



STELLUNGNAHME

**der ATV Privat TV GmbH & Co KG
zum Entwurf einer überarbeiteten Rundfunkmitteilung**

EU-Konsultation zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks	4
STELLUNGNAHME	4
1. Einleitung.....	4
1.1. Faktische Rahmendbedingungen	4
1.2. Rechtliche Rahmenbedingungen.....	5
2. Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags	5
3. Zusätzliche Dienste und Plattformen.....	6
3.1. Zusätzliche Dienste als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags	6
3.2. Gegen Entgelt angebotene Dienste	7
4. Verfahrensvorkehrungen in Bezug auf „neue Dienste“	8
4.1. Gefahr von Marktverzerrungen	8
4.2. Verpflichtendes Genehmigungsverfahren	8
5. Betrauung und Kontrolle	9
5.1. Betrauung mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag	9
5.2. Einhaltung und Kontrolle des öffentlich-rechtlichen Auftrags	9
5.3. Wirksame Sanktionen.....	10
6. Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks- und Verhältnismäßigkeitsprüfung.....	12
6.1. Erfordernis der klaren Abgrenzung bei Mischfinanzierung	12
6.2. Transparenz / Kontrolle der rechnerischen Abgrenzung	13
7. Überkompensierung	13
8. Aufsicht über die Verwendung der öffentlichen Mittel	14
9. Marktverzerrungen / Abschließende Bemerkungen	14

9.1. Marktdominanz.....	14
9.2. Abschließende Bemerkungen	15

EU-Konsultation zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Die EU-Kommission hat den Entwurf der Überarbeitung der Rundfunkmitteilung veröffentlicht, worin sie die Regeln darlegt, die sie bei der beihilferechtlichen Bewertung der staatlichen Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in den EU-Mitgliedsstaaten anwenden will.

Den Mitgliedsstaaten und betroffenen Marktteilnehmern wurde Gelegenheit eingeräumt, bis zum 15. Januar 2009 zum Entwurf Stellung zu nehmen.

Die ATV Privat TV GmbH & Co KG (in der Folge: „ATV“) ist seit dem Jahr 2001 Inhaberin der Lizenz zur bundesweiten terrestrischen Ausstrahlung des Fernsehprogramms „ATV“.

ATV gibt nunmehr nachstehende

STELLUNGNAHME

im laufenden Konsultationsverfahren ab und übermittelt diese der Europäischen Kommission, GD Wettbewerb, Registratur für Beihilfen, 1040 Brüssel (E-mail stateaidgreffe@ec.europa.eu).

1. Einleitung

Nach Ansicht von ATV ist der Kommission darin zuzustimmen, dass die Überarbeitung der im Jahr 2001 erstmals von der Europäischen Kommission veröffentlichten Rundfunkmitteilung vor allem in Hinblick auf

- technologische Veränderungen im Rundfunkmarkt, wie etwa Digitalfernsehen, IPTV, mobiles Fernsehen und Video auf Abruf und
- bedeutende Entwicklungen auf rechtlichem Gebiet mit Auswirkungen auf das Rundfunkwesen

notwendig ist.

1.1. Faktische Rahmendbedingungen

Wie die Kommission zutreffend ausführt, hat der Rundfunkmarkt seit dem Jahr 2001 einen grundlegenden Wandel erfahren. Diese Entwicklungen haben wiederum dazu geführt, dass öffentliche und private Rundfunkveranstalter ihre Tätigkeitsfelder diversifiziert haben, neue

Vertriebsplattformen entwickelt wurden und das Angebotsspektrum erweitert wurde. Diese Diversifizierung staatlich finanzierter Tätigkeiten öffentlich rechtlicher Rundfunkanstalten – wie etwa Erweiterung um Online-Inhalte und Spartenprogramme – führte allerdings auch zu Beschwerden von anderen Marktteilnehmern.

1.2. Rechtliche Rahmenbedingungen

Auf rechtlicher Ebene legte der Europäische Gerichtshof im Altmark-Urteil aus dem Jahr 2003 fest, unter welchen Voraussetzungen Ausgleichszahlungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen keine staatliche Beihilfe darstellen. Darüber hinaus hat die Kommission ihren Standpunkt zur Rolle der EU in Hinblick auf Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wiederholt dargelegt, insbesondere in der Entscheidung vom 28. November 2005, dem Gemeinschaftsrahmen und dem Begleitdokument zur Mitteilung „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts – Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement“.

2. Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags

ATV stimmt der Kommission darin zu, dass für die Anwendung von Art 86 Abs 2 EG-Vertrag eine förmliche Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich ist. Es ist Aufgabe der Kommission zu überprüfen, ob die Mitgliedsstaaten die Bestimmungen des EG-Vertrags einhalten (Rz 47).

Allerdings beschränkt sich nach Ansicht der Kommission im Zusammenhang mit der Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Rundfunksektor ihre Rolle darauf, diese Definition auf offensichtliche Fehler zu prüfen. Ein offensichtlicher Fehler in der Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags liegt nach Ansicht der Kommission nur dann vor, wenn dieser Tätigkeiten umfasst, bei denen realistischer Weise nicht davon auszugehen ist, dass sie der Befriedigung der „demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse jeder Gesellschaft“ dienen. Nach Ansicht der Kommission ist dies ua bei Werbung, elektronischem Handel, Tele-Shopping, Sponsoring und Merchandising der Fall.

Nach der Auffassung der Kommission ist es legitim, eine Auftragsbestimmung als von Art 86 Abs 2 EG-Vertrag gedeckt anzusehen, derzufolge die betreffende Rundfunkanstalt mit der Aufgabe betraut wird, ein großes Programmspektrum und ein ausgewogenes und abwechslungsreiches Programm zu bieten.

Eine Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags, wonach dieser lediglich die Verpflichtung beinhaltet, ein großes Programmspektrum und ein ausgewogenes und abwechslungsreiches

Programm zu bieten, ist nach Ansicht von ATV jedenfalls zu weit. Insbesondere wären nach Ansicht von ATV Vorkehrungen dafür zu treffen, dass das Programm öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter von jenem privater (und rein werbefinanzierter) Rundfunkveranstalter klar abgrenz- und unterscheidbar ist. Dies ist jedoch mit dem bloßen Auftrag, ein „großes Programmspektrum und ein ausgewogenes und ein abwechslungsreiches Programm zu bieten“ nicht gewährleistet.

Vielmehr wäre es notwendig, eine Relation zu schaffen zwischen

- Bedürfnissen der Bevölkerung, denen das öffentlich-rechtliche Programm gerecht werden soll und die
- durch andere (private) Rundfunkveranstalter nicht oder nur unzureichend erfüllt werden können, damit auf dieser Basis
- der öffentlich-rechtliche Auftrag definiert werden kann.

Die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Bedürfnisse, die in gleicher Ausprägung und Qualität durch private Rundfunkveranstalter gedeckt sind, sollte nicht Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags sein.

3. Zusätzliche Dienste und Plattformen

3.1. Zusätzliche Dienste als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags

Die Kommission führt aus, dass auch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten in der Lage sein sollten, die Möglichkeiten, die sich im Zuge der Digitalisierung und der Diversifizierung der Vertriebsplattformen bieten, nach dem Grundsatz der Technologieneutralität zum Wohle der Gesellschaft zu nutzen.

Die Kommission zählt hier die Möglichkeiten auf, audiovisuelle Medieninhalte in Form linearer Dienste über neue Vertriebsplattformen bereit zu stellen, Spartenprogramme anzubieten sowie Mediendienste bereit zu stellen, die keine „Programme“ im herkömmlichen Sinn sind, wie Online-Informationendienste, nicht lineare Dienste und Dienste auf Abruf (Rz 51). Dazu führt die Kommission aus, dass diese Dienste auch Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags sein könnten. Die Voraussetzungen wären, dass sie den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der jeweiligen Gesellschaft entsprechen und keine unverhältnismäßigen und für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht notwendigen Auswirkungen auf den Markt haben.

Damit sind jedoch die Grenzen zwischen öffentlich-rechtlichem Auftrag und Tätigkeiten, die diesen nicht umfassen, nicht deutlich genug gezogen. Insbesondere ist für private

Rundfunkveranstalter schwer nachvollziehbar, warum derartige Dienste zu einer weiteren Einnahmequelle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks führen sollen, die diesem dann zusätzlich zu den Rundfunkgebühren zufließen.

Die Rundfunkmitteilung sollte daher insbesondere hinsichtlich zusätzlicher Dienste eine deutliche Abgrenzung enthalten. Dabei ist auch zu beachten, dass Mediendienste, wie beispielsweise Online-Informationendienste auch neue Werbemöglichkeiten und damit neue Einnahmequellen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter eröffnen.

Daher müssen rechtliche Rahmenbedingungen vorgesehen werden, die sicherstellen, dass vom öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter nur solche Dienste angeboten werden, die im Vergleich zu jenen, die bereits am Markt sind, einen deutlichen gesellschaftlichen Mehrwert aufweisen. Dies muss durch ein vom öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter im Vorhinein zu erstellendes konkretes Konzept gewährleistet sein, dessen Inhalt und Einhaltung von einer unabhängigen Instanz überprüft werden kann.

ATV begrüßt jedoch die Klarstellung der Kommission, dass das Anbieten von „Premium-Inhalten“ auf pay-per-view-Basis oder die Veranstaltung von Gewinnspielen, an denen die Zuschauer durch Anrufen einer Telefonnummer mit erhöhter Gebühr teilnehmen können, unter keinen Umständen dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zurechenbar ist. Damit ist nun endgültig klargestellt, dass Gewinnspiele wie beispielsweise der vom ORF veranstaltete „Quiz-Express“ eindeutig als kommerzielle Tätigkeiten zu betrachten sind und somit nicht über staatliche Beihilfen finanziert werden dürfen.

3.2. Gegen Entgelt angebotene Dienste

Die Kommission vertritt die Auffassung, dass Dienste einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt, die gegen Entrichtung eines direkten Entgelts erbracht werden, nicht notwendigerweise immer außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags fallen (Rz 55). Als Beispiel für Dienste, die von öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern gegen Entgelt erbracht werden könnten, ist der „Zugang zu technologisch besonders fortschrittlichen öffentlich-rechtlichen Rundfunkdiensten“ genannt (Rz 54).

ATV ist der Ansicht, dass es öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern untersagt sein sollte, im Rahmen der Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags Dienste gegen Bezahlung anzubieten. ATV ist auch derzeit kein technologisch besonders fortschrittlicher Rundfunkdienst bekannt, hinsichtlich dessen argumentiert werden könnte, dass dessen Nutzen für die Öffentlichkeit so groß ist, dass ein Anbieten im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags gegen Entgelt gerechtfertigt wäre.

Letztlich führen staatlich finanzierte Bezahldienste auch zu einer weiteren Besetzung von „Nischen“ durch öffentlich-rechtliche Rundfunkbetreiber. Öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter haben dadurch die Möglichkeit, solche Dienste zu günstigeren Konditionen anzubieten, als private Rundfunkveranstalter. Schon dadurch entsteht bereits eine Wettbewerbsverzerrung.

4. Verfahrensvorkehrungen in Bezug auf „neue Dienste“

4.1. Gefahr von Marktverzerrungen

ATV pflichtet der Kommission darin bei, dass wesentliche neue Dienste, die von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten angeboten werden, erhebliche Auswirkungen auf den Markt haben und Initiativen und Innovationen privater Marktteilnehmer beeinflussen können. Ebenso ist die Kommission zu Recht der Ansicht, dass über das Internet angebotene Dienste eine größere grenzübergreifende Wirkung entfalten als herkömmliche Fernsehdienste und dadurch der innergemeinschaftliche Handel stärker beeinträchtigt werden könnte.

4.2. Verpflichtendes Genehmigungsverfahren

Daher muss für die Mitgliedsstaaten die Verpflichtung bestehen, ein Genehmigungsverfahren einzuführen, worin vorab sichergestellt wird, dass „neue Dienste“, die von öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern angeboten werden, nicht zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Derartige Genehmigungen und Prüfungen müssen von einer unabhängigen Stelle durchgeführt werden, die von der Leitung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt unabhängig ist. ATV stimmt mit der Kommission überein, dass sämtliche von den geplanten Maßnahmen betroffene Marktteilnehmer Gelegenheit erhalten müssen, in einem solchen Prüfungsverfahren Stellung zu nehmen und das Ergebnis der Prüfung sowie die Gründe der Entscheidung öffentlich zugänglich zu machen sind.

Nach Ansicht der Kommission ist es jedoch zulässig, ausnahmsweise eine zur öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt gehörende Stelle mit der Durchführung dieser Prüfung zu betrauen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden. Demgegenüber ist ATV der Auffassung, dass – auch nicht ausnahmsweise – eine zur öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt gehörende Stelle mit der Durchführung dieser Prüfung betraut sein darf: Selbst wenn Vorkehrungen getroffen werden, die Unabhängigkeit und Entscheidungsfreiheit einer Prüfungsinstanz zu gewährleisten, die organisatorisch in die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt eingegliedert ist, können diese Maßnahmen die Unabhängigkeit niemals vollständig gewährleisten.

5. Betrauung und Kontrolle

5.1. Betrauung mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag

Wie die Kommission zutreffend ausführt, müssen – damit die Ausnahmeregelung des Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag Anwendung finden kann – ein oder mehrere Unternehmen förmlich mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag betraut werden.

Der Auffassung der Kommission, dass es nicht ausreicht, die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt lediglich förmlich mit der Erfüllung des Auftrags zu betrauen ist beizupflichten (Rz 68). Wie die Kommission richtig ausführt, muss der öffentlich-rechtliche Auftrag tatsächlich so erfüllt werden, wie dies in der förmlichen Vereinbarung zwischen dem Staat und dem betrauten Unternehmen vorgesehen ist. Daher muss eine geeignete Behörde oder benannte Stelle die Erfüllung des öffentlichen Auftrags transparent und wirksam kontrollieren.

Nach Auffassung von ATV sollte jedoch die Rundfunkmitteilung klare Kriterien über die Ausgestaltung einer solchen Aufsicht enthalten und den diesbezüglichen Gestaltungsspielraum der Mitgliedsstaaten einschränken. Insbesondere sollten Maßnahmen festgehalten werden, die die Einhaltung eingegangener Verpflichtungen gewährleisten und geeignete Sanktionen angeführt sein.

5.2. Einhaltung und Kontrolle des öffentlich-rechtlichen Auftrags

Öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter müssten verpflichtet sein, öffentlich zu begründen, warum ihr Programm den öffentlich-rechtlichen Auftrag erfüllt. Darüber hinaus sind effektive Maßnahmen erforderlich, um die Einhaltung des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu gewährleisten. Am ORF-Programm ist ersichtlich, dass gesetzliche Vorgaben hinsichtlich der Einhaltung des öffentlich-rechtlichen Auftrags häufig nicht eingehalten werden: So ist beispielsweise gemäß § 4 Abs 3 ORF-G *„im Wettbewerb mit den kommerziellen Sendern in Inhalt und Auftritt auf die Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks zu achten“* und sind *„die Qualitätskriterien laufend zu prüfen.“* Darüber hinaus ist das Programm so zu gestalten, dass *„jedenfalls in den Hauptabendprogrammen (20 bis 22 Uhr) in der Regel anspruchsvolle Sendungen zur Wahl stehen“* und *„in Inhalt und Auftritt auf die Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks zu achten“* ist.

Am Beispiel des Programms „ORF1“ ist jedoch ersichtlich, dass diese Vorgabe nicht eingehalten wird: Von *„Unverwechselbarkeit“* kann nämlich keine Rede sein. ORF 1 bietet zu einem großen Anteil fiktionale Unterhaltung in Form von internationalen Kinoproduktionen, US-Serien und

Spielfilmen und aufwendig produzierten Quiz- und Unterhaltungsshows an. Dies führt in der Folge dazu, dass ATV gezwungen ist, in der Programmgestaltung auf das auf die Masse ausgerichtete Programm ORF 1 Rücksicht zu nehmen bzw. das Programm des ORF in Nischen zu ergänzen. Darüber hinaus tritt damit der öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter in direkte Konkurrenz mit privaten Rundfunkveranstaltern um Werbeerlöse, obwohl dem öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter zusätzlich noch Gebühren zufließen.

Daher sollte der Interpretationsspielraum öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter, bestimmte Angebote mehr oder weniger willkürlich dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zuzurechnen, beschränkt werden. Dafür wären konkrete organisatorische Vorgaben erforderlich, die den diesbezüglichen Gestaltungsspielraum öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter begrenzen oder zumindest eine Überprüfung von Definition und faktischer Ausgestaltung des öffentlichen-rechtlichen Auftrags durch eine unabhängige Stelle vorsehen.

Bislang werden diese Vorgaben jedoch von innerstaatlichen Instanzen so verstanden, dass dem Charakter nach eine bloße Zielbestimmung vorliegt, wonach dem ORF ein erheblicher Beurteilungsspielraum zukommt. In den Parlamentarischen Materialien zu den einschlägigen Bestimmungen heißt es beispielsweise: *„Auch durch die Verwendung der Wortfolge „in der Regel“ kommt zum Ausdruck, dass der ORF im Anwendungsbereich des § 4 Abs 3 zweiter Satz keineswegs zwingend dazu verhalten wird, täglich eine anspruchsvolle Sendung in den Hauptabendprogrammen zur Wahl zu stellen [...]“*.

Daher erachtet ATV klare Vorgaben der Kommission für notwendig, die verhindern, dass Mitgliedstaaten den Inhalt des Programmauftrages in einer Weise auslegen, die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern einen allzu großen Interpretationsspielraum ermöglichen.

5.3. Wirksame Sanktionen

Die Kommission führt zutreffend aus, dass innerstaatlich zur Gewährleistung der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen geeignete Abhilfemaßnahmen zu beschließen wären (Rz 69).

Aus der Sicht von ATV wären jedoch Aussagen darüber wünschenswert, welche Art von Sanktionen die Kommission für wirksam erachten würde. Am Beispiel des ORF ist ersichtlich, dass die derzeitigen Maßnahmen einer Rechtsaufsicht hinsichtlich des ORF unzureichend sind und insbesondere in keinem angemessenen Verhältnis zu Sanktionen stehen, die privaten Rundfunkveranstaltern bei Rechtsverletzungen drohen. Bei wiederholten und schwerwiegenden Rechtsverletzungen droht beispielsweise privaten Rundfunkveranstaltern der Entzug der Zulassung; bei der Erteilung einer neuerlichen Zulassung nach Zulassungsablauf werden auch Rechtsverletzungen im vorangegangenen Zulassungszeitraum berücksichtigt und können sich

zum Nachteil des privaten Rundfunkveranstalters auswirken. Daneben drohen privaten Fernsehveranstaltern bei Verstößen gegen das Privatfernsehgesetz Geldstrafen bis zu EUR 60.000. Im Gegensatz dazu hat der ORF keinen Entzug einer Lizenz oder Zulassung zu befürchten. Die im ORF-Gesetz angedrohten Verwaltungsstrafen von bis zu EUR 58.000 sind jedoch mit Sanktion eines Verlustes der Zulassung nicht vergleichbar.

Der ORF hat daher einen weiten Spielraum um auszuloten, ob bestimmte Praktiken noch innerhalb des gesetzlichen Spielraums erlaubt sind, beziehungsweise ist es für den ORF auch möglich, ganz bewusst gegen das ORF-Gesetz zu verstoßen, da die durch einen Verstoß erlangten Vorteile die Nachteile einer Rechtsverletzung bei weitem überwiegen.

Beispielsweise wurden vom Bundeskommunikationssenat allein im Jahr 2008 rund 20 Verstöße des ORF gegen das ORF-Gesetz festgestellt. Darunter waren mehrmalig Verstöße gegen das Verbot der Bewerbung von Hörfunkprogrammen des ORF in Fernsehprogrammen des ORF und umgekehrt („Cross-Promotion“ § 13 Abs 9 ORF-Gesetz) und gegen das Verbot der regionalen Fernsehwerbung (§ 13 Abs 7 ORF-Gesetz). Daraus ist deutlich ersichtlich, dass der ORF regelmäßig mit Erfolg seine von vornherein privilegierte Stellung ohne Rücksicht auf die Bestimmungen des ORF-Gesetzes, die zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen dienen, zum eigenen Vorteil nützt.

Häufig kamen weiters Verstöße gegen das Verbot der Schleichwerbung (§ 14 Abs 2 ORF-Gesetz), das Verbot von Teleshopping (§ 13 Abs 2 ORF-G) und des Gebots der Trennung von Werbung und redaktionellen Inhalten (§ 13 Abs 3 ORF-G) vor. Private Fernsehveranstalter würden bei einer derartigen Vielzahl von Verstößen gegen das Privat TV-Gesetz ihre gesamte Existenz aufs Spiel setzen, da sie mit einem Entzug ihrer Zulassung rechnen müssten.

Ein Blick auf die Verletzungen des ORF-G zeigt auch, dass der öffentliche Programmauftrag nicht eingehalten wird: Beispielsweise hat gemäß § 5 Abs 1 ORF-Gesetz der ORF *„angemessene Anteile in den Volksgruppensprachen jener Volksgruppen, für die ein Volksgruppenbeirat besteht, zu erstellen.“* Der Bundeskommunikationssenat stellte jedoch im Juni 2008 fest, dass es der ORF unterlassen hatte, angemessene Anteile seines Programms in den Volksgruppen der Slowenen, Slowaken, Tschechen und Ungarn zu senden.

Die vorangegangenen Beispiele zeigen, dass die derzeitigen Sanktionen offensichtlich nicht geeignet sind, den ORF davon abzuhalten, kontinuierlich gegen das ORF-Gesetz zu verstoßen. Aus der Sicht von ATV wäre es daher dringend notwendig, in die überarbeitete Rundfunkmitteilung einen Katalog wirksamer Sanktionen gegen Gesetzesverstöße öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter aufzunehmen. Solche wirksamen Sanktionen für Gesetzesverstöße durch öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter wären beispielsweise die Kürzung öffentlicher Förderungen bzw der Rundfunkgebühren.

6. Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks- und Verhältnismäßigkeitsprüfung

6.1. Erfordernis der klaren Abgrenzung bei Mischfinanzierung

In diesem Zusammenhang führt die Kommission aus, sie hätte keine grundsätzlichen Einwände gegen die Wahl einer Mischfinanzierung – also einer Kombination von staatlichen Mitteln und Einnahmen aus kommerziellen Tätigkeiten und Tätigkeiten aufgrund des öffentlich-rechtlichen Auftrags – anstelle einer Einzelfinanzierung (Rz 73). Voraussetzung ist allerdings nach Ansicht der Kommission, dass die Freistellung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom grundsätzlichen Beihilfeverbot den Wettbewerb im gemeinsamen Markt nicht unverhältnismäßig stark beeinträchtigt.

Zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit müssen – wie die Kommission zutreffend ausführt – eine klare und genaue Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags und eine klare und angemessene Trennung zwischen öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten und sonstigen Tätigkeiten vorliegen (Rz 76).

Die Kommission führt weiter aus, die getrennte Buchführung für öffentlich-rechtliche und sonstige Tätigkeiten wäre in der Regel bereits auf einzelstaatlicher Ebene vorgeschrieben, um den Transparenzanforderungen und der Rechenschaftspflicht bei der Verwendung öffentlicher Mittel nachzukommen.

Hinsichtlich derartiger Bestimmungen in den einzelstaatlichen Gesetzen wäre es aus der Sicht von ATV notwendig, die diesbezüglichen Vorgaben in der Rundfunkmitteilung zu konkretisieren. Dabei ist darauf Bedacht zu nehmen, dass gerade die Zulässigkeit einer Mischfinanzierung eine deutliche rechnerische Abgrenzung zwischen Tätigkeiten im Rahmen des öffentlichen Auftrages und kommerziellen Tätigkeiten umso notwendiger macht.

Dass diese Konkretisierung in innerstaatlichen Gesetzen häufig nicht ausreichend verankert ist, kann am Beispiel des ORF verdeutlicht werden: Gemäß § 2 Abs. 3 ORF-G sind Tätigkeiten im Rahmen des Unternehmensgegenstandes, die über den Versorgungsauftrag, den Programmauftrag und die besonderen Aufträge hinausgehen, organisatorisch und rechnerisch von Tätigkeiten im Rahmen des Versorgungsauftrages zu trennen und können unter der Bedingung, dass keine Mittel aus dem Programmentgelt herangezogen werden, gewinnorientiert betrieben werden.

Um diese Bestimmung überhaupt anwenden zu können, sohin Tätigkeiten abzugrenzen, die zum öffentlichen Auftrag gehören und folglich zu ermitteln, welche Bereiche der ORF

gewinnorientiert betreiben darf, ist wiederum maßgeblich was tatsächlich zum öffentlichen Auftrags des ORF zu zählen ist.

Der öffentliche Auftrag wird jedoch lediglich durch einzelne Bestimmungen des ORF-G definiert; diese sind wiederum teilweise so weit gefasst, dass auch mit ihrer Hilfe eine klare Abgrenzung nicht vorgenommen werden kann.

Solange daher eine klare Unterscheidung zwischen gemeinwirtschaftlichen und rein kommerziellen Tätigkeiten aufgrund der bestehenden Vorschriften nicht getroffen werden kann, ist auch die Einhaltung des Erfordernisses einer organisatorischen und technischen Trennung nicht überprüfbar, selbst wenn diese gesetzlich normiert ist.

6.2. Transparenz / Kontrolle der rechnerischen Abgrenzung

Die bloße gesetzliche Normierung einer getrennten Buchführung ist auch deshalb nicht ausreichend, da es wiederum einer Kontrolle der Einhaltung dieser Bestimmungen bedarf. Eine Prüfung, ob die in § 2 Abs 3 ORF-G vorgesehene getrennte Buchführung eingehalten wird bzw. die Zuordnung der Tätigkeiten zum öffentlichen Auftrag oder zu kommerzieller Tätigkeit ist im ORF-G nicht vorgesehen.

Nach dem ORF-G ist zwar eine Prüfungskommission eingerichtet, diese prüft jedoch lediglich die Gebarung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Die entsprechende Bestimmung (§ 40 ORF-G) enthält keinen Auftrag zur Prüfung, ob die entsprechenden Tätigkeiten dem öffentlichen Auftrag zuzurechnen waren. Darüber hinaus ist die Prüfungskommission keine unabhängige Stelle, sondern ein zu den Organen des ORF zählendes Kollegialorgan. Bei der darüber hinaus im ORF-G vorgesehenen Überprüfung durch den Rechnungshof wird ebenfalls nur die Gebarung, nicht aber die Zuordnung überprüft.

7. Überkompensierung

Die Kommission führt zutreffend aus, dass eine Überkompensierung für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht unvermeidlich ist und daher eine Überkompensierung eine mit dem gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe darstellt, die an den Staat zurückzuzahlen ist (Rz 91).

Bei Ermittlung der zulässigen Rücklagen stellt sich erneut das Problem, dass dafür eine klare rechnerische Abgrenzung notwendig ist, welche Tätigkeiten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zurechenbar sind.

8. Aufsicht über die Verwendung der öffentlichen Mittel

ATV stimmt den Ausführungen der Kommission zu, wonach eine wirksame Kontrolle nur dann möglich ist, wenn sie regelmäßig (am besten jährlich) von einer externen Stelle durchgeführt wird, die von der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt unabhängig ist. Auch die von der Kommission vorgeschlagenen Sanktionen (a) Rückforderung von Quersubventionen oder (b) die Erstattung von Rücklagen, die nicht innerhalb der festgelegten Frist für den vorgemerkten Zweck verwendet werden, erachtet ATV für sinnvoll.

Eine Überprüfung der finanziellen Lage der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bloß alle vier Jahre erachtet ATV jedoch als zu gering (Rz 99). Vielmehr sollte diese Überprüfung jährlich erfolgen und Überkompensierungen, die 10% überschreiten, auf die Ausgleichszahlung des nächsten Jahres angerechnet werden.

9. Marktverzerrungen / Abschließende Bemerkungen

9.1. Marktdominanz

Nach Ansicht der Kommission kann auch die Ausstrahlung von Premium-Inhalten zum öffentlich-rechtlichen Auftrag einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt gehören. Allerdings können – insbesondere im Bereich der Senderechte für attraktive Sportveranstaltungen – Marktverzerrungen entstehen, die durch wettbewerbsrechtliche Vorschriften nur schwer bekämpft werden können. So deckt beispielsweise der ORF das gesamte Sportspektrum ab, indem er im Vollprogramm nahezu ausschließlich Premium-Sportarten berücksichtigt, daneben aber noch einen Sportkanal mit hauptsächlich Randsportarten betreibt. Daher wäre eine präzise Umschreibung des öffentlich-rechtlichen Auftrages gerade in Bezug auf Sportberichterstattungen dringend notwendig. Darüber sollte genau festgelegt sein, wie hoch der Anteil öffentlicher Mittel sein darf, der zum Erwerb von Sportrechten verwendet wird.

Aus der Sicht von ATV wäre es auch wünschenswert, in der Rundfunkmitteilung zu berücksichtigen, inwieweit öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter den Markt dominieren und konkrete Maßnahmen für solche öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter vorzusehen. Zur Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung durch einen marktbeherrschenden öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter führte die Kommission bereits im Verfahren zur Finanzierung des ORF, staatliche Beihilfe E2/2008 aus: *„Es lässt sich gegenwärtig nicht ausschließen, dass der ORF in der Lage ist, seine Wettbewerber regelmäßig zu überbieten und somit den Markt ‚leer zu kaufen‘, ohne dass dies für die Erfüllung des öffentlichen Auftrages erforderlich wäre.“* Die

Marktdominanz des ORF ist jedoch nicht zuletzt darin begründet, dass neben den Einkünften aus kommerzieller Tätigkeit eben auch die Rundfunkgebühren zur Verfügung stehen.

Dabei ist auch zu beachten, dass die Gefahr der Marktdominanz dadurch verstärkt wird, wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter zahlreiche Dienste auf verschiedenen Plattformen erbringt. So betreibt beispielsweise der ORF zwei österreichweit ausgestrahlte Fernseh-Vollprogramme, das Spartenprogramm ORF-Sport Plus, den kommerziellen Sender TW1 und vier Radioprogramme. Weiters betreibt er noch ein Programmfenster im Sender BRalpha, der vom Bayrischen Rundfunk veranstaltet wird. Darüber hinaus ist er an 3SAT und ARTE beteiligt und strahlt zwei Programme mobil aus. Daneben betreibt er noch ein sehr umfangreiches Internetportal orf.at.

Gemäß § 13 Abs. 9 ORF-G ist zwar die Bewerbung von Hörfunkprogrammen des ORF in Fernsehprogrammen des ORF und umgekehrt unzulässig, dieses Verbot ist jedoch sehr leicht zu umgehen: Beispielsweise kommt es häufig vor, dass an ORF-Sendungen und Shows mitwirkende in Radioprogrammen des ORF interviewt werden; dadurch wird aber zumindest indirekt auch die entsprechende Sendung im ORF-Fernsehprogramm beworben, ohne dass gegen die erwähnte Bestimmung im ORF-G verstoßen wird.

9.2. Abschließende Bemerkungen

Öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter sind nach wie vor in vielen Mitgliedstaaten marktbeherrschend. Diese Position wird durch die Möglichkeit, Dienste auf verschiedenen Plattformen anzubieten, noch verstärkt. Private Rundfunkveranstalter sind daher einer „unnatürlichen“ Konkurrenzsituation ausgesetzt. Die marktbeherrschende Stellung ist häufig nicht auf die Bereiche des Angebots von Fernsehprogramm und weiteren audiovisuellen Diensten beschränkt, sondern kann – wie z.B. in Österreich – auch die Programmverbreitungsmöglichkeiten umfassen. Diese von vornherein gegebene Marktbeherrschung ist bei der Neufassung der Rundfunkmitteilung verstärkt zu berücksichtigen. Daher sind insbesondere präzise Vorgaben zur Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrages sowie zur Schaffung effektiver Kontrollmechanismen notwendig.

Dabei ist auch dafür Sorge zu tragen, dass die Privilegierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter bei Tätigkeiten in neuen Märkten bzw. Anbieten von Diensten auf neuen weiteren Plattformen nicht noch verstärkt wird.

Zuletzt ist noch anzumerken, dass die österreichische Bundesregierung ihre ursprünglichen Pläne für die Einführung eines Fonds zur Förderung des privaten Rundfunks in das neue Regierungsprogramm nicht aufgenommen hat. Daher bedarf es umso präziserer Vorgaben, um

die dargestellten Marktverzerrungen, die sich zu Ungunsten privater Rundfunkveranstalter auswirken, hintanzuhalten.

Wien, am 13.1.2009	ATV Privat TV GmbH & Co KG
--------------------	----------------------------