

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus dem Vorsitzenden-Stellvertreter Dr. Florian Philapitsch als Senatsvorsitzenden sowie den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über Multiplex-Betreiber gemäß § 2 Abs. 1 und § 13 Abs. 3 Z 3 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 125/2011, wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Gemäß § 25 Abs. 2 Z 9 und Abs. 5 in Verbindung mit § 60 und § 63 Abs. 1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 16/2012, wird festgestellt, dass die **ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH** (FN 82591 h beim Landesgericht Leoben), Sandgasse 1, 8720 Knittelfeld, vertreten durch Dr. Ralph Forcher, Rechtsanwalt, Neutorgasse 51/11, 8010 Graz, mit der ihr mit Bescheid der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.222/08-001, zugeordneten terrestrischen Multiplex-Plattform „MUX C – Region Mur-, Mürztal“ einen Versorgungsgrad von 80 % der technischen Reichweite bis zum 24.05.2012 nicht erreicht hat. Dadurch wurde Auflage 4.1.2. des Bescheides der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.222/08-001, wonach zum 01.01.2011 ein Versorgungsgrad von 80 % zu erreichen ist, sowie § 25 Abs. 2 AMD-G wiederholt verletzt, weil mit Bescheid der KommAustria vom 29.03.2011, KOA 4.222/11-003, bereits festgestellt wurde, dass die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH der Auflage nicht nachgekommen ist.

2. Der **ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH** wird gemäß § 25 Abs. 5 iVm § 63 Abs. 4 Z 1 AMD-G aufgetragen, binnen acht Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides den rechtmäßigen Zustand gemäß Spruchpunkt 4.1.2. des Bescheides der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.222/08-001, dadurch herzustellen, dass ein Versorgungsgrad von 80 % der technischen Reichweite mit der ihr zugeordneten terrestrischen Multiplex-Plattform („MUX C – Region Mur-, Mürztal“) erreicht wird und der KommAustria die erfolgte Inbetriebnahme der Sendeanlagen angezeigt wird.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Die KommAustria stellte mit Bescheid vom 29.03.2011, KOA 4.222/11-003, fest, dass die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH mit der ihr zugeordneten Multiplex-Plattform „MUX C – Region Mur-, Mürztal“ bis 01.01.2011 einen Versorgungsgrad von 80 % der technischen Reichweite nicht erreicht hat und dadurch die ihr mit Spruchpunkt 4.1.2. des Zulassungsbescheid vom 07.11.2008, KOA 4.222/08-001, erteilte Auflage verletzt hat. In diesem Zusammenhang wurde auch festgestellt, dass die Verletzung der Auflage auch im Zeitpunkt der Entscheidung noch andauere.

Da die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH auch in Folge keine weiteren Sendeanlagen in Betrieb genommen hat, leitete die KommAustria mit Schreiben vom 09.06.2011, KOA 4.222/11-008, gegen die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH ein Verfahren zum Entzug der Zulassung für den Betrieb der Multiplex-Plattform „MUX C – Region Mur-, Mürztal“ wegen fortgesetzter Nichterfüllung der Auflage 4.1.2. des Zulassungsbescheides ein. Dabei wurde der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zwei Wochen eingeräumt.

Mit Schreiben vom 22.06.2011 nahm die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH zur Einleitung des Entzugsverfahrens dahingehend Stellung, dass kein hinreichendes Datenmaterial vorliege, das die Einleitung des Verfahrens rechtfertigen würde und wurde die Inbetriebnahme eines weiteren, nicht genannten Senders angekündigt.

Mit Schreiben vom 30.06.2011 übermittelte die KommAustria das bereits im vorangegangenen Rechtsverletzungsverfahren übermittelte Gutachten vom 16.02.2011, KOA 4.222/11-001, zur Feststellung des erreichten Versorgungsgrades neuerlich zur Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 01.07.2011, KOA 4.222/11-010, wurde von der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH die Inbetriebnahme der Sendeanlage „TRABOCH (Schafberg) Kanal 57“ für den 14./15. Juli 2011 angekündigt.

Mit Schreiben vom 18.07.2011 führte die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH aus, dass mit der nunmehr in Betrieb genommenen Sendeanlage „TRABOCH (Schafberg) Kanal 57“ ein Versorgungsgrad von 80 % erreicht werde.

Die KommAustria beauftragte am 18.07.2011 den Amtssachverständigen DI Peter Reindl mit der Ergänzung des frequenztechnischen Gutachtens zur Ermittlung des Versorgungsgrades unter Berücksichtigung des voraussichtlich in Betrieb genommenen Senders „TRABOCH (Schafberg) Kanal 57“. Das zu KOA 4.222/11-009 erstellte Gutachten wurde der KommAustria am 26.07.2011 vorgelegt und weist einen Versorgungsgrad von rund 58 % aus. Das Gutachten wurde der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH zur Stellungnahme zugestellt.

Mit Schreiben vom 29.07.2011 wurde die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH über die Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung für den 10.08.2011 informiert.

Am 10.08.2011 fand gemäß § 25 Abs. 5 2. Satz iVm §§ 60, 61 Abs. 1, 62 Abs. 1 und 63 Abs. 2 AMD-G eine öffentliche mündliche Verhandlung bei der KommAustria statt. Im Rahmen der Verhandlung wurde die Inbetriebnahme der Sendeanlagen „TRABOCH (Schafberg) Kanal 57“ sowie „LEOBEN 3 (Bärnerkogel) Kanal 57“ mit 14.07.2011 angezeigt sowie die Baufreistellung der Marktgemeinde Niklasdorf vom 25.07.2011 für die

Sendeanlage Mugl vorgelegt. Die Niederschrift über das hierüber angefertigte Tonbandprotokoll wurde der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH mit Schreiben der KommAustria vom 11.08.2011 übermittelt; zugleich wurde der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH die Möglichkeit zur Erhebung von Einwendungen gemäß § 14 Abs. 7 AVG eingeräumt. Die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH erhob keine Einwendungen.

Mit Schreiben vom 03.09.2011, KOA 4.222/11-015, wurde die bereits angekündigte Inbetriebnahme der Sendeanlage „BRUCK MUR 3 (Mugl) Kanal 57“ mit 03.09.2011 angezeigt.

Am 14.09.2011 wurde DI Peter Reindl um neuerliche Ermittlung des Versorgungsgrades ersucht. Im Zuge dieser Erhebungen wurde bei einem Lokalaugenschein am 22.09.2011 vom Sachverständigen festgestellt, dass eine Programmzubringung zur Sendeanlage „BRUCK MUR 3 (Mugl) Kanal 57“ nicht möglich sei und die Sendeanlagen „TRABOCH (Schafberg) Kanal 57“, „LEOBEN 3 (Bärnerkogel) Kanal 57“ und „BRUCK MUR 3 (Mugl) Kanal 57“ nicht in Betrieb seien. Das Gutachten des Amtssachverständigen vom 29.09.2011, KOA 4.222/11-014, wurde der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH mit Schreiben vom 03.10.2011 zur Stellungnahme übermittelt.

Mit Schreiben vom 19.10.2011 führte die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH aus, dass – entgegen der Inbetriebnahmeanzeige bzw. Aussage des Geschäftsführers der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 11.08.2011 – die Sendeanlage „LEOBEN 3 (Bärnerkogel) Kanal 57“ nicht in Betrieb genommen worden sei, weil mit den beiden anderen Sendeanlagen ein ausreichender Versorgungsgrad erreicht worden wäre. Die Standortänderung von „LEOBEN 3 (Bärnerkogel) Kanal 57“ auf „BRUCK MUR 3 (Mugl) Kanal 57“ sei der Behörde angezeigt worden. Die Montage der Sendeanlage und deren Inbetriebnahme seien erfolgt. Es habe jedoch am 22.09.2011 einen Ausfall der Sendeanlagen „BRUCK MUR 3 (Mugl) Kanal 57“ und „TRABOCH (Schafberg) Kanal 57“ gegeben. Bei der Sendeanlage „TRABOCH (Schafberg) Kanal 57“ sei ein Fehlerstromschutzschalter aus einem nicht feststellbaren Grund ausgeschaltet gewesen. Bei der Sendeanlage „BRUCK MUR 3 (Mugl) Kanal 57“ sei es durch die Stromversorgung mittels Notstromaggregats zu teilweisen Ausfällen gekommen. Die Programmzubringung erfolge mittels RIFU (Richtfunk).

Aufgrund dieser Stellungnahme führte der Amtssachverständige im Auftrag der KommAustria am 13.01.2012, 25.01.2012 und 27.01.2012 neuerliche Messungen durch und erstellte der Amtssachverständige auf deren Grundlage ein weiteres Gutachten.

Die Messprotokolle sowie das Gutachten des Amtssachverständigen vom 11.04.2012, KOA 4.222/11-017, wurden der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH mit Schreiben vom 13.04.2012 zur Stellungnahme übermittelt.

Mit Schreiben vom 30.04.2012 führte diese aus, dass der Betrieb der Sendeanlagen ordnungsgemäß erfolgt sei. Aufgrund technischer Probleme sei die Programmzubringung mittels WLAN erfolgt; die WLAN-Anlage sei im Container der Sendeanlage montiert. Zum Zeitpunkt der Messungen sei die Sendeanlage aufgrund von Problemen mit dem Notstromaggregat nicht in Betrieb gewesen. Auch im Zeitraum Februar bis März sei die Zufahrt zum Aggregat aufgrund der Lawinengefahr nicht möglich gewesen. Jedoch habe die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG eine Zusicherung abgegeben, dass auf deren Gelände ein Stromanschluss durchgeführt werden könne, um die Sendeanlage mit Strom zu versorgen.

Mit Schreiben vom 03.05.2012 wurde mitgeteilt, dass eine definitive Stromversorgung am 9. oder 10.05. erfolgen werde.

2. Sachverhalt

Die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH ist aufgrund des rechtskräftigen Zulassungsbescheides der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.222/08-001, Inhaberin einer Zulassung zum Betrieb einer terrestrischen Multiplex-Plattform für die Dauer von zehn Jahren ab 01.12.2008, welche die Versorgung der Region Mur-, Mürztal umfasst („MUX C – Region Mur-, Mürztal“).

Mit diesem Bescheid wurde der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH die Übertragungskapazität „SFN Steiermark-Mitte Kanal 49“ zugeordnet und fernmelderechtliche Bewilligungen für die folgenden Standorte erteilt:

- „BRUCK MUR 3 (Mugl) Kanal 57“ (Beilage 10ST300a zum Bescheid KOA 4.222/08-001)
- „KNITTELFELD 3 (Tremmelberg) Kanal 57“ (Beilage 10ST300b zum Bescheid KOA 4.222/08-001)
- „LEOBEN 3 (Bärnerkogel) Kanal 57“ (Beilage 10ST300c zum Bescheid KOA 4.222/08-001)
- „TRABOCH (Schafberg) Kanal 57“ (Beilage 10ST300d zum Bescheid KOA 4.222/08-001)

Gemäß Spruchpunkt 4.1.2. des Zulassungsbescheides wurde der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH die Auflage erteilt, dass gemäß § 25 Abs. 2 Z 9 PrTV-G iVm § 2 Abs. 2 Z 5 KOG bis zum 01.12.2010 ein Versorgungsgrad von zumindest 80 % der mit der in Spruchpunkt 5.1. zugeordneten Übertragungskapazität im Allotment „Steiermark-Mitte“ erreichbaren Einwohnern (80 % der technischen Reichweite) herzustellen ist.

Mit Bescheid der KommAustria vom 29.03.2011, KOA 4.222/11-003, wurde festgestellt, dass die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH mit der ihr zugeordneten Multiplex-Plattform „MUX C – Region Mur-, Mürztal“ bis 01.01.2011 einen Versorgungsgrad von 80 % der technischen Reichweite nicht erreicht hat und dadurch die ihr mit Spruchpunkt 4.1.2. des Zulassungsbescheid vom 07.11.2008, KOA 4.222/08-001, erteilte Auflage verletzt hat. In diesem Zusammenhang wurde auch festgestellt, dass die Verletzung der Auflage auch im Zeitpunkt der Entscheidung noch andauere. Eine dagegen erhobene Berufung wurde mit Bescheid des Bundeskommunikationssenats vom 31.05.2011, GZ 611.196/0006-BKS/2011, zurückgewiesen.

Die Sendeanlage „KNITTELFELD 3 (Tremmelberg) Kanal 57“ wurde mit 01.12.2009 in Betrieb genommen. Die Inbetriebnahme wurde der KommAustria mit Schreiben vom 23.11.2009, KOA 4.222/09-008, angezeigt.

Die Sendeanlage „TRABOCH (Schafberg) Kanal 57“ wurde am 14.07.2011 in Betrieb genommen. Die Inbetriebnahme wurde der KommAustria im Rahmen der mündlichen Verhandlung angezeigt.

Die Inbetriebnahme der Sendeanlage „BRUCK MUR 3 (Mugl) Kanal 57“ wurde der KommAustria mit 03.09.2011 angezeigt. Die Sendeanlage wurde errichtet, eine Stromversorgung konnte nur mittels eines Notstromaggregats erfolgen. Die Sendeanlage wurde tageweise in Betrieb genommen, wobei an sämtlichen Tagen, an denen Messungen durch den Amtssachverständigen durchgeführt wurden, kein Signal abgestrahlt wurde. Die Abstrahlung von Rundfunkprogrammen ist aufgrund der fehlenden Möglichkeit der Zubringung von Programmen nicht erfolgt.

Die Sendeanlage „LEOBEN 3 (Bärnerkogel) Kanal 57“ ist nicht errichtet worden.

Das Versorgungsgebiet umfasst im Wesentlichen das Mur/Mürztal von Judenburg bis Mürzzuschlag und das Gebiet von Mürzzuschlag bis zum Semmering, die technische

Reichweite der Multiplex-Plattform „MUX C – Region Mur-, Mürztal“ beträgt insgesamt rund 195.000 Personen.

Mit der in Betrieb befindlichen Sendeanlage „KNITTELFELD 3 (Tremmelberg) Kanal 57“ werden rund 76.000 Personen hauptsächlich im Raum Knittelfeld versorgt und beträgt der Versorgungsgrad dieser Sendeanlage alleine rund 39 %.

Mit der Inbetriebnahme der Sendeanlage „TRABOCH (Schafberg) Kanal 57“ am 14.07.2011 werden rund 112.000 Personen, was einem Versorgungsgrad von rund 58 % entsprechen würde, versorgt werden.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den zitierten Bescheiden der KommAustria und des Bundeskommunikationssenats sowie den schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten des Amtssachverständigen im vorangegangenen Ermittlungsverfahren.

Die Berechnungen beruhen auf aktuellen Bevölkerungszahlen der Statistik Austria aus dem Jahr 2010. Im frequenztechnischen Gutachten im Rahmen des Zulassungsverfahrens wurde auf Basis der Bevölkerungszahlen von 2001 noch von einer Reichweite von 205.000 Personen ausgegangen. Aufgrund der aktuellen Bevölkerungszahlen kommt es im Vergleich zur Angabe der technischen Reichweite der Multiplex-Plattform im Zulassungsbescheid zu einem Unterschied der Gesamtversorgung von rund 10.000 Personen, die sich aber auf die Berechnung des Versorgungsgrades nicht weiter auswirkt.

Feststellungen, dass eine Programmzubringung zur Sendeanlage „BRUCK MUR 3 (Mugl) Kanal 57“ möglich war, konnten aufgrund der widersprüchlichen und unglaubwürdigen Vorbringen der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH nicht getroffen werden. So wurde noch mit Schreiben vom 19.10.2011 vorgebracht, die Programmzubringung erfolge mittels Richtfunk und sei es bei der Sendeanlage aufgrund von Problemen mit der Stromversorgung zu Sendeausfällen gekommen. Mit Schreiben vom 30.04.2012 wurde hingegen auf den Vorhalt aus dem Sachverständigengutachten, wonach keine Programmzubringung an der Sendeanlage erkennbar sei, vorgebracht, die Programmzubringung sei mittels einer im Sendecorner angebrachten WLAN-Zubringung erfolgt, die von außen nicht sichtbar sei. Die diesbezügliche Behauptung ist daher als reine, nicht unter Beweis gestellte Schutzbehauptung zu qualifizieren und war entsprechend den Ausführungen des Sachverständigen im Gutachten festzustellen, dass keine Programmzubringung zur Sendeanlage „BRUCK MUR 3 (Mugl) Kanal 57“ errichtet wurde.

Hinsichtlich der Unglaubwürdigkeit des Vorbringens der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH kann auch auf den Umstand verwiesen werden, dass Ing. Walter Winter als Geschäftsführer der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH noch in der Verhandlung vom 11.08.2011 behauptet hat, dass die Sendeanlage LEOBEN 3 (Bärnerkogel) Kanal 57“ mit 14.07.2011 in Betrieb gegangen sei, tatsächlich aber nach den Messungen des Amtssachverständigen sowie der darauf erfolgten Stellungnahme der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH der Sender nie errichtet wurde und daher eine Inbetriebnahme auch zu keinen Zeitpunkt möglich war.

Unstrittig war der Umstand, dass die Sendeanlage „BRUCK MUR 3 (Mugl) Kanal 57“ errichtet wurde und zumindest kurzzeitig aufgeschaltet wurde, weshalb von den beantragten Beweismitteln abgesehen werden konnte.

4. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 66 AMD-G ist Regulierungsbehörde im Sinne des AMD-G die gemäß § 1 KOG eingerichtete KommAustria.

Für das vorliegende Verfahren sind folgende Bestimmungen von Relevanz:

Gemäß § 25 Abs. 5 AMD-G hat die Regulierungsbehörde die Einhaltung dieses Bundesgesetzes und der auf Grundlage des Abs. 2 erteilten Auflagen von Amts wegen zu überprüfen. Die Regulierungsbehörde hat dabei allenfalls festzustellen, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung dieses Bundesgesetzes oder einer Auflage des Zulassungsbescheides verletzt wurde. Wird eine Verletzung festgestellt, die im Zeitpunkt der Feststellung noch andauert, ist unverzüglich ein der Rechtsansicht der Regulierungsbehörde entsprechender Zustand herzustellen. Im Falle wiederholter oder schwerwiegender Rechtsverletzungen ist das Verfahren zum Entzug der Zulassung einzuleiten und unter sinngemäßer Anwendung der Regelungen des § 63 Abs. 2 und § 63 Abs. 3 Z 1 und Z 2 erster Fall AMD-G zu führen.

Die Erläuterungen (RV zur Novelle BGBl. 50/2010, 611 BlgNR XXIV. GP) zu § 25 Abs. 5 AMD-G lauten wie folgt: „Die Änderung in Abs. 5 passt die Rechtsaufsichtsmaßnahmen an die für Fernsehveranstalter geltenden Bestimmungen an.“ Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber im Falle wiederholter oder schwerwiegender Rechtsverletzungen durch Multiplex-Betreiber die in § 63 AMD-G geregelten Verfahrensvorschriften umfassend zur Anwendung bringen wollte. Die Einschränkung der für Multiplex-Betreiber anzuwendenden Bestimmungen auf § 63 Abs. 2 und Abs. 3 Z 1 und Z 2 erster Fall AMD-G (so der Verweis in § 25 Abs. 5 letzter Satz AMD-G) bezieht sich daher nicht auf die Rechtsfolge des Entzugs an sich (Abs. 4), da ansonsten an das Verfahren keinerlei Rechtsfolgen geknüpft werden könnten, sondern nur auf die Frage des Ausschlusses einer wiederholten Rechtsverletzung (dazu unten).

Die Bestimmungen des § 63 Abs. 2 bis 4 AMD-G lauten wie folgt:

„(2) Die Regulierungsbehörde hat eine öffentliche mündliche Verhandlung abzuhalten. In diesem Verfahren kommt dem Mediendiensteanbieter Parteistellung zu.

(3) Eine wiederholte Rechtsverletzung im Sinne des Abs. 1 liegt nicht vor, wenn

1. zwischen den festgestellten Verletzungen der Bestimmung ein Zeitraum von zumindest drei Jahren verstrichen ist, oder

2. der Mediendiensteanbieter nachweist, dass die Folgen der Rechtsverletzungen unbedeutend geblieben sind, er sich während der Verfahren einsichtig gezeigt hat und von sich aus geeignete Vorkehrungen getroffen hat, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden, oder

3. der Mediendiensteanbieter nachweist, dass den Verletzungen der Bestimmungen im Zeitpunkt der Begehung eine vertretbare Rechtsansicht zu Grunde gelegen ist.

(4) Liegt eine Rechtsverletzung im Sinne des Abs. 1 vor, so hat die Regulierungsbehörde

1. außer in den Fällen der Z 2 dem Mediendiensteanbieter mit Bescheid aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand herzustellen und geeignete Vorkehrungen zu treffen, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden; der Mediendiensteanbieter hat diesem Bescheid binnen der von der Regulierungsbehörde festgesetzten, längstens achtwöchigen Frist zu entsprechen und darüber der Regulierungsbehörde zu berichten;

2. in den Fällen, in denen gegen einen Mediendiensteanbieter bereits mehr als einmal ein Bescheid gemäß Z 1 ergangen ist oder wenn der Mediendiensteanbieter einem Bescheid gemäß Z 1 nicht entspricht, die Zulassung zu entziehen oder [...]“

Die verfahrensgegenständliche Auflage in Spruchpunkt 4.1.2. des Bescheides der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.222/08-001, resultiert aus den nachfolgend dargestellten rechtlichen Vorgaben:

Gemäß § 25 Abs. 5 AMD-G hat die Regulierungsbehörde die Einhaltung der Auflagen gemäß Abs. 2 von Amts wegen zu überprüfen und allenfalls festzustellen, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung des AMD-G oder eine Auflage des Zulassungsbescheides verletzt wurde.

Gemäß § 25 Abs. 2 Z 9 AMD-G hat die Regulierungsbehörde bei der Erteilung der Multiplex-Zulassung durch Vorschreibung entsprechender Auflagen sicherzustellen, dass ein kontinuierlicher technischer Ausbau der Plattform gewährleistet ist.

Zu den durch die Aufgaben der KommAustria zu erreichenden Zielen zählt gemäß § 2 Abs. 3 Z 5 KOG, die Optimierung der Nutzung des Frequenzspektrums für Rundfunk.

Wie sich aus § 21 Abs. 1 und 5 AMD-G ergibt, strebt das AMD-G eine möglichst rasche Einführung von digitalem terrestrischen Fernsehen in Österreich an.

Zudem legt § 24 Abs. 1 AMD-G fest: „Bewerben sich mehrere Antragsteller, die die gesetzlichen Voraussetzungen (§ 23 Abs. 2) erfüllen, um eine Multiplex-Zulassung, so hat die Regulierungsbehörde jenem Antragsteller den Vorrang einzuräumen, der Folgendes besser gewährleistet:

„1. ein rasch erreichter hoher Versorgungsgrad der Bevölkerung mit digitalen Signalen [...]“

Die Auswahlgrundsätzeverordnung 2007 (MUX-AG-V 2007) hat hierzu in § 2 Abs. 2 Z 1 lit. a präzisiert, dass jenem Antragsteller der Vorrang einzuräumen ist, der innerhalb eines Jahres ab Rechtskraft der Zulassung einen höheren Versorgungsgrad besser gewährleistet. Die Erläuterungen zu § 2 Abs. 2 Z 1 lit. a MUX-AG-V 2007 (Seite 6) lauten: *„Antragsteller für eine lokale oder regionale Multiplex-Zulassung haben darzulegen, in welchen Ausbaustufen eine möglichst hohe Versorgung des von ihnen definierten Verbreitungsgebietes innerhalb des ersten Jahres nach Rechtskraft der Zulassung erreicht werden wird. Hintergrund dafür ist die Zielsetzung, lokalen und regionalen Rundfunkveranstaltern rasch das größtmögliche Potenzial der digital-terrestrischen Programmverbreitung in ihrem Gebiet zu eröffnen. Bestimmte Vorgaben zum Versorgungsgrad werden nicht gemacht. Bewilligte Anlagen werden jedoch innerhalb eines festgelegten Zeitraums in Betrieb zu nehmen sein, um eine ökonomische Frequenznutzung zu gewährleisten. Entsprechend dem Digitalisierungskonzept 2007 kann es in bestimmten Fällen dazu kommen, dass Frequenzressourcen nicht sofort verfügbar sind, oder dass ein späterer Kanalwechsel durchgeführt werden muss.“* [Anm.: Hervorhebung nicht im Original]

Den Erläuterungen zur MUX-AG-V 2007 (Seite 5) ist schließlich zu entnehmen, dass auch für den Fall, dass es zu keinem Auswahlverfahren nach § 24 Abs. 1 AMD-G kommt, einzelne hier angesprochene Aspekte nach § 25 Abs. 2 letzter Satz AMD-G im Zulassungsbescheid als Auflage vorgeschrieben werden können, sofern dies zur Sicherung der Einhaltung des Audiovisuelle Mediendienste-Gesetzes (vormals Privatfernsehgesetz) notwendig ist.

Vor diesem Hintergrund enthält der Bescheid der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.222/08-001, mit dem der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH eine Zulassung zum Betrieb einer terrestrischen Multiplex-Plattform erteilt wurde, in Spruchpunkt 4.1.2. die Auflage, dass gemäß § 25 Abs. 2 Z 9 PrTV-G iVm § 2 Abs. 2 Z 5 KOG (nunmehr § 2 Abs. 3 Z 5 KOG) bis zum 01.12.2010 ein Versorgungsgrad von zumindest 80 % der mit der in Spruchpunkt 5.1. des Zulassungsbescheides zugeordneten Übertragungskapazität im Allotment „Steiermark Mitte“ erreichbaren Einwohnern (80 % der technischen Reichweite) herzustellen ist. Darunter kann aber nicht eine bloß zeitweilige oder kurzzeitige Inbetriebnahme einer Sendeanlage verstanden werden. Mit der Auflage wurde darauf abgezielt, dass die Multiplex-Plattform dauerhaft, d.h. für den Zeitraum der Zulassungsdauer, in Betrieb genommen wird und nicht ein ständig unterbrochener Betrieb geschaffen wird. Gerade dies ist aber im gegenständlichen Fall geschehen. Alleine die Inbetriebnahme einer Anlage und dann der Sendeausfall durch den Winter hindurch

aufgrund der Probleme der Versorgung der Anlage mit Strom durch ein Notstromaggregat stellen keine Inbetriebnahme im Sinn des Zulassungsbescheides dar.

Mit Bescheid vom 29.03.2011, KOA 4.222/11-003, wurde von der KommAustria festgestellt, dass die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH nicht binnen zwei Jahren ab Zulassungserteilung (also bis zum 01.12.2010) einen Versorgungsgrad von 80 % erreicht hat und dadurch die ihr im Zulassungsbescheid vom 07.11.2008, KOA 4.222/08-001, in Spruchpunkt 4.1.2. des Bescheides erteilte Auflage verletzt hat. In diesem Zusammenhang wurde auch festgestellt, dass die Verletzung der Auflage im Zeitpunkt der Entscheidung noch andauerte.

Mit Bescheid vom 31.05.2011, GZ 611.196/0006-BKS/2011, wies der Bundeskommunikationssenat die erhobene Berufung der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH zurück.

Die Zulassungsinhaberin ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH hat die ihr zugeordnete Multiplex-Plattform „MUX C – Region Mur- Mürztal“ auch nach der Entscheidung des BKS am 31.05.2011 nicht vollständig in Betrieb genommen; ein Versorgungsgrad von 80 % wurde bis zum 15.07.2011 – und somit weit mehr als zwei Jahre nach Beginn der Zulassung – nicht erreicht. Es war daher davon auszugehen, dass die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH trotz einmal rechtskräftig festgestellter Verletzung von Auflagen des Zulassungsbescheides aufgrund der fortgesetzten Nichtaufnahme des Betriebs der ihr zugeordneten Multiplex-Plattform zum wiederholten Mal gegen Auflagen des Zulassungsbescheides verstoßen hat.

Mit Schreiben vom 09.06.2011, KOA 4.222/11-008, wurde daher gemäß § 25 Abs. 5 letzter Satz AMD-G unter sinngemäßer Anwendung der Regelungen zum Entzugsverfahren gemäß § 63 AMD-G ein Entzugsverfahren wegen wiederholtem Verstoß gegen die Auflagen im Zulassungsbescheid eingeleitet.

Eine öffentliche mündliche Verhandlung wurde gemäß § 63 Abs. 2 AMD-G am 10.08.2011 unter Teilnahme der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH durchgeführt. Die in der Verhandlung vorgebrachten Umstände zur bisher nicht erfolgten Erreichung des Versorgungsgrades von 80 %, gaben weiterhin keinen Anlass für die Regulierungsbehörde davon auszugehen, dass die Zulassungsinhaberin aus von ihr nicht zu vertretenden Gründen an der fristgemäßen Inbetriebnahme der Multiplex-Plattform gehindert worden war. Vielmehr geht aus den vorgelegten Unterlagen hervor, dass sie mit Schreiben vom 25.07.2011 eine Baufreistellung für die Sendeanlage „BRUCK MUR 3 (Mugl) Kanal 57“ angezeigt und erwirkt hatte.

Zudem ist in diesem Zusammenhang auf die bereits oben erwähnten Ausführungen des BKS in seiner Entscheidung vom 01.07.2010, GZ 611.196/0004-BKS/2010, hinzuweisen, denen zufolge es unerheblich ist, aus welchen subjektiven, der Sphäre der Zulassungsinhaberin zuzurechnenden Gründen der Betrieb nicht aufgenommen worden ist, da es gemäß § 25 Abs. 5 PrTV-G (nunmehr AMD-G) ausschließlich auf die Frage des objektiven Vorliegens eines Verstoßes gegen Auflagen ankommt.

Selbst wenn man davon ausginge, dass eine Inbetriebnahme mit 03.09.2011 erfolgt wäre, war auch diese im Hinblick auf die Feststellung der Rechtsverletzung durch den BKS vom 01.07.2010 derart verspätet, dass auch in dieser Konstellation von einer wiederholten Rechtsverletzung auszugehen wäre.

Da bereits mit Erteilung der Multiplex-Zulassung die fernmelderechtlichen Bewilligungen für den antragsgemäß zugeteilten Sendestandort erteilt worden sind, bestanden somit keine objektiven Hindernisse für die Aufnahme des Sendebetriebs.

Von den aufgrund des Verweises in § 25 Abs. 5 AMD-G anzuwendenden Ausschlussgründen für das Vorliegen einer „wiederholten“ Rechtsverletzung (§ 63 Abs. 3 Z 1 und Z 2 erster Fall AMD-G) liegt keiner vor: Einerseits hat es die Zulassungsinhaberin seit Beginn der Zulassung vor mehr als zwei Jahren nicht bewerkstelligt, den vorgeschriebenen Versorgungsgrad für die Multiplex-Plattform zu erreichen, wobei bereits einmal, und zwar durch den Bescheid der KommAustria vom 29.03.2011, KOA 4.222/11-003, rechtskräftig die Verletzung der diesbezüglichen Auflage festgestellt wurde. Seit dieser Verletzung ist kein Zeitraum von drei Jahren im Sinne des § 63 Abs. 3 Z 1 AMD-G vergangen. Andererseits können die Folgen der festgestellten Rechtsverletzung vor dem Hintergrund der in den §§ 21 Abs. 1, Abs. 5 und 25 Abs. 2 Z 9 AMD-G sowie § 2 Abs. 3 Z 5 KOG niedergelegten Ziele nicht als unbedeutend im Sinne des § 63 Abs. 3 Z 2 erster Fall qualifiziert werden. Die Nichterreichung eines Versorgungsgrades von mehr als 80 % über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren steht diesen Zielen, insbesondere der Optimierung der Nutzung des Frequenzspektrums für Rundfunk, klar entgegen.

Die ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH hat daher der ihr mit Bescheid der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.222/08-001, erteilten Auflage gemäß Spruchpunkt 4.1.2., wonach bis zum 01.12.2010 ein Versorgungsgrad von 80 % zu erreichen ist, wiederholt nicht entsprochen (vgl. Spruchpunkt 1.).

Zur Gewährleistung der Erfüllung der Auflage gemäß Spruchpunkt 4.1.2. des Bescheides der KommAustria vom 07.11.2008, KOA 4.222/08-001, war der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH gemäß § 63 Abs. 4 Z 1 AMD-G aufzutragen, binnen acht Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides den rechtmäßigen Zustand in der Form herzustellen, dass ein Versorgungsgrad von 80 % der technischen Reichweite mit der der ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH zugeordneten terrestrischen Multiplex-Plattform („MUX C – Pongau und Oberes Ennstal“) erreicht wird und der KommAustria die Inbetriebnahme der Sendeanlagen angezeigt wird (vgl. Spruchpunkt 2.). Die Dauer der Frist entspricht dem gesetzlichen Höchstmaß.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der Partei dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten.

Wien, am 24. Mai 2012

Gelöscht: 1

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

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

Zustellverfügung:

ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH, p.A. Dr. Ralph Forcher, Rechtsanwalt, Neutorgasse 51/II, 8010
Graz, **per RSb**