

## Bescheid

### I. Spruch

1. Über Antrag der PULS CITY TV GmbH (FN 215534 m), vertreten durch Ploil, Krepp & Partner Rechtsanwälte, Stadiongasse 4, 1010 Wien, vom 28.11.2002 werden nach Anhörung des Landes Wien gemäß § 13 Abs 5 PrTV-G für die Nutzung der Übertragungskapazität WIEN 1, Kanal 34, sowie der betreffenden Sendeanlage des Österreichischen Rundfunks (FN 71451 a, HG Wien), Würzburggasse 30, 1130 Wien, vertreten durch ARNOLD Rechtsanwalts-Partnerschaft, Wipplingerstraße 10, 1010 Wien, gemäß § 13 Abs 5 iVm § 19 Abs 3 Privatfernsehgesetz (PrTV-G), BGBl. I Nr. 84/2001, folgende Bedingungen festgesetzt:
  - 1.a. Der Österreichische Rundfunk hat der PULS CITY TV GmbH die Übertragungskapazität WIEN 1, Kanal 34, zeitweise, und zwar Montag bis Freitag (werktags) in der Zeit von 00:00 bis 15.37 Uhr, von 15.40 bis 19:00 Uhr und von 19:25 bis 24:00 Uhr, sowie an Samstagen, Sonntagen und Feiertagen von 00:00 bis 19:00 Uhr und von 19:25 bis 24:00 Uhr, zu überlassen.

Die erstmalige Überlassung der Übertragungskapazität erfolgt am Tag der Aufnahme des Sendebetriebs der PULS CITY TV GmbH auf Grund der nicht-bundesweiten Zulassung zur Veranstaltung von analogem terrestrischen Privatfernsehen (Bundeskommunikationssenat GZ 611.185/001-BKS/2002); dieser Tag ist dem Österreichischen Rundfunk von der PULS CITY TV GmbH mindestens sechs Wochen zuvor bekannt zu geben.
  - 1.b. Als angemessenes Entgelt für die Nutzung der Übertragungskapazität WIEN 1, Kanal 34, durch die PULS CITY TV GmbH wird ein der zeitlichen Nutzung der Übertragungskapazität durch die PULS CITY TV GmbH im Verhältnis zur Nutzung durch den Österreichischen Rundfunk entsprechender Anteil an den vom Österreichischen Rundfunk für die Übertragungskapazität WIEN 1, Kanal 34, jeweils zu leistenden Frequenznutzungsgebühren festgesetzt. Das Entgelt ist unter Nachweis der vom Österreichischen Rundfunk für die Übertragungskapazität WIEN 1, Kanal 34, tatsächlich entrichteten Frequenznutzungsgebühren von der PULS CITY TV GmbH quartalsweise nach Rechnungslegung durch den Österreichischen Rundfunk binnen vierzehn Tagen zu begleichen.
  - 1.c. Für die zeitweise Nutzung der Sendeanlage des Österreichischen Rundfunks am Standort WIEN 1 (Kahlenberg) zur Verbreitung eines Fernsehprogramms auf Kanal 34 durch die PULS CITY TV GmbH, wird ein angemessenes Entgelt in der Höhe von 262.620,00 Euro netto jährlich festgesetzt. Das Jahresentgelt ist nach dem Verbraucherpreisindex 2000 wertgesichert, wobei als Basismonat Dezember 2002 herangezogen wird. Die Indexanpassungen erfolgen jeweils zum 1.1. des Folgejahres. Das Jahresentgelt wird vom Österreichischen Rundfunk vierteljährlich im Vorhinein in gleich hohen Beträgen in Rechnung gestellt, und zwar erstmals unmittelbar nach Abstrahlungsbeginn (ordentlicher Sendebeginn nach Probetrieb).

Das Jahresentgelt verringert sich in dem Ausmaß, in dem über die in Spruchpunkt 1.a. angeführten täglichen Sendezeiten des Österreichischen Rundfunks hinaus weitere Sendungen des Österreichischen Rundfunks, an denen ein besonderes lokales oder regionales Informationsinteresse besteht, ausgestrahlt werden.

Die Abstrahlung des Programms der PULS CITY TV GmbH erfolgt durch den Österreichischen Rundfunk nach Maßgabe der betriebseigenen Zuverlässigkeitskriterien und mit den selben technischen Parametern wie die Abstrahlung des Programms ORF 2 (Wien), jedoch ohne Nutzung der Senderreserve des Österreichischen Rundfunks.

1.d. Die Übergabe des Signals der PULS CITY TV GmbH an den Österreichischen Rundfunk zur Abstrahlung über den Sender WIEN 1, Kanal 34, erfolgt über L-Net; die Kosten für die Errichtung des Übergabepunktes sowie den Transport des Signals zur Sendeanlage sind – zusätzlich zum Jahresentgelt gemäß Spruchpunkt 1.c. – von der PULS CITY TV GmbH zu tragen und dem Österreichischen Rundfunk nach Rechnungslegung und Nachweis der dafür entstandenen Aufwendungen zu ersetzen.

1.e. Der PULS CITY TV GmbH wird die Auflage erteilt, dem Österreichischen Rundfunk die Ausstrahlung von Sendungen, an denen im Verbreitungsgebiet Wien ein besonderes lokales oder regionales öffentliches Informationsinteresse besteht, insbesondere im Zusammenhang mit der Berichterstattung über Nationalrats-, Landtags- und Gemeinderatswahlen, sowie im Katastrophenfall, durch Nutzung der Übertragungskapazität WIEN 1, Kanal 34, zu ermöglichen.

Spätestens zwei Wochen vor Aufnahme des Sendebetriebs durch die PULS CITY TV GmbH haben die Verfahrensparteien einander eine 24 Stunden pro Tag telefonisch erreichbare Meldestelle bekannt zu geben. Plant der Österreichische Rundfunk auf Grund eines nicht vorhersehbaren Ereignisses eine Sendung, an der ein besonderes lokales oder regionales öffentliches Informationsinteresse besteht, so hat er die Meldestelle der PULS CITY TV GmbH unverzüglich zu verständigen und die wesentlichen Informationen (insbesondere Anlass, geplante Beginnzeit und Dauer) über die geplante Sendung mitzuteilen, die es der PULS CITY TV GmbH ermöglichen, die Unterbrechung der Abstrahlung ihres Programms vorzubereiten. Der genaue Unterbrechungszeitpunkt ist zwischen der PULS CITY TV GmbH und dem Österreichischen Rundfunk abzustimmen, wobei auf das besondere lokale oder regionale öffentliche Informationsinteresse sowie auf die programmlichen Zusammenhänge Bedacht zu nehmen ist.

PULS CITY TV GmbH und der Österreichische Rundfunk stellen sicher, dass über die benannten Meldestellen im Bedarfsfall unverzüglich Ansprechpartner des jeweiligen Unternehmens erreichbar sind, die über die Gestaltung und Ausstrahlung von Sondersendungen bzw. über die Programmunterbrechung entscheidungsbefugt sind. Kann zwischen diesen Ansprechpartnern keine Einigung erzielt werden, so hat die PULS CITY TV GmbH unter Berücksichtigung des besonderen lokalen oder regionalen öffentlichen Informationsinteresses über die Unterbrechung zu entscheiden und den genauen Zeitpunkt hierfür festzulegen.

Plant der Österreichische Rundfunk Sendungen, an denen ein besonderes lokales oder regionales öffentliches Informationsinteresse besteht, anlässlich von Ereignissen, deren Zeitpunkt im Vorhinein feststeht (zB Wahlen), so hat er die PULS CITY TV GmbH spätestens sechs Wochen vor dem Zeitpunkt der geplanten Sendung – wenn das Ereignis erst später bekannt wird, jedenfalls unverzüglich – zu verständigen und die wesentlichen Informationen (insbesondere Anlass, geplante Beginnzeit und Dauer) über die geplante Sendung mitzuteilen. Im übrigen gelten die für nicht vorhersehbare Ereignisse festgelegten Regeln.

Die in diesem Spruchpunkt festgelegten Bedingungen für Sendungen, an denen im Verbreitungsgebiet Wien ein besonderes lokales oder regionales öffentliches Informationsinteresse besteht, sind sinngemäß auch anzuwenden, wenn der Österreichische Rundfunk plant, über die Übertragungskapazität Wien 1, Kanal 24,

Sendungen zu verbreiten, an denen im Verbreitungsgebiet Niederösterreich ein besonderes lokales oder regionales öffentliches Informationsinteresse besteht.

- 1.f. Die Bedingungen dieser Anordnung gemäß den Spruchpunkten 1.a. bis 1.e. gelten für die Dauer der aufrechten Zulassung der PULS CITY TV GmbH zur Veranstaltung von analogem terrestrischen Privatfernsehen. Eine Kündigung der Anordnung ist unter Einhaltung einer halbjährigen Kündigungsfrist zum Ende eines jeden Kalenderhalbjahres, frühestens jedoch zum 30. Juni 2006, möglich. Die Kündigung hat jeweils schriftlich (eingeschrieben oder mit sonstigem Absendenachweis) zu erfolgen. Im Falle der Kündigung gelten diese Bedingungen bis zum Wirksamwerden einer vertraglichen Vereinbarung zwischen der PULS CITY TV GmbH und dem Österreichischen Rundfunk oder einer rechtskräftigen Nachfolgeentscheidung der Regulierungsbehörde weiter.
2. Gemäß § 64 Abs 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) wird die aufschiebende Wirkung einer Berufung gegen diesen Bescheid ausgeschlossen.

## II. Begründung

(...)

### 4. Rechtliche Beurteilung

#### 4.1. Nutzung von Übertragungskapazitäten und Sendeanlagen des ORF durch Inhaber nicht-bundesweiter Zulassungen

§ 13 PrTV-G regelt die Nutzung von analogen Übertragungskapazitäten des Österreichischen Rundfunks durch Inhaber nicht-bundesweiter Zulassungen. Gemäß § 13 Abs 1 PrTV-G hat der Österreichische Rundfunk Zulassungsinhabern von nicht-bundesweiten Zulassungen gegen ein angemessenes Entgelt die zeitweise Nutzung ihm zugeordneter Übertragungskapazitäten zu gestatten, sofern der Österreichische Rundfunk von einem Sendestandort aus gleichzeitig zwei oder mehrere dieser Übertragungskapazitäten, über die regionale Sendungen verbreitet werden (§ 3 Abs. 2 ORF-G), mehr als zwölf Stunden täglich zur Verbreitung ein und desselben Programms in einem Verbreitungsgebiet nutzt. Nach den Erl zur RV (635 BlgNR XXI. GP) soll „ohne die Übertragung der Programme des ORF zu beeinträchtigen, [...] an jenen Standorten, an denen der ORF derzeit Frequenzen nur eine halbe Stunde täglich zur Ausstrahlung seiner Regionalprogramme nutzt und die restliche Zeit die Übertragungskapazitäten gleichzeitig und überlappend ORF 2 ausstrahlt, privates, regionales Fernsehen ermöglicht werden, um eine optimale Frequenznutzung herbeizuführen.“

Gemäß § 13 Abs 2 PrTV-G stehen zur zeitweisen Nutzung durch Inhaber einer nicht-bundesweiten Zulassung jedenfalls die in Anlage 3 angeführten Übertragungskapazitäten zur Verfügung. In Anlage 3 zum PrTV-G ist unter anderem die Übertragungskapazität Wien 1, Kanal 34, angeführt.

Die Nutzung der Übertragungskapazität des ORF durch den Zulassungsinhaber ist nach § 13 Abs 3 PrTV-G für eine den wirtschaftlichen und programmlichen Anforderungen des Zulassungsinhabers angemessene Dauer und unter Berücksichtigung des Versorgungsauftrages (§ 3 Abs. 2 ORF-G) des Österreichischen Rundfunks zu gestatten, wobei die Versorgung der Bevölkerung im Verbreitungsgebiet mit den für dieses Verbreitungsgebiet gestalteten Fernsehprogrammen des Österreichischen Rundfunks zu

gewährleisten ist (§ 3 ORF-G). ORF-Regionalsendungen werden dadurch zu einem „Fenster“ in einem privaten Programm (*Kogler/Kramler/Trainer*, Österreichische Rundfunkgesetz [2002], 153).

Gemäß § 13 Abs 4 PrTV-G hat der Österreichische Rundfunk hinsichtlich der Nutzung eine vertragliche Vereinbarung unter Zugrundelegung eines angemessenen Entgelts mit dem Zulassungsinhaber abzuschließen.

Gemäß § 19 Abs 1 und 2 PrTV-G können die auf Grund dieses Bundesgesetzes gestalteten analogen terrestrischen Fernsehprogramme auch über die Sendeanlagen des Österreichischen Rundfunks verbreitet werden, sofern dies technisch vertretbar ist. Der Österreichische Rundfunk hat die Sendeanlagen zu gleichwertigen Bedingungen und in derselben Qualität bereitzustellen, die er auch für die Verbreitung der von ihm veranstalteten Programme einsetzt. Der Österreichische Rundfunk hat diesbezüglich eine vertragliche Regelung unter Zugrundelegung eines angemessenen Entgelts mit dem Rundfunkveranstalter abzuschließen.

#### **4.2. Antragslegitimation**

Sowohl § 13 Abs 4 als auch § 19 Abs 3 PrTV-G sehen vor, dass die Regulierungsbehörde – das ist gemäß § 66 PrTV-G die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) – von den Beteiligten angerufen werden kann, wenn innerhalb von sechs Wochen ab dem Einlangen einer Nachfrage keine vertragliche Vereinbarung zu Stande kommt.

Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrages ist somit, dass die Antragstellerin Inhaberin einer nicht-bundesweiten Zulassung nach dem PrTV-G ist und die Nutzung der Übertragungskapazität bzw. die Mitbenutzung der Sendeanlage zumindest sechs Wochen vor der Anrufung der Regulierungsbehörde beim ORF nachgefragt hat und dass keine vertragliche Einigung erzielt wurde.

Die gemäß § 13 Abs 4 sowie § 19 Abs 3 PrTV-G vorgesehenen sechs Wochen ab Einlangen der Nachfrage der – über eine rechtskräftige Zulassung zur Veranstaltung von nicht-bundesweitem terrestrischen Fernsehen verfügenden – PULS CITY TV GmbH beim ORF sind ohne Zustandekommen einer vertraglichen Vereinbarung bis zum Zeitpunkt der Antragstellung verstrichen. Auch bis zum heutigen Tag ist eine Vereinbarung iSd § 13 Abs 4 bzw. § 19 Abs 1 PrTV-G nicht zustande gekommen. Der Antrag der PULS CITY TV GmbH ist somit zulässig.

#### **4.3. Anordnungsbefugnis der Regulierungsbehörde**

Gemäß § 13 Abs 5 PrTV-G entscheidet die Regulierungsbehörde innerhalb von zwei Monaten nach Anrufung durch die Beteiligten über die Verpflichtung zur Einräumung oder die Angemessenheit der Dauer der Nutzung oder die Höhe des Entgelts. Bei dieser Entscheidung kann die Regulierungsbehörde nach Anhörung des Landes oder der Länder, in welchem oder welchen das Programm des Inhabers der nicht-bundesweiten Zulassung verbreitet werden soll, durch geeignete Auflagen sicherstellen, dass Sendungen des Österreichischen Rundfunks, an denen ein besonderes lokales oder regionales öffentliches Informationsinteresse besteht, vom Österreichischen Rundfunk ausgestrahlt werden können.

Hinsichtlich der Mitbenutzung von Sendeanlagen des ORF sieht § 19 Abs 3 PrTV-G vor, dass die Regulierungsbehörde in Streitfällen über die Angemessenheit des Entgelts oder die technische Vertretbarkeit entscheidet.

Die Bestimmungen der §§ 13 Abs 5 und 19 Abs 3 PrTV-G dienen der Durchsetzung des den ORF nach dem PrTV-G treffenden besonderen Kontrahierungszwangs, welche 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 (vgl zu § 19 PrTV-G in diesem Sinne auch BKS 01.10.2002, GZ 611.182/001-BKS/2002).

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), ABl 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 XX. 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 § 13 Abs 4 sowie 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).

Die Befugnis der Regulierungsbehörde zur vertragsersetzenden Anordnung wird von den Verfahrensparteien auch nicht bestritten; so hat insbesondere auch der ORF mit Schriftsatz vom 12.12.2002 die Anordnung von konkreten, in Vertragsform ausformulierten Bedingungen für die Nutzung der Übertragungskapazität durch die PULS CITY TV GmbH sowie für die Verbreitung des Programms über die Sendeanlagen des ORF beantragt.

#### **4.4. Zeitweise Nutzung von Übertragungskapazitäten des ORF (Spruchpunkt 1.a.)**

Mit dem Privatfernsehgesetz sollten „vordringlich die gesetzlichen Voraussetzungen zur Veranstaltung von analogem, terrestrischen Privatfernsehen geschaffen werden“ (Erl zur RV 635 BlgNR XXI. GP, 37). Um das im öffentlichen Interesse gelegene Ziel, „neue, private

Rundfunkanbieter neben dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu fördern und die Meinungs- und Medienvielfalt in Österreich zu sichern“ (VfGH 17.12.2002, B 1657/02-5), zu erreichen, sollten neben der Vergabe der „dritten Frequenzkette“ an einen privaten Zulassungsinhaber weitere nicht-bundesweite Zulassungen ermöglicht werden. Dafür wurden vom Gesetzgeber vor allem jene (leistungsstarken) Frequenzen zur Verfügung gestellt, die vom ORF nur partiell und für kurze Zeit zur Regionalisierung genutzt werden und für den Rest des Tages gleichzeitig mit anderen Frequenzen zur Verbreitung von ORF 2 genutzt werden (Erl zur RV 635 BlgNR XXI. GP, 38). Diese Entscheidung des Gesetzgebers dient dem Ziel einer möglichst effizienten Frequenznutzung, wie dies auch in der einen Bestandteil des Internationalen Fernmeldevertrages bildenden Vollzugsordnung für den Funkdienst als tragender Grundsatz der Frequenzverwaltung festgelegt ist (vgl insb. Artikel 4.1 VO Funk).

Diesem Grundsatz möglichst ökonomischer Frequenznutzung trägt auch § 14 PrTV-G Rechnung, der unter anderem festlegt, dass eine laufende Überprüfung der Zuordnung von analogen Übertragungskapazitäten durch die Regulierungsbehörde zu erfolgen hat und Übertragungskapazitäten, durch die in bestimmten Versorgungsgebieten Doppel- und Mehrfachversorgungen erreicht werden, dem bisherigen Nutzer zu entziehen sind. Die Bestimmung des § 13 PrTV-G ist gewissermaßen als spezielle Norm zu § 14 PrTV-G anzusehen, da darin hinsichtlich der in § 13 PrTV-G iVm mit Anlage 3 zum PrTV-G angesprochenen Übertragungskapazitäten – also insbesondere auch der verfahrensgegenständlichen Übertragungskapazität Wien 1, Kanal 34 – de facto während etwas mehr als 23 ½ Stunden pro Tag (somit also rund 98% der täglichen Sendezeit!) eine Doppelversorgung vorliegt: Auf zwei von insgesamt nur vier für die Versorgung der Bundeshauptstadt Wien verfügbaren Kanälen wird in dieser Zeit ein und dasselbe Programm verbreitet, lediglich für die Dauer der Sendung „Bundesland Heute“ sowie für einen rund dreiminütigen lokalen Nachmittagseinstieg erfolgt eine „Auseinanderschaltung“ und es werden in dieser Zeit unterschiedliche Programme über Kanal 24 und Kanal 34 verbreitet.

Dieser in höchstem Maße unökonomischen Frequenznutzung, bei der eine der insgesamt nur vier für Wien verfügbaren leistungsstarken Übertragungskapazitäten nur zu rund 2% für die Abstrahlung eigenständiger, nicht zugleich über andere Kanäle im Verbreitungsgebiet verbreiteter Sendungen genutzt wird, wird durch § 13 PrTV-G begegnet: der ORF behält nach dieser Bestimmung zwar grundsätzlich die Möglichkeit, die in Anlage 3 zum PrTV-G genannte Übertragungskapazität Wien 1, Kanal 34, zur Verbreitung seiner regionalen Programme zu nutzen – muss diese Übertragungskapazität also nicht wie in den Fällen der Doppelversorgung iSd § 14 PrTV-G zur Gänze aufgeben –, hat sie jedoch einem privaten Zulassungsinhaber zur zeitweisen Nutzung entsprechend dessen wirtschaftlichen und programmlichen Anforderungen zu überlassen. Gemäß § 13 Abs. 3 PrTV-G ist dabei die Versorgung der Bevölkerung im Verbreitungsgebiet mit den für dieses Verbreitungsgebiet gestalteten Fernsehprogrammen des Österreichischen Rundfunks zu gewährleisten. Der gesetzliche Regionalisierungsauftrag des ORF (§ 3 Abs. 2 ORF-G) darf aufgrund der Nutzung von Übertragungskapazitäten durch Privatfernsehveranstalter nicht behindert werden (Erl zur RV 635 BlgNR XXI. GP, 44). Daraus ergibt sich, dass die Übertragung der regelmäßigen regionalen Sendungen [des ORF] jedenfalls vorrangig zu gewährleisten ist (*Kogler/Kramler/Trainer, Österreichische Rundfunkgesetze [2002], Seite 153*).

Bereits in den zwischen den Verfahrensparteien geführten Verhandlungen war die konkrete zeitliche Aufteilung der Nutzung der Übertragungskapazität ein wesentlicher Streitpunkt, an dem eine privatautonome Vereinbarung gescheitert ist. Auch im gegenständlichen Verfahren war vor allem der Umfang der zeitlichen Nutzung der Übertragungskapazität strittig. Während der Österreichische Rundfunk in seinem Antrag eine tägliche „Grundsendedauer“ des ORF auf der gegenständlichen Übertragungskapazität von „max. 45 Minuten“ beantragt, wobei als konkrete Sendezeiten „vorläufig“ 18:54 bis 19:28 Uhr und 15:37 bis 15:40 Uhr festgelegt werden sollen, beantragt die Antragstellerin PULS CITY TV GmbH die Nutzung der Übertragungskapazität so festzulegen, dass die Grundsendedauer des ORF täglich

höchstens 25 Minuten beträgt und jeweils um 19.00 Uhr beginnt und spätestens um 19:25 Uhr endet.

Die grundsätzliche Verpflichtung des ORF zur zeitweisen Überlassung der Übertragungskapazität WIEN 1, Kanal 34, ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des § 13 Abs 2 (erster Satz) iVm Anlage 3 PrTV-G. Bei der Festlegung der Dauer der Nutzung dieser Übertragungskapazität durch den ORF einerseits bzw. die PULS CITY TV GmbH andererseits (Spruchpunkt 1.a.) war gemäß § 13 Abs 3 PrTV-G zum einen den wirtschaftlichen und programmlichen Anforderungen des Zulassungsinhabers Rechnung zu tragen und zum anderen die Versorgung der Bevölkerung im Verbreitungsgebiet mit den für dieses Verbreitungsgebiet gestalteten Fernsehprogrammen des ORF zu gewährleisten.

Das Programmkonzept der PULS CITY TV GmbH baut wesentlich darauf auf, dass das Interesse des Fernsehpublikums für lokale Inhalte, wie sie von der PULS CITY TV GmbH gebracht werden sollen, in der „access prime time“ – also am späteren Nachmittag bis 19 Uhr – am größten ist und daher auch in dieser Zeit ein wesentlicher Teil der für die Finanzierung des Programms notwendigen Werbeeinnahmen erzielt werden kann. Für die Regulierungsbehörde steht außer Zweifel, dass auf Grund des Programmkonzepts der PULS CITY TV GmbH der Sendezeit vor 19:00 Uhr daher besondere wirtschaftliche und programmliche Bedeutung zukommt, die bei der Entscheidung über die Dauer der Nutzung der Übertragungskapazität entsprechend zu berücksichtigen ist.

Die PULS CITY TV GmbH ist eine private Rundfunkveranstalterin, die zur Finanzierung des Sendebetriebs auf Einnahmen aus kommerzieller Werbung angewiesen ist. Eine Ausdehnung der Sendezeit des ORF auf der verfahrensgegenständlichen Übertragungskapazität über jene Zeiten hinaus, in denen der ORF konkret für das Verbreitungsgebiet Wien gestaltete Sendungen bringt, die nicht auch in anderen Bundesländern ausgestrahlt werden, läuft daher jedenfalls den wirtschaftlichen und programmlichen Anforderungen der PULS CITY TV GmbH zuwider, da in dieser Zeit keine Werbeeinnahmen erzielt bzw. auch keine für die Vermarktung relevanten Seherreichweiten erreicht werden können. Demgegenüber ist das Programm ORF 2 – außerhalb der Zeiten, in denen der ORF konkret für das Verbreitungsgebiet gestaltete Sendungen bringt – jedenfalls auch auf Kanal 24 in Wien in gleicher Qualität zu empfangen. Wiener Fernsehteilnehmer müssen daher keinesfalls auf das Programm ORF 2 verzichten; es wird ihnen lediglich die Möglichkeit genommen, auf zwei von nur vier verfügbaren Kanälen dasselbe Programm zu betrachten.

Ein berechtigtes Interesse des ORF, auf zwei leistungsstarken Kanälen am selben Standort dasselbe Programm – auch nur für kurze Zeit – gleichzeitig auszustrahlen, ist weder aus dem PrTV-G noch aus dem ORF-G abzuleiten. Ganz im Gegenteil ergibt sich insbesondere aus den §§ 13 und 14 PrTV-G, dass eine möglichst ökonomische Nutzung des knappen Frequenzspektrums für terrestrisches Fernsehen ein wesentliches Gesetzesziel des PrTV-G ist, das insbesondere auch bei der Entscheidung der KommAustria nach § 13 Abs 5 PrTV-G entsprechend der finalen Determinierung des Behördenhandelns gemäß § 2 Abs 2 Z 5 KOG zu berücksichtigen ist. Auch die in § 2 Abs 2 Z 1 und 2 KOG angeführten weiteren Ziele der Tätigkeit der KommAustria, die im Rahmen der ihr durch bundesgesetzliche Vorschriften zugewiesenen Aufgaben – wie etwa der Entscheidungen nach §§ 13 und 19 PrTV-G – zu erreichen sind – nämlich die Förderung des Marktzutritts neuer Anbieter und die Sicherung der Meinungsvielfalt – sprechen gegen die Verbreitung ein und desselben Programms des ORF über zwei Kanäle in Wien.

Dem Anliegen des ORF, eine „Grundsendedauer“ von (bis zu) 45 Minuten täglich festzulegen, kann daher nicht gefolgt werden. Auch derzeit sendet der ORF täglich deutlich weniger als 45 Minuten eigenständiges regionales bzw. lokales Programm; die Grundsendedauer, wie sie vom ORF insbesondere im Schriftsatz vom 12.12.2002 beantragt wurde, soll zudem ausdrücklich auch die kommerziellen Werbeblocks vor und nach der

Sendung Wien heute einschließen. Begründet wird dies nicht damit, dass es sich bei diesen Werbeblocks um ein für das Verbreitungsgebiet Wien gestaltetes Fernsehprogramm handelt (was angesichts der Bestimmung des § 13 Abs 7 erster Satz ORF-G auch unzulässig wäre), sondern damit, dass sich bei Entfall des „Familien-Werbeblocks“ ein Einnahmenverlust für den ORF von rund 560.000 Euro pro Jahr ergeben würde. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass der ORF den „Familien-Werbeblock“ ohnedies auf dem Kanal 24 sendet; eine parallele Ausstrahlung des identen Werbeblocks zur gleichen Zeit auf einem weiteren Kanal würde – wie bereits ausgeführt – dem Grundsatz der Frequenzökonomie widersprechen. Der ORF hat auch im Verfahren nie nachvollziehbar dargelegt, wie sich der behauptete Einnahmenentfall ergeben soll und sich darauf beschränkt, im Schriftsatz vom 07.01.2003 die Einvernahme des Geschäftsführers der ORF-Enterprise als Zeugen zu beantragen. Insbesondere vor dem Hintergrund der Ausführungen des ORF im Schriftsatz vom 07.01.2003, dass die Zuseher hauptsächlich wegen der Bundesland Heute Sendungen den verfahrensgegenständlichen Kanal wählen – daher am übrigen Programm, einschließlich der Werbesendungen, offenbar deutlich weniger interessiert sind – und ein sprunghafter Anstieg der Zuseher daher „knapp vor 19:00 Uhr (das heißt ca. um 18:59 Uhr)“ erfolgt, also zu einer Zeit, in der der ORF nach eigenem Vorbringen keine Werbung ausstrahlt, sind die Behauptungen über den angeblichen Einnahmenentfall nicht verständlich. Auch entfällt der „Familien-Werbeblock“ ja keineswegs, wie dies vom ORF behauptet wird, sondern kann in unveränderter Form weiterhin gesendet werden, wobei der einzige Unterschied zur derzeitigen Situation darin liegt, dass dieser Werbeblock nicht auf zwei Kanälen gleichzeitig ausgestrahlt wird. Selbst wenn sich jedoch für den ORF ein Einnahmenentfall ergibt, ist dies für die Entscheidung nach § 13 Abs 5 PrTV-G unbeachtlich: diese Bestimmung stellt lediglich auf die wirtschaftlichen und programmlichen Anforderungen des privaten Zulassungsinhabers einerseits, und auf die Sicherstellung der Verbreitung der für das Verbreitungsgebiet gestalteten Sendungen des ORF andererseits ab; für die Berücksichtigung angeblicher oder tatsächlicher Einnahmenverluste des ORF durch den Entfall der Doppelversorgung ist auf Grund der klaren gesetzlichen Bestimmung kein Raum, sodass auch die beantragte Zeugenvernehmung nicht durchzuführen war.

Die Stiftung „Österreichischer Rundfunk“ hat gemäß § 1 Abs. 2 ORF-G den Zweck, den öffentlich-rechtlichen Auftrag des Österreichischen Rundfunks im Rahmen des Unternehmensgegenstandes (§ 2 ORF-G) zu erfüllen. Der öffentlich-rechtliche Auftrag umfasst – neben dem Programmauftrag gemäß § 4 und den besonderen Aufträgen gemäß § 5 ORF-G – den Versorgungsauftrag gemäß § 3 ORF-G. Demnach hat der Österreichische Rundfunk unter anderem zwei österreichweit empfangbare Programme des Fernsehens zu gestalten, wobei in den Programmen des Fernsehens durch regelmäßige regionale Sendungen sowie durch angemessene Anteile an den österreichweiten Programmen die Interessen der Länder zu berücksichtigen sind.

Zur Erfüllung dieses Versorgungsauftrages sind dem Österreichischen Rundfunk gemäß § 12 Z 1 PrTV-G Übertragungskapazitäten zuzuordnen. Die Frequenzzuordnung hat stets nur dienende Funktion: Dem ORF sind jene Übertragungskapazitäten – und nur jene Übertragungskapazitäten – zuzuordnen, die er für die Erfüllung des im § 3 ORF-G festgelegten öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrages benötigt. Durch die Zuordnung des Kanals 24 am Standort Wien 1 – Kahlenberg ist der ORF in der Lage, den Großraum Wien mit dem Fernsehprogramm ORF 2 zu versorgen. Für die in § 3 Abs. 2 ORF-G vorgesehenen regelmäßigen regionalen Sendungen ist durch die in Spruchpunkt 1.a. getroffene Festlegung die regelmäßige Ausstrahlung der Sendung „Wien Heute“ sowie des „Nachmittagsausstieges“ gewährleistet. Ein darüber hinausgehender Anspruch, Übertragungskapazitäten – insbesondere zur Übertragung von österreichweiter Werbung – nutzen zu können und dadurch eine Doppelversorgung zu bewirken, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Die Zuordnung von Übertragungskapazitäten an den Österreichischen Rundfunk dient der Erfüllung des Versorgungsauftrages, nicht jedoch dazu, dass der Österreichische Rundfunk – über die Erfüllung des Versorgungsauftrages hinaus – auf dieser Frequenz „entsprechend wirtschaftlich tätig“ (Schriftsatz des ORF vom 12.12.2002) sein kann, und

damit die Nutzung der Übertragungskapazität durch einen privaten Zulassungsinhaber und Konkurrenten verhindern kann. Anders als der private Zulassungsinhaber hat der Österreichische Rundfunk zudem Anspruch auf ein fortlaufendes Programmengeld, das von allen Rundfunkteilnehmern zu entrichten ist und dessen Höhe gemäß § 31 ORF-G vom Österreichischen Rundfunk selbst (Stiftungsrat) festgesetzt wird.

In der gemäß § 13 Abs 5 PrTV-G zu treffenden Entscheidung der Regulierungsbehörde kann daher nach Abwägung der wirtschaftlichen und programmlichen Anforderungen des privaten Zulassungsinhabers dem ORF keine tägliche „Grundsendedauer“ eingeräumt werden, die über die für das Verbreitungsgebiet Wien gestalteten Programme im derzeitigen Umfang hinaus geht. Vom Zweck der Stiftung „Österreichischer Rundfunk“ (deren Begünstigter nach den Erl zur RV, 635 BlgNR XXI. GP, die Allgemeinheit ist) kann es keinesfalls gedeckt sein, durch die Aufrechterhaltung einer möglichst weitgehenden Doppelversorgung mit dem Programm ORF 2 das Tätigwerden und den wirtschaftlichen Erfolg der privaten Zulassungsinhaberin zu erschweren oder gar zu verhindern und auf diese Weise den im öffentlichen Interesse gelegenen Zielen der Förderung des Marktzutritts neuer Anbieter (§ 2 Abs. 2 Z 1 KOG) der Sicherung der Meinungsvielfalt (§ 2 Abs. 2 Z 2 KOG) sowie der Optimierung der Nutzung des Frequenzspektrums für Rundfunk (§ 2 Abs. 2 Z 5 KOG, vgl. dazu auch § 14 PrTV-G) entgegen zu wirken. Der Österreichische Rundfunk ist von der Generaldirektorin zudem gemäß § 22 Abs. 3 ORF-G so zu leiten, wie es das Wohl des Unternehmens *unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses* und der Interessen der Arbeitnehmer erfordert. Es ist daher auch in der Unternehmensführung des Österreichischen Rundfunks auf das „im zwingenden öffentlichen Interesse gelegene Ziel der Privatrundfunkgesetzgebung, neue private Rundfunkanbieter neben dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu fördern und die Meinungs- und Medienvielfalt in Österreich zu sichern“ (VfGH 17.12.2002, B 1657/02-5), Bedacht zu nehmen.

Der ORF hat nunmehr ausgeführt, dass die „technische Auseinanderschaltung“ zwischen der bundesweiten und der regionalen Programmverbreitung um ca. 18:58 Uhr erfolgt, somit rund zwei Minuten – manchmal auch bloß eine Minute – vor der in der offiziellen Programmvorschau angekündigten Beginnzeit der Sendung „Wien Heute“. In dieser Zeit zwischen dem (bundesweiten) Werbeblock und der tatsächlichen Beginnzeit der Sendung Wien Heute um 19:00 Uhr werden vor allem Eigenwerbung, Hinweise auf Sendungen von Radio Wien sowie „Serviceserien“ gebracht, wobei es sich dabei um „Kooperationen“ mit verschiedenen Vertragspartnern handelt. Selbst wenn man diese Programmelemente im Hinblick auf § 13 Abs 3, 7 und 9, § 14 Abs 2, 4 und 5 sowie § 17 Abs 2 und 7 ORF-G als zulässig ansehen würde, handelt es sich dabei jedoch nicht um jene „auf breite Akzeptanz des Publikums stoßenden täglichen regionalen Informationssendungen“ auf die die Regelung des § 13 PrTV-G nach den Intentionen des Gesetzgebers abstellt (Erl zur RV 635 BlgNR XXI. GP, 45). Diese Programmelemente, die zum einen der Cross-Promotion, zum anderen der Finanzierung der Aufwendungen des ORF dienen, sind als „Füllelemente“ anzusehen, die vom ORF insbesondere auch in der Programmvorschau in keiner Weise angekündigt werden, sondern dort unter „Werbung“ subsumiert werden. Ein programmliches Erfordernis, dass diese Füllelemente jedenfalls vor 19:00 Uhr gesendet werden müssen, hat der ORF nicht dargetan; auch ein zwingender technischer Grund, dass die Auseinanderschaltung bundesweit einheitlich erfolgen muss, liegt – wie die vertragliche Vereinbarung mit der Salzburg TV Fernsehgesellschaft mbH zeigt – nicht vor.

Im Hinblick darauf, dass vergleichbare „Füllelemente“ auch nach dem Abspann der Sendung Wien Heute bis zum Beginn des darauffolgenden bundesweiten Werbeblockes gesendet werden und dies offensichtlich vor allem dem Ausgleich unterschiedlich langer „Bundesland Heute“ Sendungen dient, hat die Regulierungsbehörde eine angemessene Dauer der Nutzung der Übertragungskapazität durch die PULS CITY TV GmbH in der Weise festgelegt, dass dem Österreichischen Rundfunk eine fixe, tägliche Sendezeit von 19:00 bis 19:25 Uhr zur Verfügung steht. Diese Sendezeit reicht jedenfalls aus, um die regionale Informationssendung „Wien Heute“ zu der seit langem unveränderten Beginnzeit 19:00 Uhr

auszustrahlen und darüber hinaus, soweit zulässig, Hinweise auf einzelne Sendungsinhalte der Hörfunkprogramme oder vergleichbare Trailer und dgl. zu bringen (zumal die eigentliche Dauer der Bundesland Heute Sendung unterschiedlich ist, in der Regel aber deutlich unter 25 Minuten beträgt). Eine fixe Beginnzeit ist – wie auch die Programmschemata des ORF und die konkrete Programmvorschau des ORF zeigen – zur Orientierung der Fernsehzuschauer jedenfalls hilfreich und trägt den programmlichen Anforderungen Rechnung, so dass die vom ORF beantragte flexible Gestaltung, in der der ORF die genauen Beginnzeiten jeweils bloß 24 Stunden zuvor der PULS CITY TV GmbH bekannt geben würde, nicht angeordnet wird. Eine derartige täglich veränderte Beginnzeit würde den wirtschaftlichen und programmlichen Anforderungen des Zulassungsinhabers nicht gerecht werden und ist zudem nicht erforderlich, um die Versorgung der Bevölkerung im Verbreitungsgebiet in dem für dieses Verbreitungsgebiet gestalteten Fernsehprogrammen des Österreichischen Rundfunks zu gewährleisten.

Der Österreichische Rundfunk hat weiters beantragt, für einen „Nachmittagsausstieg“ eine Sendezeit von drei Minuten von 15:37 bis 15:40 Uhr festzulegen. Die Antragstellerin PULS CITY TV GmbH hat sich gegen diese Nachmittagsausstiege ausgesprochen. Wenngleich die Nachmittagsausstiege in der derzeit gebrachten Form neben einem kurzen Hinweis auf die wesentlichen Themen der Sendung Wien Heute lediglich Trailer, Eigenwerbung und diverse (zumindest teilweise in „Kooperationen“ erstellte) Hinweise enthalten, war dem ORF die Nutzung der Übertragungskapazität Wien 1, Kanal 34, auch für den von ihm beantragten Zeitraum 15:37 bis 15:40 Uhr einzuräumen, da geplant ist, in diesem Zeitraum auch einen Newsflash für das konkrete Verbreitungsgebiet zu bringen. Eine Ausweitung der dafür vorgesehenen Sendezeit, wie im Schriftsatz des ORF vom 07.01.2003 beantragt, war jedoch nicht vorzunehmen, zumal der dazu auf Antrag des ORF vernommene Zeuge Dr. Heinz Häller glaubhaft ausgeführt hat, dass eine Verlängerung dieses Lokalausstieges durch den Newsflash nicht erfolgen werde.

Für die gemeinsame Nutzung der Übertragungskapazität durch die PULS CITY TV GmbH und den Österreichischen Rundfunk war eine angemessene Vorlaufzeit festzulegen, um den Verfahrensparteien die entsprechende Vorbereitung, sowohl in technischer als auch in programmlicher Hinsicht sowie für Kommunikationsmaßnahmen für die betroffenen Fernsehzuschauer zu ermöglichen. Die PULS CITY TV GmbH hat im Schriftsatz vom 14.1.2003 bekannt gegeben, dass der Sendestart der Antragstellerin für den 1.7.2003 geplant ist. Im Hinblick darauf, dass dies noch keine verbindliche Festlegung des Sendestarts darstellt und es im öffentlichen Interesse liegt, dass eine Umschaltung zur gemeinsamen Frequenznutzung dann erfolgt, wenn tatsächlich von der PULS CITY TV GmbH ein Signal zur Verbreitung zur Verfügung gestellt wird, war kein fixer Beginnzeitpunkt für die Abstrahlung festzulegen, sondern vorzusehen, dass die erstmalige Überlassung der Übertragungskapazität durch den ORF am Tag der Aufnahme des Sendebetriebs der PULS CITY TV GmbH, der dem ORF mindestens 6 Wochen zuvor bekannt zu geben ist, erfolgt.

#### **4.5. Entgelt für die Nutzung der Übertragungskapazitäten (Spruchpunkt 1.b.)**

Gemäß § 13 Abs 4 PrTV-G ist der vertraglichen Vereinbarung zwischen dem ORF und dem Zulassungsinhaber ein angemessenes Entgelt „hinsichtlich der Nutzung“ zugrunde zu legen; auch in der Entscheidung der Regulierungsbehörde gemäß § 13 Abs 5 PrTV-G ist über die Angemessenheit des Entgelts abzusprechen.

Der Österreichische Rundfunk beantragt, für die Nutzung der Übertragungskapazität ein angemessenes Entgelt festzulegen, das sich „am Wert der Übertragungskapazität, der sich typischerweise in Reichweite und Werbeumsatzmöglichkeiten ausdrückt,“ orientiert. Der ORF habe den Wert der Übertragungskapazität Wien 1 Kanal 34 über Jahrzehnte durch Investitionen, insbesondere auch solche in die Programmqualität, aufgebaut. Im Schriftsatz vom 07.01.2003 beantragt der ORF, für den Fall, dass ihm die Abstrahlung kommerzieller

Werbung auf der verfahrensgegenständlichen Übertragungskapazität nicht zuerkannt werde, das Entgelt für die Überlassung der verfahrensgegenständlichen Übertragungskapazität mit zumindest Euro 560.000,- zuzüglich Euro 22.500,- jährlich jeweils exklusive Umsatzsteuer festzusetzen.

Die Antragstellerin PULS CITY TV GmbH tritt der Ansicht des ORF entgegen, dass für die bloße Gestattung der Mitbenützung der Übertragungskapazität ein gesondertes, von dem angemessenen Entgelt für die Mitbenützung der Sendeanlagen im Sinne des § 19 PrTV-G unabhängiges angemessenes Entgelt zu bezahlen sei. Es handle sich bei § 13 PrTV-G gegenüber § 19 PrTV-G um eine speziellere Regelung. Sollte dem ORF tatsächlich für die Mitbenützung der Übertragungskapazität ein gesondertes Entgelt zustehen, wäre dies nach Ansicht der Antragstellerin PULS CITY TV GmbH mit 0 Euro festzulegen.

Gemäß § 19 PrTV-G können analoge terrestrische Fernsehprogramme nach dem Privatfernsehgesetz 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. Diese Bestimmung stellt primär auf jene Veranstalter ab, die unter Nutzung von ihnen zugewiesenen Übertragungskapazitäten ihr Programm verbreiten und dazu Sendeanlagen des Österreichischen Rundfunks in Anspruch nehmen. Der Sachverhalt, der § 13 PrTV-G zu Grunde liegt, unterscheidet sich insoweit von den „Regelfällen“, als hier bereits eine Sendeanlage des Österreichischen Rundfunks besteht und vom Österreichischen Rundfunk auch derzeit zur Programmverbreitung genutzt wird. Auch wenn – wie dies von der Antragstellerin PULS CITY TV GmbH ausgeführt wird – daher § 13 PrTV-G als speziellere Norm zu § 19 PrTV-G zu sehen ist, ergibt sich doch aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, dass ein angemessenes Entgelt „für die Nutzung“ der dem ORF zugewiesenen Übertragungskapazität zu entrichten ist.

Die Entziehung einer Übertragungskapazität, mit der eine Doppelversorgung erreicht wird (§ 14 PrTV-G), ebenso wie die Einschränkung der Nutzung einer Übertragungskapazität auf jene Zeiten, in denen nicht durch gleichzeitige Abstrahlung desselben Programms (am selben Standort mit den gleichen technischen Merkmalen der Funkanlage) eine Doppelversorgung bewirkt wird, ist zur Erreichung der im öffentlichen Interesse gelegenen Ziele einer optimierten Frequenznutzung, der Förderung des Marktzutritts neuer Anbieter sowie der Meinungsvielfalt (vgl dazu § 2 Abs 2 KOG) erforderlich. Der Gesetzgeber hat nun in § 13 PrTV-G nicht den Weg gewählt, dem ORF die Übertragungskapazität vollständig zu entziehen oder die Zuordnung der Übertragungskapazität an den ORF ausdrücklich auf die Zeiten eigenständiger Regionalprogramme zu beschränken, sodass der ORF in den Fällen des § 13 PrTV-G – anders als im Falle der Zuordnung von Übertragungskapazitäten an den privaten Zulassungsinhaber – weiterhin Inhaber der Bewilligung bleibt, mit der die Übertragungskapazität zugeordnet und die Errichtung und der Betrieb der Funkanlage bewilligt wird. Der ORF ist daher auch – ungeachtet einer zeitweisen Nutzung der Übertragungskapazität durch die PULS CITY TV GmbH – Schuldner allfälliger Frequenznutzungsgebühren gemäß § 51 TKG. Da der PULS CITY TV GmbH keine Übertragungskapazität zugeordnet wird und auch keine Funkanlagenbewilligung erteilt wird, hat sie in dem Verhältnis, in dem die Übertragungskapazität vom ORF an die PULS CITY TV GmbH zu überlassen ist, dem ORF die Frequenznutzungsgebühren zu ersetzen. Derzeit sind auf Grund der Frequenznutzungsgebührenverordnung der KommAustria vom 27.07.2001 (Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 02.08.2001) keine Frequenznutzungsgebühren zu entrichten, wenn die Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb von Funkanlagen zur Ausübung einer in Art I Abs 1 BVG-Rundfunk, BGBl Nr. 396/1974, beschriebenen Tätigkeit erforderlich ist. Sollte in Abänderung dieser Frequenznutzungsgebührenverordnung eine Gebühr für die Errichtung und die Bewilligung von Funkanlagen erhoben werden, so wäre diese von der PULS CITY TV GmbH aliquot dem Österreichischen Rundfunk zu refundieren.

Für ein darüber hinaus gehendes Entgelt, wie es vom ORF beantragt wurde, besteht keine Grundlage im Privatfernsehgesetz. Die Zuteilung von Frequenzen an den Österreichischen Rundfunk erfolgt – wie bereits ausgeführt – nicht, damit der ORF mit diesen Frequenzen – gegebenenfalls durch Überlassung an Dritte – wirtschaftliche Einnahmen erzielen kann bzw. diese bestmöglich wirtschaftlich verwertet, sondern ausschließlich zur Erfüllung des gesetzlichen öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrages. Es besteht insbesondere auch kein Anspruch des ORF, Übertragungskapazitäten über das zur Erfüllung des Versorgungsauftrages gemäß § 3 ORF-G erforderliche Maß hinaus zu erhalten, um durch das Aufbauen einer Doppelversorgung daraus Einnahmen zur Finanzierung des Programms zu erzielen. Für die Frequenzzuteilung hat der ORF insbesondere auch keine Frequenznutzungsentgelte, wie sie etwa in § 21 TKG für bestimmte Telekommunikationsanbieter vorgesehen sind, zu entrichten. Ein höheres als in Spruchpunkt 1.b. festgelegte Frequenznutzungsentgelt war daher nicht festzulegen.

Dem ORF kann insbesondere auch nicht darin gefolgt werden, dass die PULS CITY TV GmbH dem ORF ein Entgelt dafür zu leisten habe, dass durch die Übertragungskapazität theoretisch rund 1.870.000 Personen erreicht werden können (von denen im Übrigen der ORF selbst nach eigenem Vorbringen in der Beilage zum Schriftsatz vom 07.01.2003 mit seinem Programm auf diesem Kanal über den Großteil des Tages deutlich weniger als 5%, und selbst mit der reichweitenstärksten Sendung Wien Heute weniger als 10%, erreicht). Die technische Reichweite einer Übertragungskapazität ist keine dem ORF abzugeltende Leistung, wie dies der ORF insbesondere auch in der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2002 vorgebracht hat (Protokoll S. 5f), sondern ergibt sich aus der von der Fernmeldebehörde (ohne Entgelt) vorgenommenen Zuordnung dieser Übertragungskapazität. Die vom ORF beantragte Sachverständigenbestellung eines betriebswirtschaftlichen Gutachters zur Berechnung der vom ORF der PULS CITY TV GmbH „zur Verfügung gestellten Reichweiten und Werbemöglichkeiten“ war daher nicht erforderlich, da diese Reichweiten und Werbemöglichkeiten, wie bereits ausgeführt, in die Ermittlung des Entgelts nach § 13 PrTV-G nicht Eingang finden können.

#### **4.6. Entgelt für die Mitbenutzung der Sendeanlage (Spruchpunkt 1.c.)**

Für die Mitbenutzung der Sendeanlage beantragt der ORF die Festsetzung eines Entgelts von 388.399,00 Euro netto jährlich, wobei dies mit Senderreserve gerechnet ist. Ohne Reserve wurde der PULS CITY TV GmbH ein jährliches Nettoentgelt von rund 335.000 Euro mitgeteilt. Die PULS CITY TV GmbH beantragt die Festsetzung eines angemessenen Entgelts, höchstens jedoch jenes Betrags, der im Zuge der Vertragsverhandlungen durch den Leiter der ORF-Sendetechnik mitgeteilt worden war (292.065 Euro).

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 die PULS CITY TV GmbH 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 für die der PULS CITY TV GmbH zur zeitweisen Nutzung zu überlassenden Übertragungskapazität

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.

Im einzelnen hat jedoch die Überprüfung der Kostenaufstellungen des ORF durch die Amtssachverständigen ergeben, dass die der Tarifikalkulation des ORF zugrunde liegenden Werte zu korrigieren sind und – bei Beibehaltung des Ansatzes der „fiktiven Sendeanlage“ – dem ORF Kosten für die verfahrensgegenständliche Sendeanlage in der Höhe von 267.667,60 Euro bei einer Bereitstellung zu 100 % (24 Stunden pro Tag) entstehen.

Der ORF ist nicht nur auf Grund seiner marktbeherrschenden Stellung für die Verbreitung von Fernsehsignalen und dem sich daraus ergebenden Kontrahierungszwang zu angemessenen Bedingungen bzw. auf Grund des spezialgesetzlichen Kontrahierungszwangs gemäß § 19 PrTV-G zur Gleichbehandlung verpflichtet; § 2 Abs 4 ORF-G legt auch ausdrücklich fest, dass die vertragliche Zusammenarbeit des Österreichischen Rundfunks mit anderen Unternehmen zu nichtdiskriminierenden Bedingungen zu erfolgen hat. Der ORF hat bislang noch keine Verträge über die Nutzung von Sendeanlagen zur Verbreitung von Fernsehsignalen mit privaten Zulassungsinhabern geschlossen, die unmittelbar für einen Vergleich herangezogen werden könnten. Zwar waren

die Verhandlungen zwischen dem ORF und der ATV Privatfernseh-GmbH soweit gediehen, dass ein vom kaufmännischen Direktor und Gesamtprokuristen (sowie vom Alleingeschäftsführer der ATV Privatfernseh-GmbH) paraphierter Vertragsentwurf vorlag; ein Vertragsabschluss erfolgte jedoch nicht, die Bedingungen für die Sendermitbenutzung mussten von der Regulierungsbehörde angeordnet werden (BKS 01.10.2002, 611.182/001-BKS/2002). Dabei hat der Bundeskommunikationssenat seiner Entscheidung den paraphierten Vertragsentwurf zugrunde gelegt, sodass auch das darin vorgesehene Entgelt für die Mitbenützung der Sendeanlagen durch die ATV Privatfernseh-GmbH festgesetzt wurde. Im Ergebnis liegt dieses – im paraphierten Vertragsentwurf enthaltene und von der Regulierungsbehörde schließlich auch festgesetzte – Entgelt um knapp ein Drittel unter dem ursprünglichen Angebot des ORF an die ATV Privatfernseh-GmbH, in dem für die 20 kW-Sendeanlage am Standort Wien 1 – Kahlenberg der gleiche Betrag gefordert worden war, wie er auch im ursprünglichen Angebot des ORF vom 02.11.2001 an die PULS CITY TV GmbH ausgewiesen war. Würde man das vom ORF beantragte Entgelt für diese Sendeanlage (ohne Reserve) im gleichen Verhältnis kürzen, ergäbe sich ein Jahresnettoentgelt für den Sender Wien 1 Kahlenberg mit einer Senderleistung von 20 kW von € 226.400,- (bei Bereitstellung 24 Stunden pro Tag). Dieser Wert liegt auch deutlich unter dem Ergebnis des Gutachtens der Amtssachverständigen.

Wie auch der Bundeskommunikationssenat ausgesprochen hat, ist in Ermangelung näherer Angemessenheitskriterien im Gesetz und eines Vergleichsmarktes in Österreich in erster Linie das als angemessen anzusehen, was dem Interessenausgleich zwischen den Parteien am besten dient. Die Regulierungsbehörde kann aus den Verhandlungsstandpunkten der Parteien schließen, was diese selbst als angemessen und ihren Interessen Rechnung tragend betrachten (BKS 01.10.2002, GZ 611.192/001-BKS/2002). Wenn nun der in der Sache informierte kaufmännische Direktor des ORF in den Verhandlungen mit der ATV Privatfernseh-GmbH die im paraphierten Vertragsentwurf enthaltenen Bedingungen zu akzeptieren bereit war, kann davon ausgegangen werden, dass diese Bedingungen von ihm als den Interessen des Österreichischen Rundfunks Rechnung tragend angesehen wurden. Auf Grund der den ORF treffenden unbedingten Verpflichtung zur Gleichbehandlung in der vertraglichen Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen ist davon auszugehen, dass grundsätzlich das angemessene Entgelt für die Mitbenützung von Sendeanlagen bei vergleichbaren Sendeanlagen gleich ist. Da es sich bei der für die ATV Privatfernseh-GmbH zu errichtenden Sendeanlage am Standort Wien 1 Kahlenberg um eine Sendeanlage gleicher Leistungsklasse wie die verfahrensgegenständliche – bereits errichtete und in Betrieb befindliche – Sendeanlage handelt, stellt das in den Vertragsverhandlungen mit der ATV Privatfernseh-GmbH vom kaufmännischen Direktor akzeptierte Entgelt einen wesentlichen Orientierungspunkt für die Angemessenheit des Entgelts für die Mitbenützung der verfahrensgegenständlichen Sendeanlage dar.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass in den Verhandlungen zwischen dem Österreichischen Rundfunk und der ATV Privatfernseh-GmbH ein vollständiger Vertragstext paraphiert wurde, der auch zahlreiche Nebenbestimmungen, etwa hinsichtlich der Haftung, Sicherstellung, Inbetriebnahme etc. enthielt, die in die Beurteilung des angemessenen Entgelts durch die Verhandler einbezogen worden waren; zudem bezogen sich diese Verhandlungen nicht nur auf eine Sendeanlage, sondern auf 18 Anlagen, wobei auch diese nur eine erste Ausbaustufe darstellen und weitere Sendeanlagen geplant sind. Selbst wenn man daher einen gewissen Geldwert der Nebenbestimmungen zugunsten des ORF sowie einen – an den verringerten Kosten durch die Mehrzahl der Sendeanlagen orientierten – Mengenrabatt annähme, ist kaum davon auszugehen, dass das angemessene Entgelt über dem durch die Amtssachverständigen ausgemittelten Wert liegt.

In der Festsetzung des angemessenen Entgelts hat sich die Regulierungsbehörde daher vor allem am Gutachten der Amtssachverständigen orientiert, wobei die Angemessenheit des Gutachtensergebnisses auch durch den Vergleich mit den Vertragsverhandlungen zwischen ORF und ATV Privatfernseh-GmbH bestätigt wird; jedenfalls ist nicht erkennbar, wie der

ORF angesichts der ihn treffenden Gleichbehandlungspflicht ein höheres als das von den Amtssachverständigen ausgemittelte Entgelt rechtfertigen könnte, wenn der kaufmännische Direktor bereit ist, in Verhandlungen mit anderen Fernsehveranstaltern noch deutlich höhere Abstriche von den offiziellen „Tarifblättern“ zu machen.

Es war daher das Entgelt in der im Gutachten der Amtssachverständigen ausgewiesenen Höhe festzulegen, wobei eine Aliquotierung entsprechend der tatsächlichen Dauer der Nutzung vorgenommen wurde. Dies betrifft zum einen die tägliche Nutzung gemäß Spruchpunkt 1.a., die in der Festlegung des Entgelts in Spruchpunkt 1.c., erster Absatz, bereits berücksichtigt wurde. Zum anderen wird eine weitere Anpassung des Jahresentgelts dann erforderlich sein, wenn durch die Ausstrahlung durch Sondersendungen des ORF eine Änderung der Zeitdauer der Überlassung der Übertragungskapazität erfolgt.

Das Jahresentgelt wird entsprechend dem Antrag des ORF mit dem Verbraucherpreisindex 2000 wertgesichert; als Basismonat wurde der Monat der Gutachtenserstellung (Dezember 2002) herangezogen.

#### **4.7. Technische Vertretbarkeit der Mitbenutzung der Sendeanlage**

Anders als in den Fällen der Nutzung erst zu errichtender Sendeanlagen des ORF zur exklusiven Verbreitung eines Programms privater Rundfunkveranstalter, ist im verfahrensgegenständlichen Fall eine Abstrahlung über die bereits bestehende und in Betrieb befindliche Sendeanlage des ORF geplant. Die technische Vertretbarkeit wurde im Verfahren nie in Zweifel gezogen. Die technischen Parameter der Abstrahlung stehen durch die gemeinsame Nutzung der Übertragungskapazität und die dafür bereits in Betrieb befindliche Sendeanlage des ORF zudem eindeutig fest. Die Ausstrahlung des Programms der PULS CITY TV GmbH erfolgt jedoch – entsprechend dem Antrag von PULS CITY TV GmbH – ohne Nutzung der Senderreserve des ORF. Zur Bereitstellung der Mitbenutzung der Sendeanlage auch ohne Nutzung der Senderreserve des ORF ist der ORF schon aufgrund der ihn treffenden Gleichbehandlungspflicht gemäß § 2 Abs. 4 ORF-G verpflichtet, zumal er auch anderen Rundfunkveranstaltern die Ausstrahlung ohne Reserve ermöglicht; die daraus sich allenfalls ergebenden Konsequenzen wurden von der PULS CITY TV GmbH bewusst in Kauf genommen und sind auch von dieser zu tragen.

Der ORF bringt auch vor, dass durch die Überlassung der Übertragungskapazität Wien 1 – Kahlenberg, Kanal 34, an die PULS CITY TV GmbH Umstellungen der Tochtersender erforderlich sind, die derzeit vom Muttersender Kahlenberg das Programm auf Kanal 34 empfangen und weiter verbreiten. Hierzu ist festzuhalten, dass sich die Entscheidung der Regulierungsbehörde gemäß § 13 Abs. 5 PrTV-G ausschließlich auf die Nutzung der in Anlage 3 zum PrTV-G angeführten Übertragungskapazität zu beziehen hat; die „Tochtersender“ zu denen derzeit die Signalzubringung über Ballempfang erfolgt, nutzen ausschließlich dem ORF zugeordnete Übertragungskapazitäten und stehen der PULS CITY TV GmbH auch nicht zur Mitbenutzung zur Verfügung. Die Signalzubringung zu den jeweiligen Sendeanlagen des ORF liegt im Verantwortungsbereich des ORF, das Vertrauen auf die Möglichkeit der Nutzung einer bestehenden Doppelversorgung zur Programmzubringung über Ballempfang kann entsprechend den Grundsätzen einer optimierten Frequenznutzung nicht geschützt sein. Dem ORF stehen zudem andere Möglichkeiten der Signalzubringung – etwa über das bereits über Satellit ausgestrahlte Signal – zur Verfügung.

#### **4.8. Signalzubringung (Spruchpunkt 1.d.)**

Auch die grundsätzliche technische Lösung der Signalzubringung war nicht Gegenstand von Auseinandersetzungen; insbesondere wurde von keiner der Verfahrensparteien eine

detaillierte Anordnung der konkreten technischen Spezifikationen für die Signalübergabe beantragt. Seitens des ORF wurde jedoch vorgebracht, dass die Signalzubringung nicht Gegenstand des Verfahrens nach §§ 13 und 19 PrTV-G sei.

Die Regulierungsbehörde geht davon aus, dass die in der Entscheidung gemäß §§ 13 und 19 PrTV-G festzulegenden Bedingungen für die Überlassung der Übertragungskapazität bzw. der Mitbenutzung der Sendeanlage auch die grundsätzliche Frage der Signalübergabe zu beinhalten haben, zumal auch diese Regelungen als „Nebenbedingungen der Nutzungsüberlassung an den Sendeeinrichtungen“ (BKS 01.10.2002, GZ 611.182/001-BKS/2002) anzusehen sind: Eine Anordnung, in der die grundsätzliche Mitbenutzung einer Sendeanlage des ORF festgelegt würde, die Signalübergabe und damit die Ermöglichung der Verbreitung des Rundfunksignals über die Sendeanlage jedoch offen bliebe, wäre unvollständig, da ein wesentlicher Parameter für die Ermöglichung der Ausstrahlung des Rundfunkprogramms fehlte und dadurch die Verbreitung dieses Programms gefährdet wäre. Zwar ist davon auszugehen, dass den ORF aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung auch aufgrund allgemeiner kartellrechtlicher Grundsätze ein Kontrahierungszwang jedenfalls auch für die Signalzubringung zu den von ihm (teilweise) für andere betriebene Rundfunksender trifft, dennoch war in Spruchpunkt 1.c. ausdrücklich festzulegen, in welcher Form die Signalübergabe zu erfolgen hat.

Die Ausführungen der Verfahrensparteien in der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2002 lassen erwarten, dass die technische Lösung der Signalzubringung zwischen den Verfahrensparteien im wesentlichen ähnlich gesehen wird; so wurde auch der Signalübergabe im L-Net durch den ORF beim Funkhaus (Argentinierstraße) nicht entgegen getreten, auch sind die Spezifikationen des Datenstroms nicht strittig. Die Anordnung in Spruchpunkt 1.d. konnte daher auf den Grundsatz der Verpflichtung zur Übergabe im L-Net beschränkt bleiben, da zu erwarten ist, dass die technischen Details, welche von den Verfahrensparteien im Verfahren nicht angesprochen wurden, unstrittig sind und es den Interessen beider Verfahrensparteien wohl besser entspricht, nach der nun bescheidmäßig erfolgten Festlegung der grundsätzlichen Form der Signalzubringung durch die Regulierungsbehörde die konkreten technischen Spezifikationen einvernehmlich selbst festzulegen.

Da das angemessene Jahresentgelt entsprechend dem Gutachten der Amtssachverständigen sich ausschließlich auf die Mitbenutzung der Sendeanlage ohne Signalzubringung bezieht, war auch vorzusehen, dass die PULS CITY TV GmbH die anteiligen Kosten der Signalzubringung für ihr Programm trägt. Der ORF hat zu den Leitungskosten für den Transport des Signals im L-Net zum Kahlenberg nur allgemeine Ausführungen gemacht, die in keiner Weise belegt wurden, und im Schriftsatz vom 07.01.2003 eventualiter die Festsetzung eines zusätzlichen Entgelts von jährlich 104.250 Euro für die Signalzubringung beantragt. Da es sich hierbei um abgrenzbare Fremdleistungen handelt bzw. davon auszugehen ist, dass der ORF über eine ausreichend genaue Kostenrechnung verfügt, die es ermöglicht, die Kosten des Signaltransportes vom Funkhaus Wien zur Sendeanlage Kahlenberg sachgerecht zuzuordnen, kann jedoch eine genaue – das Verfahren über die gesetzliche Entscheidungsfrist hinaus verzögernde – Feststellung der Kosten unterbleiben und angeordnet werden, dass die PULS CITY TV GmbH dem ORF diese Kosten – nach Rechnungslegung und Nachweis der entstandenen Aufwendungen – zu ersetzen hat.

#### **4.9. Sondersendungen (Spruchpunkt 1.e.)**

Gemäß § 13 Abs. 5 PrTV-G kann die Regulierungsbehörde im Rahmen ihrer Entscheidung über die Nutzung von analogen Übertragungskapazitäten des ORF nach Anhörung des Landes, in welchem das Programm des Inhabers der nicht bundesweiten Zulassung verbreitet werden soll, durch geeignete Auflagen sicherstellen, dass Sendungen des Österreichischen Rundfunks, an denen ein besonderes lokales oder regionales öffentliches

Informationsinteresse besteht, vom ORF ausgestrahlt werden können. Der ORF hat die Erteilung einer derartigen Auflage beantragt; dem ist grundsätzlich auch die PULS CITY TV GmbH nicht entgegengetreten. Die Verfahrensparteien vertreten jedoch unterschiedliche Standpunkte zur konkreten Form einer derartigen Auflage. Das Land Wien, das zur Abgabe einer Stellungnahme eingeladen wurde, hat sich dafür ausgesprochen, durch geeignete Auflagen sicherzustellen, dass Sendungen des ORF von besonderem lokalen oder regionalen öffentlichen Informationsinteresse vom ORF ausgestrahlt werden können.

Die Erteilung einer Auflage gemäß § 13 Abs. 5 letzter Satz PrTV-G durch die Regulierungsbehörde ist nicht zwingend; von der Erteilung einer derartigen Auflage könnte auch abgesehen werden, wenn auf andere Weise sichergestellt ist, dass Sendungen des ORF, an denen ein besonderes lokales oder regionales öffentliches Informationsinteresse besteht, vom ORF ausgestrahlt werden können. Aufgrund des diesbezüglichen Antrags des ORF sowie der Stellungnahme des Landes Wien scheint es jedoch zweckmäßig, der PULS CITY TV GmbH als zur zeitweisen Nutzung der Übertragungskapazität Wien 1, Kanal 34, berechtigter Zulassungsinhaberin eine Auflage im Sinne des § 13 Abs. 5 letzter Satz PrTV-G zu erteilen (Spruchpunkt 1.e.).

Hierbei war zunächst die allgemeine Verpflichtung der PULS CITY TV GmbH festzulegen, die Ausstrahlung von Sendungen des ORF, an denen im Verbreitungsgebiet Wien ein besonderes lokales oder regionales öffentliches Informationsinteresse besteht, zu ermöglichen, wobei zur Verdeutlichung auch bereits in der Auflage darauf hingewiesen wird, dass grundsätzlich etwa im Zusammenhang mit Nationalrats-, Landtags- und Gemeinderatswahlen sowie im Katastrophenfall ein derartiges lokales oder regionales öffentliches Informationsinteresse bestehen wird. Eine vollständige Auflistung von Ereignissen, an deren Berichterstattung durch den ORF ein besonderes lokales oder regionales öffentliches Informationsinteresse besteht, ist im Vorhinein nicht möglich, diesbezüglich wird man sich – wie dies auch in der Stellungnahme des Landes Wien zum Ausdruck kommt – vor allem an der bisherigen Praxis orientieren. Dem Antrag des ORF, dass die Auflage die Abstrahlung von Sondersendungen durch den ORF jedenfalls „nach bisheriger (regionaler/lokaler und bundesweiter) Art und Umfang“ zu ermöglichen ist, kann in dieser Form nicht gefolgt werden, zumal der ORF in keiner Weise dargelegt hat, in welcher Weise etwa die von ihm angeführten Sondersendungen, bei denen nach Mitternacht in lediglich zwei Fällen in den letzten vier Jahren Sportberichterstattungen stattgefunden haben, einem besonderen lokalen oder regionalen öffentlichen Informationsinteresse Rechnung getragen haben. Zwar ist dem ORF zuzugestehen – wie dies in der mündlichen Verhandlung am 18.12.2002 ausgeführt wurde (Protokoll Seite 7) – dass auch an sportlichen Ereignissen ein besonderes Informationsinteresse bestehen kann, dies wäre jedoch im Einzelfall konkret darzulegen; für die in der Aufstellung des ORF angeführten Sendungen im Dezember 1999, die offenbar vereinzelt geblieben sind, konnte der ORF nicht darlegen, in welcher Weise hier ein besonderes lokales oder regionales öffentliches Informationsinteresse gegeben war.

In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass nicht bereits der Umstand, dass eine allenfalls nur regional ausgestrahlte Sendung dem öffentlich-rechtlichen Auftrag des ORF entspricht – was auf Grund des Unternehmensgegenstandes des ORF ohnedies zwingend der Fall sein muss – maßgeblich ist, sondern dass konkret an dieser Sendung ein besonderes öffentliches Informationsinteresse auf lokaler bzw. regionaler Ebene bestehen muss. Auch ist nicht nachvollziehbar, in wie weit die Abstrahlung von bundesweiten Sondersendungen, wie dies im Schriftsatz des ORF vom 07.01.2003 (Seite 16. 2. Absatz) offenbar beantragt wird, einem besonderen lokalen oder regionalen öffentlichen Informationsinteresse – welches von einem bundesweiten Informationsinteresse zu unterscheiden ist – entsprechen soll. Zudem ist für derartige bundesweite Sondersendungen ohnedies die Versorgung Wiens durch Kanal 24 gewährleistet.

Die erteilte Auflage soll sicherstellen, dass die Sendungen des ORF, an denen ein besonderes lokales oder regionales öffentliches Informationsinteresse besteht, vom ORF im Anlassfall tatsächlich ausgestrahlt werden können. Zu diesem Zweck war es erforderlich, ein einfaches Verfahren festzulegen, mit dem die Kommunikation zwischen dem ORF und der PULS CITY TV GmbH sichergestellt wird. Zu diesem Zweck haben die Verfahrensparteien einander eine rund um die Uhr (zumindest) telefonisch erreichbare Meldestelle bekannt zu geben, über die die Kontaktaufnahme im Anlassfall erfolgen kann. Um auch bei Sondersendungen die gemäß § 13 Abs. 3 PrTV-G zu berücksichtigenden programmlichen Anforderungen des Zulassungsinhabers gewährleisten zu können, war festzulegen, dass der ORF im Falle der Planung einer Sondersendung unverzüglich die PULS CITY TV GmbH verständigt und die wesentlichen Eckdaten über die geplante Sondersendung bekannt gibt. In der Regel wird davon auszugehen sein, dass sich daraus ein ausreichender Vorlaufzeitraum für die PULS CITY TV GmbH ergibt, die eigene Programmführung entsprechend auf die bevorstehende Sondersendung hin auszurichten bzw. umzugestalten, so dass abrupte Unterbrechungen vermieden werden können. Die Festlegung eines konkreten Vorlaufzeitraums, wie dies von der PULS CITY TV GmbH beantragt wurde, erfolgt durch die Auflage in Spruchpunkt 1.e. nicht, zumal dies nicht allen Fällen gerecht werden kann, dies insbesondere bei tatsächlichen Katastrophenfällen, in denen sehr kurzfristig reagiert werden muss. Erfolgt keine unverzügliche Benachrichtigung über eine geplante Sondersendung, so wird in der Regel der Beginnzeitraum einer derartigen Sondersendung entsprechend der verzögerten Informationsübermittlung verschoben werden müssen; dadurch wird nicht in die Möglichkeit des ORF zur Gestaltung und Ausstrahlung von Sondersendungen eingegriffen, da es in seiner Verantwortung liegt, zur Sicherstellung der Ausstrahlung rechtzeitig Kontakt mit der PULS CITY TV GmbH aufzunehmen.

Um auch bei tatsächlich unvermuteten und unvorhersehbaren Ereignissen eine kurzfristige Ausstrahlung zu ermöglichen, ist von den Verfahrensparteien sicher zu stellen, dass entsprechend entscheidungsbefugte Personen über die „Meldestelle“ unverzüglich – also so rechtzeitig, dass noch die relevanten Entscheidungen über die Ausstrahlung bzw. Programmunterbrechung getroffen werden können – erreichbar sind. Bei diesen Ansprechpartnern muss es sich nicht um vertretungsbefugte Organe der Verfahrensparteien handeln, sondern lediglich um ausreichend für die im Zusammenhang mit der Ausstrahlung von Sondersendungen bzw. der Programmunterbrechung zu treffenden Entscheidungen bevollmächtigte Personen.

Es ist selbstverständlich, dass es im Interesse beider Verfahrensparteien notwendig ist, den genauen Beginnzeitraum der Sondersendung abzustimmen, so dass den programmlichen Anforderungen sowohl der PULS CITY TV GmbH als auch des ORF Rechnung getragen werden kann, dies unter Berücksichtigung des konkreten Anlasses der Sondersendung. Sofern rechtzeitig vor der geplanten Ausstrahlung keine Einigung erzielt werden kann, wird es aufgrund der erteilten Auflage im Verantwortungsbereich der PULS CITY TV GmbH liegen, über die tatsächliche Unterbrechung des Programms für eine Sondersendung des ORF zu entscheiden. Der ORF führt – dies ohne nähere Begründung – an, dass die Entscheidung darüber, ob, wann und von welcher Dauer eine Sondersendung abgestrahlt wird, ausschließlich dem ORF obliegen kann. Er behauptet, dass nur auf diese Weise sichergestellt werden kann, dass die PULS CITY TV GmbH die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben des ORF, denen der Vorrang einzuräumen ist, nicht behindere. Diese Überlegungen sind für die Regulierungsbehörde nicht nachvollziehbar. Wie bereits ausgeführt, ist im Rahmen der Entscheidung über die Ausstrahlung einer Sondersendung nicht zu beurteilen, ob diese Sondersendung dem öffentlich-rechtlichen Programmauftrag des ORF entspricht, sondern lediglich, ob an einer derartigen Sendung ein besonderes lokales oder regionales öffentliches Informationsinteresse besteht. Der ORF hat nicht dargetan, dass und gegebenenfalls aus welchen Gründen er zu dieser Abwägung in höherem Maße geeignet sein soll als die PULS CITY TV GmbH. Der Sorge des ORF, dass die PULS CITY TV GmbH einen „restriktiven Ansatz“ verfolge, steht auf der anderen Seite die Sorge der PULS CITY TV GmbH gegenüber, dass der ORF „nach Belieben“ Sendungen

veranstalten würde, „von denen bloß der ORF der Ansicht ist, sie wären unter die Formulierung ‚regionales öffentliches Informationsinteresse‘ zu subsumieren.“

Nach Ansicht der Regulierungsbehörde wird es in möglicherweise auftretenden Konfliktfällen zweckmäßig sein, für eine rasche Befassung der Geschäftsführungsebene der jeweiligen Unternehmen zu sorgen und auf dieser Ebene Lösungen zu suchen, gegebenenfalls auch unter Einhaltung von zwischen den Parteien zu vereinbarenden Schlichtungs- oder Schiedsklauseln. Da aber auch zu derartigen prozeduralen Fragen zwischen den Verfahrensparteien bislang keine Einigung erzielt werden konnte, war in der Auflage die Verantwortung der PULS CITY TV GmbH für die Durchführung der tatsächlichen Unterbrechung festzulegen, da die PULS CITY TV GmbH in gleicher Weise wie der ORF zur Beurteilung in der Lage ist, ob an einer bestimmten Sendung ein besonderes lokales oder regionales öffentliches Informationsinteresse im Raum Wien besteht und die PULS CITY TV GmbH in der Zeit, in der sie die Übertragungskapazität nutzt, grundsätzlich die Programmhoheit ausübt. Die Befürchtungen des ORF hinsichtlich eines restriktiven Ansatzes der PULS CITY TV GmbH sind insofern zu relativieren, als die PULS CITY TV GmbH im Hinblick auf die allfälligen rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen einer ungerechtfertigten Verweigerung der Ausstrahlung von Sondersendungen jedes Anliegen des ORF, derartige Sondersendungen auszustrahlen, sorgfältig zu prüfen haben wird.

Da Sondersendungen – jedenfalls nach der bisherigen Praxis – offensichtlich nur in besonderen Ausnahmefällen aus aktuellen unvorhersehbaren Anlässen gestaltet wurden, sondern vor allem der Wahlberichterstattung dienen, war auch ein Prozedere festzulegen, dass bei derartigen längerfristig feststehenden Ereignissen einzuhalten ist. In diesem Fall sollte jedenfalls eine Verständigung spätestens sechs Wochen vor der geplanten Sondersendung (sofern das Ereignis so lange im Vorhinein feststeht) erfolgen. Jedenfalls wird sicherzustellen sein, dass die PULS CITY TV GmbH verständigt wird, noch bevor der ORF entsprechende Programminformationen an die Allgemeinheit weitergibt, wie dies etwa durch die ORF Programminformation „bis zu fünf Wochen im Voraus“ erfolgt (vgl. <http://orfprog.apa.at/ORFProg/>). Für die Abstimmung der Beginnzeiten und die Entscheidung über die Ausstrahlung gelten die selben Grundsätze wie bei nicht vorhersehbaren Ereignissen.

Der ORF beantragt in seinem Schriftsatz vom 07.01.2003 auch, durch eine Auflage sicherzustellen, dass er die Übertragungskapazität WIEN 1, Kanal 34, in den Zeiten, in denen der ORF Regionalprogramm und/oder Sondersendungen für Niederösterreich vom Standort WIEN 1 auf Kanal 24 abstrahlt, für die Verbreitung des bundesweiten ORF 2 Programms nutzen darf. Auf Grund dieses Antrags wurde im Spruchpunkt 1.e. schließlich auch festgelegt, dass die Bedingungen für die Ausstrahlung von Sondersendungen für das Verbreitungsgebiet Wien sinngemäß auch anzuwenden sind, wenn der ORF über die Übertragungskapazität Wien 1, Kanal 24, Sondersendungen für das Verbreitungsgebiet Niederösterreich auszustrahlen plant. Bei derartigen Sondersendungen für das Verbreitungsgebiet Niederösterreich wäre nicht mehr gewährleistet, dass die Wiener Bevölkerung das – mit Ausnahme der niederösterreichischen Sondersendung – bundesweit verbreitete Programm ORF 2 empfängt. Da gemäß § 13 Abs. 3 PrTV-G die Versorgung der Bevölkerung im Verbreitungsgebiet mit den für dieses Verbreitungsgebiet gestalteten Fernsehprogrammen des Österreichischen Rundfunks (dazu zählt auch das bundesweite Programm) zu gewährleisten ist, war daher eine entsprechende Auflage zu erteilen. Für diese Sondersendungen gelten dieselben prozeduralen Bedingungen und Entscheidungsbefugnisse, wie sie für die über Kanal 34 ausgestrahlten Sondersendungen in Spruchpunkt 1.e. festgelegt wurden.

#### **4.10. Dauer der Anordnung (Spruchpunkt 1.f.)**

Die PULS CITY TV GmbH beantragte die Festlegung der Bedingungen „für die Dauer der der Antragstellerin .... erteilten Zulassung.“ Weiters beantragte die PULS CITY TV GmbH, die Bindungswirkung der Regulierungsentscheidung auch über die aufrechte Dauer der gegenwärtigen Zulassung hinaus zu erstrecken, falls der PULS CITY TV GmbH danach neuerlich eine Zulassung erteilt wird. Der ORF beantragt zwar die Festlegung einer „Vertragsdauer“ bis zum Ablauf der erstmaligen Zulassung der PULS CITY TV GmbH (mit Fortsetzungsoption), wobei jedoch im Rahmen dieses Vertrages die einseitige Veränderung von Sendezeiten durch den ORF jederzeit – mit Vorankündigung von mindestens vier Wochen – und auch eine Ausweitung der „Grundsendedauer“ – mit Verständigung mindestens ein Jahr im Vorhinein – nach freiem Ermessen möglich sein soll.

Die von der PULS CITY TV GmbH beantragte, für die Dauer der Zulassung unveränderliche Festsetzung der Sendedauer und der Sendezeiten des ORF wird mit den programmlichen und wirtschaftlichen Anforderungen der PULS CITY TV GmbH begründet, die eine entsprechend langfristige Planungssicherheit erfordern. Der Österreichische Rundfunk bringt im wesentlichen vor, dass die Änderungsmöglichkeit aufgrund der Bestimmungen des ORF-G über die Genehmigung der jährlich vom Generaldirektor zu erstellenden und dem Stiftungsrat vorzulegenden Sendeschemen für Fernsehen erforderlich sei.

Die Festlegung der Regulierungsbehörde gemäß § 13 Abs. 5 PrTV-G bezieht sich auch auf die Angemessenheit der Dauer der Nutzung der Übertragungskapazitäten, wobei darunter nicht nur die tägliche Überlassungsdauer der Übertragungskapazität zu verstehen ist, sondern auch die Dauer der grundsätzlichen Berechtigung der PULS CITY TV GmbH, die dem ORF zugeordnete Übertragungskapazität zeitweise zu nutzen. Aufgrund der programmlichen und wirtschaftlichen Anforderungen der PULS CITY TV GmbH steht für die Regulierungsbehörde zweifelsfrei fest, dass eine Festlegung der Dauer der Nutzung grundsätzlich für die Dauer der aufrechten Zulassung der PULS CITY TV GmbH zu erfolgen hat, zumal für Programmentwicklung und Aufbau der entsprechenden Reichweiten zur Vermarktung ein kurzfristiger Betrachtungszeitraum nicht sinnvoll ist. Zudem ist aufgrund der gesetzlichen Bestimmung des § 13 PrTV-G die grundsätzliche Berechtigung der PULS CITY TV GmbH zur Nutzung der verfahrensgegenständlichen Übertragungskapazität während der gesamten Dauer der Zulassung eindeutig gesetzlich festgelegt. Es war daher in Spruchpunkt 1.f. festzuhalten, dass die Bedingungen dieser Anordnung für die Dauer der aufrechten Zulassung der PULS CITY TV GmbH zur Veranstaltung von analogem terrestrischen Privatfernsehen gelten.

Dennoch ist dem ORF zugestehen, dass eine minutengenaue Festlegung der Sendezeiten des ORF auf 10 Jahre hinaus eine Einengung des Programmgestaltungsspielraums des ORF bedeutet, die den programmlichen Anforderungen des ORF nicht gerecht wird, sodass in Spruchpunkt 1.f. die Möglichkeit vorgesehen wurde, die Anordnung vorzeitig auch einseitig aufzulösen. Um eine den programmlichen Anforderungen der Zulassungsinhaberin zumindest teilweise gerechtwerdende Planungssicherheit zu Beginn ihrer Sendetätigkeit zu ermöglichen, war die erstmalige Auflösungsmöglichkeit mit Wirkung von rund drei Jahren nach Wirksamwerden der Verpflichtung zur Überlassung der Übertragungskapazität festzulegen. Der ORF hat (mit Ausnahme der in der Entscheidung bereits berücksichtigten lokalen Newsflashes im „Nachmittagsausstieg“) in keiner Weise dargetan, dass Veränderungen der regionalen Programmgestaltung, die zu einer Veränderung der Sendezeit für regionale Programme führen würden, absehbar sind. Im Hinblick auf die grundsätzlich langfristig vorzunehmende Programmplanung des ORF (§ 21 Abs. 1 Z 6 ORF-G), der die jährlich bis zum 15.11. jeweils für das folgende Kalenderjahr vorzulegenden Sendeschemen zu entsprechenden haben (§ 21 Abs. 2 Z 2 ORF-G), wäre der ORF in der Lage gewesen, im Falle einer absehbaren Änderung der Programmplanung diesbezüglich substantiierte Angaben zu machen. Es ist daher die Festlegung eines Zeitraums bis zum

31.12.2005 zur erstmaligen Kündigungsmöglichkeit mit Wirkung zum 30.06.2006 angemessen.

Um eine Situation zu vermeiden, in der zwar die grundsätzliche Verpflichtung des ORF feststeht, die Übertragungskapazität Wien 1, Kanal 34, an die PULS CITY TV GmbH zur zeitweisen Nutzung zu überlassen, zugleich aber aufgrund einer strittigen vertraglichen Gestaltung die tatsächliche Ausstrahlung des Programms unterbleibt, war vorzusehen, dass im Falle einer Aufkündigung die Bedingungen dieser Anordnung bis zum Wirksamwerden einer vertraglichen Vereinbarung zwischen der PULS CITY TV GmbH und dem ORF oder einer rechtskräftigen Nachfolgeentscheidung der Regulierungsbehörde weiter anzuwenden sind. Dies folgt den in der Telekommunikationsregulierung angewandten Grundsätzen (vgl. z.B. Bescheid der Telekom Control Kommission vom 20.09.2002, Z 17/020-15 [„IC 2002“], in dem in Punkt 11 der Zusammenschaltungsanordnung (Seite 27) eine vergleichbare Regelung getroffen wird, u.v.a.), und trägt dem Umstand Rechnung, dass die PULS CITY TV GmbH im Sinne der essential facilities-Doktrin auf die Leistung des ORF zur Verbreitung ihres Programms angewiesen ist.

Die Anordnung der Weitergeltung bis zum Abschluss einer Nachfolvereinbarung oder einer rechtskräftigen Regulierungsentscheidung dient zudem dem öffentlichen Interesse, dass in einer „vertragslosen“ Zeit keine Unterbrechung der Programmveranstaltung – und damit eine Beeinträchtigung der Medienvielfalt – erfolgt.

Eine Festlegung für einen allfälligen weiteren Zulassungszeitraum, wie von der PULS CITY TV GmbH beantragt, ist nicht erforderlich, zumal im Falle einer weiteren Zulassungserteilung an die PULS CITY TV GmbH zwischen den Verfahrensparteien eine vertragliche Regelung zustande kommen kann und jedenfalls eine Unterbrechung der Programmverbreitung durch den ORF in diesem Falle aus allgemeinen wettbewerbs- bzw. kartellrechtlichen Erwägungen kaum in Betracht kommen dürfte.

#### **4.11. Zur Form der Anordnung**

Die Verhandlungen zwischen dem ORF und der PULS CITY TV GmbH waren nicht soweit gediehen, dass – wie dies in dem Verfahren zwischen dem ORF und der ATV Privatfernseh-GmbH der Fall war – ein von Vertretern beider Verfahrensparteien paraphierter Vertragsentwurf vorgelegen wäre. Auch hat keine Annäherung über substantielle Teile der Vertragsentwürfe stattgefunden, wie sich auch aus den im Verfahren eingebrachten Schriftsätzen ergibt. Die Übereinstimmung der PULS CITY TV GmbH mit dem vom ORF beantragten Vertragsentwürfen ist – wie sich insbesondere aus dem Schriftsatz vom 14.01.2003 ergibt – nur sehr punktuell. Die Anordnung der Regulierungsbehörde ersetzt grundsätzlich die zwischen den Parteien privatautonom zu treffende Vereinbarung („vertragsersetzender Bescheid“). Mit den im Spruch festgesetzten Punkten sind die Essentialia der Überlassung der Übertragungskapazität festgelegt, die zur Regelung der Beziehungen der Verfahrensparteien im Hinblick auf diese Überlassung erforderlich sind. Um das Funktionieren der zeitweisen Überlassung der Übertragungskapazität sicherzustellen, ist es nicht erforderlich, bereits in der Regulierungsentscheidung detaillierte Nebenbestimmungen festzulegen, da in aller Regel die allgemeinen Rechtsvorschriften zur Feststellung etwa der Folgen von Verletzungen der in der Anordnung festgelegten Bedingungen ausreichen werden und sich die Verfahrensparteien im Sinne redlicher Vertragspartner für den Fall, dass tatsächlich eine Detailfrage verbleibt, die aus der Anordnung und den zur Anwendung kommenden allgemeinen Rechtsvorschriften nicht lösbar ist, um eine entsprechende Klärung zu bemühen haben werden. Den Verfahrensparteien steht es zudem offen, im Falle eines übereinstimmenden Bedarfs entsprechende Nebenbestimmungen jederzeit vertraglich zu vereinbaren oder überhaupt eine von der Regulierungsentscheidung abweichende privatrechtliche Vereinbarung zu treffen.

#### **4.12. Ausschluss der aufschiebenden Wirkung der Berufung (Spruchpunkt 2.)**

Mit Schriftsatz vom 20.01.2003 beantragte die PULS CITY TV GmbH, gemäß § 64 Abs 2 AVG die aufschiebende Wirkung der Berufung auszuschließen. Begründend führte die PULS CITY TV GmbH im Wesentlichen aus, dass eine möglichst rasche Aufnahme des Sendebetriebs nicht nur im Interesse der PULS CITY TV GmbH sei, sondern auch der Intention des Gesetzgebers entspreche und im öffentlichen Interesse liege, sodass der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung der Berufung dringend geboten sei.

Gemäß § 64 Abs 1 AVG haben rechtzeitig eingebrachte Berufungen aufschiebende Wirkung. Die Behörde kann jedoch nach § 64 Abs 2 AVG die aufschiebende Wirkung ausschließen, wenn die vorzeitige Vollstreckung im Interesse einer Partei oder des öffentlichen Wohles wegen Gefahr im Verzug dringend geboten ist.

Im gegenständlichen Fall verfügt die PULS CITY TV GmbH über eine rechtskräftige Zulassung auf Grund des Bescheides des Bundeskommunikationssenates vom 01.10.2002, GZ 611.185/001-BKS/2002, für die Dauer von zehn Jahren. Die Zulassungsdauer läuft seit Rechtskraft dieses Bescheides; die PULS CITY TV GmbH ist jedoch derzeit nicht in der Lage, diese rechtskräftige Zulassung auszuüben, da zum einen für die Aufnahme des Sendebetriebs die Mitbenützung der Sendeanlage des ORF unerlässlich ist, weil Alternativen für die technische Weiterverbreitung der Fernsehsignale realistischer Weise nicht bestehen und zum anderen eine vertragliche oder behördliche Regelung hinsichtlich der Nutzung der gegenständlichen Übertragungskapazität notwendig ist, um der PULS CITY TV GmbH die Aufnahme des Sendetriebes zu ermöglichen.

Da somit die PULS CITY TV GmbH durch ein weiteres Verschieben der Aufnahme des Sendetriebes in ihren Interessen insoweit beeinträchtigt wird, als ihr trotz aufrechter Zulassung zur Veranstaltung von nicht-bundesweitem analogen terrestrischen Fernsehen – und daher während des Laufes der Zulassungsdauer – die Möglichkeit genommen ist, den Sendebetrieb tatsächlich aufzunehmen und damit diese Zulassung auch wirtschaftlich zu nützen, war die aufschiebende Wirkung der Berufung gemäß § 64 Abs 2 AVG auszuschließen.

Dem stehen auch nicht die vom ORF in seinem Schriftsatz vom 21.01.2003 dem Antrag der PULS CITY TV GmbH auf Ausschluss der aufschiebenden Wirkung entgegen gehaltenen Entscheidungen des Bundeskommunikationssenates vom 22.04.2003, GZ 611.181/007-BKS/2002, und vom 14.03.2002, GZ 611.600/001-BKS/2001 entgegen, da in diesen Fällen der Sachverhalt nicht so gelagert war, dass dem Inhaber einer rechtskräftigen Zulassung – während der Dauer seiner Zulassung – auf Grund eines noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens hinsichtlich der Mitbenützung von Sendeanlagen des ORF oder der Nutzung von dem ORF zugeordneten Übertragungskapazitäten die tatsächliche Ausübung seiner Zulassung unmöglich ist; vielmehr handelt es sich im Fall der Entscheidung vom 22.04.2002, GZ 611.181/007-BKS/2002, um die Entscheidung über die bundesweite Zulassung zur Veranstaltung von analogem terrestrischen Fernsehen und bei der Entscheidung vom 14.03.2002, GZ 611.600/001-BKS/2001, um eine Entscheidung des Bundeskommunikationssenates über den vom ORF zu leistenden Finanzierungsbeitrag.

Auch § 13 Abs 5 PrTV-G ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der Inhaber einer Zulassung zur Veranstaltung von analogem terrestrischen Fernsehen ein Recht darauf hat, dass eine vollstreckbare Entscheidung der Regulierungsbehörde hinsichtlich der Nutzung einer dem ORF zugeordneten Übertragungskapazität durch den Zulassungsinhaber in einem nahen zeitlichen Zusammenhang mit dem Beginn der Zulassung steht, da in dieser Bestimmung eine Entscheidungsfrist von nur zwei Monaten für dieses Verfahren normiert ist.

Schließlich ist der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung auch im öffentlichen Interesse. So hat der Verfassungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 17.12.2002, B 1657/02-5 (mit dem er dem Antrag des ORF auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung im Beschwerdeverfahren gegen den Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 01.10.2002, GZ 611.182/001-BKS/2002, hinsichtlich der Nutzung der Sendeanlagen des ORF durch den Inhaber der bundesweiten Zulassung zur Veranstaltung von analogem terrestrischen Fernsehen nicht Folge gegeben hat) ausgesprochen, dass es ein im zwingenden öffentlichen Interesse gelegenes Ziel der Privatrundfunkgesetzgebung ist, neue private Rundfunkanbieter neben dem öffentlich rechtlichen Rundfunk zu fördern und die Meinungs- und Medienvielfalt in Österreich zu sichern (vgl. § 2 Abs 2 KOG, BGBl. I Nr.32/2001, Urteil vom 24.11.1993, Informationsverein Lentia ua gegen Österreich sowie weitere Judikaturhinweise in VfSlg. 16143/2001).

Da aufgrund der beschränkten Übertragungskapazitäten im Bereich des terrestrisch ausgestrahlten Fernsehens derzeit nur die Zulassung eines einzigen nicht-bundesweiten Privatrundfunkanbieters für den Ballungsraum Wien möglich ist, und für die Aufnahme des Sendebetriebs durch diesen Privatrundfunkveranstalter die Mitbenutzung der Sendeanlagen und im gegenständlichen Fall auch die Nutzung einer dem ORF zugeordneten Übertragungskapazität unerlässlich sind, liegt der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung nicht nur im Interesse der PULS CITY TV GmbH, sondern auch im öffentlichen Interesse.

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 23. Jänner 2003

**Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)**

Dr. Hans Peter Lehofer  
Behördenleiter