

Bescheid

I. Spruch

1. Der **MEDIA BROADCAST GmbH** (HRB 13289 beim Handelregister B des Amtsgerichtes Bonn), Am Probsthof 51, 53121 Bonn, Deutschland (im Folgenden: „Multiplex-Betreiber“), vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. Bertram Burtscher, Seilergasse 16, 1010, Wien, wird gemäß § 25a Abs. 4 Privatfernsehgesetz (PrTV-G), BGBl. I Nr. 84/2001 in der Fassung BGBl. I Nr. 52/2007, in Verbindung mit § 23 Abs. 1, 2 und 3 sowie § 25a Abs. 2 PrTV-G und §§ 5 und 6 MUX-Auswahlgrundsätzeverordnung 2007 (MUX-AG-V 2007) die **Zulassung zum Betrieb einer Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk** (im Folgenden: „Zulassung“) erteilt.
2. Die Zulassung umfasst die Versorgung des Gebietes der Republik Österreich („MUX D“).
3. Die Zulassung wird gemäß § 25a Abs. 4 PrTV-G für die Dauer von zehn Jahren ab Rechtskraft dieser Entscheidung erteilt.

4. Die Zulassung wird gemäß § 25a Abs. 5 PrTV-G unter folgenden Auflagen erteilt:
- 4.1 Gemäß § 25a Abs. 5 Z 9 PrTV-G iVm § 2 Abs. 2 Z 5 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 52/2007, ist innerhalb von zehn Monaten ab Rechtskraft der Zulassung ein Versorgungsgrad von zumindest 50 v.H. der österreichischen Bevölkerung herzustellen.
Ein Gebiet gilt als versorgt, wenn die Mindestfeldstärkewerte für portablen Outdoor-Empfang (Klasse A) im Sinne des Technischen Berichts des ETSI TR 102 377 (DVB-H Implementierungsleitlinien) bei einer Ortswahrscheinlichkeit von 70 v.H. erreicht werden. Die Dauer von Verfahren nach § 19 PrTV-G und von Verfahren nach § 8 Abs. 2 iVm § 9 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 133/2005, ist – soweit die Verfahren für die Erreichung des Versorgungsgrades erforderlich sind – in diese Frist nicht einzurechnen. Soweit fernmelderechtliche Bewilligungen aus Gründen, die nicht vom Multiplex-Betreiber zu vertreten sind, nicht erteilt werden, gilt diese Auflage nicht als verletzt.
- 4.2 Gemäß § 25a Abs. 5 Z 9 PrTV-G iVm § 2 Abs. 2 Z 5 KOG sind bei der Planung des Sendernetzes frequenzökonomische Prinzipien, insbesondere durch den Einsatz von Gleichwellennetzen innerhalb der international festgelegten Allotmentgebiete, weitestgehend zu beachten.
- 4.3 Gemäß § 25a Abs. 5 Z 9 PrTV-G hat der Multiplex-Betreiber bei der Ausstrahlung insbesondere die Europäische Norm ETSI EN 302 304 betreffend „Digitales Fernsehen (DVB) – Übertragungssystem für mobile Endgeräte (DVB-H)“ einzuhalten.
- 4.4 Gemäß § 25a Abs. 5 Z 9 PrTV-G sind folgende Übertragungsparameter einzusetzen:
a. Modulation: QPSK 8k;
b. Coderate: 2/3;
c. Guard-Intervall: 1/4;
woraus sich Kapazitäten für 16 Programmplätze ergeben.
Eine spätere Änderung dieser Parameter zum Zwecke des technischen Ausbaus der Plattform ist der Regulierungsbehörde gemäß § 25a Abs. 10 PrTV-G im Vorhinein anzuzeigen.
- 4.5 In der finalen Vereinbarung mit den Programmaggregatoren gemäß Punkt 15.2. des „Memorandum of Understanding“ zwischen dem Multiplex-Betreiber, der Hutchison 3G Austria und der ONE GmbH vom 13.12.2007 sind folgende, unter Spruchpunkten 4.5.1 bis 4.5.7 angeführte Bestimmungen dieses „Memorandum of Understanding“ nach Maßgabe der folgenden Regelungen jedenfalls aufzunehmen und über die Dauer der Zulassung aufrechtzuerhalten. Dies gilt auch für Vereinbarungen mit weiteren Programmaggregatoren.
- 4.5.1 Gemäß § 25a Abs. 5 Z 2 und 3:
o Punkt 7.3 (transparentes Verfahren zur Auswahl weiterer interessierter Programmaggregatoren)
o Punkt 9 (Einbindung weiterer Programmaggregatoren)
Die in Punkt 9 eingeräumte Meistbegünstigung ist allen teilnehmenden Programmaggregatoren einzuräumen, außer die Vereinbarung abweichender Konditionen ist (etwa im Fall von Programmaggregatoren, die nicht zugleich Mobilfunkbetreiber sind) sachlich gerechtfertigt ist.

- 4.5.2 Gemäß § 25a Abs. 5 Z 1, 2, 3, 5 und 6 PrTV-G:
- Punkt 8.3 (Anwendung der Anlage ./6.5 auf die Auswahl von Programmen durch die Programmaggregatoren)
 - Anlage ./6.5 (Grundsätze für die Auswahl von Rundfunkveranstaltern) mit Ausnahme ihres Punktes 2.2.7.b.
- Änderungen der Bestimmungen in Anlage ./6.5 sind dem Verfahren nach § 25a Abs. 10 PrTV-G zu unterziehen. Die Geltung des Punktes 2.2.1 der Anlage ./6.5 ist gemäß § 25a Abs. 5 Z 6 iVm § 69 Abs. 7 PrTV-G bis zum 31.12.2009 zu befristen. Die Regulierungsbehörde ist in die Programmauswahl durch unverzügliche schriftliche Übermittlung der begründeten Entscheidung des Auswahlteams (Punkt 3, erster Absatz der Anlage ./6.5) einzubinden.
- 4.5.3 Gemäß § 25a Abs. 5 letzter Satz PrTV-G:
- Punkt 10 (Monitoring durch den Multiplex-Betreiber)
- Die Aussetzung der Ausstrahlung des betroffenen Programms hat gemäß § 25a Abs. 7 Z 4 PrTV-G nur nach Aufforderung durch die Programmaggregatoren zu erfolgen.
- 4.5.4 Gemäß § 25a Abs. 5 Z 4 PrTV-G:
- Punkt 11 (Aufteilung der Datenrate)
- 4.5.5 Gemäß § 25a Abs. 5 Z 9 PrTV-G:
- Punkt 13 (Ausbauplanung)
- In die Vereinbarung ist die Bestimmung aufzunehmen, dass im Rahmen der Entscheidung über den weiteren Ausbau auch die Änderung der technischen Parameter für den Ausbau der zur Verfügung stehenden Kapazität (Spruchpunkt 4.4) zu prüfen ist.
- 4.5.6 Gemäß § 25a Abs. 5 Z 6 iVm § 69 Abs. 7 PrTV-G ist in die Vereinbarung die Bestimmung aufzunehmen, dass die Rundfunkveranstalter der Programme gemäß § 25a Abs. 5 Z 6 PrTV-G bis zum 31.12.2009 für die Verbreitung dieser Programme kein Entgelt zu leisten haben.
- 4.5.7 Gemäß § 25a Abs. 5 Z 8 PrTV-G ist in die Vereinbarung die Bestimmung aufzunehmen, dass in elektronischen Programmführern (Navigatoren) alle dem jeweiligen Endkunden im Basispaket zur Verfügung stehenden digitalen Programme und Zusatzdienste darzustellen sind. Die Darstellungsreihenfolge hat nach objektiven Kriterien zu erfolgen (beispielsweise Programme mit Übertragungspflichten [must-carry] vor anderen Programmen, im Übrigen Reihung nach Marktanteilen, etc.). Für die Anpassung der Reihenfolge können periodische Überprüfungen (längstens im Jahresabstand bzw. bei Änderungen der Programmebelegung) vorgesehen werden. Die Programme und Zusatzdienste sind im Übrigen hinsichtlich der Gestaltung und Auffindbarkeit gleich zu behandeln, ihr Einschalten muss jeweils unmittelbar möglich sein. Weiters ist in der Vereinbarung den Programmaggregatoren das Verbot der Übertragung der inhaltlichen Gestaltung des elektronischen Programmführers an bestimmte Unternehmen nach § 25a Abs. 7 Z 3 PrTV-G zu überbinden.
- 4.6 Der Abschluss und die Änderung von Verträgen mit Programmaggregatoren und deren Inhalt sind der Regulierungsbehörde gemäß § 25a Abs. 5 letzter Satz iVm Abs. 9 PrTV-G unverzüglich und in vollem Umfang schriftlich anzuzeigen.
- 4.7 Gemäß § 25a Abs. 5 Z 7 PrTV-G hat der Multiplex-Betreiber die Verbreitungskosten – sofern sie den Rundfunkveranstaltern und Diensteanbietern unmittelbar in Rechnung gestellt werden – im Verhältnis zur benötigten (Durchschnitts-)Datenrate zu verrechnen.

- 4.8 Gemäß § 25a Abs. 5 letzter Satz iVm § 3 Abs. 1 und § 1 Abs. 3 PrTV-G dürfen lediglich Programme, die über eine Zulassung nach § 28 PrTV-G verfügen, sowie Programme nach dem ORF-G verbreitet werden. Davon ausgenommen sind – unbeschadet der Bestimmungen der §§ 56 bis 59 PrTV-G – Programme von Rundfunkveranstaltern, die im Sinne des § 3 Abs. 1 bis 4 PrTV-G in einer anderen Vertragspartei des Europäischen Wirtschaftsraumes niedergelassen und nach dem Recht dieses Staates zur Rundfunkveranstaltung berechtigt sind.
- 4.9 Gemäß § 25a Abs. 5 letzter Satz iVm Abs. 9 und 10, § 60, § 3 Abs. 1 und § 29 PrTV-G sind die verbreiteten Programme und Zusatzdienste, Name und Anschrift des Rundfunkveranstalters bzw. Anbieters der Regulierungsbehörde im Vorhinein schriftlich anzuzeigen. Im Falle von Rundfunkveranstaltern, die im Sinne des § 3 Abs. 1 bis 4 PrTV-G in einer anderen Vertragspartei des Europäischen Wirtschaftsraumes niedergelassen sind, hat diese Bekanntgabe auch die Angaben darüber zu enthalten, woraus sich deren Berechtigung zur Rundfunkveranstaltung ergibt (Vorlage der Zulassung oä.). Soweit es sich um Programme des Basispaketes handelt, die nicht nach § 23 Abs. 3. Z 3 PrTV-G im Zulassungsantrag angegeben waren, ist die Ausstrahlung gemäß § 25a Abs. 10 PrTV-G erst nach Entscheidung der Regulierungsbehörde zulässig.
5. Der Antrag der **Mobile TV Infrastruktur GmbH** (FN 303123 w), Mühlgasse 29/11, 1040 Wien, vertreten durch Dr. Michael Krüger Rechtsanwalt GmbH, Seilergasse 4/15, 1010 Wien, vom 15.12.2007 auf Erteilung einer Zulassung zum Betrieb einer Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk wird gemäß § 25a Abs. 2 PrTV-G in Verbindung mit § 5 Abs. 2 MUX-AG-V 2007 **abgewiesen**.
6. Gemäß § 78 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl. Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 5/2008, iVm den §§ 1 und 3 Abs. 1 sowie Tarifpost 1 der Bundesverwaltungsabgabenverordnung 1983, BGBl. Nr. 24/1983 idF BGBl. I Nr. 5/2008, hat die MEDIA BROADCAST GmbH die für die Erteilung der Zulassung zu entrichtende Verwaltungsabgabe in der Höhe von 6,50 Euro innerhalb von vier Wochen ab Rechtskraft auf das Konto des Bundeskanzleramtes, 05010057, BLZ 60000, zu entrichten.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Veröffentlichung im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“, den bundesweiten Tageszeitungen „Die Presse“ und „Der Standard“, sowie auf der Website der Regulierungsbehörde (<http://www.rtr.at/>) am 14.09.2007 hat die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) gemäß § 25a Abs. 1 iVm § 23 Abs. 1 PrTV-G nach Maßgabe des Digitalisierungskonzeptes 2007 gemäß § 21 PrTV-G der KommAustria vom 26.07.2007, KOA 4.000/07-005, die Planung, den technischen Aufbau und den Betrieb einer bundesweiten Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk ausgeschrieben. Die Frist, innerhalb derer Anträge gestellt werden konnten, wurde in der Ausschreibung mit 14.12.2007, 13:00 Uhr, festgesetzt.

Zugleich mit dieser Ausschreibung wurde im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ sowie auf der Website der Regulierungsbehörde (<http://www.rtr.at/>) die Verordnung der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) zur näheren Festlegung der Auswahlgrundsätze für die Erteilung von terrestrischen Multiplex-Zulassungen 2007 (MUX-Auswahlgrundsätzeverordnung 2007 – MUX-AG-V 2007) gemäß § 24 Abs. 2 und 3 sowie § 25a Abs. 3 PrTV-G vom 12.09.2007, KOA 4.210/07-003, veröffentlicht.

Am 14.12.2007 langten (jeweils vor 13 Uhr) Anträge der Mobile TV Infrastruktur GmbH (damals: in Gründung), der T-Systems Media&Broadcast GmbH (nunmehr: MEDIA BROADCAST GmbH), der Telekom Austria TA Aktiengesellschaft und der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG ein.

Mit Bescheid der KommAustria vom 24.01.2008, KOA 4.250/08-009, wurde der Antrag der Telekom Austria TA Aktiengesellschaft gemäß § 25a Abs. 8 iVm Abs. 2 PrTV-G abgewiesen. Dieser Bescheid ist mit Ablauf der Berufungsfrist am 11.02.2008 in Rechtskraft erwachsen. Mit Bescheid der KommAustria vom 24.01.2008, KOA 4.250/08-010, wurde der Antrag der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG gemäß § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G zurückgewiesen. Der Bundeskommunikationssenat hat mit Bescheid vom 25.02.2008, GZ 611.195/0002-BKS/2008, die dagegen erhobene Berufung abgewiesen. Damit ist die Zurückweisung rechtskräftig.

Der Verfahrensgang und Sachverhalt wird daher in der Folge nur insoweit wiedergegeben, als er sich auf die verbliebenen Parteien bezieht.

Mit Schreiben jeweils vom 18.12.2007 erteilte die KommAustria den Antragstellern Mängelbehebungsaufträge gemäß § 13 Abs. 3 AVG, denen diese mit Schreiben vom 20.12.2007 und 07.01.2008 (Mobile TV Infrastruktur GmbH), sowie Schreiben vom 18.01.2007 (T-Systems Media&Broadcast GmbH) fristgerecht bzw. nach entsprechender Fristerstreckung nachgekommen sind.

Am 18.12.2007 erteilte die KommAustria Gutachtensaufträge an Sachverständige der RTR-GmbH. Das von Ing. Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Reinhard Neubauer und Mag. Martin Pahs erstellte wirtschaftliche Gutachten vom Jänner 2008 sowie das von Dipl.-Ing. Jakob Gschiel erstellte technische Gutachten vom 31.01.2008 wurden den Antragstellern mit Schreiben vom 05.02.2008 übermittelt.

Mit Schreiben vom 17.01.2008 brachte die Telekom Austria TA AG (damals noch Verfahrenspartei) eine Stellungnahme zur Zulässigkeit des Antrags der T-Systems Media&Broadcast GmbH ein. In ihrem Schriftsatz vom 21.01.2008 machte die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG ebenfalls Ausführungen zu den Anträgen der anderen Antragsteller. Die T-Systems Media&Broadcast GmbH hat dazu mit Schreiben vom 28.01.2008 Stellung genommen. Ebenfalls mit Schreiben vom 28.01.2008 hat sie eine Erklärung ihrer neuen Eigentümerin, der TDF SAS, vorgelegt.

Dem Rundfunkbeirat wurde in seiner Sitzung von 07.02.2008 zu diesem Verfahren gemäß § 4 Abs. 1 KOG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Am 12.02.2008 fand eine mündliche Verhandlung statt, zu der die verbliebenen Parteien geladenen wurden; diese haben an der Verhandlung auch teilgenommen. Die Verhandlungsschrift mit der Übertragung des Tonbandprotokolls wurde den Parteien mit Schreiben vom 13.02.2008 zugestellt, Einwendungen gegen die Übertragung des Tonbandprotokolls nach § 14 Abs. 7 AVG wurden nicht erhoben.

Am 14.02.2008 und am 19.02.2008 brachte die nunmehrige MEDIA BROADCAST GmbH (vormals: T-Systems Media&Broadcast GmbH) weitere Mitteilungen ein; am 20.02.2008 erstattete die Mobile TV Infrastruktur GmbH Stellungnahmen zum technischen sowie zum wirtschaftlichen Gutachten, auf die die MEDIA BROADCAST GmbH mit Schreiben vom 22.02.2008 replizierte. Weiters teilte die Mobile TV Infrastruktur GmbH mit Schreiben vom 21.02.2008 die Teilnahme der mobilkom austria Aktiengesellschaft als Programmaggregator mit, wozu die MEDIA BROADCAST GmbH am 25.02.2008 Stellung nahm. Schließlich langte am 25.02.2008 eine Stellungnahme der Mobile TV Infrastruktur GmbH zum Antrag der MEDIA BROADCAST GmbH ein, zu der diese unter Vorlage einer aktuellen Fassung des Gesellschaftsvertrages am 27.02.2008 replizierte.

2. Sachverhalt

MEDIA BROADCAST GmbH

Antragsteller, Eigentümerstruktur

Die MEDIA BROADCAST GmbH ist eine im Handelsregister B des Amtsgerichts Bonn unter HRB 13289 eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht mit Sitz in Bonn, Deutschland, und einem Stammkapital von 26 000 Euro.

Die Gesellschaft firmierte zum Zeitpunkt der Antragstellung unter „T-Systems Media&Broadcast GmbH“ und stand im Alleineigentum der T-Systems Business Services GmbH, welche sich wiederum im Alleineigentum der Deutschen Telekom AG befindet. Die Aktionärsstruktur der Deutschen Telekom AG (zum 31.12.2007) gliedert sich in 51 % institutionelle Anleger, 17 % KfW Bankengruppe (Kreditanstalt für Wiederaufbau, Körperschaft öffentlichen Rechts im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Bundesländer), 17 % private Anleger und 15 % Bundesrepublik Deutschland.

Mit Vertrag aus dem Jahr 2007 wurde der Verkauf der damaligen T-Systems Media&Broadcast GmbH an die TDF (Télédiffusion de France) vereinbart. Der Zusammenschluss wurde von der Europäischen Kommission nach Anmeldung vom 29.11.2007 (ABl. C 295/2007 vom 07.12.2007, S. 28) mit Entscheidung vom 07.01.2008, SG-Greffe (2008) D/200006, gemäß Artikel 6 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 (EG-Fusionskontrollverordnung) für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt (Sache COMP/M.4984 – TDF/TSMB). In der Folge wurde am 15.01.2008 das „Closing“ durchgeführt, womit der Übergang der Anteile erfolgt ist. Am selben Tag erfolgte die Änderung der Firma von T-Systems Media&Broadcast GmbH auf MEDIA BROADCAST GmbH (Eintragung in das Handelsregister am 29.01.2008).

Nunmehr werden die Geschäftsanteile der MEDIA BROADCAST GmbH zur Gänze von der Taunus Verwaltungs GmbH, Frankfurt gehalten, die wiederum im Alleineigentum der Taunus Beteiligungs GmbH, Frankfurt steht. Diese wird zu 97,445 % von der TDF SAS gehalten (die übrigen Geschäftsanteile stehen im indirekten Eigentum der im Folgenden dargestellten indirekten Eigentümer der TDF). Die TDF (Télédiffusion de France) ist eine Société par actions simplifiée (SAS) nach französischem Recht mit Sitz in Paris und einem Grundkapital von 166 957 000 Euro; sie ist im Handelsregister Paris unter der Nummer 342 404 399 eingetragen.

Die TDF steht im Wesentlichen im Eigentum von institutionellen Finanzinvestoren, ihre Eigentümerstruktur stellt sich (über mehrere Zwischengesellschaften) folgendermaßen dar: 24 % Caisse des Dépôts et Consignations (CDG), Paris; 14 % Charterhouse Capital Partners LLP, London; 42 % Texas Pacific Group (TPG); 18 % Axa Private Equity S.A., Paris; 2 % Angestellte und Management.

Fachliche, technische und organisatorische Qualifikationen und Vorkehrungen

Die MEDIA BROADCAST GmbH betreibt auf Grundlage von Frequenzuteilungen der deutschen Bundesnetzagentur in Deutschland mehrere Tausend Hörfunk- und Fernsehsender für die flächendeckende und lokale terrestrische Verbreitung von öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkprogrammen. Sie ist weiters an lokalen Sendernetzbetreibern für DAB (Digital Audio Broadcast) beteiligt. Insbesondere verfügt sie seit 2007 über eine (telekommunikationsrechtliche) Bewilligung zum Aufbau eines deutschlandweiten DVB-H-Sendernetzes.

Durch ihre langjährige Geschäftstätigkeit im Bereich der Rundfunkübertragung verfügt die MEDIA BROADCAST GmbH über eine umfassende Erfahrung betreffend Planung, Aufbau und Betrieb von Rundfunknetzen. Derzeit beschäftigt das Unternehmen ca. 1200 Mitarbeiter, die überwiegend langjährig im Bereich des terrestrischen bzw. Satellitenrundfunks tätig sind, darunter 303 Ingenieure mit abgeschlossenem FH- bzw. TH- oder TU-Studium, 45 kaufmännische Mitarbeiter mit abgeschlossenem Betriebs- oder Volkswirtschaftsstudium sowie 574 technisch ausgebildete Mitarbeiter (Fernmeldehandwerker, Kommunikations-elektroniker, Techniker, Meister).

Die MEDIA BROADCAST GmbH wirkt seit mehreren Jahren an der Digitalisierung der terrestrischen Rundfunksendernetze mit und beteiligt sich an verschiedenen Industrie- und Standardisierungsgremien. Neben einigen DVB-T Pilotprojekten hat die MEDIA BROADCAST GmbH die Einführung DVB-T in Deutschland (Start des Regelbetriebes im Jahr 2002) technisch umgesetzt.

Die MEDIA BROADCAST GmbH ist auch an der Erstellung des DVB-H Standards beteiligt. Sie hat darüber hinaus eine Reihe von Pilotprojekten, insbesondere das DVB-H Pilotprojekt Berlin umgesetzt. Im Rahmen dieses Pilotprojektes wurde ein vollständig funktionsfähiges DVB-H Netz einschließlich der Content-Plattform in Berlin errichtet und betrieben. Im Zuge dieses Feldversuches, der im Frühjahr 2005 gestartet wurde, konnte die MEDIA BROADCAST GmbH eigene Messverfahren und Messsysteme speziell für DVB-H entwickeln und erproben. Insbesondere wurden im Rahmen der Endrunde der Fußballweltmeisterschaft 2006 in mehreren deutschen Städten ca. 1000 Empfangsgeräte unter realen Bedingungen getestet. Im Rahmen des Feldversuches konnten auch umfangreiche Performance- und Bewertungstests zur Frage der erforderlichen technischen Parameter und der subjektiven Bewertung der Übertragungsqualität durchgeführt werden.

Auf Basis dieses Know-Hows hat die MEDIA BROADCAST GmbH auch eine Reihe von Projekten im Ausland durchgeführt. So wurde im Auftrag der staatlichen Telefongesellschaft Qatar Telecom (Qtel) in Zusammenarbeit mit Rhode & Schwarz zu den 15. Asian Games in Doha (Katar) 2006 ein DVB-H Netz für die flächendeckende Indoorversorgung des Stadtgebietes von Doha und seinen Außenbezirken geplant und errichtet. Das Netz besteht aus sechs Sendern und sechs Repeatern und versorgt eine Fläche von 450 km² mit 600 000 Einwohnern. Das Netz wurde innerhalb von vier Monaten inklusive Playoutcenter im Detail geplant, aufgebaut und zu den Asian-Games pünktlich in Betrieb genommen. Weiters wurde im Jahre 2007 der erste von drei Sendern im Emirat Dubai in Betrieb genommen. Auch hier wurde – im Auftrag der Investmentgesellschaft Tekom – in Zusammenarbeit mit Rhode & Schwarz ein DVB-H Netz für die Indoorversorgung des Kernstadtgebietes von Dubai rund um das Dubai World-Trade-Center geplant und errichtet. Im Zuge dieses Projektes konnte auch auf Basis einer umfangreichen Versorgungsmessung die Verlässlichkeit des von der Antragstellerin eingesetzten Planungstools und der Planungswerte nachgewiesen werden.

Die MEDIA BROADCAST GmbH bzw. ihre Vorgängerorganisationen betreiben im gesamten deutschen Bundesgebiet seit Jahrzehnten analoge Hörfunk- und Fernsehsendernetze und realisieren die technische Übertragung von Rundfunkprogrammen für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, private Rundfunkanbieter und andere Kunden im Rundfunk- und Medienbereich in allen Rundfunkbändern. Darüber hinaus ist sie an der vorgesehenen Digitalisierung des Hörfunks wesentlich beteiligt. Weiters plante, errichtete und betreibt die MEDIA BROADCAST GmbH seit 2006 das Mobile-TV Netz für den Anbieter „Mobiles Fernsehen Deutschland“ (MFD) auf Basis des T-DMB-Standards in Deutschland.

Zur Übertragung von Rundfunkprogrammen und damit verbundener Daten betreibt die MEDIA BROADCAST GmbH eine Reihe von ortsfesten und portablen Richtfunk-, Satellitensende- und -empfangsanlagen. Weiters betreibt sie umfangreiche Rundfunkleitungsnetze für die Programmverteilung und -heranführung an die terrestrischen Sendernetze in Deutschland.

Die MEDIA BROADCAST GmbH setzt ihr aus langjährigen Geschäftsbeziehungen bekannte Lieferanten ein, darunter Rhode & Schwarz, Scientific-Atlanta, Plisch, Cisco, Scopus und RAD.

Für die Planung der Multiplex-Plattform und des Sendernetzes für DVB-H in Österreich hat die Antragstellerin auf Basis der bei ihr eingeführten Projektmanagementprinzipien ein Projekt aufgesetzt. Die Steuerung dieses DVB-H Projektes erfolgt durch die Projektleitung und ein zweistufiges Projektteam mit einem Kernteam und entsprechenden Sub-Teams.

In organisatorischer Hinsicht ist geplant, ein zentrales Playoutcenter im Rahmen der vorhandenen Anlagen der MEDIA BROADCAST GmbH in Usingen bei Frankfurt am Main einzurichten. Dort befindet sich auch die Erdfunkstelle zur Übertragung des Datenstroms an den Satelliten zur Weiterleitung an die einzelnen Sendeanlagen.

Darüber hinaus soll ein lokales Playoutcenter in Wien eingerichtet werden, das direkt mit dem zentralen Playout in Usingen verbunden ist und zu dem österreichische Programme zugebracht werden können. Für die Integration der technischen Schnittstellen zum Playoutcenter wird eine Testplattform am Standort der Entwicklungsabteilung der MEDIA BROADCAST GmbH in Berlin realisiert.

Es ist geplant, den Multiplexbetrieb in Österreich in eine Österreich-Tochtergesellschaft auszugliedern, die ihren Sitz voraussichtlich in Wien haben wird. Weiters wird der Aufbau eines eigenen Field-Service zur Betreuung der Sendeanlagen in Österreich erwogen. Alternativ zu dieser personalintensiven Option kommt auch die Beauftragung von ansässigen Firmen, wie zum Beispiel Alcatel Lucent oder der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG in Frage.

Funknetzplanung, Roll-Out

Der geplante Roll-Out gliedert sich in drei Phasen. Die Phase I soll den geplanten Ausbau zur Fußball-Europameisterschaft im Juni 2008 darstellen. Es soll als oberste Priorität angesehen werden, zu diesem Event das DVB-H Signal nicht nur an den Austragungsorten, sondern in allen Landeshauptstädten zur Verfügung stellen zu können. Dabei soll der „Indoor“ Versorgung höchste Priorität zugemessen werden.

Die sich direkt anschließende Phase II soll den weiteren Ausbau des Sendernetzes bis zum Ende des Jahres 2008 und dem damit erreichten Versorgungsgrad beschreiben. Die Phase III, welche sich über die Jahre 2009 und 2010 erstrecken soll, gibt den möglichen Aufbau des Sendernetzes wieder, in welchem der Anforderung einer Abdeckung von ländlichen, bevölkerungsschwachen Gebieten Rechnung getragen werden soll. Gleichzeitig

sollen in dieser Phase die bisherigen, mehr oder weniger inselartigen Startnetze zu einer flächigen bzw. durchgängigen Versorgung zusammengeführt werden.

Der mögliche weitere Ausbau über Phase III hinaus in Richtung einer flächendeckenden, alle Hauptverkehrswege umfassende und nahezu vollständige Bevölkerungsabdeckung wird als verbales Szenario ausgewiesen.

Zur Phase I im Juni 2008 sollen voraussichtlich 15 Sendeanlagen in allen Landeshauptstädten in Betrieb genommen werden.

Das Ziel der Phase II soll die Erreichung eines Versorgungsgrades von mindestens 50 % der österreichischen Bevölkerung (bezogen auf die Empfangsbedingung „Portable Outdoor“ sowie eine Ortswahrscheinlichkeit von 95 %) sein. In der Phase II, die sich bis zum Ende des Jahres 2008 erstrecken soll, soll die in Phase I erzielte Versorgung kontinuierlich ausgebaut werden. Erreicht soll dies durch die Einbringung von sieben weiteren Sendestandorten in Landeshauptstädten und anderen dicht besiedelten Gebieten werden.

Der weitere Ausbau nach Phase II wird vom Ausgang einer Analyse im ersten Halbjahr 2009, inwieweit die bis dahin erreichte Abonnentenbasis eine kritische Masse darstellt und damit eine Fortsetzung der positiven Marktentwicklung erwarten lässt, abhängig gemacht. Diese Analyse soll unter Einbeziehung der Programmaggregatoren und der Regulierungsbehörde erfolgen. Soweit sie keinen weiteren Ausbau indiziert, soll die Analyse in halbjährlichen Abständen erneut durchgeführt werden, sobald die Voraussetzungen vorliegen, würde der Ausbau weiter durchgeführt. Eine positive Investitionsentscheidung wäre weiters außerdem möglich, sobald seitens der Programmaggregatoren die Bereitschaft zur Übernahme eines Teils des finanziellen Risikos aus dem weiteren Netzausbau (also der Leistung eines Entgelts, das nicht ausschließlich von ihrer Kundenzahl abhängt) besteht.

In der Phase III sollen – sofern eine positive Investitionsentscheidung getroffen wird – mehrere Versorgungsziele im Vordergrund stehen. Zum Einen soll es Ziel sein, die vorhandene Versorgung zu erweitern, zum Anderen sei es sinnvoll, die bereits in den Phasen I und II erreichte Versorgung hinsichtlich eines höheren „Indoor Versorgungsgrades“ zu erweitern. Die Planung sieht dazu die Inbetriebnahme von 27 weiteren näher bezeichneten Sendeanlagen im gesamten Bundesgebiet vor.

In der nachfolgenden Tabelle wird der geplante Roll-Out mit den entsprechenden Versorgungszahlen dargestellt. Für Vergleichszwecke weist die Spalte „70% Ortswsk.“ den Versorgungsgrad der Wohnbevölkerung in Bezug auf den Maßstab des § 5 Abs. 2 Z 1 MUX-AG-V 2007 (portabler Outdoor-Empfang, Ortswahrscheinlichkeit 70 vH) aus.

Ausbauphase	Versorgte Einwohner		
	95 % Ortswsk.	90 % Ortswsk.	70 % Ortswsk.
Phase I	41,8	43,2	45,0
Phase II	53,4	55,4	57,9
Phase III	75,4	78,0	81,0

Ein weiterer Netzaufbau über 2010 hinaus könnte nach den Plänen der Antragstellerin bei einer Entscheidung für weitere Investitionen zu folgenden Zwecken erfolgen:

- Verbesserung der Indoor Versorgung
- Versorgung von bestimmten, interessanten Gebäuden (Shopping-Center, öffentliche Gebäude mit hohem Publikumsverkehr etc.)
- Indoor Versorgung von Flughäfen und Bahnhöfen
- Versorgung der U-Bahnstationen und der U-Bahnlinien in Wien

- Versorgung der Wintersportgebiete oder von Gebieten von hoher touristischer Attraktivität
- Realisierung einer durchgehenden Versorgung von Magistralen in den Verkehrsverbindungen (Straße und Schiene)

Soweit (nach den diesbezüglichen Angaben im Digitalisierungskonzept 2007) noch in Betrieb befindliche (österreichische) analoge TV Sender/Umsetzer einen DVB-H Ausbau beeinträchtigen können, wurde dem in den geplanten Phasen des Roll-Out durch geeignete Standortwahl bzw. notwendigen Leistungsreduzierungen der Senderanlagen entsprechend Rechnung getragen. Zu jeder Phase gibt die Antragstellerin an, ob und in wie weit analoge Sender zwingend abzuschalten wären, um den jeweiligen phasenbezogenen Start des Ausbaus zu gewährleisten. Darüber hinaus enthält der Antrag für den Fall der Nichtverfügbarkeit einzelner Sendeanlagen oder Übertragungskapazitäten eine Reihe von Alternativszenarien zur Versorgung einzelner betroffener Regionen.

Grundsätzlich ist das vorliegende Konzept der drei Phasen beim Aufbau der digitalen terrestrischen Versorgung plausibel und kann technisch realisiert werden.

Für die Sendeanlagen liegt eine gute Frequenzplanung vor. Diese spiegelt eine frequenzeffiziente Nutzung des zur Verfügung stehenden Rundfunkspektrums wider. Die Antragstellerin hat die Frequenzverfügbarkeit nach dem Digitalisierungskonzept 2007 für die Phasen I und II mit konkreten Störberechnungen ermittelt und dementsprechend die maßgeblichen technischen Parameter (z.B. Standortwahl, abgestrahlte Leistung,...) angepasst, um so einen störungsfreien Roll-Out zu gewährleisten. Die im Antrag dargestellten Störberechnungen erscheinen plausibel, und der Roll-Out kann wie dargestellt durchgeführt werden.

Für einen möglichst raschen Start plant die Antragstellerin die konsequente Mitbenutzung vorhandener Infrastrukturen. Dafür werden insbesondere die bestehenden Rundfunksendestandorte der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG (ORS), aber auch weitere bestehende Sendeanlagen in Betracht gezogen. In Frage kommt etwa die Mitnutzung bestehender Antennen oder die Mitnutzung des Mastes mit eigenen Antennenanlagen. Mit der ORS haben vor Antragstellung zu diesen Fragen Gespräche und Abstimmungen sowie (im November 2007) vorbereitende Standortbegehungen stattgefunden. Darüber hinaus wurde auch mit weiteren erforderlichen Ansprechpartnern betreffend diese Standorte, etwa für Grundstücks- und Raumnutzung, sowie mit Betreibern anderer möglicher Standorte Kontakt aufgenommen und konkrete, dokumentierte Verhandlungen geführt.

Für den Ausbau in den weiteren Jahren wird die weitere Verfolgung des Mitnutzungskonzeptes für sinnvoll erachtet, wobei allerdings auch die Einbeziehung der Standorte anderer Eigentümer in Betracht gezogen wird.

Soweit Verhandlungen mit Nutzern bestehender Antennentragemasten zu keinem Ergebnis führen, verweist die Antragstellerin auf die gesetzlich vorgesehenen Mitbenutzungsrechte (insbesondere nach dem Telekommunikationsgesetz 2003). Für die Sender der Phasen I und II wurden – soweit sich die bisherigen Verhandlungen mit einzelnen Standortnutzern schwierig gestaltet haben – auch alternative Versorgungsszenarien (insbesondere für Wien, Salzburg und Graz) erarbeitet.

Playout-Center und Programzubringung

Die Systemstruktur der MEDIA BROADCAST GmbH sieht ein zentrales Playout-Center vor, in dem ein einheitlicher Datenstrom erzeugt wird, der von dort den einzelnen Sendeanlagen zugeführt wird. Dieses Playout-Center soll in Usingen bei Frankfurt am Main (Deutschland) eingerichtet werden, da dort bestehende Anlagen, insbesondere Einrichtungen zum

Satellitenempfang bestehender Programme sowie zur Satellitensendung an die Sendeanlagen („Uplink“, dazu sogleich) zur Verfügung stehen. Darüber hinaus ist die Einrichtung eines lokalen Playout-Centers in Wien geplant, das mit dem zentralen Playout-Center über Leitung (IP-Verbindungen) verbunden ist. Die Programme können somit zum Playout-Center in Wien oder (auch durch Satellitenempfang) zum zentralen Playout-Center in Usingen zugebracht werden.

Aus ökonomischen Gründen plant die Antragstellerin eine rein satellitengestützte Signalzuführung zu den Senderstandorten (Verteilnetzwerk). Gegenüber einer Satellitenverteilung erachtet sie ein Verteilnetzwerk z.B. via ATM oder MPLS bedingt durch die für ein DVB-H Netz hohe Anzahl von Senderstandorten als nicht wirtschaftlich realisierbar. Das Programmbouquet soll für Basis- und Premiuminhalte im zentralen Playout-Center erzeugt werden und über Satellit zu den Senderstandorten geführt werden. Das Einfügen regionaler Inhalte ist in der Startphase nicht vorgesehen, bei Bedarf können jedoch regionalspezifische Inhalte aufbereitet und ausgestrahlt werden.

Durch die ausschließlich satellitengestützte Programmmzubringung für alle geplanten Senderstandorte unter Verzicht auf eine Zubringung durch Ballempfang kann ein frequenzeffizientes Gleichwellennetz realisiert werden, das in jedem (Allotment-)Gebiet jeweils nur eine Frequenz nutzt.

Technische Standards, Verfahren und Parameter, Qualitative Systemtechnik

Der Antrag der MEDIA BROADCAST GmbH basiert auf der Nutzung des DVB-H Standards (DVB-T und Anhänge) und den grundlegenden technischen Parametern, wie sie auf der „Regionalen Funkkonferenz für die Einführung des terrestrischen digitalen Fernseh Rundfunks“ (RRC-06) vereinbart wurden. Darüber hinaus werden auch Standards der Open Mobile Alliance (OMA) eingesetzt.

Die Antragstellerin plant (zumindest für den Start) folgende DVB-H Systemparameter:

Anzahl der Träger:	8k
Modulation:	QPSK
Guard Interval:	1/4
Code Rate:	2/3
MPE-FEC:	5/6

Die Antragstellerin gibt an, dass diese Systemparameter als Basis für die beispielhaft geplanten Sendernetze für den endgültigen Versorgungsbedarf verwendet wurden. Es soll durchaus möglich sein, in Zukunft andere ebenfalls geeignete Systemparameter zu verwenden. Vorgesehen ist insbesondere im Rahmen eines weiteren Ausbaus auf eine andere Modulation umzusteigen, die – sofern zugleich das Sendernetz entsprechend verdichtet wird – eine höhere Datenrate für die Verbreitung (und damit etwa mehr übertragene Programme) ermöglicht.

Bezug nehmend auf diese Systemparameter gibt die Antragstellerin eine detaillierte Auskunft über das relevante „Link Budget“, das ihren Versorgungsberechnungen zugrunde gelegt ist. Darunter ist die Aufzählung aller verlust- und gewinnbringenden Elemente zwischen Sender und Empfänger entsprechend einem bestimmten Übertragungsmedium (z.B. Freiraum, Kabel, optische Faser,...) zu verstehen, die Einfluss auf die empfangene Leistung haben und sich somit auf die Versorgungsprognose auswirken.

Der angenommene Mindestfeldstärkewert wurde von der Antragstellerin unter zusätzlicher Hinzunahme von ca. 7 dB ermittelt, das entspricht der Verfünffachung der Anforderungen. Dies zeigt, dass die angestrebte Versorgungsqualität im Vergleich zu 70 %

Ortswahrscheinlichkeit (Vergleichsmaßstab für die Annahme von Versorgung nach § 5 Abs. 2 Z 1 MUX-AG-V 2007) sehr hoch ist und die berechneten Versorgungsprognosen diesem erhöhten Wert zu Grunde liegen. Die gewählten Systemparameter spiegeln demnach eine „robuste“ Übertragung wider, wodurch sich eine konservativere Schätzung der Versorgung ergibt.

Durch entsprechende Wahl der Trägeranzahl von 8k und des Guard Intervals von 1/4 wird die notwendige Abstimmung mit dem zugrunde liegenden Sendernetz der Antragstellerin klar erkenntlich. Dadurch ist insgesamt nach der Einschätzung des technischen Amtssachverständigen mit keinen Implementierungsschwierigkeiten oder Eigeninterferenzproblemen zu rechnen.

Die gewünschte Bildqualität und die Anzahl der zu übertragenden Video Services (Programme) bestimmen die erforderliche Datenrate. Die Antragstellerin hat dazu für Handhelds umfangreiche Bildbewertungstests durchgeführt. Als Ergebnis wurden bestimmte Anforderungen für Handhelds mit einer Bildschirmdiagonale von ca. 5 cm ermittelt und im Antrag detailliert dargestellt.

Für eine gute Bildqualität einschließlich Stereoton im statistischen Multiplex (in diesem Verfahren erfolgt eine dynamische Bitratenzuweisung je nach Bedarf der einzelnen Programme, der sich aus dem Grad der Komprimierbarkeit des jeweiligen Bildinhaltes ergibt) veranschlagt die Antragstellerin eine mittlere Datenrate von ca. 220 kbps je Video-Service. Für Video-Services, die mit konstanter Bitrate kodiert werden, wären ca. 350 kbps erforderlich.

Nach Untersuchungen der Antragstellerin können, wenn hinsichtlich des Bildinhaltes die bisher bekannten Sendeformate unterstellt werden, etwa 12 bis 16 unterschiedliche TV-Programme übertragen werden.

Die Antragstellerin kommt daher zum Ergebnis, dass für einen kommerziellen Dienst mindestens eine Nettodatenrate von ca. 4,2 Mbps übertragen werden muss, die entsprechende DVB-T/H-Bruttodatenrate (durch Hinzurechnung der für die DVB-H-Implementierung notwendigen Daten) beträgt 6,64 Mbps. Je höher die Anforderungen an die Robustheit der Übertragung, desto geringer fällt die verfügbare Datenrate aus. Die Anforderung von ca. 4,2 Mbps Nettobitrate kann bei DVB-H jedoch bereits mit der gewählten, relativ robusten QPSK-Modulation erfüllt werden.

Zur Ermöglichung des Vergleichs mit anderen Antragstellern, die die konkrete Umrechnung von Nettodatenrate zu Bruttodatenrate nicht näher darstellen, hat der Amtssachverständige die Zwischengröße „Datenrate MPE-FEC“ errechnet. Aus den gewählten Systemparametern (Modulation, etc.) sowie der Berücksichtigung der „Multiprotocol Encapsulated Forward Error Correction“ (MPE-FEC) ergibt sich damit ein Wert, der ohne Berücksichtigung weiterer systembedingter Verluste eine Abschätzung (obere Grenze) für die erreichbare Nettodatenrate für DVB-H darstellt. Für die von der MEDIA BROADCAST GmbH gewählten Parameter liegt der Wert „Datenrate MPE-FEC“ bei 5,53 Mbps.

Die dargestellten (im Antrag näher ausgeführten) Überlegungen zur Ermittlung der erforderlichen Datenrate (insbesondere zur Umrechnung von Netto- auf Bruttodatenrate), sind einwandfrei nachvollziehbar. Das Gesamtkonzept der Antragstellerin in Bezug auf qualitative Planungen genügt jedenfalls den Mindestanforderungen für eine ausreichend hohe Bildqualität.

Zugangsberechtigungssysteme, Verschlüsselung

Das DVB-H Angebot soll den Endkunden entsprechend der gesetzlichen Konzeption im Wege von Programmaggregatoren gegen Entgelt zum Empfang angeboten werden. Aus diesem Grund ist die Verschlüsselung des Programms („Scrambling“) zum Einsatz von Zugangsberechtigungssystemen erforderlich.

Dabei ist der Einsatz unterschiedlicher Verschlüsselungsverfahren denkbar, der insbesondere von der Implementierung in den Endgeräten und den technischen Möglichkeiten der Freischaltung (etwa Mobilfunk bei DVB-H-Mobiltelefonen, Verteilung der Freischaltinformation über den Rundfunkkanal bei Empfängern ohne Telefoniefunktion, etc.) abhängt. Dementsprechend kann es auch erforderlich sein, mehrere Verschlüsselungssysteme parallel einzusetzen.

Derzeit ist die Standardisierung der zum Einsatz kommenden Verschlüsselungssysteme nicht in allen Fällen abgeschlossen, sodass bestimmte Verfahren (insbesondere das favorisierte OMA BCAST Smartcard Profile) nicht von Beginn der Ausstrahlung an eingesetzt werden.

Die MEDIA BROADCAST GmbH gibt an, dass das „Scrambling“ auf der Basis der Verschlüsselungsmethode ISMACryp mittels DVB Simulcrypt Schnittstelle erfolgen soll. Der Scrambler soll in der Lage sein, sowohl ISMACryp 1.5.1 als auch ISMACryp 1.4.1 zu unterstützen. Dies soll die Integration sowohl von OMA BCAST Systemen als auch von DVB-IPDC konformen SPP-Systemen ermöglichen. Die Zuführung entsprechender Schlüsselströme kann auch zu einer externen Quelle erfolgen, um im Bedarfsfall Drittanbietern Zugang zum DVB-H Markt zu gewähren.

Zu Beginn des DVB-H Betriebs und während der Fußball-Europameisterschaft soll das OMA BCAST DRM Profile implementiert werden. Zunächst sollen Handsets und die entsprechenden SPP-Komponenten im Playout-Center nur für OMA BCAST DRM verfügbar sein.

Das OMA BCAST DRM Profil kann später (nach Abschluss der Standardisierung) um das OMA BCAST Smartcard Profile ergänzt werden oder durch dieses vollständig abgelöst werden. Es soll ein dualer Betrieb von DRM und Smartcard Profile mit der gleichen DVB-H Plattform möglich sein. Im Feld befindliche DRM Endgeräte und Smartcards können somit ohne Umstellung weiterbetrieben werden. Ob zukünftig nur noch das Smartcard Profile verwendet werden soll, hängt allein von der Marktakzeptanz ab. Somit soll es keine Barrieren seitens der DVB-H Multiplex Plattform geben.

Die Standardisierung des OMA BCAST Smartcard Profile wird für das 4. Quartal 2008 erwartet.

Weiters gibt die Antragstellerin an, dass die Content-Verschlüsselung von einem solchen Wechsel unberührt bleibt. Zur Unterstützung mehr als eines Protection-Systems ist lediglich die parallele Übertragung verschiedener Content-Schlüssel erforderlich.

Die Antragstellerin sieht die Nutzung von mobilem Fernsehen auf Endgeräten ohne Mobilfunkteil („unconnected devices“) als eines der zukünftig möglichen User-Szenarien. Es ist vorgesehen, die dafür notwendigen technischen Grundlagen auf Basis von OMA BCAST oder IPDC gemeinsam mit den Geräteherstellern zu erarbeiten.

Ähnlich wie bei den Mobilfunk-Handys bedarf es auch bei diesen „unconnected devices“ einer Vorlaufphase, um diese Geräte auf die Zugangsberechtigungssysteme entsprechend OMA BCAST DRM Profile oder OMA BCAST Smartcard Profile vorzubereiten. Die Antragstellerin verweist an dieser Stelle auf derzeit noch nicht fertig gestellte Standards, die aber ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung in das Playout-System übernommen werden können.

Die Verschlüsselung mittels Simulcrypt-Methoden macht eine mehrfache Ausstrahlung der Inhalte (zum Zwecke des Einsatzes unterschiedlicher Verschlüsselungssysteme) entbehrlich, da für die unterschiedlichen Systeme lediglich unterschiedliche Schlüssel übertragen werden müssen, während die Inhalte einheitlich verschlüsselt gesendet werden können.

Der favorisierte Verschlüsselungsstandard OMA BCAST Smartcard Profile gewährleistet eine entsprechende Interoperabilität zwischen den Endgeräten verschiedener Hersteller.

Die vorgesehenen Möglichkeiten zur Einbindung von „unconnected devices“ erlauben eine nichtdiskriminierende Einbindung aller Endgerätehersteller und Diensteanbieter.

Programmaggregatoren

Die MEDIA BROADCAST GmbH (damals T-Systems Media&Broadcast GmbH) hat am 21. bzw. 23.11.2007 über den Verteiler der Digitalen Plattform Austria und im Amtsblatt zur Wiener Zeitung bekannt gemacht, dass sie eine Antragstellung im gegenständlichen Verfahren beabsichtigt. Dabei hat sie interessierte Programmaggregatoren und Rundfunkveranstalter zur Interessensbekundung an einer Kooperation aufgerufen. Hinsichtlich der Programmaggregation wurde mit sämtlichen in Frage kommenden Mobilfunkbetreibern sowie Pay-TV-Anbietern verhandelt.

Mit der Hutchison 3G Austria GmbH sowie der ONE GmbH wurde schließlich am 13.12.2007 eine Vereinbarung („Memorandum of Understanding“) geschlossen, dazu näher weiter unten.

Die Antragstellerin hat ausdrücklich erklärt, dass weitere Unternehmen als Programmaggregatoren auch nach Antragstellung bzw. Zulassungserteilung eingebunden werden können und sollen.

An den Verhandlungen zur Ausarbeitung dieser Vereinbarung hat sich ursprünglich auch die T-Mobile Austria GmbH beteiligt, wie sich aus der vorgelegten gemeinsamen Vertraulichkeitsvereinbarung („Non Disclosure Agreement“) vom 30.10., 11.10. und 24.11.2007 ergibt. Mit Schreiben vom 13.12.2007 hat die T-Mobile Austria GmbH der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie nach Beratungen zur Überzeugung gelangt ist, „zum jetzigen Zeitpunkt mangels nachhaltiger kaufmännischer Grundlagen noch keinen der sich an der Ausschreibung beteiligenden Konsortien beizutreten“. T-Mobile sei jedoch gerne bereit und offen, in weitere Gespräche zu treten.

Am 29.11.2007 hat sich auch die mobilkom austria AG an die Antragstellerin gewandt und ihr Interesse an der Teilnahme als Programmaggregator geäußert, woraufhin der Entwurf der entsprechenden Vertraulichkeitserklärung ausgetauscht wurde. Die daraufhin aufgenommenen Gespräche wurden jedoch nicht weiter fortgesetzt, da sich die mobilkom austria AG nicht zur Geheimhaltung gegenüber der – im gegenständlichen Verfahren ebenfalls als Antragstellerin aufgetretenen – Telekom Austria TA AG verpflichten konnte. Die Antragstellerin betont jedoch, dass eine Zusammenarbeit mit der mobilkom austria AG insbesondere nach Zulassungserteilung auf jeden Fall möglich sein soll.

Weiters hat die Antragstellerin der Premiere Fernsehen GmbH als Pay-TV-Anbieter und damit möglichem Programmaggregator aktiv eine entsprechende Zusammenarbeit angeboten. Die Premiere Fernsehen GmbH hat der Antragstellerin am 05.12.2007 mitgeteilt, dass sie sich an der DVB-H Verbreitung nicht als Programmaggregator, sondern allenfalls als Rundfunkveranstalter beteiligen wolle.

Die als „Memorandum of Understanding“ bezeichnete Vereinbarung vom 13.12.2007 zwischen der (damaligen) T-Systems Media&Broadcast GmbH („MUX“) einerseits und der Hutchison 3G Austria GmbH („H3G“) sowie der ONE GmbH („ONE“), gemeinsam Programmaggregatoren („PAG“), andererseits hat auszugsweise folgenden Wortlaut („RV“ bezeichnet einen oder mehrere Rundfunkveranstalter):

„(...)

3. Vertragsgegenstand

3.1 Diese Kooperationsvereinbarung regelt die Leistungsbeziehung zwischen PAG und MUX für die Phase der Bewerbung um den Zuschlag wie auch für die Phase des operativen Betriebes nach Zuschlag, soweit dies aus heutiger Sicht möglich ist. Weiters regelt dieser Vertrag die im Verhältnis MUX — PAG relevanten Vorgaben für die Zusammenarbeit des MUX und der PAG mit den RV.

(...)

4. Vorbehalt des Zuschlages und der finalen Vereinbarungen

Die Rechte und Pflichten der Parteien aus dieser Kooperationsvereinbarung stehen, soweit sie den Zeitraum nach Zuschlagserteilung anlangen, mit Ausnahme des Punktes 16 unter der aufschiebenden Bedingung der Rechtskraft eines die Zulassung des MUX als Betreiber der DVB-H Multiplexplattform rechtskräftig bestätigenden Bescheides der Kommunikationsbehörde Austria (**KommAustria**) sowie unter der aufschiebenden Bedingung des Abschlusses von diese Kooperationsvereinbarung konkretisierenden finalen Vereinbarungen gemäß Punkt 15.2.

(...)

7. Pflichten des MUX nach Zuschlagserteilung

(...)

7.3 Der MUX verpflichtet sich zu einem transparenten Verfahren zur Auswahl weiterer interessierter PAG unter fairen, gleichberechtigten und nichtdiskriminierenden Bedingungen, unter laufender Einbeziehung der PAG sowie zu begründeten Auswahlentscheidungen unter konsequenter Berücksichtigung der regulatorischen Auswahlgrundsätze.

(...)

8. Pflichten der PAG nach Zuschlagserteilung

Die PAG agieren als Programmaggregator. Dazu zählen insbesondere die folgenden Aufgaben:

8.1 Die PAG bemühen sich nach besten Kräften alle notwendigen, zweckmäßigen und wirtschaftlich zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen, um eine kostengünstige, nutzerfreundliche und möglichst umfassende Verbreitung und Bereitstellung von Mobile-TV-Diensten zu fördern.

8.2 Der PAG hat Rundfunkprogramme und sonstige Dienste verschiedener RV zu akquirieren und zu einem Programmbouquet zusammenzufassen sowie dessen Vermarktung an Endkunden zu besorgen.

8.3 Der PAG hat die Auswahl der RV unter strikter Befolgung der in Anlage ./6.5 genannten Auswahlgrundsätze und Modalitäten vorzunehmen.

8.4 Einkauf und Distribution einer Auswahl von Mobilfunk-Endgeräten, die ein möglichst nutzerfreundliches Konzept ermöglichen.

8.5 Realisierung der nach den Berechnungen und Einschätzungen des PAG, vor allem in Zusammenhang mit den sonstigen Tätigkeiten des PAG, ökonomisch zuträglichen Maßnahmen, die insbesondere als Marketingaktivitäten dazu geeignet sind, die Abonnenten-/Endkundenbasis zeitnah zu erhöhen, allenfalls auch über Kooperationen und indirekte Vertriebsbeziehungen mit anderen Mobilfunkbetreibern.

8.6 Nutzerfreundliche Abwicklung sämtlicher Endkundenbeziehungen.

9. Einbindung weiterer PAG

Die Kooperation mit dem MUX muss anderen als den aktuell an der Kooperation beteiligten PAG während der Bewerbungsphase und nach Zuschlag diskriminierungsfrei möglich sein und bleiben. Der MUX sichert H3G und ONE im rechtlich zulässigen Umfang für den Fall des Eintritts weiterer PAG die jeweils besten vom MUX einem PAG angebotenen Konditionen in jeglicher Hinsicht zu (Meistbegünstigung).

10. Monitoring durch den MUX

10.1 Der MUX behält als alleiniger Adressat regulatorischer Aufsicht über den gesamten Zeitraum der Lizenzierung das Recht nicht aber die Pflicht, die auf der Multiplex-Plattform verbreiteten Rundfunkprogramme in Hinblick auf die in Anlage ./.6.5 aufgezählten Grundsätze zu prüfen.

10.2 Im Fall eines nicht bloß geringfügigen Verstoßes gegen diese Grundsätze wird der MUX unter Einbeziehung der PAG den betroffenen RV zu einer den in Anlage ./.6.5 genannten Grundsätzen entsprechenden Programmgestaltung binnen angemessener Frist auffordern. Kommt der RV dieser Aufforderung nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist nach, so erhält der MUX das Recht, die Ausstrahlung des betroffenen Programms bis auf weiteres einzustellen.

11. Aufteilung der Datenrate

In Abhängigkeit von der Anzahl der in dieser Kooperation beteiligten PAG haben für das Basispaket mindestens 50% (bei vier und mehr PAG in Kooperation mit dem MUX), 62,5 % bei drei PAG in Kooperation mit dem MUX und maximal 75 % (bei zwei PAG in Kooperation mit dem MUX) der verfügbaren Datenrate vorbehalten zu bleiben.

(...)

13. Ausbauplanung

13.1 Die ausschreibungsgemäße Verpflichtung zum flächenmäßigen Netzausbau beläuft sich auf eine POP-Coverage von 50% (portabel outdoor). MUX verpflichtet sich gegenüber den PAG zum Netz-Ausbau gemäß Punkt 7.1.7a).

13.2 Einen darüber hinausgehenden Ausbau des Netzes wird der MUX nach wirtschaftlichen Kriterien entscheiden. Der MUX wird seine Ausbaupläne mit allen beteiligten Programmaggregatoren abstimmen. Sofern dies wirtschaftlich gerechtfertigt und im gemeinsamen Interesse der Partner ist, wird der MUX Ende 2010 einen Ausbau der Versorgung auf 75% POP-Coverage vornehmen. Der MUX geht damit ausdrücklich keine Verpflichtung zum Ausbau ein. Insbesondere bei ausbleibendem wirtschaftlichem Erfolg ist der MUX nicht zu einem weiteren Ausbau verpflichtet.

14. Geschäftsmodell

(...)

14.7 Endkunden-Pricing

Die PAG werden im Rahmen der wirtschaftlichen Möglichkeit und Tunlichkeit nach ihren besten Kräften nachhaltig ein den Prinzipien der Anlage ./14.7 entsprechendes Endkundenentgeltniveau und damit die Marktakzeptanz von DVB-H in Österreich sicherstellen.

15. Beginn, Laufzeit, Kündigung

15.1 Diese Vereinbarung tritt mit ihrer Unterzeichnung durch alle Vertragsparteien in Kraft und verliert ihre Gültigkeit wenn:

a) eine schriftliche Mitteilung des MUX an die PAG über das Ausscheiden des MUX aus der Ausschreibung um den MUX D ergeht, wobei ein solches Ausscheiden des MUX nur bei erheblichen wirtschaftlichen und rechtlichen Gründen zulässig ist; oder

b) eine schriftliche Mitteilung des MUX an die PAG ergeht, dass der MUX den Zuschlag nicht erhalten hat;

15.2 Für den Fall des Zuschlags an den MUX tritt diese Vereinbarung automatisch mit dem auf den Zuschlag folgenden Tag außer Kraft und es verpflichten sich die Parteien an dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag eine den wesentlichen Inhalten dieser Kooperationsvereinbarung entsprechende, alle Aspekte der Zusammenarbeit (insbesondere auch Modalitäten der Rechnungslegung und operativen Zusammenarbeit) im Detail regelnde finale Vereinbarung abzuschließen (vgl. Punkt 4). Die Zustimmung zu dieser finalen Vereinbarung kann nur aus wichtigem Grund verweigert werden.

15.3 Die Laufzeit des nach Zuschlagserteilung abzuschließenden Vertrages entspricht dem Zeitraum der Lizenzierung des MUX und endet automatisch, sobald der MUX nicht mehr Lizenzinhaber ist.

15.4 Eine ordentliche Kündigung der Vereinbarung ist, erstmals zum 31.12.2010, diesfalls mit einer Frist von 13 Monaten zum Jahresende möglich. Ab dem 1.1.2011 ist eine ordentliche Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten mit Wirksamkeit jeweils zum Ende eines Kalenderjahres möglich.

15.5 Als Gründe für eine außerordentliche Kündigung mit sofortiger Wirkung gelten insbesondere:

a) für den MUX, wenn ein PAG durch die Verletzung von Auswahlgrundsätzen über die Programmauswahl eine erfolgreiche Bewerbung um den MUX D absehbar vereitelt oder ernsthaft gefährdet;

b) für den MUX wenn ein PAG nach Zuschlagserteilung wiederholte und schwerwiegende Rechtsverletzungen in Bezug auf die Auswahl der Programme begeht;

c) für den MUX wenn die PAG die Programmbelegung im Basispaket ändert, ohne dies dem MUX vorher anzuzeigen;

d) für den MUX wenn ein PAG Änderungen in der Programmbelegung entgegen einer gegenüber dem MUX ergangenen Feststellung der Regulierungsbehörde nach § 25a Abs 10 PrTV-G vornimmt, soweit der MUX die PAG schon in das Verfahren vor der Regulierungsbehörde eingebunden hat.

e) für die PAG, wenn der MUX wiederholt und schwerwiegend gegen die Leistungsverpflichtungen aus diesem Vertrag verstößt.

f) für jede Partei, wenn erhebliche wirtschaftliche, technische oder rechtliche Gründe (insbesondere bei Fehlen konzerninterner Gremialzustimmung vor Zuschlag) einer Fortsetzung der Kooperation entgegenstehen, die für diese Partei die Fortsetzung der Kooperation verunmöglichen.

(...)

Punkt 16 („Vertraulichkeit“) enthält eine Vertraulichkeitsvereinbarung. Der Wortlaut der Anlage .6.5 („Grundsätze für die Auswahl von RV durch PAG“) ist im Sachverhalt weiter unten (unter „Programmbouquet, Rundfunkveranstalter“) wiedergegeben. Der Verweis auf Anlage .14.7 (Endkundenentgelt) ist nach Angaben der Antragstellerin als Verweis auf Punkt 5.7. („Vermarktungs- und Preispolitik“) der Anlage 1 zum verfahrensgegenständlichen Antrag zu verstehen, zumal betreffend die Anlagen zur Vereinbarung mehrmals ausdrücklich auf die entsprechenden Angaben im Zulassungsantrag verwiesen wird. Dessen Inhalt wird im Sachverhalt weiter unten (unter „Endkunden“) wiedergegeben.

Unter Punkt 7 („Pflichten des MUX nach Zuschlagserteilung“) und 13 („Ausbauplanung“) werden darüber hinaus die Umsetzung des weiter oben im Sachverhalt dargestellten technischen Konzepts vereinbart. Unter Punkt 14 („Geschäftsmodell“) werden die weiter unten im Sachverhalt (unter „Finanzielle Planung“) dargestellten Zahlungen der Programmaggregatoren an den Multiplex-Betreiber vereinbart.

Seitens der (damaligen) T-Systems Media&Broadcast GmbH wurde die Vereinbarung vom (nach dem Handelsregisterauszug kollektiv zeichnungsberechtigten) Geschäftsführer Timo Alexander Lepel und („i.V.“) vom als Projektleiter für das gegenständliche Verfahren auftretenden Dr. Bertold Heil unterzeichnet. Die MEDIA BROADCAST GmbH hat eine ordnungsgemäß gezeichnete Bestätigung vom 14.02.2008 vorgelegt, dass Dr. Heil seit 01.07.2007 autorisiert sei, die Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren „sowie im Zuge der Vorbereitung dieser am 14.12.2007 eingereichten Bewerbung und nach einem allfälligen Zuschlag“ an die Antragstellerin rechtsgeschäftlich zu vertreten, sofern dem nicht zwingende gesetzliche Regelungen entgegenstehen.

Endkunden, Endgeräte

Der Einkauf und die Distribution von Endgeräten sowie die Beziehungen zu Endkunden liegen gemäß Punkt 8 der Vereinbarung vom 13.12.2007 in der Verantwortung der Programmaggregatoren. Die Antragstellerin hat daher in ihrem Antrag die diesbezüglichen Planungen der Hutchison 3G Austria GmbH und der ONE GmbH dargestellt.

Für einen nachhaltigen Erfolg von mobilem Fernsehen in Österreich werden unter anderem geeignete Endgeräte, die technologisch auf dem aktuellen Stand sind und preislich attraktiv für eine breite Masse angeboten werden, für notwendig erachtet. Das Mobiltelefon als ein schon bestehendes Gerät des täglichen Lebens wird als das potenziell erfolgreichste Konzept angesehen. Aufgrund der hohen Mobilfunkpenetration verbunden mit einer hohen Erneuerungsrate besteht eine sehr gute Basis für die Einführung neuer Produkte und Dienste. Es besteht die Absicht, ein Maximum an am Weltmarkt verfügbaren Geräten nach Österreich zu bringen und Kostenvorteile großer asiatischer Hersteller zu nutzen.

Die im Jahr 2008 bevorstehenden Sportereignisse rund um die Fußball-Europameisterschaft und die olympischen Sommerspiele in Peking könnten in aussichtsreicher Weise die Verbreitung von neuen fernsehtauglichen mobilen Endgeräten gewährleisten. Es werde daher geplant, Anfang Mai 2008 und damit rechtzeitig vor der Fußball-Europameisterschaft das erste DVB-H-taugliche Handy der Marke Nokia am österreichischen Markt anbieten zu können. Weitere namhafte Hersteller wie Samsung und LG hätten ebenfalls zum geplanten Implementierungsprofil kompatible Endgeräte in Vorbereitung. Daneben ist auch geplant, ein Gerät anzubieten, das in Kombination mit bestehenden Multimediageräten der N-Serie von Nokia den Empfang von DVB-H Programmen ermöglicht („Bluetooth Dongle“), weiters UMTS-Datenmodems mit integrierten DVB-H Empfang und entsprechende UMTS-Datenkarten.

Auch die Nutzung von mobilem Fernsehen auf Endgeräten ohne Mobilfunkteil („unconnected devices“) wird als eines der zukünftigen möglichen Szenarien angesehen. Dazu seien aber noch weitere Arbeiten im Rahmen der Standardisierung und der Anpassung der Endgeräte an das ausgestrahlte Format sowie die eingesetzte Verschlüsselung notwendig.

Sobald es die Standardisierung zulässt, sollen auch interaktive Dienste über den Rückkanal in Mobilfunknetzen gemeinsam mit den Programmveranstaltern genutzt werden können, um so neue Anwendungsgebiete rund um die Kernbereiche Abstimmung, Programminformation und Verkettungen (weiterführende webbasierte Informationen zum Programm) zu erschließen.

In der Auswahl der Endgeräte soll weiters das Ziel verfolgt werden, Geräte mit geeignetem Streamingspezifikationen ins Portfolio aufzunehmen, um außerhalb der DVB-H Netzabdeckung den Kunden den Zugang zu den Fernsehprogrammen über UMTS-Streaming zu erlauben. Langfristiges Ziel sei es, eine homogene Nutzung beider Technologien am Endgerät zu etablieren, der Kunde solle sich im Idealfall keinerlei Sorgen darüber machen müssen, welche Zugangstechnologie das Gerät für den Empfang von mobilem Fernsehen auswählt.

Der Prozess um die laufende Integration von neuen Endgeräten soll soweit als möglich standardisiert und offen gestaltet werden.

Bei der Vermarktung planen die beteiligten Programmaggregatoren, auf den Erfahrungen und Vertriebsmodellen der bestehenden Mobile-TV-Angebote über UMTS aufzubauen. So sei man dort inzwischen von einer „à la carte“ Vermarktung der angebotenen Kanäle zu einem Bündelkonzept übergegangen, bei dem das gesamte Programmangebot oder Teile davon für bestimmte Zeiträume (etwa pro Tag, pro Woche, oder pro Monat) subskribiert werden können.

Für die Zukunft ist geplant, auf tauglichen Endgeräten einen homogenen TV-Client für DVB-H und UMTS-Streaming zu entwickeln und einzusetzen, welcher im Hintergrund darüber entscheidet, welcher der beiden Technologien zum jeweiligen Zeitpunkt eine bessere Bild- bzw. Empfangsleistung ermöglichen. Dementsprechend soll auch bei der Vermarktung auf ein hybrides Modell gesetzt werden, welches Kunden außerhalb der DVB-H Netzabdeckung auch Fernsehen zum selben Preis via UMTS-Streaming ermöglicht. Dabei wird angestrebt, jene Programme, die über DVB-H empfangbar sind, auch über UMTS-Streaming verfügbar zu halten, sowie zusätzlich schwächer genutzte oder Nischenkanäle via Streaming anzubieten, die auch innerhalb der DVB-H Netzabdeckung genutzt werden können.

Hinsichtlich der Preispolitik wird man sich ebenfalls an den bisherigen Kosten für UMTS-Streaming-Angebote orientieren, so dass für den Empfang des Basispaketes und des Premiumpaketes in der Regel mit Endkundenkosten von jeweils unter 10 Euro pro Monat gerechnet werden kann. Für die spontane Nutzung der TV-Pakete können auch entsprechend günstigere Tagestickets für 24 Stunden oder Wochentickets für sieben Tage

angeboten werden. Darüber hinaus sollen auch Tarife angeboten werden, die die gemeinsame Nutzung von Sprachtelefonie, Datendiensten und Mobile-TV ermöglichen.

Für die Einbeziehung der sogenannten „unconnected devices“, also Empfangsgeräten ohne Telefoniefunktionalität, wird ein Wertkartenansatz angedacht. Solche Wertkarten könnten über die Programmaggregatoren erworben werden, wobei ein Aufladen des Guthabens über die bestehenden Wertkartensysteme der Mobilfunkanbieter sehr einfach gelöst werden könnte.

Hinsichtlich des Vertriebs von Endgeräten ist geplant, wie am österreichischen Mobilfunkmarkt üblich den Endkunden das Endgerät in Verbindung mit einer vertraglichen Bindung stark verbilligt zur Verfügung zu stellen. Diese Endgerätestützung kann dabei nach dem gewählten Tarif (Neukunde, Bestandskunde in einem Upgrade-Programm, etc.) variieren. Ziel ist es, möglichst rasch eine entsprechende Penetration von DVB-H Endgeräten zu erzielen, daher werde ein Endkundenpreis für gestützte DVB-H Endgeräte in Vertragstarifen mit einem mittleren Preissegment im Rahmen eines Vertragsabschlusses oder einer Vertragsverlängerung im Bereich von 79 bis 199 Euro angestrebt. Mögliches Zubehör zur Nutzung von DVB-H auf herkömmlichen Mobiltelefonen sollte im Bereich von 0 bis 49 Euro erhältlich sein.

Für die Vermarktung der Endgeräte und des Dienstes setzen die Programmaggregatoren auf ihre bestehenden Vertriebsschienen, Vertriebsstrategien und Marketingaktivitäten. Darüber hinaus sollen die Programmveranstalter auch dazu gewonnen werden, Mobile-TV im Rahmen ihrer Programme entsprechend zu bewerben.

Programmbouquet, Rundfunkveranstalter

Hinsichtlich der Auswahl der verbreiteten Rundfunkveranstalter bzw. der Programmbelegung sowohl im Basis- als auch in den Premiumpaketen sieht sich die MEDIA BROADCAST GmbH entsprechend den Vorgaben des Privatfernsehgesetzes strikt dem Gebot der Neutralität verpflichtet. Die Programmauswahl erfolgt durch die Programmaggregatoren. Sofern sich Rundfunkveranstalter bislang betreffend die Ausstrahlung von DVB-H an die Antragstellerin gewandt haben, hat sie diese an die nunmehrigen Programmaggregatoren verwiesen.

In der Vereinbarung vom 13.12.2007 (siehe weiter oben im Sachverhalt unter „Programmaggregatoren“) haben die Antragstellerin sowie die beiden Programmaggregatoren Hutchison 3G Austria GmbH und ONE GmbH vereinbart, dass sowohl für die Auswahl der Programme im Vorfeld der Antragstellung als auch für künftige Programmauswahl nach Zulassungserteilung die Bestimmungen der Anlage ./6.5 zu dieser Vereinbarung („Grundsätze für die Auswahl von RV“) anzuwenden sind.

Die Anlage ./6.5 zur Vereinbarung vom 13.12.2007 („Memorandum of Understanding“) lautet wörtlich:

(„MUX“ bezeichnet die Antragstellerin als Multiplex-Betreiber, „PAG“ die Hutchison 3G Austria GmbH, die ONE GmbH sowie später hinzutretende Programmaggregatoren, „RV“ steht für Rundfunkveranstalter)

„Anlage 6.5 Grundsätze für die Auswahl von RV

1. Grundsätzliches

1.1 Die Auswahl der auf der Multiplex-Plattform zu verbreitenden Programme und Zusatzdienste erfolgt ausschließlich gemäß den nachstehenden Auswahlkriterien. Die in diesem Vertrag beschriebenen Auswahlgrundsätze kommen jedenfalls auf die im Basispaket bereitgestellten Programme zur Anwendung, sind jedoch in größtmöglichem Umfang auch für die Auswahl von Programmen im Premiumpaket anzuwenden.

1.2 Änderungen der nachstehenden Grundsätze sind nur im Rahmen der Vorgaben für die Programmauswahl und im Einvernehmen zwischen MUX und PAG möglich.

1.3 Neu eintretende Programmaggregatoren haben sich den nachstehend genannten Auswahlkriterien zu unterwerfen. Änderungswünsche neu hinzutretender Programmaggregatoren kann nur im Einvernehmen zwischen diesen, dem MUX und den PAG Rechnung getragen werden.

2. Kriterien für die Programmauswahl

2.1 Für die Auswahl der auf der Multiplex-Plattform zu verbreitenden Programme und Zusatzdienste gilt zunächst grundsätzlich, dass

2.1.1 die Auswahl ausschließlich durch die PAG und unter diskriminierungsfreier Einbindung aller interessierten RV erfolgt. Der MUX nimmt keinerlei Einfluss auf die Programmauswahl;

2.1.2 der faire, ausgewogene und diskriminierungsfreie Zugang von digitalen Programmen und Zusatzdiensten zur Multiplex-Plattform gewährleistet wird (vgl. § 27 Abs 1 PrTV-G);

2.1.3 Programme sowohl Fernseh- als auch Hörfunkprogramme umfassen;

2.1.4 die Programmauswahl konform mit den Vorgaben für die Programmauswahl erfolgt;

2.1.5 die Rundfunkprogramme des Basispakets allen Nutzern unabhängig von deren Kooperation mit den PAG zur Verfügung stehen müssen; und

2.1.6 mindestens 50% der zur Verfügung stehenden Datenrate für die Übertragung von Rundfunkprogrammen im Basispaket genutzt werden müssen sowie dass eine entsprechend größere Zahl von Programmen im Basispaket zur Verfügung stehen muss, wenn Nutzer von Endgeräten, die den Zugang zu den Programmen über andere Anbieter als die PAG herstellen, keinen Zugang zu den Programmen des Premiumpakets haben.

2.2 Als zwingende gesetzliche Vorgabe für die Programmauswahl gilt gemäß § 25a Abs 5 Z 6 PrTV-G:

2.2.1 Die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 52/2007 bundesweit terrestrisch ausgestrahlten Fernsehprogramme müssen auf Nachfrage und gegen angemessenes Entgelt in das Basispaket aufgenommen werden, sofern diese Programme im jeweiligen Versorgungsgebiet noch nicht über eine Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk verbreitet werden.

2.2.2 Für die Auswahl von Programmen, die keinem gesetzlichen Verbreitungsauftrag unterliegen, wird nachfolgender Kriterienraster (ohne Gewichtung) zugrunde gelegt. Kann mit den vorhandenen Kapazitäten die Nachfrage nicht aller RV befriedigt werden, so sollen jene RV Zugang erhalten, die die Verwirklichung der folgenden Kriterien in deren Gesamtheit besser gewährleisten:

a) Beitrag zur Steigerung der Programm- und Meinungsvielfalt innerhalb des DVB-H Bouquets

b) Die Programm- und Meinungsvielfalt wird im Hinblick auf die über die Multiplex-Plattform verbreiteten Programme definiert.

c) Zur Auslegung dieses Kriteriums wird auf die umfangreiche Judikatur bzw. Spruchpraxis des Bundeskommunikationssenats (auch zur Außenpluralität) zu § 6 Abs 1 Z 1 PrR-G und § 7 Z 1 PrTV-G zurückgegriffen.

d) Eine Vielfalt von Programmen unterschiedlicher Programmformate (Voll-, Spartenprogramme) sowie unterschiedlicher RV ist anzustreben.

e) Das duale Rundfunksystem ist zu berücksichtigen, d.h., dass neben öffentlich-rechtlichen Programmangeboten in Österreich auch die Programme privater Anbieter im Basispaket verbreitet werden. Bei der Auswahl müssen öffentlich-rechtliche wie private Veranstalter ausgewogen berücksichtigt werden.

2.2.3 Anteil an eigengestalteten Programmen mit Österreichbezug im Sinne von überregionaler Relevanz.

2.2.4 Größere Nachfrage der Teilnehmer

a) Eine möglichst hohe Akzeptanz, Bekanntheit und Verbreitung der ausgewählten Programme in der erwarteten Zielgruppe von DVB-H bzw. beim österreichischen Publikum.

b) Die Nachfrage der Teilnehmer soll die spezifischen Interessen jener Nutzer berücksichtigen, die audiovisuelle Inhalte über den mobilen terrestrischen Verbreitungsweg konsumieren.

c) Die Bewertung dieses Kriteriums ist idealerweise durch entsprechende Marktforschungsergebnisse [Fußnote mit Beispielen zu bestehenden Marktforschungsergebnissen getilgt] zu stützen

d) Angebot von neuen Inhalten einzelner Programme, die über das aus dem Fernsehen über die herkömmlichen Verbreitungswege Bekannte hinausgehen, um zur Differenzierung des DVB-H Programmbouquets gegenüber Programmangeboten auf anderen Verbreitungsplattformen (etwa DVB-T, DVB-S) beizutragen.

2.2.5 Angebot von bzw. Entwicklungsmöglichkeit für (interaktive) Zusatzdienste

a) Ein möglichst breites Angebot an (interaktiven) Zusatzdiensten ist anzustreben.

b) Positiv ist auch zu berücksichtigen, wenn ein (möglichst breites) Angebot an Zusatzdiensten geplant ist und sich diesbezüglich Entwicklungsmöglichkeiten darstellen lassen.

2.2.6 Stabilität des RV und des Programmschemas

a) Die Auswahlentscheidung hat nur solche Interessenten zu berücksichtigen, die die folgenden Anforderungen sicherstellen. Es müssen nur jene RV berücksichtigt werden, deren Nachfrage zu angemessenen (insbesondere finanziellen) Bedingungen entsprochen werden kann.

b) Eine spezifische Kapitalausstattung der Interessenten ist kein Element des Kriterienrasters. Vielmehr müssen Erfahrung und wirtschaftliche Stabilität der ausgewählten RV zumindest bis Ende des Jahres 2010 (d.h. in der Markteinführungsphase) gewährleistet sein. Der Interessent muss vor Eingang in das Auswahlverfahren jedenfalls glaubhaft machen, dass er voraussichtlich finanziell in der Lage sein wird, die anfallenden operativen Aufwendungen zu tragen,.

c) Das für die Auswahl relevante Programmschema des vom RV zur Verfügung gestellten Programms muss hinreichende Stabilität aufweisen.

d) Der RV muss Verfügungsmacht über die für die DVB-H Verbreitung seines Programms notwendigen Immaterialgüterrechte sowie das Potential haben, bei (unerwarteter) Nichtverfügbarkeit der Immaterialgüterrechte für einzelne Programmteile entsprechende Alternativprogramme einzuspeisen.

2.2.7 Beiträge des RV

a) Die Bereitschaft des RV, mittels Werbeschaltungen im eigenen Programm (Promos, Trailer) auch auf anderen Verbreitungswegen als DVB-H die Marktakzeptanz von DVB-H zu unterstützen, wird bei der Auswahlentscheidung entsprechend positiv berücksichtigt.

b) Ebenso wird die Bereitschaft des RV, eine aussichtsreiche Bewerbung durch Zusage einer umfassenden und exklusiven Zusammenarbeit mit dem PAG abzusichern, bei der Auswahl entsprechend positiv bewertet.

3. Durchführung der Programmauswahl

Die Auswahl der Rundfunkprogramme und (interaktiven) Zusatzdienste nach den Auswahlgrundsätzen dieser Anlage erfolgt in einem fairen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren durch ein Auswahlteam, welches sich aus je zwei Vertretern des MUX und jedes PAG zusammensetzt. Stimmberechtigt im Auswahlteam sind ausschließlich die PAG. Die Rolle der Vertreter des MUX beschränkt sich auf die Kontrolle der Einhaltung der in diesem Vertrag geregelten Auswahlgrundsätze. Entscheidungen des Auswahlteams haben einstimmig zu erfolgen und sind plausibel und nachvollziehbar zu begründen.

Die PAG binden die Vertreter des MUX in den Prozess der Auswahl der Programme und Zusatzdienste nur bei Vorliegen besonderer Umstände und beschränkt auf eine Rolle als sachverständige Auskunftspersonen ein. Dies soll insbesondere dann erfolgen, wenn die Nachfrage nach Programmeinspeisung die vorhandenen Kapazitäten auf dem MUX D übersteigt oder technische Fragen auftreten (etwa zu Programmschutz, Signalzuführung oder Signalübertragung) und wenn daraus Unklarheiten bezüglich der Programmauswahl entstehen.

4. Dokumentation der Programmauswahl

Die PAG weisen dem MUX jeweils die zwecks Programm- oder Zusatzdienstauswahl geführten Gespräche und Verhandlungen mit allen interessierten RV sowie schriftliche vertragliche Einigungen über die Verbreitung aller Programme oder Zusatzdienste über die Multiplex-Plattform nach. In jedem Fall legen die PAG dem MUX schriftlich die konkrete Entscheidungsfindung für die Programmauswahl dar, bei der die Auswahl oder Ablehnung interessierter Programme transparent und nachvollziehbar erläutert wird.

5. Änderungen der Programmbelegung

Die PAG werden dem MUX Änderungen der Programmbelegung im Basispaket im Vorhinein anzeigen, um so einem Verfahren der Regulierungsbehörde zum Entzug der Zulassung nach § 25a Abs 10 PrTV-G vorzubeugen.

6. Durchgriffs- und Regressrecht

Hinsichtlich der Auswahl von Programmen und Zusatzdiensten wird im Fall der Zulassung der MUX unmittelbarer Adressat rundfunkrechtlicher Verpflichtungen und behördlicher Anordnungen (z.B. nach § 25a Abs 5 PrTV-G) sein. Da jedoch nicht MUX sondern die PAG die Programmauswahl vornehmen, kann jede entsprechende gesetzliche Verpflichtung oder behördliche Anordnung de facto nur durch die PAG befolgt werden. Deshalb wird MUX die PAG wegen sämtlicher die Programmauswahl betreffender Kontakte mit der Regulierungsbehörde so früh und so weit wie möglich einbinden.

Sofern die Regulierungsbehörde gegenüber dem MUX als Multiplex-Betreiber Anordnungen für die Auswahl von Programmen oder Zusatzdiensten trifft, wird der MUX diese Anordnungen unverzüglich an die PAG weiterzuleiten. Die PAG verpflichten sich zur unverzüglichen und vollständigen Befolgung dieser Vorgaben bzw. gesetzlicher Regelungen. Insbesondere im Fall seitens der Regulierungsbehörde festgestellter Verletzungen werden die PAG unverzüglich einen der Rechtsansicht der Regulierungsbehörde entsprechenden Zustand herstellen und auch die RV dazu verhalten.

Die PAG halten den MUX in Hinblick auf alle gegen MUX gerichtete Forderungen schad- und klaglos, die daraus resultieren, dass an MUX gerichtete Vorgaben der Regulierungsbehörde bzw. gesetzliche Regelungen zur Auswahl von Programmen oder Zusatzdiensten durch die PAG nicht eingehalten wurden. Diese Schad- und Klagloshaltung bezieht sich jedoch nicht auf Ansprüche Dritter, die aus einer mangelnden Verfügungsmacht der RV über die für die DVB-H Verbreitung der Programme notwendigen Immaterialgüterrechte resultieren.

Im Fall der Einleitung des Verfahrens zum Entzug der Zulassung oder im Fall des Entzugs der Zulassung wegen

a) wiederholter und schwerwiegender Rechtsverletzungen in Bezug auf die Auswahl der Programme oder

b) wegen unterlassener vorheriger Anzeige von Änderungen der Programmbelegung im Basispaket der PAG gegenüber dem MUX oder

c) wegen Änderungen entgegen einer gegenüber dem MUX ergangenen Feststellung der Regulierungsbehörde nach § 25a Abs 10 PrTV-G, soweit der MUX die PAG schon in das Verfahren vor der Regulierungsbehörde eingebunden hat.

tragen die PAG alle dem MUX durch das Entzugsverfahren entstandenen Kosten bzw. ersetzen dem MUX den durch den Entzug der Zulassung entstandenen Schaden.“

Hinsichtlich der Aufteilung der Datenrate zwischen Basis- und Premiumpaketen ergibt sich aus Punkt 11 der Vereinbarung vom 13.12.2007, dass der Mindestanteil für das Basispaket abhängig von der Anzahl beteiligter Programmaggregatoren festgelegt wird: er beträgt 75 % bei zwei Programmaggregatoren, 62,5 % bei drei Programmaggregatoren und 50 % bei vier oder mehr Programmaggregatoren.

Da im Falle von zwei Programmaggregatoren die Datenrate für das Premiumpaket verhältnismäßig gering ist (drei Programme, siehe weiter unten), ist vorerst keine Differenzierung im Programmangebot zwischen den Premiumangeboten der Programmaggregatoren vorgesehen. Dies könne ohnehin über das komplementäre UMTS-Streaming Angebot erfolgen. Hinzutretenden Programmaggregatoren wird die Übernahme des einheitlichen Premiumpakets angeboten, es ist in weiteren Schritten aber je nach Verhandlungsergebnis auch die Differenzierung des DVB-H-Premiumpaketes nach Programmaggregator möglich.

Die MEDIA BROADCAST GmbH (damals T-Systems Media&Broadcast GmbH) hat am 21. bzw. 23.11.2007 über den Verteiler der Digitalen Plattform Austria und im Amtsblatt zur Wiener Zeitung bekannt gemacht, dass sie eine Antragstellung im gegenständlichen Verfahren beabsichtigt. Dabei hat sie interessierte Programmaggregatoren und Rundfunkveranstalter zur Interessensbekundung an einer Kooperation aufgerufen.

Bis zum 30.11.2007 haben insgesamt 19 Rundfunkveranstalter bzw. potenzielle Rundfunkveranstalter schriftlich ihr Interesse an einer Zusammenarbeit angemeldet. Daraufhin haben die in Aussicht genommenen Programmaggregatoren Hutchison 3G Austria GmbH und ONE GmbH Gespräche und Verhandlungen mit diesen Rundfunkveranstaltern geführt, die eine mögliche Kooperation und die Aufnahme der Programme in das Basis- oder Premiumpaket zum Gegenstand hatten. Weiters wurden alle interessierten Rundfunkveranstalter zu einer Informationsveranstaltung eingeladen. Den Interessenten wurde ein umfangreiches Merkblatt übermittelt, das allgemeine Informationen zur geplanten, verfahrensgegenständlichen Bewerbung sowie die Kriterien und das Verfahren für die Auswahl der übertragenen Programme erläuterte. Weiters wurden die Interessenten eingeladen, eine Reihe von Informationen zum geplanten Programm bekanntzugeben, darunter die Art des Programms (Sparten- oder Vollprogramm), Informationen darüber, ob es sich beim Programm um ein bestehendes Programm, ein Fernsehprogramm, Visualradio, Radioprogramm oder ein „Made-for-Mobile“ Programm handelt, Spezifikation des Inhalts des Programms, beispielsweise durch nähere Angaben zu den geplanten Programminhalten, zum Programmschema, zum Anteil an Eigenproduktionen und zur Frage, ob es sich um ein 24-Stunden-Vollprogramm oder ein Fensterprogramm handelt, sowie die Angabe der erforderlichen Bitrate. Weiters sollte der Interessent belegen, dass er über die notwendigen Immaterialgüterrechte zur Verbreitung des Programms über DVB-H verfügt bzw. gegebenenfalls für einzelne Programmteile Alternativprogramme zur Verfügung stellen kann.

An der Informationsveranstaltung am 07.12.2007 nahmen Vertreter von zwölf Rundfunkveranstaltern teil, die dort nach einer Präsentation des Projektes Gelegenheit hatten, mit Vertretern der Antragstellerin und der in Aussicht genommenen Programmaggregatoren einzelne Aspekte des Projektes zu erörtern und ihre eigene Position

zu erläutern. Alternativ zur Teilnahme an der Informationsveranstaltung war auch die Möglichkeit zur schriftlichen Bewerbung bei den Programmaggregatoren gegeben.

Auf Basis der von den Interessenten übermittelten Informationen haben die Hutchison 3G Austria GmbH und die ONE GmbH unter nicht stimmberechtigter Beiziehung von Vertretern der Antragstellerin eine Programmbelegung mit folgenden Programmen erstellt:

Fernsehprogramme Basispaket:

- o ATV (ATV Privatfernseh-GmbH),
- o RTL (RTL Television GmbH),
- o ProSieben Austria (SevenOne Media Austria GmbH),
- o Puls 4 (PULS CITY TV GmbH),
- o Sat.1 Österreich (SevenOne Media Austria GmbH),
- o Laola1.TV (Sport Multimedia GmbH, LAOLA1 GmbH, Unas media productions GmbH),
- o Universal Hot Tracks (Universal Music GmbH),
- o Super-RTL (RTL DISNEY Fernsehen GmbH & Co KG),
- o N24 (N24 Gesellschaft für Nachrichten und Zeitgeschehen mbH),
- o VOX (VOX Film- und Fernseh-GmbH & Co KG),
- o ORF 1 (Österreichischer Rundfunk),
- o ORF 2 (Österreichischer Rundfunk);

Hörfunkprogramme Basispaket:

- o LoungeFM (Livetunes Network GmbH),
- o KRONEHIT (KRONEHIT Radio BetriebsgmbH.),
- o Hitradio Ö3 (Österreichischer Rundfunk),
- o Ö1 (Österreichischer Rundfunk);

Premiumpaket:

- o Premiere Austria Sportkanal (Premiere Fernseh GmbH),
- o DMAX (Discovery Beteiligungs GmbH & Co KG),
- o AXN (Sony Pictures Television International Deutschland GmbH).

Mit dem Antrag wurden Ausfertigungen der Auswahlentscheidung für jedes der 31 interessierten Programme (19 positive Auswahlentscheidungen für die oben genannten Programme und zwölf negative Ablehnungsentscheidungen) vorgelegt, wie sie den Rundfunkveranstaltern jeweils übermittelt wurden. Aus diesen umfangreichen Unterlagen ergibt sich, dass bei der Auswahl sämtliche in Anlage ./.6.5 zum „Memorandum of Understanding“ angeführten Aspekte jeweils untersucht und beurteilt wurden. Insbesondere wurde jeweils bewertet, ob ein Must-Carry-Status vorliegt, ob eine Rundfunkzulassung vorliegt oder erlangt werden kann, ob die wirtschaftliche Stabilität des Rundfunkveranstalters bis zumindest Ende 2010 (Markteinführungsphase) gewährleistet erscheint, ob die Nachfrage Bedingungen enthält, denen nicht entsprochen werden konnte, die Situation zu den erforderlichen Immaterialgüterrechten, sowie eine verbale und punktemäßige Bewertung der elf Auswahlkriterien. Darüber hinaus wurden jeweils weitere Gründe, die zwingend oder ergänzend für eine Ablehnung oder Auswahl des jeweiligen Programms sprechen, angeführt und gegebenenfalls angegeben, ob und welche Bewerber aus der selben oder einer ähnlichen Sparte im Auswahlverfahren vorzuziehen waren (unter Angabe der erreichten Punkte bei den Auswahlkriterien).

In der Folge konnten mit einzelnen der ausgewählten Rundfunkveranstalter (KRONEHIT Radio BetriebsgmbH, Live-Tunes Network GmbH, Sport1 Multimedia GmbH/LAOLA1 GmbH/Unas media productions GmbH, ATV Privatfernseh-GmbH sowie Universal Music GmbH) Kooperationsvereinbarungen jeweils mit der Hutchison 3G Austria GmbH und der ONE GmbH als Programmaggregatoren abgeschlossen werden. Diese Vereinbarungen sehen eine Bereitstellung der betreffenden Programme bis mindestens Ende 2010 vor und

entsprechen hinsichtlich der Entgelte (kein Zahlungsfluss zwischen Rundfunkveranstalter und Programmaggregatoren bis Ende 2010) dem im Sachverhalt weiter unten (Abschnitt „Finanzielle Planung“) dargestellten Geschäftsmodell. Darüber hinaus liegen der Antragstellerin verbindliche Angebote des Österreichischen Rundfunks auf Abschluss von Vorverträgen im Sinne des § 936 ABGB betreffend die Programme ORF 1 und ORF 2 sowie die Hörfunkprogramme Ö1, Hitradio Ö3 und FM4 vor. Mit den übrigen ausgewählten Rundfunkveranstaltern konnte bis zum Ende der Antragsfrist im gegenständlichen Verfahren keine verbindliche Vereinbarung getroffen werden. Die Verhandlungen wurden jedoch weiter fortgesetzt und sind nunmehr zum Teil – positiv – abgeschlossen worden.

Aus Vorsicht, um auch bei einer engen formalen Auslegung der gesetzlichen Rahmenbedingungen des § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G einen zulässigen Antrag zu formulieren, hat die Antragstellerin den gegenständlichen Zulassungsantrag zweigliedrig gestellt: Dem Hauptantrag liegt das gesamte oben dargestellte Programm bouquet zugrunde. Für den Fall der Zurück- oder Abweisung des Antrags wurde hilfsweise der Eventualantrag gestellt, die Zulassung unter Zugrundelegung eines Programm bouquets zu erteilen, das lediglich aus jenen Programmen besteht, zu denen die abschließenden Vereinbarungen getroffen werden konnten oder für die verbindliche Angebote zum Abschluss von Verträgen vorliegen (ATV, Laola1.tv, Universal Hot Tracks, ORF 1, ORF 2; Hörfunkprogramme LoungeFM, KRONEHIT, Hitradio Ö3, Ö1).

Finanzielle Planung

Die MEDIA BROADCAST GmbH sieht in ihrem Geschäftsmodell für die Zeit bis 2010 („Marktentwicklungsphase“) folgende Zahlungsströme (jeweils ohne Umsatzsteuer) vor:

Der Abonnent (Endkunde) bezahlt das Entgelt für den Zugang zu den verfügbaren Programmpaketen (Basis- und Premiumpakete) sowie für das subventionierte DVB-H-fähige Endgerät an die Programmaggregatoren bzw. Mobilfunkbetreiber. Das angestrebte Preisniveau für diese Leistungen wurde weiter oben im Sachverhalt (im Abschnitt „Endkunden, Endgeräte“) dargestellt.

Die Planung, der Aufbau und der Betrieb der Netz- und Plattform-Infrastruktur und die darüber erfolgende Abstrahlung des verschlüsselten Programm bouquets werden vom Multiplexbetreiber erbracht, der hierfür von den Programmaggregatoren ein festgelegtes Entgelt pro aktivem DVB-H Nutzer pro Monat erhält. Dieses Entgelt liegt in den Jahren 2008 und 2009 bei 4,50 Euro je Kunde und Monat, im Jahr 2010 bei 4,20 Euro. Die Höhe des Entgelts ist unabhängig davon, ob der Endkunde in einem Abrechnungsmonat nur zeitweise aktiviert ist oder auch nur Teile des Programm bouquets nutzt bzw. nutzen kann. Weiters sind gewisse Kontingente für kostenlose Promotionaktionen vorgesehen.

Bis zum 31.12.2010 ist eine Übereinkunft über die Vergütung des Multiplex-Betreibers für die Jahre 2011 bis 2017 zu treffen. Dabei kann entweder das nutzerabhängige Geschäftsmodell weitergeführt werden, wobei diesfalls der Betrag von 4,20 Euro als Richtwert für eine Höchstgrenze des zu vereinbarenden Entgeltes festgelegt wurde. Alternativ kann die Leistungsvergütung auf gesamtschuldnerisch fällige Pauschalbeträge auf Kostenbasis umgestellt werden, womit die Programmaggregatoren die Leistungen des Multiplex-Betreibers unabhängig von der aktivierten Endkundenanzahl, orientiert an den Kosten des Betriebs abgelten.

Das dafür fällige Gesamtentgelt hängt vom erreichten Versorgungsgrad ab und würde aus heutiger Sicht im Falle von 50 % Versorgungsgrad in der Höhe von 11,3 Mio Euro im Jahr 2011 (linear ansteigend auf 12,73 Mio Euro im Jahr 2017) sowie bei einem Versorgungsgrad von 75 % in der Höhe von 18,87 Mio Euro im Jahr 2011 (linear ansteigend auf 20,74 Mio Euro im Jahr 2017) liegen.

Ab dem Jahr 2011 ist auch bei zunächst vereinbarter Weiterführung des nutzerabhängigen Geschäftsmodells ein jederzeitiger Umstieg auf das Festpreismodell möglich.

Die Rundfunkveranstalter leisten für die Zeit bis 2010 kein Entgelt für die Verbreitung ihres Programms und erhalten bis zum Jahr 2010 auch keine Beteiligung am Endkundenumsatz für die Zurverfügungstellung ihres Programms. Sie sind jedoch verpflichtet, ein rechtlich geklärtes Programm bereitzustellen. Programmaggregatoren und Programmveranstalter werden für die Zeit nach 2011 eine neue Regelung treffen, deren Inhalt maßgeblich vom dann erreichten Stand der Marktentwicklung abhängig sein soll. Im Falle eines reichweitenstarken Massenmarktes und einer entsprechenden Akzeptanz bei Werbekunden, erscheint der Antragstellerin eine Fortsetzung der reinen Werbefinanzierung der Rundfunkveranstalter möglich. Stagniert der Markt auf einem Niveau, das das geschäftliche Interesse des Mobilfunks eine Fortsetzung der Vermarktung noch rechtfertigt, ist tendenziell auch ein Modell mit Umsatzbeteiligung vorstellbar.

Im Verhältnis des Multiplexbetreibers zu den Programmaggregatoren Hutchison 3G Austria und ONE GmbH wurde das dargestellte Geschäftsmodell in der Vereinbarung vom 13.12.2007 vertraglich festgelegt.

Soweit bereits Vereinbarungen zwischen den Programmaggregatoren und den ausgewählten Rundfunkveranstaltern vorliegen, sehen auch diese die wechselseitige Entgeltfreiheit bis 2010 sowie eine Verhandlungspflicht für die danach anzuwendenden Konditionen vor.

Die Finanzplanung des verfahrensgegenständlichen Projektes der MEDIA BROADCAST GmbH ist in folgenden Kennzahlen zusammengefasst.

		2008	2009	2010	2011	2012	2013
Anzahl Nutzer	Jahresdurchschnitt	21.000	95.000	225.000			
Entgelt pro Kunde pro Monat	Höchstwert	4,50	4,50	4,20			
Entgelt pro Kunde pro Monat	Durchschnitt	4,50	4,50	4,20			
Entgelt pro Kunde pro Monat	Niedrigstwert	4,50	4,50	4,20			
Anzahl Mitarbeiter (FTE)							
Investitionen (in Tsd. Euro)		11.632	8.256	54	86	54	1.830
<hr/>							
Umsatz (in Tsd. Euro)		717	5.107	11.232	16.929	17.223	17.510
Gesamtkosten (in Tsd. Euro)		-8.495	-11.376	-15.741	-15.189	-15.042	-14.311
Ergebnis		-7.778	-6.269	-4.509	1.740	2.181	3.199

Über die Anzahl der Mitarbeiter hat die Antragstellerin keine Angaben gemacht, da diese davon abhängig ist, ob ein eigenes Field-Service aufgebaut wird (der die personalintensivste Position darstellen würde), oder ob dafür ansässige Unternehmen, wie die ORS oder Alcatel Lucent beauftragt werden. Die notwendigen finanziellen Mittel sind im Businessplan jedenfalls berücksichtigt.

Die Kundenentwicklung ab 2011 wurde von der Antragstellerin nicht projiziert, da ab diesem Zeitpunkt entweder ein Festpreismodell oder neu zu verhandelnde Konditionen für eine nutzerabhängige Abrechnung zur Anwendung kommen. Im ersten Fall ist die finanzielle Planung von der Nutzeranzahl nicht abhängig, in zweiten Fall wären im Rahmen der Verhandlungen im Jahr 2010 aktuellere Schätzungen anzusetzen.

Die MEDIA BROADCAST GmbH schätzt die Kundenentwicklung (auch im Vergleich zu den ausgeschiedenen Anträgen der ORS und der Telekom Austria TA AG) am vorsichtigsten von allen Antragstellern ein. Die Antragstellerin hat dies in der Folge damit erläutert, dass die

angegebene Schätzung auf der Teilnahme nur der vertraglich bereits gebundenen Mobilfunkbetreiber (Hutchison 3G Austria GmbH und ONE GmbH) erfolgte. Der Beitritt zusätzlicher Programmaggregatoren würde die Kundenzahlen erhöhen und das Ergebnis damit direkt verbessern.

Das von den Programmaggregatoren geforderte Entgelt je Kunde ist mit 4,50 Euro in den ersten 2 Jahren bzw. im 3. Jahr mit 4,20 Euro das höchste im Vergleich zu den anderen Antragstellern.

Die Annahmen bezüglich der Erlöse im Businessplan sind nach dem Ergebnis des wirtschaftlichen Gutachtens eher vorsichtig angesetzt und stellen daher kein kritisches Element für den Businessplan dar.

Die Gesamtkosten steigen von ca. 8,5 Mio. Euro 2008 auf ca. 11 Mio. 2009, um sich ab 2010 bei ca. 14 bis 16 Mio. Euro p.a. einzupendeln. Abgesehen von der fehlenden Berücksichtigung von Zinskosten und Steuer, sind die Kosten nach dem Ergebnis des wirtschaftlichen Gutachtens vollständig und plausibel. Dem Businessplan folgend, sind Kosten für Steuer vernachlässigbar (kumulierter Verlust/Gewinn erst in späten Jahren). Die Kosten für Zinsen wurden von den Gutachtern derart ergänzt, dass auf das durchschnittliche Fremdkapital ein Zinssatz von 7% angewandt wurde. Die Auswirkung dieser Korrektur ist für die Gesamtbeurteilung allerdings kaum relevant und wurde lediglich durchgeführt, um die Vergleichbarkeit mit den anderen Antragstellern sicherzustellen.

Die MEDIA BROADCAST GmbH beabsichtigt Investitionen in der Höhe von ca. 20 Mio. Euro in den ersten beiden Jahren, sowie Ersatzinvestitionen in der Höhe von ca. 2 Mio. Euro im Jahr 2013. Nähere Angaben, wie sich diese Investitionen auf wesentliche Blöcke aufteilen, wurden nicht gemacht. Die Höhe der Gesamtinvestitionen erscheint im Vergleich mit den anderen Antragstellern und im Vergleich mit dem technischen Konzept glaubwürdig. Die angesetzten Personalkosten erscheinen im Hinblick auf das geplante Konzept nicht unrealistisch.

Das Ergebnis wird ab 2011 positiv dargestellt.

Hinsichtlich der Finanzierung wurde die Finanzkraft der Antragstellerin von den Gutachtern nicht angezweifelt. Die Finanzierung des Vorhabens sollte auch zur Gänze mit eigenen Mitteln möglich sein, und die Weiterführung des Betriebes zumindest finanziell auch dann möglich sein, wenn die Kundenentwicklung anfangs hinter den – bereits im Plan geringen – Erwartungen bleibt.

Von besonderer Bedeutung werden seitens der Amtssachverständigen die Möglichkeit und der Wille gesehen, die geplanten Investitionen und die Anlaufverluste auch über einen längeren als geplanten Zeitraum zu finanzieren.

Die Finanzlage wurde von den wirtschaftlichen Amtssachverständigen sowohl im Hinblick auf die Einbettung in den Konzern der Deutschen Telekom AG (zum Zeitpunkt der Antragstellung und der Erstellung des Gutachtens) als auch im Hinblick auf den neuen Eigentümer TDF (Télédiffusion de France) als positiv dargestellt.

Im Rahmen des Gutachtens wurde angemerkt, dass eine Patronatserklärung oder ähnliche Unterlagen vom neuen Eigentümer nicht beigebracht wurden, sodass nicht abschließend beurteilt werden konnte, inwieweit das verfahrensgegenständliche Projekt auch mit entsprechendem Rückhalt des neuen Eigentümers fortgeführt wird. Der Abschluss der Verkaufstransaktion an die TDF erfolgte nach Erstellung des Gutachtens. In der Folge hat die Antragstellerin eine Erklärung der TDF SAS vorgelegt, nach der TDF die verfahrensgegenständliche Antragstellung der MEDIA BROADCAST GmbH sowie die im Antrag dargestellte Planung vollinhaltlich unterstütze; Österreich werde als einer der wichtigen Märkte für Mobile TV in Europa angesehen und man sei optimistisch, dass eine

Zulassungserteilung an die MEDIA BROADCAST GmbH zu einer erfolgreichen Marktentwicklung führen werde.

Diese Erklärung wurde von den Amtssachverständigen als ausreichend erachtet. Zweifel an der Nachhaltigkeit des Engagements können – entgegen der Meinung der Mobile TV Infrastruktur GmbH in ihrem Schriftsatz vom 19.02.2008 – angesichts des Umfangs der eigenen Aktivitäten der TDF nicht allein auf der Tatsache gründen, dass es sich bei ihren Haupteigentümern um Finanzinvestoren handelt.

Mobile TV Infrastruktur GmbH

Antragsteller, Eigentümerstruktur

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH ist eine im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien unter FN 303123w eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien. Sie wurde mit Gesellschaftsvertrag (Notariatsakt) vom 28.11.2007 von den ursprünglichen Gesellschaftern gegründet und am 11.12.2007 zum Firmenbuch angemeldet. Der verfahrensgegenständliche Zulassungsantrag erfolgte als GmbH in Gründung am 14.12.2007, die Firmenbucheintragung erfolgte am 15.12.2007. Das Stammkapital in der Höhe von 35 000 Euro ist zur Gänze einbezahlt.

Die aktuelle Gesellschafterstruktur stellt sich folgendermaßen dar:

Unmittelbare Gesellschafter		Zwischengesellschaften (jeweils 100%-Eigentümer)	Ultimate Owner	
21,25%	Teletel Verwaltungs- gesellschaft mbH	Telefonbuch-Verlag Hans Müller GmbH & Co KG	76 %	Günter Oschmann
			12%	Constanze Oschmann- Lauchstedt
			12%	Michael Oschmann
21,25%	Online Media Computer- dienstleistung GmbH & Co KG	TELEPORT Consulting und Systemmanagement Gesellschaft m.b.H.; EAR Beteiligungs GmbH	100%	EAR Privatstiftung
21,25%	BV Beteiligungs- verwaltungs GmbH	Styria Medien AG	98,33 %	Katholischer Medien Verein Privatstiftung
			1,67%	Katholischer Medien Verein
21,25%	Moser Holding Aktiengesellschaft	JS Moser Medienholding GmbH; JS Moser Medien-Treuhand GmbH; Treuhand	je zw. 2,77% und 17,6%	Mitglieder der Familie Moser
5%	Dr. Michael Krüger			
10%	Tillmann Fuchs MBA			

Die dargestellte Eigentümerstruktur der Moser Holding Aktiengesellschaft ist derzeit in Vorbereitung und Umsetzung, eine Veränderung auf der Ultimate Owner Ebene ergibt sich dadurch jedoch nicht.

Fachliche, technische und organisatorische Qualifikationen und Vorkehrungen

Bei den vier Hauptgesellschaftern der Mobile TV Infrastruktur GmbH bzw. deren Eigentümern handelt es sich durchwegs um große Mediengruppen bzw. -unternehmen. Zum Teil werden oder wurden in deren Konzernen auch komplexe technische Infrastrukturen betrieben.

Haupttätigkeitsbereich des Telefonbuch-Verlags Hans Müller (Eigentümer der Teletel Verlagsgesellschaft mbH) ist seit Jahrzehnten die Herausgabe der wichtigsten Telefonbücher und Branchenverzeichnisse in Deutschland, die Mitglieder der Familie Oschmann sind weiters an Anzeigenblättern in Bayern beteiligt. Tochterunternehmen sind weiters an regionalen privaten Rundfunkveranstaltern in Deutschland und Österreich beteiligt.

Die Online Media Computer Dienstleistungs GmbH & Co KG betreibt eine Reihe von Onlineportalen. Sie ist Teil des Konzerns der EAR BeteiligungsgmbH (Vorarlberger Medienhaus), deren Aktivitäten die Bereiche Printmedien, Druckerei, Zeitungsvertrieb, Internetprovider, Onlineportale, Festnetztelefonie, Buchhandel und Beteiligungen an jungen wachstumsstarken Internetunternehmen sowie an privaten Rundfunkveranstaltern umfasst. Die gesamte Medienhaus-Gruppe umfasst insgesamt über 55 Zeitungen, zahlreiche Internetportale und Radiosender in Österreich, Ungarn und Rumänien sowie den deutschen Quoka-Verlag, Marktführer im Kleinanzeigenmarkt in Deutschland. Insbesondere durch die Aktivitäten des Unternehmens „High Speed“ konnten tiefgreifende Erkenntnisse für die Planung und den späteren Betrieb eines Infrastrukturunternehmens im Bereich der Funksignalversorgung gewonnen werden.

Die Styria Medien AG als Muttergesellschaft der BV BeteiligungsverwaltungsgmbH ist ein Medienkonzern mit insgesamt 2800 Mitarbeitern und einem Umsatz im Jahr 2006 von 468 Millionen Euro. Zur Styria gehören unter anderem acht Tages- und 16 Wochenzeitungen, 20 Magazine, 16 Kundenmagazine, 14 regionale Wochenmagazine, 28 Magazine in Kroatien, Slowenien und Serbien, zwei Supplements, 14 Onlinedienste, zwei Radio- und drei TV-Sender sowie acht Buchverlage.

Die Moser Holding Aktiengesellschaft erwirtschaftete im Jahr 2006 einen konsolidierten Umsatz von rund 126 Millionen Euro. Im Konzern werden unter anderem die Tiroler Tageszeitung, die Tageszeitung Die Neue und der Tiroler Anzeiger herausgegeben. Weitere Beteiligungen im Printsektor betreffen die Bezirksblätter, die Tiroler Woche, Tele, die Tirolerin, West, Weekend Tirol und 6020. Im Bereich der elektronischen Medien betreibt die Moser Holding den Radiosender Life Radio Tirol. Im Telekommunikationsbereich war das Unternehmen mit der mittlerweile veräußerten „Telesystem Tirol“, einem regionalen Kabelnetzbetreiber, tätig. Dabei wurde die gesamte Palette eines modernen Infrastrukturunternehmens weiter entwickelt: vom Betrieb von Downlinks über die Einspeisung von Regionalprogrammen, die Bereitstellung von Glasfaseranbindungen bis hin zur Versorgung von Kopfstellen mit Richtfunk reichte das Spektrum der technischen Tätigkeiten. Trotz schwieriger klimatischer Bedingungen insbesondere im Winter konnte das Unternehmen etwa 100 000 angeschlossene Haushalte mit hoher Ausfallsicherheit versorgen. Die Moser Holding ist weiters im Bereich neue Medien mit dem Internetportal Tirol Online vertreten, weiters ist sie auf dem Logistik- und Zustellsektor tätig.

Die weiteren Gesellschafter, Dr. Michael Krüger und der Geschäftsführer Tillmann Fuchs, verfügen über eine langjährige Erfahrung im Bereich Medienrecht bzw. aus der Tätigkeit an führenden Positionen im Bereich privater Rundfunkveranstalter. Als Geschäftsführer der ATV Privatfernseh-GmbH war Tillmann Fuchs auch für die Verhandlung und Abwicklung der technischen Verbreitung des Programms verantwortlich. Seit April 2007 ist Herr Fuchs im Bereich der Telekommunikation im neu gegründeten Unternehmen „Tellmore Telefondienstleistungen GmbH“ tätig. Dieses Unternehmen bietet verschiedene

netzübergreifende Nischenprodukte für mobile Telefonie an. Prokurist der Antragstellerin ist Christian Jelinek, der ebenfalls über eine langjährige Erfahrung im Bereich der Medien- und Kommunikationsbranche verfügt. Er leitet derzeit die Abteilung für Unternehmenskommunikation der Online Media Computerdienstleistungs GmbH & Co KG.

Hinsichtlich der technischen Fachkunde im laufenden Betrieb hat die Antragstellerin angegeben, dass als technischer Leiter Herr Mag. Walther Steinhuber vorgesehen ist, der derzeit bei der Moser Holding AG das Geschäftsfeld Digital Media leitet. Als früherer Geschäftsführer der Telesystem Tirol war er für Technik und Administration verantwortlich. In dieser Eigenschaft baute Mag. Steinhuber eine digitale Kabel-TV-Plattform unter Einbindung eines Zugangsberechtigungssystems auf. Als stellvertretender technischer Leiter ist Herr Ing. Peter Rädler vorgesehen, er ist derzeit Prokurist der zum Vorarlberger Medienhaus gehörenden Teleport Consulting und System Management GmbH. Unter seiner Verantwortung wurden in Vorarlberg ein flächendeckendes W-LAN-Netz mit 170 Sendestationen sowie im Jahr 2005 ein flächendeckendes WIMAX-Netz aufgebaut und in Betrieb genommen. Weitere technische Mitarbeiter werden von den beiden Herren teilweise extern, teilweise aus Konzerngesellschaften der Gesellschafter der Antragstellerin rekrutiert. In der Aufbauphase steht der technischen Abteilung Karl Matuschka als technischer Konsulent zur Verfügung, der auch das technische Konzept des Antrags konzipiert hat. Herr Matuschka war viele Jahre in mehreren Positionen in der Technik des ORF tätig, zuletzt als Leiter technischer Betrieb Landesstudio Salzburg sowie als technischer Direktor des Gesamtunternehmens. Weiters war er als technischer Berater und technischer Direktor für mehrere Privatrundfunkveranstalter in Deutschland und Österreich tätig. Derzeit ist er als Konsulent im Rahmen der Enterprise Consulting und Services Medien Beratung GmbH sowie der Little Hollywood Film- und TV ProduktionsgmbH in technischen Fragen des Aufbaus und Betriebs von Fernsehsendern inklusive der Ausstrahlung der Programme tätig.

In organisatorischer Hinsicht ist geplant, eine schlanke Struktur mit 14 Mitarbeitern auf einer Betriebsfläche von etwa 150 m² im Großraum Wien aufzubauen. Neben dem Geschäftsführer, dem Prokuristen und dem technischen Leiter sind zwei Mitarbeiter in der Verwaltung, fünf Mitarbeiter im technischen Betrieb sowie zwei Mitarbeiter im „Ingesting“ vorgesehen. Gemäß den Angaben im Antrag hat das Konzept der Mobile TV Infrastruktur GmbH vorgesehen, das Multiplex-Center, also die technischen Anlagen zur Bündelung der Programme, selbst aufzubauen und zu betreiben. Der dort zusammengefügte Datenstrom sollte dann via Glasfaserverbindung zur Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG (ORS) angeliefert werden. Für die Verbreitung des Signals plant die Mobile TV Infrastruktur GmbH, sich des Leitungs- und Sendernetzes der ORS zu bedienen. Bis zum Antragsfristenende im gegenständlichen Verfahren haben jedoch keine nachgewiesenen Gespräche mit der ORS über diese Dienstleistung stattgefunden.

In der mündlichen Verhandlung vom 12.02.2008 hat die Mobile TV Infrastruktur GmbH ein Angebot der ORS vom 11.02.2008 über die Realisierung maßgeblicher Teile des technischen Konzeptes der Antragstellerin vorgelegt. Dieses Angebot umfasst neben der Realisierung der Teile „Sendernetz und Versorgung“ sowie „Infrastruktur Übertragswege“ auch den Aufbau und Betrieb der „Infrastruktur Multiplexcenter“.

Funknetzplanung, Roll-Out

Im Rahmen des Antrags hat die Mobile TV Infrastruktur GmbH lediglich Angaben zur so genannten „Phase 1“ des Roll-Outs gemacht. Diese umfasst 19 Sendeanlagen der ORS. Angaben zum Zeitplan oder Zeitpunkt, an welchem die entsprechende Versorgung hergestellt werden soll, werden im Antrag nicht gemacht. Weitens enthält der Antrag ausführliche Darstellungen der Versorgung für die 19 Sendeanlagen (sowie vier kombinierte Darstellungen für je zwei sich überlappende versorgte Gebiete), die jeweils graphische Darstellungen und Verzeichnisse versorgter Ortschaften enthalten.

Im Rahmen der Befunderhebung durch den technischen Amtssachverständigen (insbesondere einer Besprechung mit Vertretern der Antragstellerin am 21.01.2008) wurden weiters die nachfolgend dargestellten Angaben zu den Phasen 2 und 3 ergänzt, sowie die zeitliche Planung des Roll-Outs erstmals dargestellt.

Die derzeitige Planung der Mobile TV Infrastruktur GmbH umfasst die Sendeanlagen der Phase 1 und Phase 2. Im Falle der Erteilung der Zulassung sollen sogleich die Planungsarbeiten der Phase 3 zur Verdichtung des Sendernetzes und zur Erhöhung des Versorgungsgrades aufgenommen werden.

In Phase 1 (19 Sendeanlagen) sollen im Wesentlichen die Großsenderanlagen der ORS genutzt werden. Hier soll es, außer im Fall von Stützsendern wie Wien/Himmelhof oder Tirol/Seegrube kaum Regionen geben, die einander (stark) überschneiden (Ausnahme: Salzburg/Gaisberg und Salzburg/Zinkenkogel). Die Phase 1 soll unmittelbar nach Rechtswirksamkeit der Zulassung beginnen und Ende 2008 abgeschlossen sein. Bis zum Start der Fußball-Europameisterschaft sollen, zumindest im Probetrieb, in allen Landeshauptstädten erste Senderstandorte in Betrieb gehen.

In Phase 1 sollen insgesamt 55,85 % der Bevölkerung mit terrestrischen DVB-H Signalen versorgt werden. (Im Antrag wird angegeben, dass für die Versorgungsberechnungen eine Ortswahrscheinlichkeit von 70 % angenommen wurde. Damit entsprechen die angegebenen Versorgungsgrade dem Maßstab des § 5 Abs. 2 Z 1 MUX-AG-V 2007.)

Abhängig vom wirtschaftlichen Erfolg sollen in Phase 2 weitere ORS-Standorte zur Verdichtung der Versorgung aufgebaut werden. Diese Phase soll im ersten Quartal des Jahres 2009 starten und Ende 2009 abgeschlossen sein. Durch diesen weiteren Ausbau mit geplanten 20 Sendestandorten wird eine Steigerung der technischen Reichweite um ca. 5,5 % (insgesamt 61,35 %) erwartet.

Der darüber hinausgehende Ausbau des DVB-H Netzwerkes zur weiteren Steigerung der technischen Reichweite erscheint der Antragstellerin mit den bestehenden Standorten der ORS nicht zielführend. Er soll daher in enger Kooperation mit einem oder mehreren Mobilfunkbetreibern geplant werden. Der Ausbau des Netzes in Phase 3 soll im Jahr 2010 erfolgen. Als wirtschaftlich realisierbarer Ausbau des DVB-H Netzes erscheint der Antragstellerin derzeit eine technische Reichweite von 75 % der Gesamtbevölkerung.

Betreffend die eingesetzten Frequenzen gibt die Antragstellerin an, dass bei der Planung der Versorgung auf die im Digitalisierungskonzept 2007 angegebenen Allotment-Gebiete für Österreich Bedacht genommen werden soll.

Erstmals im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 12.02.2008 hat die Mobile TV Infrastruktur GmbH eine Aufstellung für den vorgezogenen Aufbau von Sendeanlagen zu Fußball-Europameisterschaft vorgelegt. Diese „Phase EM“ umfasst zehn Sendeanlagen der ORS in allen Bundesländern (alle Landeshauptstädte) und soll eine Versorgung von 45,83 % der Bevölkerung sicherstellen.

Zugleich hat die Antragstellerin ein Angebot der ORS vom 11.02.2008 vorgelegt, das *„unter dem Vorbehalt einer vertraglichen Einigung über übliche Vertragsinhalte (Haftung, Bankgarantie etc)“* und im Fall einer vertraglichen Einigung und verbindlichen Bestätigung des Angebots bis spätestens 29.02.2008 *„die Versorgung jedenfalls über die Sendestandorte der ORS nahe den UEFA Euro 2008 Spielstätten bis zum 01.06.2008“* zusichert.

Mit Schreiben vom 19.02.2008 legte die Antragstellerin ein modifiziertes Angebot der ORS vom 18.02.2008 vor, in dem nunmehr die zehn Sender in allen Landeshauptstädten (im Angebot als „Phase 1“, in den beigelegten Unterlagen aber – wie hier – als „Phase EM“ bezeichnet) bis zum 31.05.2008 (somit vor dem Beginn der Fußball-Europameisterschaft) realisiert werden sollen. Neun weitere Sender (im Angebot als „Phase 2“, in den beigelegten

Unterlagen aber – wie hier – als „Phase 1“ bezeichnet) sollen bis Ende 2008 in Betrieb genommen werden.

Dazu hat die Antragstellerin auch neu berechnete Angaben zu Versorgungsgraden in unterschiedlichen Ausbaustufen nach unterschiedlichen Maßstäben vorgelegt, die insbesondere auf einer im Vergleich zum ursprünglichen Antrag deutlichen höheren Sendeleistung der einzelnen Sendeanlagen beruhen.

Grundsätzlich ist das vorliegende Konzept der drei Phasen beim Aufbau der digitalen terrestrischen Versorgung plausibel und kann technisch realisiert werden.

Das Konzept geht von einer sehr engen Zusammenarbeit in Phase 1 und 2 mit der ORS aus. Konkrete Realisierungsplanungen gemeinsam mit der ORS hatten bis zur Erstellung des Gutachtens noch nicht stattgefunden.

Für die geplanten Sendeanlagen liegt eine gute Frequenzplanung vor. Diese spiegelt eine frequenzeffiziente Nutzung des zur Verfügung stehenden Rundfunkspektrums wider.

Playout-Center und Programmzubringung

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH gibt an, dass sie die Einrichtung des Playout-Centers (Multiplex-Center) „im Raum Wien“ plant. Die Zubringung der Programme zur Playout-Center erfolgt auf Kosten der Rundfunkveranstalter.

Zur Infrastruktur der Übertragungswege (Zubringung zu den Sendeeinrichtungen und die Sendeeinrichtungen selbst) wird angegeben, dass hierzu die komplette Infrastruktur der ORS für die Phase 1 (Richtfunk, L-Net, etc.) genutzt werden soll. Die Zubringung der Signale zu den terrestrischen DVB-H Sendestandorten soll ab Phase 2 und den weiteren Ausbaustufen über Satellit erfolgen. Als Standort für den Satelliten-Uplink soll Wien vorgesehen werden.

Durch die leitungsgebundene und satellitengestützte Programmzubringung für alle geplanten Senderstandorte unter Verzicht auf eine Zubringung durch Ballempfang kann ein frequenzeffizientes Gleichwellennetz realisiert werden, das in jedem (Allotment-)Gebiet jeweils nur eine Frequenz nutzt.

Technische Standards, Verfahren und Parameter, Qualitative Systemtechnik

Der Antrag der Mobile TV Infrastruktur geht implizit von der Nutzung des DVB-H Standards aus. Explizite Angaben zu eingesetzten Standards werden hinsichtlich der Zugangsberechtigungssysteme gemacht (siehe weiter unten).

Die Antragstellerin gibt in ihrem Antrag folgende Systemparameter an, die sie beim Aufbau eines DVB-H Sendernetzes verwenden möchte:

Anzahl der Träger:	4k
Modulation der Träger:	16-QAM
Code Rate:	1/2
Guard Interval:	1/4
MPE-FEC:	3/4

Weiters gibt sie an, dass bei Einsatz einer QPSK-Übertragung (anstelle des 16-QAM-Verfahrens) die Situation hinsichtlich der verfügbaren Datenrate neu zu bewerten sei.

Für die Versorgungsberechnungen hat die Antragstellerin eine Ortswahrscheinlichkeit von 70 % angenommen, weiters wurde für eine Portable – Outdoor Versorgung ein Location Correction Factor von 3 dB und eine Implementation Margin von ebenfalls 3 dB berücksichtigt.

Die Antragstellerin gibt zur Portable – Indoor Versorgung weiter an, dass die notwendigen Werte für eine „zufrieden stellende“ Versorgung für Portable – Indoor wegen der hohen Dämpfungen ihres Erachtens nur mit extrem hohen Sendeleistungen und/oder einem sehr dichten Sendernetzwerk erreichbar sei, weshalb von weiteren Untersuchungen zur derzeitigen Realisierung von Portable Indoor Versorgung Abstand genommen werde.

Im Vergleich zu den Mindestwerten der ETSI Referenz wurde die Mindestfeldstärke durch die Antragstellerin nur geringfügig erhöht, wodurch sich die Versorgungsqualität (bezogen auf 70 % Ortswahrscheinlichkeit) am unteren Limit orientiert. Bemerkenswert ist – im Vergleich zu anderen Antragstellern – die Verwendung der Modulation „16-QAM“ mit der gewählten Trägeranzahl von 4k. Die gewählte Trägeranzahl von 4k in Verbindung mit einem Guard Interval von 1/4 führt dazu, dass die Sendestandorte in einem Gleichwellennetz grundsätzlich maximal ca. 33 km von einander entfernt liegen können, ohne störende Eigeninterferenzen zu erzeugen. Teilweise liegen die von der Antragstellerin für die jeweiligen Gleichwellennetze vorgesehenen Standorte weiter voneinander entfernt. Diese Problematik hängt von der – im gegenständlichen Verfahren nicht näher zu prüfenden – konkreten Umsetzung der einzelnen Sendestandorte und ihrer Parameter ab; ihr kann darüber hinaus grundsätzlich in verschiedener Art und Weise (etwa durch konkrete Wahl bestimmter weiterer Parameter) abgeholfen werden, wobei stets die weiteren Auswirkungen (insbesondere auf die Versorgung) zu prüfen wären.

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH hat auf die diesbezüglichen, im Gutachten und in der mündlichen Verhandlung getroffenen Feststellungen des technischen Amtssachverständigen in der Stellungnahme vom 19.02.2008 erwidert, dass der 4k-Modus gewählt wurde, weil er in der diesbezüglichen technischen Dokumentation des DVB-H-Standards als besonders geeignet dargestellt wird. Sollten die vom Gutachter vermuteten Eigeninterferenzen auftreten, wäre ein Wechsel auf den 8k-Modus jedoch jederzeit möglich, woraus sich ein unproblematischer maximaler Senderabstand von ca. 67 km ergeben würde.

Die Antragstellerin erklärt, dass mobiles TV auf Handys mit kleinen bis sehr kleinen Bildschirmdiagonalen verfügbar sein soll, daher erscheint für das Bild eine CIF-Auflösung von 352 x 288 Pixel (Hälfte des „Original“-CIF) ausreichend, wofür pro TV-Programm eine mittlere Datenrate von ca. 250 kbps vorzusehen ist. Reine Audiosignale (z.B. Radioprogramme) sollen entsprechend weniger Datenrate benötigen, sodass in der Datenrate von ca. 250 kbps voraussichtlich drei Hörfunkkanäle übertragen werden können. Zusätzlich sollen ESG-Daten (Electronic Service Guide) eingefügt werden.

Um eine ausreichende Übertragungsqualität sowie Nichtdiskriminierung der Programmaggregate und der übertragenen Programme und Zusatzdienste sicherzustellen, sollen die ankommenden Signale im Multiplex-Center einem „statistischen Multiplexer“ zugeführt werden.

Aus dem gewählten Übertragungsmodus resultiert eine Bruttodatenrate von 9,95 Mbps.

Die Antragstellerin hat keine Angaben dazu gemacht, welche Nettodatenrate (durch Abzug der für die DVB-H-Implementierung notwendigen Daten) sich aus dieser DVB-T/H-Bruttodatenrate ergibt.

Die vom Amtssachverständigen errechnete Zwischengröße „Datenrate MPE-FEC“ zur Abschätzung (obere Grenze) für die erreichbare Nettodatenrate für DVB-H bei den von der Antragstellerin gewählten Parametern liegt für die Mobile TV Infrastruktur GmbH bei 7,46 Mbps. Der im Vergleich zur MEDIA BROADCAST GmbH (dort 5,53 Mbps) höhere Wert ergibt sich insbesondere durch den Einsatz der weniger robusten Modulation 16-QAM im Vergleich zu QPSK, die grundsätzlich einen höheren Aufwand (etwa an Sendeleistung) für die Erreichung eines bestimmten Versorgungsgrades bedingt. Dieser Unterschied ist jedoch

bei der Berechnung der Versorgungsgrade bereits berücksichtigt, sodass diese insofern vergleichbar bleiben.

Für ein TV Programm veranschlagt die Mobile TV Infrastruktur GmbH eine Datenrate von 250 kbps, für ein reines Audiosignal (Hörfunkprogramm) werden ca. 80 kbps angenommen. Die geplante Anzahl von 14 TV Programmen und drei Hörfunkprogrammen führt zu einer gesamten erforderlichen Nettodatenrate von ca. 3,74 Mbps.

Der Vergleich der erforderlichen Nettodatenrate zum Wert „Datenrate MPE-FEC“ von 7,46 Mbps lässt erkennen, dass die zur Verfügung stehende Datenrate nur zu ca. 50 % belegt wird. Offenbar bleiben ca. 50 % der zur Verfügung stehenden Datenrate ungenutzt. Bei dieser Betrachtung bleiben zwar weitere systembedingte Verluste bei der Ermittlung der Nettodatenrate unberücksichtigt, jedoch sind diese lediglich in einer Größenordnung von ca. 15 % anzunehmen.

Die Antragstellerin hat auf diese im technischen Gutachten vom Amtssachverständigen getroffenen Feststellungen in der Stellungnahme vom 19.02.2008 erwidert, dass die Konzepte der anderen Antragsteller für den Fall einer späteren Kapazitätserweiterung (mehr Programme durch höhere Datenrate) eine Änderung von Modulationsparametern (verbunden mit Netzverdichtungsmaßnahmen) vorsehen. Das Konzept der Mobile TV Infrastruktur GmbH enthalte demgegenüber bereits von vornherein genügend „Headroom“ für eine spätere Kapazitätserweiterung. Darüber hinaus werde die Modulation 16-QAM in der technischen Dokumentation des DVB-H-Standards für mobilen Empfang empfohlen. Sollte die Behörde die Verwendung von 16-QAM als nachteilig erachten, sei es leicht möglich auf QPSK (unter Änderung der Coderate auf 2/3) umzustellen, was die verfügbare Datenrate entsprechend verringert (Bruttodatenrate von 9,95 auf 6,64 Mbps).

Zugangsberechtigungssysteme, Verschlüsselung

Im Antrag hat die Mobile TV Infrastruktur GmbH beispielhaft verschiedene Verfahren zur Verschlüsselung sowie zur Zugangssteuerung aufgelistet. Demnach könnten etwa IPsec (IP Security), ISMACryp, SRTP (Secure Real Time Transport Protocol) oder NAGRA zur Anwendung kommen. Das zur Anwendung kommende Verfahren soll noch mit den teilnehmenden Mobilfunk-Betreibern geklärt werden.

Der entsprechende Datenserver zur Pflege der Kundendaten, des Billings und der Freischaltungen soll jedenfalls beim jeweiligen Mobilfunkbetreiber stehen. Über Datenleitungen sollen die Freischaltdaten zum Multiplex-Center gelangen.

Zur Sicherstellung der einwandfreien Decodierung der grundverschlüsselten DVB-H Signale bei den Kunden möglichst aller Mobilfunkanbieter soll jedenfalls Simulcrypt angeboten werden. Grundsätzlich gibt die Antragstellerin an, dass in allen technischen Belangen mit allen interessierten Mobilfunkbetreibern kooperiert werden soll.

Im Rahmen der Befunderhebung durch den technischen Amtssachverständigen (insbesondere einer Besprechung mit Vertretern der Antragstellerin am 21.01.2008) wurden die geplanten Verschlüsselungssysteme konkretisiert.

Die Antragstellerin gibt an, dass nach bekannten Wünschen der Mobilfunkbetreiber in Österreich ohnehin nur drei (Quasi-) Standards, nämlich Conditional Access (CA), OMA BCAST Digital Rights Management (DRM) und OMA BCAST Smartcard Profile (SCP) verwendet werden sollen. Das letztere sei noch nicht vollständig spezifiziert. Es wird daher geplant, zu Beginn OMA BCAST DRM einzusetzen, weil es nach der endgültigen Spezifizierung einfach durch OMA BCAST SCP ergänzt oder durch dieses abgelöst werden kann.

Für die Einbindung von „unconnected devices“ wird als eine Möglichkeit für entsprechende Freischaltung und Entschlüsselung OpenCA mit Forward Link Only (FLO) genannt. Damit sollen „unconnected devices“ der verschiedenen Hersteller mit unterschiedlichen proprietären Clients via DVB Simulcrypt gegen Gebühr freigeschaltet werden. Hierbei soll die Freischaltung über den Rundfunkkanal erfolgen. Die Abrechnung der User soll durch Anmeldung über Telefon, Handy, SMS oder Internet erfolgen. Besitzt das „unconnected device“ einen Kartenslot, so soll der User auch mittels so genannter „Prepaid-Token“ sein Guthaben auch als Pay-per-View verbrauchen und die Karte bei Bedarf, z.B. über das Internet, wieder aufladen können.
Zukünftig soll als Verschlüsselungssystem OMA BCAST SCP verwendet werden.

Die Verschlüsselung mittels Simulcrypt-Methoden macht eine mehrfache Ausstrahlung der Inhalte (zum Zwecke des Einsatzes unterschiedlicher Verschlüsselungssysteme) entbehrlich, da für die unterschiedlichen Systeme lediglich unterschiedliche Schlüssel übertragen werden müssen, während die Inhalte einheitlich verschlüsselt gesendet werden können. Der favorisierte Verschlüsselungsstandard OMA BCAST Smartcard Profile gewährleistet eine entsprechende Interoperabilität zwischen den Endgeräten verschiedener Hersteller. Die vorgesehenen Möglichkeiten zur Einbindung von „unconnected devices“ erlauben eine nichtdiskriminierende Einbindung aller Endgerätehersteller und Diensteanbieter.

Programmaggregatoren

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH (damals in Gründung) hat am 03.12.2007 über den Verteiler der Digitalen Plattform Austria bekannt gemacht, dass sie eine Antragstellung im gegenständlichen Verfahren beabsichtigt. Dabei hat sie interessierte Programmaggregatoren und Rundfunkveranstalter zur Interessensbekundung an einer Kooperation aufgerufen.

Am 30.11.2007 hat sie weiters die Mobilfunkbetreiber mobilkom austria Aktiengesellschaft, T-Mobile Austria AG (richtig: GmbH), ONE GmbH und Hutchison 3G Austria GmbH direkt angeschrieben und um die Abgabe von Interessensbekundungen an einer Kooperation als Programmaggregator gebeten. Zumindest bis zum Ende der Antragsfrist im gegenständlichen Verfahren gab es dazu offenbar keinen weiteren Kontakt.

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH („MUX D – Betreiber“) hat am 13.12.2007 eine Vereinbarung mit der Little Hollywood Film und TV ProduktionsGmbH („Programmaggregator“) abgeschlossen, deren Wortlaut im Folgenden auszugsweise wiedergegeben wird:

„(...)

§ 2. Vertragsgegenstand

Der MUX D – Betreiber wird sich um die Zulassung zur Errichtung und zum Betrieb einer bundesweiten Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk (MUX D) auf Grund der Ausschreibung der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) zur Geschäftszahl KOA 4.250/07-002 vom 12.09.2007 bewerben.

Der Programmaggregator fasst im Auftrag des MUX D – Betreibers Rundfunkprogramme und Zusatzdienste zu Programmpaketen (Basispaket und Premiumpaket) zusammen und besorgt den Vertrieb an Endkunden. Beide Vertragsparteien haben bei der Umsetzung dieses Vertrages die einschlägigen Bestimmungen des PrTV-G anzuwenden. Die Bündelung und Verbreitung der digitalen Programme und Zusatzdienste erfolgt durch den MUX D – Betreiber. Die Rundfunkveranstalter sind Vertragspartner des Programmaggregators.

Dem Programmaggregator sind die Bewerbungsunterlagen des MUX D – Betreibers vollinhaltlich bekannt. In Vorbereitung der Bewerbung und als Vorleistung zu diesem Vertrag wurden vom Programmaggregator das Basispaket und das Premiumpaket zusammengestellt.

§ 3. Basispaket und Premiumpaket

Dem Programmaggregator wurde vom MUX D – Betreiber die Auflage erteilt, im Basispaket unter den Anbietern von Rundfunkprogrammen und Zusatzdiensten eine faire, gleichberechtigte, nicht diskriminierende und auf Meinungsvielfalt sowie primär Österreich- und sekundär Europabezug Bedacht nehmende Programmbelegung zu gewährleisten.

Ausgehend von dieser Prämisse wurde vom Programmaggregator ein Basismodell der nachstehenden Programme zusammengestellt, das dem Endkunden für derzeit Euro 6,90 (inkl. MwSt.) angeboten wird:

- ORF1
- ORF2
- ATV
- PULS 4
- Austria 9
- RTL
- GOTV
- PRO 7
- SAT 1
- ARTE

Das Basismodell muss von den Zugangsberechtigten unabhängig davon, mit welchem Programmaggregator eine Vereinbarung besteht, empfangen werden können.

Alle im Basispaket enthaltenen Programme sind in ihrer optischen Gestaltung, Auffindbarkeit und Übersichtlichkeit gleichberechtigt anzubieten. Ein unmittelbares Einschalten der einzelnen Programme und allfälliger Zusatzdienste ist zu gewährleisten. Soweit Programme von Rundfunkveranstaltern des Basispakets nicht aus rechtlichen Gründen übernommen werden müssen („Must Carry“), steht es diesen Rundfunkveranstaltern frei, ihre Programme durch Programminhalte, die für mobilen terrestrischen Rundfunk eigens konfektioniert werden, zu teilweise oder gänzlich zu ersetzen.

Das Premiumpaket, das dem Endkunden für derzeit Euro 9,90 (inkl. MwSt.) angeboten wird und das das Basispaket bereits beinhaltet, enthält nach dem Belegungsvorschlag des Programmaggregators zusätzlich folgende Programme:

- EURONEWS
- EROTIK 1
- EUROSPORT
- HÖRFUNKPROGRAMME A, B und C
- MTV

Den Veranstaltern dieser Programme sind jederzeit berechtigt, ihre Programme durch Programminhalte, die für mobilen terrestrischen Rundfunk eigens konfektioniert werden, zu teilweise oder gänzlich zu ersetzen.

Die zur Verfügung stehende Datenrate soll zu 60 % auf das Basispaket und zu 40 % auf das Premiumpaket aufgeteilt werden. Die Datenraten sind in den jeweiligen Paketen anteilig aufzuteilen.

Die Zusammenstellung des Premiumpakets kann sich noch ändern. Auch in diesem Fall ist eine faire, gleichberechtigte, nicht diskriminierende und auf Meinungsvielfalt sowie primär Österreich- und sekundär Europabezug Bedacht nehmende Programmbelegung zu gewährleisten. Für die Auswahl der Hörfunkprogramme des Premiumpakets gelten diese Grundsätze sinngemäß. Dasselbe gilt für den Fall, dass Rundfunkveranstalter des Basispakets aus welchen Gründen auch immer, die Programmbelegung nicht für sich in Anspruch nehmen oder aus ihr ausscheiden.

Der Programmaggregator ist berechtigt, von den Rundfunkveranstaltern beider Programmpakete für die Einspeisung und Ausstrahlung der Programme ein Entgelt von € 250.000 pro Jahr und Kanal einzuheben. Die Signalzubringung zur Multiplexplattform erfolgt auf Kosten der Rundfunkveranstalter.

§ 5. [richtig offenbar: § 4] Beschränkungen des MUX D – Betreibers

Der MUX D – Betreiber ist selbst weder Rundfunkveranstalter noch Programmaggregator.

Er verpflichtet sich auch, es zu unterlassen, einen elektronischen Programmführer der MUX D Plattform inhaltlich zu gestalten. Dem MUX D – Betreiber stehen bei der Programmbelegung keine direkten oder indirekten Zustimmungs- oder Einflussrechte (Weisungs-, Widerspruchsrechte udgl) zu. Diese beiden Verpflichtungen wird der MUX D – Betreiber seinen mit ihm im Sinn von § 11 Abs 6 PrTV-G verbundenen Gesellschaftern überbinden.

§ 5. Entgelt

Der Programmaggregator leistet dem MUX D – Betreiber für die Bündelung und Verbreitung der digitalen Programme und Zusatzdienste ein von der Anzahl der Endkunden abhängiges Entgelt pro Subscriber nach Jahren gestaffelt, laut unten angeführter Tabelle:

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Basispaket	2,50 €	2,50 €	2,20 €	1,70 €	1,50 €	1,50 €
Premiumpaket	3,00 €	3,00 €	2,80 €	2,30 €	2,00 €	2,00 €

Aus der Differenz zwischen Subscriberfees und der in dieser Tabelle festgelegten Entgelte haben der oder die Programmaggregator(en) seinen/ihren gesamten für die Verbreitung der Programme an den Endkunden entstehenden Aufwand, inklusive etwaiger zusätzlicher Stützungen für Endgeräte, abzudecken.

Das erstmalige Entgelt wird unmittelbar bei Inbetriebnahme vom MUX-D fällig. Für den ersten Betriebsmonat werden unabhängig vom tatsächlichen Nutzerverhalten 160.000 Subscriber angesetzt. Das sich daraus ergebende Entgelt ist am Monatsersten im Voraus zur Zahlung fällig. Das Entgelt für die Folgemonate wird gleichfalls monatlich im Voraus fällig. Im Betriebsjahr 2008 erfolgt eine Akontierung auf Basis von 160.000 angenommenen Subscribern. Im Betriebsjahr 2009 erfolgt eine Akontierung auf Basis von 336.000 angenommenen Subscribern, im Jahr 2010 vom 504.000, im Jahr 2011 von 672.000 und im Jahr 2012 von 924.000 Subscribern. Detailabrechnungen erfolgen jeweils innerhalb des ersten Quartals des jeweiligen Folgejahres. Bei wesentlichen Änderungen des angenommenen Nutzerverhaltens sind die Akonti angemessen anzupassen. Allfällige Überweisungskosten oder Bankspesen gehen zu Lasten des Programmaggregators. Für den Fall des Zahlungsverzuges werden Verzugszinsen in Höhe von 5 % p.a. über dem Basiszinssatz gemäß § 1 Abs 1 1. Euro-JuBeG verrechnet.

§ 6. Öffnungsklausel

Die Vertragsteile gehen davon aus, dass die wesentlichen Inhaber der Mobilfunknetze in Österreich, das sind die Firmen mobilkom austria Aktiengesellschaft, T-Mobile Austria AG, ONE GmbH und Hutchison 3G Austria GmbH nach erfolgter Erteilung der Zulassung an den MUX D – Betreiber daran interessiert sind, als weitere Programmaggregatoren für den MUX-D Betrieb aufzutreten.

Umgekehrt steht dem MUX D – Betreiber zumindest gegenüber den marktbeherrschenden Unternehmen wie mobilkom austria Aktiengesellschaft und T-Mobile Austria AG ein kartellrechtlich verpflichtender Anspruch auf deren Teilnahme als weitere Programmaggregatoren zu angemessenen Vertragsbedingungen zu.

Von einem Beitritt von Betreibern von Mobilfunknetzen als weitere Programmaggregatoren ist daher auszugehen.

Der Programmaggregator nimmt zur Kenntnis, dass den Betreibern von Mobilfunknetzen insbesondere durch Fördermodelle von Endgeräten andere Vertragskonditionen eingeräumt werden können, als diesem selbst.

Die Vertragsteile werden sich um eine die Interessen aller Beteiligten einschließlich jener der Rundfunkveranstalter und Endkunden berücksichtigende Lösung bemühen, die naturgemäß eine Abänderung dieses Vertrages bewirken wird. Für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen kann die Regulierungsbehörde von jeder der Parteien einschließlich der genannten Betreiber von Mobilfunknetzen zur Streitschlichtung angerufen werden.

(...)

§ 11 Anwendung des Gesetzes

Soweit in dieser Vertragsurkunde nichts anderes vereinbart ist, gelten die gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere diejenigen des PrTV-G.

§ 12 Schriftlichkeit, Salvatorische Klausel, Auslegungsgrundsätze

(...) Als Auslegungsregel werden ausdrücklich die für die Bewerbung KOA 4.250/07-002 maßgeblichen einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und sonstigen Normen festgelegt. Der Vertragszweck ist auf die bestmögliche Erfüllung dieser Normen, insbesondere auch der MUX-Auswahlgrundsätzeverordnung 2007, ausgerichtet.

(...)“

Die Antragstellerin hat keine Angaben dazu gemacht, wie die Auswahl der Little Hollywood Film und TV ProduktionsGmbH als Programmaggregator erfolgt ist.

Die Little Hollywood Film und TV ProduktionsGmbH (im Folgenden auch: „Little Hollywood“) ist eine im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien unter FN 240509s eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem vollständig einbezahlten Stammkapital von 35 000 Euro und Sitz in Wien. Sie steht im Alleineigentum von Sonja Matuschka, der Schwester des als technischen Konsulenten für die Antragstellerin vorgesehenen Karl Matuschka.

Die Little Hollywood produziert nach Angaben der Antragstellerin in erster Linie Inhalte für das österreichische Privatfernsehen (namentlich für das Programm der ATV Privatfernseh-GmbH). Dabei werden die täglichen Nachrichtensendungen, Wetterberichte und Moderationen für andere Sendungen produziert, sowie das Personal für die ENG-Teams (Electronic News Gathering, Kamerateams) sowie das gesamte Personal für die Schneideräume bereitgestellt. Weiters werden Kamera-Funkübertragungseinrichtungen im Auftrag anderer Dienstleistungsfirmen für Live-Veranstaltungen und TV-Sendungen betrieben und TV-Aufzeichnungen in Theatern und bei Lesungen hergestellt. Das Personal besteht aus zehn Angestellten, acht ständigen Freien Mitarbeitern und schwankend 30 bis 50 „Freelancern“ (Kleinunternehmern mit eigener Gewerbeberechtigung).

Die Antragstellerin hat ausdrücklich erklärt, dass ihr Konzept auf der Beteiligung der beiden größeren Mobilfunkbetreiber (mobilkom austria Aktiengesellschaft und T-Mobile Austria GmbH) aufbaut. (Dies sieht sie auch als Voraussetzung für das Funktionieren der Konzepte der anderen Antragsteller.) Der Programmaggregatorenvertrag sehe daher auch die Möglichkeit des Eintritts der Mobilfunkbetreiber (gegebenenfalls auf Grund anderer Fördermodelle für Endgeräte zu günstigeren Bedingungen) vor. Die Mobile TV Infrastruktur GmbH geht weiters davon aus, dass ihr ein (im Kartellrecht auf Grund von marktbeherrschender Stellung) wurzelnder Anspruch auf Teilnahme der beiden größeren Mobilfunkbetreiber als Programmaggregatoren zukommt (vgl. § 6 der Vereinbarung).

Am 21.02.2008 legte die Mobile TV Infrastruktur GmbH ein Schreiben der mobilkom austria Aktiengesellschaft vom 11.02.2008 vor, in der diese mitteilt, sie werde *„in Kenntnis des ... Aggregatorenvertrages mit der Firma Little Hollywood Film und TV ProduktionsGmbH vom 13.12.2007 ... im Fall der Zulassungserteilung zugunsten der Mobil TV Infrastruktur GmbH, im Sinne der im Aggregatorenvertrag formulierten Öffnungsklausel (§6 des Vertrages) als weiterer Programmaggregator beitreten.“*

Endkunden, Endgeräte

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH gibt in ihren Antrag an, sie habe der Little Hollywood „marktübliche Konzepte“ zur Förderung der Verbreitung von Endgeräten auferlegt. Dabei sei ihr laut der abgeschlossenen Vereinbarung gestattet, den Vertrieb auch über Dienstleister, insbesondere Mobilfunkbetreiber zu besorgen.

Aus der verwiesenen Vereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Little Hollywood vom 13.12.2007 ergibt sich diesbezüglich lediglich, dass der Programmaggregator seinen Aufwand aus „etwaiger Stützungen für Endgeräte“ aus ihren Endkundeneinnahmen abzudecken hat (§ 5) und dass Mobilfunkbetreibern als Programmaggregatoren „insbesondere durch Fördermodelle von Endgeräten“ abweichende Vertragskonditionen (im Vergleich zur Little Hollywood) eingeräumt werden können (§ 6).

Laut Angaben der Antragstellerin verfügt die Little Hollywood über (nicht näher dargelegte) Spezialkenntnisse hinsichtlich der „unconnected devices“. Die Antragstellerin gibt weiters an, sie habe der Little Hollywood folgende ungefähre Zielpreise für Endgeräte auferlegt:

Jahr	2008	2009	2010	2011	2012
Basisgerät	€350	€290	€190	€100	€50
Gerät der Mittelklasse	€390	€350	€250	€150	€100
Highend-Gerät	€500	€400	€350	€200	€150

Etwaige Kunden-Vertragsbindungen zur Erreichung dieser Zielpreise seien im Ermessen des Programmaggregators. Aus dem dargelegten Geschäftsmodell ergibt sich weiters, dass vom Programmaggregator eine Endgeräteförderung geleistet werden soll.

Die Vereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Little Hollywood sieht vor, dass der „derzeitige“ Endkundenpreis (inkl. Umsatzsteuer) für den Bezug des Basispaketes bei 6,90 Euro, für den Bezug von Basis- und Premiumpaket bei 9,90 Euro (offenbar pro Monat) zu liegen hat.

Weiters gibt die Antragstellerin an, dass sich ihre Gesellschafter (bzw. deren Konzernunternehmen), soweit es sich um Medienunternehmen handelt, beschlossen haben, im Einklang mit den geltenden Redaktionsstatuten dem Thema DVB-H in ihren Medien besonderes Augenmerk zu schenken. Dies soll durch Veröffentlichung der TV-Programme der übertragenen Rundfunkveranstalter, regelmäßige redaktionelle Berichterstattung über die verschiedenen Endgeräte (Vor- und Nachteile), ausführliche Berichterstattung über den Fortschritt der Netzabdeckung und Advertorials (Gewinnspiele, Aktionen, etc.) erfolgen.

Programmbouquet, Rundfunkveranstalter

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH (damals in Gründung) hat am 03.12.2007 über den Verteiler der Digitalen Plattform Austria bekannt gemacht, dass sie eine Antragstellung im gegenständlichen Verfahren beabsichtigt. Dabei hat sie interessierte Programmaggregatoren und Rundfunkveranstalter zur Interessensbekundung an einer Kooperation aufgerufen.

In der Folge hat es keine nachgewiesenen Kontakte zu Rundfunkveranstaltern gegeben, insbesondere wurden keinerlei (Vor-)Vereinbarungen geschlossen.

Die Antragstellerin hat die Little Hollywood als Programmaggregator beauftragt, *„im Basispaket unter den Anbietern von Rundfunkprogrammen und Zusatzdiensten eine faire, gleichberechtigte, nicht diskriminierende und auf Meinungsvielfalt sowie primär Österreich- und sekundär Europabezug Bedacht nehmende Programmebelegung zu gewährleisten“*. Diese Kriterien gelten auch bei einer Änderung des Premiumpaketes, für die Hörfunkprogramme des Premiumpaketes und sofern Rundfunkveranstalter des Basispaketes ihren Platz nicht in Anspruch nehmen (§ 3 der Vereinbarung vom 13.12.2007). Der Antragstellerin selbst kommt kein Einfluss auf die Programmebelegung zu (§ 5 der Vereinbarung).

Auf dieser Grundlage hat die Little Hollywood folgende Programme für das Basispaket ausgewählt: „ORF1, ORF2, ATV, PULS 4, Austria 9, RTL, GOTV, PRO 7, SAT 1, ARTE“. Die Belegung des Premiumpaketes wird folgendermaßen angegeben: „EURONEWS, EROTIK 1, EUROSPORT, HÖRFUNKPROGRAMME A, B und C, MTV“.

Die Rundfunkveranstalter sind – soweit kein Must Carry besteht – berechtigt, ihre jeweiligen Programme durch eigens für den mobilen Empfang konfektionierte Programminhalte ganz oder teilweise zu ersetzen.

Die Antragstellerin geht davon aus, dass die Rundfunkveranstalter der genannten Programme in der Folge Vereinbarungen über die Verbreitung abschließen würden, insbesondere auf Grund des durch die DVB-H-Ausstrahlung erzielbaren Alleinstellungsmerkmals und auf Grund des Geschäftsmodells, das bereits im dritten Jahr mögliche finanzielle Rückflüsse an die Rundfunkveranstalter vorsehe, sodass sich dann eine Kostenneutralität oder sogar Erlöse ergeben würden. Das finanzielle Risiko des Rundfunkveranstalters sei im vorgesehenen Modell begrenzt, für den Erwerb zusätzlich erforderlicher Immaterialgüterrechte sei im Budget der Antragstellerin Vorsorge getroffen. Das Interesse an einer Ausstrahlung in Österreich ergebe sich schließlich daraus, dass die genannten Programme hier bereits über Kabel und Satellit empfangbar sind. Hinsichtlich der nicht spezifizierten Programme des Premiumpaketes (Erotik und Hörfunk) würden seitens der Little Hollywood noch Gespräche geführt.

Finanzielle Planung

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH sieht in ihrem Geschäftsmodell folgende Zahlungsströme (jeweils ohne Umsatzsteuer) vor:

Der Endkunde leistet an den Programmaggregator ein Entgelt für den Empfang des Basispaketes in der Höhe von 5,75 Euro und für das Premiumpaket (inkl. Basispaket) in der Höhe von 7,92 Euro.

Der Programmaggregator leistet dem Multiplex-Betreiber ein Entgelt, das von der Anzahl der Endkunden (Subscriber) abhängt und nach folgendem Schema zeitlich gestaffelt ist:

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Basispaket	2,50 €	2,50 €	2,20 €	1,70 €	1,50 €	1,50 €
Premiumpaket	3,00 €	3,00 €	2,80 €	2,30 €	2,00 €	2,00 €

Für den ersten Betriebsmonat hat der Programmaggregator unabhängig von der tatsächlichen Nutzerzahl ein Entgelt für 160 000 Nutzer zu entrichten.

Rundfunkveranstalter, deren Programm übertragen wird, leisten an den Programmaggregator weiters pauschal 250 000 Euro pro Jahr für die Verbreitung des Programms. Für allfällig anfallende zusätzliche Rechtekosten ist im Budget des Multiplex-Betreibers Vorsorge getroffen. Weiters leistet der Programmaggregator „5 % der User Fees nach empirischer Marktforschung“ an die Rundfunkveranstalter („Erlösbeteiligung“) und mindert dadurch das Verbreitungsentgelt von 250 000 Euro im Jahr. Nach den Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung ist dieser Rückfluss erst ab dem dritten Jahr vorgesehen.

Im Verhältnis zwischen der Antragstellerin und der als Programmaggregator vorgesehenen Little Hollywood wurde das dargestellte Geschäftsmodell (einschließlich der Berechtigung, von Rundfunkveranstaltern 250 000 Euro pro Jahr einzuheben, jedoch ohne Angaben über die zurückfließende Erlösbeteiligung) in der Vereinbarung vom 13.12.2008 vertraglich festgelegt. Vertragliche Vereinbarungen mit Rundfunkveranstaltern bestehen derzeit keine.

Die Finanzplanung des verfahrensgegenständlichen Projektes der Mobile TV Infrastruktur GmbH ist in folgenden Kennzahlen zusammengefasst:

		2008	2009	2010	2011	2012	2013
Anzahl Nutzer	Jahresdurchschnitt	160.000	336.000	504.000	672.000	924.000	924.000
Entgelt pro Kunde pro Monat	Höchstwert	3,00	3,00	2,80	2,30	2,00	2,00
Entgelt pro Kunde pro Monat	Durchschnitt	2,70	2,70	2,44	1,94	1,70	1,70
Entgelt pro Kunde pro Monat	Niedrigstwert	2,50	2,50	2,20	1,70	1,50	1,50
Anzahl Mitarbeiter (FTE)		14	14	14	14	14	14
Investitionen (in Tsd. Euro)		380					
Umsatz (in Tsd. Euro)		3.024	10.886	14.757	15.644	18.850	18.850
Gesamtkosten (in Tsd. Euro)		-7.569	-12.130	-12.700	-12.974	-14.063	-15.332
Ergebnis		-4.545	-1.244	2.057	2.670	4.787	3.519

In der Darstellung wurde der Umsatz für das Jahr 2013 von den Gutachtern korrigiert, da die Antragstellerin in ihrer Datenlieferung trotz gleicher Kundenanzahl und gleichem Durchschnittstarif wie 2012 einen höheren Umsatz auswies, was aus Sicht der Gutachter unplausibel war.

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH schätzt die Kundenentwicklung im Vergleich zu den anderen Antragstellern sehr optimistisch, jedoch noch innerhalb der von den Amtssachverständigen als Vergleichsmaßstab herangezogenen wissenschaftlichen Studien zur Marktentwicklung von Mobile TV. Diese Untersuchungen beruhen auf der Annahme, dass der Betrieb von DVB-H bereits zur Fußball-Europameisterschaft aufgenommen wird und dass das Angebot den Kunden aller Mobilfunkbetreiber zur Verfügung steht, also nicht auf Kunden einzelner Mobilfunkbetreiber eingeschränkt ist.

Das gesamte Geschäftsmodell der Antragstellerin ist in hohem Maße von dieser, aus Gutachtersicht optimistischen Prognose abhängig, da – durch Bezug fast aller Leistungen von der ORS – kaum Potential für Kosteneinsparungen vorhanden ist. Insbesondere könnte bei zurückhaltender Kundenentwicklung, durch die längerfristigen finanziellen Verpflichtungen gegenüber der ORS, sehr rasch ein außerplanmäßig hoher Finanzbedarf entstehen.

Die Kostenplanung der Mobile TV Infrastruktur GmbH wurde den Amtssachverständigen in sehr detaillierter Form übermittelt und nach Aufforderung um die fehlenden Daten zur Planbilanz vervollständigt.

Die seitens der Antragstellerin geplante Anzahl der eingesetzten Mitarbeiter reicht nach Ansicht der Gutachter aus, um das im Antrag beschriebene Geschäftsmodell umzusetzen.

Die Gesamtkosten steigen von ca. 8 Mio. Euro 2008 auf ca. 12 Mio. Euro 2009 und auf ca. 15 Mio. Euro im Jahr 2013. Abgesehen von sehr niedrig angesetzten Kosten für die Signalzubringung, sind die veranschlagten Kosten nach Ansicht der Gutachter vollständig und plausibel. Die Kosten für Signalverbreitung sind in einer Höhe angesetzt, die auch einen sehr hohen Versorgungsgrad ermöglichen. Sie liegen auch unterhalb des Angebotes, das die Antragstellerin später von der ORS für die „Phase EM“ und die „Phase 1“ eingeholt und am 21.02.2008 der Behörde vorgelegt hat.

Die Kosten für die Abschreibungen sind sehr gering, da die Investitionen in das Multiplexing mit 380.000 Euro sehr niedrig angesetzt sind.

Das Ergebnis wird ab 2010 positiv dargestellt.

Von besonderer Bedeutung werden seitens der Amtssachverständigen die Möglichkeit und der Wille gesehen, die geplanten Investitionen und die Anlaufverluste auch über einen längeren als geplanten Zeitraum zu finanzieren.

Die Finanzkraft der Antragstellerin und ihrer unmittelbaren Gesellschafter wurden von den Amtssachverständigen auf Basis öffentlich zugänglicher Informationen vorsichtig beurteilt. Die Antragstellerin hat jedoch im Antrag Finanzierungszusagen der hinter den Gesellschaftern stehenden Konzernunternehmen (Styria Medien AG, Moser Holding AG, EAR Beteiligungs GmbH, Günter Oschmann, Tillmann Fuchs und Dr. Michael Krüger) vorgelegt, nach der diese der Antragstellerin bzw. ihren Gesellschaftern im Falle der Zulassungserteilung den auf Grund der jeweiligen Beteiligung anteilig entfallenden Finanzierungsbedarf bis zu einer Höhe von insgesamt 10 Mio. Euro zur Verfügung stellen.

Sonstige Feststellungen

Das Bundesgesetz BGBl I Nr. 52/2007 ist am 01.08.2007 in Kraft getreten (vgl. § 69 Abs. 7 PrTV-G). Zu diesem Zeitpunkt wurden folgende Fernsehprogramme bundesweit terrestrisch (analog bzw. digital) ausgestrahlt:

- ORF 1 (auf Grund von § 3 Abs. 1 Z 2 und Abs. 4 ORF-G; digital über MUX A);
- ORF 2 (auf Grund von § 3 Abs. 1 Z 2 und Abs. 4 ORF-G; digital über MUX A);

- ATV (analog auf Grund der bundesweiten Zulassung der ATV Privatfernseh-GmbH gemäß § 5 Abs. 1, 2 und 3 iVm §§ 4 und 7 PrTV-G, BKS vom 22.04.2002, GZ 611.181/007-BKS/2002; digital über MUX A auf Grund der Zulassung gemäß § 28 PrTV-G, KommAustria vom 25.10.2006, KOA 4.300/06-003).

Die bundesweite digitale terrestrische Ausstrahlung von weiteren Programmen über MUX B wurde erst am 22.10.2007 aufgenommen.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zu den Antragstellern, ihrer Eigentümerstruktur, zu ihren fachlichen, technischen und organisatorischen Qualifikationen und Voraussetzungen, weiters die Feststellungen zu den technischen Planungen der Antragsteller, die Feststellungen im Hinblick auf die Programmaggregate, Endkunden und Endgeräte, sowie die Rundfunkveranstalter und das Programmangebot, schließlich die Feststellungen zum Geschäftsmodell und zur finanziellen Planung ergibt sich – soweit nicht anders angegeben – aus den Anträgen, den ergänzenden Vorbringen in der mündlichen Verhandlung sowie dem weiteren schriftlichen Vorbringen der Antragsteller sowie aus dem offenen Firmenbuch.

Die Beurteilung der technischen Planung sowie die Beurteilung der finanziellen Planung ergibt sich aus den schlüssigen Gutachten der Amtssachverständigen der RTR-GmbH (wirtschaftliches Gutachten: Ing. Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Reinhard Neubauer und Mag. Martin Pahs vom Jänner 2008; technisches Gutachten: Dipl.-Ing. Jakob Gschiel vom 31.01.2008) und deren ergänzenden Angaben in der mündlichen Verhandlung. Soweit die Antragsteller den Gutachten in vereinzelt Punkten entgegengetreten sind, enthält der festgestellte Sachverhalt diesbezügliche Feststellungen.

Die Angaben zu den am 01.08.2007 empfangbaren Programmen ergeben sich aus den zitierten Zulassungsbescheiden, den diesbezüglich erteilten fernmelderechtlichen Bewilligungen und Inbetriebnahmemeldungen.

4. Rechtliche Würdigung

Zuständigkeit und Ausschreibung, MUX-AG-V 2007

Gemäß § 25a Abs. 1 iVm § 23 Abs. 1 PrTV-G hat die Regulierungsbehörde nach Maßgabe der technischen Entwicklung und Verfügbarkeit von Übertragungskapazitäten sowie des von ihr mit Unterstützung der „Digitalen Plattform Austria“ gemäß § 21 PrTV-G erstellten Digitalisierungskonzeptes die Planung, den technischen Ausbau und den Betrieb einer Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk durch Bekanntmachung im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“, in weiteren österreichischen Tageszeitungen und in sonstiger geeigneter Weise auszuschreiben. Die Regulierungsbehörde hat bei der Ausschreibung eine mindestens zweimonatige Frist zu bestimmen, innerhalb derer Anträge auf Erteilung einer Zulassung zum Betrieb dieser Multiplex-Plattform gestellt werden können.

Gemäß § 66 PrTV-G ist die Regulierungsbehörde die gemäß § 1 KOG eingerichtete Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria).

Das „Digitalisierungskonzept 2007 gemäß § 21 PrTV-G“ der KommAustria vom 26.07.2007, KOA 4.000/07-005, sieht die Ausschreibung einer Multiplex-Plattform für mobilen

terrestrischen Rundfunk („MUX D“) für voraussichtlich August 2007 vor und gibt die dafür voraussichtlich verfügbaren Übertragungskapazitäten („Frequenzlayer für DVB-H“) an.

Die KommAustria hat die gegenständliche Ausschreibung daher mit Bekanntmachung vom 14.09.2007 im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“, den bundesweiten Tageszeitungen „Die Presse“ und „Der Standard“, sowie auf der Website der Regulierungsbehörde (<http://www.rtr.at/>) ausgeschrieben. Die Frist, innerhalb derer Anträge gestellt werden konnten, wurde in der Ausschreibung mit 14.12.2007, 13:00 Uhr, festgesetzt.

Gemäß § 25a Abs. 3 PrTV-G hat die Regulierungsbehörde vor einer Ausschreibung mit Verordnung die in § 25a Abs. 2 PrTV-G angeführten Auswahlgrundsätze im Hinblick auf das Digitalisierungskonzept, auf technische, wirtschaftliche und nutzerorientierte Anforderungen an einen Multiplex-Betreiber unter Berücksichtigung europäischer Standards näher festzulegen. Gemäß § 24 Abs. 3 PrTV-G kann die Regulierungsbehörde in einer solchen Verordnung festlegen, durch welche Unterlagen Antragsteller die finanziellen Voraussetzungen glaubhaft zu machen haben. Die Verordnung ist spätestens gleichzeitig mit der Ausschreibung zu veröffentlichen.

Die KommAustria hat daher zugleich mit der Ausschreibung ihre Verordnung zur näheren Festlegung der Auswahlgrundsätze für die Erteilung von terrestrischen Multiplex-Zulassungen 2007 (MUX-Auswahlgrundsätzeverordnung 2007 – MUX-AG-V 2007) gemäß § 24 Abs. 2 und 3 sowie § 25a Abs. 3 PrTV-G vom 12.09.2007, KOA 4.210/07-003, im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ sowie auf der Website der Regulierungsbehörde (<http://www.rtr.at/>) veröffentlicht. Auf das gegenständliche Zulassungsverfahren ist gemäß § 4 MUX-AG-V 2007 deren 2. Abschnitt („MUX D“, §§ 4 bis 6) anzuwenden.

Formale Antragvoraussetzungen

Rechtzeitigkeit der Anträge

Die Anträge der MEDIA BROADCAST GmbH und der Mobile TV Infrastruktur GmbH sind am 14.12.2007 vor 13:00 Uhr bei der Behörde eingelangt und damit rechtzeitig. Die Behebung von Antragsmängeln nach § 13 Abs. 3 AVG erfolgte innerhalb der jeweils gesetzten (bzw. rechtzeitig verlängerten) Frist.

Unterlagen nach § 23 Abs. 3 PrTV-G

§ 23 Abs. 3 PrTV-G lautet wörtlich:

„Anträge auf Erteilung einer Zulassung haben jedenfalls zu enthalten:

- 1. bei juristischen Personen oder Personengesellschaften den Gesellschaftsvertrag oder die Satzung;*
- 2. eine Darlegung der Mitglieder- und Eigentumsverhältnisse;*
- 3. Angaben über die digitalen Programme und Zusatzdienste, die verbreitet werden sollen, im Fall der Bewerbung um eine Multiplexplattform gemäß § 25a die Vorlage der mit Programmaggregatoren und Rundfunkveranstaltern getroffenen Vereinbarungen über die konkrete Programmbelegung im Basispaket sowie die Aufteilung der Datenrate;*
- 4. eine Darstellung über die technischen Parameter der geplanten digitalen Verbreitung, insbesondere das geplante Versorgungsgebiet, den/die geplanten Sendestandort(e), die geplante(n) Frequenz(en), die Sendestärke(n), die Datenraten und die Datenvolumina.“*

Beide Antragsteller haben ihren Gesellschaftsvertrag vorgelegt und ihre Eigentumsverhältnisse dargelegt (zu den diesbezüglichen Zweifeln der Mobile TV Infrastruktur GmbH an der Konformität des Antrags der MEDIA BROADCAST GmbH siehe im Einzelnen weiter unten). Weiters sind in beiden Anträgen die geplanten, zu verbreitenden Programme angeführt und es wurden Vereinbarungen mit (einem bzw. mehreren) Programmaggregatoren vorgelegt. Es wurde jedoch im Verfahren bestritten, dass die vorgelegten Verträge den Anforderungen des § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G genügen, dazu im Einzelnen weiter unten.

Schließlich enthalten beide Anträge die geplanten technischen Parameter der digitalen Verbreitung, insbesondere Versorgungsgebiet, Sendestandorte, die Frequenzen, die Sendestärken, die Datenraten und Datenvolumina, sodass eine technische Überprüfung des Antrags im Hinblick auf die technischen Voraussetzungen sowie die entsprechenden Auswahlkriterien (Versorgungsgrad und technische Qualität) möglich war. Im Hinblick darauf, dass § 25a Abs. 6 PrTV-G vorsieht, dass die technischen Planungsarbeiten vom Multiplex-Betreiber in Zusammenarbeit mit der Regulierungsbehörde durchzuführen hat und die fernmelderechtlichen Bewilligungen (auch) nach Zulassungserteilung erteilt werden können, sind diese Angaben jedoch (soweit keine Festlegung durch Auflage erfolgt) nicht Gegenstand der Zulassung; im Rahmen der weiteren Planung kann daher auch davon abgegangen werden. Die Erteilung fernmelderechtlicher Bewilligungen gemeinsam mit der Zulassung wurde nicht beantragt, sodass diesbezüglich nähere Angaben (etwa genaue Antennendiagramme etc.) nicht erforderlich waren.

Gesellschaftsvertrag der MEDIA BROADCAST GmbH

Mit Ihrem Antrag hat die nunmehrige MEDIA BROADCAST GmbH zur Erfüllung des § 23 Abs. 3 Z 1 PrTV-G den Text ihres Gesellschaftsvertrages, nicht jedoch eine unterzeichnete oder notariell beglaubigte Ausfertigung desselben vorgelegt.

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH hat in ihrem Schriftsatz vom 25.02.2008 vorgebracht, dass der Text ihrer Ansicht nach ein „rechtliches nullum“ darstellt, jedoch keinesfalls den Anforderungen des § 23 Abs. 3 Z 1 PrTV-G genügt. Darüber hinaus wird behauptet, die nicht erfolgte Vorlage des aktuellen Gesellschaftsvertrages nach einer im Jänner 2008 erfolgten Änderung stelle eine Pflichtverletzung dar.

Die MEDIA BROADCAST GmbH hat dieses Vorbringen in ihrer Replik vom 27.02.2008 bestritten und eine aktuelle, notariell beglaubigte Fassung ihres Gesellschaftsvertrages vorgelegt.

Die Bestimmung des § 23 Abs. 3 Z 1 PrTV-G (für Multiplex-Zulassungen) findet sich wortgleich auch in § 4 Abs. 4 Z 1 PrTV-G (für Fernsehzulassungen) und in § 5 Abs. 2 Z 1 PrR-G (für Hörfunkzulassungen).

Der Bundeskommunikationssenat hat in ständiger Spruchpraxis zu letzterer Bestimmung (begonnen mit BKS 14.12.2001, GZ 611.010/001-BKS/2001, zuletzt BKS 8.9.2006, GZ 611.092/0004-BKS/2006 und BKS 18.6.2007, GZ 611.176/0003-BKS/2007) festgestellt, dass sich daraus ergibt, dass für eine Antragstellung (dort: im Rahmen der Erteilung von Hörfunkzulassungen) der Antragsteller zwar nicht im Firmenbuch eingetragen sein muss, jedoch zumindest insofern Teilrechtsfähigkeit besitzen muss, als zum Antragszeitpunkt ein gültig zustande gekommener Gesellschaftsvertrag (bzw. eine notariell bekundete Errichtungserklärung) vorhanden sein muss. Damit ist klargestellt, in welchem Gründungsstadium sich eine juristische Person zumindest befinden muss, um als Antragsteller auftreten zu können. Dies dient der Rechtssicherheit in den Rundfunk- bzw. Multiplex-Zulassungsverfahren, in denen oft Projektgesellschaften oder kürzlich gegründete Gesellschaften als Antragsteller auftreten und zum Teil sogar nur im Falle der tatsächlichen Zulassungserteilung die Firmenbucheintragung durchführen.

Einen anderen für die Vorlage des Gesellschaftsvertrages als Antragsvoraussetzung Zweck als den Nachweis der erforderlichen Teilrechtsfähigkeit kann die Behörde nicht erkennen, will man dem Gesetzgeber nicht unnötigen Formalismus unterstellen.

Selbst zur die Beurteilung dahingehend, ob der Antragsteller der Bestimmung des § 25a Abs. 8 PrTV-G (Einflussverbot u.a. für Gesellschafter des Multiplex-Betreibers auf die Programmebelegung) genügt, lässt der Gesellschaftsvertrag des potenziellen Multiplex-Betreibers kaum Rückschlüsse zu, zumal darin typischerweise nur der Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft selbst geregelt ist (welche ohnehin auf die Programmebelegung nach § 25a Abs. 7 Z 4 PrTV-G nicht Einfluss nehmen kann).

Ist der betreffende Antragsteller eine bereits in den öffentlichen Büchern ordnungsgemäß eingetragene Gesellschaft (wie hier unzweifelhaft die nunmehrige MEDIA BROADCAST GmbH) und erbringt sie den Nachweis ihrer Rechtspersönlichkeit im Antrag (hier durch Vorlage des Handelsregisterauszuges), so reicht für die Erfüllung des § 23 Abs. 3 Z 1 PrTV-G nach dem einzig erkennbaren Zweck der Bestimmung die Vorlage des (bloßen) Textes des Gesellschaftsvertrages jedenfalls aus, zumal auch dies vom Wortlaut („Anträge ... haben ... zu enthalten: ... den Gesellschaftsvertrag“) umfasst ist. Anderes könnte nur in jenen Fällen angenommen werden, in denen zum Antragszeitpunkt eine Eintragung im Firmenbuch noch nicht erfolgt ist (im gegenständlichen Fall etwa bei der damaligen Mobile TV Infrastruktur GmbH in Gründung): in diesem Fall kann die Rechtspersönlichkeit tatsächlich nur durch den Nachweis eines abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages also die Vorlage des diesbezüglichen Notariatsaktes erfolgen.

Selbst unter der – unzutreffenden – Annahme, dass dem § 23 Abs. 3 Z 1 PrTV-G nur durch Vorlage einer notariell bekundeten Ausfertigung des Gesellschaftsvertrages entsprochen werden kann, wäre der Antrag der MEDIA BROADCAST GmbH nicht zurückzuweisen: Bei diesem vermeintlichen Mangel würde es sich nämlich um ein bloßes Formgebreechen handeln, da – anders als in der von der Mobile TV Infrastruktur GmbH zitierten Entscheidung – ein Gesellschaftsvertrag zum Antragszeitpunkt jedenfalls und nachweisbar bestanden hat und bloß nicht formgemäß vorgelegt wurde. Nach § 13 Abs. 3 AVG berechtigt ein solcher Mangel nicht zur Zurückweisung, sondern würde die Erteilung eines Mängelbehebungsauftrages erfordern. Eine Behebung von Mängeln vor Erteilung eines diesbezüglichen Auftrages (etwa durch die Vorlage am 27.02.2008) kann den Einschreiter aber nicht schlechter stellen als in Befolgung eines solchen. Die spätere Vorlage von zum Antragszeitpunkt nachweislich existenten Unterlagen (ohne Änderung des Antragsvorbringens) stellt jedenfalls keine grundlegende Antragsänderung im Sinne des § 13 Abs. 8 AVG dar.

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH rügt weiters eine Abweichung des vorgelegten Textes vom tatsächlichen Gesellschaftsvertrag. Die im Antrag vorgelegte Fassung unterscheidet sich von der am 27.02.2008 vorgelegten, notariell beurkundeten Fassung – neben den (ausweislich des Handelsregisterauszuges) im Jänner 2008 durchgeführten Änderungen der Firma und des Geschäftsjahres – darin, dass der zunächst vorgelegte Text in seinem § 4 eine in bar erbrachte Stammeinlage in der Höhe von 26 000 Euro bestimmt, während die zuletzt vorgelegte Fassung Stammeinlagen „in der Höhe von € 25.000,- und € 1.000“ vorsieht. Diese Diskrepanz erklärt sich (ausweislich des Handelsregisterauszuges) dadurch, dass die Erhöhung der Stammeinlage von 25 000 Euro auf insgesamt 26 000 Euro im Mai 2007 „zur Durchführung der Übernahme von Vermögenteilen im Wege der Ausgliederung von der T-Systems Business Services GmbH“ – also nicht durch Bareinzahlung – vorgenommen wurde. Damit wurde (offenbar versehentlich) im Antrag eine mit dem tatsächlichen Gesellschaftsvertrag beinahe identische Entwurfsfassung des Gesellschaftsvertrages vorgelegt. Die dargestellte Abweichung (1000 Euro der Stammeinlage wurden nicht in bar, sondern als Sacheinlage geleistet) ist jedoch für die Entscheidung im vorliegenden Fall (sowohl hinsichtlich des Zugangs zum Auswahlverfahren als auch zur Position im Auswahlverfahren selbst) völlig irrelevant. Sogar eine tatsächlich im

Laufe des Verfahrens erfolgte Änderung des Gesellschaftsvertrages in dieser Hinsicht würde daher nicht als grundlegende Antragsänderung im Sinne des § 13 Abs. 8 AVG gelten (zu Antragsänderungen im Allgemeinen vgl. ausführlich weiter unten).

Der Antrag der MEDIA BROADCAST GmbH genügt daher der Formvoraussetzung des § 23 Abs. 3 Z 1 PrTV-G.

Darlegung der Eigentumsverhältnisse der MEDIA BROADCAST GmbH

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH hat in ihrem Schriftsatz vom 25.02.2008 hinsichtlich des Verkaufs der MEDIA BROADCAST GmbH von der Deutschen Telekom AG an die TDF vorgebracht, dieser sei nach den Angaben in der diesbezüglichen Entscheidung der Europäischen Kommission am 24.07.2007 und nicht erst am 08.11.2007 erfolgt, die Eigentumsverhältnisse der Erwerberin seien im Zulassungsantrag nur sehr cursorisch und teilweise unrichtig (hinsichtlich der Caisse des Dépôts et Consignations) dargestellt gewesen (insbesondere habe die Darstellung der acht Zwischengesellschaften gefehlt), der tatsächliche ultimate owner sei angesichts der unbekanntenen Struktur der Texas Pacific Group nicht angegeben, die Durchführung des „Closing“ am 15.01.2008 sei erst mit 14.02. bzw. 19.02.2008 der Behörde mitgeteilt worden. Abschließend stellt die Mobile TV Infrastruktur GmbH fest, der Anteilserwerb sei bereits vor Antragstellung erfolgt und daher die erforderliche umfassende Offenlegung der Eigentümerverhältnisse nicht Teil des Antrags gewesen.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass das Privatfernsehgesetz für Multiplex-Zulassungsverfahren (im Gegensatz zu Fernsehzulassungsverfahren oder Hörfunkzulassungsverfahren nach dem PrR-G) weder eine Bestimmung kennt, nach der im Falle des direkten oder indirekten Eigentums von Kapitalgesellschaften an einem Antragsteller „auch deren Eigentumsverhältnisse bekannt zu geben“ sind, noch dass Änderungen in den Eigentumsverhältnissen im Zuge des Zulassungsverfahrens binnen einer bestimmten Frist anzuzeigen wären (für Rundfunkveranstalter § 10 Abs. 6 PrTV-G und § 5 Abs. 5 PrR-G). Dies ist auch insofern sachgerecht, als in den Rundfunkveranstalter-Zulassungsverfahren zur Beurteilung der für die Meinungsvielfalt wesentlichen Außenpluralität die Kenntnis von Verbindungen zwischen Rundfunkveranstaltern und deren genauen Eigentümerstrukturen essentiell sind. Weiters sind für Rundfunkveranstalter – anders als für Multiplex-Betreiber – Beschränkungen hinsichtlich des Sitzes bzw. der Staatsangehörigkeit von indirekten Eigentümern bestimmter Beteiligungsstufen vorgesehen (§ 10 Abs. 3, 4 PrTV-G, § 7 Abs. 2, 3 PrR-G). Für die Darlegung der Eigentümerverhältnisse nach § 23 Abs. 3 Z 2 PrTV-G gelten somit weniger strenge Bestimmungen, insbesondere ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber im Antrag Angaben verlangt, die für die weitere Beurteilung im Verfahren nicht relevant sind.

Dass der Eigentumsübergang an den Geschäftsanteilen der MEDIA BROADCAST GmbH vom Konzern der Deutschen Telekom AG an jenen der TDF zum Ende der Antragsfrist (14.12.2007) bereits erfolgt sei, kann angesichts der klaren Regelung des Artikel 7 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 (EG-Fusionskontrollverordnung) nicht ernsthaft vertreten werden. Demnach darf ein zu prüfender Zusammenschluss (wie der hier gegenständliche) nicht vollzogen werden, solange dieser nicht für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt worden ist. Dies ist erst mit Entscheidung der Europäischen Kommission vom 07.01.2008, SG-Greffe (2008) D/200006, erfolgt. Dementsprechend fand das „Closing“ (und damit das Verfügungsgeschäft) erst am 15.01.2008 statt.

Die MEDIA BROADCAST GmbH hat im Antrag die dann bestehenden Eigentumsverhältnisse bis zur Deutschen Telekom AG (und damit für das gegenständliche Verfahren ausreichend) dargelegt, weiters hat sie bereits im Antrag die (voraussichtlichen) wirtschaftlichen Letzeigentümer der TDF im Falle des Anteilsübergangs dargestellt. (Worin

die Unrichtigkeit der Darstellung des [rund] 24%-Anteils der Caisse des Dépôts et Consignations liegen soll, hat die Mobile TV Infrastruktur GmbH nicht dargelegt, sie stimmt jedenfalls auch mit dem später vorgelegten detaillierteren Angaben überein.) Das tatsächliche Datum des Signings konnte auf Grund divergierender Angaben nicht ermittelt werden, allerdings liegt es jedenfalls vor der Anmeldung des Zusammenschlusses am 29.11.2007 und somit vor Antragstellung, und nur das ist für die gegenständliche Beurteilung relevant.

Weiters hat die MEDIA BROADCAST GmbH über Aufforderung der Behörde im Rahmen der mündlichen Verhandlung, innerhalb der dafür gesetzten Frist (eine gesetzliche Verpflichtung bestand ja nicht, siehe oben), die neuen Eigentumsverhältnisse einschließlich der Struktur der Zwischengesellschaften und der wirtschaftlichen Letzteigentümer vorgelegt. Im Falle von institutionellen Finanzinvestoren wie der Texas Pacific Group führt eine weiter detaillierte Darstellung der im einzelnen eingesetzten „juristischen Vehikel“ auch zu keinem zusätzlich relevanten Erkenntnisgewinn für die Behörde. Dementsprechend hat der VwGH in einem Fall, in dem – anders als hier – explizit die Angaben zum „ultimate owner“ rechtlich bindend vorgeschrieben waren, festgehalten, dass diese Angaben kein Selbstzweck sind, sondern die Prüfung der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen ermöglichen sollen. Dementsprechend reichen dort (§ 55 Abs. 2 Z 2 TKG 2003) „Informationen im Antrag und die dazu vorgelegten Unterlagen“, die „die Behörde in die Lage versetzen, die ‚technischen Fähigkeiten und die wirtschaftlichen Voraussetzungen des Antragstellers, seine Erfahrungen im Kommunikationsbereich sowie in verwandten Geschäftsbereichen und seine Fachkunde‘ [zu] prüfen“ (VwGH 14.11.2006, Zl. 2006/03/0093).

Nichts anderes gilt im hier vorliegenden Fall, in dem das Gesetz lediglich die „Darlegung der Eigentümerverhältnisse“ fordert. Diese wurden durch die MEDIA BROADCAST GmbH sowohl hinsichtlich der Eigentümer zum Antragszeitpunkt als auch nach dem erfolgten Eigentümerübergang zur Beurteilung der relevanten Aspekte ausreichend dargelegt. Damit ist auch das Erfordernis des § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G erfüllt.

Verbindlichkeit der Vereinbarung der MEDIA BROADCAST GmbH vom 13.12.2007

In ihrem Schriftsatz vom 17.01.2008 hat die damals im Verfahren befindliche Telekom Austria TA AG Zweifel hinsichtlich der Konformität der Vereinbarung zwischen der MEDIA BROADCAST GmbH und den Programmaggregatoren Hutchison 3G Austria GmbH und ONE GmbH („Memorandum of Understanding“) vom 13.12.2007 geäußert. Darin wird zunächst festgehalten, dass die Bezeichnung als „Memorandum of Understanding“ eine Indizwirkung für eine schwache Bindungswirkung darstelle, wobei allerdings auf Grund der Tatsache, dass im Vereinbarungstext selbst nur mehr von „Kooperationsvereinbarung“ oder „Vereinbarung“ gesprochen wird, auf ein Redaktionsversehen bei der Umgestaltung eines echten Memorandum of Understanding zur Kooperationsvereinbarung angenommen werden könne.

Aus Punkt 4 der Vereinbarung, nach der die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien aus dieser Vereinbarung – soweit sie den Zeitpunkt nach Zuschlagserteilung anlangen – im Wesentlichen unter der aufschiebenden Bedingung der Rechtskraft der Zulassungserteilung an die MEDIA BROADCAST GmbH sowie den Abschluss von dieser Kooperationsvereinbarung konkretisierenden finalen Vereinbarungen gemäß Punkt 15.2 stehen, wird geschlossen, dass die Weitergeltung der Kooperationsvereinbarung im Belieben der Vertragspartner stünde, sodass weder zum Zeitpunkt der Antragstellung noch zum Zeitpunkt der Zulassungserteilung feststehe, ob diese Vereinbarung für die Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien maßgeblich sein werde oder nicht. Weiters wird aufgezeigt, dass eine zeitliche Lücke zwischen Zuschlagserteilung und Rechtskraft der Zulassungsentscheidung zu einer zeitlichen Lücke in der Verbindlichkeit der Vereinbarung führen würde. Zu Punkt 15.2 der Vereinbarung, nach der sich die Vertragsparteien

verpflichten, eine den wesentlichen Inhalten dieser Kooperationsvereinbarung entsprechende, alle Aspekte der Zusammenarbeit im Detail regelnde finale Vereinbarung abzuschließen, wird angemerkt, dass diese Bestimmung aufgrund des Punktes 4 im Zeitpunkt, in dem sich diese Verpflichtung aktualisieren würde, nicht mehr in Kraft stünde. Selbst wenn dies nicht zutreffen würde, bliebe offen, was die wesentlichen Inhalte sind, die als alleinige inhaltliche Determinanten der abzuschließenden finalen Vereinbarungen genannt sind.

Aufgrund ihrer Unverbindlichkeit sei daher die Vereinbarung vom 13.12.2007 einschließlich der geregelten Inhalte, wie Grundsätze für die Programmauswahl, Frequenzplots, sowie die Spezifikationen der Leistungen des Multiplex-Betreibers unverbindlich und daher so zu behandeln, als wären sie nicht vorgelegt.

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG hat diesbezüglich in ihrem Schriftsatz vom 21.01.2008 darüber hinaus vorgebracht, dass Punkt 15.5 der Vereinbarung einen Gremialvorbehalt für die MEDIA BROADCAST GmbH enthalte, woraus geschlossen werden könne, dass die erforderlichen Gremialzustimmungen für den Abschluss der Vereinbarung nicht erteilt worden wären. Weiters releviert sie, dass Kündigungsmöglichkeiten schon zum 31.10.2010 und darüber hinaus zu jedem Jahresende vorgesehen seien, wodurch der Bestand der Vereinbarung über die gesamte Zulassungsdauer von zehn Jahren oder auch zur einen nennenswerten Teil des selben nicht gesichert sei.

Diesen Bedenken kommt keine Berechtigung zu. Wie die MEDIA BROADCAST GmbH in ihrer Stellungnahme vom 28.01.2008 zutreffender Weise ausführt, kommt der Vereinbarung ungeachtet ihrer Bezeichnung schon alleine aufgrund ihres Inhaltes Verbindlichkeit zu. Die Bestimmungen der Punkte 4 und 15.2 der Vereinbarung können in ihrem Zusammenhang vernünftigerweise nur so verstanden werden, dass die Kooperationsvereinbarung in der vorliegenden Fassung für den Zeitraum nach der allfälligen Erteilung einer Zulassung an die MEDIA BROADCAST GmbH lediglich bestimmte Grundsätze regelt (und zwar genau jene, die nach § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G sowie für die Berteilung der Auswahlkriterien nach § 25a Abs. 2 PrTV-G und § 5 MUX-AG-V 2007 wesentlich sind), und dass nach rechtskräftiger Erteilung der Zulassung eine umfassende Kooperationsvereinbarung mit diesen wesentlichen Inhalten sowie allfälligen weiteren Vertragsbestandteilen geschlossen wird. Sämtliche Vertragsparteien sind zum Abschluss dieser Vereinbarung verpflichtet, sofern kein wichtiger Grund (der ohnehin zu einer außerordentlichen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses berechtigen würde) vorliegt. Der MEDIA BROADCAST GmbH ist auch zuzustimmen, wenn sie ausführt, dass die Frage, welche der Inhalte der nun vorliegenden Kooperationsvereinbarung als „wesentlich“ in die finalen Vereinbarungen eingehen muss, sich ohne weiteres aus § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G, § 5 MUX-AGV 2007 sowie den diesbezüglichen Auflagen in einem allfälligen Zulassungsbescheid ermitteln lassen.

Eine zeitliche Lücke zwischen Rechtskraft der Zulassung und Zuschlagserteilung liegt nicht vor, da die Zulassung (also der „Zuschlag“) erst mit einer rechtskräftigen Entscheidung, also allenfalls mit dem Abschluss des zweitinstanzlichen Berufungsverfahrens erteilt wird. Die Regelung des Punktes 15.2 der Vereinbarung stellt keinen die Wirksamkeit der Vereinbarung bedingenden oder aufschiebenden Gremialvorbehalt dar, sondern sollte eine außerordentliche Kündigung der Vereinbarung für den Fall ermöglichen, dass der neue Eigentümer der MEDIA BROADCAST GmbH die Zustimmung zur Weiterführung des Verfahrens nicht erteilt hätte. Dieser Umstand hat sich nicht aktualisiert.

Dass die nach § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G vorzulegende Vereinbarung die gesamte Zulassungsdauer von zehn Jahren ohne jede ordentliche Kündigungsmöglichkeit zu umfassen hätte, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Es besteht für die Vertragsparteien auch nicht die Möglichkeit, für die Zulassungsentscheidung wesentliche Inhalte der Vereinbarung nachträglich zu verändern (und damit die behördliche Entscheidung zu

konterkarieren), da die wesentlichen Vertragsinhalte zur Sicherung der gesetzlichen Ziele sowie der Auswahlentscheidung per Auflage vorzuschreiben sind.

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH hat in ihrem Schriftsatz vom 25.02.2008 (wie schon in der mündlichen Verhandlung) vorgebracht, der Programmaggregatorenvertrag der MEDIA BROADCAST GmbH sei nicht ordnungsgemäß gefertigt gewesen. Dabei behauptet sie eine mangelnde Vertretungsbefugnis bzw. Vollmacht des gemeinsam mit dem (kollektiv zeichnungsberechtigten) Geschäftsführer Timo Alexander Lepel zeichnenden Projektleiter Dr. Bertold Heil. Die MEDIA BROADCAST GmbH hat eine ordnungsgemäß gezeichnete Bestätigung vom 14.02.2008 vorgelegt, dass Dr. Heil seit 01.07.2007 autorisiert sei, die Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren „sowie im Zuge der Vorbereitung dieser am 14.12.2007 eingereichten Bewerbung und nach einem allfälligen Zuschlag“ an die Antragstellerin rechtsgeschäftlich zu vertreten, sofern dem nicht zwingende gesetzliche Regelungen entgegenstehen. Die Behörde sieht sich nicht veranlasst, an der Richtigkeit dieser Bestätigung zu zweifeln. Selbst wenn man von einem vollmachten Handeln der Vertreter der MEDIA BROADCAST GmbH ausginge, wäre der Vertrag spätestens mit der Vorlage als zentraler Bestandteil des Zulassungsantrages im Sinne des § 1016 ABGB genehmigt und damit für die Antragstellerin verbindlich gewesen.

Die vorgelegte Vereinbarung der MEDIA BROADCAST GmbH mit Programmaggregatoren entspricht daher den gesetzlichen Erfordernissen des § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G.

Rolle der Little Hollywood Film und TV ProduktionsGmbH

Der Antrag der Mobile TV Infrastruktur GmbH umfasst als vertraglich gebundenen Programmaggregator die Little Hollywood Film und TV ProduktionsGmbH. Diese ist bislang offenbar hauptsächlich als technischer Dienstleister für Rundfunkveranstalter tätig, sie verfügt jedenfalls über keine Erfahrungen im Endkundenbereich.

Gemäß § 2 Z 16a PrTV-G besorgt ein Programmaggregator die Zusammenfassung von Rundfunkprogrammen (und Zusatzdiensten) zu einem Programmpaket und dessen Vertrieb an Endkunden.

Der Gesetzgeber ist dabei offenbar davon ausgegangen, dass diese Funktion beim mobilen terrestrischen Fernsehen typischerweise von Mobilfunkanbietern ausgeübt wird, vgl. den Allgemeinen Teil der Erläuterungen zur Regierungsvorlage 139 BlgNR XXIII. GP: *„Wesentlich für diesen Ansatz ist die Einbindung von Mobilfunkanbietern oder anderen Unternehmen in ihrer Rolle als Vermittler zwischen Multiplex-Betreiber, Rundfunkveranstalter und Endkunden. ... Das Gesetz trägt dieser Rolle durch die Einführung des sogenannten ‚Programmaggregators‘ Rechnung.“*

Diesen Gedanken hat der Verordnungsgeber zur MUX-AG-V 2007 in den Erläuterungen zu § 5 Abs. 2 Z 3 lit. a fortgeführt: *„Wie in den Erläuterungen zur Novelle im Privatfernsehgesetz festgehalten, ist davon auszugehen, dass die Mobilfunkbetreiber als mögliche Programmaggregatoren maßgeblich Anteil an der Markteinführung von DVB-H haben werden, nicht zuletzt aber vor allem, weil es diese Unternehmen sein werden, die die notwendigen Endgeräte in großem Umfang und – durch Gerätesubvention – zu günstigen Preisen in den Markt bringen werden. ... Weitere potenzielle Programmaggregatoren auf einer DVB-H-Multiplex-Plattformen sind etwa Pay-TV-Anbieter. Diese würden zwar voraussichtlich keine Rolle bei der Verbreitung geeigneter Endgeräte übernehmen (...), im Gegenzug aber möglicherweise die Bewertung der Meinungsvielfalt nach Z 6 positiv verändern können.“*

Eine Einschränkung des Kreises möglicher Programmaggregatoren lässt sich dem Gesetz jedoch nicht entnehmen, sodass grundsätzlich jeder (im Rahmen eines Zulassungsantrages) als Programmaggregator auftreten kann. Auch ist keine Prüfung der Leistungsfähigkeit des

gewählten Programmaggregators (etwa im Sinne der Glaubhaftmachung fachlicher, finanzieller oder organisatorischer Voraussetzungen) vorgesehen, die gegebenenfalls zum Ausschluss aus dem Auswahlverfahren führen würde.

Damit ist der Programmaggregatorenvertrag der Mobile TV Infrastruktur GmbH in Lichte des § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G nicht zu beanstanden und führt daher nicht zum Ausschluss aus dem Verfahren mangels Erfüllung von Formerfordernissen.

Der Vertrag zwischen der Mobile TV Infrastruktur GmbH und der Little Hollywood sieht in seinem § 6 vor, dass von einem Vertragsbeitritt von Mobilfunkbetreibern als Programmaggregatoren auszugehen sei. Die Little Hollywood nimmt dabei zur Kenntnis, dass diesen (auf Grund ihrer Rolle beim Endgerätevertrieb) andere Konditionen eingeräumt werden können, und dass es „naturgemäß“ zu einer Abänderung des Programmaggregatorenvertrages kommen wird. Die Mobile TV Infrastruktur GmbH hat mehrmals (insbesondere in der mündlichen Verhandlung und im Schriftsatz vom 21.02.2008) vorgebracht, dass ihr Geschäftsmodell und insbesondere die finanzielle Planung auf der Teilnahme aller Mobilfunkbetreiber beruht.

Bis zuletzt ist es unklar geblieben, in welcher Form die Little Hollywood den Vertrieb der Programmpakete an Endkunden besorgen können wird. Unter anderem ist nicht nachvollziehbar, über welche Art von Spezialkenntnissen betreffend „unconnected devices“ (so das Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung) sie verfügen soll.

Das technische Konzept gibt hinsichtlich der Verschlüsselung an, dass diese in Zusammenarbeit und nach den Wünschen der Mobilfunkbetreiber erfolgen soll, diese sollen auch die notwendigen Datenserver (für Kundendaten, Billing, Freischaltungen) betreiben. Eine Funktion der Little Hollywood in diesem für den Endkundenvertrieb essentiellen Bereich wird nicht einmal behauptet.

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass die Little Hollywood im Falle einer Umsetzung des Konzeptes der Mobile TV Infrastruktur GmbH eine – wenn überhaupt – nur sehr untergeordnete Rolle als Programmaggregator ausüben wird. Insofern ist sie im verfahrensgegenständlichen Konzept wohl als bloßer „Platzhalter“ anzusehen.

Somit wird die Rolle der Little Hollywood insbesondere im Rahmen der Beurteilung der Auswahlkriterien – diese hat nach § 25a Abs. 2 PrTV-G „auf Grund der vorgelegten Vereinbarungen mit Programmaggregatoren ...“ zu erfolgen – im Einzelfall kritisch zu beurteilen sein; insbesondere dort, wo die „bessere Gewährleistung“ bestimmter Auswahlkriterien von der Person und Leistungsfähigkeit des konkreten Programmaggregators abhängt.

Zur Relevanz des späteren Eintritts der mobilkom austria Aktiengesellschaft als Programmaggregator im Fall der Zulassungserteilung vgl. weiter unten.

Vereinbarungen mit Rundfunkveranstaltern

§ 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G nennt als Antragserfordernis „die Vorlage der mit Programmaggregatoren und Rundfunkveranstaltern getroffenen Vereinbarungen (...)“.

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH und auch ihr Programmaggregator Little Hollywood haben (zumindest bis zum Ende der Antragsfrist) keine Vereinbarungen mit Rundfunkveranstaltern abgeschlossen.

Die Programmaggregatoren der MEDIA BROADCAST GmbH haben Vereinbarungen nicht mit allen Rundfunkveranstaltern des im Hauptantrag ausgewählten Programmbouquets abgeschlossen.

Insofern ist zu klären, ob bei Vorliegen von Vereinbarungen mit Programmaggregatoren auch die Vorlage von Vereinbarungen mit Rundfunkveranstaltern zu den Antragsvoraussetzungen zählt.

Wie auch die Erläuterungen zur MUX-AG-V 2007 (dort zu § 5 Abs. 2 Z 2 lit. c) ausführen, trifft das Privatfernsehgesetz keine besonderen Vorgaben über die Vertragsverhältnisse (und letztlich Zahlungsflüsse) zwischen den beteiligten Unternehmen (Multiplex-Betreiber, Programmaggregatoren, Rundfunkveranstalter). Es sind daher einerseits etwa Modelle denkbar, in denen Programmaggregatoren die einzigen Vertragspartner des Multiplex-Betreibers auf der einen Seite sind und somit auf der anderen Seite auch als einzige mit den Programmveranstaltern (auch hinsichtlich des Basispakets) kontrahieren. Andererseits sind auch direkte Vertragsbeziehungen von Rundfunkveranstaltern (etwa des Basispaketes) mit dem Multiplex-Betreiber denkbar (darauf deuten die in § 23 Abs. 3 Z 3 und auch § 25a Abs. 2 PrTV-G genannten „Verträge mit Rundfunkveranstaltern“): dabei würden z.B. die betreffenden Rundfunkveranstalter die Kosten ihrer Verbreitung selbst tragen, im Gegenzug aber etwa von Programmaggregatoren an den Vermarktungserlösen des Basispakets beteiligt werden. Auch eine gesonderte Vermarktung einzelner Programme des Basispakets durch Rundfunkveranstalter selbst – unabhängig von Programmaggregatoren – wäre denkbar. Soweit diese Vermarktung mehrere Programme umfasst, wird der Anbieter freilich selbst zum Programmaggregator, jedoch möglicherweise unabhängig von Mobilfunkbetreibern. Welches Modell letztlich zur Anwendung kommt, bleibt den Marktteilnehmern, etwa entsprechend der gewünschten Risiko- und Kostenverteilung, überlassen.

Für die Erfüllung der Formalvoraussetzung des § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G kann nur die Vorlage jener Verträge erforderlich sein, die die dort genannten Angaben (Programmebelegung, Aufteilung der Datenrate) enthalten und jene Dispositionen treffen, deren Beurteilung im Rahmen der Auswahlkriterien des § 25a Abs. 2 PrTV-G zu erfolgen hat (etwa konkrete Ausbauplanung, Festlegung von Standards, Modus der Einbindung betroffener Unternehmen, Endgerätekonzept, Endkundenkonzept, Programmauswahl).

In jenen Fällen (wie den beiden hier vorliegenden Konzepten), in denen der Multiplex-Betreiber alleine mit den Programmaggregatoren kontrahiert (welche ihrerseits die Vereinbarungen mit den Rundfunkveranstaltern treffen) reicht die Vorlage der entsprechenden Vereinbarungen mit den Programmaggregatoren daher aus, soweit sie (und das ist hier in beiden Fällen gegeben) die gesetzlich vorgesehen Inhalte aufweisen.

Dieses Ergebnis wird auch von den Gesetzesmaterialien zur Ergänzung des § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G mit BGBl. I Nr. 52/2007 (Erläuterungen zur Regierungsvorlage 139 BlgNR XXIII. GP) gestützt. Auch sie betonen hinsichtlich der Vereinbarungen, dass dieses Erfordernis vor allem dazu dient, dass eine Einigung mit den betroffenen Programmaggregatoren vorliegt:

Demnach betreffen die vorzulegenden Vereinbarungen „insbesondere auch die Frage der Aufteilung der Datenrate zwischen dem Basispaket und den allfälligen verschlüsselten Programmpaketen von Programmaggregatoren, sowie Angaben zum diesbezüglichen Geschäftsmodell und der konkret vereinbarten jeweiligen Programmebelegung. Durch dieses Erfordernis wird sichergestellt, dass die Programmaggregatoren maßgeblichen Einfluss auf die Programmebelegung im Basispaket haben (welches sie auch vermarkten müssen) und ein Multiplexbetreiber auf den Abschluss derartiger Vereinbarungen im Vorfeld angewiesen ist, um überhaupt einen Antrag einbringen zu können.“

Weiters führen sie zu § 25a Abs. 2 PrTV-G (auszugsweise) aus: *„Die Position der Programmaggregatoren ist daher insofern von entscheidender Bedeutung als dem Antrag des Multiplexbetreibers ohne Konsens über die Programmebelegung im Basispaket unter den Programmaggregatoren nicht gefolgt werden kann.“*

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass mit der Vorlage der Vereinbarungen mit dem bzw. den Programmaggregatoren sowohl der Hauptantrag der MEDIA BROADCAST GmbH (unter Berücksichtigung des gesamten ausgewählten Programmbouquets) als auch der Antrag der Mobile TV Infrastruktur GmbH das Erfordernis des § 23a Abs. 3 Z 3 PrTV-G erfüllen und insofern zulässig sind.

Damit ist auch das Vorbringen der Mobile TV Infrastruktur GmbH im Schriftsatz vom 25.02.2008 ohne Relevanz, dass die ATV Privatfernseh-GmbH in ihrer Vereinbarung mit den Programmaggregatoren der MEDIA BROADCAST GmbH und der ORF in seinen verbindlichen Angeboten im Widerspruch zum Konzept der MEDIA BROADCAST GmbH nicht in der Lage oder nicht bereit gewesen wären, ein (urheber-)rechtlich gesichertes Programm zu garantieren. Soweit die Vorlage und der Abschluss der Vereinbarungen mit Rundfunkveranstaltern nicht zwingend ist, kann auch ein allfälliger Nachverhandlungsbedarf zur Änderung der diesbezüglichen Bedingungen in vorliegenden Angeboten oder Vereinbarungen nicht schaden.

Unterlagen zur Glaubhaftmachung finanzieller Voraussetzungen (§ 6 MUX-AG-V 2007)

Gemäß § 25a Abs. 3 iVm § 24 Abs. 3 PrTV-G kann die Behörde mit Verordnung festlegen, durch welche Unterlagen die finanziellen Voraussetzungen glaubhaft zu machen sind. Unabhängig von der inhaltlichen Beurteilung dieser Unterlagen handelt es sich bei deren Vorlage um Formalvoraussetzungen für den Antrag.

Der diesbezügliche § 6 MUX-AG-V 2007 lautet wörtlich:

„Die Antragsteller haben das Vorliegen der finanziellen Voraussetzungen für die kontinuierliche Verbreitung der digitalen Programme und Zusatzdienste nach § 23 Abs. 2 PrTV-G durch zumindest folgende Unterlagen glaubhaft zu machen:

- 1. eine nachvollziehbare und dokumentierte Planrechnung, die zumindest einen Businessplan bzw. eine prognostizierte Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung für die ersten fünf Betriebsjahre sowie eine Übersicht über die anzunehmende Personalentwicklung enthält; die angenommenen Kosten für die Signalverbreitung – sowie darin die Kosten für die Signalzubringung zu den Sendestandorten – sind dabei jedenfalls gesondert auszuweisen;*
- 2. Angaben über die voraussichtlichen Kosten der Verbreitung für einen Programmveranstalter, Programmaggregator oder Diensteanbieter;*
- 3. die letzten drei vorliegenden Jahresabschlüsse des Antragstellers einschließlich der Prüfungsberichte des Abschlussprüfers, im Falle eines erst in den letzten drei Jahren gegründeten Antragstellers jene seiner Gesellschafter und*
- 4. Unterlagen über die Finanzierung der erforderlichen Investitionen, etwa Patronatserklärungen oder Absichtserklärungen von verbundenen Unternehmen oder Banken, Kreditpromessen oder sonstige Finanzierungszusagen, bzw. – wenn die Gesellschaft nicht über eine ausreichend hohe Kapitalausstattung verfügt – auch verbindliche Zusagen der Gesellschafter zu Kapitalerhöhungen bzw. zur Finanzierung von Anlaufverlusten.“*

Beide Antragsteller haben die Planrechnung im geforderten Detaillierungsgrad vorgelegt, hinsichtlich der Kosten für die Verbreitung für Programmveranstalter gibt die Mobile TV Infrastruktur GmbH einen Betrag von € 250 000 pro Jahr an, während die MEDIA BROADCAST GmbH (zumindest bis 2010) den Rundfunkveranstaltern keine Kosten verrechnet.

Die geforderten Jahresabschlüsse der Gesellschafter der Antragsteller (beide wurden erst im Jahr 2007 gegründet oder ausgetöchtet) wurden im Rahmen der Mängelbehebung nach

§ 13 Abs. 3 AVG vorgelegt; die diesbezüglichen Prüfungsberichte, soweit eine gesetzliche Verpflichtung zur Abschlussprüfung bestand.
Schließlich haben beide Antragsteller ausreichende Unterlagen betreffend die Finanzierung der erforderlichen Investitionen vorgelegt.

Beide Anträge erfüllen somit die Formalvoraussetzungen (Rechtzeitigkeit und Vollständigkeit).

Relevanz von Vorbringen nach Ende der Antragsfrist

Allgemeines

Nach § 13 Abs. 8 AVG können verfahrensleitende Anträge in jeder Lage des Verfahrens geändert werden, sofern die Sache in ihrem Wesen nicht geändert wird und keine Änderung in der behördlichen Zuständigkeit eintritt.

Zur Frage, welche Änderungen im Antragsvorbringen oder im Tatsächlichen als wesentlich im Sinne dieser Bestimmung zu werten sind, besteht im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung von Hörfunkzulassungen nach dem Privatradiogesetz (PrR-G), das ebenfalls die Durchführung eines vergleichenden Auswahlverfahrens unter geeigneten Antragstellern vorsieht, eine mit der Entscheidung des VwGH vom 15.09.2004, ZI. 2002/04/0148, begonnene Judikaturlinie und eine darauf aufbauende Spruchpraxis des Bundeskommunikationssenates.

Demnach ist zunächst aus der Fristgebundenheit der Zulassungsanträge abzuleiten, dass gemäß § 13 Abs. 8 AVG wesentliche Änderungen von Anträgen nach Ablauf der Bewerbungsfrist nicht mehr zu berücksichtigen sind. Im Hinblick auf das vom Gesetz vorgesehene Auswahlverfahren sind alle Änderungen in diesem Sinn wesentlich, die einen Einfluss auf den Zugang zu diesem Auswahlverfahren bzw. auf die zu treffende Auswahlentscheidung haben können (VwGH 15.09.2004, ZI. 2002/04/0148; VwGH 15.9.2004, ZI. 2003/04/0013, 0014; VwGH 30.6.2006, ZI. 2003/04/0185). Dies betrifft jedenfalls alle Voraussetzungen, ohne die kein Zugang zum Auswahlverfahren besteht, also die Glaubhaftmachung der fachlichen, finanziellen und organisatorischen Voraussetzungen sowie die Erfüllung aller anderen gesetzlichen Voraussetzungen (vgl. VwGH 15.9.2006, ZI. 2005/04/0120), bezieht sich aber auch auf Änderungen, die die Position im Auswahlverfahren verbessern (vgl. BKS 31.3.2005, GZ 611.112/0001-BKS/2005; BKS 25.4.2005, GZ 611.079/0001-BKS/2004; BKS 14.10.2005, GZ 611.059/0001-BKS/2005; dort wurden jeweils geänderte Programmkonzepte mit höherem Lokalbezug vorgelegt).

Diesen Gedanken hat auch der Gesetzgeber in den Erläuterungen zur Novellierung von § 7 PrR-G und § 10 PrTV-G (in Reaktion auf die dargestellte Judikatur des VwGH) ausgedrückt (Bericht des Verfassungsausschusses 768 BlgNR XXII. GP):

„Es trifft zu, dass Änderungen von Anträgen in einem wettbewerbsähnlichen Verfahren von der Regulierungsbehörde besonders sorgfältig dahingehend zu überprüfen sind, ob mit dieser Änderung die Möglichkeit verbunden ist, sich in einem solchen Verfahren einen Vorteil gegenüber den Mitbewerbern zu verschaffen, indem zentrale Grundlagen für die vorzunehmende Auswahlentscheidung abgeändert werden und somit während des durch das Ende der Ausschreibungsfrist eröffneten Auswahlverfahrens ein Antrag systematisch verbessert wird. ... [Es] ist im gegebenen Zusammenhang zu betonen, dass natürlich auch für Auswahlverfahren nach dem Privatradiogesetz an dem durch § 13 Abs. 8 AVG normierten Grundsatz festzuhalten ist, dass Änderungen des verfahrenseinleitenden Antrages möglich sind, aber derartige Änderungen, die Sache ihrem Wesen nach nicht ändern dürfen (...).“

Schließlich wird die Zulässigkeit sonstiger Änderungen oder Ergänzungen von der Regulierungsbehörde weiterhin im Einzelfall anhand der in § 13 Abs. 8 AVG gezogenen

Trennlinie und allfälliger Sonderregelungen im PrR-G oder PrTV-G zu prüfen sein. Für derartige Änderungen lässt sich andererseits – weil jedes Verfahren aufgrund der jeweils unterschiedlichen Bewerber und der unterschiedlichen Ausgangssituation im Hinblick auf die bestehenden Marktverhältnisse anders zu bewerten sein wird – keine präzisere auf die Rundfunk-Materie abgestimmte Grenze ziehen. Daraus folgend wird die Regulierungsbehörde jeweils im Einzelfall eingehend zu beurteilen und zu begründen haben, ob etwa mit Änderungen bloß einzelner fernmeldetechnischer Parameter die Sache (d.h. der Antrag) ihrem Wesen nach verändert wird und diese Änderung maßgeblichen Einfluss auf den Zutritt zum und die Chancen im Auswahlverfahren hat. ...

Entscheidend wird daher stets sein, ob der verfahrenseinleitende Antrag unter besonderer Berücksichtigung des Umstandes, dass es sich um ein Wettbewerbsverfahren handelt, wesentlich geändert wurde. (...) Leitlinie muss immer – wie bisher – sein, ob die Änderung geeignet ist, den Antrag und die für die Auswahlentscheidung maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen der KommAustria so weit gehend zu ‚verbessern‘ oder zu verändern, dass damit die potentiellen Chancen anderer Mitbewerber im Auswahlverfahren direkt betroffen wären.“

Dass beabsichtigte Änderungen bereits im Antrag angekündigt werden, ändert nach der Judikatur nichts daran, dass sie nicht zu berücksichtigen sind. „*Es kann nämlich nicht Ziel und Zweck eines Wettbewerbsverfahrens (...) nach dem Privatradiogesetz sein, in einem Antrag beabsichtigte Änderungen bloß anzukündigen und damit der Regulierungsbehörde letztlich die Aufgabe zu übertragen, die Realisierungschancen derartiger Ankündigungen zu beurteilen. Damit entsteht auch eine unsachliche Ungleichbehandlung mit jenen Antragstellern, die schon zum Ende der Antragsfrist [die Beurteilungsgrundlagen] fixiert hatten. Ließe man derartiges zu, so werden sich zukünftig alle Antragsteller darauf beschränken, bloß [Absichten] im Antrag anzugeben und es wäre letztlich ins Belieben des Antragstellers gestellt, den Verfahrensablauf abzuwarten und erst im Fall dringender Notwendigkeit eine Änderung vorzunehmen. Nach Ansicht des Bundeskommunikations-senates muss von einem Antragsteller zu erwarten sein, dass die zentralen Grundlagen seines Antrages schon zum Ende der Antragsfrist gesichert sind und entsprechend erwiesen werden.“ (BKS 25.4.2005, GZ 611.079/0001-BKS/2004; bestätigt mit VwGH 15.9.2006, ZI. 2005/04/0120).*

Eine Antragsänderung ist dann nicht wesentlich (und kann somit uneingeschränkt zur Beurteilung herangezogen werden), wenn sie zu keinem anderen Verfahrensausgang führt. Dies liegt dann vor, wenn sie keine Auswirkung auf den Zugang zum Auswahlverfahren hat und die Situation im Auswahlverfahren nicht gegenüber der Situation im Zeitpunkt der Antragseinbringung in einer Weise geändert wird, die geeignet wäre, die Erfolgchancen zu verbessern, indem etwa dadurch auch fachliche, finanzielle oder organisatorische Voraussetzungen nachträglich zu Lasten der anderen Mitbewerber verändert würden (BKS 31.3.2005, GZ 611.091/0001-BKS/2005; BKS 31.3.2005, GZ 611.150/0002-BKS/2004; BKS 31.3.2005, GZ 611.112/0001-BKS/2005; BKS 25.4.2005, GZ 611.037/0004-BKS/2004).

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH hat vorgebracht, dass diese zum Privatradiogesetz entwickelte Judikatur und Spruchpraxis auf Verfahren zur Erteilung von Multiplex-Zulassungen nicht anzuwenden wäre, da die Komplexität derartiger Einrichtungen und die Einbindung einer Vielzahl von Marktteilnehmern eine dynamische Betrachtung nahe lege; die nach § 25a Abs. 5 PrTV-G zu erteilenden Auflagen selbst schon zu einer wesentlichen Änderung der beantragten Konzepte führen könnten; und schließlich auch die in § 23 Abs. 3 Z 4 PrTV-G genannten (technischen) Angaben (anders als in Verfahren nach dem PrR-G) auf Grund der späteren Planungstätigkeit mit der Regulierungsbehörde (§ 25a Abs. 6 PrTV-G) unstrittiger Weise später abgeändert werden könnten.

Diese Argumentation überzeugt nicht. Aus der Komplexität der Materie alleine ist nichts zu gewinnen. Das Verfahren zur Erteilung einer terrestrischen Multiplex-Zulassung ist erkennbar jenem zur Erteilung von Hörfunkzulassungen nachgebildet und parallel aufgebaut:

Vor Eingang in das Auswahlverfahren ist neben anderen gesetzlichen Voraussetzungen die Glaubhaftmachung der fachlichen/technischen, finanziellen und organisatorischen Voraussetzungen zu prüfen (§ 5 Abs. 3 PrR-G, § 23 Abs. 2 PrTV-G). Erfüllen mehrere Antragsteller diese Voraussetzungen, so ist unter ihnen ein Auswahlverfahren nach definierten Kriterien durchzuführen (§ 6 PrR-G; § 25a Abs. 2 PrTV-G). In beiden Verfahrenstypen ist auch die Erteilung von Auflagen vorgesehen (§ 3 Abs. 2 PrR-G, § 25a Abs. 5 PrTV-G).

Beim gegenständlichen Verfahren handelt es sich unzweifelhaft im selben Maße um ein Wettbewerbsverfahren, auf das die Überlegungen zur Anwendung des § 13 Abs. 8 AVG – nämlich die Unzulässigkeit des Nachbesserns des eigenen Konzeptes „nach Bedarf“ im Zuge des Verfahrens – uneingeschränkt übertragen werden können. Es gibt keinen gesetzlichen Anhaltspunkt dafür, dass trotz identischem Aufbau des Verfahrens (im Vergleich zum Privatradiogesetz) die Regelungen zur grundlegenden Antragsänderungen gar nicht oder anders anzuwenden wären.

An diesem Ergebnis kann auch nicht ändern, dass die Behörde allenfalls – nach Ermittlung des am besten den Auswahlkriterien entsprechenden Konzeptes – dessen Umsetzung durch die Vorschreibung von Auflagen im Sinne gesetzlicher Vorgaben zu modifizieren hätte.

Im Falle der (technischen) Angaben nach § 23 Abs. 3 Z 4 PrTV-G besteht für eine Antragsänderung tatsächlich ein weiterer Spielraum als bei Hörfunkzulassungen, da eine detaillierte Prüfung der technischen Realisierbarkeit mit der Erteilung der fernmelderechtlichen Bewilligung zu erfolgen hat, die – hier anders als dort – nicht zwingend gemeinsam mit der Zulassung zu erteilen ist. Im Gegenteil: Teil der ausgeschriebenen Zulassung ist nach § 25a Abs. 1 PrTV-G auch die erst durchzuführende (Detail-)Planung, und nach § 25a Abs. 6 PrTV-G sind die technischen Planungsarbeiten vom Multiplex-Betreiber (also dem Zulassungsinhaber nach Zulassungserteilung) in Zusammenarbeit mit der Regulierungsbehörde durchzuführen. Damit ist die technische Realisierbarkeit der angestrebten Detailbewilligungen keine gesetzliche Voraussetzung für die Erteilung der Multiplex-Zulassung und damit auch nicht für den Zugang zum Auswahlverfahren. Dies steht aber der Anwendung der Kriterien für wesentliche Änderungen auf sämtliche anderen zu beurteilenden Aspekte nicht entgegen.

Daher sind im Folgenden alle Änderungen der beantragten Konzepte darauf zu prüfen, ob es sich um wesentliche (und damit nicht zu berücksichtigende) Antragsänderungen handelt.

Änderung in den indirekten Eigentümern der MEDIA BROADCAST GmbH

Zum Ende der Antragsfrist stand die (nunmehrige) MEDIA BROADCAST GmbH im indirekten Eigentum der Deutschen Telekom AG. Bereits zuvor wurde jedoch der Verkaufsprozess eingeleitet (Zusammenschlussanmeldung bei der Europäischen Kommission vom 29.11.2007) und nach Freigabe durch die Europäische Kommission vom 07.01.2008 am 15.01.2008 abgeschlossen, sodass die Antragstellerin nunmehr im indirekten Eigentum der TDF steht.

Änderungen in den Eigentumsverhältnissen stellen (auch wenn sie im Antrag angekündigt sind) grundsätzlich Antragsänderungen dar, da die Offenlegung der aktuellen Eigentumsverhältnisse (hier nach § 23 Abs. 3 Z 2 PrTV-G) Teil des Antrags ist (VwGH 15.9.2006, Zl. 2005/04/0120).

Im vorliegenden Fall ist diese Antragsänderung jedoch nicht wesentlich: Weder vor noch nach der Eigentumsänderung bestanden unzulässige Verbindungen zu anderen Personen (etwa nach § 25a Abs. 8 PrTV-G). Weiters gelingt die Glaubhaftmachung der finanziellen Voraussetzungen in gleichem Ausmaß bei Zugehörigkeit zum Konzern der Deutschen

Telekom AG als auch zu jenem der TDF: Die Antragstellerin beruft sich in ihrem Antrag oder sonstigen Vorbringen nicht etwa darauf, dass mit der TDF (nunmehr) die Finanzierung gesichert sei, auch von den wirtschaftlichen Amtssachverständigen wird das finanzielle Konzept in beiden Konstellationen gleich bewertet. Im Rahmen der konkreten Auswahlentscheidung in diesem Verfahren kommt der konkreten Eigentümerstruktur und vor allem deren Änderung keine Entscheidungsrelevanz zu. Da die Eigentumsänderung somit insgesamt ohne Einfluss auf die Entscheidung in diesem Verfahren ist, muss sie in der Folge nicht außer Betracht zu bleiben.

Darüber hinaus stellen Änderungen in der Eigentümerstruktur, die einem zwingend vorgeschriebenen behördlichen Genehmigungsverfahren (hier: der gemeinschaftsrechtlichen Fusionskontrolle) unterliegen, das bereits vor Ende der Antragsfrist eingeleitet wurde, keine grundlegende Antragsänderung dar, da die Behörde von einer gesicherten Grundlage zur Eigentümerzusammensetzung ausgehen kann (BKS 8.9.2006, GZ 611.092/0004-BKS/2006).

Roll-Out-Planung der Mobile TV Infrastruktur GmbH

Der Antrag der Mobil TV Infrastruktur GmbH enthielt zum Umfang und zur zeitlichen Planung des Roll-Outs Angaben zu 19 Standorten, die in „Phase 1“ in Betrieb genommen werden sollen, und zum dadurch erreichten Versorgungsgrad von 55,85 % der Bevölkerung. Angaben zum Zeitpunkt, an diese Versorgung aufgebaut sein soll, sowie zu weiteren Phasen wurden zu diesem Zeitpunkt nicht gemacht.

Erst im Rahmen der Befunderhebung durch den technischen Amtssachverständigen (insbesondere einer Besprechung mit Vertretern der Antragstellerin am 21.01.2008) wurden die zeitliche Planung des Roll-Outs (Phase 1 bis Ende 2008) dargestellt sowie Angaben zu den Phasen 2 und 3 gemacht. Weiters wurde zu diesem Zeitpunkt angegeben, dass bis zum Start der Fußball-Europameisterschaft in allen Landeshauptstädten erste Senderstandorte zumindest im Probetrieb in Betrieb gehen sollen.

Erst im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 12.02.2008 wurde eine Aufstellung der davon offenbar betroffenen zehn Sendestandorte nahe der Landeshauptstädte und der dadurch erreichte Versorgungsgrad von 45,83 % der Bevölkerung vorgelegt. Das zugleich vorgelegte Angebot der ORS vom 11.02.2008 sichert bis zum 01.06.2008 lediglich eine Realisierung der „Sendestandorte der ORS nahe den UEFA Euro 2008 Spielstätten“ (also offenbar lediglich in Wien, Salzburg, Klagenfurt und Innsbruck) zu, sodass zu diesem Zeitpunkt nicht geklärt war, in welchem Umfang die Mobile TV Infrastruktur GmbH den Aufbau bis Juni 2008 plante. Erst in der Stellungnahme vom 19.02.2008 legte die Mobile TV Infrastruktur GmbH ein geändertes Angebot der ORS vom 18.02.2008 vor, das nunmehr sämtliche (zum Teil modifizierte) zehn Sendestandorte der „Phase EM“ zum 01.06.2008 umfasste.

Die Auswahlkriterien nach § 5 Abs. 2 Z 1 MUX-AG-V 2007 lauten:

- „a) eine Versorgung von 50 vH der österreichischen Bevölkerung innerhalb eines Jahres ab Rechtskraft der Zulassung;*
- b) den Ausbau der Versorgung außerhalb städtischer Ballungszentren, insbesondere entlang von Hauptverkehrslinien und in weniger dicht besiedelten Gebieten mit nach Zeitpunkt und Umfang definierten Ausbaustufen;*
- c) einen weiteren Ausbau entsprechend der Nachfrage durch Rundfunkveranstalter und Programmaggagatoren.“*

Mit den Angaben im Antrag konnte Erfüllung des Kriteriums lit. a nicht angenommen werden, da nicht festgelegt wurde, wann die Versorgung mit Phase 1 hergestellt sein sollte. Durch fehlende Angaben zu allfälligen weiteren Ausbaustufen konnte auch die Erfüllung der Kriterien lit. b und c nicht angenommen werden.

Die später gemachten Angaben (zunächst zur zeitlichen Planung von Phase 1 und zu den Phasen 2 und 3, sowie später zum Ausbau bis Juni 2008) stellen damit unzweifelhaft wesentliche Antragsänderungen dar, zumal sie die Position im Auswahlverfahren verbessern würden. Da sie nach Ende der Antragsfrist erfolgt sind, sind sie in der Folge nicht zu berücksichtigen (vgl. dazu die zitierte Rechtsprechung des VwGH oben).

Technische Parameter der Mobile TV Infrastruktur GmbH

Auf Grund der Ausführungen des technischen Amtssachverständigen im Gutachten und in der mündlichen Verhandlung betreffend mögliche Schwierigkeiten bei der Implementierung der technischen Parameter nach dem Konzept der Mobile TV Infrastruktur GmbH hat diese in der Stellungnahme vom 19.02.2008 Folgendes ausgeführt:

„Es sollte unserer Ansicht nach kein Problem darstellen, jederzeit vom 4k-Modus auf den 8k-Modus umzusteigen, falls tatsächlich die vom Gutachter vermuteten Eigeninterferenzen auftreten. (...) Wenn die Behörde die Wahl von 16-QAM dennoch als nachteilig für DVB-H ansehen sollte, wäre es für uns ganz leicht, auf QPSK umzustellen.“

Die MEDIA BROADCAST GmbH erblickt darin eine wesentliche Antragsänderung. Dieser Einschätzung kann jedoch nicht gefolgt werden: Offenbar wird nur angegeben, dass die ursprüngliche technische Planung dann geändert wird, wenn in der Umsetzung Eigeninterferenzen auftreten bzw. wenn die Behörde auf einer Änderung (offenbar per Auflage) bestehen würde. Damit ist aber noch keine Änderung des Antragskonzeptes verbunden. Die Antragstellerin geht offenbar selbst weiter von den ursprünglichen technischen Parametern des Antrags aus, zumal die dortige Wahl (insbesondere im Hinblick auf die Modulation) auch verteidigt wird.

Eintritt der mobilkom austria AG als Programmaggregator der Mobile TV Infrastruktur GmbH

Im ursprünglichen Antrag der Mobile TV Infrastruktur GmbH bestand lediglich mit der Little Hollywood eine Vereinbarung als Programmaggregator. Diese hat in § 6 (Öffnungsklausel) vorgesehen, dass namentlich genannte Mobilfunkbetreiber als weitere Programmaggregatoren hinzutreten können, ihnen gegebenenfalls andere Konditionen eingeräumt werden können und dass nach Ansicht der Mobile TV Infrastruktur GmbH ein Anspruch gegen die mobilkom austria Aktiengesellschaft und die (richtig:) T-Mobile Austria GmbH auf diese Teilnahme bestehe.

Mit Schriftsatz vom 21.02.2008 hat die Mobile TV Infrastruktur GmbH ein Schreiben der mobilkom austria Aktiengesellschaft vom 11.02.2008 vorgelegt, nach der diese im Fall der Zulassungserteilung an die Mobile TV Infrastruktur GmbH der genannten Vereinbarung als Programmaggregator beitreten werde. Begleitend zur Vorlage führt die Mobile TV Infrastruktur GmbH dazu aus, dass in diesem Beitritt keine Antragsänderung vorliegt, da die Bestimmungen der Öffnungsklausel den Vertragsbeitritt der mobilkom bereits als gewiss vorausgesetzt haben. Der Beitritt aller Mobilfunkbetreiber wäre sei darüber hinaus auch dem Budget zu Grunde gelegen.

Gemäß § 25a Abs. 2 PrTV-G ist die Erfüllung der Auswahlkriterien „auf Grund der vorgelegten Vereinbarungen mit Programmaggregatoren und Rundfunkveranstaltern“ zu beurteilen.

Es ist daher unzweifelhaft, dass die Berücksichtigung eines weiteren – wesentlichen – Programmaggregators die Position des Antragstellers im Auswahlverfahren verbessert. Die Erfüllung der Auswahlkriterien ist „auf Grund der vorgelegten Vereinbarungen“, somit auch im Hinblick auf die konkrete Person des oder der Programmaggregatoren zu prüfen (vgl.

dazu auch weiter oben die Ausführungen zur Rolle der Little Hollywood). Auf die Relevanz der konkret beteiligten Programmaggregatoren für die Beurteilung der Plausibilität des Budget (und damit der finanziellen Voraussetzungen) hat die Mobile TV Infrastruktur GmbH selbst hingewiesen.

Die Tatsache, dass die Antragstellerin selbst davon ausgeht, dass wesentliche Mobilfunkanbieter (im Falle der Zulassungserteilung) mit ihr als Programmaggregatoren kooperieren werden, führt nicht dazu, dass der erst im Laufe des Verfahrens nachgewiesene Eintritt dieser Erwartung keine Änderung der Beurteilung des Konzeptes (und damit keine Antragsänderung) indiziert. Zur Irrelevanz der Ankündigung von Antragsänderung im Antrag selbst vgl. auch die oben bereits zitierten Entscheidungen BKS 25.4.2005, GZ 611.079/0001-BKS/2004 und VwGH 15.9.2006, ZI. 2005/04/0120.

Die (erst für den Fall der Zulassungserteilung angekündigte) Teilnahme der mobilkom austria Aktiengesellschaft als Programmaggregator im Konzept der Mobile TV Infrastruktur GmbH ist somit als wesentliche Antragsänderung (nach Ende der Antragsfrist) in der Folge nicht weiter zu berücksichtigen.

Damit kann dahingestellt bleiben, ob die Teilnahme der mobilkom überhaupt eine andere Entscheidung bewirken würde: Die Glaubhaftmachung der finanziellen Voraussetzungen wird auch ohne die Teilnahme in der Phase des Zulassungsverfahrens als gegeben beurteilt (siehe unten). Das Konzept selbst, das an den Auswahlkriterien zu messen ist, hat sich durch die Teilnahme der mobilkom alleine nicht geändert; zumindest wurden seitens der Antragstellerin keine diesbezüglichen Angaben gemacht. Die Größe der Kundenbasis der an den Anträgen jeweils beteiligten Programmaggregatoren ist jedenfalls kein Auswahlkriterium, solange die vorgelegten Konzepte – was im gegenständlichen Verfahren durchgehend der Fall ist – eine spätere Kooperation mit weiteren Mobilfunkbetreibern (etwa als Programmaggregatoren) vorsieht, um keinen Mobilfunkkunden vom Mobile-TV-Empfang auszuschließen (vgl. § 5 Abs. 2 Z 5 lit. d MUX-AG-V 2007 und die zugehörigen Erläuterungen).

Verfügbarkeit von Sendestandorten im Konzept der MEDIA BROADCAST GmbH

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH hat im Schriftsatz vom 21.02.2008 unter Bezug auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (offenbar zur wesentlichen Antragsänderung) vorgebracht, bei strenger Auslegung sei der Antrag der MEDIA BROADCAST GmbH zurückzuweisen, da dieser die Verfügbarkeit von geplanten Standorten (insbesondere Wien-Arsenal, Graz-Griesplatz und Salzburg-Untersberg) nicht belege. Vielmehr verweise die MEDIA BROADCAST GmbH selbst auf deren mangelnde Verfügbarkeit. Im Schriftsatz vom 25.02.2008 wiederholt die Mobile TV Infrastruktur GmbH diesen Vorwurf.

Worin hier eine Antragsänderung liegen soll, kann die Behörde nicht erkennen. Wenn die Mobile TV Infrastruktur GmbH darauf abzielt, dass das geplante Konzept sogar nach dem Vorbringen der Antragstellerin nicht realisierbar sei, so wird übersehen, dass der Antrag der MEDIA BROADCAST GmbH selbst (in den Anlagen E.1 bis E.3) umfassend durchgeplante Alternativszenarien für den Fall der Nichtverfügbarkeit dieser Standorte vorsieht.

Darüber hinaus lag die von der MEDIA BROADCAST GmbH in ihrem Antrag dargelegte Schwierigkeit bei den genannten Standorten in der schwierigen Verhandlungssituation mit der Standortbetreiberin Telekom Austria TA AG im Vorfeld der Antragstellung. Die MEDIA BROADCAST GmbH hat zutreffender Weise darauf hingewiesen, dass ihr im Zulassungsfall ein gesetzlicher Anspruch auf Mitbenutzung dieser Standorte nach § 8 Abs. 2 TKG 2003 zustehen würde. Die Dauer eines entsprechenden Verfahrens wäre bei der Ermittlung der Dauer zum Aufbau der Versorgung nicht einzubeziehen (§ 5 Abs. 2 Z 1 MUX-AG-V 2007 am Ende).

Wie bereits oben zu den Unterlagen nach § 23 Abs. 3 Z 4 PrTV-G ausgeführt, ist die Realisierbarkeit konkreter Funkanlagen (bei grundsätzlich gegebener Realisierbarkeit des Gesamtkonzeptes) nicht Gegenstand des Multiplex-Zulassungsverfahrens, zumal gemäß § 25a Abs. 6 PrTV-G die technischen Planungsarbeiten vom Multiplex-Betreiber (also dem Zulassungsinhaber nach Zulassungserteilung) in Zusammenarbeit mit der Regulierungsbehörde durchzuführen sind und Teil der ausgeschriebenen Zulassung nach § 25a Abs. 1 PrTV-G auch die erst durchzuführende (Detail-)Planung ist.

Wäre die Verfügbarkeit der Standorte zum Ende der Antragsfrist tatsächlich eine Zulassungsvoraussetzung, so wäre diese auch von der Mobile TV Infrastruktur GmbH nicht erfüllt worden: Im Gegensatz zur MEDIA BROADCAST GmbH konnte diese nämlich nicht einmal Vorgespräche mit der ORS als Betreiberin der geplanten Standorte dokumentieren. Erst im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 12.02.2008 wurde ein entsprechendes Angebot der ORS vorgelegt; bei der von der Mobile TV Infrastruktur GmbH unterstellten Relevanz dieses Aspektes wäre dieses Angebot aber als grundlegende Antragsänderung nach § 13 Abs. 8 AVG gerade nicht zu berücksichtigen.

Bei richtiger Betrachtung kann dieses Angebot der ORS aber – genauso wenig wie die offenbar nunmehr aufgenommenen Verhandlungen der MEDIA BROADCAST GmbH mit der Telekom Austria TA AG (so die MEDIA BROADCAST GmbH in der mündlichen Verhandlung) – keine grundlegende Antragsänderung darstellen, da es die Zulässigkeit des Antrags und die Position im Auswahlverfahren nicht verbessert.

Lage des Playout-Centers der MEDIA BROADCAST GmbH

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH hat in ihrem Schriftsatz vom 25.02.2008 vorgebracht, das Playout-Center der MEDIA BROADCAST GmbH als zentraler Bestandteil der Multiplex-Plattform liege im Ausland (Uisingen, Deutschland), was „der Absicht des Gesetzgebers zuwider“ laufe, die Rechtsaufsicht der KommAustria über die Multiplex-Plattform vereitle und überhaupt die Zuständigkeit der KommAustria für die Bewilligung (als „wesentlichen Bestandteil einer Funkanlage gemäß § 3 Z 6 TKG“) in Frage stelle.

Es bleibt unklar, ob die Mobile TV Infrastruktur GmbH der MEDIA BROADCAST GmbH damit die Erfüllung gesetzlicher Voraussetzungen absprechen oder einen Aspekt für die Beurteilung im Auswahlverfahren aufzeigen möchte (ohne darzulegen, auf welches der Auswahlkriterien sich dies auswirkt).

Einschränkungen hinsichtlich der möglichen Lage des Playout-Centers sind – wie die Mobile TV Infrastruktur GmbH selbst zugesteht – dem Gesetz nicht zu entnehmen. Dieses enthält (anders als bei Rundfunkveranstalterzulassungen) auch keine Voraussetzungen hinsichtlich des Unternehmenssitzes selbst.

Auch ist das Playout-Center zweifellos kein Teil einer Funkanlage: eine solche ist nach § 3 Z 6 TKG 2003 „ein Erzeugnis oder ein wesentlicher Bauteil davon, der in dem für terrestrische/satellitengestützte Funkkommunikation zugewiesenen Spektrum durch Ausstrahlung und/oder Empfang von Funkwellen kommunizieren kann“. Dass das Playout-Center, das die Bündelung der Programme und die Herstellung des Datenstroms für die Programmausstrahlung besorgt, selbst nicht mittels Funkwellen kommunizieren kann, ist evident. Es ist aber auch kein wesentlicher Bestandteil der im Konzept der Antragstellerin vorgesehenen Funkanlagen (Satellitensendestation, Satellitenempfangsstationen, terrestrische Sendeanlagen), da diese jeweils auch ohne ein Playout-Center zur Ausstrahlung bzw. zum Empfang von (allenfalls einen anderen Inhalt umfassender) Funkwellenkommunikation fähig sind. Daher ist ein Playout-Center an sich nicht bewilligungspflichtig, weshalb sich die Frage der territorialen Zuständigkeit nicht stellt.

Die Bewilligung der (in Österreich befindlichen) terrestrischen Funkanlagen liegt unzweifelhaft in der territorialen Zuständigkeit der Republik Österreich und damit der

KommAustria. Durch den unmittelbaren Zugriff auf diese Funkanlagen (nämlich die Möglichkeit des Bewilligungszuges und dessen zwangsweisen Durchsetzung) ist auch eine effektive Rechtsaufsicht der KommAustria gewährleistet.

Schließlich ist für die Behörde kein Kriterium im Rahmen des Auswahlverfahrens nach § 25a Abs. 2 PrTV-G bzw. § 5 Abs. 2 MUX-AG-V 2007 ersichtlich, das unmittelbar auf die Lage des Multiplex-Centers abstellt. Soweit indirekte Effekte (etwa durch die erforderliche Programmzubringung der Rundfunkveranstalter und damit deren Kosten im Sinne des § 5 Abs. 2 Z 6 lit. g MUX-AG-V 2007) entstehen könnten, werden diese durch die Einrichtung des lokalen Playout-Centers in Wien verhindert.

Technische, finanzielle und organisatorische Voraussetzungen

Allgemeines

Gemäß § 23 Abs. 2 PrTV-G hat der Antragsteller glaubhaft zu machen, dass er die technischen, finanziellen und organisatorischen Voraussetzungen für die kontinuierliche Verbreitung der digitalen Programme und Zusatzdienste erfüllt.

Die Wortfolge „glaubhaft zu machen“ ist dahingehend zu verstehen, dass der Antragsteller die Behörde von der Wahrscheinlichkeit – und nicht etwa von der Richtigkeit – des Vorliegens einer bestimmten Tatsache zu überzeugen hat. Damit ist aber die Pflicht des Antragstellers verbunden, initiativ alles darzulegen, was für das Zutreffen der Voraussetzungen spricht und diesbezüglich konkrete Umstände anzuführen, die objektive Anhaltspunkte für das Vorliegen dieser Voraussetzungen liefern (so VwGH 15.9.2004, ZI. 2002/04/0201, zur entsprechenden Bestimmung des § 4 Abs. 2 PrTV-G).

MEDIA BROADCAST GmbH

An der Erfüllung der technischen Voraussetzungen für den geplanten Betrieb durch die MEDIA BROADCAST GmbH besteht kein Grund zum Zweifel: Sie verfügt über langjährige Erfahrung im Betrieb von ausgedehnten, landesweiten Rundfunknetzen sowie der mit der Digitalisierung verbundenen Einrichtungen, insbesondere auch mit der DVB-H-Ausstrahlung. Die Fachkunde zeigt sich auch am sorgfältig ausgearbeiteten technischen Konzept im Rahmen des Antrags, das vom technischen Amtssachverständigen durchwegs positiv beurteilt wurde.

Für die konkrete Umsetzung wurden darüber hinaus Gespräche und Vertragsverhandlungen mit namhaften Unternehmen, wie der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG oder Alcatel Lucent geführt, die ihrerseits keinen Zweifel an ihren fachlichen Kompetenzen aufkommen lassen.

Hinsichtlich der finanziellen Voraussetzungen ist die vorgelegte Planrechnung und das dahinterliegende finanzielle Konzept als plausibel zu bewerten. Die dafür erforderliche Bonität ist nach den Feststellungen der wirtschaftlichen Amtssachverständigen – sowohl zum Zeitpunkt der Antragstellung unter der Deutschen Telekom AG als auch nach dem Wechsel in den Konzern der TDF – als gegeben zu erachten.

Die Annahmen in der finanziellen Planung, insbesondere hinsichtlich der Kundenentwicklung, beruhen auf vorsichtigen Schätzungen. Sie nehmen dabei nur die Teilnahme der bereits vertraglich gebundenen Programmaggregatoren Hutchison 3G Austria und ONE GmbH an und beziehen sich nur auf deren Kundenbasis. Der – mögliche und angestrebte – Zutritt jedes weiteren Mobilfunkbetreibers als Programmaggregator führt zu zusätzlichen Einnahmen des Antragstellers bei wohl vernachlässigbar geringen zusätzlichen Kosten.

Das mehrfache Vorbringen der Mobile TV Infrastruktur GmbH, dass, falls andere Mobilfunkbetreiber (namentlich die mobilkom austria Aktengesellschaft und die T-Mobile Austria GmbH) nicht zur Leistung der im Konzept der MEDIA BROADCAST GmbH vorgesehenen Beiträge (z.B. 4,50 Euro pro Kunde und Monat im Jahr 2008) bereit wären, wegen der den bestehenden Aggregatoren eingeräumten Meistbegünstigung das Budget der MEDIA BROADCAST GmbH nicht zu halten sei, ist unzutreffend.

Die finanzielle Planung basiert allein auf der – vertraglich gesicherten – Teilnahme der Hutchison 3G Austria GmbH und der ONE GmbH und ist daher auch ohne Beteiligung weiterer Mobilfunkbetreiber umsetzbar. Es ist nicht davon auszugehen, dass die MEDIA BROADCAST GmbH daher gezwungen wäre, allfällige geringere Beiträge hinzutretender Programmaggregatoren zu akzeptieren; so wie sie überhaupt nicht auf das Hinzutreten weiterer Programmaggregatoren angewiesen ist.

Auf den Beweisantrag der Mobile TV Infrastruktur GmbH hinsichtlich der Ermittlung der Tatsache, ob bei den weiteren Mobilfunkbetreibern ein Preis von 4,50 Euro zu erzielen wäre, war daher mangels Relevanz nicht einzugehen.

Ebenso ohne Relevanz ist daher das – völlig unbelegte – Vorbringen der Mobile TV Infrastruktur GmbH im Schriftsatz vom 25.02.2008, mobilkom und T-Mobile würden das Konzept der MEDIA BROADCAST GmbH „sogar ablehnen“ und damit fielen 75 % aller möglichen Kundenbeziehungen weg: Das finanzielle Konzept beruht (Im Gegensatz zu jenem der Mobile TV Infrastruktur GmbH) gerade nicht auf ungesicherten Annahmen über die Unterstützung durch weitere Mobilfunkbetreiber.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Vorliegen der finanziellen Voraussetzungen für die geplanten Aussendungen – insbesondere auf Grund der vorsichtigen Planrechnung, die auf vertraglich abgesicherten Grundlagen beruht – als erwiesen angenommen wird.

In organisatorischer Hinsicht konnte die MEDIA BROADCAST GmbH einerseits auf langjähriger Erfahrung in der Abwicklung der beantragten Tätigkeiten, weiters auf die zum Teil mögliche Mitbenutzung bestehender Anlagen (insbesondere im Rahmen des zentralen Playout-Centers in Usingen) und schließlich auf die plausible Darstellung des eigenen Aufbaus eines Field-Service bzw. alternativ der Beauftragung konkreter Unternehmen in Österreich verweisen. Die Glaubhaftmachung der organisatorischen Voraussetzungen ist daher jedenfalls gelungen.

Mobile TV Infrastruktur GmbH

In technischer Hinsicht ist zunächst festzuhalten, dass die Mobile TV Infrastruktur GmbH in ihrem Zulassungsantrag davon ausgeht, dass hinsichtlich der Sendeanlagen und der Zubringung zu den Sendeanlagen die komplette Infrastruktur der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG (ORS) genutzt werden soll. Dementsprechend bezieht sich auch der geplante Personalstand (im Bereich Technik) lediglich auf den Betrieb des Multiplex-Centers (Playout-Center).

Die fachliche Kompetenz der ORS auf dem Gebiet der Rundfunkverbreitung ist unbestritten. Insofern bezieht sich die bei der Antragstellerin darzulegende technische Fachkunde einerseits auf die technische Konzeption und andererseits auf den laufenden Betrieb des Multiplex-Centers. Auf Grund der dargelegten Erfahrung in den Konzernen der Gesellschafter der Mobile TV Infrastruktur GmbH, die sich (zumindest auch in der Vergangenheit) mit dem Betrieb von Kommunikationsinfrastrukturen befasst haben, kann mit dem für eine Glaubhaftmachung erforderlichen Überzeugungsgrad davon ausgegangen werden, dass die Fachkunde für den Betrieb des Multiplex-Centers (das im Kern eine Rechneranlage darstellen wird) aufgebaut werden kann.

Hinsichtlich der fachlichen Voraussetzungen für die technische Konzeption kann auf die diesbezügliche, grundsätzlich positive Bewertung des technischen Amtssachverständigen verwiesen werden. Die im Gutachten aufzeigten (und grundsätzlich leicht behebbaren) Schwierigkeiten bei der Implementierung der gewählten Parameter erschüttern das Vertrauen in die entsprechende Qualifikation nicht in einem Ausmaß, das die Glaubhaftmachung der technischen Voraussetzungen entfallen ließe.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass das bei der ORS eingeholte Angebot zur Abwicklung des Sendebetriebs vom 11.02.2008 neben „Sendernetz und Versorgung“ auch die Realisierung „Infrastruktur Multiplex-Center“ und „Infrastruktur Übertragungswege“ umfasst, sodass die Antragstellerin offenbar nunmehr plant, die gesamten technische Abwicklung (inkl. des Playout-Centers) von der ORS besorgen zu lassen. Damit verbleiben ihr selbst keine technischen Aufgaben beim Betrieb.

In finanzieller Hinsicht ist zunächst festzuhalten, dass auf Grund der vorgelegten Finanzierungsbestätigungen der Konzerngesellschaften der Gesellschafter der Antragstellerin und deren anzunehmender Finanzkraft die erforderliche Bonität in Bezug auf die vorgelegte Planrechnung anzunehmen ist.

Die Planrechnung selbst wurde von den wirtschaftlichen Amtssachverständigen als plausibel beurteilt. Diese Beurteilung geht jedoch (hinsichtlich der zentralen Frage der zu erwartenden Kundenentwicklung) von der Teilnahme zumindest eines Großteils der österreichischen Mobilfunkbetreiber aus. Selbst unter dieser Prämisse wird die angenommene Kundenentwicklung als sehr optimistisch, wenn auch noch innerhalb der Plausibilitätsgrenzen angenommen. Das gesamte Geschäftsmodell der Antragstellerin ist in hohem Maße von dieser, aus Gutachtersicht optimistischen Prognose abhängig.

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH hat selbst mehrmals vorgebracht, dass ihre Planrechnung auf der Teilnahme von wesentlichen Mobilfunkbetreibern beruht. Sie geht auch davon aus, dass im Falle einer Zulassungserteilung eine Kooperation mit den Mobilfunkbetreibern erfolgen wird bzw. dass ihr in Einzelfällen ein Anspruch darauf zukommt.

Die Teilnahme der wesentlichen Mobilfunkbetreiber war (zum Ende der Antragsfrist) nicht vertraglich gesichert, sondern beruhte auf der Erwartung der Antragstellerin und einem behaupteten diesbezüglichen kartellrechtlichen Anspruch.

Im Bereich der Glaubhaftmachung der finanziellen Voraussetzungen ist jedoch kein allzu strenger Maßstab anzulegen, die Anforderungen sind daher nicht zu überspannen (vgl. diesbezüglich z.B. für den Bereich des Privatfernsehens BKS 22.4.2002, GZ 611.181/007-BKS/2002; BKS 1.10.2002, GZ 611.185/001-BKS/2002), insbesondere sind im Vergleich zur Veranstaltung von Rundfunk ein wesentlich höherer Kapitaleinsatz und folglich auch ein höheres unternehmerisches Risiko anzunehmen.

Zur Glaubhaftmachung der finanziellen Voraussetzungen kann daher die Annahme der (späteren) Teilnahme von Mobilfunkbetreibern als zulässig angesehen werden. Sie ist nach Ansicht der Behörde auch nicht völlig aus der Luft gegriffen, auch wenn sie von ihr nicht mit der Sicherheit angenommen wird, wie von der Antragstellerin.

Der Berücksichtigung liegt weiters die Überlegung zu Grunde, dass die Erfüllbarkeit der finanziellen Voraussetzungen (und damit die Zulässigkeit des Antrags) nicht davon abhängen soll, ob die wesentlichen Mobilfunkbetreiber das Vorhaben des Antragstellers schon in der Bewerbungsphase unterstützen. Dies würde zu einer unangemessenen Einschränkung der Möglichkeit zur Antragstellung und Verhandlungsmacht der Mobilfunkbetreiber führen.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Annahme des Beitritts von Mobilfunkbetreibern für das weitere Verfahren nicht als Grundlage herangezogen werden kann, zumal im Auswahlverfahren ausdrücklich auf die tatsächlich vorgelegten Vereinbarungen Bedacht zu nehmen ist (vgl. den Einleitungssatz des § 25a Abs. 2 PrTV-G).

Auf Grund der Tatsache, dass die Planrechnung der Mobile TV Infrastruktur GmbH – anders als jene der MEDIA BROADCAST GmbH – zentral von Annahmen ausgeht, die nicht mit der notwendigen Sicherheit als gegeben angesehen werden können und da selbst bei Eintreffen dieser Annahmen die getroffene Prognose noch als optimistisch zu bewerten ist, kann die Erfüllung der finanziellen Voraussetzungen nur mit deutlich geringerer Wahrscheinlichkeit als bei der MEDIA BROADCAST GmbH angenommen werden, sodass die Glaubhaftmachung im konkreten Fall als gerade noch gelungen zu gelten hat.

In organisatorischer Hinsicht hat die Antragstellerin in plausibler Weise dargelegt, wie der Betrieb in personeller und räumlicher Hinsicht aufgebaut werden soll. Auf Grund der Auslagerung wesentlicher Funktionen (insbesondere des Sendebetriebs) an die ORS konnten sich die diesbezüglichen Planungen und Angaben auf die kaufmännische Abwicklung und den Betrieb des Multiplex-Centers beschränken. Die Glaubhaftmachung der organisatorischen Voraussetzungen ist daher als gelungen anzusehen.

Auswahlentscheidung (Spruchpunkte 1 und 5)

Allgemeines

Da somit beide Anträge die gesetzlichen Voraussetzungen (insbesondere die Glaubhaftmachung nach § 23 Abs. 2 PrTV-G) erfüllen, ist gemäß § 25a Abs. 2 PrTV-G ein Auswahlverfahren durchzuführen, in dem einem Antragsteller der Vorzug einzuräumen ist (Zulassungserteilung nach Spruchpunkt 1). Dies führt zur Abweisung aller anderen verbliebenen Antragsteller (Spruchpunkt 5).

Gemäß § 25a Abs. 3 PrTV-G waren die Auswahlgrundsätze des § 25a Abs. 2 (Z 1 bis 6) PrTV-G mit Verordnung der KommAustria näher festzulegen. § 5 Abs. 2 MUX-AG-V 2007 enthält die hier anzuwendenden näheren Festlegungen. Die durch Literae unterteilten Ziffern dieser Bestimmung entsprechen den Ziffern des § 25a Abs. 2 PrTV-G, sodass aus Übersichtlichkeitsgründen in der Folge regelmäßig nur mehr auf die Verordnung Bezug genommen wird.

Im Auswahlverfahren ist nach § 25a Abs. 2 PrTV-G auf Grund der vorgelegten Vereinbarungen (mit Programmaggregatoren und Rundfunkveranstaltern) zu beurteilen, wer die jeweiligen Kriterien besser gewährleistet. Beide Antragsteller sehen in ihren Programmaggregatorverträgen vor, dass (weitere) Mobilfunkbetreiber als zusätzliche Programmaggregatoren beitreten können. Im Rahmen der Auswahlentscheidung kann jedoch nur auf die konkret getroffenen Vereinbarungen Rücksicht genommen werden. (Zur mangelnden Relevanz des für den Fall der Zulassungserteilung an die Mobile TV Infrastruktur GmbH angekündigten Beitritts der mobilkom austria Aktiengesellschaft siehe bereits oben.)

In der Folge werden die Konzepte der beiden Antragsteller anhand der näheren Festlegungen der Auswahlgrundsätze in der MUX-AG-V 2007 miteinander verglichen. Der Vorrang ist jenem Antragsteller einzuräumen, der diese Festlegungen insgesamt besser gewährleistet.

Versorgungsgrad (Z 1)

„einen rasch erreichten, möglichst flächendeckenden Versorgungsgrad der Bevölkerung unter Bedachtnahme auf einen kontinuierlichen Ausbau auch außerhalb der städtischen Ballungszentren“

- a) eine Versorgung von 50 vH der österreichischen Bevölkerung innerhalb eines Jahres ab Rechtskraft der Zulassung;

Für die Annahme der Versorgung wurde in der MUX-AG-V 2007 ein Maßstab festgelegt (Outdoor-Empfang, Klasse A, Ortswahrscheinlichkeit 70 %), der vergleichsweise großzügig bei der Annahme einer Versorgung im Rahmen von Simulationsrechnungen ist. Bei gegebenem Outdoor-Empfang ist demnach – darauf weisen alle Antragsteller zu Recht hin – nicht im gesamten Gebiet auch von mobilem oder Indoor-Empfang auszugehen. Dieser Maßstab soll jedoch primär der Vergleichbarkeit der Angaben in den einzelnen Anträgen dienen; es obliegt den Antragstellern im eigenen Interesse, die Versorgung bei Bedarf entsprechend quantitativ und qualitativ auszudehnen.

Die MEDIA BROADCAST GmbH sieht in ihrem Antrag die Erreichung einer Versorgung von 45,0 % der Bevölkerung (Phase I) im Juni 2008 (zur Fußball-Europameisterschaft) und von 57,9 % der Bevölkerung (Phase II) Ende des Jahres 2008 vor. Ausgehend von einer Zulassungserteilung Ende Februar 2008 ergibt das die Erreichung von Phase I innerhalb von vier Monaten und die Erreichung von Phase II (mit über 50 % Versorgung) innerhalb von zehn Monaten nach Zulassungserteilung.

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH macht in ihrem Antrag keine Angaben dazu, wann die Versorgung der Phase 1 (19 Sendeanlagen, 55,85 % der Bevölkerung) aufgebaut sein soll. Spätere Angaben dazu sind als wesentliche Antragsänderung nicht zu berücksichtigen (siehe dazu detailliert weiter oben). Daher kann die Erfüllung dieses Kriteriums nicht angenommen werden.

Somit wird die Erfüllung des Kriteriums Z 1 lit. a von der MEDIA BROADCAST GmbH besser gewährleistet.

- b) den Ausbau der Versorgung außerhalb städtischer Ballungszentren, insbesondere entlang von Hauptverkehrslinien und in weniger dicht besiedelten Gebieten mit nach Zeitpunkt und Umfang definierten Ausbaustufen;

Der weitere Ausbau der Versorgung der MEDIA BROADCAST GmbH (Phase III) hängt von der kommerziellen Entwicklung des Angebotes ab. Ob also dieser Ausbau (nach dem Vergleichsmaßstab auf 81 % der Bevölkerung) stattfindet, ist Gegenstand weiterer Verhandlungen und einer noch zu treffenden Entscheidung. Die Erfüllung des gegenständlichen Kriteriums, das einen konkret geplanten weiteren Ausbau voraussetzt, ist damit nicht gewährleistet.

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH macht in ihrem Antrag keine Angaben zu einem weiteren Ausbau über Phase 1 hinaus.

Somit wird die Erfüllung des Kriteriums Z 1 lit. b von keinem der Antragsteller gewährleistet.

- c) einen weiteren Ausbau entsprechend der Nachfrage durch Rundfunkveranstalter und Programmaggregatoren.

Nach den Erläuterungen zur Verordnung ist darunter die Nachfrage der unmittelbaren Vertragspartner der Multiplex-Betreiber zu verstehen. In den Konzepten der Antragsteller sind dies die Programmaggregatoren. Der Hinweis auf Rundfunkveranstalter bezieht sich auf den (hier nicht vorliegenden) Fall einer direkten Vertragsbeziehung mit (und auch Abgeltung des Ausbaus durch) diese.

Die Entscheidung über einen weiteren Netzausbau nach Phase II (ab 2009) erfolgt nach dem Konzept und dem Programmaggregatorenvertrag der MEDIA BROADCAST GmbH unter Einbeziehung der Programmaggregatoren. Für den Fall, dass diese die Kosten des weiteren Netzausbaus auf (zumindest zum Teil) ihr eigenes Risiko übernehmen (also im Falle eines Umstiegs der Verrechnung vom kundenzahlabhängigen Modell auf das Festpreismodell), kann diese Entscheidung auf bei vergleichsweise ungünstigerer Kundenentwicklung erfolgen.

Damit erfolgt ein weiterer Netzausbau zwar nicht unmittelbar auf Nachfrage der Programmaggregatoren, jedoch ist eine Einbindung und ein gewisser Einfluss auf die Ausbauentscheidung gesichert.

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH macht in ihrem Antrag keine Angaben darüber, ob und wie es einem weiteren Ausbau über Phase 1 hinaus kommt.

Somit wird die Erfüllung des Kriteriums Z 1 lit. c von der MEDIA BROADCAST GmbH besser gewährleistet.

Insgesamt wird die Erfüllung des Kriteriums Z 1 daher von der MEDIA BROADCAST GmbH deutlich besser gewährleistet.

Technische Qualität (Z 2)

„eine den europäischen Standards entsprechende technische Qualität der Signale“

- a) den sachgerechten Einsatz europäischer Standards im Sinne des Art. 17 der Richtlinie 2002/21/EG („Rahmenrichtlinie“), derzeit insbesondere die ETSI EN 302 304 betreffend Digitales Fernsehen (DVB) – Übertragungssystem für mobile Endgeräte (DVB-H);

Das Konzept beider Antragsteller sieht den Einsatz des genannten, europäischen DVB-H-Standards vor. Die Erläuterungen zur Verordnung beziehen den sachgerechten Einsatz der Standards primär auf die Gewährleistung der Empfangbarkeit auf allen (standardkonformen) Endgeräten. Es ist davon auszugehen, dass dies von beiden Antragstellern – schon im eigenen Interesse – gewährleistet wird.

Der Einsatz des DVB-H-Standards und die Wahl der konkreten (Modulations)-Parameter ist aber auch in Zusammenhang mit den übrigen Auswahlkriterien von Bedeutung, insbesondere bei der Erreichung eines hohen Versorgungsgrades (Z 1), der Übertragungsqualität der Programme (Z 3 lit. c) und der Gewährleistung größtmöglicher Meinungsvielfalt (Z 6), etwa durch die Übertragung der größtmöglichen Anzahl von Programmen. Die Wahl der Modulationsparameter stellt (bei gegebener Konfiguration des Sendernetzes) stets einen Kompromiss zwischen der erreichten Versorgung (Höhe des Versorgungsgrades und besserer Versorgungsmodus, etwa Indoor statt Outdoor, mobil statt stationär) und der zur Verfügung stehenden Datenrate (Anzahl und Bildqualität der übertragbaren Programme) dar.

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH setzt mit 16-QAM ein im Vergleich zu QPSK (MEDIA BROADCAST GmbH) weniger robustes Modulationsverfahren ein. Für die Gewährleistung des gleichen Versorgungsgrades muss sie sich dies durch den Einsatz von mehr und/oder stärkeren Sendeanlagen „erkaufen“. Im Gegenzug dafür steht ihr – auch im Vergleich zur MEDIA BROADCAST GmbH – mehr Datenrate für die Übertragung von Programmen zur Verfügung. Diese könnte für die Verbreitung von deutlich mehr Programmen (und damit höhere Meinungsvielfalt) oder für die Verbesserung der Bildqualität der einzelnen Programme eingesetzt werden. Die Mobile TV Infrastruktur GmbH nutzt diesen Vorteil jedoch nicht. Im Gegenteil: Ihr Konzept sieht die Verbreitung von 13 Fernseh- und 3

Hörfunkprogrammen vor, die MEDIA BROADCAST GmbH verbreitet 15 Fernseh- und 3 Hörfunkprogramme. Die im Vergleich zur MEDIA BROADCAST GmbH (dort 220 kbps) leicht erhöhte mittlere Datenrate für ein Programm von 250 kbps macht diese Differenz nicht wett: Im Ergebnis nutzt die MEDIA BROADCAST 4,2 Mbps (und schöpft damit die verfügbare Datenrate bei robuster Modulation voll aus), während die benötigte Nettdatenrate der Mobile TV Infrastruktur GmbH bei 3,74 Mbps liegt.

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH hat dazu angegeben, die 16-QAM-Modulation werde in der technischen Dokumentation des Standards für die Gewährleistung von mobilem Empfang empfohlen, darüber hinaus bestehe durch den entstehenden „Headroom“ Spielraum für spätere Kapazitätserweiterungen, die bei anderen Antragstellern erst durch Umkonfiguration des Netzes erzielt werden könnten. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Empfehlung der 16-QAM-Modulation wiederum nur auf einem Kompromiss unter der Annahme bestimmter Ausgangsbedingungen beruhen kann, jede robustere Modulationsvariante (etwa QPSK) kann jedoch nur zur Verbesserung der Empfangsbedingungen führen. Darüber hinaus schafft der Headroom nicht Spielraum für spätere Kapazitätserweiterungen: die bereits geschaffenen Kapazitäten werden schlicht nicht genutzt.

Im Vergleich zur MEDIA BROADCAST GmbH kann somit nicht von der besseren oder gleichen Gewährleistung des sachgerechten Einsatzes des DVB-H-Standards ausgegangen werden.

Somit wird die Erfüllung des Kriteriums Z 2 lit. a von der MEDIA BROADCAST GmbH besser gewährleistet.

- b) die Sicherstellung der Interoperabilität der eingesetzten Zugangsberechtigungssysteme;

Beide Antragsteller sehen bei den Zugangsberechtigungssystemen die Nutzung von Simulcrypt-Methoden vor, dies macht eine mehrfache Ausstrahlung der Inhalte (zum Zwecke des Einsatzes unterschiedlicher Verschlüsselungssysteme) entbehrlich, da für die unterschiedlichen Systeme lediglich unterschiedliche Schlüssel übertragen werden müssen, während die Inhalte einheitlich verschlüsselt gesendet werden können.

Die eingesetzten Zugangsberechtigungssysteme sind daher im Sinne der Erläuterungen zur Verordnung zueinander kompatibel. Darüber hinaus sehen beide Konzepte die Möglichkeit des Einsatzes verschiedener Verschlüsselungsmethoden vor, um eine möglichst breite Endgerätepopulation (einschließlich der „unconnected devices“) zu unterstützen.

Somit wird die Erfüllung des Kriteriums Z 2 lit. b von beiden Antragstellern in gleichem Maße gewährleistet.

- c) ein Konzept für die Zuweisung von Datenraten an die Nutzer der Multiplex-Plattform (Rundfunkveranstalter und Programmaggagatoren), das eine ausreichende Übertragungsqualität sowie Nichtdiskriminierung der Programmaggagatoren und der übertragenen Programme und Zusatzdienste sicherstellt;

Nach diesem Auswahlkriterium ist dreierlei zu beurteilen: inwieweit die Konzepte zur Zuweisung der Datenrate eine ausreichende Übertragungsqualität der Programme, eine Nichtdiskriminierung der Programmaggagatoren sowie eine Nichtdiskriminierung der übertragenen Dienste (Programme und Zusatzdienste) gewährleisten. Die Erläuterungen zur Verordnung legen dazu dar, dass eine statische Bitratenzuteilung nicht als zielführend angesehen wird und ein dynamisches Bitratenmanagement mit garantierten Mindestbitarten für einzelne Programme effizienter wäre.

Zur Übertragungsqualität geben beide Antragsteller leicht unterschiedliche Bildauflösungen und dementsprechend leicht unterschiedliche mittlere Bitraten an (MEDIA BROADCAST GmbH: 230x240, ca. 220 kbps; Mobile TV Infrastruktur GmbH: 352x288, ca. 250 kbps), sodass hier das Konzept der Mobile TV Infrastruktur GmbH (unter Berücksichtigung, dass es sich in beiden Fällen nur um Circa-Werte handelt) marginal besser zu beurteilen ist.

Hinsichtlich der Nichtdiskriminierung der einzelnen Programme gehen beide Konzepte (jenes der Mobile TV Infrastruktur GmbH wohl implizit) davon aus, dass jedem Programm der gleiche Zugang zur Datenrate ermöglicht wird. Beide Konzepte sehen eine dynamische Bitartenzuweisung in einem statistischen Multiplex vor, wobei die Bitartenzuweisung je nach Bedarf der einzelnen Programme erfolgt, die sich aus dem Grad der Komprimierbarkeit des jeweiligen Bildinhaltes ergibt. Insofern sind beide Anträge gleich zu beurteilen.

Hinsichtlich der Nichtdiskriminierung der Programmaggregatoren bei der Bitartenzuweisung (im Bezug auf die jeweiligen Premiumpakete) geben beide Konzepte keine explizite Auskunft. Das Konzept der Mobile TV Infrastruktur GmbH ist derzeit für den Mehr-Programmaggregatoren-Fall nicht vollständig festgelegt: Sie sieht die Öffnungsklausel in § 6 des Programmaggregatorenvertrages vor, dass im Falle des Hinzutretens von Mobilfunkbetreibern als (weitere) Programmaggregatoren eine die Interessen aller Beteiligten berücksichtigende Lösung „naturgemäß eine Abänderung des Vertrages bewirken wird.“ Explizit wird auch die Möglichkeit eingeräumt, Mobilfunkbetreibern als Programmaggregatoren andere Vertragskonditionen als der Little Hollywood einzuräumen. Das Konzept der MEDIA BROADCAST GmbH enthält ebenso keine expliziten Angaben zur Behandlung der Programmaggregatoren bei der Bitartenzuweisung (sofern überhaupt differenzierte Premiumpakete umgesetzt werden sollen). Punkt 9 sieht jedoch vor, dass die Teilnahme weiterer Programmaggregatoren zu nichtdiskriminierenden Bedingungen erfolgen können muss. Insofern ist das Konzept der MEDIA BROADCAST GmbH marginal besser zu beurteilen.

Im Ergebnis ergibt sich damit für das gegenständliche Kriterium eine ausgewogene Situation, die Erfüllung des Kriteriums Z 2 lit. c wird von beiden Antragstellern in gleichem Maße gewährleistet.

- d) einen frequenzökonomischen Netzaufbau, insbesondere durch den Einsatz von Gleichwellennetzen (single frequency networks);

Beide Antragsteller führen die Programmmzubringung ausschließlich satellitengestützt durch. Dadurch ist eine frequenzintensive Zubringung durch Ballempfang nicht notwendig. Beide Konzepte sehen daher die Nutzung nur einer Frequenz im jeweiligen Allotment und entsprechende Gleichwellennetze vor.

Es wird davon ausgegangen, dass die allfällige Eigeninterferenzproblematik im Konzept der Mobile TV Infrastruktur GmbH nicht durch den Einsatz von frequenzintensiven multi frequency networks, sondern durch andere Maßnahmen (wie Wechsel der Parameter) behoben wird.

Somit wird die Erfüllung des Kriteriums Z 2 lit. d von beiden Antragstellern in gleichem Maße gewährleistet.

Insgesamt wird die Erfüllung des Kriteriums Z 2 daher von der MEDIA BROADCAST GmbH besser gewährleistet.

Einbindung von Rundfunkveranstaltern oder Programmaggregatoren (Z 3)

„die Einbindung der Fachkenntnis von Rundfunkveranstaltern oder Programmaggregatoren beim Aufbau und Betrieb der Multiplex-Plattform“

- a) die Einbindung aller interessierten relevanten Mobilfunkbetreiber und anderer potenzieller Programmaggregatoren im Vorfeld der Antragstellung;

Beide Antragsteller haben öffentlich ihr Interesse an der Antragstellung bekannt gemacht und interessierte Programmaggregatoren zur Zusammenarbeit eingeladen.

Die MEDIA BROADCAST GmbH konnte die Hutchison 3G Austria GmbH und die ONE GmbH vertraglich binden. Hinsichtlich der beiden weiteren relevanten Mobilfunkbetreiber mobilkom austria Aktiengesellschaft und T-Mobile Austria GmbH hat sie entsprechende Vorgespräche (durch e-Mail- und Briefverkehr) und die Gründe für eine letztlich nicht getroffene Einigung dokumentiert. Darüber hinaus hat sie auch bei der Premiere Austria GmbH (nach den Erläuterungen zur Verordnung kommen auch Pay-TV-Anbieter als Programmaggregatoren in Frage) abgeklärt, ob eine Interesse an einer Kooperation besteht.

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH hat die vier relevanten Mobilfunkbetreiber zusätzlich zur öffentlichen Bekanntmachung unmittelbar angeschrieben. Konkrete Gespräche oder sonstiger Schriftwechsel bis um Ende der Antragsfrist ist nicht dokumentiert.

Das gegenständliche Kriterium dient (auch ausweislich der Erläuterungen zur Verordnung zur lit. b) vor allem der wettbewerblichen Offenheit der Antragskonzepte. Dass eine Verhandlung seitens bestimmter oder aller potenziellen Kooperationspartner verweigert wird, kann daher nicht zu Lasten des Antragstellers gehen. Anderes würde nur gelten, wenn die Einbindung offensichtlich nur formal und nicht ernsthaft angeboten wird (etwa kurz vor dem Antragsende mit einer unangemessen kurzen Reaktionsfrist), wovon auch im Falle der Mobile TV Infrastruktur GmbH aber noch nicht auszugehen ist.

Insofern wird die Erfüllung des Kriteriums Z 3 lit. a von beiden Antragstellern in gleichem Maße gewährleistet.

- b) eine Auswahl von Programmaggregatoren im Vorfeld der Antragstellung, die den Kriterien des § 25a Abs. 5 Z 2 und 3 PrTV-G genügt, insbesondere durch begründete und transparente Entscheidungen über die Auswahl oder Ablehnung von interessierten Programmaggregatoren;

Dieses Kriterium dient wiederum besonders der wettbewerblichen Offenheit des Konzeptes und soll den unsachlichen Ausschluss geeigneter Programmaggregatoren hintanhaltend. Zu prüfen sind daher zunächst jene Fälle, in denen trotz Interesse des potenziellen Programmaggregators im Ergebnis eine Zusammenarbeit seitens des Antragstellers abgelehnt wurde.

Im gegenständlichen Verfahren betrifft dies nur die mobilkom austria Aktiengesellschaft im Verhältnis zur MEDIA BROADCAST GmbH. Nach der mittels e-Mail-Verkehr dokumentierten Darstellung der Antragstellerin hat sich die mobilkom an sie zwecks Verhandlung einer möglichen Kooperation gewandt. Letztlich scheiterten die weiteren Verhandlungen jedoch daran, dass die mobilkom die von den übrigen Mobilfunkbetreibern unterzeichnete Vertraulichkeitserklärung („Non Disclosure Agreement“) vom 30.10., 11.10. und 24.11.2007 nicht akzeptieren konnte. Insbesondere war es ihr auf Grund der konzernmäßigen Verbundenheit mit der Telekom Austria TA AG nicht möglich, dieser gegenüber eine Geheimhaltung zu gewährleisten. Angesichts der Tatsache, dass die Telekom Austria TA AG zugleich selbst die Antragstellung im gegenständlichen Verfahren vorbereitet (und letztlich

auch vorgenommen) hat, ist die Unzumutbarkeit von weiteren Verhandlungen in dieser Phase evident. Die Ablehnung der weiteren Verhandlung genügt daher vollauf den Anforderungen der Begründung und Transparenz.

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH hat als Programmaggregator die Little Hollywood ausgewählt. Wie sie zu dieser Wahl gekommen ist, hat sie nicht näher dargelegt. Insbesondere wurde auch nicht dargelegt oder behauptet, dass die Little Hollywood sich (als einzige) an die Antragstellerin als Interessentin für eine Programmagggregation gewendet hätte. Dass die Little Hollywood in irgendeiner Weise besonders zur Erreichung anderer Auswahlkriterien (Endgeräteförderung, Netzausbau, Meinungsvielfalt, etc.) beitragen könnte (die Erläuterungen zur Verordnung nennen dies als mögliche Gesichtspunkte für die Auswahl von Programmaggregatoren) wurde auch nicht dargelegt.

Die Erfüllung des Kriteriums Z 3 lit. b wird somit von der MEDIA BROADCAST GmbH besser gewährleistet.

- c) die Einbindung von interessierten Rundfunkveranstaltern insbesondere bei der Zusammenstellung der Programmpakete durch Programmaggregatoren im Vorfeld der Antragstellung;

Nach den Erläuterungen zur Verordnung soll dieses Kriterium sicherstellen, dass Konzepte, bei denen die Programmaggregatoren bei der Zusammenstellung der Programmpakete im Vorfeld interessierte Rundfunkveranstalter eingebunden und mit ihnen verhandelt haben, entsprechend positiv bewertet werden.

Beide Antragsteller haben öffentlich ihr Interesse an der Antragstellung bekannt gemacht und interessierte Rundfunkveranstalter zur Zusammenarbeit eingeladen.

Die MEDIA BROADCAST GmbH und ihre Programmaggregatoren Hutchison 3G Austria GmbH und ONE GmbH haben die interessierten Rundfunkveranstalter umfangreich in die Programmauswahl eingebunden. Neben konkreten Gesprächen und Verhandlungen wurde zu einer Informationsveranstaltung eingeladen und den Interessenten ein umfangreiches Merkblatt übermittelt, das allgemeine Informationen zu geplanten, verfahrensgegenständlichen Bewerbung sowie die Kriterien und das Verfahren für die Auswahl der übertragenen Programme erläuterte. Weiters wurden die Interessenten eingeladen, eine Reihe von Informationen zum geplanten Programm bekanntzugeben. An der Informationsveranstaltung am 07.12.2007 hatten Vertreter der Rundfunkveranstalter nach einer Präsentation des Projektes Gelegenheit, mit Vertretern der Antragstellerin und der in Aussicht genommenen Programmaggregatoren einzelne Aspekte des Projektes zu erörtern und ihre eigene Position zu erläutern. Alternativ zur Teilnahme an einer Informationsveranstaltung war auch die Möglichkeit zur schriftlichen Bewerbung bei den Programmaggregatoren gegeben.

Auf Basis der von den Interessenten übermittelten Informationen haben die Hutchison 3G Austria GmbH und die ONE GmbH unter nicht stimmberechtigter Beiziehung von Vertretern der Antragstellerin die Programmebelegung erstellt. Den Interessenten wurde in umfangreichen Ausfertigungen der Auswahlentscheidung die einzelnen Gründe für die Zusage oder Ablehnung dargelegt.

Die Mobile TV Infrastruktur GmbH oder die Little Hollywood haben bis zum Ende der Antragsfrist keine dokumentierten Gespräche oder Verhandlungen geführt. Die Auswahl der Programme erfolgte offenbar ohne jede Einbeziehung der betroffenen Rundfunkveranstalter. Wie die Auswahl der Programme durch die Little Hollywood erfolgt ist, konnte die Antragstellerin nicht darlegen. Von einer „Einbindung der Rundfunkveranstalter“ kann jedenfalls keine Rede sein.

Durch die fehlende Einbindung der Rundfunkveranstalter konnte die Mobile TV Infrastruktur GmbH auch nicht darlegen, ob das von ihr vorgesehene finanzielle Konzept, das die Zahlung von 250 000 Euro pro Jahr von den Rundfunkveranstaltern an den oder die Programmaggregatoren vorsieht (die teilweise Kompensation durch einen Anteil an den Endkundeneinnahmen erfolgt nach den Angaben in der mündlichen Verhandlung erst ab dem dritten Jahr), von Rundfunkveranstaltern überhaupt akzeptiert werden würde.

Somit wird die Erfüllung des Kriteriums Z 3 lit. c von der MEDIA BROADCAST GmbH deutlich besser gewährleistet.

- d) die Einbindung der Programmaggregatoren und Rundfunkveranstalter beim Betrieb und weiteren Ausbau der Multiplex-Plattform;

Nach den Erläuterungen zur Verordnung bezieht sich dieses Auswahlkriterium auf die Berücksichtigung der Wünsche und Erfordernisse der Programmaggregatoren und Rundfunkveranstalter beim laufenden Betrieb, aber vor allem beim weiteren Ausbau. Einzubeziehen werden auch in diesem Fall insbesondere die unmittelbaren Vertragspartner des Multiplex-Betreibers sein, in den vorliegenden Konzepten also die Programmaggregatoren.

Nach dem Programmaggregatorenvertrag (Punkt 13) hat sich die MEDIA BROADCAST GmbH zum Netz-Ausbau bis zu einem Versorgungsgrad von 50 % der Bevölkerung (portable outdoor) bis Ende 2008 verpflichtet. Die Entscheidung über einen darüber hinausgehenden Ausbau behält sie sich selbst vor, wobei die Programmaggregatoren einen vertraglichen Anspruch darauf haben, dass der Multiplex-Betreiber seine Ausbaupläne mit ihnen abstimmt. Nach dem Vorbringen im Antrag können die Programmaggregatoren die Investitionsentscheidung unter anderem dadurch positiv beeinflussen, dass sie im Verrechnungsmodell vom nutzerabhängigen Entgelt auf eine pauschale Abgeltung der Leistungen des Multiplex-Betreibers umsteigen.

Der Programmaggregatorenvertrag der Mobile TV Infrastruktur GmbH enthält neben der Bestimmung in § 2, dass der Multiplex-Betreiber die Bündelung und Verbreitung der digitalen Programme und Zusatzdienste besorgt, keine ihn betreffende Hauptleistungspflichten. Der Vertrag erlegt ihm auch nicht auf, einen allfälligen Ausbau in irgendeiner Weise mit dem Programmaggregator abzustimmen und dessen Anforderungen zu berücksichtigen. Das technische Konzept des Antrags sieht vor, dass in allen technischen Belangen engstens mit allen interessierten Mobilfunkbetreibern kooperiert werden soll. Es wird jedoch nicht näher dargelegt, in welcher Form und welchem Umfang diese Kooperation erfolgen soll. Darüber hinaus bezieht sie sich nur auf Mobilfunkbetreiber (solche sind zum Antragszeitpunkt als Programmaggregatoren gar nicht vorhanden) und ignoriert damit andere Programmaggregatoren, wie die Little Hollywood.

Im Ergebnis wird daher die Erfüllung des Kriteriums Z 3 lit. d – insbesondere auf Grund der vertraglichen Bindung – von der MEDIA BROADCAST GmbH besser gewährleistet.

- e) die Einbindung der Fachkenntnis von Programmaggregatoren in Hinblick auf die Kommunikation mit und die technische und sonstige Unterstützung von Endkunden;

Nach den Erläuterungen zur Verordnung verfügen Programmaggregatoren, die zugleich Mobilfunkbetreiber sind, auf Grund der für sie üblichen Endkundenbeziehung über langjährige intensive Erfahrungen in Fragen des Endkundenmarketing und Endkundensupports, die im Rundfunkbereich nicht in diesem Umfang vorliegen. Dementsprechend führen auch die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (139 BlgNR XXIII.

GP) zu § 25a Abs. 3 PrTV-G aus, dass solche Aspekte bei der Einbindung der Fachkenntnis von Programmaggregatoren positiv berücksichtigt werden können.

Nach dem Programmaggregatorenvertrag (Punkt 8) der MEDIA BROADCAST GmbH obliegt den Programmaggregatoren insbesondere die Vermarktung an Endkunden, die Distribution von Mobilfunk-Endgeräten, Marketingaktivitäten und die „nutzerfreundliche Abwicklung sämtlicher Endkundenbeziehungen“. Die durch diesen Vertrag gebundenen Programmaggregatoren Hutchison 3G Austria GmbH und ONE GmbH verfügen als langjährig am österreichischen Markt tätige Mobilfunkbetreiber über die von den Gesetzes- und Verordnungsmaterialien angesprochene Erfahrung in Fragen des Endkundenmarketing und Endkundensupports. Im ihrem Antrag hat die MEDIA BROADCAST GmbH weiters die geplanten Vertriebsaktivitäten und die Möglichkeiten der technischen Unterstützung der Endkunden durch die Programmaggregatoren ausführlich dargestellt.

Der Programmaggregator der Mobile TV Infrastruktur GmbH, die Little Hollywood, verfügt nach den getroffenen Feststellungen über keinerlei Endkundenerfahrung. In der mündlichen Verhandlung wurden lediglich nicht näher dargestellte Spezialkenntnisse im Hinblick auf „unconnected devices“ vorgebracht. Worin diese konkret liegen und wie sie sich (etwa in der Endkundenbeziehung) auswirken würden, wurde von der Antragstellerin jedoch nicht dargestellt und blieb damit unklar.

Weiters gibt die Mobile TV Infrastruktur GmbH an, dass sich ihre Gesellschafter bzw. deren Konzernunternehmen als Medieninhaber verstärkt dem Thema DVB-H widmen wollen und damit die Verbreitung von DVB-H Endgeräten unterstützen würden. Darin liegt aber gerade keine Einbindung der Programmaggregatoren in die Endkundenkommunikation.

Die Erfüllung des Kriteriums Z 3 lit. b wird somit von der MEDIA BROADCAST GmbH besser gewährleistet.

Insgesamt wird die Erfüllung des Kriteriums Z 3 daher von der MEDIA BROADCAST GmbH deutlich besser gewährleistet.

Endgerätekonzept (Z 4)

„ein Konzept für die Förderung der Verbreitung von Endgeräten zum Empfang von mobilem terrestrischem Rundfunk“

- a) ein breites Angebot von Endgeräten für den mobilen terrestrischen Rundfunk, die beispielsweise im Wege eines Programmaggregators, jedenfalls aber auch im freien Handel erworben werden können;

Nach dem Programmaggregatorenvertrag (Punkt 8) der MEDIA BROADCAST GmbH obliegt den Programmaggregatoren insbesondere die Distribution von Mobilfunk-Endgeräten. Der Antrag legt zutreffender Weise dar, dass die hohe Mobiltelefonie-Penetration gemeinsam mit einer hohen Erneuerungsrate eine sehr gute Basis für die Einführung des neuen Dienstes und vor allem die Verbreitung von Endgeräten bietet. Die bereits eingebundenen Programmaggregatoren Hutchison 3G Austria GmbH und ONE GmbH werden als Mobilfunkbetreiber alle für Mobiltelefone herkömmlich eingesetzten Vertriebswege auch für Mobiltelefone mit DVB-H-Funktionalität nutzen. Dazu gehören insbesondere der Vertrieb über eigene Verkaufsstellen und über sämtliche Vertriebspartner im Elektronikhandel. Weiters wird ein detaillierter Zeitplan für die geplante Verfügbarkeit und Markteinführung unterschiedlicher Modelle von einer Reihe namhafter Hersteller dargestellt.

Aus dem Programmaggregatorenvertrag der Mobile TV Infrastruktur GmbH ergibt sich implizit (durch die Erwähnung der Endgerätestützung als ein vom Programmaggregator zu tragender Aufwand in § 5), dass die Endgeräteverbreitung zu den Aufgaben des

Programmaggregators gehört. Nach dem Vorbringen im Antrag hat die Mobile TV Infrastruktur GmbH dem Programmaggregator die „marktüblichen Konzepte“ zur Förderung der Verbreitung von Endgeräten auferlegt. Darüber hinaus wurde dargelegt, dass in den Medienprodukten der Konzernunternehmen der Antragstellerin (soweit dies die Endgeräte betrifft) regelmäßige redaktionelle Berichterstattung über die verschiedenen Endgeräte sowie entsprechende Gewinnspiele und Advertorials stattfinden sollen.

Unklar bleibt, welche marktüblichen Vertriebskonzepte der Little Hollywood auferlegt wurden und insbesondere, in welchem Ausmaß sie in der Lage wäre, die Verbreitung von Endgeräten zu fördern. Es wurden keine Angaben dazu gemacht, über welche Vertriebswege Endgeräte erhältlich sein sollen, um welche Geräte es sich dabei handeln würde (die in der mündlichen Verhandlung diesbezüglichen „Spezialkenntnisse“ könnten darauf hindeuten, dass es sich nur um „unconnected devices“, also Nicht-Mobiltelefone handeln würde) und zu welchem Zeitpunkt diese verfügbar sein sollen.

Die Erfüllung des Kriteriums Z 4 lit. a wird somit von der MEDIA BROADCAST GmbH besser gewährleistet.

- b) die technische Unterstützung der Ausstrahlung der Programme auch für Endgeräte, die den Empfang von mobilem terrestrischen Rundfunk ohne Telefoniefunktionalität ermöglichen;

Die Frage, ob der Empfang der Programme auch auf Endgeräten ohne Telefoniefunktionalität („unconnected devices“) technisch möglich ist, ist vor allem eine Frage der entsprechenden Unterstützung geeigneter Verschlüsselungssysteme sowie Abrechnungsmodelle. Die Erläuterungen zum Allgemeinen Teil der Regierungsvorlage zum BGBl. I Nr. 52/2007 (139 BlgNR XXIII. GP) nennen in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Möglichkeit von so genannten Prepaid-Modellen (vorausbezahlte Wertkarten).

Die technischen Konzepte beider Antragsteller unterstützen hinsichtlich der Verschlüsselungssysteme den Empfang der Programme auch auf „unconnected devices“. Im Konzept der MEDIA BROADCAST GmbH wird darüber hinaus ausgeführt, dass die Abrechnung des Empfangs auf solchen Geräten auch über Prepaid-Lösungen erfolgen kann, die innerhalb bestehender Systeme der Mobilfunkbetreiber implementiert werden können. Keines der vorliegenden Konzepte schließt jedoch den Empfang auf „unconnected devices“ in technischer Hinsicht (insbesondere die Wahl des Verschlüsselungssystems) aus.

Daher wird die Erfüllung des Kriteriums Z 4 lit. b von beiden Antragstellern in gleichem Maße gewährleistet.

Insgesamt wird damit die Erfüllung des Kriteriums Z 4 von der MEDIA BROADCAST GmbH besser gewährleistet.

Nutzerfreundliches Konzept (Z 5)

„ein für die Konsumenten nutzerfreundliches Konzept, insbesondere im Hinblick auf die Kosten für die Empfangsgeräte sowie auf die allfälligen laufenden Kosten des Zugangs zu den verbreiteten Programmen (§ 2 Z 26 PrTV-G)“

- a) angemessene Vertragsbindungen und geringe einmalige und laufende Entgelte für den Zugang zu den Programmen in den Basis- und Premiumpaketen;

Der Programmaggregatorenvertrag zwischen der Mobile TV Infrastruktur GmbH und der Little Hollywood sieht in § 3 vor, dass der Empfang des Basispaketes den Endkunden

„derzeit“ um 6,90 Euro und das Premiumpaket (inkl. der Programme des Basispaketes) um „derzeit“ 9,90 Euro (jeweils offenbar pro Monat) anzubieten ist. Nach den Ausführungen im Antrag liegen etwaige Vertragsbindungen „im freien Ermessen des Programmaggregators“, wobei sich dies aber offenbar auf die Endgerätestützung und nicht auf die laufenden Entgelte bezieht.

Der Programmaggregatorenvertrag der Mobile TV Infrastruktur GmbH verpflichtet die Programmaggregatoren in Punkt 14.7, „im Rahmen der wirtschaftlichen Möglichkeit und Tunlichkeit nach ihren besten Kräften nachhaltig ein den Prinzipien der Anlage .14.7 entsprechendes Endkundenentgeltniveau und damit die Marktakzeptanz von DVB-H in Österreich sicher[zu]stellen.“ Der Verweis auf Anlage .14.7 bezieht sich nach Angaben der Antragstellerin im Ergebnis auf Punkt 5.7. („Vermarktungs- und Preispolitik“) der Anlage 1 zum verfahrensgegenständlichen Antrag. Dort sind die derzeitigen Planungen – insbesondere zur Preispolitik – der Hutchison 3G Austria GmbH und ONE GmbH dargestellt. Demnach sind gebündelte Tarife (mit Sprachtelefonie und Datendiensten) im Bereich von 20 Euro pro Monat sowie monatliche Entgelte für das DVB-H-Angebot im Bereich 6 bis 9 bzw. 7 bis 10 Euro für das Basispaket sowie 3 bis 6 bzw. 4 bis 7 Euro zusätzlich für das Premiumpaket angedacht. Weiters soll die Möglichkeit von entsprechend günstigeren Tages- bzw. Wochentickets für die spontane Nutzung des DVB-H-Angebotes bestehen. Der Antrag spricht auch (etwa im Rahmen von „Vertragsverlängerungsaktionen“ insbesondere im Zusammenhang mit der Endgerätesubvention) die Vertragsbindung an, es werden dazu jedoch keine näheren Angaben gemacht.

Zu beiden Konzepten ist zunächst festzuhalten, dass sie keine auf Dauer verbindliche Festlegung von Endkundertarifen vorsehen, was aus wettbewerbsrechtlichen Gründen jedenfalls zu begrüßen ist. Weiters liegen die – zumindest für den Marktstart – vorgesehenen Endkundenentgelte auf dem gleichen Niveau. Die konkreten Preispunkte der Mobile TV Infrastruktur GmbH liegen dabei im unteren Bereich der von den Programmaggregatoren der MEDIA BOADCAST GmbH vorgesehenen Preisspannen; zusätzlich ist im Antrag der MEDIA BOADCAST GmbH aber auch eine flexible Möglichkeit der günstigeren Kurzzeitnutzung (Tages- bzw. Wochentickets) möglich. Hinsichtlich der vorgesehenen Vertragsbindungen und hinsichtlich allfälliger einmaliger Entgelte gibt keines der beiden Konzepte konkrete Anhaltspunkte.

Insgesamt wird die Erfüllung des Kriteriums Z 5 lit. a daher von beiden Antragstellern in gleichem Maße gewährleistet.

- b) günstige Endgeräte, die etwa im Wege eines Programmaggregators im Gegenzug für eine angemessene Vertragsbindung erworben werden können;

Nach dem Antrag der Mobile TV Infrastruktur GmbH hat diese der Little Hollywood Circa-Zielpreise für Endgeräte „auferlegt“. Im Programmaggregatorenvertrag findet sich dazu zwar kein Hinweis, allerdings bestätigt die Little Hollywood darin zumindest, dass ihr der Antrag der Mobile TV Infrastruktur GmbH bekannt ist. Die Zielpreise sind nach Jahr und Gerätekategorie gestaffelt und reichen von 350 bis 500 Euro im Jahr 2008 bis 50 bis 150 Euro im Jahr 2012. Die Vertragsbindungen zur Finanzierung allfällig erforderlicher preisliche Stützungen liegen „im freien Ermessen des Programmaggregators“, die Aufwendungen dafür hat der Programmaggregator aus seinen Endkundeneinnahmen zu tragen.

Das Konzept der Programmaggregatoren der MEDIA BOADCAST GmbH geht davon aus, dass Endgeräte insbesondere im Rahmen von Vertragsbindungs- und Vertragsverlängerungsaktion der als Mobilfunkbetreiber tätigen Programmaggregatoren vergünstigt angeboten werden. Weiters wird darauf hingewiesen, dass durch die jeweilige Einbindung in internationale Telekommunikationskonzerne Größenvorteile beim Einkauf von Endgeräten erzielt werden können. Das jeweilige Ausmaß der Endgerätestützung, die zur

Verbilligung der Geräte für den Endkunden führt, hängt vom konkreten Tarifmodell und der Frage, ob es sich um einen Neukunden oder ein Upgrade (Vertragsverlängerung) eines Bestandskunden handelt, ab. Im mittleren Tarifsegment sind (gestützte) Endgerätepreise im Bereich von 79 bis 199 Euro vorgesehen. Mögliches Zubehör, das den Empfang von DVB-H auf bestehenden Mobiltelefonen ermöglicht, soll zum Preis von 0 bis 49 Euro erhältlich sein.

Beide Konzepte sehen somit die Möglichkeit vor, im Gegenzug zu einer Vertragsbindung im Wege des Programmaggregators Endgeräte zu erwerben. Zum Ausmaß der Vertragsbindung machen beide Konzepte keine Angaben. Allerdings liegt das von den Programmaggregatoren der MEDIA BROADCAST GmbH für die Startphase vorgesehene Preisniveau deutlich unterhalb den der Little Hollywood auferlegten Zielpreise (zumindest bis ins Jahr 2011).

Die Erfüllung des Kriteriums Z 5 lit. b wird somit von der MEDIA BROADCAST GmbH besser gewährleistet.

- c) die Möglichkeit des Erwerbs von Endgeräten für den mobilen terrestrischen Rundfunk auch ohne Vertragsbindung an einen Programmaggregator;

Zur Möglichkeit des Erwerbs von so genannten „vertragsfreien“ Endgeräten ohne Vertragsbindung an einen Programmaggregator bzw. Mobilfunkbetreiber (zu entsprechend höheren, ungestützten Preisen) machen die Konzepte beider Antragsteller keine Angaben.

Die Erfüllung des Kriteriums Z 5 lit. c kann damit für beide Antragsteller gleichermaßen nicht (positiv) beurteilt werden.

- d) die Möglichkeit des Bezugs zumindest von Programmen des Basispaketes auch auf Endgeräten, die für die Mobiltelefonie andere Anbieter als die Programmaggregatoren nützen, und auf Endgeräten ohne Telefoniefunktionalität;

Die Erläuterungen zur Verordnung führen zu dieser Bestimmung Folgendes aus:

„Der österreichische Mobilfunkmarkt ist derzeit von der Präsenz einer Reihe großer Anbieter geprägt. Sofern das Modell eines Antragstellers – was nach dem gesetzlichen Rahmen zulässig ist – nicht alle dieser Mobilfunkbetreiber als Programmaggregatoren vorsieht, und zugleich (soweit absehbar) der Empfang von mobilem terrestrischen Fernsehen primär über integrierte Multifunktionsgeräte (insbesondere Mobiltelefone) stattfinden wird, ist es ein wesentlicher Aspekt eines nutzfrendlichen Konzeptes, dass nicht weite Teile der Bevölkerung vom Mobilfernsehempfang ausgeschlossen werden. Ein nutzerfreundliches Konzept sollte daher die Möglichkeit vorsehen, dass auch Kunden von Mobilfunkbetreibern, die keine Programmaggregatoren sind, auf ihren Mobiltelefonen (ebenso wie auf „unconnected devices“) zumindest die Programme des Basispakets empfangen können. Dabei sind auch Kooperationen mit den anderen Mobilfunkbetreibern denkbar, die den mittelbaren Vertrieb an ihre Endkunden übernehmen. Denkbar sind in diesem Zusammenhang etwa auch Prepaid-Lösungen. (...)

Diese Bestimmung sieht keinen Kontrahierungszwang der Programmaggregatoren mit anderen Mobilfunkanbietern vor, sondern bringt nur die zulässige Wertung zum Ausdruck, dass ein Konzept, das für solche Vertragsmodelle offen ist, breiteren Bevölkerungsgruppen den Zugang zu mobilem terrestrischen Fernsehen ermöglicht und daher im Sinne der Nutzerfreundlichkeit (aber auch im Sinne der Meinungsvielfalt und Meinungsfreiheit) positiv zu bewerten ist. Es liegt vorerst in der Entscheidung der Antragsteller und der von ihnen in Aussicht genommenen Programmaggregatoren, ein solches Konzept vorzusehen. (...)“

Wesentliches Ziel dieses Kriteriums ist es also, dass nicht durch eine beschränkte Auswahl an Programmaggregatoren weite Teile der Bevölkerung (nämlich die Kunden anderer

wesentlicher Mobilfunkbetreiber) vom mobilen terrestrischen Rundfunk ausgeschlossen sind. Entsprechend dem Wortlaut, nach dem „zumindest“ die Programme des Basispaketes auch für solche Personen ermöglicht werden soll, gewährleistet die Möglichkeit des Beitritts von weiteren, in der Antragsphase noch nicht teilnehmenden Mobilfunkbetreibern als vollfunktionale Programmaggregatoren (zu nichtdiskriminierenden Bedingungen) die Umsetzung dieser Intention in höchstem Maße. Sofern diese Offenheit des Konzeptes gewährleistet ist, stellt die Größe der potenziellen Kundenbasis der am Antrag als Programmaggregatoren beteiligten Mobilfunkbetreiber ausdrücklich kein Auswahlkriterium im Sinne der Nutzerfreundlichkeit dar.

Die Konzepte beider Antragsteller sehen die Möglichkeit des Empfangs der Programme auf für Kunden von nicht als Programmaggregatoren teilnehmenden Mobilfunkbetreibern nicht ausdrücklich vor. (Angedeutet ist die lediglich in Punkt 8.5 des Programmaggregatorenvertrages der MEDIA BROADCAST GmbH.) Allerdings eröffnen Sie beide die – positiver zu beurteilende – Möglichkeit für (allenfalls weitere) Mobilfunkbetreiber, ebenfalls als Programmaggregatoren am Konzept teilzunehmen (vgl. Öffnungsklausel in § 6 des Programmaggregatorenvertrages der Mobile TV Infrastruktur GmbH und Punkt 9. des Programmaggregatorenvertrages der MEDIA BROADCAST GmbH).

Somit wird die Erfüllung des Kriteriums Z 5 lit. d von beiden Antragstellern in gleichem Maße gewährleistet.

Insgesamt wird damit die Erfüllung des Kriteriums Z 5 von der MEDIA BROADCAST GmbH besser gewährleistet.

Meinungsvielfältiges Angebot (Z 6)

„ein meinungsvielfältiges Angebot an digitalen Programmen jedenfalls in einem Basispaket“

- a) ein Modell für die Auswahl von Programmen für das Basispaket, das unter Berücksichtigung des gesetzlichen Einflussverbotes für den Multiplex-Betreiber (§ 25a Abs. 7 Z 4 und Abs. 8 PrTV-G) ein den Anforderungen des PrTV-G, dieser Verordnung, des Zulassungsbescheides und allfälliger weiterer bescheidmäßiger Anordnungen der Regulierungsbehörde an den Multiplex-Betreiber genügt;

Dieses Kriterium umfasst Anforderungen an das vom Multiplex-Betreiber vorgesehene Verfahren für die Festlegung oder Änderung der Programmbelegung im Basispaket während der Laufzeit der Zulassung. Die im Zuge eines solchen Verfahrens zu berücksichtigenden inhaltlichen Anforderungen werden im Gegensatz dazu unter anderem in lit. b und c beurteilt, die Auswahl im Vorfeld der Bewertung in lit. d.

Wesentlich dabei ist, dass dem Multiplex-Betreiber selbst kein Einfluss auf die Programmbelegung im Basispaket eingeräumt sein darf (§ 25a Abs. 7 und 8 PrTV-G), zugleich aber sichergestellt sein muss, dass die gesetzlichen Anforderungen und behördlichen Anordnungen (die nur an den Multiplex-Betreiber als Bescheidadressaten ergehen können) durchgesetzt werden. Die Erläuterungen zur Verordnung nennen eine Auswahl durch die Programmaggregatoren (im Einvernehmen untereinander) als eine sachgerechte Variante eines Auswahlverfahrens, wobei jedoch (insbesondere durch vertragliche Konstruktionen) die Überbindung diesbezüglicher regulatorischer Verpflichtungen vorzusehen wäre.

Der Programmaggregatorenvertrag der MEDIA BROADCAST GmbH sieht in Punkt 8.3 vor, dass die Programmauswahl durch die Programmaggregatoren „unter strikter Befolgung der in Anlage 6.5 genannten Auswahlgrundsätze und Modalitäten“ zu erfolgen hat. Diese Anlage sieht detaillierte und umfangreiche Kriterien zur Programmauswahl vor (siehe dazu auch weiter unten lit. b). Die Durchführung des Verfahrens obliegt einem Auswahlteam, dem

je zwei Vertreter jedes Programmaggregators und des Multiplex-Betreibers angehören. Stimmberechtigt sind nur die Vertreter der Programmaggregatoren, die Vertreter des Multiplex-Betreibers sind insbesondere zur Klärung von technischen Fragen (wie von § 25a Abs. 7 Z 4 PrTV-G vorgezeichnet) beratend einzubinden. Entscheidungen des Auswahlteams haben einstimmig zu erfolgen und sind plausibel und nachvollziehbar zu begründen. Die Gespräche und Verhandlungen mit Rundfunkveranstaltern sind zu dokumentieren und insbesondere die (zu begründenden) Auswahlentscheidungen schriftlich auszufertigen. Zu einer Einbindung der Regulierungsbehörde machen die Verfahrensbestimmungen keine Angaben, die Antragstellerin hat dazu vorgebracht, dass keine Einbindung der Behörde über ihren Kopf hinweg vorgesehen worden sei, jede diesbezügliche Auflage jedoch akzeptiert werde.

Im Hinblick darauf, dass Anforderungen der Regulierungsbehörde betreffend die Programmbelegung nur von den Programmaggregatoren umgesetzt werden können, ist vorgesehen, dass diese bei entsprechenden Kontakten zwischen Multiplex-Betreiber und Regulierungsbehörde vorzeitig einzubinden sind. Anforderungen der Regulierungsbehörde werden den Programmaggregatoren unverzüglich weitergeleitet, diese sind vertraglich zur Umsetzung verpflichtet; insbesondere im Falle festgestellter Rechtsverletzungen haben diese einen rechtskonformen Zustand herzustellen. Für alle Forderungen, die gegen den Multiplex-Betreiber aus einer Nichtumsetzung dieser Verpflichtungen erhoben werden, sowie im Fall eines daraus resultierenden Zulassungsentzuges ist der Multiplex-Betreiber von den Programmaggregatoren schad- und klaglos zu halten.

Der Programmaggregatorenvertrag der Mobile TV Infrastruktur GmbH sieht in § 3 vor, dass für den Fall, dass die Programmplätze des Basispaketes nicht von den ausgewählten Rundfunkveranstaltern in Anspruch genommen werden (somit einer Änderung des Basispaketes während der Zulassungsdauer) eine „auf Meinungsvielfalt sowie primär Österreich- und sekundär Europabezug Bedacht nehmende Programmbelegung zu gewährleisten“ sei. Es bestehen darüber hinaus keine Bestimmungen darüber, wie bei der Programmauswahl zu verfahren ist, bzw. ob und wie die betroffenen Programmaggregatoren, Rundfunkveranstalter oder die Regulierungsbehörde einbezogen werden. Darüber hinaus enthält die Vereinbarung keine Bestimmung, die den Programmaggregator dazu verhält, Aufträgen der Regulierungsbehörde an den Multiplex-Betreiber nachzukommen.

Im Ergebnis gewährleistet die Mobile TV Infrastruktur GmbH (abgesehen von der Regelung im § 11 des Programmaggregatorenvertrags, dass subsidiär die Bestimmungen des PrTV-G gelten) das gegenständliche Auswahlkriterium gar nicht, während die MEDIA BROADCAST GmbH diesbezüglich detaillierte und eindeutige Bestimmungen vereinbart hat, die auch die Umsetzung aller rechtlichen und behördlichen Anforderungen in nachvollziehbarer Weise sicherstellt.

Somit wird die Erfüllung des Kriteriums Z 6 lit. a von der MEDIA BROADCAST GmbH deutlich besser gewährleistet.

- b) eine Auswahl von Programmen für das Basispaket, das unter Berücksichtigung des dualen Rundfunksystems vorrangig am Kriterium der Meinungsvielfalt orientiert ist;

Die oben genannte, für die Auswahl von Programmen im Konzept der MEDIA BROADCAST GmbH maßgebliche Anlage .6.5 zum Programmaggregatorenvertrag sieht detaillierte und umfangreiche inhaltliche Kriterien für die Programmauswahl vor. Zusammengefasst enthalten diese die Orientierung an größtmöglicher Meinungsvielfalt innerhalb des DVB-H-Bouquets (unter Rückgriff auf die diesbezügliche Spruchpraxis und Judikatur, Berücksichtigung der Außenpluralität, unterschiedliche Programmformate und Rundfunkveranstalter sowie des dualen Rundfunksystems), Österreichbezug im Sinne

überregionaler Relevanz, Teilnehmernachfrage und die Bereitschaft der Rundfunkveranstalter zur Leistung eigener Marketingbeiträge. Dabei lassen die zur Meinungsvielfalt gemachten detaillierten Vorgaben den Schluss zu, dass die Auswahl vorrangig an diesem Kriterium orientiert ist.

Wie oben erwähnt, enthält der Programmaggregatorenvertrag der Mobile TV Infrastruktur GmbH in § 3 die Bestimmung, dass eine „auf Meinungsvielfalt sowie primär Österreich- und sekundär Europabezug Bedacht nehmende Programmebelegung zu gewährleisten“ sei. Damit wird zwar vereinbart, dass sich die Programmauswahl (wohl vorrangig) an der Meinungsvielfalt zu orientieren hat, eine Bezugnahme auf das duale Rundfunksystem fehlt jedoch. Schwerer wiegt allerdings, dass die Vereinbarung offenbar nicht (etwa durch die Vorschreibung einer zu dokumentierenden Begründung) sicherstellt, dass die Entscheidungen zur Programmauswahl hinsichtlich der Anwendung der Kriterien, insbesondere zur Meinungsvielfalt, nachvollziehbar sind. Zur Entscheidungsfindung der Little Hollywood im Vorfeld der Antragserstellung konnte die Mobile TV Infrastruktur GmbH jedenfalls auch auf Nachfrage (etwa in der mündlichen Verhandlung) keine Angaben machen. Insofern kann die Gewährleistung der Erfüllung dieses Kriteriums nicht besonders hoch eingestuft werden.

Somit wird die Erfüllung des Kriteriums Z 6 lit. b von der MEDIA BROADCAST GmbH besser gewährleistet.

- c) die Berücksichtigung des Kriteriums der Meinungsvielfalt bei der Auswahl von Programmen in Premiumpaketen;

Die oben genannte, für die Auswahl von Programmen im Konzept der MEDIA BROADCAST GmbH maßgebliche Anlage ./6.5 zum Programmaggregatorenvertrag bestimmt in ihrem Punkt 1.1, dass die dort geregelten Auswahlgrundsätze (vgl. dazu oben) „in größtmöglichem Umfang auch für die Auswahl von Programmen in Premiumpaketen anzuwenden“ sind. Damit erfolgt insbesondere eine Berücksichtigung der Meinungsvielfalt auch bei der Programmebelegung im Premiumpaket.

Ebenso sieht auch der Programmaggregatorenvertrag der Mobile TV Infrastruktur GmbH in § 3 für die Belegung des Premiumpaketes die selben Kriterien (damit auch die Berücksichtigung der Meinungsvielfalt) wie für das Basispaket vor.

Die oben zu lit. a relevierte nicht gesicherte Nachvollziehbarkeit der tatsächlich angewendeten Kriterien im Konzept der Mobile TV Infrastruktur GmbH wird im Vergleich mit der MEDIA BROADCAST GmbH dadurch aufgewogen, dass in deren Konzept für die Premiumpakete die Basispaket-Kriterien nicht vollumfänglich, sondern „in größtmöglichem Umfang“ anzuwenden sind, was potenziell eine Relativierung darstellt.

Somit wird die Erfüllung des Kriteriums Z 6 lit. c daher von beiden Antragstellern in gleichem Maße gewährleistet.

- d) ein Auswahlverfahren für die Programme des Basispakets im Vorfeld der Antragstellung, das den Kriterien des § 25a Abs. 5 Z 1 und 3 PrTV-G genügt, insbesondere durch begründete und transparente Entscheidungen über die Auswahl oder Ablehnung von an der Ausstrahlung im Basispaket interessierten Rundfunkveranstaltern, soweit deren Nachfrage zu angemessenen Bedingungen entsprochen werden kann;

Die Erläuterungen zur Verordnung führen zu dieser Bestimmung aus, dass bei der Auswahl von Programmen im Vorfeld der Antragstellung (nach § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G muss die Programmebelegung ja bereits im Antrag nachgewiesen werden) von einer gewissen

Vorwirkung des § 25a Abs. 5 Z 1 und 3 PrTV-G (die ja unmittelbar nur Festlegung und Änderung des Basispaketes während der Zulassungsdauer betreffen) auszugehen ist. Die genannten Bestimmungen fordern eine Vergabe der Datenrate unter fairen, gleichberechtigten und nicht-diskriminierenden Bedingungen in einem transparenten Verfahren und unter laufender Einbeziehung der betroffenen Rundfunkveranstalter und Programmaggregatoren sowie der Regulierungsbehörde.

Die Programmauswahl für das Konzept der MEDIA BROADCAST GmbH erfolgte durch die Programmaggregatoren Hutchison 3G Austria GmbH und ONE GmbH nach den im Programmaggregatorenvertrag vereinbarten Vorgaben der Anlage .6.5 zu diesem Vertrag (vgl. Punkt 6.5 dieses Vertrages). Dieses Verfahren wurde bereits oben zu lit. a dargestellt, es genügt in vollem Ausmaß den Kriterien des § 25a Abs. 5 Z 1 und 3 PrTV-G; die Antragstellerin hat mit dem Antrag eine umfassende Dokumentation der Entscheidungen des Auswahlteams vorgelegt, die für jeden interessierten Rundfunkveranstalter ausführlich die Erfüllung der detailliert festgelegten Kriterien für die Auswahl bewertet. Soweit die Entscheidung auf einem unmittelbaren Vergleich zu einem anderen interessierten Rundfunkveranstalter beruht, ist jeweils auch dieser und seine Bewertung im Vergleich zum Betroffenen angegeben. Damit liegen jeweils sowohl dem betroffenen Rundfunkveranstalter als auch der nachprüfenden Behörde eine Begründung vor, die eine Überprüfung der Auswahlentscheidung an den vorgegebenen Maßstäben erlaubt (vgl. auch zur zentralen Bedeutung dieser individuellen Nachprüfbarkeit im Kontext der Programmauswahl durch einen Multiplex-Betreiber den Bescheid der KommAustria vom 27.08.2007, KOA 4.200/07-027). Durch die Mitteilung der detaillierten Entscheidungsgründe an den betroffenen interessierten Rundfunkveranstalter samt der vergleichenden Angaben zu den ausgewählten Rundfunkveranstaltern ist auch die erforderliche Transparenz gewährleistet.

Die Programmauswahl im Konzept der Mobile TV Infrastruktur GmbH erfolgte durch die Little Hollywood unter Bindung an inhaltliche Kriterien (§ 3 des Programmaggregatorenvertrages, vgl. die Ausführungen zur lit. b oben). Diese hat die Auswahl offenbar völlig autonom durchgeführt, insbesondere bestand auch kein Kontakt zu den betroffenen (ausgewählten) Rundfunkveranstaltern. Eine Begründung der konkreten Auswahl wurde nicht gegeben, insbesondere liegen keine Angaben zu allfälligen nicht ausgewählten Programmen vor. Die Antragstellerin konnte auch auf Nachfrage (in der mündlichen Verhandlung) nicht erläutern, wie die Programmauswahl zustande gekommen ist. Damit verfehlt die Mobile TV Infrastruktur GmbH die Erfüllung des gegenständlichen Kriteriums völlig.

Somit wird die Erfüllung des Kriteriums Z 6 lit. d von der MEDIA BROADCAST GmbH deutlich besser gewährleistet.

- e) eine Herabsetzung des Anteils der Datenrate für Programme im Basispaket unter 50 vH nur im erforderlichen Ausmaß und nur, soweit keine entsprechende Nachfrage durch Rundfunkveranstalter für die Verbreitung im Basispaket besteht, der zu angemessenen Bedingungen entsprochen werden kann;

Das Konzept der MEDIA BROADCAST GmbH sieht einen nach der Anzahl der teilnehmenden Programmaggregatoren gestaffelten Mindestanteil für die Datenrate des Basispaketes von zwischen 75 und 50 % vor (Punkt 11 des Programmaggregatorenvertrages). Keinesfalls liegt der Anteil nach diesem Konzept also unter 50 %.

Das Konzept der Mobile TV Infrastruktur GmbH sieht eine feste Aufteilung der Datenrate im Verhältnis 60 % Basispaket zu 40 % Premiumpaket vor, somit liegt auch hier der Anteil des Basispaketes an der Datenrate nie unter 50 %.

Damit wird die Erfüllung des Kriteriums Z 5 lit. d von beiden Antragstellern in gleichem Maße gewährleistet.

- f) eine entsprechend größere Zahl von Programmen im Basispaket für den Fall, dass Nutzer von Endgeräten, die für die Mobiltelefonie andere Anbieter als die Programmaggregatoren nutzen, kein Zugang zu Premiumpaketen gewährt wird;

Das Konzept der MEDIA BROADCAST GmbH geht implizit offenbar davon aus, dass die Programme (insbesondere des Premiumpakets) nur den Kunden der Programmaggregatoren angeboten wird. Zur Erfüllung des gegenständlichen Kriteriums wurde daher im Programmaggregatorenvertrag (Punkt 11) ein nach der Anzahl der beteiligten Programmaggregatoren abgestufter Mindestanteil des Basispaketes an der Datenrate vereinbart. Demnach hat das Basispaket im (Ausgangs-)Fall von zwei Programmaggregatoren zumindest 75 % der Datenrate zu umfassen, bei drei Programmaggregatoren zumindest 62,5 % und bei vier oder mehr Programmaggregatoren den gesetzlichen Mindestanteil von 50 %.

Das Konzept der Mobile TV Infrastruktur GmbH sieht einen festen Anteil für die Programme des Basispaketes von 60 % vor. Damit liegt der Anteil zwar über dem gesetzlichen Mindestausmaß, jedoch nur im Fall von vier oder mehr Programmaggregatoren über jenem im Konzept der MEDIA BROADCAST GmbH. Der Intention hinter dem gegenständlichen Kriterium (ausweislich der Erläuterungen zur Verordnung sollen sie ein möglichst breites Programmangebot für weite Teile der Bevölkerung ermöglichen, wenn nicht alle wesentlichen Mobilfunkbetreiber als Programmaggregatoren das Premiumpaket anbieten können) wird dieses Konzept dadurch vergleichsweise weniger gerecht.

Damit wird die Erfüllung des Kriteriums Z 6 lit. f von der MEDIA BROADCAST GmbH besser gewährleistet.

- g) Kosteneffizienz bei Aufbau und Betrieb der terrestrischen Multiplex-Plattform, um einen möglichst kostengünstigen Zugang von Rundfunkveranstaltern, Diensteanbietern und Programmaggregatoren zu gewährleisten.

Nach den Erläuterungen zur Verordnung liegt diesem Kriterium der Gedanke zu Grunde, dass – bei ansonsten, etwa im Hinblick auf Ausbaugrad oder Nutzerfreundlichkeit gleichwertigen Konzepten – eine kosteneffiziente Konfiguration des Sendernetzes, und damit geringe Kosten für Rundfunkveranstalter, Diensteanbieter und Programmaggregatoren für ein meinungsvielältiges Angebot förderlich ist, da dadurch die notwendigen Investitionen, etwa in das Programm und die Endgeräteverfügbarkeit eher getätigt werden können.

Zu den Kosten ist zunächst festzuhalten, dass nach dem Konzept der MEDIA BROADCAST GmbH zunächst (bis 2010) Rundfunkveranstalter kein Entgelt für die Verbreitung zu leisten haben. Die Programmaggregatoren leisten 4,50 Euro (bzw. 4,20 Euro im Jahr 2010) pro Kunden und Monat an den Multiplex-Betreiber, danach erfolgt ein Umstieg auf ein Festpreismodell oder eine Weiterführung der kundenabhängigen Verrechnung mit noch zu vereinbarenden Beträgen (jedenfalls 4,20 Euro als Obergrenze).

Die Leistungen des Programmaggregators an den Multiplex-Betreiber sind im Vergleich dazu zwar geringer (2,50 Euro bzw. 3,00 Euro in den Jahren 2008 und 2009; 2,20 Euro bzw. 2,80 Euro im Jahr 2010), was insbesondere aus der deutlich optimistischer angenommenen Kundenentwicklung erklärt werden kann. Allerdings fallen für die Rundfunkveranstalter zusätzlich Kosten in der Höhe von 250 000 Euro pro Jahr an, die an den Programmaggregator zu leisten sind (die ab dem dritten Jahr vorgesehene Kompensation aus den Endkundeneinnahmen stellt wiederum einen Aufwand des Programmaggregators dar). Hinsichtlich der anfallenden Entgelte (für alle beteiligten Unternehmen) können die beiden Konzepte daher nicht unmittelbar verglichen werden.

Das gegenständliche Auswahlkriterien stellt daher auch primär auf die Kosteneffizienz des Netzaufbaus ab, somit sind die in der (insbesondere diesbezüglich als plausibel bewerteten) Planrechnung angenommenen Kosten zu vergleichen. Aus geringeren Kosten des Multiplex-Betreibers kann dabei grundsätzlich auf eine tendenziell geringere finanzielle Gesamtbelastung der beteiligten Unternehmen geschlossen werden.

Der Vergleich der Gesamtkosten in den Planrechnungen der beiden Antragsteller ergibt folgendes Bild:

Gesamtkosten (in Tsd. Euro)	2008	2009	2010	2011	2012	2013
MEDIA BROADCAST	- 8 495	- 11 376	- 15 741	- 15 189	- 15 042	- 14 311
Mobile TV Infrastruktur	- 7 569	- 12 130	- 12 700	- 12 974	- 14 063	- 15 332

Die Gesamtkosten liegt jeweils in einer ähnlichen Größenordnung, weiters liegen sie im Zeitablauf abwechselnd einmal bei der MEDIA BROADCAST GmbH (2009, 2013), ein andermal bei der Mobile TV Infrastruktur GmbH (2008, 2010, 2011, 2012) niedriger.

Die Bewertung der Konzepte der Antragsteller kommt damit zu keinem eindeutigen Ergebnis. Somit wird die Erfüllung des Kriteriums Z 6 lit. g von beiden Antragstellern im gleichem Ausmaß gewährleistet.

Insgesamt wird die Erfüllung des Kriteriums Z 6 daher von der MEDIA BROADCAST GmbH deutlich besser gewährleistet.

Zusammenfassung und Ergebnis

Die MUX-AG-V 2007 sieht in § 5 Abs. 2 für die gegenständliche Auswahlentscheidung insgesamt 25 Unterkriterien vor, in denen die Antragsteller insbesondere anhand der abgeschlossenen Verträge mit Programmaggregatoren zu vergleichen sind. Keines dieser Kriterien wird nach Einschätzung der Behörde von der Mobile TV Infrastruktur GmbH im Vergleich zur MEDIA BROADCAST GmbH besser gewährleistet. Die überwiegende Anzahl der Kriterien wird von der MEDIA BROADCAST GmbH – zum Teil deutlich – besser gewährleistet, bei den übrigen Kriterien ergibt sich eine neutrale Beurteilung.

Auf Ebene der sechs gesetzlichen Auswahlkriterien des § 25a Abs. 2 PrTV-G werden sämtliche Anforderungen durch das Konzept und die Vereinbarungen der MEDIA BROADCAST GmbH besser gewährleistet, im Falle der Z 1 (Versorgungsgrad), Z 3 (Einbindung von Rundfunkveranstaltern und Programmaggregatoren) und Z 6 (Meinungsvielfalt) sogar deutlich besser.

Bei diesem Ergebnis kann eine Abwägung einzelner Auswahlkriterien zueinander unterbleiben, da in jedem Fall dem Antrag der MEDIA BROADCAST GmbH der Vorrang einzuräumen ist. Mit diesem Gesamtergebnis im Einklang ist auch die deutlich bessere Erfüllung des Meinungsvielfaltskriteriums, zumal die Erfüllung größtmöglicher Meinungsvielfalt eines der wesentlichen Ziele des Privatrundfunkrechts ist (VfGH in VfSlg. 16625/2002). Soweit in die Auswahlentscheidung neben den Kriterien des § 25a Abs. 2 PrTV-G und § 5 Abs. 2 MUX-AG-V 2007 auch weitere Aspekte, insbesondere auch die Erfüllung finanzieller Voraussetzungen mit einzubeziehen sind (so VfSlg. 16625/2002 und in der Folge der VfGH in ständiger Spruchpraxis seit VfGH 28.7.2004, Zl. 2002/04/0158, zum Privatradiogesetz), bestätigen auch diese das Ergebnis der Auswahlentscheidung, zumal die Erfüllung dieser Voraussetzungen bei der MEDIA BROADCAST GmbH als gegeben

anzunehmen waren, während der Mobile TV Infrastruktur GmbH die diesbezügliche Glaubhaftmachung lediglich gerade noch gelungen ist.

Im Ergebnis war somit der MEDIA BROADCAST GmbH gemäß § 25a Abs. 2 PrTV-G der Vorrang einzuräumen und der Antrag der Mobile TV Infrastruktur GmbH abzuweisen.

Versorgungsgebiet und Zulassungsdauer (Spruchpunkte 2 und 3)

Entsprechend der Ausschreibung als „bundesweite“ Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk umfasst die Zulassung das gesamte Bundesgebiet (Spruchpunkt 2). Gemäß § 25a Abs. 4 PrTV-G ist die Zulassung zwingend auf die Dauer von zehn Jahren zu befristen (Spruchpunkt 3).

Auflagen (Spruchpunkt 4)

Allgemeines

§ 25a Abs. 5 PrTV-G sieht eine Reihe von Regelungen vor, die die Behörde mit Auflage sicherzustellen hat. Darüber hinaus können nach dem letzten Satz dieser Bestimmung weitere zu Sicherung der Einhaltung des Privatfernsehgesetzes notwendige Auflagen vorzuschreiben.

Die Regulierungsbehörde orientiert sich bei der Erteilung der Auflagen weitestgehend am Konzept der Antragstellerin (insbesondere den Regelungen des Programmaggregatorenvertrages), soweit diese die Einhaltung der betreffenden Bestimmungen gewährleisten können.

Roll-Out (Spruchpunkt 4.1)

Gemäß § 25a Abs. 5 PrTV-G ist durch Auflagen sicherzustellen, „9. dass (...) ein kontinuierlicher technischer Ausbau der Plattform gewährleistet ist“.

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

Der angeordnete Versorgungsgrad von 50% der Bevölkerung, bezogen auf portable outdoor (70 % Ortswahrscheinlichkeit), entspricht dem im Antrag vorgesehenen Ausbau bis Ende des Jahres 2008. Ausgehend von der Annahme einer Zulassungserteilung Ende Februar 2008 ergibt sich dafür eine Zeitspanne von zehn Monaten. Durch die Festlegung des Laufs der Frist ab Rechtskraft der Entscheidung ist die Dauer eines allfälligen Berufungsverfahrens nicht einzurechnen.

Der Maßstab für die Feststellung der Versorgung entspricht der Regelung in § 5 Abs. 2 Z 1 MUX-AG-V 2007.

Die Verpflichtung, Sendeanlagen auf zugeordneten Frequenzen in Betrieb zu nehmen und zu halten, bzw. bis zu einem bestimmten Zeitpunkt einen gewissen Versorgungsgrad herzustellen, ist eine gesetzlich vielfach vorgesehene Maßnahme zur Sicherstellung der Nutzung knapper Frequenzressourcen und dient damit der Optimierung der Nutzung des Frequenzspektrums, vgl. etwa § 60 Abs. 3 TKG 2003, § 3 Abs. 3 Z 1, § 11 Abs. 1 PrR-G, § 5 Abs. 7 Z 1 und 2, § 14 Abs. 1, § 26 Abs. 6 letzter Satz PrTV-G (in der Regel sind dort bei Nichterreichung dieser Vorgaben Verfahren zum Entzug der Frequenzuteilung oder Feststellung des Erlöschens der Zulassung vorgesehen).

Auch wenn dem Multiplex-Betreiber im Zuge der Zulassung keine konkreten Übertragungskapazitäten bzw. Frequenzen zugeordnet werden, ist das Vorschreiben gewisser Versorgungsgrade per Auflage sachgerecht, zumal die Regulierungsbehörde auf Dauer der Zulassung nach Möglichkeit entsprechende Frequenzressourcen zu sichern haben wird.

Soweit die Auflage nicht erfüllt werden kann, da zunächst Verfahren vor der Regulierungsbehörde zur Mitbenutzung von Sendeanlagen oder Antennentragemasten durchgeführt werden müssen, verlängert sich die Frist entsprechend.

Das Abstellen auf vom Zulassungsinhaber zu vertretende Gründe (hier: für die Nichterteilung der erforderlichen fernmelderechtlichen Bewilligungen) ist auch in den oben referenzierten, als Vorbild dienenden Erlöschensbestimmungen des § 3 Abs. 3 Z 1 PrR-G und § 5 Abs. 7 Z 1 und 2 PrTV-G vorgesehen.

Neben den in dortigen Gesetzesmaterialien genannten technischen Schwierigkeiten (soweit sie nicht zumindest fahrlässig verursacht oder nicht verhindert wurden) kommt im gegenständlichen Fall insbesondere die Nicht-Verfügbarkeit von Frequenzressourcen in Betracht. Diesbezüglich werden jedenfalls im Sinne der gemeinsamen Planung zwischen Multiplex-Betreiber und Regulierungsbehörde nach § 25a Abs. 6 PrTV-G zunächst mögliche Alternativen auszuloten sein.

Frequenzökonomie (Spruchpunkt 4.2)

Gemäß § 25a Abs. 5 PrTV-G ist durch Auflagen sicherzustellen, *„9. dass die technische Qualität der Multiplex-Plattform europäischen Standards entspricht und ein kontinuierlicher technischer Ausbau der Plattform gewährleistet ist“*.

Zu den durch die Aufgaben der KommAustria zu erreichenden Zielen zählt gemäß § 2 Abs. 2 KOG: *„5. die Optimierung der Nutzung des Frequenzspektrums für Rundfunk“*.

Entsprechend den zur Verfügung stehenden Frequenzressourcen sieht das Konzept der Antragstellerin den Einsatz von Gleichwellennetzen (und damit den Einsatz von jeweils nur einer Frequenz) in den einzelnen Allotmentgebieten (Gebiete für die Frequenzzuteilung im Rahmen des internationalen Abkommens RRC06) vor.

Die gegenständliche Auflage schreibt dieses Konzept fest, da diese Art der Senderkonfiguration (im Gegensatz etwa zu Mehrfrequenznetzen mit Ballzubringung) die Vorteile der digitalen Ausstrahlung zur optimalen Frequenznutzung voll ausschöpft.

Technischer Standard (Spruchpunkt 4.3)

Gemäß § 25a Abs. 5 PrTV-G ist durch Auflagen sicherzustellen, *„9. dass die technische Qualität der Multiplex-Plattform europäischen Standards entspricht (...)“*.

Die gegenständliche Ausschreibung für mobiles terrestrisches Fernsehen hat grundsätzlich die Nutzung frei gewählter Standards zugelassen, wobei jedoch Konzepte basierend auf dem DVB-H-Standard gemäß § 5 Abs. 2 Z 2 lit. a MUX-AG-V 2007 zu bevorzugen waren.

Die Wahl des technischen Standards hat unmittelbare Auswirkungen auf die zur Verfügung stehende Datenrate und damit Kapazität, aber auch für die Versorgungsplanung und diesbezügliche behördliche Überprüfung. Daher war die Nutzung des DVB-H-Standards entsprechend dem Konzept im Zulassungsantrag vorzuschreiben.

Technische Parameter (Spruchpunkt 4.4)

Gemäß § 25a Abs. 5 PrTV-G ist durch Auflagen sicherzustellen, *„9. dass die technische Qualität der Multiplex-Plattform europäischen Standards entspricht und ein kontinuierlicher technischer Ausbau der Plattform gewährleistet ist“*.

Die Wahl der technischen Parameter, insbesondere des Modulationsverfahrens hat ebenfalls unmittelbare Auswirkungen auf die zur Verfügung stehende Datenrate und damit für die Kapazität, aber auch für die Versorgungsplanung. Für den Beginn der Ausstrahlung waren daher die laut Konzept des Antragstellers geplanten technischen Parameter festzulegen. Aus den gewählten Parametern ergeben sich Kapazitäten für 16 Fernsehprogramme. Ein Fernsehkanal kann dabei aber auch durch mehrere Hörfunkprogramme ersetzt werden.

Nach den Materialien zu § 25a Abs. 5 PrTV-G (Erläuterungen zur Regierungsvorlage 139 BlgNR XXIII. GP) ist als weiterer technischer Ausbau auch die Erhöhung der Kapazitäten und damit Ausstrahlung von mehr Programmen möglich. Insofern werden die technischen Parameter in der Folge auch geändert werden können.

Durch eine Änderung der technischen Parameter ändert sich insbesondere auch die für die Programme im Basispaket zur Verfügung stehende Datenrate. Entsprechend der Bestimmung des § 25a Abs. 10 PrTV-G sind solche Änderungen der Regulierungsbehörde im Vorhinein anzuzeigen. Die Regulierungsbehörde hat dann innerhalb von sechs Wochen festzustellen, ob und unter welchen Voraussetzungen mit der Vorschreibung weiterer Auflagen den Grundsätzen des § 25a Abs. 2, 3 und 5 PrTV-G weiterhin entsprochen wird. Im Fall von Änderungen ohne vorhergehende Feststellung der Regulierungsbehörde oder entgegen einer Feststellung wäre das Verfahren zum Entzug der Zulassung einzuleiten.

Vereinbarungen mit Programmaggregatoren (Spruchpunkt 4.5)

Auf Grund der Tatsache, dass dem Multiplex-Betreiber nach § 25a Abs. 7 und 8 PrTV-G kein Einfluss auf die Programmbelegung zukommt, können wesentliche Teile der Regelungen des § 25a Abs. 5 PrTV-G lediglich durch das Verhalten der – nach dem vorliegenden Konzept – die Programmauswahl durchführenden Programmaggregatoren erfüllt werden.

Die den Materialien zu § 25a Abs. 5 PrTV-G (Erläuterungen zur Regierungsvorlage 139 BlgNR XXIII. GP) führen diesbezüglich aus: *„Die Beziehung von Programmaggregatoren hat keine Auswirkungen auf die Frage der Einhaltung der mit der Zulassung vorgeschriebenen Auflagen. Für diese hat weiterhin ausschließlich der Multiplex-Betreiber als Bescheidadressat einzustehen. Er wird daher in der Regel durch geeignete vertragliche Vereinbarung mit dem Programmaggregator ein Durchgriffs- oder Regressrecht zu vereinbaren haben.“*

Weiters ist auch das Verhalten des Multiplex-Betreibers gegenüber den Programmaggregatoren (insbesondere etwa eine nichtdiskriminierende Behandlung) einer vertraglichen Regelung zwischen den Beteiligten zugänglich.

Die von der MEDIA BROADCAST am 13.12.2007 im Vorfeld der Antragstellung gemäß § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G mit den Programmaggregatoren Hutchison 3G Austria GmbH und ONE GmbH abgeschlossene Vereinbarung („Memorandum of Understanding“) regelt die hier relevanten Aspekte – insbesondere die Programmauswahl – bereits ausführlich und weitgehend in sachgerechter Art und Weise. Die Erteilung entsprechender Auflagen kann sich daher darauf beschränken, diese Regelungen – gegebenenfalls entsprechend modifiziert – für wesentlich zu erklären und dem Multiplex-Betreiber daher aufzuerlegen, sie in den Vereinbarungen mit den Programmaggregatoren jedenfalls vorzusehen. Dies gilt damit für die in Punkt 15.2 des „Memorandum of Understanding“ vorgesehene „finale Vereinbarung“ mit den bestehenden Programmaggregatoren genauso wie für jede spätere,

diese Vereinbarung ersetzende Regelung und entsprechende Vereinbarungen mit allfälligen weiteren Programmaggregatoren.
Der Wortlaut des „Memorandum of Understanding“ vom 13.12.2007 ist oben im Sachverhalt wiedergegeben.

Dazu im Einzelnen nachfolgend.

Nichtdiskriminierung weiterer Programmaggregatoren (Spruchpunkt 4.5.1)

Gemäß § 25a Abs. 5 PrTV-G ist durch Auflagen sicherzustellen, „2. dass die darüber hinaus verfügbare Datenrate für weitere Pakete an die Programmaggregatoren zu fairen, gleichberechtigten und nicht-diskriminierenden Bedingungen und unter Bedachtnahme auf Abs. 2 Z 4 und 5 vergeben wird“ und „3. dass die Vergabe der Datenrate gemäß Z 1 und 2 durch den Multiplex-Betreiber in einem transparenten Verfahren und unter laufender Einbeziehung der betroffenen Rundfunkveranstalter und Programmaggregatoren sowie der Regulierungsbehörde erfolgt“.

Die Punkte 7.3 und 9 bestimmen, dass der Multiplex-Plattform weitere Programmaggregatoren in diskriminierungsfreier Weise angeschlossen werden können, wobei eine diesbezügliche Auswahl durch den Multiplex-Betreiber in einem transparenten Verfahren unter fairen, gleichberechtigten und nichtdiskriminierenden Bedingungen erfolgt.

Punkt 9 räumt weiters der Hutchinson 3G Austria GmbH und der ONE GmbH die jeweils besten einem Programmaggregator angebotenen Konditionen ein (Meistbegünstigung). In vergleichbaren Fällen (insbesondere also bei weiteren Mobilfunkbetreibern als Programmaggregatoren) ist diese Meistbegünstigung ebenfalls einzuräumen, was sich bereits aus der Festlegung der diskriminierungsfreien Beteiligung weiterer Programmaggregatoren ergibt.

Programmauswahl (Spruchpunkt 4.5.2)

Gemäß § 25a Abs. 5 PrTV-G ist durch Auflagen sicherzustellen,
„1. dass die verfügbare Datenrate für die im Basispaket verbreiteten Programme und Zusatzdienste unter fairen, gleichberechtigten und nicht-diskriminierenden Bedingungen und unter Bedachtnahme auf Abs. 2 Z 4 bis 6 vergeben wird;
2. dass die darüber hinaus verfügbare Datenrate für weitere Pakete an die Programmaggregatoren zu fairen, gleichberechtigten und nicht-diskriminierenden Bedingungen und unter Bedachtnahme auf Abs. 2 Z 4 und 5 vergeben wird;
3. dass die Vergabe der Datenrate gemäß Z 1 und 2 durch den Multiplex-Betreiber in einem transparenten Verfahren und unter laufender Einbeziehung der betroffenen Rundfunkveranstalter und Programmaggregatoren sowie der Regulierungsbehörde erfolgt;
5. dass ein meinungsvielfältiges Angebot an digitalen Programmen in einem Basispaket verbreitet wird;
6. dass die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 52/2007 bundesweit terrestrisch ausgestrahlten Fernsehprogramme auf Nachfrage und gegen angemessenes Entgelt in das Basispaket aufgenommen werden, sofern diese Programme im jeweiligen Versorgungsgebiet noch nicht über eine Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk verbreitet werde;“.

Gemäß § 69 Abs. 7 PrTV-G tritt die Bestimmung des § 25a Abs. 5 Z 6 PrTV-G mit Ablauf des 31.12.2009 außer Kraft; auf diese Bestimmung gestützte Auflagen sind entsprechend zu befristen.

Die Antragstellerin bzw. deren Programmaggregatoren haben mit der Anlage ./6.5 für die Programmauswahl im Vorfeld der Antragstellung eine Regelung getroffen, die den

Anforderungen der Z. 1, 2, 3, 5 und 6 PrTV-G vollauf genügt. Zur Würdigung dieser Regelung vgl. insbesondere die Ausführungen zum Auswahlkriterium Z 6 (Meinungsvielfalt) weiter oben. Die Einhaltung dieser Regelungen sowohl hinsichtlich des Verfahrens als auch zu den inhaltlichen Kriterien ist als zentrale Sicherung – insbesondere der Gewährleistung größtmöglicher Meinungsvielfalt – jedenfalls per Auflage vorzuschreiben.

Einzelne Aspekte und Modifikationen bedürfen jedoch einer gesonderten Erörterung (Verweise im Folgenden beziehen sich auf die Punkte in der Anlage ./6.5 zum „Memorandum of Understanding“):

Nach Punkt 1.2 und 1.3 können Änderungen der festgelegten Grundsätze im Einvernehmen zwischen dem Multiplex-Betreiber und allen Programmaggregatoren erfolgen. Auf Grund des in § 25a Abs. 7 und 8 PrTV-G festgelegten Einflussverbots des Multiplex-Betreibers auf die Programmebelegung kann die Rolle des Multiplex-Betreibers auch in diesem Fall nur in der Sicherstellung der Einhaltung gesetzlicher Regelungen und behördlicher Anforderungen liegen.

Nach § 25a Abs. 10 PrTV-G bedarf die Änderung der Programmebelegung im Basispaket einer vorherigen Anzeige bei der Regulierungsbehörde. Dies muss im Größenschluss auch für die Änderung der Kriterien oder des Verfahrens zur Programmebelegung gelten. Die Regulierungsbehörde hat innerhalb von sechs Wochen festzustellen, ob und unter welchen Voraussetzungen mit der Vorschreibung weiterer Auflagen den Grundsätzen des § 25a Abs. 2, 3 und 5 PrTV-G weiterhin entsprochen wird. Im Fall von Änderungen ohne vorhergehende Feststellung der Regulierungsbehörde oder entgegen einer Feststellung wäre das Verfahren zum Entzug der Zulassung einzuleiten.

In diesem Kontext ist auch Punkt 5 (über die vorherige Anzeige der Änderungen der Programmebelegung durch die Programmaggregatoren an den Multiplex-Betreiber) zu lesen: vor entsprechender bescheidmäßiger Feststellung der Regulierungsbehörde darf die Änderung nicht vorgenommen werden.

Punkt 2.2.1 bildet die Bestimmung des § 25a Abs. 5 Z 6 PrTV-G nach, die bestimmten Rundfunkveranstaltern (namentlich dem Österreichischen Rundfunk für ORF 1 und ORF 2 und der ATV Privatfernseh-GmbH für das Programm „ATV“) den Anspruch einräumt, auf Nachfrage im Basispaket verbreitet zu werden. Dieses Recht ist nach § 69 Abs. 7 PrTV-G bis Ende 2009 befristet. Daher ist auch die entsprechende Bestimmung in den Programmauswahlgrundsätzen vertraglich entsprechend zu befristen.

Punkt 2.2.7.b sieht eine positive Berücksichtigung der Zusage von exklusiver Zusammenarbeit des Rundfunkveranstalters mit den Programmaggregatoren vor. Diese Bestimmung bezieht sich offensichtlich ausschließlich auf die Programmauswahl im Vorfeld der Antragstellung. Sie ist daher während der Laufzeit der Zulassung nicht anzuwenden.

Die Regelung in Anlage ./6.5 sieht keine Einbeziehung der Regulierungsbehörde in das Auswahlverfahren vor. Eine solche ist jedoch nach § 25a Abs. 5 Z 3 PrTV-G zwingend vorgesehen. Im Hinblick darauf, dass die Regulierungsbehörde eine Änderung der Programmauswahl im Basispaket ohnehin jedenfalls nach § 25a Abs. 10 PrTV-G zu überprüfen hat, reicht es in diesem Zusammenhang, wenn der Behörde die begründete Auswahlentscheidung unverzüglich übermittelt wird.

Zu Punkt 3. ist weiters zu bemerken (da diesbezüglich eine ausdrückliche Regelung fehlt), dass ein „transparentes Verfahren“, wie es dort vorgehen ist, jedenfalls auch die Mitteilung der begründeten Auswahlentscheidung an den betroffenen Rundfunkveranstalter umfasst.

Monitoring durch den Multiplex-Betreiber (Spruchpunkt 4.5.3)

Punkt 10 des „Memorandum of Understanding“ sieht das Recht des Multiplex-Betreibers vor, als alleiniger Adressat regulatorischer Verpflichtungen, die ausgestrahlten Rundfunkprogramme im Hinblick auf die Grundsätze der Anlage /6.5 zu prüfen. Das ist im Hinblick auf die Einhaltung des Privatfernsehgesetzes (§ 25a Abs. 5 letzter Satz PrTV-G) zu begrüßen. Punkt 10.2 sieht ein Verfahren unter Einbeziehung der Programmaggregatoren vor, das letztlich in einer vorübergehenden Einstellung (Aussetzung) der Ausstrahlung einzelner Programme führen kann.

Nach § 25a Abs. 7 Z 4 PrTV-G darf der Multiplex-Betreiber den Transport des Signals eines Rundfunkveranstalters nicht aus anderen als technischen Gründen ablehnen. Die Aussetzung der Ausstrahlung der Programme nach Punkt 10.2. darf daher ebenfalls nur nach entsprechender Aufforderung der Programmaggregatoren an den Multiplex-Betreiber erfolgen, zu welcher diese gegebenenfalls verpflichtet sein können. Die genauen Modalitäten müssen vertraglich entsprechend klargestellt werden.

Auf Grund der genannten Gesetzesbestimmung des § 25a Abs. 7 Z 4 PrTV-G ist jedenfalls mangels Einflussbefugnis auszuschließen, dass der Multiplex-Betreiber rechtlich für die Inhalte der ausgestrahlten Rundfunkprogramme verantwortlich gemacht oder in Anspruch genommen werden kann.

Mindestanteil für die Datenrate im Basispaket (Spruchpunkt 4.5.4)

Gemäß § 25a Abs. 5 PrTV-G ist durch Auflagen sicherzustellen, *„4. dass ein überwiegender Teil der für digitale Signale zur Verfügung stehenden Datenrate für die Verbreitung digitaler Programme in einem Basispaket verwendet wird, wobei dieser Anteil bei erweislich fehlender Nachfrage auf bis zu 30 vH herabgesetzt werden kann“*.

Die Regelung in Punkt 11 des „Memorandum of Understanding“ sieht für den Mindestanteil der Datenrate für das Basispaket abgestufte Werte je nach Anzahl der teilnehmenden Programmaggregatoren vor. Damit wurde auch dem Auswahlgrundsatz des § 5 Abs. 2 Z 6 lit. f MUX-AG-V 2007 entsprochen. Nach dieser Regelung liegt der Anteil der Datenrate für das Basispaket keinesfalls unter 50%. Die Regelung war daher mit Auflage abzusichern.

Weiterer Ausbau der Multiplex-Plattform (Spruchpunkt 4.5.5)

Gemäß § 25a Abs. 5 PrTV-G ist durch Auflagen sicherzustellen, *„9. dass (...) ein kontinuierlicher technischer Ausbau der Plattform gewährleistet ist“*.

Punkt 13.2 des „Memorandum of Understanding“ sieht einen möglichen Ausbau des Netzes über die regulatorischen Mindestanforderungen hinaus im Jahr 2010 vor. In die entsprechende Entscheidung werden die Programmaggregatoren zwar eingebunden, auf Grund der Verteilung des wirtschaftlichen Risikos nach dem gewählten Geschäftsmodell verbleibt die Letztentscheidung jedoch beim Multiplex-Betreiber.

Nach den oben zitierten Erläuterungen zum PrTV-G soll mit Auflage auch ein Ausbau der Multiplex-Plattform im Hinblick auf die Programmkapazität sichergestellt werden. Im Zuge der Investitionsentscheidung soll daher auch die Abänderung der diesbezüglichen (in Spruchpunkt 4.4 bewilligten) technischen Parameter erfolgen.

Kosten der Verbreitung für Must-Carry-Programme (Spruchpunkt 4.5.6)

Gemäß § 25a Abs. 5 PrTV-G ist durch Auflagen sicherzustellen, *„6. dass die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 52/2007 bundesweit terrestrisch ausgestrahlten Fernsehprogramme auf Nachfrage und gegen angemessenes Entgelt in das Basispaket aufgenommen werden, sofern diese Programme im jeweiligen Versorgungsgebiet noch nicht über eine Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk verbreitet werden“.*

Gemäß § 69 Abs. 7 PrTV-G tritt diese Bestimmung mit Ablauf des 31.12.2009 außer Kraft; auf diese Bestimmung gestützte Auflagen sind entsprechend zu befristen.

Das Konzept der Antragstellerin sieht vor, dass Rundfunkveranstalter zumindest bis 2010 für die Verbreitung ihrer Programme kein Entgelt zu leisten haben. Die wirtschaftliche Planung und Konzeption des Geschäftsmodells ist auf dieser Prämisse aufgebaut. Unter diesen Voraussetzungen ist daher davon auszugehen, dass das angemessene Entgelt für die Verbreitung auch für Rundfunkveranstalter mit Must-Carry-Status (zumindest bis 2010) mit Null anzusetzen ist. Für die Zeit nach 2010 waren diesbezüglich keine Feststellungen erforderlich, da die gegenständliche Verpflichtung mit Ende 2009 erlischt.

Da die Rundfunkveranstalter nach dem vorliegenden Konzept im Vertragsverhältnis nur zu den Programmaggregatoren stehen, ist die gegenständliche Verpflichtung diesen vom Multiplex-Betreiber vertraglich zu überbinden. Die Bestimmung entspricht den Regelungen in der vorgelegten Vereinbarung der Programmaggregatoren mit der ATV Privatfernseh-GmbH und in den verbindlichen Angeboten des ORF.

Elektronische Programmführer (Spruchpunkt 4.5.7)

Gemäß § 25a Abs. 5 PrTV-G ist durch Auflagen sicherzustellen, *„8. dass alle im Basispaket enthaltenen digitalen Programme und Zusatzdienste in ihrer optischen Gestaltung, Auffindbarkeit und Übersichtlichkeit gleichberechtigt angeboten werden und ein unmittelbares Einschalten der einzelnen Programme und Zusatzdienste ermöglicht wird.“*

Im Falle von mobilem terrestrischen Fernsehen und nach dem Konzept der Antragstellerin erfolgt die Erstellung des elektronischen Programmführers (hier auch „electronic service guide“) durch den jeweils als Programmaggregator auftretenden Mobilfunkbetreiber. Deshalb ist auch diese Verpflichtung den Programmaggregatoren vertraglich zu überbinden.

Zur Frage der Darstellung der Programme in elektronischen Programmführern bzw. der unmittelbaren Einschaltbarkeit wurde im Verfahren nichts vorgebracht. Die Behörde hat daher eine allgemeine Gleichbehandlung der jeweiligen Programme des Basispaketes angeordnet; die Reihenfolge im Programmführer, die naturgemäß nicht nichtdiskriminierend festgelegt werden kann, hat sich nach objektiven Kriterien zu orientieren. Entsprechende detailliertere Regelungen werden in der Vereinbarung mit den Programmaggregatoren zu treffen sein.

In diesem Zusammenhang ist auch die Bestimmung des § 25a Abs. 7 Z 3 PrTV-G zu beachten, nach der die inhaltliche Gestaltung des elektronischen Programmführers nicht einem Medienunternehmen oder einem Unternehmen, das mit einem Medienunternehmen im Sinn des § 11 Abs. 6 PrTV-G verbunden ist, übertragen werden darf. Zur Sicherung der Einhaltung dieser Bestimmung ist auch dieses Verbot den Programmaggregatoren zu überbinden.

Anzeige von Vereinbarungen mit Programmaggregatoren (Spruchpunkt 4.6)

Der Inhalt von Vereinbarungen zwischen dem Multiplex-Betreiber und Programmaggregatoren ist, wie soeben dargestellt, zentral für die Erfüllung gesetzlicher Anforderungen und der Auflagen im gegenständlichen Bescheid.

Zur Kontrolle der Einhaltung des Privatfernsehgesetzes und der Auflagen nach Spruchpunkt 4.5 ist es daher unerlässlich, dass der Regulierungsbehörde stets vollumfänglich die entsprechenden Vereinbarungen vorliegen.

Verbreitungskosten für Rundfunkveranstalter (Spruchpunkt 4.7)

Gemäß § 25a Abs. 5 PrTV-G ist durch Auflagen sicherzustellen, „7. dass die bei der technischen Verbreitung der digitalen Programme und der Zusatzdienste anfallenden Kosten jeweils anteilmäßig abhängig von der benötigten Datenrate vom Multiplex-Betreiber in Rechnung gestellt werden“.

Diese gesetzliche Bestimmung, die wortgleich zu § 25 Abs. 2 Z 5 PrTV-G (für herkömmliche terrestrische Multiplex-Plattformen) ist, geht offenbar von einem Geschäftsmodell aus, in dem der Multiplex-Betreiber die Verbreitungskosten unmittelbar dem betroffenen Rundfunkveranstalter oder Anbieter von Zusatzdiensten in Rechnung stellt. Dem gegenständlichen Zulassungsbescheid liegt ein anderes Geschäftsmodell zu Grunde, in dem die Verbreitungskosten unmittelbar von Programmaggregatoren getragen werden. Insofern ist die Bestimmung des § 25a Abs. 5 PrTV-G für diesen Fall nicht relevant. Für den Fall, dass – was auch durch die erteilten Auflagen nicht völlig ausgeschlossen ist – das Geschäftsmodell in Zukunft entsprechend geändert wird, sichert die gegenständliche Auflage die Einhaltung dieser gesetzlichen Vorschrift.

Die „benötigte Datenrate“ im Sinne dieser Bestimmung ist bei Anwendung eines statistischen Multiplexes mit der ex ante festgesetzten Durchschnittsdatenrate und nicht mit der sich durch zufällige Umstände ergebenden – und erst im Nachhinein feststellbaren – tatsächlich in Anspruch genommenen Datenrate anzunehmen.

Zulassungspflicht für Rundfunkveranstalter (Spruchpunkt 4.8)

Gemäß § 3 Abs. 1 PrTV-G bedarf einer Zulassung nach dem PrTV-G durch die Regulierungsbehörde, „wer terrestrisches Fernsehen (...) veranstaltet und in Österreich niedergelassen ist.“

Gemäß § 1 Abs. 3 PrTV-G bleibt das ORF-Gesetz von den Bestimmungen des PrTV-G unberührt. Das ORF-Gesetz regelt die Veranstaltung von Rundfunkprogrammen durch den ORF sowie von Spartenprogrammen durch den ORF und seine (direkten oder indirekten) Tochtergesellschaften.

Die gegenständliche Auflage stellt sicher, dass der Multiplex-Betreiber nur solche Programme verbreitet, die über eine entsprechende Zulassung verfügen. Von einer Zulassungspflicht nach § 28 PrTV-G ausgenommen sind Programme nach dem ORF-Gesetz sowie Programme, die auf Grund der Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 03.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. 1989 L 298, 23, in der geltenden Fassung („Fernsehrichtlinie“) der Rechtshoheit eines anderen Mitgliedstaates (bzw. Vertragspartei des Abkommens über den EWR) unterliegen. Artikel 2 der Fernsehrichtlinie ist in § 3 PrTV-G umgesetzt, der die Zulassungspflicht auf jene Rundfunkveranstalter beschränkt, die der österreichischen Rechtshoheit unterliegen (nämlich hier niedergelassen sind).

§ 3 Abs. 5 PrTV-G, nach dem eine Zulassung subsidiär bei Nutzung einer österreichischen Übertragungskapazität (also auch im Falle der Verbreitung über die gegenständliche

Multiplex-Plattform) erforderlich ist, ist entsprechend Artikel 2 Abs. 4 der Fernsehrichtlinie nur insoweit anzuwenden, als die Rechtshoheit keines Mitgliedstaates (bzw. Vertragspartei des Abkommens über den EWR) auf Basis der Niederlassung vorliegt.

Eine österreichische Zulassung nach § 28 PrTV-G ist somit (ausgenommen in den Fällen des ORF-Gesetzes) dann erforderlich, wenn der Rundfunkveranstalter in Österreich oder in keinem der Mitgliedstaaten (bzw. Vertragsparteien des Abkommens über den EWR) niedergelassen ist.

Ob ein Rundfunkveranstalter in einem anderen Mitgliedstaat (bzw. einer anderen Vertragspartei des Abkommens über den EWR) niedergelassen ist, kann anhand des § 3 Abs. 1 bis 4 PrTV-G ermittelt werden, indem dort „Österreich“ durch den entsprechenden Staat ersetzt wird. In diesen Fällen regelt das Recht desjenigen Staates die Berechtigung zur Rundfunkveranstaltung, etwa durch eine gesetzliche oder individuelle Zulassung.

Die §§ 56 bis 59 PrTV-G regeln die Fälle und das Verfahren, nach denen eine Weiterverbreitung bestimmter ausländischer Rundfunkprogramme mittels Verordnung der Regulierungsbehörde zu untersagen ist. Eine solche Verordnung richtet sich nach dem Wortlaut der betreffenden Bestimmungen auch an Programmaggregatoren, die die betreffenden Programme in ihr Programmpaket aufgenommen haben.

Anzeige der gesendeten Programme (Spruchpunkt 4.9)

Gemäß § 60 PrTV-G obliegt der Regulierungsbehörde die Rechtsaufsicht über die Rundfunkveranstalter gemäß dem PrTV-G.

Gemäß § 29 PrTV-G ist die Verbreitung von Zusatzdiensten über eine Multiplex-Plattform sowie Änderungen des Dienstes und die Einstellung des Dienstes vom Anbieter des Zusatzdienstes eine Woche vor Aufnahme der Verbreitung, Änderung oder Einstellung schriftlich der Regulierungsbehörde anzuzeigen.

Zur Sicherstellung der Rechtsaufsicht über die betreffenden Programme, der Überprüfbarkeit der Einhaltung der Auflage 4.8, der Bestimmung des § 25a Abs. 10 PrTV-G sowie der Anzeigepflicht für Zusatzdienste ist es erforderlich, dass der Multiplex-Betreiber der Regulierungsbehörde rechtzeitig die verbreiteten Programme und Zusatzdienste sowie die zugehörigen Rundfunkveranstalter bzw. Anbieter mitteilt.

Soweit Rundfunkveranstalter nicht der österreichischen Rechtshoheit (und damit nicht der Rechtsaufsicht nach dem PrTV-G) unterliegen, ist zur Überprüfung dieser Voraussetzung der Nachweis der Berechtigung zur Rundfunkveranstaltung nach dem Recht des Niederlassungsstaates erforderlich. Dies kann beispielsweise eine Zulassung durch individuellen Rechtsakt (z.B. Bescheid) oder eine gesetzliche Regelung (insbesondere bei öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern) sein.

Nach § 25a Abs. 10 PrTV-G bedarf die Änderung der Programmebelegung im Basispaket einer vorherigen Anzeige bei der Regulierungsbehörde. Diese hat dann innerhalb von sechs Wochen festzustellen, ob und unter welchen Voraussetzungen mit der Vorschreibung weiterer Auflagen den Grundsätzen des § 25a Abs. 2, 3 und 5 PrTV-G weiterhin entsprochen wird. Im Fall von Änderungen ohne vorhergehende Feststellung der Regulierungsbehörde oder entgegen einer Feststellung wäre das Verfahren zum Entzug der Zulassung einzuleiten. Als Änderung der Programmebelegung im Basispaket gilt die Auswahl und Ausstrahlung jedes Programms, das nicht im Rahmen des Zulassungsverfahrens beurteilt wurde. Somit bezieht sich diese Verpflichtung auf alle Programme, die nicht gemäß § 23 Abs. 3 Z 3 PrTV-G im Zulassungsantrag aufgeführt wurden (vgl. dazu im Sachverhalt den Abschnitt „Programm bouquet, Rundfunkveranstalter“).

Gebühren (Spruchpunkt 6)

Nach § 1 Bundesverwaltungsabgabenverordnung 1983 (BVwAbgV), BGBl. Nr. 24/1983 idgF, haben die Parteien für die Verleihung einer Berechtigung oder für sonstige wesentlich in ihrem Privatinteresse liegende Amtshandlungen, die von Behörden im Sinne des Art. VI Abs. 1 des Einführungsgesetzes zu den Verwaltungsvorschriften vorgenommen wurden, die gemäß dem Abschnitt II festgesetzten Verwaltungsabgaben zu entrichten.

Für die Erteilung einer Zulassung nach dem Privatfernsehgesetz besteht keine besondere Tarifpost im Besonderen Teil des Tarifes, auf welchen durch § 4 BVwAbgV verwiesen wird. Nach Tarifpost 1 beträgt die Verwaltungsabgabe für Bescheide, durch die auf Parteiansuchen eine Berechtigung verliehen oder eine Bewilligung erteilt oder eine Berechtigung oder Bewilligung verlängert wird, sofern die Amtshandlung nicht unter eine andere Tarifpost des besonderen Teiles des Tarifes fällt, 6,50 Euro.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

Wien, am 29. Februar 2008

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Mag. Michael Ogris
Behördenleiter