

ORF-Zentrum, Würzburggasse 30, A-1136 Wien

Einschreiben  
Europäische Kommission  
GD Wettbewerb  
Registratur für staatliche Beihilfen  
1040 Brüssel

Unser Zeichen: LU/Ve

Tel.: +43 1 87878 12225

Fax.: +43 1 87878 550360

E-Mail: [lusser@orf.at](mailto:lusser@orf.at)

Per E-Mail: [Stateaidgreffe@ec.europa.eu](mailto:Stateaidgreffe@ec.europa.eu)

Wien, am 4. April 2008

### HT.963

#### **Stellungnahme des Österreichischen Rundfunks (ORF) zur Überarbeitung der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (Rundfunkmitteilung 2001).**

Sehr geehrte Damen und Herren,

der ORF bedankt sich für die Gelegenheit, als interessierter Dritter im Rahmen der von der Kommission eingeleiteten Konsultation zur Überarbeitung der Rundfunkmitteilung 2001 teilzunehmen und erlaubt sich, zu einigen Aspekten<sup>1</sup> wie folgt Stellung zu nehmen. Diese Stellungnahme ergeht unter einem an das in Österreich für Medienangelegenheiten zuständige Bundeskanzleramt (Bundesministerin für Frauen, Medien und öffentlichen Dienst).

#### **Vorbemerkung:**

Im Hinblick auf die bisherigen Entscheidungen der Kommission in diesem Bereich, insbesondere den zuletzt beendeten Untersuchungen der Finanzierungsgrundlagen deutscher, flämischer und irischer öffentlich-rechtlicher Rundfunkunternehmer, geht der ORF davon aus, dass die Kommission mit der möglichen Überarbeitung der Rundfunkmitteilung 2001 nicht eine grundlegende Neuausrichtung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks plant. Weiters müsste eine

---

<sup>1</sup> Die österreichische Rechtslage ist derzeit Gegenstand einer Untersuchung des Vorliegens staatlicher Beihilfen bei der Finanzierung des ORF durch die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission. Zu Fragen, die unmittelbar auch mit dem österreichischen Beihilfverfahren zusammenhängen, nimmt der ORF im Rahmen der Beantwortung des Art 17-Briefes Stellung.

allfällige Revision der Rundfunkmitteilung jedenfalls im Einklang mit der einschlägigen Entscheidungs-Praxis der Kommission stehen.

### **Im Einzelnen:**

#### 1. Allgemeines

1.1. Seit 2001 hat es im öffentlich-rechtlichen Rundfunkwesen eine Reihe weitreichender Rechtsentwicklungen gegeben. Besonders zu nennen ist die Annahme der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste („AVMD-Richtlinie“), der Kommissionsentscheidung und des Gemeinschaftsrahmens über Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sowie die Entscheidungspraxis der Kommission. Sind Sie der Auffassung, dass die Rundfunkmitteilung in Anbetracht dieser Neuerungen aktualisiert werden sollte? Oder sind Sie der Meinung, dass trotz dieser Entwicklungen kein neuer Text erforderlich ist?

Die Rundfunkmitteilung 2001, die der ORF seinerzeit mit Ausnahme der rechtlichen Qualifikation des Programmgelts als „staatliche Beihilfe“ grundsätzlich begrüßt hat, hat sich unserer Meinung nach in der Praxis der vergangenen Jahre als flexibler, transparenter und tragbarer Rahmen für die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auch in einem sich rasch ändernden, neuen Medienumfeld bewährt. Der ORF ist der Ansicht, dass der Rechtsrahmen für die Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkunternehmer durch die AVMD-Richtlinie und insbesondere durch die in der Zwischenzeit ergangenen Entscheidungen, sachgerecht und hinreichend geregelt ist. Die zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten vereinbarten Einzelfalllösungen tragen den jeweiligen nationalen Traditionen im Rundfunkbereich, den unterschiedlichen Märkten und Kulturen jeweils entsprechend Rechnung und sind damit im Sinn der Ziele der Kommission „angemessen“. Die nunmehrigen Fragen hat die Kommission in den genannten Verfahren wiederholt gestellt und den Mitgliedstaaten als Auflagen („zweckdienliche Maßnahmen“) vorgeschlagen, die geeignet sind, die jeweils dargelegten Bedenken auszuräumen. Nach unserem Verständnis entsprechen die erzielten Einzelfalllösungen den geltenden internationalen und nationalen Rechtsgrundlagen, insbesondere dem EG-Vertrag und dem Amsterdamer Protokoll. Sie stehen aber auch im Einklang mit der AVMD-Richtlinie sowie den einschlägigen Rechtsakten des Europarats im Bereich der „neuen Medien“.

Da die Kommission eine veränderte Rundfunkmitteilung für 2009 in Aussicht gestellt hat, stellt sich die Frage, inwieweit die bis dahin entwickelten Umsetzungsschritte in Ländern, deren Verfahren durch das Eingehen von Verpflichtungen eingestellt wurden, möglicherweise nicht mehr kompatibel wären und damit einer gewissen Rechtssicherheit wieder der Boden entzogen wäre. Auch im Hinblick auf das im Fall Österreichs offene Verfahren und die Vorteile von Einzelfalllösungen, wie sie zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten in bisher mehr als 20 Fällen ausverhandelt wurden, ist der ORF der Auffassung, dass die Rundfunkmitteilung 2001 bis zum Abschluss der laufenden Verfahren nicht aktualisiert werden sollte.

1.2. Wie würden Sie die derzeitige Wettbewerbssituation der Marktteilnehmer in der Branche der audiovisuellen Medien beschreiben? Fügen Sie bitte, soweit vorhanden, Angaben zu führenden Marktteilnehmern, Marktanteilen sowie zur Entwicklung der Marktanteile im Rundfunk, in der Werbebranche oder anderen relevanten Märkten bei.

Im Produktionsbereich sowie im Sportrechtebereich haben europaweite Marktkonzentrationen in den vergangenen Jahren dazu geführt, dass Formatentwicklungen und Formatrechte in den Händen weniger Anbieter verbleiben und bspw Senderechte für Sportveranstaltungen regelmäßig über Sportrechte-Agenturen vermarktet werden, die die Verwertung aller internationalen TV-Rechte (zB

für Veranstaltungen des Ski-Weltcups) wahrnehmen. Rechtenachfragende Rundfunkveranstalter stehen damit einem international agierenden Oligopol von Rechteagenturen gegenüber.

Die österreichische Situation im Fernsehmarkt ist speziell durch zwei Besonderheiten charakterisiert: einerseits sind in Österreich über analogen und digitalen Satellitenempfang bis zu 61 deutschsprachige Konkurrenzprogramme zu empfangen (wobei mehr als 90% der Haushalte TV über Kabel und/oder Satellit empfangen), andererseits fließen durch sogenannte (Österreich-) Werbefenster ausländischer Satellitenkanäle (ausländische Programme, bei denen für Österreich lediglich die Werbespots ausgetauscht werden – und damit ein für Werbung zur Verfügung stehender Zeitraum mehrfach verkauft wird – in der Regel ohne dass eine inländische Wertschöpfung, zB durch die Produktion von Programmteilen in Österreich, stattfindet) bedeutende Werbegelder ab, die der österreichischen Produktionswirtschaft, aber auch österreichischen Privatfernsehveranstaltern und dem ORF fehlen (zuletzt im Jahr 2007 191,6 Mio €).

Der ORF ist im Unterschied zu den meisten öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern in anderen Mitgliedstaaten in Folge der Kleinheit des heimischen Markts in hohem Maß auch von Werbeeinnahmen abhängig. Diese können konjunkturbedingt unterschiedlich hoch ausfallen, sodass in einzelnen Geschäftsjahren in Folge eines plötzlichen Wegbrechens dieser Einnahmen durchaus auch erhebliche Verluste erzielt werden können. Dazu kommen „neue Marktteilnehmer“, die aufgrund anders gelagerter Kerngeschäftsfelder über eine hohe Kapitalausstattung verfügen. Diese können zunehmend auch eine Bedrohung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks darstellen, indem sie vermehrt so genannte IPTV-Dienste (also Content im Internet, bzw in ihren DSL-Netzen in zunehmend besser werdender Qualität) anbieten.

1.3. Wie wird sich Ihrer Meinung nach der Sektor weiter entwickeln und worin werden die größten Herausforderungen bestehen? Sind Sie der Meinung, dass die derzeitigen Vorschriften in Anbetracht dieser Entwicklungen weiterhin Bestand haben oder Anpassungen erforderlich sein werden?

Sowohl für öffentlich-rechtliche als auch für kommerzielle Rundfunkunternehmer ändert sich die Rundfunklandschaft zunehmend insbesondere durch Fragmentierung, Verspartung durch digitale Spartenkanäle, Online- und peer-to-peer networks, den Rückgang klassischer Werbespots, Zuwächsen bei Online-Werbebudgets, der Verbreitung von HD-Kanälen (terrestrisch und über Satellit) sowie PVRs (time-shift TV, non-linear viewing, place-shift TV, convenience TV etc). Die besondere Situation in Österreich, die so vergleichbar kein anderes EU-Land außer – mit gewissen Abstrichen – Irland kennt, besteht nun darin, dass der ORF sich auf einem Markt bewähren muss, der zu mehr als 60% in ausländischer Hand ist. Das betrifft nicht etwa nur das Medieneigentum (wie in vielen anderen Ländern Europas), vielmehr droht unsere "informed national debate" in jener eines großen, gleichsprachigen Nachbarlandes „unterzugehen“. Der wirkungsvollste Schutz besteht uE wie im irischen Fall darin, das Medien- und Filmwesen abzusichern. Große österreichische Zeitungsverlage mögen zur Hälfte in ausländischem Besitz sein – um am österreichischen Zeitungsmarkt erfolgreich zu sein, müssen diese Blätter vollständig auf den heimischen Markt orientiert sein. Gleiches gilt für lokale Radiostationen, unabhängig in wie hohem Ausmaß die ausländische Kapitalbeteiligung ist. Nur die national verbreiteten ausländischen Fernsehprogramme können mit bis zu 100% ausländischer Programmschöpfung große Teile des inländischen Werbegeldstroms ableiten, ohne einen (entsprechenden) Beitrag zur österreichischen nationalen Debatte, Programmschöpfung oder Filmförderung zu leisten. Insofern befürworten wir Regelungen, die die Voraussetzungen für eine österreichische Fernsehscene schafften und nicht eine solche beeinträchtigen oder verhindern.

## 2. Vereinbarkeit nach Artikel 86 Absatz 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. Sollten die in der Kommissionsentscheidung und im Gemeinschaftsrahmen über Ausgleichszahlungen verankerten Anforderungen (oder zumindest einige dieser Anforderungen) in die überarbeitete Fassung der Rundfunkmitteilung übernommen werden? Bitte erläutern Sie Ihren Standpunkt.

Die Bestimmungen über den Gemeinschaftsrahmen gelten ausdrücklich nicht für den Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (Rz 3). Die Rundfunkmitteilung 2001 enthält uE hinreichend bestimmte und sachgerechte Regelungen für die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Soweit der Gemeinschaftsrahmen Regeln für staatliche Beihilfen vorsieht, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen außerhalb des Bereichs des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gewährt werden, ist auf die jeweiligen Einzelfallentscheidungen und die jeweiligen konkreten, auf den jeweils nationalen Markt abgestimmten und zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten gemeinsam erzielten Lösungen zu verweisen. Darin werden dieselben Fragen wie im Gemeinschaftsrahmen (Höhe des Ausgleichs, zu berücksichtigende Kosten sowie auf der Einnahmenseite zu berücksichtigende Beträge) speziell für den Rundfunkmarkt geregelt. Eine darüber hinausgehende, weitere Regelung erscheint dem ORF auch im Hinblick auf das aktuelle österreichische Beihilfeverfahren daher entbehrlich.

#### 2.1.2. Falls ja, nennen Sie bitte die Anforderungen, die aufgenommen werden sollten, und erläutern Sie, ob und gegebenenfalls welche Anpassungen Ihrer Meinung nach angemessen wären, um den spezifischen Gegebenheiten der Rundfunkbranche Rechnung zu tragen (siehe auch nachstehende Fragen und insbesondere jene unter Punkt 2.6, die sich auf die Frage der Überkompensierung beziehen).

Siehe dazu oben Antwort zu Punkt 2.1.1.

## 2.2. Definition des „öffentlich-rechtlichen Auftrags“

### 2.2.1. Bitte erläutern Sie, wie in Ihrem Land der öffentlich-rechtliche Auftrag, insbesondere auch in Hinblick auf neue Medien, definiert ist.

Der öffentlich-rechtliche Auftrag des ORF umfasst gemäß § 1 Abs 2 ORF-G<sup>2</sup> den technischen Versorgungsauftrag, den Programmauftrag und – im Rundfunkbereich – besondere Aufträge. Ebenfalls Bestandteil des öffentlichen Auftrags (nämlich des Versorgungsauftrags) ist die Veranstaltung der mit den Rundfunkprogrammen in Zusammenhang stehenden Online- und Teletextdienste, die zur Erfüllung des inhaltlichen Auftrags nach § 4 ORF-G dienen (§ 3 Abs 5). Dadurch kommt zum Ausdruck, dass der gemeinwohlverpflichtete ORF seine Inhalte auch in neuen Kommunikationsplattformen wie zB Online anzubieten hat und dadurch einerseits veränderten medialen Nutzungsmöglichkeiten seines Publikums Rechnung tragen, andererseits an den Möglichkeiten solcher neuen Dienste teilhaben soll. § 18 ORF-G normiert detailliert die inhaltlichen Anforderungen an Teletext- und Online-Dienste und verweist explizit auf den Programmauftrag (nämlich § 4 Abs 1 Z 1, Z 2, Z 5, Z 8, Z 13 und Z 15, Abs 3 ORF-G); auf

---

<sup>2</sup> BGBl Nr. 1984/379 idF BGBl I Nr. 2007/102.

allgemeine Grundsätze und Jugendschutz (§ 10 Abs 1, 2 und Abs 11 bis 13 ORF-G). Nach den vom ORF erlassenen (in ihrer rechtlichen Qualifikation als – dienstrechtliche – Weisung verbindlichen) Programmrichtlinien sind die dort festgelegten Standards (sinngemäß) auch bei der Gestaltung der Onlinedienste und Teletextangebote des ORF zu beachten.

2.2.2. Sollte genauer zwischen öffentlich-rechtlichen Diensten und anderen Tätigkeiten unterschieden werden? Falls ja, wie könnte für eine genauere Trennung gesorgt werden (z. B. mittels einer vom jeweiligen Mitgliedstaat erstellten, nicht erschöpfenden Liste rein kommerzieller Tätigkeiten, die nicht unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallen)?

Ob und gegebenenfalls wie die Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen Diensten und anderen Tätigkeiten getroffen werden soll, soll weiterhin ausschließlich Sache der Mitgliedstaaten bleiben. Auch die Kriterien und Leitlinien für eine solche Unterscheidung sollten von den Mitgliedstaaten und nicht von der Kommission festgelegt werden, weil unterschiedliche nationale Rundfunkmärkte unterschiedliche Rahmenbedingungen erfordern. In Österreich wird diese Unterscheidung insbesondere in § 2 Abs 1 bis 3 ORF-G getroffen. Sie steht auch im Einklang mit der in Rz 239 der deutschen Entscheidung vorgeschlagenen Zuordnung kommerzieller Tätigkeiten, deren Einbeziehung in den öffentlich-rechtlichen Auftrag einen „offensichtlichen Fehler“ darstellen (E-Commerce, Werbung, Sponsoring und Merchandising über das Internet und neue Medien).

2.2.3. Gemäß der derzeitigen Rundfunkmitteilung kann der öffentlich-rechtliche Auftrag auch andere Dienste umfassen, die keine Programme im traditionellen Sinne sind, sofern diese denselben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen einer Gesellschaft dienen. Ist mit dieser Bestimmung der zulässige Umfang derartiger öffentlich-rechtlicher Dienste ausreichend abgesteckt? Warum? Oder sollte eine überarbeitete Rundfunkmitteilung weitergehende Klarstellungen geben?

Im Hinblick auf die besonderen Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die nach Ansicht der Kommission als auch des Europarats gerade auch im Zeitalter der Informationsgesellschaft ihre Berechtigung haben, besteht nach Ansicht des ORF keine Notwendigkeit, die oben genannte Bestimmung der Rundfunkmitteilung zu ändern. Auch nach Ansicht des Europarats besteht ein Bedürfnis, öffentlich-rechtlichen Medien ihre „spezifische Funktion in der Informationsgesellschaft und insbesondere bei der Entwicklung neuer Kommunikationsdienste“ zu erlauben, dem die Mitgliedsstaaten entsprechen sollen (Europarats-Empfehlung vom 3. 1. 2007 CM/Rec (2007)3, Rz 26).

2.2.4. Sollte der allgemeine Ansatz, den die Kommission in ihrer jüngsten Entscheidungspraxis verfolgt (d. h. Festlegung des öffentlich-rechtlichen Sendeauftrags auf der Grundlage einer Vorabprüfung für neue Medientätigkeiten), bei der Überarbeitung der Rundfunkmitteilung berücksichtigt werden?

Nach unserem Verständnis beruht die Festlegung des öffentlich-rechtlichen Sendeauftrags aufgrund einer Vorabprüfung für neue Medientätigkeiten auf bilateralen Verhandlungen zwischen der Kommission und den jeweiligen Mitgliedstaaten mit durchaus unterschiedlichen Ergebnissen. Für die Einführung einer generellen – ex ante – Beurteilung, wie sie, soweit bekannt, ausschließlich im deutschen Fall vereinbart wurde, durch die Kommission, besteht uE keine rechtliche Grundlage.

2.2.5. Sollte eine überarbeitete Rundfunkmitteilung genauere Ausführungen zu der Vorabprüfung des öffentlich-rechtlichen Auftrags durch den Mitgliedstaat enthalten?

Zufolge des Amsterdamer Protokolls (Rz 32), der EntschlieÙung des Rats vom 25. 1. 1999 (dort Punkt 2) und der Rundfunkmitteilung 2001 (dort Rz 33 ff) besteht kein Zweifel an der sehr weitreichenden Kompetenz der Mitgliedstaaten, den Programmauftrag öffentlich-rechtlicher Rundfunkunternehmer festzulegen. Die Kommission hat in der Rundfunkmitteilung diese Kompetenz lediglich hinsichtlich der Prüfung eines „offensichtlichen Fehlers“ eingeschränkt (Rz 36). Ob eine ex-ante Evaluierung überhaupt eingeführt werden soll, sowie gegebenenfalls deren Art und Umfang, fällt in die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten.

2.2.6. Welche Dienste oder Kategorien von Diensten sollten Ihrer Meinung nach Gegenstand einer Vorabprüfung sein?

Siehe unsere Antworten zu 2.2.4. und 2.2.5.

2.2.7. Sollten in einer überarbeiteten Rundfunkmitteilung die grundlegenden prozeduralen und inhaltlichen Aspekte einer solchen Vorabprüfung (z. B. Beteiligung Dritter und mögliche Prüfungskriterien wie z. B. Beitrag zu klar definierten Zielen, Bedürfnisse der Bürger, bereits auf dem Markt vorhandene Angebote, Mehrkosten und Auswirkungen auf den Wettbewerb) aufgeführt werden?

Siehe unsere Antworten zu 2.2.4. und 2.2.5.

2.2.8. Sollten in Anbetracht der Tatsache, dass der gemeinwirtschaftliche Charakter derartiger Aktivitäten auf unterschiedliche Weise bestimmt werden kann, in der überarbeiteten Fassung der Rundfunkmitteilung die verschiedenen Optionen dargelegt werden?

Ob bzw welche Optionen bei der Festlegung, Ausgestaltung und Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zum Tragen kommen, sollte allenfalls bilateral, nicht aber in der Rundfunkmitteilung verankert werden. Die Kommission hat zuletzt in ihrem Schreiben vom 31. 1. 2008 an die Republik Österreich, Rz 167, selbst auf eine – bilateral zu vereinbarende – Möglichkeit hingewiesen, nämlich auf die Erstellung eines Angebots- oder Programmkonzepts hinsichtlich der vom Auftrag erfassten Online-Dienste, in dem die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen konkret ausgewiesen sind.

2.3. Übertragung des öffentlich-rechtlichen Auftrags und Aufsicht

2.3.1. Bitte erläutern Sie, wie in Ihrem Land der öffentlich-rechtliche Auftrag erteilt wird. Sieht das Verfahren, das zur Betrauung mit einer öffentlichen Aufgabe führt, eine öffentliche Anhörung vor? Inwieweit ist der öffentlich-rechtliche Auftrag der Sendeanstalt in Rechtsakten verankert? Inwieweit entscheidet die öffentlich-rechtliche Sendeanstalt selbst über die Durchführung und den Umfang ihrer Tätigkeiten? Sind derartige „Durchführungsmaßnahmen“ öffentlich zugänglich?

Rundfunk ist in Österreich verfassungsgesetzlich (BVG-Rundfunk),<sup>3</sup> die näheren Bestimmungen für den Rundfunk und seine Organisation sind bundesgesetzlich festgelegt (für den ORF: ORF-G).<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Bundesverfassungsgesetz vom 10. Juli 1974 über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks StF: BGBl. Nr. 396/1974.

Teil des Verfahrens, in dem der ORF mit seinem öffentlichen Auftrag betraut wurde, war ein der parlamentarischen Behandlung vorgelagertes Begutachtungsverfahren. Durchführung und Umfang der Tätigkeiten des ORF sind einerseits in den Aufgaben der Organe des ORF (§ 19 ORF-G: Stiftungsrat, Generaldirektor, Publikumsrat und Prüfungskommission), andererseits in den Bestimmungen, die die Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit aller programmgestaltenden sowie die Freiheit der journalistischen Berufsausübung aller journalistischen Mitarbeiter normieren, geregelt. Die Aufgaben des Stiftungsrats sind in § 21 ORF-G, jene des Generaldirektors in § 23 ORF-G, jene der Direktoren und der Landesdirektoren in § 25 ORF-G, jene des Publikumsrats in § 30 ORF-G und jene der Prüfungskommission in § 40 ORF-G geregelt. Die Stellung der programmgestaltenden Mitarbeiter findet sich im 7. Abschnitt des ORF-G. Gemäß § 21 Abs 2 Z 1 ORF-G bedürfen die unter Beachtung der langfristigen Programmpläne (§ 21 Abs 1 Z 6 ORF-G) und der Programmrichtlinien (§ 21 Abs 2 Z 1 ORF-G) vom Generaldirektor zu erstellenden Jahressendeschemen für Hörfunk und Fernsehen, sowie zur Veranstaltung von Spartenprogrammen (§ 9 Abs 2 ORF-G) sowie zur Veranstaltung von mobilem terrestrischem Fernsehen (§ 9b ORF-G) der Zustimmung des Stiftungsrats. Die Sitzungen des Publikumsrats sind öffentlich, jene des Stiftungsrats nicht.

2.3.2. Erläutern Sie bitte, welcher Form der Aufsicht die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Ihrem Land unterliegen. Wie würden Sie aus eigener Erfahrung die derzeitigen Aufsichtsmechanismen bewerten? Stehen in Ihrem Land Dritten genügend Rechtsmittel zur Verfügung, um gegen etwaige Verstöße bzw. gegen die Nichterfüllung des öffentlich-rechtlichen Sendeauftrags und anderer aus diesem Auftrag erwachsender gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen vorzugehen?

Die Aufsicht über den ORF wird durch verschiedenste Instrumente interner und externer Kontrolle sichergestellt. Intern obliegt die Aufsicht in erster Linie dem Stiftungsrat, seine diesbezüglichen Aufgaben regelt § 21 ORF-G. Der Stiftungsrat ist zwar ein Organ des ORF, das aber „von außen“ beschiedt wird: Er besteht also nicht aus Mitarbeitern des ORF selbst – mit Ausnahme der fünf vom Zentralbetriebsrat bestellten Mitglieder (die bei Beschlüssen über die Höhe des Programmgebührens nicht stimmberechtigt sind, § 20 Abs 6 letzter Satz ORF-G) – sondern aus Vertretern externer Institutionen, die – nach dem Gesetz – unabhängig agieren. Der Stiftungsrat ist ermächtigt, den Bundeskommunikationssenat (BKS) als staatliche Aufsichtsbehörde anzurufen. Indirekt ebenfalls

---

<sup>4</sup> Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk (ORF-Gesetz, ORF-G) StF: BGBl. Nr. 379/1984 (WV) zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001. Änderungen: BGBl. Nr. 531/1984; BGBl. Nr. 563/1985; BGBl. Nr. 612/1986 (DFB); BGBl. Nr. 606/1987; BGBl. Nr. 10/1991 (NR: GP XVIII IA 9/A AB 23 S. 5. BR: AB 4004 S. 535.); BGBl. Nr. 505/1993 (NR: GP XVIII RV 1082 AB 1147 S. 129. BR: AB 4605 S. 573.) (EWR/Anh. X: 389 L 0552); BGBl. Nr. 917/1993 (K über Idat); BGBl. I Nr. 100/1997 (NR: GP XX RV 759 AB 824 S. 81. BR: AB 5499 S. 629.) (CELEX-Nr.: 391L0263, 390L0387, 392L0044, 395L0062, 390L0388, 394L0046, 395L0051, 396L0002, 396L0019, 393L0097, 393L0068, 397L0013, 397L0033); BGBl. I Nr. 50/1998 (VfGH); BGBl. I Nr. 1/1999 (NR: GP XX RV 1520 AB 1563 S. 154. BR: 5853 AB 5854 S. 648.) (CELEX-Nr.: 397L0036); BGBl. I Nr. 159/1999 (NR: GP XX IA 1163/A AB 2039 S. 179. BR: AB: 6037 S. 657.); BGBl. I Nr. 194/1999 (DFB); BGBl. I Nr. 49/2000 (NR: GP XXI IA 137/A AB 133 S. 29. BR: AB 6128 S. 666.) [CELEX-Nr.: 389L0552 idF 397L0036]; BGBl. I Nr. 142/2000 (NR: GP XXI RV 311 AB 369 S. 45. BR: 6250 und 6251 AB 6268 S. 670.); BGBl. I Nr. 32/2001 (NR: GP XXI IA 370/A AB 507 S. 57. BR: 6315 AB 6322 S. 673.); BGBl. I Nr. 83/2001 (NR: GP XXI RV 634 AB 719 S. 75. BR: 6395 AB 6420 S. 679.) [CELEX-Nr.: 389L0552 idF 397L0036, 398L0027 sowie 380L0723 idF 300L0052]; BGBl. I Nr. 100/2002 (NR: GP XXI RV 1131 AB 1176 S. 106. BR: 6665 AB 6678 S. 689.); BGBl. I Nr. 97/2004 (NR: GP XXII IA 430/A S. 73. BR: 7084 AB 7086 S. 712.) [CELEX-Nr.: 31997L0036, 31998L0027, 32002L0019, 32002L0020, 32002L0021, 32002L0022]; BGBl. I Nr. 159/2005 (NR: GP XXII IA 723/A AB 1249 S. 129. BR: AB 7451 S. 729.); BGBl. I Nr. 52/2007 (NR: GP XXIII RV 139 AB 194 S. 27. BR: AB 7731 S. 747.); BGBl. I Nr. 102/2007 (NR: GP XXIII RV 300 AB 359 S. 40. BR: AB 7811 S. 751.).

Kontrollbefugnisse übt auch der Publikumsrat gem §§ 28 ff ORF-G aus, insbesondere hat auch er die Befugnis, den BKS zu befassen.

Extern besteht – neben dem gerichtlichen Rechtsschutz – der verwaltungsrechtliche Rechtsschutz durch die Einräumung der Möglichkeit der Erhebung von Beschwerden beim BKS. Dieser ist als verfassungsrechtlich abgesicherte unabhängige Kollegialbehörde eingerichtet, die als Gericht im Sinne von Art 234 EG anzusehen ist (EuGH 18. 10. 2007, Rs C-195/06 – Quiz-Express); seine Entscheidungen unterliegen nur der nachprüfenden Kontrolle von Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof.

Meritorisch obliegt dem BKS die Rechtsaufsicht über den ORF (§ 35 Abs 1 ORF-G) und seine Tochtergesellschaften (§ 35 Abs 2 ORF-G) im Hinblick auf die Einhaltung der Bestimmungen des ORF-Gesetzes. Gemäß § 36 Abs. 1 ORF-G entscheidet der BKS über die Verletzung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes:

1. auf Grund von Beschwerden

- einer Person, die durch eine Rechtsverletzung unmittelbar geschädigt zu sein behauptet;
- eines die Rundfunkgebühr entrichtenden oder von dieser befreiten Rundfunkteilnehmers im Sinne des Rundfunkgebührengesetzes, sofern die Beschwerde von mindestens 120 solchen Personen oder Personen, die mit einem die Rundfunkgebühr entrichtenden oder mit einem von dieser Gebühr befreiten Rundfunkteilnehmer im gemeinsamen Haushalt wohnen, unterstützt wird;
- einer Person, die begründet behauptet, durch eine Verletzung der Vorschriften der §§ 10 Abs. 1, 2 und Abs. 11 bis 13, 13 Abs. 3, Abs. 4 erster Satz, Abs. 7 vorletzter und letzter Satz, § 14 Abs. 1, 2, Abs. 3, Abs. 7 und 8, §§ 16 und 17 Abs. 1 bis 4 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 durch eine schwer wiegende 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 nach lit. a und b oder dieser Litera eingebrachten Beschwerde sind, sowie
- eines Unternehmens, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch die behauptete Verletzung berührt werden.

2. auf Antrag

- des Bundes oder eines Landes;
- des Publikumsrates;
- von mindestens einem Drittel der Mitglieder des Stiftungsrates;
- des Vereins für Konsumenteninformation oder einer gesetzlichen Interessensvertretung, soweit in Fernsehprogrammen eine Verletzung der Bestimmungen der §§ 13 Abs. 3, Abs. 4 erster Satz, Abs. 7 vorletzter und letzter Satz, § 14 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3, Abs. 7 und 8, §§ 16 und 17 Abs. 1 bis 4 behauptet wird;
- soweit eine Verletzung der in lit. d genannten Bestimmungen in Fernsehprogrammen behauptet wird, auch einer der im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften von der Europäischen Kommission gemäß Artikel 4 Abs. 3 der Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. Nr. L 166 vom 11. Juni 1998, S 51, veröffentlichten Stellen und Organisationen eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union, sofern die von dieser Einrichtung geschützten Interessen in diesem Mitgliedstaat beeinträchtigt werden und der in der Veröffentlichung angegebene Zweck der Einrichtung die Antragstellung rechtfertigt.

Spiegelbildlich zu dieser Bestimmung regelt § 36 Abs 6 ORF-G die Beschwerdemöglichkeiten im Hinblick auf die Tätigkeiten der Tochtergesellschaften des ORF. Gemäß § 37 Abs 1 ORF-G besteht die Entscheidung des BKS in der Feststellung, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung des ORF-Gesetzes verletzt worden ist. Wird vom BKS eine Verletzung des ORF-Gesetzes durch eines der Organe des ORF festgestellt, die im Zeitpunkt dieser Feststellung noch andauert, dann kann der BKS die Entscheidung des betreffenden Organs aufheben. Das betreffende Organ hat unverzüglich einen der Rechtsansicht des BKS entsprechenden Zustand herzustellen; kommt das betreffende Organ dieser Verpflichtung nicht nach, dann kann der BKS unter gleichzeitiger Verständigung des Stiftungsrates, erfolgt die Verletzung des Rundfunkgesetzes jedoch durch den Stiftungsrat selbst, dann unter gleichzeitiger Verständigung der Bundesregierung das betreffende

Kollegialorgan auflösen bzw das betreffende Organ abberufen. In diesem Falle ist das betreffende Organ unverzüglich nach diesem Bundesgesetz neu zu bestellen.

Der BKS kann schließlich auf Veröffentlichung seiner Entscheidung erkennen und dem Österreichischen Rundfunk oder einer Tochtergesellschaft auftragen, wann, in welcher Form und in welchem Programm diese Veröffentlichung zu erfolgen hat. Entsprechend der Judikatur des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes ist ein derartiger Auftrag im Falle einer festgestellten Verletzung nahezu zwingend zu erteilen.

Diese Bestimmungen haben konkret zur Folge, dass Unternehmen, die in einem Wettbewerbsverhältnis zum ORF stehen (oder dies behaupten), das Recht haben, gegen behauptete Rechtsverletzungen des ORF Beschwerde beim BKS zu erheben; etwa dann, wenn sie behaupten, der ORF erbringe kommerzielle Aktivitäten gesetzwidriger Weise aus Mitteln des Programmengelds. Dass diese Rechtsaufsicht effektiv ist, zeigt sich bspw daran, dass im Jahre 2002 die bloße Androhung einer Beschwerde beim BKS durch Konkurrenten den ORF veranlasst hat, ein von diesen Konkurrenten als kommerziell angesehenes Angebot zur Gratisversendung von SMS über die ORF-Webseite einzustellen.

Aus unserer Sicht hat sich die Wahrnehmung dieser Rechtsaufsicht durch den BKS seit seiner Konstituierung im Jahr 2001 bewährt, wie die zahlreichen Beschwerdeverfahren dokumentieren. Diese Beschwerdeverfahren betrafen vor allem die Frage der Erfüllung des Programmauftrages, aber auch die Einhaltung der dem ORF auferlegten Werbebeschränkungen.

So stellte der BKS beispielsweise eine Verletzung des in § 13 Abs 9 ORF-G geregelten so genannten Cross-Promotion Verbots fest (die Entscheidung wurde sowohl vom Verwaltungsgerichtshof als auch vom Verfassungsgerichtshof bestätigt). In einer weiteren Entscheidung hatte sich der BKS mit der Frage auseinander zu setzen, inwieweit der ORF seinem „Kulturauftrag“ nachkommt, in einer anderen Entscheidung war die Frage zu beurteilen, inwieweit der ORF ein ausreichendes Angebot für Volksgruppen anbietet. In einer im Wege der so genannten „Konkurrenten-Beschwerde“ (vgl § 36 Abs 1 lit d ORF-G) herbeigeführten Entscheidung wiederum hatte der BKS die Zulässigkeit von Product-Placement ebenso zu beurteilen wie Fragen der Schleichwerbung und der Unterbrecherwerbung. In dieser Entscheidung stand aber genauso auch die Vereinbarkeit einzelner Tätigkeiten des ORF mit dem in § 2 ORF-G geregelten Unternehmensgegenstand wie auch die Vereinbarkeit eines bestimmten Programmformats mit dem in § 4 ORF-G geregelten öffentlich rechtlichen Programmauftrag auf dem Prüfstand.

Weiters ist zu betonen, dass mit einer Novelle des KommAustria-G zusätzliche Vorkehrungen für die Einhaltung der Werbevorschriften durch eine regelmäßige von der KommAustria wahrzunehmende Beobachtung der Einhaltung der Werberegungen durch den ORF getroffen wurden. Die Novelle BGBl I Nr 97/2004 ist am 1. 8. 2004 in Kraft getreten (vgl § 11a KOG). Danach hat die KommAustria auch die Möglichkeit, Verletzungen der Werberegungen im Online-Bereich anzuzeigen. Gemäß § 38 ORF-G kann zudem der BKS jederzeit ein Verwaltungsstrafverfahren ua wegen Verletzung der Werbebestimmungen einleiten und dabei auch Geldstrafen verhängen, wovon auch schon Gebrauch gemacht wurde.

Ein weiteres Element externer Kontrolle besteht in der Prüfungsbefugnis des Rechnungshofs über die Gebarung des ORF, insb auch soweit sie die Mittel aus dem Programmengeld betrifft. Dazu kommt eine wirtschaftsprüferischen Kontrolle der Rechnungslegung des ORF durch die Prüfungskommission (§ 40 ORF-G).

Zusammenfassend bestehen für Dritte eine Vielzahl von – sondergesetzlich vorgesehenen – Möglichkeiten, gegen angebliche Verletzungen des öffentlichen Auftrags (oder anderer Verpflichtungen) des ORF vorzugehen, die wie oben beschrieben auch intensiv genutzt werden.

2.3.3. Sollte in der Rundfunkmitteilung präzisiert werden, unter welchen Umständen eine zusätzliche Beauftragung erfolgen sollte (d. h. zusätzlich zu dem allgemeinen, gesetzlich verankerten Auftrag), oder genügen die derzeitigen Bestimmungen?

Nach Ansicht des ORF besteht dann kein weiterer Handlungsbedarf (bspw durch Vertrag oder Aufgabenbeschreibung), wenn der öffentliche Auftrag durch förmliche Rechtshandlung (wie das in Österreich bspw gesetzlich hinsichtlich der durch die §§ 3 bis 5 ORF-G erfassten allgemeinen Fernsehprogrammtätigkeiten auch nach Ansicht der GD Wettbewerb der Fall ist) klar definiert ist. Primärrechtlich obliegt es nach dem Amsterdamer Protokoll den Mitgliedstaaten, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk auszugestalten und zu finanzieren. In jedem Fall wären solche Ergänzungen daher durch den Mitgliedstaat und nicht durch die Kommission vorzunehmen (vgl dazu § 21 Abs 2 Z 2 ORF-G – Jahressendeschemen; § 23 Abs 2 Z 1 iVm § 21 Abs 2 Z 1 ORF-G – Programmrichtlinien).

2.3.4. Sollten weitere Klarstellungen in die Rundfunkmitteilung aufgenommen werden, um eine wirksamere Aufsicht über die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu gewährleisten? Worin bestehen Ihrer Meinung nach die Vorteile und möglichen Nachteile von Aufsichtsinstanzen, die von dem beauftragten Unternehmen unabhängig sind (so wie es in der Rundfunkmitteilung gefordert wird) im Vergleich zu anderen Formen der Aufsicht? Braucht eine wirksame Aufsicht auch Sanktionsmechanismen? Falls ja, welche?

Siehe dazu sinngemäß unsere Antwort zu den Punkten 2.3.2. und 2.3.3. (Autonomie der Mitgliedstaaten). Das österreichische System sieht eine Reihe von Rechtsschutzmechanismen einschließlich entsprechender Sanktionen vor. In Österreich gelten ähnliche Kontrollmechanismen zur Prüfung des öffentlich-rechtlichen Auftrags, zur Vermeidung von Überkompensation und Quersubventionierung (interne Revision, Prüfungskommission, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, BKS und Rechnungshof). Zur Festlegung der Höhe des Programmentgelts ist der Stiftungsrat, also ein Organ des ORF selbst (Modell einer internen Genehmigung durch plural besetzte Gremien), zuständig.

2.3.5. Sollten auf einzelstaatlicher Ebene eigens 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? Wie sollten derartige Verfahren aussehen?

Auch hiezu sind wir der Auffassung, dass diese Frage in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Diese Möglichkeit wird durch die in Punkt 2.3.2. dargestellte Befugnis des BKS realisiert.

## 2.4. Mischfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

2.4.1. Wie würden sich Ihrer Meinung nach Bezahldienste, die (teilweise) aus staatlichen Mitteln finanziert werden, auf den Wettbewerb auswirken?

Zu dieser Frage verweist der ORF auf die derzeitige gesetzliche Regelung: Die Einhebung des dem ORF zufließenden Programmentgelts ist in Österreich abschließend in § 31 ORF-G geregelt. Im Rahmen seines öffentlichen Auftrags ist der ORF auf zwei österreichweit empfangbare Programme

des Fernsehens sowie einen öffentlich-rechtlichen Spartenkanal limitiert. Öffentlich-rechtliche Pay-Kanäle wären in Österreich derzeit gesetzlich nicht möglich.

2.4.2. Sollten Bezahldienste als kommerzielle Tätigkeit betrachtet werden oder gibt es Umstände, unter denen sie als Teil des öffentlich-rechtlichen Sendeauftrags angesehen werden könnten? Sollten Bezahldienste, wenn sie denn als Teil des öffentlich-rechtlichen Sendeauftrags gelten sollen, auf Dienste beschränkt werden, die nicht auf dem Markt angeboten werden? Oder vertreten Sie die Auffassung, dass Bezahldienste unter bestimmten Voraussetzungen als Teil des öffentlichen Sendeauftrags betrachtet werden könnten? Falls ja, welche Voraussetzungen müssten dann erfüllt sein? Könnten beispielsweise spezifische gemeinwirtschaftliche Ziele, spezifische Bedürfnisse der Bürger, ähnliche Angebote auf dem Markt, der unzulängliche Charakter bestehender gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen oder eine unzureichende Finanzierung, um die Bedürfnisse der Bürger zu decken, als Voraussetzung festgelegt werden?

Diese Frage ist unseres Erachtens infolge der mitgliedstaatlichen Kompetenz gemäß dem Amsterdamer Protokoll, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk auszugestalten und zu finanzieren, innerstaatlich festzulegen.

## 2.5. Transparenzanforderungen

2.5.1. In welchem Umfang geht die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt in Ihrem Land kommerziellen Tätigkeiten nach? Gibt es eine strukturelle oder funktionale Trennung zwischen gemeinwirtschaftlichen und kommerziellen Tätigkeiten?

Diese Fragen sind Gegenstand des anhängigen österreichischen Beihilfenverfahrens.

2.5.2. Meinen Sie, dass eine strukturelle oder funktionale Trennung erforderlich ist? Falls ja, warum? Was wären die Vor- und Nachteile einer strukturellen bzw. funktionalen Trennung?

Diese Frage hat uE zur Richtlinie 80/723/EWG der Kommission über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen in der Fassung der Richtlinie 2000/52/EG geführt. Sie ist Teil des 9. Abschnitts des ORF-G (Finanzielle Kontrolle).

2.5.3. Sollten aufgrund der Erfahrungen in ihrem Land die Regeln für die Kostenzuweisung, so wie sie in der jetzigen Rundfunkmitteilung verankert sind, verbessert werden? Bitte nennen Sie Beispiele für eine gute Regelungspraxis. Oder sind Sie der Auffassung, dass die derzeitigen Regeln ausreichen?

Kein Verbesserungsbedarf.

2.5.4. Sind Sie unter Berücksichtigung Ihrer Antworten zu den Fragen 2.5.1, 2.5.2 und 2.5.3 der Auffassung, dass eine überarbeitete Rundfunkmitteilung die Transparenzanforderungen genauer ausführen sollte?

Siehe unsere Antworten zu 2.5.2 und 2.5.3.

## 2.6. Prüfung der Verhältnismäßigkeit – Ausschluss einer Überkompensierung

### 2.6.1. Sollte in der Rundfunkmitteilung verlangt werden, dass die Mitgliedstaaten eindeutig die Parameter für die Festlegung der Höhe der Ausgleichszahlungen festlegen?

Wir sind der Auffassung, dass diese Frage in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.

### 2.6.2. Gewährleisten die derzeitigen Bestimmungen der Rundfunkmitteilung eine ausreichende finanzielle Stabilität der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten? Oder schränken die derzeitigen Regeln die mehrjährige Finanzierungsplanung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks übermäßig ein?

Die gegenwärtigen Bestimmungen der Rundfunkmitteilung 2001 bieten Rahmenbedingungen, die ökonomisches Handeln und Planungsmöglichkeiten auf mittlere Sicht ermöglichen. Es ist aus unserer Sicht jedenfalls sicher zu stellen, Regelungen so zu gestalten, dass ökonomisches Agieren über längere Zeiträume hinweg zugelassen wird, um mittel- und langfristig die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sicherzustellen. Dazu zählen auch Möglichkeiten der Eigenkapitalbildung, um Ertragsschwankungen im Bereich einer öffentlichen wie auch einer dualen Finanzierung ausgleichen zu können.

### 2.6.3. Unter welchen Umständen ließe sich rechtfertigen, dass Rundfunkanstalten einen am Ende eines Finanzjahres ausgewiesenen Überschuss behalten? Sollten die diesbezüglichen Vorgaben in der Entscheidung und im Gemeinschaftsrahmens zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in die neue Rundfunkmitteilung eingebracht werden (eingehende Erläuterungen hierzu befinden sich im „Explanatory Memorandum“, u. a. auch der Vorschlag einer Obergrenze für überhöhte Ausgleichszahlungen von 10 %)?

Diese Frage ist Gegenstand des anhängigen österreichischen Beihilfeverfahrens. Siehe auch unsere Stellungnahme zu Punkt 2.6.2.

### 2.6.4. Welche Regelungen/Höchstgrenzen sollten festgelegt werden, um übermäßige Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden (sollte z. B. die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt selbst darüber entscheiden, wie sie im Rahmen ihrer gemeinwirtschaftlichen Aufgaben mit dieser 10 %- Marge wirtschaftet oder sollte genau festgelegt werden, wie diese 10 % zu verwenden sind, damit Finanzüberschüsse nur für vorab bestimmte Zwecke/Vorhaben verwenden werden? Sollte der Mitgliedstaat im Falle wiederkehrender Überschüsse der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt deren Finanzbedarf einer erneuten Überprüfung unterziehen)?

Siehe dazu unsere Stellungnahme zu 2.6.3.

### 2.6.5. Könnten die Bestimmungen der derzeitigen Rundfunkmitteilung die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbieter eventuell davon abhalten, Effizienzgewinne zu erzielen? Wie könnte dies gegebenenfalls vermieden werden? Welche Mechanismen gibt es in Ihrem Land, die als gutes Beispiel herangezogen werden könnten?

Diese Frage ist Gegenstand des anhängigen österreichischen Beihilfeverfahrens.

2.6.6. Unter welchen Umständen und unter welchen Voraussetzungen sollten öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten Ihrer Meinung nach einen erwirtschafteten Gewinn behalten dürfen?

Auch diese Frage ist Gegenstand des anhängigen österreichischen Beihilfenverfahrens. Sie erlangt unseres Erachtens besonders in kleineren Märkten besondere Bedeutung, in denen öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmer dual finanziert und damit verstärkt marktabhängig sind.

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

2.7.1. Welche Mechanismen können private Rundfunkanbieter in Ihrem Land in Anspruch nehmen, um gegen vermeintliches wettbewerbswidriges Verhalten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten vorzugehen? Bitte erläutern Sie, ob diese Mechanismen Ihrer Meinung nach eine ausreichende und wirksame Kontrolle gewährleisten. Werden bei der Prüfung, ob die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten möglicherweise zu hohe Ausgleichszahlungen erhalten haben, berücksichtigt, ob die Einnahmen aufgrund nachweislich wettbewerbswidriger Verhaltensweisen (z. B. Preisunterbietung) geringer ausgefallen sind?

Kommerziellen Rundfunkanbietern stehen innerstaatlich im Fall von Verletzungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) oder bei Kartellverstößen die Anrufung der ordentlichen Gerichte bzw der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) zur Verfügung, im Fall der Verletzung des § 2 Abs 4 ORF-G besteht die Möglichkeit der Anrufung des BKS. Insofern kann im Schutz der vertraglichen Zusammenarbeit des ORF mit anderen Unternehmen (§ 2 Abs 4 ORF-G) eine sondergesetzliche Regelung des Wettbewerbsrechts gesehen werden. Das österreichische System funktioniert in der Praxis: In einem unlängst abgeschlossenen Verfahren, das die BWB auf Beschwerde eines privaten Rundfunkanbieters wegen Verletzung von § 1 Kartellgesetz und Art 81 Abs 1 EG gegen den ORF und den Österreichischen Skiverband eingeleitet hatte, konnten durch Verpflichtungszusagen gegenüber dem Kartellgericht in den Worten der BWB „die Übertragungen der österreichischen Skiveranstaltungen gesichert sowie Rechtssicherheit und Marktöffnung für alle Beteiligten erreicht werden.“<sup>5</sup>

2.7.2. Sollte die Rundfunkmitteilung Regelungen vorsehen, die die Rundfunkanstalten verpflichten, kommerzielle Tätigkeiten unter Marktbedingungen auszuführen, und sollten, im Einklang mit der Entscheidungspraxis der Kommission, entsprechende Kontrollmechanismen vorgesehen sein, um wettbewerbswidrige Verhaltensweisen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten (insbesondere Preisunterbietungen) zu verhindern?

Weitergehende Regelungen speziell für öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter sind im Hinblick auf die bestehenden innerstaatlichen und gemeinschaftsrechtlichen Kontrollmechanismen und -instanzen nicht erforderlich.

---

<sup>5</sup> [http://www.bwb.gv.at/BWB/AKTUELL/orf\\_osv\\_22022008.htm](http://www.bwb.gv.at/BWB/AKTUELL/orf_osv_22022008.htm).

2.7.3. Sollte die Methode zur Ermittlung einer möglichen Preisunterbietung präzisiert werden und wären eventuell auch andere Tests denkbar, die anstelle der derzeitigen Methode, auf die die Rundfunkmitteilung Bezug nimmt, verwendet werden könnten? Wie wird in Ihrem Land das Preissetzungsverhalten von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten untersucht und welche Methoden könnten als besonders bewährte Methoden angeführt werden?

Siehe unsere Antworten zu 2.7.2. und 2.7.4.

2.7.4. Besteht weiterer Klärungsbedarf hinsichtlich der staatlichen Finanzierung von Senderechten für besonders attraktive Sportveranstaltungen? Falls ja, welche weiteren Anforderungen sollten Ihrer Meinung nach in die Rundfunkmitteilung aufgenommen werden, und wie würden dadurch mögliche wettbewerbsrechtliche Bedenken bezüglich der staatlichen Finanzierung ausgeräumt werden? Oder vertreten Sie die Auffassung, dass Wettbewerbsverzerrungen, die möglicherweise durch den Erwerb derartiger Rechte durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten verursacht werden könnten, durch die kartellrechtlichen Bestimmungen ausreichend abgedeckt sind?

Wir sind aufgrund der oben genannten jüngsten Judikatur der Ansicht, dass möglichen Wettbewerbsverzerrungen durch innerstaatliche Kartellverfahren (in unserem Fall auf Antrag der BWB) ausreichend Rechnung getragen wird.

## 2.8. Weitere Aspekte

2.8.1. Ist die Bezugnahme auf die Schwierigkeiten kleinerer Mitgliedstaaten notwendig?

Ja. Siehe dazu unsere Antworten oben, sowie insb zu Punkt 2.8.2.

2.8.2. Was wären Ihrer Meinung nach typische Schwierigkeiten kleinerer Mitgliedstaaten und wie sollte diesen Rechnung getragen werden?

In Österreich sind die vom ORF für Verwertungsgesellschaften aufzuwendenden Zahlungen seit jeher verhältnismäßig höher als jene zB in Deutschland. In kleineren Ländern, das sind solche mit weniger Einwohnern, wie zB Österreich, sind die Kosten des Föderalismus (bzw der Regionalisierung) ungleich höher als in größeren Ländern (in denen für kleine Einheiten keine eigenen Landesstudios betrieben würden). Dazu kommen – pro Einwohner gerechnet – sehr hohe Produktionskosten, denen geringere Refinanzierungsmöglichkeiten aufgrund beschränkter Haushaltszahlen gegenüber stehen. Diese Refinanzierungsstruktur bedingt eine höhere Abhängigkeit vom Markt. Weiters schlagen die Erhöhungen bei Rechtekosten, insbesondere im Sport, bei kleineren Mitgliedsstaaten verhältnismäßig stärker durch. Das führt dazu, dass bestimmte Sportveranstaltungen (auch solche mit österreichischer Beteiligung) künftig gar nicht mehr gezeigt werden können.

Dazu kommt im Fall Österreichs die gesetzliche Befreiung von Rundfunkteilnehmern von der Verpflichtung zur Entrichtung des Programmentgelts aus sozialen Gründen. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk trägt hier eine Last, die richtigerweise der Staat zu tragen hätte. Während Telekomunternehmen in Österreich, für die ähnliche Befreiungstatbestände bestehen, einen Teil des damit verbundenen Entgangs vom Staat refundiert bekommen, wurde eine entsprechende gesetzliche Regelung vor deren erstmaligem Wirksamwerden für das Kalenderjahr 2001 vom Gesetzgeber wieder gestrichen.

Die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Beihilferegelungen sollte Rücksicht auf diese Schwierigkeiten nehmen. Daher sollte bspw die Möglichkeit der Bildung von Rücklagen nicht starren Grenzen folgen, die für große Märkte gelten und von diesen 1:1 übernommen werden (s auch unsere Anmerkungen unter Punkt 2.6.2.). Rücklagen sollten über längere Zeiträume vorgetragen werden können, um den Erfordernissen kleinerer Märkte Rechnung zu tragen und um zu höherer Planungssicherheit beizutragen. Es wäre weiters wichtig, nicht weitere regulatorische Kosten zu verursachen, wie bspw die Kosten im Zusammenhang mit weiteren Verfahrensschritten beim öffentlichen Auftrag. Weitere Beschränkungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Österreich würden nicht das duale System, sondern (ausländische) kommerzielle Rundfunkveranstalter mit deutschsprachigem Programm stärken.

### 3. Schlussbemerkungen

3.1. Wie würden sich etwaige Änderungen der derzeitigen Regeln unter anderem auf die Entwicklung innovativer Mediendienste und ganz allgemein auf Beschäftigung und Wachstum in der Branche der audiovisuellen Medien, die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher, die Qualität und das Angebot audiovisueller Mediendienste und anderer Mediendienste, die Medienvielfalt und die kulturelle Vielfalt auswirken?

Die vorgeschlagenen Änderungen lösen uE die wirklichen Probleme, denen sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk in Österreich aufgrund der Digitalisierung schon jetzt und in Zukunft noch vermehrt gegenüber sieht, kaum (siehe oben unsere Ausführungen zu Punkt 1.3.).

3.2. Inwieweit könnten die oben dargelegten Ergänzungen und Klarstellungen zusätzlichen Verwaltungsaufwand und erhöhte Kosten der Rechtsanwendung bedeuten?

Alle zusätzlichen regulatorischen Anforderungen würden per se den Aufwand erhöhen.

3.3. Würde mit den oben dargelegten, zusätzlichen Klarstellungen ein besserer Regulierungsrahmen geschaffen werden?

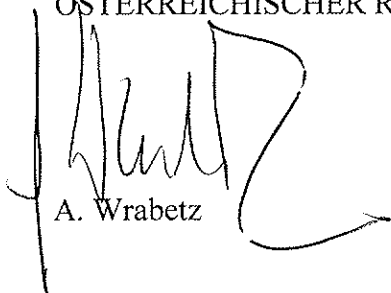
Siehe unsere Antworten oben.

3.4. Bitte nehmen Sie dazu Stellung, ob die positiven Auswirkungen der hier dargelegten möglicherweise in Betracht kommenden Änderungen etwaige negative Auswirkungen aufwiegen würden.

Siehe unsere Antworten oben.

Mit freundlichen Grüßen

ÖSTERREICHISCHER RUNDFUNK



A. Wrabetz