.2002, KOA 3.005/02-48, S.21; Karl Matuschka, Zeugenaussage in der mündlichen Verhandlung vom 15.04.2002, KOA 3.005/02-48, S.26f; Stellungnahme des ORF vom 18.06.2002).

2.5. Höhe der Kosten bzw. des Entgelts

Zur Höhe des im paraphierten Vertragsentwurf vorgesehenen Jahresnettoentgelts wird auf die Feststellungen unter Abschnitt 2.2 (sowie Beilage 2 zu diesem Bescheid) verwiesen. Festgestellt wird weiters, dass im Gutachten der Amtssachverständigen vom 13.5.2002 auf Basis der bis dahin zugänglich gemachten Daten des ORF und der Antragstellerin ein kostenorientiertes Entgelt für das beantragte „Paket“ von Sendern bzw. Umsetzern in der Höhe von jährlich € 2.292.340,- ausgewiesen wurde (Gutachten vom 13.05.2002, KOA 3.005/02-55).

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 glaubwürdigen Parteivorbringen bzw. auf dem offenen Firmenbuch beruhen – im folgenden dargelegt:

Der Ablauf der Vertragsverhandlungen ist nach den vorgelegten Unterlagen und den Aussagen in der mündlichen Verhandlung vom 15.04.2002 klar und widerspruchsfrei nachzuvollziehen. Das Vorliegen einer vollständigen vertraglichen Vereinbarung wird von keiner der Verfahrensparteien behauptet, ob allenfalls bereits Übereinstimmung erzielt worden war, lediglich die Entgeltfrage der Regulierungsbehörde zur Entscheidung vorzulegen, ist angesichts der rechtlichen Beurteilung nicht entscheidungsrelevant.

Unstrittig – und überdies durch die Paraphen von Tillmann Fuchs und Dr. Alexander Wrabetz dokumentiert – ist der Inhalt des Vertragstextes, wie er am 5.6.2002 paraphiert wurde. Dass sich dieser Vertrag auf das zuletzt in der mündlichen Verhandlung vom 22.05.2002 „korrigierte“ Gesamtpaket von 18 Sendern und Umsetzern (12 Sender, 6 Umsetzer) bezog, ist auf Grund des Verhandlungsablaufs nachvollziehbar und wird von den Verfahrensparteien auch nicht in Zweifel gezogen; ebenso wenig der Umstand, dass keine Verhandlungen auf

Basis der jeweiligen Entgelte für einzelne Sendeanlagen erfolgten, sondern eine „Gesamtlösung“ für alle 18 Anlagen gefunden werden sollte.

Die von der KommAustria vorgenommenen Feststellungen des für die Herstellung der technischen Gegebenheiten zur Programmabstrahlung für die Antragstellerin benötigten Zeitrahmens von zumindest 6 ½ Monaten beruht im wesentlichen auf der glaubwürdigen Zeugenaussage von Karl Matuschka, wobei dies zum einen darauf zurückzuführen ist, dass Karl Matuschka als ehemaliger technischer Direktor des ORF über Erfahrungswerte im Bereich Sendetechnik verfügt und zum anderen seine diesbezüglichen Aussagen die Standpunkte der Antragstellerin – als deren Berater er tätig ist – nicht immer unterstützt haben. Daher war den Aussagen des Zeugen Matuschka hohe Glaubwürdigkeit beizumessen (Zeugenaussage von Karl Matuschka, Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vom 15.04.2002, KOA 3.005/02-48, Seite 23 ff). Die Aussagen des Zeugen Ing. Fischer stimmten in den wesentlichen technischen Punkten mit den Aussagen Matuschkas überein, hinsichtlich der erforderlichen Zeiträume waren seine Aussagen jedoch deutlich vorsichtiger gehalten und schienen – diesbezüglich weniger nachvollziehbar – mögliche Optimierungspotentiale praktisch auszuschließen; für die KommAustria war für die Feststellung der Planungs- und Montage- bzw. Inbetriebnahmeabläufe daher – soweit solche Feststellungen auf Grund der rechtlichen Beurteilung noch erforderlich waren – daher auf Basis der Aussagen des Zeugen Matuschka von einem gewissen Zeiteinsparungspotential gegenüber der vom ORF vorgelegten Roll-out Planung auszugehen, zumal auch das Vorbringen des ORF in seinen schriftlichen Stellungnahmen und im vorgelegten Roll-out-Plan nicht vollständig mit den Aussagen von Ing. Fischer in der mündlichen Verhandlung übereinstimmten.

Das Vorbringen des ORF, wonach Antennenmontagen nach dem Monat November häufig nicht mehr durchführbar seien, es sei denn, dass besonders günstige Witterungsbedingungen vorherrschen, zog Karl Matuschka nicht in Zweifel und bestätigte, dass die Möglichkeit zur Durchführung von Antennenmontagen im wesentlichen von den vorherrschenden Witterungsbedingungen abhängt und seiner Erfahrung nach auch am Sender Kahlenberg während der Wintermonate besonders niedrige Temperaturen bestünden (Zeugenaussage von Karl Matuschka, Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vom 15.04.2002, KOA 3.005/02-48, Seite 26 ff; Zeugenaussage von Ing. Karl Fischer, Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vom 15.04.2002, KOA 3.005/02-48, Seite 21).

Zur Höhe der tatsächlichen Kosten des ORF für die Bereitstellung der Anlagen waren auf Grund der nach der Paraphierung eines Vertragsentwurfs am 05.06.2002 vorzunehmenden rechtlichen Beurteilung keine Feststellungen erforderlich; die Feststellung unter Abschnitt 2.4. bezieht sich daher auch nur auf die im Gutachten ausgewiesene Höhe des (kostenorientierten) Entgelts und nicht darauf, dass es sich dabei tatsächlich um die Kosten des ORF handelt; wie sich in der mündlichen Verhandlung am 22.05.2002 herausgestellt hat, wären dazu noch ergänzende Datenlieferungen durch den ORF bzw. Erhebungen der Amtssachverständigen und eine Neukalkulation erforderlich gewesen.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zugang zum Rundfunkübertragungsnetz des ORF

Gemäß § 19 Abs 1 PrTV-G können die auf Grund des PrTV-G gestalteten analogen terrestrischen Fernsehprogramme auch über die Sendeanlagen des ORF verbreitet werden, sofern dies technisch vertretbar ist. Der ORF hat diesbezüglich eine vertragliche Regelung unter Zugrundelegung eines angemessenen Entgelts mit dem Rundfunkveranstalter abzuschließen.

Hintergrund dieser Bestimmung – wie auch der Parallelbestimmung des § 7 ORF-G – ist die rechtlich und faktisch besondere Stellung, die dem ORF beim Betrieb von analogen terrestrischen Rundfunksendernetzen zukommt. Der ORF bzw. seine Rechtsvorgänger – jeweils juristische Personen des öffentlichen Rechts bzw. bis zum Jahr 1974 eine im öffentlichen Eigentum stehende Gesellschaft mit beschränkter Haftung – verfügte mehrere Jahrzehnte hindurch über ein rechtlich gesichertes Monopol zur Veranstaltung und terrestrischen Verbreitung von Rundfunkprogrammen; für die terrestrische Verbreitung von Fernseh Rundfunkprogrammen bestand das gesetzliche Monopol bis zum Inkrafttreten des Privatfernsehgesetzes (PrTV-G) am 01.08.2001. In dieser Zeit hat der ORF zur Erfüllung des Versorgungsauftrags (nunmehr § 3 ORF-G) ein Netz von rund 1800 Rundfunksendern, darunter rund 970 Fernsehsender, errichtet und zur Verbreitung der von ihm gestalteten Programme eingesetzt. Der ORF ist bis zum heutigen Tag einziger Betreiber eines terrestrischen Fernsehsendernetzes in Österreich. Sämtliche Österreich auf Grund der relevanten internationalen Abkommen, insbesondere des Regionalen Abkommens von Stockholm 1961, für den terrestrischen Fernseh Rundfunk zur Verfügung stehenden Übertragungskapazitäten wurden für ORF-Sendestandorte geplant und sind mit den entsprechenden Parametern – insbesondere den geographischen Koordinaten und Höhenangaben der ORF-Sendestandorte – im fortgeschriebenen Stockholm-Plan eingetragen.

Die verfassungsrechtlich gebotene Öffnung des Rundfunkmarktes (Art. 10 EMRK; EGMR, Fall *Lentia*, EuGRZ 1994, S. 549 ff, vgl. auch *Berka*, Die Grundrechte, 1999, Rz 578) sowie der Aufbau einer dualen Rundfunkordnung setzen voraus, dass nicht nur im Bereich des Kabel- und Satellitenrundfunks adäquate Zugangsmöglichkeiten zu den Übertragungsnetzen bestehen, sondern dass – für die Inhaber einer Zulassung zur Veranstaltung von terrestrischem Rundfunk – auch der Zugang zu den für die terrestrische Verbreitung notwendigen Sendestandorten effektiv gewährleistet ist, um die von der Regulierungsbehörde im Zuge des Zulassungsverfahrens erteilten Frequenznutzungsrechte (Zuordnung von Übertragungskapazitäten gemäß § 5 Abs 3 PrTV-G) in der Praxis nutzen zu können.

Der Gesetzgeber hat mit dem PrTV-G, ähnlich wie bereits zuvor mit dem PrR-G, den Weg gewählt, grundsätzlich die international – auf Sendestandorte des ORF – koordinierten, durch Planeintragungen geschützten Übertragungskapazitäten für private Rundfunkveranstalter soweit verfügbar zu machen, als sie der ORF nicht zur Erfüllung seines Versorgungsauftrages benötigt (vgl § 12 PrTV-G, § 10 PrR-G); die für die bundesweite Zulassung zur Veranstaltung von analogem terrestrischen Fernsehen zur Verfügung stehenden Übertragungskapazitäten wurden ausdrücklich auch in Anlage 1 zum PrTV-G angeführt. Dieses Konzept erfordert es, dass ein privater Rundfunkveranstalter die jeweiligen Sendestandorte auch tatsächlich nutzen kann, um den Sendebetrieb aufnehmen zu können. Da das durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter errichtete und von diesem betriebene Sendernetzwerk auch nach der Öffnung für eine duale Rundfunkordnung weiterhin ausschließlich im Eigentum und in der Verfügungsgewalt des ORF verblieb, wurde ein entsprechendes Mitbenutzungsrecht in § 15 PrR-G, § 19 PrTV-G und § 7 ORF-G normiert. Der ORF blieb damit auch nach der Zulassung privater Rundfunkveranstalter und nach Umwandlung in eine Stiftung öffentlichen Rechts nicht nur Programmveranstalter, sondern weiterhin auch Betreiber des Übertragungsnetzes und kontrolliert auch weiterhin alle Standorte, an denen nach dem fortgeschriebenen Stockholm-Plan Frequenzen für analogen terrestrischen Fernseh Rundfunk koordiniert sind.

Angesichts der Beherrschung dieser für den privaten Rundfunkveranstalter wesentlichen Einrichtungen – die Errichtung eines eigenen Sendernetzes durch ATV stellt „keine realistische potentielle Alternative“ (EuGH 26.11.1998, Rs C-7/97 *Bronner*, RN 45) dar – kann die Kontrahierungspflicht des ORF zur Gestattung der Mitbenützung der Sendestandorte zu angemessenen Bedingungen schon nach allgemeinen kartellrechtlichen (vgl etwa *Tahedi*, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellung im österreichischen Kartellrecht (1993), 244f; *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches

Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 1997, § 12 Rz 47) bzw. zivilrechtlichen Grundsätzen (vgl. grundlegend *F. Bydlinski*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), 1; *ders*, Zum Kontrahierungszwang der öffentlichen Hand, in FS Klecatsky (1980), 129) nicht zweifelhaft sein; ebenso wenig die Verpflichtung des ORF, diese Mitbenützung zu nicht diskriminierenden Bedingungen zu gewähren, wobei die Gleichbehandlung insbesondere auch an den für die Verbreitung der eigenen Programme des ORF zur Anwendung kommenden Bedingungen zu messen ist.

Der Gesetzgeber hat nun im ORF-G und im PrTV-G – wie bereits zuvor im PrR-G – eine Konkretisierung des schon nach kartell- bzw. zivilrechtlichen Grundsätzen bestehenden Kontrahierungszwangs vorgenommen, unter anderem auch, „um einen verbesserten Rechtsschutz beim ‚site-sharing‘ zu ermöglichen“ (VAB zur Rundfunkgesetz-Novelle, 719 BlgNR XXI. GP, 3). In den Materialien zu § 15 PrR-G, in der die Entscheidungskompetenz der Regulierungsbehörde erstmals festgelegt wurde, heißt es wörtlich: „Die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde zur Entscheidung über die Angemessenheit des Entgelts und die technische Vertretbarkeit erschien notwendig, da bislang der Zivilrechtsweg beschritten werden musste und die zur Rechtsaufsicht berufene Kommission oder die Privatrundfunkbehörde keinerlei Zuständigkeit in dieser Frage hatten.“ (RV 401 BlgNR XXI. GP, 20).

4.2. Antragslegitimation

Gemäß § 19 Abs 3 PrTV-G kann die Regulierungsbehörde – das ist gemäß § 66 PrTV-G die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) – von den Beteiligten angerufen werden, wenn innerhalb von sechs Wochen ab Einlangen einer Nachfrage keine vertragliche Einigung zustande gekommen ist; eine materiell gleichlautende Bestimmung findet sich auch in § 7 ORF-G.

Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrages ist somit, dass die Antragstellerin die Mitbenützung zumindest sechs Wochen vor der Anrufung der Regulierungsbehörde beim ORF nachgefragt hat und dass keine vertragliche Einigung erzielt wurde.

Im vorliegenden Fall ist ATV erstmals bereits Anfang September 2001 mit einer Anfrage auf Mitbenützung von Sendeanlagen an den ORF herangetreten. Bis kurz vor der Antragseinbringung fanden mehrere Verhandlungsrunden zwischen der Antragstellerin und dem ORF statt bzw. wurden Vertragsentwürfe ausgetauscht, ohne dass jedoch eine Einigung, insbesondere in der Frage des für die Sendermitbenützung zu leistenden Entgelts und des Inbetriebnahmezeitpunkts der vom ORF bereitzustellenden Sendeeinrichtungen, erzielt werden konnte. Es kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben, ob eine Nachfrage bereits vor Zulassungserteilung in jedem Fall die mindestens sechswöchige Verhandlungsfrist des § 19 Abs 3 PrTV-G in Gang setzen kann, zumal sich der ORF im konkreten Fall materiell auf die Verhandlungen eingelassen hat und überdies – nach dem auch ausdrücklich gesetzlich normierten Gleichbehandlungsgebot des § 2 Abs 4 ORF-G sowie vor dem Hintergrund der Vertragspraxis bei der Gestattung der Mitbenützung von Sendeanlagen durch (potentielle) Hörfunkveranstalter – auch zum Vertragsabschluss zu angemessenen Bedingungen noch vor Zulassungserteilung verpflichtet gewesen wäre.

Da die Nachfrage mehr als sechs Wochen vor Antragstellung erfolgte und eine vertragliche Einigung nicht erzielt werden konnte, ist der von der Antragstellerin als Inhaberin einer – zum Antragszeitpunkt zwar noch nicht rechtskräftigen, aber auf Grund des in der erstinstanzlichen Zulassung ausgesprochenen Aufschubs der aufschiebenden Wirkung der Berufung wirksamen – Zulassung zur Veranstaltung von terrestrischem Fernsehen gestellte Antrag zulässig.

4.3. Anordnungsbefugnis der Regulierungsbehörde

Gemäß § 19 PrTV-G bzw § 7 ORF-G trifft den ORF ein besonderer Kontrahierungszwang, dessen Durchsetzung – abweichend von dem sich aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen ergebenden Kontrahierungszwang – der KommAustria als sektorspezifischer Regulierungsbehörde übertragen wird. Die Anordnungsbefugnis der Regulierungsbehörde ist gegenüber einer vertraglichen Einigung zwischen den Beteiligten subsidiär; kommt es jedoch unter den Beteiligten zu keiner vertraglichen Vereinbarung, so soll eine bindende – im Rechtsmittelweg überprüfbare – Entscheidung der Regulierungsbehörde an die Stelle dieser vertraglichen Einigung treten. Es handelt sich somit – ähnlich wie auch im Falle von Zusammenschaltungsanordnungen im Telekommunikationsbereich – bei der Anordnung der Regulierungsbehörde um einen vertragsersetzenden Bescheid (vgl. *Raschauer*, Der vertragsersetzende Bescheid, in FS Krejci (2001) Bd 2, 2053), mit dem die Willenseinigung der beteiligten Parteien durch die behördliche Entscheidung ersetzt wird.

Entgegen der Ansicht des ORF, wonach sich die Entscheidungsbefugnis der Regulierungsbehörde nur auf zwei eng zu verstehende Detailspekte einer vertraglichen Vereinbarung – nämlich die Angemessenheit des Entgelts und die technische Vertretbarkeit – erstrecken sollte, ist die Bestimmung des § 19 Abs 3 PrTV-G bzw § 7 ORF-G dahingehend auszulegen, dass die Regulierungsbehörde zur Entscheidung über das gesamte „site-sharing“-Vertragswerk befugt ist. Der Wortlaut des Gesetzes hebt „die Angemessenheit des Entgelts“ und „die technische Vertretbarkeit“ zwar besonders hervor, zumal davon auszugehen ist, dass sich Streitfälle im Wesentlichen über diese beiden Kernfragen der Mitbenutzung ergeben werden; er beschränkt aber die Streitentscheidungskompetenz der Regulierungsbehörde keineswegs auf einzelne Teilaspekte der Mitbenutzung.

Der ORF weist selbst mehrfach zutreffend darauf hin, dass eine isolierte Betrachtung der Entgelthöhe – ohne Berücksichtigung sonstiger Vertragsbestimmungen – nicht möglich ist bzw. eine Prüfung der Angemessenheit des Entgelts eine Beurteilung der zugrundeliegenden Vertragsbestimmungen zur Voraussetzung hat (vgl. etwa die Bekanntgabe vom 12.06.2002, S. 7, Stellungnahme vom 18.06.2002, S. 6, Stellungnahme vom 13.03.2002, S. 26).

Die von der Regulierungsbehörde gemäß § 19 Abs 3 PrTV-G bzw § 7 ORF-G zu treffende Entscheidung kann sich demnach nicht nur isoliert auf ein bestimmtes Entgelt (im Sinne des vom ORF zugrundegelegten engen Begriffsverständnisses als bloße Festlegung *einer* Zahl, ohne Berücksichtigung von Nebenbestimmungen, nicht einmal zB von Fälligkeitsterminen) bzw ebenso isoliert auf die Frage der technischen Vertretbarkeit (wiederum im Sinne des vom ORF zugrundegelegten engen Begriffsverständnisses lediglich als ja/nein-Entscheidung) beziehen. Ein derart enges Verständnis des § 19 Abs 3 PrTV-G würde letztlich zu absurden Ergebnissen führen, wie sich insbesondere auch in der Stellungnahme des ORF vom 13.03.2002 zeigt, wonach der die Mitbenutzung begehrende Rundfunkveranstalter zunächst den Zivilrechtsweg beschreiten müsste, um „die üblichen Vertragsbedingungen“ festlegen zu lassen, bevor eine Entscheidung der KommAustria über die Angemessenheit des Entgelts erfolgen könne. Der Gesetzgeber des PrTV-G – wie auch des ORF-G – hat freilich mit der Festlegung der Zuständigkeit der Regulierungsbehörde in Fragen des „site-sharing“ keineswegs – wie dies vom ORF im Ergebnis vertreten wird – eine zusätzliche „Hürde“ für Rundfunkveranstalter einrichten wollen, sondern wollte vielmehr einen verbesserten Rechtsschutz bei Streitigkeiten zum site-sharing ermöglichen (VAB 719 Blg NR XXI. GP), indem die Streitentscheidung von der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit in den Zuständigkeitsbereich der sektorspezifischen Regulierungsbehörde übertragen wurde. Wie sich auch aus den Materialien zu § 15 PrR-G (RV 401 Blg NR XXI. GP S. 20) ergibt, sollte mit der Zuständigkeit der Regulierungsbehörde der – vom Gesetzgeber in derartigen Fällen offensichtlich als nicht zielführend beurteilte – Zivilrechtsweg vermieden werden.

Folgte man hingegen der Auslegung des ORF, so wäre durch die neuen Bestimmungen des § 15 PrR-G bzw § 19 Abs 3 PrTV-G und § 7 ORF-G die vom Gesetzgeber als unbefriedigend für den die Mitbenutzung begehrenden Rundfunkveranstalter erachtete Situation nicht nur nicht verbessert, sondern durch die ergänzende und nach Ansicht des ORF zwingend nur sukzessiv wahrzunehmende Zuständigkeit zweier Behörden – der Zivilgerichte zur Festlegung von Vertragsbedingungen einerseits und der KommAustria zur Festlegung des angemessenen Entgelts andererseits – deutlich verschlechtert worden.

Nicht nur der Wortlaut des § 19 Abs 3 PrTV-G bzw des § 7 ORF-G orientiert sich an Vorbildern aus dem Telekommunikationsrecht (Mitbenutzungsrecht gemäß § 7 TKG, insbesondere § 7 Abs 5 TKG bzw Zusammenschaltung gemäß § 41 TKG – insbesondere § 41 Abs 2 TKG), auch die Materialien verweisen ausdrücklich auf das Vorbild der Bestimmungen zum „site-sharing“ im Telekommunikationsrecht (RV zur Rundfunkgesetz-Novelle 634 BlgNR XXI. GP). Sowohl hinsichtlich der Mitbenutzung gemäß § 7 TKG als auch bei der Zusammenschaltung gemäß § 41 TKG ist unstrittig, dass die Befugnis der Regulierungsbehörde – dort der Telekom-Control-Kommission – nicht bloß eine isolierte Entgeltfestsetzung umfasst, sondern die Festlegung konkreter, teilweise auch sehr detaillierter Bestimmungen, erfordert, die die grundsätzlich zwischen den Parteien zu treffende privatrechtliche Vereinbarung vollständig ersetzen.

§ 19 Abs 3 PrTV-G bzw § 7 ORF-G sind daher dahingehend auszulegen, dass – analog zur Entscheidung der Telekom-Control-Kommission über die Mitbenutzung von Antennentragemasten gemäß § 7 TKG bzw über die Zusammenschaltung gemäß § 41 TKG – die KommAustria die Bedingungen für die Mitbenutzung in Form eines vertragsersetzenden Bescheides festzulegen hat; zur Festlegung insbesondere des angemessenen Entgelts und der technischen Vertretbarkeit ist es dazu erforderlich, alle zur Anwendung kommenden Bedingungen – soweit diese zwischen den Parteien strittig sind – festzulegen.

Die Rolle der Regulierungsbehörde im Rahmen der Streitentscheidung ist dem Vorbild der Telekom-Control-Kommission bei der Entscheidung über Zugangsstreitigkeiten nachempfunden; dabei handelt es sich um materiell durchaus vergleichbare Streitfälle, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen seiner Verpflichtung, Zugang zu wesentlichen Einrichtungen nichtdiskriminierend (und zu bestimmten Entgelten) zu gewähren, nicht nachkommt, und in denen daher die sektorspezifische Regulierungsbehörde zur Entscheidung berufen wird. In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass mit der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABI Nr. L 108 vom 24.4.2002, S. 7, die europarechtlichen Grundlagen für den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen – Telekommunikations- ebenso wie Rundfunkübertragungsnetzen – vereinheitlicht werden; dies betrifft insbesondere auch den Zugang zu physischen Infrastrukturen wie Gebäuden, Leitungen und Masten (Art 2 a Zugangsrichtlinie); diese Richtlinie ist zum 25. Juli 2003 in Österreich umzusetzen. Auch dies zeigt, dass Zugangsfragen zu Telekommunikationsnetzen weitgehend mit den hier entscheidungsgegenständlichen Fragen des Zugangs zu Rundfunkübertragungsnetzen vergleichbar sind, und entsprechend der Entscheidung des Gesetzgebers, sich an den Regelungen im Telekommunikationsbereich zu orientieren, können daher auch Grundsätze der Zugangsregulierung im Telekommunikationsbereich in die Beurteilung einfließen.

Dies betrifft insbesondere die – einer schiedsrichterlichen Tätigkeit nachgebildete (vgl die Erl zur RV 759 BlgNR 20. GP, 51 zu § 41 TKG) – Aufgabe der Regulierungsbehörde, konkrete Bedingungen – insbesondere Entgelte – für die Mitbenutzung festzulegen, wenn zwischen dem ORF und einem privaten Rundfunkveranstalter trotz der in § 19 Abs 3 letzter Satz PrTV-G angelegten besonderen Verhandlungspflicht keine Übereinstimmung erzielt werden kann. In dieser Situation hat die Regulierungsbehörde "als Schiedsrichter" tätig zu werden und

über die Mitbenutzung zu entscheiden (vgl dazu insb Telekom-Control-Kommission, 9.3.1998, Z 1/97).

4.4. Bedingungen der Mitbenutzung

Angemessenes Entgelt

Materiell hat die Regulierungsbehörde in der gemäß § 19 Abs 3 PrTV-G zu treffenden Entscheidung jedenfalls ein angemessenes Entgelt und technisch vertretbare Bedingungen festzulegen. Eine nähere Bestimmung zur Festlegung des angemessenen Entgelts – etwa eine bestimmte anzuwendende Kostenrechnungsmethode, oder die ausdrückliche Festlegung, welche Kostenfaktoren zu berücksichtigen oder nicht zu berücksichtigen sind – enthält die gesetzliche Bestimmung nicht; auch die Gesetzesmaterialien enthalten dazu keine Hinweise. Die Rechtsprechung insb zu § 1152 ABGB geht im wesentlichen davon aus, dass sich ein angemessenes Entgelt unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt (OGH 24.11.1954, JBI 1955, 122; OGH 2.4.1964, EvBl 1964/401; zitiert nach *Dittrich-Tades*, ABGB, 35. Aufl, E 17 zu § 1152). Nun handelt es sich im konkreten Fall jedoch um eine nur vom ORF erbringbare Leistung, auf die ATV als Nachfrager angewiesen ist, um ihr Fernsehprogramm verbreiten zu können. Kein anderes Unternehmen in Österreich kann die Mitbenutzung von Sendeanlagen im Sinne des § 19 PrTV-G – ja nicht einmal die Mitbenutzung von Standorten zur Aufstellung von Sendeanlagen und Anbringung von Antennen – für die ATV zugewiesenen Übertragungskapazitäten anbieten. Ein angemessenes Entgelt kann daher nicht aus einem am Markt üblichen Entgelt hergeleitet werden, auch sind Vergleiche mit Vereinbarungen im Ausland oder mit Mitbenutzungsvereinbarungen betreffend Antennentragemasten iSd § 7 TKG nicht zielführend, zumal auch sehr unterschiedliche Leistungen erbracht werden. Hinsichtlich der Entgelte für die Mitbenutzung von Antennentragemasten nach § 7 TKG kommt noch hinzu, dass diese in aller Regel unter Mitbewerbern getroffen werden, die sich wechselseitig Mitbenutzungsrechte einräumen („Masten abtauschen“) und so de facto lediglich ein Verrechnungspreis vereinbart wird; eine Entgeltfestlegung durch die Telekom-Control-Kommission in einem Verfahren nach § 7 Abs 5 TKG ist bislang noch nicht erfolgt.

Es ist daher auch im konkreten Fall der Mitbenutzung von Sendeanlagen – wie dies die Telekom-Control-Kommission in ihrer Entscheidung vom 31.7.2000, Z 8/00, betreffend Mobilterminierungsentgelte ausgesprochen hat – davon auszugehen, dass das angemessene Entgelt sich grundsätzlich in jener Höhe bewegen soll, die sich bei einer Wettbewerbssituation ergeben würde. Dies ergibt sich aus dem allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsatz (Art 82 Abs 2 lit a EG bzw. § 35 Abs 1 Z 1 KartG 1988), dass eine Monopolsituation nicht zur Erzwingung unangemessen hoher Preise ausgenützt werden darf, wobei der angemessene Preis jener Preis ist, der sich unter Wettbewerbsbedingungen herausgebildet hätte („Als-ob-Wettbewerbspreis“; vgl Barfuss/Wollmann/Tahedl, Kartellrecht S 101.). In diesem Zusammenhang kann auch auf die Literatur zu § 19 Abs 4 Nr. 4 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – nach dem ein marktbeherrschendes Unternehmen gezwungen werden kann, einem Wettbewerber seine Infrastruktureinrichtungen oder Netze zur Mitbenutzung zu überlassen – verwiesen werden; demnach ist als Maßstab für die Angemessenheit des Zugangsentgelts auf die Kosten einer effizienten Leistungserbringung abzustellen und es werden nur die Kosten berücksichtigt, die für die Produktion und Bereitstellung der Leistung unverzichtbar sind (Minimalkosten), um das marktbeherrschende Unternehmen zur Ausschöpfung aller Rationalisierungsmaßnahmen zu bewegen (*Hohmann*, Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (2001), 270 mwN).

Der vertikal integrierte ORF stellt als Betreiber des Rundfunkübertragungsnetzes die Leistungen der Sendetechnik sich selbst als Programmveranstalter zur Verfügung; gemäß §

19 PrTV-G hat er diese Leistungen zu gleichwertigen Bedingungen (und in gleichwertiger Qualität) auch dem die Mitbenutzung nachfragenden Programmanbieter zur Verfügung zu stellen. Wesentlichster Ansatzpunkt zur Festlegung eines angemessenen Entgelts sind daher die Kosten des gesamten Sendernetzes, wie es derzeit zur Verbreitung der eigenen Fernsehprogramme des ORF zum Einsatz kommt. Der Zugang des ORF, eine Entgeltkalkulation nicht auf Basis einer konkreten Berechnung jedes einzelnen Standortes vorzunehmen, sondern „fiktive Anlagen“ zugrunde zu legen, ist dabei vom Grundsatz her nicht zu beanstanden, wohl aber sind die vom ORF vorgelegten „Tarifblätter“ auch von diesem selbst ganz offensichtlich als nicht angemessen beurteilt worden, zumal deutliche Rabattierungen, die sich nicht (allein) aus Kostenvorteilen ableiten lassen, angeboten wurden.

Im vorliegenden Fall ist es jedoch aus den im folgenden darzulegenden Gründen nicht erforderlich, die tatsächlichen Kosten des ORF – bzw. die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung – für die von der Mitbenutzung umfassten Anlagen festzustellen und die Entscheidung über die Angemessenheit des Entgelts auf ein diesbezügliches kostenrechnerisches Gutachten zu stützen; es musste daher auch die in der mündlichen Verhandlung den Amtssachverständigen aufgetragene Gutachtensergänzung nicht abgewartet werden.

Vorrang privatautonomer Vereinbarung

Auch die Bestimmungen des PrTV-G bzw. des ORF-G über die Mitbenutzung von Sendeanlagen gehen – wie beispielsweise die vergleichbaren Bestimmungen des TKG (§§ 7 und 41) oder des EisbG (§§ 68 f) – grundsätzlich von einem Vorrang der privatautonomeren Vereinbarung aus. Erst wenn eine vertragliche Vereinbarung – trotz entsprechendem Verhandlungsgebot und Kontrahierungszwang des ORF – nicht zustande kommt, soll die Regulierungsbehörde bescheidmäßig die Bedingungen der Mitbenutzung festlegen und damit die nicht zustande gekommene Vereinbarung ersetzen.

Im Sinne der „schiedsrichterlich-regulatorischen Funktion“ der Regulierungsbehörde (VfGH 26.2.2001, B 1487, 1488 und 1489/00, zu § 41 TKG), kommt dieser ein Ermessensspielraum zu, der final durch die Zielbestimmungen des § 2 Abs 2 KOG determiniert wird. Bei der Entscheidungsfindung ist daher ausgehend vom Vorbringen der Verfahrensparteien eine Entscheidung zu treffen, die den in § 2 Abs 2 KOG festgelegten Regulierungszielen – unter anderem die Förderung des Marktzutritts neuer Anbieter – bestmöglich entspricht. Die Telekom-Control-Kommission führte in einer Zusammenschaltungsanordnung (Bescheid vom 9.3.1998, Z 1/97) zum Verfahren nach § 41 TKG grundlegend aus: „Bei der Ausfüllung des Ermessensspielraumes hat die Regulierungsbehörde, deren Festlegung eine vertragliche Vereinbarung ersetzen soll, in gleicher Weise wie redliche Verhandlungspartner unter Berücksichtigung der gesetzlichen Rahmenbedingungen einen gerechten Ausgleich der Interessen im Sinne einer vertraglichen Äquivalenz anzustreben, wobei die besonderen Anforderungen aufgrund des gesetzlich vorgesehenen Kontrahierungszwangs [...] sowie die gesetzlichen Regulierungsziele zu berücksichtigen sind.“

Im Sinne der Subsidiarität der behördlichen Anordnung und des zu erzielenden gerechten Ausgleichs der Interessen im Sinne einer vertraglichen Äquivalenz ist es daher bei der Entscheidung von Streitfällen nach § 19 PrTV-G zu berücksichtigen, wenn die mit der Sachlage vertrauten Vertreter der Streitparteien Einigkeit über die vertraglichen Bestimmungen – einschließlich der Entgelthöhe und des Inbetriebnahmezeitpunktes – erzielt haben, auch wenn eine verbindliche vertragliche Übereinkunft erst durch gremiale Zustimmungen zustande kommen sollte (und letztlich nicht erreicht wurde).

Im gegenständlichen Fall wurde das vollständige Vertragswerk – die im Vertrag erwähnten Anlagen A bis D waren unstrittig und nicht Verhandlungsgegenstand – zwischen dem

Alleingeschäftsführer der Antragstellerin (der zugleich auch Alleinvorstand der Muttergesellschaft der Antragstellerin ist) und dem kaufmännischen Direktor (und Gesamtprokuristen) des ORF in einem mehrstündigen Gespräch am 05.06.2002 ausverhandelt und von beiden paraphiert. Die Paraphierung dokumentiert die Zustimmung zu diesem Vertragstext durch die beiden Verhandlungsführer und ist nach Treu und Glauben zugleich als Verwendungszusage zu verstehen, diesen Vertragstext den zustimmungsberechtigten Gremien vorzulegen (wie im Vertrag vorgesehen) und zur Genehmigung vorzuschlagen bzw. die Genehmigung zu befürworten. Für den ORF ist überdies durch die von der Generaldirektorin veranlasste Aufnahme des Punktes „Zustimmung zu einem Vertrag mit der ATV Privatfernseh-GmbH“ auf die Tagesordnung des Stiftungsrates dokumentiert, dass auch die Generaldirektorin diesem paraphierten Vertragstext zugestimmt hat und daher auch auf Seiten des ORF nur mehr die Gremialzustimmung (durch den Stiftungsrat) Bedingung für das Wirksamwerden des Vertrages war.

Grundlage für die Entscheidung der Regulierungsbehörde ist daher der Vertragstext, wie er vom Geschäftsführer der Antragstellerin und vom kaufmännischen Direktor des ORF am 05.06.2002 paraphiert wurde. Der ORF hat daher an den von der Antragstellerin beantragten und dem paraphierten Vertragstext zugrundegelegten Standorten die in Beilage 1 zu diesem Bescheid beschriebenen Anlagen bereitzustellen und die Mitbenutzung zu ermöglichen; dies zu den Bedingungen, wie sie im paraphierten Vertragsentwurf vorgesehen sind (somit also insbesondere auch mit einem Jahresnettoentgelt in der Höhe von € 2.150.000,-) mit den sich aus den Spruchpunkte 2.a bis 2.f dieses Bescheids ergebenden geringfügigen Änderungen.

Dass bei den am 05.06.2002 geführten Verhandlungen weder der kaufmännische Direktor des ORF – der gemäß § 25 Abs 1 ORF-G zur selbstständigen Führung der laufenden Geschäfte seines Bereichs berufen ist – noch der alleinvertretungsbefugte Geschäftsführer der Antragstellerin vom Rechtsvertreter ihres Unternehmens begleitet waren – worauf beide Verfahrensparteien in ihren Stellungnahmen hinweisen – ändert nichts daran, dass sie durch die Paraphierung dem Vertragstext zugestimmt haben; dass die Verhandlungsführer bei der Paraphierung einem rechtlich bedeutsamen Irrtum unterlegen wären oder dass ihre Willensbildung in sonstiger Weise beeinträchtigt gewesen wäre, wird auch in den Stellungnahmen nicht behauptet. Es ist daher davon auszugehen, dass beide Verhandlungsführer die Verhandlungen mit der von ihnen zu vertretenden Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und in redlicher Absicht, einen Vertrag schließen zu wollen geführt haben (eine bewusst – vom Geschäftsführer der Antragstellerin allein oder von diesem in Zusammenwirken mit dem Aufsichtsrat der Muttergesellschaft der Antragstellerin herbeigeführte – Vereitelung der Zustimmung des Aufsichtsrates der Muttergesellschaft der Antragstellerin, wie sie im Schriftsatz des ORF vom 13.06.2002, S.7, vermutet wird, ist – da dies einen culpa in contrahendo-Tatbestand darstellen würde – nicht anzunehmen).

Beiden Verhandlungsführern waren die Vertragsentwürfe und insbesondere die strittigen Punkte – auch abseits der Fragen des Jahresentgelts und des Inbetriebnahmezeitpunkts – vor dem Gespräch am 05.06.2002 im Detail bekannt. Alle strittigen Punkte waren zudem zuvor in mehreren Verhandlungsrunden zwischen den Verfahrensparteien und auch in den beiden mündlichen Verhandlungen vor der KommAustria ausführlich erörtert worden, wobei auch die Rechtsvertreter der Verfahrensparteien umfassend die rechtliche Position ihrer Mandanten dargelegt haben.

Selbst wenn man daher in Betracht zieht, dass die Antragstellerin in den Verhandlungen mit dem ORF einem Monopolisten gegenübersteht, der versucht, die von ihm entworfenen – in zahlreichen Punkten dem Vertragspartner nachteiligen – Vertragsbedingungen durchzusetzen, so ist zur Prüfung einer allfälligen Störung der Willensbildung doch auf die konkrete Situation des Gesprächs am 05.06.2002 abzustellen. Zunächst ist hiezu festzuhalten, dass in dieser Situation kein Diktat allgemeiner Vertragsbedingungen durch den ORF vorliegt, zumal in einem mehrstündigen Gespräch der gesamte Vertragstext erörtert wurde und – wie schon

mehrfach in den Vorgesprächen – gerade die von ATV als besonders belastend empfundenen Bedingungen Gegenstand der Verhandlungen waren; von überraschenden und nachteiligen Klauseln im Sinne des § 864a ABGB bzw. von gröblich benachteiligenden Nebenbestimmungen in AGB im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB kann daher bei den strittigen Klauseln im vorliegenden Fall schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil es sich – angesichts der detaillierten Verhandlungen über einzelne Formulierungen – nicht um AGB im Sinne der zitierten Gesetzesbestimmungen handelt, sondern um im einzelnen ausgehandelte Bestimmungen (vgl. *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer*, KSchG, Rz 15 zu § 864a ABGB). Zudem war zum Zeitpunkt dieser Vertragsverhandlungen am 05.06.2002 das Verfahren vor der KommAustria bereits anhängig und es hatten auch bereits zwei mündliche Verhandlungen stattgefunden, sodass beiden Verfahrensparteien sowohl der Zeitplan für das behördliche Verfahren als auch bereits wesentliche mögliche Entscheidungsgrundlagen – vor allem durch die Erörterung des Gutachtens der Amtssachverständigen, des Roll-Out-Plans sowie einzelner strittiger Vertragsklauseln – bekannt waren.

Wenn sich nun der Geschäftsführer der Antragstellerin und der kaufmännische Direktor des ORF, im Bewusstsein des bereits anhängigen Verfahrens vor der Behörde, in Kenntnis des – wenngleich noch zu ergänzenden – Gutachtens der Amtssachverständigen, sowie in Kenntnis der von ihren jeweiligen Rechtsvertretern detailliert ausgeführten rechtlichen Positionen zu den einzelnen Vertragsklauseln nach mehrstündigen intensiven Vertragsverhandlungen auf einen Vertragsinhalt einigen, so hat dieser die Vermutung der Angemessenheit – gerade im Sinne der Herstellung einer vertraglichen Äquivalenz – für sich. Daran ändert es auch nichts, wenn der Aufsichtsrat der Antragstellerin dem Vertrag – aus in der Stellungnahme vom 13.06.2002 ausgeführten rechtlichen Erwägungen – nicht zustimmt und ein verbindlicher Vertrag zwischen den Verfahrensparteien damit nicht zustandegekommen ist.

Der Entscheidung der Regulierungsbehörde liegt denn auch nicht die Annahme zugrunde, dass sich die Verfahrensparteien verbindlich auf den Vertragsinhalt geeinigt hätten, sondern die Erwägung, dass die Verhandlungsführer beider Seiten – bei denen es sich um die für diese Fragen verantwortlichen Personen ihres Unternehmens (Alleingeschäftsführer bzw. kaufmännischer Direktor) handelt – einem Vertragstext, der aus ihrer jeweiligen Sicht nicht die Äquivalenz im Leistungsaustausch sicherstellen würde, in der konkreten Situation nicht ihre Zustimmung durch Paraphierung gegeben hätten.

Die Regulierungsbehörde hatte daher davon auszugehen, dass der paraphierte Vertragstext die aus der Sicht der vertretungsbefugten Personen beider Verfahrensparteien (seitens des ORF lag, wie bereits ausgeführt, auch die zumindest konkludente Zustimmung der Generaldirektorin vor) angemessenen Bedingungen für die Mitbenutzung der Sendeanlagen im Sinne des § 19 PrTV-G bzw. § 7 ORF-G enthält. Dies betrifft keinesfalls nur die Frage des Jahresnettoentgelts oder des Inbetriebnahmezeitpunkts, sondern auch alle anderen Bestimmungen des Vertragswerks, die mit den Entgelt- und Inbetriebnahmebestimmungen in einem untrennbaren Äquivalenzzusammenhang stehen; dieser Zusammenhang musste auch beiden Verhandlungsführern bewusst sein, zumal sie zum Zeitpunkt ihrer Gespräche Kenntnis davon hatten, dass ein im Verfahren erstattetes – wenn auch auf Grund noch unvollständiger bzw. fehlerhafter Datengrundlagen noch zu ergänzendes – Gutachten ein signifikant höheres Jahresnettoentgelt auswies als schließlich dem paraphierten Vertragstext zugrundegelegt wurde. Vor diesem Hintergrund ist es nicht möglich, alle – zweifellos in wesentlichen Punkten für die Antragstellerin nachteiligen – sonstigen Vertragsbedingungen gewissermaßen aus dem Äquivalenzzusammenhang „herauszulösen“ und eine Mitbenutzungsanordnung lediglich auf Basis des im paraphierten Vertragsentwurf enthaltenen Jahresnettoentgelts zu treffen.

Abweichungen vom paraphierten Vertragsentwurf

Zu prüfen blieb daher, in welchen Punkten die Entscheidung der Regulierungsbehörde gegebenenfalls vom paraphierten Vertragstext abzuweichen hat, ohne dass hiedurch die vertragliche Äquivalenz gestört ist. Derartige Abweichungen können – abgesehen von redaktionellen Anpassungen, wie sie in Spruchpunkt 2.a vorzunehmen waren – zum einen auf Grund der durch die behördliche Entscheidung nun – vor allem im Falle eines Rechtsmittelverfahrens – veränderten Zeitpläne, zum anderen auf Grund von der Regulierungsbehörde zu wahrer besonderer öffentlicher Interessen erforderlich sein.

Spruchpunkt 2.a – redaktionelle Anpassungen

Die Anpassungen in Spruchpunkt 2.a ergeben sich aus dem Umstand, dass anstelle einer vertraglichen Vereinbarung nun eine behördliche Anordnung tritt und daher insbesondere Unterschriften- bzw. Zustimmungserfordernisse nicht mehr anwendbar sind; ferner ist nicht auf den Vertragsschluss, sondern auf das Wirksamwerden der Anordnung durch Eintritt der Rechtskraft abzustellen und – da dieser Zeitpunkt von den Verfahrensparteien nicht exakt vorhersehbar ist – für die im Vertragsentwurf zeitgleich mit der Unterzeichnung vorgesehene Übergabe der Bankgarantie eine Frist von 14 Tagen ab Rechtskraft vorzusehen.

Hinsichtlich der im Vertragstext angeführten, jedoch bei den Verhandlungen nicht strittigen und für die Paraphierung wie auch für den Gremialzustimmung von den Verhandlungsführern nicht als notwendig erachteten Anlagen A bis D war eine dem zu vermutenden einheitlichen Parteiwillen entsprechende pragmatische Vorgangsweise vorzusehen. Demnach ist die Liste der Sendeanlagen – die sich aus der Liste in Beilage 1 zu diesem Bescheid, ergänzt mit Daten der fernmelderechtlichen Bewilligung bzw. der geplanten Betriebsdaten sowie mit internen Betriebsdaten des ORF (zB zuständiger Senderbetrieb) ableiten lässt – durch den ORF, der über diese Daten verfügt, zu erstellen und der Antragstellerin zu übermitteln; Beilage B braucht – da beiden Verfahrensparteien bekannt und unstrittig – nicht angeordnet zu werden; die in Beilage C vorgesehene Aufstellung der einzelnen Entgelte für die jeweiligen Sendeanlagen ist angesichts der Einigung über die Gesamtsumme ebenso entbehrlich wie das vorgesehene Muster einer Bankgarantie, die als Beilage D vorgesehen war.

Spruchpunkt 2.b – Inbetriebnahmezeitpunkt im Fall der Rechtskraft bis 25.07.2002

Dem veränderten zeitlichen Rahmen wurde durch die Spruchpunkte 2.b bis 2.d Rechnung getragen. Grundsätzlich war davon auszugehen, dass der Vertrag, so wie er paraphiert vorliegt, gemäß seinem Punkt 8 (7) bis zum 25.06.2002 durch den Nachweis der Zustimmung des ORF-Stiftungsrates wirksam geworden wäre: mit der Bescheiderlassung und –zustellung am 4.07.2002 und unter Berücksichtigung der vierzehntägigen Berufungsfrist sowie des möglichen Postlaufs ergibt sich daraus, dass ein höchstens um einen Monat verzögertes Wirksamwerden dieser bescheidmäßigen Anordnung im Vergleich zur vorgesehenen vertraglichen Vereinbarung vorliegt. Berücksichtigt man, dass die Zeitplanung eines umfassenden Projekts wie der Anschaffung, Montage und schließlich Inbetriebnahme der gegenständlichen Sendeanlagen und Antennen vor definitiver Bestellung bei den relevanten Lieferanten und auch vor dem konkret erteilten internen Arbeitsauftrag an die entsprechenden Unternehmenseinheiten zwangsläufig mit Unschärfen behaftet ist, ist es trotz dieser Verzögerung von knapp einem Monat – auch angesichts der festgestellten, wenngleich geringen Zeiteinsparungspotentiale – nicht ausgeschlossen, dass die Montage und Inbetriebnahme dennoch in dem im Vertragsentwurf vorgesehenen Zeitraum abgeschlossen werden kann.

Es war daher in Spruchpunkt 2.b zunächst festzuhalten, dass der vertraglich vorgesehene Zeitraum der Inbetriebnahme grundsätzlich unverändert bleibt; entsprechend einem redlichen Vertragspartner wird der ORF bei der Erfüllung der ihm nun nicht durch Vertrag sondern durch behördliche Anordnung auferlegten Pflichten die Interessen der Antragstellerin – wie die Interessen seiner Vertragspartner – bestmöglich zu wahren haben. Sollte jedoch – was angesichts der noch nicht definitiv feststehenden Lieferfristen sowie im Hinblick auf die im Spätherbst und Winter zu erwartenden witterungsbedingten Probleme nicht ausgeschlossen werden kann – durch die Verschiebung des Wirksamwerdens der Anordnung im Vergleich zum Wirksamwerden des vorgesehenen Vertrages tatsächlich die Einhaltung des im Vertragsentwurf enthaltenen Inbetriebnahmezeitraums trotz der vom ORF zu verlangenden Anspannung nicht erreicht werden können, kann sich der Inbetriebnahmezeitpunkt entsprechend um diesen Monat verschieben. Angesichts der für die Antragstellerin hohen Bedeutung eines Inbetriebnahmezeitpunkts spätestens zum 01.03.2003 ist es jedoch angemessen, wenn der ORF die für eine allfällige Verschiebung maßgeblichen, nicht von ihm zu vertretenden unvermeidlichen Gründe entsprechend gegenüber der Antragstellerin nachzuweisen hat.

Spruchpunkt 2.c – Inbetriebnahmezeitpunkt im Fall der Rechtskraft bis 25.7.2002

Diese Bestimmungen sind jedoch nur dann angemessen, wenn gegen den Bescheid keine Berufung erhoben wird und er daher spätestens mit Ablauf der Berufungsfrist rechtskräftig wird. Sollte die Rechtskraft erst später eintreten (was beispielsweise auch durch die Zurückziehung eines Rechtsmittels erfolgen könnte, sodass nicht notwendigerweise eine Entscheidung der Berufsbehörde – durch die auch die Leistungsfrist neu bemessen werden könnte – erfolgen müsste), so sind die Termine bzw. Fristen entsprechend anzupassen, wie dies auch redliche Vertragspartner in diesem Fall getan hätten. Die Festlegung dieser Anpassung erfolgt in Spruchpunkt 2.c.

Spruchpunkt 2.d – Besondere witterungsbedingte Verzögerungen

Schließlich ist dem Vorbringen des ORF im Hinblick auf mögliche witterungsbedingte Verzögerungen teilweise zu folgen. Im Hinblick auch auf die Zielsetzungen des PrTV-G, private Fernsehveranstalter zuzulassen und deren Marktzutritt auch – im Sinne des § 2 Abs 2 Z 1 KOG – zu fördern ist es jedoch nicht angebracht, von vornherein eine längere Leistungsfrist festzusetzen, die allen möglichen witterungsbedingten Umständen Rechnung trägt; vielmehr war dem ORF die Möglichkeit einzuräumen, tatsächlich zu einer unvermeidbaren Verzögerung führende witterungsbedingte Umstände geltend zu machen und gegenüber der Antragstellerin nachzuweisen. Es versteht sich von selbst, dass der ORF im Rahmen der Mitbenutzung der Sendeanlagen durch ATV – auch und insbesondere im Zuge der Vorbereitung dafür – zur Wahrung der Interessen der Antragstellerin verpflichtet ist und daher wie ein redlicher Vertragspartner die Planung so abstimmen muss, dass die Gefahr witterungsbedingter Verzögerungen möglichst minimiert wird.

Spruchpunkt 2.e – Abweisung bzw. Aufhebung der erstmaligen Zulassung

In ihrer Stellungnahme vom 13.06.2002 brachte die Antragstellerin vor, dass der Aufsichtsrat der ATV Privat-TV Services AG den paraphierten Vertragsentwurf insbesondere wegen der in Punkt 2 (1) 3. Unterabsatz lit c, Punkt 2 (3) letzter Satz sowie Punkt 2 (4) enthaltenen Bestimmungen nicht akzeptierte. Darüber hinaus enthalte der Entwurf weitere Punkte, die Angemessenheit und Äquivalenz vermissen ließen (Aufrechnungsverbot, Warnpflicht bei beabsichtigter vorzeitiger Vertragsauflösung udgl).

Zu prüfen ist daher, ob vor dem Hintergrund der von der Behörde zu wahren besonderen öffentlichen Interessen, insbesondere auch im Lichte des § 2 Abs 2 KOG, einzelne der vertraglichen Bestimmungen tatsächlich – bei Vornahme einer Gesamtbetrachtung – dem Mitbenutzungsverhältnis zwischen ORF und ATV nicht zugrundegelegt werden können, ohne diese öffentlichen Interessen zu beeinträchtigen.

Hinsichtlich des Punktes 2 (1) 3. Unterabsatz lit c ist der Antragstellerin einzuräumen, dass in dem von ihr in ihrer Stellungnahme vom 13.6.2002 dargelegten Fall, wenn der Verwaltungs- oder Verfassungsgerichtshof den Zulassungsbescheid des Bundeskommunikationssenates aufheben sollte, selbst dann eine sofortige Vertragsauflösung durch den ORF erfolgen könnte, wenn die Aufhebung aus einem von der Antragstellerin nicht zu vertretenden Grund – etwa einem Verfahrensmangel – erfolgt und dieser Mangel von der belangten Behörde saniert und die Zulassung neuerlich an die Antragstellerin erteilt würde. In der Stellungnahme des ORF vom 18.06.2002 wird dazu festgehalten, dass dieser Fall unter Punkt 4.2 des Vertragsentwurfs falle und bei einer Wiedererlangung der Zulassung ein inhaltsgleicher Vertrag abgeschlossen werden könne, wobei der zu ersetzende Schaden mit € 5.000,- pauschaliert wäre.

Da jedoch die Formulierung des Punktes 4.2 sich auf die „Abweisung des Antrages auf erstmalige Zulassung“ bezieht, ist diese vom ORF vorgenommene Auslegung nicht zwingend, wenn der Antrag nicht abgewiesen, sondern lediglich der Bescheid – etwa gemäß § 42 VwGG – aufgehoben wird und die Sache somit in die Lage zurücktritt, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides befunden hatte. Da jedoch nach dem Vorbringen des ORF in der Stellungnahme vom 18.06.2002 auch dieser Fall in Punkt 4.2 des Vertragsentwurfes Deckung finden sollte, war eine entsprechende Klarstellung in Spruchpunkt 2.e vorzunehmen, um den Marktzutritt von ATV als neuem Rundfunkveranstalter nicht zu gefährden. Demnach soll der Vertrag mit der Aufhebung des Zulassungsbescheides, wenn dadurch auch die Sendebewilligung wegfällt, aufgelöst werden; die Antragstellerin muss jedoch bei einem neuerlichen Vertragsabschluss im Sinne des Punktes 4.2 – den der ORF jedenfalls anbieten muss – nach neuerlicher Zulassungserteilung nur einen finanziell eng begrenzten Nachteil in Kauf nehmen. Sollte im Fall der Aufhebung des Zulassungsbescheides – durch Wiederherstellung des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung der Berufungen gegen den erstinstanzlichen Zulassungsbescheid – die Sendebewilligung nicht wegfallen, wäre eine Auflösung angesichts des bestehenden Kontrahierungszwangs grob missbräuchlich; ein derartiges Verständnis des Auflösungsrechts kann auch dem ORF nicht unterstellt werden, zumal er in seiner Stellungnahme vom 18.06.2002, S. 3, eindeutig zum Ausdruck bringt, dass er diese Bestimmung nur auf einen Fall bezieht, in dem durch Wegfall der Zulassung die Ausstrahlung des Programms gesetzwidrig würde.

Zum sonstigen Vorbringen der Verfahrensparteien betreffend den paraphierten Vertragsentwurf vom 05.06.2002

Hinsichtlich der von der Antragstellerin vorgebrachten Bedenken zu Punkt 2 (3) letzter Satz ist davon auszugehen, dass zu gegebener Zeit eine entsprechende privatautonome Anpassung durch die Verfahrensparteien vorgenommen werden kann; eine Beeinträchtigung der von der Behörde wahrzunehmenden Interessen kann in dieser Bestimmung, die erst nach Ablauf von zehn Jahren und sodann nur im Fall einer neuerlichen Zulassungserteilung an die Antragstellerin zur Anwendung kommen könnte, nicht gesehen werden.

Zum Ausstiegsrecht von ATV gemäß Punkt 2 (4) ist festzuhalten, dass es sich dabei um eine zweifelsfrei im einzelnen ausgehandelte Bestimmung handelt, die bei der Beurteilung der gesamtvertraglichen Äquivalenz jedenfalls zu berücksichtigen ist. Wie auch in der Stellungnahme von ATV ausgeführt, ist bei dieser Vertragsauflösung das Erfüllungsinteresse zu leisten, sodass diese Bestimmung zweifellos von bedeutender wirtschaftlicher Tragweite

ist. Eine abweichende Gestaltung dieser Klausel, die zu der von der Antragstellerin offenbar gewünschten „Ausstiegsmöglichkeit“ mit deutlich geringerer finanzieller Belastung führen würde, brächte jedoch eine deutliche Verschiebung im Vertragsgefüge mit sich, die eine Neubewertung aller Leistungen und Gegenleistungen erfordern würde. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass die Gestaltung dieser Ausstiegsklausel entgeltrelevant ist und in diesem Sinne auch bei der Zustimmung der Verhandlungsführer der Vertragsparteien zum Vertragsentwurf vom 05.06.2002 berücksichtigt wurde. Dass die Vertragsklausel per se unzulässig wäre oder aus anderen Gründen wesentlichen von der Regulierungsbehörde zu wahren Interessen widersprechen würde, ist nicht zu erkennen und wurde auch von der Antragstellerin nicht vorgebracht.

Bei den sonstigen in der Stellungnahme der Antragstellerin vom 13.06.2002 als unangemessen angezogenen Vertragsbedingungen handelt es sich um Punkte, die bereits ausführlich und mehrfach Gegenstand der Verhandlungen zwischen den Verfahrensparteien und auch Gegenstand der Erörterung in den mündlichen Verhandlungen vor der Regulierungsbehörde waren. Der Geschäftsführer der Antragstellerin hat in Kenntnis der rechtlichen Überlegungen, die der Rechtsvertreter der Antragstellerin zu diesen Klauseln mehrfach und deutlich dargelegt hat, und nach einer mehrstündigen Verhandlung über den Vertragstext dem Vertragsentwurf einschließlich dieser Klauseln zugestimmt; dieser paraphierte Vertragsentwurf hat in seiner Gesamtheit – wie bereits ausgeführt – die Vermutung der Angemessenheit für sich. Daran ändert es nichts, wenn der Vertrag auch nachteilige Klauseln enthält, wie sie in allgemeinen Geschäftsbedingungen des ORF als marktbeherrschendem Unternehmen nicht enthalten sein dürften (vgl. dazu insb *Lehofer*, Zweifach verdünnte Willensfreiheit – Zur Inhaltskontrolle bei Geschäftsbedingungen von Monopolunternehmen, in: *Mayer (Hg)*, Konsumentenpolitisches Jahrbuch 1992-1993 (1994), 243), zumal die konkreten Bestimmungen jedenfalls als im einzelnen ausgehandelt zu beurteilen sind und beide Verhandlungsführer letztlich dem „Gesamtpaket“ zugestimmt haben. Auch wenn die wirtschaftliche Tragweite einzelner der von der Antragstellerin als bedenklich bezeichneten Klauseln nicht einfach zu beurteilen ist, da sie überhaupt nur im Falle von Leistungsstörungen relevant werden, so ist dennoch nachvollziehbar, dass sie in die Gesamtabwägung Eingang gefunden haben.

Diese Überlegungen gelten insbesondere auch für die im Vertragsentwurf vorgesehene Sicherstellung des Entgelts in Form einer Bankgarantie, die während des Verfahrens von der Antragstellerin mehrfach als besonders problematisch dargestellt wurde (jedoch in der Stellungnahme vom 13.06.2002 weder dem Grunde, noch der Form, der Höhe oder der Laufzeit nach als Grund für die Ablehnung der Zustimmung durch den Aufsichtsrat der Muttergesellschaft der Antragstellerin genannt wird). In diesem Zusammenhang liegt es auf der Hand und ist angesichts des Verhandlungsablaufs sowie zahlreicher medialer Äußerungen von der Antragstellerin zurechenbaren Personen nachvollziehbar, dass die Erfüllung des Sicherungsinteresses des ORF dessen Bereitschaft insbesondere zur Inangriffnahme der erforderlichen Investitionen und damit zur Festlegung eines konkreten Zeitplanes maßgeblich beeinflusst, sodass auch dieser Aspekt unmittelbare Auswirkungen auf die vertragliche Äquivalenz hat und eine „Herauslösung“ der Sicherstellungsfrage zu einer Neubewertung auch des Entgelts und anderer vertraglicher Bestimmungen führen würde.

Der ORF trat den Ausführungen der Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 13.06.2002 mit seiner Stellungnahme vom 18.06.2002 entgegen und führte – wie auch bereits in der Bekanntgabe vom 13.06.2002 – im wesentlichen aus, dass er der Vertragsgestaltung entsprechend dem paraphierten Vertragsentwurf vom 05.06.2002 (vorbehaltlich der Zustimmung des Stiftungsrates) „nur aufgrund der gesamtunternehmerischen Interessenlage“ zugestimmt hätte; das Entgelt sei unangemessen niedrig und der vorgesehene Inbetriebnahmezeitpunkt könne auf Grund der Verschiebung wegen der Witterungsbedingungen im Spätherbst bzw. Winter nicht mehr zugesagt werden. Schließlich stellte der ORF auch in der Bekanntgabe vom 13.06.2002 eine Reihe weiterer

Beweisanträge, unter anderem auf Einholung eines Gutachtens eines (gerichtlich zertifizierten) Sachverständigen aus dem Bereich der Meteorologie zum Beweisthema „zu den Witterungsverhältnissen“.

In den Stellungnahmen vom 13.06.2002 und vom 18.06.2002 behauptet der ORF bloß allgemein, dass das Entgelt unangemessen niedrig sei – wobei nicht dargetan wird, weshalb auf Grund einer „gesamtunternehmerischen Interessenlage“ ein unangemessen niedriges Entgelt verlangt werden sollte, würde dies doch jedenfalls die Grundlage für Ansprüche anderer Vertragspartner auf Gleichbehandlung im Sinne des § 2 Abs 4 ORF-G bilden. Zudem lässt sich nicht nachvollziehen, weshalb ein auf Grund „gesamtunternehmerischer Interessenlage“ angebotenes Entgelt dadurch unangemessen werden sollte, dass es vom Angebotsempfänger nicht angenommen wird. Soweit schließlich mit dem Bezug auf eine „gesamtunternehmerische Interessenlage“ zum Ausdruck gebracht werden soll, dass außerhalb des Mitbenutzungsverhältnisses liegende Erwägungen – etwa im Zusammenhang mit Geschäftsbeziehungen zu (indirekten) Miteigentümern der Antragstellerin – Eingang in den Vertragsentwurf gefunden haben, ist festzuhalten, dass eine derartige Verknüpfung jedenfalls unzulässig wäre und eine Diskriminierung jener (potentiellen) Rundfunkveranstalter (Fernsehen und Hörfunk) darstellen würde, die beim ORF keine „gesamtunternehmerische Interessenlage“ durch Geschäftsbeziehungen außerhalb des Mitbenutzungsverhältnisses herstellen könnten.

Den übrigen Bedenken des ORF – vor allem im Hinblick auf die möglichen witterungsbedingten Probleme im Zusammenhang mit der Festsetzung einer Leistungsfrist – wurde durch die Gestaltung der Anordnung, vor allem in Spruchpunkt 2.b bis 2.d Rechnung getragen; dazu bedurfte es auch nicht der Einholung eines meteorologischen Gutachtens, zumal es durchaus der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht, dass in Österreich – und hier im besonderen an den höher gelegenen Sendestandorten wie etwa dem Patscherkofel – im Winter häufig Temperaturen unter Null Grad Celsius vorherrschen.

Im Ergebnis ist daher in den Stellungnahmen der Verfahrensparteien zum paraphierten Vertragstext vom 05.06.2002 – mit Ausnahme der im wesentlichen eine Auslegungsdifferenz betreffenden Bedenken der Antragstellerin zu Punkt 2 (1) 3. Unterabsatz lit c – nichts vorgebracht worden, was Zweifel an der Angemessenheit der zwischen dem Geschäftsführer der Antragstellerin und dem kaufmännischen Direktor des ORF (und konkludent auch der Generaldirektorin des ORF) akkordierten Vertragsbestimmungen – einschließlich des Entgelts – hervorrufen würde. Auch die übrigen Verfahrensergebnisse – etwa auch die Größenordnung des Jahresentgelts, wie es sich auf Grund des Gutachtens dargestellt hat, oder die Aussagen der Parteien und Zeugen in den mündlichen Verhandlungen – lassen das zwischen dem Geschäftsführer der Antragstellerin und dem kaufmännischen Direktor des ORF erzielte Verhandlungsergebnis sowohl in technischer als auch finanzieller Hinsicht plausibel erscheinen, sodass es der Entscheidung mit nur geringen, in den Spruchpunkte 2.a bis 2.f ausgeführten Modifikationen zu Grunde gelegt werden konnte.

Spruchpunkt 2.f – Entfall der Punkte 8 (9) und 8 (10)

Die Regulierungsbehörde erachtet eine detaillierte – Wort für Wort durchzuführende – Anpassung des Wortlautes des paraphierten Vertragsentwurfs vom 05.06.2002 an den Umstand, dass dieser nun nicht kraft vertraglicher Vereinbarung, sondern aufgrund dieses Bescheides dem Mitbenutzungsverhältnis zugrunde gelegt wird, nicht als erforderlich. Es ist davon auszugehen, dass der in Beilage 2 zu diesem Bescheid in den Bescheidspruch integrierte Vertragsentwurf von den Verfahrensparteien ohne weitere Probleme im Sinne der bescheidmäßigen Anordnung verstanden werden kann, auch wenn beispielsweise mehrfach die Worte „Vertrag“ oder „Vertragspartner“ verwendet werden; dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich um einen vertragsersetzenden Bescheid handelt (vgl. *Raschauer*,

Der vertragsersetzende Bescheid, in FS Krejci (2001), Bd. 2, 2053; *Parschalk – Zuser – Otto*, Telekommunikationsrecht (2002), 101f, *Lehofer*, MR 1998, 99).

Hingegen war es zur Wahrung der von der Behörde zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen erforderlich, den Entfall der Punkte 8 (9) und 8 (10) der Beilage 2 zu diesem Bescheid in Spruchpunkt 2 f ausdrücklich anzuordnen. Wie *Raschauer* (a.a.O., 2070) ausführt, darf die Behörde nicht einen Vertrag anordnen, der – insb wegen seiner diskriminierenden Wirkung – von den Parteien gar nicht abgeschlossen werden dürfte. Die in Punkt 8 (9) vorgesehene absolute Vertraulichkeit dient ausschließlich dem Zweck, anderen Marktteilnehmern und potentiellen Interessenten an den Leistungen des ORF betreffend die Sendermitbenutzung für diese notwendige Informationen vorzuenthalten. Im Hinblick auf das Gebot der diskriminierungsfreien Behandlung, wie es sich bereits aus § 2 Abs. 4 ORF-G ergibt, muss der ORF zu den der Antragstellerin gewährten Bedingungen auch Verträge mit anderen Zugangspetenten abschließen; eine diese gesetzliche Verpflichtung hindernde Vertraulichkeitsklausel kann daher zwischen den Parteien nicht wirksam vereinbart und damit auch von der Regulierungsbehörde nicht angeordnet werden.

Ähnliches gilt für Punkt 8 (10) des paraphierten Vertragsentwurfes. Die Verpflichtung des ORF zur nichtdiskriminierenden Behandlung ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz und ist durch vertragliche Vereinbarung nicht abdingbar. Der ORF hat daher der Antragstellerin bei sachlicher Vergleichbarkeit – ohne dass es dazu einer ausdrücklichen Klausel in einer vertraglichen Vereinbarung oder in einer behördlichen Anordnung bedürfte – jedenfalls eine Anpassung der angewendeten Bedingungen anzubieten, wenn er sich selbst oder einem anderen Rundfunkveranstalter (unabhängig, ob es sich dabei um einen kommerziellen oder nichtkommerziellen Fernseh- oder auch Hörfunkveranstalter handelt und auch unabhängig davon, ob dieser mit dem ORF in welcher Weise auch immer verbunden ist) günstigere Bedingungen gewährt, sei dies auf vertraglicher Grundlage oder auch bloß faktisch. Da der Wortlaut des Punktes 8 (10) jedoch ganz offenkundig daraufhin ausgelegt ist, dass der ORF diese ihn gesetzlich treffende Verpflichtung zur Gewährung nichtdiskriminierender Zugangsbedingungen einschränkend handhaben will und insbesondere für den Fall nichtkommerzieller Fernsehveranstalter oder mit dem ORF verbundener Unternehmen (und damit wohl implizit auch im Falle des Anbieters dieser Leistungen an sich selbst) nicht anwenden will, hat diese Bestimmung aufgrund ihres offenen Widerspruchs zu den gesetzlichen Verpflichtungen des ORF zu entfallen.

Aus dem Entfall der Punkte 8 (9) und 8 (10) des Vertragsentwurfs ergibt sich keine Verschiebung des Äquivalenzgefüges, zumal diese Klauseln auch im Falle einer vertraglichen Vereinbarung nicht hätten wirksam werden können.

Zu den gestellten Beweisanträgen

Auf die zahlreichen detaillierten Beweisanträge des ORF, vor allem auch zur technischen Durchführung und zur Vertragsgestaltung, ebenso wie zu Fragen der wirtschaftlichen Situation der Antragstellerin, braucht angesichts der vorgenommenen rechtlichen Beurteilung nicht weiter eingegangen werden; angesichts der Zustimmung des kaufmännischen Direktors und der Generaldirektorin des ORF zum Vertragsentwurf vom 05.06.2002 konnte die Regulierungsbehörde davon ausgehen, dass alle in diesem Vertragsentwurf vorgesehenen Leistungen des ORF zu den darin enthaltenen Terminen und Bedingungen auch tatsächlich erbracht werden können, sowie dass der Vertragsabschluss mit der Antragstellerin ungeachtet der Bedenken betreffend ihre wirtschaftliche Situation für den ORF – wiederum: unter den im Vertragsentwurf vorgesehenen Bedingungen – zumutbar (und angemessen) ist.

Gemäß § 59 Abs 1 2. Satz AVG gelten mit diesem Bescheid alle Anträge und Einwendungen als miterledigt.

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. Für den Berufungsantrag ist gemäß § 14 TP 6 Gebührengesetz 1957 idF BGBl. I Nr. 144/2001 eine Gebühr von 13 Euro zu entrichten. Die Gebührenschuld entsteht gemäß § 11 Abs 1 Gebührengesetz 1957 idF BGBl. I Nr. 144/2001 erst in dem Zeitpunkt, in dem die abschließende Erledigung über die Berufung zugestellt wird.

Wien, am 04.07.2002

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Dr. Hans Peter Lehofer
Behördenleiter

Zustellverfügung:

Österreichischer Rundfunk, zHd. Arnold Rechtsanwalts-Partnerschaft, per Telefax 5351249
ATV Privatfernseh GmbH, z.Hd. RA Dr. Krüger, per Telefax 0732/783441

Lfd.Nr.	Name des Senders	Bundesland	Leistungs- klasse	Sender/Umsetzer
1	Rechnitz-Hirschenstein	Burgenland	2 KW	Sender
2	Klagenfurt 1-Dobratsch	Kärnten	20 KW	Sender
3	Spittal/Drau 1-Goldeck	Kärnten	1 KW	Umsetzer
4	Wolfsberg 1-Koralpe	Kärnten	1 KW	Umsetzer
5	St. Pölten-Jauerling	Niederösterreich	20 KW	Sender
6	Weitra-Wachberg	Niederösterreich	2 KW	Umsetzer
7	Linz 1-Lichtenberg	Oberösterreich	20 KW	Sender
8	Gmunden-Grünberg	Oberösterreich	1 KW	Umsetzer
9	Salzburg-Gaisberg	Salzburg	20 KW	Sender
10	Hallein-Zinkenkogel	Salzburg	0,2 KW	Umsetzer
11	Graz 1-Schöckl	Steiermark	20 KW	Sender
12	Bruck/Mur 1-Mugel	Steiermark	5 KW	Sender
13	Innsbruck 1-Patscherkofel	Tirol	20 KW	Sender
14	Innsbruck 2-Seegrube	Tirol	0,2 KW	Sender
15	Bregenz 1-Pfänder	Vorarlberg	20 KW	Sender
16	Bludenz 1-Dünserberg	Vorarlberg	1 KW	Sender
17	Wien 1-Kahlenberg	Wien	20 KW	Sender
18	Wien 2-Himmelhof	Wien	0,5 KW	Umsetzer