



**Stellungnahme  
von ATV Privat TV GmbH & Co KG  
im Konsultationsverfahren  
zum Entwurf der neuen Rundfunkmitteilung**

Isabelle Pellech in Zusammenarbeit  
mit Gerald Ganzger und Clemens Lintschinger

Wien, am 7.5.2009

**Inhaltsverzeichnis:**

**Stellungnahme .....1**

**1. Konsultation der Europäischen Kommission zum neuen Entwurf der Rundfunkmitteilung .....3**

**2. Stellungnahme zum Entwurf der Rundfunkmitteilung Stand Mai 2009 .....3**

2.1 Zur Beurteilung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt nach Art. 86 Abs. 2 EG-V (Punkt 6 des Entwurfs der Rundfunkmitteilung) .....3

2.2 Zur Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags (Punkt 6.1.ff des Entwurfs der Rundfunkmitteilung) .....4

2.3 Zur Kontrolle der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen (siehe Punkt 6.2. des Entwurfs der Rundfunkmitteilung).....6

2.4 Zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und zu Transparenzanforderungen bei der Prüfung der staatlichen Beihilfe (siehe die Punkte 6.3. und 6.4 des Entwurfs der Rundfunkmitteilung) .....7

2.5 Zum Nettokostenprinzip und zur Überkompensierung (siehe Punkt 6.5. des Entwurfs der Rundfunkmitteilung) .....8

2.6 Zur Ausweitung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf neue Dienste (siehe Punkt 6.7. des Entwurfs der Rundfunkmitteilung) .....11

2.7 Zu den Erwägungen der EK in Zusammenhang mit Premium-Inhalten (siehe Punkt 6.8. des Entwurfs der Rundfunkmitteilung).....12

## **1. Konsultation der Europäischen Kommission zum neuen Entwurf der Rundfunkmitteilung**

Die Europäische Kommission (kurz „EK“) hat bekannt gegeben, dass interessierte Dritten und insb. private Rundfunkveranstalter an der Konsultation des neuen Entwurfs zur Änderung der Rundfunkmitteilung der EK teilnehmen können. Die ATV Privat TV GmbH & Co KG (kurz „ATV“) gibt nachstehende

### **Stellungnahme**

an die Europäische Kommission, GD Wettbewerb, Unit C4 Media and Information Services, Registratur für Beihilfen, 1049 Brüssel, zur Referenzzahl HT.963 ab und übermittelt diese an die von der EK angegebene E-Mail-Adresse: [comp-broadcasting-review@ec.europa.eu](mailto:comp-broadcasting-review@ec.europa.eu)

Es wird ersucht, allfällige Rückfragen an Rechtsanwalt Dr. Gerald Ganzger, Rechtsanwältin Mag. Isabelle Pellech, LL.M. und Rechtsanwalt Dr. Clemens Lintschinger, Msc unter [ganzger@lansky.at](mailto:ganzger@lansky.at), [pellech@lansky.at](mailto:pellech@lansky.at) und [lintschinger@lansky.at](mailto:lintschinger@lansky.at) zu richten.

ATV Privat TV GmbH & Co KG ist die einzige österreichische private Rundfunkveranstalterin im Fernsehbereich mit einer Zulassung für bundesweites terrestrisches Fernsehen. Sie ist die Inhaberin aller Sendelizenzen und -berechtigungen. Die ATV Privat TV GmbH & Co KG ist eine zur FN 308220s beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft.

ATV verweist zunächst auf die bereits abgegebene Stellungnahme der ATV-Gruppe zur Überarbeitung der Rundfunkmitteilung der Europäischen Kommission von März 2008 und gibt folgende ergänzende Stellungnahme zum derzeit vorliegenden Entwurf der Rundfunkmitteilung ab:

## **2. Stellungnahme zum Entwurf der Rundfunkmitteilung Stand Mai 2009**

### **2.1 Zur Beurteilung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt nach Art. 86 Abs. 2 EG-V (Punkt 6 des Entwurfs der Rundfunkmitteilung)**

Die EK weist darauf hin, dass sie bei ihrer Bewertung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt auch den Schwierigkeiten mancher kleiner Mitgliedstaaten, die notwendigen Mittel für Rundfunkgebühren hereinzuholen, wenn die Kosten des öffentlichen Rundfunks pro Einwohner unter ansonsten gleichen Bedingungen höher sind, Rechnung tragen wird (vgl. Randnummer 42 des Entwurfs der Rundfunkmitteilung). Österreich ist zweifellos als kleiner Mitgliedstaat anzusehen.

ATV hebt aber hervor, dass derartige Schwierigkeiten kleiner Mitgliedstaaten die notwendigen Mittel über Rundfunkgebühren hereinzuholen, beim Österreichischen Rundfunk (kurz „ORF“) nicht bestehen. Ganz im Gegenteil: Der ORF legt die Rundfunkgebühr der Höhe nach sogar selbst fest. So hat der ORF beispielsweise mit Zustimmung des Stiftungsrates beschlossen, dass die Programmentgelte per 1.6.2008 um EUR 1,30 pro Teilnehmer und Monat angepasst bzw. erhöht werden. Diese Erhöhung erfolgte zu einem Zeitpunkt als dem ORF bereits bekannt war, dass vor der EK ein Beihilfenverfahren zur Finanzierung des ORF anhängig war.

ATV verweist auch auf den aktuellen Rechnungshofbericht 2009/2, demzufolge der ORF Konzern im Jahr 2007 Erlöse in Höhe von 1,018 Mrd. EUR erzielt hat. Diese wurden zu 46% durch Programmentgelte – im Wege von ORF Gebühren je Haushaltsanschluss – erzielt, das entspricht 472,72 Mio. EUR.

Mit Randnummer 42 des Entwurfs der Rundfunkmitteilung wird der Möglichkeit Tür und Tor geöffnet, dass in kleinen Mitgliedstaaten wie Österreich höhere Rundfunkgebühren verlangt werden können als in anderen Mitgliedstaaten. Es wird folglich auch der Eindruck erweckt, dass in kleinen Mitgliedstaaten höhere staatliche Ausgleichszahlungen mit dem Gemeinsamen Markt als vereinbar angesehen werden können.

Aus Sicht von ATV ist diese Regelung für kleine Mitgliedstaaten zu undifferenziert, weil kein Automatismus eintreten darf, dass in kleinen Mitgliedstaaten jedenfalls höhere Rundfunkgebühren gerechtfertigt wären. Die EK übersieht, dass Mitbewerber des öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters in kleinen Mitgliedstaaten ohnehin bereits einer erschwerten Wettbewerbssituation ausgesetzt sind. Der Wettbewerbsdruck auf die privaten Rundfunkveranstalter wird aber dann noch weiter erhöht, wenn die Rundfunkgebühren höher sind als in anderen Mitgliedstaaten. Daraus resultierende Wettbewerbsverzerrungen sind mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar. ATV lehnt daher die Einführung von Randnummer 42 im neuen Entwurf der Rundfunkmitteilung ausdrücklich ab und regt deren Streichung an.

## **2.2 Zur Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags (Punkt 6.1.ff des Entwurfs der Rundfunkmitteilung)**

ATV hebt hervor, dass die Vorgaben für eine Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht hinreichend bestimmt sind. Der Verweis, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag von den Mitgliedstaaten so genau wie möglich definiert werden muss (vgl. Randnummer 45 des Mitteilungsentwurfs), ist nicht geeignet, Wettbewerbsverzerrungen hintanzuhalten. Tatsächlich verschiebt die EK die Frage der „klaren Festlegung des öffentlich-rechtlichen Auftrags“ auf die Ebene der Mitgliedstaaten.

Eine qualitative Auftragsbestimmung ist nach Auffassung der EK von Art. 86 Abs. 2 EG-V gedeckt (siehe Randnummer 47 des Entwurfs der Rundfunkmitteilung), wenn die betreffende

Rundfunkanstalt mit der Aufgabe betraut wird, „ein großes Programmspektrum und ein ausgewogenes und abwechslungsreiches Programm zu bieten“. Dies kann aber nicht Sinn und Zweck des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags sein, weil unter eine derartige weite Definition letztlich beinahe jedes Programm subsumiert werden kann.

ATV verweist auch in diesem Zusammenhang auf den Rechnungshofbericht 2009/2 zum österreichischen Rundfunk (kurz „ORF“). Unter 8.1. des Rechnungshofberichts wird deutlich, dass der ORF ein „breit gefächertes“ Spektrum sendet, das von selbst produzierten Dokumentationen bis zu gekauften Unterhaltungsserien reicht. Unter „Filme und Serien“ findet sich auch ein Verweis auf Mr. And Mrs. Smith, Die Dolmetscherin, Ocean’s Eleven, CSI Miami, Desperate Housewives, Grey’s Anatomy, Wege zum Glück, Sturm der Liebe und Gilmore Girls. Lediglich unter dem Punkt „Sonstiges“ findet sich ein Verweis auf Bildung, Zeitgeschehen und Religion, was nicht zuletzt Ausdruck des nach außen getragenen Stellenwerts dieser Thematiken innerhalb des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags ist.

Aus Sicht von ATV ist der öffentlich-rechtliche Programmauftrag einer weiten Definition nicht zugänglich, wobei Randnummer 47 suggeriert, dass letztlich alles vom öffentlich-rechtlichen Programmauftrag umfasst sein kann, was nicht ausdrücklich nach Randnummer 48 als nicht umfasst gilt, wie etwa Werbung, elektronischer Handel, Teleshopping, kommerzielle Gewinnspiele, Sponsoring und Merchandising.

Dadurch, dass die EK letztlich auf Vorgaben bzw. eine Präzisierung des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags verzichtet, signalisiert sie den Mitgliedstaaten und sohin den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, dass jedes Programm, selbst wenn dieses mit dem Programm eines privaten Rundfunkveranstalters wie ATV konkurriert bzw. mit diesem zu konkurrieren geeignet ist, dennoch als vom öffentlich-rechtlichen Programmauftrag gedeckt angesehen werden kann. Das ist aber nicht Zweck des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags. Mit dem öffentlich-rechtlichen Programmauftrag ist nicht intendiert, dass die Programme von Privaten substituiert und in weiterer Folge verdrängt werden. Ganz im Gegenteil: Es soll durch den öffentlich-rechtlichen Programmauftrag letztlich ein Programm sicher gestellt werden, das im allgemeinen Interesse liegt und auf dem freien Markt, etwa aus Kostengründen von privaten Rundfunkveranstaltern nicht angeboten werden kann bzw. nicht angeboten wird. Vom öffentlich-rechtlichen Programmauftrag kann daher auch nicht umfasst sein, dass im Wesentlichen us-amerikanische Serien aneinandergereiht werden. ATV verweist diesbezüglich auf ihre Stellungnahme zur Rundfunkmitteilung von März 2008, Punkte 4.2. und 4.7. Aus den genannten Ausführungen wird deutlich, dass ORF 1 als Unterhaltungssender anzusehen ist, weshalb dieser auch nicht über Programmentgelte zu finanzieren ist. Das Beispiel ORF 1 macht auch deutlich, dass Mechanismen in die Rundfunkmitteilung aufgenommen werden müssen, die ausschließen, dass im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags Dienste mittels öffentlicher Gelder finanziert werden, die mit diesem in keinem Zusammenhang mehr stehen.

Aus Sicht von ATV ist die im Entwurf der Rundfunkmitteilung enthaltene Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags daher zu weit und unbestimmt und ist daher auch keine geeignete Grundlage für die Gewährung staatlicher Ausgleichszahlungen. ATV regt daher an, detailliert zu bestimmen, welche Dienste vom öffentlichen Programmauftrag umfasst sind.

### **2.3 Zur Kontrolle der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen (siehe Punkt 6.2. des Entwurfs der Rundfunkmitteilung)**

ATV begrüßt grundsätzlich, dass im Entwurf der Rundfunkmitteilung, Randnummer 54, davon ausgegangen wird, dass Aufsichtsgremium nur eine Stelle sein kein, *„die effektiv von der Geschäftsführung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt unabhängig und mit den erforderlichen Befugnissen und Ressourcen ausgestattet ist, um eine regelmäßige Kontrolle vorzunehmen und zur Gewährleistung der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nötigenfalls geeignete Abhilfemaßnahmen beschließen“* kann.

ATV hat bereits in ihrer Stellungnahme zur Rundfunkmitteilung von März 2008 unter Punkt 4.4. aufgezeigt, dass Dritten und so auch ATV als privater Rundfunkveranstalterin grundsätzlich das Recht zukommt, innerhalb von 6 Wochen mit einer Beschwerde beim Bundeskommunikationssenat (kurz „BKS“) gegen Rechtsverletzungen des ORF vorzugehen. Die Entscheidung des BKS beinhaltet die Feststellung, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung des Gesetzes verletzt worden ist. Der BKS kann im Falle einer andauernden Verletzung des Gesetzes durch eines der Organe des ORF die betreffende Entscheidung aufheben, woraufhin unverzüglich ein der Rechtsansicht des BKS entsprechender Zustand herzustellen ist. Die Bestimmung ist aber nicht geeignet, öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter davon abzuhalten, Verletzungen des ORF-Gesetzes vorzubeugen, weil es sich jeweils um eine ex-post-Kontrolle handelt und die Verletzung lediglich festgestellt wird.

Es besteht demgegenüber keine Möglichkeit, Beschwerde gegen die Nichterfüllung des öffentlichen Sendeauftrags und anderer gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen zu erheben. Insofern regt ATV an, dass auch privaten Rundfunkveranstaltern wie ATV die Möglichkeit eines effektiven Beschwerderechts eingeräumt wird. Zuzüglich sollte aus Sicht von ATV ein effektiver Sanktionsmechanismus verankert werden. ATV weist darauf hin, dass es sich jedenfalls um eine ex-ante-Kontrolle handeln muss, bei der auch privaten Rundfunkveranstaltern ein Antrags- bzw Beschwerderecht zukommen muss. Der Hinweis auf die Vornahme einer regelmäßigen Kontrolle in Randnummer 54 deutet zwar auf eine ex-ante-Kontrolle hin, wird aber durch die Satzstellung relativiert. Es sollte daher klargestellt werden, dass eine ex-ante Kontrolle aus Sicht der EK erforderlich ist.

ATV regt an, in der Rundfunkmitteilung vorzusehen, dass die ex-ante-Prüfung in regelmäßigen Abständen von der unabhängigen Behörde bzw. Stelle vorgenommen werden muss und dass ein Antragsrecht Dritter, insbesondere von privaten Rundfunkveranstaltern, zur Überprüfung

des Angebots des öffentlich-rechtlichen Rundfunks verpflichtend von den Mitgliedsstaaten einzuräumen ist. Es sollten auch Vorgaben für die Mindestanforderungen für die Implementierung der unabhängigen Stelle gegeben werden; so sollten etwa Vorgaben zu Ermittlungsbefugnissen und Entscheidungskompetenzen bereits in der Rundfunkmitteilung erfolgen. Sanktionsmechanismen sollten ebenfalls bereits in die Rundfunkmitteilung Eingang finden. Ein aus Sicht von ATV geeigneter Sanktionsmechanismus bei Zuwiderhandlungen besteht in der Rückforderung der Rundfunkgebühren. ATV hebt auch hervor, dass eine effektive Kontrolle nur von einer externen Stelle ausgeübt werden kann und regt an, die Rundfunkmitteilung dahingehend zu ergänzen.

#### **2.4 Zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und zu Transparenzanforderungen bei der Prüfung der staatlichen Beihilfe (siehe die Punkte 6.3. und 6.4 des Entwurfs der Rundfunkmitteilung)**

ATV hält fest, dass eine geeignete Kontrolle im Wege getrennter Buchführung für öffentlich-rechtliche Buchführung und sonstige Tätigkeiten tatsächlich nur dann transparent nachprüfbar ist, wenn der öffentlich-rechtliche Auftrag genau determiniert ist. Gerade hierfür werden wie unter Punkt 2.2 dieser Stellungnahme dargelegt, keine entsprechenden Vorgaben in der Rundfunkmitteilung getroffen. Insofern führt die EK auch die Transparenzbestimmungen ad absurdum.

Die EK weist darauf hin, dass sich die Buchführung im Rundfunksektor auf der Ausgabenseite als schwierig erweisen kann und teilt diesbezüglich mit, dass öffentlich-rechtliche und sonstige Tätigkeiten zu einem großen Teil auf denselben Inputs beruhen können, wobei sich die Kosten möglicherweise nicht in jedem Fall angemessen trennen lassen (siehe Randnummer 65 des Entwurfs der Rundfunkmitteilung). ATV weist darauf hin, dass gerade bei konvergenten und gebündelten Diensten immer wieder derartige Zuordnungsproblematiken gegeben sein können, so dass hierbei eine Überschneidung zwischen kommerziellen und gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten auftritt. Der öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter könnte versucht sein, derartige Dienste zu schaffen, um die Zuordnung auf diese Weise zu erschweren und eine Zuordnung zum öffentlich-rechtlichen Bereich zu erwirken.

In diesem Lichte ist auch der Vorschlag der EK in Randnummer 67 des Entwurfs der Rundfunkmitteilung zu werten, demzufolge *„Kosten, die in voller Höhe den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten zuzurechnen sind, gleichzeitig jedoch Tätigkeiten außerhalb des öffentlichen Auftrags zugute kommen, nicht zwischen diesen beiden Tätigkeiten aufgeteilt werden, sondern in voller Höhe der öffentlich-rechtlichen Tätigkeit zugewiesen werden“* können. Das hat beispielsweise zur Folge, dass Produktionskosten eines Programms, das im Rahmen des öffentlichen Auftrags ausgestrahlt werden soll, zur Gänze dem öffentlichen Auftrag zuzurechnen wären, und zwar auch dann, wenn diese Produktion anderen Sendern verkauft wird.

Die in Randnummer 67 vorgeschlagene Regelung ermöglicht es dem öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter daher einen Vorteil aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag für seine kommerzielle Tätigkeit zu ziehen. Aus Sicht von ATV ist eine gänzliche Trennung der kommerziellen und gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters erforderlich, um Transparenz und folglich auch einen funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen. Wenn die EK ausführt, dass die Gefahr einer Quersubventionierung aufgrund der besonderen Gegebenheiten im öffentlichen Rundfunksektor verringert sei, weil bei der Berechnung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags die Nettogewinne aus kommerziellen Tätigkeiten, die mit den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten in Verbindung stehen, berücksichtigt werden, dann ist dem entgegen zu halten, dass alleine die „Nettogewinne“ aus kommerziellen Tätigkeiten keinesfalls das gesamte Spektrum der möglichen Vorteile im Wettbewerb des öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters widerspiegeln. Außerdem muss davon ausgegangen werden, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter bestehende Interpretationsspielräume zu seinen Gunsten nutzt und dass daher die Nettogewinne aus kommerziellen Tätigkeiten, die in Verbindung mit den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten stehen, aller Voraussicht nach gering ausfallen werden. Von einer mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbaren Verfälschung des Wettbewerbs muss daher ausgegangen werden.

ATV lehnt den Vorschlag der EK entschieden ab, dass Ressourcen, die sowohl dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, als auch sonstigen Tätigkeiten dienen, in voller Höhe der öffentlich-rechtlichen Tätigkeit zugewiesen werden können.

ATV regt in diesem Zusammenhang an, den Mitgliedsstaaten verpflichtend die strukturelle und funktionale Trennung erheblicher und abtrennbarer kommerzieller Tätigkeiten vorzugeben und nicht die Mitgliedstaaten dazu aufzufordern dies als „*vorbildliches Verfahren in Erwägung zu ziehen*“ (siehe hierzu Randnummer 69).

## **2.5 Zum Nettokostenprinzip und zur Überkompensierung (siehe Punkt 6.5. des Entwurfs der Rundfunkmitteilung)**

Die EK geht von der Erwägung aus, „*dass das Unternehmen die staatliche Finanzierung in der Regel benötigt, um seinen öffentlich-rechtlichen Auftrag erfüllen zu können*“ (siehe Randnummer 71). Dabei dürfen Unternehmen, die für die Erfüllung eines öffentlich-rechtlichen Auftrags einen Ausgleich erhalten in der Regel einen angemessenen Gewinn erzielen (Randnummer 72). Die EK ist weiters der Auffassung, dass ein Betrag von bis zu 10% der im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags veranschlagten jährlichen Ausgaben von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einbehalten werden darf, um Kosten- und Einnahmeschwankungen auffangen zu können. Das bedeutet, dass nur eine über 10% hinausgehende Überkompensierung grundsätzlich von den Mitgliedsstaaten zurückzufordern sind.

ATV hebt hervor, dass die Regelungen zum Nettokostenprinzip und zur Überkompensierung wesentliche Punkte überhaupt ausklammern und zudem sehr abstrakt sind.

Nach Ansicht von ATV müssen Vorgaben getroffen werden, wie sich Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags beziffern lassen. Kommt es auf Seiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters bereits aufgrund seiner unwirtschaftlichen Kostenstruktur zu Mehrkosten, dürfen derartige „selbstverschuldete“ Mehrkosten nicht im Wege von öffentlichen Ausgleichszahlungen ausgeglichen werden. Dies würde dazu führen, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter an einer unrentablen und unwirtschaftlichen Kostenstruktur festhält und auch organisatorisch notwendige Reformen zur Kostensenkung jeweils unterlässt, weil diese ohnehin im Wege des öffentlich-rechtlichen Auftrags weitgehend auf der monetären Ebene ausgeglichen werden.

Genau das ist beim ORF der Fall. ATV verweist diesbezüglich auf den Rechnungshofbericht 2009/2 zum ORF. Der ORF soll dementsprechend in Zukunft bei der Schaffung neuer Organisationseinheiten das „Kosten-Nutzen-Verhältnis“ beachten (S 156 des Rechnungshofberichts). Zudem sollen *„beschlossene Einsparungspotentiale künftig realisiert werden“* (S 158 des Rechnungshofberichts). Weiters findet sich der Hinweis, dass *„Zahlungen an Landesdirektoren nur vereinbart werden sollten, wenn diesen eine Gegenleistung gegenüber steht“* (S 159 des Rechnungshofberichts).

Nach Auffassung von ATV darf der öffentlich-rechtliche Auftrag und die damit einhergehende öffentliche Ausgleichszahlung nicht dazu führen, dass unwirtschaftliche Strukturen auf Dauer vom öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter beibehalten werden können, wenn der Grund für die damit verbundenen Kosten nicht in der Umsetzung des öffentlich-rechtlichen Auftrags liegt, sondern vielmehr in der Unwirtschaftlichkeit der Strukturen des öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalters selbst.

Dass öffentliche Rundfunkanstalten einen Überschuss von 10% am Ende des Jahres behalten sollen, wird von ATV entschieden abgelehnt. Dies führt zu einer im Vergleich zu privaten Rundfunkveranstaltern wie ATV eklatanten Bevorzugung. Unter Zugrundelegung der dominanten und marktbeherrschenden Stellung des ORF in nahezu allen Bereichen, dies auch im Sinne einer vertikalen Integration, wäre eine Änderung der Rundfunkmitteilung, dass ausgewiesene Überschüsse von öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern behalten werden dürfen, für die privatrechtlichen Konkurrenten geradezu desaströs.

In diesem Zusammenhang hebt ATV auch hervor, dass gerade private Mitbewerber in kleinen Mitgliedsstaaten ohnehin einer erschwerten Wettbewerbssituation ausgesetzt sind. ATV hebt weiters hervor, dass die Einbehaltung eines Betrags von bis zu 10% der im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags veranschlagten jährlichen Ausgaben einer Zahlung gleichkommt,

der keine Gegenleistung gegenübersteht. Die gesamte Summe müsste daher als reine Gewinnkomponente gewertet werden. Derartige überhöhte Ausgleichszahlungen würden die bestehenden Wettbewerbsverzerrungen verstärken und die bereits bestehende uneingeschränkte Marktmacht des ORF noch weiter zementieren.

Aus Sicht von ATV ist jede Überkompensierung, die über ein marktübliches Entgelt hinausgeht, als eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe anzusehen, die an den Staat zurückzuzahlen ist. ATV weist auch darauf hin, dass das Größenverhältnis zwischen dem öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter und seinem privaten Konkurrenten beachtet werden muss. Eine Ausgleichszahlung von 10% mag den Eindruck der Geringfügigkeit erwecken. Die EK sollte sich aber bewusst sein, dass dieser Eindruck trügt und unrichtig ist. Betragsmäßig kann ein Überschuss von 10% im Vergleich zum Jahresbudget eines privaten Rundfunkveranstalters einen wesentlichen Teil desselben ausmachen und dieses sogar übersteigen (!). Genau das trifft auf ATV im Verhältnis zum ORF zu: ein 10% Überschuss übersteigt nämlich das gesamte Jahresbudget von ATV (!).

ATV regt daher an, dass sich die EK auch mit dem Fall auseinandersetzt, dass ein öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter sich einem kleinen und weniger finanzstarken privaten Konkurrenten gegenüber sieht, wobei auch die besondere Konstellation von privaten Rundfunkveranstaltern in kleinen Mitgliedsstaaten der EU berücksichtigt werden sollte.

ATV hebt auch hervor, dass im Telekommunikationsbereich im Gegensatz zum Rundfunkbereich für den Universaldienstbringer ein Ausgleich nur nach strengen Kostenrechnungsmodellen, die sich an den Kosten eines effizienten Betreibers orientieren, vorgesehen ist. ATV betont daher, dass ein erwirtschafteter Gewinn und so auch ein Effizienzgewinn vom öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter unter keinen Umständen behalten werden darf.

Insoweit die EK darauf verweist, dass die Mitgliedsstaaten die Bedingungen, zu denen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter die allgemeinen und die besonderen Rücklagen für öffentlich-rechtliche Tätigkeiten verwenden dürfen, genau festzulegen haben (Randnummer 75 des Entwurfs der Rundfunkmitteilung), ist dies aus Sicht von ATV ebenfalls zu abstrakt und überlässt es letztlich den Mitgliedsstaaten, allenfalls auch sehr schwammige Bedingungen aufzustellen.

ATV regt daher an, dass die EK in die Rundfunkmitteilung detaillierte Vorgaben aufnimmt, unter welchen Bedingungen öffentlich-rechtliche Ausgleichszahlungen an öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter erfolgen können, wann diese erforderlich sind und wie die Ausgleichszahlungen genau berechnet werden. Hierbei ist aus Sicht von ATV für die Berechnung der Höhe des öffentlichen-rechtlichen Rundfunkveranstalters die Kostenstruktur eines effizienten Rundfunkveranstalters als Maßstab heranzuziehen.

Für den Fall, dass die EK diese Auffassung nicht teilen sollte, ist aus Sicht von ATV jedenfalls das Ausmaß der Überkompensation deutlich herabzusetzen.

## **2.6 Zur Ausweitung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf neue Dienste (siehe Punkt 6.7. des Entwurfs der Rundfunkmitteilung)**

Dem von der EK aufgestellten Grundsatz der Technologieneutralität (Randnummer 81) ist aus Sicht von ATV nicht beizupflichten. Die EK stellt nämlich den Grundsatz auf, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten staatliche Beihilfen einsetzen können, „um über neue Verbreitungsplattformen audiovisuelle Dienste bereitzustellen“, was im Wesentlichen damit begründet wird, dass es sich um eine neue Technologie handle. Aus Sicht von ATV kommt es bei der Beurteilung des neuen Dienstes auf die Frage der Substituierbarkeit früherer Dienste im allgemeinen Interesse an. Auch Sicht von ATV kann nicht ausnahmslos jeder neue Dienst den Einsatz staatlicher Mittel im Wege des Grundsatzes der Technologieneutralität rechtfertigen.

ATV führt zum in Aussicht genommenen „Dreistufentest“ aus, dass eine Prüfung des Vorhandenseins ähnlicher bzw. substituierbarer redaktioneller Angebote, der Marktstruktur, der Marktstellung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt, des Grads des Wettbewerbs, nicht zweckmäßig ist. Gerade bei neuen Diensten sind ähnliche bzw. substituierbare Angebote oftmals noch gar nicht vorhanden. Die übereilte Zuordnung neuer Dienste zum öffentlich-rechtlichen Programmauftrag unter Verweis auf derzeit fehlende Angebote verhindert, dass alternative Angebote am Markt entstehen und angeboten werden können, weil diesen bereits bei einem möglichen Markteintritt die übermächtige Konkurrenz des öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters gegenüber steht.

Aus Sicht von ATV kann der einzelne Mitgliedsstaat versucht sein, neue innovative Dienste voreilig dem öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter zuzuordnen. Insofern ist aus Sicht von ATV alleine die Feststellbarkeit des Vorhandenseins ähnlicher oder gleichwertiger Angebote auf dem Markt nicht geeignet, zu beurteilen, ob ein Dienst von allgemeinem Interesse vorliegt, der einer öffentlich-rechtlichen Ausgleichszahlung zugänglich ist.

Bei derartigen Diensten sollte im Wege einer ex-ante-Beurteilung geprüft werden, ob ein privater Rundfunkveranstalter in Zukunft den Dienst unter Marktbedingungen anbieten kann. Sollte dies der Fall sein, spricht dies aus Sicht von ATV jedenfalls gegen die Ausweitung des öffentlich-rechtlichen Dienstangebots.

Zu der unter Randnummer 89 angeführten Stelle, die effektiv von der Geschäftsführung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt unabhängig sein soll, ist anzuführen, dass diese aus Sicht von ATV ebenfalls strukturell vom öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter getrennt sein muss. Eine ex-ante-Prüfung wird diesbezüglich befürwortet. Allerdings müssen aus Sicht von ATV privaten Rundfunkveranstaltern Antrags- und Beschwerderecht an die unabhängige

Stelle zukommen. Das Verfahren vor der unabhängigen Stelle muss aus Sicht von ATV verpflichtend den Kriterien des Art. 6 EMRK entsprechen. Weiters ist ein Sanktionsmechanismus vorzusehen. Der Hinweis darauf, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben müssen, „*ein Verfahren zu entwickeln, das in Hinblick auf die Marktgröße und die Marktstellung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt angemessen ist*“, wird von ATV abgelehnt, weil kein Grund dafür ersichtlich ist, dass Aufsicht und Rechtsschutz in kleineren Mitgliedstaaten dergestalt unterwandert werden dürfen. Das Kriterium der Marktgröße sollte daher jedenfalls gestrichen werden.

ATV regt an, dass klare Vorgaben getroffen werden, welche neuen Dienste geeignet sind, unter den öffentlich-rechtlichen Programmauftrag zu fallen. Es sollten eindeutige Vorgaben getroffen werden, die verhindern, dass Mitgliedsstaaten zum Nachteil des privaten Rundfunkveranstalters neue Dienste unrichtig zuordnen. Für den Fall der unrichtigen Zuordnung eines neuen Dienstes sollte auch ein entsprechendes Sanktionssystem vorgesehen werden.

## **2.7 Zu den Erwägungen der EK in Zusammenhang mit Premium-Inhalten (siehe Punkt 6.8. des Entwurfs der Rundfunkmitteilung)**

Zur Verhältnismäßigkeit und zum Marktverhalten führt die EK an, dass der Erwerb von Premium-Inhalten im Rahmen des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Auftrags einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt in der Regel als gerechtfertigt angesehen werden kann. Nur wenn eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt ausschließliche Premium-Rechte nicht nutzt oder nicht rechtzeitig und in transparenter Weise eine Sublizenzierung anbietet, so habe dies nach Ansicht der EK unverhältnismäßige Marktverzerrungen zur Folge.

Diese Überlegungen sind jedoch zu kurz gegriffen. Die Problematik verhältnismäßiger Marktverzerrungen entsteht auch, wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter derart hohe öffentliche Ausgleichszahlungen erhält, dass er den Großteil bzw. alle wesentlichen Premium-Rechte in Bezug auf Sport- und Kulturveranstaltungen erwerben kann und damit seinen privaten Konkurrenten letztlich ausschalten kann. Es stellt sich daher aus Sicht von ATV nicht nur die Frage der Preisunterbietung (siehe Randnummer 94 des Entwurfs der Rundfunkmitteilung), sondern auch jene des Leerkaufens des Marktes bzw. des Überbietens privater Rundfunkveranstalter beim Erwerb von Exklusivrechten. ATV regt an, dass die EK auch derartige Fälle in der Rundfunkmitteilung einer Regelung zuführt.

Wien, am 7.5.2009

ATV Privat TV GmbH & Co KG