



KOA 10.300/20-011

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 Canal+ Luxembourg S. à. r. l. (als Gesamtrechtsnachfolgerin der M7 Group S.A.) vom 14.06.2019 gegen 1. den Österreichischen Rundfunk und 2. die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Die Beschwerde wird, soweit sie sich auf eine Verletzung von §§ 2 Abs. 4 und 8a Abs. 3 zweiter Satz ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 24/2020, bezieht, gemäß §§ 35, 36 Abs. 1 Z 1 lit. c iVm §§ 2 Abs. 4 und 8a Abs. 3 zweiter Satz ORF-G, als unzulässig zurückgewiesen.
2. Im Übrigen wird die Beschwerde gemäß §§ 35, 36 Abs. 1 Z 1 lit. c iVm §§ 8a Abs. 3 erster Satz und 31c Abs. 1 ORF-G als unbegründet abgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

1.1. Beschwerde

Mit Schreiben vom 14.05.2019, bei der KommAustria eingelangt am selben Tag, erhob die M7 Group S.A. (nunmehr: Canal+ Luxembourg S. à. r. l., in der Folge: Beschwerdeführerin) Beschwerde gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G wegen Verstoßes gegen §§ 2 Abs. 4, 8a Abs. 3 sowie 31c Abs. 1 ORF-G durch den Österreichischen Rundfunk (in der Folge: Erstbeschwerdegegner) sowie die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG (in der Folge: Zweitbeschwerdegegnerin) und führte dazu im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin sei ein europäischer Anbieter von Satelliten-TV-Diensten mit Sitz in Luxemburg und SAT-Angeboten in acht EU-Mitgliedsstaaten (neben Österreich auch in den Niederlanden, Belgien, Tschechien, Slowakei, Ungarn, Rumänien und Deutschland). Sie biete in Österreich seit vielen Jahren unter der Marke „HD Austria“ TV-Programmpakete, einschließlich Zusatzdienste, als Programmaggregator im Sinne des AMD-G an. Seit Ende des Jahres 2015 sei die Beschwerdeführerin auf dem österreichischen Markt auch mit

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Mariahilfer Straße 77–79
1060 WIEN, ÖSTERREICH
www.rtr.at

E: rtr@rtr.at
T: +43 1 58058-0
F: +43 1 58058-9191

einem eigenen SAT-Zugangsberechtigungssystem und darauf aufbauenden Endkundenangeboten für den SAT-TV-Empfang aktiv. Der Erstbeschwerdegegner betreibe gemeinsam mit seiner Tochtergesellschaft, der Zweitbeschwerdegegnerin, ein Zugangsberechtigungssystem für die Entschlüsselung von SAT-TV-Programmen und sei in allen für Satelliten-TV relevanten Marktbereichen in Österreich tätig, unter anderem der SAT-Verbreitung der eigenen TV-Programme, der SAT-Verbreitung für Dritte, dem Betrieb einer SAT-Plattform, Endkundenangeboten zum SAT-TV-Empfang, und über die ORS-Tochtergesellschaft simpli services GmbH & Co KG als Anbieter von SAT-TV-Zusatzprogramm Paketen („simpliTV SAT“).

Die vorliegende Beschwerde richte sich gegen marktmissbräuchliche Verhaltensweisen des Erstbeschwerdegegners auf den SAT-TV-Märkten in Österreich. Konkret richte sich die Beschwerde

- (i) gegen die Preisgestaltung des Erstbeschwerdegegners für seine Endkundenangebote zum SAT-TV-Basisempfang (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT), deren Preisniveau zu niedrig sei, um die Kosten der eigenen Leistungsbereitstellung zu decken, und die daher gegen das Verbot wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäß § 31c Abs. 1 ORF-G verstoße, und
- (ii) gegen die Benachteiligung des SAT-TV-Basis-Empfangsangebots der Beschwerdeführerin im Vergleich zu ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT, und, nachgelagert, unter anderem die Benachteiligung der HD Austria-TV-Zusatzprogramm Pakete im Vergleich zum Zusatzprogramm Paket von simpliTV SAT, die sich daraus ergäben, dass der Erstbeschwerdegegner von der Beschwerdeführerin die (anteiligen) SAT-Verbreitungskosten der ORF-Programme (sog. „ORF-Transponderkosten“) fordere, während die (anteiligen) Kosten für die SAT-Verbreitung der ORF-Programme nicht in die Preisgestaltung von ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT einfließen, und der Erstbeschwerdegegner daher die Beschwerdeführerin zugunsten seiner eigenen SAT-Empfangsangebote (und auch zugunsten seiner sonstigen Produkte und Dienstleistungen im SAT-TV-Marktsegment, u.a. zugunsten seines eigenen Zusatzprogrammangebots simpliTV SAT) entgegen § 2 Abs. 4 ORF-G und § 8a Abs. 3 ORF-G diskriminiere.

Zur Beschwerdelegitimation führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, der Erstbeschwerdegegner sei als Konzern gemeinsam mit seinen Tochtergesellschaften, der Zweitbeschwerdegegnerin, der ORS comm GmbH & CO KG und deren Tochtergesellschaften, allen voran der simpli services GmbH & Co KG, in der gesamten Wertschöpfungskette des Satellitenfernsehens in Österreich tätig: Der Erstbeschwerdegegner verbreite seine eigenen Fernsehprogramme grundverschlüsselt über Satellit (Astra) im SD- und HD-Format, er betreibe unter Mitwirkung der Zweitbeschwerdegegnerin ein Zugangsberechtigungssystem zur Ver- und Entschlüsselung von SAT-TV-Programmen, er vertreibe SAT-Empfangspakete an Endkunden (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT) und biete das Zugangsberechtigungssystem als Plattform dritten TV-Veranstaltern und Aggregatoren für die Verbreitung von deren Programmen an, er vertreibe direkt an Endkunden und indirekt über Großkunden (Distributoren) SAT-Empfangshardware, und er biete mit simpliTV SAT als Programmaggregator selbst SAT-TV-Zusatzprogramm Pakete (gegen monatliche Aboentgelte) an Endkunden an. Sehr viele Leistungen in Zusammenhang mit der SAT-Zugangsberechtigungsplattform („ORF-SAT-Plattform“) erbringe der Erstbeschwerdegegner nicht selbst, sondern lasse sie von der Zweitbeschwerdegegnerin (als Dienstleisterin) erbringen. Die Beschwerdeführerin sei seit dem Jahr 2010 in Österreich im SAT-TV-Bereich als Anbieter aktiv. Auf

Basis einer Kooperations-Vereinbarung mit der Zweitbeschwerdegegnerin (im Auftrag des Erstbeschwerdegegners) vom 18.10.2010 (sog. ‚Plattform- Vereinbarung‘), die einmal verlängert worden sei und aktuell bis 1.10.2020 laufe, biete die Beschwerdeführerin über die ORF-SAT-Plattform an die ORF DIGITAL-Kundenbasis TV-Zusatzprogrammpakete in HD- und SD-Auflösung an. Seit November 2015 sei die Beschwerdeführerin auch als Betreiberin einer eigenen Satelliten-Plattform (‚M7-SAT-Plattform‘) in Österreich geschäftlich aktiv und biete mit ihrer eigenen Plattform österreichischen Endkunden SAT-TV-Basisempfang an, der im Programmumfang praktisch ident mit den ORF-Angeboten (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT) sei. Zusätzlich biete die Beschwerdeführerin (unter der Marke HD Austria) verschiedene Programmzusatzpakete in HD- und SD-Auflösung (z.B.: ‚Einfach scharf‘, ‚Einfach Unterhaltung‘ und ‚Einfach alles‘), sowie SAT-Empfangshardware für die eigene Plattform an Endkunden sowie an Großkunden (Distributoren) an.

Der Erstbeschwerdegegner und seine Konzernunternehmen stünden somit mit der Beschwerdeführerin auf verschiedenen SAT-TV-relevanten Marktebenen im Wettbewerb, drei davon seien im gegebenen Zusammenhang von besonderer Bedeutung:

- SAT-TV-Empfang im Basisumfang für Endkunden: Sowohl die Beschwerdegegner als auch die Beschwerdeführerin böten österreichischen Endkunden im direkten bzw. indirekten Vertrieb SAT-Empfangspakete an, die den entschlüsselten Empfang einer Programm-Basisausstattung, bestehend aus ORF-Programme in SD und HD, sowie privaten österreichischen Programmen (ServusTV, ATV-Programme und Puls 4 ermöglichen). Der Erstbeschwerdegegner biete diesen SAT-TV-Basisempfang in Form einer Karte zur Programmentschlüsselung (ORF DIGITAL) und seit Oktober 2017 auch als kartenloses System, das in die Hardware integriert sei (ORF DIGITAL DIREKT), an; das System von HD Austria sei ebenfalls Karten-basiert, die Karte werde in die Hardware integriert. Die Endkundentarife für diese Programmempfangs-Basisausstattung seien verhältnismäßig gering: der Erstbeschwerdegegner verrechne eine einmalige Gebühr für einen fünfjährigen Nutzungszeitraum, die Beschwerdeführerin biete eine jährliche Freischaltung (gegen eine Jahresgebühr von EUR 6,-) oder alternativ eine fünfjährige Freischaltung zu einem reduzierten Vorauszahlungspreis an.
- Zusatzprogrammpakete für den SAT-TV-Empfang von Endkunden: Die Beschwerdeführerin biete unter der Marke HD Austria Programmzusatzpakete an Endkunden an, z.B.: ‚Einfach scharf‘ (Programme in HD-Format, um monatlich EUR 9,90). Seit Oktober 2017 biete auch die simpli services GmbH & Co KG ein SAT-TV-Zusatzpaket für Endkunden an (SAT HD biete Programme in HD-Qualität um monatlich EUR 7,-), vorläufig allerdings ausschließlich an Kunden von ORF DIGITAL DIREKT.
- Betreiber von Zugangsberechtigungssystemen für TV-Veranstalter für den entschlüsselten Empfang von deren TV-Programmen in Österreich: Sowohl der Erstbeschwerdegegner (als verantwortlicher Betreiber der ORF-SAT-Plattform) als auch die Beschwerdeführerin (als Betreiberin der M7-SAT-Plattform) böten Programmveranstaltern die Möglichkeit, ihre Programme über das ORF- bzw. M7-Zugangsberechtigungssystem für deren jeweilige Kundenbasis entschlüsselbar und damit empfangbar zu machen. Der Erstbeschwerdegegner, in dessen Auftrag die Zweitbeschwerdegegnerin diese Geschäftstätigkeit ausübe, und die Beschwerdeführerin seien also auch Wettbewerber im Großkundengeschäft (wholesale). Die Rollenverteilung zwischen Erst- und Zweitbeschwerdegegnerin in den SAT-TV-Geschäftsbereichen sei – nach dem Verständnis der Beschwerdeführerin – vom Grundsatz getragen, dass der Erstbeschwerdegegner der Eigentümer der Endkundenbeziehung sei,

während die Geschäftskundenbeziehungen der Plattform mit TV-Veranstaltern, Aggregatoren, Endgeräteherstellern und sonstigen relevanten kommerziellen Akteuren (z.B. dem Einkauf von Satelliten-Ausstrahlungskapazität von SES/Astra) im Auftrag des Erstbeschwerdegegners durch die Zweitbeschwerdegegnerin abgewickelt würden. Die für die gegenständliche Beschwerde relevanten kommerziellen Entscheidungen (Höhe der Endkundenpreise, Verrechnung der Transponderkosten) dürften sohin in den Verantwortungsbereich des Erstbeschwerdegegners fallen, und Gesetzesverstöße, die auf diese Entscheidungen zurückzuführen seien, dürften vom Erstbeschwerdegegner zu verantworten sein. Aus Gründen der Vorsicht richte die Beschwerdeführerin die gegenständliche Beschwerde aber dennoch auch an die Zweitbeschwerdegegnerin. Sollte sich im Laufe des Verfahrens herausstellen, dass für die Beschwerdepunkte relevante Verantwortungsbereiche bei anderen, dem Erstbeschwerdegegner zuzurechnenden Unternehmen (z.B. ORS comm GmbH & Co KG oder simpli services GmbH & Co KG) lägen, behalte sich die Beschwerdeführerin vor, die Beschwerde auch auf andere Unternehmen des ORF-Konzerns auszudehnen. Das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen der Beschwerdeführerin und den Beschwerdegegnern stehe daher außer Zweifel.

Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, die gegenständliche Beschwerde richte sich auf unterschiedliche Tatbestände mit unterschiedlichen zeitlichen Dimensionen: Zunächst werde den Beschwerdegegnern zur Last gelegt, dass sie Endkunden in Österreich den SAT-TV-Basisempfang („ORF DIGITAL“ und „ORF DIGITAL DIREKT“) zu Preisen anböten, die unter den Kosten der Leistungsbereitstellung lägen, und damit gegen § 31c Abs. 1 ORF-G verstoßen. „ORF DIGITAL“ werde seit vielen Jahren am Markt angeboten, die konkrete Ausgestaltung der Angebote (z.B. Neukauf der Karte direkt beim Erstbeschwerdegegner, Neukauf der Karte mit Empfangsgerät, Kartentausch-Angebot, usw.), einschließlich der Endkunden-Preisgestaltung, habe sich im Laufe der Zeit verändert. Zur Untermauerung des Vorwurfs der missbräuchlichen Preisgestaltung habe die Beschwerdeführerin die derzeit angebotenen Angebotsoptionen einzeln und im Wege einer Mischkalkulation analysiert, wobei zwangsläufig auf einen längeren Beobachtungszeitraum (als sechs Wochen) abgestellt werde, da das zugrundeliegende Angebot (ORF DIGITAL) dem Endkunden als Gegenleistung für die Einmalzahlung eines Geldbetrags einen fünfjährigen Nutzungszeitraum einräume. Das Angebot ORF DIGITAL DIREKT sei erst im Oktober 2017 im Markt eingeführt worden; für dieses Angebot gelte aber vergleichbares: ORF DIGITAL DIREKT werde in unterschiedlichen Ausprägungen am Markt angeboten („Neukauf mit Empfangsgerät“; „Umtauschaktionen“), und auch für ORF DIGITAL DIREKT gelte, dass der Zahlung eines Einmalbetrags ein fünfjähriger Nutzungszeitraum gegenüberstehe. Die Beschwerde orientiere sich daher naturgemäß an einem längeren Beobachtungszeitraum, beantragt werde die Feststellung der Verletzung des § 31c Abs. 1 ORF-G über einen möglichst langen Zeitraum (und zwar seit dem erstmaligen Inverkehrbringen des jeweiligen Angebots), mindestens jedoch im Zeitraum der letzten 6 Wochen vor dem Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung – und zwar konkret gegen jedes einzelne Endkundenangebot, dessen Erlös unter der relevanten Kostenschwelle liege, sowie gesamthaft gegen die Preisgestaltung der Angebote ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT. Die Beschwerde richte sich also darauf, die Rechtswidrigkeit der Preisgestaltung der Angebote der Beschwerdegegner seit deren erstmaligen Inverkehrbringen, spätestens aber ab dem Beginn des sechswöchigen Zeitraums vor Beschwerdeerhebung, also ab dem 03.05.2019 (gerechnet vom Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung am 14.06.2019) festzustellen.

Zum zweiten inkriminiere die gegenständliche Beschwerde, dass der Erstbeschwerdegegner die Kosten der Satellitenausstrahlung der ORF-Programme, die sog. Transponderkosten, der Preisgestaltung der eigenen SAT-TV-Basisempfangsprodukte (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT) nicht zugrunde lege, in missbräuchlicher (diskriminierender) Weise aber die (anteiligen) Transponderkosten von der Beschwerdeführerin für deren Bereitstellung des vergleichbaren Endkundenangebots fordere, und von der Durchsetzung dieser Forderung den (Simulcrypt-)Zugang zu den ORF-Programmen abhängig mache.

Zu diesem Zweck habe der Erstbeschwerdegegner den Simulcryptvertrag mit der Beschwerdeführerin am 27.03.2018 gekündigt. Diese Kündigung wäre zum 31.03.2019 wirksam geworden, hätten sich die Parteien sich nicht kurze Zeit vor Ablauf dieser Frist auf eine Übergangsvereinbarung (gerichtlicher Vergleich vom 27.03.2019) geeinigt, der zufolge die ORF-Programme vorläufig auch weiterhin im Rahmen des M7-SAT-Basispakets empfangbar blieben.

Die Frage der Höhe des Leistungsentgelts, also konkret die Frage, ob der Erstbeschwerdegegner von der Beschwerdeführerin den Ersatz der (anteiligen) Transponderkosten verlangen dürfe, sei ausdrücklich zum Dissenspunkt erklärt, und die Klärung über den Rechtsweg in Aussicht genommen worden. Der Missbrauchszustand, also die preisliche Diskriminierung der Beschwerdeführerin in Vergleich zu den Basispaketen der Erstbeschwerdegegner (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT), gestützt auf die notwendige Verfügbarmachung der ORF-Programme im Rahmen des M7-Basisangebots, halte bis zum Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung an. Die Beschwerdeführerin beantrage – in Übereinstimmung mit dem gesetzlichen Beschwerdezeitraum – die Feststellung der Verletzung des Diskriminierungsverbots gemäß § 2 Abs. 4 ORF-G zum frühestmöglichen Zeitpunkt, jedenfalls aber im Zeitraum der letzten 6 Wochen vor dem Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung – und zwar konkret in Bezug auf jedes einzelne Endkunden- oder Großkundenangebot des Erstbeschwerdegegners bzw. seiner Tochtergesellschaften, das direkt oder indirekt gegenüber den vergleichbaren Angeboten der Beschwerdeführerin bevorzugt behandelt werde. Die Beschwerde richte sich also darauf, die Rechtswidrigkeit der diskriminierenden Simulcrypt- Entgeltforderung des Erstbeschwerdegegners bzw. die Rechtswidrigkeit der (von ihm bevorzugt behandelten) eigenen Endkunden- und Großkundenangebote ab dem frühestmöglichen Zeitpunkt, jedenfalls aber seit Beginn des sechswöchigen Zeitraums vor Beschwerdeerhebung, also ab dem 03.05.2019 (gerechnet vom Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung am 14.06.2019) festzustellen.

Zum Sachverhalt führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, im Rahmen des Betriebs ihrer SAT-Plattformen böten sowohl die Beschwerdegegner als auch die Beschwerdeführerin österreichischen Endnutzern, die geeignete Hardware (insbesondere Module, Receiver) für den Empfang von Satelliten-Fernsehen besäßen, die Freischaltung (d.h. die Entschlüsselung) der wichtigsten österreichischen Programme (also insbesondere der Programme von ORFeins, ORF 2, ORF III, ORF SPORT+, ATV, ATV2, Puls 4 und ServusTV) gegen Entgelt an (Endkundenmarkt für ‚SAT-TV-Basisempfang‘).

Als Betreiber von SAT-Plattformen lizenzierten sowohl die Beschwerdegegner als auch die Beschwerdeführerin ihre jeweiligen Entschlüsselungslösungen zum Teil an Hersteller von Empfangshardware (Modulen, Receiver), zum Teil verkauften sie die Hardware auch selbst an Endkunden, häufig im Bündel mit dem entsprechenden SAT-Basis-Empfang (Endkundenmarkt bzw. Großkundenmarkt für SAT-Empfangsgeräte).

Für Endkunden, denen die Programmauswahl im SAT-Basisempfangspaket nicht genüge, böten die Beschwerdegegner, konkret die simpli services GmbH & Co KG als Tochterunternehmen der Beschwerdegegner, sowie die Beschwerdeführerin erweiterte Programmpakete gegen monatliches Entgelt an (Endkundenmarkt für SAT-Zusatzprogrammpakete).

Die Definition der Bedingungen der Ver- und Entschlüsselung von TV-Programmen für die jeweilige SAT-Plattform erfolge im Rahmen sogenannter Simulcrypt-Verträge, die SAT-Plattformanbieter mit den jeweiligen TV-Programmveranstaltern abschließen, und in denen die technischen und kommerziellen Bedingungen für die Entschlüsselung der jeweiligen TV-Programme geregelt würden (Großkundenmarkt für TV-Programme).

Vom Simulcrypt (SAT-Plattform-spezifische Verschlüsselung von TV-Programmen, die zwischen Plattform und TV-Veranstalter zu regeln sei) zu unterscheiden sei die Ausstrahlung von TV-Signalen über Satellit, die entweder unmittelbar im Verhältnis zwischen Satellitenbetreiber (z.B. SES/Astra) und TV-Veranstalter oder über Zwischenhändler vereinbart werde. Die Verbreitung von Signalen über Satellit erfolge über sogenannte Transponder (Antenne zum Empfang und Versand/Abstrahlen von Daten); die Kosten der TV-Programmausstrahlung über Satellit („Transponderkosten“) würden üblicherweise auf Basis der gebuchten Bandbreite verrechnet werden (Großkundenmarkt für SAT-Ausstrahlung).

Der Erstbeschwerdegegner sei der dominante Anbieter am Endkundenmarkt für SAT-TV-Basis-Empfang in Österreich. Sehe man von dem nur für einen eingeschränkten Kundenkreis relevanten Angebot der Sky Österreich Fernsehen GmbH (im Folgenden: SKY) ab (Angebot von Pay-TV-Programmpaketen), sei der Erstbeschwerdegegner bis zum tatsächlichen Markteintritt der Beschwerdeführerin im November 2015 der einzige Anbieter auf diesem Endkundenmarkt gewesen. An der dominanten Marktposition und dem Marktanteil des Erstbeschwerdegegners auf dem relevanten Endkundenmarkt habe sich bis heute wenig verändert: Von den derzeit ca. XXX SAT-Haushalten würden ca. XXX Haushalte über die Sky Austria-SAT-Plattform, und ca. XXX Haushalte über die M7-SAT-Plattform versorgt; die übrigen ca. XXX Haushalte würden über die ORF-SAT-Plattform grundversorgt. Gemessen an Haushalten betrage der Marktanteil der Beschwerdegegner somit knapp unter X %.

In etwa gleich hoch liege der Marktanteil des Erstbeschwerdegegners gemessen an in Umlauf befindlichen SAT-Empfangssystemen. Auf Basis des Kenntnisstands der Beschwerdeführerin sei die Gesamtzahl der ORF-Empfangssysteme (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT) Ende 2018 bei XXX gelegen, und habe im Jahresdurchschnitt rund XXX betragen. Eine Besonderheit der SAT-TV-Marktstruktur in Österreich – im Gegensatz zu internationalen Vergleichsmärkten – bestehe darin, dass mit dem Erstbeschwerdegegner ein Anbieter gleichzeitig im vorgelagerten Endkundenmarkt für TV-Programme (hoher Marktanteil; stark ausgeprägter ‚Must-Have- Charakter‘ der ORF-Programmfamilie) und im (nachgelagerten) Endkundenmarkt für SAT-Basisempfang mittels eigener SAT-Plattform über eine dominante Position verfüge. Die vertikale Verschränkung der beiden Märkte sei an sich schon bedenklich (da sie Möglichkeit und Anreiz für wettbewerbsschädliches Verhalten biete – z.B. durch Bevorzugung der eigenen Programme in der Programmauswahl und/oder Programmreihung des SAT-Angebots). Sie sei aber umso bedenklicher, als der Erstbeschwerdegegner, z.B. durch das simpliTV-SAT-Angebot, sein SAT-Angebotsportfolio in die nachgelagerten Marktebenen (z.B. in den ausschließlich kommerziell orientierten Endkundenmarkt

für SAT-Zusatzprogrammepakete) verlängere und seine Marktmacht in diesen Bereichen ausdehne und stärke.

Die dominante Position als Programmbereitsteller („Must-Have“-Charakter der ORF-Programme im österreichischen Markt) räume dem Erstbeschwerdegegner auch eine dominante Position auf dem Großkundenmarkt für TV-Programme in Österreich ein, denn ein SAT-Basisprogrammpaket ohne die ORF-Programme ORFeins und ORF 2 lasse sich in Österreich unmöglich erfolgreich vermarkten. Der Erstbeschwerdegegner sei daher in der Lage, über die Ausgestaltung der vertraglichen Konditionen des Simulcrypt-Zugangs zu seinen („Must-Have“) TV-Programmen die Wettbewerbsposition von dritten SAT-Plattformbetreibern (und indirekt auch die Wettbewerbsposition von SAT-Programmzusatzpaketen, die über dritte SAT-Plattformen angeboten würden) im Verhältnis zu den eigenen Angeboten (als Plattform, bzw. als Zusatzpaketanbieter) zu steuern bzw. negativ zu beeinflussen.

Der ORF biete den SAT-Basisempfang am Endkundenmarkt in zwei technisch unterschiedlichen Ausprägungen an, einmal als Entschlüsselungslösung, die den Erwerb und die Verwendung einer Smartcard (Chipkarte) mit Entschlüsselungsfunktion für das TV-Basisprogrammpaket voraussetze (ORF DIGITAL), und einmal als kartenlose Entschlüsselungslösung, bei der die Entschlüsselungsfunktion bereits im Receiver bzw. Modul eingebaut sei und es einer individuellen Freischaltung des Programmpakets durch den ORF bedarf (ORF DIGITAL DIREKT). Beide Ausprägungen des SAT-Basisempfangs würden in verschiedenen Optionen an Endkunden angeboten werden:

- Neukauf direkt vom ORF: nur für ORF DIGITAL relevant; sogenannte „Kartenbestellung“ (EUR 45,- inkl. USt. bzw. EUR 40,91 exkl. USt.);
- Neukauf in Kombination mit Empfangsgerät: im Fall von ORF DIGITAL als sog. „Kartenanmeldung“ (EUR 18,- inkl. USt., bzw. EUR 16,36 exkl. USt.) und im Fall von ORF DIGITAL DIREKT als sog. „Geräteanmeldung“ (EUR 18,- inkl. USt. bzw. EUR 16,36 exkl. USt.);
- im Rahmen einer Umtauschaktion, und zwar im Fall von ORF DIGITAL als ‚Kartentausch‘ (EUR 19,80 inkl. USt. bzw. EUR 18,- exkl. USt., hierbei werde eine alte Smartcard nach Ablauf der 5jährigen Nutzungsperiode gegen eine neue Smartcard getauscht) bzw. als ‚Kartenaktion‘ (um 0,- EUR, hierbei wird eine ältere Smartcard vor Ablauf der 5jährigen Nutzungsdauer gegen eine neue Smartcard getauscht) bzw. als ‚Umstiegsaktion‘ von ORF DIGITAL zum kartenlosen System (EUR 14,40 inkl. USt. bzw. EUR 13,09 exkl. USt.; gültig seit 1.1.2019); und
- als Ersatzkarte, im Falle einer Beschädigung bzw. Verlust (EUR 27,- inkl. USt.; nur für ORF DIGITAL relevant).

Werde die ORF DIGITAL-Smartcard im Neukauf gebündelt mit einem (geeigneten) Empfangsgerät durch einen Distributor veräußert, so erhalte der ORF vom Distributor für das Recht zur Kartenveräußerung einen zusätzlichen Erlös von EUR X (netto). Im Fall von ORF DIGITAL DIREKT erhalte der ORF für die Freischaltung jedes SAT-Endgerätes, das der Distributor im Neukauf bzw. im Rahmen der Umstiegsaktion an Endkunden verkaufe, vom Distributor ein Netzzulassungsentgelt in Höhe von EUR X (netto).

Es ergäben sich signifikante Preisunterschiede zwischen den verschiedenen Optionen, obwohl die Kostenstrukturen im Wesentlichen gleich seien. Die Beschwerdeführerin habe, basierend auf öffentlich verfügbaren Informationen und auf Basis ihrer Marktkennntnis die Kosten der

Bereitstellung der Leistungspakete durch die Beschwerdegegner im Rahmen der angebotenen Optionen nachgebildet, um auf dieser Basis bewerten zu können, ob die einzelnen Angebotsoptionen zu nichtkostendeckenden Endkundenpreisen angeboten werden und daher isoliert betrachtet gegen § 31c Abs. 1 ORF-G verstößen, ob die Gesamtkosten der Leistungserbringung im Rahmen der ORF DIGITAL- und ORF DIGITAL DIREKT-Verträge über den Gesamterlösen aus dem Verkauf von ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT-Paketen lägen und daher auch gesamthaft gegen § 31c Abs. 1 ORF-G verstoßen werde, und ob/wie realistisch die Behauptung des Erstbeschwerdegegners sei, dass zusätzlich zu den angebotsspezifischen Kosten die Transponderkosten für die Satelliten-Ausstrahlung der ORF-Programme in den Erlösen aus dem Verkauf von ORF DIGITAL- und ORF DIGITAL DIREKT-Paketen Deckung fänden.

Wie aus dem der Beschwerde beigelegten Konvolut von Dokumenten erkennbar sei, deckten die Preise für ORF DIGITAL- und ORF DIGITAL DIREKT-Pakete die Kosten der Leistungsbereitstellung nicht annähernd, und zwar in keiner einzigen Angebotsoption (Kartenkauf, Kartentausch, Erwerb Cardless-Zugang), und daher auch nicht im Durchschnitt über alle Optionen. Wenn SAT-Ausstrahlungskosten (Transponderkosten) in der Kostenrechnung berücksichtigt würden, verschlechtere sich der (negative) Kostendeckungsgrad um zusätzlich ca. EUR X pro ORF-SAT-Endkunden, sodass, am Beispiel ORF DIGITAL DIREKT, einem Endkundenerlös von ca. X bzw. X EUR Gesamtkosten von ca. X EUR (inkl. Transponderkosten) gegenüberständen. Obwohl der ORF also selbst sämtliche ORF DIGITAL- und ORF DIGITAL DIREKT-Pakete unter den Kosten der Leistungsbereitstellung anbiete, und obwohl die Paketpreise unter keinen Umständen die Kosten der SAT-Ausstrahlung der ORF-Programme abdeckten, verlange der Erstbeschwerdegegner von der Beschwerdeführerin genau das: einen Simulcrypt-Preis, der die (anteiligen) ORF-SAT-Ausstrahlungskosten umfasse. Der Erstbeschwerdegegner zwingt damit der Beschwerdeführerin in missbräuchlicher Weise Kosten auf, die er selbst im Rahmen seiner Angebote nicht in den Endkundenpreisen abbilde. Die Marktpraxis in Bezug auf den Umgang mit SAT-Verbreitungskosten sei aber eine ganz andere: SAT-Ausstrahlungskosten würden grundsätzlich von den TV-Veranstaltern selbst getragen und nicht auf Endkunden überwältzt werden, weil andernfalls eine künstliche (Entgelt-)Barriere für den Empfang des eigenen (öffentlich-rechtlichen bzw. werbefinanzierten) TV-Programms aufgebaut würde, die sich letztlich abträglich auf die Reichweite (und damit die Werbeerlöse) auswirke. TV-Veranstalter trügen die Verbreitungskosten daher in aller Regel selbst, und refinanzierten sie entweder aus Werbeerlösen oder – im Fall der öffentlich-rechtlichen Anbieter – über Gebührenentgelte.

Nach langen und schwierigen Verhandlungen hätten die Beschwerdegegner unter Vermittlung der KommAustria im September 2015 eine Simulcryptvereinbarung mit der Beschwerdeführerin abgeschlossen. Die kommerziellen Eckpunkte dieser Vereinbarung seien folgende gewesen: Als Gegenleistung für die technischen Dienstleistungen der ORS, die zur Unterstützung bzw. Umsetzung der Simulcrypt-Lösung erforderlich seien, sei ein jährliches Fixentgelt in Höhe von EUR XXX (netto) festgelegt worden. Da die Beschwerdeführerin mit der eigenen SAT-Plattform einen zusätzlichen Vertriebsweg für die ORF-Fernsehprogramme eröffnet habe und Kundendienstleistungen übernehme, sei für diese Leistungen eine Reduktion des jährlichen Fixentgelts um EUR X pro freigeschaltetem Kunden vereinbart worden. Die Simulcrypt-Vereinbarung sei auf unbestimmte Zeit geschlossen worden, habe jedoch in Hinblick auf das Auslaufen der Simulcryptvereinbarung zwischen den Beschwerdegegnern und A ein Sonderkündigungsrecht des Erstbeschwerdegegners zum 31.03.2019 vorgesehen. Mit Schreiben vom 23.03.2018, welches der Beschwerdeführerin am 27.03.2018 per E-Mail übermittelt worden

sei, habe der Erstbeschwerdegegner von diesem Sonderkündigungsrecht Gebrauch gemacht und die Simulcryptvereinbarung zum 31.03.2019 gekündigt. Wie aus der der Beschwerde beigelegten Korrespondenz zwischen den Parteien nach dem Ausspruch der Kündigung ersichtlich sei, seien die Verhandlungen für die Simulcrypt-Folgevereinbarung von den Beschwerdegegnern verschleppt worden. Trotz vielfacher Erinnerungen und Kontaktversuchen seitens der Beschwerdeführerin habe der Erstbeschwerdegegner erst am 28.11.2018, vier Monate vor Vertragsende, einen ersten Entwurf einer Simulcrypt-Folgevereinbarung übermittelt. Dieser Entwurf habe fundamentale Änderungen in Hinblick auf die kommerziellen Bedingungen vorgesehen: Das Serviceentgelt sei auf EUR XXX jährlich erhöht, die Minderung von EUR X pro freigeschaltetem Kunden gestrichen worden, vor allem aber sei ein neues Entgelt von EUR X pro freigeschaltetem Endgerät vorgesehen gewesen.

In der folgenden Tabelle würden die Entgeltelemente der gekündigten Simulcrypt-Vereinbarung und des ORF-Entwurfs einander gegenübergestellt:

(Tabelle anonymisiert)

Der Erstbeschwerdegegner argumentiere seine kommerziellen Forderungen mit einem „Berechnungsmodell für die Kostenbeteiligung aller Plattformen an den ORF-Transponderkosten“. Nähere Informationen zu diesem Kostenmodell lägen der Beschwerdeführerin nicht vor. Die folgende Tabelle vergleiche das bisherige Simulcrypt-Entgelt mit dem vom ORF geforderten Gesamtentgelt auf Jahresbasis:

(Tabelle anonymisiert)

Die Forderung nach einer Kostenbeteiligung an den Transponderkosten des ORF im Wege der Simulcrypt-Vereinbarung für die ORF-Programme lehne die Beschwerdeführerin ab. Sie sei nicht gewillt, Anteile der Kosten der SAT-Ausstrahlung der ORF-Programme auf ihre Endkundenangebote zu überwälzen (was sie tun müsste, um ihr Angebot in Österreich kostendeckend erbringen zu können) – nicht zuletzt, weil der Erstbeschwerdegegner selbst diese Kosten seinen Endkunden ebenfalls nicht im Rahmen der SAT-Basisempfangsangebote verrechne, und nicht zuletzt, weil der Erstbeschwerdegegner sich mit dieser Forderung in missbräuchlicher Weise gegen die allgemeine Marktpraxis und Marktlogik stelle. Zum Zweck der Verhinderung eines vertragslosen Zustands, vor allem zur Verhinderung einer Deaktivierung des Simulcrypt der ORF-Programme für die M7-Plattform und deren Endkunden durch die Beschwerdegegner, hätten sich die Parteien wenige Tage vor Vertragsende auf eine Übergangvereinbarung („Übergangvereinbarung Simulcrypt ORF M7“, gerichtlicher Vergleich vom 27.03.2019) geeinigt. Aufgrund dieser Vereinbarung blieben die ORF-Programme vorläufig im Rahmen des M7-SAT-Basispakets für die Endkunden (entschlüsselt) empfangbar, die Höhe des Leistungsentgelts, also die Frage, ob der Erstbeschwerdegegner von der Beschwerdeführerin den Ersatz (anteiliger) Transponderkosten verlangen dürfe, werde aber ausdrücklich zum Dissenspunkt erklärt und die Klärung im Rechtsweg in Aussicht genommen. Der Missbrauchszustand, also die preisliche Diskriminierung der Beschwerdeführerin im Vergleich zu den ORF-Basispaketen (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT) in Hinblick auf die Verfügbarmachung der ORF HD-Programme halte bis heute, also bis zum Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung, an.

Die Beschwerde richte sich gegen missbräuchliches Verhalten des Erstbeschwerdegegners, und zwar

- i. gegen die Preisgestaltung des Erstbeschwerdegegners für seine Endkundenangebote (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL- Direkt) zum entschlüsselten Empfang von SAT-TV-Basispaketen, deren Preisniveau zu niedrig sei, um die Kosten der eigenen Leistungsbereitstellung zu decken, und die daher gegen das Verbot wettbewerbswidrigen Verhaltens gem. § 31c Abs. 1 ORF-G verstoße,
- und
- ii. gegen die Benachteiligung (Diskriminierung) der Beschwerdeführerin im Verhältnis zu den (ORF-eigenen) Angeboten ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT durch die Forderung des Erstbeschwerdegegners nach überhöhten Simulcrypt-Entgelten, die die (ORF-SAT-Ausstrahlungs-)Kosten abbilden sollten, die der Erstbeschwerdegegner selbst in seinen Endkundenangeboten nicht abbilde, und daher gegen § 2 Abs. 4 verstoße, sowie
 - iii. nachgeordnet, gegen die sich aus dieser Diskriminierung (ii.) ergebende zusätzliche missbräuchliche Schlechterstellung im Bereich nachgelagerter Großkunden- und Endkunden-SAT-Produkte und Dienste, insbesondere den SAT-Zusatzprogrammpaketen der Beschwerdeführerin im Vergleich zum Zusatzpaket der Beschwerdegegner (simpliTV SAT), wodurch die Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin entgegen § 2 Abs. 4 bzw. § 8a Abs. 3 ORF-G diskriminierten.

§ 31c Abs. 1 ORF-G verbiete dem ORF wettbewerbsverzerrendes Marktverhalten, sofern dieses nicht zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich sei. Indem die Beschwerdegegner ihre ORF DIGITAL- und ORF DIGITAL DIREKT-Angebote in ihrer Gesamtheit, sowie insbesondere in Form ihrer einzelnen Angebote zum Kartenkauf, zum Kartentausch (alle: ORF DIGITAL) und ihren Angeboten zur Geräteanmeldung und zur Umstiegsaktion (beide: ORF DIGITAL DIREKT) unter ihren eigenen Kosten der Leistungsbereitstellung anbiete, verzerre sie den Wettbewerb auf dem Markt für SAT-TV-Basisempfang in Österreich, insbesondere im Verhältnis zur Beschwerdeführerin, zu ihren eigenen Gunsten. Der Erstbeschwerdegegner sei auf dem betreffenden Endkundenmarkt für SAT-TV-Basisempfang marktbeherrschendes Unternehmen und aufgrund der vertikalen und horizontalen Integration von vor-/nachgelagerten und angrenzenden Märkten und seiner starken Position auf diesen Märkten in einer besonders privilegierten Position, die es ihm einfach mache, den Wettbewerb auf diesem Markt zu seinen Gunsten zu verzerren. Als einziger Anbieter auf dem Markt sei er in der Lage, allfällige Verluste über Programmentgelte (Beihilfen) abzudecken und habe vielerlei Anreize zu marktmissbräuchlichem Verhalten auf dem relevanten Markt. Insbesondere könne er die Stärke der eigenen SAT-Plattform nicht nur zur Verbesserung der eigenen Marktchancen nutzen, sondern umgekehrt auch dazu, Konkurrenzangebote (z.B. Konkurrenz-TV-Veranstalter) zu benachteiligen. Und schließlich verschaffe eine starke Marktposition der Beschwerdegegner auch die Möglichkeit zur Einführung, oder Verzögerung, technischer Innovationen, sowie Kontrolle und Kenntnis der Empfangsgewohnheiten der Kunden. Eine dominante Stellung auf dem Endkundenmarkt für SAT-Basisempfang sei für die Beschwerdegegner somit auch deshalb wichtig, weil diese Marktposition ihr indirekt ein zentrales Steuerinstrument über den Markt für den Satellitenempfang von TV-Programmen insgesamt in die Hand gebe. Die Preise, die der Erstbeschwerdegegner für seine Endkundenangebote auf dem relevanten Markt verrechne, lägen weit unter den Kosten der Leistungsbereitstellung. Zusammenfassend lasse sich festhalten, dass die Beschwerdegegner den Wettbewerb auf dem relevanten Markt für SAT-Basisempfangsangebote durch das Anbieten von Endkundenpreisen unter Kosten verzerren und den wirtschaftlichen Verlust über Programmentgelte ausgleichen. Erschwerend hinzu trete, dass das Marktverhalten der Beschwerdegegner im Zuge des Markteintritts der Beschwerdeführerin (Simulcrypt-Verweigerung,

unangemessene Simulcrypt-Preisforderungen, Zeitpunkt und Ausmaß der Endkundenpreissenkung) keinen vernünftigen Zweifel daran ließen, dass die Beschwerdegegnerin das schädliche Verhalten entgegen § 31c Abs. 1 ORF-G vorsätzlich setze.

Der Versorgungsauftrag des ORF umfasse – auf Basis des Wortlauts – die technische Verbreitung der Programme über Satellit. Auftragsgegenstand sei somit die Sicherstellung, dass die TV-Programme des ORF über Satellit verbreitet/ausgestrahlt würden. Die dafür anfallenden Kosten (die sog. Transponderkosten) seien somit wohl Teil des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags. Der Versorgungsauftrag verpflichte den ORF jedoch nicht – zumindest nicht nach dem Wortlaut – zum Betrieb eines Entschlüsselungssystems für den Empfang der ORF-Programme, und schon gar nicht zum Betrieb eines Entschlüsselungssystems, das zusätzlich zu den ORF-Programmen auch private grundverschlüsselte Programme für die Endkunden empfangbar mache. Unter keinen Umständen verpflichte der Versorgungsauftrag den ORF aber dazu, den SAT-TV-Basisempfang den Endkunden zu einem betriebswirtschaftlichen Verlust anbieten zu müssen. Im Gegenteil sei aus § 3 Abs. 4 ORF-G ableitbar, dass schon die technische SAT-Verbreitung (unabhängig von einer Entschlüsselungslösung) von der „wirtschaftlichen Tragbarkeit“ dieser Aktivität abhängig sei. Die Ausstrahlung der ORF-Programme über Satellit sei aus Sicht des Gesetzgebers also nur dann verpflichtend, wenn daraus für den ORF kein wirtschaftlicher Nachteil (der sodann wiederum über Programmentgelte auszugleichen wäre) entstehe. Tatsächlich treffe den ORF also (über den allgemeinen Maßstab, der das Handeln des ORF den Geboten der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit im Sinne von § 40 Abs. 3 ORF-G unterwerfe) im Zusammenhang mit der Ausstrahlung der beiden TV-Hauptprogramme über Satellit ein besonderer, ausdrücklicher Auftrag zu wirtschaftlich vernünftigem Verhalten. Das verfahrensgegenständliche Preissetzungsverhalten (Endkundenpreise für ORF DIGITAL- und ORF DIGITAL DIREKT-Angebote unter den Kosten der Leistungsbereitstellung) stehe diesen Pflichten diametral entgegen. Es lasse sich somit unter keinen Umständen sinnvoll argumentieren, dass der ORF im Rahmen seines öffentlich-rechtlichen Auftrags verpflichtet wäre, den SAT-Basisempfang mit betriebswirtschaftlichem Verlust an Endkunden zu verkaufen. Da die genannten Angebote weder *per se* noch in der konkreten Preisgestaltung zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags der Beschwerdegegner erforderlich seien, verletzen die Beschwerdegegner ihre Pflicht zu marktkonformem Verhalten gemäß § 31c Abs. 1 ORFG.

Dadurch, dass der Erstbeschwerdegegner die Kosten der Satellitenverbreitung seiner TV-Programmfamilie (Transponderkosten) der Preisgestaltung der eigenen SAT-TV-Basisempfangsprodukte ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT nicht zugrunde lege, die (anteiligen) Kosten der Satellitenverbreitung jedoch von der Beschwerdeführerin fordere (und von der Durchsetzung dieser Forderung den Simulcrypt-Zugang zu den ORF-Programmen abhängig mache), verstoße der Erstbeschwerdegegner gegen das Diskriminierungsverbot des § 2 Abs. 4 ORF-G. Er bevorzuge durch dieses Verhalten nicht nur das eigene kommerzielle Produktangebot für SAT-Basisempfang von Endkunden (also ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT) gegenüber dem vergleichbaren Angebot der Beschwerdeführerin, sondern er bevorzuge indirekt auch sämtliche seiner nachgelagerten, auf dem SAT-Basisempfang aufbauenden Produkt- und Dienstangebote. Dazu gehörten z.B. Leistungen der SAT-Plattform am Großkundenmarkt: Die ORF-SAT-Plattform bietet, so wie auch die M7-Plattform, SAT-Zugangsleistungen auch an dritte TV-Veranstalter kommerziell an. Die jeweilige SAT-Plattform sei aus Sicht von TV-Programmveranstaltern umso attraktiver, umso mehr SAT-Endkunden über die jeweilige Plattform erreicht werden könnten. Dadurch, dass der ORF die ‚Eintrittskosten‘ der Endkunden zu seiner eigenen Plattform (über die Preisgestaltung für ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT) künstlich niedrig halte, gleichzeitig aber

versuche, über die Forderung nach Abgeltung von SAT-Ausstrahlungskosten die (variablen) Kosten des Wettbewerbers, der Beschwerdeführerin, künstlich zu erhöhen, verbessere der Erstbeschwerdegegner die Wettbewerbsposition der eigenen (von der Zweitbeschwerdegegnerin betriebenen) SAT-Plattform in missbräuchlicher Form bzw. diskriminiere er die Plattform der Beschwerdeführerin auf dem Markt für SAT-Plattformdienstleistungen für TV-Veranstalter. Ähnliches gelte auf dem Großkunden- und Endkunden-Markt für SAT-Empfangshardware. Dieser Markt sei ein vom SAT-Plattformmarkt abgeleiteter Markt. Aufgrund der (notwendigen) Lizenzierung der jeweils von der SAT-Plattform verwendeten Ver-/Entschlüsselungssoftware kontrolliere der SAT-Plattformanbieter den nachgelagerten und abgeleiteten Markt für SAT-Hardware. Der Anbieter einer dominanten SAT-Plattform dominiere auch den nachgelagerten Markt für SAT-Empfangshardware. Auch auf diesem Markt schafft sich der Erstbeschwerdegegner somit über die preisliche Diskriminierung der Beschwerdeführerin eine künstlich bessere Marktposition.

Und schließlich diskriminiere der Erstbeschwerdegegner die Beschwerdeführerin auch auf dem für diese besonders wichtigen Markt für SAT-Zusatzprogrammpakete für Endkunden. Das dem Erstbeschwerdegegner zurechenbare Zusatzprogramm-Angebot der simpli services GmbH & Co KG, simpliTV SAT, werde ausschließlich in Kombination mit dem SAT-Basisempfangspaket von ORF DIGITAL DIREKT angeboten, und profitiere insoweit aus Sicht der Endkunden von der besonders attraktiven Preisgestaltung des Einstiegs- bzw. Umstiegsangebots für ORF DIGITAL DIREKT. Demgegenüber sei das Angebot von Programmzusatzpaketen der Beschwerdeführerin über die eigene SAT-Plattform abhängig von der Endkundenpreisgestaltung des Basisempfangspakets, und wäre insoweit, sollte die Beschwerdeführerin gezwungen sein, den Preis des Basispakets (infolge der überhöhten Simulcrypt-Entgeltforderung für den Zugang zur ORF-Programmfamilie) zu erhöhen, in einer entsprechend schlechteren Wettbewerbsposition. Verstärkt werde die (missbräuchliche) Bevorzugung des simpliTV SAT-Zusatzprogrammpakets durch Bündelung der beiden Angebote (ORF DIGITAL DIREKT und simpliTV SAT-Zusatzprogramme) aus der Sicht der Nachfrager, sowie durch die Vielzahl an gemeinsamen Marketing- und Vertriebsaktivitäten, die die beiden Angebote in Kombination für Endkunden besonders attraktiv und preiswert erscheinen ließen. Demgegenüber seien die SAT-Zusatzprogrammpakete der Beschwerdeführerin nicht nur preislich (durch den – wenn es nach den Vorstellungen des Erstbeschwerdegegners gehe – deutlich höheren Einstiegspreis für die Basisversorgung), sondern auch in vielerlei Hinsicht vertrieblich am Markt benachteiligt. Der einfachste Weg, diese Diskriminierung zu beseitigen, bestehe darin, dass der Erstbeschwerdegegner seine Simulcrypt-Entgeltforderung frei von SAT-Ausstrahlungskosten (Transponderkosten) gestalte. Ein anderer Weg, einen diskriminierungsfreien Zustand herzustellen, bestünde darin, dass der ORF die Preise für seine SAT-Basisempfangspakete soweit erhöhe, dass diese nicht nur die tatsächlichen Kosten der Leistungsbereitstellung, sondern auch die Kosten der SAT-Ausstrahlung der ORF-Programmfamilie umfassen.

Mit Schreiben vom 08.07.2019 übermittelte die KommAustria die Beschwerde den Beschwerdegegnern zur Kenntnis und Stellungnahme.

1.2. Replik der Beschwerdegegner

Mit Schreiben vom 26.08.2019 nahmen die Beschwerdegegner zur Beschwerde Stellung und führten im Wesentlichen aus, die Beschwerde betreffe die Entscheidung des Erstbeschwerdegegners, mit Wirkung ab 01.04.2019 sein Geschäftsmodell zur Finanzierung der

Satelliten-Ausstrahlung der ORF-Fernsehprogramme um eine „cost-per-subscriber“-Komponente („CPS“) zu erweitern. Ein CPS-Modell sei dadurch charakterisiert, dass ein Rundfunkveranstalter, der einem Plattformbetreiber das Recht zur Nutzung seines verschlüsselten SAT-Ausstrahlungssignals einräume, dafür ein Entgelt pro Nutzer und Jahr einhebe. Das gehe oft Hand in Hand damit, dass der Plattformbetreiber seinerseits den Endkunden ein technisches Bereitstellungsentgelt für die Freischaltung der Rundfunkprogramme in Rechnung stelle. Im Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und dem Erstbeschwerdegegner sei es bis 31.03.2019 so gewesen, dass zwar die Beschwerdeführerin ihren Endkunden für die Freischaltung der ORF-Programme ein Entgelt in Höhe von EUR 6,- pro Nutzer und Jahr verrechnet habe, diese ihrerseits aber (abgesehen von geringfügigen Zahlungen an die Zweitbeschwerdegegnerin für die technische Durchführung des Simulcrypt) keine Vergütung an den Erstbeschwerdegegner geleistet habe. Der Wunsch des Erstbeschwerdegegners, diese Situation zu ändern, habe die vorliegende Beschwerde ausgelöst. Schon zuvor habe die Beschwerdeführerin in der gleichen Sache das Kartellgericht angerufen.

In ihrer Beschwerde erhebe die Beschwerdeführerin eine Reihe von Anschuldigungen, die bloße Nebenschauplätze betreffen und die von den Beschwerdegegnern bereits im kartellgerichtlichen Verfahren widerlegt worden seien. In der Sache sei zwischen den Streitparteien unstrittig, dass CPS-Modelle seit Einführung des HD-Programmformats marktüblich geworden seien. Heutzutage forderten auch private TV-Veranstalter wie die RTL- oder die Pro7Sat1-Gruppe, die vor einigen Jahren noch ausschließlich werbefinanzierte Free-TV-Angebote bereitgestellt hätten, von den Plattformbetreibern eine Vergütung für das Recht zur Nutzung ihrer SAT-Signale (im Folgenden „Simulcrypt-Entgelt“). Warum es zu dieser Marktentwicklung gekommen sei, sei leicht erklärbar: Das HD-Format habe das frühere SD-Format nicht ersetzt, sondern sei hinzugekommen, ohne dass sich dadurch die Reichweite der TV-Sender erhöht hätte. Die bisherigen TV-Seher hätten sich auf SD und HD verteilt. Wirtschaftlich habe sich daraus für die Rundfunkveranstalter eine deutliche Erhöhung der SAT-Ausstrahlungskosten ergeben, ohne dass sich die Anzahl der vermarktbareren Werbekontakte verändert hätte. Beim Erstbeschwerdegegner sei es zum Beispiel so, dass die jährlichen SAT-Ausstrahlungskosten allein seit 2014 um rund EUR XXX angewachsen seien, während die Einnahmen aus der TV-Werbung nahezu konstant geblieben und die sonstigen Kosten des Geschäftsbetriebs (z.B. Löhne und Gehälter) gestiegen seien. Aufgrund dieser Entwicklung sei die wirtschaftliche Tragfähigkeit der SAT-HD-Ausstrahlung für den Erstbeschwerdegegner ohne Erschließung von zusätzlichen Einnahmepotenzialen im heutigen Umfeld nicht mehr gegeben.

Unstrittig sei auch, dass das Simulcrypt-Entgelt, welches der Erstbeschwerdegegner von der Beschwerdeführerin begehre, mit EUR X pro Sender, Monat und Nutzer absolut marktüblich, in der Tendenz sogar etwas zu niedrig sei. Die Beschwerdeführerin habe implizit zugestanden, dass sie für vergleichbare Leistungen der RTL- und Pro7Sat1-Gruppen Beträge in einer Größenordnung von EUR X bis EUR X pro Sender, Monat und Nutzer bezahle. Trotzdem meine die Beschwerdeführerin, dass die vom Erstbeschwerdegegner geplante Verbreiterung der Finanzierungsbasis nicht statthaft sei. Sie argumentiere, dass der Erstbeschwerdegegner die Transponderkosten (auf die der „Löwenanteil“ der spezifischen Kosten einer Satellitenausstrahlung entfalle) aus dem Programmertgelt nach § 31 ORF-G zu finanzieren habe, weil es sich dabei um einen Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags handle. Die Kosten, die mit dem Betrieb eines Verschlüsselungssystems verbunden seien, müsse der Erstbeschwerdegegner gemäß § 31c ORF-G zwingend bei den Endkunden (d.h. bei den TV-Haushalten, die sich für einen SAT-Empfang der ORF-Programme freischalten lassen) einheben. Das neue Geschäftsmodell des Erstbeschwerdegegners

führe dazu, dass dieser in seiner Eigenschaft als Rundfunkveranstalter nur von dritten Plattformbetreibern wie der Beschwerdeführerin ein Simulcrypt-Entgelt einhebe, nicht aber von seinen eigenen Plattformen (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT). Das sei eine unzulässige Diskriminierung im Sinne von § 2 Abs. 4 ORF-G.

Keiner dieser Kritikpunkte treffe zu. Die Beschwerdeführerin mache Angaben zur Marktabgrenzung und – darauf aufbauend – zur Marktstellung des Erstbeschwerdegegners, die offenkundig unrichtig seien. Die zentrale These der Beschwerdeführerin sei, dass es einen gesonderten Markt für den SAT-TV-Basisempfang durch Endkunden gebe, der die vier ORF-Programme, die drei österreichischen Programme der Pro7Sat1-Gruppe und ServusTV umfasse. Diese Betrachtung erscheine gekünstelt. Es sei nicht ersichtlich, warum genau dieses Programmpaket aus Sicht der TV-Haushalte einem anderen Markt angehören sollte als z.B. ein Programmpaket aus ORF, 3SAT und OE24, oder ein Programmpaket, welches nur die Sender der Pro7Sat1-Gruppe (inklusive ATV und Puls 4) umfasse. Ebenso fehle in der Beschwerde jegliche Begründung, warum nach Auffassung der Beschwerdeführerin der SAT-Empfang aus Sicht der Endkunden nicht mit einem Empfang von TV-Signalen über andere Verbreitungswege – etwa Kabel oder Internet – austauschbar sein solle. Fragen zur Marktabgrenzung und zur Marktposition des Erstbeschwerdegegners könnten im vorliegenden Verfahren auf sich beruhen. Die Bestimmungen des ORF-G, auf die sich die Beschwerde stütze (§§ 2 Abs. 4, 31 und 31c ORF-G), erforderten dazu keine Feststellungen. Der Erstbeschwerdegegner dürfe beispielsweise seine Geschäftspartner auch dann nicht diskriminieren, wenn er nicht marktbeherrschend sei.

Die Beschwerdeführerin stelle Berechnungen zum Durchschnittserlös an, den der Erstbeschwerdegegner mit der Vermarktung seiner beiden SAT-Plattformen (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT) erziele. Es sei richtig, dass der Erstbeschwerdegegner im Jahr 2018 in Zusammenhang mit dem „SmartCard Management“ insgesamt Erträge von rund EUR 13,5 Mio. verbuchen habe können. Dies umfasse die Einnahmen von TV-Haushalten für die Freischaltung und/oder für SmartCards, Einnahmen aus dem Kartenverkauf an Großhändler und Einnahmen aus der Lizenzierung von Endgeräten. Bei einer Preis/Kostenanalyse auf dem mehrseitigen Markt, auf dem ein Plattformbetreiber agiere, seien alle diese Einnahmenströme zu berücksichtigen. In weiterer Folge lege die Beschwerdeführerin die Einnahmen des Erstbeschwerdegegners aus dem SmartCard-Management auf die Anzahl der ORF-SAT-Kunden um. Auch das sei eine im Prinzip sachgerechte Methode. Richtig sei, dass im Jahr 2018 auf den beiden ORF-Plattformen im Schnitt rund XXX Endgeräte freigeschaltet gewesen seien. Das führe (ohne Zinskomponente) zu einem Durchschnittserlös von EUR X pro Endgerät für einen 5-Jahres-Zeitraum. Die Beschwerdeführerin meine, dass diese Erlöse die spezifischen Kosten der Verschlüsselung der SAT-Signale und des damit verbundenen „Subscriber-Managements“ nicht deckten. Dazu stelle sie umfangreiche Kostenberechnungen an, die im Ergebnis nicht richtig sind. Die Beschwerdeführerin treffe bei ihren Berechnungen eine Reihe von Annahmen, die nicht der Realität entsprächen. Der Erstbeschwerdegegner wolle das vorliegende Verfahren nicht dahin „ausufern“ lassen, dass die Beschwerdeführerin Detailkenntnisse über die Kostenstrukturen der Beschwerdegegner erhalte. Er beschränke sich daher auf eine Richtigstellung der wesentlichsten Abweichungen zwischen den Annahmen der Beschwerdeführerin und den tatsächlichen Gegebenheiten. Die Beschwerdeführerin ginge von weit überhöhten Plattformkosten aus und setze die Kosten der laufenden Kundenbetreuung sowie die Kosten des kartenlosen Verschlüsselungssystems zu hoch an. Nehme man die entsprechenden Korrekturen in den Berechnungen der Beschwerdeführerin vor, zeige sich, dass der Durchschnittserlös des Erstbeschwerdegegners über den

Durchschnittskosten pro Endgerät liege. Der von der Beschwerdeführerin gemutmaßte Verkauf der SAT-Verschlüsselungsleistungen unter Kosten liege nicht vor.

Ausgangsbasis für die Berechnung des Simulcrypt-Entgelt seien die technischen Kosten der Satellitenausstrahlung der ORF-Fernsehprogramme in HD-Qualität und die Anzahl der SAT-HD-Kunden gewesen. Nach den Prognosen des Erstbeschwerdegegners werde es im Jahr 2019 im Jahresdurchschnitt in Österreich ca. XXX SAT-HD-Kunden geben (Anzahl der für den Empfang der ORF-Programme freigeschalteten Endgeräte). Der Beschwerdegegner erwarte, dass von diesen XXX Kunden ca. XXX Kunden eine der beiden ORF-Plattformen (ORF DIGITAL oder ORF DIGITAL DIREKT) nutzen, dass auf die SKY-Plattform ca. XXX HD-Kunden und dass auf die Plattform der Beschwerdeführerin ca. XXX HD-Kunden entfielen. Im nächsten Schritt habe der Erstbeschwerdegegner die erwarteten SAT-HD-Ausstrahlungskosten (XXX) durch die Anzahl der SAT-HD-Endkunden (XXX) dividiert. Das führe für das Jahr 2019 zu Kosten pro SAT-HD-Haushalt in Höhe von EUR X. Eine analoge Kalkulation für die Jahre 2020 und 2021 lasse eine steigende HD-Kundenanzahl und daraus resultierend leicht sinkende Stückkosten erwarten. So rechne der Erstbeschwerdegegner im Jahr 2021 mit Kosten pro SAT-HD-Haushalt, die für den Empfang der ORF-Programme freigeschalten sind, von rund EUR X pro Jahr. Die Forderung des Erstbeschwerdegegners gegenüber der Beschwerdeführerin (und gleichermaßen gegenüber SKY) entspreche ca. dem Mittelwert der Jahre 2019 bis 2021, d.h. EUR X pro Nutzer und Jahr.

Dieses Ergebnis habe der Erstbeschwerdegegner mit einer Marktbetrachtung verprobt. Die Marktpreise für Simulcrypt-Entgelte seien den Beschwerdegegnern bekannt, weil die Nutzungsvereinbarung mit RTL, aus der auch die Beschwerdeführerin ihre Rechte zur Nutzung der Signale dieses Senders auf ihrer Plattform ableite, von der Zweitbeschwerdegegnerin abgeschlossen wurde. Im HD-Bereich sei ein Simulcrypt-Entgelt von EUR X bis EUR X pro Sender, Nutzer und Jahr für Programme mit vergleichbarer Reichweite absolut marktkonform. Im Hinblick darauf wäre sogar eine Forderung des Erstbeschwerdegegners, dass SKY und die Erstbeschwerdegegner ein Simulcrypt-Entgelt von mehr als EUR X pro Nutzer und Jahr bezahlten, gerechtfertigt gewesen. Diesen Betrag hat der Erstbeschwerdegegner in Hinblick auf die tendenziell positive Stückkosten-Entwicklung, die er in den kommenden Jahren erwarte, nach unten (d.h. zu Gunsten von SKY und der Beschwerdeführerin) revidiert. Im Ergebnis strebe der Erstbeschwerdegegner eine Situation an, in der die Kosten der SAT-HD-Ausstrahlung der ORF-Programme von den Betreibern der vier in Österreich vorhandenen SAT-Plattformen (ORF DIGITAL, ORF DIGITAL DIREKT, SKY, die Beschwerdeführerin) entsprechend der Anzahl der Endkunden, die dort jeweils für den ORF-Empfang in HD freigeschaltet seien, getragen würden. Der ORF trage rund X % zu den Gesamtkosten bei, auf SKY entfielen rund X %, und auf die Beschwerdeführerin rund X %. Auf diese Weise solle zum einen die wirtschaftliche Tragfähigkeit der SAT-Ausstrahlung der ORF-Programme in HD-Qualität sichergestellt und zum anderen gewährleistet werden, dass sich sämtliche Plattformbetreiber in gleicher Weise an der Finanzierung beteiligten.

Rechtlich führten die Beschwerdegegner im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin werfe dem Erstbeschwerdegegner vor, dass dessen „Endkundenpreis“ von rund EUR X pro SAT-Kunde (Empfangsgerät) für 5 Jahre entgegen § 31c Abs. 1 ORF-G zu niedrig sei, weil damit die Verschlüsselungskosten des ORF nicht gedeckt werden könnten und meine, dass der Erstbeschwerdegegner aufgrund dieser Bestimmung die vollen Kosten der Verschlüsselung seiner TV-Programme für die Zwecke der Satelliten-Ausstrahlung im Wege von Zugangsentgelten decken müsse.

Das Vorbringen in der Beschwerde sei widersprüchlich; zunächst gehe die Beschwerdeführerin richtigerweise noch davon aus, dass bei der Betrachtung der Erlöse des Erstbeschwerdegegners sämtliche Ertragspositionen aus der Vermarktung seiner SAT-Plattformen heranzuziehen seien. Der Erstbeschwerdegegner agiere (ebenso wie SKY oder die Beschwerdeführerin) als Plattformbetreiber auf einem mehrseitigen Markt. Bei der Erlösbetrachtung seien sämtliche Marktpartner der Plattform zu berücksichtigen, nicht nur die TV-Haushalte. Die Beschwerdeführerin weiche von diesem Verständnis dann aber ab, wenn sie in ihrer Beschwerde später nur vom Endkundenangebot ausgehe: die Beschwerde fordere, dass der Erstbeschwerdegegner die privaten TV-Konsumenten vermehrt „zur Kasse bittet“ (wohl damit die Beschwerdeführerin ihren eigenen Abo-Preis leichter erhöhen könne) und blende an dieser Stelle die anderen Einnahmequellen, die der Erstbeschwerdegegner als Plattformbetreiber habe, aus.

Tatsächlich gebe es – trotz CPS-Modell – am Markt Plattformbetreiber, die die TV-Haushalte einnahmenseitig zur Gänze „aussparten“ und dafür andere Finanzierungsquellen verstärkt ansprechen. So biete z.B. SKY auf ihrer Plattform den TV-Haushalten die Freischaltung der ORF-Programme als kostenlose Zubuchoption an. Das sei deswegen rentabel, weil der Kunde über ein kostenpflichtiges SKY-Abonnement und über ein Empfangsgerät, wie es von SKY vertrieben werde, verfügen müsse, um von der Zubuchoption Gebrauch machen zu können. Die ORF-Programme würden in diesem Geschäftsmodell gleichsam als Vorspannangebot für andere Dienstleistungen der Plattform genutzt. Das bedeute, dass es im „Plattformgeschäft“ unterschiedliche Geschäftsmodelle gebe, die – je nach den spezifischen Verhältnissen des jeweiligen Anbieters – auf unterschiedliche Art und Weise rentabel sein könnten. Entgegen dem Vortrag der Beschwerdeführerin sei es weder sinnvoll noch möglich, die Plattformkosten der einen oder anderen Marktseite (TV-Haushalte, Endgerätedistributoren, Rundfunkveranstalter, Werbetreibende etc.) in einer bestimmten Relation zuzuordnen. Die entscheidende Frage sei, ob der Plattformbetreiber seine Gesamtkosten aus der Summe aller Einnahmen decken könne. Dies sei bei ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT der Fall. Die Kosten der Verschlüsselung der ORF-SAT-Signale samt aller damit verbundenen Tätigkeiten würden durch die kommerziellen Einnahmen gedeckt, die der Erstbeschwerdegegner als Plattformbetreiber erziele. Selbst wenn man § 31c Abs. 1 ORF-G so interpretiere, dass dem Erstbeschwerdegegner ein Verkauf von SAT-Plattformleistungen unter Vollkosten verboten sei, würden die Beschwerdegegner nicht gegen diese Bestimmung verstoßen.

Im Lichte des Erkenntnisses des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG) vom 23.01.2018, Zl. W 120 2111451-1, welches vom Verwaltungsgerichtshof (VwGH) bestätigt worden sei, sei es nicht erforderlich (wie es die Beschwerde tue), im Einzelnen – und mit fragwürdigen Annahmen – zu „sezieren“, auf welche Märkte sich die Zugangsentgelte, die der Erstbeschwerdegegner von den SAT-Haushalten einhebe, in welcher Weise auswirkten. Ebenso wenig müsse geprüft werden, ob die Preisgestaltung des Erstbeschwerdegegners gegenüber den TV-Haushalten zur Erfüllung seines öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich sei. Die Fragestellung sei viel einfacher: Würden die Preise, die der Erstbeschwerdegegner im Rahmen des Betriebs seiner SAT-Plattformen von den verschiedenen Marktteilnehmern (TV-Haushalte, Distributoren von Empfangsgeräten, Rundfunkveranstalter etc.) verlangt, vom Verhalten eines vergleichbaren privaten Marktteilnehmers abweichen („market economy operator test“)? Anders ausgedrückt: § 31c Abs. 1 ORF-G verpflichte den Erstbeschwerdegegner, bei seiner Preisgestaltung als Plattformanbieter kaufmännisch vernünftig zu agieren. Soweit dies mit seinem öffentlich-rechtlichen Auftrag vereinbar sei, solle sich der Erstbeschwerdegegner wie ein privater Marktteilnehmer verhalten, der

über keine staatliche Unterstützung verfüge. Ein bestimmtes Geschäftsmodell werde ihm dabei nicht vorgeschrieben. Wie die Beschwerde implizit zugestehe, gebe es verschiedene Geschäftsmodelle, um rentabel zu arbeiten. Bei einem Unternehmen wie dem Erstbeschwerdegegner, das sowohl Rundfunkveranstalter als auch Plattformbetreiber sei, gehe es dabei nicht zuletzt um die Suche nach einem Gleichgewicht aus Werbeerlösen, Zugangsentgelten von privaten Endkunden und sonstigen Umsätzen, wie etwa Lizenzen von Endgeräteherstellern.

Die Aufgabe des Erstbeschwerdegegners bestehe darin, in diesem Umfeld eine kaufmännisch tragfähige Lösung zu finden, bei der das Unternehmen möglichst ohne Inanspruchnahme des Programmentgelts nachhaltig bestehen könne. Die Beschwerde zeige keine Gesichtspunkte auf, dass der Erstbeschwerdegegner diesem Maßstab in Bezug auf die Verschlüsselung seiner SAT-Signale und den damit verbundenen Plattformbetrieb nicht gerecht würde. Gerade wegen § 31c Abs. 1 ORF-G sei es dem Erstbeschwerdegegner verwehrt, von der Beschwerdeführerin unter den heute gegebenen Marktbedingungen kein Simulcrypt-Entgelt zu verlangen. Es entspreche seit Einführung der HD-Formate dem Marktstandard, dass reichweitenstarke TV-Sender von Plattformbetreibern ein Entgelt für das Recht zur Nutzung ihrer SAT-HD-Ausstrahlungssignale einheben würden. Nichts Anderes geschehe hier. Der Erstbeschwerdegegner sei zur Forderung eines marktüblichen Simulcrypt-Entgelts in Höhe von zumindest EUR X pro Sender, Nutzer und Jahr nach den Regelungen des ORF-G nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet. Würde der Erstbeschwerdegegner trotz der geänderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen an der kostenlosen Bereitstellung seiner SAT-Ausstrahlungssignale festhalten, käme dies einer Quersubventionierung der Beschwerdeführerin aus Programmentgelten und damit einer verbotenen Beihilfe zu deren Gunsten gleich.

Zum Vorwurf der Ungleichbehandlung führten die Beschwerdegegner im Wesentlichen aus, die Einführung der CPS-Komponente in das Modell zur Finanzierung der SAT-Ausstrahlungskosten des Erstbeschwerdegegners sei mit keiner Benachteiligung der Beschwerdeführerin (oder auch von SKY) verbunden. Klar sei, dass die Kosten der Satelliten-Ausstrahlung der ORF-Fernsehprogramme (nicht zuletzt die Transponderkosten) von irgendjemandem bezahlt werden müssten, wenn die ORF-Programme via Satellit verfügbar sein sollen. Zwangsläufig trage der Erstbeschwerdegegner sämtliche mit der Satelliten-Ausstrahlung verbundene Kosten selbst, die er nicht durch Überschüsse aus dem Plattformbetrieb decken könne. Er müsse dafür Einnahmen aus Werbung, aus sonstigen kommerziellen Aktivitäten (z.B. aus der Lizenzierung von Eigenproduktionen) oder schlimmstenfalls das Programmentgelt heranziehen. Wie bereits erläutert, deckten die Erträge des Erstbeschwerdegegners aus dem Betrieb seiner SAT-Plattformen nur die Kosten der Verschlüsselung der SAT-Signale und der damit verbundenen Nebentätigkeiten („Subscriber Management“). Ein nennenswerter finanzieller Überschuss zur Bedeckung der Transponderkosten verbleibe daraus nicht. Bislang – bis 31.03.2019 – sei es demnach so gewesen, dass die Transponderkosten praktisch zur Gänze vom Erstbeschwerdegegner allein getragen worden seien. Zugleich sei es so, dass nicht nur der Erstbeschwerdegegner, sondern auch SKY und die Beschwerdeführerin von der Ausstrahlung der ORF-Programme via Satellit profitierten. Die Beschwerdeführerin hebe für die Freischaltung der ORF-Programme von den Endkunden einen Betrag in der Höhe von EUR 6 pro Nutzer und Jahr ein. SKY verwende die ORF-Programme als Vorspannangebot zur Vermarktung von Abonnements für ihr eigenes Rundfunkangebot. Zudem setzten sowohl die Beschwerdeführerin als auch SKY die ORF-Programme als „Zugpferd“ zur Förderung des Vertriebs von Endgeräten (SAT-Receiver etc.) ein. Dazu kämen vermutlich noch andere Einnahmepotenziale (wie z.B. Einkünfte aus personalisierter Werbung), die die

Beschwerdeführerin und SKY im „Windschatten“ der Freischaltung der ORF-Programme realisieren könnten. Ohne Übertreibung könne man sagen, dass die Beschwerdeführerin (und SKY) bislang „Trittbrettfahrer“ an der Satelliten-Ausstrahlung der ORF-Programme gewesen seien. Dieser Zustand sei aus Sicht des Erstbeschwerdegegners solange kaufmännisch vertretbar gewesen, als SKY und die Beschwerdeführerin mit ihren Plattformen dem Erstbeschwerdegegner zusätzliche Reichweite verschafft hätten, die werbewirtschaftlich vermarktet werden hätten können. Das sei in Bezug auf die HD-Ausstrahlungskosten aber nicht der Fall. Die Einführung des HD-Formats habe aus Sicht der TV-Haushalte zwar eine merkliche Qualitätsverbesserung mit sich gebracht, habe aber keinerlei werbewirtschaftlichen Effekt gehabt. Wie schon gesagt: Eine wirtschaftliche Tragbarkeit der SAT-HD-Ausstrahlung der ORF-Programme rein unter Nutzung von Werbeerlösen sei unter den heutigen Marktverhältnissen nicht gegeben.

Die CPS-Lösung, die der Erstbeschwerdegegner vor diesem Hintergrund mit 01.04.2019 eingeführt habe, schaffe einen angemessenen Ausgleich. Nach dem neuen Finanzierungsmodell trage jeder Plattformbetreiber – Erstbeschwerdegegner, SKY und Beschwerdeführerin – in aliquotem Ausmaß (nämlich nach Maßgabe der Anzahl der Empfangsgeräte, die auf seiner Plattform zum Empfang der ORF-Programme in HD-Qualität freigeschaltet seien) zur Finanzierung der Satelliten-HD-Ausstrahlungskosten bei. Der Erstbeschwerdegegner werde dabei weder ausgespart noch begünstigt, sondern werde auch in Zukunft gut X % der Ausstrahlungskosten selbst finanzieren, während auf SKY knapp X % und auf die Beschwerdeführerin nicht einmal X % entfielen. Von einer Diskriminierung im Sinne von § 2 Abs. 4 ORF-G könne angesichts dessen keine Rede sein. Vielmehr beseitige das neue Modell nur eine Bevorzugung der Beschwerdeführerin (und SKY) gegenüber dem Erstbeschwerdegegner, die es bislang gegeben habe.

Dieses Schreiben übermittelte die KommAustria der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 30.08.2019 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme.

1.3. Weitere Schriftsätze

Mit Schreiben vom 23.09.2020 nahm die Beschwerdeführerin zur Replik Stellung und führte im Wesentlichen aus, die SAT-Ausstrahlung der ORF-Programme sei Teil des Versorgungsauftrags gemäß § 3 ORF-G bzw. § 4b und § 4c ORF-G. Es handle sich bei der SAT-Ausstrahlung der ORF-Programme nicht um eine kommerzielle Tätigkeit; der Aufwand, der durch die SAT-Ausstrahlung entstehe, sei öffentlich-rechtlich, und daher aus Programmentgelten zu finanzieren. Demgegenüber verpflichte der Versorgungsauftrag den Erstbeschwerdegegner jedoch nicht – zumindest nicht nach seinem Wortlaut – zum Betrieb eines Entschlüsselungssystems für den Empfang der ORF-Programme, und schon gar nicht zum Betrieb eines Entschlüsselungssystems, das zusätzlich zu den ORF-Programmen auch private grundverschlüsselte Programme für die Endkunden empfangbar mache. Das Angebot von ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT falle somit in den kommerziellen Tätigkeitsbereich des Erstbeschwerdegegners. Dieser sei gemäß § 31 Abs. 1 ORF-G verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass jedermann gegen Leistung des Programmentgelts die ORF-Programme, auch über SAT, empfangen könne. § 31 Abs. 1 ORF-G stehe zwar nicht einem zusätzlichen Endkundenentgelt (in Form des Entgelts für das Empfangspaket ORF DIGITAL) entgegen, das dem individuellen Kunden die Entschlüsselung der ORF-SAT-Programme erlaube. § 31 Abs. 1 ORF-G stehe aber einem darüber hinaus gehenden Entgelt, durch das der Aufwand der SAT-Ausstrahlung der ORF-Programmsignale im gesamten Bundesgebiet abgedeckt werden solle, entgegen. Es entspreche der internationalen Praxis sämtlicher öffentlich-rechtlicher

Rundfunkveranstalter in Europa, wenn sie ihre Programme via SAT in HD ausstrahlen die entsprechenden SAT-Ausstrahlungskosten selbst zu tragen. Sollte – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – der Erstbeschwerdegegner nicht verpflichtet sein, die Kosten der HD-SAT-Ausstrahlung seiner TV-Programme zur Gänze selbst zu tragen, so vertrete die Beschwerdeführerin die Auffassung, dass aufgrund von § 2 Abs. 4 ORF-G ein teilweises Überwälzen von Kosten der HD-SAT-Ausstrahlung der ORF-Programme auf die Beschwerdeführerin nur unter der Voraussetzung zulässig sein könne, dass der Erstbeschwerdegegner die Kosten der HD-SAT-Verbreitung auch tatsächlich selbst auf seine eigenen SAT-Endkunden (also die Erwerber von ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT-Zugangspaketen) überwälze. Da der Erstbeschwerdegegner in seiner Stellungnahme ausdrücklich bestätige, dass er die HD-SAT-Verbreitungskosten derzeit nicht in den Preisen der ORF DIGITAL- und ORF DIGITAL DIREKT-SAT-Zugangspakete abbilde, gehe die Beschwerdeführerin jedenfalls vom Vorliegen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot aus.

Der Erstbeschwerdegegner argumentiere, es genüge vor dem Hintergrund des § 31c Abs. 1 ORF-G, dass die Bereitstellungskosten der ORF DIGITAL- und ORF DIGITAL DIREKT-Pakete insgesamt aus den „Erlösen aus der SAT-Plattform“, gegebenenfalls aber auch aus Werbeerlösen refinanziert würden. Diese Betrachtungsweise sei laut Erstbeschwerdegegner vor allem deshalb die richtige, weil sie auch von privaten Anbietern praktiziert werde, und weil der Erstbeschwerdegegner gemäß § 31c Abs. 1 ORF-G auf Basis der Fiktion eines privaten Anbieters zu prüfen sei. Diese Argumentation überzeuge jedoch nicht. Der Erstbeschwerdegegner sei kein privater, sondern ein öffentlich-rechtlicher, größtenteils mit Gebühren finanzierter Rundfunkbetreiber, für den kraft ORF-G besondere Pflichten gelten würden, die ihn aus Gründen des Wettbewerbsschutzes und des Schutzes der Gebührenzahler zu besonderem Verhalten verpflichteten. Im gegebenen Zusammenhang seien das insbesondere das Verbot wettbewerbsschädlichen Verhaltens (§ 31c Abs. 1 ORF-G), das Diskriminierungsverbot (§ 2 Abs. 4 ORF-G) sowie die besonderen Pflichten des Erstbeschwerdegegners im Bereich kommerzielle Aktivitäten (§ 8a Abs. 3 und 5 ORF-G) und der Verwendung von Erlösen aus dem konnex-kommerziellen Bereich (§ 31 ORF-G). Aus Sicht des Wettbewerbsschutzes, des Diskriminierungsverbots und der öffentlich-rechtlichen Finanzierungsregeln sei daher eine enge Sichtweise geboten: Erlöse aus anderen SAT-Geschäftsaktivitäten (Endgeräteverkauf oder SAT-Entschlüsselungsleistungen für dritte Rundfunkbetreiber) dürften ebenso wenig wie SAT-fremde Erlösströme (konkret: Werbeerlöse) zur Quer-Finanzierung des Angebots an SAT-Zugangspaketen herangezogen werden. Diese Sichtweise werde auch in der Rechtsprechung des BVwG und des VwGH zu § 31c Abs. 1 ORF-G gestützt.

Der Erstbeschwerdegegner belege seine Angaben zu den Bereitstellungskosten der ORF DIGITAL- und ORF DIGITAL DIREKT-Angebote nicht – ebenso wenig wie seine Aussagen zu den sonstigen SAT-Plattformerlösen. Zeugeneinvernahmen, wie sie die Beschwerdeführerin als Beweismittel anböte, seien zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts gänzlich untauglich, schon allein deshalb, weil eine detaillierte Darstellung und Überprüfung von Kosten und Erlösen im Wege einer mündlichen Einvernahme ungeeignet sei, um einen komplexen ökonomischen Sachverhalt wie den gegenständlichen im erforderlichen Detail aufzuklären. Die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts werde auf diese Weise nicht möglich sein. Die Beschwerdeführerin rege daher an, die Behörde möge zeitnah einen ökonomischen Amtssachverständigen damit beauftragen, den relevanten Sachverhalt (unter anderem durch Einschau in die Bücher und Aufzeichnungen der Beschwerdeführerin) zu erheben und eine gutachterliche Bewertung des festgestellten Sachverhalts in Hinblick auf die verfahrensgegenständlichen Beschwerdepunkte durchzuführen.

Darüber hinaus erstattete die Beschwerdeführerin weiteres Vorbringen zur Markabgrenzung und zu den Kosten der verfahrensgenständlichen Produkte des Erstbeschwerdegegners und ergänzte in rechtlicher Hinsicht, dass – wenn man die (str)enge Sichtweise der Rechtsprechung zu § 31c Abs. 1 ORF-G auf den gegenständlichen Sachverhalt anwende – es als gesichert erscheine, dass die Bewertung der Kosten- und Erlössituation der Beschwerdegegner im gegenständlichen Fall ebenfalls auf Basis der Gegenüberstellung der konkreten Kosten der einzelnen Angebotsoptionen und der konkret erzielten Erlöse aus dem Verkauf der einzelnen Angebotsoptionen zu erfolgen habe, bzw. dass eine Vermischung von Erlösen aus dem Verkauf der SAT-Basisempfangspakete und Erlösen aus anderen SAT-Plattform-nahen oder gar SAT-Plattform-fernen Erlösen (wie z.B. Werbeerlösen) in Hinblick auf die Zielsetzung und den Inhalt des Verbots marktschädlichen Verhaltens gemäß § 31c Abs. 1 ORF-G nicht tunlich sei. Die Rechtfertigung der Preisgestaltung der ORF DIGITAL- und ORF DIGITAL DIREKT-Pakete mit dem Zufluss von Erlösen aus anderen SAT-Geschäftsaktivitäten bzw. gar der Heranziehung von SAT-fernen Erlösströmen wie den Werbeerlösen aus dem Rundfunkbereich sei daher auszuschließen.

Das Angebot von SAT-Basisempfangspaketen durch den Erstbeschwerdegegner werde den sogenannten konnex-kommerziellen Aktivitäten des Erstbeschwerdegegners zuzurechnen sein, da es sich bei dem Angebot von Entschlüsselungslösungen für den Empfang der öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogramme nicht um eine Tätigkeit im Kernbereich des öffentlich-rechtlichen Auftrags handle, die Tätigkeit jedoch – als kommerzielle Tätigkeit – vom Erstbeschwerdegegner selbst, und nicht von verbundenen Unternehmen wahrgenommen werde (siehe § 8a Abs. 3 ORF-G). Die konnex-kommerziellen Tätigkeiten des Erstbeschwerdegegners zeichneten sich im Gegensatz zu den sonstigen (stand-alone) kommerziellen Aktivitäten unter anderem dadurch aus, dass sie unmittelbar bei der Nettokostenberechnung zum Zwecke der Bestimmung der Höhe des Programmentgelts zu berücksichtigen seien. Eine „Vermischung“ mit anderen (stand-alone-) kommerziellen Aktivitäten sei daher kraft ORF-G schon aus Gründen der Sicherstellung einer nicht-kommerziellen Interessen unterworfenen Bemessung des Programmentgelts ausgeschlossen. Dies leuchte auch aus anderen – beihilfenrechtlichen – Gründen ein: Aus Gründen des Wettbewerbsschutzes müsse wirksam ausgeschlossen sein, dass unter Einsatz von öffentlichen Beihilfen Leistungen – hier Rundfunkprogramme – erbracht, diese Leistungen für kommerzielle Wertschöpfung (Werbung) genutzt, die Erlöse aus dieser (Konnex-)Nutzung aber wiederum für andere – mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag nicht in Zusammenhang stehende kommerzielle (stand-alone-)Aktivitäten verwendet würden, und hierdurch – zwangsläufig – der Wettbewerb auf den betreffenden Märkten verzerrt würde.

In Hinblick auf das Verbot der Diskriminierung Dritter gemäß § 2 Abs. 4 ORF-G brachte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, indem der Erstbeschwerdegegner seine Produktangebote (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT) nicht mit HD-SAT-Ausstrahlungskosten belaste, sondern die HD-SAT-Ausstrahlungskosten aus Werbeerlösen und Lizenzerlösen, die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunkangebot entfließen, abdecke, gleichzeitig aber auf seinen Wettbewerber, dem eine vergleichbare Möglichkeit zu gebührenfinanzierter Quersubvention aus anderen Geschäftsbereichen fehle, anteilige HD-SAT-Ausstrahlungskosten überwälzen wolle, und von der Kostenüberwälzung die Empfangbarkeit seiner („must-have“-)TV-Programme abhängig mache, bevorzuge er seine eigenen kommerziellen Produktangebote für den SAT-Basisempfang (also ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT) im Wettbewerb mit vergleichbaren SAT-Basisempfangsangeboten der Beschwerdeführerin. Der Erstbeschwerdegegner bevorzuge aber nicht nur seine eigenen kommerziellen Produktangebote für den SAT-Basisempfang (also ORF

DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT) im Wettbewerb mit vergleichbaren SAT-Basisempfangsangeboten der Beschwerdeführerin, sondern auch sämtliche seiner nachgelagerten, auf dem SAT-Basisempfang aufbauenden Produkt- und Dienstangebote, insbesondere den Verkauf des Programmzusatzpakets simpliTV SAT, gegenüber vergleichbaren, im Wettbewerb mit dem Erstbeschwerdegegner und seinen Tochtergesellschaften erbrachten Produkt- und Dienstangebote der Beschwerdeführerin.

Die KommAustria übermittelte dieses Schreiben den Beschwerdegegnern mit Schreiben vom 01.10.2019 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 17.10.2019 nahmen die Beschwerdegegner erneut Stellung und führten im Wesentlichen aus, das zentrale Element in der Beschwerde sei die Behauptung, dass der Erstbeschwerdegegner aufgrund von § 3 Abs. 4 und § 31 Abs. 1 ORF-G verpflichtet sei, die technischen Kosten der HD-SAT-Ausstrahlung seiner Programme zur Gänze selbst zu tragen, und zwar aus dem gesetzlichen Programmentgelt. Hilfsweise (für den Fall, dass die KommAustria diesbezüglich zu einer anderen Einschätzung gelange) trage die Beschwerdeführerin vor, dass der Erstbeschwerdegegner ausschließlich seine eigenen SAT-Endkunden (also die Nutzer der Plattformen ORF DIGITAL oder ORF DIGITAL DIREKT) zur Finanzierung der Ausstrahlungskosten heranziehen dürfe. Ansonsten käme es zu einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach § 2 Abs. 4 ORF-G.

Den Ausführungen der Beschwerdeführerin liege ein grundlegendes Missverständnis über die rechtliche Bedeutung des ORF-G zugrunde. Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH und des Verfassungsgerichtshofs (VfGH) sei das ORF-G für die Organe des Erstbeschwerdegegners nicht Voraussetzung, sondern bloß Schranke des Handelns (sogenannte „Schrankentheorie“). Der Erstbeschwerdegegner sei keine Verwaltungsbehörde, deren gesamtes Handeln durch ein Gesetz vorweg determiniert sein müsse. Auch wenn es sich beim Erstbeschwerdegegner um eine Stiftung öffentlichen Rechts handle, deren Tätigkeit zum Teil aus Programmentgelt finanziert werde, handle es sich in erster Linie und vor allem um ein Unternehmen. Die Organe des Erstbeschwerdegegners seien in ihrer unternehmerischen Disposition nur insoweit eingeschränkt, als das ORF-G bestimmte Verhaltensweisen explizit verbiete. Das gelte auch für die Frage, welche Erlösströme der Erstbeschwerdegegner zur Finanzierung welcher Aktivitäten verwende. Für die Sichtweise der Beschwerdeführerin, wonach die Kosten jedes einzelnen ORF-Angebots (z.B. Kauf einer SmartCard für ORF DIGITAL) aus den Erlösen gedeckt sein müssten, die der Erstbeschwerdegegner genau aus dieser Angebotsoption erwirtschaftete, gebe es im ORF-G keine Grundlage.

§ 3 Abs. 4 ORF-G besage ausdrücklich, dass die Ausstrahlung von Programmen über Satellit (nur) nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit unter Nutzung digitaler Technologien zu erfolgen habe. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin differenziere das Gesetz dabei nicht zwischen der Ausstrahlung des SAT-Signals einerseits und dessen Verschlüsselung andererseits. Die Regelung erfasse vielmehr alle Tätigkeiten, die mit dem besonderen Verbreitungsweg „Satellit“ verbunden seien. Die Bestimmung mache daher auch keine Vorgaben, welche Einnahmequellen der Erstbeschwerdegegner zur Finanzierung der Verschlüsselung und welche Einnahmequellen er zur Finanzierung der eigentlichen Ausstrahlungskosten verwenden müsse/dürfe. Er müsse lediglich darauf achten, dass insgesamt die wirtschaftliche Tragbarkeit einer Ausstrahlung der ORF-Programme über den Verbreitungsweg „Satellit“ gewährleistet sei. Aus § 31 Abs. 1 ORF-G ergebe sich (bloß), dass der

Erstbeschwerdegegner von den TV-Sehern für die Produktion seiner Programme (also für die Gestaltung des Inhalts, wie etwa für die Aufzeichnung von Nachrichtensendungen) kein Entgelt verlangen dürfe, das über das gesetzliche Programmentgelt hinausgeht. Als Verbreitungsweg sei im gesetzlichen Programmentgelt nur die terrestrische Ausstrahlung inkludiert. Das ergebe sich aus § 3 Abs. 3 ORF-G, wonach die ORF-Programme jedenfalls terrestrisch zu verbreiten seien, während die SAT-Ausstrahlung unter dem Vorbehalt der wirtschaftlichen Tragbarkeit stehe. Die Beschwerdeführerin irre daher, wenn sie meine, dass die ORF-Seher mit der Bezahlung des Programmentgelts zwangsläufig auch die Kosten der HD-SAT-Ausstrahlung vergütet hätten. § 31c Abs. 1 ORF-G verbiete dem ORF, ihm aus Programmentgelt zufließende Mittel in einer zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht erforderlichen wettbewerbsverzerrenden Weise zu verwenden. Diese Bestimmung schränke den Erstbeschwerdegegner dahingehend ein, wofür er das Programmentgelt verwenden dürfe. Hingegen ergebe sich aus § 31c Abs. 1 ORF-G keine Vorgabe, für welche Zwecke der Erstbeschwerdegegner das Programmentgelt verwenden müsse. Anders als die Beschwerdeführerin meine, sage die Regelung nicht darüber aus, wie der Erstbeschwerdegegner seine marktbezogenen Finanzierungsquellen (Werbeerlöse, Lizenzeinnahmen, Einnahmen aus dem SmartCard-Management etc.) zu nutzen habe. Solange es keine Quersubventionierungen aus Mitteln des Programmentgelts zugunsten von marktbezogenen Aktivitäten gebe, sei der Erstbeschwerdegegner in seiner finanziellen Gebarung frei. Aus § 31 Abs. 3 ORF-G ergebe sich nichts Anderes. Dort werde nur angeordnet, dass Nettoerlöse aus der kommerziellen Tätigkeit des Erstbeschwerdegegners, die im Zusammenhang mit seiner öffentlich-rechtlichen Tätigkeit erzielt werden, bei der Bemessung des Programmentgelts zu berücksichtigen seien. Diesem Gebot trage der Erstbeschwerdegegner im Zusammenhang mit seinen beiden SAT-Plattformen vollständig Rechnung. Die Überschüsse aus dem „Smart-Card-Management“ flössen in die Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags nach § 31 Abs. 3 ORF-G ein und reduzierten auf diese Weise die finanzielle Belastung der Konsumenten mit Programmentgelt. Mehr werde vom Erstbeschwerdegegner nicht verlangt. Insbesondere ergebe sich weder aus dieser noch aus anderen Regelungen des ORF-G, wie die konnex-kommerziellen Aktivitäten des Unternehmens im Detail zu finanzieren seien.

Zum Vorwurf der Diskriminierung brachten die Beschwerdegegner im Wesentlichen vor, dieser beruhe auf einem fehlerhaften, unvollständigen Vergleich der Geschäftsmodelle der beiden Streitparteien. Aus Sicht der Beschwerdegegner seien aber nur Rechtsfragen gegenständlich und könne die Bestellung eines Amtssachverständigen unterbleiben. Sollte die KommAustria dennoch einen Sachverständigen bestellen, müssten folgerichtig die Geschäftsmodelle beider Seiten untersucht werden.

Die KommAustria übermittelte dieses Schreiben der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 25.10.2019 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 18.11.2019 erstattete die Beschwerdeführerin eine Sachverhaltsergänzung, in der sie im Wesentlichen ausführte, seit 09.10.2019 biete die simpli services GmbH & Co KG im Rahmen des simpliTV SAT-Programmzusatzangebots das neue Programm „RTL UHD Austria“ in Österreich ohne Zusatzentgelt für simpliTV SAT-Abonnenten sowie Nutzer des kostenlosen 6-Monate-Probeabos an. Die Ausstrahlung des neuen UHD-Programms erfolge über den Astra-Satellit, und zwar (nach Kenntnisstand der Beschwerdeführerin) auf einem Transponder, der bisher nicht für die Verbreitung von (grundverschlüsselten) TV-Programmen für Österreich verwendet und bisher auch sonst nicht von der Zweitbeschwerdegegnerin genutzt worden sei. Da es sich um die

Verbreitung eines TV-Programms im (neuen) UHD-Standard handle, seien der Kapazitätsbedarf und damit die Kosten der für die Ausstrahlung erforderlichen SAT-Kapazität entsprechend hoch. Die Beschwerdeführerin schätze den Kapazitätsbedarf auf die Größenordnung eines halben Transponders (rd. 20 Mbit/Sec). Nach Kenntnisstand der Beschwerdeführerin miete nicht RTL selbst, sondern die Zweitbeschwerdegegnerin die SAT-Kapazitäten für die Verbreitung des Programms RTL UHD Austria bei SES/Astra an und stelle diese RTL kostenfrei zur Verfügung. Im Gegenzug sei diese berechtigt, das Programm RTL UHD Austria in der Satelliten-Verbreitung über Astra der simpli services GmbH und Co KG exklusiv für das Programmzusatzangebot simpliTV SAT zur Verfügung zu stellen. RTL habe es jedenfalls ausdrücklich und auch schriftlich ausgeschlossen, der Beschwerdeführerin ein Angebot für die Verbreitung von RTL UHD Austria über Astra zu machen. Sollte sich dies (infolge entsprechender Ermittlungen durch die KommAustria) tatsächlich als richtig erweisen, hätte das für das gegenständliche Verfahren folgende Konsequenzen:

Es wäre nachgewiesen, dass die Beschwerdegegner zwar von der Beschwerdeführerin eine Kostenbeteiligung an den SAT-Verbreitungskosten (der ORF-Programme) fordere, gleichzeitig jedoch die SAT-Verbreitungskosten für die Verbreitung eines weiteren Programms – RTL UHD Austria – zu 100 % selbst trage. Die von den Beschwerdegegnern behauptete sachliche Rechtfertigung ihrer Forderung nach einer Kostenbeteiligung der Beschwerdeführerin an den SAT-Verbreitungskosten („Wegfall wirtschaftlicher Tragbarkeit“, „kaufmännisch nicht mehr vertretbar“) sei damit eindeutig widerlegt, nicht zuletzt aufgrund der Unverhältnismäßigkeit der Ausstrahlungskosten im Verhältnis zu den hierdurch zusätzlich erzielbaren Erlösen (keine zusätzlichen Abo-Entgelte; eventuelle Werbeeinnahmen, die auf RTL UHD Austria lukriert würden, gingen marktkonform zur Gänze an RTL). Die wettbewerbsschädliche Intention der Entgeltforderung der Beschwerdegegner gegenüber der Beschwerdeführerin würde – noch stärker als ohnehin – in den Vordergrund rücken. Die Beschwerde wäre um einen zusätzlichen Diskriminierungsvorwurf zu erweitern: Nicht nur, dass die Beschwerdegegner unmittelbar ihre eigenen kommerziellen Produktangebote für den SAT-Basisempfang (also ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT) im Wettbewerb mit vergleichbaren SAT-Basisempfangsangeboten der Beschwerdeführerin bevorzugten; und nicht nur, dass die Beschwerdegegner auch mittelbar sämtliche ihrer nachgelagerten, auf dem SAT-Basisempfang aufbauenden Produkt- und Dienstangebote, insbesondere das Programmzusatzpaket simpliTV SAT, gegenüber vergleichbaren Produkt- und Dienstangeboten von M7 bevorzugten; durch die Übernahme von 100 % der Kosten der SAT-Verbreitung von RTL UHD Austria zugunsten ihres eigenen (nachgelagerten) Programmzusatzpakets simpliTV SAT diskriminierten die Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin auch noch zusätzlich auf der Ebene des (inhaltlichen) Programmangebots. Durch das Einräumen exklusiver Nutzungsrechte für den österreichischen Markt zugunsten von simpliTV SAT werde die Beschwerdeführerin darüber hinaus auch noch die Möglichkeit genommen, das Programmzusatzpaket von simpliTV SAT nachzubilden. In jedem Fall, unabhängig von der rechtlichen Bewertung des oben angeführten Sachverhalts, sei auf rein faktischer Ebene sicherzustellen, dass die von der Beschwerdegegnerin behaupteten Kosten der SAT-Verbreitung frei von den Kosten der Verbreitung von Drittprogrammen (wie hier: RTL UHD Austria) sind und es keine Quersubventionierung – auch indirekter Art – gebe. So müsse beispielsweise auch sichergestellt werden, dass jegliche (Natural-)Rabatte, die SES/Astra gegebenenfalls den Beschwerdegegnern auf Grund der Anmietung von SAT-Kapazität für die Verbreitung der ORF-Sender gewähre, auch mit diesen Kosten verrechnet und nicht anderweitig „verwertet“ werden.

Im Rahmen der Elektrofachhandelstage in Linz (27./28.09.2019) habe der Erstbeschwerdegegner im Übrigen eine (neue) Promotion für Fachhändler gestartet. Der wirtschaftliche Effekt dieser Promotion sei eine Erhöhung der variablen Kosten der ORF DIGITAL DIREKT-Pakete. Es werde ersucht, diesen Umstand bei der Kalkulation der Bereitstellungskosten der SAT-Basisempfangsangebote der Beschwerdegegner zu berücksichtigen.

Mit weiterem Schreiben vom 20.11.2019 nahm die Beschwerdeführerin erneut Stellung, wiederholte ihr bisheriges Vorbringen und führte ergänzend im Wesentlichen aus, die Satelliten-Ausstrahlung der ORF-Programme sei Teil des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags gemäß § 3 ORF-G bzw. § 4b und § 4c ORF-G, es handle sich bei der Ausstrahlung dieser Programme nicht um eine (konnex-)kommerzielle Tätigkeit, sondern um einen Teil des Kernauftrags. Diesem Verständnis entspreche der Wortlaut des § 31 Abs. 1 ORF-G (individuelle „Empfangbarkeit“) und die Rechtsprechung des VwGH zu § 31 Abs. 1 ORF-G (Erlaubnis eines zusätzlichen, über das Programmengelt hinausgehenden Endkundenentgelts sei beschränkt auf die Abdeckung des zusätzlichen Kostenaufwands für die Herstellung der individuellen Empfangsmöglichkeit, wie z.B. den Kosten der SAT-Entschlüsselung in Form der ORF DIGITAL-SAT-Karte). Das Weiterverrechnen von Kosten der Erbringung des öffentlich-rechtlichen Auftrags an Dritte (so wie hier das Weiterverrechnen der Satellitenverbreitungskosten als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags), falle weder in die Kategorie einer Tätigkeit im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags, noch in die Kategorie einer kommerziellen Tätigkeit. Ersteres nicht, weil in §§ 3 bis 5 ORF-G nirgendwo die Rede davon sei, dass der Erstbeschwerdegegner den Auftrag hätte, (Verbreitungs-)Leistungen weiter zu verrechnen. Und zweiteres nicht, weil jeder kommerziellen und jeder konnex-kommerziellen Tätigkeit eine spezifische Aktivität bzw. Leistung des Erstbeschwerdegegners innewohne, die dieser andernfalls nicht erbringen würde, und deren Erbringung eine Gegenleistung eines Dritten (in Form von Entgelt) rechtfertige. Die Verbreitung der ORF-Programme über Satelliten sei keine solche Leistung. Der Erstbeschwerdegegner sei zur Erbringung dieser Leistung verpflichtet. Da die Satellitenverbreitung somit keine kommerzielle Tätigkeit sei, stehe es dem Erstbeschwerdegegner auch nicht frei, für die Satellitenverbreitung ein Entgelt an Dritte zu verrechnen. Der Erstbeschwerdegegner dürfe die Leistung der Satelliten-Verbreitung der ORF-Programme auch deshalb nicht an dritte Marktteilnehmer weiterverrechnen, weil er durch ein solches Verhalten gegen § 31c Abs. 1 ORF-G verstoßen würde. Die Aufgabe von § 31c Abs. 1 ORF-G sei es, Wettbewerbsverzerrungen durch Beihilfemittel (Programmengelte) zu verhindern. Verlange der Erstbeschwerdegegner von einem dritten Unternehmen, mit dem er im Wettbewerb stehe, für eine Leistung, deren Erbringung er der österreichischen Bevölkerung (und nicht dem Dritten) schulde und deren Finanzierung durch staatliche Beihilfe abgegolten werde, ein Entgelt, so verstoße er schon dadurch gegen das Verbot der Verwendung von Beihilfenmitteln mit wettbewerbsverzerrender Wirkung. Denn die staatliche Beihilfe gebe dem Erstbeschwerdegegner den Wettbewerbsvorteil, die Satelliten-Verbreitung nicht im Wettbewerb refinanzieren zu müssen, während die Entgeltforderung des Erstbeschwerdegegners den Dritten in die Zwangslage bringe, das ihm vom Erstbeschwerdegegner verrechnete Entgelt sehr wohl über den Wettbewerbsmarkt finanzieren zu müssten.

Entgegen der Argumentation der Beschwerdegegner würden die Gebührenzahler nicht entlastet werden, sondern es würde innerhalb der Gruppe der Gebührenzahler ein wirtschaftliches Ungleichgewicht geschaffen, das andernfalls nicht bestünde: Jene Gebührenzahler, die die ORF-Programme über die Entschlüsselungslösung des ORF (DIGITAL bzw. DIGITAL DIREKT) oder über ein anderes Empfangsmedium als Satelliten empfangen, wären in diesem Fall (geringfügigst) entlastet,

während die anderen Gebührenzahler, die die ORF-Programme über die Entschlüsselungslösung von anderen Plattformbetreibern empfangen, zusätzlich, und zwar erheblich, belastet würden. Im Ergebnis müssten die Gebührenzahler, die die ORF-Programme über die Entschlüsselungslösung der Beschwerdeführerin empfangen, für die Satellitenausstrahlung der ORF-Programme gleich doppelt zahlen: Einmal – geringfügig reduziert – in ihrer Eigenschaft als ORF-Gebührenzahler, und dann noch einmal, als Endnutzer im Rahmen der Endkudentarife für die Entschlüsselungslösung der Beschwerdeführerin.

Der Erstbeschwerdegegner dürfe die Leistung der Satellitenverbreitung der ORF-Programme auch deshalb nicht an die Beschwerdeführerin weiterverrechnen, weil er – laut eigener Aussagen im Zuge dieses Verfahrens – selbst die Leistung der Satellitenverbreitung der ORF-Programme nicht an seine Endkunden verrechne.

Der Erstbeschwerdegegner diskriminiere insoweit die Beschwerdeführerin gegenüber seinen eigenen (Wettbewerbs-)Angeboten am relevanten Endkundenmarkt und verstoße insoweit gegen § 2 Abs. 4 ORF-G (bzw. § 8a Abs. 3 ORF-G). Vor allem der letzte Punkt – die Verhinderung der wettbewerbswidrigen Ausnutzung von Verbundvorteilen des Erstbeschwerdegegners – sei im gegebenen Zusammenhang essentiell, da der Erstbeschwerdegegner seine aktuelle Preisgestaltung für ORF DIGITAL- und ORF DIGITAL DIREKT-Produkte damit rechtfertige, Erlösströme aus anderen Märkten (Werbemarkt, Lizenzmärkte, usw.) und anderen Geschäftsfeldern quasi beliebig zur Finanzierung seiner Satellitenentschlüsselungsprodukte heranziehen zu dürfen. Kaufmännisch rechtfertigbar sei dies in der bisherigen Judikatur zu § 31c Abs. 1 ORF-G so gelöst worden, dass die im Zuge der Übertragung des betreffenden Sportwettbewerbs auf Seiten des Erstbeschwerdegegners zu erwartenden (Werbe-)Erlöse den Kosten des Rechteerwerbs (einschließlich der Produktionskosten) gegenübergestellt worden seien. Es sei dem Erstbeschwerdegegner (selbstverständlich) nicht gestattet gewesen, Erlöse aus anderen Markt- oder Geschäftsbereichen (z.B. dem Smart-Card-Management) oder Werbeerlöse, die in anderen Programmen oder zu anderen Sendezeiten erwirtschaftet wurden, zur Kaufpreisrechtfertigung heranzuziehen. Auch im gegenständlichen Fall bedürfe es einer Gegenüberstellung der Kosten des Angebots von ORF DIGITAL- und ORF DIGITAL DIREKT-Produkten und den aus deren Verkauf erzielten Erlösen. Die Heranziehung von geschäftszweigfremden Erlösen zur Rechtfertigung einer allfälligen Kostenunterdeckung sei aufgrund des Verbots wettbewerbschädigenden Verhaltens gemäß § 31c Abs. 1 ORF-G nicht zulässig. Wäre es dem Erstbeschwerdegegner gestattet, nach Belieben Erlöse aus anderen Märkten und/oder Geschäftsbereichen heranzuziehen, um die Preisgestaltung in einem kommerziellen Markt (hier: Satellitenentschlüsselungsprodukt) zu rechtfertigen, ja, diese womöglich auf null zu setzen, um potentielle Wettbewerber am Markteintritt zu hindern oder den Marktaustritt aktueller Wettbewerber zu forcieren, so wäre § 31c Abs. 1 ORF-G in Hinblick auf den Schutzzweck der Norm inhaltsleer.

Die KommAustria übermittelte diese Schreiben den Beschwerdegegnern mit Schreiben vom 10.12.2020 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 14.01.2020 nahmen die Beschwerdegegner erneut Stellung und führten im Wesentlichen aus, gemessen an der Rechtsprechung beruhten die Überlegungen, die die Beschwerdeführerin zur Verpflichtung der Erstbeschwerdegegner zur Satellitenverbreitung ihrer Programme anstelle, in mehrfacher Hinsicht auf grundlegenden Rechtsirrtümern: Es gebe keinen zwingenden öffentlich-rechtlichen Auftrag zur Satellitenverbreitung der ORF-TV-Programme.

Vielmehr stehe die Satellitenverbreitung sowohl in Bezug auf die ORF-Vollprogramme als auch in Bezug auf die Spartenprogramme unter dem Vorbehalt der wirtschaftlichen Tragbarkeit. Zur Herstellung der wirtschaftlichen Tragbarkeit der Satellitenverbreitung seiner Programme dürfe der Erstbeschwerdegegner nicht nur die Sendesignale verschlüsseln, er sei zudem auch berechtigt, die besonderen Kosten, die mit diesem Verbreitungsweg verbunden seien, auf alle Marktteilnehmer zu überwälzen, die von seiner Übertragungsleistung profitierten. Die Entscheidung darüber, in welchem Ausmaß der Erstbeschwerdegegner die Satellitenausstrahlung aus Programmentgelt nach § 31 ORF-G finanziere und in welchem Ausmaß er dafür zusätzliche Einnahmequellen erschließe, liege im Ermessen des Unternehmens. Dabei handle es sich um eine Entscheidung, die von den Organen des Erstbeschwerdegegners zu treffen sei. Für die „Schwarz/Weiß-Sicht“ der Beschwerdeführerin – wonach die Satellitenausstrahlung entweder zur Gänze aus Programmentgelt oder zur Gänze aus Endkundenentgelten finanziert werden müsse – gebe es im ORF-G keine Grundlage. Der Erstbeschwerdegegner verrechne zur Deckung der HD-Transponderkosten gegenüber allen Plattformbetreibern einen gleich hohen Betrag pro Karte und Jahr. ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT würden dabei nicht anders behandelt als die Beschwerdeführerin oder SKY. Der einzige Unterschied zwischen den ORF-Plattformen auf der einen Seite und den Drittplattformen auf der anderen Seite bestehe darin, dass die Kostenbelastung der ORF-Plattformen ohne gesonderte Rechnungslegung, als Element der ORF-internen Kostenrechnung, von statten gehe.

Richtig sei, dass der Erstbeschwerdegegner derzeit zur Finanzierung jenes Anteils an den HD-Ausstrahlungskosten, der seine beiden Satellitenplattformen treffe, keine Zusatzentgelte bei den TV-Sehern einhebe. Die Endkundenentgelte (etwa Einnahmen aus dem Vertrieb von SmartCards bei ORF DIGITAL oder aus der Freischaltgebühr bei ORF DIGITAL DIREKT) würden momentan nur zur Deckung der Kosten für das SmartCard Management verwendet werden. Der Erstbeschwerdegegner greife zur Finanzierung der HD-Transponderkosten aber auch nicht auf Programmentgelt zurück. Vielmehr seien es letztlich vor allem Werbeerlöse, aus denen er den ihn treffenden Finanzierungsanteil bestreite. Mit der Nutzung von Werbeeinnahmen zur Finanzierung der HDSAT-Ausstrahlungskosten verstoße der Erstbeschwerdegegner nicht gegen § 31c ORF-G. Diese Regelung gebiete, dass sich der Erstbeschwerdegegner bei seinen kaufmännischen Entscheidungen marktkonform verhalte. Der Erstbeschwerdegegner würde Werbeerlöse nur dann nicht zur Finanzierung von HDSAT-Ausstrahlungskosten verwenden dürfen, wenn diese Maßnahme einem Fremdvergleich nicht standhielte. Das sei aber nicht der Fall.

Die Beschwerdeführerin profitiere von der HDSAT-Ausstrahlung der ORF-Programme. Es sei in jeder Hinsicht legitim, wenn der Erstbeschwerdegegner für seine Simulcast-Leistungen ein Entgelt fordere, das dem dadurch generierten Einnahmepotential der Beschwerdeführerin Rechnung trage. Die Beschwerdeführerin wolle den Erstbeschwerdegegner dazu verpflichten, seine Programme nicht nur in dem vom Erstbeschwerdegegner gewählten Conditional Access System („CAS“) zu verschlüsseln, sondern zudem im CAS der Beschwerdeführerin. Im Gegenzug sei die Beschwerdeführerin nur bereit, die Zusatzkosten der Zweitverschlüsselung zu tragen. Zu den eigentlichen HD-SAT-Ausstrahlungskosten wolle sie keinen Beitrag leisten. Diese Grundhaltung stehe in einem nicht auflösbaren kommerziellen Widerspruch dazu, dass das Simulcast der ORF-Programme eine Leistung sei, die für die Beschwerdeführerin einen beachtlichen wirtschaftlichen Wert habe. Durch das Simulcast eröffne der Erstbeschwerdegegner der Beschwerdeführerin auf verschiedenen Ebenen zusätzliche Einnahmepotentiale (technisches Bereitstellungsentgelt für den Empfang der ORF-Programme, Erhöhung der Fähigkeit der Beschwerdeführerin, Einnahmen

aus dem Verkauf oder der Vermietung von Rundfunk- Empfangseinrichtungen [insbesondere CI-Module und SAT-Decoder] zu generieren, Steigerung der Attraktivität der Plattform der Beschwerdeführerin für andere Rundfunkunternehmen sowie neuartige Einnahmepotentiale, wie etwa im Bereich Addressable TV).

In ihrer Sachverhaltsergänzung vom 18.11.2019 führe die Beschwerdeführerin Themen in das Verfahren ein, die in keinem Zusammenhang zur ursprünglichen Beschwerde und zum relevanten Sachverhalt stünde. Zwar treffe es zu, dass simpliTV – eine Beteiligungsgesellschaft der Zweitbeschwerdegegnerin, die als Programmaggregator tätig sei – im Oktober 2019 einen speziellen RTL-Kanal in UHD-Qualität in ihr Programmbouquet aufgenommen habe. Mit dem Simulcast der ORF-Programme habe das aber nichts zu tun. Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf simpliTV zeige, dass die Beschwerdeführerin bei ihrer Kritik am Verhalten der Beschwerdegegner nach wie vor wesentliche Fakten ausblende. Anders als die Beschwerdeführerin oder SKY betreibe simpliTV keine eigene technische Plattform, über die sie den Endkunden den entschlüsselten SAT-Empfang von Rundfunkprogrammen anbiete. Vielmehr habe simpliTV zu diesem Zweck einen (der Stellungnahme angeschlossenen) Vertrag über die Mitbenutzung der ORF DIGITAL DIREKT Plattform abgeschlossen. Mit Schreiben vom 18.01.2019 habe der Erstbeschwerdegegner der Beschwerdeführerin einen völlig identen Vertrag angeboten. Diesen Vertrag habe sie aber bislang nicht angenommen. Die Beschwerdeführerin benütze allerdings (wie schon in der Vergangenheit) weiterhin die kartengestützte ORF DIGITAL Plattform mit. Die diesbezügliche Vereinbarung habe ursprünglich bis 30.09.2020 gegolten und sei kürzlich (dem Wunsch der Beschwerdeführerin entsprechend) bis (zumindest) 30.09.2025 verlängert worden. Das bedeute: die Beschwerdeführerin vertreibe das Programmbouquet (Produktbezeichnung „HD Austria“), welches sie in ihrer Eigenschaft als Programmaggregator für österreichische Kunden zusammengestellt habe, aktuell über mehrere Satellitenplattformen. Dabei handle es sich zum ersten um die eigene Plattform der Beschwerdeführerin und zum zweiten um die Plattform ORF DIGITAL. Zudem habe die Beschwerdeführerin eine Vereinbarung mit SKY abgeschlossen, die eine Freischaltung von HD Austria über die Entschlüsselungsplattform von SKY gestatte. Die einzige SAT-Plattform, die die Beschwerdeführerin in Österreich momentan nicht nutze, sei ORF DIGITAL DIREKT, wobei ihr auch dafür ein Angebot der Beschwerdegegner vorliege. Im Vergleich dazu bediene sich simpliTV derzeit nur einer einzigen SAT-Plattform: sie sei Mitbenutzerin von ORF DIGITAL DIREKT. Ein Simulcast der ORF-Programme wurde und werde von simpliTV nicht nachgefragt. Schon allein deswegen vergleiche die Beschwerdeführerin in ihrer Sachverhaltsergänzung „Äpfel mit Birnen“.

Die Konditionen eines ORF-Simulcast von denen einer Mitbenutzung der ORF-Plattformen weiche ab. Mitbenutzer der ORF-Plattformen (sei es simpliTV oder die Beschwerdeführerin) leisteten ein jährliches Aktivierungsentgelt in Höhe von EUR X für jeden Kunden (Client ID), der auf der fraglichen ORF-Plattform freigeschaltet sei. Zudem leisteten die Mitbenutzer für jeden Kunden, der sich speziell für ihr eigenes Programmbouquet registriert habe, ein Freischaltentgelt in Höhe von EUR X pro Jahr. Mit dem Aktivierungsentgelt vergüteten die Mitbenutzer jenes Marktpotential, das ihnen der Erstbeschwerdegegner durch die Möglichkeit zur Teilnahme an der Plattform verschaffe. Das Freischaltentgelt bemesse sich danach, inwieweit der Mitbenutzer dieses Potential tatsächlich ausnütze. Weder das Aktivierungsentgelt noch das Freischaltentgelt enthielten eine Komponente, über die sich der Mitbenutzer an den HDSAT-Ausstrahlungskosten des Erstbeschwerdegegners beteiligen würde. Der Erstbeschwerdegegner vereinnahme die Mitbenutzungsentgelte als Teilkomponente seines SmartCard-Managements, ordne sie also kostenrechnerisch den

Verschlüsselungskosten zu. Das sei nicht diskriminierend, sondern folge der Logik, dass nur ein Simulcast, nicht aber eine bloße Mitbenutzung dem begünstigten Unternehmen die besonderen Ertragspotentiale eines Plattformbetreibers verschaffe. Durch die Möglichkeit, die ORF-Programme auf ihrer eigenen Plattform freizuschalten, könne die Beschwerdeführerin die erwähnten Einnahmequellen realisieren. Die Vorteile eines Mitbenutzers beschränken sich demgegenüber auf die Interoperabilität, d.h. darauf, dass seine Kunden mit der gleichen Empfangsgerätekombination auch die Programme des Erstbeschwerdegegners sehen könnten.

Die KommAustria übermittelte dieses Schreiben der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 27.01.2020 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme.

Mit weiterem Schreiben vom 19.02.2020 nahm die Beschwerdeführerin erneut Stellung und führte im Wesentlichen aus, die Frage, ob die Satelliten-Verbreitung der ORFTV-Programme nun als zwingende oder bloß als bedingte Pflicht im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu betrachten sei, sei insoweit nur zweitrangig, als ohnehin feststeht, dass sich die Geschäftsführung des Beschwerdegegners für die Satelliten-Verbreitung der beiden Vollprogramme und für die Veranstaltung der beiden Spartenprogramme entschieden habe, und deren wirtschaftliche Tragbarkeit daher ganz offensichtlich bejahe. Es lasse sich also festhalten, dass der Erstbeschwerdegegner von seinem wirtschaftlichen Ermessen insoweit Gebrauch gemacht habe, als er sich dafür entschieden habe, die beiden Vollprogramme per Satellit in SD- und in HD-Format zu verbreiten, und die Spartenprogramme zu veranstalten, und diese ebenso in SD- und in HD-Format zu verbreiten. Diese Entscheidung verursache (abgesehen von den Programmkosten für die Spartenprogramme) die Entstehung spezifischer Kosten in Zusammenhang mit der Verschlüsselung, der Verbreitung und dem Empfang der Satelliten-TV-Programme. Die eigentlich entscheidende Frage in diesem Zusammenhang sei nun die, ob der Erstbeschwerdegegner die spezifischen Verbreitungskosten seiner TV-Programme, die er durch seine wirtschaftliche Ermessensentscheidung verursache, zur Gänze selbst zu tragen habe oder ob er diese Kosten teilweise oder gar zur Gänze auf andere Marktteilnehmer überwälzen dürfe. Die Kosten der Satelliten-Verbreitung der ORF-TV-Programmsignale (unabhängig ob SD- oder HD-Format) seien der Erbringung des öffentlich-rechtlichen Auftrags zuzurechnen. Eine Überwälzung der Verbreitungskosten auf einzelne Rundfunkteilnehmer oder einzelne Gruppen von Rundfunkteilnehmern (z.B. SAT-Empfänger) widerspreche dem Grundprinzip der Gebührenpflicht, das auf eine Gleichverteilung der Gesamtkosten der Erbringung des öffentlich-rechtlichen Auftrags auf alle gebührenpflichtigen Teilnehmer aufbaue. Eine Ungleichverteilung der Kosten der TV-Signal-Verbreitung widerspreche überdies der einschlägigen Rechtsprechung der KommAustria und des VwGH zu § 31 Abs. 1 ORF-G. Ausnahmen vom Gleichverteilungsprinzip seien dieser Rechtsprechung zufolge nur in einem engen Rahmen rechtfertigbar und erlaubt; dieser Ausnahmereich betrifft spezifische Kosten, die erforderlich seien, um die individuelle Empfangsmöglichkeit zu schaffen (z.B. die Kosten der Entschlüsselung der Vollprogramme des Erstbeschwerdegegners). Selbst wenn er es wollte, dürfte der Erstbeschwerdegegner somit die Satelliten-Verbreitungskosten nicht in Form entsprechend erhöhter Endkundenentgelte auf seine ORF DIGITAL- und ORF DIGITAL DIREKT-Kunden überwälzen, da er andernfalls gegen das Gebot, sämtliche TV-Verbreitungskosten als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags zur Gänze aus den Programmentgelten abzudecken, verstoßen würde.

Er verstoße auch gegen § 31c Abs. 1 ORF-G, der darauf abziele zu verhindern, dass der Erstbeschwerdegegner, der anders als seine privaten Mitbewerber in den Genuss von Mitteln aus

Programmentgelt komme, diesen finanziellen Vorteil so nütze, dass er damit unverhältnismäßige und nicht zwingend mit der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags einhergehende Wettbewerbsverzerrungen hervorrufe. Da der Erstbeschwerdegegner von der Beschwerdeführerin, mit der er im Wettbewerb stehe, für die Leistung der SAT-Verbreitung seiner Programme, die ihm selbst über Programmentgelte abgegolten werde, ein Entgelt verlangt, verzerre er dadurch in verbotener Weise den Wettbewerb. Denn während der Erstbeschwerdegegner die Kosten der Satelliten-Verbreitung nicht im Wettbewerb refinanzieren müsse, müsste die Beschwerdeführerin das von ihr geforderte Entgelt sehr wohl über den Wettbewerbsmarkt refinanzieren. Die Forderung nach einem Überwälzen der (HD-)Verbreitungskosten auf die Beschwerdeführerin sei also auch vor dem Hintergrund des § 31c Abs. 1 ORF-G gesetzwidrig.

Darüber hinaus wiederholte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen zur behaupteten Verletzung des Diskriminierungsverbots gemäß § 2 Abs. 4 bzw. § 8a Abs. 3 ORF-G und führte ergänzend aus, bei dem Markt für Satelliten-TV-Empfangsprodukte in Österreich handle es sich um einen Wettbewerbsmarkt, auf dem der Erstbeschwerdegegner mit der Beschwerdeführerin und SKY um die gleiche Kundenbasis in Wettbewerb stehe, und auf dem sich der Erstbeschwerdegegner nicht mithilfe von Gebührenmitteln einen künstlichen Vorteil verschaffen dürfe. Genau das wäre aber der Fall, wenn es dem Erstbeschwerdegegner gestattet wäre, dass er seinen Anteil an den seinen Wettbewerbern auferlegten Kosten der HD-Satellitenverbreitung entweder direkt aus Gebührenmitteln (Programmentgelten) oder indirekt aus Gebührenmitteln finanziert (also z.B. – wie vom Erstbeschwerdegegner behauptet – aus Werbeerlösen bezahlt, die er auf Basis der mit Gebührenmitteln finanzierten Programme erwirtschaftet habe), während seine Wettbewerber den Vorteil einer direkten oder indirekten Gebührenfinanzierung nicht genießen, und die ihnen vom Erstbeschwerdegegner verrechneten HD-Verbreitungskosten aus anderen Wettbewerbstätigkeiten refinanzieren müssten. Überhaupt erscheine die Rechtfertigung damit, dass der Erstbeschwerdegegner seinen Anteil an den HD-Ausstrahlungskosten „letztlich vor allem aus Werbeerlösen“, jedoch „nicht aus Programmentgelten“, bezahle, bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise an den Haaren herbeigezogen, denn die Beschwerdeführerin unterstellte, dass die Werbeerlöse des Erstbeschwerdegegners ohne die öffentlich-rechtliche Programmentgelte-Finanzierung denkbar wären. Würde der Erstbeschwerdegegner, so wie es im ORF-G (§ 8a Abs. 3) eigentlich vorgesehen sei, die kommerzielle Tätigkeit des Verkaufs von Satelliten-TV-Empfangsprodukten über eine eigene Tochtergesellschaft abwickeln, so gäbe es unter den gegebenen Umständen überhaupt keinen Raum für eine Diskussion über das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen einer Diskriminierung. Denn es wäre offensichtlich, dass der Versuch, Kosten für die HD-Verbreitung auf Wettbewerber der eigenen Tochtergesellschaft zu überwälzen, ohne der eigenen Tochtergesellschaft, die auf demselben Markt (für den Verkauf von Satelliten-TV-Empfangsprodukten) tätig ist, die gleichen Kosten aufzubürden, glatt gegen das Gebot der Gleichbehandlung verstoße. Der Erstbeschwerdegegner versuche sich also durch eine großzügige Auslegung seiner Verpflichtung, kommerzielle Tätigkeiten über eine eigene Tochtergesellschaft abwickeln, finanziellen Freiraum für kommerzielle Tätigkeiten zu verschaffen, der andernfalls nicht bestünde. Das sei inakzeptabel. Die Beschwerdeführerin stelle daher den ergänzenden Antrag, bzw. rege an, die KommAustria möge einen Verstoß gegen das Ausgliederungsgebot des § 8a Abs. 3 ORF-G feststellen, da der Erstbeschwerdegegner eine offensichtlich kommerzielle Tätigkeit, die nicht in ausreichendem Naheverhältnis zum öffentlich-rechtlichen Auftrag stehe – gemeint ist das Angebot und der Verkauf von Satelliten-TV-Empfangsprodukten an Endkunden im Wettbewerb mit Dritten – nicht über eine

eigene Tochtergesellschaft abwickle, sondern in eigenem Namen und auf eigene Rechnung verkaufe.

Die KommAustria übermittelte dieses Schreiben den Beschwerdegegnern mit Schreiben vom 28.02.2020 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 16.03.2020 nahmen die Beschwerdegegner erneut Stellung und führten im Wesentlichen aus, der These der Beschwerdeführerin, wonach der Erstbeschwerdegegner, wenn er sich einmal für die Verbreitung seiner Programme über Satellit entschieden habe, die damit verbundenen Verbreitungskosten (hier: die Kosten der HD-Transponder) zwingend von den Rundfunkteilnehmern im Wege des gesetzlichen Programmentgelts bezahlen lassen müsse, sei von der KommAustria schon in ihrem Bescheid KOA 11.500/13- 020 vom 10.09.2013 eine Absage erteilt worden. Die Behörde habe dort die gänzliche oder teilweise Überwälzung der Kosten der Satellitenverbreitung (welche mangels eines zwingenden Versorgungsauftrags in die freie Disposition des Erstbeschwerdegegners gestellt sei) auf die begünstigten Verkehrskreise grundsätzlich für zulässig erachtet, und zwar mit gutem Grund. Träfe die These der Beschwerdeführerin zu, hätte das – wie gerade der hier vorliegende Fall zeige – absurde Konsequenzen: Ausgangspunkt des Rechtsstreits sei der Wunsch des Erstbeschwerdegegners, dass sich die Beschwerdeführerin mit einem Betrag in Höhe von ca. EUR XXX pro Jahr (ca. XXX Kunden mal EUR X) an den HD-Transponderkosten beteilige. Die Beschwerdeführerin halte das für rechtswidrig. Sie meine, dass der Erstbeschwerdegegner stattdessen das Programmentgelt nach § 31 ORF-G in diesem Ausmaß erhöhen solle. Dahinter stehe das Bestreben, die Beschwerdeführerin in die Lage zu versetzen, von ihren Abonnenten für die Freischaltung der ORF-Programme weiterhin EUR X pro Jahr und Kunden einzuheben, ohne mit Vorkosten belastet zu sein. Das könne nicht stimmen. Es sei nicht Aufgabe des Erstbeschwerdegegners, private Marktteilnehmer aus Mitteln des Programmentgelts zu quersubventionieren. Die These sei nicht nur wirtschaftlich unverständlich, sondern auch rechtlich unhaltbar. Es gebe kein ORF-gesetzliches Grundprinzip, wonach die gesamten Kosten der Erbringung des öffentlich-rechtlichen Auftrags gleichmäßig auf alle gebührenpflichtigen Teilnehmer zu verteilen seien. Richtig sei, dass das Programmentgelt nach § 31 Abs. 10 ORF-G unabhängig von der Häufigkeit und der Güte der Sendungen des Erstbeschwerdegegners oder ihres Empfanges zu zahlen sei. Der Erstbeschwerdegegner dürfte daher bei der Festlegung der Höhe des Programmentgelts nicht danach differenzieren, ob der Rundfunkteilnehmer die ORF-Programme terrestrisch, per Kabel, per Satellit, über eine ORF-Plattform oder über eine Drittplattform empfangt. Dass eine derartige Differenzierung unzulässig sei, sei nur konsequent. Wie sich aus § 3 Abs. 3 und § 31 Abs. 10 ORF-G ergebe, bezahle der Rundfunkteilnehmer mit dem gesetzlich vorgezeichneten Programmentgelt nur die Möglichkeit zum Empfang der ORF-Programme im Wege von DVB-T, nicht aber über andere Kanäle. Wenn der Erstbeschwerdegegner den TV-Sehern im Rahmen des gesetzlich festgelegten Synallagmas nur die terrestrische Ausstrahlung schulde, sei es widersprüchlich, ihm eine Differenzierung des Programmentgelts nach Verbreitungsweg zu gestatten.

Im vorliegenden Fall gehe es aber um etwas Anderes, nämlich um die Frage, ob der Erstbeschwerdegegner berechtigt sei, von den SAT-TV-Haushalten oder von anderen Marktteilnehmern auf der Grundlage von privatrechtlichen Vereinbarungen einen Beitrag zur Deckung der besonderen Kosten von anderen Verbreitungswegen als DVB-T einzuheben. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ergäben sich diesbezüglich aus § 31 ORF-G für den Erstbeschwerdegegner keine Schranken. Wenn sich der dieser dafür entscheide, zur Herstellung

der wirtschaftlichen Tragbarkeit einer besonderen Form der SAT-Ausstrahlung (HD) zusätzliche Einnahmequellen zu erschließen, die er privatautonom vereinbare, sei er ORF-gesetzlich nur an die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit und an die Verpflichtung zu marktkonformem Verhalten gebunden, sonst in seinen Dispositionen aber frei.

Nach Auffassung des Erstbeschwerdegegners sei dieser im Rahmen der Erfüllung seines bedingten Versorgungsauftrags gemäß § 3 Abs. 4 ORF-G berechtigt, von jedem Nutznießer der technischen Verbreitung seiner Programme über Satellit ein privatrechtliches Entgelt zu fordern, und zwar (mangels einer „must-offer“-Verpflichtung) auch von SAT-Plattformen. Wenn die Einhebung solcher Entgelte marktüblich sei, sei der Erstbeschwerdegegner nach § 31c ORF-G nach seinem Erachten sogar verpflichtet. Die Beschwerdeführerin sei (was sie auch nicht mehr bestreite) Nutznießerin der HD-SAT-Ausstrahlung der ORF-Programme. Sie könne die Möglichkeiten, die ihr das Simulcrypt biete, auf unterschiedlichste Art und Weise monetarisieren, etwa indem sie von ihren Abonnenten ein Freischaltentgelt einhebe, oder indem sie die ORF-Programme als Vorspannangebot für den Verkauf von Endgeräten oder von Abonnements eines größeren Programmpakets verwende. Es gebe keine Bestimmung im ORF-G, die es dem Erstbeschwerdegegner verwehren würde, als Gegenleistung für diese vermögenswerten Vorteile ein angemessenes Entgelt von der Beschwerdeführerin zu verlangen.

Zum – neuen – Vorwurf eines Verstoßes gegen das Ausgliederungsgebot und das Diskriminierungsverbot im Rahmen des Schriftsatzes vom 29.02.2020 führten die Beschwerdegegner im Wesentlichen folgendes aus: Der sachlich relevante Markt, den das von der Beschwerdeführerin inkriminierte Verhalten des Erstbeschwerdegegners (Forderung nach einem Simulcrypt-Entgelt) berühre, sei nicht der Markt für SAT-TV-Empfangsprodukte, sondern der Markt für den Betrieb von Satelliten-Plattformen. Man verweise zur Marktabgrenzung auf den Beschluss des OLG Wien im kartellgerichtlichen Parallelverfahren. Wie dort ausgeführt werde, umfasst die TV-Wertschöpfungskette mehrere Stufen. Die erste Stufe sei die Gestaltung und Produktion von Inhalten und Fernsehprogrammen, einschließlich deren technischer Verbreitung („vorgelagerter Großhandelsmarkt für TV-Sender“). Die zweite Stufe sei der Betrieb von Plattformen zur Entschlüsselung von TV-Programmen („Plattformmarkt“). Die dritte Stufe sei jener Markt, den M7 als den „Markt für SAT-TV-Empfangsprodukte“ bezeichne. Hier betätigten sich Programmaggregatoren, die ihren Kunden (zumeist private Verbraucher) diverse Programmpakte aus Free- und Pay-TV-Programmen sowie Zusatzdienste anböten. Auf der ersten dieser drei Wertschöpfungsstufen sei die Beschwerdeführerin nicht tätig. Der Erstbeschwerdegegner konkurriere hier in erster Linie mit den großen deutschen Privatsendern ProSiebenSat1 und RTL, deren Seherreichweite in Österreich jeweils annähernd so hoch sei wie die der ORF-Sender.

Auf der zweiten Wertschöpfungsstufe konkurrierten die beiden ORF-Plattformen (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT) mit den Entschlüsselungslösungen der Beschwerdeführerin und von SKY. Auf der dritten Wertschöpfungsstufe sei der Erstbeschwerdegegner selbst nicht tätig. Hier agiere die ORS-Tochtergesellschaft simpli services GmbH & Co KG („simpliTV“) – als wesentlich kleinerer Anbieter – in Konkurrenz zu SKY (die eigene Inhalte mit Fremdprogrammen aggregiere) und der Beschwerdeführerin (mit deren Produkt HD Austria). Um die Wettbewerbsverhältnisse richtig zu erfassen, seien auf dieser Marktebene nach Dafürhalten der Beschwerdegegner auch Angebote von Aggregatoren einzubeziehen, die nicht auf einer SAT-Ausstrahlung basierten, wie etwa die Programmpakete der zahlreichen Kabel-TV-Sender oder IPTV-Angebote (z.B. A1 Xplore). Wie das Kartellgericht festgehalten habe, sei der für den vorliegenden Fall sachlich relevante Markt die

zweite oben skizzierte Wertschöpfungsstufe, der Betrieb von Satelliten-Plattformen. Dabei handle es sich um eine Tätigkeit, die aus regulatorischer Sicht ganz unzweifelhaft als konnex-kommerziell im Sinne von § 8a Abs. 3 ORF-G anzusehen sei. Die Verbreitung der ORF-Programme über Satellit zähle einschließlich der Entschlüsselung – unstrittig - zum (wenn auch bedingten) Versorgungsauftrag nach § 3 Abs. 4 ORF-G. Der Hauptzweck der beiden ORF-SAT-Plattformen (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT) sei es, den TV-Sehern die vier ORF-Programme über den Verbreitungsweg Satellit zugänglich zu machen. Diese Tätigkeit stehe in einem überaus engen Zusammenhang mit Tätigkeiten im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags bzw. sei sogar ein immanenter Teil davon. Dass der Erstbeschwerdegegner seine beiden Satelliten-Plattformen auch für andere Rundfunksender (ATV, Puls 4, ServusTV) geöffnet habe, die sich dem sogenannten Transportmodell verpflichtet fühlten, und zudem eine Mitbenutzung durch Programmaggregatoren gestatte (konkret durch die Beschwerdeführerin und simpliTV), stehe mit der Entschlüsselung der ORF-eigenen Programme in einem engen Zusammenhang. Zudem seien die durch die Mitbenutzung der ORF-Plattformen erwirtschafteten Umsätze nur geringfügigen Ausmaßes. Eine Ausgliederungspflicht bestehe nach § 8a Abs. 3 ORF-G diesbezüglich nicht. Die Tätigkeiten des ORF-Konzerns auf dem „Markt für Satelliten-TV-Empfangsprodukte“ seien ohnehin ausgegliedert. Der Erstbeschwerdegegner sei hier nicht selbst aktiv. In diesem Markt betätige sich nur die ORF-Enkeltochter simpliTV, welche sämtliche Anforderungen an eine ausgegliederte Gesellschaft im Sinne von § 8a Abs. 3 ORF-G erfülle. Dass der Erstbeschwerdegegner die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Programmaggregator gegenüber simpliTV nicht diskriminiere, sei bereits in der Stellungnahme der Beschwerdegegner vom 14.01.2020 vorgetragen und durch Vorlage der bestehenden Verträge nachgewiesen worden. Die Beschwerdeführerin habe als Programmaggregator zu den beiden ORF-SAT-Plattformen Zugang zu völlig identen Bedingungen wie simpliTV. Von einer Diskriminierung im Sinne von § 2 Abs. 4 ORF-G könne hier – wie auch sonst – keine Rede sein.

Die KommAustria übermittelte dieses Schreiben der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 25.05.2020 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 11.06.2020 nahm die Beschwerdeführerin erneut Stellung und erstattete zur behaupteten Verletzung von § 2 Abs. 4 ORF-G weiteres Vorbringen, wonach auch § 31 Abs. 1 ORF-G die Einhebung spezifischer Kostenbeiträge von Rundfunkteilnehmern und sonstigen Marktteilnehmern zur Deckung der Kosten der HD-Satellitenverbreitung verbiete.

Mit Schreiben vom 27.07.2020 gab die Canal+ Luxembourg S. à. r. l bekannt, dass die M7 Group S.A. mit Wirkung zum 30.06.2020 auf die Canal+ Luxembourg S. à. r. l. im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (Verschmelzung durch Aufnahme) verschmolzen wurde.

2. Sachverhalt

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

2.1. Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin ist eine zu B 87.905 im R.C.S. Luxembourg eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Société à responsabilité limitée) mit Sitz in Luxemburg, welche die

Rechtsnachfolgerin im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf Grund einer Verschmelzung durch Aufnahme der M7 Group S.A., einer bis dahin zu B 148.073 im R.C.S. Luxembourg eingetragenen Aktiengesellschaft („Société Anonyme“), ist. Sie bietet in acht EU-Mitgliedsstaaten (neben Österreich auch in den Niederlanden, Belgien, Tschechien, Slowakei, Ungarn, Rumänien und Deutschland) kostenpflichtige Bouquets von Fernsehprogrammen und Zusatzdiensten an Endkunden an. In Österreich ist sie unter der Marke „HD Austria“ tätig und hat ihre Tätigkeit gemäß § 9 Abs. 5 AMD-G sowie gemäß § 15 Abs. 1 TKG 2003 der KommAustria angezeigt. Die Verbreitung der Satellitenbouquets in Österreich erfolgt einerseits über eine von der Beschwerdeführerin selbst betriebene Entschlüsselungsplattform (im Folgenden „M7-Plattform“, Bestelloption „Empfang mit SAT und HD Austria Geräten“), andererseits über die Plattformen „ORF DIGITAL“ des Erstbeschwerdegegners (Bestelloption „Empfang mit SAT und ORF-Karte“, siehe dazu unten Punkt 2.2.2.2) sowie die Satellitenplattform von SKY (Bestelloption „Empfang mit SAT und SKY Karte“).

Kunden, die die Programmpakete der Beschwerdeführerin über die M7-Plattform empfangen wollen, müssen eine HD Austria-taugliche Hardware (Receiver, Modul mit fix eingebauter Sat-Karte) für das gewählte Programmpaket aktivieren lassen. Als Verschlüsselungsverfahren wird B eingesetzt.

2.2. Beschwerdegegner

Der Erstbeschwerdegegner ist eine Stiftung öffentlichen Rechts mit Sitz in Wien mit dem gesetzlichen Zweck der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages des Österreichischen Rundfunks im Rahmen des Unternehmensgegenstandes.

Die Zweitbeschwerdegegnerin ist eine zu FN 256454p beim HG Wien eingetragene Kommanditgesellschaft mit Sitz in Wien. Unbeschränkt haftende Gesellschafterin ist die Österreichische Rundfunksender GmbH (FN 252826d beim HG Wien). Kommanditisten der Zweitbeschwerdegegnerin 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 ist ihrerseits Alleineigentümerin der ORS comm GmbH (FN 357121d beim HG Wien). Letzteres Unternehmen ist unbeschränkt haftende Gesellschafterin der ORS comm GmbH & Co KG (FN 357120b beim HG Wien), deren einzige Kommanditistin wiederum die Zweitbeschwerdegegnerin ist.

Der Erstbeschwerdegegner veranstaltet unter anderem die Fernsehprogramme ORF 1, ORF 2, ORF III und ORF Sport plus, die er durch die Zweitbeschwerdegegnerin sowohl terrestrisch als auch über Satellit in seinem Auftrag verbreiten lässt.

Die Zweitbeschwerdegegnerin betreibt zusammen mit der ORS comm GmbH & Co KG für den Konzern des Erstbeschwerdegegners soweit im gegenständlichen Verfahren wesentlich, technische Infrastruktur im Zusammenhang mit der Verbreitung von Rundfunk (im Folgenden wird, soweit von der Zweitbeschwerdegegnerin und der ORS comm GmbH & Co KG gemeinsam die Rede ist, die Bezeichnung „ORS“ verwendet), wobei die Zweitbeschwerdegegnerin im Wesentlichen für die Erbringung der mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zusammenhängenden Tätigkeiten zuständig ist, während die ORS comm GmbH & Co KG am 09.07.2011 im Zusammenhang mit der Novelle des ORF-G, BGBl. I Nr. 50/2010, und der damit erforderlichen Trennung der mit den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten zusammenhängenden Tätigkeiten von den rein kommerziellen Tätigkeiten

des Erstbeschwerdegegners neu gegründet wurde und im Wesentlichen für den Betrieb der technischen Einrichtungen im Zusammenhang mit diesen sogenannten „stand-alone kommerziellen Tätigkeiten“ zuständig ist.

2.2.1. Ausstrahlung von Programmen des Erstbeschwerdegegners über Satellit und Empfangbarkeit

Die Ausstrahlung der Fernsehprogramme des Erstbeschwerdegegners über Satellit erfolgt (abgesehen von ORF 2 Europe) verschlüsselt über die von der Zweitbeschwerdegegnerin in seinem Auftrag betriebenen Zugangsberechtigungssysteme. Als Verschlüsselungssystem wird derzeit C eingesetzt. Der Erstbeschwerdegegner bietet Endkunden zwei Plattformen zur Entschlüsselung der Signale an:

Zum einen ORF DIGITAL, bei welchem die Signale mit Hilfe einer Smartcard entschlüsselt werden. Die Endkunden schließen hierzu mit dem Erstbeschwerdegegner einen Nutzungsvertrag auf die Dauer von 5 Jahren für die „ORF DIGITAL SAT-Karte“ ab und können mit dieser und einem geeigneten Empfangsgerät (Fernsehgerät mit Satellitentuner oder Settopbox sowie einem CI+-Kartenlesemodul) die Programme des Erstbeschwerdegegners in SD und HD empfangen.

Zum anderen wird die Plattform „ORF DIGITAL DIREKT“ angeboten. Hierbei handelt es sich um ein sogenanntes kartenloses System: ein Nutzer mit einem für ORF DIGITAL DIREKT geeigneten Receiver oder Modul schließt mit dem Erstbeschwerdegegner einen Nutzungsvertrag auf die Dauer von 5 Jahren.

Die Verschlüsselung erfolgt unter anderem aus urheberrechtlichen und wirtschaftlichen Gründen, da der Erstbeschwerdegegner für Teile seiner TV-Programme nicht jene europaweiten Übertragungsrechte erwirbt, die für eine frei zugängliche Ausstrahlung über Satellit erforderlich wären.

2.2.2. Weitere Nutzungen der Satellitenplattformen des Erstbeschwerdegegners

Die ORS ist auf Grund des Geschäftsbesorgungsvertrags „Satellit“ mit dem Erstbeschwerdegegner vom 25.04.2005 berechtigt, freie Sektoren der Satellitenplattformen an Dritte zu vermarkten. Dies geschieht wie folgt:

2.2.2.1. Verbreitung von Programmen Dritter im „Transportmodell“

Die ORS hat mit mehreren Rundfunkveranstaltern für die Verbreitung der Programme ATV (HD), ATV2, Puls 4 und ServusTV Österreich (HD) nach dem sogenannten „Transportmodell“ Verträge abgeschlossen: Unter „Transportmodell“ versteht man im Wesentlichen ein Modell, bei welchem der Rundfunkveranstalter die (anteiligen) Verbreitungs- und Verschlüsselungskosten seines Programms trägt, während der Endkunde für den Empfang des Programms keine (zusätzliche) monatliche Gebühr entrichtet. Das heißt, dass die genannten Programme für alle Nutzer der Satellitenplattformen des Erstbeschwerdegegners ohne zusätzliches Entgelt empfangbar sind.

2.2.2.2. Plattform-Mitbenützungsvereinbarungen mit Programmaggregatoren

Die Zweitbeschwerdegegnerin hat daneben sogenannte „Plattform-Mitbenützungsverträge“ (PMV) hinsichtlich ihrer Satellitenplattformen abgeschlossen. Aktuell sind – soweit für das

gegenständliche Verfahren relevant – folgende PMV in Geltung: hinsichtlich der Plattform ORF DIGITAL mit der Beschwerdeführerin („Plattform Agreement“ vom 18.10.2010, zuletzt geändert mit Zusatzvereinbarung vom 07.01.2020) und hinsichtlich der Plattform ORF DIGITAL DIREKT mit der simpli services GmbH & Co KG. Die Zweitbeschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 18.01.2019 einen im Wesentlichen mit der Vereinbarung mit der simpli services GmbH & Co KG gleichlautenden Vertrag über die Mitbenutzung der Plattform ORF DIGITAL DIREKT angeboten, welcher bisher nicht angenommen wurde.

Die Beschwerdeführerin bietet auf Grundlage der genannten Vereinbarung unter anderem Endkunden, die über eine Anmeldung für die Satellitenplattform ORF DIGITAL verfügen, ein entgeltliches Programmbouquet mit HD-Programmen an (Empfangsoption „Empfang mit SAT und ORF-Karte“). Die Programme dieses Programmbouquets werden mit Hilfe der ORF DIGITAL-SAT-Karte entschlüsselt.

Die simpli services GmbH & Co KG gehört zum Konzern des Erstbeschwerdegegners. Einzige Komplementärin ist die simpli services GmbH, eine 100%-ige Tochter der ORS comm GmbH & Co KG, die auch einzige Kommanditistin der simpli services GmbH & Co KG ist. Sie bietet unter anderem Endkunden, die über eine Anmeldung für die Satellitenplattform ORF DIGITAL DIREKT verfügen oder sich gleichzeitig anmelden, ein entgeltliches Programmbouquet mit HD-Programmen an. Die Programme dieses Programmbouquets werden mit Hilfe der Verschlüsselungsplattform ORF DIGITAL DIREKT entschlüsselt. Die simpli services GmbH & Co KG hat ihre Tätigkeit gemäß § 9 Abs. 5 AMD-G sowie gemäß § 15 Abs. 1 TKG 2003 der KommAustria angezeigt.

Die Kunden der Beschwerdeführerin, die die Option „Empfang mit SAT und ORF-Karte“ gewählt haben, und jene der simpli services GmbH & Co KG können somit sowohl die Programme des Erstbeschwerdegegners, die weiteren über ORF DIGITAL bzw. ORF DIGITAL DIREKT verbreiteten Programme dritter Rundfunkveranstalter sowie die Programme des Bouquets des jeweiligen Programmaggregators empfangen.

2.3. Simulcryptvereinbarungen zwischen den Parteien

Für die Beschwerdeführerin ist es wesentlich, dass die eigenen Kunden die Programme des Erstbeschwerdegegners – ohne Anschaffung weiterer Hardware und Abschluss einer weiteren Plattformvereinbarung – empfangen können, da ohne diese ein Satelliten-Angebot wie das der Beschwerdeführerin für Endkunden unattraktiv ist, da diese ein „must have“ für die österreichischen Kunden darstellen.

Bei der Empfangsoption „Empfang mit SAT und ORF-Karte“ können die Kunden der Beschwerdeführerin – da eine Anmeldung für die Plattform ORF DIGITAL Voraussetzung für diese Empfangsoption ist – die Programme des Erstbeschwerdegegners über diese Plattform empfangen. Um den Kunden auf der eigenen Plattform („M7-Plattform“) die Möglichkeit zum Empfang der Programme des Erstbeschwerdegegners zu geben, musste die Beschwerdeführerin (ebenso wie auch SKY) mit den Beschwerdegegnern eine sogenannte „Simulcrypt-Vereinbarung“ abschließen.

Mit Simulcrypt wird die Verschlüsselung eines digitalen Datenstroms bezeichnet, die durch zwei oder mehrere verschiedene Arten von Decodern wieder entschlüsselt werden kann. Im konkreten Fall fügt der Zweitbeschwerdegegner am Satelliten-Multiplexer dem Programmsignal der HD-

Programme des Erstbeschwerdegegners neben den Verschlüsselungsinformationen für das eigene Verschlüsselungssystem C auch die Verschlüsselungsinformationen für das von der Beschwerdeführerin verwendete Verschlüsselungssystem B hinzu, sodass das vom Satelliten-Uplink zum Satelliten gesendete und von diesem zur Erde zurückgestrahlte verschlüsselte Programmsignal sowohl von den Kunden der Plattformen des Erstbeschwerdegegners als auch jener der Beschwerdeführerin entschlüsselt werden kann.

Die Parteien des gegenständlichen Verfahrens schlossen im September 2015 unter Vermittlung der KommAustria eine Simulcrypt-Vereinbarung ab. Die kommerziellen Eckpunkte dieser Vereinbarung waren folgende:

- Als Gegenleistung für die technischen Dienstleistungen der Zweitbeschwerdegegnerin, die zur Unterstützung bzw. Umsetzung der Simulcrypt-Lösung erforderlich sind, wurde ein jährliches Fixentgelt in Höhe von EUR XXX (netto) festgelegt.
- Da die Beschwerdeführerin mit der eigenen SAT-Plattform einen zusätzlichen Vertriebsweg für die Fernsehprogramme des Erstbeschwerdegegners eröffnet und Kundendienstleistungen übernommen hat, wurde für diese Leistungen eine Reduktion des jährlichen Fixentgelts um EUR X pro freigeschaltetem Kunden vereinbart.

Die Simulcrypt-Vereinbarung wurde auf unbestimmte Zeit geschlossen, sah jedoch in Hinblick auf das Auslaufen der Simulcrypt-Vereinbarung zwischen den Beschwerdegegnern und A ein Sonderkündigungsrecht des Erstbeschwerdegegners zum 31.03.2019 vor. Mit Schreiben vom 23.03.2018, welches der Beschwerdeführerin am 27.03.2018 per E-Mail übermittelt wurde, machte der Erstbeschwerdegegner von diesem Sonderkündigungsrecht Gebrauch und kündigte die Simulcrypt-Vereinbarung zum 31.03.2019.

Am 28.11.2018 übermittelten die Beschwerdegegner einen ersten Entwurf einer Simulcrypt-Folgevereinbarung. Dieser Entwurf sah Änderungen in Hinblick auf die kommerziellen Bedingungen vor:

- Das Serviceentgelt wurde auf EUR XXX jährlich erhöht.
- Die Minderung von EUR X pro freigeschaltetem Kunden wurde gestrichen.
- Punkt 4.1.1 des Entwurfs sah ein neues Entgelt von EUR X pro freigeschaltetem Endgerät und Jahr vor.

Dieser Vorschlag wurde von der Beschwerdeführerin abgelehnt. Im Rahmen einer Tagsatzung im Rahmen eines Kartellverfahrens zur „Abstellung gemäß § 26 KartG, § 48 KartG“ vom 27.03.2019 schlossen die Parteien des gegenständlichen Verfahrens einen gerichtlichen Vergleich ab. Dieser lautete auszugsweise:

„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 M7. 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 M7 geforderte Unentgeltlichkeit für die Erteilung der Erlaubnis der Freischaltung, noch über (ii) das von M7 geforderte Distributionsentgelt von EUR X/Nutzer/Jahr, noch [gemeint wohl: über] (iii) das von ORF geforderte Entgelt in Höhe von EUR X/ Nutzer/ Jahre.

3. Der ORF als auch M7 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. Zur Klarstellung wird festgehalten, dass der ORF oder M7 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.

4. Die Vertragsparteien halten (auch in Einklang mit Punkt 7.2 der Simulcrypt-Vereinbarung 2019) fest, dass das strittige Thema einer Vergütung für den ORF oder M7 sowie allfällige künftige Vereinbarungen oder Rechtsstreitigkeiten zu diesem strittigen Thema nur das Vertragsverhältnis zwischen ORF und M7 betreffen und jenes zwischen M7 und ORS nicht berühren. Allfällige künftige Vereinbarungen oder Rechtsstreitigkeiten bzw. Verfahren zum strittigen Thema einer Vergütung für den ORF oder M7 bedürfen daher keiner Teilnahme oder Zustimmung der ORS.

5. Die Vertragsparteien vereinbaren, dass ORF und M7 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 oder M7, entsprechend den Entscheidungsergebnissen umsetzen und bei Bedarf erforderliche Änderungen, insbesondere zu Punkt 4.1 der Simulcrypt-Vereinbarung 2019, unverzüglich vereinbaren.

6. 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.

7. Die Punkte 7.1 (Schriftform), 7.2 (Abtretung, Rechtsnachfolge), 7.3 (Teilnichtigkeit), 7.9 (Ausfertigungen) und - in Bezug auf die Simulcrypt-Vereinbarung 2019 - 7.10 (Anhänge) der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 gelten sinngemäß auch für diese Zusatzvereinbarung.

8. Zur Entscheidung aller Streitigkeiten aus oder in Zusammenhang mit dieser Zusatzvereinbarung und/oder der Simulcrypt-Vereinbarung 2019 - einschließlich solcher über das Bestehen oder Nichtbestehen - ist ausschließlich das für Handelssachen wertzuständige Gericht in Wien zuständig. Es gilt österreichisches materielles Recht unter Ausschluss der Verweisungsnormen und des UN-Kaufrechts.

Anlage ./1 Simulcryptvereinbarung 2019

[...]

Anlage 1 zur Zusatzvereinbarung

Simulcryptvereinbarung

[...]

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 M7 für Endkunden in Österreich unter Verwendung des in Punkt 1.2 genannten Verschlüsselungssystems betriebenen DTH-Satelliten-Plattform, derzeit über ASTRA 19,2, (im Folgenden „M7-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 den in Punkt 1.1 genannten technischen Normen entsprechendem Simulcrypt mit dem Verschlüsselungssystem B. 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.

[...]

2. Erlaubnis zur Freischaltung

2.1 Der ORF erteilt M7 die Erlaubnis, die in Punkt 1.1 genannten ORF-Programme wie dort beschrieben auf den von M7 an Endkunden in Österreich ausgegebenen Endgeräten bzw. Smartkarten für den Empfang durch diese freizuschalten.

[...]

4. Vergütung

4.1. 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 geregeltes Entgelt.

4.1.1. M7 zahlt an den ORF pro Jahr und freigeschaltem 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. M7 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 M7 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 M7. Der Betrag hat bis zum 15. des Folgemonats ohne Abzug auf dem Bankkonto „##“ des ORF einzulangen.

4.2 Die ORS stellt die von ihr gem. Punkt 3 und den dazu gehörigen Anhängen zu erbringenden technischen Leistungen folgendes Entgelt in Rechnung: Euro XXX exkl. USt pro Jahr.

4.2.1 Die Abrechnung der vertragsgegenständlichen Leistungen gemäß Punkt 0 gegenüber M7 erfolgt durch die ORS. Die Zahlungen werden wie folgt abgewickelt:

4.2.2 M7 leistet an ORS quartalsweise im Vorhinein ein Viertel des jährlichen Entgelts gem. Punkt 0 zzgl allfälliger österreichischer Mehrwertsteuer.

4.2.3 Der gem. 0 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 Sowohl das Entgelt gemäß Punkt 4.1.1 als auch das nach Punkt 4.2 werden wertgesichert. Beides wird jährlich gemäß dem von der Statistik Austria verlautbarten Verbraucherpreisindex 2015 (Ausgangsbasis ist der Wert des Monats Juni 2018) bzw. eines allenfalls anstelle dieses Index tretenden Index jährlich zum Stichtag 1. Jänner des Folgejahres angepasst.

[...]“

3. Beweismwürdigung

Die Feststellungen zur Beschwerdeführerin und ihren Tätigkeiten beruhen auf den insofern im Wesentlichen übereinstimmenden glaubwürdigen Vorbringen der Parteien, den Angaben zu den Produkten auf der Website der Beschwerdeführerin „www.hdaustria.at“, in welche die KommAustria zuletzt am 22.07.2020 Einsicht genommen hat, der genannten Anzeige der Beschwerdeführerin gemäß § 9 Abs. 5 AMD-G und § 15 Abs. 1 TKG 2003 an die KommAustria, sowie in Hinblick auf die Verschmelzung der M7 Group S.A. auf die Canal+ Luxembourg S. à. r. l. auf dem glaubwürdigen Vorbringen der Beschwerdeführerin im Schreiben vom 27.07.2020 und den vorgelegten Auszügen aus dem R.C.S Luxembourg.

Die Feststellungen zur Konzernstruktur des Erstbeschwerdegegners sowie zur Aufgabenverteilung innerhalb des Konzerns beruhen im Wesentlichen auf dem offenen Firmenbuch und den Feststellungen im Bescheid der KommAustria vom 01.08.2018, KOA 6.300/18-015, bzw. sind amtsbekannt. Die Feststellungen zur Verbreitung von Programmen Dritter im „Transportmodell“ beruhen im Wesentlichen auf dem glaubwürdigen Vorbringen der Beschwerdegegner und auf Punkt 22.1 des von der Beschwerdeführerin auszugsweise vorgelegten Geschäftsbesorgungsvertrags „Satellit“ zwischen der Erstbeschwerdegegnerin und der ORS vom 25.04.2005. Die Feststellungen zu „Plattformmitbenützungvereinbarungen“ mit Programmaggregatoren beruhen im Wesentlichen auf dem glaubwürdigen Vorbringen der Beschwerdegegner und finden Deckung im vorgelegten Vertrag über die Plattformmitbenützung zwischen der Zweitbeschwerdegegnerin und der simpli services GmbH & Co KG vom 21.12.2018 und dem im Wesentlichen gleichlautenden Anbot der Zweitbeschwerdegegnerin an die Beschwerdeführerin vom 18.01.2019, deren Richtigkeit die Beschwerdeführerin nicht bestritten hat, sowie dem ebenfalls vorgelegten „Platform Agreement“ vom 18.10.2010 zwischen Zweitbeschwerdegegnerin und der Beschwerdeführerin.

Die Angaben zur Begründung des Betriebs eines Zugangsberechtigungsystems beruhen auf dem insofern glaubwürdigen Vorbringen der Beschwerdegegner, welches von der Beschwerdeführerin nicht in Frage gestellt wurde.

Die Feststellungen zum Simulcrypt und den diesbezüglichen Vereinbarungen beruhen auf dem insofern übereinstimmenden Vorbringen der Parteien sowie den von den Parteien vorgelegten diesbezüglichen Vereinbarungen.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Beschwerdelegitimation

§§ 36 und 37 ORF G lauten auszugsweise:

„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

[...]

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.

[...]

§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.

[...]“

Die Beschwerdeführerin stützt ihre Beschwerdelegitimation auf § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G. Sie stehe mit dem Erstbeschwerdegegner auf verschiedenen SAT-TV-relevanten Marktebenen im Wettbewerb. Die Beschwerde richte sich gegen missbräuchliches Verhalten des ORF, und zwar gegen die Preisgestaltung des Erstbeschwerdegegners für seine Endkundenangebote (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT) zum entschlüsselten Empfang von SAT-TV-Basispaketen, deren Preisniveau zu niedrig sei, um die Kosten der eigenen Leistungsbereitstellung zu decken, und die daher gegen das Verbot wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäß § 31c Abs. 1 ORF-G verstoße, gegen die Benachteiligung der Beschwerdeführerin im Verhältnis zu den Angeboten des Erstbeschwerdegegners ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT durch die Forderung nach überhöhten Simulcrypt-Entgelten, die (die Satellitenausstrahlungs-)Kosten abbilden sollen, die der Erstbeschwerdegegner selbst in seinen Endkundenangeboten nicht abbilde, und daher gegen § 2 Abs. 4 ORF-G verstoße, sowie nachgeordnet, gegen die sich aus dieser Diskriminierung ergebende zusätzliche missbräuchliche Schlechterstellung im Bereich nachgelagerter Großkunden- und Endkunden-SAT-Produkte und Dienste, insbesondere der SAT-Zusatzprogrammpakete der Beschwerdeführerin im Vergleich zum Zusatzpaket der Beschwerdegegner (simpliTV SAT), wodurch die Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin entgegen § 2 Abs. 4 bzw. § 8a Abs. 3 zweiter Satz ORF-G diskriminierten. Diese Schlechterstellung resultiere nicht zuletzt auch aus dem Betrieb der Satellitenplattformen im Namen und Auftrag des Erstbeschwerdegegners, obwohl es sich dabei um eine *stand-alone* kommerzielle Tätigkeit handle, weshalb auch § 8a Abs. 3 erster Satz ORF G verletzt sei.

Der Bundeskommunikationssenat (BKS) hat zur mit § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G idgF gleichlautenden Bestimmung des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 ausgesprochen, dass für die Beschwerdelegitimation nach dieser Bestimmung die Behauptung des durch die Rechtsverletzung bedingten Eingriffs in wirtschaftliche oder rechtliche Interessen eines Unternehmens genügt. Auf Grund dieser Bestimmung kann eine Beschwerde auch bei mittelbarer Schädigung (entgangener Gewinn, Ausbleiben eines Vorteils) oder selbst dann, wenn noch kein Schaden eingetreten ist, erhoben werden. Beschwerdevoraussetzung ist die Darlegung der Auswirkungen rechtlicher oder wirtschaftlicher Art (vgl. BKS 14.12.2004, GZ 611.933/0003-BKS/2004).

Für das Vorliegen einer Beschwerdelegitimation nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G reicht die Darlegung von zumindest im Bereich des Möglichen liegenden Berührungen rechtlicher oder wirtschaftlicher Interessen des beschwerdeführenden Unternehmens aus (vgl. z.B. BKS 29.01.2007, GZ 611.956/0002-BKS/2007, ebenfalls zu § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010). Voraussetzung dafür, dass durch eine behauptete Verletzung des ORF-G wirtschaftliche Interessen eines gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G beschwerdeführenden Unternehmens berührt werden, ist das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem beschwerdeführenden Unternehmen und dem Erstbeschwerdegegner (vgl. etwa BKS 25.09.2006, GZ 611.933/0006-BKS/2006, wiederum zu § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010).

Grundsätzlich ist nicht zu bezweifeln, dass die Beschwerdeführerin mit dem Erstbeschwerdegegner in einem Wettbewerbsverhältnis, insbesondere im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Satellitenplattformen steht.

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Preisgestaltung des Erstbeschwerdegegners für seine Endkundenangebote zum entschlüsselten Empfang von SAT-TV-Basispaketen sei

wettbewerbswidrig, da deren Preisniveau zu niedrig sei, liegt darin die Behauptung einer denkmöglichen Verletzung von § 31c Abs. 1 ORF-G durch den Erstbeschwerdegegner. Gleiches gilt für die behauptete Verletzung von § 8a Abs. 3 erster Satz ORF-G, weil diese das behauptete diskriminierende Verhalten der Beschwerdegegner überhaupt erst ermöglichen. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G ist daher insofern zu bejahen.

Soweit die Beschwerdeführerin allerdings behauptet, die Forderung nach überhöhten Simulcrypt-Entgelten („Entgelt zur Erlaubnis zur Freischaltung der ORF-Programme“ gemäß Punkt 4.1 der im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs vom 27.03.2019 abgeschlossenen Simulcrypt-Vereinbarung in der Höhe von EUR X exklusive Umsatzsteuer pro Jahr und Endgerät) stelle eine Benachteiligung der Beschwerdeführerin im Verhältnis zu den Angeboten des Erstbeschwerdegegners (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL Direkt) dar, aus welcher sich eine zusätzliche missbräuchliche Schlechterstellung im Bereich nachgelagerter Großkunden- und Endkunden-SAT-Produkte und Dienste ergebe, wird damit aus folgenden Gründen keine denkmögliche Verletzung des § 2 Abs. 4 ORF-G behauptet:

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 M7. 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 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 M7 geforderte Unentgeltlichkeit für die Erteilung der Erlaubnis der Freischaltung, noch über (ii) das von M7 geforderte Distributionsentgelt von EUR X/Nutzer/Jahr, noch (iii) das von ORF geforderte Entgelt in Höhe von EUR X/Nutzer/Jahre.“

Auf Grund dieser Vereinbarung wird einerseits der Beschwerdeführerin der Zugang zu den von ihr benötigten Leistungen nach der (Änderungs-)Kündigung 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 den gleichen 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 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).

Die Beschwerde war vor diesem Hintergrund hinsichtlich der behaupteten Verletzung des § 2 Abs. 4 ORF-G mangels Beschwerdelegitimation als unzulässig zurückzuweisen. Soweit sie sich auch auf § 8a Abs. 3 zweiter Satz ORF-G stützt, der eine sinngemäße Anwendung von § 2 Abs. 4 ORF-G im Bereich der kommerziellen Tätigkeiten vorsieht, gilt dies in gleicher Weise. (vgl. Spruchpunkt 1.).

Entsprechend den obigen Ausführungen war im Übrigen auch nicht auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin im Schreiben vom 19.11.2019 im Zusammenhang mit der Bereitstellung des Programms RTL UHD Austria einzugehen. Die Beschwerdeführerin brachte im Wesentlichen vor, seit 09.10.2019 biete die simpli services GmbH & Co KG im Rahmen des simpliTV SAT-Programmzusatzangebots das neue Programm RTL UHD Austria in Österreich ohne Zusatzentgelt für Simpli-TV-SAT-Abonnenten sowie Nutzer des kostenlosen 6-Monate-Probeabos an. Nach Kenntnisstand der Beschwerdeführerin miete nicht RTL selbst, sondern die Zweitbeschwerdegegnerin die SAT-Kapazitäten für die Verbreitung des RTL-UHD-Austria-Programms bei SES/Astra an und stelle diese RTL kostenfrei zur Verfügung. Im Gegenzug sei diese berechtigt, das Programm (RTL UHD Austria) in der Satelliten-Verbreitung über Astra der simpli services GmbH & Co KG exklusiv für ihr Programmzusatzangebot simpliTV SAT zur Verfügung zu stellen. RTL habe es jedenfalls ausdrücklich und auch schriftlich ausgeschlossen, der Beschwerdegegnerin ein Angebot für die Verbreitung von RTL UHD Austria über Astra zu machen. Sollte sich dies (infolge entsprechender Ermittlungen durch die KommAustria) tatsächlich als richtig erweisen, hätte das für das gegenständliche Verfahren folgende Konsequenzen: Es wäre nachgewiesen, dass die Beschwerdegegner zwar von M7 eine Kostenbeteiligung an den SAT-Verbreitungskosten (der ORF-Programme) fordere, gleichzeitig jedoch die SAT-Verbreitungskosten für die Verbreitung eines weiteren Programms– RTL UHD Austria – zu 100% selbst trage.

Wörtlich heißt es weiter: „Die Beschwerde wäre um einen zusätzlichen Diskriminierungsvorwurf zu erweitern: Nicht nur, dass die Beschwerdegegnerin unmittelbar ihre eigenen kommerziellen Produktangebote für den SAT-Basisempfang (also ORF-Digital und ORF-Digital-Direkt) im Wettbewerb mit vergleichbaren SAT-Basisempfangsangeboten von M7 bevorzugt (siehe Pkt. 4.2. der Beschwerde); und nicht nur, dass: die Beschwerdegegnerin auch mittelbar sämtliche ihrer nachgelagerten, auf dem SAT-Basisempfang aufbauenden Produkt- und Dienstangebote, insbesondere das Programmzusatzpaket simpliTV-SAT, gegenüber vergleichbaren Produkt- und Dienstangeboten von M7 bevorzugt (auch dazu siehe schon Pkt. 4.2. der Beschwerde); durch die Übernahme von 100% der Kosten der SAT- Verbreitung von RTL-UHD-Austria zugunsten ihres eigenen (nachgelagerten) Programmzusatzpakets simpliTV-SAT diskriminiert die Beschwerdegegnerin M7 auch noch zusätzlich auf Ebene des (inhaltlichen) Programmangebots. (Durch das Einräumen exklusiver Nutzungsrechte für den österreichischen Markt zugunsten von simpliTV SAT wird M7 darüber hinaus auch noch die Möglichkeit genommen, das Programmzusatzpaket von simpliTV SAT nachzubilden.)“

Dieses Vorbringen dient vorderhand zur Untermauerung der Diskriminierungsvorwürfe durch die Verrechnung des Bereitstellungsentgelts. Aufgrund der Vereinbarung eines angemessenen Entgelts in der zwischen der Beschwerdeführerin und den Beschwerdegegnern abgeschlossenen Zusatzvereinbarung zur Simulcrypt-Vereinbarung 2019 ist es im Sinne des Gesagten jedoch denkunmöglich, dass durch die kostenlose Bereitstellung an RTL § 2 Abs. 4 ORF-G verletzt ist.

Selbst wenn man den im Konjunktiv weiters vorgebrachten und somit hypothetischen neuen Vorwurf (arg. „Sollte sich dies (infolge entsprechender Ermittlungen durch die KommAustria) tatsächlich als richtig erweisen...“, „... Die Beschwerde wäre um einen zusätzlichen Diskriminierungsvorwurf zu erweitern“) überhaupt als weitere Beschwerde (vgl. BKS 26.01.2011, GZ 611.119/0001-BKS/2011) ansehen wollte, würde ein Eingehen auf die Mutmaßungen der Beschwerdeführerin, die sich hinsichtlich der (vermeintlichen) kostenlosen Verbreitung des Programmes RTL UHD Austria auf ihren nicht näher dargelegten „Kenntnisstand“ stützt und offenbar einzig aus der Ablehnung von RTL, auch eine Verbreitungsvereinbarung mit der Beschwerdeführerin abzuschließen, darauf schließt, dass zwischen dem Erstbeschwerdegegner oder der simpli services GmbH und RTL eine Exklusivitätsvereinbarung besteht, auf einen unzulässigen Erkundungsbeweis (vgl. zuletzt etwa VwGH 17.09.2019, Zl. Ra 2019/18/0332) hinauslaufen.

4.2. Rechtzeitigkeit der Beschwerde

Gemäß § 36 Abs. 3 ORF-G sind Beschwerden innerhalb von sechs Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen.

Die Beschwerdeführerin bringt hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Beschwerde bezüglich der behaupteten Verletzung des § 31c Abs. 1 ORF-G vor, die Beschwerde richte sich darauf, die Rechtswidrigkeit der Preisgestaltung der Angebote der Beschwerdegegner seit deren erstmaligem Inverkehrbringen, spätestens aber ab dem Beginn des sechswöchigen Zeitraums vor Beschwerdeerhebung, also ab dem 03.05.2019 (gerechnet vom Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung am 14.06.2019) festzustellen.

Im vorliegenden Fall liegt das behauptete wettbewerbswidrige Verhalten in einer rechtswidrigen Preisgestaltung, die nach dem Vorbringen jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung andauert. Gleiches gilt für die behauptete Verletzung des Ausgliederungsgebots gemäß § 8a Abs. 3 erster Satz ORF-G, welche nach dem Vorbringen ebenfalls noch vorliegt. Die Beschwerde wurde daher im Sinn des § 36 Abs. 3 ORF-G jedenfalls rechtzeitig erhoben.

4.3. 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) Der Österreichische Rundfunk ist zur Errichtung von Zweigniederlassungen im In- und Ausland sowie zur Gründung von Tochtergesellschaften und zur Beteiligung an anderen Unternehmen im In- und Ausland berechtigt, sofern diese den gleichen Unternehmensgegenstand haben oder der Unternehmensgegenstand gemäß Abs. 1 dies erfordert. Zur Vermögensveranlagung ist dem Österreichischen Rundfunk auch die Beteiligung an Unternehmen mit anderem Unternehmensgegenstand gestattet, sofern die Beteiligung an diesen Unternehmen 25% nicht übersteigt.

(3) Auf die Tätigkeit von Tochtergesellschaften des Österreichischen Rundfunks und von mit ihm verbundenen Unternehmen finden die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes Anwendung, soweit nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt ist. Keine Anwendung finden die Bestimmungen der §§ 27, 39 bis 39c und 40 Abs. 1 bis 4 und 6 auf Tochtergesellschaften oder verbundene Unternehmen, die keine Tätigkeiten wahrnehmen, die im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag stehen.

(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.

(2) [...]

(3) Die Programme nach Abs. 1 Z 1 und 2 sind jedenfalls terrestrisch zu verbreiten. Für das dritte österreichweit empfangbare in seinem Wortanteil überwiegend fremdsprachige Hörfunkprogramm gilt abweichend von Abs. 1 zweiter Satz jener Versorgungsgrad, wie er am 1. Mai 1997 für dieses Programm bestanden hat.

(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.

[...]

(8) Zum Versorgungsauftrag zählt auch die Veranstaltung eines Sport-Spartenprogramms gemäß § 4b, eines Informations- und Kulturspartenprogramms gemäß § 4c sowie die Ausstrahlung eines Fernsehprogramms gemäß § 4d.

Besonderer Auftrag für ein Sport-Spartenprogramm

§ 4b. *(1) Der Österreichische Rundfunk hat nach Maßgabe der wirtschaftlichen Tragbarkeit ein Fernseh-Spartenprogramm zu veranstalten, das der insbesondere aktuellen Berichterstattung über Sportarten und Sportbewerbe – einschließlich der Ausstrahlung von Übertragungen von Sportbewerben – dient, denen üblicherweise in der österreichischen Medienberichterstattung kein breiter Raum zukommt. [...]*

(2) Das Programm ist über Satellit zu verbreiten und kann über digitale terrestrische Multiplex-Plattformen verbreitet werden. § 25 Abs. 2 Z 2 AMD-G bleibt unberührt. § 20 Abs. 1 AMD-G ist anzuwenden. [...]

Besonderer Auftrag für ein Informations- und Kultur-Spartenprogramm

§ 4c. *(1) Der Österreichische Rundfunk hat nach Maßgabe der wirtschaftlichen Tragbarkeit ein Fernseh-Spartenprogramm zu veranstalten, das insbesondere durch Informations-, Diskussions-,*

Dokumentarsendungen, Magazine und Übertragungen von Kulturereignissen spezifisch der Erfüllung der Aufträge nach § 4 Abs. 1 Z 1 bis 7, 13, 14, 16 und 17 dient und ein umfassendes Angebot von Sendungen mit Informations- oder Bildungscharakter sowie von Kultursendungen beinhaltet. [...]

(2) Das Programm ist über Satellit zu verbreiten und kann über digitale terrestrische Multiplex-Plattformen verbreitet werden. § 25 Abs. 2 Z 2 AMD-G bleibt unberührt. § 20 Abs. 1 AMD-G ist anzuwenden. [...]

Kommerzielle Tätigkeiten

§ 8a. (1) *„Kommerzielle Tätigkeiten“ im Sinne dieses Gesetzes bezeichnen im Rahmen des Unternehmensgegenstandes liegende, über den öffentlich-rechtlichen Auftrag (§ 1 Abs. 2) hinausgehende Tätigkeiten.*

(2) Kommerzielle Tätigkeiten sind organisatorisch und rechnerisch von den Tätigkeiten im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu trennen (§ 39 Abs. 4). Für sie dürfen keine Mittel aus dem Programmengelt (§ 31) herangezogen werden. Sie können gewinnorientiert betrieben werden.

(3) Kommerzielle Tätigkeiten sind durch Tochtergesellschaften oder mit dem Österreichischen Rundfunk verbundene Unternehmen (§ 2 Abs. 2) wahrzunehmen, die keine Tätigkeiten im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags wahrnehmen, es sei denn, diese Tätigkeiten stehen in einem engen Zusammenhang mit Tätigkeiten im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags oder die durch sie erwirtschafteten Umsätze sind nur geringfügigen Ausmaßes. Für die vertragliche Zusammenarbeit mit Unternehmen gilt § 2 Abs. 4 sinngemäß.

(4) Kommerzielle Kommunikation in den gemäß § 3 veranstalteten Programmen und bereitgestellten Angeboten stellt eine kommerzielle Tätigkeit dar. Auf kommerzielle Kommunikation findet Abs. 3 lediglich in Bezug auf deren Vertrieb und Vermarktung Anwendung.

(5) Erlöse aus kommerziellen Tätigkeiten in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag sind bei der Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrages (§ 31) zu berücksichtigen.

[...]

Programmengelt

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

(2) Die Höhe des Programmengelts ist so festzulegen, dass unter Zugrundelegung einer sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Verwaltung der öffentlich-rechtliche Auftrag erfüllt werden

kann; hierbei ist auf die gesamtwirtschaftliche Entwicklung Bedacht zu nehmen. Die Höhe des Programmentgelts ist mit jenem Betrag begrenzt, der erforderlich ist, um die voraussichtlichen Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags angesichts der zu erwartenden Zahl der zur Entrichtung des Programmentgelts Verpflichteten in einem Zeitraum von fünf Jahren ab Festlegung des Programmentgelts (Finanzierungsperiode) decken zu können. Der Berechnung der Höhe des Programmentgelts zu Grunde liegende Annahmen über zu erwartende Entwicklungen haben begründet und nachvollziehbar zu sein.

(3) Die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags entsprechenden Kosten, die zur Erbringung des öffentlich-rechtlichen Auftrags anfallen, unter Abzug der erwirtschafteten Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlicher Tätigkeit, sonstiger öffentlicher Zuwendungen, insbesondere der Zuwendung nach Abs. 11, sowie der in der Widmungsrücklage (§ 39 Abs. 2) gebundenen Mittel sowie unter Berücksichtigung allfälliger Konzernbewertungen. Verluste aus kommerziellen Tätigkeiten dürfen nicht eingerechnet werden.

[...]

Marktkonformes Verhalten

§ 31c. (1) Dem Österreichischen Rundfunk aus Programmentgelt zufließende Mittel dürfen nicht in einer zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht erforderlichen wettbewerbsverzerrenden Weise verwendet werden. Insbesondere darf der Österreichische Rundfunk diese Mittel nicht dazu verwenden:

1. Senderechte zu überhöhten, nach kaufmännischen Grundsätzen nicht gerechtfertigten Preisen zu erwerben;
2. Kommerzielle Kommunikation zu Preisen zu vergeben, die gemessen an kaufmännischen Grundsätzen zu niedrig sind und lediglich dazu dienen, den Marktanteil am Werbemarkt zu Lasten der Mitbewerber anzuheben.

[...]

4.4. Zu den behaupteten Verletzungen des ORF-G

Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, die Beschwerde richte sich gegen missbräuchliches Verhalten des ORF, und zwar gegen die Preisgestaltung des Erstbeschwerdegegners für seine Endkundenangebote (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL Direkt) zum entschlüsselten Empfang von SAT-TV-Basispaketen, deren Preisniveau zu niedrig sei, um die Kosten der eigenen Leistungsbereitstellung zu decken, und die daher gegen das Verbot wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäß § 31c Abs. 1 ORF-G verstoße. Eine Preisstrategie, bei der ein Produkt oder eine Dienstleistung auf dem relevanten Markt von einem marktbeherrschenden Unternehmen zu einem (zu) niedrigen, die eigenen Kosten der Produkt-/Dienstleistungsbereitstellung nicht deckenden Preis angeboten werde, mit dem Ziel, Wettbewerber auf dem Markt zu behindern bzw. aus dem Markt zu drängen (oder potentielle Wettbewerber von einem Markteintritt abzuschrecken), sei eine bekannte (im Wettbewerbsrecht typisierte) Form des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung („predatory pricing“). Der einer solchen Preisstrategie zugrundeliegende wettbewerbschädliche Mechanismus sei jenem des

in § 31c Abs. 1 ORF-G – im Rahmen der beispielhaften Aufzählung – ausdrücklich verpönten Werbedumpings (als Beispiel für eine Form der wettbewerbsverzerrenden Verwendung von Programmentgelten) ähnlich. Während im Falle von Werbedumping der öffentlich-rechtliche Veranstalter seine Werbepreise über das ökonomisch sinnvolle Maß hinaus absenke, um dadurch anderen Marktanbietern zu schaden (und Marktanteile zu gewinnen), und den Einnahmehausfall (aufgrund der zu niedrigen Werbepreise) durch die öffentliche Finanzierung kompensiere, werde im Falle einer missbräuchlichen, den Wettbewerb schädigenden Preisstrategie eine beliebige Leistung bzw. ein beliebiges Produkt vom marktbeherrschenden Unternehmen im Wettbewerb mit Dritten so günstig angeboten, dass der erzielte Preis die Bereitstellungs- (bzw. Produktions-)Kosten nicht mehr decke, und damit alternativen Anbietern ein Reüssieren am relevanten Produkt-/Dienstleistungsmarkt verunmöglicht werde. Für einen öffentlich-rechtlichen Veranstalter biete sich eine wettbewerbschädigende Preisstrategie im kommerziellen Marktbereich im Wettbewerb mit Dritten geradezu an, denn der Einnahmehausfall aus zu niedrig festgelegten Marktpreisen lasse sich aufgrund des Nettokostenprinzips, das für den öffentlich-rechtlichen Veranstalter gelte, sehr einfach und unauffällig (durch die Gebührengegenfinanzierung des Nettoverlusts) ausgleichen.

Die Preisgestaltung des Erstbeschwerdegegners für seine Angebote ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT verstoße in jeder einzelnen der Angebotsoptionen sowie in ihrer Gesamtheit gegen das Verbot einer missbräuchlichen Marktpreisgestaltung im Sinn von § 31c Abs. 1 ORF-G. Sämtliche Voraussetzungen für das Vorliegen einer gemäß § 31c Abs. 1 ORF-G verbotenen Wettbewerbsverzerrung seien erfüllt: der Erstbeschwerdegegner sei auf dem maßgeblichen Markt für SAT-TV-Basisempfang marktbeherrschend einzustufen, dominiere den vorgelagerten „Großkundenmarkt für TV-Programme“ und entscheide auf diese Weise über maßgebliche Inputfaktoren („*Must-Have-Charakter der ORF-Programme*“) für dritte Wettbewerber auf dem SAT-Basisempfangsmarkt (Simulcrypt der ORF-Programme). Er dominiere, aufgrund seiner starken Stellung als SAT-Plattformanbieter, die relevanten nachgelagerten Märkte (z.B. Endkundenmarkt bzw. Großkundenmarkt für SAT-Empfangsgeräte, Großkundenmarkt für SAT-Verbreitung von privaten TV-Programmen, usw.). Der Beschwerdegegner sei als einziger Anbieter auf dem Markt in der Lage, allfällige Verluste über Programmentgelte (Beihilfen) abzudecken. Er habe in vielerlei Hinsicht Anreiz zu marktmissbräuchlichem Verhalten auf dem relevanten Markt: Die Wechselwirkungen zwischen dem relevanten Endkundenmarkt und den vor- und nachgelagerten Märkten seien vielfältig; ein hoher Marktanteil am relevanten SAT-Basisempfangsmarkt erlaube dem Erstbeschwerdegegner beispielsweise, die Bedingungen für den ORF-Programmempfang über Satelliten, z.B. über die Vorgabe einer dem Erstbeschwerdegegner nützlichen Programmreihenfolge, positiv zu beeinflussen. Hierdurch könnten die Beschwerdegegner einen hohen Zuseher-Marktanteil für die ORF-Programmfamilie absichern, was wiederum am Werbemarkt viele positive Effekte bringe. Ein hoher Marktanteil am relevanten SAT-Empfangsendkundenmarkt erlaube dem Erstbeschwerdegegner darüber hinaus, die Marktchancen von ORF-Angeboten auf den nachgelagerten Märkten zu erhöhen. Die Beschwerdegegner könnten die Stärke der eigenen SAT-Plattform nicht nur zur Verbesserung der eigenen Marktchancen nutzen, sondern umgekehrt auch dazu, Konkurrenzangebote zu benachteiligen. Und schließlich verschaffe eine starke Marktposition der Beschwerdegegner diesen auch die Möglichkeit zur Einführung, oder Verzögerung, technischer Innovationen, sowie zur Kontrolle und Kenntnis der Empfangsgewohnheiten der Kunden. Schließlich lägen die Preise, die der Erstbeschwerdegegner für seine Endkundenangebote auf dem relevanten Markt verrechne, weit unter den Kosten der Leistungsbereitstellung. Betrachte man die genannten Faktoren in ihrer Gesamtheit, so bestehe kein Zweifel, dass die konkrete Endkundenpreisgestaltung durch die Beschwerdegegner bewusst

und mit dem Ziel erfolge, den Wettbewerb auf dem Markt für SAT-Basisempfang zu Gunsten der Beschwerdegegner zu verzerren.

Der Versorgungsauftrag umfasse – auf Basis des Wortlauts – die technische Verbreitung der Programme über Satellit (§ 3 Abs. 4 ORF-G spricht von „Ausstrahlung“, und § 4b Abs. 2 und § 4c Abs. 2 ORF-G sprechen von „Verbreitung“). Auftragsgegenstand sei somit die Sicherstellung, dass die TV-Programme des Erstbeschwerdegegners über Satellit verbreitet/ausgestrahlt würden. Die dafür anfallenden Kosten (die sog. Transponderkosten) seien somit wohl Teil des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags. Der Versorgungsauftrag verpflichte den Erstbeschwerdegegner jedoch nicht – zumindest nicht nach dem Wortlaut – zum Betrieb eines Entschlüsselungssystems für den Empfang der ORF-Programme, und schon gar nicht zum Betrieb eines Entschlüsselungssystems, das zusätzlich zu den Programmen des Erstbeschwerdegegners auch private grundverschlüsselte Programme für die Endkunden empfangbar mache. Unter keinen Umständen verpflichtet der Versorgungsauftrag den Erstbeschwerdegegner aber dazu, den SAT-TV-Basisempfang den Endkunden zu einem betriebswirtschaftlichen Verlust anbieten zu müssen.

Im Gegenteil sei aus § 3 Abs. 4 ORF-G ableitbar, dass schon die technische SAT-Verbreitung (unabhängig von einer Entschlüsselungslösung) von der „wirtschaftlichen Tragbarkeit“ dieser Aktivität abhängig sei. Die Ausstrahlung der ORF-Programme über Satellit sei aus Sicht des Gesetzgebers also nur dann verpflichtend, wenn daraus für den Erstbeschwerdegegner kein wirtschaftlicher Nachteil (der sodann wiederum über Programmentgelte auszugleichen wäre) entstehe. Tatsächlich treffe den Erstbeschwerdegegner also (über den allgemeinen Maßstab, der das Handeln des Erstbeschwerdegegners den Geboten der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit im Sinne von § 40 Abs. 3 ORF-G unterwerfe) im Zusammenhang mit der Ausstrahlung der beiden TV-Hauptprogramme über Satellit ein besonderer, ausdrücklicher Auftrag zu wirtschaftlich vernünftigem Verhalten. Das verfahrensgegenständliche Preissetzungsverhalten (Endkundenpreise für ORF DIGITAL- und ORF DIGITAL DIREKT-Angebote unter den Kosten der Leistungsbereitstellung) stehe diesen Pflichten diametral entgegen.

Zunächst ist der Frage nachzugehen, welchen Prüfungsmaßstab die Bestimmung des § 31c Abs. 1 ORF-G der KommAustria vorgibt.

In den Materialien zur Regierungsvorlage heißt es im Allgemeinen Teil (611 BlgNR, 24. GP, 7, Hervorhebungen hinzugefügt):

„4. Regelungen zur Sicherung des wettbewerbskonformen Verhaltens des ORF

Der Einsatz von Programmentgelt zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF ist nach Beihilfenrecht zulässig; es gilt aber, Wettbewerbsverzerrungen möglichst zu hintanzuhalten und keine Quersubventionierung kommerzieller Aktivitäten zuzulassen. Zu diesem Zweck enthält bereits das geltende ORF-G Vorkehrungen, die im Gefolge des Beihilfeverfahrens ausgebaut und konkretisiert werden sollen. Diese Vorkehrungen umfassen ein generelles Verbot, die dem öffentlich-rechtlichen Auftrag gewidmeten Mittel in wettbewerbsverzerrender Weise einzusetzen, sowie konkrete Regelungen über den Drittvergleich bei wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den öffentlich-rechtlichen Unternehmensteilen des ORF-Konzerns und den kommerziellen Unternehmensteilen, weiters über die Geltung des beihilfenrechtlichen Privatinvestorenprinzips bei



Investitionen in kommerzielle Tätigkeiten. Im Falle von Missbrauch sind Abschöpfungsmöglichkeiten vorgesehen.“

Im Besonderen Teil (611 BlgNR, 24. GP, 51 ff) wird folgendes festgehalten (Hervorhebungen hinzugefügt):

„Zu Art. 5 Z 77 (§ 31b und § 31c):

Die Einfügung eines eigenen Abschnittes zum Wettbewerbsverhalten des österreichischen Rundfunks folgt den Vorgaben aus Rz 92 bis 97 Rundfunkmitteilung.

Zu § 31b:

[...]

Zu § 31c:

Zu Abs. 1: Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag erklärt Abweichungen vom Vertrag nur in jenem Ausmaß für zulässig, das für die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erforderlich ist. Insbesondere für die Finanzierung solcher Dienstleistungen bedeutet dies: Werden durch die öffentliche Finanzierung Wettbewerbsverzerrungen verursacht, die über jenes Maß hinausgehen, das erforderlich ist, um die Erbringung der beauftragten Dienstleistung sicherzustellen, so ist dies beihilfenrechtlich nicht gedeckt: Eine solche überschießende Finanzierung ist daher unzulässig. § 31c Abs. 1 enthält eine Regelung, die diesen beihilfenrechtlichen Grundsatz umsetzt. Im Zusammenhang mit der Abschöpfung gemäß § 38a wird sichergestellt, dass im Falle nicht notwendiger Wettbewerbsverzerrungen dem ORF die dem öffentlich-rechtlichen Auftrag gewidmeten, aber widmungswidrig verwendeten Mittel entzogen werden und er daher letztlich keinen wirtschaftlichen Vorteil aus seinem Verhalten zieht. Welche Verhalten von § 31c Abs. 1 erfasst sind, kann aufgrund der beihilfenrechtlichen Anforderungen, die jede nicht gemäß Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag (bzw. dem Amsterdamer Protokoll) gerechtfertigte Wettbewerbsverzerrung ausschließen, zwangsläufig nur abstrakt geregelt werden. Aus der bisherigen beihilfenrechtlichen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission ist aber ableitbar, dass unter das Verbot insb. das Werbedumping (zur Steigerung seines Werbemarktanteils drückt ein öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter seine Werbepreise und kompensiert den Einnahmehausfall durch öffentliche Finanzierung) und der Sendungsrechteerwerb zu überhöhten Kosten (ein öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter nutzt den ihm zukommenden Finanzierungsvorteil durch die öffentliche Finanzierung, um höhere Beträge für Senderechte zu bieten, als nach kaufmännischen Gesichtspunkten gerechtfertigt wäre, und verzerrt damit den Wettbewerb zu privaten Interessenten um diese Senderechte) zu subsumieren sein werden.“

In der „Mitteilung der Europäischen Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk“, 2009/C 257/01 (Rundfunkmitteilung), heißt es auszugswise (Hervorhebungen hinzugefügt):

„[...]

6.8 Verhältnismäßigkeit und Marktverhalten



92. Gemäß dem Protokoll von Amsterdam dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten keinen Tätigkeiten nachgehen, die unverhältnismäßige und nicht zwingend mit der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags einhergehende Wettbewerbsverzerrungen hervorrufen würden. Beispielsweise wird der Erwerb von Premiuminhalten im Rahmen des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Auftrags einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt in der Regel als zulässig angesehen. Hält hingegen eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt ausschließliche Premiumrechte, ohne sie zu nutzen und ohne sie rechtzeitig und in transparenter Weise in Sublizenzierung anzubieten, so hat dies unverhältnismäßige Marktverzerrungen zur Folge. Daher fordert die Kommission die Mitgliedstaaten auf sicherzustellen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch mit Blick auf den Erwerb von Premiumrechten einhalten, und den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Regeln für die Sublizenzierung ungenutzter ausschließlicher Premiumrechte vorzugeben.

93. Bei der Ausübung kommerzieller Tätigkeiten haben die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Marktprinzipien einzuhalten und wenn sie über kommerzielle Tochtergesellschaften tätig sind, müssen sie diesen gegenüber den Grundsatz des Fremdvergleichs (Arm's Length Principle) einhalten. Die Mitgliedstaaten haben sicherzustellen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Grundsatz des Fremdvergleichs einhalten, kommerzielle Investitionen im Einklang mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers vornehmen und nicht mithilfe öffentlicher Mittel zulasten ihrer Wettbewerber wettbewerbsschädliche Praktiken anwenden.

94. Als Beispiel für solche wettbewerbsschädlichen Praktiken ist Preisunterbietung zu nennen. So könnte eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt versucht sein, die Preise für Werbung oder andere Tätigkeiten, die nicht unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallen (wie kommerzielle entgeltpflichtige Dienste), unter ein Niveau zu drücken, das vernünftigerweise als marktüblich angesehen werden kann, um so die Einnahmen von Wettbewerbern zu schmälern, sofern der daraus resultierende Einnahmeverlust durch die öffentlichen Ausgleichszahlungen kompensiert wird. Ein solches Verhalten kann nicht mit dem der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt erteilten öffentlich-rechtlichen Auftrag gerechtfertigt werden und würde in jedem Fall „die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union [...] in einem Ausmaß beeinträchtigt[en], das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft,“ und somit einen Verstoß gegen das Protokoll von Amsterdam darstellen.

95. Angesichts der unterschiedlichen Marktsituationen sind die Einhaltung der Marktprinzipien durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und insbesondere die Frage, ob öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten bei ihrem kommerziellen Angebot Preise unterbieten oder ob sie mit Blick auf den Erwerb von Premiumrechten den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einhalten (53), unter Berücksichtigung der Besonderheiten der betreffenden Märkte und Dienste im Einzelfall zu prüfen.

96. Nach Auffassung der Kommission ist es in erster Linie an den einzelstaatlichen Behörden sicherzustellen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Marktprinzipien einhalten. Zu diesem Zweck haben die Mitgliedstaaten geeignete Mechanismen einzurichten, anhand deren etwaige Beschwerden auf einzelstaatlicher Ebene wirksam geprüft werden können.

97. Unbeschadet der Bestimmungen der vorstehenden Randnummer kann die Kommission nötigenfalls auf der Grundlage der Artikel 81, 82, 86 und 87 EG-Vertrag tätig werden.“

Daraus ergeben sich nach Ansicht der KommAustria folgende Anforderungen:

Zunächst ist festzuhalten, dass § 31c Abs. 1 ORF-G nach der Rechtsprechung (vgl. VwGH 19.06.2018, Zl. Ro 2018/03/0016) nicht dazu dient, unterschiedliche Marktmacht zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkanstalten in allgemeiner Art und Weise zu regulieren. Die nach den wiedergegebenen Gesetzesmaterialien beihilfenrechtlich ausgerichtete Norm verfolgt vielmehr den spezifischen Zweck, eine Wettbewerbsverzerrung, die (unmittelbar) aus dem Einsatz von finanziellen Mitteln aus dem Programmengelt seitens des ORF entsteht, zu verhindern.

Das bedeutet zum einen, dass eine marktbeherrschende Stellung des ORF für die Anwendung des § 31c Abs. 1 ORF-G nicht geprüft werden muss, und zum anderen, dass die Beurteilung allgemeiner wettbewerbsrechtlicher Aspekte zivilrechtlicher Vertragsbeziehungen nicht in die Zuständigkeit der KommAustria, sondern vielmehr in jene der Zivilgerichte (als Kartellgerichte) und gegebenenfalls in jene der nach dem Wettbewerbsgesetz eingerichteten Bundeswettbewerbsbehörde fällt (vgl. KommAustria 10.09.2013, KOA 11.500/13-020, bestätigt mit BVwG 20.02.2014, Zl. W194 2000237/12E und VwGH 22.06.2016, Zl. Ro 2014/03/0067; in diesem Sinne auch Rz 97 der Rundfunkmitteilung). Insofern ist nicht auf die ausführlichen diesbezüglichen Darstellungen in den Schriftsätzen der Parteien einzugehen.

Die Bestimmung des § 31c Abs. 1 ORF-G geht von der bestehenden dualen Finanzierung des ORF aus, die diesen potenziell in die Lage versetzt, durch die Verwendung der ihm aus Programmengelt zufließenden Mittel den Wettbewerb mit anderen Rundfunkveranstaltern, die sich allein aus Werbung finanzieren, zu verzerren (vgl. KommAustria 24.06.2015, KOA 10.300/15-028, bestätigt mit BVwG 23.08.2018, W120 2111451-1 und VwGH 19.06.2018, Zl. Ro 2018/03/0016). § 31c Abs. 1 ORF-G verbietet dem ORF daher, aus Programmengelt zufließende Mittel in einer zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht erforderlichen wettbewerbsverzerrenden Weise zu verwenden. Dieses abstrakte und in allgemeinen Worten gefasste Verbot wird durch die Beispiele in § 31c Abs. 1 Z 1 und 2 ORF-G konkretisiert (vgl. VwGH 19.06.2018, Ro 2018/03/0016).

Die Verletzung von § 31c Abs. 1 ORF-G liegt nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin im Wesentlichen darin, dass die Preise der Endkundenangebote des Erstbeschwerdegegners (ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT) zum entschlüsselten Empfang von SAT-TV-Basispaketen zu niedrig seien, um die Kosten der eigenen Leistungsbereitstellung zu decken. Die Beschwerdeführerin verweist dabei insbesondere auf die Ähnlichkeit zur in § 31c Abs. 1 Z 2 ORF-G verpönten Konstellation, welcher Preisdumping (nämlich bei Werbetarifen) verbiete.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Verbreitung der Programme des Erstbeschwerdegegners unter den – gemäß § 3 Abs. 4 letzter Satz ORF-G unter den Maßgaben der technischen Entwicklung und wirtschaftlichen Tragbarkeit bzw. gemäß §§ 4b Abs. 1 und 4c Abs. 1 ORF-G mit der wirtschaftlichen Tragbarkeit bedingten – Versorgungsauftrag fällt (vgl. VwGH 22.06.2016, Zl. Ro 2014/03/0067). Es kann dabei als gesichert gelten – wovon beide Parteien offenbar auch ausgehen – dass die Satellitenverbreitung der vom Erstbeschwerdegegner veranstalteten Fernsehprogramme in HD dem aktuellen Stand der Technik entspricht (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichischen Rundfunkgesetz⁴, 300; in diesem Sinne auch die Erläuterungen zu § 3 Abs. 1 Z. 2 lit. f MUX-Auswahlgrundsätzeverordnung 2014 – MUX-AG-V 2014, KOA 6.200/14-012). Der BKS hat in seinem Bescheid vom 25.11.2005, GZ 611.933/0016-BKS/2004, ausgesprochen, dass schon im Lichte des § 3 ORF-G, insbesondere des § 3 Abs. 4 und des § 3 Abs. 3 erster Satz (arg. „jedenfalls“) ORF-G erhellt,

dass die im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 2 ORF-G notwendigen „technischen“ Einrichtungen nicht eine bestimmte Technologie vor Augen haben, sondern „technologieneutral“ gemeint sind. Der ORF und seine Tochtergesellschaften sind daher grundsätzlich nach Maßgabe der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften auch berechtigt, die notwendige technische Infrastruktur für die Verbreitung der von ihnen veranstalteten Rundfunkprogramme über Satellit oder digitale Infrastruktur, die für bestimmte Zugangsmodalitäten zu Rundfunkprogrammen erforderlich ist, zu betreiben. Dies schließt grundsätzlich auch digitale Zugangsberechtigungssysteme mit ein, können sich diese doch schon aus urheberrechtlichen Gründen als notwendig für eine Verbreitung von Programmen des ORF über Satellit erweisen. Auch der VwGH hat in seinem schon genannten Erkenntnis vom 22.06.2016, Zl. Ro 2014/03/0067, unter anderem auch klargestellt, dass – insbesondere zur Herstellung der wirtschaftlichen Tragbarkeit der Satellitenverbreitung gemäß dem (u.a.) mit dieser bedingten Versorgungsauftrag gemäß §§ 3 Abs. 4 sowie 4b Abs. 1 und 4c Abs. 1 ORF-G – der Erstbeschwerdegegner ein Zugangskontrollsystem, d.h. eine Verschlüsselungsplattform, betreiben kann.

Aus den genannten Entscheidungen ist somit klar ersichtlich, dass der Betrieb einer Verschlüsselungsplattform zur Verbreitung der Programme des Erstbeschwerdegegners in HD über Satellit vom Versorgungsauftrag gedeckt und damit im Sinne des § 31c Abs. 1 ORF-G zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich ist. Vor diesem Hintergrund wäre es grundsätzlich denkbar, die Satellitenverbreitung der Programme des Erstbeschwerdegegners bei Vorliegen entsprechender wirtschaftlicher Tragbarkeit (siehe sogleich) sogar vollständig aus Programmentgelten zu finanzieren (vgl. wiederum die Erl. zur RV 611 BlgNR, 24. GP, 7).

Wie der VwGH im letztgenannten Erkenntnis vom 22.06.2016, Zl. Ro 2014/03/0067, weiters festgehalten hat, kann es, damit die Versorgung via Satellit als „wirtschaftlich tragbar“ im Sinne des § 3 Abs. 4 ORF-G anzusehen ist, erforderlich sein, den Empfang auf diesem Weg von einer – neben dem Programmentgelt zu leistenden – Zahlung durch den Empfänger abhängig zu machen, die den mit dieser Verbreitungsart verbundenen zusätzlichen Kostenaufwand für die Herstellung der individuellen Empfangsmöglichkeit (durch die zur Entschlüsselung erforderliche ORF DIGITAL SAT-Karte) abdeckt. Dem ORF steht es daher offen, zur Herstellung der wirtschaftlichen Tragbarkeit für diesen Versorgungsauftrag die Zahlung eines Geldbetrages vorauszusetzen, sofern diese Leistung nach Art und Umfang notwendig ist, um die wirtschaftlichen bzw. die nach dem Stand der Technik erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen, damit der ORF dem eben genannten spezifischen Versorgungsauftrag nachkommen kann. Weiters hielt der VwGH fest, dass bei einem Kostenbeitrag von jeweils EUR 18,- für die ORF DIGITAL Sat-Karte pro Empfangsgerät zumindest alle fünf Jahre nicht gesagt werden könne, dass der Empfang der Programme iSd § 3 Abs. 4, des § 4b sowie des § 4c ORF-G unmöglich oder durch zusätzliche Bedingungen wesentlich erschwert würde (ähnlich VwGH 27.11.2014, Ro 2014/15/0040, wonach der Gesetzgeber mit der Novelle BGBl. I Nr. 2011/126 zur ursprünglichen Konzeption des Programmentgelts zurückgekehrt sei, wonach schon die Möglichkeit des Empfanges von ORF-Programmen [nunmehr unter der weiteren Voraussetzung, dass sich die Empfangsmöglichkeit der ORF-Programme ohne größeren Aufwand herstellen lasse] die Pflicht zur Leistung des Programmentgelts begründet; vgl. auch die Erläuterungen des Initiativantrages 1759/A BlgNR 24. GP 2, wonach hinsichtlich des zugemuteten Aufwandes zur Herstellung der [ebenfalls mit der wirtschaftlichen Tragbarkeit und technischen Entwicklung bedingten] terrestrischen Empfangbarkeit der ORF-Programme festzuhalten sei, dass entsprechende DVB-T Tuner [Set-Top-Boxen] bereits zu einem Preis von unter EUR 30,- verfügbar

seien und auch ein etwaiges Modifizieren bestehender Antennen und dazugehöriger Bauelemente keine unzumutbare finanzielle Belastung für den Rundfunkteilnehmer darstelle).

Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH und des VwGH ist das Gesetz für Organe des ORF nicht Voraussetzung, sondern bloß Schranke des Handelns, weswegen eine von der Regulierungsbehörde aufzugreifende Gesetzesverletzung nur vorliegen kann, soweit das Gesetz die Organe des ORF bindet (vgl. zur sogenannten „Schrankentheorie“ grundlegend VfSlg. 7716/1975 und VfSlg. 8320/1978; VwGH 14.01.2009, Zl. 2006/04/0241). Aus dem ORF-G ergibt sich nach dem Erkenntnis des VwGH vom 22.06.2016, Zl. Ro 2014/03/0067, an die Höhe des vom Erstbeschwerdegegner den Endkunden seiner Plattform verrechneten Entgelts lediglich die Anforderung, dass es nach Art und Umfang notwendig sein muss, um die wirtschaftlichen bzw. die nach dem Stand der Technik erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen, damit der ORF dem spezifischen Versorgungsauftrag nachkommen kann, sowie keine unzumutbare finanzielle Belastung der Rundfunkteilnehmer darstellen darf. Aus § 1 Abs. 4 ORF-G ergibt sich darüber hinaus, dass die Höhe des Entgelts nicht auf Erzielung eines Gewinns ausgerichtet sein darf. Dieses Erkenntnis des VwGH hat somit – insbesondere vor dem Hintergrund, dass es im Wesentlichen um die Frage der Verletzung des Versorgungsauftrags durch die Einhebung eines solchen Entgelts ging – lediglich Aussagen getroffen, wie hoch das Entgelt maximal sein darf, und dass es zur Abdeckung von Kosten aus der Bereitstellung des in Frage stehenden Verbreitungswegs (hier: Satellitenverbreitung) dient (und somit – vorbehaltlich der Zumutbarkeit – jedenfalls die Kosten des Tausches der ORF DIGITAL Sat-Karte alle fünf Jahre abdecken darf). Dass das vom Erstbeschwerdegegner eingehobene Entgelt diesen Anforderungen nicht entspricht, wurde von der Beschwerdeführerin weder behauptet (im Gegenteil geht sie davon aus, dass es zu niedrig ist), noch ergeben sich für die KommAustria dahingehende Hinweise. Darüber hinaus liegt es in der Privatautonomie des Erstbeschwerdegegners, ob und in welcher Höhe er dieses Entgelt festlegt (so ausdrücklich KommAustria 10.09.2013, KOA 11.500/13-020, bestätigt mit BVwG 20.02.2014, Zl. W194 2000237/12E und VwGH 22.06.2016, Zl. Ro 2014/03/0067). Allfällige Einschränkungen dieser Vertragsautonomie auf Grund einer marktbeherrschenden Stellung sind wiederum (allgemeine) wettbewerbsrechtliche Aspekte zivilrechtlicher Vertragsbeziehungen, deren Beurteilung nicht in die Zuständigkeit der KommAustria, sondern – wie bereits dargestellt – in jene der Zivilgerichte (als Kartellgerichte) und gegebenenfalls in jene der nach dem Wettbewerbsgesetz eingerichteten Bundeswettbewerbsbehörde fällt.

Angesichts der Einordnung als Tätigkeit im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags liegt somit auch keine – von der Beschwerdeführerin aber behauptete – Vergleichbarkeit mit dem ausdrücklich in § 31c Abs. 1 Z 2 ORF-G geregelten Tatbestand des Werbedumpings vor: Der Werbezeitenverkauf ist gemäß § 8a Abs. 4 ORF-G eine an sich konnex-kommerzielle Tätigkeit (welche auf Grund der Sonderbestimmung in § 8a Abs. 4 zweiter Satz ORF-G dennoch auszugliedern ist; vgl. *Kogler/Traimer/Truppe*, aaO, 135f); das gemäß § 31c Abs. 1 Z 2 ORF-G verpönte Verhalten ist, die Preise für Werbung oder andere Tätigkeiten, die nicht unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallen (wie kommerzielle entgeltspflichtige Dienste), unter ein Niveau zu drücken, das vernünftigerweise als marktüblich angesehen werden kann (so auch Rundfunkmitteilung Rz 94). Eine Verletzung des § 31c Abs. 1 ORF-G durch die Höhe der Endkundenentgelte für ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT liegt somit auch aus diesem Gesichtspunkt nicht vor. Damit erübrigt sich das weitere Eingehen auf den Vorwurf des „predatory pricing“.

Ebensowenig liegt hinsichtlich der Bereitstellung der Satellitenplattformen im Namen und Auftrag des Erstbeschwerdegegners ein Verstoß gegen das Ausgliederungsgebot gemäß § 8a Abs. 3 erster Satz ORF-G vor: Ihr Betrieb dient – wie dargestellt – in erster Linie der Erfüllung des mit der wirtschaftlichen Tragbarkeit und technischen Entwicklung bedingten Versorgungsauftrags, weshalb diese vom Erstbeschwerdegegner bzw. in seinem Auftrag und auf seine Rechnung betrieben werden können bzw. müssen. Was die Nutzung der Plattformen für die Verbreitung von Programmen dritter Rundfunkveranstalter und die Mitbenützung der Plattformen durch Programmaggregatoren betrifft, hat der BKS in seinem Bescheid vom 25.09.2006, GZ 611.933/0006-BKS/2006, ausgesprochen, dass dort, wo der Betrieb technischer Sende- und Übertragungsinfrastruktur für die Veranstaltung von Rundfunk im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 1 ORF-G notwendig ist, diese „technischen Einrichtungen“ also einmal zulässigerweise betrieben werden, der ORF bzw. seine Tochtergesellschaften entsprechende Infrastrukturdienstleistungen unter Nutzung dieser technischen Einrichtungen auch für Dritte erbringen dürfen. Seit der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 ist nunmehr in § 2 Abs. 1 Z 3 ORF-G auch ausdrücklich festgehalten, dass – unter Wahrung der Anforderungen gemäß § 8a ORF-G – der Betrieb von technischen Einrichtungen, die für die Veranstaltung von Rundfunk und Teletext oder die Bereitstellung von Online-Angeboten notwendig sind, für Dritte vom Unternehmensgegenstand gedeckt ist. Hinsichtlich der Verbreitung von Programmen dritter Rundfunkveranstalter ist der Erstbeschwerdegegner gemäß § 2 Zugangsberechtigungssysteme- und Interoperabilitätsverordnung (ZIV), Zl. KOA 6.350/05-002, sogar dazu verpflichtet (vgl. wiederum BKS 25.09.2006, GZ 611.933/0006-BKS/2006, sowie zur Abgrenzung des Umfangs dieser Pflicht den Bescheid der KommAustria vom heutigen Tag, Zl. KOA 10.300/20-007, mwN). Bei diesen Tätigkeiten handelt es sich – im Übrigen ebenso wie bei der Zurverfügungstellung der Programme des Erstbeschwerdegegners an Drittplattformen im Wege des Simulcrypts – auf Grund des engen Zusammenhangs mit der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags gemäß § 8a Abs. 3 erster Satz, zweiter Halbsatz ORF-G um konnex-kommerzielle Tätigkeiten, weshalb die Betrauung der Zweitbeschwerdegegnerin bzw. der ORS mit dem Abschluss der entsprechenden Verträge mit Rundfunkveranstaltern und Programmaggregatoren im Geschäftsbesorgungsvertrag „Satellit“ vom 25.04.2005 vor dem Hintergrund von § 8a Abs. 3 ORF-G unbedenklich ist (vgl. in diesem Sinne auch BKS 25.09.2006, GZ 611.933/0006-BKS/2006). Im Übrigen ist anzumerken, dass die Erlöse aus diesen Tätigkeiten gemäß § 8a Abs. 5 ORF-G bei der Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu berücksichtigen sind; insofern tragen diese auch zur Herstellung der wirtschaftlichen Tragbarkeit des Verbreitungswegs „Satellit“ bei.

Soweit das Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 20.11.2019 dahingehend zu verstehen sein sollte, dass sie meint, dass der Erstbeschwerdegegner dadurch, dass er die anteiligen Verbreitungskosten seinem Entgelt gemäß Punkt 4.1 der Simulcrypt-Vereinbarung 2019, aber nicht den Entgelten für die Nutzung der Plattformen ORF DIGITAL und ORF DIGITAL DIREKT zu Grunde lege, ebenfalls § 31c Abs.1 ORF-G verletze, ist wiederum darauf hinzuweisen, dass angesichts des Umstandes, dass zwischen den Parteien ein angemessenes Entgelt vereinbart ist, aktuell keine Verletzung des § 31c Abs. 1 ORF-G vorliegen kann (vgl. die Begründung zur Rechtsverletzungsmöglichkeit oben unter Punkt 4.1). Insofern ist an dieser Stelle auch nicht weiter auf die beiderseitigen Vorbringen zur Finanzierung der Satellitenaktivitäten des Konzerns des Erstbeschwerdegegners in ihrer Gesamtheit einzugehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 10.300/20-011“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ 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)