

# Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden sowie den Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk und seine Tochtergesellschaften gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 und § 13 Abs. 3 Z 13 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 125/2011 iVm § 35 bis § 37 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. I Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 126/2011 wie folgt entschieden:

## I. Spruch

Gemäß §§ 35, 36 Abs. 1 Z 3 lit. a und 37 Abs. 1 ORF-G wird festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk seit dem 08.08.2011 mit der Bereitstellung des Online-Angebots TVthek über das zugangsgeschützte Kabelnetz der A1 Telekom Austria Aktiengesellschaft nicht dem durch das Angebotskonzept „TVthek.ORF.at“ vom 10.05.2011 gezogenen Rahmen entspricht, wobei diese nicht bloß geringfügige Änderung erst am 12.01.2012 nach § 5a Abs. 2 ORF-G angezeigt wurde und seit diesem Zeitpunkt auch eine Verletzung nach § 5a Abs. 2 letzter Satz ORF-G vorliegt.

## II. Begründung

### 1. Gang des Verfahrens

#### 1.1. Aufforderung zur Stellungnahme vom 10.08.2011

Mit Schreiben vom 10.08.2011 wurde der Österreichische Rundfunk (ORF) von der KommAustria aufgefordert, die Zusammenarbeit betreffend der Verbreitung der TVthek über das zugangsgeschützte Kabelnetz der A1 Telekom Austria Austria Aktiengesellschaft (A1 Telekom Austria) umfassend darzustellen.

## 1.2. Stellungnahme des ORF vom 24.08.2011

Mit Schreiben vom 24.08.2011 wurde die Kooperation des ORF mit der A1 Telekom Austria derart dargestellt, dass seitens der A1 Telekom Austria technische Anpassungen vorgenommen wurden, im Sinne der Plattform- und Technologieneutralität inhaltlich aber alles unverändert geblieben sei. Die TVthek werde im Rahmen des Angebots A1TV den Kabelfernsehkunden der A1 Telekom Austria angeboten. Dabei sei die A1 Telekom Austria lediglich technischer Dienstleister, der den notwendigen Speicherplatz zu Verfügung stelle. Weiters wurden die aus Sicht des ORF relevanten Eckpunkte der vertraglichen Vereinbarung zwischen dem ORF (bzw. der ORF Enterprise GmbH & Co KG) und der A1 Telekom Austria dargestellt, wobei eine unterschriebene Vereinbarung nicht vorgelegt wurde.

## 1.3. Ergänzungsersuchen vom 12.09.2011

Mit Schreiben der KommAustria vom 12.09.2011 wurde der ORF aufgefordert, die vollständige Vereinbarung mit der A1 Telekom Austria vorzulegen, allenfalls nähere Angaben zum Entwurf bzw. zum Entgelt zu machen.

## 1.4. Replik des ORF vom 27.09.2011

Der ORF führte mit Schreiben vom 27.09.2011 aus, dass keine unterschriebene Vereinbarung mit der A1 Telekom Austria vorliege, gab jedoch die Höhe der zuletzt vereinbarten monatlichen Pauschale bekannt.

## 1.5. Einleitung eines Rechtsverletzungsverfahrens vom 28.10.2011

Daraufhin leitete die KommAustria (KOA 11.261/11-007) mit Schreiben vom 28.10.2011 gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 KOG iVm §§ 35 bis 37 ORF-G ein Verfahren zur Feststellung einer Rechtsverletzung ein.

## 1.6. Stellungnahme des ORF vom 14.11.2011

In seiner Stellungnahme vom 14.11.2011 führte der ORF aus, dass die Bereitstellung der TVthek über A1TV vom bestehenden Angebotskonzept erfasst sei. Die TVthek sei gerade nicht Bestandteil des Programmbouquets in fest definierter Qualität im Breitbandnetz von A1TV bzw. vertraglich vereinbar, entgeltlicher Leistungsbestandteil, sondern nur als kostenloses Extra zum Angebot von A1TV zu sehen, wie es sich auch aus den auf der Webseite von A1 veröffentlichten AGB (<http://www.a1.net.hilfe-support/agb>) ergebe. Ein gesondertes Entgelt für die Nutzung der TVthek sei durch die Abonnenten von A1TV nicht zu entrichten.

Auch Kunden eines „Internet-Access-Providers“ bezahlen nicht für den Zugang zur TVthek im Internet, sondern für die Verbreitungsleistung des Access-Providers. Die TVthek sei daher sowohl im Internet, als auch über A1TV nur für Personen erreichbar, die den (entgeltlichen) Zugang zur entsprechenden Verbreitungsleistung besitzen. Ein relevanter Unterschied für eine differenzierte Behandlung dieser Verbreitungsformen bestehe daher nicht. Weiters könnten in der TVthek über A1TV und im Internet die gleichen Inhalte abgerufen werden.

Die Bereitstellung der TVthek erfolge plattform- und technologieneutral. Der ORF bereite die Daten nur technisch für die Einspeisung für grundsätzlich alle Kabelnetze auf und übergebe die Daten an die vom jeweiligen Kabelnetzbetreiber zur Verfügung gestellte Schnittstelle, genau deshalb sei die TVthek nicht proprietär ausgestaltet. Im Falle von A1TV mündeten sie in das von der KommAustria als „proprietär“ bezeichnete Netz der A1 Telekom Austria. In

anderen österreichischen Kabelsystemen (Salzburg AG, LiWest, etc...) werden offene Systeme eingesetzt.

Zum von der KommAustria vorgebrachten Argument, eine Änderung des Angebotskonzepts ergebe sich schon daraus, dass dasselbe besage, „Grundsätzlich ist die Nutzung über jeden Internetzugang frei...“, halte man fest, dass das Angebotskonzept in seiner Gesamtheit gelesen werden müsse. Es wäre nicht im Sinne der vom Gesetzgeber geforderten Erstellung eines Konzepts, einzelne Passagen im Angebotskonzept isoliert zu betrachten und nach Art der Versteinerungstheorie wie Verfassungsbestimmungen zu interpretieren. Vor diesem Hintergrund ergebe sich bei vollständiger Betrachtung, dass die Verbreitung der TVthek über A1TV von diesem gedeckt sei.

Daraus ergebe sich, dass mit dem Angebotskonzept vom 10.05.2011 auch der Fall erfasst sein sollte, dass die Sendungen der TVthek gerade auch über Kabelnetze abrufbar sein sollten. Maßstab des Ausmaßes einer Änderung sei das Angebot in einer Gesamtbetrachtung aller (durch das Angebotskonzept festgelegten) Rahmenbedingungen. Zudem handle es sich bloß um eine geringfügige Änderung des Angebotskonzepts. Dadurch, dass die KommAustria nur die technische Nutzbarkeit und den Zugang zum Maßstab der Änderungen iSd § 5a Abs. 2 ORF-G mache, werde nicht berücksichtigt, dass sämtliche andere Punkte des Angebotskonzepts unverändert bleiben. Die nicht bloß geringfügige Änderung müsse sich auf das Angebot insgesamt beziehen, jedenfalls läge nur eine geringfügige Änderung vor.

#### 1.7. Stellungnahme des Public-Value-Beirats

Dem gemäß § 6c ORF-G eingerichteten Public-Value-Beirat wurde von der KommAustria mit Schreiben vom 05.12.2011 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Am 12.12.2011 machte der Public-Value-Beirat von dieser Möglichkeit Gebrauch.

In seiner Stellungnahme brachte der Public-Value-Beirat vor, dass grundsätzlich die freie Zugänglichkeit der TVthek auf internettauglichen TV-Geräten begrüßt werde. Dies sei an die Bedingung geknüpft, dass dieses Angebot für Nutzer weder mit zusätzlichen Kosten verbunden, noch exklusiv für A1TV reserviert sein dürfe.

#### 1.8. Angebotskonzept

Mit Schreiben vom 12.01.2012, KOA 11.261/12-001, wurde eine Änderung des Angebotskonzepts „TVthek.ORF.at“ mit Stand 10.05.2011 gemäß § 5a Abs. 2 ORF-G eingebracht, die auf die Abdeckung weiterer Verbreitungsarten gerichtet ist.

## **2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt**

### 2.1. A1TV

Die A1 Telekom Austria betreibt unter dem Namen A1TV ein auf IPTV basierendes digitales Kabelfernsehnetz. Die A1 Telekom Austria versorgt ca. 200.000 Haushalte mit A1TV.

Der Kunde verpflichtet sich bei Inanspruchnahme dieses Angebots zur Annahme unter anderem folgender Bestimmung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB):

#### **„2.1 A1 Mediabox:**

*Für den Empfang von A1 Kabel TV ist eine für dieses Produkt vorkonfigurierte A1 Mediabox erforderlich, wobei je nach technischer Verfügbarkeit bis zu zwei A1 Mediaboxen pro Basispaket betrieben werden können. Die A1 Mediabox(en) wird (werden) dem Kunden gegen ein zusätzliches monatliches Entgelt von der A1 Telekom Austria für die Dauer des Vertragsverhältnisses zur Verfügung gestellt.*

[...]

### **2.2 A1 Smartcard:**

*A1 Telekom Austria Austria überlässt dem Kunden pro A1 Mediabox eine A1 Smartcard für die Laufzeit des Vertrages über A1 Kabel TV. Der Kunde erwirbt an der A1 Smartcard kein Eigentum und ist nicht berechtigt, diese Dritten zu überlassen. Bei Verstoß gegen die Nutzungsbedingungen dieser LB sowie bei Überlassung der A1 Smartcard an Dritte liegt ein Missbrauch vor. A1 Telekom Austria Austria ist berechtigt, die A1 Smartcard bei Missbrauch sowie bei Beendigung des Vertragsverhältnisses bezüglich A1 Kabel TV zurückzufordern. Ansonsten ist der Kunde verpflichtet, die A1 Smartcard unmittelbar nach Beendigung des Vertragsverhältnisses unbrauchbar zu machen.*

[...]

## **4.2. Zugangsdaten**

*Der Kunde verpflichtet sich, seine Zugangsdaten und Passwörter Dritten nicht zugänglich zu machen und größte Sorgfalt bei der Geheimhaltung dieser Daten walten zu lassen, um einen missbräuchlichen Zugriff auf seine Daten zu vermeiden. Er hat das Kennwort („PIN Code“) unverzüglich zu ändern, wenn er vermutet, dass unberechtigte Dritte vom Kennwort („PIN Code“) Kenntnis erlangt haben. A1 Telekom Austria Austria haftet nicht für Schäden, die durch die missbräuchliche Verwendung des Kennwortes („PIN Code“) durch den Kunden sowie durch die Verwendung oder Veränderung der übermittelten Daten durch den Kunden oder durch Dritte, die sich unbefugt Zugriff zu diesen Daten verschafft haben, entstanden sind.*

[...]

### 2.2. Angebotskonzept zu „TVthek.ORF.at“

Zur technischen Nutzbarkeit der TVthek wird im entsprechenden Angebotskonzept unter Punkt 2.4. Folgendes ausgeführt:

*„Grundsätzlich ist die Nutzung über jeden Internetzugang frei, d.h. ohne Zugangsbarrieren wie Passwortsperren möglich. Aus lizenzrechtlichen Gründen kann insbesondere eine geographische Beschränkung auf Österreich („Geo-Protection“) notwendig sein.*

*Alle Sendungen werden mittels Streamingtechnologie zur Verfügung gestellt. Die verfügbaren Video-/Audio-Formate sind derzeit Windows-Media und H.264. Weitere Anpassungen von Formaten und Bandbreiten können im Zuge technischer Weiterentwicklungen erfolgen.*

*Die ORF-TVthek liefert über Streaming-Server ein reines Streaming-Format, mit dieser Technologie ist für die Nutzer kein Download bzw. keine Speicherung möglich. Im Fall von Podcasts kann eine Speicherung stattfinden.*

*Die digitalen Verbreitungsmöglichkeiten und die Vielfalt der multimedialfähigen Endgeräte erweitern sich permanent, und dieser Prozess wird in den nächsten Jahren weiter an Dynamik zulegen. Es ist daher geplant, dass die ORF-TVthek an die nutzerfreundliche Darstellung auf unterschiedlichen Plattformen und Endgeräten angepasst werden kann, beispielsweise für die Browser-Nutzung bei geringerer Bandbreite oder kleinerer Bildschirmgröße (Video/Audio-Format bzw. Datenrate, Navigation), oder durch die technische Abrufbarkeit über Softwareprogramme für eine optimierte Darstellung bei mobiler Nutzung.*

[...]

*Das Online-Angebot soll im Sinne der Plattform- und Technologieneutralität an die nutzerfreundliche Darstellung auf unterschiedlichen Plattformen und Endgeräten (Smartphones, Tablets, TV-Geräte etc.) – entsprechend den technischen Möglichkeiten – angepasst werden (kein inhaltliches Mehrangebot).*

[...]“

Mit Schreiben vom 12.01.2012, KOA 11.261/12-001, hat der ORF eine Änderung des Angebotskonzepts (Stand 10.05.2011) zu "TVthek.ORF.at" gemäß § 5a Abs. 2 ORF-G übermittelt. Die Änderung bezieht sich auf die technische Nutzbarkeit der TVthek:

*„Es ist daher geplant, dass die ORF-TVthek an die nutzerfreundliche Darstellung auf unterschiedlichen Plattformen und Endgeräten angepasst werden kann, beispielsweise für die Browser-Nutzung bei geringerer Bandbreite oder kleinerer Bildschirmgröße (Video/Audio-Format bzw. Datenrate, Navigation), oder durch die technische Abrufbarkeit über Softwareprogramme für eine optimierte Darstellung bei mobiler Nutzung. **Dies schließt auch die Verfügbarkeit der TVthek über Dienste in den Netzen von Kabelnetz-, Telekommunikations- oder Satellitenbetreibern mit ein, bei denen der Zugang zu den Inhalten über (offene oder) proprietäre bzw. geschützte Systeme erfolgt.**“*

Eine Untersagung des geänderten Angebotskonzepts ist nicht erfolgt. Eine Veröffentlichung ist bislang noch nicht erfolgt.

### 2.3. TVthek auf A1TV

Auf A1TV wird seit 08.08.2011 das Online-Angebot „TVthek.ORF.at“ bereitgestellt. Es handelt sich hierbei um eine inhaltlich unveränderte Bereitstellung. Das Angebot wird dabei technisch zur Darstellung auf größeren TV-Endgeräten und zur Benutzerführung mittels Fernbedienung angepasst. Der Abruf erfolgt mittels der in der Set-Top-Box integrierten Browser-Technologie im Wege von Streaming. Eine Speicherung ist nicht möglich.

Seitens der A1 Telekom Austria werden im Auftrag und nach Vorgabe des ORF die für die optimale Darstellung der TVthek auf A1TV technisch notwendigen, plattformspezifischen Adaptierungen des Layouts durchgeführt. Die inhaltliche, insbesondere auch die redaktionelle Verantwortung, liegt ausschließlich beim ORF. Ein über die Nutzungsgebühr für A1TV hinausgehendes Entgelt für die Benutzung der TVthek auf A1TV wird nicht eingehoben.

Für die Zugänglichmachung der TVthek im Rahmen von A1TV entrichtet die A1 Telekom Austria an den ORF eine Monatspauschale von EUR XXX,-.

## **3. Beweiswürdigung**

Die Feststellung hinsichtlich der Zahl der Abonnenten von A1TV ergibt sich aus einer Pressemeldung der A1 Telekom Austria vom 02.01.2012<sup>1</sup>.

Die gegenständlichen Feststellungen hinsichtlich des Angebotskonzepts ergeben sich aus dem von der KommAustria nicht untersagten und vom ORF veröffentlichten Angebotskonzept vom 10.05.2011 (Veröffentlichung am 11.07.2011). Die Feststellungen hinsichtlich des Angebotskonzepts vom 12.01.2012 ergeben sich aus dem Schreiben des

---

<sup>1</sup> [http://www.telekom-presse.at/A1\\_zufrieden\\_mit\\_2011\\_dank\\_neuer\\_Festnetz\\_Kunden.id.18096.htm](http://www.telekom-presse.at/A1_zufrieden_mit_2011_dank_neuer_Festnetz_Kunden.id.18096.htm)

ORF vom 12.01.2012, KOA 11.261/12-001, sowie der in diesem Zusammenhang erfolgten Verschweigung durch die KommAustria.

Die Feststellungen zu Inhalt und Umfang des Angebots auf A1TV ergeben sich aus den Vorbringen des ORF zum Angebot der TVthek auf A1TV. Die Feststellungen hinsichtlich A1TV ergeben sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)<sup>2</sup>.

Die Feststellungen zur Vereinbarung zwischen dem ORF und der A1 Telekom Austria gründen sich auf das glaubwürdige Vorbringen des ORF in seinen Stellungnahmen.

#### **4. Rechtliche Beurteilung**

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

§ 36 ORF-G lautet auszugsweise:

*„(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*

*[...]*

*3. von Amts wegen*

*a. soweit der begründete Verdacht besteht, dass gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 bereitgestellte Angebote oder gemäß § 3 Abs. 8 veranstaltete Programme nicht dem durch die §§ 4b bis 4f und die Angebotskonzepte (§ 5a), einschließlich allfälliger nach § 6b Abs. 2 erteilter Auflagen gezogenen Rahmen entsprechen;*

*[...]“*

§ 5a ORF-G lautet auszugsweise:

*„(1) Angebotskonzepte dienen, soweit in diesem Gesetz vorgesehen, der Konkretisierung des gesetzlichen Auftrags der im öffentlich-rechtlichen Auftrag gelegenen Programme und Angebote. Sie haben insbesondere Angaben zu folgenden Punkten zu enthalten:*

*1. Inhaltskategorien;*

*2. Zielgruppe;*

*3. zeitliche Gestaltung des Programms oder Angebots inklusive allfälliger zeitlicher Beschränkungen;*

*4. technische Nutzbarkeit des oder Zugang zum Angebot;*

*5. allfällige besondere Qualitätskriterien;*

*6. allfällige komplementäre oder ausschließende Beziehungen zu anderen Programmen der Angeboten des Österreichischen Rundfunks;*

*7. Themen, Formate, Programmschienen oder sonstige Angaben dazu, was hauptsächlich, nur nebenrangig oder überhaupt nicht Gegenstand des Programms oder Angebots sein soll;*

*8. Einhaltung der Vorgaben dieses Gesetzes, insbesondere Ausführungen zur Vereinbarkeit des Programms oder Angebots mit § 4.*

*(2) Angebotskonzepte sind nach ihrer erstmaligen Erstellung sowie nach jeder nicht bloß geringfügigen Änderung der Regulierungsbehörde zu übermitteln. Die Regulierungsbehörde hat binnen acht Wochen nach Übermittlung die Verbesserung des Angebotskonzeptes*

---

<sup>2</sup> [http://cdn3.a1.net/final/de/media/pdf/LB\\_A1KabelTV\\_25052011.pdf](http://cdn3.a1.net/final/de/media/pdf/LB_A1KabelTV_25052011.pdf)

aufzutragen, wenn das Angebotskonzept unvollständig ist. Die Regulierungsbehörde hat binnen acht Wochen nach Übermittlung des vollständigen Angebotskonzepts die Durchführung des Angebotskonzeptes zu untersagen, wenn die Veranstaltung oder Bereitstellung des betreffenden Programms oder Angebots gegen die Vorgaben dieses Gesetzes verstoßen würde oder eine Auftragsvorprüfung gemäß §§ 6 bis 6b durchzuführen wäre. Hat die Regulierungsbehörde innerhalb der genannten Frist die Durchführung des Angebotskonzepts nicht untersagt, hat der Österreichische Rundfunk das Angebotskonzept auf seiner Website leicht auffindbar, unmittelbar und für die Dauer seiner Gültigkeit ständig zugänglich zu machen. Das Programm oder Angebot darf beginnend mit der Veröffentlichung des Angebotskonzepts veranstaltet oder bereitgestellt werden.

[...]“

#### 4.1. Verfügbarkeit der TVthek auf A1TV

a.) Die deutsche TV-Plattform trifft folgende Unterscheidung zwischen IPTV und Internet-Fernsehen<sup>3</sup>:

*„Beim IPTV wird von einem Telekommunikations-Anbieter einem bestimmten Nutzerkreis – den Abonnenten – ein festes Programm bouquet in definierter Qualität in seinem Breitbandnetz zur Verfügung gestellt.*

*Im Unterschied dazu können beim Internet-Fernsehen („TV over Internet“) beliebige Inhalte und Programme, die frei verfügbar im Netz zugänglich sind, zu jeder Zeit und überall von jedermann heruntergeladen werden.“*

Eine Definition der Europäischen Rundfunkunion (EBU) führt den Begriff von IPTV noch näher aus<sup>4</sup>:

*“...Es handelt sich um eine integrierte, „allumfassende“ Medienplattform, die ein Bündel diverser Inhalte und Kommunikationsdienste eines einzigen Anbieters über ein einziges Netzwerk zu einem einzigen Gerät eines Nutzers – alles mit einer einzigen Zahlung... eine zentrale Anlaufstelle anbietet...Ungeachtet des Diensteanbieters, ist IPTV ein vertikal organisiertes und genau kontrolliertes System. Es wird immer von einem einzigen Diensteanbieter, der alle Elemente der Wertschöpfungskette kontrolliert, betrieben: die Bereitstellung von Inhalten, die Bündelung von Inhalten (Content Packaging), der Vertrieb, der Empfang, der Beziehung zum Nutzer und das Entgelt. Der Diensteanbieter ist für die durchgehende Qualität der Dienste verantwortlich. Oft wird dabei von proprietären technischen Lösungen Gebrauch gemacht (die weder international vereinbart noch interoperabel mit jenen anderer Anbieter gestaltet sind)...*

*„Internet Video Streaming“ [Internet-Fernsehen] ist nur ein Dienst des „besten Bemühens“, ohne garantierter Dienstqualität. Das Internet erstreckt sich weltweit (im Gegensatz zu IPTV, dass sich nur lokal erstreckt).“*

Bei Internet-Fernsehen werden daher breitbandige Fernseh-Anwendungen (einschließlich Abrufdienste) über das weltweit zugängliche Internet übertragen. Im Unterschied zu IPTV liegt die Übertragungsqualität außerhalb der Einflussosphäre des Diensteanbieters, der diesbezüglich davon ausgeht, dass das Vorhandensein eines entsprechenden tauglichen Internetanschlusses sowie von kompatiblen Endgeräten alleinig vom Nutzer getragen werden.

---

<sup>3</sup> [http://de.wikipedia.org/wiki/Internet\\_Protocol\\_Television](http://de.wikipedia.org/wiki/Internet_Protocol_Television)

<sup>4</sup> ([http://www.ebu.ch/en/union/diffusion\\_on\\_line/tech/tcm\\_6-46276.php](http://www.ebu.ch/en/union/diffusion_on_line/tech/tcm_6-46276.php))



Auch wenn beide Formen der Übertragung, Internet-Fernsehen und IPTV, IP-basierend sind, ergeben sich doch Unterschiede: IPTV ist ein geschlossener Nutzerkreis inhärent, der Zugang, der im Fall von A1TV über eine Set-Top-Box erfolgt, ist nur über das damit verbundene proprietäre System möglich. Steuerungsmöglichkeiten des IPTV-Anbieters bestehen durch die von ihm zur Verfügung gestellte Set-Top-Box.

Als Zwischenergebnis wird festgehalten, dass sich frei zugängliches Internet-Fernsehen von IPTV, das nur mittels eines proprietären Systems nutzbar ist, hinsichtlich der technischen Nutzbarkeit und des Zugangs unterscheidet.

In diesem Zusammenhang wird auf die Stellungnahme des Beirats gemäß § 6c ORF-G (Public-Value-Beirat) hingewiesen, wonach die freie Zugänglichkeit der TVthek auf internettauglichen TV-Geräten begrüßt, dies jedoch an die Bedingung geknüpft wird, dass dieses Angebot für Nutzer weder mit zusätzlichen Kosten verbunden, noch exklusiv an den Anbieter A1TV gebunden sein darf.

b.) Für die Nutzung von A1TV entrichten die Kunden der A1 Telekom Austria ein Entgelt und erhalten im Gegenzug Zugriff auf das Angebot von A1TV über die dem Kunden von A1TV zur Verfügung gestellte Set-Top-Box. Ohne die durch die Zurverfügungstellung der Set-Top-Box durch die A1 Telekom Austria entstehende Berechtigung ist kein Zugriff auf das Angebot TVthek möglich.

In diesem Zusammenhang ist auch irrelevant, ob der Nutzer zusätzlich zu dem in diesem Zusammenhang zu entrichtenden Entgelt ein zusätzliches Entgelt für die Nutzung der TVthek entrichten muss oder ob diese frei ist.

## 4.2. Angebotskonzept

Gemäß § 5a Abs. 2 ORF-G sind Angebotskonzepte nach jeder nicht bloß geringfügigen Änderung der Regulierungsbehörde zu übermitteln. Eine Bereitstellung des geänderten Angebots ist erst nach Nichtuntersagung durch die Regulierungsbehörde binnen acht Wochen nach vollständiger Übermittlung des Angebotskonzepts mit seiner Veröffentlichung auf der Website des ORF zulässig.

### 4.2.1. Technische Nutzbarkeit/Zugang zur TVthek

Der ORF definiert die technische Nutzbarkeit bzw. den Zugang zur TVthek in seinem Angebotskonzept wie folgt: „Grundsätzlich ist die Nutzung über jeden Internetzugang frei, d.h. ohne Zugangsbarrieren wie Passwortsperrern möglich.“ Eine Beschränkung wird nur dort angedacht, wo sie aus lizenzrechtlichen Gründen allenfalls erforderlich ist.

Es ist daher aus dem Vorbringen des ORF, wonach auch Nutzer mit einem Internetzugang für die Verbreitungsleistung durch einen Internet-Access-Provider ein Entgelt entrichten müssen, und daher beide Übertragungsarten, IPTV und Internet-Fernsehen entgeltlich sind, nichts zu gewinnen.

Vielmehr ist auf das Angebotskonzept abzustellen: dieses spricht von technischen Fragen in Zusammenhang mit der Nutzbarkeit bzw. Zugänglichkeit („...Passwortsperrern...“), geht aber von einer freien Zugänglichkeit im Internet aus. Tatsächlich stellt die Frage der technischen Nutzbarkeit das Unterscheidungskriterium dar. Während die Möglichkeit des Abrufes der TVthek unter der im Angebotskonzept angegebenen Internetadresse „TVthek.ORF.at“ von einem vom Nutzer beliebig gewählten Ort bzw. beliebigen Internetzugang besteht (diese Variante ist vom Angebotskonzept umfasst), besteht diese Möglichkeit des Abrufes der auf A1TV angebotenen Version der TVthek nicht (es handelt sich daher um eine nicht vom Angebotskonzept erfasste, zusätzliche Variante der Verbreitung der TVthek).



#### 4.2.2. Änderung des Angebotskonzepts

Der ORF bringt vor, dass das Angebotskonzept in seiner Gesamtheit gelesen werden müsse. Es wäre nicht im Sinne der vom Gesetzgeber geforderten Erstellung eines Konzepts, einzelne Passagen im Angebotskonzept isoliert zu betrachten. Vor diesem Hintergrund ergebe sich bei vollständiger Betrachtung, dass die Verbreitung der TVthek über A1TV von diesem gedeckt sei. Maßstab des Ausmaßes einer Änderung sei das Angebot in einer Gesamtbetrachtung aller (durch das Angebotskonzept festgelegten) Rahmenbedingungen.

Dabei übersieht der ORF Sinn und Zweck der Erstellung von Angebotskonzepten.

§ 5a Abs.1 ORF-G besagt:

*„(1) Angebotskonzepte dienen, soweit in diesem Gesetz vorgesehen, der Konkretisierung des gesetzlichen Auftrags der im öffentlich-rechtlichen Auftrag gelegenen Programme und Angebote. Sie haben insbesondere Angaben zu folgenden Punkten zu enthalten:*

- 1. Inhaltskategorien;*
- 2. Zielgruppe;*
- 3. zeitliche Gestaltung des Programms oder Angebots inklusive allfälliger zeitlicher Beschränkungen;*
- 4. technische Nutzbarkeit des oder Zugang zum Angebot;*
- 5. allfällige besondere Qualitätskriterien;*
- 6. allfällige komplementäre oder ausschließende Beziehungen zu anderen Programmen der Angeboten des Österreichischen Rundfunks;*
- 7. Themen, Formate, Programmschienen oder sonstige Angaben dazu, was hauptsächlich, nur nebenrangig oder überhaupt nicht Gegenstand des Programms oder Angebots sein soll;*
- 8. Einhaltung der Vorgaben dieses Gesetzes, insbesondere Ausführungen zur Vereinbarkeit des Programms oder Angebots mit § 4.*

Der Detaillierungsgrad, den § 5a Abs. 1 ORF-G hinsichtlich des darzustellenden öffentlich-rechtlichen Angebots vorgibt, deutet darauf hin, dass die einzelnen, in § 5a Abs. 1 ORF-G vorgegebenen Kategorien gesondert zu prüfen sind. Die Behörde hat demnach festzustellen, ob eine Änderung hinsichtlich der einzelnen, in § 5a Abs. 1 ORF-G gelisteten Kategorien eingetreten ist. Um diese Prüfung zu ermöglichen, ist ein hinreichender Grad der Konkretisierung erforderlich.

Diese Sichtweise wird auch durch die Formulierung des § 6 Abs. 3 ORF-G gestützt, wonach als Beurteilungsmaßstab für eine wesentliche Änderung einige Kategorien aus § 5a Abs. 1 ORF-G herangezogen werden (Inhalt/technische Nutzbarkeit oder Zugang/Zielgruppe). Eine Gesamtschau, wie vom ORF gefordert, würde sich demnach als unpräzise und unzureichend erweisen.

Prüft man also Z 4, die Kategorie „*technische Nutzbarkeit des oder Zugang zum Angebot*“, kommt man zum Ergebnis, dass, wie in Punkt 4.2.1. dargelegt, mit der Verbreitung der TVthek über die proprietäre Plattform A1TV gegenüber dem Angebotskonzept vom 10.05.2011 eine Änderung der technischen Nutzbarkeit und des Zugangs in Form einer Erweiterung eingetreten ist, die vom bestehenden Angebotskonzept nicht mit umfasst ist.

#### 4.2.3. Nicht bloß geringfügige Änderung

Der ORF argumentiert, es handle sich bloß um eine geringfügige Änderung des Angebotskonzepts. Dadurch, dass die KommAustria nur die technische Nutzbarkeit und den Zugang zum Maßstab der Änderungen iSd § 5a Abs. 2 ORF-G mache, würde nicht berücksichtigt, dass sämtliche anderen Punkte des Angebotskonzepts unverändert blieben. Es liege eine bloß geringfügige Änderung vor.

In diesem Zusammenhang ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen, wonach die in § 5a Abs. 1 ORF-G gelisteten Kategorien für sich im Hinblick auf eine Änderung zu prüfen sind.

Dabei stellt nicht jede technische Änderung oder des Zugangs zum Angebot eine nicht bloß geringfügige Änderung im Sinne § 5a Abs.1 Z 4 ORF-G dar. Dies betrifft etwa Format-, Design- oder Kapazitätsänderungen des Angebots TVthek, die tatsächlich geringfügige Änderungen darstellen.

Der oben beschriebene Unterschied zwischen Internet-Fernsehen und IPTV hinsichtlich der technischen Nutzbarkeit und des Zugangs ist nicht nur geringfügig. Zwar sind beide Formen IP-basierend, das eine System ist ein offenes, das andere jedoch nur über einen proprietären Zugang nutzbar. Im Verhältnis zu dem im Angebotskonzept vorgesehenen Internet-Fernsehen ist IPTV als Erweiterung der Verbreitungsarten der TVthek zu sehen. Dies deshalb, weil die A1 Telekom Austria 200.000 Haushalte mit A1TV versorgt, die dann zusätzlich via TV-Gerät über einen Zugang zur TVthek verfügen.

Es handelt sich daher bei der technischen Nutzbarkeit und dem Zugang zur TVthek über A1TV um eine nicht bloß geringfügige Änderung.

#### 4.2.4. Wesentliche Änderung

Das Angebot ist nicht wesentlich geändert, weshalb gemäß § 6 Abs. 1 ORF-G eine Auftragsvorprüfung nicht durchzuführen ist.

Gemäß § 6 Abs. 4 ORF-G ist hier das Angebotskonzept maßgeblich.

§ 6 Abs. 3 Z 1 ORF-G hält unter anderem fest, dass eine wesentliche Unterscheidung dann vorliegt, wenn sich die Angebote durch die Form ihrer technischen Nutzbarkeit oder ihres Zugangs wesentlich von den bestehenden gesetzlichen Angeboten des ORF unterscheiden.

Eine wesentliche Unterscheidung würde gemäß § 6 Abs. 3 Z 1 ORF-G u.a. dann vorliegen, wenn sich die Angebote durch die Form ihrer technischen Nutzbarkeit oder ihres Zugangs wesentlich von dem bestehenden Angebot unterscheiden würde. Es handelt sich jedoch im einen wie im anderen Fall um den Zugang zur TVthek über ein elektronisches Kommunikationsnetz.

Weiters sieht das Angebotskonzept pro futuro die Verbreitung der TVthek auf verschiedenen Plattformen, darunter TV-Geräten, vor:

*„Es ist daher geplant, dass die ORF-TVthek an die nutzerfreundliche Darstellung auf unterschiedlichen Plattformen und Endgeräten angepasst werden kann, beispielsweise für die Browser-Nutzung bei geringerer Bandbreite oder kleinerer Bildschirmgröße (Video/Audio-Format bzw. Datenrate, Navigation), oder durch die technische Abrufbarkeit über Softwareprogramme für eine optimierte Darstellung bei mobiler Nutzung.*

[...]

*Das Online-Angebot soll im Sinne der Plattform- und Technologieneutralität an die nutzerfreundliche Darstellung auf unterschiedlichen Plattformen und Endgeräten (Smartphones, Tablets, TV-Geräte etc.) – entsprechend den technischen Möglichkeiten – angepasst werden (kein inhaltliches Mehrangebot).*

[...].“

Damit ist keineswegs klar, dass auch proprietäre Lösungen des Zugangs zu TV-Geräten erfasst sind, IPTV/A1TV kann demnach hierunter nicht ohne weiters subsumiert werden. Zum anderen kann ein Angebotskonzept nicht „auf Vorrat“ erstellt und eingereicht werden. Beides widerspricht dem Telos von Angebotskonzepten, den öffentlich-rechtlichen Auftrag zu konkretisieren, und zwar in einer Art, die der Behörde eine Nachprüfung ermöglicht. Durch die zitierte Stelle im Angebotskonzept wird jedoch angedeutet, dass in Zukunft die Verbreitung auf TV-Geräten angedacht werden soll.

Eine wesentliche Änderung der technische Nutzung bzw. des Zugangs kann aus diesen Gründen nicht festgestellt werden.

§ 6 Abs. 3 Z 2 ORF-G sieht eine wesentliche Unterscheidung dann vor, wenn die Angebote eine wesentlich andere Zielgruppe ansprechen als die bestehenden gesetzlichen Angebote des ORF. Die Zielgruppe wird ihrem Wesen nach nicht verändert: im ursprünglichen Angebotskonzept ist eine heterogenen Zielgruppe vorgesehen. Die hier vorgesehene Erweiterung des technischen Zugangs führt daher nicht zu einer wesentlichen Änderung der Zielgruppe.

§ 6 Abs 3 besagt, dass ein Indiz für eine wesentliche Änderung dann vorliegt, wenn der aus der Änderung entstehende finanzielle Aufwand mehr als 2vH der Kosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags beträgt. Für den ORF entstehen jedoch keine bzw. geringfügige Kosten. Daher liegen auch von diesem Gesichtspunkt her keine Anhaltspunkte für eine wesentliche Änderung vor.

Zusammenfassend wird festgestellt, dass hinsichtlich der Kategorien der § 6 Abs. 3 Z 1 und 2 ORF-G, nämlich hinsichtlich der technischen Nutzbarkeit und des Zugangs sowie der Zielgruppe, keine wesentliche Änderung vorliegt.

Abschließend ist festzuhalten, dass für die Frage, ob die oben angesprochenen Änderungen als wesentlich zu qualifizieren sind, grundsätzlich zu prüfen ist, ob diese ihrem Wesen nach verändert wurden.

Das Wesen der Verbreitung der TVthek sowohl über das Internet wie auch über das Netz von A1TV ist IP-basierend, und beruht demnach auf der gleichen Technologie. Dasselbe gilt für das Wesen des angebotenen Dienstes: im einen wie im anderen Fall handelt es sich um einen Abrufdienst für Bewegtbilder.

Eine Änderung dem Wesen nach liegt demnach nicht vor, und schon deshalb kann keine wesentliche Änderung gegeben sein.

#### 4.2.5. Fazit

Die KommAustria kommt daher zum Schluss, dass die dargestellte Erweiterung des Angebots „TVthek.ORF.at“ aus den geschilderten Gründen eine nicht bloß geringfügige Änderung des Angebotskonzepts gemäß § 5a Abs. 2 ORF-G, nicht aber eine wesentliche iS des § 6 Abs. 3 ORF-G darstellt.

Seit 08.08.2011 liegt damit eine Verletzung von § 36 Abs. 1 Z 3 lit. a ORF-G vor. Der ORF hat mit Schreiben vom 12.01.2012 eine Änderung des Angebotskonzepts eingebracht. Somit ist auch seit 12.01.2012 von einer Verletzung des § 5a Abs. 2 letzter Satz ORF-G auszugehen, wonach das Angebot beginnend mit der Veröffentlichung des Angebotskonzepts bereitgestellt werden darf.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### III. Rechtsmittelbelehrung

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

Wien, am 9. März 2012

**Kommunikationsbehörde Austria**  
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris  
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

Österreichischer Rundfunk, z.Hd. Generaldirektor Dr. Alexander Wrabetz, Würzburggasse 30, 1130 Wien, **Amtssigniert per E-Mail an: [gra@orf.at](mailto:gra@orf.at)**