



Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat III, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden, der Vorsitzenden-Stellvertreterin Dr. Susanne Lackner und dem weiteren Mitglied Mag. Thomas Petz, LL.M., über die Beschwerde der Sky Österreich Fernsehen GmbH vom 10.05.2019 gegen 1. den Österreichischen Rundfunk und 2. die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG wie folgt entschieden:

I. Spruch

Die Beschwerde wird gemäß §§ 35, 36 Abs. 1 Z 1 lit. a und c iVm § 2 Abs. 4 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 24/2020, und § 2 Zugangsberechtigungssysteme- und Interoperabilitätsverordnung (ZIV), KOA 6.350/05-002, sowie § 3 ORF-G als unzulässig zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

1.1. Beschwerde

Mit Schreiben vom 10.05.2019, bei der KommAustria eingelangt am 13.05.2019, erhob die Sky Österreich Fernsehen GmbH (in der Folge: Beschwerdeführerin) Beschwerde gemäß § 36 Abs. 1 lit. a und c ORF-G wegen Verstoßes gegen § 3 ORF-G durch den Österreichischen Rundfunk (in der Folge: Erstbeschwerdegegner) sowie wegen Verstoßes gegen „§ 2 Abs. 4 ORF-G (allenfalls iVm § 2 Zugangsberechtigungssysteme- und Interoperabilitätsverordnung)“ durch den Erstbeschwerdegegner sowie die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG (in der Folge Zweitbeschwerdegegnerin) und führte dazu im Wesentlichen aus, sie sei eine Rundfunkveranstalterin, die über österreichische Rundfunklizenzen verfüge und zugleich eine Programmaggregatorin, die eigene und fremde Programme zur Verbreitung bzw. Weiterverbreitung über Satellit, Kabel und Internet zu Programmpaketen zusammenfasse und diese an Endkunden im Rahmen von kostenpflichtigen Abonnements vertreibe. Die Programme würden zu diesem Zweck verschlüsselt, wobei ein anderes Kodierungssystem zur Anwendung gelange als das vom Erstbeschwerdegegner verwendete. Die Kunden der Beschwerdeführerin erhielten für die Laufzeit ihres Abonnements einen Receiver einschließlich Smartcard zu Verfügung gestellt, der die kodierten Signale entschlüssle. Alternativ könnten die Signale auch durch ein in das Fernsehgerät eingestecktes CI+-Modul mit darin enthaltener Smartcard der Beschwerdeführerin entschlüsselt werden.

Der Erstbeschwerdegegner sei eine gemäß § 1 ORF-G eingerichtete Stiftung öffentlichen Rechts und strahle unter anderem die Programme ORFeins, ORF 2, das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ und das Kultur-Spartenprogramm ORF III bundesweit aus. Die Zweitbeschwerdegegnerin sei eine Tochtergesellschaft des Erstbeschwerdegegners, die technische Verbreiterin der Programme des Erstbeschwerdegegners über digitale terrestrische Sendernetze sowie über Satellit sei. Sie betreibe ein sogenanntes Broadcasting-Center in Wien, in dem die Programme für die Ausstrahlung über die ASTRA-Satelliten aufbereitet würden, also insbesondere auch in einem spezifischen Verfahren verschlüsselt würden, sodass sie nur mit dafür geeigneten Receivern oder Tunern empfangen und entschlüsselt werden könnten.

Bei den unter ORF DIGITAL firmierenden Programmangeboten erfolge die Entschlüsselung beim Rundfunkteilnehmer mit einer SAT-Karte, bei den Angeboten unter ORF DIGITAL DIREKT finde die Entschlüsselung im Empfangsgerät des Teilnehmers statt. Für die Freischaltung der ORF-Programme sei der Abschluss eines Nutzungsvertrages mit dem Erstbeschwerdegegner Voraussetzung. Hierfür fielen bei beiden Angeboten Kosten von EUR 18,- an, die einmalig bei Abschluss des Nutzungsvertrages zu entrichten seien. Nutzungsverträge würden mit fünfjähriger Dauer abgeschlossen. Nach Auslaufen des Nutzungsvertrages sei ein neuerlicher Vertragsabschluss erforderlich, bei dem wieder EUR 18,- an den Erstbeschwerdegegner zu zahlen seien.

Da der Erstbeschwerdegegner und die Beschwerdeführerin für die Satelliten-Ausstrahlung ihrer Programme unterschiedliche Verschlüsselungssysteme nutzten, habe seit 2004 eine Vereinbarung zwischen diesen bestanden, die es Abonnenten der Beschwerdeführerin ermöglicht habe, auch die ORF-Programme über die Plattform der Beschwerdeführerin zu empfangen („Simulcrypt-Vereinbarung 2004“). Hintergrund dieser Regelung sei das Bestreben gewesen, dass Nutzer der Plattform der Beschwerdeführerin nicht einen zweiten Receiver anschaffen müssten, um die ORF-Programme empfangen zu können, sondern dafür den Receiver der Beschwerdeführerin nutzen könnten. Technisch sei dies so umgesetzt worden, dass die Verschlüsselungsinformationen der Beschwerdeführerin zusammen mit jenen des Erstbeschwerdegegners auf dem ORF-Satellitenkanal mittransportiert worden seien. Zu diesem Zweck seien die Verschlüsselungsinformationen der Beschwerdeführerin den Programmsignalen der ORF-Programme vor dem Uplink an den Satelliten beigemischt worden (sogenanntes Simulcrypting). Das aufgrund des Simulcrypting mehrfach verschlüsselte ORF-Signal sei sodann zum Satelliten hochgeleitet und von diesem zurück auf die Erde gestrahlt worden. Abonnenten der Beschwerdeführerin hätten damit das originäre ORF-Programmsignal mit dem Sky-Decoder bzw. einer Sky-Smartcard entschlüsseln und empfangen können. Es sei für jeden TV-Veranstalter von Vorteil, sein Programm über möglichst viele Plattformen zu verbreiten, da er so seine technische Reichweite am Sehermarkt steigern könne. Eine hohe Reichweite am Sehermarkt bedeute potentiell höhere Werbeerlöse am Werbemarkt. Aufgrund dieser Vorteile seien sowohl die Freischaltung der ORF-Programme auf der Plattform der Beschwerdeführerin als auch das Simulcrypting durch den Erstbeschwerdegegner während der Laufzeit der Simulcrypt-Vereinbarung 2004 [XXX] erfolgt. Lediglich während eines kurzen Zeitraums, in dem die Beschwerdeführerin vier parallele Verschlüsselungssysteme betrieben habe, habe die Beschwerdeführerin als Beteiligung an den Mehrkosten für die Vierfachverschlüsselung ein Entgelt von EUR XXX pro Jahr zzgl. USt. an den Erstbeschwerdegegner geleistet.

Da die Laufzeit der Simulcrypt-Vereinbarung 2004 am 31.03.2019 geendet habe, hätten die Verfahrensparteien über eine Neufassung verhandelt. Diese Verhandlungen hätten am 29.03.2019 zum Abschluss einer neuen Simulcrypt-Vereinbarung („Simulcrypt-Vereinbarung 2019“) sowie

einer Zusatzvereinbarung hierzu geführt. In technischer Hinsicht regle die Simulcrypt-Vereinbarung 2019 den Empfang der ORF-Satelliten-Programme auf der Plattform der Beschwerdeführerin im Wesentlichen gleich wie ihre Vorgängerin. Wie bisher seien Gegenstand des Simulcrypt die Programme ORFeins, ORF 2 (in den jeweiligen 9 Regionalfassungen), Sport+, ORF III sowie Zusatzdienste zu diesen Programmen. Anders als in der Vorgängervereinbarung sei aber in Punkt 4.1.1. festgelegt, dass die Beschwerdeführerin an den Erstbeschwerdegegner pro Jahr und freigeschaltetem SAT-Endgerät einen Betrag von EUR X exkl. USt. zu zahlen habe. Diese Leistung erfolge ausweislich Punkt 4.1 für „die Erteilung der Erlaubnis zur Freischaltung der ORF-Programme sowie sonstiger Leistungen des Erstbeschwerdegegners im Rahmen des Vertragsgegenstandes“. Bei derzeit ca. XXX für den Empfang von ORF-Programmen freigeschalteten Sky-Endgeräten ergebe das pro Jahr eine Zahlung von ca. XXX an den Erstbeschwerdegegner.

Zusätzlich sei die Beschwerdeführerin nach Punkt 4.2. der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 zur Zahlung eines Entgelts für die von der Zweitbeschwerdegegnerin zu erbringenden Leistungen an diese verpflichtet, welches bei drei parallelen Simulcryptverfahren EUR XXX exkl. USt. pro Jahr betrage. Momentan seien drei parallele Simulcryptverfahren notwendig, da die Beschwerdeführerin aufgrund verschiedener Smartcard-Generationen zurzeit drei Verschlüsselungssysteme verwende.

Die Verfahrensparteien hätten sich im Zuge der Vertragsverhandlungen nicht über das an den Erstbeschwerdegegner nach Punkt 4.1.1. zu zahlende Entgelt einigen können. Die Beschwerdeführerin habe unter Berufung auf ein Gutachten von A (welches der Beschwerde beigelegt war) die Ansicht vertreten, dass kein Entgelt für die Freischaltung der Programme des Erstbeschwerdegegners auf der Plattform der Beschwerdeführerin geschuldet sei, da der Erstbeschwerdegegner aufgrund des Versorgungsauftrags zur Ausstrahlung seiner Programme über Satellit verpflichtet sei und hierfür kein zusätzliches Entgelt von der Beschwerdeführerin als Plattformanbieterin verlangen könne. Allenfalls sei ein Entgelt für die Erbringung der technischen Leistungen an die Zweitbeschwerdegegnerin geschuldet, welches jedoch mit EUR XXX mehr als 100% über den marktüblichen Sätzen liege.

Der Erstbeschwerdegegner habe die Freischaltkosten von EUR X pro Jahr und freigeschaltetem Gerät mit den Mehrkosten für die Ausstrahlung seiner Programme über Satellit (Transponderkapazität, Uplink, etc) begründet, welche er an Nutzer und Plattformbetreiber weiterverrechnen dürfe. Er habe diese Kosten nach einem – gegenüber der Beschwerdeführerin nicht offen gelegten – Schlüssel auf alle ORF-Satelliten-Kunden (eigene Kunden, Kunden der Beschwerdeführerin, Kunden eines weiteren Plattformbetreibers) aufgeteilt. Hieraus errechne sich der Betrag von EUR X pro Jahr und freigeschaltetem Gerät. Diese Zahlung sei nach Ansicht der Beschwerdegegner ihrer Höhe nach marktüblich.

Da eine Einigung nicht erzielbar gewesen sein, die Parteien aber verhindern hätten wollen, dass die Kunden der Beschwerdeführerin ab 01.04.2019 die ORF-Programme nicht mehr über die Plattform der Beschwerdeführerin empfangen können, sei am 29.03.2019 gleichzeitig mit der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 eine Zusatzvereinbarung abgeschlossen worden. Diese Zusatzvereinbarung sehe vor, dass die Simulcrypt-Vereinbarung 2019 ohne den Punkt 4.1. in Kraft trete. Die Frage, ob der Erstbeschwerdegegner berechtigt sei, die in Punkt 4.1. begehrten Freischaltkosten von EUR X pro Jahr und freigeschaltetem Gerät von der Beschwerdeführerin zu fordern, hätte einer rechtlichen Klärung zugeführt werden sollen. Bis dahin schulde die Beschwerdeführerin dem Erstbeschwerdegegner gemäß § 354 Abs. 1 UGB ein angemessenes Entgelt. Die Parteien hätten

sich verpflichtet, die Simulcrypt-Vereinbarung 2019 nach Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung an die Entscheidungsergebnisse anzupassen.

Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, die Simulcrypt-Vereinbarung 2019 und die Zusatzvereinbarung seien am 29.03.2019 abgeschlossen worden. Mit Abschluss der Vereinbarungen am 29.03.2019, spätestens aber mit Inkrafttreten der Vereinbarungen am 01.04.2019 sei das ORF-G verletzt worden. Die gegenständliche Beschwerde sei sowohl bei Beginn des Fristenlaufs am 29.03.2019 als auch bei Beginn am 01.04.2019 rechtzeitig erhoben worden.

Zur Beschwerdelegitimation führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, für die Entgeltforderung des Erstbeschwerdegegners gemäß Punkt 4.1.1. der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 gebe es keine gesetzliche Grundlage. Die Entgeltforderung verstoße sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach gegen den in § 3 ORF-G festgelegten Versorgungsauftrag des Erstbeschwerdegegners sowie § 2 Abs. 4 ORF-G (iVm § 2 ZIV). Da der Beschwerdeführerin hierdurch Mehrkosten in Höhe von ca. XXX pro Jahr entstünden, sei sie durch den Abschluss der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 unmittelbar geschädigt.

Die Entgeltforderung der Zweitbeschwerdegegnerin gemäß Punkt 4.2 der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 liege mehr als 100% über den marktüblichen Sätzen und verstoße daher gegen § 2 Abs. 4 ORF-G (iVm § 2 ZIV). Da der Beschwerdeführerin hierdurch Mehrkosten in Höhe von zumindest EUR XXX pro Jahr entstünden, sei die Beschwerdeführerin durch den Abschluss der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 unmittelbar geschädigt.

Die Beschwerdeführerin und der Erstbeschwerdegegner stünden zueinander in einem Wettbewerbsverhältnis, da sie miteinander im Wettbewerb um Seher stünden. Für die Beschwerdeführerin seien Seher deswegen von Bedeutung, da sie sich überwiegend aus Abonnementgebühren finanziere. Der Erstbeschwerdegegner finanziere sich zumindest teilweise über kommerzielle Werbung und das damit erzielte Entgelt sei abhängig vom Marktwert der Werbeflächen, der wiederum von den Seherzahlen der Sendungen vor und nach den Werbeflächen abhänge. Die beschwerdegegenständlichen Rechtsverletzungen berührten die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin, da die unter Punkt 4.1 dargestellten Kosten – so man noch nicht von einer unmittelbaren Schädigung ausgehe – die Beschwerdeführerin jedenfalls in ihren wirtschaftlichen Interessen massiv beeinträchtigten.

Inhaltlich brachte die Beschwerdeführerin zur behaupteten Verletzung von § 3 ORF-G unter Berufung auf erwähnte Gutachten von A im Wesentlichen vor, aus dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) vom 22.06.2016, Zl. Ro 2014/03/0067, sei zu folgern, dass der Erstbeschwerdegegner nach Maßgabe der technischen Entwicklung und wirtschaftlichen Tragbarkeit zur Ausstrahlung seiner Programme über Satellit verpflichtet sei und dies nicht in seine Dispositionsfreiheit gestellt werde:

Da aufgrund der Entwicklung der digitalen Verbreitungs- und Empfangsmöglichkeiten heute lediglich eine Minderheit von 6 % der Rundfunkteilnehmer mit der (digitalen) terrestrischen Verbreitung versorgt werden könnten, könne sich der technische Vollversorgungsauftrag bezüglich ORF eins und ORF 2 nicht darin erschöpfen. Der Wortlaut des § 3 Abs. 3 ORF-G, wonach die öffentlich-rechtlichen Programme „jedenfalls terrestrisch zu verbreiten“ seien, bringe zum Ausdruck, dass es sich bei der terrestrischen Verbreitung um eine Grundanforderung handle, die

jedoch an die „technische Entwicklung“ anzupassen sei. Nachdem heutzutage dem Verbreitungsweg über Satelliten die bedeutendste Rolle zukomme und 57 % der österreichischen TV-Haushalte Fernsehen über Satellit empfangen, müsse sich der Erstbeschwerdegegner an diese technische Entwicklung anpassen. Dies werde in § 3 Abs. 4 ORF-G in Bezug auf ORFeins und ORF 2 auch ausdrücklich geregelt. Daher könne der Erstbeschwerdegegner den gesetzlichen Versorgungsauftrag nur erfüllen, wenn er die beiden österreichweit empfangbaren Programme ORFeins und ORF 2 auch über Satellit verbreite, um so eine möglichst weitgehende Erreichbarkeit der berechtigten Bewohner Österreichs sicherzustellen.

Da die technische Entwicklung mittlerweile dazu geführt habe, dass das Satelliten-TV mit großem Abstand der bedeutendste Verbreitungsweg der ORF-Programme sei und die wirtschaftliche Machbarkeit durch von den Satelliten-Empfängern zu leistende Zahlungen sichergestellt sei, sei der Erstbeschwerdegegner gemäß § 3 Abs. 4 ORF-G zur Verbreitung seiner Programme über Satellit verpflichtet und habe hiermit nach § 3 Abs. 1 Unterabsatz 2 ORF-G alle zum Betrieb eines Rundfunkempfangsgeräts berechtigten Bewohner des Bundesgebietes zu versorgen.

Die von der Beschwerdeführerin nach der Simulcrypt-Vereinbarung an den Erstbeschwerdegegner zu entrichtenden Freischaltkosten von EUR X pro Jahr und freigeschaltetem Endgerät seien sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach nicht mit dem Versorgungsauftrag vereinbar. Der VwGH habe für die Überwälzung des zusätzlichen Kostenaufwands für die Verbreitung der ORF-Programme via Satellit die folgenden zwei kumulativen Voraussetzungen festgelegt: Es müsse sich um eine „Zahlung durch den Empfänger“ handeln; und die Zahlung müsse zur Abdeckung des zusätzlichen Kostenaufwands „für die Herstellung der individuellen Empfangsmöglichkeit“ dienen. Im gegenständlichen Fall sei keine dieser beiden Voraussetzungen erfüllt. Zur Zahlung werde nicht der „Empfänger“ verpflichtet, sondern die Beschwerdeführerin. Da diese bis dato für die Freischaltung der ORF-Programme auf ihrer Plattform (die es seit 15 Jahren gebe) XXX bezahlt habe, könne sie die entstehenden zusätzlichen Kosten von EUR X pro Jahr und freigeschaltetem Endgerät auch nicht ohne weiteres auf ihre Kunden überwälzen. Da diese bis dato für den Empfang der ORF-Programme über die Plattform der Beschwerdeführerin nichts bezahlt hätten, würde ein zusätzliches Entgelt von EUR X pro Jahr bei den bestehenden Kunden der Beschwerdeführerin wohl auf Unverständnis stoßen und diese massiv verärgern, wenn nicht überhaupt zur vorzeitigen Kündigung von Abonnements führen.

Es handle sich auch um keine Zahlung zur „Herstellung der individuellen Empfangsmöglichkeit“, da die Zahlung die Beschwerdeführerin als Plattformbetreiberin treffe und es im Ermessen der Beschwerdeführerin liege, ob die Zahlung auf alle Kunden der Beschwerdeführerin oder nur auf die zum ORF-Empfang freigeschalteten Endgeräte umgelegt werde.

Die Wahl eines Verschlüsselungssystems durch den Erstbeschwerdegegner solle nicht dazu führen, dass Nutzer die andere Programm-Plattformen nutzen wollten, sich für den Empfang der ORF-Programme zusätzlich noch hierfür geeignete Dekodierungseinrichtungen beschaffen müssten. Aus § 3 ORF-G ergebe sich die Verpflichtung des ORF, seine öffentlich-rechtlichen Programme auch in anderen Verschlüsselungstechnologien bereitzustellen, sofern die diese verwendenden Drittplattformen von einer nicht unerheblichen Zahl der empfangsberechtigten Rundfunkteilnehmer genutzt werden und damit für den Erstbeschwerdegegner keine wesentlichen Kosten verbunden seien. Der Erstbeschwerdegegner dürfe daher andere Plattformbetreiber, deren Verschlüsselungsinformationen vom Erstbeschwerdegegner auf seinem Signal mittransportiert würden, nicht zur Mitfinanzierung des öffentlichen Versorgungsauftrags heranziehen, weil hierfür

ausschließlich der Erstbeschwerdegegner aufzukommen habe. Es folge daher, dass die in der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 vorgesehene Zahlung von EUR X pro Jahr und freigeschaltetem Endgerät für die Freischaltung der ORF-Programme dem Grunde und auch der Höhe nach nicht mit dem Versorgungsauftrag vereinbar sei.

Die Zweitbeschwerdegegnerin unterliege als Tochtergesellschaft des Erstbeschwerdegegners gemäß § 2 Abs. 3 ORF-G dem ORF-G und damit insbesondere auch § 2 Abs. 4 ORF-G, wonach die vertragliche Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen zu nichtdiskriminierenden Bedingungen zu erfolgen habe. Das Diskriminierungsverbot des § 2 Abs. 4 ORF-G werde durch die auf Basis von § 27 Abs. 1 AMD-G erlassene Zugangsberechtigungssysteme- und Interoperabilitätsverordnung (ZIV) ergänzt. Während die Bestimmungen der ZIV nur bestimmte Sachverhaltskonstellationen regelten, bestehe gegenüber den ORF-Tochtergesellschaften eine erweiterte Möglichkeit, Zugang zu bestimmten von diesen betriebenen Plattformen bzw. Diensten zu erlangen. Nach § 2 ZIV seien Anbieter von Zugangsberechtigungssystemen dazu verpflichtet, technische Dienste, die es empfangsberechtigten Zuschauern und Hörern ermöglichen, digital übertragene Dienste von Rundfunkveranstaltern zu empfangen, allen Rundfunkveranstaltern zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen und unter Einhaltung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts anzubieten. § 2 ZIV solle den Missbrauch marktbeherrschender Positionen durch Anbieter von Zugangsberechtigungssystemen verhindern. Der Bundeskommunikationssenat (BKS) habe klargestellt, dass § 2 ZIV auch auf den ORF und seine Tochterunternehmen (d.h. insbesondere auch auf die Zweitbeschwerdegegnerin) anwendbar sei und diese dritten Rundfunkveranstaltern die von ihnen angebotenen Zugangsberechtigungsdienste zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen zur Verfügung stellen müssten.

Im Lichte der Zielsetzungen der ZIV und der Zugangsrichtlinie seien die Bestimmungen der ZIV technologisch entwicklungs offen zu verstehen und sei daher jedes technische Gerät zum Transport von Zugangsberechtigungssystemen vom Anwendungsbereich erfasst. Auch die von den Beschwerdegegnern auf Grundlage der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 erbrachten Leistungen stellten daher „technische Dienste“ dar, auf die die Bestimmungen der ZIV anwendbar seien. Ziel der Zugangsrichtlinie und der ZIV sei es, für Verbraucher die Verfügbarkeit einer möglichst großen Bandbreite von Programmen und Dienstleistungen sicherzustellen. Gleichzeitig solle möglichst vielen alternativen Diensteanbietern der Zugang zu den Zuschauern und Hörern ermöglicht werden. Die Beschwerdegegner hätten daher nach § 2 Abs. 1 ZIV der Beschwerdeführerin den Zugang zu ihren technischen Diensten zu fairen angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen anzubieten. Dies folge im Übrigen auch aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des § 2 Abs. 4 ORF-G. Daraus ergebe sich einerseits, dass die an die ORS zu zahlenden Kosten für ihre technischen Leistungen marktüblich sein müssten, da ansonsten nicht von „fairen“ und „angemessenen“ Bedingungen gesprochen werden könne. Dies sei nicht der Fall. Überdies sei es auch mit der ZIV und § 2 Abs. 4 ORF-G unvereinbar, dass der Erstbeschwerdegegner von der Beschwerdeführerin ein Entgelt von EUR X pro Jahr und freigeschaltetem Endgerät für die Freischaltung der ORF-Programme verlange. Dieses Entgelt sei überhöht und stehe in keiner Relation zu den tatsächlichen Kosten des Erstbeschwerdegegners.

Die KommAustria übermittelte die Beschwerde mit Schreiben vom 28.05.2019 an die Beschwerdegegner zur Kenntnisnahme und Stellungnahme.

1.2. Stellungnahme der Beschwerdegegner

Mit Schreiben vom 01.07.2019 nahmen die Beschwerdegegner zur Beschwerde Stellung und führten im Wesentlichen aus, richtig sei, dass der KommAustria gemäß § 35 ORF-G die Rechtsaufsicht über den Erstbeschwerdegegner und dessen Tochtergesellschaften obliege, auch über die Zweitbeschwerdegegnerin. Die Aufsichtsbefugnisse der KommAustria seien aber inhaltlich beschränkt. Nach § 36 Abs. 1 ORF-G entscheide die Regulierungsbehörde (nur) über die Verletzung von Bestimmungen des ORF-G. Im ORF-G gebe es keine Bestimmung über die Regulierung von Preisen. Dementsprechend habe die KommAustria auch nicht die Befugnisse einer Preisaufsichtsbehörde gegenüber dem ORF und seinen Tochtergesellschaften. Anderes würde nur dann gelten, wenn es sich bei den streitgegenständlichen Leistungen (Simulcrypting) um einen regulierten Markt im Sinne des Telekommunikationsgesetzes 2003 (TKG 2003) handelte. Das sei aber nicht der Fall. Die KommAustria sei somit weder für Entscheidungen darüber zuständig, ob die von der Zweitbeschwerdegegnerin geforderten Entgelte für ihre technischen Leistungen, noch ob die vom Erstbeschwerdegegner geforderten Entgelte für das Recht zur Entschlüsselung seiner Programmsignale marktüblich oder sonst wie angemessen seien. Der einzige denkbare Anknüpfungspunkt, der in diesem Zusammenhang eine Zuständigkeit der Regulierungsbehörde begründen könnte, sei der Vorwurf eines Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot nach § 2 Abs. 4 ORF-G. In der Vergangenheit seien insbesondere die Geschäftsbeziehungen der Beschwerdegegner mit der Beschwerdeführerin einerseits und mit der M7 Group S.A. (nunmehr: Canal+ Luxembourg S. à. r. l.) – die ebenfalls eine SAT-Plattform betreibe und dort die ORF-Programme freischaltet – andererseits verglichen worden. Eine Diskriminierung gegenüber dieser sei aber in der Beschwerde nicht behauptet worden und liege auch nicht vor. Die Anträge der Beschwerdeführerin seien auf Feststellungen zur Angemessenheit der Höhe jener Entgelte gerichtet, die die Beschwerdegegner von der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Simulcrypt der ORF-Programme verlangten. Aus den oben angeführten Gründen seien beide Anträge zurückzuweisen, weil der KommAustria keine dementsprechende Zuständigkeit zukomme.

Die Beschwerde und das begleitende Privatgutachten von A legten großes Augenmerk auf die Frage, ob der ORF grundsätzlich verpflichtet sei, seine Programme über Satellit auszustrahlen. Diese Überlegungen seien im vorliegenden Verfahren „ein Streit um des Kaisers Bart“. Der ORF strahle seine Programme seit dem Jahr 2000 ohnehin über Satellit aus. Wie die Aufnahme der Verbreitung in HD und die vor kurzem erfolgte Einrichtung einer kartenlosen Plattform demonstrierten, nehme der ORF dabei eine laufende Anpassung an die technische Entwicklung vor. Selbst wenn die Verbreitung der ORF-Programme über Satellit Teil des technischen Versorgungsauftrags nach § 3 ORF-G wäre, hätte der ORF diese Verpflichtung offenkundig nicht verletzt.

Die Beschwerdeführerin unterstelle § 3 Abs. 4 ORF-G einen über die bloße SAT-Ausstrahlung hinausgehenden Bedeutungsgehalt. Die Beschwerdeführerin meine, dass sich aus § 3 ORF-G für den Erstbeschwerdegegner eine Verpflichtung ergebe, seine öffentlich-rechtlichen Programme auch in anderen Verschlüsselungstechnologien bereitzustellen, sofern die diese verwendenden Drittenplattformen von einer nicht unerheblichen Zahl der empfangsberechtigten Rundfunkteilnehmer genutzt würden und sofern damit für den Erstbeschwerdegegner keine wesentlichen Kosten verbunden seien. Diese Rechtsauffassung finde weder im Wortlaut noch im Zweck von § 3 Abs. 4 ORF-G eine Stütze. In dieser Bestimmung werde unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die technische Verbreitung der ORF-Programme unter der Kontrolle des Erstbeschwerdegegners zu erfolgen habe. Das Gesetz ziele auf Eigenleistungen des Erstbeschwerdegegners ab. Dafür gebe es einen zwingenden Grund: Nur dann, wenn der ORF die von ihm genutzten Übertragungswege wie eigene Einrichtungen kontrolliere, könne er bei der

Ausstrahlung die Einhaltung der Verpflichtungen aus dem ORF-G gewährleisten (wie z.B. die Beachtung des Digitalisierungskonzepts). Eine „Auslagerung“ der Erfüllung des Versorgungsauftrags auf Dritte sei deswegen nur statthaft, wenn der ORF die Auftragnehmer wie eine eigene technische Abteilung kontrolliere. Bei der Zweitbeschwerdegegnerin sei dies der Fall, bei der Beschwerdeführerin (oder auch bei der Canal+ Luxembourg S. à. r. l.) aber nicht. Die Verbreitung der ORF-Signale über fremde SAT-Plattformen sei nicht Teil des Versorgungsauftrags nach § 3 Abs. 4 ORF-G.

Im vorgelegten Gutachten werde in diesem Zusammenhang argumentiert, dass eine Beschränkung der Verbreitung auf die eigenen Plattformen des ORF in Konflikt mit § 31 Abs. 1 ORF-G stünde, wonach das ORF-Signal für alle zahlenden Rundfunkteilnehmer offen und zugänglich sein müsse. Mit dieser Bestimmung sei es nicht vereinbar, wenn der ORF einem fremden Plattformbetreiber eine Ausstrahlung der ORF-Signale im Simulcrypt-Verfahren verweigere. Dadurch würden nämlich die Rundfunkteilnehmer gezwungen, sich zusätzlich zur Hardware der von ihnen ausgewählten Programm-Plattform die für den Empfang der ORF-Programme geeigneten Dekodierungseinrichtungen zu beschaffen. Bei diesen Überlegungen werde übersehen, dass der Gesetzgeber das Problem multipler Dekodierungseinrichtungen in privaten Haushalten auf andere Weise gelöst habe. § 2 Abs. 1 ZIV verpflichte die Anbieter von Zugangsberechtigungssystemen dazu, die notwendigen technischen Voraussetzungen zu schaffen, damit die Programme aller Rundfunkveranstalter zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen über ihre Plattform empfangen werden könnten. Diese Bestimmung gebe Rundfunkveranstaltern einen Anspruch darauf, ihre Programme über die Plattformen der Betreiber von Zugangsberechtigungssystemen verbreiten zu können. Hingegen sei – ausweislich der Erläuterungen zu § 2 ZIV – den Plattformbetreibern ganz bewusst kein Recht gegenüber Rundfunkveranstaltern eingeräumt, deren Programme verbreiten zu können (kein „must offer“). Für den von A propagierten Kontrahierungszwang des Erstbeschwerdegegners gegenüber Wiederverkäufern seiner Rundfunkprogramme besteht daher keine rechtliche Grundlage: Weder aus § 3 ORF-G noch aus der ZIV oder aus anderen Rechtsnormen ergebe sich eine Verpflichtung des Erstbeschwerdegegners, seine Programme für dritte Plattformbetreiber auch in anderen Verschlüsselungstechnologien bereitzustellen als denjenigen, die von den ORF-eigenen Plattformen genutzt würden.

Auch der behauptete Verstoß der Beschwerdegegner gegen § 2 Abs. 4 ORF-G liege nicht vor. Diese Bestimmung beinhalte ein Verbot der Diskriminierung, keine Preisbegrenzung. Die Beschwerdeführerin dehne die Regelung über ihren Wortlaut und ihre Zielsetzung hinaus aus, wenn sie die von der Zweitbeschwerdegegnerin verrechneten technischen Kosten als nicht marktüblich kritisiert. Keine Bestimmung im ORF-G enthalte eine Befugnis der Regulierungsbehörde zur Preiskontrolle. Das gelte ebenso für die Ausführungen, wonach die Freischaltkosten von EUR X pro Jahr und Endgerät überhöht seien. Der in diesem Zusammenhang in der Beschwerde angezogene § 2 Abs. 4 ORF-G sei nur dann einschlägig, wenn der Erstbeschwerdegegner die fraglichen Leistungen an andere Marktteilnehmer in vergleichbarer Position zu einem günstigeren Preis erbrächte. Das werde von der Beschwerdeführerin – mit gutem Grund – nicht einmal behauptet.

Diese Stellungnahme wurde der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 09.07.2019 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

1.3. Weitere Stellungnahmen

Mit Schreiben vom 12.08.2019 nahm die Beschwerdeführerin erneut Stellung und führte, soweit für das gegenständliche Verfahren wesentlich, aus, die KommAustria entscheide nach § 36 Abs. 1 ORF-G über die Verletzung von Bestimmungen des ORF-G. Wenn diese Bestimmungen auf die Angemessenheit von Preisen und Konditionen oder – wie hier – den zur Herstellung der wirtschaftlichen Tragbarkeit notwendigen Aufwand Bezug nehmen, habe sie selbstverständlich auch die Kompetenz, diese Aspekte zu überprüfen. Damit werde sie noch nicht zu einer „Preisaufsichtsbehörde“, wie die Beschwerdegegner meinten. Im Verfahren, welches zur Entscheidung des VfGH vom 22.06.2016, Zl. Ro 2014/03/0067, geführt habe, habe die KommAustria dementsprechend in erster Instanz ihre Zuständigkeit zur Überprüfung der Erfüllung des Versorgungsauftrages des Erstbeschwerdegegners gem. § 3 ORF-G bejaht, habe aber im konkreten Fall keine Verletzung desselben gesehen. Die KommAustria habe zudem in ihrer Stellungnahme im Verfahren vor dem Kartellgericht zwischen der Canal+ Luxembourg S. à. r. l. und der Beschwerdegegnerin bestätigt, dass zum Versorgungsauftrag des Erstbeschwerdegegners die Ausstrahlung von Programmen über Satellit zähle. Hierfür dürfe der Erstbeschwerdegegner auch einen finanziellen Beitrag vom Gebührenzahler einheben, der allerdings nur so hoch sein dürfe, dass eine Kostendeckung erzielt werde.

Ein Verstoß gegen den Versorgungsauftrag liege nach Ansicht der Beschwerdeführerin nicht nur dann vor, wenn bestimmte Kunden gar nicht mit den Programmen des Erstbeschwerdegegners versorgt würden, sondern auch, wenn hierfür ein überhöhter finanzieller Beitrag verlangt werde, der den Aufwand für die Verbreitung der ORF-Programme über Satellit übersteige. Dies sei im Einklang mit der von der KommAustria im Kartellverfahren vertretenen Ansicht. Ebenso liege ein Verstoß gegen den Versorgungsauftrag vor, wenn der Aufwand für die Satellitenverbreitung der ORF-Programme zu Unrecht nicht nur auf die eigenen Kunden, sondern auf Plattformbetreiber, wie die Beschwerdeführerin oder die Canal+ Luxembourg S. à. r. l., umgelegt werde. Die KommAustria sei somit zuständig, das Freischaltentgelt dem Grunde und der Höhe nach zu überprüfen. Würde man unterstellen, dass die Zuständigkeit der KommAustria erst einträte, wenn die Kunden der Beschwerdeführerin nicht mehr mit dem ORF-Programm versorgt würden, wäre die Beschwerdeführerin gezwungen gewesen, die Einigung mit dem ORF platzen zu lassen, um eine Prüfung der Entgeltforderung der Beschwerdegegner durch die KommAustria zu ermöglichen. Eine derartige Interpretation der gesetzlichen Bestimmungen zum Schaden der Nutzer könne nicht unterstellt werden.

Die Zahl der SAT-Abonnenten der Beschwerdeführerin habe zum Ende des Jahres 2018 XXX betragen. Würde der Erstbeschwerdegegner die SAT-Abonnenten der Beschwerdeführerin nicht versorgen, entspräche dies mehr als X % der Satellitenhaushalte. Von einer „gleichmäßigen“ Versorgung könne nach Ansicht der Beschwerdeführerin dann nicht mehr gesprochen werden.

Nicht nachvollziehbar sei das Argument der Beschwerdegegner, dass der Versorgungsauftrag nicht durch die Verbreitung der ORF-Programme auf Drittplattformen erfüllt werden könne, weil der Erstbeschwerdegegner dann bei der Ausstrahlung seiner Programme die Einhaltung der Verpflichtungen des ORF-G nicht gewährleisten könne. Selbstverständlich könne sich der Erstbeschwerdegegner Dritter zur Erfüllung des Versorgungsauftrages bedienen und die ihn treffenden Verpflichtungen vertraglich auf diese Dritten überbinden. Dies sei im Verhältnis zur Beschwerdeführerin auch geschehen, wie sich aus der Simulcrypt-Vereinbarung 2019, insbesondere deren Punkten 1.3. (Werbebeschränkungen und Veränderungsverbote), 2.5 (Überprüfung der GIS Meldung), 3.2 (störungsfreie Empfangbarkeit der ORF-Programme) und 3.4

(Vorgaben für Endgeräte), ergebe. Es sei auch nicht richtig, dass das Problem multipler Decoder in privaten Haushalten durch die ZIV „gelöst“ wurde. Die ZIV verhindere nicht wirksam, dass Rundfunkteilnehmer mehrere Decoder anschaffen müssten. Gerade der vorliegende Fall illustrierte das nur zu deutlich. Hätten sich die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegner nicht geeinigt, hätten sämtliche Kunden der Beschwerdeführerin einen zum Empfang von ORF Digital geeigneten Receiver oder ein CI-Modul anschaffen müssen, um weiter die ORF-Programme empfangen zu können. Die ZIV befreie den ORF daher nicht von seinem Versorgungsauftrag. Zu dieser Schlussfolgerung gelange man auch bei einer Betrachtung des österreichischen Rundfunkgebührens systems. Die Gebührenpflicht gemäß § 2 RGG knüpfe an den Begriff der „Rundfunkempfangseinrichtung“ an. Eine solche liege unabhängig davon vor, ob mit einem Gerät die Programme des ORF empfangen werden können. Die Verpflichtung zur Zahlung des Programmentgelts stelle gemäß § 31 Abs. 10 ORF-G darauf ab, ob der Standort des Teilnehmers terrestrisch (analog oder digital) versorgt werde. Auf die tatsächliche Empfangsmöglichkeit der ORF-Programme komme es weder für die Zahlung der Rundfunkgebühren nach dem RGG noch für die Zahlung des Programmentgelts an. Auch ein Teilnehmer, der über keine terrestrische Empfangsmöglichkeit (DVB-T Tuner) und keine Satelliten-Empfangsmöglichkeit (ORF DIGITAL SAT-Karte oder ORF DIGITAL DIREKT) verfüge, sei zur Zahlung der Rundfunkgebühren gemäß RGG sowie des Programmentgelts gemäß § 31 ORF-G verpflichtet, wenn sein Standort terrestrisch versorgt werde (was aufgrund der hohen terrestrischen Versorgungsrate praktisch immer zutreffen werde). Die herrschende Rechtsprechung und Lehre gingen von einem synallagmatischen Austauschverhältnis zwischen der Verpflichtung des Rundfunkteilnehmers zur Zahlung des Programmentgelts und der Verpflichtung zur Programmbereitstellung auf Seiten des ORF aus. Hieraus ergebe sich die Verpflichtung des ORF als dem „Nutznießer“ des Programmentgelts gemäß § 31 ORF-G, dafür zu sorgen, dass er auf möglichst vielen Plattformen empfangen werden könne. Es könne dem Nutzer nicht zugemutet werden, neben den Rundfunkgebühren auch noch die Kosten für einen weiteren Receiver tragen zu müssen. Einschränkungen könnten sich möglicherweise dort ergeben, wo die Mehrkosten des ORF in keiner Relation zur Zahl der zusätzlich erreichten Empfänger stünden. Hiervon könne aber gegenständlich nicht die Rede sein, da die Beschwerdeführerin sämtliche Mehrkosten für das Simulcrypting sowie die Kosten für die zum Empfang der ORF-Programme erforderliche Hardware übernehmen. Die Beschwerdegegner verwiesen darauf, dass nach den Erläuterungen zur ZIV den Plattformbetreibern vom Gesetz ganz bewusst kein Recht gegenüber den Rundfunkveranstaltern eingeräumt worden sei, deren Programme verbreiten zu können (kein „must offer“). Die Erläuterungen nähmen aber auf den ORF nicht Bezug, sondern sprächen ganz generell von „Rundfunkveranstaltern“. Für den Erstbeschwerdegegner würden sich jedoch nach Ansicht der Beschwerdeführerin aufgrund seiner Gebührenfinanzierung und des daraus erfließenden Versorgungsauftrags andere Grundsätze als für andere (private) Rundfunkveranstalter ergeben. Der verallgemeinernde Hinweis der Erläuterungen lasse nicht darauf schließen, dass der Gesetzgeber auch ein „must offer“ für den Erstbeschwerdegegner ausschließen habe wollen. Im Ergebnis sei der Erstbeschwerdegegner somit dazu verpflichtet, seine Programme auch über andere Plattformen – wie jene der Beschwerdeführerin – zu verbreiten.

Die KommAustria übermittelte diese Stellungnahme mit Schreiben vom 22.08.2019 an die Beschwerdegegner zur Kenntnisnahme und allfälligen Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 23.09.2019 nahmen die Beschwerdegegner erneut Stellung und verwiesen neben Ausführungen zum wirtschaftlichen Hintergrund der Satellitenverbreitung auf ihr bisheriges Vorbringen.

Mit Schreiben vom 25.10.2019 nahm die Beschwerdeführerin erneut zum Freischaltentgelt Stellung und wiederholte im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen. Diese Stellungnahme wurde den Beschwerdegegnern mit Schreiben vom 06.11.2019 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Es langten keine weiteren Stellungnahmen ein.

2. Sachverhalt

Auf Grund der Beschwerde sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin ist eine zu FN 303804x eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien. Zum einen ist sie als Rundfunkveranstalterin und Anbieterin audiovisueller Mediendienste tätig und hat diese Tätigkeiten der KommAustria angezeigt bzw. verfügt über mehrere Zulassungen zur Verbreitung von Fernsehprogrammen über Satellit. Zum anderen fasst sie eigene und fremde Programme zur Verbreitung bzw. Weiterverbreitung über Satellit, Kabel und Internet zu Programmpaketen zusammen und vertreibt diese an Endkunden im Rahmen von kostenpflichtigen Abonnements. Die Programme werden zu diesem Zweck für die im Rahmen des eigenen Konzerns betriebene Satellitenplattform verschlüsselt, wobei ein anderes Kodierungssystem zur Anwendung gelangt als das vom Erstbeschwerdegegner verwendete. Die Kunden der Beschwerdeführerin erhalten für die Laufzeit ihres Abonnements einen Receiver einschließlich Smartcard zur Verfügung gestellt, der die kodierten Signale entschlüsselt. Alternativ können die Signale auch durch ein in das Fernsehgerät eingestecktes CI+-Modul mit darin enthaltener Smartcard der Beschwerdeführerin entschlüsselt werden. Diese Tätigkeit hat die Beschwerdeführerin der KommAustria als Kommunikationsdienst gemäß § 15 Abs. 1 TKG 2003 sowie als Programmaggregator gemäß § 9 Abs. 4 AMD-G angezeigt.

2.2. Beschwerdegegner

Der Erstbeschwerdegegner ist eine gemäß § 1 ORF-G eingerichtete Stiftung öffentlichen Rechts und strahlt unter anderem die Programme ORFeins, ORF 2, das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ und das Kultur-Spartenprogramm ORF III bundesweit aus. Diese Programme werden vom Erstbeschwerdegegner terrestrisch und über Satellit verbreitet.

Die Zweitbeschwerdegegnerin ist eine zu FN 256454p beim HG Wien eingetragene Kommanditgesellschaft mit Sitz in Wien. Unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Zweitbeschwerdegegnerin ist die Österreichische Rundfunksender GmbH (FN 252826d beim HG Wien). Kommanditisten der Zweitbeschwerdegegnerin sowie Gesellschafter der Österreichische Rundfunksender GmbH sind der Erstbeschwerdegegner mit einem 60%-igen Anteil sowie die Medicur Sendeanlagen GmbH (FN 123349x beim HG Wien) mit einem 40%-igen Anteil. Die Zweitbeschwerdegegnerin agiert als technische Verbreiterin der Programme des Erstbeschwerdegegners über digitale terrestrische Sendernetze sowie über Satellit.

Die Zweitbeschwerdegegnerin betreibt ein sogenanntes Broadcasting-Center in Wien, in dem die Programme (unter anderem) des Erstbeschwerdegegners für die Ausstrahlung über die ASTRA-Satelliten aufbereitet werden, also insbesondere auch in einem spezifischen Verfahren

verschlüsselt werden, sodass sie nur mit dafür geeigneten Receivern oder Tunern empfangen und entschlüsselt werden können.

Bei dem unter ORF DIGITAL firmierenden Angebot des Erstbeschwerdegegners zum Empfang seiner Programme (sowie der Programme einiger privater Fernsehveranstalter) über Satellit erfolgt die Entschlüsselung beim Rundfunkteilnehmer mit einer SAT-Karte, bei dem Angebot unter ORF DIGITAL DIREKT findet die Entschlüsselung im Empfangsgerät des Teilnehmers statt. Für die Freischaltung der ORF-Programme ist der Abschluss eines entgeltlichen Nutzungsvertrages mit dem Erstbeschwerdegegner Voraussetzung.

2.3. Simulcrypt-Vereinbarungen zwischen den Verfahrensparteien

Seit 2004 bestand zwischen der Beschwerdeführerin und dem Erstbeschwerdegegner eine Vereinbarung, die es Abonnenten der Beschwerdeführerin ermöglichte, auch die ORF-Programme über die Plattform der Beschwerdeführerin zu empfangen (im Folgenden: „Simulcrypt-Vereinbarung 2004“). Zu diesem Zweck wurden die Verschlüsselungsinformationen der Beschwerdeführerin den Programmsignalen der ORF-Programme vor dem Uplink an den Satelliten beigemischt (sogenanntes Simulcrypting). Das aufgrund des Simulcrypting mehrfach verschlüsselte ORF-Signal wurde dann zum Satelliten geschickt und von diesem zurück auf die Erde gestrahlt. Abonnenten der Beschwerdeführerin konnten damit das originäre ORF-Programmsignal mit dem Sky-Decoder bzw. einer Sky-Smartcard entschlüsseln und empfangen. Sowohl die Freischaltung der ORF-Programme auf der Plattform der Beschwerdeführerin als auch das Simulcrypting durch den Erstbeschwerdegegner während der Laufzeit der Simulcrypt-Vereinbarung 2004 erfolgte [XXX]. Lediglich während eines kurzen Zeitraums, in dem die Beschwerdeführerin vier parallele Verschlüsselungssysteme betrieben hat, hat die Beschwerdeführerin als Beteiligung an den Mehrkosten für die Vierfachverschlüsselung ein Entgelt von EUR XXX pro Jahr zzgl. USt. an den Erstbeschwerdegegner geleistet.

Da die Laufzeit der Simulcrypt-Vereinbarung 2004 am 31.03.2019 geendet hat, haben die Verfahrensparteien über eine Neufassung verhandelt. Mit E-Mails von 29. und 30.03.2019 schlossen die Beschwerdeführerin und der Erstbeschwerdegegner sowie nunmehr auch der Zweitbeschwerdegegner des gegenständlichen Verfahrens eine Simulcrypt-Vereinbarung („Simulcrypt-Vereinbarung 2019“) samt Zusatzvereinbarung ab. Diese haben auszugsweise folgenden Inhalt:

„Zusatzvereinbarung

zur

Simulcrypt-Vereinbarung

[...]

Die Vertragsparteien vereinbaren, dass mit Beginn des 01.04.2019 die Simulcrypt-Vereinbarung mit dem Inhalt laut Anlage 1 zu dieser Zusatzvereinbarung (im Folgenden „Simulcrypt Vereinbarung 2019“) nach Maßgabe der Bestimmungen dieser Zusatzvereinbarung zwischen den Vertragsparteien abgeschlossen gilt und in Kraft tritt.

1. Zu Punkt 4.1 der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 besteht keine Einigkeit zwischen dem ORF und SKY. Die Vertragsparteien vereinbaren daher, dass die Simulcrypt-Vereinbarung 2019 mit Beginn des 01.04.2019 ohne Geltung von deren Punkt 4.1 in Kraft tritt.

2. Dies erfolgt vor dem Hintergrund, dass zwischen den Parteien die Frage einer Vergütung für den ORF für die Erteilung der Erlaubnis zur Freischaltung der ORF-Programme sowie sonstige Leistungen des ORF im Rahmen der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 dem Grunde und der Höhe nach strittig ist (im Folgenden kurz „strittiges Thema einer Vergütung für den ORF“ oder nur „strittiges Thema“) und, sofern eine Einigung im Verhandlungsweg nicht erreicht werden kann, einer Entscheidung im Rechtsweg zugeführt werden soll. Es wird daher ausdrücklich keine Vereinbarung über eine allfällige Unentgeltlichkeit getroffen (§ 354 Abs. 1 UGB), weder eine Vereinbarung über (i) die von SKY geforderte Unentgeltlichkeit für die Erteilung der Erlaubnis der Freischaltung, noch über (ii) das von ORF geforderte Entgelt gemäß Punkt 4.1.1. der Simulcrypt-Vereinbarung 2019.

3. SKY vertritt die Ansicht, dass der ORF durch die Verbreitung auf der SKY-Plattform einen Vorteil in Form von größerer Zuschauer-Reichweite bezieht, der als Gegenposition zu dem vom ORF für die Erlaubnis zur Freischaltung der ORF-Programme geforderten Entgelt zu berücksichtigen ist. Dies wird vom ORF bestritten. Auch diesbezüglich wird ausdrücklich keine Vereinbarung über eine allfällige Unentgeltlichkeit (§ 354 Abs. 1 UGB) des von SKY für den ORF geschaffenen Vorteils getroffen, wobei der ORF wiederum dem Gebot der Gleichbehandlung unterliegt.

4. Der ORF als auch SKY sind berechtigt, den gerichtlichen oder verwaltungsrechtlichen Weg in Österreich zwecks Klärung des strittigen Themas bzw zwecks Durchsetzung ihres jeweiligen Standpunktes (bzw auf diesem beruhender Ansprüche) zu beschreiten. Die Parteien sind sich einig, dass hierbei die Rechtsstandpunkte beider Parteien, wie insbesondere auch die Vereinbarkeit des vom ORF behaupteten Anspruchs mit anwendbarem Recht (einschließlich des Versorgungsauftrags des ORF-G) geprüft werden sollen. Zur Klarstellung wird festgehalten, dass der ORF seine Ansprüche auch anteilig (zB pro Monat oder Quartal), auch betreffend die Zeit ab 1.4.2019 – vorbehaltlich des letzten Satzes – geltend machen kann. Der ORF wird bei der Einführung eines Entgelts für die Erteilung der Erlaubnis der Freischaltung auch hinsichtlich des Zeitpunktes der Einführung, das Gleichbehandlungsgebot nach § 2 Abs. 4 ORF-G beachten.

5. Die Vertragsparteien vereinbaren, dass ORF und SKY die Simulcrypt-Vereinbarung 2019 binnen eines Monats nach Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung eines österreichischen Gerichts oder einer österreichischen Behörde zum strittigen Thema einer Vergütung für den ORF, entsprechend den Entscheidungsergebnissen umsetzen und bei Bedarf erforderliche Änderungen, insbesondere zu Punkt 4.1 der Simulcrypt-Vereinbarung 2019, unverzüglich vereinbaren. Unbeschadet dessen ist SKY berechtigt, die Simulcrypt-Vereinbarung 2019 binnen drei Monaten nach Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung eines österreichischen Gerichts oder einer österreichischen Behörde zum strittigen Thema einer Vergütung für den ORF, unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Monatsende außerordentlich zu kündigen, dies auch mit Wirkung für ORF. Dem ORF steht dieses Kündigungsrecht zu, wenn durch die rechtliche Klärung Entgeltansprüche beider Parteien festgestellt werden, die bei Gegenüberstellung im Ergebnis zu einem negativen Saldo des ORF führen.

Für den Fall, dass durch die rechtliche Klärung ausschließlich ein Entgeltanspruch des ORF festgestellt wird oder Entgeltansprüche beider Parteien festgestellt werden, die bei

Gegenüberstellung im Ergebnis zu einem negativen Saldo für Sky führen, hat Sky das Recht, den zwischen ORF und Sky bestehenden Vertrag vom 7.6.2018 [XXX] zu kündigen.

6. Zur Klarstellung wird festgehalten, dass die Simulcrypt-Vereinbarung 2019 wie oben ausgeführt auch während allenfalls anhängiger Gerichts- oder Verwaltungsverfahren gilt und erst mit Kündigung nach Maßgabe der in der Simulcrypt-Vereinbarung oder dieser Vereinbarung festgelegten Bestimmungen endet. Abweichend von Punkt 3.3 der Simulcrypt-Vereinbarung, Anlage 1, wird vereinbart, dass ein qualifizierter Zahlungsverzug mit dem Entgelt gemäß Punkt 4.1.1. der Simulcrypt-Vereinbarung, Anlage 1 (nach Maßgabe von Punkt 2 dieser Vereinbarung) vor rechtskräftiger Klärung des strittigen Themas den ORF und die ORS nicht zur Aussetzung des Simulcrypt berechtigt.

7. Die Vertragsparteien halten (auch in Einklang mit Punkt 7.2 der Simulcrypt-Vereinbarung, Anlage 1) fest, dass das strittige Thema einer Vergütung für den ORF sowie allfällige künftige Vereinbarungen oder Rechtsstreitigkeiten zu diesem strittigen Thema nur das Vertragsverhältnis zwischen ORF und SKY betreffen und jenes zwischen SKY und ORS nicht berühren. Allfällige künftige Vereinbarungen oder Rechtsstreitigkeiten bzw Verfahren zum strittigen Thema einer Vergütung für den ORF bedürfen daher keiner Teilnahme oder Zustimmung der ORS.

8. Wird die Simulcrypt-Vereinbarung, Anlage 1, nach Maßgabe ihrer Bestimmungen oder der Bestimmungen dieser Zusatzvereinbarung gekündigt, endet die Zusatzvereinbarung gleichzeitig und automatisch.

9. Diese Zusatzvereinbarung wird allseits ohne Präjudiz für die unterschiedlichen Auffassungen zum strittigen Thema einer Vergütung für den ORF sowie die dahingehende Sach- und Rechtslage abgeschlossen.

10. Die Punkte 7.1 (Schriftform), 7.2 (Abtretung, Rechtsnachfolge), 7.3 (Teilnichtigkeit), 7.9 (Ausfertigungen) und - in Bezug auf die Simulcrypt-Vereinbarung, Anlage 1- 7.10 (Anhänge) der Simulcrypt-Vereinbarung, Anlage 1, gelten sinngemäß auch für diese Zusatzvereinbarung. Unbeschadet dessen kann der Abschluss dieser Vereinbarung per E-Mail erfolgen.

11. Zur Entscheidung aller Streitigkeiten aus oder in Zusammenhang mit dieser Zusatzvereinbarung und/oder der Simulcrypt-Vereinbarung, Anlage 1, - einschließlich solcher über das Bestehen oder Nichtbestehen - ist ausschließlich das für Handelssachen wertzuständige Gericht in Wien zuständig. Das Recht von Sky oder ORF, Beschwerden und Anträge gegen die Zulässigkeit der in der Simulcrypt-Vereinbarung, Anlage 1, beschriebenen Entgelte des ORF vor den Regulierungsbehörden, den Verwaltungsgerichten und den Kartellbehörden und -Gerichten einzubringen, bleibt unberührt. Es gilt österreichisches materielles Recht unter Ausschluss der Verweisungsnormen und des UN-Kaufrechts.

Anlage ./1 Simulcrypt-Vereinbarung

[...]

Simulcrypt-Vereinbarung

[...]

1. Vertragsgegenstand

1.1. Simulcrypt

Gegenstand dieser Simulcrypt-Vereinbarung ist die Erlaubnis zur Freischaltung der vom ORF veranstalteten Fernsehprogramme ORFeins, ORF 2 (in den jeweiligen 9 Regionalfassungen) ORF Sport+ und ORF III, jeweils im Format HDTV und inklusive der enthaltenen Zusatzdienste (zB Teletext) soweit diese Signale durch den ORF/ORS mit dem Signal geliefert werden, (im Folgenden „ORF-Programme“) auf einer von SKY für Endkunden in Österreich unter Verwendung des in Punkt 1.2 genannten Verschlüsselungssystems betriebenen DTH-Satelliten-Plattform, derzeit über ASTRA 19,2, (im Folgenden „SKY-Plattform“) im Wege eines den jeweils gültigen DVB- bzw ETSI-Standards (<http://www.dvb.org/>) entsprechenden Simulcrypt-Verfahrens (siehe Punkt 1.2), sowie sonstige im Rahmen dieser Vereinbarung beschriebenen Leistungen. Darüber hinaus gehende Leistungen des ORF oder der ORS bedürfen einer gesonderten Vereinbarung.

1.2. Verschlüsselungssystem

Die vertragsgegenständliche Erlaubnis gilt ausschließlich bei einem der in Punkt 1.1 genannten technischen Normen entsprechendem Simulcrypt mit dem Verschlüsselungssystem [XXX]. Diese Erlaubnis umfasst derzeit bis zu drei parallele Simulcryptverfahren mit demselben Verschlüsselungssystem. Technische Änderungen des Simulcrypt, insbesondere betreffend des verwendeten Verschlüsselungssystems, bedürfen der vorherigen Zustimmung von ORF und ORS, die nicht unbillig verweigert werden darf. Eine „unbillige Verweigerung“ wäre es insbesondere, wenn die fragliche technische Änderung des Simulcrypt nicht über den gewöhnlichen Rahmen der von der ORS zu erbringenden Dienstleistungen hinausgeht und nur unerheblichen Aufwand auf Seiten von ORS verursacht. Geringfügige technische Änderungen des Simulcrypt, die weder über den gewöhnlichen Rahmen der von der ORS zu erbringenden Dienstleistungen hinausgehen noch einen erheblichen Aufwand auf Seiten von ORS verursachen, sind jedenfalls vom Zustimmungserfordernis durch ORF und ORS ausgenommen.

[...]

2. Erlaubnis zur Freischaltung

2.1 Der ORF erteilt SKY die Erlaubnis, die in Punkt 1.1 genannten ORF-Programme wie dort beschrieben auf den von SKY an Endkunden in Österreich ausgegebenen Endgeräten bzw. Smartkarten für den Empfang durch diese freizuschalten.

[...]

4. Vergütung

Die Erteilung der Erlaubnis zur Freischaltung der ORF-Programme sowie sonstiger Leistungen des ORF im Rahmen des Vertragsgegenstandes im Sinn von Punkt 1.1 dieser Vereinbarung erfolgt, mit

Ausnahme des im folgenden geregelten Leistungsumfangs und sofern in dieser Vereinbarung nicht anders geregelt, im Hinblick auf eine Gleichbehandlung aller die ORF-Programme über Satellit empfangenden Kunden gegen nachfolgend geregelte Entgelte, womit die Leistungen von ORF und ORS vollumfänglich abgegolten sind.

4.1.1. Sky zahlt an den ORF pro Jahr und für den ORF-Empfang freigeschaltetem Endgerät einen Betrag iHv Euro X exkl. USt. Unbeschadet des Punktes 4.3 ist der ORF berechtigt, diesen Betrag nach einer Evaluierung des der ORF Digital-Plattform zu Grunde liegenden Kostenrechnungsmodells frühestens nach drei Jahren anzupassen. Sky steht im Falle einer Erhöhung (abweichend von Punkt 7.4.1) das Recht zu, diese Vereinbarung zum Inkrafttreten der Erhöhung zu kündigen. Die Abrechnung erfolgt anteilig quartalsweise gemäß Punkt 4.1.2 und 4.1.3.

4.1.2. Die Anzahl der freigeschalteten Endgeräte wird durch Sky wie folgt ermittelt: [(Anzahl Karten/Endgeräte zum Quartalsbeginn) zuzüglich (Anzahl Karten/Endgeräte zum Quartalsende)] dividiert durch 2.

4.1.3. Die Abrechnung erfolgt quartalsweise im Nachhinein in Form einer Gutschrift durch Sky. Der Betrag hat bis zum 15. des Folgemonats ohne Abzug auf dem vom ORF bekannt zu gebenden Bankkonto einzulangen.

4.2. Die ORS stellt [gemeint wohl: für] die von ihr gem. Punkt 3 und den dazu gehörigen Anhängen zu erbringenden technischen Leistungen folgendes Entgelt in Rechnung:

Bei einem Simulcryptverfahren Euro XXX, bei zwei parallelen Simulcryptverfahren Euro XXX und bei drei parallelen Simulcryptverfahren Euro XXX jeweils exkl. Ust. pro Jahr. Zu Vertragsbeginn werden zwei parallele Simulcryptverfahren betrieben. Sky kann von der ORS die Erweiterung oder Reduktion um ein Simulcryptverfahren begehren, die dem mit einer Vorlaufzeit von vier Wochen zu entsprechen hat. Mit der Umsetzung kommen die entsprechend angepassten Entgelte zur Anwendung.

4.2.1. Die Abrechnung der vertragsgegenständlichen Leistungen gemäß Punkt 4.2 gegenüber SKY erfolgt durch die ORS. Die Zahlungen werden wie folgt abgewickelt:

4.2.2. SKY leistet an ORS quartalsweise im Vorhinein ein Viertel des jährlichen Entgelts gem. Punkt 4.2 zzgl. allfälliger österreichischer Mehrwertsteuer.

4.2.3. Der gem. Punkt 4.2.2 in Rechnung gestellte Betrag ist binnen 30 Tagen auf das bekannt zu gebende Konto ohne Abzug und für die ORS spesenfrei zur Anweisung zu bringen. Im Falle des Zahlungsverzuges gebühren Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe.

4.2.4. Unter „Quartal“ im Sinne der vorstehenden Bestimmungen ist das eines Kalenderjahres zu verstehen. Sofern der Vertragsbeginn oder die -beendigung in ein laufendes (Kalender)Quartal fällt, wird dieses anteilig im Sinn der vorstehenden Bestimmungen berechnet.

4.3. Das Entgelt gemäß Punkt 4.2 wird wertgesichert und jährlich gemäß dem von der Statistik Austria verlautbarten Verbraucherpreisindex 2015 (Ausgangsbasis ist der Wert des Monats Juni 2019) bzw. eines allenfalls anstelle dieses Index tretenden Index jährlich zum Stichtag 1. Jänner des Folgejahres angepasst. Für das Entgelt gemäß Punkt 4.1.1 kommt eine solche Wertsicherung erst ab einer allfälligen Verlängerung dieser Vereinbarung (siehe Punkt 7.4.1) zum Tragen.

[...]“

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zu den Verfahrensparteien beruhen auf dem – von den Beschwerdegegnern im Wesentlichen unwidersprochenen – glaubwürdigen Vorbringen der Beschwerdeführerin und den zitierten Verfahrensakten der KommAustria.

Die Feststellungen zu den Simulcrypt-Vereinbarungen zwischen den Verfahrensparteien beruhen ebenfalls auf dem – von den Beschwerdegegnern im Wesentlichen unwidersprochenen – glaubwürdigen Vorbringen der Beschwerdeführerin und den von dieser vorgelegten Unterlagen.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Maßgebliche Bestimmungen

Das ORF-G lautet auszugsweise:

„Unternehmensgegenstand und Finanzierung der Tätigkeiten

§ 2. (1) Der Unternehmensgegenstand des Österreichischen Rundfunks umfasst, soweit in diesem Bundesgesetz nicht Anderes bestimmt ist,

- 1. die Veranstaltung von Rundfunk,*
- 2. die Veranstaltung von mit der Tätigkeit nach Z 1 in Zusammenhang stehendem Teletext und die Bereitstellung von mit der Tätigkeit nach Z 1 in Zusammenhang stehenden Online-Angeboten,*
- 3. den Betrieb von technischen Einrichtungen, die für die Veranstaltung von Rundfunk und Teletext oder die Bereitstellung von Online-Angeboten notwendig sind,*
- 4. alle Geschäfte und Maßnahmen, die für die Tätigkeiten nach Z 1 bis 3 oder die Vermarktung dieser Tätigkeiten geboten sind.*

(2) [...]

(4) Die vertragliche Zusammenarbeit des Österreichischen Rundfunks mit anderen Unternehmen hat zu nichtdiskriminierenden Bedingungen zu erfolgen.

Versorgungsauftrag

§ 3. (1) Der Österreichische Rundfunk hat unter Mitwirkung aller Studios

- 1. für drei österreichweit und neun bundeslandweit empfangbare Programme des Hörfunks und*
- 2. für zwei österreichweit empfangbare Programme des Fernsehens zu sorgen.*

Der Österreichische Rundfunk hat nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit dafür zu sorgen, dass in Bezug auf Programm- und Empfangsqualität alle zum Betrieb eines Rundfunkempfangsgerätes (Hörfunk und Fernsehen) berechtigten Bewohner des Bundesgebietes gleichmäßig und ständig mit jeweils einem bundeslandweit und zwei österreichweit empfangbaren Programmen des Hörfunks und zwei österreichweit empfangbaren Programmen des Fernsehens versorgt werden.

[...]

(4) Nach Maßgabe der technischen Entwicklung und Verfügbarkeit von Übertragungskapazitäten, der wirtschaftlichen Tragbarkeit sowie nach Maßgabe des gemäß § 21 des Audiovisuelle Mediendienste-Gesetzes, BGBl. I Nr. 84/2001, erstellten Digitalisierungskonzeptes hat der Österreichische Rundfunk dafür zu sorgen, dass die Programme gemäß Abs. 1 unter Nutzung digitaler Technologie terrestrisch (unter Nutzung des Übertragungsstandards DVB-T im Hinblick auf die Programme gemäß Abs. 1 Z 2) verbreitet werden. Die Ausstrahlung von Programmen über Satellit hat nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit unter Nutzung digitaler Technologien zu erfolgen.

[...]

Programmmentgelt

§ 31. (1) *Jedermann ist zum Empfang der Hörfunk bzw. Fernsehsendungen des Österreichischen Rundfunks gegen ein fortlaufendes Programmmentgelt (Radioentgelt, Fernsehentgelt) berechtigt. Die Höhe des Programmmentgelts wird auf Antrag des Generaldirektors vom Stiftungsrat festgelegt. Der Generaldirektor hat einen Antrag auf Neufestlegung des Programmmentgelts nach Maßgabe der wirtschaftlichen Erfordernisse zu stellen, spätestens jedoch nach Ablauf von fünf Jahren ab dem letzten Antrag.*

[...]

(10) Das Programmmentgelt ist unabhängig von der Häufigkeit und der Güte der Sendungen oder ihres Empfanges zu zahlen, jedenfalls aber dann, wenn der Rundfunkeilnehmer (§ 2 Abs. 1 RGG) an seinem Standort mit den Programmen des Österreichischen Rundfunks gemäß § 3 Abs. 1 terrestrisch (analog oder DVB-T) versorgt wird. Der Beginn und das Ende der Pflicht zur Entrichtung des Programmmentgeltes sowie die Befreiung von dieser Pflicht richten sich nach den für die Rundfunkgebühren geltenden bundesgesetzlichen Vorschriften.

[...]

Regulierungsbehörde

§ 35. (1) *Die Aufsicht des Bundes über den Österreichischen Rundfunk beschränkt sich auf eine Aufsicht nach Maßgabe dieses Bundesgesetzes, unbeschadet der Prüfung durch den Rechnungshof. Die Rechtsaufsicht obliegt der Regulierungsbehörde. Ferner entscheidet die Regulierungsbehörde über Einsprüche gemäß § 33 Abs. 6.*

(2) Der Regulierungsbehörde obliegt auch die Rechtsaufsicht über die Tätigkeit der Tochtergesellschaften des Österreichischen Rundfunks im Hinblick auf die Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes.

(3) Regulierungsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, soweit nicht Abweichendes bestimmt wird, die KommAustria.

Rechtsaufsicht

§ 36. *(1) Die Regulierungsbehörde entscheidet neben den anderen in diesem Bundesgesetz und im KommAustria-Gesetz genannten Fällen – soweit dafür nicht eine andere Verwaltungsbehörde oder ein Gericht zuständig ist – über die Verletzung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes mit Ausnahme der Bestimmungen des 5a. Abschnittes oder über die Verletzung des Umfangs eines Angebotskonzepts einschließlich allfälliger nach § 6b Abs. 2 erteilten Auflagen*

1. auf Grund von Beschwerden

a. einer Person, die durch eine Rechtsverletzung unmittelbar geschädigt zu sein behauptet;

b. [...]

c. eines Unternehmens, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch die behauptete Verletzung berührt werden.

[...]

(3) Beschwerden sind innerhalb von sechs Wochen, Anträge sind innerhalb von sechs Monaten, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen. Offensichtlich unbegründete Beschwerden und Anträge sind ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen.

[...]

Entscheidung

§ 37. *(1) Die Entscheidung der Regulierungsbehörde besteht in der Feststellung, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung dieses Bundesgesetzes verletzt worden ist.*

[...]“

§ 27b AMD-G lautet auszugsweise:

„Zugang zu Zugangsberechtigungssystemen

§ 27b. *(1) Die Regulierungsbehörde hat mit Verordnung Bedingungen für Zugangsberechtigungssysteme festzulegen, die den fairen, angemessenen und diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Diensten gewährleisten. Die Regulierungsbehörde*

berücksichtigt dabei die Bestimmungen des Anhangs I der Richtlinie 2002/19/EG („Zugangsrichtlinie“).

[...]“

§ 2 ZIV lautet:

„Zugang von Rundfunkveranstaltern zu Zugangsberechtigungssystemen

§ 2. (1) *Anbieter von Zugangsberechtigungssystemen sind dazu verpflichtet, allen Rundfunkveranstaltern zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen und unter Einhaltung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts technische Dienste anzubieten, die es ermöglichen, dass die digital übertragenen Dienste des Rundfunkveranstalters von Zuschauern oder Hörern empfangen werden können, die über vom Diensteanbieter bereitgestellte Decoder verfügen und damit empfangsberechtigt sind.*

(2) Rundfunkveranstalter im Sinne dieser Bestimmung sind der Österreichische Rundfunk sowie Rundfunkveranstalter im Sinne des § 2 Z 1 PrTV-G.“

§ 354 UGB lautet auszugsweise:

„Entgeltlichkeit

§ 354. (1) *Ist in einem Geschäft kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart, so gilt ein angemessenes Entgelt als bedungen.*

[...]“

4.2. Behördenzuständigkeit

Gemäß § 35 Abs. 1 und 2 ORF-G iVm § 13 Abs. 3 Z 13 KOG obliegt die Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk und seine Tochtergesellschaften der Regulierungsbehörde. Gemäß § 35 Abs. 3 ORF-G ist die Regulierungsbehörde die KommAustria.

4.3. Beschwerdelegitimation

Die Beschwerdeführerin stützt ihre Beschwerdelegitimation auf § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a und c ORF-G. Für die Entgeltforderung des Erstbeschwerdegegners gemäß Punkt 4.1.1. der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 gebe es keine gesetzliche Grundlage. Die Entgeltforderung verstoße sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach gegen den in § 3 ORF-G festgelegten Versorgungsauftrag des ORF sowie § 2 Abs. 4 ORF-G (iVm § 2 ZIV). Da der Beschwerdeführerin hierdurch Mehrkosten in Höhe von ca. XXX pro Jahr entstünden, sei sie durch den Abschluss der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 unmittelbar geschädigt.

Die Entgeltforderung der Zweitbeschwerdegegnerin gemäß Punkt 4.2 der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 liege mehr als 100 % über den marktüblichen Sätzen und verstoße daher gegen „§ 2 Abs. 4 ORF-G (iVm § 2 ZIV)“. Da der Beschwerdeführerin hierdurch Mehrkosten in Höhe von zumindest EUR XXX pro Jahr entstünden, sei sie durch den Abschluss der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 unmittelbar geschädigt.

Die beschwerdegegenständlichen Rechtsverletzungen berührten die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin, die mit dem Erstbeschwerdegegner in einem Wettbewerbsverhältnis am Sehermarkt stehe, da die unter Punkt 4.1 der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 dargestellten Kosten – so man noch nicht von einer unmittelbaren Schädigung ausgehe – die Beschwerdeführerin jedenfalls in ihren wirtschaftlichen Interessen massiv beeinträchtigten.

Nach der Bestimmung des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G („*Individualbeschwerde*“) ist für die Beschwerdelegitimation wesentlich, dass eine Person unmittelbar geschädigt zu sein behauptet, wobei eine „*unmittelbare Schädigung*“ nach der Spruchpraxis des Bundeskommunikationssenats (BKS) neben der materiellen auch die immaterielle Schädigung umfasst, die zumindest im Bereich der Möglichkeit liegen muss, das heißt, sie darf nicht von vorneherein ausgeschlossen sein. (vgl. etwa BKS 18.10.2010, GZ 611.929/0002-BKS/2010). Auch nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G („*Konkurrentenbeschwerde*“) muss die Berührung der rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen durch die behauptete Rechtsverletzung zumindest im Bereich der Möglichkeit liegen.

4.3.1. Denkmögliche Verletzung von § 2 Abs. 4 ORF-G (iVm § 2 ZIV)

Zur behaupteten Verletzung von § 2 Abs. 4 ORF-G bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, die Zweitbeschwerdegegnerin unterliege als Tochtergesellschaft des ORF gemäß § 2 Abs. 3 ORF-G dem ORF-G und damit insbesondere auch § 2 Abs. 4 ORF-G, wonach die vertragliche Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen zu nichtdiskriminierenden Bedingungen zu erfolgen hat. Dieses Diskriminierungsverbot bedeute, dass jeder, der Interesse an einer vertraglichen Kooperation mit dem ORF oder einer Tochtergesellschaft des ORF hat und in der Lage sei, die vertragsgegenständlichen Leistungen gleichwertig zu erbringen, in die Verhandlungen einzubeziehen ist und nicht aus unsachlichen Gründen, insbesondere ohne Begründung, ausgeschlossen bzw. beim Vertragsabschluss benachteiligt werden dürfe. Das Diskriminierungsverbot des § 2 Abs. 4 ORF-G werde durch die auf Basis von § 27 Abs. 1 AMD-G erlassene Zugangsberechtigungssysteme- und Interoperabilitätsverordnung (ZIV) ergänzt. Während die Bestimmungen der ZIV nur bestimmte Sachverhaltskonstellationen regelten, bestehe gegenüber den ORF-Tochtergesellschaften eine erweiterte Möglichkeit, Zugang zu bestimmten von diesen betriebenen Plattformen bzw. Diensten zu erlangen. Nach § 2 ZIV seien Anbieter von Zugangsberechtigungssystemen dazu verpflichtet, technische Dienste, die es empfangsberechtigten Zuschauern und Hörern ermöglichen, digital übertragene Dienste von Rundfunkveranstaltern zu empfangen, allen Rundfunkveranstaltern zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen und unter Einhaltung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts anzubieten. § 2 ZIV solle den Missbrauch marktbeherrschender Positionen durch Anbieter von Zugangsberechtigungssystemen verhindern.

Der BKS habe in seinem Bescheid vom 25.11.2005, GZ 611.933/0016-BKS/2005, klargestellt, dass § 2 ZIV auch auf den ORF und seine Tochterunternehmen (dh insbesondere auch auf die ORS) anwendbar sei und diese dritten Rundfunkveranstaltern die von ihnen angebotenen Zugangsberechtigungsdienste zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen zur Verfügung stellen müssten. Im Lichte der Zielsetzungen der ZIV und der Zugangsrichtlinie seien die Bestimmungen der ZIV technologisch entwicklungs offen zu verstehen und sei daher jedes technische Gerät zum Transport von Zugangsberechtigungssystemen vom Anwendungsbereich erfasst. Von den Beschwerdegegnern auf Grundlage der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 erbrachte Leistungen stellten daher „technische Dienste“ dar, auf die die Bestimmungen der ZIV anwendbar seien. Ziel der Zugangsrichtlinie und der ZIV sei es, für Verbraucher die Verfügbarkeit einer möglichst großen Bandbreite von Programmen und Dienstleistungen sicherzustellen. Gleichzeitig

solle möglichst vielen alternativen Diensteanbietern der Zugang zu den Zuschauern und Hörern ermöglicht werden. Die Beschwerdegegner hätten daher nach § 2 Abs. 1 ZIV der Beschwerdeführerin den Zugang zu ihren technischen Diensten zu fairen angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen anzubieten. Dies folge im Übrigen auch aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des § 2 Abs. 4 ORF-G.

4.3.1.1. Zum Freischaltungs-Entgelt (Punkt 4.1 der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 idF der Zusatzvereinbarung)

In Hinblick auf das Freischaltungs-Entgelt – das ist das „Entgelt zur Erlaubnis zur Freischaltung der ORF-Programme“ gemäß Punkt 4.1 der am 30.03.2019 abgeschlossenen Simulcrypt-Vereinbarung 2019 in der Höhe von EUR X exklusive USt. pro Jahr und Endgerätstelle – liegt aus den folgenden Gründen denkmöglich keine Verletzung von § 2 Abs. 4 ORF-G vor:

Aus der Zusatzvereinbarung zur Simulcrypt-Vereinbarung 2019 ergibt sich, dass hinsichtlich der Höhe des Entgelts für die Freischaltung zwischen den Vertragsparteien Uneinigkeit bestand. Punkt 1 dieser Vereinbarung lautet:

„1. Zu Punkt 4.1 der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 besteht keine Einigkeit zwischen dem ORF und SKY. Die Vertragsparteien vereinbaren daher, dass die Simulcrypt-Vereinbarung 2019 mit Beginn des 01.04.2019 ohne Geltung von deren Punkt 4.1 in Kraft tritt.“

In Punkt 2 dieser Vereinbarung wird zudem unter anderem unter Verweis auf § 354 Abs. 1 UGB klargestellt, dass nicht Unentgeltlichkeit vereinbart wurde:

„2. Dies erfolgt vor dem Hintergrund, dass zwischen den Parteien die Frage einer Vergütung für den ORF für die Erteilung der Erlaubnis zur Freischaltung der ORF-Programme sowie sonstige Leistungen des ORF im Rahmender Simulcrypt-Vereinbarung 2019 dem Grunde und der Höhe nach strittig ist (im Folgenden kurz „strittiges Thema einer Vergütung für den ORF“ oder nur „strittiges Thema“) und, sofern eine Einigung im Verhandlungsweg nicht erreicht werden kann, einer Entscheidung im Rechtsweg zugeführt werden soll. Es wird daher ausdrücklich keine Vereinbarung über eine allfällige Unentgeltlichkeit getroffen (§ 354 Abs. 1 UGB), weder eine Vereinbarung über (i) die von SKY geforderte Unentgeltlichkeit für die Erteilung der Erlaubnis der Freischaltung, noch über (ii) das von ORF geforderte Entgelt gemäß Punkt 4.1.1. der Simulcrypt-Vereinbarung 2019.“

Auf Grund dieser Vereinbarung wird einerseits der Beschwerdeführerin der Zugang zu den von ihr benötigten Leistungen nach dem Auslaufen der vorherigen Vereinbarung nahtlos weiter gewährt, andererseits haben die Parteien – mangels Einigkeit über die dafür zu erbringende Gegenleistung und infolge ausdrücklichen Ausschlusses der Unentgeltlichkeit – iSd § 354 Abs. 1 UGB vereinbart, dass die Antragstellerin für die Leistungen der Antragsgegner ein – der Höhe nach noch nicht bekanntes, erst in einem künftigen Verfahren zu klärendes – angemessenes Entgelt zu leisten hat (vgl. in diesem Sinne auch den Beschluss des OGH als Kartellobergericht vom 12.03.2020, 16 Ok 1/20p, in einer im Wesentlichen einen vergleichbaren Sachverhalt betreffenden Kartellrechtsangelegenheit).

Die KommAustria ist gemäß § 37 Abs. 1 ORF-G lediglich dazu berufen, festzustellen, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung des ORF-G verletzt worden ist. Die Bestimmung des zwar nicht zahlenmäßig vereinbarten, aber bestimmbaren (vgl. § 354 Abs. 1 UGB) Entgelts ist vielmehr vor den ordentlichen Gerichten zu klären (§ 36 Abs. 1 erster Satz ORF-G iVm § 1 JN, vgl. in diesem

Sinne KOA 10.09.2013, KOA 11.500/13-020, bestätigt durch BVwG 20.02.2014, W194 2000237/12E und VwGH 22.06.2016, Zl. Ro 2014/03/0067; vgl. in diesem Sinne wiederum OGH 12.03.2020, 16 Ok 1/20p). Eine Zuständigkeit zur Festlegung von Entgelten im Wege eines vertragsersetzenden Bescheids durch die KommAustria besteht nur, wo dies ausdrücklich vorgesehen ist (vgl. etwa § 20 Abs. 5 AMD-G und § 5 Abs. 7 FERG). Auch zur Abklärung der abstrakten Frage, ob ein – tatsächlich zahlenmäßig nicht vereinbartes – Bereitstellungsentgelt in einer bestimmten Höhe dem ORF-G entsprechen würde, besteht keine Zuständigkeit der KommAustria (vgl. in diesem Sinne BKS 09.03.2009, GZ 611.975/0001-BKS/2009).

Ein angemessenes Entgelt ergibt sich im Übrigen nach der Rechtsprechung des OGH unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist. Zentraler Bezugspunkt bei der Bemessung des Entgelts sind daher die konkreten Marktverhältnisse (*W. Schuhmacher* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 354 RZ 12 [Stand 1.12.2017, rdb.at] unter Verweis auf Lehre und Rechtsprechung). Vor diesem Hintergrund kann jedenfalls in der hier zu beurteilenden Konstellation ein angemessenes Entgelt die Bestimmung des § 2 Abs. 4 ORF-G schon deshalb denkmöglich nicht verletzen (in diesem Sinne auch die Ausführungen im schon zitierten Beschluss des OGH als Kartellobergericht vom 12.03.2020, 16 Ok 1/20p zum Diskriminierungsverbot gemäß § 5 Abs. 1 Z 3 KartG).

4.3.1.2. Zum Entgelt für technische Leistungen (Punkt 4.2 der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 idF der Zusatzvereinbarung)

Hinsichtlich der behaupteten Verletzung von § 2 Abs. 4 ORF-G durch das Entgelt für technische Leistungen gemäß Punkt 4.2 der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 ist festzuhalten, dass sich die von der Beschwerdeführerin behauptete Verpflichtung der Beschwerdegegner, ein Simulcrypt der Programme des Erstbeschwerdegegners zu einem angemessenen Entgelt zu ermöglichen, weder aus § 2 Abs. 4 ORF-G iVm § 2 ZIV, noch unmittelbar aus § 2 Abs. 4 ORF-G ergibt:

Die Erläuterungen der KommAustria zum auf Grundlage von § 27b PrTV-G (nunmehr: AMD-G) erlassenen § 2 ZIV lauten (Hervorhebungen hinzugefügt):

„Die Bestimmung ist die Nachfolgeregelung zu § 5 Abs. 1 FS-G und dient auf Grundlage von § 27b PrTV-G der Umsetzung von Artikel 6 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang I Teil I lit. b, erster Spiegelstrich, der Richtlinie 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie). Durch die Bestimmung soll der Missbrauch marktbeherrschender Positionen durch Anbieter von Zugangsberechtigungssystemen verhindert werden. Ziel der Vorschrift ist, Rundfunkveranstaltern die chancengleiche und diskriminierungsfreie Nutzung der Zugangsberechtigungssysteme zu ermöglichen und damit auch den Endverbrauchern entsprechende Wahlmöglichkeiten zu sichern.

Die Interoperabilität soll dadurch gewährleistet werden, dass Anbieter von Zugangsberechtigungssystemen Rundfunkveranstaltern diskriminierungsfrei technische Dienste anbieten müssen, damit deren Dienste über die (häufig proprietären) Decoder, die von Ersteren angeboten werden, auch zugangskontrolliert empfangen werden können.

Das Recht auf Zugang zum Zugangsberechtigungssystem setzt wesensmäßig voraus, dass der betreffende Dienst (Rundfunkprogramm) über das betreffende Netz verbreitet wird. Diese grundsätzliche Einspeisung ist nicht Gegenstand der Verordnung (etwa als „Must Carry“-Verpflichtung für Kabel- oder sonstige Netzbetreiber). Diese Verpflichtungen sind in § 20 PrTV-G

geregelt, vgl. auch die allgemeine Nichtdiskriminierungsverpflichtung eines Multiplex-Betreibers bei digitaler Verbreitung in § 27 PrTV-G.

Für eine Regelung, wie sie die Telekom Austria AG im Rahmen der Konsultation angeregt hat, nach der Rundfunkveranstalter verpflichtet sein sollen, Zugangsberechtigungssysteme zu nutzen, besteht im Rahmen der gesetzlichen Grundlagen kein Raum, zumal auch in den europarechtlichen Vorgaben kein Ansatz für eine solche Bestimmung erkennbar ist.

Aufgrund der expliziten Ausnahme des Österreichischen Rundfunks (ORF) vom Begriff des „Rundfunkveranstalters“ im PrTV-G (§ 2 Z 1 PrTV-G) wird in Abs. 2 klargestellt, dass die hier geregelten Rechte allen Rundfunkveranstaltern einschließlich des ORF zukommen. Es handelt sich also um „Sendeanstalten“ im Sinne der Zugangsrichtlinie; entsprechend der Definition des PrTV-G „wer Hörfunk- oder Fernsehprogramme (analog oder digital) für die Verbreitung in Kabelnetzen oder über Satellit oder Fernsehprogramme für die Verbreitung auf drahtlosem terrestrischen Wege schafft, zusammenstellt und verbreitet oder durch Dritte vollständig und unverändert verbreiten lässt.“

§ 2 Abs. 1 ZIV verpflichtet Anbieter von Zugangsberechtigungssystemen, allen Rundfunkveranstaltern im Sinne von § 2 Abs. 2 ZIV (nach der Rechtslage nach der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 sind darunter Hörfunkveranstalter im Sinne des § 2 Z 1 PrR-G, Fernsehveranstalter iSd § 2 Z 17 AMD-G, soweit sie Rundfunk im Sinne von Art. 1 Abs. 1 B-VG Rundfunk veranstalten, sowie der ORF zu verstehen) zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen und unter Einhaltung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts technische Dienste anzubieten, die es ermöglichen, dass die digital übertragenen Dienste des Rundfunkveranstalters von Zuschauern oder Hörern empfangen werden können, die über vom Diensteanbieter bereitgestellte Decoder verfügen und damit empfangsberechtigt sind. Nicht vom Begriff des Rundfunkveranstalters ist sowohl nach der Rechtslage nach § 2 Z 1 letzter Satz PrTV-G als auch nach der aktuellen Rechtslage nach § 2 Z 17 letzter Satz AMD-G erfasst, wer Fernsehprogramme – ohne sie selbst zu veranstalten – lediglich weiterverbreitet. Die Regelungen gemäß § 27b AMD-G und § 2 ZIV dienen der Umsetzung von Art. 6 und Anhang I Teil I 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), welche sowohl durch die Richtlinie 2009/140/EG als auch durch Art. 62 der Richtlinie 2018/1972/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EECC) im Wesentlichen unverändert geblieben ist. Wie sich aus den zitierten Materialien zur ZIV ergibt, entspricht die Definition des Rundfunkveranstalters in § 2 Abs. 2 ZIV dem Begriff der „Sendeanstalt“ im Sinne der Zugangsrichtlinie.

Zum einen sind Begünstigte der in § 2 ZIV vorgesehenen Verpflichtung somit ausschließlich Rundfunkveranstalter im genannten Sinne und nicht auch Betreiber von Verbreitungsplattformen; zum anderen ist Gegenstand der Verpflichtung des § 2 ZIV nach ihrem klaren Wortlaut nur der Zugang des Rundfunkveranstalters zu technischen Diensten (Zugangsberechtigungssystem) eines dritten Diensteanbieters, die es ermöglichen, dass die digital übertragenen Dienste des Rundfunkveranstalters von Zuschauern oder Hörern empfangen werden können, die über vom Diensteanbieter bereitgestellte Decoder verfügen und damit empfangsberechtigt sind. Im vorliegenden Fall wird aber von der Beschwerdeführerin der Zugang zum Zugangsberechtigungssystem des Erstbeschwerdegegners im Sinne eines Simulcrypt gefordert, um den Kunden ihrer eigenen Satellitenplattform die Programme des Erstbeschwerdegegners

verfügbar machen zu können. Eine solche Verpflichtung regelt die Bestimmung nach ihrem klaren Wortlaut nicht. Die KommAustria hat überdies ausweislich der Erläuterungen die Anregung der A1 Telekom Austria AG im Rahmen des Konsultationsverfahrens gemäß § 128 TKG 2003 zur ZIV (abrufbar unter https://www.rtr.at/de/inf/KonsultationZIVErgebnis/2923_TAAAnlage_A.pdf), eine Verpflichtung für Rundfunkveranstalter, ihre Programme Anbietern von Zugangsberechtigungssystemen zur Verfügung zu stellen, um diesen die Möglichkeit einzuräumen, eine möglichst große Auswahl von Rundfunkveranstaltern bzw. Programmen anbieten zu können, mit dem Hinweis auf die fehlende – auch unionsrechtliche – Rechtsgrundlage für eine solche Verpflichtung nicht aufgegriffen.

Soweit das Vorbringen, die Bestimmungen der ZIV seien technologisch entwicklungs offen zu verstehen und daher sei jedes technische Gerät zum Transport von Zugangsberechtigungssystemen vom Anwendungsbereich erfasst, so zu verstehen ist, dass auf Grund der technologischen Entwicklung über den – wie oben dargestellt – klaren Wortlaut der Bestimmung hinaus eine planwidrige Lücke hinsichtlich Plattformbetreibern wie der Beschwerdeführerin bestehe, ist auf die ständige Rechtsprechung des VfGH zu verweisen, wonach eine auftretende Rechtslücke im Zweifel als beabsichtigt angesehen werden muss, da das öffentliche Recht, im Besonderen das Verwaltungsrecht, schon von der Zielsetzung her nur einzelne Rechtsbeziehungen unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses zu regeln bestimmt ist. Eine durch Analogie zu schließende echte Lücke ist nur dann gegeben, wenn das Gesetz anders nicht vollziehbar ist oder wenn es in eine Regelung einen Sachverhalt nicht einbezieht, auf den – unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes und gemessen an den mit der Regelung verfolgten Absichten des Gesetzgebers – dieselben Wertungsgesichtspunkte zutreffen wie auf die im Gesetz geregelten Fälle und auf den daher – schon zur Vermeidung einer verfassungsrechtlich bedenklichen Ungleichbehandlung – auch dieselben Rechtsfolgen angewendet werden müssen (vgl. zuletzt etwa VfGH 10.10.2019, Ra 2018/08/0189, mwN).

Gegen eine planwidrige Lücke spricht zum einen die ausdrückliche Aussage der verordnungserlassenden KommAustria in den Materialien, dass eine solche Verpflichtung mangels unionsrechtlicher Rechtsgrundlage nicht Eingang in die ZIV finden konnte. Art. 6 und Anhang I Teil I Zugangsrichtlinie, RL 2002/19/EG, die dem § 2 ZIV zu Grunde liegen und auch durch die RL 2009/140/EG unverändert blieben, haben nämlich, wie sich aus Anhang I Teil I lit b. ausdrücklich ergibt, den lediglich Zweck „alle Anbieter von Zugangsberechtigungsdiensten“ ... „auf deren Zugangsdienste die Sendeanstalten angewiesen sind“, zu verpflichten, ihre technischen Dienste zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen anzubieten. Der Wortlaut hat sich in den Nachfolgebestimmungen, Art. 62 und Anhang II Teil I der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EECC) im Wesentlichen nicht geändert; insbesondere ist Berechtigter der Zugangsregelung weiterhin die „Sendeanstalt“ im oben beschriebenen Sinn. Da der EECC den Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation nicht nur kodifizieren, sondern auch an die geänderten Marktgegebenheiten anpassen soll (vgl. insbesondere etwa die ErwG 3, 4 und 7) und dies vielfach auch tut, jedoch die gegenständliche Bestimmung im Wesentlichen unverändert lässt, legt dies den Schluss nahe, dass der Unionsgesetzgeber keinen Handlungsbedarf im von der Beschwerdeführerin genannten Sinne gesehen hat. Vor diesem Hintergrund kann nicht vom Vorliegen einer planwidrigen Lücke in § 2 ZIV ausgegangen werden.

§ 2 ZIV verpflichtet somit nach seinem klaren Wortlaut unter Berücksichtigung zugrundeliegenden unionsrechtlichen Bestimmungen den Erstbeschwerdegegner als Anbieter eines

Zugangsberechtigungssystem nicht dazu, Plattformbetreibern wie der Beschwerdeführerin ein Simulcrypt der von ihm veranstalteten Fernsehprogramme zu ermöglichen. Da somit § 2 ZIV auf die Beschwerdeführerin in ihrer Funktion als Betreiberin einer Satellitenplattform, die Zugang zu den Programmen des Erstbeschwerdegegners im Rahmen von Simulcrypt erhalten will, nicht anwendbar ist, kann schon vor diesem Hintergrund eine Verletzung von „§ 2 Abs. 4 ORF-G (iVm § 2 ZIV)“ denkunmöglich vorliegen; bei diesem Ergebnis erübrigt sich auch die Beantwortung der Frage, ob die behauptete Verletzung des auf Grund von § 27b PrTV-G (nunmehr: AMD-G) erlassenen § 2 ZIV überhaupt mittelbar als eine Diskriminierung im Sinne des § 2 Abs. 4 ORF-G releviert werden kann oder ob eine Verletzung dieser Bestimmung nicht vielmehr im Rahmen einer Beschwerde gemäß § 61 Abs. 1 Z 1 und 2 AMD-G hätte geltend gemacht werden müssen.

Da auch keine darüberhinausgehende Diskriminierung in der vertraglichen Zusammenarbeit der Beschwerdegegner im Sinne des § 2 Abs. 4 ORF-G behauptet wird, liegt jedenfalls keine denkmögliche Verletzung der letztgenannten Bestimmung vor.

4.3.2. Denkmögliche Verletzung von § 3 ORF-G durch das vereinbarte „Freischaltungs-Entgelt“ (Punkt 4.1 der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 idF der Zusatzvereinbarung)

Zur behaupteten Verletzung von § 3 ORF-G bringt die Beschwerdeführerin unter Verweis auf ein Gutachten von A im Wesentlichen vor, da aufgrund der Entwicklung der digitalen Verbreitungs- und Empfangsmöglichkeiten heute lediglich eine Minderheit von 6 % der Rundfunkteilnehmer mit der (digitalen) terrestrischen Verbreitung versorgt werden könne, könne sich der technische Vollversorgungsauftrag bezüglich ORFeins und ORF 2 nicht darin erschöpfen. Der Wortlaut des § 3 Abs. 3 ORF-G, wonach die öffentlich-rechtlichen Programme „jedenfalls terrestrisch zu verbreiten“ seien, bringe zum Ausdruck, dass es sich bei der terrestrischen Verbreitung um eine Grundanforderung handle, die jedoch an die „technische Entwicklung“ anzupassen sei. Nachdem heutzutage dem Verbreitungsweg über Satelliten die bedeutendste Rolle zukomme und 57 % der österreichischen TV-Haushalte Fernsehen über Satellit empfangen würden, müsse sich der ORF an diese technische Entwicklung anpassen. Dies werde in § 3 Abs. 4 ORF-G in Bezug auf ORFeins und ORF 2 auch ausdrücklich geregelt: „Die Ausstrahlung von Programmen über Satellit hat nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit unter Nutzung digitaler Technologien zu erfolgen.“ Daher könne der ORF den gesetzlichen Versorgungsauftrag nur erfüllen, wenn er die beiden österreichweit empfangbaren Programme ORFeins und ORF 2 auch über Satellit verbreite, um so eine möglichst weitgehende Erreichbarkeit der berechtigten Bewohner Österreichs sicherzustellen. Da die technische Entwicklung mittlerweile dazu geführt habe, dass das Satelliten-TV mit großem Abstand der bedeutendste Verbreitungsweg der ORF-Programme sei und die wirtschaftliche Machbarkeit durch von den Satelliten-Empfängern zu leistende Zahlungen sichergestellt sei, sei der ORF gemäß § 3 Abs. 4 ORF-G zur Verbreitung seiner Programme über Satellit verpflichtet und habe hiermit nach § 3 Abs. 1 Unterabsatz 2 ORF-G „alle zum Betrieb eines Rundfunkempfangsgeräts berechtigten Bewohner des Bundesgebietes“ zu versorgen.

Die von der Beschwerdeführerin nach der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 an den ORF zu entrichtenden Freischaltkosten von EUR X pro Jahr und freigeschaltetem Endgerät seien sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach nicht mit dem Versorgungsauftrag vereinbar.

Der VwGH habe in seinem Erkenntnis vom 22.06.2016, Zl. Ro 2014/03/0067, für die Überwälzung des zusätzlichen Kostenaufwands für die Verbreitung der ORF-Programme via Satellit die folgenden zwei kumulativen Voraussetzungen festgelegt:

- Es müsse sich um eine „Zahlung durch den Empfänger“ handeln; und
- Die Zahlung müsse zur Abdeckung des zusätzlichen Kostenaufwands „für die Herstellung der individuellen Empfangsmöglichkeit“ dienen.

Im gegenständlichen Fall sei keine dieser beiden Voraussetzungen erfüllt. Zur Zahlung werde nicht der „Empfänger“ verpflichtet, sondern die Beschwerdeführerin. Da diese bis dato für die Freischaltung der ORF-Programme auf ihrer Plattform (die es seit 15 Jahren gebe) XXX bezahlt habe, könne sie die entstehenden zusätzlichen Kosten von EUR X pro Jahr und freigeschaltetem Endgerät auch nicht ohne weiteres auf ihre Kunden überwälzen. Da diese bis dato für den Empfang der ORF-Programme über die Plattform der Beschwerdeführerin nichts bezahlt hätten, würde ein zusätzliches Entgelt von EUR X pro Jahr bei den bestehenden Kunden der Beschwerdeführerin wohl auf Unverständnis stoßen und diese massiv verärgern, wenn nicht überhaupt zur vorzeitigen Kündigung von Abonnements und zum Abwandern von Kunden führen.

Es handle sich auch um keine Zahlung zur „Herstellung der individuellen Empfangsmöglichkeit“, da die Zahlung die Beschwerdeführerin als Plattformbetreiberin treffe und es im Ermessen der Beschwerdeführerin liege, ob die Zahlung auf alle ihre Kunden oder nur auf die zum ORF-Empfang freigeschalteten Endgeräte umgelegt werde. Die Wahl eines Verschlüsselungssystems durch den Erstbeschwerdegegner solle nicht dazu führen, dass Nutzer die andere Programm-Plattformen nutzen wollten, sich für den Empfang der ORF-Programme zusätzlich noch hierfür geeignete Dekodierungseinrichtungen beschaffen müssten. Aus § 3 ORF-G ergebe sich die Verpflichtung des Erstbeschwerdegegners, seine öffentlich-rechtlichen Programme auch in anderen Verschlüsselungstechnologien bereitzustellen, sofern die diese verwendenden Drittplattformen von einer nicht unerheblichen Zahl der empfangsberechtigten Rundfunkteilnehmer genutzt werden und damit für den ORF keine wesentlichen Kosten verbunden seien. Der ORF dürfe daher andere Plattformbetreiber, deren Verschlüsselungsinformationen vom ORF auf seinem Signal mittransportiert würden, nicht zur Mitfinanzierung des öffentlichen Versorgungsauftrags heranziehen, weil hierfür ausschließlich der ORF aufzukommen habe. Denkbar sei eine Kostenverrechnung an die Plattformbetreiber nur insoweit, als das Aufspielen der Verschlüsselungsinformationen einen zusätzlichen Aufwand der Zweitbeschwerdegegnerin erfordere, der dem Plattformanbieter zuzurechnen sei. Es folge daher, dass die in der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 vorgesehene Zahlung von EUR X pro Jahr und freigeschaltetem Endgerät für die Freischaltung der ORF-Programme dem Grunde nach nicht mit dem Versorgungsauftrag vereinbar sei.

Die Beschwerdeführerin behauptet somit eine Verletzung des Versorgungsauftrags nach § 3 ORF-G durch die nach der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 an den ORF zu entrichtenden Freischaltkosten von EUR X pro Jahr und freigeschaltetem Endgerät sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach.

Auch hinsichtlich der behaupteten Verletzung von § 3 ORF-G kann diese vor dem Hintergrund des im Rahmen der Zusatzvereinbarung vereinbarten angemessenen Entgelts dem Grunde nach denkunmöglich verletzt sein: Wie die Parteien übereinstimmend angeben, wird die Bereitstellung der Programme des Erstbeschwerdegegners an die Beschwerdeführerin nicht verweigert. Hinzu tritt, dass das vereinbarte angemessene Entgelt – wovon die Parteien ausweislich des Inhalts der Zusatzvereinbarung offensichtlich auch ausgehen, vom zuständigen Zivilgericht – unter Zugrundelegung der konkreten Marktverhältnisse – auch mit EUR 0,- festgelegt werden kann. Schon aus diesem Grund kann, selbst bei Zutreffen der Rechtsansicht der Beschwerdeführerin, dass ihr § 3 ORF-G einen Anspruch auf – über die technischen Kosten des Simulcrypt herausgehende –

kostenfreie Bereitstellung der Programme des Erstbeschwerdegegners vermittelt, insgesamt denkunmöglich eine Verletzung dieser Bestimmung durch die Simulcrypt-Vereinbarung 2019 iDf der Zusatzvereinbarung vorliegen.

Im Übrigen vermittelt § 3 ORF-G – entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin – nach seinem klaren Wortlaut und in seinem systematischen Zusammenhang – aber ohnehin keinen solchen Anspruch des Betreibers einer Satellitenplattform auf Verbreitung der Programme des Erstbeschwerdegegners auf seiner Plattform:

§ 3 Abs. 1 ORF-G legt fest, für die Verbreitung welcher Programme der Erstbeschwerdegegner zur Erfüllung seines Versorgungsauftrags gegenüber den Rundfunkteilnehmern „zu sorgen“ hat. Aus den folgenden Absätzen dieser Bestimmung ergeben sich die konkreten Übertragungswege, über die der Erstbeschwerdegegner seine Programme unter welchen Bedingungen zur Verfügung zu stellen hat. So ergibt sich aus der Formulierung von § 3 Abs. 3 ORF-G in Verbindung mit § 3 Abs. 1 ORF-G, dass der Erstbeschwerdegegner die Programme nach § 3 Abs. 1 Z 1 und 2 ORF-G jedenfalls selbst bzw. unter seiner Verantwortung (etwa durch den Zweitbeschwerdegegner) terrestrisch zu verbreiten hat; dass der Gesetzgeber mit dem Versorgungsauftrag gemäß § 3 ORF-G jedenfalls die Verbreitung der Programme des Erstbeschwerdegegners durch ihn selbst oder von ihm Beauftragte erfassen soll – und nicht etwa auch die Verbreitung durch selbständige Dritte, die nicht seiner Kontrolle unterliegen – wird auch durch andere Regelungen des Rundfunkrechts (etwa die Festlegung des Versorgungsgrades in § 3 Abs. 3 zweiter Satz ORF-G oder den Vorrang des Erstbeschwerdegegners bei der Zuordnung von Übertragungskapazitäten nach § 10 Abs. 1 PrR-G, vgl. in diesem Sinne wohl auch *Kogler/Trainer/Truppe* Österreichische Rundfunkgesetze⁴, 47f) bestätigt.

Den mit der technischen Entwicklung und wirtschaftlichen Tragbarkeit bedingten Satelliten-Verbreitungsauftrag erbringt der Erstbeschwerdegegner somit – ausschließlich – mit der Verbreitung seiner Programme über die von der Zweitbeschwerdegegnerin in dessen Auftrag und auf dessen Rechnung betriebene Satellitenplattform ORF Digital.

Die Verbreitung der Programme des Erstbeschwerdegegners auf Plattformen Dritter wird demgegenüber im Rahmen von Must-Carry-Bestimmungen zu seinen Gunsten geregelt. Eine solche existiert gemäß § 20 Abs. 1 AMD-G im Zusammenhang mit Kabelnetzen: die Bestimmung verpflichtet Kabelnetzbetreiber, die Hörfunk- und Fernsehprogramme des Österreichischen Rundfunks (§ 3 ORF-G) weiter zu verbreiten, sofern dies ohne unverhältnismäßig großen Aufwand möglich ist. Diese Verpflichtung der Netzbetreiber korrespondiert wohl mit einer Verpflichtung des Erstbeschwerdegegners, diese den Kabelnetzbetreibern zur Weiterverbreitung zur Verfügung zu stellen. (Vgl. eine Zusammenfassung dieser Diskussion in Deutschland bei *Hain/Steffen/Wiorny*, Die Must Carry-Regelungen des deutschen Medienrechts im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Rechtsgutachten im Auftrag der in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, 28 ff; zu beachten ist allerdings, dass – anders als in Österreich – nach deutscher Rechtslage (§ 19 RfStV) die Verbreitungswege, auf denen öffentlich-rechtliche Programme zu verbreiten sind, nicht schon ausdrücklich im Gesetz festgelegt sind, sondern den Medienanstalten im Rahmen ihrer Rundfunkfreiheit überlassen ist, nach dem Kriterium der Funktionserforderlichkeit geeignete Übertragungswege auszuwählen).

Eine „Must-Carry“ und eine korrespondierende Verpflichtung des Erstbeschwerdegegners, seine Programme den Betreibern von Satellitenplattformen zur Verfügung zu stellen, besteht jedenfalls

nach dem hier anzuwendenden Rechtsrahmen jedoch nicht (vgl. auch die Ausführungen zu § 2 ZIV weiter oben unter Punkt 4.3.1).

Vor diesem Hintergrund geht auch die Argumentation der Beschwerdeführerin zu § 31 ORF-G ins Leere: Da die Verbreitung der Programme des Erstbeschwerdegegners über die Drittplattformen nicht Gegenstand des Versorgungsauftrags gemäß § 3 Abs. 4 ORF-G ist, sodass sich – jedenfalls aus dieser Bestimmung – keine Verpflichtung zur Ermöglichung des Empfangs der Programme des Erstbeschwerdegegners auf Drittplattformen ergibt, ist für die Entgelte im Rahmen einer Simulcrypt-Vereinbarung aus § 31 ORF-G nichts zu gewinnen. Ob sich allenfalls aus Normen des allgemeinen Wettbewerbsrechts anderes ergibt, ist nicht Gegenstand des Verfahrens vor der KommAustria. Die Beurteilung allgemeiner wettbewerbsrechtlicher Aspekte zivilrechtlicher Vertragsbeziehungen fällt vielmehr in die Zuständigkeit der Zivilgerichte (als Kartellgerichte) und gegebenenfalls in jene der nach dem Wettbewerbsgesetz eingerichteten Bundeswettbewerbsbehörde (§ 36 Abs. 1 erster Satz ORF-G iVm § 1 JN, vgl. wiederum KommAustria, 10.09.2013, KOA 11.500/13-020, bestätigt durch BVwG 20.02.2014, W194 2000237/12E und VwGH 22.06.2016, Zl. Ro 2014/03/0067).

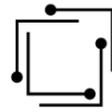
4.4. Ergebnis

Die Beschwerde war vor diesem Hintergrund daher spruchgemäß in ihrer Gesamtheit mangels Beschwerdelegitimation als unzulässig zurückzuweisen.

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.

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 10.300/20-007“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtzahlung“ sind die Steuernummer/Abgabenkontonummer 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 06. August 2020

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)