

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus dem Vorsitzenden-Stellvertreter Dr. Florian Philapitsch, LL.M. als Senatsvorsitzenden sowie den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht gemäß § 120 Abs. 1 Z 8 iVm § 91 TKG 2003 wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Gemäß § 120 Abs. 1 Z 8 iVm § 91 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 134/2015, wird festgestellt, dass die **Fernsehtantennengemeinschaft Inzersdorf** (ZVR-Zahl 763603212) den Mangel, der darin besteht, gegen ihre Verpflichtung gemäß § 15 Abs. 1 iVm § 120 Abs. 1 Z 3 TKG 2003 zu verstoßen, indem sie nicht gemäß der genannten Bestimmung das von ihr bereitgestellte öffentliche Kabelrundfunknetz sowie den über dieses bereitgestellten öffentlichen Rundfunkübertragungsdienst der KommAustria angezeigt hat, innerhalb der gemäß § 91 Abs. 1 TKG 2003 gesetzten Frist nicht abgestellt hat und der Mangel weiterhin besteht.
2. Gemäß § 120 Abs. 1 Z 8 iVm § 91 Abs. 2 TKG 2003 wird angeordnet, dass die **Fernsehtantennengemeinschaft Inzersdorf** binnen zwei Monaten ab Zustellung dieses Bescheides das von ihr bereitgestellte öffentliche Kabelrundfunknetz sowie den über dieses bereitgestellten öffentlichen Rundfunkübertragungsdienst gemäß § 15 Abs. 1 iVm § 120 Abs. 1 Z 3 TKG 2003 der KommAustria anzuzeigen hat.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 22.04.2015 forderte die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) die Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf auf, das von ihr bereitgestellte Kabelnetz zur Weiterverbreitung von Rundfunk gemäß § 15 Abs. 1 TKG 2003 der KommAustria anzuzeigen. Dieser Aufforderung kam die Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf am 06.05.2015 nach.

Mit Schreiben vom 03.12.2015 zog die Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf die Anzeige gemäß § 15 Abs. 1 TKG 2003 zurück und führte dazu im Wesentlichen aus, sie betreibe zwar ein kleines Kabelnetz, dieses sei aber nicht öffentlich zugänglich. Ziel des Vereins sei es, das bestehende Kabelnetz für die Vereinsmitglieder in so einer Form zu erhalten, dass ein Empfang von Rundfunksendungen und Hörfunk möglich sei. Eine Nutzung des Kabelsignales sei daher nur bereits bestehenden Vereinsmitgliedern und deren Rechtsnachfolgern möglich. Nebenbei finde weder ein Netzausbau statt, noch würden andere Dienste als Rundfunk/Hörfunk übertragen werden. Wie in den Vereinsstatuten festgelegt, sei ein Beitritt zum Verein und damit eine Mitgliedschaft nur in Ausnahmefällen möglich. Bis dato sei dieser Ausnahmefall allerdings noch nie eingetreten.

Mit Schreiben vom 25.02.2016, bei der Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf eingegangen am 04.03.2016, leitete die KommAustria ein Verfahren gemäß § 120 Abs. 1 Z 8 iVm § 91 TKG 2003 zur Überprüfung des Verdachts auf einen Verstoß gegen § 15 Abs. 1 TKG 2003 ein und forderte diese binnen eines Monats ab Zustellung dieses Schreibens zur Stellungnahme oder zur Abstellung des Verstoßes gegen die genannte Verpflichtung bis zu diesem Zeitpunkt auf.

Mit Schreiben vom 21.03.2016 nahm die Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf Stellung und führte im Wesentlichen aus, sie betreibe zwar ein kleines Kabelnetz, dieses sei jedoch nicht öffentlich zugänglich. Der Empfang sei für bestehende Mitglieder sowie deren Rechtsnachfolger möglich. Es finde kein Netzausbau statt und würden keine anderen Dienste als Hörfunk und Rundfunk übertragen werden. Ein Beitritt sei nur in Ausnahmefällen möglich, aber dies sei noch nie der Fall gewesen und werde auch nicht passieren.

2. Sachverhalt

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Die Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf ist ein Verein mit Sitz in Inzersdorf im Kremstal, welcher zur ZVR-Zahl 763603212 im Vereinsregister eingetragen ist. Vereinszweck ist der Betrieb der bereits errichteten und ausschließlich den Mitgliedern dienenden Kabelanlage zur Verbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen.

Die im gegenständlichen Verfahren maßgeblichen Bestimmungen in den Statuten des Vereins lauten:

„§ 2

Aufgaben und Zweck des Vereines

- 1. Der Verein „Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf“ ist eine Gemeinschaft mit dem Ziel, die bereits errichtete und ausschließlich den Mitgliedern dienende Anlage zu betreiben. Diese Aufgabe soll technisch nach besten Möglichkeiten und finanziell möglichst kostengünstig für die Mitglieder durchgeführt werden.*
- 2. Die Gemeinschaft verfolgt ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige und keine eigenwirtschaftlichen Zwecke.*
- 3.*

§ 3

Mitgliedschaft

Mitglied kann jede natürliche oder juristische Person werden, die im Anschlussbereich der Antennengemeinschaft wohnt, bzw. ihren Sitz dort hat.

Am Sitz des Vereines hat ein vollständiges Mitgliederverzeichnis aufzuliegen.

§ 4

Beginn der Mitgliedschaft

1. Die Mitgliedschaft wird durch die Abgabe der unterfertigten Beitrittserklärung beantragt. Über die Aufnahme eines Mitgliedes entscheidet der Vereinsvorstand. Gegen die Ablehnung ist kein Rechtsmittel zulässig.

2. Die Zugehörigkeit zur Antennengemeinschaft beginnt weiters mit der Nutzung des Antennensignals bzw. der Entrichtung des Aufnahmebeitrages. Die Höhe des Aufnahmebeitrages wird jeweils nach Prüfung der Sachlage Vorort vom Vereinsvorstand festgelegt, beträgt aber mindestens 200 Euro.

[...]

§ 7

Finanzierung der Antennengemeinschaft

1. Die Gemeinschaft verfolgt keine eigenwirtschaftlichen Zwecke, finanziert sich aber aus den Aufnahmebeiträgen der Mitglieder, sowie dem Jahresbeitrag je Anschlussnehmer.

2. Die verfügbaren Mittel sind ausschließlich zur Aufgabenerfüllung der Gemeinschaft unter Bedachtnahme von Zweck und Gemeinnützigkeit zu verwenden.

3. Bei Auflösung der Gemeinschaft wird das Vermögen zur Auflösung der ortsgebundenen Gemeinschaftsanlagen verwendet. Etwaiges verbleibendes Restvermögen wird gemeinnützigen, karitativen Zwecken zugeführt.

4. Die Höhe des vorzuschreibenden Jahresbeitrages bestimmt die Vollversammlung.

[...]"

Die Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf betreibt seit 2003 ein Kabelnetz zur Weiterverbreitung von Rundfunk (eine Kopfstation und eine Kabelinfrastruktur zu den Hausanschlüssen der Mitglieder) und verbreitet in diesem derzeit ca. 135 Fernseh- und ca. 96 Hörfunkprogramme weiter. Das Netz wurde vom bisherigen (kommerziellen) Betreiber übernommen, nachdem dieser insolvent war. Nutzer sind die Vereinsmitglieder; derzeit sind 65 Personen Mitglieder des Vereins. Diese haben für die Mitgliedschaft im Verein einen Mitgliedsbeitrag zu bezahlen, welcher vom Vereinsvorstand festgelegt wird; die Mitgliedschaft im Verein ist Voraussetzung zum Bezug der Leistungen. Der Jahresmitgliedsbeitrag beträgt aktuell 96 Euro. Dieser wird von der Vollversammlung festgelegt. Die Mitgliederzahlen sinken stetig, es gibt faktisch keine Neuaufnahmen und ein Netzausbau ist nicht geplant.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf und zu deren Tätigkeit ergeben sich aus dem Vereinsregister, den vorgelegten Statuten, aus der mittlerweile zurückgezogenen Anzeige gemäß § 15 Abs. 1 TKG 2003 vom 06.05.2015 sowie aus dem glaubwürdigen Vorbringen der Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf in ihren Schriftsätzen.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Aufsichtsverfahren nach § 91 TKG 2003

§ 91 TKG 2003 lautet auszugsweise:

„Aufsichtsmaßnahmen der Regulierungsbehörde

§ 91. (1) *Hat die Regulierungsbehörde in Bezug auf durch sie zu besorgende Aufgaben Anhaltspunkte dafür, dass ein Unternehmen gegen die Vorschriften dieses Bundesgesetzes, gegen die Bestimmungen einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder gegen einen auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid verstößt, teilt sie dies dem Unternehmen mit und räumt gleichzeitig Gelegenheit ein, zu den Vorhalten Stellung zu nehmen oder etwaige Mängel in angemessener Frist nach Erhalt der Mitteilung abzustellen.*

(2) *Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, ordnet sie mit Bescheid die gebotenen, angemessenen Maßnahmen an, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, und setzt eine angemessene Frist fest, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist.*

[...]

4.2. Zuständigkeit der KommAustria

Gemäß § 120 Abs. 1 TKG 2003 lautet auszugsweise:

„Zuständigkeit der KommAustria

§ 120. (1) *Abweichend von der in §§ 115 und 117 vorgenommenen Zuständigkeitsverteilung nimmt die KommAustria, soweit*

a) ein verfahrenseinleitender Antrag sich auf die Nutzung eines Kommunikationsnetzes, einer zugehörigen Einrichtung oder die Inanspruchnahme eines Kommunikationsdienstes zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten im Sinne des Audiovisuelle Mediendienste-Gesetzes, BGBl. I Nr. 84/2001, bezieht oder

b) eine Regulierungsmaßnahme sich auf einen Markt für die Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten bezieht, folgende Aufgaben der Regulierungsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes wahr:

[...]

3. Aufgaben nach § 15, § 16a, § 17, § 21 und § 25,

[...]

8. Aufsichtsmaßnahmen gemäß § 91,

[...]

4.3. Verletzung der Anzeigepflicht gemäß § 15 Abs. 1 TKG 2003

§ 3 TKG 2003 lautet auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 3. *Im Sinne dieses Bundesgesetzes bedeutet*

2. ‚Bereitsteller eines Kommunikationsnetzes‘ ein Unternehmen, das ein derartiges Netz errichtet, betreibt, kontrolliert oder zur Verfügung stellt;

[...]

9. ‚Kommunikationsdienst‘ eine gewerbliche Dienstleistung, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze besteht, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine

redaktionelle Kontrolle über sie ausüben. Ausgenommen davon sind Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von § 1 Abs. 1 Z 2 des Notifikationsgesetzes, BGBl. I Nr. 183/1999, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze bestehen;

[...]

11. ‚Kommunikationsnetz‘ Übertragungssysteme und gegebenenfalls Vermittlungs- und Leitweeinrichtungen sowie anderweitige Ressourcen – einschließlich der nicht aktiven Netzbestandteile –, die die elektronische Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische oder andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen, einschließlich Satellitennetze, feste (leitungs- und paketvermittelte, einschließlich Internet) und mobile terrestrische Netze, Stromleitungssysteme, soweit sie zur Signalübertragung genutzt werden, Netze für Hörfunk und Fernsehen sowie Kabelrundfunknetze (Rundfunknetze), unabhängig von der Art der übertragenen Informationen;

[...]

17. ‚öffentliches Kommunikationsnetz‘ ein Kommunikationsnetz, das ganz oder überwiegend zur Bereitstellung öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste dient;

[...]“

§ 15 TKG 2003 lautet auszugsweise:

„Anzeigepflicht

§ 15. (1) Die beabsichtigte Bereitstellung eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes sowie dessen Änderungen und dessen Einstellung sind vor Betriebsaufnahme, Änderung oder Einstellung der Regulierungsbehörde anzuzeigen.

[...]“

Unbestritten ist, dass von der Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf ein Kommunikationsnetz zur Verbreitung von Rundfunk (Kabelrundfunknetz) bereitgestellt wird, über welches von ihr Rundfunksignale übertragen werden. Sie bestreitet aber, dass es sich dabei um ein öffentliches Kommunikationsnetz bzw. einen öffentlichen Kommunikationsdienst (Rundfunkübertragungsdienst) handle.

4.3.1. Öffentliche Zugänglichkeit

Die „öffentliche Zugänglichkeit“ von Kommunikationsdiensten ist zwar im TKG 2003 (und auch in der Rahmenrichtlinie und der Universaldienstrichtlinie) nicht ausdrücklich definiert, jedoch aus dem Gesetz erschießbar: Ein Kommunikationsnetz ist – ungeachtet der Eigentumsverhältnisse oder Ansprüche sonstiger Verfügungsberechtigter – dann ein öffentlich zugängliches im Sinne des TKG 2003, wenn über dieses eine gewerbliche Dienstleistung im Sinne von § 3 Z 9 TKG 2003 der Allgemeinheit angeboten wird. Die rechtliche Qualifikation des Kommunikationsnetzes hängt also von der öffentlichen Zugänglichkeit der über dieses Netz erbrachten Dienste ab (vgl. *Feiel/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 2003, 19 f).

Gemäß § 2 Z 1 der Statuten kann Mitglied jede natürliche oder juristische Person werden, die im Anschlussbereich der Antennengemeinschaft wohnt, bzw. ihren Sitz dort hat. Da die Mitgliedschaft laut den Statuten somit grundsätzlich allen Personen im Anschlussbereich der Antennengemeinschaft offen steht, richtet sich ihr Angebot an die Allgemeinheit, also an einen Adressatenkreis, der nicht individuell bestimmt und fest abgegrenzt ist (vgl. VwGH 12.02.1997, Zl. 96/03/0163, zum hinsichtlich dieses Tatbestandselements vergleichbaren Art. 1 Abs. 1 BVG-Rundfunk). Dem steht nicht entgegen, dass – wie die

Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf vorbringt – faktisch keine Mitglieder aufgenommen werden bzw. der technische Ausbau auch schwierig wäre. Zu einer anderen Beurteilung könnte man allenfalls nur dann kommen, wenn sich – in einer mit dem Vereinsgesetz 2002 vereinbaren Weise – aus den Statuten ergeben würde, dass nur ein nach individuellen Kriterien von vornherein begrenzter Personenkreis Mitglied des Vereins sein kann. Dies ist vor dem Hintergrund der vorgelegten, derzeit in Geltung befindlichen Statuten jedenfalls nicht der Fall.

4.3.2. Gewerbliche Dienstleistung

Bestritten wird von der Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf auch, dass eine gewerbliche Dienstleistung im Sinne von § 3 Z 9 TKG 2003 vorliegt. Das Tatbestandsmerkmal der Gewerblichkeit einer Dienstleistung ist im TKG 2003 nicht definiert. Aus systematischen Gründen kann bei der Auslegung einerseits § 1 GewO 1994 herangezogen werden (vgl. in diesem Sinn *Feiel/Lehofer*, aaO, 15). Andererseits ist zu beachten, dass es sich bei den hier gegenständlichen Begriffsbestimmungen in § 3 TKG 2003 um die Umsetzung der Begriffsbestimmungen des Telekom-Richtlinienpakets handelt. In der Regierungsvorlage zum TKG 2003 (128 d.B. XXII. GP, 4) heißt es dazu:

„Zu § 3:

Die Begriffsbestimmungen der einschlägigen Richtlinien der EG müssen auch in das österreichische Recht übernommen werden, um eine vollständige Umsetzung der Richtlinien sicherzustellen.“

Die Begriffsbestimmungen des § 3 TKG 2003 sind nach der Rechtsprechung des VwGH richtlinienkonform auszulegen (vgl. schon zur Rechtslage nach dem TKG 1997 VwGH 27.05.2004, Zl. 2002/03/0056, mwN).

§ 1 Abs. 2 und 6 GewO 1994 lauten:

„(2) Eine Tätigkeit wird gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist; hiebei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

[...]

(6) Bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 liegt die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und diese Tätigkeit - sei es mittelbar oder unmittelbar - auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist. Übt ein Verein gemäß dem Vereinsgesetz 1951 eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fiel, öfter als einmal in der Woche aus, so wird vermutet, daß die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.“

An der Selbständigkeit und Regelmäßigkeit besteht im vorliegenden Fall kein Zweifel; die Ertragsabsicht im Sinne des § 1 Abs. 2 GewO ist, da es sich bei der Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf um einen Verein im Sinne des Vereinsgesetzes (nunmehr: Vereinsgesetz 2002) handelt, nach § 1 Abs. 6 GewO 1994 zu beurteilen:

Die Antennengemeinschaft betreibt eine Kopfstation und eine Kabelinfrastruktur zu den Hausanschlüssen der Mitglieder, sodass das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebs – von einem solchen wurde das Netz im Übrigen auch 2003 übernommen – vorliegt (vgl. VwGH 03.03.1999, ZI. 97/04/0183, wonach bei dieser Beurteilung gerade auch die Ausstattungsgegenstände herangezogen werden können).

Nach der Rechtsprechung des VwGH (vgl. etwa VwGH 19.06.1990, ZI. 90/04/0036), ist hinsichtlich des zweiten Tatbestandsmerkmals des § 1 Abs. 6 GewO 1994 nicht die Absicht erforderlich, aus der fraglichen Tätigkeit die Ausgaben übersteigenden Einnahmen und damit einen Gewinn zu erzielen. Dieses Tatbestandsmerkmal ist vielmehr auch erfüllt, wenn (bloß) die Absicht, besteht, aus der in Rede stehenden Tätigkeit den Vereinsmitgliedern in sonstiger Weise (irgend)einen vermögenswerten Vorteil zuzuwenden. Ein solcher vermögenswerter Vorteil liegt nach der Rechtsprechung dann vor, wenn etwa gastgewerbliche Leistungen zum Selbstkostenpreis (oder auch nur billiger als am freien Markt, vgl. VwGH 05.11.1991, ZI. 91/04/0108) angeboten werden. Im vorliegenden Fall werden die Leistungen des Dienstes zur Übertragung von Rundfunkprogrammen zum Selbstkostenpreis angeboten, jedoch bringt die Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf vor, dass im Anschlussgebiet umfassendere Angebote zu einem ähnlichen oder sogar niedrigeren Preis angeboten würden, sodass von einem vermögenswerten Vorteil für die Mitglieder nicht die Rede sein könne. Vielmehr handle es sich beim Betrieb des Kabelrundfunknetzes um „Liebhaberei auf hohem Niveau“, die ihren Hintergrund in der örtlichen Gemeinschaft habe und auch der Vermeidung der Installation von vielen „Satellitenschüsseln“ diene.

Es kann aber dahingestellt bleiben, ob dieses Vorbringen die Gewerblichkeit im Sinne der GewO ausschließt, da sich aus der nach der Rechtsprechung notwendigen richtlinienkonformen Auslegung ein weiteres Verständnis des Begriffs „gewerbliche Dienstleistung“ ergibt:

Die in § 3 Z 9 TKG 2003 („*Kommunikationsdienst*“) umgesetzte Begriffsbestimmung ist Art. 2 lit. c der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) idF der Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009. Diese lautet:

„c) ‚elektronische Kommunikationsdienste‘: gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben; nicht dazu gehören die Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie 98/34/EG, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen;“

Das Tatbestandsmerkmal „*gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste*“ in Art. 2 lit. c Rahmenrichtlinie, welches im § 3 Z 9 TKG 2003 mit dem hier auszulegenden Begriff „gewerbliche Dienstleistung“ umgesetzt wurde, entspricht im Wesentlichen dem zentralen Tatbestandsmerkmal der Definition einer Dienstleistung in Art. 57 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) („*Dienstleistungen im Sinne der Verträge sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.*“, Hervorhebung hinzugefügt), weshalb die einschlägige

Rechtsprechung zur Auslegung heranzuziehen ist. Die Auslegung dieses Begriffs geht gegenüber dem Gewerblichkeitsbegriff der GewO wesentlich weiter:

Unter den Begriff der Dienstleistung fallen wirtschaftliche Tätigkeiten, also Tätigkeiten, die auf einen Erwerbszweck gerichtet sind (vgl. Seyr in *Lenz/Borchardt* (Hrsg.) EU-Verträge Kommentar, 6. Auflage, Rz 9 zu Art. 56, 57). Es ist nicht notwendig, dass der Leistungserbringer in Gewinnerzielungsabsicht handelt. Vielmehr kommt es nur darauf an, dass die Leistung in der Regel gegen Entgelt erbracht wird, sodass nicht einmal der Umstand, dass eine Tätigkeit im Einzelfall unentgeltlich erbracht wird, die Qualifikation als Dienstleistung ausschließt (vgl. EuGH 18.12.2007, C-281/06, *Jundt*). Unter Entgelt wird jede wirtschaftliche Gegenleistung verstanden; wegen fehlender Entgeltlichkeit fallen vor allem kirchliche, soziale und karitative Leistungen nicht unter den Dienstleistungsbegriff (vgl. Seyr, aaO, Rz 12 zu Art. 56, 57).

Grundsätzlich handelt es sich bei der Verbreitung von Rundfunkprogrammen über ein Kabelrundfunknetz gegen Entgelt jedenfalls um eine Dienstleistung im Sinne der Art 56 f AEUV (vgl. dazu etwa EuGH 05.10.1997, C-23/93, *TV 10 SA*).

In seiner unmittelbar zu Art. 2 lit. c Rahmenrichtlinie ergangenen Rechtsprechung hat der EuGH in seinem Urteil vom 07.11.2013, C-518/11, *UPC Nederland*, in einem mit dem gegenständlichen Fall hinsichtlich der Frage der Entgeltlichkeit vergleichbaren Sachverhalt ausgesprochen, dass, wenn über ein Kabelrundfunknetz ein Basisangebot von Fernseh- und Hörfunkprogrammen gegen ein im Wesentlichen den Selbstkosten (Übertragungskosten sowie die an Rundfunkanstalten und kollektive Verwertungsgesellschaften im Zusammenhang mit der Veröffentlichung ihrer Inhalte gezahlten Gebühren) entsprechendes Entgelt bereitgestellt wird, ein elektronischer Kommunikationsdienst im Sinne von Art. 2 lit. c Rahmenrichtlinie vorliegt.

Im Hinblick auf die genannte Rechtsprechung ist, um ein richtlinienwidriges Auslegungsergebnis zu vermeiden, in richtlinienkonformer Interpretation das Tatbestandsmerkmal „gewerbliche Dienstleistung“ somit nach dem weiten Verständnis von Art. 2 lit. c Rahmenrichtlinie auszulegen.

Im vorliegenden Fall hängt der Bezug der Leistung, nämlich die Bereitstellung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen durch die Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf entsprechend deren Vereinszweck, von der Mitgliedschaft in dieser ab. Für die Mitgliedschaft ist ein jährlicher Mitgliedsbeitrag zu leisten, der von der Vereinsversammlung festgelegt wird. Nach den Statuten sind die verfügbaren Mittel ausschließlich zur Aufgabenerfüllung der Gemeinschaft unter Bedachtnahme von Zweck und Gemeinnützigkeit zu verwenden. Es ist daher davon auszugehen, dass der Mitgliedsbeitrag im Wesentlichen dazu dient, die laufenden Kosten des Vereins und allfällige Wartungsarbeiten an der Infrastruktur abzudecken. Somit erfolgt die Leistung im Sinne der zitierten Rechtsprechung gegen eine wirtschaftliche Gegenleistung, nämlich den Mitgliedsbeitrag. Auf weitere Umstände, wie etwa die Frage, in welchem Verhältnis die Höhe des Mitgliedsbeitrags zu den Marktpreisen für vergleichbare Leistungen steht, kommt es nach der Judikatur des EuGH nicht an. Es liegt daher die Verbreitung von Rundfunkprogrammen über ein Kabelrundfunknetz gegen Entgelt und somit ein „gewöhnlich gegen Entgelt erbrachter Dienst“, nämlich ein Übertragungsdienst in Rundfunknetzen im Sinne von Art. 2 lit. c Rahmenrichtlinie und somit nach dem Gesagten auch ein Kommunikationsdienst im Sinne des § 3 Z 9 TKG 2003 vor.

4.3.3. Ergebnis

Da somit ein Kommunikationsdienst (Rundfunkübertragungsdienst) im Sinne des § 3 Z 9 TKG 2003 vorliegt, der über das verfahrensgegenständliche Kommunikationsnetz zur Verbreitung von Rundfunk öffentlich zugänglich bereitgestellt (vgl. § 3 Z 2 TKG 2003) wird, handelt es sich bei der Tätigkeit der Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf somit um die gemäß § 15 Abs. 1 iVm § 120 Abs. 1 Z 3 TKG 2003 bei der KommAustria anzeigepflichtige Bereitstellung eines öffentlichen Kommunikationsnetzes im Sinne des § 3 Z 17 TKG 2003 sowie eines öffentlichen Kommunikationsdienstes. Weder für die Bereitstellung des öffentlichen Kommunikationsnetzes noch für den darüber bereitgestellten öffentlich zugänglichen Kommunikationsdienst liegt eine solche (aufrechte) Anzeige vor.

4.4. Aufsichtsmaßnahmen gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003

Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist gemäß § 91 Abs. 1 TKG 2003 die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, ordnet sie gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003 mit Bescheid die gebotenen, angemessenen Maßnahmen an, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, und setzt eine angemessene Frist fest, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist.

Die KommAustria hat mit Schreiben vom 25.02.2016, bei der Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf am 04.03.2016 eingelangt, dieser die vermutete Verletzung der Anzeigepflicht gemäß § 15 Abs. 1 iVm § 120 Abs. 1 Z 3 TKG 2003 mitgeteilt und ihr gleichzeitig Gelegenheit eingeräumt, zu den Vorhalten Stellung zu nehmen oder etwaige Mängel innerhalb von einem Monat nach Erhalt der Mitteilung abzustellen.

Aus Sicht der KommAustria war die Frist zur Abstellung des Mangels, nämlich der Nichtanzeige des gegenständlichen Kabelrundfunknetzes und des darüber verbreiteten Rundfunkübertragungsdienstes unter Berücksichtigung der Dauer der notwendigen rechtlichen Prüfung durch die Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf und dem geringen Aufwand für die Erstattung einer solchen Anzeige jedenfalls angemessen. Die Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf hat den Mangel innerhalb dieser Frist nicht abgestellt, womit die Voraussetzungen zur Anordnung von angemessenen Maßnahmen gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003 vorliegen.

Wie unter 4.3. dargestellt, hat die Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf die Anzeigepflicht gemäß § 15 Abs. 1 iVm § 120 Abs. 1 Z 3 TKG 2003 verletzt. Um die Einhaltung der verletzten Bestimmung sicherzustellen, war daher als gebotene und angemessene Maßnahme gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003 die Anzeige der von ihr bereitgestellten öffentlichen Kabelrundfunknetz sowie des über dieses bereitgestellten öffentlichen Rundfunkübertragungsdienst gemäß § 15 Abs. 1 iVm § 120 Abs. 1 Z 3 TKG 2003 anzuordnen. Die Frist von zwei Monaten ab Zustellung dieses Bescheides erscheint im Hinblick auf den geringen Aufwand einer solchen Anzeige als jedenfalls angemessen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Im Hinblick auf das Vorbringen der Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf hinsichtlich der finanziellen Auswirkungen der Beurteilung als anzeigegepflichtiges öffentliches Kommunikationsnetz bzw. -dienst ist anzumerken, dass sich unmittelbar aus der Anzeige gemäß § 15 Abs. 1 TKG 2003 keine finanziellen Folgen ergeben, da insbesondere gemäß § 34 Abs. 2 iVm § 35 Abs. 2 KommAustria-Gesetz keine Finanzierungsbeitragspflicht für Betreiber von Rundfunknetzen besteht. Jedoch kann die Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und -diensten mittelbar zu Verpflichtungen auf Grund anderer Rechtsgrundlagen führen, worauf die Fernsehantennengemeinschaft Inzersdorf, wie sie selbst vorbringt, aber ohnehin hingewiesen wurde.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die KommAustria gemäß § 68 Wirtschaftskammergesetz 1998 verpflichtet ist, den Organisationen der gewerblichen Wirtschaft auf Verlangen die zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten erforderlichen Auskünfte zu erteilen und sie in ihrer Wirksamkeit zu unterstützen. Diese Verpflichtung erstreckt sich insbesondere auch auf die Übermittlung von Daten, die mit der Vorschreibung und Einhebung von Umlagen in Zusammenhang stehen. Weiters hat sie der zuständigen Landeskammer unverzüglich alle Vorgänge bekanntzugeben, die zur Begründung oder Beendigung einer Mitgliedschaft nach § 2 führen. Die Beurteilung dieser Informationen obliegt dann aber den nach dem Wirtschaftskammergesetz 1998 zuständigen Stellen. Eine vergleichbare Informationspflicht besteht im Übrigen auch zwischen Wirtschaftskammer und der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft gemäß § 194 Z 1 GSVG.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG beim Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Kommunikationsbehörde Austria einzubringen. Die Beschwerde hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, ebenso wie die belangte Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren sowie die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

Gemäß § 39 Abs. 1 KommAustria-Gesetz hat die rechtzeitig eingebrachte und zulässige Beschwerde abweichend von § 13 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz keine aufschiebende Wirkung. Das Bundesverwaltungsgericht kann die aufschiebende Wirkung im betreffenden Verfahren auf Antrag zuerkennen, wenn nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug des Bescheides oder mit der Ausübung der mit dem Bescheid eingeräumten Berechtigung für den Beschwerdeführer ein schwerer und nicht wieder gutzumachender Schaden verbunden wäre.

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / GZ KOA 6.120/16-008“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ sind die Steuernummer/Abgabekontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE – Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 22. Juni 2016

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

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