



Verband Österreichischer Privatsender

NAGLERGASSE 2 TOP 11, A 1010 WIEN
TEL: +43 (1) 535 8008
FAX: +43 (1) 535 8008 / 50
MAIL: OFFICE@WMLAW.AT
WEB: WWW.WMLAW.AT

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb

Registratur für Staatliche Beihilfen
B-1040 Brüssel „HT.963“
Belgien

Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Wien, 10. März 2008
08/VÖPEU/0001 - jw/bm - 25480.doc

Verband Österreichischer Privatsender ./.. Stellungnahme zum künftigen Rahmen für die staatliche Finanzierung des öffentlich rechtlichen Rundfunks

Sehr geehrte Damen und Herrn!

Der Verband Österreichischer Privatsender hat uns mit der Einbringung nachstehender Stellungnahme im laufenden Konsultationsverfahren beauftragt:

Vorbemerkungen

1. Der VÖP ist ein nach österreichischem Recht errichteter Verein. Er ist im österreichischen Vereinsregister zur Zahl 779972918 eingetragen. Mitglieder des VÖP sind mehr als 30 österreichische private Fernseh- und Hörfunkveranstalter. Der VÖP versteht sich als Plattform der Interessen und Anliegen der Privatsender in Österreich.
2. Der VÖP begrüßt die Durchführung einer öffentlichen Konsultation zum künftigen Rahmen für die staatliche Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. In der nachstehenden Stellungnahme wird der VÖP zu den einzelnen Fragen der Kommission im Konsultationspapier Stellung nehmen sowie Vorschläge für Anpassungen und Ergänzungen der Rundfunkmitteilung unterbreiten.

1. ALLGEMEINES

1.1 Nach Ansicht der Mitglieder des VÖP ist eine umfassende Überarbeitung der Rundfunkmitteilung¹, in der zum einen die umfassenden Rechtsentwicklungen² seit ihrer erstmaligen Veröffentlichung im Jahr 2001 und zum anderen die aktuellen Entwicklungen in den europäischen Rundfunkmärkten und Märkten für audiovisuelle Mediendienste angemessen berücksichtigt werden, dringend geboten. Die Erfahrungen der vergangenen rund sechs Jahre haben gezeigt, dass die Rundfunkmitteilung kein ausreichend geeignetes Instrument war, um unverhältnismäßigen Benachteiligungen privater Rundfunkunternehmen gegenüber zumindest zum Teil aus öffentlichen Mitteln finanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen, die auch geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, vorzubeugen. Allein in den Jahren, die dem Jahr der Veröffentlichung der Rundfunkmitteilung folgten, entschied die Europäische Kommission 13 Fälle, in denen mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbare staatliche Beihilfen an öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen gewährt wurden.³ Hinzukommen die noch nicht durch eine formale Kommissionsentscheidung erledigten Beschwerden betroffener Unternehmen gegen öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen aus Mitgliedstaaten.⁴ Darüber hinaus sind gegenwärtig die Präzisierungen der allgemeinen Kriterien, die bei der Betrauung eines Unternehmens mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach Art 86 Abs 2 EG-Vertrag zu berücksichtigen sind, wie sie sich aus der Kommissionsentscheidung⁵ und dem Gemeinschaftsrahmen⁶ über Ausgleichszahlungen ergeben, nicht auf öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen anzuwenden.⁷ Durch eine Integration der in der Entscheidung und dem Gemeinschaftsrahmen über Ausgleichszahlungen enthaltenen Präzisierungen der allgemeinen Kriterien des Art 86 Abs 2 EG-Vertrag in die Überarbeitung der

¹ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S5-11 („Rundfunkmitteilung“).

² In diesem Zusammenhang wird auf die exemplarische Auflistung in Punkt 1.1 des Fragebogens zur Konsultation zum künftigen Rahmen für die staatliche Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks verwiesen.

³ Vgl. die Aufstellung der Europäischen Kommission, GD Wettbewerb, http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/media/decisions_psb.pdf.

⁴ Vgl. z.B. *Finanzierung des ORF – Österreich* staatliche Beihilfe E 2/2008 (ex CP 163/2004 und CP 227/2005); Aber auch betreffend die Finanzierung des öffentlichen Rundfunks von Portugal, Spanien, Dänemark und Schweden (ex IP/01/1429); Die Verfahren zur Untersuchung der Finanzierung des Griechischen, Flämischen und Irischen öffentlichen Rundfunks sind kürzlich eingestellt worden (ex IP 08/169 IP 08/316, IP 08/317).

⁵ Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interessen betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl. L 312 vom 29.11.2005, S. 67.

⁶ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl. C 297 vom 29.11.2005, S. 4.

⁷ Vgl. Punkt 1., 3. Spiegelstrich des Gemeinschaftsrahmens über Ausgleichszahlungen.

Rundfunkmitteilung könnten viele Rechtsunsicherheiten, die zum Teil Rechtsverstöße der Mitgliedstaaten beziehungsweise der von ihnen betrauten öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen in der Vergangenheit erleichtert haben und die sich bereits gegenwärtig aufgrund der rasanten technologischen Weiterentwicklungen und dem daraus folgenden geänderten Nutzerverhalten vorhersehen lassen, durch klarere Vorgaben der Kommission im Rahmen ihrer Kompetenzen einheitlich gelöst werden. Aufgrund der Besonderheiten des Rundfunks werden allenfalls Anpassungen der von der Kommission in der Entscheidung und dem Gemeinschaftsrahmen über Ausgleichszahlungen entwickelten Präzisierungskriterien erforderlich sein (vgl. dazu detaillierter Punkt 2.1 unten).

- 1.2 Die traditionellen elektronischen (Rundfunk) Medien, Fernsehen und Radio, befinden sich gegenwärtig in einer in ihrer Geschichte bislang einzigartigen Umbruchsphase. Grund dafür ist eine Anhäufung zahlreicher Marktentwicklungen, die sich parallel vollziehen. Treibende Kräfte sind technologische Entwicklungen, durch die traditionelle Nutzungs-, Verbreitungs- und Vertriebskanäle aufgebrochen, zusammengeführt oder zumindest neu gemischt werden (Stichwort „Medienkonvergenz“), sowie Veränderungen des wirtschaftlichen und rechtlichen Umfelds⁸, die nur zum Teil in unmittelbarem Zusammenhang mit den neuen technologischen Möglichkeiten stehen. Vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklungen ist die Rolle von öffentlich-rechtlichem Rundfunk in den Mitgliedstaaten und dessen wettbewerbsrechtliche Privilegierung gegenüber privaten Anbietern zu revidieren und die Rechtfertigung der Sonderstellung, die der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch das Amsterdamer Protokoll genießt, grundsätzlich in Frage zu stellen. Jedenfalls bedarf es aber zumindest möglichst präziser gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, durch die die Grenzen der wettbewerbsrechtlichen Privilegierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen in den Mitgliedstaaten klarer als bisher definiert werden und durch die die Einhaltung dieser Grenzen bestmöglich gewährleistet wird, um so sachlich jedenfalls nicht mehr gerechtfertigten Wettbewerbsnachteilen für private Rundfunkunternehmen bestmöglich vorzubeugen.

Aus heutiger Sicht wird die größte Herausforderung in diesem Zusammenhang die Klärung der Frage sein, inwieweit eine Ausweitung der Privilegierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkunternehmen in neue Märkte infolge der Digitalisierung und Medienkonvergenz tatsächlich zur Erfüllung des ihnen übertragenen öffentlich-rechtlichen Auftrags notwendig ist. Nach Ansicht der Mitglieder des VÖP ist die Annahme in der derzeitigen Rundfunkmitteilung, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk den technologischen Fortschritt nutzen und seine Tätigkeiten im digitalen Zeitalter weiterentwickeln und diversifizieren müsse, jedenfalls in dieser Generalität zu widerrufen (vgl. im Detail dazu die Ausführungen in Punkt 2.2.4 ff).

⁸ Ein Beispiel ist die geplante Einführung einer Förderung von privatem Rundfunk in Österreich (siehe dazu im Detail Punkt 1.3.3 unten).

1.2.1 Österreichische TV-Wettbewerber und ihre Marktanteile

1.2.1.1 Marktanteile gemessen an der Seherzahl

Bis zum Jahre 1998 bestand in Österreich über Jahrzehnte hinweg ein staatliches Rundfunkmonopol. Die einschlägige gesetzliche Grundlage⁹ sah und sieht für den Österreichischen Rundfunk (ORF) den Betrieb von zwei österreichweit ausgestrahlten Vollprogrammen sowie neun Regionalprogrammen, entsprechend den neun österreichischen Bundesländern, vor. Darüber hinaus betreibt der ORF das Spartenprogramm ORF-Sport Plus und den kommerziellen Sender TW1. Schließlich besitzt er noch ein Programmfenster im Sender BRalpha, der vom Bayerischen Rundfunk betrieben wird, ist an 3SAT und ARTE beteiligt und strahlt ORF 2 Europe und ORF mobil aus.¹⁰ Neben dem terrestrischen Fernsehen sind in Österreich mehrere dutzend Fernsehprogramme über Kabel oder Satellit empfangbar. Aufgrund der gemeinsamen Sprache sind hier hauptsächlich Fernsehsender aus dem deutschen Sprachraum relevant. In den letzten Jahren haben mehr und mehr deutsche Sender ihr Programm an den österreichischen Markt angepasst, sei es durch österreichische Werbefenster, sei es durch speziell für das österreichische Zielpublikum gestaltete Programmplätze. Hauptkonkurrenten des ORF sind die über Kabel und Satelliten empfangbaren deutschen Privat-Sender SAT 1, RTL und ProSieben, die beiden deutschen öffentlich-rechtlichen Sender ARD und ZDF, sowie die beiden österreichischen Privatsender ATV und PULS 4, die österreichweit terrestrisch empfangbar sind.¹¹ Der ORF fiel von einem Marktanteil von 47,3% im Jahr 2006 auf 43,1% im Jahr 2007. Der Anteil der privaten Fernsehveranstalter am österreichischen Fernsehmarkt ist hingegen weiter auf 56,9%-Punkte gestiegen (vgl. unten Abb. 1).^{12,13} Damit besitzt der ORF trotz Digitalisierung und Liberalisierung nach wie vor einen überragenden Marktanteil (vgl. unten Abb. 2 und auch Punkt 1.3.1 unten). Bei einem Vergleich der einzelnen Programme des ORF mit den einzelnen Programmen privater Anbieter wird die fortbestehende Marktkonzentration des ORF besonders deutlich (vgl. dazu die graphische Darstellung in Abb. 3 unten): ORF 2 liegt an der Spitze mit einem Marktanteil von 25,5% (!) gefolgt von ORF 1 mit einem Marktanteil von 17,6%. An dritter Stelle liegt der deutsche Privatsender Sat.1 mit lediglich 6,8% Marktanteil (lediglich ein Viertel des Marktanteils von ORF 2). Bei einer durchschnittlichen Berechnung der Marktanteile von 25 deutschsprachigen

⁹ Bundesgesetz über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk („ORF-G“) idgF.

¹⁰ *Kommission DG Comp*, Mitteilung vom 31.01.2008, C4/AAAn/NT/fc D(2008)0025.

¹¹ PULS 4 ist erst seit 1.1.2008 österreichweit empfangbar.

¹² AGTT / GfK Fessel: Teletest, Zeitraum 1.1.-31.12.2007, Zielgruppe 12+, gesamt Österreich, alle Empfangsebenen.

¹³ Der Anteil der privaten TV-Sender unterteilt sich weiter in 13,4% für solche mit Österreich-Programm, (ATV, Sat.1 Österreich, ProSieben Austria, Go-TV) und 47% „pure Importe“.

„Mitbewerbern“ des ORF, entfällt auf jeden Privat-Sender lediglich ein Marktanteil von 2% (!).¹⁴

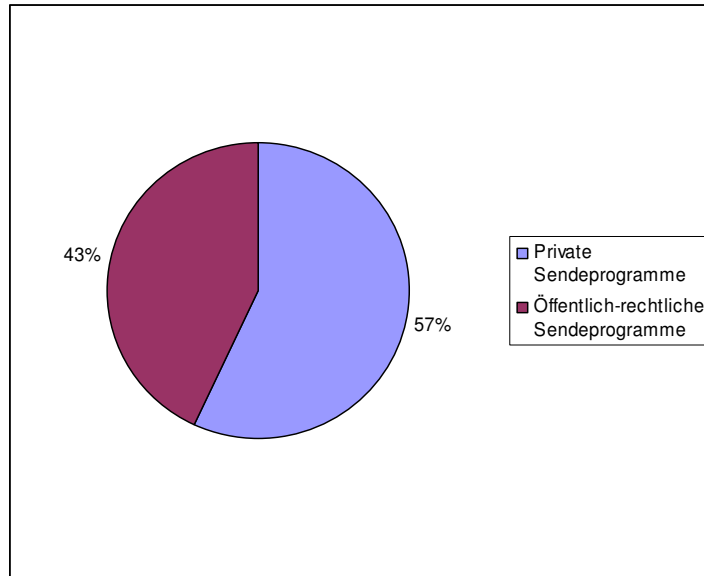


Abb. 1 Fernsehmarkt – Marktanteilsverteilung 2007

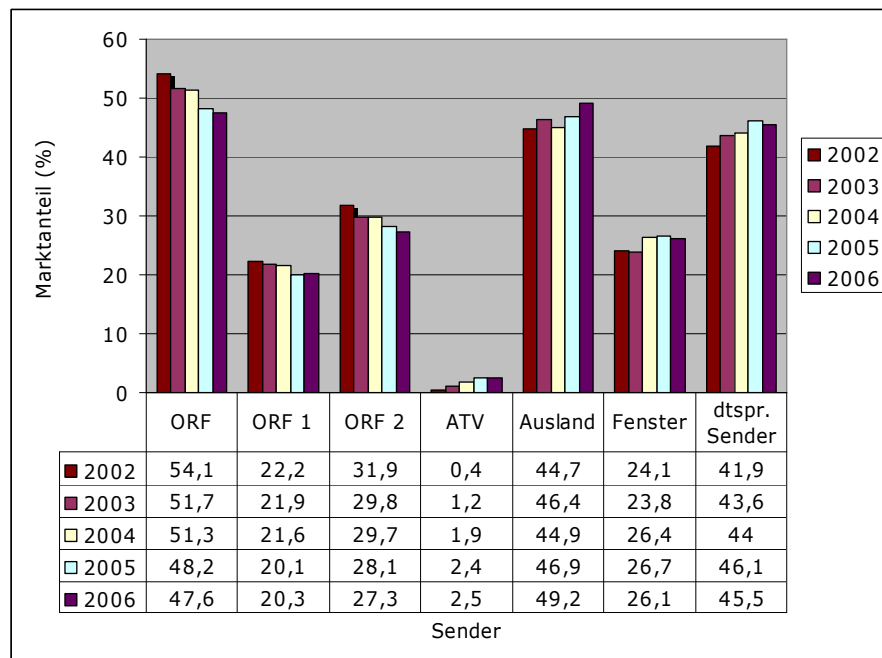


Abb.2 Fernsehmarkt – Marktanteilsentwicklung 2002 - 2006 in Zielgruppe 12+¹⁵

¹⁴ Teletest 2007 http://mediaresearch.orf.at/index2.htm?fernsehen/fernsehen_ma.htm.

¹⁵ AGTT/GfK Fessel: Teletest, Zeitraum 1.1.-31.12.2007, Zielgruppe 12+, gesamt Österreich, alle Empfangsebenen in Rundfunk & Telekom Regulierungs-GmbH, Kommunikationsbericht 2006, 128.

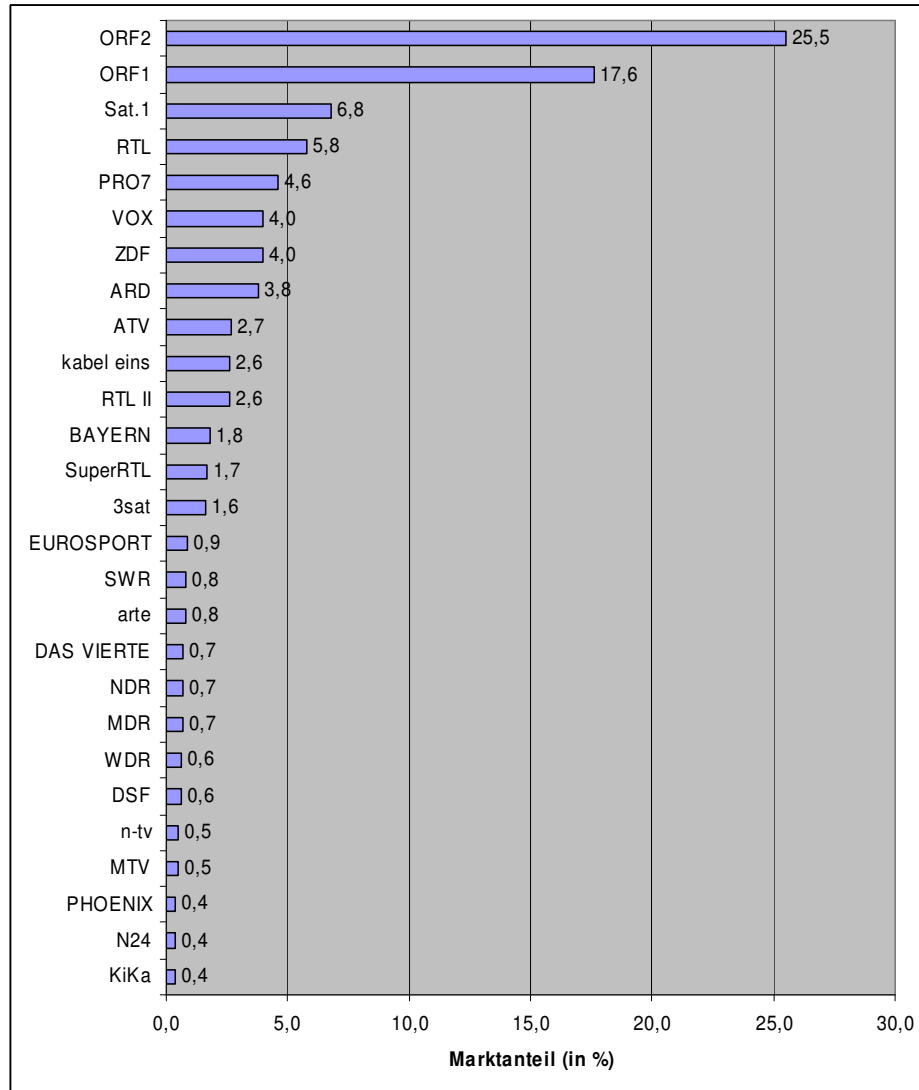


Abb. 3 Marktanteile am österreichischen TV-Markt 2007 nach einzelnen Sendern¹⁶

1.2.1.2 Entwicklung TV-Marktanteile Werbung

Von 2005 auf 2006 ist eine Umschichtung von Werbeausgaben vom öffentlichen Rundfunk hin zum privaten ersichtlich (vgl. unten Abb. 4). Privater Rundfunk hatte im Jahr 2006 einen Anteil in der Höhe von zwei Drittel der Werbeeinnahmen des öffentlich-rechtlichen erreicht.¹⁷ Im Jahr 2007 ist es allerdings – von einer vernachlässigbar (< 1%) geringfügigen Fortsetzung des Trends – bei dem gleichen Verhältnis von 59% für ORF-TV und 41% für Privat-TV geblieben.¹⁸ Trotz Liberalisierung und Digitalisierung ist die wesentliche Marktmacht daher beim ORF konzentriert geblieben. Mit 59%-Anteil am Werbemarkt hat der ORF zusätzlich zu den eingehobenen Rundfunkgebühren ganz enorme finanzielle Ressourcen zur Verfügung.

¹⁶ Teletest 2007 http://mediaresearch.orf.at/index2.htm?fernsehen/fernsehen_ma.htm.

¹⁷ FOCUS Media Research in Rundfunk & Telekom Regulierungs-GmbH, Kommunikationsbericht 2006, 111.

¹⁸ Vgl. FOCUS Media Research, Zeitraum 1-12/2007.

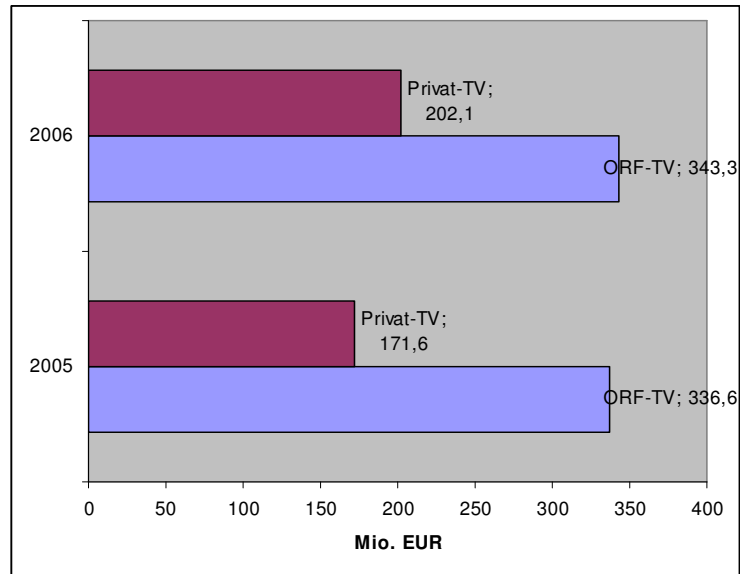


Abb. 4 Werbeumsätze Vergleich Privat-TV/ORF-TV für die Jahre 2005/2006

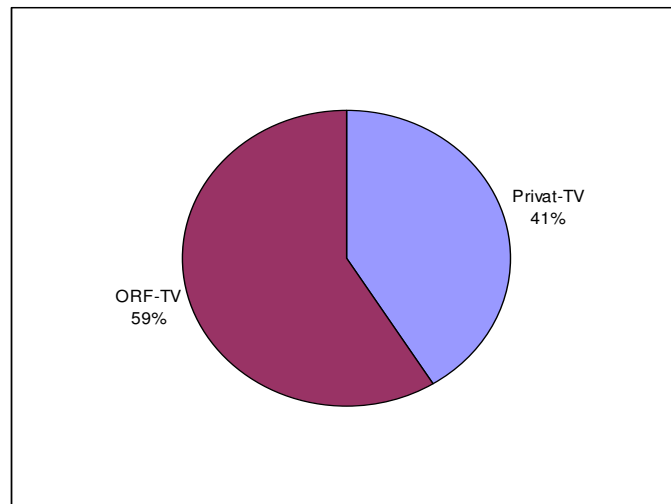


Abb. 5. Marktanteile Werbemarkt 2007

1.2.2 Der österreichische Hörfunkmarkt: Teilnehmer und ihre Marktanteile

Der österreichische Hörfunkmarkt gestaltet sich im Vier-Jahres-Vergleich stabil. Die ORF Radiosender verfügten 2004 in der Zielgruppe 10+ über einen Anteil von 80% (!) gegenüber 17% für die privaten Radiosender (vgl. unten Abb. 6). 2007 ist das Verhältnis 79% zu 18% (vgl. unten Abb. 6).¹⁹ In der Zielgruppe der 14-49jährigen gestaltet sich das Verhältnis 74% für die ORF-Sender zu 23% für die Privat-Sender.²⁰ Der ORF hält daher auch im Hörfunkmarkt nach wie vor einen überragenden Marktanteil. Besonders beachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass sich bei einer Einzelbeschau der öffentlich-rechtliche Sender Ö3 als absoluter Marktführer mit einem Marktanteil von 45% im Jahr

¹⁹ Radiotest 2. Halbjahr 2004 – 2. Halbjahr 2007, Zielgruppe 10+, Montag bis Sonntag.

²⁰ Radiotest 2. Halbjahr 2004 – 2. Halbjahr 2007, Zielgruppe 14-49, Montag bis Sonntag.

2007 unverändert an der Spitze hält.²¹ Kronehit, als einziger bundesweit empfangbarer privater Konkurrent wies in diesem Segment einen Marktanteil von lediglich 5% (!) auf. Es muss in diesem Zusammenhang betont werden, dass Ö3 ein vollkommen kommerziell ausgerichtetes Radioprogramm im Hot AC Format²² veranstaltet.

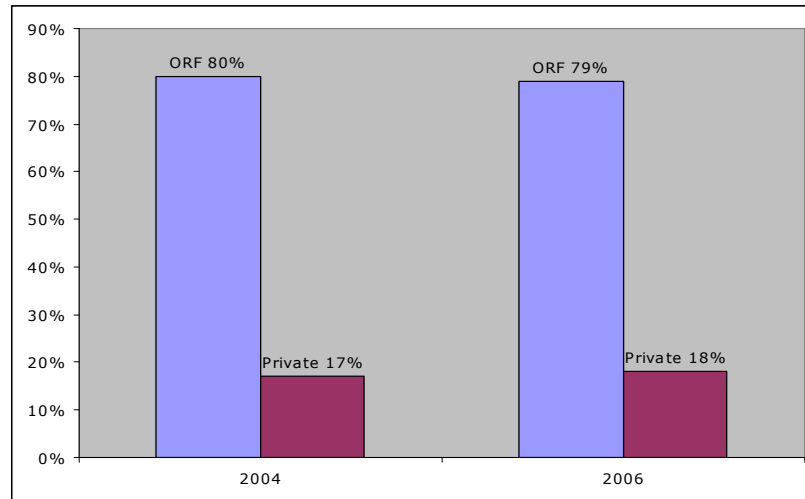


Abb. 6 Marktanteile ORF-Radios vs. Private Radios 2007 in der Zielgruppe 10+

1.3.1 Digitalisierung des terrestrischen Fernsehens:

Mit dem Ende 2003 veröffentlichten Digitalisierungskonzept wurden die grundlegende Strategie und der Zeitplan für die Einführung von digitalem Antennefernsehen („Digital Video Broadcasting Terrestrial, idF „DVB-T“) in Österreich geschaffen. Beim digitalen terrestrischen Fernsehen werden mehrere Programme und Zusatzdienste (durch einen so genannten Multiplex-Betreiber) gebündelt und über eine gemeinsame Frequenz ausgestrahlt. Der österreichische Gesetzgeber hat daher das Regelungssystem des analogen Fernsehens, wo eine freie Frequenz jeweils einem Rundfunkveranstalter zugeordnet wurde, nicht übernommen. Die zuständige österreichische Regulierungsbehörde („Kommunikationsbehörde Austria“ idF „KommAustria“) schreibt nunmehr Zulassungen für Multiplex-Plattformen²³ aus und vergibt diese zusammen mit den Frequenzen an den am meisten geeigneten Bewerber. Dabei werden dem Multiplex-Betreiber eine Reihe von Auflagen erteilt, die vor allem auch die Programmauswahl betreffen. Rundfunkveranstalter werden nicht mehr direkt von der KommAustria ausgewählt, sondern vom Multiplex-Betreiber nach den von der KommAustria vorgeschriebenen Verfahren und Kriterien.

²¹ Radiotest 2007, Zielgruppe 14-49.

²² Hot AC steht für Adult Contemporary, das sich durch die größten Hits der 80er, 90er und 2000er auszeichnet.

²³ Gemäß § 2 Z 6 des österreichischen Privatfernsehgesetzes („öPrTV-G“) handelt es sich bei einer Multiplex Plattform um die technische Infrastruktur zur Bündelung und Verbreitung der in einen digitalen Datenstrom zusammengefassten digitalen Programme und Zusatzdienste.

Nach einer Vorbereitungsphase wurde am 13. Mai 2005 erstmals eine Zulassung zur Errichtung und zum Betrieb einer bundesweiten terrestrischen Multiplex-Plattform zur Einführung von digitalem terrestrischem Fernsehen in Österreich ausgeschrieben. Die ausgeschriebene Zulassung umfasst eine Multiplex-Plattform mit zwei Bedeckungen für die Ausstrahlung von digitalem terrestrischem Fernsehen („MUX A“ und „MUX B“). Aufgrund der ersten Ausschreibung im Jahr 2005 wurde die Zulassung (MUX A und MUX B) an die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG („ORS“), eine Gesellschaft an der der österreichische öffentlich-rechtliche Rundfunk als Kommanditist beteiligt ist, erteilt. Gemäß § 25 Abs 2 Z 2 und 3 öPrTV-G war durch Auflagen im Bescheid der ORS sicherzustellen, dass eine Tochtergesellschaft des ORF,

- (i) die zwei vom österreichischen Rundfunk analog ausgestrahlten Fernsehprogramme; und
- (ii) das Programm jenes Rundfunkveranstalters, dem eine Zulassung für bundesweites analoges privates terrestrisches Fernsehen erteilt wurde

auf Nachfrage und gegen angemessenes Entgelt in das jeweilige Programmpaket im jeweiligen Versorgungsgebiet eingebunden sind und dass ausreichend Datenvolumen für deren Verbreitung zur Verfügung steht, sofern diese Programme im jeweiligen Versorgungsgebiet noch nicht digital terrestrisch verbreitet werden (so genannte „Must Carry“- Verpflichtung). MUX A dient seit der rechtskräftigen Zulassung der ORS daher der flächendeckenden Versorgung des Bundesgebietes mit den bisher bundesweit terrestrisch ausgestrahlten Programmen des ORF, ORF 1 und ORF 2, sowie des bundesweit empfangbaren privaten Programms ATV+.

Über MUX B können – regional unterschiedlich – neue Programme verbreitet werden. Die Auswahl der über MUX B auszustrahlenden Programme erfolgt durch die ORS nach Maßgabe der Bestimmungen in dem ihr erteilten Bescheid. Demgemäß hat die ORS freie Kapazitäten für die Übertragung von digitalen Programmen öffentlich bekannt zu machen. Besteht eine Nachfrage an dieser Kapazität durch mehrere Interessenten, ist von der ORS demjenigen Interessenten der Vorrang einzuräumen, der mit dem von ihm veranstalteten Programm nachstehendes besser gewährleistet²⁴:

- Beitrag zur Steigerung der Programm- und Meinungsvielfalt innerhalb des DVB-T Bouquets;
- größerer Anteil eigengestalteter Programme;
- größere Nachfrage der Teilnehmer;
- Österreichbezug betreffend Information, Bildung, Kultur, Gegenwartskunst, Unterhaltung einschließlich Sport;
- größerer Regionalbezug;

²⁴ Vgl. Beilage zum Bescheid der KommAustria vom 23. Februar 2006, KOA 4.200/06-002.

- Angebot von Zusatzdiensten im MHP-Standard; und
- Angebot eines unverschlüsselten, frei zugänglichen Programms.

Auf Basis dieser ersten Multiplex-Zulassung für die Verbreitung von digitalem terrestrischem Fernsehen wurde am 26. Oktober 2006 in Wien und allen Landeshauptstädten Österreichs mit der Ausstrahlung digitalisierter Rundfunksignale im DVB-Standard für terrestrisch verbreitetes Fernsehen (DVB-T) begonnen. Bereits vom ersten Tag konnten an etwa 70% aller österreichischen Fernsehhaushalte mit digitalem Antennenfernsehen versorgt werden. Zunächst wurden mit dem digitalen Antennenfernsehen die Programme ORF 1, ORF 2 und ATV+ über MUX A empfangbar. Mit 26. Oktober 2006 hat somit ein schrittweiser Umstellungsprozesse begonnen, der drei bis vier Jahre dauern wird, bis mindestens 95% der österreichischen Haushalte digitale Fernsehsignale über Antenne empfangen können. Nach Beginn der Ausstrahlung von digitalem Antennenfernsehen in den jeweiligen Regionen wurden dort die bisherigen analogen Fernsehsignale nach einer mehrmonatigen Übergangsphase abgeschaltet. In diesen ersten Gebieten steht Antennenfernsehen somit ausschließlich in digitaler Form zur Verfügung.

Durch die Abschaltung der analogen Signale entstand viel Raum für das Angebot weiterer, digitaler Fernsehprogramme, die über MUX B ab 22. Oktober 2007 in allen Landeshauptstädten und Ballungsräumen Österreichs ausgestrahlt werden. Derzeit werden über MUX B die Programme 3sat, ORF Sport Plus und Puls 4 digital verbreitet.

Am 12. September 2007 wurden weitere Zulassungen zur Errichtung und zum Betrieb von lokalen und regionalen terrestrischen Multiplex Plattformen zur Einführung von lokalem und regionalem digitalem terrestrischem Fernsehen in Österreich ausgeschrieben („MUX C“).²⁵ Im Rahmen dieser Ausschreibung stehen Frequenzressourcen im Ausmaß von bis zu einem bundesweiten Frequenzlayer zur Verfügung. Die gemeinsam als MUX C bezeichneten lokalen und regionalen terrestrischen Multiplex-Plattformen bestehen grundsätzlich unabhängig voneinander. Die entsprechenden Versorgungsgebiete werden nicht im Vorhinein von der KommAustria definiert. Vielmehr kann aufgrund der allgemeinen Ausschreibung ein Antragsteller in seinem Antrag das gewünschte Versorgungsgebiet selbst definieren, wobei die Versorgungsgebiete höchstens ein Bundesland umfassen dürfen.²⁶ Die konkrete Frequenzwahl erfolgt im Zuge des Zulassungsverfahrens auf Basis der eingelangten Anträge. Pressemeldungen zufolge haben sich insgesamt 29 Antragsteller für diese dritte österreichische DVB-T Plattform beworben.²⁷ Bewerben sich im Rahmen dieser Ausschreibung mehrere Antragsteller um die gleichen Versorgungsgebiete kommen die in § 24 Abs 1 öPrTV-G normierten

²⁵ Vgl. www.rtr.at/de/rf/MUXCAusschr.

²⁶ Vgl. Erläuterungen zur MUX-Auswahlgrundsatzverordnung 2007, MUX-AG-V 2007, S. 5 ff http://www.rtr.at/de/rf/RFGV/MUX-Auswahlgrundsatzverordnung_2007.pdf.

²⁷ Vgl. www.infosat.info/Meldungen/print.php?msgID=43342.

Auswahlkriterien zur Anwendung, die durch eine eigens gemäß § 24 Abs 2 öPrTV-G von der KommAustria erlassene Verordnung (so genannte MUX-Auswahlgrundsätzeverordnung 2007 – MUX – AG – V 2007) näher konkretisiert wurden. Gemäß § 24 Abs 1 Z 6 öPrTV-G iVm § 2 Abs 2 Z 6 MUX – AG – V 2007 ist dabei unter anderem jenem Antragsteller der Vorrang einzuräumen, der besser ein meinungsvielfältiges Angebot an digitalen Programmen, wobei Programme mit österreichbezogenen Beiträgen vorrangig verbreitet werden, gewährleisten kann. Dabei sollen vor allem die Verbreitung oder Weiterverbreitung von Programmen, die zum Zeitpunkt der Multiplex-Zulassungserteilung über eine nicht bundesweite analoge terrestrische Zulassung verfügen, und von Programmen bereits existierender lokaler und regionaler Kabelrundfunkveranstalter vorrangig behandelt werden.²⁸

Vor dem Hintergrund der Digitalisierung des terrestrischen Fernsehens in Österreich hat der österreichische Gesetzgeber daher vor allem in Hinblick auf das digitale Programmangebot Rahmenbedingungen – entweder durch einzuhaltende Auswahlkriterien eines Multiplex-Betreibers bei der Auswahl der über die Multiplex Plattform zu verbreitenden Programme oder durch Kriterien zur Auswahl zwischen mehreren Multiplex-Betreibern – geschaffen, die die Einführung und Verbreitung von differenzierten Gesamtprogrammen bestehend aus Information, Kultur, Unterhaltung und Sport in Österreich gewährleisten. Aufgrund der gesetzlichen Vorgaben müssen private Rundfunkveranstalter ein Programm verbreiten, das wesentliche Kriterien des in § 4 ORF-G für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk normierten Programmauftrags erfüllt.²⁹

1.3.2 Einführung von Mobile TV:

Am 12. September 2007 wurden nicht nur weitere Zulassungen zur Errichtung und zum Betrieb von lokalen und regionalen terrestrischen Multiplex Plattformen zur Einführung von lokalem und regionalem digitalem terrestrischen Fernsehen in Österreich ausgeschrieben („MUX C“), sondern auch eine Zulassung zur Errichtung und zum Betrieb einer bundesweiten Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk („MUX D“). Aufgrund dieser Ausschreibung wurde mit Bescheid der KommAustria vom 29. Februar 2008 die Zulassung zur Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk der deutschen MEDIA Broadcast GmbH erteilt. Zum Zeitpunkt der Einbringung dieser Stellungnahme ist die Zulassung an die MEDIA Broadcast GmbH noch nicht rechtskräftig.

Gemäß § 25a Abs 5 Z 6 öPrTV-G hat die KommAustria bei Erteilung der Multiplex-Zulassung durch entsprechende Auflagen sicherzustellen, dass die bundesweit

²⁸ Vgl. § 2 Z 6 a)-c) MUX-AG-V 2007.

²⁹ § 4 ORF-G normiert in diesem Zusammenhang unter der Überschrift „Programmauftrag“, dass der ORF in Erfüllung seines Auftrages ein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle anzubieten hat. Das Angebot hat sich an der Vielfalt der Interessen aller Hörer und Seher zu orientieren und sie ausgewogen zu berücksichtigen.

terrestrisch ausgestrahlten Fernsehprogrammen auf Nachfrage und gegen angemessenes Entgelt in das Basispaket eines Multiplex-Betreibers aufgenommen werden müssen, sofern diese Programme im jeweiligen Versorgungsgebiet noch nicht über eine Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk verbreitet werden. Dementsprechend müssen die Programme des ORF, ORF 1 und ORF 2, sowie das bundesweit terrestrisch ausgestrahlte private Programm ATV+, im Programm bouquet für mobiles terrestrisches Fernsehen unverändert enthalten sein. In der Zulassung der MEDIA Broadcast GmbH wird diese gesetzliche Verpflichtung zusätzlich durch eine entsprechende Auflage abgesichert.³⁰ Während dem ORF daher ein gesetzlicher Anspruch zusteht, seine Fernsehprogramme ORF 1 und ORF 2 unverändert über mobiles Fernsehen zu verbreiten, ist ein entsprechender gesetzlicher Anspruch für private Rundfunkveranstalter nicht vorgesehen.

Der ORF hat aufgrund der mit § 9 Abs 1 ORF-G bewirkten Erweiterung seines Unternehmensgegenstandes auch die Möglichkeit, zukünftig im kommerziellen Bereich Programme für mobiles terrestrisches Fernsehen zu veranstalten. Gemäß § 9 Abs 1 ORF-G ist es dem ORF gestattet, durch von ihm beherrschte Tochtergesellschaften (§ 244 Abs 2 iVm Abs 4 und 5 UGB) sowie durch eine vertragliche Zusammenarbeit dieser Tochtergesellschaften mit anderen Unternehmen Fernsehprogramme im Inland mit speziell für die mobile Nutzung aufbereiteten Inhalten zur Verbreitung in einem frei zugänglichen Paket oder in einem Basispaket über eine Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk zu veranstalten.³¹ Durch die sich daraus ergebende gesetzliche Ermächtigung des ORF ist es dem ORF grundsätzlich möglich, geldwerte Vorteile aus dem gebührenfinanzierten nicht-kommerziellen Bereich im kommerziellen Bereich zu nutzen (siehe dazu auch Punkt 1.3.5.2 unten). In der Zulassung der MEDIA Broadcast GmbH ist die Einbindung eines vom ORF speziell für mobiles Fernsehen durch seine Tochtergesellschaften veranstalteten Programms derzeit (noch) nicht vorgesehen.

1.3.3 Einführung einer Rundfunkförderung für Private:

Die österreichische Bundesregierung plant für die nahe Zukunft die Einführung eines Fonds zur Förderung des privaten Rundfunks.³² Privaten Rundfunkveranstaltern sollen in Zukunft Fördermittel des österreichischen Bundes zur Förderung der Vielfalt des privaten, besonders auch des lokalen und regionalen Programmangebots, das insbesondere einen Beitrag zur Förderung des österreichischen und europäischen Bewusstseins sowie der Information und Bildung der österreichischen Bevölkerung leistet, zur Verfügung stehen. Im Ergebnis sollen in Zukunft Inhalte in privaten Rundfunkprogrammen gefördert

³⁰ Vgl. Bescheid der KommAustria vom 29. Februar 2008, KOA 4.250/08-33, Punkt 4.5.2, S.3.

³¹ Vgl. BGBl. I Nr.52/2007.

³² Vgl. z.B. die Onlineausgabe der österreichischen Tageszeitung der Standard vom 29.02.2008 <http://derstandard.at/?url=/?id=3170632>, „Programmauftrag für Privatsender“.

werden, die vom Programmauftrag des österreichischen öffentlichen Rundfunks³³ umfasst sind. Es ist daher davon auszugehen, dass private Rundfunkveranstalter aufgrund entsprechender Förderungen Rundfunkprogramme mit Inhalten verbreiten werden, die bislang vom österreichischen öffentlich-rechtlichen Rundfunk aufgrund seines öffentlichen Auftrags zu verbreiten sind.

1.3.4 Neue Dienste:

Neue Technologien und Medienkonvergenz bieten zahlreiche neue Angebote, die unterschiedliche Bedürfnisse der Nutzer (etwa Informationsbedürfnis, Unterhaltungsbedürfnis, Bildung u.ä.) abdecken. Die Marktentwicklungen in Folge der Digitalisierung, durch die in Österreich für viele Nutzer eine Erneuerung ihrer technischen Infrastruktur, die ihnen gleichzeitig den Zugang zu einem wesentlich umfassenderen Programmangebot geschaffen hat, notwendig wurde bzw. wird und das einer breiten Öffentlichkeit leicht zugänglich rasant wachsende Zusatzangebot an audio-visuellen Inhalten außerhalb traditioneller Rundfunkangebote, zeigen deutlich ein gezielt differenziertes Konsumverhalten. Die jeweils konkrete Nachfrage wird nunmehr nachfragespezifische aus alternativen Quellen befriedigt. Ein öffentlich-rechtlicher Rundfunkanbieter, der die gesamte Nachfrage nach Inhalten innerhalb des von den Mitgliedstaaten definierten öffentlich-rechtlichen Auftrags abdeckt, ist nur noch Utopie.³⁴

1.3.5 Fazit:

1.3.5.1 Vor dem Hintergrund der dargestellten Marktentwicklungen ist der Umfang des durch staatliche Beihilfen förderbaren Versorgungsauftrags öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter auf das zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags absolut notwendige Maß zu beschränken. In diesem Zusammenhang ist auch das Programmangebot privater Rundfunkveranstalter in den relevanten Versorgungsgebieten sowie den relevanten Märkten (sofern es sich um neue Mediendienste handelt) zu berücksichtigen. Werden bestimmte Teile des öffentlich-rechtlichen Auftrags bereits durch private Rundfunkveranstalter rechtlich gesichert in bestimmten Versorgungsgebieten beziehungsweise relevanten Märkten erbracht, ist aufgrund der heute zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten sowie unter Berücksichtigung der faktischen und rechtlichen Gegebenheiten in den Mitgliedstaaten häufig kein zusätzliches Programmangebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zur Versorgung bestimmter Versorgungsgebiete oder Märkte mit bestimmten Inhalten mehr erforderlich. Die nachhaltige Verbreitung bestimmter Inhalte in bestimmten Versorgungsgebieten ist in Österreich durch das gesetzliche System der Vergabe von Rundfunkzulassungen sowie

³³ Vgl. § 4 Abs 1 ORF-G.

³⁴ Vgl. zu dem sich ändernden Angebot und dessen Auswirkungen auf die Nachfrage, *H. Thoma*, *Die Zeit ist um, der Tod kommt* in *Christ/Hüffel/Rohrer* (Hrsg.), „Hat öffentlich-rechtliches Fernsehen Zukunft?“ erschienen in der Reihe *Medienwissen für die Praxis des FH-Studiengangs Journalismus*, S. 87 ff.

durch die Vergabepaxis der zuständigen österreichischen Behörden abgesichert.³⁵ Mit der geplanten Einführung einer Rundfunkförderung mit den derzeit vorgesehenen Förderkriterien würden zusätzliche Anreize für private Rundfunkveranstalter für eine Versorgung mit Inhalten, die in wesentlichen Teilen jenen des Programmauftrags des österreichischen öffentlich-rechtlichen Rundfunks entsprechen, geschaffen. Die Reservierung von Frequenzen und Kapazitäten (etwa Datenmengen für die Verbreitung von mobilem Rundfunk) für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, die nicht ausschließlich für vom öffentlich-rechtlichen Auftrag gedeckte Inhalte genutzt werden, führt notwendig zu Wettbewerbsverzerrungen zulasten privater Rundfunkveranstalter, die nicht mehr durch den öffentlich-rechtlichen Auftrag gedeckt sind.

1.3.5.2 Das Beispiel der Einführung von Mobile TV in Österreich und die Privilegierung des österreichischen öffentlich-rechtlichen Rundfunks beim Zugang zu dieser neuen Verbreitungsart verdeutlichen, dass die gesetzliche Absicherung der Verbreitungsmöglichkeiten öffentlich-rechtlicher Rundfunkprogramme über neue Technologien für sich allein nicht ausreichen, um den von den Mitgliedstaaten definierten Versorgungsauftrag zu erfüllen. Der österreichische Gesetzgeber hat selbst erkannt, dass sich das Nutzerverhalten der Konsumenten von mobilem Fernsehen signifikant von jenem für „herkömmliches“ Fernsehen unterscheidet.³⁶ Dessen ungeachtet hat der österreichische öffentlich-rechtliche Rundfunk das Recht auf unveränderte Verbreitung seiner beiden bundesweit terrestrisch ausgestrahlten Fernsehprogramme (ORF 1 und ORF 2).³⁷ Die inhaltliche Gestaltung der Programme ORF 1 und ORF 2 berücksichtigt aber in keiner Weise das Nutzerverhalten im mobilen Fernsehen, so dass davon ausgegangen werden kann, dass die definierten Ziele des öffentlich-rechtlichen Auftrags des österreichischen öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch unveränderte Verbreitung Programme ORF 1 und ORF 2 über Mobile TV nicht erreicht werden können. Dementsprechend ist in der überarbeiteten Rundfunkmitteilung klarzustellen, dass eine allfällige Nutzung des technologischen Fortschritts durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten im Rahmen des durch staatliche Beihilfen geförderten öffentlich-rechtliche Auftrags nur dann nach Art 86 Abs 2 EG-Vertrag wettbewerbsrechtlich zulässig ist, wenn die entsprechende Nutzung auch an das zu erwartende Nutzungsverhalten angepasst ist.

³⁵ Vgl. § 4 iVm § 5 öPrTV-G (terrestrisches Fernsehen und Satellit), § 9 öPrTV-G (Kabelrundfunk), § 23 iVm § 25, 25 a öPrTV-G (Multiplex-Plattform), § 28 öPrTV-G (Zulassung zur Verbreitung digitaler Programme) und § 5 iVm § 6 öPrR-G (Hörfunk).

³⁶ Vgl. die Erläuternden Bemerkungen zu § 9b ORF-G im Ausschussbericht des Nationalrats zum Bundesgesetz, mit dem das Privatfernsehgesetz, das ORF-Gesetz und das KommAustria-Gesetz geändert werden, 194 der Beilagen XXIII. GP und den die Ausführungen in Kapitel 3 zur Benutzerakzeptanz in Band 2/2006 der Schriftenreihe der RTR-GmbH zu „Mobile TV in Österreich“, auf die in den erläuternden Bemerkungen ausdrücklich verwiesen wird.

³⁷ Vgl. § 25a Abs 2 Z 6 PrR-G.

2. VEREINBARKEIT NACH ARTIKEL 86 Abs 2 EG-VERTRAG IN VERBINDUNG MIT DER RUNDFUNKMITTEILUNG

2.1 Kohärenz mit der Entscheidung der Kommission und dem Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden

2.1.1 Die gängige Entscheidungspraxis der Kommission verdeutlicht, dass die Gebührenfinanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkunternehmen in den Mitgliedstaaten in der Regel als die Gewährung staatlicher Beihilfen iSd Art 87 EG-Vertrag zu qualifizieren ist. Rechtlich kann eine entsprechende Gebührenfinanzierung ungeachtet des Amsterdamer Protokolls nur über Art 86 Abs 2 EG-Vertrag gerechtfertigt sein. Die in der Entscheidung der Kommission und dem Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, festgelegten Anforderungen an die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit entsprechender Ausgleichszahlungen werden gegenwärtig nicht auf öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen in den Mitgliedstaaten angewendet.³⁸ Eine Übernahme der in der Kommissionsentscheidung und dem Gemeinschaftsrahmen definierten Anforderungen in eine Überarbeitung der Rundfunkmitteilung ist nach Ansicht der Mitglieder des VÖP sowohl aus Gründen der Rechtssicherheit als auch der Rechtseinheit geboten. Eine sachliche Rechtfertigung, warum die entsprechenden Anforderungen nicht auf Rundfunkunternehmen anzuwenden sein sollten, ist nicht erkennbar; auf allfällige faktische Besonderheiten bei der Veranstaltung und Verbreitung von Rundfunk sollte in der Rundfunkmitteilung allerdings Bezug genommen werden (vgl. dazu auch Punkt 2.1.2 unten).

2.1.2 Nach Ansicht der Mitglieder des VÖP wären die nachstehenden Kriterien für die Vereinbarkeit von Ausgleichszahlungen an öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen, die staatliche Beihilfen darstellen, in eine Überarbeitung der Rundfunkmitteilung aufzunehmen:

- (i) Rechtsverbindliche Niederlegung der Art der Berechnung der Ausgleichszahlungen;
- (ii) Einführung des Erforderlichkeitskriteriums hinsichtlich der Höhe des Ausgleichs, inklusive genauer und vor allem einheitlicher Vorgaben, wie der Ausgleichsbetrag berechnet werden soll;
- (iii) Vermeidung von Überkompensierung durch Kontrolle; und
- (iv) Regelungen für den Fall der Überkompensierung.

³⁸ Punkt 1., 3. Spiegelstrich, des Gemeinschaftsrahmens für Ausgleichszahlungen.

Die Einführung entsprechender Kriterien soll die bestehenden Vorgaben in der Rundfunkmitteilung über die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und Prüfung der Verhältnismäßigkeit³⁹ nicht ersetzen, sondern ergänzen.

Das Kriterium der rechtsverbindlichen Niederlegung der Gemeinwohlverpflichtungen ergibt sich bereits aus der Rundfunkmitteilung.⁴⁰ Diesbezüglich sind aber nach Ansicht der Mitglieder des VÖP umfassende Änderungen beziehungsweise Ergänzungen in einer Überarbeitung der Rundfunkmitteilung erforderlich.

In Ergänzung zu der Entscheidung der Kommission und dem Gemeinschaftsrahmen für Ausgleichszahlungen wäre in einer Überarbeitung der Rundfunkmitteilung zusätzlich ein Verfahren zur Festsetzung der Höhe der Ausgleichszahlungen an öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen sowie zur Kontrolle allfälliger Überkompensierungen durch eine unabhängige Instanz inklusive eines Instanzenzugs vorzusehen, insbesondere um einer politischen Einflussnahme auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk über die Finanzierung vorzubeugen. Diesbezüglich könnte Anlehnung an das Verfahren vor der Unabhängigen Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs (KEF) in Deutschland genommen werden, wobei die in einem entsprechenden Verfahren materiell anzuwendenden Kriterien inhaltlich den Vorgaben der Entscheidung der Kommission und des Gemeinschaftsrahmens für Ausgleichszahlungen zu entsprechen haben. Natürliche und juristische Personen, deren Interessen durch eine Entscheidung dieses Tribunals berührt sind, insbesondere private Rundfunkveranstalter, müssen Parteistellung in dem Verfahren zur Festsetzung der Höhe der Ausgleichszahlungen haben.

2.2 Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags

2.2.1 Der öffentlich-rechtliche Auftrag ist in Österreich im Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk („ORF-G“) definiert.⁴¹ Gemäß § 1 Abs 2 ORF-G ist Zweck des als Stiftung öffentlichen Rechts errichteten ORF die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Rahmen des in § 2 ORF-G normierten Unternehmensgegenstands. Nach der derzeit geltenden Rechtslage besteht der öffentliche Auftrag des ORF aus drei Komponenten:

- (i) dem Versorgungsauftrag iSd § 3 ORF-G;
- (ii) dem Programmauftrag iSd § 4 ORF-G; und
- (iii) den besonderen Aufträgen iSd § 5 ORF-G.

³⁹ Punkt 6.3 der Rundfunkmitteilung.

⁴⁰ Punkt 6.1 der Rundfunkmitteilung.

⁴¹ Vgl. BGBl. I Nr.379/1984 idgF.

In Zusammenhang mit den inhaltlichen Verpflichtungen dieser einzelnen Komponenten des den ORF treffenden öffentlich-rechtlichen Auftrags wird auf das Schreiben der Kommission vom 31.01.2008 im Verfahren Staatliche Beihilfe E/2008 (ex CP 163/2004 und CP 227/2005) – Finanzierung des ORF – Österreich, IV. B. 2) S. 6 - 9, Rz. 22- 37 verwiesen.

- 2.2.2 Eine eindeutige Trennung zwischen öffentlich-rechtlichen Diensten und anderen (kommerziellen) Tätigkeiten öffentlich-rechtlicher Rundfunkunternehmen ist essentiell, um Beeinträchtigungen der Wettbewerbsbedingungen, die den Interessen der Gemeinschaft zuwiderlaufen, zu verhindern. Nur eine entsprechend klare Trennung ermöglicht eine objektive Prüfung der Vereinbarkeit der von den Mitgliedstaaten an öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen gewährten staatliche Beihilfen mit Art 86 Abs 2 EG-Vertrag.

Die Mitglieder des VÖP sprechen sich dagegen aus, dass die Trennung zwischen öffentlich-rechtlichen Diensten und anderen Tätigkeiten den Mitgliedstaaten – etwa durch die Erstellung einer nicht erschöpfenden Liste rein kommerzieller Tätigkeiten – vorbehalten bleiben soll. Wie in vielen anderen Mitgliedstaaten erfolgt die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Österreich über ein duales Finanzierungssystem aus Rundfunkgebühren und aus Werbeeinnahmen und sonstigen Erlösen des österreichischen öffentlich-rechtlichen Rundfunks.⁴² Die Erhöhung von Rundfunkgebühren ist eine unpopuläre Maßnahme, die regelmäßig die Frage nach der Notwendigkeit und der Zeitmäßigkeit eines öffentlich-rechtlichen Rundfunks aufwirft. Die Notwendigkeit einer Gebührenerhöhung kann durch die Erhöhung der Erlöse aus der Verkommerzialisierung des Angebots des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und aus rein kommerziellen Tätigkeiten vermieden oder zumindest zeitlich hinaus gezögert werden. Schon allein aus diesem Grund besteht ein maßgeblicher Anreiz für die Mitgliedstaaten, neue (inhaltlich kommerzielle) Dienste grundsätzlich auch als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Dementsprechend treten die Mitglieder des VÖP dafür ein, dass die beihilfenrechtliche Privilegierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf Rundfunkdienstleistungen im engen Sinn zu beschränken ist. Die Ausweitung des zumindest zum Teil durch staatliche Beihilfen finanzierten Dienstleistungsangebots auf neue audiovisuelle Mediendienste soll nur dann zulässig sein, wenn sie im Einklang mit dem vom jeweiligen Mitgliedstaat definierten öffentlichen Auftrag ist, das entsprechende Angebot ausschließlich auf Inhalte, die den öffentlichen Auftrag erfüllen, beschränkt ist und das entsprechende Angebot auch an die Nutzung des jeweiligen Dienstes angepasst ist (vgl. dazu das Beispiel Mobile TV unter Punkt 1.3.5.2 oben).

⁴² Vgl. dazu im Detail die Feststellung der GD Wettbewerb der Europäischen Kommission in ihrem Schreiben vom 31.01.2008 im Verfahren Staatliche Beihilfe E/2008 (ex CP 163/2004 und CP 227/2005 – Finanzierung des ORF – Österreich Rz. 38 ff.

Die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen eine Ausweitung der Dienste des öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbieters im Rahmen des durch staatliche Beihilfen finanzierten Angebots zulässig sein kann, müssen darüber hinaus gewährleisten, dass die Ausweitung nur auf solche Dienste erfolgt, die im Vergleich zu anderen Diensten, die am Markt bereits in ähnlicher oder identischer Weise angeboten werden, gemeinwirtschaftliche Merkmale erfüllen. Die rechtlichen Grundlagen für entsprechende Erweiterungen müssen klar und nachvollziehbar sein und eine klare Abgrenzung zum Angebot nicht-öffentlich-rechtlicher Anbieter ermöglichen. Wesentliche Voraussetzung ist, dass in den entsprechenden rechtlichen Grundlagen klar zum Ausdruck gebracht wird, welche Bedürfnisse der Bevölkerung eines Mitgliedsstaats durch eine konkrete Ausweitung des öffentlich-rechtlichen Dienstangebots abgedeckt werden sollen und warum diese Bedürfnisse nicht ausreichend von anderen Anbietern erbracht werden können. Ein bestehendes vielseitiges, die unterschiedlichen Interessen der Bevölkerung abdeckendes Marktangebot privater Anbieter sollte im Zweifel gegen eine Ausweitung des öffentlich-rechtlichen Dienstangebots sprechen. Die Gewährleistung, dass eine allenfalls durch den öffentlich-rechtlichen Auftrag gedeckte Ausweitung des öffentlich-rechtlichen Dienstangebots auf vom öffentlichen Auftrag umfasste Inhalte beschränkt ist, erfordert eine Präzisierung der über die neuen Dienste im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags verbreiteten Inhalte durch ein konkretes Konzept, dessen Einhaltung jederzeit durch eine unabhängige Instanz überprüft werden kann.

Darüber hinaus ist eine Vermengung von öffentlich-rechtlichen Inhalten und kommerziellen Inhalten innerhalb eines Programms oder Dienstes als mit dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft unvereinbar zu erklären, da dadurch die Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft und damit auch nicht mehr mit Art 86 Abs 2 EG-Vertrag vereinbar ist. Gleiches gilt für eine Reservierung von Frequenzen und Kapazitäten (etwa Datenmengen) zugunsten öffentlich-rechtlicher Rundfunkunternehmen in den Mitgliedstaaten, die über das zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags notwendige Maß hinausgehen. So nutzt der österreichische öffentlich-rechtliche Rundfunk einige der für ihn reservierten Fernseh- und Hörfrequenzen ausschließlich für nahezu rein kommerziellen Premium Content (im Fernsehen ORF 1 und im Hörfunk Ö3) und verlagert öffentlich-rechtliche Inhalte zunehmend auf die verbleibenden Frequenzen. Mit seinen primär kommerziell ausgerichteten Programmen tritt der österreichische öffentlich-rechtliche Rundfunk in unmittelbare Konkurrenz zu den privaten Rundfunkveranstaltern. Selbst wenn die primär kommerziellen Programmangebote des österreichischen öffentlich-rechtlichen Rundfunks nachweislich nicht aus den Rundfunkgebühren finanziert werden würden, fehlt es an einer gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigung für das Angebot kommerzieller Programme auf für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags reservierten Ressourcen. Für den Fall, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag mit weniger Programmen erfüllt werden kann, ist das Programmangebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf das dafür

erforderliche Angebot zu beschränken. Die Mitgliedstaaten sollen dementsprechend ein Verfahren einführen, durch das die Notwendigkeit der quantitativ dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zur Verfügung gestellten Ressourcen unter Berücksichtigung des Angebots privater Anbieter regelmäßig überprüft wird und dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk für ihn reservierte Frequenzen entzogen werden können, wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk über diese Frequenzen kommerzielle Programme verbreitet oder zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags weniger Ressourcen erforderlich sind.

- 2.2.3 Die in der aktuellen Fassung der Rundfunkmitteilung vorgesehene Regelung, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag auch andere Dienste, die keine Programme im traditionellen Sinn sind, umfassen kann, sofern diese denselben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen einer Gesellschaft dienen, steckt insbesondere aus den unter Punkt 2.2.2 oben angeführten Gründen den zulässigen Umfang entsprechender öffentlich-rechtlicher Dienste nicht ausreichend ab. Eine überarbeitete Rundfunkmitteilung sollte zur Bewahrung eines funktionierenden Wettbewerbs im gemeinsamen Markt daher jedenfalls weitergehende Klarstellungen geben.
- 2.2.4 Nach Ansicht der Mitglieder des VÖP sollte der Ansatz der Kommission in ihrer jüngsten Entscheidungspraxis⁴³, dass eine beabsichtigte Erweiterung des öffentlichen Auftrags um neue Medientätigkeiten auf Grund einer Vorabprüfung zu erfolgen hat, ausdrücklich in eine Überarbeitung der Rundfunkmitteilung aufgenommen werden.
- 2.2.5 Die formellen und materiellen Anforderungen an eine entsprechende Vorprüfung zur Gewährleistung der Vereinbarkeit einer beabsichtigten Erweiterung der gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten öffentlich-rechtlicher Rundfunkunternehmen um neue Medientätigkeiten bzw. Dienste sollten zur Vermeidung von Scheinumsetzungen in den Mitgliedstaaten möglichst genau determiniert sein.
- 2.2.6 Sämtliche audiovisuellen und sonstigen Dienste oder Kategorien von Diensten, die nicht traditionelle Rundfunkdienstleistungen sind, sollten nach Ansicht der Mitglieder des VÖP einer entsprechenden Vorabprüfung unterliegen. Zuständig für die Entscheidung über eine allfällige Erweiterung der zumindest zum Teil durch staatliche Beihilfen finanzierten gemeinwirtschaftlichen Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Rundfunkunternehmen muss eine unabhängige Instanz sein.
- 2.2.7 Nach Ansicht der Mitglieder des VÖP sind die wesentlichen prozeduralen und inhaltlichen Aspekte einer entsprechenden Vorprüfung in einer überarbeiteten Rundfunkmitteilung den Mitgliedstaaten vorzugeben. Nur so kann eine effektive Vorprüfung gewährleistet

⁴³ Kommissionsentscheidung in der Sache E 3/2005, Rn 310; Schreiben der Kommission vom 31.01.2008 im Verfahren Staatliche Beihilfe E/2008 (ex CP 163/2004 und CP 227/2005) – Finanzierung des ORF – Österreich Rz. 131.

werden. Insbesondere ist Dritten, deren Interessen durch eine allfällige Erweiterung des öffentlich-rechtlichen Auftrags berührt sind, Parteistellung in diesem Verfahren zu gewähren. Das Verfahren muss darüber hinaus zumindest einen zweigliedrigen Instanzenzug gewährleisten. Im Rahmen der materiellen Prüfung ist primär zu prüfen, inwieweit neue Medienangebote bzw. Dienste die gleichen demokratischen, sozialen und kulturellen Anforderungen erfüllen wie traditionelle Rundfunkdienstleistungen, die in Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht zulässig im Rahmen des öffentlichen Auftrags erbracht werden, und inwieweit entsprechende Tätigkeit bzw. Dienste nicht bereits durch andere Anbieter abgedeckt werden oder abgedeckt werden könnten. In der Entscheidung über die Vorabprüfung ist der inhaltliche und quantitative Rahmen, innerhalb dessen neue Medientätigkeiten bzw. Dienste als gemeinwirtschaftliche Dienstleistung von einem öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen erbracht werden können, von der für die Vorprüfung zuständigen Instanz verbindlich festzulegen.

- 2.2.8 Um einer willkürlichen Bestimmung des gemeinwirtschaftlichen Charakters neuer Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter vorzubeugen, sollten in einer überarbeiteten Fassung der Rundfunkmitteilung klare Vorgaben für die Bestimmungen des gemeinwirtschaftlichen Charakters entsprechender Aktivitäten in Form eines abschließenden Katalogs verschiedener Optionen dargelegt werden. Diese Optionen sollten inhaltlich das Vorprüfungsverfahren (vgl. Punkt 2.2.7 oben) determinieren.

2.3 Übertragung des öffentlich-rechtlichen Auftrags und Aufsicht

- 2.3.1 Das österreichische Bundesverfassungsgesetz über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks erklärt den Rundfunk zur „öffentlichen Aufgabe“.⁴⁴ Aufgrund dieses Bundesverfassungsgesetzes ist 1967 das Rundfunkgesetz in Kraft getreten⁴⁵, das die Grundlage des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Österreich bildete. 2001 wurde das Rundfunkgesetz umfassend novelliert. Mit dieser Novellierung wurde die mit der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags beauftragte Sendeanstalt als Stiftung öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit errichtet.⁴⁶ Der öffentlich-rechtliche Auftrag des Österreichischen Rundfunks ist gesetzlich im Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk verankert (vgl. zum öffentlichen Auftrag im Detail Punkt 2.2.1 dieser Stellungnahme).⁴⁷ Durch die Organe des ORF, insbesondere durch den Stiftungsrat und den Generaldirektor, kann der ORF selbst über die Durchführung und den Umfang seiner Tätigkeiten z.B. durch die Festlegung von Programmrichtlinien und die Erstellung von Jahressendeschemen, entscheiden.⁴⁸ Darüber hinaus gilt für die Programmgestaltung

⁴⁴ Vgl. Bundesverfassungsgesetz vom 10. Juli 1974 über die Sicherung und Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBl. I 396/1974.

⁴⁵ Vgl. BGBl. I Nr. 195/1966.

⁴⁶ Vgl. BGBl. I Nr. 83/2001.

⁴⁷ Vgl. BGBl. I Nr. 379/1984 idgF.

⁴⁸ Vgl. § 21 Abs. 2 Z. 1 und 2 ORF-G idgF.

eine Reihe von Regulativen, die sich der ORF auf freiwilliger Basis selbst auferlegt. Die Programmrichtlinien sind über die Internetseite <http://publikumsrat.orf.at/richtlinien.html> öffentlich zugänglich. Im Zusammenhang mit der Übertragung des öffentlich-rechtlichen Auftrags, wird auf das Schreiben der Kommission vom 31.01.2008 im Verfahren Staatliche Beihilfe E/2008 (ex CP 163/2004 und CP 227/2005) – Finanzierung des ORF – Österreich, IV. B. 2) S. 4 - 9, Rz. 12- 37 verwiesen.

2.3.2 In Österreich unterliegt der öffentlich-rechtliche Rundfunk verschiedenen Formen der Aufsicht:

Gemäß § 8 ORF-G hat der ORF dem österreichischen Nationalrat und dem Bundesrat jedes Jahr einen so genannten Lagebericht über die Erfüllung der Aufträge nach den §§ 3 bis 5 ORF-G zu übermitteln. Ungeachtet dessen, beschränkt sich die Aufsicht des Bundes über den Österreichischen Rundfunk auf eine Aufsicht über die Einhaltung der Bestimmungen des ORF-G. Die Aufsicht über den ORF ist im 8. Abschnitt des ORF-G unter der Überschrift „Rechtliche Kontrolle“ geregelt. Die Rechtsaufsicht obliegt dabei dem Bundeskommunikationssenat („BKS“), der über behauptete Verletzungen von Bestimmungen des ORF-G zu entscheiden hat.⁴⁹ In finanzieller Hinsicht unterliegt der ORF der Kontrolle durch die Prüfungskommission⁵⁰, deren Mitglieder vom Stiftungsrat als Organ des ORF bestellt werden, und der Gebarungskontrolle des Rechnungshofes.⁵¹ In Bezug auf die Dritten zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln um gegen Verstöße bzw. gegen die Nichterfüllung des öffentlich-rechtlichen Sendeauftrags vorzugehen, sowie zu den Berichts- und Aufsichtspflichten in Bezug auf den österreichischen öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Detail wird auf das Schreiben der Kommission vom 31.01.2008 im Verfahren Staatliche Beihilfe E/2008 (ex CP 163/2004 und CP 227/2005) – Finanzierung des ORF – Österreich, IV. B. 4. S. 17 - 18, Rz. 56- 64 verwiesen.

Nach Ansicht der Mitglieder des VÖP ist die oben zusammengefasste Rechtsaufsicht über den ORF nicht ausreichend. Die Entscheidungen des Bundeskommunikationssenats beschränken sich in der Regel auf eine Feststellung, ob eine Verletzung einer Bestimmung des ORF-G vorliegt oder nicht und auf eine Veröffentlichung dieser Entscheidung.⁵² Entgegen der in § 38 ORF-G normierten Möglichkeit des Bundeskommunikationssenats, bei einer Verletzung einer Bestimmung des ORF eine Verwaltungsstrafe gegen den ORF bzw. dessen verantwortliche Beauftragte zu verhängen, hat der Bundeskommunikationssenats seit Inkrafttreten des ORF-G im Jahr 2001 erst einmal eine Verwaltungsstrafe gegen einen verantwortlichen Beauftragten des

⁴⁹ Vgl. § 35 Abs 1 ORF-G idgF.

⁵⁰ Vgl. § 40 ORF-G idgF.

⁵¹ Vgl. § 31 a ORF-G idgF.

⁵² Vgl. § 37 ORF-G idgF.

ORF verhängt.⁵³ Da nach dem Grundsatz der *Offizialmaxime* im Verwaltungsstrafverfahren⁵⁴ und auch nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes⁵⁵ zu diesem Prinzip, niemandem ein Rechtsanspruch darauf zusteht, dass jemand aus welchem Grund auch immer in Strafverfolgung genommen werde, können Dritte die Verhängung einer Verwaltungsstrafe gegen den ORF wegen der Verletzung von Bestimmungen des ORF-G nicht beantragen. Darüber hinaus sind die Verfahren vor dem Bundeskommunikationssenat von einer besonders langen Verfahrensdauer geprägt. Obwohl in § 37 Abs 3 ORF-G geregelt ist, dass der Bundeskommunikationssenat über Beschwerden und Anträge innerhalb von sechs Wochen vom Zeitpunkt des Einlangens gerechnet, zu entscheiden hat, zeigen die Erfahrungen aus der Praxis, dass im Regelfall bei Beschwerden von Mitbewerbern des ORF mit einer Verfahrensdauer von ca. einem dreiviertel Jahr zu rechnen ist. Über eine im Juni 2005 vom VÖP im Auftrag seiner Mitglieder eingebrachte Beschwerde wurde beispielsweise erst im April 2006 entschieden.⁵⁶ Rechtliche Zweifelsfälle bei einem Verstoß gegen die Bestimmungen des ORF-G können daher vom ORF jedenfalls bis zum Zeitpunkt einer Entscheidung des BKS und aufgrund fehlender effektiver Sanktionsmechanismen selbst nach einer Entscheidung, in der eine Rechtsbruch festgestellt wurde, ohne Risiken fortgeführt werden. Demgegenüber riskieren private Rundfunkveranstalter im Gegensatz zum ORF bei wiederholten und schwerwiegenden Rechtsverletzungen gemäß § 63 öPrTV-G bzw. § 28 österreichisches Privatradiogesetz („öPrR-G“) den Entzug ihrer Zulassung. Aufgrund dieser unterschiedlichen Sanktionsmechanismen und Sanktionsfolgen kommt es zu einer Wettbewerbsverzerrung zwischen privaten Rundfunkveranstaltern und dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk.

- 2.3.3 Nach Ansicht der Mitglieder des VÖP sollte in einer Überarbeitung der Rundfunkmitteilung jedenfalls auch präzisiert werden, unter welchen Umständen eine zusätzliche Beauftragung von öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen erfolgen kann, um weiterhin die Vereinbarkeit mit Art 86 Abs 2 EG-Vertrag zu gewährleisten. Allfällige zusätzliche Beauftragungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen sollten im Rahmen einer Vorprüfung, wie sie für die Erweiterung für Medientätigkeiten bzw. neue Dienste angeregt wurde, (vgl. dazu im Detail die Punkte 2.2.4 ff oben) erfolgen.
- 2.3.4 Die Aufnahme weiterer Klarstellungen über die Notwendigkeit der Gewährleistung einer wirksamen Aufsicht über öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen, insbesondere über die Einhaltung des von den Mitgliedstaaten definierten öffentlich-rechtlichen Auftrags sowie der mitgliedstaatlichen Vorgaben zur Umsetzung der in einer überarbeiteten Rundfunkmitteilung definierten Kriterien zur Vereinbarkeit von Ausgleichszahlungen an öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen

⁵³ BKS GZ 611.008/0014-BKS/2002 vom 21.06.2004.

⁵⁴ Vgl. § 25 Abs 1 VStG idgF.

⁵⁵ Vgl. etwa VwSlg. 7483 A/1969.

⁵⁶ Vgl. z.B. BKS GZ 611.941/002-BKS/2006.

Auftrags, ist nach Ansicht der Mitglieder des VÖP eine notwendige Maßnahme zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten rein kommerzieller Rundfunkunternehmen und von privaten Anbietern audiovisueller Mediendienste und sonstiger Dienste. Eine effektive Aufsicht muss von den Partikularinteressen des öffentlich-rechtlichen Unternehmens losgelöst und damit unabhängig sein. Allgemeine Erfahrungen, aber insbesondere die Erfahrungen aus der Aufsichtspraxis in Österreich (siehe dazu Punkt 2.3.2 oben) zeigen, dass eine effektive Aufsicht Sanktionsmechanismen, die geeignet sind, präventiv zu wirken, voraussetzt.

2.3.5 Zu einer effektiven Aufsicht zählt auch ein Beschwerdeverfahren für aktuelle und potentielle Mitbewerber des öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmens. Der Kreis der Beschwerdelegitimierten ist nicht auf private Rundfunkanbieter zu beschränken, da auch Nicht-Rundfunkanbieter (etwa Internet Service Provider oder Telekommunikationsunternehmen) Medientätigkeiten und Dienste anbieten, auf die sich die allenfalls gemeinwirtschaftliche Tätigkeit eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmens erstreckt bzw. erstrecken kann. Inhaltlich und prozedural sind an ein entsprechendes Beschwerdeverfahren dieselben Maßstäbe anzulegen wie an das Vorprüfungsverfahren für eine allfällige Erweiterung der Medientätigkeiten (vgl. Punkt 2.2.7 oben) sowie die allgemeine (amtswegige) Aufsicht (vgl. Punkt 2.3.4 oben). Im Ergebnis sollten über ein entsprechendes Verfahren Feststellungsentscheidungen sowie Abstellverfügungen von Mitbewerbern eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmens durchgesetzt werden können.

2.4 Mischfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

2.4.1 Ganz grundsätzlich hat für Bezahldienste nichts anderes zu gelten als für die Erweiterung der Medientätigkeiten bzw. Dienste oder eine zusätzliche Beauftragung eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmens: (Teilweise) aus staatlichen Mitteln finanzierte Bezahldienste sind nur dann mit Art 86 Abs 2 EG-Vertrag vereinbar, wenn sie demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen, inhaltlich auf ein Angebot beschränkt sind, das ausschließlich dem gemeinwirtschaftlichen Charakter entspricht, grundsätzlich nicht von privaten Anbietern erbracht werden bzw. erbracht werden können und in einem vom einer unabhängigen Instanz im Rahmen eines rechtsstaatlichen Vorverfahrens zugelassenen Programmkonzepts so definiert sind, dass die Einhaltung dieses Konzepts einer nachträglichen Kontrolle zugänglich ist. Darüber hinaus dürfen die Erlöse aus Bezahldiensten ausschließlich zur Finanzierung des gemeinwirtschaftlichen Angebots verwendet werden. Überkompensierung über die maximal zulässige Rendite (vgl. dazu die Punkte 2.6.3 ff unten) sollen genauso unzulässig sein, wie Quersubventionierungen allfälliger kommerzieller Tätigkeiten eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbieters aus gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten.

Öffentlich-rechtlichen Unternehmen, die (teilweise) staatlich finanzierte Bezahldienste anbieten, ist es aufgrund des staatlichen Finanzierungsbeitrags möglich, die Preise für rein aus der kommerziellen Vermarktung finanzierte vergleichbare Dienste zu unterbieten. Damit haben die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Anbieter grundsätzlich die Möglichkeit, rein kommerzielle Anbieter durch systematische Preisunterbietung aus dem Markt zu verdrängen. Aus diesem Grund sind die oben angeführten Voraussetzungen für eine allfällige Zulassung der Erbringung (teilweise) staatlich finanzierter Bezahldienste durch öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen absolut restriktiv anzuwenden. Die Preisgestaltung entsprechender Dienste muss transparent erfolgen. Darüber hinaus muss die Zuweisung staatlicher Mittel für die Einrichtung und Erbringung entsprechender Dienste dadurch gerechtfertigt sein, dass der Dienst aufgrund der am Markt durchsetzbaren Preise nicht derart erbracht werden könnte, dass der definierte gemeinwirtschaftliche Zweck erreicht werden würde (etwa dass bestimmte Bevölkerungsgruppen den Dienst im Fall eines höheren Preises nicht mehr in Anspruch nehmen würden). Der Nachweis für das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen ist vom öffentlich-rechtlichen Diensteanbieter zu erbringen; im Zweifel ist von der Absicht, privater Anbieter preislich zu unterbieten, um sie aus dem relevanten Markt zu verdrängen, auszugehen.

- 2.4.2 Aus den oben angeführten Gründen sollten Bezahldienste prinzipiell als kommerzielle Tätigkeiten erbracht werden. Sie sollen nur ausnahmsweise im Rahmen der gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmens erbracht werden können. In diesem Fall haben die oben angeführten Mindestvoraussetzungen zu gelten, um einen gemeinschaftsrechtswidrigen Verdrängungswettbewerb und sonstige Wettbewerbsverzerrungen effektiv zu verhindern. Es wird an den öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen liegen, darzustellen, dass Bezahldienste notwendig sind, um den von den Mitgliedstaaten definierten öffentlich-rechtlichen Auftrag zu erfüllen. Kombinationen von gemeinwirtschaftlichen und kommerziellen Bezahldiensten müssen jedenfalls unzulässig sein. Ein allfälliges kommerzielles Angebot an Bezahldiensten eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmens ist strikt funktional und strukturell von dessen gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten zu trennen (vgl. Punkt 2.5.2 zur Notwendigkeit der strukturellen Trennung von gemeinwirtschaftlichen und kommerziellen Tätigkeiten).

2.5 Transparenzanforderungen

- 2.5.1 Gemäß § 2 Abs 2 ORF-G ist der ORF zur Errichtung von Zweigniederlassungen sowie zur Gründung von Tochtergesellschaften und zur Beteiligung an anderen Unternehmen berechtigt, sofern sie den gleichen Unternehmensgegenstand wie der ORF haben oder der Unternehmensgegenstand dies erfordert. Zur Vermögensveranlagung ist dem ORF auch die Beteiligung an Unternehmen mit anderem Unternehmensgegenstand gestattet, sofern die Beteiligung an diesen Unternehmen 25% nicht übersteigt. Über den öffentlich-

rechtlichen Auftrag hinausgehende Tätigkeiten kann der ORF bei organisatorischer und rechnerischer Trennung von Tätigkeiten im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags betreiben.⁵⁷ Gewinnorientiert können derartige Tätigkeiten vom ORF betrieben werden, wenn keine Mittel aus dem Programmengeld herangezogen werden.⁵⁸ Darüber hinaus ist der ORF gemäß § 9 ORF-G über seinen öffentlich-rechtlichen Auftrag hinaus berechtigt, durch seine Tochtergesellschaften bzw. durch seine Tochtergesellschaften in vertraglicher Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen Spartenprogramme unter Nutzung anderer als terrestrischer Übertragungskapazitäten zu veranstalten.

Der ORF hat eine Reihe von Tochtergesellschaften, die rein kommerzielle Tätigkeiten erbringen. In diesem Zusammenhang wird auf das Schreiben der Kommission vom 31.01.2008 im Verfahren Staatliche Beihilfe E/2008 (ex CP 163/2004 und CP 227/2005) – Finanzierung des ORF – Österreich, IV. B. 4. S. 21 - 22, Rz. 78 verwiesen. Die Tochtergesellschaften des ORF sind aber teilweise auch mit der Erbringung von Tätigkeiten betraut, die dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zuzurechnen sind. In diesem Zusammenhang wird ebenfalls auf das Schreiben der Kommission vom 31.01.2008 im Verfahren Staatliche Beihilfe E/2008 (ex CP 163/2004 und CP 227/2005) – Finanzierung des ORF – Österreich, IV. B. 4. S. 21 - 22, Rz. 77 verwiesen. In Österreich kann daher nicht von einer strikten strukturellen und funktionalen Trennung zwischen gemeinwirtschaftlichen und kommerziellen Tätigkeiten in Bezug auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ausgegangen werden.

- 2.5.2 Nach Ansicht der Mitglieder des VÖP ist eine funktionale und strukturelle Trennung der gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten von den kommerziellen Tätigkeiten eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmens zur Vermeidung von mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbaren Wettbewerbsverzerrungen unvermeidbar. Im Rahmen der kommerziellen Tätigkeiten sind einem öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen weder finanzielle staatliche noch sonstige Vorteile (etwa auch durch gesicherten Marktzugang zu neuen Medientätigkeiten oder Diensten) zu gewähren.

Nur durch eine funktionale und strukturelle Trennung von gemeinwirtschaftlichen und kommerziellen Tätigkeiten kann gewährleistet werden, dass ein öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter sich im Rahmen seiner kommerziellen Tätigkeiten marktkonform verhält. Zusätzlich zu einer entsprechenden Trennung müssen die Mitgliedstaaten durch geeignete Maßnahmen sicherstellen, dass die kommerziellen Tätigkeiten eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmens weder direkt noch indirekt quersubventioniert werden. Im Zusammenhang mit direkten Quersubventionierungen wird beispielhaft auf die Bedenken der Kommission im Verfahren *Finanzierung des ORF – Österreich* im Zusammenhang mit der Vermarktung von Werbeslots in den Programmen „TW1“ und

⁵⁷ Vgl. § 2 Abs 3 ORF-G idgF.

⁵⁸ Vgl. § 2 Abs 3 ORF-G.

„ORF Sport Plus“ verwiesen.⁵⁹ Eine indirekte Form der Quersubventionierung ist die Erbringung von Leistungen (inkl. Einräumung von Rechten) aus dem gemeinwirtschaftlichen an den kommerziellen Bereich, die einem Fremdvergleich nicht standhalten (also nicht *at arm's length* erbracht bzw. gewährt werden). Neben offenkundigeren Vorteilen wie der Mitnutzung von Infrastruktur gibt es zahlreiche andere Leistungen und Vorteile, die wesentlich schwieriger einer externen Kontrolle zugänglich sind. Das betrifft Größenvorteile beim Einkauf von Dritten, die Nutzung von mit staatlichen Mitteln generierten Inhalten (Bildmaterial aus dem öffentlich-rechtlichen Archiv, Nutzung von Nachrichten des öffentlich-rechtlichen Korrespondentennetzes u.ä.). Durch eine funktionale und strukturelle Trennung wird eine Kontrolle der Einhaltung der Verpflichtung zu marktkonformen Verhalten, das einem Fremdvergleich standhält, in der Regel überhaupt erst möglich. Nachteile einer funktionalen und strukturellen Trennung der gemeinwirtschaftlichen und kommerziellen Tätigkeiten eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmens sind für die Mitglieder des VÖP hingegen nicht erkennbar.

2.5.3 Die derzeitigen Regelungen in der Rundfunkmitteilung⁶⁰ reichen nicht aus, um Quersubventionierungen kommerzieller Tätigkeiten öffentlich-rechtlicher Rundfunkunternehmen aus deren gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten, die zu mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbaren Wettbewerbsverzerrungen führen, zu verhindern (vgl. dazu Punkt 2.5.2 oben). Aufgrund der Erfahrungen in Österreich (vgl. dazu insbesondere das in Punkt 2.5.3 oben angeführte Beispiel) wären die Regeln über die Kostenzuweisung jedenfalls dahingehend zu ergänzen, dass auch sämtliche Ersparnisse für den Gesamthaushalt kommerzieller Tätigkeiten anzuführen sind, die aufgrund der Nutzung von im Rahmen gemeinwirtschaftlicher Tätigkeiten generierter Leistungen und Vorteile oder sonstiger Synergieeffekte, die ohne eine strukturelle oder sonstige Verbindung zum öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen nicht zur Verfügung stünden.

2.5.4 Unter Berücksichtigung der Antworten zu den Fragen 2.5.1 bis 2.5.3 dieser Stellungnahme halten die Mitglieder des VÖP zusammenfassend fest, dass sie der Auffassung sind, dass die Transparenzanforderungen in einer überarbeiteten Rundfunkmitteilung genauer ausgeführt werden sollten.

2.6 Prüfung der Verhältnismäßigkeit – Ausschluss einer Überkompensierung

2.6.1 Die Festlegung von eindeutigen Parametern für die Höhe der Ausgleichszahlungen sollte nach Ansicht der Mitglieder des VÖP in einer Überarbeitung der Rundfunkmitteilung als Voraussetzung für eine justiziable Überprüfung der Vereinbarkeit von an öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen gewährte Ausgleichszahlungen für die Erbringung von

⁵⁹ Schreiben der Kommission vom 31.01.2008 im Verfahren Staatliche Beihilfe E/2008 (ex CP 163/2004 und CP 227/2005) – Finanzierung des ORF – Österreich Rz. 147.

⁶⁰ Rn. 49 oder 51.

Dienstleistungen im gemeinwirtschaftlichen Interesse mit Art 86 Abs 2 EG-Vertrag ausdrücklich angeführt werden. Dabei können primär die Parameter des Art 5 der Entscheidung der Kommission über Ausgleichszahlungen herangezogen werden.

- 2.6.2 Die derzeitigen Bestimmungen der Rundfunkmitteilung ermöglichen den Mitgliedstaaten einen sehr großen Spielraum bei der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, der weit über den in der Entscheidung und den Gemeinschaftsrahmen für Ausgleichszahlung definierten Rahmen hinausgeht. Dementsprechend konnte der österreichische öffentlich-rechtliche Rundfunk in den letzten Jahren konstant Überschüsse erwirtschaften.⁶¹ Von einer Einschränkung der mehrjährigen Finanzierungsplanung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks kann keinesfalls ausgegangen werden.
- 2.6.3 Die Mitglieder des VÖP sprechen sich für die Einführung einer Obergrenze für überhöhte Ausgleichszahlungen von maximal 10% aus. Darüber hinaus wäre in einer überarbeiteten Rundfunkmitteilung vorzusehen, dass dieser Betrag auf die Ausgleichszahlungen des Folgejahres anzurechnen ist⁶² und die Ausgleichszahlungen für das Folgejahr dementsprechend um die angerechnete Überkompensation zu reduzieren ist. Überkompensationen aus Ausgleichszahlungen, die über der Obergrenze von 10% liegen, sind der Verfügungsgewalt der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu entziehen. Umstände, unter denen sich rechtfertigen ließe, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen am Ende eines Finanzjahres ausgewiesene Überschüsse behalten können sollten, sind nicht erkennbar. Eine überarbeitete Rundfunkmitteilung sollte jedenfalls um entsprechende Vorgaben ergänzt werden.
- 2.6.4 Zusätzlich zu der unter Punkt 2.6.3 angeführten Obergrenze sind die zulässigen Überschüsse öffentlich-rechtlicher Rundfunkunternehmen aus gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten absolut auf maximal 10% pro Jahr zu beschränken. Werbeerlöse und sonstige Erlöse, die im Rahmen gemeinwirtschaftlicher Tätigkeiten eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmens erwirtschaftet wurden, sind in dem Ausmaß, in dem die absolute Obergrenze von 10% unter Berücksichtigung des gemeinwirtschaftlichen Anteils allenfalls anzurechnender Überschüsse aus Ausgleichszahlungen überstiegen wird, auf die Ausgleichszahlungen für das Folgejahr anzurechnen, so dass diese zum Vorteil der Gebührenzahler um die Überschüsse aus Werbeerlösen und sonstigen Erlösen im gemeinwirtschaftlichen Bereich zu reduzieren sind. Alternativ dazu könnten die Vermarktungsmöglichkeiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im gemeinwirtschaftlichen Bereich für das Folgejahr betraglich im Ausmaß der Überkompensation (etwa durch eine Beschränkung der Werbezeit oder durch entsprechende Reduktion oder Streichung der Entgelte für gemeinwirtschaftliche

⁶¹ Schreiben der Kommission vom 31.01.2008 im Verfahren Staatliche Beihilfe E/2008 (ex CP 163/2004 und CP 227/2005) – Finanzierung des ORF – Österreich Rz. 48 ff.

⁶² Vgl. Art 6 der Entscheidung über Ausgleichszahlungen.

Bezahldienste) beschränkt werden. In diesem Fall muss aber darauf geachtet werden, dass die gesamte Vermarktung auch im gemeinwirtschaftlichen Bereich stets *at arm's length* erfolgt, um Wettbewerbsverzerrungen etwa durch Preisunterbietungen, die unter fairen Wettbewerbsbedingungen nicht möglich wären, zu verhindern.

Die Überprüfung des Finanzbedarfs, der Mittelaufbringung und der Mittelverwendung sollte nach Ansicht der Mitglieder des VÖP nicht nur im Fall wiederkehrender Überschüsse, sondern regelmäßig, mindestens einmal im Jahr, zwingend vorgesehen sein. Eine überarbeitete Rundfunkmitteilung sollte jedenfalls um entsprechende Vorgaben zu ergänzen.

- 2.6.5 Nach Ansicht der Mitglieder des VÖP sind die Bestimmungen der derzeitigen Rundfunkmitteilung nicht geeignet, öffentlich-rechtliche Rundfunkanbieter davon abzuhalten, Effizienzgewinne zu erzielen. Im Fall der Einführung der in dieser Stellungnahme angeregten Überarbeitungen der Rundfunkmitteilung, insbesondere im Fall der Vorschreibung einer strikten funktionalen und strukturellen Trennung von gemeinwirtschaftlichen und kommerziellen Tätigkeiten sowie der Einführung von Obergrenzen zur Begrenzung von Überkompensierungen, könnten rein marktwirtschaftlich motivierte Anreize zur Erzielung von Effizienzgewinnen im gemeinwirtschaftlichen Bereich entfallen. Diese Überlegungen treffen allerdings ohnedies nur für den Fall uneingeschränkt zu, in dem private Unternehmen mit der Erbringung des öffentlich-rechtlichen Auftrags betraut sind und deren Eigentümer und sonstige Stakeholder dementsprechend ein großes wirtschaftliches Eigeninteresse an der Erzielung von Effizienzgewinnen haben. Wird der öffentlich-rechtliche Rundfunk hingegen von staatlichen oder staatsnahen Unternehmen erbracht, gelten rein marktwirtschaftlich orientierte Annahmen nicht mehr. In diesem Fall muss ein fehlendes wirtschaftliches Eigeninteresse durch rechtliche Vorgaben, wie etwa die Verpflichtung zu sparsamen Wirtschaften ersetzt werden. In solchen Fällen sollte sich daher in Bezug auf die grundsätzliche Verpflichtung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmens, Effizienzgewinne zu erzielen, selbst im Fall einer Beschränkung der erzielbaren Jahresabschlüsse wenig ändern. Ein allfälliges Fehlen von Anreizen zur Erzielung von Effizienzgewinnen könnte aber durch weitere Regulierungsmaßnahmen ausgeglichen werden. Eine denkbare Maßnahme wäre im Rahmen der in dieser Stellungnahme angeregten jährlichen Neufestsetzung der Ausgleichszahlungen auch das jeweilige Potential zur Erzielung von Effizienzgewinnen zu erheben und die Ausgleichszahlungen um die ermittelten Einsparungspotentiale zu reduzieren. Zusätzlich oder alternativ könnte geregelt werden, dass nachweislich aus Effizienzgewinnen generierte Überschüsse von öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen für die Finanzierung neuer öffentlich-rechtlicher Programme oder Angebote verwendet werden dürfen beziehungsweise daraus Rücklagen für die zukünftige Finanzierung neuer öffentlich-rechtlicher Programme oder Angebote gebildet werden dürfen.

2.6.6 Nur unter den in Punkt 2.6.5 oben angeführten Umständen (Effizienzgewinne) sollten öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten nach Ansicht der Mitglieder des VÖP berechtigt sein, im gemeinwirtschaftlichen Bereich allenfalls über die angeregte absolute Obergrenze hinaus erzielte Gewinne zu behalten.

2.7 Prüfung der Verhältnismäßigkeit – Ausschluss von Marktverzerrungen, die nicht zwangsläufig durch die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags bedingt sind

2.7.1 Grundsätzlich haben die private Anbieter audiovisueller Mediendienste in Österreich die Möglichkeit, allfällige Verstöße des österreichischen öffentlich-rechtlichen Rundfunks gegen österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht durch Beschwerden bei der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde („BWB“) anzuzeigen oder selbst gerichtlich vor dem österreichischen Kartellgericht oder den österreichischen Zivilgerichten gegen den österreichischen öffentlich-rechtlichen Rundfunk vorzugehen. Das österreichische Kartellrecht ist weitgehend an das europäische Wettbewerbsrecht angepasst. Das gilt insbesondere für die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschenden Unternehmen.⁶³ Einen Konditionenmissbrauch in der Praxis nachzuweisen wäre in der Praxis für einen Mitbewerber der österreichischen Rundfunks im derzeitigen System mangels Zugang zu den relevanten Kalkulationsgrundlagen nur schwer möglich. In jedem Fall bietet das allgemeine Wettbewerbsrecht keine Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit der Höhe von Ausgleichszahlungen zu überprüfen und dadurch bedingte Wettbewerbsverzerrungen abzustellen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht allein bietet keinen effektiven Rechtsschutz gegen die durch nicht mehr mit Art 86 Abs 2 EG-Vertrag vereinbare Privilegierungen des österreichischen öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die nach Ansicht des VÖP auch in Widerspruch zu der Mitgliedsstaatlichen Loyalitätspflicht nach Art 3 des EG-Vertrags stehen.

2.7.2 Aus sämtlichen in dieser Stellungnahme angeführten Gründen treten die Mitglieder des VÖP dafür ein, dass in einer überarbeiteten Rundfunkmitteilung Regelungen vorgesehen werden, die die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in den Mitgliedstaaten dazu verpflichten, kommerzielle Tätigkeiten ausschließlich unter Marktbedingungen auszuführen. In Einklang mit der Entscheidungspraxis der Kommission sollten daher in einer Überarbeitung der Rundfunkmitteilung auch vorgesehen sein, dass die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung der Vereinbarkeit ihres Systems der staatlichen Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkunternehmen mit Art 86 Abs 2 EG-Vertrag geeignete Kontrollmechanismen zur Verhinderung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen vorsehen müssen.

2.7.3 Die Methoden der Ermittlung von Preisunterbietungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts reichen im Fall der Gewährung von staatlichen Beihilfen für den gemeinwirtschaftlichen Bereich ohnedies nicht aus, um Wettbewerbsverzerrungen durch

⁶³ § 5 Kartellgesetz ist inhaltlich mit Art 82 EG-Vertrag ident.

Preisunterbietungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmens zu Lasten privater Anbieter fest- und abzustellen. Die staatlichen Beihilfen gewähren Deckungspreise zum Gesamthaushalt im gemeinwirtschaftlichen Bereich, die es dem öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen etwa ermöglichen, Sendezeit in ihrem Programm günstiger zu verkaufen als kommerzielle Anbieter, ohne dass die Preise für Sendezeit im gemeinwirtschaftlichen Programm unter den variablen Durchschnittskosten des öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmens liegen. Für zulässige kommerzielle Angebote eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmens, die kein Entgelt für die Inanspruchnahme von Leistungen im gemeinwirtschaftlichen Bereich sind (etwa zulässig subventionierte Bezahldienste), muss daher gelten, dass diese nur zu Bedingungen angeboten werden dürfen, zu denen kommerzielle Anbieter ihre vergleichbaren Leistungen anbieten.

- 2.7.4 Nach Ansicht der Mitglieder des VÖP reichen allgemeine kartellrechtliche Vorgaben zur Abdeckung von Wettbewerbsverzerrungen, die durch den Erwerb von Sportrechten durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten verursacht werden können, nicht aus. Vielmehr besteht erheblicher Klärungsbedarf hinsichtlich der staatlichen Finanzierung von Senderechten für besonders attraktive Sportveranstaltungen. In diesem Zusammenhang regen die Mitglieder des VÖP auch im Hinblick auf das von Kommission am 31.01.2008 im Verfahren Staatliche Beihilfe E/2008 (ex CP 163/2004 und CP 227/2005) – Finanzierung des ORF – Österreich, IV. B. 4. S. 21 - 22, Rz. 77 veröffentlichte Schreiben an, den öffentlich-rechtlichen Auftrag in Bezug auf Sport bzw. Sportveranstaltungen in der überarbeiteten Rundfunkmitteilung klar zu umschreiben, um Marktverzerrungen durch staatliche Finanzierungen von Sportrechten, die über das hinausgehen, was zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Bezug auf Sport erforderlich ist, bereits aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben hintan zu halten. Eine klare Präzisierung des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Bezug auf Sport bzw. Sportveranstaltungen ist insbesondere dann zu fordern, wenn öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmer in den vom öffentlich-rechtlichen Auftrag erfassten Programmen nur mehr vorrangig Premiumsportarten senden und daneben einen Spartensportkanal betreiben, in dem hauptsächlich Randsportarten gesendet werden. In diesem Fall ist nämlich davon auszugehen, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmer in der Lage sind, Mitbewerber beim Erwerb exklusiver Sportrechte zu überbieten, so dass Mitbewerber überhaupt keine exklusiven Sportrechte mehr erwerben können, obwohl dies für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht erforderlich ist. Bei entsprechender Präzisierung des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Bezug auf Sport bzw. Sportveranstaltungen in der überarbeiteten Rundfunkmitteilung ist jedenfalls zu berücksichtigen, dass sich der zu erfüllende öffentlich-rechtliche Auftrag nicht nur auf Premiumsportarten wie, Fußball WM bzw. EM, UEFA Champions League, Olympische Spiele, FIS Skiweltcup, Formel 1 beschränkt, sondern auch Randsportarten, wie beispielsweise Schwimmen, Eishockey oder Bodenturnen berücksichtigt werden.

Um Wettbewerbsverzerrungen, die aus der staatlichen Finanzierung von Sportrechten resultieren, hintan zu halten, sollte nach Ansicht der Mitglieder des VÖP neben einer präzisen und eindeutigen Umschreibung des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Bezug auf Sportberichterstattungen in der überarbeiteten Rundfunkmitteilung auch eine prozentuelle Begrenzung der auf Sportberichterstattung entfallende Programmzeit öffentlich-rechtlicher Rundfunkunternehmer vorgesehen werden. Die prozentuelle Begrenzung hat sich dabei auf einen Sendetag beziehen und gilt pro Programm. Erfahrungen aus anderen Mitgliedstaaten, insbesondere aus Deutschland, haben nämlich gezeigt, dass eine jährliche prozentuelle Begrenzung der auf Sportberichterstattungen entfallenden Programmzeit ins Leere läuft, da bei einer derartigen jährlichen Begrenzung öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmer nach wie vor regelmäßig Mitbewerber überbieten können. Alternativ bzw. kumulativ zu einer prozentuellen täglichen Begrenzung der auf Sportberichte entfallenden Programmzeit sollte auch eine Begrenzung des Budgets für Sportberichterstattung mit präzisen Transparenzaufgaben in der überarbeiteten Rundfunkmitteilung vorgesehen werden. In dieses prozentuell begrenzte Budget sind nach Ansicht der Mitglieder des VÖP nicht ausschließlich die zu entrichtenden Lizenzgebühren für den Rechteerwerb einzubeziehen, sondern die Gesamtaufwendungen, die für den (exklusiven) Rechteerwerb erforderlich sind (somit inkl. Produktions- und Personalkosten). Dabei sollte in der überarbeiteten Rundfunkmitteilung auch klargestellt werden, dass das Budget für den Erwerb von Sportrechten von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ausgewiesen werden muss.

Nach Ansicht der Mitglieder des VÖP sollte in der überarbeiteten Rundfunkmitteilung auch vorgesehen werden, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen keine Sportrechte erwerben dürfen, die exklusiv für neue Mediendienste, wie insbesondere Video On Demand und mobilen Empfang, angeboten werden. Durch das Anbieten bestimmter Sportveranstaltungen exklusiv über neue Mediendienste werden Konsumenten nämlich gezwungen, die neuen Mediendienste in Anspruch zu nehmen. Ist es öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen daher möglich, derartige Sportrechte zu erwerben und im Rahmen ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags zu verbreiten, werden sich neue Mediendienste am Markt kaum etablieren können.

2.8 Weitere Aspekte

- 2.8.1 Für eine Differenzierung zwischen dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk in kleinen und anderen Mitgliedstaaten bietet Art 86 Abs 2 EG-Vertrag nach Ansicht der Mitglieder des VÖP keine Möglichkeiten.
- 2.8.2 Den einzigen Nachteil, den öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten in kleineren Mitgliedstaaten gegenüber jenen in anderen haben, ist, dass die Kosten der Produktion des Programms im gemeinwirtschaftlichen Interesse zT auf die kleinere Bevölkerung umgelegt werden müssen. Dieser Nachteil wird bereits durch die Gestattung dualer

Finanzierungssysteme ausgeglichen, die es ermöglichen, die Gebührenbelastung der Bevölkerung in einem akzeptierten Maß zu halten. In manchen Mitgliedstaaten, wie etwa in Österreich, können Gebührenerhöhungen schon allein durch die angeregte Beschränkung von Überkompensationen (vgl. dazu Punkt 2.6 oben) vermieden werden. Wie die Kommission in dem Verfahren *Finanzierung des ORF – Österreich* vorläufig festgestellt hat⁶⁴, konnte der ORF in den vergangenen Jahren beachtliche Überschüsse erwirtschaften. Hinzu kommt, dass die Unpopularität von Gebührenerhöhungen einen essentiellen Anreiz zur Erzielung von Effizienzgewinnen (vgl. in diesem Zusammenhang auch Punkt 2.6.5 oben) und darüber hinaus immer wieder einen Anlass für die Mitgliedstaaten bietet, die grundsätzliche Notwendigkeit und den Umfang von öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu hinterfragen.

3. SCHLUSSBEMERKUNGEN

3.1.1 In vielen Mitgliedstaaten – so auch in Österreich – sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen nach wie vor die Leitmedien, die eine marktbeherrschende Stellung auf sämtlichen relevanten Märkten, auf denen sie tätig sind, genießen. Hinzukommt, dass den öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen gewöhnlich rechtliche Vorteile bei der Umstellung auf neue Technologien oder der Erschließung neuer Märkte gewährt werden (vgl. in diesem Zusammenhang die Ausführungen in den Punkten 1.3.1, 1.3.2 und 1.3.5.2 oben), die es ihnen ermöglichen, ihre bestehende marktbeherrschende Stellung in diese Märkte auszuweiten. Dementsprechend fließen wichtige finanzielle Mittel (insbesondere für Werbung und immer mehr auch Sonderwerbformen) nach wie vor primär zu den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in den Mitgliedstaaten mit entsprechenden Rahmenbedingungen (wie etwa Österreich). Durch das Fehlen unverfälschter Marktbedingungen wird die Entwicklung eines innovativen Medien- und Dienstangebots gehindert, da dafür jene Mittel fehlen, die aufgrund gesicherter Marktpositionen vorrangig dem öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen zufließen.

Aus allfälligen Privilegierungen öffentlich-rechtlicher Rundfunkunternehmen resultieren zahlreiche weitere gesamtwirtschaftlicher Nachteile. Öffentlich-rechtliche Unternehmen mit marktbeherrschenden Stellungen missbrauchen ihre Marktmacht häufig nicht nur gegenüber ihren Mitbewerbern durch Verdrängungswettbewerb, sondern auch durch Ausbeutungsmisbrauch auf vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen. So rühmt sich zum Beispiel der ORF, die tragende Säule der österreichischen Film- und Fernsehproduktion zu sein. Über die kommerziellen Rahmenbedingungen, die er gegenüber seinen Vertragspartnern durchsetzt, wird hingegen nicht berichtet. So wurden an den VÖP z.B. Fälle herangetragen, in denen Urheber von Sprach- oder Musikwerken als Bedingung für eine allfällige Auftragsvergabe durch den ORF angeblich aufgefordert

⁶⁴ Schreiben der Kommission vom 31.01.2008 im Verfahren Staatliche Beihilfe E/2008 (ex CP 163/2004 und CP 227/2005) – Finanzierung des ORF – Österreich Rz. 48 ff.

wurden, bestehende Verlagsverträge zu beenden und zu der ORF-eigenen Verlagsgesellschaft zu wechseln.

Die Marktmacht öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten auf den Märkten, auf denen sie selbst tätig sind, aber auch vor- oder nachgelagerten Märkten, wirkt sich grob nachteilig auf die Innovation, die Medienvielfalt und kulturelle Vielfalt sowie die Wahlmöglichkeiten und die Qualität und das Angebot audiovisueller Mediendienste aus. Nur durch die Gewährleistung kompetitiver Marktstrukturen, insbesondere durch die größtmögliche Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch die Gewährung staatlicher Beihilfen, sowie durch die Beseitigungen jeglicher Privilegierungen öffentlich-rechtlicher Rundfunkunternehmen, die über die Dienste im gemeinwirtschaftlichen Interesse hinaus gehen, werden die hier beispielhaft aufgezeigten negativen Auswirkungen des gegenwärtigen Systems beseitigt. Wie die Erfahrungen seit der Veröffentlichung der Rundfunkmitteilung gezeigt haben, werden zu diesem Zweck jedenfalls Änderungen der derzeitigen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen für öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen notwendig sein. Als Beispiel für die positiven Auswirkungen der Schaffung von fairen Wettbewerbsbedingungen durch Bemühungen der Kommission ist die Luftfahrtindustrie zu nennen.

- 3.2 Die vom VÖP geforderten Maßnahmen könnten in die bestehende Regulierungsarbeit der zuständigen Rundfunk- und Kommunikationsbehörden der Mitgliedsstaaten (in Österreich derzeit die Kommunikationsbehörde Austria und die Telekommunikations-Control-Kommission) integriert werden. Die Vorteile aus dem Funktionieren der relevanten Märkte werden einen allfälligen zusätzlichen Verwaltungsaufwand und allfällige Kostenerhöhungen der Rechtsanwendung bei Weitem übersteigen
- 3.3 Durch die von der Kommission im Rahmen der Konsultation aufgezeigten möglichen Klarstellungen und die von den Mitgliedern des VÖP in dieser Stellungnahme angeregten Ergänzungen würde ohne jeden Zweifel ein besseres Regulierungsumfeld geschaffen werden. Ob es ausreicht, um bestehende Wettbewerbsverzerrungen zugunsten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten zu beseitigen, wird erst die Praxis zeigen. Daher sollte - wie in den meisten vergleichbaren Rechtsakten der Kommission - eine neuerliche Evaluierung auch einer Überarbeitung der Rundfunkmitteilung vorgesehen werden.
- 3.4 Negative Auswirkungen der in Betracht kommenden Änderungen sind nicht erkennbar.

Die Mitglieder des VÖP stehen der Kommission zur Erörterung dieser Stellungnahme gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Johannes P. Willheim