



Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus der Vorsitzenden-Stellvertreterin Dr. Susanne Lackner als Senatsvorsitzende und den weiteren Mitgliedern Dr. Martina Hohensinn und Dr. Katharina Urbanek, im Rahmen der Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter und Mediendienstanbieter wie folgt entschieden:

I. Spruch

Der Antrag der PULS 4 TV GmbH & Co KG (FN 310081b beim Handelsgericht Wien) vom 13.02.2020 auf Erteilung eines Verbreitungsauftrags gemäß § 20 Abs. 5 Audiovisuelles Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 86/2015, für das Programm „PULS 24“ an die A1 Telekom Austria AG (FN 280571f beim Handelsgericht Wien) wird wegen Zustandekommens einer gütlichen Einigung zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

1.1. Antrag der PULS 4 TV GmbH & Co KG

Am 13.02.2020 langte bei der KommAustria ein Antrag der PULS 4 TV GmbH & Co KG (im Folgenden Antragstellerin) auf Erteilung eines Verbreitungsauftrags für ihr Fernsehprogramm „PULS 24“ an die A1 Telekom Austria AG (im Folgenden: Antragsgegnerin) ein, nachdem eine Vereinbarung darüber nicht zustande gekommen sei. Begründend führte die Antragstellerin aus, sie verbreite das Fernsehprogramm „PULS 24“ aufgrund der mit Bescheid der KommAustria vom 28.08.2019, KOA 2.135/19-016, erteilten Zulassung über den Satelliten ASTRA (HD) sowie zusätzlich digital terrestrisch über die der ORS comm GmbH & Co KG mit Bescheid der KommAustria vom 28.03.2013, KOA 4.270/13-001, zugeordnete Multiplex-Plattform (MUX F) im Standard SD. Bei dem Fernsehprogramm handle es sich laut Zulassungsbescheid um *„ein 24 Stunden Programm mit starkem Live-Charakter, welches Nachrichtensendungen und Magazinsendungen aus den Bereichen Information, News, Politik, Wirtschaft, Technik, Gesundheit, Sport, Gesellschaft, Lifestyle, Chronik, Service und Unterhaltung, aber auch Talk-Runden und Hintergrundgespräche sowie Live-Übertragungen und Vor-Ort-Berichte von Veranstaltungen, wie Konzerten, Pressekonferenzen oder Sportevents beinhaltet“*.

Bereits vor Sendestart von „PULS 24“ hätten Vertreter der Antragstellerin um Einspeisung des Fernsehprogramms in das Kabelnetz der Antragsgegnerin ersucht, wobei in diesem Zusammenhang

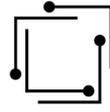
versucht worden sei, die Vereinbarung darüber im Rahmen einer größeren Gesamtbereinigung anderer, zum Teil strittiger Bereiche, zu regeln. Nachdem eine solche Gesamtlösung nicht gelungen sei, habe die Antragstellerin zuletzt förmlich mit E-Mail vom 19.11.2019 gemäß § 20 Abs. 2 AMD-G nachgefragt. Die Antragsgegnerin habe eine Weiterverbreitung des Programms allerdings abgelehnt.

Das Programm „PULS 24“ erfülle sämtliche der in § 20 Abs. 2 und 3 AMD-G genannten Kriterien. Das Programm informiere und unterhalte rund um die Uhr, sei aber mehr als nur ein News-Sender, sondern eine Plattform die rasch, direkt, sachlich und ungefiltert dem Publikum die Chance gebe, sich eine Meinung zu bilden. „PULS 24“ lege Wert auf Themen, die im echten Leben passieren und nicht von den Medien inszeniert seien, was auch immer Österreich national und regional interessiere und bewege oder worüber das Land spreche. Eine Hauptsäule des Informationsangebots seien daher Live-Einstiege und Vor-Ort-Berichterstattung von aktuellen Events in Österreich, dem Publikum sollen die relevanten Ereignisse des Tages in Echtzeit geliefert werden. Darüber hinaus würden Talks aus unterschiedlichen Themenbereichen das Bild des Fernsehsenders prägen, etwa News- und Magazinshows mit ausführlicher Berichterstattung zu den wichtigsten Themen des Tages (national und regional), mehrfache News-Updates während des Tages zur Gewährleistung höchster Aktualität, Magazinsendungen zu Themen der Wirtschaft, Politik, Society, Chronik, Lifestyle oder Sport, hochwertige Talkrunden zur besten Sendezeit, Hintergrundgespräche zu den wichtigsten Themen des Tages, Live-Übertragungen von unterschiedlichen Veranstaltungen (Konzerte, Gesellschaftsereignisse, Sportevents, etc.) aus ganz Österreich, sowie auch Dokumentationen.

Die Antragstellerin brachte ferner vor, dass das Programm fast zur Gänze aus österreichischen Formaten und Inhalten bestehe, Ausnahmen würden in erster Linie Dokumentationen und Reportagen bilden, welche jedoch auch Relevanz für Österreich aufweisen würden. Ebenso sei der Aufbau einer verlässlichen regionalen Berichterstattung ein Anliegen der Antragstellerin. In diesem Zusammenhang sollen zahlreiche Kooperationen mit regionalen Content-Anbietern zum Aufbau eines „Landesstudio“-Netzwerks führen, sodass neben der ausführlichen Berichterstattung im Anlassfall, künftig auch eigene Bundesländer-Sendungen regelmäßig im Programm ausgestrahlt werden sollen. Im Fokus würden vor allem Live-Coverage von kulturellen und gesellschaftlichen Ereignissen stehen, wie etwa die Linzer Klangwolke oder der oberösterreichische Digital-Preis „Digitalos“.

Hinsichtlich der Talk-Formate führte die Antragstellerin zudem aus, dass diese einen wesentlichen Bestandteil des Senders bilden würden und daher sowohl am Vorabend als auch am Hauptabend stets aktuelle Themen mit wichtigen Persönlichkeiten ausführlich diskutiert würden. Hierbei beschränke sich „PULS 24“ nicht allein auf politische Themen, sondern biete vielen unterschiedlichen Themenbereichen Raum, etwa gesellschaftlichen, kulturellen oder sportlichen Themen, sofern diese die Menschen in Österreich beschäftigen.

Durch die im Vergleich zu herkömmlichen Nachrichtensendungen ausgedehnte Sendedauer würden überdies stets mehrere Sichtweisen auf ein Thema ausführlich abgebildet, wodurch der Sender in hohem Maße zur Steigerung der Programm- und Meinungsvielfalt beitrage, insbesondere weil durch das Konzept auch Randbereichen in Politik und Gesellschaft ausreichend Sendezeit zukomme. Nachstehende Programmelemente und Sendungen führte die Antragstellerin exemplarisch an:



Headline Talk:

Hiefür würden tagesaktuelle Themen recherchiert und im Gespräch mit einem Experten im Talk analysiert. In diesem Format werde in 25 Minuten Sendezeit Fokus auf ausschließlich ein Thema gelegt.

Newsupdate:

Dieses Format sei in erster Linie schnell und regelmäßig. Einordnung und Analyse seien hier nicht das Ziel, sondern bloße Darstellung der recherchierten Fakten.

Politik Insider:

In diesem Format würden ehemalige Politiker bzw. Personen aus dem Umfeld politischer Parteien (z.B. Berater) über politische Ereignisse in der vorangegangenen Woche diskutieren, wobei eine ausgewogene Mischung an Diskutierenden für Unparteilichkeit sorgen soll.

Wirtschaftstalk:

In diesem Format sollen vielfältige Expertisen und Meinungen zum Thema Wirtschaft ihren Platz finden, Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Finanzexperten, Politiker, Gründer, Arbeitssuchende. Durch die vielfältig besetzten Gesprächsrunden soll auch die Verständlichkeit des Themas gefördert werden.

Milborn:

In diesem Format sollen in ausführlichen Einzelgesprächen politische und gesellschaftspolitische Themen erörtert, analysiert und hinterfragt werden, die vorab von der „PULS 24“-Redaktion recherchiert und geprüft würden. Anders als bei anderen Talkformaten, würden hier hintereinander Einzelgespräche geführt, wobei die Gäste aufeinander reagieren können, jedoch nicht in eine unmittelbare Konfrontation gelangen.

Abschließend führte die Antragstellerin aus, dass das Fernsehprogramm „PULS 24“ unzweifelhaft einen besonderen Beitrag zur Meinungsvielfalt leiste, zumal der Anteil an eigengestalteten, eigen- oder auftragsproduzierten Sendungsformaten nahe bei 100 % liege. Nahezu alle Programminhalte seien von kultureller, politischer oder gesellschaftspolitischer Relevanz für Österreich, zumal es sich überwiegend um Programme mit österreichischen und teilweise auch regionalem Bezug handle.

Auch die bestehende Programmbelegung der Antragsgegnerin führe zu diesem Ergebnis. Es fänden sich in deren Programm bouquet weder im Bereich „Unterhaltung“ noch im Bereich „Nachrichten“ Sender, die inhaltlich mit dem Angebot der Antragstellerin unmittelbar vergleichbar seien. Die Programme „ORF III“ und „oe24 TV“ seien jene, die inhaltlich die größten Überschneidungen mit dem Programm „PULS 24“ aufweisen würden. Zudem seien der Antragsgegnerin nicht bereits mehr als zwei Übertragungsverpflichtungen gemäß § 20 Abs. 2 und 3 AMD-G auferlegt worden. Seit der Nachfrage per E-Mail vom 19.11.2019 seien jedenfalls mehr als sechs Wochen vergangen, ohne dass eine vertragliche Vereinbarung über die Verbreitung und Weiterverbreitung zustande gekommen sei. Die Antragsgegnerin habe die Einspeisung des Programms „PULS 24“ von einer sogenannten Gesamtlösung abhängig gemacht, in der sie der Antragstellerin unzumutbare Zugeständnisse in anderen Bereich abverlangt habe.

Hinsichtlich der im Rahmen einer behördlichen Entscheidung festzulegenden Bedingungen einer Einspeisung führte die Antragstellerin aus, dass sie in den Verhandlungen bekundet habe, eine

Einspeisung von „PULS 24“ zu denselben Bedingungen zu akzeptieren, die für andere vergleichbare Programme gelten würden. Allerdings sei die Antragsgegnerin aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung insofern zur Gleichbehandlung verpflichtet, als ein Programmplatz zu wählen sei, der die Antragstellerin gegenüber vergleichbaren Programmen im Portfolio der Antragsgegnerin nicht diskriminiere. Es habe sich ferner in den letzten Jahren weitgehend durchgesetzt, dass Fernsehveranstalter für neue Programme, die ohne zusätzliche Kosten in HD-Qualität zur Verfügung gestellt werden, keine Einspeiseentgelte bezahlen würden. Die Antragstellerin sei allerdings auch bereit, allenfalls einen angemessenen Beitrag zu bezahlen, sofern dies nachweislich auch von der überwiegenden Anzahl der im Kabelnetz der Antragsgegnerin weiterverbreiteten Programme verlangt werde. Sofern mit der überwiegenden Anzahl der Programmveranstalter Vereinbarungen bestünden, denen zufolge ein Teil des zu leistenden Entgelts durch Zurverfügungstellung von Medienvolumen abgegolten werde, nehme die Antragstellerin in Anspruch, auch insofern gleich behandelt zu werden. Sollten einmalige Einrichtungsgebühren für die Herstellung einer allenfalls erforderlichen technischen Infrastruktur anfallen, sei die Antragstellerin zur Übernahme dieser Kosten bereit.

Die Antragstellerin beantragte daher die Erteilung eines Verbreitungsauftrags dergestalt an die Antragsgegnerin, dass diese verpflichtet werde, das Programm „PULS 24“ bis auf weiteres (in eventu für die Dauer, auf die die Vereinbarungen mit den übrigen im Kabelnetz der Antragsgegnerin verbreiteten Programme befristet sind) in sämtlichen Kabelnetzen der Antragsgegnerin weiterzuverbreiten. Ferner beantragte die Antragstellerin die Einspeisung im Basispaket des digitalen Kabelnetzes der Antragsgegnerin auf einem nichtdiskriminierenden Programmplatz zwischen 20 und 25 (in eventu auf dem derzeitigen Kabelplatz von „kabel 1 Doku austria“) sowie unter der Bedingung, dass ein allenfalls zu leistendes Entgelt zu jenen Bedingungen festgelegt werde, die für die überwiegende Anzahl der weiterverbreiteten Programme gelte.

Mit Schreiben vom 14.02.2020 übermittelte die KommAustria den Antrag samt vorgelegter Beilagen (E-Mail-Korrespondenz über Verhandlungen) an die Antragsgegnerin und forderte diese zugleich auf, hierzu binnen einer Frist von sieben Tagen Stellung zu nehmen. Darüber hinaus wurde die Antragsgegnerin aufgefordert, binnen obiger Frist folgende Angaben zu machen bzw. Unterlagen zu übermitteln:

- Angaben zu den derzeit von der Antragsgegnerin verbreiteten Programmen, und zwar unter Berücksichtigung allenfalls bestehender regionaler Unterschiede, Art des Empfangs (verschlüsselt oder unverschlüsselt) sowie hinsichtlich allfälliger zusätzlicher Programmpakete;
- Aufstellung der Teilnehmerzahlen je nach Versorgungsgebiet, wiederum aufgegliedert in Teilnehmer des digitalen Dienstes sowie allfälliger Programmpakete;
- Angaben zu dem von den Programmveranstaltern der verbreiteten Programme für die Verbreitung entrichteten Entgelt, wobei allfällige Gegenverrechnungen/Aufrechnungen entsprechend auszuweisen seien, sowie Darlegung der für die konkrete Entgelthöhe maßgeblichen Umstände.

Mit Schreiben vom 17.02.2020 legte die Antragstellerin ergänzende Unterlagen zu ihrem Antrag auf Erlassung eines Weiterverbreitungsauftrages vor, welche die KommAustria der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 18.02.2020 übermittelte. Die Antragsgegnerin ersuchte am selben Tag telefonisch um Fristerstreckung, wobei die KommAustria hinsichtlich der Stellungnahme zum Antrag auf Erteilung eines Weiterverbreitungsauftrags keine Fristerstreckung gewährte,

hinsichtlich der von der KommAustria geforderten Angaben jedoch eine Fristerstreckung bis zum 27.02.2020 einräumte.

Mit Schreiben vom 20.02.2020 forderte die KommAustria die Antragstellerin auf, binnen einer Woche darzulegen, welche der in der mit Schreiben vom 17.02.2020 übermittelten Beilage dargestellten Sendungen ausschließlich im Programm „PULS 24“ und welche dieser Sendungen zusätzlich auch im Rahmen anderer von der ProSiebenSat.1Puls4-Gruppe veranstalteten Fernsehprogrammen ausgestrahlt würden.

1.2. Stellungnahme der A1 Telekom Austria AG

Am 24.02.2020 langte eine Stellungnahme der Antragsgegnerin ein, welcher als Beilagen die Teilnehmerzahlen je TV-Bouquet – einmal mit Teilnehmerzahlen und einmal um die Teilnehmerzahlen geschwärzt – sowie die aktuelle Senderliste beigefügt wurden.

In der Sache stellte die Antragsgegnerin zunächst die Antragslegitimation der Antragstellerin in Abrede, da die Voraussetzungen für einen Antrag auf Erlassung eines Verbreitungsauftrags nach § 20 Abs. 5 AMD-G nicht gegeben seien. Die Anrufung der Regulierungsbehörde setze eine konkrete Nachfrage (im Sinne eines hinlänglich detaillierten kommerziellen Angebots) der Antragstellerin und eine darauffolgende sechswöchige Verhandlungsphase voraus. Ein konkretisiertes, kommerzielles Angebot der Antragstellerin, zu welchen Entgelten, sowie kommerziellen Konditionen eine Einspeisung ihres Programms „PULS 24“ erfolgen sollte, sei aber bis dato nicht gelegt worden. Damit sei aus Sicht der Antragsgegnerin die Voraussetzung für die Stellung des gegenständlichen Antrags bei der KommAustria nicht erfüllt.

Ferner führte die Antragsgegnerin aus, dass die Vertragsverhandlungen nicht gescheitert, sondern einseitig von der Antragstellerin beendet worden seien. Die Antragsgegnerin sei seit Monaten darum bemüht, im Zuge einer Vereinbarung eine größere Gesamtbereinigung anderer, teils strittiger Bereiche zu regeln, in der auch eine Verbreitung von „PULS 24“ im Kabelnetz der Antragsgegnerin enthalten wäre. Es sei allerdings seitens mit der Antragstellerin verbundener Unternehmen in Deutschland zur Klagseinbringung bei Gericht gekommen. Die Antragsgegnerin würde vor diesem Hintergrund ein Streitschlichtungsgespräch bei der KommAustria begrüßen und sei weiterhin geschäftsbereit.

Weiters bestritt die Antragsgegnerin, dass das Programm „PULS 24“ die Voraussetzungen für einen Weiterverbreitungsauftrag erfülle, da dieses keinen zusätzlichen Mehrwert für die Programmvierfalt im Programmbouquet der Antragsgegnerin aufweise. Im derzeitigen Portfolio seien – wie auch die Antragstellerin selbst ausgeführt habe – bereits Sender mit inhaltlich sehr großen Überschneidungen vorhanden, etwa „ORF III“ sowie „oe24 TV“. Es seien aber gemäß § 20 Abs. 2 AMD-G insbesondere jene Fernsehprogramme auf Nachfrage zu verbreiten, die einen „besonderen Beitrag“ zur Meinungsvierfalt im Verbreitungsgebiet leisten würden. Ferner sei bei der Beurteilung des besonderen Beitrags nach § 20 Abs. 3 AMD-G auch die „bestehende Programmbelegung“ des betroffenen Kabelnetzes zu berücksichtigen.

In diesem Zusammenhang verwies die Antragsgegnerin darauf, bereits eine Vielzahl an Sendern (wie „oe24 TV“, „Servus TV“, „Krone TV“, „ORF III“, „R9 Österreich“ u.a.) mit vergleichbaren, sich zum Teil überschneidenden bzw. identen Inhalten in ihrem Angebot zu führen. Unter Bezugnahme auf die vergleichbaren Inhalte, etwa nationale News-Sendungen, Talkrunden zur Politik o.ä., sei speziell im Vergleich mit „oe24 TV“ sowie aufgrund der Überschneidungen mit bereits verbreiteten

Sendern der Muttergesellschaft der Antragstellerin und verbundenen Unternehmen nicht nachvollziehbar, warum die Aufnahme des Programms „PULS 24“ einen zusätzlichen Beitrag zur Meinungsvielfalt im Verbreitungsgebiet des Kabelnetzes der Antragsgegnerin erwarten ließe, der über das bereits vorhandene Ausmaß hinausgehen würde.

Zudem habe eine freiwillige vertragliche Regelung immer Vorrang vor der gesetzlichen Verpflichtung. Deshalb sei eine must carry-Verpflichtung nach § 20 AMD-G nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt, wenn der in Frage stehende Sender wirklich einen sehr speziellen und besonderen Inhalt transportiere, der über die bestehenden Inhalte der anderen verbreiteten Sender hinaus zusätzlichen Informationsgehalt für die Zuseher bedeute. Dies sei nach Ansicht der Antragsgegnerin im gegenständlichen Fall nicht gegeben.

Weiters verwies die Antragsgegnerin darauf, dass auch andere größere Kabelnetze bis dato von einer Einspeisung des Programms „PULS 24“ abgesehen hätten. Schließlich stehe interessierten Bevölkerungsschichten mit Internetanschluss zusätzlich immer und jederzeit der unverschlüsselte und freie Zugang zu den Sendeeinhalten von „PULS 24“ über deren Webseite „<https://www.puls2.com/Puls24>“ in Form von Live-Streaming und on demand-Inhalten zur Verfügung.

Schließlich brachte die Antragsgegnerin vor, die must carry-Verpflichtung bereits zu erfüllen, da sie gemäß § 20 Abs. 6 AMD-G bereits mehr als drei, mit „PULS 24“ inhaltlich vergleichbaren, Programmen eine Übertragung in ihrem Kabelnetz nach positiv abgeschlossenen Verhandlungen vertraglich zugesichert habe. Es handle sich dabei um „Servus TV“, „oe24 TV“, „Krone TV“ und „R9 Österreich“ mit neun unterschiedlichen österreichweit ausgestrahlten Regionalsendern („W24“, „schauTV“, „LT1“, „N1“, „KT1“, „Tirol TV“, „Ländle TV“, „Kanal 3“ und „RTS“). Somit sei die maximale Anzahl von drei Übertragungspflichten bereits mehr als übererfüllt, die behördliche Auferlegung einer weiteren Übertragungspflicht seitens der KommAustria erscheine deshalb nicht geboten.

Abschließend führte die Antragsgegnerin hinsichtlich der vorgelegten Beilagen (Liste Programmpakete, Teilnehmerzahlen) aus, dass es sich bei der detaillierten Aufstellung der aktuellen Teilnehmerzahlen um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Antragsgegnerin handle, deren Verwendung nur für behördeninterne Zwecke gestattet sei. Einer Weitergabe dieser Daten an die Antragstellerin bzw. deren Vertreter stimme die Antragsgegnerin nicht zu, weshalb sie auch eine um die Teilnehmerzahlen geschwärzte Liste vorgelegt habe.

Mit Schreiben vom 26.02.2020 forderte die KommAustria die Antragsgegnerin auf, bis zum 02.03.2020 konkret darzulegen, welcher Art die berechtigten Geheimhaltungsinteressen seien, die einer Übermittlung der Teilnehmerzahlen an die Antragstellerin gemäß § 17 Abs. 3 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) entgegenstünden. Darüber hinaus forderte die KommAustria die Antragsgegnerin unter anderem auf, binnen obiger Frist einen Mustervertrag für die Einspeisung von Fernsehprogrammen in ihr Kabelnetz bis zum für den 10.03.2020 vorgesehenen Schlichtungstermin vorzulegen.

1.3. Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und Aufforderung zur Vorlage von Aufzeichnungen

Mit Schreiben vom 26.02.2020 beraumte die KommAustria eine mündliche Verhandlung, in deren Rahmen ein Schlichtungsgespräch stattfinden sollte, für den 10.03.2020 an.

Mit Schreiben vom 27.02.2020 forderte die KommAustria die Antragstellerin sowie die A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH hinsichtlich des Programms „oe24 TV“ und die Krone Multimedia GesmbH & Co KG hinsichtlich des Programms „Krone TV“ auf, bis zum 03.03.2020 Aufzeichnungen ihrer am 24.02.2020 und am 26.02.202, jeweils von 0:00 bis 24:00 Uhr im Kabelnetz der Antragsgegnerin ausgestrahlten Fernsehprogramme samt Sendungslisten zur Einsichtnahme vorzulegen.

1.4. Aufgetragene Stellungnahme der Antragstellerin und Vorlage von Programmaufzeichnungen

Mit Schreiben vom 27.02.2020 kam die Antragstellerin der Aufforderung zur Ergänzung ihrer Angaben hinsichtlich der exklusiv auf „PULS 24“ und der auch in anderen Programmen verbundener Unternehmen ausgestrahlten Sendungen nach und legte ferner die Differenzen zwischen den vorgelegten Sendungslisten und der in der Programmzeitschrift TELE enthaltenen Sendungsübersicht dar.

Mit Schreiben vom 28.02.2020 übermittelte die Antragstellerin zudem die angeforderten Aufzeichnungen samt Sendungslisten des am 24.02.2020 und am 26.02.2020 ausgestrahlten Programms „PULS 24“.

Mit Schreiben vom 02.03.2020 übermittelte die KommAustria der Antragsgegnerin die Stellungnahme der Antragstellerin vom 27.02.2020 sowie die Sendungslisten der angeforderten Aufzeichnungen des Programms „PULS 24“ zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme.

1.5. Vorlage von Programmaufzeichnungen der angeforderten Fernsehprogramme

Am 02.03.2020 legten auch die A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH und die Krone Multimedia GesmbH & Co KG die angeforderten Aufzeichnungen der Sendetage 24.02.2020 und 26.02.2020 samt entsprechenden Sendungslisten vor.

1.6. Aufgetragene Stellungnahme der Antragsgegnerin

Am 02.03.2020 übermittelte die Antragsgegnerin die ihr aufgetragene Stellungnahme zur Darlegung ihrer berechtigten Geheimhaltungsinteressen hinsichtlich der Teilnehmerzahlen. Sie legte hierbei dar, dass die Teilnehmerzahlen hinsichtlich einzelner, spezifischer Zusatzprogrammpakete nicht verfahrensrelevant seien; zudem könne ihrer Auffassung nach eine etwaige angeordnete Einspeisung des Programms „PULS 24“ themenbezogen nur in den Programmangeboten „A1 TV Plus“ oder „A1 HD TV“ erfolgen.

Für die Berechnung der sogenannten Cost Per Subscriber fee seien für die Antragstellerin lediglich die Teilnehmerzahlen aus dem konkreten Programmpaket ausschlaggebend und diese würden im Rahmen des Reportings bekannt gegeben und im Rahmen eines Audits überprüft werden. Das

Wissen über die Teilnehmerzahlen in allen Programmpaketen könnte der Antragstellerin einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Sendergruppen, der Antragsgegnerin und weiteren Kabelnetzbetreibern ermöglichen. Deshalb habe die Antragsgegnerin ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse.

Zur Aufforderung der KommAustria, dieser einen Mustervertrag vorzulegen, legte die Antragsgegnerin weiters dar, keine Musterverträge für die Einspeisung von Fernsehprogrammen zu verwenden. In der Regel würden aber Verbreitungsverträge nach Maßgabe nachstehender Vertragsgrundlagen abgeschlossen werden:

- a. Die überwiegende Mehrheit der Einspeisungsrechte werde über die Verwertungsgesellschaft Rundfunk (VGR) in Österreich zu deren Standardkonditionen abgewickelt.
- b. Insbesondere große Fernsehveranstalter würden der Antragsgegnerin zur Akzeptanz und Unterschrift ihre eigenen, auf ihr Programm bzw. Sender abgestimmten Verträge übermitteln.
- c. Ein sehr kleiner Anteil an Verträgen werde individuell zwischen der Antragsgegnerin und dem jeweiligen Fernsehveranstalter verhandelt und vereinbart.

Bei allen Arten von Verträgen sei die Antragsgegnerin aufgrund schriftlicher Klauseln zur Geheimhaltung gegenüber Dritten verpflichtet.

Mit Schreiben vom 03.03.2020 übermittelte die KommAustria der Antragstellerin die Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 24.02.2020 inklusive der geschwärzten Liste der Teilnehmerzahlen sowie die seitens der A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH und der Krone Multimedia GesmbH & Co KG übermittelten Sendungslisten zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme.

Ebenfalls mit Schreiben vom 03.03.2020 übermittelte die KommAustria die seitens der A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH und der Krone Multimedia GesmbH & Co KG übermittelten Sendungslisten an die Antragsgegnerin zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme.

1.7. Mündliche Verhandlung vom 10.03.2020

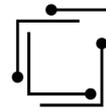
Am 10.03.2020 fand unter Anwesenheit beider Parteien eine mündliche Verhandlung bei der KommAustria statt, an deren Beginn der Frage nachgegangen wurde, ob eine gütliche Einigung zwischen den Parteien erzielt werden könnte. Aufgrund des Scheiterns einer gütlichen Einigung wurde in weiterer Folge die Verhandlung mit einer Befragung der Parteien fortgeführt.

Mit Schreiben vom 12.03.2020 übermittelte die KommAustria den Parteien die Niederschrift des Tonbandprotokolls und räumte diesen gemäß § 14 Abs. 7 AVG eine Frist von zwei Wochen zur Erhebung von Einwendungen wegen behaupteter Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Übertragung des Tonbandprotokolls ein.

1.8. Ergänzende Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 16.03.2020

Mit Schreiben vom 16.03.2020 brachte die Antragsgegnerin eine ergänzende Stellungnahme mit Beilagen ein.

Im Hinblick auf den Aspekt des Beitrags zur Meinungsvielfalt führte sie zunächst aus, in ihrem Portfolio derzeit rund 260 Fernsehprogramme zu verbreiten und im Schnitt dennoch rund fünf



Anfragen pro Monat auf Einspeisung in ihr Kabelnetz zu erhalten. Um ihren Kunden ein ausgewogenes und dennoch übersichtliches Programmportfolio bieten zu können, müsse sie neu aufzunehmende Fernsehprogramme sehr sorgfältig auswählen, weshalb rund 95 % der erwähnten Verbreitungsanfragen abgelehnt werden müssten. Ebenso verhalte es sich mit dem Sender „PULS 24“, der aus kommerzieller Sicht der Antragsgegnerin aufgrund des geringen Marktanteils bzw. der geringen Marktnachfrage in den Zielgruppen sowie den bereits erwähnten Überschneidungen mit anderen, vergleichbaren Sendern nicht in das bestehende Programmbouquet passe. Die Antragsgegnerin strahle bereits zahlreiche österreichische, europäische und internationale Newssender mit vergleichbaren Inhalten aus, weshalb „PULS 24“ keinen zusätzlichen Mehrwert für die Kabelfernsehkunden biete.

In diesem Zusammenhang wies die Antragsgegnerin nochmals darauf hin, dass eine zwangsweise Aufschaltung und Verbreitung des Senders nach § 20 AMD-G einen massiven Eingriff in ihr Eigentumsrecht und das Recht auf privatrechtliche Autonomie in der Auswahl ihrer Partner darstellen würde und in Relation zum geringen, exklusiven Content von „PULS 24“ als überschießend und unangemessen einzustufen wäre. Wie in der im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgelegten Programmanalyse des Programms „PULS 24“ ersichtlich, seien die exklusiv nur auf „PULS 24“ laufenden Beiträge auf lediglich ca. drei Stunden pro Tag reduziert. Alle anderen Beiträge und Sendungen von „PULS 24“ würden ebenfalls auf den Schwestersendern der ProSiebenSat.1Puls4-Gruppe ausgestrahlt und seien damit bereits aktuell für alle Fernsehkunden der Antragsgegnerin verfügbar. Eine must carry-Auflage würde demnach nur drei Stunden mehr zusätzlichen Content für die Seher bedeuten.

Es sei primär von der Antragstellerin im besonderen Verfahren gemäß § 20 AMD-G zu beweisen, dass die diskutierte Medienvielfalt und journalistische Sorgfältigkeit, die „PULS 24“ angeblich gegenüber seinen Konkurrenzsendern aufweise, tatsächlich vorhanden sei. Dies sei allerdings nicht erfolgt.

Die Antragsgegnerin beantragte daher die Bestellung eines unabhängigen Amtsgutachters gemäß § 52 AVG zur Klärung der Frage, inwiefern die zwangsweise Aufschaltung des Senders „PULS 24“ im Programmportfolio der Antragsgegnerin einen erheblichen Beitrag zur Medienvielfalt und dem journalistischen Pluralismus im Vergleich zu den Schwestersendern der Antragstellerin und zu vergleichbaren Newssendern (wie z.B. „oe24 TV“ oder „Servus TV“) leiste. In dem Amtsgutachten müsse ebenfalls die Frage geklärt werden, ob eine must carry-Auflage nach § 20 AMD-G unter den gegebenen Umständen überhaupt rechtfertigbar sei. Für den Fall, dass die KommAustria keinen Auftrag zur Erstellung des beantragten Amtsgutachtens erteile, beantragte die Antragsgegnerin in eventu eine zeitliche Erstreckung des Verfahrens um zumindest vier Wochen, um ein Privatgutachten eines unabhängigen Medienexperten einbringen zu können.

Hinsichtlich der von der KommAustria aufgetragenen Vorlage eines Einspeisungsvertrages mit einem vergleichbaren Programm erklärte die Antragsgegnerin, in der Beilage zu ihrem Schreiben einen Vertrag aus dem Jahr 2009 beizufügen, der somit keine aktuellen und marktadäquaten Entgelte enthalte. Der Vertragspartner veranstalte jedoch ein mit „PULS 24“ vergleichbares Programm. Dieser Vertrag werde einmal in ungeschwärtzter Fassung für die KommAustria und einmal in einer um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bereinigten Version vorgelegt, die auch an die Antragstellerin weitergeleitet werden könne. Eine gänzliche Offenlegung des Vertrags gegenüber der Antragstellerin lehne die Antragsgegnerin aufgrund der im Vertrag enthaltenen Geheimhaltungsklausel gegenüber Dritten ab. Da der vorgelegte Vertrag bereits vor elf Jahren

abgeschlossen worden sei, sei das Einspeiseentgelt für den Vertragspartner sehr gering festgelegt worden, zumal die Plattform der Antragsgegnerin zu diesem Zeitpunkt nur etwa 90 Sender und weniger als 100.000 Kunden aufgewiesen habe. Die Einspeisung dieses hochqualitativen österreichischen Fernsehprogramms sei somit im immanenten Interesse der Antragsgegnerin gelegen.

Mittlerweile habe die Antragsgegnerin zweistellige Millionenbeträge in ihre Fernsehplattform investiert und zähle über 320.000 Kabelfernsehkunden. Das 2009 festgelegte Entgelt im vorgelegten Vertrag entspreche deshalb nicht einem marktadäquaten Entgelt, welches die bisherigen Investitionen, die Inflation und die viel höhere Reichweite des Programmangebots der Antragsgegnerin reflektieren müsse. Der marktübliche Wert für einen Regionalsender im Jahr 2014 sei gemäß dem Bescheid der KommAustria vom 13.01.2014, KOA 1.960/13-093, bei EUR xxx pro Nutzer gelegen. Sollte die KommAustria tatsächlich einen Verbreitungsauftrag nach § 20 AMD-G auferlegen, dann müsse die Entgeltfestlegung nichtdiskriminierend erfolgen und dürfe nicht zu marktverzerrend niedrigen Preisen führen. Die Festlegung eines marktfähigen Einspeisungsentgelts habe demnach zumindest in der Höhe des oben genannten Bescheides, indexiert um die Entwicklung des VPI seit dem Jahr 2014, zu erfolgen.

In Bezug auf die im Rahmen der mündlichen Verhandlung seitens der Antragstellerin angesprochene Möglichkeit der Festlegung eines bestimmten Programmplatzes brachte die Antragsgegnerin zusammengefasst vor, dass solches nicht aus der Bestimmung gemäß § 20 AMD-G herausgelesen werden könne. Die vergleichbaren, nichtdiskriminierenden Bedingungen zur Senderreihung, auf welche die Antragstellerin fälschlicherweise verweise, fänden sich darin nicht. Die in § 20 Abs. 6 AMD-G angesprochenen, vergleichbaren Bedingungen seien eindeutig nur in Bezug auf das Entgelt zu gewährleisten. Es gebe deshalb keine Verpflichtung zur Senderreihung. Die Kabelnetzbetreiber seien in der Gestaltung der Senderplätze völlig autonom und können die Sendepplätze frei vergeben. Dafür spreche auch die im letzten Jahr zur Novelle des AMD-G geplante verbindliche Senderreihung der österreichischen Programme auf den Sendepplätzen eins bis zehn. Hierzu habe der Verein österreichischer Privatsender eine Stellungnahme zum Entwurf einer Novelle zum AMD-G abgegeben.

Überdies habe die Antragsgegnerin schon in ihrer Stellungnahme vom 24.02.2020 darauf hingewiesen, dass sie bereits das Maximum der drei in § 20 Abs. 6 AMD-G vorgesehenen Übertragungspflichten erfülle. Hierzu bedürfe es ihrer Auffassung nach keiner nach § 20 AMD-G bescheidmäßig auferlegten Übertragungspflicht, sondern seien jedenfalls jene Nachfragen auch zu berücksichtigen, die nach § 20 AMD-G erfolgt seien und im Rahmen von Verhandlungen positiv mit einer privatrechtlichen Einigung abgeschlossen wurden. Wären nur explizit per Bescheid auferlegte Übertragungspflichten von dieser Bestimmung erfasst, widerspräche dies dem Sinn und Zweck des Gesetzes und führte dieses ad absurdum, da man sich mit den nachfragenden Programmveranstaltern nie privatrechtlich über eine Einspeisung einigen dürfte, sondern sich dies prinzipiell per Bescheid auferlegen lassen müsste.

Abschließend gab die Antragsgegnerin – wie seitens der KommAustria gefordert – bekannt, zuletzt im Februar 2020 die Programme „MTV“ und „JukeBox“ eingespeist zu haben.

1.9. Bekanntgabe und Urkundenvorlage der Antragstellerin vom 19.03.2020

Mit Schreiben vom 19.03.2020 gab die Antragstellerin bekannt, dass die Antragsgegnerin das Programm „PULS 24“ seit dem 17.03.2020 aufgrund des mit der „Coronakrise“ verbundenen

nationalen Interesses, eine möglichst breite Information der Bevölkerung sicherzustellen, auf dem Programmplatz 20, auf dem zuvor der Sender „kabel eins Doku austria“ weiterverbreitet worden war, aufgeschaltet habe.

Die zugrundeliegende Einigung sei auf Geschäftsführerebene informell erzielt worden, Konditionen seien zunächst nicht besprochen worden. Die Antragsgegnerin habe nunmehr einen Vertragsentwurf übermittelt, der zwischen den Parteien noch verhandelt werden müsse, da dieser mehrere Bestimmungen – insbesondere im Bereich der Vergütung und der Einbeziehung von mit der Weiterverbreitung nicht zusammenhängenden Aspekten – enthalte, die für die Antragstellerin nicht akzeptabel seien. Der Vertrag sei aber unabhängig davon nur auf eine kurze Laufzeit bis zum 30.04.2020 ausgelegt.

Durch die aufgrund der derzeitigen Ausnahmesituation vorgenommene – nach den Vorstellungen der Antragsgegnerin offenbar nur vorübergehende – Einspeisung sei daher das Rechtsschutzziel einer dauerhaften Weiterverbreitung im Netz der Antragsgegnerin noch nicht erreicht. Die Antragstellerin rege – ungeachtet der Entscheidungsfrist gemäß § 20 Abs. 5 AMD-G – daher an, bis etwa 15.04.2020 mit der Bescheiderlassung zuzuwarten, um den Parteien einerseits die Möglichkeit zu geben, eine einvernehmliche Lösung über eine dauerhafte Weiterverbreitung zu erzielen, und andererseits im Sinne der Zuschauer eine ununterbrochene Empfangbarkeit sicherzustellen.

Sollte eine solche Einigung nicht gelingen, werde die Behörde bei der Festlegung der wirtschaftlichen Bedingungen (Entgelt) aufgrund der eindeutigen Anordnung in § 20 Abs. 2 AMD-G („... zu jenen Bedingungen, die für die überwiegende Anzahl an sonstigen im Kabelnetz verbreiteten Programme gelten“) in erster Linie die „geltenden Bedingungen des betroffenen Kabelnetzbetreibers“ heranzuziehen haben. Nur wenn solche nicht vorhanden seien (eine geradezu denkunmögliche Variante), wäre auf vergleichbare Bedingungen abzustellen. Wenn also für die überwiegende Anzahl an sonstigen im Kabelnetz verbreiteten Programmen kein Entgelt bezahlt werde – dies sei nach dem Wissensstand der Antragstellerin der Fall –, müsse dies auch für die Antragstellerin gelten.

Hinsichtlich der in der mündlichen Verhandlung angeforderten Auswertung der Inhalte des Programms „PULS 24“ in der Kalenderwoche 9 (24.02.2020 bis 01.03.2020) führte die Antragstellerin aus, dass sich daraus ergebe, dass der Anteil an von „PULS 24“ eigen- oder auftragsproduzierten Inhalten in der Kernzeit von 06:00 bis 23:00 Uhr rund 79 % betrage. Sogar sei die in der mündlichen Verhandlung genannte Prozentzahl von 76 % mangels Berücksichtigung der exklusiv für „PULS 24“ produzierten Sendung „ATV – Der Talk“ nicht korrekt gewesen. Exklusiv auf „PULS 24“ ausgestrahlte Programmteile würden einen Anteil von immer noch 59 % ausmachen. Zum Nachweis legte die Antragstellerin eine Auswertung vor, wobei (versehentlich) die bereits am 17.02.2020 übermittelte Übersicht über im Zeitraum 10.02.2020 bis 23.02.2020 im Programm „PULS 24“ ausgestrahlte Sendungen bzw. Inhalte mitgesendet wurde.

1.10. Zustellung der Schriftsätze sowie Aufforderung zur Vorlage ergänzender Unterlagen

Mit Schreiben vom 20.03.2020 übermittelte die KommAustria der Antragstellerin die ergänzende Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 16.03.2020 samt der um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bereinigten Verbreitungsvereinbarung des Jahres 2009 sowie die Ergebnisse

der Auswertungen der der KommAustria vorgelegten Aufzeichnungen der Programme „PULS 24“, „oe24 TV“ und „Krone TV“ vom 24.02.2020 und 26.02.2020 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme bis zum 25.03.2020. Die KommAustria ersuchte die Antragstellerin in diesem Schreiben unter Bezugnahme auf deren Schriftsatz vom 19.03.2020 ferner um Vorlage des Weiterverbreitungsvertrages, der eine Einspeisung des Programmes „PULS 24“ bis 30.04.2020 im Kabelnetz der Antragsgegnerin vorsehe, sobald dieser von beiden Seiten unterfertigt worden sei. Weiters forderte die KommAustria die Antragstellerin auf, innerhalb der oben genannten Frist Angaben zu dem für die Weiterverbreitung des Programms „PULS 24“ entrichteten Entgelt in mit dem Kabelnetz der Antragsgegnerin vergleichbaren Kabelnetzen zu machen, die für die konkrete Entgelthöhe maßgeblichen Umstände darzulegen bzw. entsprechende Weiterverbreitungsverträge vorzulegen.

Mit Schreiben vom selben Tag übermittelte die KommAustria der Antragsgegnerin den Schriftsatz der Antragstellerin vom 19.03.2020 samt Urkundenvorlage sowie die Ergebnisse der Auswertungen der der KommAustria vorgelegten Aufzeichnungen der Programme „PULS 24“, „oe24 TV“ und „Krone TV“ vom 24.02.2020 und 26.02.2020 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme bis zum 25.03.2020. Ferner forderte die KommAustria die Antragsgegnerin aufgrund deren Ausführungen im Schreiben vom 16.03.2020 auf, innerhalb derselben Frist Angaben zu dem von den Programmveranstaltern für die Verbreitung ihrer Programme entrichteten Entgelt zu machen. In Bezug darauf ersuchte die KommAustria um Vorlage der Distributionsverträge für die Einspeisung der Programme „oe24 TV“, „Krone TV“, „Servus TV“ und „R9 Österreich“, da es sich bei diesen Programmen – nach den eigenen Angaben der Antragsgegnerin – um mit dem Programm „PULS 24“ vergleichbare Programme handle. Weiters wurde die Antragsgegnerin aufgefordert, konkret auszuweisen, in welchem Ausmaß Gegenverrechnungen/Aufrechnungen im Einzelfall vorgenommen würden.

Mit Schreiben vom 23.03.2020 wies die KommAustria die Antragstellerin darauf hin, dass nicht die im Schreiben vom 19.03.2020 genannte Auswertung der in der Kalenderwoche 9 (24.02.2020 bis 01.03.2020) im Programm „PULS 24“ gesendeten Inhalte übermittelt worden sei, sondern eine Übersicht der vom 10.02.2020 bis 23.02.2020 gesendeten Inhalte, welche der KommAustria bereits vorliege. Die Antragstellerin wurde daher aufgefordert, die erwähnte Auswertung der Kalenderwoche 9 bis zum 25.03.2020 vorzulegen.

Mit Schreiben vom 23.03.2020 reichte die Antragstellerin die genannte Aufstellung mit einer Auswertung der Eigenproduktionen im Programm „PULS 24“ in der Woche vom 24.02.2020 bis zum 01.03.2020 nach und erklärte, dass im Schreiben vom 19.03.2020 versehentlich die falsche Unterlage mitgesendet worden sei.

Mit Schreiben vom selben Tag übermittelte die KommAustria die nachgereichte Auswertung der Antragsgegnerin zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme.

1.11. Ergänzende Stellungnahme der Antragstellerin vom 25.03.2020 und Vorlage von Urkunden

Am 25.03.2020 brachte die Antragstellerin eine ergänzende Stellungnahme ein und äußerte sich zu den von der KommAustria vorgenommenen und mit Schreiben vom 20.03.2020 übermittelten Auswertungen der Aufzeichnungen der Programme „PULS 24“, „oe24 TV“ und „Krone TV“ vom

24.02.2020 und 26.02.2020 sowie zu der ihr übermittelten Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 16.03.2020.

Sie führte im Wesentlichen aus, dass die Auswertungen der KommAustria des Programms „PULS 24“ mit der Aufstellung, die die Antragstellerin selbst am 23.03.2020 übermittelt habe, weitestgehend deckungsgleich seien. Eine Abweichung von einigen wenigen Minuten pro Tag dürfte daraus resultieren, dass die KommAustria die Unterbrecherwerbblocks in einzelnen Sendestrecken – etwa „Café Puls“ – detaillierter ausgewertet habe. Die Antragstellerin legte ihrer Stellungnahme eine Gegenüberstellung bei, aus der diese Übereinstimmung und die geringfügigen Abweichungen hervorgingen.

Hinsichtlich der Auswertungen der Programme „oe24 TV“ und „Krone TV“ erklärte die Antragstellerin, dass sich daraus schließen lasse, dass diese beiden Programme in wesentlich höherem Ausmaß Wiederholungen einsetzen würden.

Auf die ergänzende Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 16.03.2020, wonach kurzgefasst „PULS 24“ aufgrund des geringen Marktanteils und der geringen Marktnachfrage in den Zielgruppen sowie den erwähnten Überschneidungen mit anderen vergleichbaren Sendern nicht in das bestehende Programmbouquet passe, entgegnete die Antragstellerin, dass diese Behauptung offensichtlich falsch sei. Sie habe daher die Listen der im Kabelnetz der Antragsgegnerin empfangbaren News-Sender sowie des als Unterhaltungssender geführten Programms „oe24 TV“ und deren Performance (Reichweiten, Marktanteile) um die für „PULS 24“ erhobenen Daten ergänzt. Lediglich „Krone TV“ sei darin nicht erfasst, da dieser Sender derzeit nicht im „TELETEST“ ausgewiesen sei. Im Ergebnis sei „PULS 24“ im Vergleich mit den News-Sendern sowie mit „oe24 TV“ in der Zielgruppe der 12- bis 49-Jährigen auf Platz 3 der meistgesehenen News-Sender. Ebenfalls sehr interessant sei die Performance bei den bei der Antragsgegnerin angeschlossenen Haushalten (IP-TV). Hier befinde sich „PULS 24“ auf Platz 4 und dies obwohl das Programm dort erst seit 17.03.2020 empfangbar sei. Dieses Ergebnis zeige sich noch deutlicher bezogen auf den Zeitraum 17.03.2020 bis 23.03.2020, also jenem Zeitraum in dem „PULS 24“ im Kabelnetz der Antragsgegnerin erstmals verbreitet worden sei. Hier sei „PULS 24“ an erster Stelle aller News-Sender (gesamt) und bei IP-TV-Haushalten auf Platz 3. Dies belege das große Interesse an „PULS 24“ sowohl in ganz Österreich, als auch bei den bei der Antragstellerin angeschlossenen Haushalten. In der Zielgruppe 12+ würden sich ähnliche Ergebnisse zeigen. Auch in einem Vergleich aller Sender im Netz der Antragsgegnerin schneide „PULS 24“ mit dem Platz 23 (gesamt) und Platz 33 (IP-TV Haushalte) gut ab. Zwischen 17.03.2020 und 23.03.2020 nehme „PULS 24“ Platz 14 (vor „ATV2“ und „ARD“ etc.) bzw. Platz 22 (IP-TV Haushalte, vor „ARD“ und „ZDF“) ein. Somit sei die Annahme falsch, die Kunden der Antragsgegnerin seien an „PULS 24“ nicht interessiert. Die entsprechenden Performance-Listen legte sie ihrer Stellungnahme bei.

Zum Antrag der Antragsgegnerin, ein Sachverständigengutachten zur Frage des Beitrags des Programms „PULS 24“ zur Meinungsvielfalt einzuholen, brachte die Antragstellerin ferner vor, dass dies ähnlich einer Auswahlentscheidung nach § 6 PrR-G eine Rechtsfrage darstelle und keinem Sachverständigenbeweis zugänglich sei, weshalb es sich erübrige, hierauf in inhaltlicher Hinsicht einzugehen.

Die Antragstellerin führte ferner zu dem seitens der Antragsgegnerin vorgelegten Einspeisungsvertrag aus dem Jahr 2009 aus, dass daraus nicht zu entnehmen sei, ob der Vertrag noch aufrecht sei. Es sei jedoch bezeichnend, dass die Antragsgegnerin offenbar keinen aktuelleren

Vertrag zur Hand habe und nicht etwa die mit den zuletzt eingespeisten Sendern „MTV“ und „Jukebox“ abgeschlossenen Verträge vorlege. Dies bestätige lediglich den (und auf der Basis der Erfahrungen von anderen Konzerngesellschaften basierenden) Standpunkt der Antragstellerin, dass die weiterverbreiteten Sender im Netz der Antragstellerin üblicherweise keine Einspeiseentgelte bezahlen würden. Die Antragstellerin gehe vielmehr davon aus, dass zahlreiche Sender im Gegenteil sogar an den Erlösen der Antragsgegnerin beteiligt würden.

Aus der dem Vertrag angeschlossenen Zitierung aus dem Zulassungsbescheid lasse sich ferner ableiten, dass es sich bei dem damals eingespeisten Sender um „Salzburg TV“ (nunmehr „Servus TV“) handle; dieses Programm werde im Netz der Antragsgegnerin auf Programmplatz 5, also extrem prominent verbreitet, was allenfalls sogar eine Vergütung des Sendeplatzes rechtfertigen würde. Auf einen beliebigen Programmplatz oder etwa jenen, auf dem „PULS 24“ derzeit verbreitet werde, treffe das nicht gleichermaßen zu.

Wie die Antragstellerin bereits ausgeführt habe, könne die Angemessenheit eines Einspeiseentgelts nicht losgelöst vom angebotenen (oder angeordneten) Programmplatz gesehen werden, weil dieser Faktor für die technische Reichweite im „TELETEST“ und damit das Zuschauer- und Vermarktungspotential essentiell sei. Es liege auf der Hand, dass bei einer Weiterverbreitung auf Programmplatz 5, direkt hinter den Vollprogrammen des ORF, „ATV“ und „PULS 4“, mehr Zuschauer und damit Erlöse zu erwarten seien, als etwa auf einem zuvor ungenützten Programmplatz, der erst durch den Sendersuchlauf überhaupt eingestellt werden müsse. Bei richtiger Sichtweise würden die Bedingungen in § 20 Abs. 2 AMD-G daher entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin durchaus auch technische Modalitäten umfassen (so auch *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz⁴, 509), worunter auch der Programmplatz zu subsumieren sei. Eine Berücksichtigung dieses Umstandes sei bei der Bemessung eines allfälligen Entgelts zwingend erforderlich.

Die Rechtsmeinung der Antragsgegnerin, wonach auch „freiwillig“ eingespeiste Sender auf die Höchstzahl der Verbreitungsaufträge anzurechnen wären, sei zudem verfehlt. Die Bestimmung ziele eindeutig auf von der Regulierungsbehörde auferlegte Übertragungsverpflichtungen ab. Die Interpretation der Antragsgegnerin würde die Bestimmung nachgerade unanwendbar machen.

Hinsichtlich der Bedingungen für die Einspeisung in andere Kabelnetze legte die Antragstellerin ferner dar, dass sie derzeit in keinem Kabelnetz laufende Einspeiseentgelte nur für die Weiterverbreitung entrichte. Mit zahlreichen Kabelnetzbetreibern habe die Antragstellerin – in bloßen Einspeisebestätigungen dokumentierte – Vereinbarungen über die Weiterverbreitung, in denen sie sich je nach Konstellation und Kabelnetz zur Bezahlung von Förderungen genannten Zahlungen (Werbekostenzuschüsse) in der Größenordnung von EUR xxx,- bis max. EUR xxx,- verpflichtet habe. Damit sollen die den Kabelnetzbetreibern mit der Aufschaltung und einer allenfalls erforderlichen Kommunikation an die Kunden verbundenen Aufwendungen abgegolten werden. Beispielhaft legte die Antragstellerin eine solche Bestätigung der Kabelnetzbetreiberin Elektro Bruckner GmbH vor. Ferner habe die Antragstellerin mit einem großen Kabelnetzbetreiber eine umfassende Kooperationsvereinbarung, die zahlreiche über die Weiterverbreitung des Programms hinausgehende Komponenten und wechselseitige Leistungspflichten im Bereich Programmproduktion, Sponsoring, Werbeleistung, etc. enthalte. Eine isolierte Berechnung eines Entgelts sei folglich nicht möglich und eine Vergleichbarkeit mit dem Kabelnetz der Antragsgegnerin bestehe daher nicht.

Die Antragstellerin weise allerdings noch einmal darauf hin, dass nach ihrer Ansicht in erster Linie die Bedingungen, zu denen die überwiegende Anzahl der Programme im Kabelnetz der Antragsgegnerin weiterverbreitet werden, für die Festlegung der Bedingungen ausschlaggebend seien.

Mit Schreiben vom 26.03.2020 übermittelte die KommAustria der Antragsgegnerin diese Stellungnahme samt den vorgelegten Beilagen zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme binnen einer Frist von sieben Tagen. Darüber hinaus forderte die KommAustria die Antragsgegnerin binnen obiger Frist abermals auf, Angaben zu dem von den Programmveranstaltern für die Verbreitung ihrer Programme entrichteten Entgelt zu machen und diesbezügliche Distributionsverträge für die Einspeisung der Programme „oe24 TV“, „Krone TV“, „Servus TV“ und „R9 Österreich“ vorzulegen.

Weiters forderte die KommAustria die Antragstellerin neuerlich auf, konkret auszuweisen in welchem Ausmaß Gegenverrechnungen/Aufrechnungen im Einzelfall vorgenommen werden. Hinsichtlich der vorgegebenen Frist wies die KommAustria die Antragsgegnerin auf § 1 Abs. 1 Bundesgesetz betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 im Verwaltungsverfahren, im Verfahren der Verwaltungsgerichte sowie im Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes und des Verfassungsgerichtshofes (Verwaltungsrechtliches COVID-19-Begleitgesetz – COVID-19-VwBG), BGBl. I Nr. 16/2020, hin.

1.12. Ergänzende Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 25.03.2020 samt Urkundenvorlage

Mit Schreiben vom 25.03.2020 äußerte sich die Antragsgegnerin zu der am 20.03.2020 übermittelten Bekanntgabe und den beigeschlossenen Unterlagen der Antragstellerin vom 19.03.2020. Diesem Schreiben legte sie den Vertragsentwurf für die bis zum 30.04.2020 befristete Weiterverbreitung des Programms „PULS 24“ bei; die seitens der KommAustria angeforderten Distributionsverträge über die Einspeisung der Programme „oe24 TV“, „Krone TV“, „Servus TV“ und „R9 – Regionales Fernsehen Österreich“ legte die Antragsgegnerin nicht bei.

Zum Umstand der seit 17.03.2020 erfolgenden, bis 30.04.2020 zeitlich befristeten Einspeisung des Programms „PULS 24“ auf dem Programmplatz 21 im Kabelnetz der Antragsgegnerin führte diese aus, dass diese aufgrund der aktuellen Sondersituation („Coronakrise“) ohne vorherige formaljuristische Abwicklung erfolge. Nach der Einspeisung des Senders sei der Antragstellerin per E-Mail vom 18.03.2020 ein Entwurf zum Einspeisevertrag mit standardmäßigen Inhalten mit der Bitte um Feedback übermittelt worden. Die Antragstellerin sei dabei eingeladen worden, etwaige Änderungswünsche direkt einzuarbeiten und im Anschluss einen Anruf dazu zu vereinbaren. Trotz des Entgegenkommens der Antragsgegnerin und der raschen, unbürokratischen Abwicklung behaupte nun die Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren, der Entwurf würde mehrere Bestimmungen enthalten, die für sie nicht akzeptabel erscheinen würden.

Die Antragsgegnerin könne diesen Ausführungen in keiner Weise folgen, insbesondere betreffend angeblich enthaltener Vertragsbestandteile, die einer Vertragsunterzeichnung entgegenstehen würden. Der Vertrag enthalte weder mit anderen Verfahren junktimierte Punkte noch unangemessene Entgelte oder Klauseln. Deshalb lege die Antragsgegnerin den Vertragsentwurf offen und übermittle diesen in der Anlage, wobei die KommAustria im Vergleich zu dem mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 16.03.2020 vorgelegten Distributionsvertrag beurteilen möge,

ob der nunmehr vorliegende Vertragsentwurf mit der Antragstellerin tatsächlich unangemessene Inhalte umfasse.

Ergänzend hielt die Antragsgegnerin zu Punkt 3.8 des Vertragsentwurfes „nPVR und Replay Services (View Control)“ fest, dass es sowohl im Interesse der Regierung als auch der Unternehmen sei, Informationen (etwa zur „Coronakrise“) nicht nur live zu sehen, sondern auch nachträglich abrufen zu können. Da die Newssendungen – wie von der Antragstellerin immer wieder betont werde – Eigenproduktionen seien, sollte dieser Punkt kein Problem darstellen.

Mit Schreiben vom 26.03.2020 übermittelte die KommAustria der Antragstellerin die Stellungnahme der Antragsgegnerin samt Beilage zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme binnen einer Frist von sieben Tagen. In Bezug auf den beigelegten Entwurf eines Weiterverbreitungsvertrages ersuchte die KommAustria die Antragstellerin um Mitteilung, wann dieser unterfertigt worden sei. Darüber hinaus forderte die KommAustria die Antragstellerin auf, binnen obiger Frist die Weiterverbreitungsverträge der mit der Antragstellerin verbundenen Unternehmen der ProSiebenSat.1Puls4-Gruppe betreffend das Kabelnetz der Antragsgegnerin vorzulegen und die für die konkrete Entgelthöhe maßgeblichen Umstände darzulegen. Hinsichtlich der vorgegebenen Frist wies die KommAustria die Antragstellerin auf § 1 Abs. 1 COVID-19-VwBG hin.

1.13. Aufforderung zur Vorlage von Aufzeichnungen

Mit Schreiben vom 08.04.2020 forderte die KommAustria die Red Bull Media House GmbH auf, Aufzeichnungen des am 24.02.2020 und am 26.02.2020, jeweils 0:00 bis 24:00 Uhr, ausgestrahlten Kabelfernsehprogramms „Servus TV“ sowie Sendungslisten dieser beiden Sendetage vorzulegen.

1.14. Ergänzende Stellungnahme der Antragstellerin vom 09.04.2020

Am 09.04.2020 übermittelte die Antragstellerin eine irrtümlich mit 19.03.2020 datierte Stellungnahme, in welcher ausgeführt wurde, dass der der Antragstellerin übermittelte Vertragsentwurf bisher nicht unterschrieben worden sei; die Verhandlungen über eine vertragliche Abbildung der derzeit bloß vorübergehend bis 30.04.2020 im Zuge der „Coronakrise“ vorgenommen Einspeisung seien weiterhin im Gange. Die Antragstellerin werde bekanntgeben, falls noch vor Ablauf der zugesagten Befristung eine Einigung erzielt werde.

Aus der Sicht der Antragstellerin enthalte der Vertrag Regelungen, die unüblich und so nicht akzeptabel seien; so sehe der Vertragsentwurf bereits in der Präambel vor, dass die – nicht näher spezifizierte – „Rechteeinräumung seitens Partner“ für „alle derzeitigen Services“ der Antragsgegnerin gelten solle. Die Antragsgegnerin verlange daher eine Rechteeinräumung für nonlineare Dienste wie „catch up TV“ und „nPVR“, über die zwischen den Parteien ein Rechtsstreit anhängig sei und die ihr – für andere Programme der ProSiebenSat.1Puls4-Gruppe – mittels einstweiliger Verfügung untersagt worden seien. Auch das vorgeschlagene Entgelt von EUR xxx pro Jahr und Teilnehmer sei in der vorliegenden Konstellation nicht nur nicht angemessen iSd § 20 AMD-G (weil nicht die überwiegende Zahl der Programme zu diesen Bedingungen eingespeist werde), sondern auch objektiv unberechtigt:

Dass überhaupt von Programmen unter bestimmten Umständen für die Weiterverbreitung Einspeiseentgelte bezahlt würden und nicht umgekehrt – wie in zahlreichen anderen Märkten (wie etwa USA oder mittlerweile teilweise auch Deutschland) – die Kabelnetzbetreiber an die Sender

Vergütungen dafür zahlen, dass sie Programme in ihr Bouquet aufnehmen dürfen, habe seinen Umstand in „analogen Zeiten“, in denen Kabelplätze aufgrund der beschränkt verfügbaren Bandbreiten limitiert gewesen seien. Auf diesen mittlerweile nicht mehr aktuellen Rahmenbedingungen basiere auch die Konzeption der must carry-Bestimmungen des AMD-G. Durch die Digitalisierung der Kabelnetze sei die beschränkte Bandbreite kein relevantes Thema mehr; dies umso mehr, wenn ein Kabelnetz wie das der Antragsgegnerin sowohl im „klassischen Kabelnetz“ und erst recht beim OTT-Produkt „A1 Xplore TV“ technisch auf IP-TV Basis funktioniere.

Die Antragstellerin habe der Antragsgegnerin – so wie mehreren anderen Kabelnetzbetreibern – angeboten, für die Implementierung des Senders und die allenfalls erforderlichen Kommunikationsmaßnahmen einen Werbekostenzuschuss von EUR xxx,- zu leisten, worauf die Antragsgegnerin bisher nicht reagiert habe.

Wesentlich sei aber auch der Umstand, dass die Antragstellerin von Anfang an angeboten habe, das Programm „PULS 24“ in HD-Qualität unentgeltlich zur Verfügung zu stellen. Für HD-Programme würden üblicherweise von den Kabelnetzbetreibern zusätzlich zu den an die VGR zu bezahlenden Vergütungen für die Kabelweitersendung Entgelte bezahlt, meist im Wege einer Beteiligung an den Erlösen pro Teilnehmer („CPS-Erlöse“). Auch die Antragsgegnerin bezahle für mehrere Programme der ProSiebenSat.1Puls4-Gruppe solche Entgelte (derzeit EUR xxx pro Monat für die Sender „ProSieben Austria HD“, „PULS 4 HD“, „Sat.1 Österreich HD“ und „Kabel 1 Austria HD“).

Wenn also die Antragstellerin für „PULS 24“ auf HD-Erlöse verzichte, stelle dies ein Entgegenkommen dar, das bei der Festlegung eines allfälligen Entgelts zu berücksichtigen wäre. Wenn man berücksichtige, dass die Kunden der Antragsgegnerin – wie die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 25.03.2020 gezeigt habe – großes Interesse an dem Sender „PULS 24“ haben, werde klar, dass die Verweigerung der Einspeisung ebenso wie die vorgeschlagenen unangemessenen Bedingungen nach sachfremden Überlegungen erfolge.

Angesichts des Umstandes, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen sei, die auf den eigenen Erfahrungen der Schwestergesellschaften der Antragstellerin basierende Behauptung, dass die überwiegende Anzahl der Sender keine Entgelte bezahlen würden, zu widerlegen, sei ohnehin EUR xxx,- als angemessen im konkreten Fall anzusehen. Dies umso mehr, als die Antragstellerin einen für einen anderen Sender der ProSiebenSat.1Puls4-Gruppe („Kabel eins Doku austria“) genutzten Kabelplatz aufgegeben habe.

Die Antragstellerin könne keine Angaben dazu machen, welche Einspeiseentgelte die übrigen Sender der ProSiebenSat.1Puls4-Gruppe für die Einspeisung in das Netz der Antragsgegnerin bezahlen, weil es solche Entgelte nicht gebe. Im Gegenteil, die Antragsgegnerin bezahle wie dargestellt für die Verbreitung der HD-Programme ein „CPS-Entgelt“ an die Muttergesellschaft der Antragstellerin. Vergleichbare Kabelnetze gebe es aus Sicht der Antragstellerin insbesondere im Hinblick auf die Besonderheiten der IP-TV Technologie nicht.

Die Antragstellerin ersuche die Behörde ungeachtet der allenfalls durch die COVID-19 Gesetzgebung verschobenen Entscheidungsfrist um zeitnahe Entscheidung bis zum 30.04.2020, um eine ununterbrochene Empfangbarkeit des Programms für die Seher sicherzustellen. Aus Nutzersicht sei es anzustreben, dass der derzeit genutzte Kabelplatz, an den sich die Seher jetzt bereits gewöhnt hätten, beibehalten bleibe.

Mit Schreiben vom 09.04.2020 wurde der Antragsgegnerin die Stellungnahme der Antragstellerin vom 09.04.2020 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme binnen einer Frist von sieben Tagen ab Zustellung des Schreibens übermittelt. In Bezug auf die Frist wurde auf § 1 Abs. 1 COVID-19-VwBG hingewiesen.

1.15. Vorlage von Programmaufzeichnungen des Programms „Servus TV“

Am 14.04.2020 legte die Red Bull Media House GmbH die angeforderten Aufzeichnungen der Sendetage 24.02.2020 und 26.02.2020 samt entsprechenden Sendungslisten vor.

Mit Schreiben vom selben Tag übermittelte die KommAustria den Parteien Kopien der vorlegten Sendungslisten vom 24.02.2020 und 26.02.2020 des Programms „Servus TV“ zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme.

Mit Schreiben der KommAustria vom 23.04.2020 wurden den Parteien die Ergebnisse der Auswertungen der vorgelegten Aufzeichnungen des Programms „Servus TV“ vom 24.02.2020 und 26.02.2020 durch die KommAustria zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

1.16. Aufforderung zur Stellungnahme

Mit Schreiben der KommAustria vom 29.04.2020 wurde die Antragstellerin aufgefordert, zu folgenden Widersprüchlichkeiten in Bezug auf die Sendungen „PULS 24 News“, „PULS 24 NEWSROOM SPEZIAL Coronavirus in Österreich“ und „ATV – Der Talk“ binnen drei Tagen Stellung zu nehmen:

Mit Schreiben vom 27.02.2020 habe die Antragstellerin der KommAustria eine Tabelle vorgelegt, aus der ersichtlich sei, welche der auf dem Sender „PULS 24“ ausgestrahlten Sendungen auch auf anderen Sendern der ProSiebenSat.1Puls4-Gruppe ausgestrahlt würden. Aus dieser Tabelle gehe unter anderem hervor, dass die Sendung „PULS 24 News (19:05)“ vom Ursprungssender „PULS 4“ stamme und eine Wiederholung der 18:45 Uhr-Nachrichtensendung von „PULS 4“ sei. Die Sendung „ATV – Der Talk“ stamme von „ATV“, laufe in der Erstausstrahlung auf „PULS 24“ und danach auf „ATV“ bzw. „ATV2“.

Mit Schreiben vom 28.02.2020 habe die Antragstellerin die angeforderten Aufzeichnungen des Programms „PULS 24“ vom 24.02.2020 und 26.02.2020 samt Sendungslisten übermittelt. Aus diesen Sendungslisten gehe hervor, dass es sich bei der Sendung „PULS 24 News“ um eine von „PULS 4“ übernommene Sendung handle.

In der Folge habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 23.03.2020 eine Tabelle vorgelegt, aus der unter anderem die „PULS 24 Produktionen (exkl. für PULS 24)“ ersichtlich seien. In dieser Übersicht würden nunmehr sowohl die Sendung „PULS 24 News“ als auch die Sendung „PULS 24 NEWSROOM SPEZIAL Coronavirus in Österreich“ als exklusiv für „PULS 24“ produzierte Inhalte aufgelistet. Auch die Sendung „ATV – Der Talk“ werde als exklusiv für „PULS 24“ produzierter Inhalt gelistet.

Aus den der Antragstellerin übermittelten Auswertungen des Programms „PULS 24“ durch die KommAustria vom 24.02.2020 und vom 26.02.2020 sei ersichtlich, dass die KommAustria aufgrund der Angaben der Antragstellerin in den Schriftsätzen vom 27.02.2020 und 28.02.2020 in Bezug auf die Sendung „PULS 24 News“ und aufgrund der Ausführungen der Moderatoren in der Sendung „PULS 24 NEWSROOM SPEZIAL Coronavirus in Österreich“ am 24.02.2020, die von einer „PULS 4“-

Sendung sprechen würden, davon ausgegangen sei, dass es sich bei den beiden Sendungen um keine Sendungen handle, die exklusiv auf „PULS 24“ ausgestrahlt würden.

1.17. Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 08.05.2020

Mit Schreiben vom 08.05.2020 kam die Antragsgegnerin der Aufforderung zur Stellungnahme vom 09.04.2020 nach und äußerte sich darin zum Schreiben der Antragstellerin vom 19.03.2020.

Im Hinblick auf die ab dem 17.03.2020 befristet erfolgte Einspeisung des Programms der Antragstellerin und die hierzu geführten Verhandlungen erklärte die Antragsgegnerin neuerlich, dass die Einspeisung ohne vorherige formaljuristische Abwicklung auf informeller Ebene vereinbart worden sei, da man davon ausgegangen sei, dass der übermittelte Vertrag zeitnah unterschrieben werden würde. Die vorübergehende Aufschaltung sei jedoch nicht auf Bestreben der Antragsgegnerin erfolgt, sondern sei lediglich getätigt worden, um den informell geäußerten Wünschen der Verwaltung hinsichtlich möglichst breit gestreuter Informationssendungen entgegen zu kommen. Die Antragsgegnerin habe in keiner Weise signalisiert, dass das Programm für ihr Portfolio wichtig sei und entscheidend zur Meinungsvielfalt beitrage, noch einen besonderen Beitrag zur Meinungsvielfalt leiste. Im Gegenteil, es würden die bereits in den Fernsehangeboten der Antragsgegnerin verbreiteten Sender die Informationen der Bevölkerung zur „Coronakrise“ bereits umfassend abdecken.

Im Gegensatz dazu sei die Antragstellerin weiterhin bestrebt, die technische Reichweite ihres Senders durch die Verbreitung auf den Plattformen der Antragsgegnerin auszuweiten, dies vor allem durch den strategischen Austausch des Senders „kabel 1 Doku austria“ auf einem Senderplatz, wo zumindest jeder Kunde beim Zappen über das Programm „PULS 24“ stolpern könne. Den eigenen Meldungen der ProSiebenSat.1Puls4-Gruppe könne man entnehmen, dass die Aufschaltung im Kabelnetz der Antragsgegnerin und einem weiteren Kabelnetz die potentielle Reichweite des Senders im Vergleich zum Vormonat massiv habe anwachsen lassen, was sich auch in der Vermarktbarkeit des Senders widerspiegle. Aus der bisherigen Analyse des Sehverhaltens gehe allerdings hervor, dass „PULS 24“ trotz des erhöhten Informationsbedarfs während der „Coronakrise“ lediglich einen Marktanteil von unter 1% an den Fernsehkunden der Antragsgegnerin erreichen habe können. Damit sei offenbar, dass der Sender für die Zuseher keinen besonderen Mehrwert und höheren Informationsgehalt liefere, als alle anderen verfügbaren Newssender. Die Antragsgegnerin habe somit keinen Mehrwert durch „PULS 24“, weder treffe ein Kunde eine Kaufentscheidung zugunsten der Antragsgegnerin, weil der Sender „PULS 24“ enthalten sei, noch könne die Antragsgegnerin zusätzliche Entgelte lukrieren, weil sich ein zusätzlicher Sender nicht im eingehobenen Entgelt beim Kunden bemerkbar mache.

Zum Vertragsentwurf für die befristete Einspeisung führte die Antragsgegnerin erneut aus, dass dieser nach Einspeisung des Senders per E-Mail am 18.03.2020 mit standardmäßigen Inhalten an die Antragstellerin übermittelt worden sei, wobei man diese dazu eingeladen habe, etwaige Änderungswünsche direkt einzuarbeiten und im Anschluss ein Gespräch dazu zu vereinbaren. Der nunmehrigen Behauptung der Antragstellerin, der Entwurf enthalte unübliche Klauseln, werde somit ausdrücklich widersprochen. Die enthaltenen Bestimmungen entsprechen jenen Inhalten, die auch mit anderen Kabelnetzbetreibern (gemeint wohl: Fernsehveranstaltern) abgeschlossen worden seien, wie auch der Vorlage eines Vertrages am 16.03.2020 zu entnehmen sei. Der Passus, dass der Sender auf allen derzeitigen TV-Services der Antragsgegnerin laufen solle, beziehe sich auf die TV-Produkte (alte Plattform, neue Plattform, „A1 Xplore TV“) und nicht auf Produkte wie den „nPVR“ oder das „Replay Service“, welche deshalb auch gesondert in Punkt 3.8. des

Vertragsentwurfes erwähnt würden. Hierzu sei allerdings ergänzend festzuhalten, dass es sowohl im Interesse der Verwaltung als auch der Unternehmen liege, Informationen (z.B. zur „Coronakrise“) nicht nur live zu sehen, sondern auch nachträglich abrufen zu können. Da es sich bei den Newssendungen, wie von der Antragstellerin immer wieder betont werde, um Eigenproduktionen handle, sollte dieser Punkt aus Sicht der erforderlichen Rechte kein Problem darstellen. Zudem seien die genannten Services auf allen österreichischen Sendern der ProSiebenSat.1Puls4-Gruppe aktiviert, da diese ausdrücklich nicht vom anhängigen Verfahren umfasst seien. Die Kunden der Antragsgegnerin würden nicht verstehen, warum diese Services auf dem neuen Sender somit nicht möglich wären.

Die Antragstellerin sei lediglich bereit, den erwähnten Werbekostenzuschuss von EUR xxx,- zu gewähren und danach keine Einspeiseentgelte zu zahlen. Den Vertrag für diese Übergangszeit wolle die Antragstellerin nicht unterschreiben, würde aber im Falle einer Einigung für die Zukunft eine Gesamtlösung in Erwägung ziehen und damit doch eine Verknüpfung der zwischen den beiden Parteien strittigen und gerichtsanhängigen Themen versuchen. Dies obwohl solches zu Beginn des Verfahrens noch ausdrücklich ausgeschlossen worden sei. Die Antragstellerin versuche somit, gezielt Verwirrung zu stiften und die Antragsgegnerin als nicht kooperationswillig darzustellen. Ganz im Gegenteil sei der der Antragstellerin vorgelegte Vertrag beinahe deckungsgleich mit jenem Vertrag, der mit einem anderen Sender abgeschlossen worden sei und schon zuvor im Verfahren vorgelegt worden war; also ein standardisierter Einspeisevertrag mit üblichen Klauseln, die man im Wege des angebotenen Markups, oder im Rahmen von Gesprächen durchaus verhandeln hätte können. Die Antragstellerin habe jedoch weder ein Markup übermittelt, noch Verhandlungen aufgenommen.

Da sämtliche Gespräche erfolglos geblieben seien, sei am 04.05.2020 – wie in der mündlichen Übereinkunft festgelegt – eine Abschaltung des Senders „PULS 24“ erfolgt.

Nach der vereinbarungsgemäßen Abschaltung sei seitens der Antragstellerin umgehend Gesprächsbereitschaft signalisiert worden. Im Laufe der darauffolgenden Verhandlungen sei – unpräjudiziell des anhängigen Verfahrens – eine Übergangslösung bis zur endgültigen Entscheidung getroffen worden, die für beide Seiten tragbar sei. Dieser neue Vertrag sei ausdrücklich so geschlossen worden, dass er den Ausgang dieses Verfahrens nicht vorwegnehmen werde und auch keinen Rechtsmittelverzicht enthalte.

Anschließend ging die Antragsgegnerin neuerlich auf die Voraussetzungen für das Verfahren gemäß § 20 AMD-G ein und erklärte, dass es sich dabei um ein besonderes Verfahren mit verkürzter Verfahrensdauer handle, welches erhöhte Anforderungen an den Antragsteller zur Folge habe. Diese habe die Antragstellerin mangels hinreichend präziser Vorbereitung des Antrags und konkreter Nachfrage nicht erfüllt. Eine inhaltliche Verhandlung habe nicht stattgefunden, die Frist von sechs Wochen habe daher noch nicht einmal begonnen und die Voraussetzungen für eine Antragstellung seien nicht gegeben. Somit sei der Antrag abzuweisen.

Darüber hinaus sei eine Auflage nach § 20 AMD-G nur in absoluten Ausnahmefällen gerechtfertigt – es gelte der Vorrang der kommerziellen Vertragsregelung für die Einspeisung von Programmen. Eine zwangsweise Verbreitung eines Fernsehsenders stelle einen schwerwiegenden Eingriff in die Privatautonomie, die Erwerbsfreiheit und das Eigentumsrecht von Kabelnetzbetreibern dar und sei deshalb nur in konkreten Einzelfällen zur Verwirklichung eines öffentlichen Interesses zulässig.

Maßnahmen der Behörde, die in Grundrechte eingreifen würden, müssten auf jeden Fall verhältnismäßig sein.

§ 20 Abs. 2 AMD-G besage, dass eine must carry-Auflage nur für Fernsehprogramme in Frage komme, die einen „besonderen Beitrag“ zur Meinungsvielfalt im Verbreitungsgebiet leisten würden unter Berücksichtigung der bestehenden Programmebelegung im Sinne eines erheblichen Mehrwerts gegenüber allen anderen vom Antragsgegner bereits verbreiteten Programmen. Diesen Umstand müsse die Antragstellerin darlegen und die Behörde müsse dies ordnungsgemäß prüfen. Dies sei aber bislang noch nicht hinreichend erfolgt.

Schließlich äußerte sich die Antragsgegnerin eingehend zum Terminus „besonders“ und brachte dazu vor, dass bislang aus keiner der Eingaben hervorgegangen sei, warum die Antragstellerin der Meinung sei, für die Bevölkerung einen erheblichen Mehrwert und einen besonderen Beitrag zur Meinungsvielfalt zu leisten. Dies hätte auch in einem verkürzten Verfahren hinlänglich bescheinigt werden müssen. Im Verfahren müsse nämlich zunächst von der Antragstellerin bewiesen werden, welche der ausgestrahlten und tatsächlich nur für den Sender „PULS 24“ produzierten Inhalte einen besonderen Beitrag zur österreichischen Identität enthalten würden. Dieser Beitrag bemesse sich nach dem tatsächlichen Beitrag zur Erhaltung, Stärkung und Weiterentwicklung der Identität auf einem der folgenden Gebiete: Information, Kunst und Kultur, Bildung, Wissenschaft und Forschung, Wirtschaft und Technologie, Soziales, Generationen und Gesundheit, Politik, Religion und Geschichte, Gleichbehandlung, Brauchtum oder Sport. Ein entsprechender Nachweis sei bislang noch nicht erbracht worden.

Das vom Programmveranstalter geschaffene Programm müsse daher diesen Voraussetzungen entsprechend einen besonderen Beitrag zur Meinungsvielfalt leisten. Dies bedeute einerseits, dass alles was das gleiche inhaltliche Thema etwas anders darstelle, ein Beitrag zur Meinungsvielfalt sein könne, damit sei aber noch lange nicht gesagt, dass dieser Beitrag auch „besonders“ sei. Wenn der Gesetzgeber mit der vorliegenden Bestimmung jeglichen Beitrag zur Meinungsvielfalt gemeint hätte, hätte er auf den Terminus „besonders“ verzichten können, weil dann auch wirklich jeder Beitrag, der dasselbe nur etwas anders darstelle, gemeint werden könnte. Da er aber explizit diesen Terminus „besonders“ in das AMD-G aufgenommen habe, müsse dem Terminus „besonders“ auch von der ermittelnden Behörde Rechnung getragen werden.

„Besonders“ könne ein Beitrag zur Meinungsvielfalt nur dann sein, wenn er von Beiträgen zur Meinungsvielfalt, wie sie Nachrichtensendungen üblicherweise durch ihr Programm liefern, abweiche. Es müssten also Beiträge sein, die qualitativ oder inhaltlich sich von den üblicherweise gesendeten Beiträgen deutlich unterscheiden und einen informativen Mehrwert böten, der über den Mehrwert von Nachrichtensendungen im Allgemeinen hinausgehe. Inhalte, die von anderen Nachrichtensendern in ähnlicher oder vergleichbarer Form auch gebracht würden, könnten daher nicht als „besonders“ qualifiziert werden. Die Antragstellerin stelle selbst fest, dass die im Portfolio der Antragsgegnerin enthaltenen Sender „oe24 TV“ und „ORF III“ inhaltlich die größten Überschneidungen mit dem Programm „PULS 24“ aufweisen würden. Die Behörde habe also genau anhand des Inhalts des konkreten Programmes zu prüfen, worin die behauptete „Besonderheit“ gegenüber vergleichbaren (Nachrichten-)Sendern tatsächlich bestehe.

Die Antragsgegnerin führte weiters aus, dass nach der ständigen Rechtsprechung bei der Beurteilung der Meinungsvielfalt ausdrücklich auf das sonstige Programmangebot abzustellen sei. Sie biete in ihrem Programmbouquet bereits 430 Stunden reine Nachrichtensendungen an, wobei

sie hierzu auf ihr Portfolio mit insgesamt 91 Sendern mit Nachrichteninhalten verwies und eine Liste anfügte, die sämtliche österreichische, regionale aber auch internationale Nachrichtensender ihres Portfolios beinhalte.

Die Behörde müsse also konkret prüfen, worin der besondere Beitrag zur Meinungsvielfalt mit erheblichem Mehrwert von „PULS 24“ liege, der über die Nachrichten, die schon ausgestrahlt würden, hinausgehe.

Vor allem sei Bedacht darauf zu nehmen, ob es im Programm einen erheblichen Anteil an eigengestalteten, eigen- oder auftragsproduzierten Inhalten gebe, die nicht schon auf einem anderen Sender derselben Sendergruppe ausgestrahlt würden. Wiederholungen seien jedenfalls nicht als Vorteil zu werten und bei der Beurteilung einzurechnen. Tatsächlich betrage der Anteil ausschließlich auf „PULS 24“ ausgestrahlter Sendungsinhalte, wie bereits in der am 10.03.2020 übergebenen Aufstellung „PULS 24 – Analyse der Programminhalte“ ersichtlich, lediglich drei Stunden des 24-Stunden-Programms. Diese Sendungsinhalte würden überdies im Vergleich zu anderen bereits ausgestrahlten Sendungen anderer News-Sender keinen Mehrwert darstellen und keinen „besonderen“ Beitrag zur Meinungsvielfalt bieten, da die Inhalte der Newsendungen sich zu weiten Teilen mit den Inhalten anderer, österreichischer Newssender überschneiden würden.

Es müsse dargelegt werden, dass die Nachrichten, die über „PULS 24“ gesendet werden, den von der Rechtsprechung geforderten erhöhten Anforderungen entsprechen und inhaltlich/qualitativ so gestaltet seien, dass diese nicht nur etwas Anderes, sondern auch etwas Besonderes liefern, das die übrigen ausgestrahlten Nachrichtensendungen nicht bieten würden. Da die übrigen Sendungen (die keine Nachrichtensendungen seien) wie in der, in der mündlichen Verhandlung vom 10.03.2020, vorgelegten Aufstellung ersichtlich, alle auch auf den anderen Sendern der ProSiebenSat.1Puls4-Gruppe ebenfalls ausgestrahlt und auch im Programm selbst wiederholt würden, leisten diese jedenfalls keinen Mehrwert für die Meinungsvielfalt.

Es möge zwar der Fall sein, dass die Redaktion der ProSiebenSat.1Puls4-Gruppe sehr viele eigene Inhalte produziere, die exklusive Ausstrahlung erfolge aber nicht über den Sender „PULS 24“, sondern eben auch auf fast allen Schwestersendern der ProSiebenSat.1Puls4-Gruppe. All diese anderen Sender habe die Antragsgegnerin bereits in ihrem Programmportfolio und die Inhalte seien den Fernsehkunden rund um die Uhr zugänglich.

Würde daher im bestehenden Programmangebot der Antragsgegnerin ein Mangel an Meinungen vorliegen, dem durch das Programm der Beschwerdeführerin abgeholfen werden könnte, könnte von einem besonderen Beitrag zur Meinungsvielfalt durch dieses Programm gesprochen werden; dies liege aber aufgrund der Vielzahl der Nachrichtensender und der Redundanz an bereits verbreiteten Nachrichtensendungen auf anderen bereits auf den Fernsehservice der Antragsgegnerin verbreiteten Sendern eben genau nicht vor.

Der besondere Beitrag müsse darüber hinaus durch seinen Inhalt oder die mitwirkenden Personen eine klare österreichische, regionale oder lokale Prägung aufweisen. Unter anderem auch ein Angebot, das der freien Meinungsäußerung diene und die Vielfalt der Meinungen und Anschauungen durch Zurverfügungstellung von entsprechenden Plattformen für ein österreichisches bzw. regionales Publikum und für Themen mit klarem Bezug zum Verbreitungsgebiet fördern. In den drei Stunden exklusiv auf „PULS 24“ verbreitetem Programm sei ein kleiner Teil der Sendungen mit direktem österreichischen Bezug. Nachrichten würden von Natur

aus einen großen Anteil an Berichterstattung über ausländische Sachverhalte enthalten. Daher sei auch deshalb kein besonderer Beitrag für die österreichische Medienvielfalt gegeben.

Im Anschluss nahm die Antragsgegnerin zur Angemessenheit des Entgelts Stellung und äußerte sich zur Behauptung der Antragstellerin in deren Stellungnahme vom 19.03.2020, wonach ein Entgelt in Höhe von EUR xxx pro Jahr und Teilnehmer nicht angemessen sei und unter bestimmten Umständen die Kabelnetzbetreiber an die Sender Vergütungen dafür zahlen würden, wenn diese Programme in ihr Bouquet aufnehmen dürfen, sowie dass an die Antragsgegnerin keine Einspeiseentgelte gezahlt würden.

Die Antragsgegnerin habe der KommAustria bereits am 16.03.2020 einen Einspeisevertrag als Beispiel vorgelegt, in dem ein Entgelt pro Teilnehmer festgelegt worden sei. Da der Vertrag von 2009 datiere, enthalte dieser keine aktuellen, marktadäquaten Entgelte, weshalb diese für eine Festlegung zum jetzigen Zeitpunkt valorisiert werden müssten. Die Behauptung, dass es mit anderen Sendern keine Verträge gäbe, weil man sie bislang nicht vorgelegt habe, sei schlichtweg falsch und lediglich der Tatsache geschuldet, dass es sich bei einigen davon um mündliche Vereinbarungen (teilweise über Vermittlung einer Mediaagentur) handle, die mit Parteien geschlossen worden seien, mit denen man im guten Einvernehmen und deshalb auch im Sinne von „Barter Deals“ agieren habe können. Dies treffe auf den konkreten Fall aber nicht zu.

Zudem möchte die Antragsgegnerin auch weiterhin die Geheimhaltung dieser Verträge wahren. Es sei daher eine unrichtige Behauptung der Antragstellerin, dass ein angemessenes Entgelt EUR xxx,- betrage, weil die Antragsgegnerin keine weiteren Verträge vorlegen wolle. Nur weil außer dem bereits übermittelten Beispiel keine schriftlichen Übereinkünfte vorliegen würden, würden dennoch Entgelte bzw. Kompensationsleistungen in Form von Werbeschaltungen an die Antragsgegnerin als Gegenleistung für eine Einspeisung der Sender geleistet. Diese Gegenleistungen würden bei zwei der im Verfahren angesprochenen, österreichischen Sender EUR xxx,- bzw. EUR xxx,- Brutto Werbevolumen pro Jahr betragen. Dies entspreche auf die derzeitige Anzahl der Fernsehkunden der Antragsgegnerin gerechnet einem Beitrag von EUR xxx bzw. EUR xxx pro Jahr pro Teilnehmer. Dabei sei zu betonen, dass diese Vereinbarungen ebenfalls bereits vor mehreren Jahren abgeschlossen worden seien und auf die heutigen Verhältnisse valorisiert werden müssen. Hinsichtlich dieser Vereinbarungen sei die Antragsgegnerin auch bereit, eidesstattliche Erklärungen vorzulegen.

Wie bereits dargelegt, könne die Antragsgegnerin den Ausführungen der Antragstellerin zum Entgelt nicht folgen, im Gegenteil, ein Einspeiseentgelt von EUR xxx/User/Jahr sei ein bereits von der KommAustria in anderen Verfahren festgesetzter Tarif, der eben genau den Interessenskonflikt zwischen einem Infrastrukturbetreiber und einem Sender ohne nennenswerte Reichweite aufzulösen versuche, wo der Sender auf den Aufbau von technischer Reichweite angewiesen sei, der neue Sender dem Kabelnetzbetreiber aber keinen zusätzlichen Mehrwert verschaffe.

Sofern die Antragstellerin behauptete, die Aufschaltung ihrer Sender sei umgekehrt vom Kabelnetzbetreiber zu bezahlen, sei darauf hingewiesen, dass

a) Content nur bei jenen Sendern bezahlt werde, die eine hohe Beliebtheit und damit einen hohen Marktanteil bei den Fernsehkunden hätten. „PULS 24“ habe demgegenüber einen minimalen Marktanteil von nicht einmal 1 % und werde seitens der Antragsgegnerin auch nicht aktiv als für ihre Fernsehkunden notwendige Sendererweiterung angesehen;

b) es sich bei der must carry-Verpflichtung nach § 20 AMD-G um eine Zwangsverpflichtung im Ausnahmefall handle, die entgeltlich zu erfolgen habe – weil ja der Antragsgegnerin die Aufschaltung eines vor ihr nicht gewünschten Senders in ihr Portfolio aufgebürdet werde. Es sei deshalb in eventu auf jeden Fall ein angemessenes Entgelt festzulegen.

Genau für diese Überbindung einer Zwangsverpflichtung mit allen verbundenen Kosten sehe das AMD-G den angemessenen Ausgleich explizit vor. Wie die Antragsgegnerin aus Erfahrung wisse, werde dem Kabelnetzbetreiber ein reichweitenstarker Sender, an dessen Reichweite ein Kabelnetzbetreiber maßgeblich beteiligt war, in späterer Folge durch die Wahrnehmung über eine Verwertungsgesellschaft wieder teuer verkauft. In diesem Ungleichgewicht befinde sich die Branche seit Jahren und es sei in keiner Weise ein Agieren auf Augenhöhe zu erkennen. Im Gegenteil, wie man den Ausführungen des Rechtsvertreters der Antragstellerin eindeutig entnehmen könne, sei ein Ausnützen der Infrastruktur zu EUR xxx,- mehr als bezeichnend.

In weiterer Folge äußerte sich die Antragsgegnerin dazu, dass die Auferlegung einer must carry-Verpflichtung ein massiver Eingriff in das Recht des Kabelnetzbetreibers sei, sein Programm bouquet frei zu gestalten und an die Bedürfnisse seiner Kunden anzupassen. Es stelle somit einen Eingriff in das Eigentumsrecht und in die Erwerbsfreiheit eines Kabelnetzbetreibers dar. Derartige Grundrechtseingriffe würden stets einer sachlichen Rechtfertigung bedürfen und müssten verhältnismäßig sein. Die sachliche Rechtfertigung sei bislang in der Monopolstellung der Kabelnetzbetreiber gesehen und mit dem Interesse der Meinungsvielfalt und der Informationsvielfalt gerechtfertigt worden (vgl. KommAustria 13.06.2012, KOA 1.920/12-006).

Im vorliegenden Fall bestehe jedoch keine Monopolstellung der Antragsgegnerin:

a) Die Antragsgegnerin sei keine Monopolistin im Bereich der Kabelnetzbetreiber, denn Kunden könnten jederzeit Services anderer Kabelnetzprovider subscribieren: so könnten die Fernsehangebote von Magenta und H3A österreichweit gesehen und erworben werden; beide Programmangebote würden den Sender „PULS 24“ enthalten. Daneben gebe es etliche regionale Kabelnetzbetreiber, wie Kabel Plus und Salzburg AG, die ebenfalls „PULS 24“ enthalten würden;

b) Der Kabelnetzmarkt in Österreich sei gut erschlossen und die Kunden könnten jederzeit Alternativangebote zu jenem der Antragsgegnerin, die den Sender „PULS 24“ österreichweit ausstrahlen, auswählen (der Wettbewerb sorge ohnehin für attraktive Angebote);

c) Eine Einschränkung liege auch schon deswegen nicht vor, weil der Sender unabhängig von der Ausstrahlung im Kabelnetz der Antragsgegnerin und anderen Kabelnetzbetreibern von jedermann im Internet gesehen werden könne;

d) „PULS 24“ werde zudem über Satellit ebenfalls österreichweit verbreitet.

Die Antragsgegnerin sei daher nicht im Geringsten fähig, Monopolwirkungen zu entfalten und damit auch überhaupt nicht in der Lage, die Meinungsvielfalt einzuschränken. Die Informationsfreiheit sei also gewährleistet. Daher entfalle zunächst schon ganz grundsätzlich die Rechtfertigung für einen derartigen Eingriff ins Eigentumsrecht bzw. in die Erwerbsfreiheit. Somit sei § 20 AMD-G bei grundrechtskonformer Interpretation im vorliegenden Fall restriktiv auszulegen. Ein derartiger Grundrechtseingriff bedürfe angesichts der mangelnden Monopolstellung und des Umstandes, dass die Antragsgegnerin gerade nicht in der Lage sei, die Meinungsvielfalt auch nur

im Geringsten zu beeinträchtigen, einer besonders genauen Prüfung und eines besonders gewichtigen Rechtfertigungsgrundes. Bei monopolistischen Kabelnetzbetreibern werde schon ein „besonderer“ Beitrag zur Meinungsvielfalt verlangt, bei Kabelnetzen, die diesen Monopolisten-Charakter nicht aufweisen und daher zur Beeinträchtigung der Meinungsvielfalt nicht in der Lage seien, dürfe eine Zwangseinspeisung mangels sachlicher Rechtfertigung nicht auferlegt werden. Eine solche in wirtschaftliche Grundrechte eingreifende staatliche Zwangsmaßnahme sei sachlich nicht gerechtfertigt, weil die Informationsfreiheit ohnehin gegeben sei, und damit auch nicht geeignet, das vom Gesetzgeber intendierte Ziel der Förderung der Medienvielfalt zu erreichen. Die Auferlegung einer must carry-Verpflichtung sei also absolut unverhältnismäßig. Diese Unverhältnismäßigkeit werde dadurch erhöht, dass ein Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung entfalte und somit unwiederbringliche, dauerhafte Fakten geschaffen würden, selbst wenn die Überprüfung der Entscheidung durch ein Höchstgericht etwas Anderes ergebe.

Abschließend brachte die Antragsgegnerin vor, dass der Antragstellerin im vorliegenden Verfahren auch kein dezidiertes Programmplatz zugesprochen werden dürfe, zumal es in der Privatautonomie eines Kabelnetzbetreibers liege, sein Programmportfolio dem Nutzungsverhalten seiner Kunden anzupassen. Dies solle nicht durch behördliche Auflagen konterkariert werden. Es finde sich zudem keine Ermächtigung in § 20 AMD-G für die Festsetzung eines Programmplatzes. Die Einspeisung zu angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen beziehe sich nur auf das Entgelt.

Die Antragsgegnerin beantragte daher die Abweisung des Verbreitungsantrags, in eventu die Festlegung eines angemessenen jährlichen Entgelts mit EUR xxx pro Teilnehmer und Jahr.

Mit Schreiben vom 11.05.2020 übermittelte die KommAustria dieses Schreiben der Antragstellerin zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme bis zum 13.05.2020, 13:00 Uhr, und ersuchte überdies um Vorlage des Vertrags über die vorläufig erfolgende Programmeinspeisung und, sofern sich dies nicht aus dem Vertrag ergebe, um Darlegung bis wann die Weiterverbreitung des Programms geplant sei.

1.18. Stellungnahme der Antragstellerin vom 08.05.2020

Am 08.05.2020 langte die der Antragstellerin mit Schreiben der KommAustria vom 29.04.2020 aufgetragene Stellungnahme ein, in der diese sich zu den Widersprüchen hinsichtlich der Sendungen „PULS 24 News“, „PULS 24 NEWSROOM SPEZIAL Corona Virus in Österreich“ und „ATV – Der Talk“ äußerte.

Die Antragstellerin führte aus, dass es bei der Darstellung und Zuordnung der Programminhalte tatsächlich zu Ungenauigkeiten gekommen sei, da sie aufgrund der Fragestellung davon ausgegangen sei, dass es der Behörde für die Beurteilung des Beitrags zur Meinungsvielfalt darauf ankomme,

- ob ein Programminhalt ursprünglich für eine Erstaussstrahlung auf „PULS 24“ produziert worden sei und insofern für die Zuseher bei der Erstaussstrahlung zusätzlich zu den bisher im Netz der Antragsgegnerin verbreiteten Programme verfügbar gewesen sei oder,
- ob es sich um Programminhalte handelte, die zunächst für andere Sender gestaltet und auf „PULS 24“ „zweitverwertet“ worden seien.

Die Tabelle vom 27.02.2020 sei manuell unter diesem Gesichtspunkt aufgrund der tatsächlichen Ausstrahlung erstellt worden. Die danach vorgelegten Auswertungen seien aus den Datensätzen der „TELETEST“-Codierung erstellt worden, wodurch sich die Zuordnungskriterien geändert hätten.

Zur Sendung „ATV – Der Talk“ führte die Antragstellerin im Detail aus, dass diese tatsächlich – auch wenn der Titel anderes erwarten lasse – von der ATV-Talk Redaktion für den Sender „PULS 24“ produziert worden sei. Im konkreten Fall sei die Talk-Sendung aber nicht exklusiv auf „PULS 24“ ausgestrahlt worden, sondern – wie aus der Tabelle vom 27.02.2020 zu ersehen sei – als Nachtfüllprogramm auch auf „ATV“ und „ATV2“ wiederholt worden. Da die Antragstellerin immer auf den – für den Beitrag zur Meinungsvielfalt relevanten – Zeitraum von 06:00 bis 23:00 Uhr abgestellt habe, seien solche nach ihrer Ansicht nicht relevanten Wiederholungen nicht erfasst worden.

Hinsichtlich der Sendung „PULS 24 NEWS“ erläuterte die Antragstellerin, dass es sich hierbei um eine Wiederholung der auf „PULS 4“ um 18:45 Uhr ausgestrahlten Nachrichtensendung handle. Dies sei in der beiliegenden Auswertung für den Zeitraum 23.03.2020 bis 29.03.2020, 06:00 bis 23:00 Uhr, korrekt ausgewiesen.

Ferner erklärte die Antragstellerin, dass die nahezu ununterbrochene Live-Berichterstattung zur „Coronakrise“ auf „PULS 24“ gelegentlich dazu geführt habe, dass Sendungsteile von „PULS 24“ parallel oder zeitversetzt wegen der besonderen Aktualität und des gesteigerten Informationsbedürfnisses der Bevölkerung auch auf „PULS 4“ ausgestrahlt worden seien.

Die Sendung „PULS 24 NEWSROOM SPEZIAL Corona Virus in Österreich“ werde prinzipiell exklusiv für „PULS 24“ produziert und nur dort ausgestrahlt. Am 18.03.2020 sei die Sendung teilweise auch auf „PULS 4“ ausgestrahlt worden, sodass es daher auf „PULS 4“ eine Sendung mit demselben Titel gegeben habe, die sich allerdings hinsichtlich der Länge von jener auf „PULS 24“ unterschieden habe.

Abschließend führte die Antragstellerin aus, dass durch die laufende Berichterstattung über die „Coronakrise“ der Anteil an exklusiv für „PULS 24“ produzierten Programminhalten noch einmal deutlich gesteigert werden können. In der Kalenderwoche 13 sei etwa der Anteil der exklusiv auf „PULS 24“ gesendeten Inhalte bei 78 % gelegen, wie sich aus der beigelegten Auswertung ergebe.

Mit Schreiben vom 11.05.2020 übermittelte die KommAustria diese Stellungnahme der Antragstellerin samt beigefügter Auswertung der in der Kalenderwoche 13 laut Vorbringen der Antragstellerin exklusiv auf „PULS 24“ gesendeten Inhalte der Antragsgegnerin zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme bis 13.05.2020, 13:00 Uhr. Darüber hinaus forderte die KommAustria die Antragsgegnerin in diesem Schreiben auf, binnen der genannten Frist den Vertrag über die vorläufig erfolgende Weiterverbreitung des Programms „PULS 24“ zu übermitteln und darzulegen, sofern sich dies nicht aus dem Vertrag ergebe, bis wann die Weiterverbreitung des Programms geplant sei. Ferner wurde die Antragsgegnerin aufgefordert, binnen genannter Frist die in ihrem Schriftsatz vom 08.05.2020 angebotenen eidesstattlichen Erklärungen zum Nachweis dafür vorzulegen, dass die Gegenleistungen bei zwei der im Verfahren angesprochenen, österreichischen Sender EUR xxx,- bzw. EUR xxx,- Brutto Werbevolumen pro Jahr betragen würden.

1.19. Stellungnahme der Antragstellerin vom 13.05.2020

Am 13.05.2020 langte bei der KommAustria eine Stellungnahme der Antragstellerin ein, in der sie unter Bezugnahme auf die Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 08.05.2020 ausführte, dass die Parteien, wie die Antragsgegnerin ausgeführt habe, am 08.05.2020 – nach vorübergehender Abschaltung – eine vorübergehende Einigung über die Weiterverbreitung des Senders „PULS 24“ erzielt hätten. Die Ausführungen der Antragsgegnerin zu den davor geführten – zunächst erfolglosen – Bemühungen die aufgrund des besonderen Informationsbedürfnisses im Zuge der „Coronakrise“ informell ohne vertragliche Grundlage vorgenommenen Aufschaltung können daher weitgehend auf sich beruhen. Die Ausführungen der Antragsgegnerin trachte dadurch offensichtlich in erster Linie danach, gegen die Antragstellerin Stimmung zu machen. Die Antragstellerin werde dazu daher nur insoweit Stellung nehmen, als die Ausführungen für das weitere Verfahren von Bedeutung seien oder die Schilderungen so weit von den tatsächlichen Geschehnissen abweichen, dass sie nicht unwidersprochen bleiben können.

Es treffe zu, dass die Antragstellerin bestrebt sei, die technische Reichweite des Senders „PULS 24“ durch eine Verbreitung im IPTV-Netz der Antragsgegnerin auszuweiten. Es treffe überdies zu, wie die Antragstellerin in dem gesamten Verfahren bereits mehrfach dargestellt habe, dass ein bei den Zusehern bereits eingestellter Sendepfad (im konkreten Fall habe die Antragstellerin den Sendepfad von „kabel eins Doku austria“ aufgegeben) für die Entwicklung der technischen Reichweite essentiell sei.

Die Aufschaltung in den Netzen der Antragsgegnerin hätte allerdings nicht nur zu einer Erhöhung der technischen Reichweite, sondern auch der Zuschauer-Reichweiten und Marktanteile geführt.

Die offensichtlich in der Absicht, den Sender „PULS 24“ zu marginalisieren dargestellte Behauptung, dass „PULS 24“ trotz des erhöhten Informationsbedarfs während der „Coronakrise“ lediglich einen Marktanteil von unter 1 % erreichen habe können, lasse erkennen, dass die Antragsgegnerin mit den Marktgegebenheiten nicht vertraut sei. Denn zum einen sei es der Antragstellerin gelungen, dieses Marktanteilsniveau in bloß sechs Monaten zu erreichen (der vergleichbare österreichische Nachrichtensender „oe24 TV“ habe dafür etwa vier Jahre benötigt) und andererseits sei dieser Marktanteil von rund 1 % – wie die Antragstellerin in der Folge aufzeigen werde – ein Vielfaches jener Reichweite, die übrige Nachrichtensender im Netz der Antragsgegnerin erzielen würden.

Es treffe zu, dass die Antragsgegnerin knapp nach der Aufschaltung des Programms einen Vorschlag für eine vertragliche Regelung übermittelt habe. Dieser Vertrag habe eine Rechtseinräumung für sämtliche Services der Antragsgegnerin, insbesondere auch das Produkt „A1 Xplore TV“, eine Zustimmung zur Nutzung von non linearen Funktionalitäten sowie ein völlig unangemessen hohes Einspeiseentgelt von EUR xxx pro angeschlossenen Haushalt und Jahr beinhaltet. Die Antragsgegnerin habe daher substantielle Zugeständnisse im Bereich der Streaming-Angebote außerhalb der eigenen Netze („A1 Xplore TV“) und der non linearen Nutzungsrechte („View Control“) verlangt, also genau im Zusammenhang mit jenen Rechtsfragen, über die zwischen ihr und anderen Konzerngesellschaften der Antragstellerin Gerichtsverfahren anhängig seien, die in erster Instanz gegen die Antragsgegnerin entschieden worden seien.

Es treffe demgegenüber nicht zu, dass die Antragstellerin darauf nicht reagiert habe. Sie habe im Gegenteil immer darauf hingewiesen, welche Punkte nicht akzeptabel seien und insbesondere einen standardisierten Einspeisevertrag für IPTV-Netze übermittelt, auf den die Vertreter der Antragsgegnerin nie reagiert hätten. In diesem Zusammenhang zu behaupten, die Antragstellerin

habe überheblich agiert und ihre Marktmacht ausnützen wollen, sei insofern daher einigermaßen kühn. Denn es sei die Antragsgegnerin gewesen, die vor und nach dem 04.05.2020 unverhohlen mit einer für die Antragstellerin desaströsen Abschaltung von „PULS 24“ gedroht habe, obwohl eine behördliche Entscheidung absehbar gewesen sei und noch immer sei, um einerseits unangemessene Einspeisebedingungen zu erzwingen und andererseits Präjudizien für andere Verfahren zu schaffen. Dieses Vorgehen, das nach dem Eindruck der Antragstellerin mit einem weiteren Kabelnetzbetreiber abgestimmt worden sei, habe letztendlich darin gegipfelt, dass das Programm am 04.05.2020 tatsächlich – wenn auch nur für kurze Zeit – abgeschaltet worden sei, um den Forderungen Nachdruck zu verleihen.

Gemäß der beigelegten Vereinbarung vom 08.05.2020 sei eine über den 30.04.2020 hinausgehende weitere befristete Aufschaltung des Senders „PULS 24“ vorgesehen. Der Vertrag sei ausdrücklich unpräjudiziell der Rechtslage und des gegenständlichen Verfahrens. Je nach Ausgang dieses Verfahrens regle er eine Reihe von verschiedenen Szenarien bis 31.12.2021 und sei daher nach dem ausdrücklichen Parteiwillen als Ergänzung zur Entscheidung der KommAustria gedacht.

Die Antragstellerin habe im Lichte der durch zahlreiche während der Verhandlungen immer wieder in den Raum gestellte „Deadlines“ bekräftigte Drohung einer für den Sender „PULS 24“ existentiell bedrohenden Abschaltung für die Vertragslaufzeit eine Reihe von Zugeständnissen machen müssen, um ihre Rechtsposition abzusichern und eine Abschaltung zu vermeiden:

Die Antragstellerin habe sich verpflichten müssen, vorübergehend bis 31.12.2021 jene Nutzungsarten, die der Antragsgegnerin mittels – nicht rechtskräftiger – einstweiliger Verfügung des Handelsgerichtes Wien für andere Sender untersagt worden seien, für den Sender „PULS 24“ zu dulden. Weiters habe die Antragstellerin der Antragsgegnerin zusagen müssen, die Kabelweitersenderechte an dem Programm „PULS 24“ bis 31.12.2021 nicht in eine Verwertungsgesellschaft zur Wahrung einzubringen. Schließlich habe sich die Antragstellerin verpflichten müssen, zur Absicherung des (durch Verzicht auf den Sendepplatz für den Sender „kabel eins Doku austria“ freigewordenen) Sendepplatzes 20 (und 320 für HD) einen Gesamtbetrag von EUR xxx,- (EUR xxx,- in bar und EUR xxx,- Mediavolumen) zu bezahlen. Mit dieser Zahlung sei der Sendepplatz auch über die Vertragslaufzeit hinaus bis Ende 2025 abgesichert, sofern die KommAustria eine Verbreitungsanordnung erlasse.

Nur durch diese Zugeständnisse sei die Antragsgegnerin bereit gewesen, ihre in den vorangegangenen Verhandlungen immer erhobene Forderung auf Beendigung des Verfahrens vor der KommAustria fallenzulassen und auf den im Lichte der erlebten Drucksituation aus Gründen der nachhaltigen Rechtssicherheit geäußerten Wunsch der Antragstellerin einzugehen, die Entscheidung der KommAustria abzuwarten und inhaltlich zu akzeptieren.

Zu den Voraussetzungen gemäß § 20 AMD-G führte die Antragstellerin aus, dass der VwGH in diesem Zusammenhang bereits klargestellt habe, dass die Gewährleistung größtmöglicher Meinungsvielfalt im Vordergrund stehe und dass sowohl hinsichtlich der Bedingungen der Verbreitung als auch hinsichtlich der Entgelthöhe Gleichbehandlung mit vergleichbaren schon im Kabelnetz verbreiteten Programmen gefordert sei (VwGH 26.04.2016, RO 2014/03/0084).

Welche Kriterien für die Beurteilung eines besonderen Beitrags zur Meinungsvielfalt heranzuziehen seien, ergebe sich aus § 20 Abs. 3 AMD-G. Ausschlaggebend sei der Anteil an eigengestalteten, eigen- oder auftragsproduzierten Sendungsformaten mit kultureller, politische oder

gesellschaftspolitischer Relevanz für Österreich, insbesondere solcher mit überwiegend österreichischem (regionalem oder lokalem) Bezug, sowie deren Beitrag zur österreichischen Identität.

Aus den in diesem Zusammenhang ausführlichen Erläuterungen lasse sich ableiten, dass bereits in der Stammfassung des AMD-G (PrTV-G) mit den Änderungen des § 20 (gegenüber § 11 KSRG) eine verstärkte Präsenz österreichischer Inhalte in Kabelnetzen erleichtert werden sollte.

Die Deutungsversuche zum Terminus „besonders“, die die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme versuche, würden daher größtenteils an den relevanten Fragen vorbeigehen. § 20 Abs. 3 AMD-G erfordere von der Behörde insbesondere keine qualitative Wertung im Sinne von Inhalten oder gar eine Beurteilung von bestimmten inhaltlichen journalistischen Zugängen, wie die Antragsgegnerin offenbar vermeine. Das aus dem Kommentar der Rundfunkgesetze entnommene Zitat, wonach an den „*besonderen Beitrag zur Meinungsvielfalt erhöhte Anforderungen zu stellen sind, wenn in einem Kabelnetz bereits mehrere lokale Sender verbreitet werden*“, sei ein Beispiel, das erkennbar nur lokale Kabelnetze und lokale Sender betreffe. Im vorliegenden Fall sei weder das IPTV-Netz der Antragsgegnerin nur lokal empfangbar noch handle es sich bei „PULS 24“ um ein Lokalprogramm.

Es möge zutreffen, dass im Netz der Antragsgegnerin zahlreiche Sender mit Nachrichteninhalten empfangbar seien. Dass „Al Jazeera“, „Channel 1 Russia“, „Rai News 24“ oder „RTL Croatia World“ in nennenswertem Umfang Programminhalte verbreiten würden, die überwiegenden österreichischen Bezug und Beitrag zur österreichischen Identität in kultureller, politischer oder gesellschaftspolitischer Hinsicht hätten, dürfe allerdings bezweifelt werden.

Hinzu komme, dass eine Vielzahl der von der Antragsgegnerin aufgelisteten Sender kaum oder jedenfalls nur so wenige Seher haben, dass sie im „TELETEST“ nicht ausgewiesen werden könnten. Die Antragstellerin habe aufgrund der „TELETEST“-Daten eine – dem Schriftsatz beigelegte – Auswertung der jeweiligen Reichweiten und Marktanteile vorgenommen. Es zeige sich, dass – in der Zielgruppe E 12-49 – „PULS 24“ gleichauf mit „oe24 TV“ mit einem Marktanteil von rund 1,2 % an erster Stelle der privaten österreichischen Nachrichtensender liege, während ein Großteil der von der Antragsgegnerin aufgelisteten Sender mit Nachrichteninhalten so wenige Zuseher habe, dass sie im „TELETEST“ nicht messbar seien. Daraus ergebe sich, dass „PULS 24“ von den Kunden der Antragsgegnerin weit mehr nachgefragt werde als andere Sender, die die Antragsgegnerin freiwillig einspeise und daher für den Kunden offensichtlich einen Mehrwert habe. Nicht zuletzt dadurch belegt sei, dass die Verweigerung der Einspeisung nicht aus sachlichen Gründen erfolge.

„PULS 24“ zeige derzeit aufgrund der intensiven „Corona-Spezialberichterstattung“ nahezu ausschließlich Eigenproduktionen. Die beigelegte Auswertung der Kalenderwoche 13 in der Zeitschiene 06:00 bis 23:00 Uhr zeige einen Eigenproduktionsanteil von 100 %, wovon 78 % ausschließlich auf „PULS 24“ zu sehen gewesen seien.

Die Antragstellerin habe auch in dieser Woche den Wiederholungsanteil (ebenfalls in der Zeitschiene 06:00 bis 23:00 Uhr) ausgewertet und einen Wert von rund 22 % ermittelt. Aus der beigelegten Auswertung ergebe sich, dass sich in einer Woche mit normalem Programmschema (inklusive Sport und Teleshop) der Wiederholungsanteil auf rund 18 % reduziere.

Zur Klarstellung weise die Antragstellerin darauf hin, dass eine „Wiederholung“ im Sinne dieser Auswertung nur dann vorliege, wenn bereits ausgestrahlte Programminhalte als Ganzes wiederholt

würden. Nicht als Wiederholungen in diesem Sinne verstehe die Antragstellerin die mehrfache Verwendung von bereits gesendeten Programmteilen (O-Töne aus Pressekonferenzen, Interviewausschnitte, Newsbeiträge, die während einer Livesendung allenfalls auch wiederholt zugespielt werden). Die mehrfache Verwendung von Programminhalten während eines Tages sei bei sämtliche Rundfunkveranstaltern (insbesondere etwa auch beim ORF) gängige Praxis.

Zur Angemessenheit des Entgelts legte die Antragstellerin dar, dass nicht zuletzt aufgrund der Judikatur des VfGH davon auszugehen sei, dass eine Gleichbehandlung mit den übrigen in dem Netz eingespeisten Fernsehveranstaltern (oder zumindest deren überwiegenden Teil) vorgesehen sei. Es stehe fest, dass jedenfalls für Sender der ProSiebenSat.1Puls4-Gruppe keine Einspeiseentgelte bezahlt würden. Außerdem würden außer dem bereits vorgelegten Vertrag („Servus TV“) keine schriftlichen Belege dafür existieren, dass der überwiegende Teil der eingespeisten Sender ein Entgelt zahle (geschweige denn EUR xxx pro Jahr und Teilnehmer). Schließlich stehe fest, dass für HD-Sender im österreichischen Markt üblicherweise keine Einspeiseentgelte bezahlt würden, sondern im Gegenteil zahlreiche Netzbetreiber, insbesondere auch die Antragsgegnerin für die Verbreitung von HD-Programmen Vereinbarungen über die Beteiligung an den Erlösen der HD-Produkte abgeschlossen hätten.

Dass die Antragsgegnerin mit einzelnen Fernsehveranstaltern informelle Vereinbarungen über die Zurverfügungstellung von Restwerbezeiten als Gegenleistung für die Einspeisung der Sender abgeschlossen habe, sei zumindest plausibel. Mit Einspeiseentgelt im engeren Sinn sei dies freilich nicht gleichzusetzen; es sei vielmehr auch möglich, dass damit auch nur die Aufschaltung auf einem attraktiven Programmplatz abgegolten werden solle. Hinzu komme, dass es sich um Bruttowerbevolumen handle, sodass diese Leistung der üblichen Rabattierung von Vereinbarungen über Restwerbezeiten im Rahmen von sogenannten „Barter Deals“, wenn überhaupt einen Gegenwert von rund 20 % des Bruttovolumens (Gegengeschäftsrabatt auch für Zwecke der Werbeabgabe) habe.

Im konkreten Fall komme freilich noch ein wesentlicher Aspekt hinzu: Wie auch die Antragsgegnerin ausgeführt habe, sei ein guter Programmplatz ganz wesentlich für den Zuschauererfolg eines Senders. Die Festlegung eines Einspeiseentgelts sei daher – auch im Lichte der historischen Entwicklung dieser Bestimmung aus „analogen Zeiten“, in denen Kabelplätze ein rares Gut waren, – immer im Zusammenhang mit einem konkreten Kabelplatz zu sehen. Somit könne auch nicht argumentiert werden, dass es sich bei der Bandbreite um ein rares Gut handle, das beispielsweise über Einspeiseentgelte gehandelt werden könne.

Aufgrund der am 08.05.2020 abgeschlossenen Vereinbarung sei die Antragstellerin verpflichtet, für die Aufschaltung auf einem definierten Kabelplatz ein substantielles Entgelt (Barzahlung plus Mediavolumen) zu leisten. Damit falle in Wahrheit das einzige allenfalls relevante Argument für die Festlegung eines Einspeiseentgelts weg. Das für die Festlegung des Programmplatzes vertraglich vereinbarte Entgelt wäre im konkreten Fall jedenfalls auf ein angemessenes Einspeiseentgelt anzurechnen.

Die Antragsgegnerin betreibe ihr Kabelnetz auf IPTV-Basis, sodass keine Bandbreitenbeschränkungen bestehen würden. Im Gegensatz zu einem klassischen Kabelnetz auf DVB-C Basis sei die Anzahl der Programme, die technisch übertragen werden können, bei einem IPTV-Netz nicht limitiert. Die Antragsgegnerin habe durch die Weiterverbreitung eines zusätzlichen Senders keine zusätzlichen Kosten.

Verfehlt sei schließlich auch die Argumentation der Antragsgegnerin, wonach die Auferlegung eines Verbreitungsauftrages mangels „Monopolstellung“ nicht gerechtfertigt wäre. Entgegen der Darstellung der Antragsgegnerin habe ein Kabelnetzbetreiber in den von ihm versorgten Haushalten in aller Regel insofern praktisch eine Monopolstellung, als diese Haushalte keine zusätzlichen Empfangsmöglichkeiten in Anspruch nehmen würden. In Österreich könne etwa jeder Haushalt – dies sei auch im Zeitpunkt der Erlassung der relevanten Bestimmungen so gewesen – „free to air“ ausgestrahlte Fernsehprogramme auch über Satellit empfangen, sodass ein Kabelnetz nie ein „Monopol“ im engeren Sinn wäre. Es könne aber insofern dem Gesetzgeber nicht zugestanden werden, eine weitestgehend unanwendbare Bestimmung geschaffen zu haben.

Aufgrund der bereits zitierten Judikatur des VwGH stehe die Sicherung der Meinungsvielfalt im Vordergrund, was die Basis für die Verpflichtung von Kabelnetzbetreibern sei, Inhalte, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, an ihre Kunden weiterzuleiten, weil diese die Angebote sonst – jedenfalls in der Praxis – nicht erhalten würden.

Der VwGH habe bereits klargestellt, dass aufgrund der Bestimmungen des § 20 AMD-G eine Gleichbehandlung bei „den Bedingungen der Verbreitung“ und beim Entgelt geboten sei. Die Bedingungen der Verbreitung würden zwanglos auch den tatsächlichen Kabelplatz umfassen, auf dem eine Weiterverbreitung erfolge, zumal dies – wie auch die Antragsgegnerin zugestehende – von wesentlicher Bedeutung sei. Selbst wenn also kein konkreter Kabelplatz angeordnet werden sollte, sei jedenfalls sicherzustellen, dass die Weiterverbreitung gegenüber vergleichbaren österreichischen Programmen diskriminierungsfrei – also an einer vergleichbaren Stelle – erfolge. Nur durch die Anordnung zumindest einer Bandbreite von Kabelplätzen könne verhindert werden, dass der Kabelnetzbetreiber eine ihm auferlegte Weiterverbreitungsverpflichtung dadurch de facto untergrabe, dass ein Sender auf einem für die tatsächliche Auffindbarkeit durch die Nutzer ungeeigneten (weil vorher nicht belegten) Kabelplatz aufgeschaltet werde.

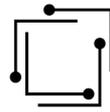
Die Antragstellerin halte daher ihren Antrag vollinhaltlich aufrecht und beantrage aufgrund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens und unter Berücksichtigung des von der Antragstellerin unter dem Druck der drohenden Abschaltung bereits vertraglich zugesagten Entgelts für die Aufschaltung auf einem bestimmten Programmplatz, das Einspeiseentgelt mit EUR xxx,- festzulegen.

Mit Schreiben der KommAustria vom 14.05.2020 wurde die Stellungnahme der Antragstellerin samt Beilagen der Antragsgegnerin zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme zugestellt.

1.20. Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 13.05.2020

Am 13.05.2020 langte bei der KommAustria eine Stellungnahme der Antragsgegnerin ein, in der sie einerseits ebenfalls den Vertrag zur Programmeinspeisung und Kabelweiterleitung des Senders „PULS 24“ vorlegte und ausführte, dass die Weiterleitung des Senders befristet bis 31.12.2021 bzw. zu den darüber hinaus festgelegten Bedingungen auf fünf Jahre erfolge. Darüber hinaus wurden eidesstattlichen Erklärungen vorgelegt, aus denen sich ergebe, dass die Gegenleistungen der im Schreiben der Antragsgegnerin vom 08.05.2020 genannten, österreichischen Sender nunmehr korrigiert EUR xxx,- bzw. EUR xxx,- Brutto Werbevolumina betragen würden.

Darüber hinaus merkte die Antragsgegnerin an, dass die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) aufgrund der „Coronakrise“ jene Bestimmungen ausgesetzt habe, wonach die Privatsender „PULS 4“ und „ATV“ in punkto Nachrichten und Information weitgehend unabhängig voneinander



agieren müssen. Die Lockerung habe bis längstens 30.04.2020 bzw. bis zur Aufhebung der behördlich verordneten Ausgangsbeschränkungen gegolten. In der Stellungnahme der Antragstellerin vom 04.05.2020 werde ausgeführt, dass die Sendung „ATV – Der Talk“ tatsächlich – auch wenn der Titel anderes erwarten lasse – von der ATV-Der Talk Redaktion für den Sender „PULS 24“ produziert werde. Im konkreten Fall sei die Talk-Sendung aber nicht exklusiv auf „PULS 24“ ausgestrahlt worden, sondern – wie aus der dem Schreiben der Antragstellerin vom 27.02.2020 angeschlossenen Tabelle zu ersehen sei – als Nachfüllprogramm auch auf „ATV“ und „ATV2“ wiederholt worden.

Die Antragsgegnerin gehe davon aus, dass es sich aufgrund der von der BWB vorgeschriebenen zwingenden Trennung von Nachrichten und Information, bei der Produktion der Sendung „ATV – Der Talk“ durch die ATV-Redaktion für „PULS 24“, um eine lediglich vorübergehende Ausnahme handle. Daher könne es nach Ablauf der oben genannten Frist, zu keiner Produktion des Senders „ATV“ für „PULS 24“ kommen. *„Daher können Sendungen wie ATV – der Talk bei der Berechnung der Eigenproduktionen von Puls einer Zweitverwertung kommen wird und dies daher bei der Betrachtung der Eigenproduktionen (außerhalb der Corona Krise) jedenfalls zu beachten ist.“*

Mit Schreiben der KommAustria vom 14.05.2020 wurde die Stellungnahme der Antragsgegnerin samt Beilagen der Antragstellerin zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme zugestellt.

1.21. Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 20.05.2020

Am 20.05.2020 langte bei der KommAustria eine weitere Stellungnahme der Antragsgegnerin ein, in der sie zu den übermittelten Auswertungen der Antragstellerin zunächst anmerkte, dass der von der KommAustria festgelegte Beobachtungszeitraum die Kalenderwoche 9 gewesen sei, für die die Antragsgegnerin bereits hinreichende Aufstellungen geliefert habe. Für diese Kalenderwoche seien von der Antragsgegnerin auch die von der KommAustria selbst durchgeführten Auswertungen zu anderen – bereits im Portfolio der Antragsgegnerin – befindlichen Sender übermittelt worden. Dass die Antragstellerin nun Auswertung aus der Kalenderwoche 13 vorlege, sei aufgrund der fehlenden Eigenproduktionen und Beiträgen zur Meinungsvielfalt aus der Kalenderwoche 9 nicht überraschend, aus Sicht der Antragsgegnerin aber für das Verfahren irrelevant, da es einen bereits festgelegten Beobachtungszeitraum im Verfahren gebe, nämlich die Kalenderwoche 9.

Trotzdem möchte die Antragsgegnerin kurz anmerken, dass die übermittelte Auswertung der Antragstellerin zum Fernsehprogramm in der Kalenderwoche 13 lediglich eine Aneinanderreihung von sich wiederholenden Sendungen mit gleichen oder ähnlichen Namen mit dem Zusatz „Corona“ zeige. Auch wenn sich der Moderator bzw. das Format abwechseln würden, so seien die Inhalte doch ident. Darüber hinaus seien diese Inhalte auch mit jenen, bereits auf Sendern derselben Mediengruppe ausgestrahlten Programminhalten ident, was bedeuten würde, dass dadurch jedenfalls kein besonderer Beitrag zur Meinungsvielfalt des Senders „PULS 24“ gegeben sei.

Im Gegensatz zu den Ausführungen der Antragstellerin ergebe eine Darstellung der „PULS 24“-Produktionen in Relation zur Einzigartigkeit des Contents nämlich die Darstellung, dass Sendungen, die eine Wiederholung von Newsbeiträgen beinhalten würden, nicht automatisch mehrfach gezählt werden dürften. Der Berechnung der Antragsgegnerin nach ergebe das einen Anteil an 8,32 % an exklusivem Content ohne Berücksichtigung der unterschiedlichen Moderatoren. Zur Erklärung legte die Antragsgegnerin dar, dass die Antragstellerin ausführe, dass eine *„... mehrfache Verwendung von gesendeten Programmteilen ...“* nicht als Wiederholung im Sinne der Antragstellerin zu verstehen sei und einen Satz später argumentiere, dass die mehrfache

Verwendung von Programminhalten bei Mitbewerbern die gängige Praxis sei. Bei sich wiederholenden Beiträgen ändere sich nach Auffassung der Antragsgegnerin der Inhalt der Kernaussage nicht, der Zuschauer bekomme ein- und dieselbe Information von unterschiedlichen Moderatoren einfach in einem Loop immer wieder erzählt.

Zur Reichweitenmessung führte die Antragsgegnerin aus, dass sie in diesem Zusammenhang auch auf die Reichweite des Senders „PULS 24“ eingehen möchte. Die Antragstellerin bestätige die Reichweite von 1 % und dementsprechend auch den Umstand, dass der Sender im Vergleich zu anderen Sendern bzw. Sendern der ProSiebenSat.1Puls4-Gruppe keine relevante Reichweite habe. Wie man öffentlich auf Social Media- und News-Portalen entnehmen könne, habe die Abschaltung des Senders „PULS 24“ auf den Fernsehservices der LIWEST Kabelmedien Gesellschaft mbH kaum negative Anmerkungen der Zuseher nach sich gezogen. Im Gegenteil, die Resonanz ließe erkennen, dass die Abschaltung den Kunden relativ egal gewesen sei.

Die von der Antragsgegnerin beigefügte Tabelle zeige jene im „TELETEST“ ermittelten Marktanteile von Sendern in Österreich. „PULS 24“ sei nicht unter den Top 29 zu finden. Das bedeute, vor allem auch in der Zeit der „Coronakrise“, die wirklich eine Ausnahmesituation bedeute, würden sich die Zuseher andere Quellen der Information suchen. Der Sender „PULS 24“ erbringe somit keinen besonderen Beitrag zur Meinungsvielfalt.

Alle übrigen Punkte aus der Stellungnahme – vor allem die Ausführungen zum Entgelt – seien bereits hinlänglich von der Antragsgegnerin kommentiert worden, sie verweise daher vollinhaltlich auf ihre bisherigen Ausführungen.

Die Antragsgegnerin bitte auch weiterhin um ein abschlägiges Urteil im Sinne einer Nichtaufnahmeverpflichtung des Senders „PULS 24“. Zudem bitte die Antragsgegnerin noch um die Möglichkeit den Spruch einer etwaigen erstinstanzlichen Entscheidung der KommAustria vorgelegt zu bekommen, um noch einmal darauf replizieren zu können.

In diesem Sinne appelliere die Antragsgegnerin an die KommAustria, kein derart negatives Signal an alle Kabelnetzbetreiber in Österreich zu senden und den Antrag der Antragstellerin auf Auferlegung einer must carry-Verpflichtung abzuweisen und der Antragsgegnerin keine Verpflichtung zur Verbreitung oder Weiterverbreitung aufzuerlegen. In eventu beantrage die Antragsgegnerin das angemessene jährliche Entgelt mit EUR xxx pro Teilnehmer festzusetzen.

2. Sachverhalt

Aufgrund des Antrages sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt fest:

2.1. Antragstellerin

2.1.1. Gesellschaftsstruktur

Die PULS 4 TV GmbH & Co KG ist eine zu FN 310081b im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien eingetragene Kommanditgesellschaft mit Sitz in Wien. Unbeschränkt haftende Gesellschafterin der PULS 4 TV GmbH & Co KG ist die Puls 4 TV GmbH, eine zu FN 309032i beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien.

Alleineigentümerin der Puls 4 TV GmbH und einzige Kommanditistin der PULS 4 TV GmbH & Co KG ist die ProSiebenSat.1Puls4 GmbH, eine zu FN 167897h beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien.

Alleingesellschafterin der ProSiebenSat.1Puls4 GmbH ist die ProSiebenSat.1 Entertainment GmbH, eine zu HRB 109376 im Handelsregister des Amtsgerichts München eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht mit Sitz in Unterföhring (Deutschland).

Alleingesellschafterin der ProSiebenSat.1 Entertainment GmbH ist die ProSiebenSat.1 Media SE, eine zu HRB 219439 im Handelsregister des Amtsgerichts München eingetragene Europäische Gesellschaft (Societas Europaea) mit Sitz in Unterföhring (Deutschland).

2.1.2. Bisherige Tätigkeit als Fernsehveranstalterin

Die PULS 4 TV GmbH & Co KG ist aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 16.05.2017, KOA 2.135/17-005, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung des über den Satelliten ASTRA 19,2° Ost, Transponder 1.082, Frequenz 12.051 MHz, Polarisation vertikal, verbreiteten Fernsehprogramms „PULS 4“, das aufgrund des genannten Bescheides zudem in HD über den Satelliten ASTRA 1KR 19,2° Ost, Transponder 1.031, Frequenz 11.671 MHz, in SD über die terrestrische Multiplex-Plattform „MUX B (DVB-T2)“ der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG sowie in HD über die terrestrische Multiplex-Plattform „MUX F (DVB-T2)“ der ORS comm GmbH & Co KG weiterverbreitet wird.

Die PULS 4 TV GmbH & Co KG ist darüber hinaus aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 28.08.2019, KOA 2.135/19-016, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung des über den Satelliten ASTRA 19,2° Ost, Transponder 1.031, Frequenz 11.671 MHz in HD verbreiteten Fernsehprogramms „PULS 24“, das aufgrund des genannten Bescheides zusätzlich in SD über die terrestrische Multiplex-Plattform „MUX F (DVB-T2)“ der ORS comm GmbH & Co KG weiterverbreitet wird.

2.2. Antragsgegnerin

2.2.1. Gesellschaftsstruktur

Die Antragsgegnerin ist eine zu FN 280571f beim Handelsgericht Wien eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in Wien. Alleineigentümerin ist die Telekom Austria AG, eine zu FN 144477t beim Handelsgericht Wien eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in Wien.

2.2.2. Tätigkeit als Kabelnetzbetreiberin

Die Antragsgegnerin betreibt aufgrund einer Anzeige gemäß § 15 TKG 2003 vom 07.05.2003, KOA 1.900/03-017, ein Kabelnetz zu Verbreitung und Weiterverbreitung von Rundfunkprogrammen, wobei alle Programme grundsätzlich österreichweit, ohne regionale Einschränkungen verbreitet werden.

Die Antragsgegnerin bietet ein Basispaket namens „A1 TV plus“ österreichweit an, in welchem alle Programme unverschlüsselt verbreitet werden. Darüber hinaus bietet die Antragsgegnerin Zusatzpakete in verschlüsselter Form an. Diese Zusatzpakete umfassen unter anderem Programme in HD, internationale Programme, diverse Sky-Programmpakete sowie auch auf spezifische Sprachgruppen ausgerichtete Programmbouquets. Da die Antragstellerin jedoch nur die

Einspeisung in das unverschlüsselte Basispaket anstrebt, finden die Zusatzpakete im Folgenden keine Berücksichtigung.

Seit dem 02.03.2020 bietet die Antragsgegnerin darüber hinaus das Produkt „A1 Xplore TV“ (in den Paketen S, M, L) österreichweit an, welches den bisherigen Dienst „A1 TV/A1 TV Plus“ ersetzen wird. Letzteres ist nicht mehr neu bestellbar. Das Produkt „A1 Xplore TV“ unterscheidet sich in der technischen Realisierung des linearen TVs nicht vom „Vorgängerprodukt“ „A1 TV/A1 TV Plus“.

2.3. Antragsvoraussetzungen gemäß § 20 Abs. 4 AMD-G

2.3.1. Einlangen einer Nachfrage und Ablauf von sechs Wochen

Zum Nachweis dafür, dass vor Befassung der Regulierungsbehörde am 13.02.2020 seitens der Antragstellerin eine Nachfrage bei der Antragsgegnerin eingelangt ist und über einen Zeitraum von sechs Wochen ergebnislose Verhandlungen hinsichtlich der Einspeisung des Programms „PULS 24“ mit der Antragsgegnerin geführt wurden, legte die Antragstellerin die E-Mail-Korrespondenz zwischen ihrem Prokuristen und jenem der Antragsgegnerin vom 19.11.2019, 21.11.2019, 29.11.2019 und vom 02.12.2019 vor.

In der E-Mail des Prokuristen der Antragstellerin vom 19.11.2019 an die Antragsgegnerin wird unter anderem ausgeführt:

„Sehr geehrter ...,

Wie bekannt, hat ProSiebenSat.1PULS4 am 1. Sept 2019 den österreichische Nachrichten- und Live-Event-Sender PULS 24 gestartet. Leider ist es in den bisherigen Verhandlungen – die ja bereits seit vor dem Start des Senders aufgenommen wurden – nicht gelungen auf partnerschaftlichem Weg eine rasche Einspeisung im Kabelnetz von A1 sicherzustellen.

Da PULS 24 mit rund 100 Redakteuren und täglich aktuell produzierten eigengestalteten, österreichischen Inhalten ganz zweifellos einen wesentlichen Beitrag zur Meinungsvielfalt in Österreich leistet, hat der Sender im Sinne von § 20 Abs. 2 AMD-G einen Anspruch auf Weiterverbreitung.

Um zu vermeiden, dass wir deswegen die Regulierungsbehörde anrufen müssen, möchten wir daher dringend bitten nunmehr rasch – spätestens bis zum 30.11.2019 – eine Weiterverbreitung sicherzustellen.

Die Einspeisung bzw. der dafür definierte Platz im IP Kabelnetz sollte zu den für die überwiegende Anzahl der weiterverbreiteten Programme geltenden Bedingungen, jedenfalls aber nicht-diskriminierend gegenüber anderen Anbieter von österreichischen Nachrichteninhalten (zB ORF III, oe24.tv, etc.) erfolgen. Um diese Nicht-Diskriminierung sicherzustellen, würden wir vorschlagen, dass der aktuell kabel eins doku Austria SD/HD zugeordnete Kabelplatz 20/320 für die Verbreitung von PULS 24 SD/HD genutzt wird und kabel eins doku Austria einen neuen Platz zugeordnet bekommt.“

Aus der weiteren E-Mail-Korrespondenz geht hervor, dass es aufgrund von außerhalb der konkreten Verbreitungsanfrage für das Programm „PULS 24“ liegenden Rechtsstreitigkeiten zwischen den beiden Parteien zu keiner Einigung gekommen ist.

Der Antrag auf Erteilung eines Verbreitungsauftrags an die Antragsgegnerin ist am 13.02.2020 bei der KommAustria eingebracht worden.

Im Zuge der am 10.03.2020 durchgeführten mündlichen Verhandlung konnte trotz Anregung durch die KommAustria keine Einigung über die Weiterverbreitung zwischen den Parteien herbeigeführt werden.

2.3.2. Befristete Weiterverbreitung des Programms „PULS 24“ vom 17.03.2020 bis zum 04.05.2020

Das Programm „PULS 24“ wurde – bedingt durch die mit der „Coronakrise“ verbundene, außergewöhnliche Situation – vom 17.03.2020 bis zum 04.05.2020 im Basispaket „A1 TV Plus“ der Antragstellerin auf dem Programmplatz 20 weiterverbreitet. In dem Produkt „A1 Xplore TV“ der Antragsgegnerin wurde das Programm ebenfalls auf demselben Programmplatz weiterverbreitet, wobei die Ausstrahlung von dem jeweils erworbenen Paket (S, M oder L) abhing.

Der von der Antragstellerin nicht unterfertigte Entwurf des „Vertrages über die Programmeinspeisung und Kabelweiterleitung“ lautet auszugsweise wie folgt:

„Präambel

Puls 24 ist ein österreichisches TV-Programm mit geringer Reichweite, das in einer ersten Ausbaustufe internationale, nationale, und regionale Nachrichten, Sport und das Gesellschaftsleben abbildet (nachfolgend ‚Partner-Programm‘).

A1 Telekom Austria bietet seinen Kunden umfassende Dienstleitungen in den Bereichen der Telekommunikation und Internetservices und betreibt diverse VOD und TV Services, die auf unterschiedlichen Ausgabegeräten seitens der Endkunden konsumiert werden können. Die Rechteeinräumung seitens Partner erfolgt für alle derzeitigen und zukünftigen Services seitens A1 bzw. deren verbundenen Unternehmen.

Im Zuge der Berichterstattung über die Corona Verbreitung in Österreich und um sämtliche Österreichische Haushalte mit Infos rund um dieses Thema zu erreichen, vereinbarten die Parteien für einen beschränkten Zeitraum, unpräjudiziell der Rechtslage und des Verfahren Nummer KOA 1.960/20-125 bei der KomMA, eine kurzfristige Aufschaltung des Senders Puls 24 in das Kabelnetz der A1. Diese kurzfristige Aufschaltung stellt keinerlei Anerkennung eines besonderen Beitrags zur Medienvielfalt iSv § 20 AMD-G des Senders Puls 24 dar und präjudiziert die Vertragspartner nicht in ihrer bisherigen im Verfahren KOA 1.960/20-125 geäußerten Rechtsansicht.

Mit diesem Vertrag regeln die Parteien daher die vorübergehende Einspeisung und Weiterleitung des Partner-Programmes wie folgt:

Vertragsgegenstand

1.1. Partner räumt A1 während der Dauer und gemäß diesem Vertrag das nicht ausschließliche Recht ein, das Partner-Programm vollständig und unverändert, über Leitungen oder drahtlos an ihre Kunden weiterzuleiten. Die Rechteeinräumung seitens Partner erfolgt für alle derzeitigen und zukünftigen Services seitens A1.

1.2. Das Partner-Programm inklusive Senderbeschreibung wird in Beilage 1 inhaltlich näher beschrieben.

2. Laufzeit und Kündigung

Dieser Vertrag beginnt mit Unterzeichnung durch beide Parteien und läuft bis 30.4.2020 ohne dass es einer Kündigung benötigt. Ein beidseitiger Verlängerungswunsch bedarf der Schriftform.

...

6. Schad- und Klagelohaltung seitens Partner:

...

Kosten und Entgelte

Für die Kabelweiterleitung des von Partner zur Verfügung gestellten PartnerProgramms durch A1 leistet Partner:

- ein Entgelt von xxx EURO pro angeschlossenem Haushalt/Jahr.

Das Entgelt wird entsprechend des Aufschaltungszeitraumes aliquot verrechnet.

Die Berechnung erfolgt auf Basis der Anzahl der angeschlossenen Haushalte am Stichtag, das ist jeweils der 31.12. des aktuellen Jahres.

Die Kosten für die Anlieferung des Signals von Partner und dessen Bereitstellung trägt Partner. TA wird durch keinerlei Kosten belastet, die durch die technische Zuführung entstehen. Die Kosten für die Einspeisung und Weiterleitung des Signals in das Kabelnetz trägt TA.

Abrechnung:

TA legt Partner im Nachhinein, erstmals zum 31.12.2020, in Folge dann jährlich zum Jahresende, eine Rechnung auf Basis der Anzahl der Haushalte / Endkunden zum Stichtag.

Erhebt Partner nicht innerhalb von 4 Wochen nach Erhalt der Abrechnung \ ~ Einspruch, gilt diese als anerkannt.

Es gilt ein Zahlungsziel von 30 Tagen als vereinbart.“

2.3.3. Vertragliche Einigung über die Weiterverbreitung des Programms „PULS 24“ seit dem 04.05.2020

Die Parteien haben am 08.05.2020 eine Vereinbarung über die Weiterverbreitung des Programms „PULS 24“ im Kabelnetz der Antragsgegnerin unterzeichnet, der zufolge das Programm „PULS 24“ auf dem bisherigen Sendeplatz des Programms „kabel eins Doku austria“ nach einer kurzen Abschaltung seit dem 04.05.2020 im Basispaket „A1 TV Plus“ auf dem Programmplatz 20 (und 320 für HD) bis 31.12.2021 weiterverbreitet wird. In dem Produkt „A1 Xplore TV“ der Antragsgegnerin wird das Programm ebenfalls nach einer kurzen Abschaltung seit dem 04.05.2020 auf dem

Programmplatz 20 weiterverbreitet, wobei die Ausstrahlung von dem jeweils erworbenen Paket (S, M oder L) abhängt.

Der vorgelegte Vertrag beinhaltet Regelungen für den Fall, dass die KommAustria der Antragsgegnerin einen Verbreitungsauftrag für das Programm „PULS 24“ auferlegt sowie Regelungen für den Fall, dass die KommAustria der Antragsgegnerin keinen Verbreitungsauftrag auferlegt. Die Vereinbarung sieht für beide Varianten eine Weiterverbreitung bis 31.12.2021 vor.

Je nach eintretendem Szenario sieht der Vertrag unterschiedliche Regelungen über das von der Antragstellerin zu leistende Entgelt vor. Diese hat jedenfalls ein einmaliges Aufschaltungsentgelt zu leisten, wofür unter gewissen Voraussetzungen der eingeräumte Sendepplatz bis Ende 2025 garantiert wird. Das Aufschaltungsentgelt besteht aus einer Barleistung in Höhe von EUR xxx,- zuzüglich USt, sowie Brutto Werbeleistungen im Ausmaß von EUR xxx,-.

Für den Fall der Auferlegung eines Weiterverbreitungsauftrags sieht der Vertrag die Leistung jenes laufenden Entgeltes vor, welches die KommAustria anordnet. Sollte die KommAustria entscheiden, dass eine Einspeiseverpflichtung nicht besteht, wird das Programm „PULS 24“ dennoch weiterverbreitet, wobei sich die Antragstellerin für diesen Fall zur Leistung eines laufenden Entgeltes in Höhe von EUR xxx pro Haushalt und Jahr ab Vertragsunterzeichnung verpflichtet hat.

Die von beiden Parteien am 08.05.2020 unterfertigte Vereinbarung zur Weiterverbreitung lautet auszugsweise wie folgt (Hervorhebungen hinzugefügt):

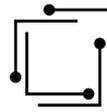
„Präambel

PULS 24 ist ein österreichisches TV-Programm mit geringer Reichweite, das in einer ersten Ausbaustufe internationale, nationale, und regionale Nachrichten, Sport und das Gesellschaftsleben abbildet (nachfolgend ‚Partner-Programm‘).

A1 Telekom Austria bietet seinen Kunden umfassende Dienstleitungen in den Bereichen der Telekommunikation und Internetservices und betreibt diverse VOD und TV Services, die auf unterschiedlichen Ausgabegeräten seitens der Endkunden konsumiert werden können.

Im Zuge der Berichterstattung über die Corona Verbreitung in Österreich und um sämtliche Österreichische Haushalte mit Infos rund um dieses Thema zu erreichen, haben die Parteien für einen beschränkten Zeitraum, unpräjudiziell der Rechtslage und des Verfahren Nummer KOA 1.960/20-125 bei der KomMA, mündlich eine kurzfristige Aufschaltung des Senders PULS 24 in das Kabelnetz der A1 bis 30. April 2020 vereinbart. Über diese kurzfristige Aufschaltung hinaus beabsichtigen die Parteien nunmehr eine weitere befristete Aufschaltung bis Ende 2021: Weder die kurzfristige, noch die erneute befristete Aufschaltung bis 2021, stellen eine Anerkennung eines besonderen Beitrages zur Medienvielfalt iSv § 20 AMD-G des Senders PULS 24 dar und präjudizieren die Vertragspartner nicht in ihrer bisherigen im Verfahren KOA 1.960/20-125 geäußerten Rechtsansicht.

Im Übrigen halten die Parteien fest, dass diese Vereinbarung ausschließlich die Einspeisung des Senders PULS 24 betrifft und für keine der Parteien irgendeine über diesen Vertrag hinausgehende Präjudizwirkung für andere Sachverhalte (insbesondere andere Sender der ProSiebenSat.1 Gruppe) im Zusammenhang mit (i) Berechtigung/Angemessenheit von Einspeiseentgelten in IPTV-Netzen (ii)



Entgelte für fixierte Programmplätze (iii) Duldung von bestimmten Nutzungen/Funktionalitäten der Services, (iv) (Nicht-)Einräumung von Verwertungsrechten an Verwertungsgesellschaften und (v) zwischen den Streitparteien und mit ihnen verbundene Unternehmen anhängige Rechtsstreitigkeiten hat.

Die Parteien vereinbaren allerdings, dass die Einspeisung nur zu unten festgelegten Parametern bis Ende 2021 erfolgen soll:

1. Vertragsgegenstand

- 1.1. Die Parteien möchten dem Ergebnis des oben genannten Streitschlichtungsverfahrens nicht vorgreifen. Der Sender PULS 24 bleibt bis zur rechtskräftigen Entscheidung durch die KomMA im IPTV-Netz von A1 in SD und HD-Qualität eingespeist. Sollte Partner das Verfahren vor der KomMA zurückziehen, fällt auch die Grundlage für diese Vereinbarung weg und der Sender PULS 24 kann seitens A1 abgeschaltet werden.
- 1.2. Sollte die KomMA der A1 eine Einspeiseverpflichtung auferlegen, räumt Partner der A1 während der Dauer und gemäß diesem Vertrag auch weiterhin das nicht ausschließliche Recht ein, das Partner-Programm vollständig und unverändert, über Leitungen oder drahtlos an ihre Kunden in der Republik Österreich weiterzuleiten. Die Rechteeinräumung seitens Partner erfolgt für alle derzeitigen TV-Services (damit sind die derzeitigen TV Produkte von A1 gemeint) von A1.
- 1.3. Sollte die KomMA der A1 keine Einspeiseverpflichtung auferlegen, bleibt der Sender PULS 24 auf dem Sendepplatz gem. Punkt 4 c) eingespeist, und Partner ist zur Zahlung des unter Punkt 4 angeführten Einspeiseentgeltes verpflichtet, sofern nicht auf die Weitersendung seitens Partner verzichtet wird.
- 1.4. Es wird ausdrücklich festgehalten, dass die Parteien im oben genannten Verfahren keinen Rechtsmittelverzicht abgeben.

2. Laufzeit und Kündigung

Dieser Vertrag beginnt mit Unterzeichnung durch beide Parteien und läuft im Fall des Eintrittes von Punkt 1.2 und 1.3 bis 31.12.2021. Der Vertrag bedarf keiner gesonderten Kündigung und endet mit Zeitablauf. Wenn Punkt 1.1. Satz 3 eintritt, fällt die vertragliche Grundlage zur Einspeisung weg und der Sender PULS 24 kann abgeschaltet werden.

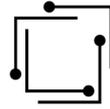
...

3. Rechte und Pflichten der Vertragspartner

...

4. Kosten und Entgelte

Partner leistet mit Vertragsunterzeichnung für eine Aufschaltung auf dem Sendepplatz Nr 20 und 320 ein einmaliges Aufschaltungsentgelt. A1 garantiert dafür den Sendepplatz bis Ende 2025, sofern bis dahin (i) einvernehmlich eine Vertragsverlängerung vereinbart worden ist oder (ii) eine aufrechte Weiterverbreitungsanordnung im Sinne des § 20 AMD-G besteht). Das Aufschaltungsentgelt besteht aus 2 Komponenten:



- a) einer Barleistung, diese beträgt Euro xxx,- zuzüglich USt und ist mit Rechnungslegung durch A1 fällig und
- b) Brutto Werbeleistungen in freien Werbeplätzen im Ausmaß von Euro xxx,-, die von A1 beliebig im Zeitraum 5.5.2020 bis zum 21.12.2021 abgerufen werden können. Die entsprechenden Spots werden in der Zeitschiene 17:00 Uhr bis 23:00 ausgestrahlt und wenn möglich und verfügbar werden mindestens 20 % davon eckplaziert.
- c) Partner wird der Sendeplatz Nr. 20 und 320 von A1 nur solange und unter der Bedingung eingeräumt, dass unabhängig von den rechtlich unterschiedlichen Ansichten zu diesem Teil der Services weder Partner noch mit Partner verbundene Unternehmen während der Laufzeit des Vertrages ein Verfahren gegen A1 hinsichtlich der Nutzungsarten gemäß Punkt 3.8 (also hinsichtlich des Senders PULS 24) einleiten.

Sollte A1 eine Reihung der Programmplätze ohne konkrete Nummerierung vornehmen, ist die Festlegung des Programmplatzes, was die Auffindbarkeit und die Relevanz betrifft, sinngemäß auf eine neue Benutzeroberfläche anzuwenden.

Laufendes Entgelt für den Fall 1.2:

Für den Fall, dass die KommAustria im vorgenannten Schlichtungsverfahren die Entscheidung trifft, dass eine Must carry-Verpflichtung der A1 für den Sender PULS 24 besteht, zahlt Partner die Einspeisegebühr, die die Behörde festlegt, ab dem erstmaligen Aufschalten an A1.

Laufendes Entgelt für den Fall 1.3:

Für den Fall, dass die KommAustria im vorgenannten Verfahren die Entscheidung trifft, dass eine Must carry-Verpflichtung der A1 für den Sender PULS 24 nicht besteht, zahlt Partner für die fortlaufende Einspeisung im IPTV-Netz von A1 – ohne dass damit die Angemessenheit dieses Betrages anerkannt wird – eine Einspeisegebühr in der Höhe von Euro xxx pro Haushalt und Jahr ab Vertragsunterzeichnung an A1 (pro rata temporis). Sollte im Rechtsmittelverfahren ein anderweitige Entscheidung ergehen und das Einspeiseentgelt anders bestimmt werden, gilt dieser Betrag als rückwirkend anwendbar.

Zur Klarstellung, legt die rechtskräftige Entscheidung kein oder ein niedrigeres Entgelt fest, wird A1 den Differenzbetrag auf die Euro xxx rücküberweisen, während bei höherem Entgelt Partner A1 den Differenzbetrag überweisen wird (jeweils ggf. pro rata temporis).

Klarstellend wird festgehalten, dass die vereinbarten bzw. von der KommAustria festgelegten Entgelte wie oben beschrieben auch dann gelten und zu bezahlen sind, wenn der Vertrag über 2021 hinaus bestehen bleibt bzw. eine aufrechte Weiterverbreitungsanordnung im Sinne des § 20 AMD-G besteht und Partner die A1 in Punkt 1.2 eingeräumte Kabelweitersenderechte an dem Programm PULS 24 einer Verwertungsgesellschaft einräumt.

Partner sagt allerdings zu, dass er bis zum Ende des Vertrages, sohin bis 31.12.2021, die A1 in Punkt 1.2 eingeräumten Kabelweitersenderechte an dem Programm PULS 24 keiner Verwertungsgesellschaft zur Wahrnehmung überträgt.

Abrechnung

A1 legt Partner im Nachhinein, erstmals zum 31.12.2020, in Folge dann jährlich zum Jahresende, eine Rechnung auf Basis der Anzahl der Haushalte / Endkunden zum Stichtag.

Erhebt Partner nicht innerhalb von 4 Wochen nach Erhalt der Abrechnung Einspruch, gilt diese als anerkannt.

Es gilt ein Zahlungsziel von 30 Tagen als vereinbart.

Sämtliche Aufwendungen im Zusammenhang mit der Erstsending von PULS 24 gem. Punkt 3.5, insbesondere Vergütungen für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, gehen zu Lasten von Partner und werden von dieem unmittelbar beglichen, sodass A1 nicht in Anspruch genommen wird. Sollte demnach Forderungen an die A1 gestellt werden, so ist diese berechtigt, diese an Partner zur unmittelbaren Erledigung weiterzuleiten.

...“

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zu den Parteien und deren Eigentumsverhältnissen ergeben sich aus den zitierten Akten der KommAustria und dem offenen Firmenbuch.

Die Feststellungen zur bisherigen Tätigkeit der Antragstellerin als Fernsehveranstalterin beruhen auf den zitierten Zulassungsbescheiden bzw. den entsprechenden Verfahrensakten der KommAustria.

Die Feststellung zur Tätigkeit der Antragsgegnerin als Betreiberin eines Kabelnetzes zur Rundfunkübertragung beruht auf deren Anzeige gemäß § 15 TKG 2003 und den zitierten Akten der KommAustria. Die Feststellungen zum Verbreitungsgebiet des Kabelnetzes der Antragsgegnerin, und der angebotenen Programmpakete beruhen auf den Angaben der Antragsgegnerin, insbesondere ihrem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung sowie der schriftlichen Äußerung vom 16.03.2020. Die Feststellungen zum Angebot „A1 Xplore TV“ beruhen auf der entsprechenden Anzeige gemäß § 25 TKG 2003 vom 28.02.2020.

Die Feststellungen zum behaupteten Vorliegen einer Nachfrage und dem Umstand, dass die Parteien vor Befassung der Regulierungsbehörde am 13.02.2020 mehr als sechs Wochen hindurch erfolglos über eine vertragliche Einigung zur Einspeisung des Programms „PULS 24“ in das Kabelnetz der Antragsgegnerin verhandelt haben, beruhen auf der vorgelegten E-Mail-Korrespondenz zwischen den Parteien, insbesondere der E-Mail vom 19.11.2019, sowie dem insoweit übereinstimmenden Vorbringen im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 10.03.2020. Die Feststellung, dass im Zuge der am 10.03.2020 durchgeführten mündlichen Verhandlung trotz Anregung durch die KommAustria keine Einigung über die Weiterverbreitung zwischen den Parteien herbeigeführt werden konnte, beruht auf dem Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10.03.2020.

Die Feststellung, dass das im Wege eines Verbreitungsauftrags einzuspeisende Programm „PULS 24“ aufgrund der „Coronakrise“ im Zeitraum vom 17.03.2020 bis zum 04.05.2020 im Kabelnetz der Antragsgegnerin weiterverbreitet wurde, beruht auf der schriftlichen Bekanntgabe der Antragstellerin vom 19.03.2020 und dem mit Schreiben vom 25.03.2020 seitens der Antragsgegnerin vorgelegten Vertragsentwurf sowie hinsichtlich des Abschalt datums 04.05.2020

auf der Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 08.05.2020. Die Feststellung, dass der Vertrag für die befristete Einspeisung seitens der Antragstellerin nicht unterzeichnet worden ist, beruht auf ihrem Vorbringen in der Stellungnahme vom 09.04.2020, welches von der Antragsgegnerin in deren Stellungnahme vom 08.05.2020 bestätigt wurde.

Die Feststellung, dass das Programm „PULS 24“ nach einer kurzen Abschaltung seit dem 04.05.2020 im Basispaket „A1 TV Plus“ sowie im Produkt „A1 Xplore TV“ der Antragsgegnerin weiterverbreitet wird, beruht insbesondere auf den übereinstimmenden Stellungnahmen der Parteien vom 13.05.2020 und dem der KommAustria übermittelten Verbreitungsvertrag, welcher beiderseitig am 08.05.2020 unterfertigt worden ist.

Auf der vorgelegten Weiterverbreitungsvereinbarung beruht überdies die Feststellung, dass eine Weiterverbreitung des Programms „PULS 24“ in den von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Fernsehprodukten bis jedenfalls 31.12.2021 erfolgen wird, und zwar sowohl für den Fall, in dem der Antragsgegnerin seitens der KommAustria eine Verbreitungsverpflichtung auferlegt wird, als auch für den Fall, dass die KommAustria der Antragsgegnerin keinen Verbreitungsauftrag auferlegt. Auch die Feststellungen zum eingeräumten Programmplatz, zum einmaligen Aufschaltungsentgelt und dem für den Fall der Auferlegung oder Nichtauferlegung einer Weiterverbreitungsverpflichtung zu zahlenden Entgelt ergeben sich aus der vorgelegten Weiterverbreitungsvereinbarung.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Regulierungsbehörde und Rechtsgrundlage

Gemäß § 66 AMD-G ist Regulierungsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes die gemäß § 1 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 24/2020 eingerichtete KommAustria.

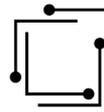
§ 20 AMD-G lautet:

„Verbreitungsauftrag in Kabelnetzen

§ 20. (1) *Kabelnetzbetreiber haben die Hörfunk- und Fernsehprogramme des Österreichischen Rundfunks (§ 3 ORF-G) weiter zu verbreiten, sofern dies ohne unverhältnismäßig großen Aufwand möglich ist.*

(2) Kabelnetzbetreiber haben Fernsehprogramme, die einen besonderen Beitrag zur Meinungsvielfalt im Verbreitungsgebiet leisten, auf Nachfrage zu jenen Bedingungen zu verbreiten, die für die überwiegende Anzahl an sonstigen im Kabelnetz verbreiteten Programme gelten.

(3) Bei der Beurteilung des besonderen Beitrages zur Meinungsvielfalt sind der Anteil an eigengestalteten, eigen- oder auftragsproduzierten Sendungsformaten mit kultureller, politischer oder gesellschaftspolitischer Relevanz für Österreich, insbesondere solche mit überwiegend österreichischem, regionalem oder lokalem Bezug sowie deren Beitrag zur österreichischen Identität, ferner die bestehende Programmbelegung und die Zahl der verfügbaren Programmplätze zu berücksichtigen.



(4) Kommt zwischen einem Kabelnetzbetreiber und einem Fernsehveranstalter innerhalb von sechs Wochen ab dem Einlangen einer Nachfrage keine vertragliche Vereinbarung über eine Verbreitung oder Weiterverbreitung zu Stande, kann von den Beteiligten die Regulierungsbehörde angerufen werden.

(5) Die Regulierungsbehörde entscheidet, sofern keine gütliche Einigung zu Stande kommt, innerhalb von zwei Monaten nach Anrufung durch die Beteiligten über die Verpflichtung zur Verbreitung oder Weiterverbreitung oder die Höhe des Entgelts.

(6) Die Regulierungsbehörde hat die Dauer der Verbreitung oder Weiterverbreitung des Programms in dem Kabelnetz und ein angemessenes Entgelt für den Kabelnetzbetreiber festzulegen. Bei Festlegung des Entgelts ist auf die geltenden Bedingungen des betroffenen Kabelnetzbetreibers für die Übernahme von Programmen Rücksicht zu nehmen, sollten derartige nicht vorhanden sein, ist auf vergleichbare Bedingungen abzustellen. Dem Kabelnetzbetreiber dürfen höchstens drei Übertragungspflichten nach den Abs. 2 und 3 auferlegt werden.

(7) Die Regulierungsbehörde hat frühestens zwei Jahre nach Rechtskraft einer Verpflichtung zur Verbreitung oder Weiterverbreitung auf Antrag eines Beteiligten zu überprüfen, ob den Voraussetzungen der Abs. 2 und 3 weiterhin entsprochen wird und gegebenenfalls die Verpflichtung abzuändern oder aufzuheben.

(8) Kabelrundfunkveranstalter im Sinne der vorstehenden Bestimmungen ist auch ein zukünftiger Anbieter von Fernsehprogrammen, wenn er glaubhaft macht, dass er über die fachlichen, finanziellen und organisatorischen Voraussetzungen verfügt, das geplante Programm spätestens innerhalb von sechs Monaten nach Erlassung eines Verbreitungsauftrages zu veranstalten. Wird die Verbreitung aus vom Kabelrundfunkveranstalter zu vertretenden Gründen nicht innerhalb dieses Zeitraums aufgenommen, ist der Verbreitungsauftrag auf Antrag des Kabelnetzbetreibers von der Regulierungsbehörde aufzuheben.“

4.2. Parteienlegitimation

Gemäß § 2 Z 17 AMD-G ist Fernsehveranstalter, „*wer Fernsehprogramme (analog oder digital) für die Verbreitung in Kabel- und anderen elektronischen Kommunikationsnetzen, über Satellit oder auf drahtlosem terrestrischem Wege schafft, zusammenstellt und verbreitet oder durch Dritte vollständig und unverändert verbreiten lässt. Fernsehveranstalter ist nicht, wer Fernsehprogramme ausschließlich weiterverbreitet*“.

Die Antragstellerin veranstaltet aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 28.08.2019, KOA 2.135/19-016, das Fernsehprogramm „PULS 24“, welches in HD über den Satelliten ASTRA verbreitet sowie in SD über die terrestrische Multiplex-Plattform „MUX F (DVB-T2)“ der ORS comm GmbH & Co KG weiterverbreitet wird. Somit ist die Antragstellerin Fernsehveranstalterin im Sinne von § 2 Z 17 iVm § 20 AMD-G und damit für das gegenständliche Verfahren aktiv legitimiert.

Gemäß § 2 Z 19 AMD-G ist ein Kabelnetz eine „*für die Verbreitung und Weiterverbreitung [von Rundfunkprogrammen] genutzte Kabelinfrastruktur*“. Betreiber eines Kabelnetzes im Sinne des § 2 Z 19 iVm § 20 AMD-G ist somit, wer eine Kabelinfrastruktur bereitstellt.

Die Antragsgegnerin betreibt aufgrund einer Anzeige gemäß § 15 TKG 2003 vom 07.05.2003, KOA 1.900/03-017, ein Kabelnetz zu Verbreitung und Weiterverbreitung von

Rundfunkprogrammen, wobei alle Programme grundsätzlich österreichweit, ohne regionale Einschränkungen verbreitet werden. Somit stellt die Antragsgegnerin ein Kabelnetz im Sinne von § 2 Z 19 iVm § 20 AMD-G bereit und ist damit für das gegenständliche Verfahren passiv legitimiert.

4.3. Antragsvoraussetzungen gemäß § 20 Abs. 4 AMD-G

4.3.1. Einlangen einer Nachfrage

Gemäß § 20 Abs. 4 AMD-G können die Parteien die Regulierungsbehörde erst dann anrufen, wenn innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Einlangen der Nachfrage keine vertragliche Vereinbarung über die Verbreitung zu Stande gekommen ist.

Die Antragstellerin legte der KommAustria eine schriftlich dokumentierte Nachfrage auf Einspeisung ihres Programms in das Kabelnetz der Antragsgegnerin in Form einer E-Mail vom 19.11.2019 sowie weitere E-Mail-Korrespondenz zwischen ihr und der Antragsgegnerin vor. Beide Parteien erklärten zudem übereinstimmend im Rahmen der am 10.03.2020 anberaumten Verhandlung, dass schon davor Gespräche über eine Verbreitung auf verschiedenen Ebenen stattgefunden haben, welche jedoch allesamt ohne Erfolg geblieben seien.

Gemäß § 20 Abs. 4 AMD-G ist eine tatsächlich erfolgte Nachfrage gegenüber dem Kabelnetzbetreiber, in dessen Kabelnetz das Programm weiterverbreitet werden soll, Zulassungsvoraussetzung für die Anrufung der Regulierungsbehörde nach § 20 AMD-G. Diese Nachfrage setzt die sechswöchige Frist in Gang, nach deren fruchtlosem Ablauf eine Anrufung der Regulierungsbehörde zulässig ist. Aus dem Gesetz geht sohin der Vorrang der Verhandlungslösung vor einer behördlichen Anordnung hervor. Erst wenn es im Rahmen kommerzieller Verhandlungen zwischen den Unternehmen innerhalb von sechs Wochen nicht zu einer Einigung gekommen ist, wird die – insofern subsidiäre – Zuständigkeit der Regulierungsbehörde ausgelöst.

Die Antragsgegnerin bestreitet in ihren Schriftsätzen das Vorliegen einer Nachfrage, da ein konkretisiertes, kommerzielles Angebot von der Antragstellerin nicht gelegt worden sei.

§ 20 Abs. 4 AMD-G enthält keine Formvorschriften, der eine Nachfrage zu genügen hätte; auch aus der Wortfolge „Einlangen der Nachfrage“ ist eine Formvorschrift im Sinne eines Schriftlichkeitsgebotes oder eines besonderen Bezeichnungserfordernisses nicht abzuleiten. Die Nachfrage im Sinne des § 20 Abs. 4 AMD-G ist die privatrechtliche empfangsbedürftige Willenserklärung eines Fernsehveranstalters, in Verhandlungen mit einem Kabelnetzbetreiber eintreten zu wollen, um eine Verbreitungsvereinbarung auszuhandeln.

Wenngleich diese Verpflichtungen in einer verwaltungsrechtlichen Norm angeordnet werden, handelt es sich bei den im Sinne des § 20 AMD-G zu führenden Verhandlungen um solche rein privatrechtlicher Natur; die dabei abgegebenen Willenserklärungen sind ebenso nach privatrechtlichen Kriterien zu beurteilen wie die getroffenen Vereinbarungen. Zur Beurteilung, ob die Verbreitung eines bestimmten Programms nachgefragt wurde, ist daher auf den objektiven Erklärungswert einer Willensäußerung abzustellen, also darauf, wie die Willensäußerung von einem redlichen Erklärungsempfänger verstanden werden musste.

Die Nachfrage iSd § 20 AMD-G ist dabei von informellen Vorgesprächen bzw. von unverbindlicher Vorkorrespondenz zu unterscheiden. Jedoch kann die Nachfrage grundsätzlich formfrei und sowohl ausdrücklich als auch schlüssig erfolgen. Die Annahme einer schlüssigen Nachfrage setzt freilich

voraus, dass im Sinne des § 863 ABGB kein vernünftiger Grund zum Zweifeln am Erklärungsinhalt bestehen konnte; dabei ist darauf Bedacht zu nehmen, dass die Nachfrage im Sinne des § 20 AMD-G eine Verhandlungsfrist auch für den Nachfragenden auslöst und daher auch der entsprechende Rechtsfolgewille für den Erklärungsempfänger unzweifelhaft erkennbar sein muss (vgl. KommAustria 26.08.2002, KOA 1.900/02-38, bestätigt mit BKS 06.03.2003, 611.191/001-BKS/2003, KommAustria 26.03.2009, KOA 1.900/09-031).

In der E-Mail des Prokuristen der Antragstellerin vom 19.11.2019 an die Antragsgegnerin wird ausgeführt:

„Sehr geehrter ...,

Wie bekannt, hat ProSiebenSat.1PULS4 hat am 1. Sept 2019 den österreichische Nachrichten- und Live-Event-Sender PULS 24 gestartet. Leider ist es in den bisherigen Verhandlungen – die ja bereits seit vor dem Start des Senders aufgenommen wurden – nicht gelungen auf partnerschaftlichem Weg eine rasche Einspeisung im kabelnetz von A1 sicherzustellen.

Da PULS 24 mit rund 100 Redakteuren und täglich aktuell produzierten eigengestalteten, österreichischen Inhalten ganz zweifellos einen wesentlichen Beitrag zur Meinungsvielfalt in Österreich leistet, hat der Sender im Sinne von § 20 Abs. 2 AMD-G einen Anspruch auf Weiterverbreitung.

Um zu vermeiden, dass wir deswegen die Regulierungsbehörde anrufen müssen, möchten wir daher dringend bitten nunmehr rasch – spätestens bis zum 30.11.2019 – eine Weiterverbreitung sicherzustellen.

Die Einspeisung bzw. der dafür definierte Platz im IP Kabelnetz sollte zu den für die überwiegende Anzahl der weiterverbreiteten Programme geltenden Bedingungen, jedenfalls aber nicht-diskriminierend gegenüber anderen Anbieter von österreichischen Nachrichteninhalten (zB ORF III, oe24.tv, etc.) erfolgen. Um diese Nicht-Diskriminierung sicherzustellen, würden wir vorschlagen, dass der aktuell kabel eins doku Austria SD/HD zugeordnete Kabelplatz 20/320 für die Verbreitung von PULS 24 SD/HD genutzt wird und kabel eins doku Austria einen neuen Platz zugeordnet bekommt.“

Entgegen den Ausführungen der Antragsgegnerin hat eine Nachfrage iSd § 20 Abs. 4 AMD-G nicht verpflichtend die konkreten Bedingungen der beabsichtigten Kabeleinspeisung zu enthalten, sondern hat zum Ausdruck zu kommen, dass vom Fernsehveranstalter die Einspeisung eines konkreten Programms im Netz des Kabelnetzbetreibers beabsichtigt ist. Der Inhalt des Schreibens der Antragstellerin vom 19.11.2019 stellt eine Nachfrage iSd § 20 Abs.4 AMD-G im Hinblick auf das mit dem Antrag vom 13.02.2020 zur Weiterverbreitung beantragte Programm „PULS 24“ dar, da klar zum Ausdruck kommt, dass von der Antragstellerin angestrebt wird, mit der Antragsgegnerin in Verhandlungen über eine vertragliche Vereinbarung zur Weiterverbreitung des Programms „PULS 24“ zu treten.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin im Schreiben der Antragstellerin vom 19.11.2019 unter anderem auch dargelegt wurde, dass die Einspeisung nichtdiskriminierend im Vergleich zu den für die überwiegende Anzahl der weiterverbreiteten Programme geltenden Bedingungen erfolgen soll.

4.3.2. Ablauf von sechs Wochen

§ 20 Abs. 4 AMD-G sieht vor, dass die Regulierungsbehörde erst sechs Wochen nach Einlangen der Nachfrage und bei Nichtzustandekommen einer vertraglichen Vereinbarung von den Beteiligten angerufen werden kann. Dadurch soll den Parteien die Gelegenheit gegeben werden, innerhalb einer zur Vorbereitung einer Verbreitungsvereinbarung angemessenen Verhandlungsfrist zu einer privatrechtlichen Vereinbarung zu kommen. Diese sechswöchige Frist muss den Parteien aber jedenfalls ungeschmälert für die Verhandlungen zur Verfügung stehen. Der Ablauf der sechswöchigen Verhandlungsfrist ab Einlangen der Nachfrage beim Kabelnetzbetreiber ist Zulässigkeitsvoraussetzung für den Antrag auf Erteilung eines Verbreitungsauftrags.

Da im Zeitpunkt der Antragstellung bei der KommAustria am 13.02.2020 mehr als sechs Wochen nach der Nachfrage der Antragstellerin bei der Antragsgegnerin vergangen sind, in denen keine Einigung erzielt werden konnte, war die Voraussetzung zur Anrufung der Behörde im Sinne des § 20 Abs. 4 AMD-G gegeben.

4.3.3. Zustandekommen einer gütlichen Einigung nach Antragstellung

Darüber hinaus sieht § 20 Abs. 5 AMD-G vor, dass abzuklären ist, ob eine gütliche Einigung zwischen den Parteien erzielt werden kann. Die Erläuterungen zur Stammfassung BGBl. I Nr. 84/2001 (vgl. ErlRV 635 BlgNR, 21. GP, zur im Wesentlichen gleichlautenden Vorgängerbestimmung § 20 Abs. 2 PrTV-G) halten hierzu fest, dass *„im Streitfall die Regulierungsbehörde angerufen werden kann, die auf eine gütliche Einigung hinwirken soll und gegebenenfalls – bei Nichteinigung – einen Auftrag zur Verbreitung oder Weiterverbreitung erteilen kann.“*

Die KommAustria hat daher für den 10.03.2020 eine mündliche Verhandlung anberaumt, an deren Beginn die Parteien zur Möglichkeit einer gütlichen Einigung befragt wurden. Eine gütliche Einigung zwischen den Parteien konnte jedoch zu diesem Zeitpunkt nicht herbeigeführt werden, sodass das Ermittlungsverfahren von der KommAustria fortgeführt wurde.

Am 08.05.2020 wurde von den Parteien nunmehr eine Weiterverbreitungsvereinbarung geschlossen, die von beiden Parteien unterfertigt wurde. Gemäß dieser Vereinbarung wird das Programm „PULS 24“ auf dem bisherigen Sendeplatz des Programms „kabel eins Doku austria“ im Basispaket „A1 TV Plus“ auf dem Programmplatz 20 (und 320 für HD) bis 31.12.2021 weiterverbreitet, wobei dies auch eine Weiterverbreitung im Produkt „A1 Xplore TV“ einschließt. Zum Entscheidungszeitpunkt der KommAustria ist somit die Voraussetzung des Nichtzustandekommens einer gütlichen Einigung für die behördliche Auferlegung einer Weiterverbreitungsverpflichtung weggefallen. Dies resultiert aus nachstehenden Erwägungen:

Der vorgelegte Vertrag beinhaltet nicht nur eine Regelung für den Fall, dass die KommAustria der Antragsgegnerin eine Weiterverbreitungsverpflichtung für das Programm „PULS 24“ auferlegt, sondern auch eine Regelung für den Fall, dass die KommAustria der Antragsgegnerin keine Weiterverbreitungsverpflichtung auferlegen sollte. Für beide Szenarien gilt, dass eine Weiterverbreitung jedenfalls bis 31.12.2021 erfolgt, wobei unterschiedliche Regelungen für das von der Antragstellerin zu leistende Entgelt getroffen wurden. Im Fall der Erteilung eines Weiterverbreitungsauftrags durch die KommAustria, wäre demnach seitens der Antragstellerin das bescheidmäßig festgelegte Entgelt zu leisten. Aber auch für den Fall, dass die KommAustria die Entscheidung trifft, dass eine Weiterverbreitungsverpflichtung nicht besteht, hat sich die Antragsgegnerin zur Einspeisung des Programms „PULS 24“ bis 31.12.2021 und die Antragstellerin

zur Leistung eines Entgelts verpflichtet. Darüber hinaus wurde vereinbart, dass ein einmalig zu zahlendes Aufschaltungsentgelt (bestehend aus einer Barleistung sowie Brutto Werbeleistungen) für den Programmplatz 20 (bzw. 320) zu leisten ist.

Gemäß § 20 Abs. 6 AMD-G hat die KommAustria – sofern keine gütliche Einigung erzielt wird und von einer Weiterverbreitungsverpflichtung ausgegangen wird – im vertragsersetzenden Bescheid die Dauer der Weiterverbreitung des Programms in dem Kabelnetz und ein angemessenes Entgelt für den Kabelnetzbetreiber festzulegen. Die von den Parteien dieses Verfahrens am 08.05.2020 unterfertigte Weiterverbreitungsvereinbarung enthält jedoch jedenfalls die Essentialia einer von der KommAustria allenfalls zu treffenden Weiterverbreitungsvereinbarung zumal sowohl die Dauer der Weiterverbreitung als auch die Höhe des Entgelts geregelt wird.

Zu beachten ist insbesondere, dass § 20 Abs. 4 AMD-G einen subsidiären Rechtsbehelf darstellt. Die KommAustria hat auf eine gütliche Einigung hinzuwirken; kommt diese nicht zustande, ist innerhalb von zwei Monaten nach Anrufung sowohl über die Verpflichtung bzw. Weiterverbreitung als auch über die Höhe des Entgelts zu entscheiden. Die Bestimmung dient dazu, vertragliche Vereinbarungen zu substituieren, nicht aber nachträgliche einseitige Vertragsänderungen herbeizuführen (*Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, 508). Durch die Erlassung eines solchen vertragsersetzenden Bescheides wird demnach der an und für sich zwischen den Parteien zu schließende Vertrag mangels privatautonomer Einigung durch die behördliche Entscheidung ersetzt (vgl. VwGH 18.03.2004, 2002/03/0247).

Im vorliegenden Fall beinhaltet die von beiden Parteien am 08.05.2020 unterfertigte Vereinbarung sämtliche für einen privatrechtlichen Vertrag relevanten Aspekte, da für sämtliche Konstellationen von den Parteien Vorsorge getroffen wurde (so z.B. auch für den Fall, dass die KommAustria die Entscheidung trifft, „*dass eine must carry-Verpflichtung der A1 für den Sender PULS 24 nicht besteht*“). Dies steht einer behördlichen Entscheidung gemäß § 20 AMD-G schon insoweit entgegen, als diese voraussetzt, dass eben keine privatrechtliche Einigung zustande gekommen ist. Für einen solchermaßen „vertragsersetzenden“ Bescheid besteht daher im vorliegenden Fall kein Raum mehr.

Da somit zwischen den Parteien eine gütliche Einigung über die Weiterverbreitung des Programms „PULS 24“ zustande gekommen ist, besteht kein Anspruch auf Auferlegung einer Weiterverbreitungsverpflichtung.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG beim Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Kommunikationsbehörde Austria einzubringen. Die Beschwerde hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, ebenso wie die belangte Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren sowie die

Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 1.960/20-187“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ sind die Steuernummer/Abgabekontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE – Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 26. Mai 2020

Kommunikationsbehörde Austria
Die Senatsvorsitzende

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)