



STELLUNGNAHME
von ATV Privat-TV Services AG und der
ATV Privatfernseh-GmbH
im Rahmen der Konsultation
zur Überarbeitung der Rundfunkmitteilung
der Europäischen Kommission

Wien, am 10.03.2008

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	2
1. Konsultation der Europäischen Kommission zur Rundfunkmitteilung.....	4
2. Zur Notwendigkeit der Überarbeitung der Rundfunkmitteilung	4
3. Kurzdarstellung des österreichischen Rundfunkmarktes (vgl. Punkt 1.2. des Fragebogens)5	
4. Stellungnahme zur Rundfunkmitteilung.....	6
4.1 Zur Definition des „öffentlich-rechtlichen Auftrags“ nach österreichischer Rechtslage (vgl. Punkt 2.2.1. des Fragebogens).....	6
4.1.1 Der Versorgungsauftrag des ORF	7
4.1.2 Der Programmauftrag des ORF.....	8
4.1.3 Überblick über „Besondere Aufträge“ als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags ..	9
4.1.4 Der Unternehmensgegenstand des ORF (vgl Punkt 2.2.2. des Fragebogens).....	10
4.1.5 Zur Definition von Diensten, die keine Programme im traditionellen Sinn sind (vgl Punkt 2.2.3 des Fragebogens).....	12
4.2 Zur derzeitigen Wahrnehmung des öffentlich-rechtlichen Auftrags durch den ORF am Beispiel ORF 1.....	12
4.3 Übertragung des öffentlichen Auftrags und Aufsicht	14
4.3.1 Zur Erteilung des öffentlich-rechtlichen Auftrags (vgl. Punkt 2.3.1 des Fragebogens).....	14
4.4 Zur Rechtsaufsicht über den ORF (vgl Punkt 2.3.2. des Fragebogens).....	15
4.4.1 Zur Notwendigkeit der Präzisierung in Bezug auf die zusätzliche Beauftragung ..	16
4.4.2 Zur Frage einer effektiven Rechtsaufsicht (vgl Punkt 2.3.4. des Fragebogens) sowie Sanktionsmechanismen.....	16
4.4.3 Zur Notwendigkeit eines Beschwerdeverfahrens unter Beteiligung privater Rundfunkanbieter	18
4.5 Zur Mischfinanzierung unter Berücksichtigung von Bezahldiensten.....	18
4.6 Zu den Transparenzanforderungen.....	19
4.6.1 Zur Erbringung kommerzieller Tätigkeiten durch den ORF (vgl. Punkt 2.5.1. des Fragebogens).....	19
4.6.2 Gibt es eine strukturelle bzw. funktionale Trennung zwischen gemeinwirtschaftlichen und kommerziellen Tätigkeiten?.....	21
4.6.3 Abgrenzungsschwierigkeiten am Beispiel der Infrastruktur	22
4.6.4 Zur dominierenden Stellung des ORF im Bereich der Infrastruktur	23
4.6.5 Zur Notwendigkeit der Überarbeitung der Transparenzanforderungen in der Rundfunkmitteilung.....	27
4.7 Prüfung der Verhältnismäßigkeit: Ausschluss einer Überkompensation	28
4.7.1 Zur Frage der ausreichenden Stabilität des ORF (vgl. Punkt 2.7.1. des Fragebogens).....	28
4.7.2 Zur Frage der Überschüsse und zur Frage der Zulässigkeit des Einbehaltens von Effizienzgewinnen (zu Punkt 2.6.3 – 2.6.6. des Fragebogens).....	31
4.8 Zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit – Ausschluss von Marktverzerrungen	32

4.8.1	Zur Frage der zur Verfügung stehenden rechtlichen Mechanismen gegenüber öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern im Falle wettbewerbswidrigen Verhaltens (vgl. Punkt 2.7.1. des Fragebogens).....	32
4.9	Sollten kommerzielle Tätigkeiten unter Marktbedingungen ausgeführt werden? Sollen Kontrollmechanismen eingeführt werden? Wie ist mit der Preisunterbietung umzugehen?.....	33
4.10	Zur staatlichen Finanzierung von Senderechten für besonders attraktive Sportveranstaltungen	34

1. Konsultation der Europäischen Kommission zur Rundfunkmitteilung

Die Europäische Kommission hat bekannt gegeben, dass interessierte Dritte an der Konsultation zur Änderung der Rundfunkmitteilung der EK teilnehmen können.

Die ATV Privat-TV Services AG ist eine Aktiengesellschaft nach österreichischem Recht und ist Muttergesellschaft der ATV GmbH (kurz „ATV“).

ATV GmbH ist die einzige private Rundfunkveranstalterin im Fernsehbereich mit einer Zulassung für bundesweites terrestrisches Fernsehen. Die ATV GmbH ist die eigentliche Rundfunkveranstalterin und Inhaberin aller Sendelizenzen und -berechtigungen innerhalb der ATV-Gruppe.

ATV gibt nachstehende

Stellungnahme

an die Europäische Kommission, GD Wettbewerb, Registratur für Beihilfen, 1040 Brüssel
ab und übermittelt diese an die von der EK angegebene E-Mail Adresse:
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

2. Zur Notwendigkeit der Überarbeitung der Rundfunkmitteilung

ATV hält eine Überarbeitung der Rundfunkmitteilung für wesentlich.

Dies vor allem deshalb, weil bislang klare Vorgaben für die Abgrenzung von gemeinwirtschaftlichen und kommerziellen Tätigkeiten nicht in ausreichendem Maße bestehen. Die Entscheidung vom 28.11.2005, K(2005) 2673 der EK sollte dahingehend in der überarbeiteten Rundfunkmitteilung konkretisiert werden, welche Kosten einem gemeinwirtschaftlich tätigen Unternehmen ersetzt werden können und abgeändert werden. Der Entscheidung ist unter Erwägungsgrund 11 zu entnehmen, dass die dem Unternehmen durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung entstandenen Kosten unter Berücksichtigung einer angemessenen Rendite abzudecken sind, worunter die tatsächlich entstandenen Kosten zu verstehen sind. Nach Ansicht von ATV können damit jedoch nur die Kosten eines effizienten Betreibers gemeint sein. Diesbezüglich verweist ATV auch auf die Kostenrechnungsmodelle im Bereich der Telekommunikation, die insb. auf die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers abstellen. ATV lehnt auch ab, dass eine angemessene Rendite vorgesehen ist, die insb. Produktivitätsgewinne miteinschließt und verweist darauf, dass eine Überkompensation zwangsläufig wettbewerbsverzerrend wirkt und die Position des privaten Rundfunkveranstalters ATV gegenüber dem starken öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter noch weiter schwächt.

ATV merkt zudem an, dass eindeutige Parameter für eine Rückforderung von überhöhten Ausgleichszahlungen nicht bestehen und auch eine effiziente Kontrolle in Bezug auf Ausgleichszahlungen bisher nicht implementiert ist.

3. Kurzdarstellung des österreichischen Rundfunkmarktes (vgl. Punkt 1.2. des Fragebogens)

Im Rundfunkbereich hat der österreichische Gesetzgeber das Modell eines dualen Rundfunkmarktes implementiert. Für den Rundfunkmarkt bestehen unterschiedliche Rechtsgrundlagen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter ORF und den privaten Rundfunkveranstalter ATV im Bereich Fernsehen. Das führt dazu, dass für den ORF andere Bestimmungen in Bezug auf Werbung gelten als für private Rundfunkveranstalter. Diese Form der Regulierung des Rundfunkmarktes weicht daher erheblich von anderen Formen der Regulierung ab. So gelten im Telekommunikationsbereich etwa für den Monopolisten grundsätzlich die gleichen Bestimmungen wie für andere Marktteilnehmer.

Das führt dazu, dass der ORF als einziger öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter sein Recht zur Veranstaltung von Rundfunkprogrammen unmittelbar aus dem Versorgungsauftrag ableitet; er bedarf daher keiner eigenen Zulassung der Regulierungsbehörde, um Rundfunkleistungen erbringen zu dürfen. Der ORF ist eine Stiftung des öffentlichen Rechts.

Der ORF betreibt die Fernsehprogramme ORF 1 und ORF 2 (inkl. den Regionalradiosendungen und ORF 2 Europe), TW1 und ORF Sport Plus sowie die Hörfunkprogramme Österreich 1, Hitradio Ö3, FM4, Radio Österreich 1 International, RADIO 1476 (Mittelwelle) sowie die Bundesländerprogramme wie etwa Radio Niederösterreich.

Der ORF finanziert sich in hohem Ausmaß über Programmentgelte. Diese Programmentgelte werden vom Stiftungsrat als Organ des ORF selbst der Höhe nach festgesetzt. Zur Finanzierung des ORF und ihrer Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt ist derzeit ein Verfahren bei der Europäischen Kommission (kurz „EK“) zu Staatliche Beihilfe, E 2/2008 anhängig. Die EK geht vorläufig in ihrem Schreiben vom 31.1.2008 davon aus, dass es sich bei der Finanzierung durch Programmentgelte um eine staatliche Beihilfe handelt, wobei die EK die vorläufige Ansicht vertritt, dass das System der Finanzierung des öffentlichen Rundfunks mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar ist.

Der deutschsprachige Fernsehmarkt ist grundsätzlich ein wettbewerbsintensiver Markt. In Österreich wird die Lage für ATV dahingehend verschärft, weil es zudem einen übermächtigen Ex-Monopolisten gibt. ATV als bisher einziges privates Vollprogramm bewegt sich daher in einem äußerst schwierigen Umfeld. Die ORF-Programme haben in diesem Bereich einen Marktanteil von nahezu 50%. ATV hat hingegen einen Marktanteil von ca. 3 bis 4%. Die übrigen Marktanteile verteilen sich auf die deutschen Rundfunkveranstalter (siehe hierzu Teletest 04/07).

Am Werbemarkt sind neben ORF und ATV die beiden großen deutschen Sendergruppen in Österreich mit ihren Werbefenstern aktiv. Auch hier hat der ORF aber einen Marktanteil von über 60% (im Jahr 2006 waren es 63,6%). Jeweils ca. 13% Marktanteil teilen sich die Fernsehmarkter IP-Austria (RTL-Gruppe) und SevenOne Media (Pro7Sat1-Gruppe). Für den Zeitraum des letzten Geschäftsjahres ergibt sich im österreichischen Fernsehwerbemarkt für ATV auf Basis der Werbeträgeranalyse der Focus Media Research ein Anteil von ATV von 8,6%.

Nach dem Geschäftsbericht 2006 des ORF ist der ORF auch im Radiobereich marktführend, wobei dieser ausführt, dass Ö1 der erfolgreichste Kultursender und Hitradio Ö3 absoluter Marktführer in der Zielgruppe der Erwachsenen zwischen 14 und 49 Jahren ist. Aus dem Geschäftsbericht ergibt sich auch, dass Ö3 mit 45 % Marktanteil fast jede zweite gehörte Radiominute in diesem Alterssegment für sich verbuchen kann und der Wert doppelt so hoch ist wie jener aller österreichischen kommerziellen Radiosender gemeinsam. Auch FM4 hat seine Position im Publikumssegment der 14 bis 49-Jährigen voll bestätigt. So ist der ORF im Bereich Rundfunk Marktführer, dies sogar trotz des Markteintritts von zum Stand 2006 69 privaten Radiostationen. Angemerkt wird, dass der ORF aufgrund der Frequenzknappheit über den Vorteil der bundesweiten Empfangbarkeit und letztlich über Vorteile im Bereich seiner Verbreitung verfügt. Letztlich kommt dem ORF auch die Vergabe der Frequenzen im Rahmen eines Beauty Contests zu Gute.

Auch im Bereich des Teletexts hat der ORF einen Marktanteil von 72 %. Mit 72,2 % hat der ORF bei den Erwachsenen ab 12 Jahren nahezu $\frac{3}{4}$ der gesamten Teletextnutzungszeit. Der ORF ist zudem auch auf dem Zuschauermarkt und im Online-Bereich marktführend.

Auf die dominierende Stellung des ORF im Bereich der Infrastruktur wird unter Punkt 3.6.4. dieser Stellungnahme noch ausführlich eingegangen.

Der ORF dominiert daher auf praktisch allen Märkten die österreichische Medienlandschaft.

4. Stellungnahme zur Rundfunkmitteilung

4.1 Zur Definition des „öffentlich-rechtlichen Auftrags“ nach österreichischer Rechtslage (vgl. Punkt 2.2.1. des Fragebogens)

Der ORF ist der gemäß § 1 ORF-G als Stiftung öffentlichen Rechts eingerichtete „öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter“ Österreichs. Der ORF hat seine rechtliche Grundlage im so genannten ORF-Gesetz. Im ORF-G ist die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Sinne eines Versorgungsauftrags (§ 3 ORF-G), Programmauftrags (§ 4 ORF-G) sowie besonderer Aufträge (§ 5 ORF-G) verankert.

4.1.1 Der Versorgungsauftrag des ORF

Der **Versorgungsauftrag ist in § 3 ORF-G** definiert: Der ORF hat für drei österreichweit und neun bundeslandweit empfangbare Programme des Hörfunks und für zwei österreichweit empfangbare Programme des Fernsehens zu sorgen. Er hat nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit dafür zu sorgen, dass in Bezug auf Programm- und Empfangsqualität alle zum Betrieb eines Rundfunkempfangsgerätes (Hörfunk und Fernsehen) berechtigten Bewohner des Bundesgebietes gleichmäßig und ständig mit jeweils einem bundeslandweit und zwei österreichweit empfangbaren Programmen des Hörfunks und zwei österreichweit empfangbaren Programmen des Fernsehens versorgt werden (§ 3 Abs 1 ORF-G).

Die neun bundeslandweit empfangbaren Programme des Hörfunks werden von den Landesstudios gestaltet. Einzelne von den Landesstudios gestaltete Hörfunksendungen, an denen ein besonderes öffentliches Informationsinteresse besteht, können auch bundesländerübergreifend ausgestrahlt werden. In den Programmen des Fernsehens sind durch regelmäßige regionale Sendungen sowie durch angemessene Anteile an den österreichweiten Programmen die Interessen der Länder zu berücksichtigen. Die Beiträge werden von den Landesdirektoren festgelegt. (§ 3 Abs 2 ORF-G).

Die Programme nach § 3 Abs 1 Z 1 und 2 ORF-G sind jedenfalls terrestrisch zu verbreiten.

Nach Maßgabe der technischen Entwicklung und Verfügbarkeit von Übertragungskapazitäten, der wirtschaftlichen Tragbarkeit sowie nach Maßgabe des gemäß § 21 des PrTV-G, BGBl I Nr 84/2001 erstellten Digitalisierungskonzeptes hat der Österreichische Rundfunk dafür zu sorgen, dass die Programme gemäß Abs 1 unter Nutzung digitaler Technologie terrestrisch verbreitet werden. Die Ausstrahlung von Programmen über Satellit hat nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit unter Nutzung digitaler Technologien zu erfolgen (§ 3 Abs 4 ORF-G).

Zum Versorgungsauftrag gehört auch die Veranstaltung von mit Rundfunkprogrammen nach § 3 Abs 1 ORF-G im Zusammenhang stehenden Online-Diensten und Teletext, die der Erfüllung des Programmauftrags (§ 4) dienen.

Der Österreichische Rundfunk kann zudem nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit sowie nach Maßgabe außerhalb des UKW-Bereichs zur Verfügung stehender Übertragungskapazitäten ein Hörfunkprogramm und einen ausreichenden Online-Dienst (§ 2 Abs 1 Z 2) für Österreich im Ausland und zur Darstellung Österreichs in der Welt gestalten (Auslandsdienst) und verbreiten (§ 3 Abs 6).

Zum Versorgungsauftrag zählt auch die Veranstaltung eines Spartenprogramms gemäß § 9a ORF-G.

Somit ist auch die Veranstaltung von Online-Diensten und Teletext, die der Erfüllung des Programmauftrags dienen, explizit im öffentlich-rechtlichen Auftrag enthalten. Allerdings ist der Interpretationsspielraum ein äußerst weiter, weil ein Zusammenhang zwischen der Veranstaltung von Rundfunk wohl vielfach argumentiert werden kann. Der ORF hat daher einen weiten Interpretationsspielraum, die Zugehörigkeit von Onlinediensten und Teletext zum Programmauftrag zu argumentieren.

4.1.2 Der Programmauftrag des ORF

Der **Programmauftrag ist als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags in § 4 ORF-G definiert.** Gemäß § 4 Abs 1 ORF-G hat der ORF durch die Gesamtheit seiner gemäß § 3 ORF-G verbreiteten Programme zu sorgen für:

1. die umfassende Information der Allgemeinheit über alle wichtigen politischen, sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und sportlichen Fragen;
2. die Förderung des Verständnisses für alle Fragen des demokratischen Zusammenlebens;
3. die Förderung der österreichischen Identität im Blickwinkel der europäischen Geschichte und Integration;
4. die Förderung des Verständnisses für die europäische Integration;
5. die Vermittlung und Förderung von Kunst, Kultur und Wissenschaft;
6. die angemessene Berücksichtigung und Förderung der österreichischen künstlerischen und kreativen Produktion;
7. die Vermittlung eines vielfältigen kulturellen Angebots;
8. die Darbietung von Unterhaltung;
9. die angemessene Berücksichtigung aller Altersgruppen;
10. die angemessene Berücksichtigung der Anliegen behinderter Menschen;
11. die angemessene Berücksichtigung der Anliegen der Familien und der Kinder sowie der Gleichberechtigung von Frauen und Männern;
12. die angemessene Berücksichtigung der Bedeutung der gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften;
13. die Verbreitung der Förderung von Volks- und Jugendbildung und der besonderen Beachtung der Schul- und der Erwachsenenbildung;
14. die Information über Themen des Umwelt- und Konsumentenschutzes und der Gesundheit;
15. die Förderung des Interesses der Bevölkerung an aktiver sportlicher Betätigung;
16. die Information über die Bedeutung, Funktion und Aufgaben des Bundesstaates sowie die Förderung der regionalen Identitäten der Bundesländer;
17. die Förderung des Verständnisses für wirtschaftliche Zusammenhänge;
18. die Förderung des Verständnisses für Fragen der europäischen Sicherheitspolitik und der umfassenden Landesverteidigung.

Der ORF hat in Erfüllung seines Auftrages ein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle anzubieten. Das Angebot hat sich an der Vielfalt der Interessen aller Hörer und Seher zu orientieren und ausgewogen zu berücksichtigen (vgl. § 4 Abs. 2 ORF-G).

Das ausgewogene Gesamtprogramm muss anspruchsvolle Inhalte gleichwertig enthalten. Die Jahres- und Monatsschemata des Fernsehens sind so zu erstellen, dass jedenfalls in den Hauptabendprogrammen (20.00 bis 22.00 Uhr) in der Regel anspruchsvolle Sendungen zur Wahl stehen. Im Wettbewerb mit den kommerziellen Sendern ist in Inhalt und Auftritt auf die Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks zu achten. Die Qualitätskriterien sind laufend zu prüfen.

Insbesondere die Sendungen in den Bereichen Information, Kultur und Wissenschaft haben sich durch hohe Qualität auszuzeichnen (vgl § 4 Abs. 4 ORF-G). Der ORF hat ferner bei der Herstellung und Sendung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen auf die kulturelle Eigenart, die Geschichte und die politische und kulturelle Eigenständigkeit Österreichs sowie auf den föderalistischen Aufbau der Republik besonders Bedacht zu nehmen.

Der ORF hat weiters nach § 4 Abs. 5 ORF-G bei der Gestaltung seiner Sendungen für

1. eine objektive Auswahl an Vermittlung von Informationen in Form von Nachrichten und Reportagen einschließlich der Berichterstattung über die Tätigkeit der gesetzgebenden Organe und gegebenenfalls die Übertragung ihrer Verhandlungen;
2. die Wiedergabe und Vermittlung von für die Allgemeinheit wesentlichen Kommentaren, Standpunkten und kritischen Stellungnahmen unter angemessener Berücksichtigung der Vielfalt der im öffentlichen Leben vertretenen Meinungen;
3. eigene Kommentare, Sachanalysen und Moderationen unter Wahrung der Grundsätze der Objektivität zu sorgen.

4.1.3 Überblick über „Besondere Aufträge“ als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags

Die **besonderen Aufträge sind in § 5 ORF-G als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags definiert**: Gemäß § 5 Abs 1 ORF-G sind im Rahmen der gemäß § 3 verbreiteten Programme angemessene Anteile in den Volkssprachensprachen jener Volkgruppen, für die ein Volkgruppenbeirat besteht, zu erstellen. Das Ausmaß der Programmanteile ist im jeweiligen Jahressendeschema nach Anhörung des Publikumsrats festzulegen.

Gemäß § 5 Abs 3 ORF-G sollen die Informationssendungen des Fernsehens (§ 3 Abs 1) nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit so gestaltet sein, dass gehörlosen und gehörbehinderten Menschen das Verfolgen der Sendung erleichtert wird.

Zudem soll das dritte österreichweit empfangbare Hörfunkprogramm in seinem Wortanteil vorwiegend fremdsprachig sein.

Der ORF hat im Rahmen des praktisch Durchführbaren und mit angemessenen Mitteln dafür Sorge zu tragen, dass der Hauptanteil der Sendezeit seiner Fernsehprogramme, die nicht aus Nachrichten, Sportberichten, Spielshows oder Werbe- und Textleistungen besteht, mit der Sendung von europäischen Werken entsprechend Art 6 der Richtlinie 89/552/EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (Fernsehrichtlinie), ABI Nr L 298 vom 17. Oktober 1989, S 23 in der Fassung der Richtlinie 97/36/EG, ABI Nr L 202 vom 30.7.1997, S 60, vorbehalten bleibt. Dieser Anteil soll in den Bereichen Information, Bildung, Kultur und Unterhaltung schrittweise und anhand geeigneter Kriterien erreicht werden.

Der ORF hat zudem nach § 11 Abs. 2 ORF-G dafür Sorge zu tragen, dass mindestens 10 vH der Sendezeit seiner Fernsehprogramme, die nicht aus Nachrichten, Sportberichten, Spielshows oder Werbe- und Textleistungen besteht oder alternativ mindestens 10 vH seiner Haushaltsmittel für die Programmgestaltung der Sendung europäischer Werke von Herstellern vorbehalten bleibt, die von Fernsehveranstaltern unabhängig sind. Dieser Anteil soll in den Bereichen Information, Bildung, Kultur und Unterhaltung schrittweise anhand geeigneter Kriterien erreicht werden. Dazu muss ein angemessener Anteil an neueren Werken vorbehalten bleiben, das sind Werke, die innerhalb eines Zeitraums von 5 Jahren nach ihrer Herstellung ausgestrahlt werden.

4.1.4 Der Unternehmensgegenstand des ORF (vgl Punkt 2.2.2. des Fragebogens)

Unternehmensgegenstand des Österreichischen Rundfunks beinhaltet nach § 2 Abs 1 ORF-G

1. die Veranstaltung von Rundfunk
2. die Durchführung von mit der Tätigkeit nach Z 1 in Zusammenhang stehenden Online-Diensten und Teletext und den Betrieb von für die Tätigkeiten nach dieser Ziffer und Z 1 notwendigen technischen Einrichtungen,
3. alle Geschäfte und Maßnahmen, die für die Tätigkeit nach Z 1 und 2 oder die Vermarktung dieser Tätigkeit geboten sind.

Abs 2 Z 3 ORF-G hält zwar fest, dass die über den Versorgungsauftrag (§ 3), den Programmauftrag (§ 4) oder die besonderen Aufträge (§ 5) hinausgehenden Tätigkeiten im Rahmen des Unternehmensgegenstandes organisatorisch und rechnerisch von Tätigkeiten im Rahmen des Versorgungsauftrages zu trennen sind und unter der Bedingung, dass keine Mittel aus dem Programmgehalt herangezogen werden, gewinnorientiert betrieben werden können.

Gemäß § 2 Abs 1 Z 3 ORF-G sind neben den vom öffentlich-rechtlichen Auftrag umfassten Tätigkeiten Unternehmensgegenstand alle Geschäfte und Maßnahmen, die für die Tätigkeit

nach Z 1 und 2 oder die Vermarktung dieser Tätigkeit geboten sind. Somit sind im ORF-G die kommerziellen Tätigkeiten vom Unternehmensgegenstand des Unternehmens zwar umfasst, jedoch nicht näher definiert. Dies eröffnet für den ORF einen weiten Interpretationsspielraum, der es ihm insb. in Graubereichen ermöglicht, diesen zu nutzen und eine Vielzahl von Diensten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zuzurechnen.

Die gesetzliche Definition der nicht vom öffentlich-rechtlichen Auftrag umfassten Geschäfte und Maßnahmen, die zur Vermarktung der Veranstaltung von Rundfunk sowie der mit der Veranstaltung von Rundfunk im Zusammenhang stehenden Online-Dienste und Teletext und dem Betrieb der dazu notwendigen technischen Einrichtungen geboten sind, ist nicht ausreichend.

Die Grenze etwa zwischen der im Programmauftrag gemäß § 4 Abs 1 Z 8 ORF-G normierten Darbietung von Unterhaltung und der „Vermarktung“ derselben ist fließend. Es ist daher eine genaue Definition der kommerziellen Tätigkeiten geboten.

Ein Ansatzpunkt wäre die Erstellung einer nicht erschöpfenden Liste rein kommerzieller Tätigkeiten, die jedenfalls nicht unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallen, durch den jeweiligen Mitgliedsstaat. Ein Nachteil einer derartigen Liste ist aus Sicht von ATV jedoch, dass eine derartige Liste niemals vollständig sein kann und öffentlich-rechtliche Rundfunkbetreiber die Ausgestaltung ihrer Dienste derart vornehmen werden, dass sie nicht unter diese Liste fallen. Dies könnte etwa durch die „Bündelung“ von Diensten durch öffentlich-rechtliche Rundfunkbetreiber erfolgen.

Letztlich ist aus Sicht von ATV zweckmäßig, ein Anzeige- und Genehmigungssystem für den öffentlich-rechtlichen Auftrag in Form einer Vorabprüfung zu implementieren. Ein solches Anzeige- und Genehmigungssystem könnte derart ausgestaltet sein, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter insbesondere neue Dienste, aber auch etwa Onlinedienste bei einer Behörde – hierzu käme etwa die Regulierungsbehörde in Betracht – anzeigen muss und dass diese dann binnen einer zu bestimmenden Frist die Möglichkeit erhält, der Zuordnung einer Aufgabe zum öffentlich-rechtlichen Auftrag zu widersprechen.

In bestimmten aufgezählten Bereichen muss aus Sicht von ATV die Zuordnung auch von der Einholung einer Genehmigung abhängig gemacht werden. Für den Fall, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter nicht anzeigt bzw. keine Genehmigung einholt, muss der Dienst dem kommerziellen Bereich zugeordnet werden.

4.1.5 Zur Definition von Diensten, die keine Programme im traditionellen Sinn sind (vgl Punkt 2.2.3 des Fragebogens).

Die Definition unter Z 34 der Mitteilung der Kommission, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag auch Dienste umfassen kann, die keine „Programme“ im traditionellen Sinn sind, sofern diese denselben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen, ist nicht mehr zeitgemäß.

Mit dieser Bestimmung ist der zulässige Umfang derartiger öffentlich-rechtlicher Dienste nicht ausreichend abgesteckt. Durch die Entwicklung der Möglichkeiten der Bereitstellung audiovisueller Inhalte wurden in den letzten Jahren auch Programmformen bereitgestellt, die nicht „Programme“ im traditionellen Sinne sind, jedoch denselben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen, deren Subsumtion unter den Begriff des öffentlich-rechtlichen Auftrags jedoch nicht rechtens wäre. Beispielsweise könnten derartige Dienste zu einer weiteren Einnahmequelle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks führen, der für die Gestaltung und Sendung seines Programms jedoch bereits über Rundfunkgebühren finanziert wird. Eine überarbeitete Rundfunkmitteilung sollte daher weitgehende Klarstellungen über die vom öffentlich-rechtlichen Auftrag umfassten Dienste geben.

4.2 Zur derzeitigen Wahrnehmung des öffentlich-rechtlichen Auftrags durch den ORF am Beispiel ORF 1

Der ORF hat, wie bereits ausgeführt, in Erfüllung seines Programmauftrages ein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle anzubieten. Der ORF hat im Wettbewerb mit den kommerziellen Sendern in Inhalt und Auftritt auf die Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen österreichischen Rundfunks zu achten, wobei die Qualitätskriterien laufend zu prüfen sind. Hierfür erhält er Programmentgelte.

Der ORF betreibt mit ORF 1 jedoch ein Fernsehprogramm, das dem Programm eines Privaten gleichzusetzen ist. Eine Finanzierung von ORF 1 aus insb. Programmentgelten sollte daher aus Sicht von ATV nicht erfolgen, weil der ORF den Programmauftrag gerade nicht erfüllt.

Der TV-Programm-Analyse, Fernsehvollprogramme in Österreich, Programmbericht Frühjahr 2007, veröffentlicht Jahr 2008 von Dr. Jens Wölke, Universität Salzburg, ist zu entnehmen, dass bei ORF 1 der Anteil der fernsehpublizistischen Sendungen 2007 trotz Steigerung gegenüber 2006 nach wie vor sehr gering ist, die interne Differenzierung nahezu unverändert ist.

Der Bericht führt hierzu auf S 48 aus: *„Nach wie vor hat ORF 1 einen kleinen Programmbereich Information, bestehend aus Inhalten für die politische Meinungsbildung (1 %) sowie Inhalten zur Bildung und Beratung (6 %). Der Anteil des Programmbereichs Information am Gesamtprogramm wäre noch geringer, würden die Sendungen des Genres „Information und Infotainment“ im Kinderprogramm (mit 2,6 % Anteil am 24-Stunden-Sendetag) nicht diesem*

Programmbereich zugerechnet. ORF 1 ist ein Unterhaltungssender (Verhältnis Unterhaltung: Information = 86:7 bzw. 81:12), der mit vielen Serien aus USA und einigen aktuelleren europäischen und amerikanischen Kinospielelfilmen auch 2007 vor allem fiktionale Unterhaltung bietet. Der Anteil nonfiktionaler Unterhaltung, hier dominieren im Unterschied zu den fiktionalen Angeboten die Eigen-, Auftrags- oder Koproduktionen, ist sehr gering. Im Vergleich zu ATV führt die Studie aus, dass ATV „im Unterschied zu ORF 1 jedoch mehr nonfiktionaler Unterhaltung sendet.“

Die Studie beinhaltet auch einen Vergleich der Gesamtsendezeit und Prime-Time in Bezug auf die Programmprofile von ORF 1, ORF 2 und ATV. Für ORF 1 gilt, dass in der Prime-Time eine deutliche Zunahme von Informationsunterhaltung vorliegt, wobei „die publizistische Vielfalt des eindeutig auf Unterhaltung ausgerichteten Vollprogramms ORF 1 nicht nur etwa in Folge von viel Unterhaltung in den Randzonen gering ist, sondern auch dann, wenn die meisten Zuschauer vor den Bildschirmen versammelt sind“ (Seite 52).

Die Studie führt auch aus, dass ORF 1 privaten Programmen ähnelt, weil in absoluter Sendezeit ORF 1 nach wie vor nur sehr wenige Informationssendungen verbreitet. Wesentlich erscheint dabei auch, dass die inhaltliche Analyse auch ergeben hat, dass ORF 1 auch in der als Information ausgewiesenen Sendezeit „nicht den Kernbereich gesellschaftlich relevanter Information betrifft, sondern sich Personality, Sex, Crime, Prominenten und Sport widmet“. Wesentlich ist aber, dass in einem 24-Stunden-Sendetag bei einer verbleibenden Zeit von 101 Minuten (dies entspricht 10 %) Informationen über kontroverse Themen aus Politik, Wirtschaft und Gesellschaft, für nicht politische Sachthemen, für Lebensweltthemen sowie für Informationen und Infothemen im Kinderprogramm zur Verfügung stehen“ (vgl. Seite 54 der Studie). Tatsächlich besteht zwischen ORF 1 und ATV lediglich eine Differenz von 0,5 % bei gesellschaftlich relevanten Informationen, wobei dies auch darauf zurückzuführen ist, dass ATV deutlich mehr Werbung und in der Nacht eine lange Programmüberbrückung sendet.

Tatsächlich ergibt sich laut der Studie für die Prime-Time folgendes Bild: ORF 1 ist „Negativ-Spitzenreiter“, weil kein anderes Programm so wenig Berichterstattung über kontroverse Themen aus Politik, Wirtschaft und Gesellschaft, nicht politische Sach- sowie Lebensweltthemen im Programm hat (Seite 55 der Studie).

Was die Unterschiede zwischen ORF 1 und ATV betrifft, so liegen diese nach der Studie insbesondere in der Ausgestaltung des Unterhaltungsbereichs. ORF 1 bietet mehrheitlich fiktionale Unterhaltung über sehr erfolgreich gelaufene internationale Kinoproduktionen, US-Serien, aufwendig produzierte Quiz- und Unterhaltungsshow (Seite 56). Hierbei wird aber auch deutlich, dass ORF 1 über eine weitreichende finanzielle Leistungsfähigkeit verfügt, die den Erwerb derartiger Rechte überhaupt erst ermöglicht und es dem ORF erlaubt, auch in den Nachtstunden ein Programm wie in der Prime-Time zu senden.

ORF dominiert derart den Unterhaltungsbereich, dass ATV letztlich dazu gezwungen ist, auf vom ORF ausgestrahlte Programme bei der eigenen Programmgestaltung Bedacht zu nehmen bzw. das Programm des ORF in Nischen zu ergänzen.

Wie die Studie ausführt, dürfte sich dies in Zukunft auch qualitativ auswirken, weil fraglich ist, woher jüngere Zuschauer ihre Informationen über Politik beziehen können, wohingegen ältere Menschen, die vorzugsweise ORF 2 sehen, wenig über Vorstellungen, Wünsche und Probleme ihrer jüngeren Mitbürger erfahren (vgl S 59 der Studie).

Weil ORF 1 als Unterhaltungssender anzusehen ist, ist nach Ansicht von ATV ORF 1 auch nicht über Programmentgelte zu finanzieren. Das Beispiel ORF 1 macht aus Sicht von ATV die Notwendigkeit deutlich, dass Mechanismen in die Rundfunkmitteilung aufgenommen werden, die ausschließen, dass im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags Dienste erbracht werden, die mit diesem in keinem Zusammenhang mehr stehen und die aber dennoch über Programmentgelte finanziert werden.

4.3 Übertragung des öffentlichen Auftrags und Aufsicht

4.3.1 Zur Erteilung des öffentlich-rechtlichen Auftrags (vgl. Punkt 2.3.1 des Fragebogens)

In Österreich wird der öffentlich-rechtliche Auftrag durch ein einfaches Bundesgesetz dem ORF als einzigem öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter erteilt. Eine öffentliche Begutachtung des Gesetzes ist grundsätzlich im Gesetzgebungsprozess nicht vorgesehen. In der Praxis werden jedoch relevante Institutionen zu einer Begutachtung der Gesetzesentwürfe eingeladen.

Dem Generaldirektor des ORF obliegt insbesondere die Festlegung allgemeiner Richtlinien für die Programmgestaltung, Programmerstellung und Programmkoordination in Hörfunk und Fernsehen sowie die Erstellung der Jahressendeschemen jeweils mit Zustimmung des Stiftungsrates. Zudem hat er für die Ausarbeitung von Vorschlägen an den Stiftungsrat für langfristige Pläne für Programm, Technik, Finanz und für Stellenpläne im Zusammenwirken mit den Direktoren und Landesdirektoren zu sorgen.

Der Stiftungsrat des ORF hat die langfristigen Pläne für Programm, Technik und Finanzen und für Stellenpläne zu genehmigen.

Die Direktoren und die Landesdirektoren des ORF haben wiederum im Rahmen der langfristigen Pläne für Programm, Technik und Finanzen, der Stellenpläne sowie der Jahressendeschemen die laufenden Geschäfte ihres Bereiches selbständig zu führen. Sie sind außer an die Weisungen des Generaldirektors an keine Weisungen und Aufträge gebunden.

Der ORF ist damit weitgehend in der Lage, im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags der §§ 2 bis 5 ORF-G selbst über dessen Durchführung zu entscheiden. Die allgemeinen Richtlinien des ORF für Programmgestaltung, Programmerstellung und Programmkoordination in Hörfunk, Fernsehen, Online-Dienste und Teletext gemäß § 23 Abs 2 Z 1 ORF-G sind allgemein übers Internet öffentlich abrufbar bzw. erhältlich.

Die gegenständliche Regelung führt jedoch auch dazu, dass dem ORF selbst ein sehr großer Freiraum bei der Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags zukommt. Aus Sicht von ATV führt dies dazu, dass der ORF sich Vorgaben teilweise selbst schaffen kann, was im Ergebnis dazu führt, dass der ORF seiner eigenen Kontrolle unterworfen ist. Dies ist aus Sicht von ATV nicht akzeptabel, weil es letztlich nicht vom Willen des ORF zur Selbstbindung abhängen darf, wie der öffentlich-rechtliche Aufgabenbereich auszugestalten bzw. diesem nachzukommen ist.

4.4 Zur Rechtsaufsicht über den ORF (vgl Punkt 2.3.2. des Fragebogens)

Gemäß § 35 Abs 1 ORF-G hat **der Bundeskommunikationssenat** die Rechtsaufsicht über den ORF, der über behauptete Verletzungen von Bestimmungen des ORF-G zu entscheiden hat. Dem Bundeskommunikationssenat obliegt auch die Rechtsaufsicht über die Tätigkeit der Tochtergesellschaften des Österreichischen Rundfunks im Hinblick auf die Einhaltung der Bestimmung des ORF-G.

Gemäß § 38 Abs 4 ORF-G sind Verwaltungsstrafen wegen Verletzungen des ORF-G durch den Bundeskommunikationssenat zu verhängen. Gegen Entscheidungen des Bundeskommunikationssenates ist eine Beschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts (Verfassungsgerichtshof sowie Verwaltungsgerichtshof) möglich.

Gemäß § 36 ORF-G haben ein Beschwerderecht an den Bundeskommunikationssenat hinsichtlich der Verletzung von Bestimmungen des ORF-G

1. Personen, die durch eine Rechtsverletzung unmittelbar geschädigt zu sein behaupten;
2. ein die Rundfunkgebühr entrichtender oder von dieser befreiter Rundfunkteilnehmer iS des Rundfunkgebührengesetzes, sofern die Beschwerde von mindestens 300 weiteren solchen Rundfunkteilnehmern unterstützt wird;
3. Personen, die begründet behaupten, durch eine Verletzung von den in § 36 Abs 1 Z 1c ORF-G taxativ aufgezählten Vorschriften in Fernsehprogrammen in ihren spezifisch in ihrer Person liegenden Interessen betroffen zu sein, sofern der behaupteten Verletzung im Hinblick auf die Zielsetzungen der angeblich verletzten Bestimmung erhebliche Bedeutung zukommt, wie etwa für eine schwerwiegende Beeinträchtigung der sittlichen Entwicklung Jugendlicher oder durch einen massiven Verstoß gegen den Schutz der Menschenwürde und die in dieser Beschwerde relevierten Beschwerdepunkte nicht schon Gegenstand einer eingebrachten Beschwerde sind sowie

4. eines Unternehmens, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch die behauptete Verletzung berührt werden.

Ein Antragsrecht beim Bundeskommunikationssenat (kurz „BKS“) kommen auch dem Bund oder einem Land, dem Publikumsrat, einem Drittel der Mitglieder des Stiftungsrates, dem Verein für Konsumenteninformation oder einer gesetzlichen Interessensvertretung sowie in speziellen Fällen Stellen oder Organisationen eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Union zu. Es besteht auch ein Beschwerde- bzw Antragsrecht der erwähnten Personen bzw Institutionen gemäß § 26 Abs 6 ORF-G hinsichtlich der Tochtergesellschaften des Österreichischen Rundfunks.

Somit haben Dritte und insbesondere die ATV als private Rundfunkveranstalterin das Recht, innerhalb von 6 Wochen mit einer Beschwerde beim Bundeskommunikationssenat gegen Rechtsverletzungen des ORF vorzugehen.

Die Entscheidung des BKS betrifft 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. Letztlich ist auch die zahnlose Möglichkeit der Veröffentlichung der Entscheidung vorgesehen. Aus Sicht von ATV ist diese Bestimmung nicht geeignet, öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter abzuhalten, Verletzungen des ORF-G vorzubeugen, weil es sich jeweils lediglich um eine ex-post Kontrolle handelt und die Verletzung lediglich festgestellt wird.

Demgegenüber besteht aber keine Möglichkeit, formell gegen die Nichterfüllung des öffentlich-rechtlichen Sendeauftrags und anderer aus dem Auftrag erwachsender gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen vorzugehen. Diesbezüglich wäre ein Handlungsbedarf gegeben und auch privaten Rundfunkveranstaltern zumindest die Möglichkeit eines Beschwerderechts einzuräumen. Zuzüglich zum Beschwerderecht sollte aus Sicht von ATV ein effektives Sanktionssystem verankert werden.

4.4.1 Zur Notwendigkeit der Präzisierung in Bezug auf die zusätzliche Beauftragung

In der Rundfunkmitteilung sollte auf jeden Fall präzisiert werden, unter welchen Umständen eine zusätzliche Beauftragung erfolgen sollte.

4.4.2 Zur Frage einer effektiven Rechtsaufsicht (vgl Punkt 2.3.4. des Fragebogens) sowie Sanktionsmechanismen

Es sollten weitere Klarstellungen in die Rundfunkmitteilung aufgenommen werden, um eine wirksame Aufsicht über die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu gewährleisten. Aus

Sicht von ATV kann eine wirksame Aufsicht und Kontrolle nur von vom beauftragten Unternehmen unabhängigen Aufsichtsinstanzen durchgeführt werden. Für eine wirksame Aufsicht sind Sanktionsmechanismen unbedingt erforderlich.

ATV weist in diesem Zusammenhang auf folgende unterschiedliche Regelungen über Sanktionsmechanismen in Bezug auf private Rundfunkveranstalter einerseits und den ORF andererseits hin:

Gemäß § 63 Privatfernsehgesetz (kurz „PrTV-G“) ist bei wiederholten oder schwerwiegenden Rechtsverletzungen durch den privaten Rundfunkveranstalter entweder von Amts wegen oder auf Antrag das Verfahren auf Entzug der Zulassung bzw. zur Untersagung der Kabelrundfunkveranstaltung durch die Regulierungsbehörde einzuleiten. Neben dem Lizenzentzug drohen den Privatfernsehveranstaltern bei Verstößen gegen das PrTV-G Geldstrafen bis zu € 60.000 sowie die Veröffentlichung der Entscheidung der Aufsichtsbehörden über die privaten Rundfunkveranstalter.

Im Gegensatz dazu drohen dem ORF gemäß § 38 ORF-G lediglich Verwaltungsstrafen in Höhe von bis zu € 58.000 und gemäß § 37 Abs 4 ORF-G die Veröffentlichung der Entscheidungen über die Rechtsverletzungen des ORF. Dem ORF kann daher auch keine Lizenz bzw. Zulassung entzogen werden (hierzu vgl auch unter Punkt 2 der Stellungnahme).

Verwaltungsstrafen kann der ORF allerdings oftmals aus der Portokasse bezahlen. Das hat zur Folge, dass der ORF gegen die in §§ 13ff ORF-G normierten Werbestimmungen verstoßen kann, ohne Gefahr zu laufen, seines Versorgungsauftrags bzw. öffentlich-rechtlichen Auftrags verlustig zu werden. Er kann daher – im Gegensatz zu den Privaten – mit neuen Werbeformen experimentieren.

Dies hat einen Wettbewerbsvorsprung des ORF vor den privaten Fernsehveranstaltern zur Folge, die bei Verstößen gegen die im PrTV-G normierten Werbestimmungen befürchten müssen, ihre Lizenz zu verlieren.

Zusammenfassend ist daher die Verhängung von Verwaltungsstrafen in Höhe von bis zu € 58.000 sowie eine Veröffentlichung des Rechtsverstoßes nicht ausreichend, um Rechtsverstöße des ORF zu verhindern bzw. diesen entschieden entgegenzuwirken.

Mögliche wirksamere Sanktionen gegenüber dem ORF wären die Kürzung von öffentlichen Förderungen bzw. eines Teils der Fernsehgebühren und vor allem die Umverteilung dieser Gelder an die privaten Rundfunkveranstalter.

4.4.3 Zur Notwendigkeit eines Beschwerdeverfahrens unter Beteiligung privater Rundfunkanbieter

Auf einzelstaatlicher Ebene sollten Beschwerdeverfahren für private Rundfunkanbieter vorgesehen werden, damit diese Fragen vorbringen können, die sich auf den Umfang der von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten angebotenen Dienste beziehen. Es sollte auf jeden Fall das Anrufen einer von öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen unabhängigen Kontrollinstanz möglich sein. Diese Kontrollinstanz soll auch mit Sanktionsmöglichkeiten ausgestattet sein.

Aus Sicht von ATV ist gerade die Einräumung der Möglichkeit zur Antragstellung durch private Rundfunkveranstalter ein entscheidender Schritt in Richtung einer Prüfung des Umfangs von Diensten öffentlich-rechtlicher Unternehmen, weil gerade diese im Wettbewerb von einer zu weiten Zuordnung von Diensten zum öffentlich-rechtlichen Auftrag letztlich betroffen sind.

ATV schlägt daher vor, in Anlehnung an das Kartellrecht dem privaten Rundfunkveranstalter die Möglichkeit einzuräumen, einen Feststellungs- und Abstellungsantrag zu stellen. Zudem sollte auch ein amtswegiges Tätigwerden von Seiten der zuständigen Behörde – etwa der Regulierungsbehörde – vorgesehen werden, in dessen Rahmen auch Geldbußen verhängt werden können oder der Entfall des Programmentgelts und die Umverteilung auf die Privaten mitabgehandelt werden sollte.

Allenfalls könnte auch ein Beschwerderecht an die zuständige Behörde von Seiten des privaten Rundfunkveranstalters vorgesehen werden, wodurch die zuständige Behörde ein Verfahren einzuleiten hätte, in dem der private Rundfunkveranstalter als beschwerdeführender Antragsteller Partei wäre.

Letztlich könnte eine Angleichung der Bestimmungen hinsichtlich der Rechtsaufsicht zwischen privatem und öffentlich-rechtlichem Rundfunkveranstalter erfolgen und für beide die KommAustria als Behörde erster Instanz vorgesehen werden. Tatsächlich ist gerade im Bereich der Werbebeobachtung davon auszugehen, dass faktisch von Seiten der KommAustria im Wege der RTR-GmbH die Durchführung der Werbebeobachtung vorgenommen werden kann.

4.5 Zur Mischfinanzierung unter Berücksichtigung von Bezahldiensten

ATV spricht sich entschieden gegen staatlich finanzierte Bezahldienste aus. Nach Ansicht von ATV kann nicht sichergestellt werden, dass staatlich finanzierte Bezahldienste in Konkurrenz zu anderen Diensten stehen, die nicht staatlich finanziert sind. Dies hätte Wettbewerbsverzerrungen zu Gunsten der staatlich finanzierten Bezahldienste zur Folge. Letztlich führen aber staatlich finanzierte Bezahldienste zu einer weiteren Besetzung von Nischen durch öffentlich-rechtliche Rundfunkbetreiber. Öffentlich-rechtliche Rundfunkbetreiber

haben damit die Möglichkeit, ihren Kunden Dienste anzubieten, die ihnen ein privater Rundfunkveranstalter nicht zu den gleichen Konditionen anbieten kann, was wiederum einen Wettbewerbsvorteil auch im Sinne einer Kundenbindung bewirkt. Dies gilt auch für Dienste wie etwa die „Kummernummer“ oder „Rat auf Draht“ im Sinne von „Seelsorgediensten“.

4.6 Zu den Transparenzanforderungen

4.6.1 Zur Erbringung kommerzieller Tätigkeiten durch den ORF (vgl. Punkt 2.5.1. des Fragebogens)

Der ORF geht nicht nur gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten, sondern auch kommerziellen Tätigkeiten nach. Darunter fallen etwa Spartenprogramme wie auch Tätigkeiten in Film-/Fernsehproduktionen und Merchandising.

Nach § 9 ORF-G kann der ORF Rundfunkprogramme im Inland mit im Wesentlichen gleichartigen Inhalten im Sinne von Spartenprogrammen unter Nutzung anderer als terrestrischer Übertragungskapazitäten veranstalten. Nach § 9 Abs. 3 ORF-G ist die Veranstaltung dieser Programme organisatorisch und rechnerisch von Tätigkeiten im Rahmen des Versorgungsauftrags zu trennen und kann gewinnorientiert erfolgen. Dafür dürfen keine Mittel aus dem Programmengelt nach § 31 ORF-Gesetz herangezogen werden.

Ausdrücklich nicht zu den Aufgaben des ORF oder seiner Tochtergesellschaften zählen die Herausgabe und der Vertrieb von Produkten, insbesondere von periodischen Druckwerken, die nicht überwiegend der Information über Programme und Sendeinhalte dienen.

Nicht ausgeschlossen sind jedoch die Herausgabe und der Vertrieb von sonstigen Produkten, die direkt von den Rundfunkprogrammen des österreichischen Rundfunks abgeleitet sind. Nicht zu den Aufgaben zählt auch die Werbeübermittlung für Dritte oder vergleichbare Vermarktungsaktivitäten für Dritte.

Im kommerziellen Bereich bietet der ORF insbesondere TW1, welcher der Tourismusfernsehen GmbH zuzurechnen ist, und Sportspartenprogramme an. Zudem zählen zum kommerziellen Bereich des ORF insbesondere Spiele, Partnervermittlungen, Computer- und IT-Programme, Klingeltöne, Sportplattform- und SMS-Dienste, Onlinedienste, die über den Versorgungsauftrag hinausgehen.

Onlinedienste und Sportspartenprogramme sind derzeit Gegenstand eines Verfahrens bezüglich der Finanzierung des ORF gegen die Republik Österreich, staatliche Beihilfe E2/2008. Im Raum steht insbesondere, ob der ORF seinen kommerziellen Sender TW 1 durch die Ausstrahlung eines aus Programmengelten finanzierten Sportspartenprogramms quersubventioniert.

Der ORF kann Onlinedienste betreiben, sofern sie sich im Rahmen seines Unternehmensgegenstandes bewegen. Diesbezüglich besteht jedoch keine klare Definition des Unternehmensgegenstands, sodass die Frage, welche Onlinedienste diesem zuzurechnen sind, kaum zu beantworten ist und der ORF hierdurch in die Lage versetzt wird, seinen Unternehmensgegenstand weit zu definieren.

Der ORF hat zudem eine Reihe von Tochtergesellschaften, die teilweise rein kommerzielle Dienste erbringen bzw. zumindest teilweise kommerzielle Dienste und teilweise Tätigkeiten erbringen, die dem öffentlichen Auftrag zumindest von Seiten des ORF zugerechnet werden.

Dies sind insbesondere:

- GIS-Gebühren Infoservice GmbH, die insbesondere die Einhebung des Programmentgelts für den ORF besorgt;
- ORF Online Teletext GmbH, die die Aufgabe der Herstellung und Vermarktung des Online-Teletext-Auftritts des ORF hat. Hierbei bestehen sowohl Tätigkeiten im Rahmen des öffentlichen Auftrags als auch in kommerzieller Sicht;
- ORS, wobei diese insgesamt gegenüber Dritten auf kommerzieller Basis agiert;
- ORF Enterprise GmbH & Co KG als Vermarktungstochter des ORF. Dieser obliegt der Verkauf der Werbung in TV und Radio sowie von Sonderwerbformen. Festgehalten wird, dass der ORF die ORF-Enterprise GmbH & Co KG (kurz „ORF-Enterprise“) als 100% ige Tochtergesellschaft gegründet hat. Die ORF-Enterprise ist für die Werbezeitenvermarktung zuständig. Die ORF-Enterprise bietet auf ihrer Website insbesondere „innovative Sonderwerbformen im TV“ an. Diese lautet wörtlich: *„Innovative Sonderwerbformen im TV sollten im Kommunikationsmix keinesfalls fehlen – das Product-Placement in produktaffinen, sehr erfolgreichen ORF-Produktionen ebenso wenig wie imageträchtige Sponsorings, Gewinnspiele oder eine der vielen anderen Möglichkeiten.“* Weiter ist angeführt: *„Die Präsenz eines Produktes in Filmen und Serien ist einerseits eine der spannendsten und andererseits eine der wirksamsten Sonderwerbformen. Product-Placement bedingt die enge Kooperation zwischen Regisseur, ORF Enterprise und Kunden. Erst, wenn der Konnex zwischen Produkt und Programm stimmig ist, wird das Product-Placement ins Drehbuch aufgenommen und umgesetzt. Diese Platzierung ihres Produktes kann darüber hinaus sinnvoll durch Patronanzen und Promotiontrailer flankiert werden – und somit zur Verstärkung des Auftritts sorgen.“*
- Zu den Aufgaben der ORF Enterprise GbmH zählen insbesondere die Führung des Kundendiensts für den ORF, der Bereich ORF-Backstage mit Führungen durch das ORF-Zentrum, sowie die Abwicklung der Smart Cards im Rahmen von ORF-Digital.

Hierzu zählten aber auch verwaltungstechnische Agenden, wie „Rat auf Draht“, einem 24-Stunden-Notruf für Jugendliche, sowie die Teletext-Untertitelung (vergleichsweise Geschäftsbericht 2006 des ORF).

Eine Abgrenzung von gemeinschaftlichen, wirtschaftlichen und kommerziellen Tätigkeiten ist aufgrund der jeweils fließenden Übergänge der zahlreichen Tochtergesellschaften des ORF und des ORF selbst kaum möglich. Aufgrund der Komplexität des strukturellen Aufbaus des ORF mitsamt seiner Tochtergesellschaften und des wenig bis gar nicht spezifizierten Programmauftrags, ist aus Sicht von ATV eine strukturelle Trennung des kommerziellen und gemeinwirtschaftlichen Bereichs notwendig, um für die notwendige Transparenz zu sorgen.

Die Transparenz wäre insbesondere deshalb wesentlich, weil diese erst die Prüfung ermöglicht, wie die Verwendung von Programmentgelten stattfindet und ob allenfalls Quersubventionierungen von Bereichen stattfinden.

4.6.2 Gibt es eine strukturelle bzw. funktionale Trennung zwischen gemeinwirtschaftlichen und kommerziellen Tätigkeiten?

Vorab wird angemerkt, dass der ORF nach § 2 Abs. 2 ORF-G zur Errichtung von Zweigniederlassungen im In- und Ausland sowie zur Gründung von Tochtergesellschaften und zur Beteiligung an anderen Unternehmen im In- und Ausland berechtigt ist, sofern diese den gleichen Unternehmensgegenstand haben oder der Unternehmensgegenstand dies erfordert. § 2 Abs. 2 ORF-G legt fest, dass der ORF Tochtergesellschaften nur gründen oder sich daran beteiligen kann, wenn diese den gleichen Unternehmensgegenstand haben. Daraus folgt, dass Tochtergesellschaften hinsichtlich ihres Unternehmensgegenstands an die Regelungen in § 2 ORF-G gebunden sind und daher etwa die ORS ebenfalls die Grenzen des § 2 ORF-G einzuhalten hat.

Im ORF-G wird grundsätzlich zwischen dem Unternehmensgegenstand des ORF und seinem „öffentlichen Auftrag“ unterschieden. Der Unternehmensgegenstand des ORF umfasst grundsätzlich alle Tätigkeiten im Rahmen seines öffentlichen Auftrags. Hierzu gehören insb. Tätigkeiten im Rahmen des Versorgungsauftrags (§ 3 ORF-G), des Programmauftrags (§ 4 ORF-G) und der besonderen Aufträge des § 5 ORF-G, sowie andererseits Tätigkeiten, die über diese Tätigkeiten im öffentlichen Auftrag „hinausgehen“ (§ 2 Abs. 3 ORF-G).

Über den Versorgungsauftrag, den Programmauftrag und die besonderen Aufträge hinausgehende Tätigkeiten im Rahmen des Unternehmensgegenstandes sind organisatorisch und rechnerisch von Tätigkeiten im Rahmen des Versorgungsauftrags zu trennen und können unter der Bedingung, dass keine Mittel aus dem Programmentgelt herangezogen werden, gewinnorientiert betrieben werden (siehe hierzu § 2 Abs. 3 ORF-G).

Um die gegenständliche 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 maßgeblich, was tatsächlich zum öffentlichen Auftrag des ORF zu zählen ist. Dies wird lediglich durch einzelne Bestimmungen des ORF-G konkretisiert.

Aus der bestehenden derzeitigen Abgrenzung ergeben sich zwei zentrale Probleme:

1. Es fehlt eine klare Unterscheidung zwischen gemeinwirtschaftlichen und rein kommerziellen Tätigkeiten.
2. Darauf aufbauend ist auch der Begriff der „Notwendigkeit“ für den Betrieb technischer Einrichtungen unklar und insofern intransparent.

Letztlich führt diese Intransparenz der Begriffsbestimmungen zu einem weiten Auslegungsspielraum des ORF, der diesem eine Grauzone eröffnet, die dieser zu seinen Gunsten auslegen kann.

4.6.3 Abgrenzungsschwierigkeiten am Beispiel der Infrastruktur

Die Schwierigkeiten sollen in der Folge am Beispiel Infrastruktur erläutert werden:

Der Unternehmensgegenstand des ORF umfasst nach insb. § 2 Abs. 1 Z 1 und Z 2 ORF-G die Veranstaltung von Rundfunk und den Betrieb der notwendigen technischen Einrichtungen.

Der ORF hat Anfang 2005 die ORS Rundfunksender GmbH & Co KG (kurz „ORS“) gegründet. Die ORS ist eine im Wege der Österreichischen Rundfunksender GmbH vom ORF mehrheitlich beherrschte Tochtergesellschaft.

Unternehmensgegenstand der ORS ist die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Rundfunk und Rundfunkzusatzdiensten. Die ORS betreibt die technischen Einrichtungen zur Weiterverbreitung von Rundfunk über Funknetze (vgl. § 15 Telekommunikationsgesetz 2003, kurz „TKG 2003“).

Die wesentlichen Aufgabenbereiche der ORS liegen im terrestrischen Sendebetrieb und in der Satellitenübertragung. Zum terrestrischen Sendebetrieb gehört etwa die terrestrische Hörfunk- und Fernsehverbreitung. Im Bereich Satellitenübertragung zählt zu den Aufgaben der ORS die Verbreitung von Hörfunk- und Fernsehsignalen sowie Datendiensten über Satellit und die Konfiguration und Vermarktung von Ver- und Entschlüsselungssystemen zum Empfang von Satellitensignalen.

Wesentliche technische Einrichtungen, die die ORS für ihre Unternehmenstätigkeit nutzt, wurden ursprünglich vom ORF auch unter Verwendung von Mitteln aus dem Programmengelt

errichtet und früher auch vom ORF selbst betrieben. Im Zuge der Ausgliederung der „Sendeanlageninfrastruktur“ durch den ORF auf die ORS hat diese die Sendeanlagen des ORF erworben.

Gerade im Bereich der Infrastruktur stoßen die oben genannten Abgrenzungskriterien schnell an ihre Grenzen. Dies deshalb, weil Infrastruktur grundsätzlich für unterschiedliche Arten der Nutzung zur Verfügung steht. Das bedeutet aber letztlich auch, dass eine eindeutige und abschließende Zuordnung von Infrastruktur kaum möglich ist. Letztlich ist auch zu bedenken, dass, selbst wenn eine einmal getroffene Zuordnung der Wirklichkeit oder die Gewichtung ihrer Nutzung entspricht, diese jedenfalls in Zeiträumen Änderungen unterworfen ist, weil die Art der Nutzung der Infrastruktur im Laufe eines Zeitraums variieren kann.

Der Österreichische Rundfunk hat im Rahmen der technischen Möglichkeiten anderen Rundfunkveranstaltern die Mitbenützung seiner Sendeanlagen gegen angemessenes Entgelt zu gestatten. Über Streitfälle hinsichtlich der Angemessenheit des Entgelts oder der technischen Vertretbarkeit entscheidet die KommAustria. Die KommAustria kann von den Beteiligten angerufen werden, wenn innerhalb von sechs Wochen ab Einlangen einer Nachfrage keine vertragliche Vereinbarung zu Stande gekommen ist.

Von der Frage der Zuordnung der Infrastruktur zum öffentlichen Auftrag hängt daher auch ab, ob die ORS die betriebenen technischen Einrichtungen im Wege über den öffentlichen Auftrag hinausgehender Tätigkeit auch Dritten zur Verfügung stellt. Letztlich ist ATV im Streitfall hinsichtlich der Zurverfügungstellung von Infrastruktur darauf beschränkt, die KommAustria anzurufen. Dabei ist zu bedenken, dass damit der private Rundfunkveranstalter, der letztlich in anderen Bereichen auf ein Zutun des öffentlich-rechtlichen Konkurrenten ORF angewiesen ist, in die Rolle des aktiven Beschwerdeführers gezwungen wird.

4.6.4 Zur dominierenden Stellung des ORF im Bereich der Infrastruktur

Die KommAustria hat auf Grundlage des TKG 2003 regelmäßige Überprüfungen und Analysen der rundfunkspezifischen Märkte zur Bereitstellung von Kommunikationsdiensten durchzuführen. Die KommAustria führte im 1. Quartal 2006 nach §§ 128, 129 TKG 2003 ein Konsultationsverfahren und Koordinierungsverfahren hinsichtlich der Märkte für analoge terrestrische Übertragung von TV-Signalen und Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen hinsichtlich Regulierungsmaßnahmen durch.

Am 29.05.2006 erließ die Komm Austria auch unter Berücksichtigung einer Stellungnahme der Europäischen Kommission am 12.07.2006 und am 29.05.2006 hinsichtlich der beiden Vorleistungsmärkte zur Bereitstellung von Rundfunkübertragungsdiensten die Bescheide KOA 6.300/06-014 sowie KOA 6.300/06-015. Die ORS erhob jeweils Berufung an den BKS. So wurde etwa im Bescheid KOA 6.300/06-014 hinsichtlich des Vorleistungsmarkts „analoge terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ festgestellt, dass die ORS über

beträchtliche Marktmacht verfügt. Der BKS hat mit Bescheid vom 29.01.2007 insbesondere festgelegt, dass die ORS die Entgelte für Zugangsleistungen den nicht diskriminierenden Zugang zu ihren Sendestandorten zu gewähren bzw. ihren Kommunikationsdienst der analogen terrestrischen Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden anzubieten hat.

Im Bereich des digitalen Fernsehens hat die KommAustria im Februar 2006 das erste Zulassungsverfahren für eine bundesweite, terrestrische Multiplex-Zulassung (DVB-T) beendet. Dem ORF wurde mit Bescheid vom 23.02.2006 die Zulassung für die Multiplex-Zulassungen MUX A und MUX B erteilt, wobei MUX A insbesondere die Programme ORF 1, ORF 2 und ATV überträgt. Über MUX B besteht die Möglichkeit der Übertragung zusätzlicher regionaler und überregionaler Programme und Zusatzdienste. ATV wurde mit Bescheid vom 25.10.2006 die Zulassung zur digitalterrestrischen Verbreitung des Fernsehprogramms „ATV“ über MUX A erteilt (vgl. Kommunikationsbericht, 4.1.2.1).

Des Weiteren sind dem ORF auch zwei wesentliche Satelliten, nämlich ORS-Transponder 1, Satellit Astra 1H, Transponder 117, und ORS-Transponder 2, Satellit Astra 1H, Transponder 115, sowie ORS (Arena) Transponder 3 zugeordnet. Dies führt dazu, dass die ORS im Bereich Satellitenübertragung, analoge Terrestrik und digitale Terrestrik eine derart starke Stellung einnimmt, dass die ORS nahezu alle österreichischen Rundfunkprogramme technisch verbreitet.

Dabei ist zu betonen, dass die ORS das Anlagevermögen des ORF übernommen hat. Dieses besteht aus Sendeeinrichtungen, Satelliten, Erdfunkstellen, Multiplex- und Verschlüsselungseinrichtungen.

Zusammenfassend verfügt die ORS im Bereich der terrestrischen Verbreitung über ein flächendeckendes terrestrisches Netz von ca. 1.800 Sendern und rund 470 Sendestationen. Die ORS unterhält auch noch den Geschäftsbereich der Rundfunkübertragung über Satellit, der sich in die Bereiche Fernsehen, Hörfunk, sowie Ver- und Entschlüsselungssysteme zur Verbreitung und zum Empfang von Satellitensignalen unterteilt. Die ORS hat aufgrund ihrer MUX-Zulassung nunmehr eine Monopolstellung erworben, weil dies voraussichtlich vorerst die einzigen Frequenzspektren für digitales Fernsehen bleiben werden.

Angemerkt wird auch, dass Mitgesellschafter der ORS neben dem ORF die Medikun Sendanlagen GmbH ist, die ein Unternehmen der Raiffeisen-Gruppe ist. Die Raiffeisen-Gruppe selbst hält zudem eine Vielzahl von Beteiligungen im Zeitungs- und Zeitschriftenbereich sowie im Hörfunk- und Privatfernsehbereich. Die Raiffeisen-Gruppe hält insbesondere Beteiligungen an der EPA (Europäische Plakat- und Außenwerbung Holding GmbH), eine Beteiligung am Kurier als österreichischem Printmedium; im Rundfunkbereich bestehen Beteiligungen an der Privatradiosenderkette Krone Hit, sowie an der Sat1-Österreich-Tochtergesellschaft.

Hierbei ist auszuführen, dass anlässlich des Zusammenschlusses im Sinne eines mittelbaren Anteilserwerbs von 40 % an der ORS durch die 100 %-ige Tochtergesellschaft Medikur Sendeanlagen GmbH der Raiffeisen-Gruppe die Bundeswettbewerbsbehörde (kurz „BWB“) bereits Bedenken äußerte. Prüfungsbedürftig waren nach Ansicht der BWB vor allem crossmediale Verflechtungen. Multiplexer seien Multimediaunternehmen mit besonders umfassenden medialen Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich des Rundfunks.

Der Bundeskartellanwalt stellte den Prüfungsantrag, weil mit der Umstellung des Rundfunks auf digitale Technologie die bereits bestehende marktbeherrschende Stellung noch verstärkt würde. Nach Ansicht des Bundeskartellanwalts verschaffte der Zusammenschluss beiden Unternehmen die Möglichkeit, eine Tätigkeit auf den verschiedenen Werbemärkten durch Kombi- oder Pauschalangebote zu verbinden. Hierbei ist auch anzumerken, dass der Bundeskartellanwalt ausführte, dass die Stellung des ORF am Fernsehwerbemarkt weiter verstärkt werden würde und gegen den Wettbewerb kleinerer, nicht vertikal integrierter Wettbewerber abgeschottet werde.

Richtigerweise qualifizierte der Bundeskartellanwalt Inhaber einer Multiplex-Zulassung als Inhaber einer Essential Facility, wobei sich jeweils wettbewerbsrechtliche Probleme ergäben. Der Bundeskartellanwalt wies auch auf die wettbewerbsrechtliche Problematik hin, dass es sich beim ORF um ein vertikal integriertes Unternehmen handle.

Dies betreffe etwa die Bereiche interaktive Zusatzdienste und Hörfunk. Auch, wenn letztlich das OLG Wien als Kartellgericht den Zusammenschluss unter Auflagen genehmigte, ist anzuführen, dass sich das Kartellgericht im Ergebnis darauf beschränkte, eine isolierte Betrachtung auf vereinzelt unmittelbar betroffenen Märkten zu prüfen.

Eine Prüfung der Frage, welche Auswirkung dies auf die Medienvielfalt in Österreich hat, klammerte das Kartellgericht aus (vgl. *Wittmann*, Kartellgericht genehmigt Medikur-Beteiligung an ORS unter Auflagen, MR 2006, 3).

ATV verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass die ORS zu einem Infrastruktur-Unternehmen gemacht wurde, über das praktisch die gesamte Rundfunkverbreitung abgewickelt wird und das im Bereich der Infrastruktur über eine Monopolstellung verfügt.

Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz führen zu den Rundfunknetzen aus: „Die monopolartige Stellung des ORF [...] führt in Verbindung mit der knappen Frequenzsituation und dem Umstand, dass fast alle Übertragungskapazitäten auf Standorte des ORF hin geplant und koordiniert wurden, zu einer Zementierung der Marktmacht im Bereich der terrestrischen Rundfunknetze: Der ORF betreibt nicht bloß fast alle Rundfunksender, er verwendet den Großteil davon auch für seine eigenen Programme (*Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 2004, S 59). Besonders dramatisch ist dies im Bereich des Privatradios, weil der ORF hier etwa vier flächendeckende

Programme hat, wohingegen private Veranstalter über keine flächendeckende Senderkette verfügen, sondern letztlich auf regionale Programme verwiesen sind. Auch im Fernsbereich verfügt der ORF über zwei flächendeckende Programme, wobei ATV als einziger privater österreichischer Rundfunkveranstalter bundesweit ausstrahlt.

Hierbei ist die dominierende Stellung des ORF auf dem Rundfunk-Infrastrukturmarkt nicht isoliert zu betrachten, sondern in einer Zusammenschau mit den gesamten Tätigkeiten des ORF, zu denen sowohl Hörfunk, Fernsehen, Internet und letztlich auch Rundfunkinfrastruktureinrichtungen als Telekommunikationseinrichtungen gehören.

Gerade dieser Verquickung auf sämtlichen Ebenen, auf denen ein Medienunternehmen überhaupt tätig sein kann und dies jeweils in marktbeherrschender Stellung, ist nach Ansicht von ATV eine besondere Bedeutung beizumessen. Diese dominierende Position des ORF im Rundfunk und die sich daraus in Teilbereichen immer wieder ergebenden Abhängigkeit vom ORF haben geradezu verheerende Auswirkungen, weil Rundfunkveranstalter derart unter Druck kommen können, sodass sie sich letztlich dem öffentlichen Rundfunkveranstalter fügen müssen.

Diesbezüglich ist auch zu bedenken, dass die Beherrschung der Infrastruktur letztlich ein Abhängigkeitsverhältnis schafft, dem mittels eines Regulierungssystems entgegengewirkt werden muss. Dies führt jedoch dazu, dass der ORF auch im Bereich der Infrastruktur Grenzen austesten kann bzw. davon auszugehen ist, dass private Rundfunkveranstalter wie ATV in Folge gezwungen sind, über den Regulator der möglichen Ausnützung der marktbeherrschenden Stellung der ORS entgegenzuwirken. Dies zwingt private Rundfunkveranstalter wie ATV jedoch in die Rolle, ihre Rechte auf eigene Kosten ex-post durchzusetzen zu müssen.

Hierbei ist jedoch davon auszugehen, dass die ORS im Streitfall alle Instanzen durchläuft. Wesentlich ist daher aus Sicht von ATV die Möglichkeit für private Rundfunkveranstalter, schnell eine Entscheidung erwirken zu können.

Zusammenfassend führt die Vormachtstellung des ORF auf dem Infrastrukturmarkt zwangsläufig auch dazu, dass sich die Position des ORF weiter verstärkt. Letztlich hat dies unabsehbare Folgen, weil eine entsprechende – insb. auch eine allumfassende – Medienmarktmacht letztlich auch dazu führt, dass sich auch Entscheidungsträger wie insb. Politiker letzterer nicht mehr entziehen können. Dies hat geradezu eine Zementierung des Status quo in Bezug auf die dominierende Marktposition des ORF zur Folge.

ATV tritt daher für eine Entflechtung des ORF und der ORS ein, dies auch im personellen Bereich. Die Infrastruktur sollte von einem neutralen Unternehmen, welches von der Rundfunkveranstaltung unabhängig ist, zugeordnet werden, dies im Sinne einer unabhängigen Infrastrukturgesellschaft.

Zudem ist auch eine funktionelle bzw. strukturelle Trennung von gemeinwirtschaftlichen und kommerziellen Tätigkeiten notwendig, um für die notwendige Transparenz zu sorgen und derart eine Zuordnung zu Rechnungskreisen transparent zu gestalten.

4.6.5 Zur Notwendigkeit der Überarbeitung der Transparenzanforderungen in der Rundfunkmitteilung:

ATV geht davon aus, dass es aufgrund konvergenter und gebündelter Dienste immer wieder zu Überschneidungen bzw. erheblichen Zuordnungsproblematiken in Bezug auf die Unterscheidung zwischen kommerziellen und gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten kommt.

Punkt 56. der Mitteilung der Kommission 2001/C320/04, RZ 56, ist zu entnehmen, dass im Gegensatz zu der in anderen Versorgungsbranchen üblichen Vorgehensweise die Ausgaben, die in voller Höhe auf die mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zusammenhängenden Tätigkeiten anrechenbar sind, jedoch auch kommerziellen Tätigkeiten zugute kommen, nicht aufgeteilt werden müssen, sondern in voller Höhe dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zugeordnet werden können. Dies sei beispielsweise bei den Produktionskosten eines Programms der Fall, das im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags ausgestrahlt, jedoch auch an andere Sender verkauft wird.

Eine Änderung der Rundfunkmitteilung ist aus Sicht von ATV notwendig, weil die vorgenannte Regelung es dem öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter ermöglicht, einen Vorteil aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag für seine kommerzielle Tätigkeit zu schöpfen. Gerade dies kann jedoch nicht Zweck des öffentlich-rechtlichen Auftrags sein. Dies würde dem öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil insbesondere gegenüber seinen privaten Konkurrenten verschaffen.

Aus Sicht von ATV ist eine gänzliche Trennung der kommerziellen und gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten notwendig, um Transparenz und folglich auch den Wettbewerb sicherzustellen.

Andernfalls ist zu befürchten, dass die neuen audiovisuellen Dienste, weitgehend aufgrund der intransparenten und nicht ausreichenden Definition der gemeinwirtschaftlichen Tätigkeit, diesem Bereich zugeordnet werden, obwohl diese eigentlich zum kommerziellen Bereich gehören. Dies hätte eine Verfälschung des Wettbewerbs zur Folge.

4.7 Prüfung der Verhältnismäßigkeit: Ausschluss einer Überkompensation

4.7.1 Zur Frage der ausreichenden Stabilität des ORF (vgl. Punkt 2.7.1. des Fragebogens)

Die derzeitigen Gegebenheiten bzw. ihre Umsetzung in Österreich führen nicht nur dazu, dass eine ausreichende finanzielle Stabilität der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt vorliegt, sondern weit über diese hinausgeht. Auch die Generaldirektion Wettbewerb ist nicht überzeugt, dass das Finanzierungssystem des ORF eine Überkompensation ausschließt (Schreiben der EK vom 31.1.2008, zu E 2 /2008 zur Finanzierung des ORF).

So ist dem Geschäftsbericht 2006 des ORF zu entnehmen, dass der ORF seinen Gesamtumsatz gegenüber dem Vorjahr steigern konnte. Der ORF konnte sein konsolidiertes EGT von EUR 6,1 Mio auf 9,6 Mio steigern. Nach dem Geschäftsbericht 2006 konnten in allen Bereichen Umsatzzuwächse verzeichnet werden.

Die finanzielle Lage des ORF ist derart gut, dass er nahezu in allen Bereichen marktbeherrschend bzw. marktführend ist:

Der Geschäftsbericht 2006 macht weiters deutlich, dass der ORF breit gestreut Filmrechte einkaufen kann, wobei im Jahr 2006 von 1.442 Filmen, Movies und Mehrteilern sowie 5.090 Serien und 2.929 Kinderserien auszugehen war.

Dabei ist es dem ORF auch möglich, eine Vielzahl von Premierieren zu zeigen. Der ORF kauft auch in großem Umfang US-Serien ein, so z.B. CSI Miami, CSI New York, CSI – Den Tätern auf der Spur. Des weiteren ist es ihm finanziell möglich, Serien wie Desperate Housewives, Gilmore Girls, Malcolm mittendrin, sowie Greys Anatomy auszustrahlen. Sebastian Loudon merkte hierzu im Horizont, Nr. 06/08 vom 8.2.2008 an: *„Der ORF kann/darf/soll/muss und will derzeit alles ausstrahlen, was Fernsehen an massenattraktiver Unterhaltung zu bieten hat. Beispiel aus der Praxis? Es gibt keinen TV-Sender auf der Welt, der alle CSI-Derivative im Programm hat – und ganz sicher keinen öffentlich-rechtlichen!“*.

Folglich ist der ORF in Österreich derart ausgestaltet, dass seine Marktdominanz nicht zuletzt aus den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln resultiert. Besonders deutlich ist dies im Bereich der Radioprogramme sichtbar, wo der ORF sich letztlich gegen 69 private Sender behaupten kann.

Der ORF verfügt daher über derart weitreichende Finanzmittel, dass es für ein privates Unternehmen wie ATV kaum möglich ist, mit diesem zu konkurrieren bzw. seine Marktanteile auszubauen. Nach Ansicht von ATV sind finanzielle Grenzen des ORF kaum sichtbar. ATV weist in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich darauf hin, dass der ORF dazu übergegangen ist, den Markt in Bezug auf Fernsehrechte leer zu kaufen.

Dies wird auch im Verfahren zur Finanzierung des ORF, Staatliche Beihilfe E 2/2008 von der Europäischen Kommission unter Rz 164 zu Sportrechten ausgeführt: „Auch wegen der unter Randnummer(133) f. ausgeführten Bedenken, ob die staatliche Finanzierung von Sportrechten und insbesondere des Sport Plus Programms zu Marktverzerrungen führt, die über das hinausgehen, was zur Erfüllung eines näher umschriebenen Auftrags erforderlich ist. Es lässt sich gegenwärtig nicht ausschließen, dass der ORF in der Lage ist, seine Wettbewerber regelmäßig zu überbieten und somit den Markt „leerzukaufen“, ohne dass dies für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags erforderlich wäre.“

In einer Überarbeitung der Rundfunkmitteilung sollte jedenfalls auch mitberücksichtigt werden, inwiefern eine Marktdominanz in allen Bereichen wiederum die Marktmacht in den jeweils anderen verstärkt.

Hierbei ist beispielsweise daran zu denken, dass in ORF-Produktionen wie Dancing Stars verstärkt ORF-Publikumsmagneten bzw. dem ORF zuzuordnende Personen auftreten. Beispielsweise ist in der derzeitig laufenden Staffel von „Dancing Stars“ Elisabeth Engstler vertreten, die eine langjährige Moderatorin des ORF ist. Des weiteren ist auch Claudia Stöckl, welche beim ORF Radioprogramm Ö3 „Frühstück bei mir“ moderiert, als „Dancing Star“ aufgetreten. In früheren Staffeln war Gerda Rogers als prominenter „Dancing Star“ zu sehen. Gerda Rogers hat auf Ö3 wiederum eine Astro-Show.

Dem ORF ist es daher möglich, Programme gegenseitig zu bewerben, ohne notwendigerweise gegen werberechtliche Bestimmungen zu verstoßen. So werden im Rahmen der Radioprogramme des ORF Interviews mit „Dancing Stars“ geführt.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang auch, dass der ORF auch in den Fernsehexklusivrechten für nahezu alle großen Ereignisse die Fernsehrechte erworben hat. Dies etwas für die EURO 2006 im Bereich des Fußballs bzw. für den Opernball sowie für Schirennen.

Der ORF beschränkt gerade im Bereich der Fernsehexklusivrechte für Großereignisse, aber auch im Bereich der Rechte im Sport- und Unterhaltungsbereich nachhaltig den Wettbewerb, indem er langfristige Exklusivverträge abschließt. Beispielhaft wird angeführt, dass der ORF mit dem Österreichischen Schiverband (kurz „ÖSV“) einen auf 10 Jahre laufenden Vertrag über die Vergabe der Senderechte an den österreichischen Skiweltcup-Veranstaltungen abschloss. Dieser Vertrag wurde von der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde (kurz „BWB“) einer Überprüfung unterzogen. Die beiden Vertragsparteien ORF und ÖSV gaben gegenüber der BWB bestimmte Zusagen in Form von Verpflichtungszusagen nach dem österreichischen Kartellgesetz ab, die in einer mündlichen Verhandlung vor dem Kartellgericht am 18.2.2008 aufgrund eines von der BWB eingeleiteten Verfahrens für verbindlich erklärt wurden.

Die im Februar 2008 abgegebenen Verpflichtungszusagen hatten nach Mitteilung der BWB folgenden Inhalt (vgl. <http://www.bwb.gv.at>; Mitteilung der BWB vom 22.2.2008)

„Nach diesen können ORF und ÖSV grundsätzlich ihren Vertrag bis zum Ende der Laufzeit im Jahr 2011/12 weiterführen. Die Verpflichtungserklärungen bewirken aber im Ergebnis eine Beseitigung der Exklusivität der dem ORF gewährten Rechte. Bis spätestens Ende April 2008 hat der ÖSV Pay-TV-Rechte, Hörfunkrechte und Rechte für die Highlight-Berichterstattung bis zur Saison 2011/12 auszuschreiben.

Die Verpflichtungserklärungen legen auch die Bedingungen für eine Neuausschreibung der Senderechte für österreichische Skiweltcup-Rechte in Österreich für die Saisonen 2012/13 bis 2016/7 fest. Für diese Ausschreibung verpflichtete sich der ÖSV zur Einhaltung spezieller Verfahrensvorschriften, die ein diskriminierungsfreies und transparentes Vergabeverfahren sicherstellen sollen, sowie dazu, nicht sämtliche Senderechte an lediglich einen Rundfunkveranstalter zu vergeben (Alleinerwerbsverbot).“

Die Rundfunkmitteilung verhindert daher in der derzeitigen Form nicht, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten finanziell derart ausgestaltet werden, dass sie in nahezu allen Bereichen marktbeherrschend bzw. marktführend tätig sein können und private Rundfunkveranstalter sich letztlich einer aus staatlichen Mitteln finanzierten Konkurrenzsituation mit einem bis an die Zähne mit finanziellen Mitteln ausgestatteten öffentlich-rechtlichen de facto Monopolisten gegenübersehen.

Zusammenfassend ist daher hervorzuheben, dass der ORF über langfristige Verträge sowohl im fiktionalen, als auch im Sport- und Unterhaltungsbereich verfügt und insbesondere auch bei Ereignissen von gesellschaftlicher Bedeutung langjährige Exklusivverträge abschließt und damit den Wettbewerb verhindert, Märkte abschottet und letztlich – wie am Beispiel des Vertrags mit dem ÖSV – deutlich wird, auch die Grenzen des Kartellrechts überschreitet. In diesem Zusammenhang merkt ATV an, dass auch bei anderen Ereignissen, wie etwa dem Opernball in keiner Weise transparent ist, inwiefern auch in diesem Zusammenhang langjährige Exklusivverträge des ORF bestehen.

Nicht zuletzt weist ATV auch darauf hin, dass im Falle der Vergabe der Senderechte an der Übertragung der EURO durch die UEFA ATV gegenüber dem ORF nicht zum Zug gekommen ist, obwohl ATV das höhere Angebot gelegt hat.

Die Rundfunkmitteilung war daher in ihrer bisherigen Form nicht geeignet, diesen Sachverhaltskonstellationen zu begegnen.

4.7.2 Zur Frage der Überschüsse und zur Frage der Zulässigkeit des Einbehaltens von Effizienzgewinnen (zu Punkt 2.6.3 – 2.6.6. des Fragebogens)

Im vorgenannten Zusammenhang lässt es sich auch nicht rechtfertigen, dass öffentliche Rundfunkanstalten einen Überschuss am Ende des Jahres behalten sollen. Auch dies wird von ATV entschieden abgelehnt.

Dies würde dazu führen, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten letztlich im Vergleich zu ihren privaten Konkurrenten wesentlich bevorzugt würden. 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 vom öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter behalten werden dürfen, für die privatrechtlichen Konkurrenten geradezu desaströs.

Letztlich ist gerade im Bereich des Rundfunks bereits die Zurechnung von Tätigkeiten zum gemeinwirtschaftlichen und zum kommerziellen Bereich denkbar schwierig. Dies wird – wie oben ausgeführt – insbesondere auch im Bereich der Infrastruktur sichtbar, weil diese sowohl für kommerzielle als auch gemeinwirtschaftliche Tätigkeiten genutzt werden kann und sich jeweils die Frage der Zurechnung stellt.

Es muss davon ausgegangen werden, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkbetreiber jeweils bereits die Grauzone dieser Zurechnungsproblematik für sich nützen. Zudem ist auch im Fall eines bestehenden regulatorischen Systems jeweils damit zu rechnen, dass jeder Regulierung letztlich Unternehmenszahlen zugrunde gelegt werden müssen, die bereits auf bestimmten Abgrenzungen und Umsatzzuordnungen des regulierten Unternehmens beruhen. Auch im regulatorischen Bereich ist daher das Ergebnis der Regulierung nicht jeweils die Darstellung der Wirklichkeit.

Letztlich würden die angeführten überhöhten Ausgleichszahlungen von 10 % nichts anderes sein als Zahlungen, denen keine Leistung gegenübersteht. Letztlich müssten die 10% als reine Gewinnkomponenten gewertet werden; gemeinwirtschaftliche Leistungen sollen aber gerade nicht gewinnorientiert betrieben werden. Die überhöhten Ausgleichszahlungen würden noch weitergehende Wettbewerbsverzerrungen hervorzurufen und die uneingeschränkte Marktmacht des ORF noch weiter einzementieren.

ATV weist darauf hin, dass in diesem Zusammenhang auch das Größenverhältnis zwischen dem öffentlich-rechtlichen Rundfunksender und seinen Konkurrenten beachtet werden muss. Allein die Zulässigkeit überhöhter Ausgleichszahlungen von 10 % kann bereits eine derartige Höhe erreichen, dass diese Ausgleichszahlungen einen wesentlichen Teil des Budgets der Privaten erreichen. Dies vor allem dann, wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunksender sich nur einem kleinen – und weniger finanzstarken – Konkurrenten gegenübersteht.

Die Bestimmungen der derzeitigen Rundfunkmitteilung sind auch nicht als ausreichend anzusehen, um öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten davon abzuhalten, Effizienzgewinne zu erzielen. Die Erzielung von Effizienzgewinnen ist dem ORF aus Sicht von ATV möglich, weil dieser aufgrund seiner Kostenstruktur im Falle einer Erhöhung seiner Effizienz – und insbesondere in Hinblick auf die Kosten im Personalbereich – dazu in der Lage wäre, seine Kosten zu senken.

Demgegenüber wird angeführt, dass im Telekommunikationsbereich für den Universaldienstbringer nur ein Ausgleich nach strengen Kostenrechnungsmodellen, die sich an den Kosten eines effizienten Betreibers orientieren, vorgesehen ist. Der ORF unterliegt daher ohnehin einem mit der Regulierung im Telekommunikationsbereich nicht vergleichbaren System der Regulierung.

ATV betont daher, dass ein erwirtschafteter Gewinn – und so auch ein Effizienzgewinn - unter keinen Umständen vom öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter behalten werden soll, weil dies zu Wettbewerbsverzerrungen führt und die ohnehin schwierige Situation privater Rundfunkveranstalter erschweren würde. Dies würde den öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter letztlich auch dafür belohnen, dass er bisher kein kosteneffizientes System implementiert hat, weil gerade dann mit hohen Effizienzgewinnen zu rechnen ist.

ATV hebt in diesem Zusammenhang auch hervor, dass der ORF sich nicht zuletzt aus Programmentgelten finanziert. Hierbei ist festzuhalten, dass diese Gebühren unabhängig von der Qualität der Sendungen zu entrichten sind. Der ORF legt die Gebühr der Höhe nach selbst fest. Hierbei wird auch angemerkt, dass der ORF wiederum eine Gebührenerhöhung mit Zustimmung des Stiftungsrates beschlossen hat, mit der die Programmentgelte per 1.6.2008 um 9,4% angepasst werden, das heißt um EUR 1,30 pro Teilnehmer und Monat. Dies zu einem Zeitpunkt, zu dem dem ORF das anhängige Beihilfenverfahren vor der EK zur Finanzierung des Rundfunks als mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar bekannt ist.

4.8 Zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit – Ausschluss von Marktverzerrungen

4.8.1 Zur Frage der zur Verfügung stehenden rechtlichen Mechanismen gegenüber öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern im Falle wettbewerbswidrigen Verhaltens (vgl. Punkt 2.7.1. des Fragebogens)

Im österreichischen Recht kann ein privater Rundfunkveranstalter im Falle wettbewerbswidrigen Verhaltens auf der Grundlage des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (kurz „UWG“) oder des Kartellrechts tätig werden.

Nach § 1 UWG kann, wer im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen, oder eine unlautere Geschäftspraktik

anwendet, die den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht und in Bezug auf das jeweilige Produkt geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet, wesentlich zu beeinflussen, auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.

Zudem besteht im Falle von kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen die Möglichkeit, einen Feststellungs- oder Abstellungsantrag an das Kartellgericht zu stellen bzw. den Sachverhalt der BWB bzw. dem Bundeskartellanwalt zur Kenntnis zu bringen, wobei diese die Möglichkeit haben, amtswegig einen Antrag an das Kartellgericht zu stellen.

Grundsätzlich bestehen zwar nach österreichischem Recht Möglichkeiten der Geltendmachung. Bei der Geltendmachung ist jedoch zu bedenken, dass diese jeweils nur ex-post erfolgen kann. Mitunter ist es in diesem Fall bereits zu spät, noch eine Änderung der Situation selbst herbeizuführen. Zudem muss damit gerechnet werden, dass von Seiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters der Instanzenzug durchlaufen wird.

ATV betont in diesem Zusammenhang, dass eine Prüfung der Höhe der Ausgleichszahlungen des ORF durch die Regulierungsbehörde unter Zugrundlegung strenger Kostenrechnungsregeln erfolgen und auch ATV als privatem Rundfunkveranstalter eine Parteistellung zukommen sollte. Zumindest aber sollte ATV ein Antragsrecht in Bezug auf die Höhe der Ausgleichszahlungen eingeräumt werden.

Zudem wird auf Punkt 3.4.2. der vorliegenden Stellungnahme verwiesen.

Angemerkt wird, dass teilweise – auch aufgrund nicht ausreichender personeller Besetzung der entsprechenden zuständigen Stellen – es auch zu einer Nichtahndung von Verstößen kommt. Dies etwa im Bereich der Bewerbungsvorschriften, deren Einhaltung letztlich auch von der Überwachung der Bewerbungsvorschriften abhängt. Zudem ist anzumerken, dass die geringen Beträge als Sanktion für einen Verstoß gegen Bewerbungsvorschriften keinesfalls ausreichen, um weiteren Verstößen entgegenzuwirken.

4.9 Sollten kommerzielle Tätigkeiten unter Marktbedingungen ausgeführt werden? Sollen Kontrollmechanismen eingeführt werden? Wie ist mit der Preisunterbietung umzugehen?

Es ist grundsätzlich beizupflichten, dass ein öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter kommerzielle Tätigkeiten unter Marktbedingungen ausführen soll. In diesem Fall sollten kommerzielle Tätigkeiten den Grundsätzen des Fremdvergleichs standhalten.

ATV ist der Auffassung, dass zur Sicherstellung eines derartigen Verhaltens unter Marktbedingungen auch Kontrollmechanismen und Sanktionsmechanismen sichergestellt werden müssen. Wie bereits ausgeführt, ist die Unterscheidung zwischen kommerziellen und

gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten innerhalb des ORF bereits dadurch erschwert, dass Tochtergesellschaften teilweise dem öffentlichen Auftrag zurechenbare Aufgaben wahrnehmen.

In Österreich fehlt es an ausreichenden Vorgaben für eine Abgrenzung der gemeinwirtschaftlichen und kommerziellen Aufgaben. Eine ausreichende bzw. effiziente Kontrolle ist ebenfalls nicht sichergestellt. Jedenfalls sollte eine Prüfung von einem externen vom ORF unabhängigen Dritten erfolgen. Sowohl die Vorgaben als auch Mindestanforderungen an eine ex-post Kontrolle sollten klar vorgegeben werden.

Preisunterbietungen führen zu Wettbewerbsverzerrungen, die zu Lasten privater Rundfunkbetreiber gehen. ATV hält jedoch fest, dass nicht nur Preisunterbietungen, sondern auch Preisüberbietungen nachhaltige Folgen für den Wettbewerb haben können. Preisüberbietungen beruhen auf dem Verhalten des öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters, seine Wettbewerber regelmäßig zu überbieten und den Markt leer zu kaufen, was letztlich schwerwiegende Folgen im Bereich des Wettbewerbs hervorruft und private Rundfunkveranstalter schwächt.

Die Unterbindung von nicht-marktkonformem Verhalten im Wege von Preisunterbietungen bzw. Preisüberbietungen sollte einer vom ORF unabhängigen Kontrolle unterliegen. Letztlich könnte ein nicht marktkonformes Verhalten im Wege eines Geldbußenverfahrens im Falle von Zuwiderhandlungen eingeführt werden.

4.10 Zur staatlichen Finanzierung von Senderechten für besonders attraktive Sportveranstaltungen

Auch im Zusammenhang mit Senderechten für besonders attraktive Sportveranstaltungen muss verhindert werden, dass derartige Senderechte aufgrund einer erfolgten Überbietung leer gekauft werden. Hierbei wäre aus Sicht von ATV auch wesentlich, die Transparenz von bestehenden Verträgen insb. hinsichtlich ihrer Laufzeit sicherzustellen. Dies könnte im Wege von Anzeigepflichten bzw. der Einführung von Genehmigungsverfahren für Exklusivverträge des öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters sichergestellt werden. Letztlich könnten auch verpflichtende Mindestvorgaben für derartige Exklusivverträge vorgesehen werden.

Die Verpflichtungen hinsichtlich der Zurverfügungstellung von Ereignissen von erheblicher gesellschaftsrechtlicher Bedeutung werden in Österreich durch das Fernseh-Exklusivrechtsgesetz (kurz „FERG“) geregelt. Einer Verordnung sind taxativ jene Ereignisse zu entnehmen, die jedenfalls als Ereignisse von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung eingestuft werden. Hierunter fallen insbesondere Sportveranstaltungen; die Verordnung beinhaltet aber auch das Neujahrskonzert und den Opernball.

Exklusivrechte sind aus Sicht von ATV insbesondere auch im Lichte der kartellrechtlichen Bestimmungen im Sinne des Art. 81 EGV zu prüfen. Tatsächlich handelt es sich bei

Exklusivvereinbarungen des ORF um beträchtliche Marktzutrittsschranken zu den nachgelagerten Märkten für die Ausstrahlung von TV-Programmen. Dies führt insbesondere dazu, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter in die Lage versetzt wird, Märkte abzuschotten. Diesbezüglich ist auch die vereinbarte Laufzeit von entscheidender Bedeutung. ATV geht daher davon aus, dass langfristige Verträge kartellrechtswidrig sein können, wobei auch Verträge, die eine automatische Verlängerungsklausel beinhalten, darunter fallen, weil auch diese faktisch einen langfristigen Vertrag darstellen (vgl. *Thyri/Jäger*, Sportfernsehen und EG-Wettbewerbsrecht, wbl 2006, 197).

Zudem ist davon auszugehen, dass der ORF die Rechte an praktisch allen in der Verordnung genannten Ereignissen von erheblicher Bedeutung erworben hat.

Zusammenfassend folgt daraus, dass der ORF in Österreich eine sehr starke Stellung in allen Bereichen hat, die letztlich zu einer Monopolisierung der Verbreitungswege führt. ATV geht davon aus, dass jene Beträge, die ATV für den Zugang zu den Vertriebs- und Verbreitungswegen bezahlt, überhöht sind. Der ORF hat zudem im Bereich Fernsehrechte Exklusivverträge geschlossen, die jedoch nicht transparent sind, die aber private Betreiber aufgrund der Vertragsdauer benachteiligen. Zudem ist anlässlich der Überarbeitung der Rundfunkmitteilung zu bedenken, dass am österreichischen Markt derzeit die Position des ORF dominierend ist. Hierbei wird noch einmal ausdrücklich festgehalten, dass die Möglichkeit des ORF, Überschüsse bzw. Effizienzgewinne zu behalten, zu weiteren Wettbewerbsverzerrungen führen würde.

Wien, am 10.3.2008

LANSKY, GANZGER + partner