



Brüssel, den 28.10.2009  
K(2009)8113 endgültig

**Betreff : Staatliche Beihilfe E 2/2008 (ex CP 163/2004 und CP 227/2005) –  
Finanzierung des ORF**

Sehr geehrter Herr Bundesminister,

die Kommission beehrt sich, Ihnen mitzuteilen, dass die Bedenken der Kommission in Bezug auf die Vereinbarkeit der in Rede stehenden Finanzierungsregelung für das öffentlich-rechtliche Rundfunksystem Österreichs durch die Zusicherungen Österreichs im Rahmen des vorliegenden Verfahrens ausgeräumt werden und die Kommission folglich entschieden hat, die Untersuchung in dieser Sache einzustellen.

**1. VERFAHREN**

- 1) Im September 2004 erhielt die Kommission eine Beschwerde des Verbandes Österreichischer Zeitungen (VÖZ) mit dem Vorwurf, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) Online-Dienste anbiete, die nicht Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags seien und deshalb nicht durch staatliche Mittel finanziert werden dürften<sup>1</sup>. Weitere Informationen wurden im Oktober und November 2004, im März und Mai 2005 sowie im Jänner 2006 übermittelt. Am 4. Februar 2009 übermittelte der VÖZ der Kommission einen Bericht des österreichischen Rechnungshofes und bekräftigte die Kernpunkte seiner Beschwerde. Am 29.7.2009 übermittelte der VÖZ der Kommission einen informellen Entwurf des neuen ORF-Gesetzes.
  
- 2) Im Juli 2005 reichte der Verband Österreichischer Privatsender (VÖP) eine weitere Beschwerde bezüglich der Finanzierung des ORF ein. Diese Beschwerde betrifft

---

<sup>1</sup> Der Schriftwechsel wurde unter CP 163/2004 registriert.

Seine Exzellenz Herrn Dr. Michael Spindelegger  
Bundesminister für europäische und internationale Angelegenheiten  
Minoritenplatz 8  
1014 Wien  
ÖSTERREICH

zum einen allgemein die bestehenden Finanzierungs- und Kontrollmechanismen und zum anderen die Einführung eines Sport-Spartenprogramms (Ergänzung der Beschwerde vom Jänner 2006). Im November 2005 ging bei der Kommission eine weitere Beschwerde der Premiere AG gegen die Einführung des Sport-Spartenkanals ein<sup>2</sup>. Die Beschwerdeführer übermittelten weitere Informationen im April 2006. Die Kommission forderte die Republik Österreich mit Schreiben vom 4. August 2006 auf, zu den erhobenen Vorwürfen Stellung zu nehmen. Die Republik Österreich tat das mit Schreiben vom 12. und 21. Februar und 11. April 2007. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2007 nahm Premiere die Beschwerde zurück. Mit Schreiben vom 22. September 2008 übermittelte der VÖP eine weitere Stellungnahme.

- 3) Die Kommission forderte die Republik Österreich mit Schreiben vom 4. Jänner 2005, 9. August 2005 und 4. August 2006 auf, alle zur Prüfung der Vorwürfe zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen. Die Republik Österreich tat dies mit Schreiben, die am 7. März 2005, 7. und 18. Oktober 2005, 12. und 21. Februar sowie 11. April 2007 registriert wurden. Mit Schreiben vom 2. Jänner 2006 informierte die Republik Österreich auch die Europäische Kommission über die Novelle des ORF-Gesetzes bezüglich der Einführung eines Sport-Spartenkanals. Mit Schreiben vom 30. April und 8. Oktober 2007 übermittelte die Republik Österreich eine Kopie des Gesetzes zur Einführung des digitalen mobilen Fernsehens. Mit Schreiben vom 12. Februar und 10. April 2007 antwortete die Republik Österreich auf ein Auskunftersuchen der Kommission. Mit Schreiben vom 31. Jänner 2008 teilte die Kommission der Republik Österreich ihre vorläufige Auffassung mit, dass das öffentlich-rechtliche Rundfunksystem Österreichs nicht mit den Beihilfavorschriften des EG-Vertrags im Einklang steht (nachstehend „Schreiben nach Artikel 17“ genannt). Mit Schreiben vom 2. Mai 2008 antwortete die Republik Österreich auf das Schreiben nach Artikel 17 der Kommission. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2008 ging die Republik Österreich auf die Argumente ein, die der VÖP und der VÖZ in ihren Schriftsätzen vorgebracht hatten.
- 4) Am 9. September 2009 einigten sich EU-Kommissarin Neelie Kroes und der österreichische Medienstaatssekretär Josef Ostermayer in Brüssel auf eine Reihe von Änderungen an der öffentlichen Finanzierung des ORF. Am 17. September 2009 fand im österreichischen Parlament eine „Enquete“ zur Zukunft des öffentlich-rechtlichen Rundfunksystems Österreichs statt. An dieser Anhörung nahm auch der Generaldirektor der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission teil. Am 16. und 18. September 2009 kamen Vertreter der Kommissionsdienststellen und des Bundeskanzleramts Österreichs in Wien zusammen, um die zuvor zwischen EU-Kommissarin Kroes und Medienstaatssekretär Ostermayer in Brüssel erzielte Einigung abzuschließen.

---

<sup>2</sup> Der Schriftwechsel in beiden Fällen wurde unter CP 227/2005 registriert.

## 2. BESCHREIBUNG DES ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN RUNDFUNKS IN ÖSTERREICH

### A. Historische Entwicklung

- 5) Grundlage des ORF in seiner heutigen Form war das 1967 in Kraft getretene Rundfunkgesetz (RFG)<sup>3</sup>. Bereits nach damaliger Rechtslage durfte der ORF im Rahmen eines dualen Finanzierungssystems kommerzielle Werbung veranstalten sowie ein Rundfunkentgelt erheben.
- 6) Der ORF wurde ab 1974 als unabhängiger eigener Wirtschaftskörper eingerichtet. Die Finanzierung erfolgte sowohl durch Werbe- und sonstige kommerzielle Einnahmen als auch durch das Programmengelt. Der Programmauftrag bestand im Wesentlichen in der umfassenden Information der Allgemeinheit über alle wichtigen politischen, wirtschaftlichen, kulturellen und sportlichen Ereignisse.
- 7) Im Jahr 1999<sup>4</sup> wurden im RFG die Rahmenbedingungen für Teletext- und Online-Angebote normiert, die bereits seit 1995<sup>5</sup> vom ORF angeboten und aus dem Programmengelt finanziert wurden. Ebenfalls 1999<sup>6</sup> wurde das Rundfunkgebührengesetz erlassen, das die Erhebung der Rundfunkgebühren und des Programmengelts der GIS (jetzt: Gebühren Info Service GmbH) übertrug.
- 8) Im Jahr 2001 wurde das RFG, nunmehr ORF-Gesetz, reformiert<sup>7</sup>. Der ORF wurde in eine Stiftung mit eigener Rechtspersönlichkeit umgewandelt. Die Finanzierung bestand unverändert in Einkünften aus dem Programmengelt. Die Reform beabsichtigte, die Zulässigkeit der Finanzierung aus Programmengelt auf Tätigkeiten des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu beschränken. Der öffentlich-rechtliche Auftrag des ORF wurde neu geregelt, mit der Absicht, den bisher nur in allgemeiner Form umschriebenen Auftrag zu präzisieren. Durch die Novellierung wurde dem ORF die Erbringung eines Online- und Teletextangebots nicht mehr bloß gestattet, sondern ihm verpflichtend aufgetragen.
- 9) Weitere Novellierungen fanden 2002, 2004, 2005 und 2007 statt. Die 2002 vorgenommenen Abänderungen betrafen die Bestimmungen des ORF-Gesetzes (ORF-G) bezüglich der Stellung der programmgestaltenden Mitarbeiter<sup>8</sup>. Mit der 2004 erfolgten Novelle des ORF-G<sup>9</sup> wurde die Rechtsaufsicht durch den Bundeskommunikationssenat geändert. Der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) wurde das Recht eingeräumt, bei einer vermuteten Verletzung der Werbe-, Sponsoring- und Product-Placement-Bestimmungen des ORF-G durch den ORF ein Verfahren beim Bundeskommunikationssenat einzuleiten. Darüber hinaus wurden die Voraussetzungen zur Einreichung von Beschwerden beim Bundeskommunikationssenat wegen Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen

---

<sup>3</sup> BGBl. Nr. 195/1966.

<sup>4</sup> BGBl. Nr. 1/1999.

<sup>5</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 4. März 2005, Frage 2, Seite 5.

<sup>6</sup> BGBl. Nr. 1/1999.

<sup>7</sup> BGBl. I Nr. 83/2001.

<sup>8</sup> Bundesgesetz über die betriebliche Mitarbeitervorsorge, BGBl. I Nr. 200/2002.

<sup>9</sup> Bundesgesetz, mit dem das Privatradiogesetz, das Privatfernsehgesetz, das KommAustria-Gesetz und das ORF-Gesetz geändert werden sowie das Fernsehsignalgesetz aufgehoben wird, BGBl. I Nr. 97/2004.

gemildert. Die Novelle von 2005<sup>10</sup> ebnete den Weg für die Veranstaltung des Sport-Spartenprogramms ORF Sport Plus, das am 1. Mai 2006 den Betrieb aufnahm. Die Abänderung des ORF-G vom Juli 2007<sup>11</sup> betraf im Wesentlichen die Einführung des mobilen terrestrischen Fernsehens. Es wurde dem ORF ermöglicht, höchstens zwei Fernsehprogramme speziell für die mobile Nutzung aufzubereiten und über eine mobile terrestrische Plattform zu verbreiten. Gemäß § 9b ORF-G ist die Veranstaltung dieser Programme nicht Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF und kann deshalb nicht durch Programmengelt finanziert werden. Die Novelle vom Dezember 2007<sup>12</sup> beschränkte sich auf eine Änderung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen des ORF-G (§ 32 Absatz 8).

## **B. Rechtliche Rahmenbedingungen**

### **2.1.1. Organisation**

- 10) Der ORF ist eine Stiftung des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit. Der ORF hat gemäß § 19 Absatz 1 ORF-G folgende Organe: den Stiftungsrat, den Generaldirektor, den Publikumsrat sowie die Prüfungskommission.
- 11) Der Stiftungsrat (§§ 20-21) besteht aus 35 Mitgliedern, die von der Bundesregierung (9 Mitglieder), den Bundesländern (9 Mitglieder), dem Publikumsrat (6 Mitglieder) und dem Zentralbetriebsrat des ORF (5 Mitglieder) bestellt werden. Zu den Aufgaben des Stiftungsrates gehört insbesondere die Festsetzung des Programmengelts.
- 12) Der Generaldirektor (§§ 22-23) wird vom Stiftungsrat bestellt und führt die Geschäfte des ORF. Der Generaldirektor ist unter anderem verantwortlich für die Festlegung der Programmrichtlinien sowie die Erstellung der Jahressendeschemen.
- 13) Der Publikumsrat (§§ 28-30) besteht aus 35 Mitgliedern, die den verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen angehören, wie zum Beispiel Kammern, Kirchen, Gewerkschaften, Wissenschaft, Hochschulen, Bildung, Kunst, Sport, Jugend, ältere Menschen, Volksgruppen. Zu seinen Aufgaben gehört u. a. die Genehmigung von Beschlüssen des Stiftungsrates über die Höhe des Programmengelts.
- 14) Die Prüfungskommission (§ 40) besteht aus Wirtschaftsprüfern, die vom Stiftungsrat bestellt werden, um Jahresabschluss, Lagebericht, Konzernabschluss und Konzernlagebericht zu prüfen. Die Prüfung hat sich auch auf die Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Führung der Geschäfte sowie auf deren Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften zu erstrecken.

---

<sup>10</sup> Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk geändert wird, BGBl. Nr. 159/2005.

<sup>11</sup> Bundesgesetz, mit dem das Privatfernsehgesetz, das ORF-Gesetz und das KommAustria-Gesetz geändert werden, BGBl. I 52/2007.

<sup>12</sup> Bundesgesetz, mit dem das Betriebliche Mitarbeitervorsorgegesetz, das Einkommensteuergesetz 1988, das ORF-Gesetz, das Journalistengesetz, das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, das Familienlastenausgleichsgesetz, das Landarbeitsgesetz 1984 und das Körperschaftsteuergesetz 1988 geändert werden, BGBl. I 102/2007.

## 2.1.2. Öffentlich-rechtlicher Auftrag

### 2.1.2.1. Allgemein

- 15) Das Bundesverfassungsgesetz über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks<sup>13</sup> erklärt den Rundfunk zur „öffentlichen Aufgabe“. Gemäß § 1 ORF-G ist Stiftungszweck des ORF die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Rahmen des Unternehmensgegenstandes. Der öffentlich-rechtliche Auftrag umfasst den Versorgungsauftrag, den Programmauftrag und die besonderen Aufträge.
- 16) Der Unternehmensgegenstand umfasst entsprechend § 2 Absatz 1 ORF-G die Veranstaltung von Rundfunk, die Durchführung von mit der Rundfunktätigkeit im Zusammenhang stehenden Online-Diensten und Teletext und den Betrieb von für diese Tätigkeiten notwendigen technischen Einrichtungen sowie alle Geschäfte und Maßnahmen, die für diese Tätigkeiten oder die Vermarktung dieser Tätigkeiten geboten sind. Zu den „gebotenen Tätigkeiten“ zählen beispielsweise die Film- und Fernsehproduktion, eine Programmzeitschrift, eine Nachrichtenagentur sowie Merchandising<sup>14</sup>. Aus dem Programmengelt dürften hierbei nur die Tätigkeiten finanziert werden, die einen unmittelbaren Zusammenhang zum öffentlich-rechtlichen Auftrag aufweisen<sup>15</sup>. Gemäß § 2 Absatz 3 ORF-G sind über den Versorgungsauftrag, den Programmauftrag oder die Besonderen Aufträge hinausgehende Tätigkeiten im Rahmen des Unternehmensgegenstandes organisatorisch und rechnerisch von Tätigkeiten im Rahmen des Versorgungsauftrages zu trennen und können unter der Bedingung, dass keine Mittel aus dem Programmengelt herangezogen werden, gewinnorientiert betrieben werden.
- 17) Der „Versorgungsauftrag“ verpflichtet den ORF gemäß § 3 ORF-G zur Veranstaltung von zwei österreichweit empfangbaren Fernsehprogrammen<sup>16</sup>, Online-Diensten und Teletext sowie eines Sport-Spartenprogramms (siehe im Einzelnen in den Erwägungsgründen 27 ff. bzw. 21 ff.).
- 18) Der „Programmauftrag“ umfasst gemäß § 4 ORF-G unter anderem die umfassende Information der Allgemeinheit über alle wichtigen politischen, sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und sportlichen Fragen; die Förderung des Verständnisses für alle Fragen des demokratischen Zusammenlebens; die Förderung der österreichischen Identität im Blickwinkel der europäischen Geschichte und Integration; die angemessene Berücksichtigung und Förderung der österreichischen künstlerischen und kreativen Produktion; die Darbietung von Unterhaltung; eine angemessene Berücksichtigung verschiedener Alters- und Gesellschaftsgruppen; die Verbreitung und Förderung von Volks- und Jugendbildung sowie die Förderung des Interesses der Bevölkerung an aktiver sportlicher Betätigung. Der ORF hat ein differenziertes, vielfältiges und

---

<sup>13</sup> Bundesverfassungsgesetz vom 10. Juli 1974 über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBl. 396/1974.

<sup>14</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 7. Oktober 2005, Frage 8, Seite 18.

<sup>15</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 7. Oktober 2005, Frage 8, Seite 20.

<sup>16</sup> Gemäß Absatz 4 hat der ORF nach Maßgabe der technischen Entwicklung und Verfügbarkeit von Übertragungskapazitäten, der wirtschaftlichen Tragbarkeit usw. dafür zu sorgen, dass die Programme unter Nutzung digitaler Technologie terrestrisch verbreitet werden. Die Ausstrahlung von Programmen über Satellit hat nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit unter Nutzung digitaler Technologien zu erfolgen.

ausgewogenes Gesamtprogramm (Information, Kultur, Unterhaltung und Sport) anzubieten. Im Wettbewerb mit den kommerziellen Sendern ist auf die Unverwechselbarkeit der Angebote des ORF zu achten und die Qualitätskriterien sind laufend zu prüfen.

- 19) Zu den „besonderen Aufträgen“ zählen gemäß § 5 ORF-G eine angemessene Berücksichtigung der Volksgruppensprachen in den einzelnen Programmen sowie die Berücksichtigung der Bedürfnisse gehörloser und gehörbehinderter Menschen.
- 20) Die konkrete Programmgestaltung wird in sogenannten „Programmrichtlinien“<sup>17</sup> sowie „Jahressendeschemen“ für Fernsehen, Spartenprogramme sowie die Veranstaltung von mobilem Fernsehen weiter präzisiert. Diese Richtlinien und Sendeschemen werden vom Generaldirektor des ORF festgelegt.

#### 2.1.2.2. *Veranstaltung eines Sport-Spartenprogramms*

- 21) Mit einer am 6. Dezember 2005 beschlossenen Novelle zum ORF-Gesetz<sup>18</sup> wurde die gesetzliche Grundlage für die Einrichtung eines Sport-Spartenprogramms, als drittes gebührenfinanziertes Fernsehprogramm des ORF, geschaffen. Das neue Sport-Spartenprogramm ging am 1. Mai 2006 unter dem Namen ORF Sport Plus auf Sendung. Die Ausstrahlung erfolgt auf einer Frequenz mit TW1 (TW1 Tourismus Fernsehen GmbH). Der ORF hielt bereits seit der Gründung der Tourismusfernsehen GmbH 50 % ihrer Anteile. Im November 2005 wurden von Sitour GmbH die verbleibenden 50 % übernommen, mit dem Ziel der späteren Ausstrahlung von ORF Sport Plus. Seitdem steht TW1 im Alleineigentum des ORF.
- 22) Der Programmauftrag wurde in § 9a Absatz 1 ORF-G normiert. Demzufolge hat der ORF für ein Fernseh-Spartenprogramm zu sorgen, das der umfassenden Information der Allgemeinheit über alle sportlichen Fragen sowie der Förderung des Interesses der Bevölkerung an aktiver sportlicher Betätigung dient und in welchem insbesondere ein differenziertes Angebot von Sportarten und -bewerben zu zeigen ist, denen üblicherweise in der österreichischen Medienberichterstattung kein breiter Raum zukommt. Gemäß § 9a Absatz 1 ORF-G kann der ORF auch ein Teletextangebot und ein Online-Angebot zur Information über den Inhalt des Sportprogramms Sport Plus zur Verfügung stellen. Im Umkehrschluss ergebe sich nach Auskunft der Republik Österreich<sup>19</sup> die Unzulässigkeit eines das Spartenprogramm betreffenden Online-Angebots, das über eine Information über den Programminhalt hinausgehe.
- 23) Die detaillierte Programmplanung und damit auch die Entscheidung über die Frage, welche Sportarten auf ORF Sport Plus zu zeigen seien, obliege dem ORF selbst. Der ORF hat mit Hilfe eines juristischen Gutachtens<sup>20</sup> definiert, welche Sportarten als Premiuminhalt in der Regel nicht über das neue Spartenprogramm ausgestrahlt werden sollten. Zu diesen Sportarten zählen insbesondere die Olympischen Sommer- und Winterspiele, die Fußball-Weltmeisterschaft und die Fußball-Europameisterschaft, weitere Wettbewerbe mit Beteiligung

---

<sup>17</sup> <http://publikumsrat.orf.at/prl2006.pdf>.

<sup>18</sup> BGBl. Nr. 159/2005.

<sup>19</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 13 c, Seite 38 f.

<sup>20</sup> Anlage 10 zur Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007.

österreichischer Fußballmannschaften, die alpinen und nordischen Skiweltmeisterschaften und die Formel 1. Hinsichtlich weiterer Sportarten wie bspw. Radfahren, Tennis oder Eishockey könne die Frage, inwieweit diesen in der österreichischen Medienberichterstattung üblicherweise breiter Raum zugestanden wird, nur im Einzelfall entschieden werden.

- 24) ORF Sport Plus sei als öffentlich-rechtlicher Spartenkanal integrativer Teil des ORF und seines öffentlich-rechtlichen Auftrags. ORF Sport Plus stellt ein „Fensterprogramm“ auf TW1 dar. TW1 selbst wird rein kommerziell betrieben. Die den jeweiligen Programmen zur Verfügung stehenden Sendeflächen würden im Vorhinein den Sendern klar zugeordnet. Der ORF zahle für die Bereitstellung der Sendefläche ein „Infrastrukturentgelt“ an TW1<sup>21</sup>. Es hat hinsichtlich des Betriebs von Sport Plus keine gesonderte Zuweisung von Programmengelt stattgefunden. Damit sind auch die Kosten von Sport Plus nicht gesondert ausgewiesen<sup>22</sup>. Die Finanzierung erfolgt aus dem allgemeinen Budget des ORF.
- 25) Gemäß § 9a Absatz 4 ORF-G sei für den Fall, dass auf demselben Kanal ein weiteres Programm nach § 9 ORF-G verbreitet werde, für eine ausreichende Unterscheidbarkeit durch entsprechende Kennzeichnung Sorge zu tragen<sup>23</sup>. Obwohl die Werbezeiten von ORF Sport Plus und TW1 von ORF Enterprise vermarktet werden, finde diese Vermarktung getrennt statt<sup>24</sup>. Auch gelten eigene Preisregelungen. So werden teilweise dieselben Zeiträume zu unterschiedlichen Preisen zur Vermarktung angeboten (wobei die Preise für ORF Sport Plus zugeordnete Werbeblöcke regelmäßig höher ausfallen als die bei TW1). Beispielsweise<sup>25</sup> kostete im Mai/Juni 2006 die Werbesekunde um 15.00 Uhr 2,00 EUR auf ORF Sport Plus und um 15.06 Uhr 0,20 EUR auf TW1; um 20.00 Uhr auf Sport Plus 3,50 EUR und um 20.04 Uhr auf TW1 1,50 EUR. Im Jahr 2007 kostete die Werbesekunde<sup>26</sup> um 20.00 Uhr auf Sport Plus 1,80 EUR und um 20.04 Uhr auf TW1 1,20 EUR; montags um 15.00 Uhr auf Sport Plus 1,20 EUR und um 15.06 Uhr 0,20 EUR auf TW1.
- 26) Trotz der höheren Preise seien die Einnahmen aus klassischer Werbung von ORF Sport Plus geringer ausgefallen als die Werbeerträge des TW1. So beliefen sich beispielsweise die Werbeeinnahmen von ORF Sport Plus zwischen Mai und Dezember 2006 auf 24 101 EUR. Es habe sich gezeigt, dass das programmliche Umfeld sogenannter Randsportarten für Werbekunden wenig attraktiv sei. Ein – wenngleich nur verhältnismäßig – größeres Interesse bestehe an Sonderwerbformen, insbesondere dem Programmsponsoring, da die Unterstützer von (regionalen) Sportereignissen/Veranstaltungen grundsätzlich danach trachteten, durchgängige Sponsoringmaßnahmen umzusetzen. Entsprechend beliefen sich die Erträge aus Sonderwerbformen zwischen Mai und Dezember 2006 auf 126 637 EUR<sup>27</sup>. Demgegenüber beliefen sich die Werbeerlöse von TW1 im Jahr 2006 (klassische Werbung und Sonderwerbformen) auf 637 882 EUR.

---

<sup>21</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 11 a, Seite 34 f.

<sup>22</sup> *Ibid.*, Fragen 12 a und 12 b, Seite 37.

<sup>23</sup> *Ibid.*, Frage 11 b, Seite 35.

<sup>24</sup> *Ibid.*, Frage 11 c, Seite 36.

<sup>25</sup> Anlagen 12 und 13 zur Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007: Werbetarife für das Jahr 2006.

<sup>26</sup> Aktuelle Tarife abrufbar unter <http://enterprise.orf.at/> (hier 2007).

<sup>27</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 11. April 2007, Fragen 11 d und e, Seite 23 ff.

Dies stellt eine erhebliche Steigerung der Werbeeinnahmen gegenüber 2005 dar (Werbeeinnahmen von 570 473 EUR im Jahr 2005), liegt allerdings immer noch unter dem Niveau von 2004 (Werbeeinnahmen von 677 511 EUR im Jahr 2004)<sup>28</sup>.

### 2.1.2.3. Angebot von Online-Diensten

- 27) Im Jahr 1999<sup>29</sup> wurden die Rahmenbedingungen für Teletext- und Online-Angebote im RFG normiert. Die Veranstaltung von Online-Diensten ist zulässig, sofern sie sich im Rahmen des Unternehmensgegenstands bewegen. Die Veranstaltung von mit Rundfunk im Zusammenhang stehenden Online-Diensten und der Betrieb der dafür notwendigen technischen Einrichtungen ist Teil des Unternehmensgegenstandes und darf daher vom ORF zulässigerweise wahrgenommen werden. Hierzu gehören ferner alle Geschäfte und Maßnahmen, die für die eben beschriebenen Tätigkeiten oder für deren Vermarktung geboten sind, da auch sie Teil des Unternehmensgegenstands sind<sup>30</sup>.
- 28) Gemäß §§ 18 und 13 ORF-G kann der ORF im Rahmen seiner Online-Dienste auch kommerzielle Werbung veranstalten (z. B. Verkauf von Klingeltönen)<sup>31</sup>.
- 29) Gemäß § 3 Absatz 5 ORF-G gehören zum verpflichtenden Versorgungsauftrag des ORF ebenfalls Online-Dienste und Teletext, die i) mit Rundfunkprogrammen im Rahmen des Versorgungsauftrags im Zusammenhang stehen und ii) der Erfüllung des Programmauftrags dienen. Den Erläuterungen der Republik Österreich zufolge liegt ein Zusammenhang mit Rundfunkprogrammen bei sogenannten programmbegleitenden und programmergänzenden Angeboten vor<sup>32</sup>. Ein Zusammenhang sei beispielsweise vorhanden in Bezug auf die Möglichkeit der Versendung von E-Cards sowie der Chatfunktion<sup>33</sup>; die Beschreibungen und Rezensionen kommerziell erhältlicher Spiele, das Angebot von Spielen mit Programmbezug (z. B. das einmalige Ski Challenge 05); die (2004 eingestellte) Website für Singles; Berichte über neue IT-Technologien (Futurezone); die Debattenplattform; die tagesaktuelle Online-Sportberichterstattung; oder die Comic-Serien.
- 30) Darüber hinaus scheinen auch sogenannte „gebotene Vermarktungsmaßnahmen“ zum öffentlich-rechtlichen Auftrag zu zählen<sup>34</sup>, auch wenn die Stellungnahme der

---

<sup>28</sup> Die Angaben beruhen auf der Stellungnahme der Republik Österreich vom 11. April 2007, Frage 11 e, Seite 23 f.

<sup>29</sup> BGBl. Nr. 1/1999.

<sup>30</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 4. März 2005, Frage 1, Seite 2.

<sup>31</sup> *Ibid.*, Frage 1, Seite 4.

<sup>32</sup> Unter programmbegleitendem Angebot sei ein solches zu verstehen, welches Inhalte des Programms wiederholt und neu oder anders aufbereitet; programmergänzende Angebote behalten den inhaltlichen Fokus des Programms bei, erweitern ihn aber auch auf vergleichbare, im Programm nicht behandelte Themen. Ein unmittelbarer Zusammenhang mit einer konkreten Rundfunksendung sei in der Regel vorhanden, aber nicht unbedingt erforderlich: der geforderte Zusammenhang kann sich auch auf einen Sendungstyp beziehen; siehe Stellungnahme der Republik Österreich vom 4. März 2005, Frage 6, Seite 6.

<sup>33</sup> In ihrer Stellungnahme vom 4. März 2005, Frage 6, Seite 11, erläuterten die österreichischen Behörden, dass die Chatfunktion regelmäßig als programmbegleitend, jedenfalls aber als programmergänzend zu betrachten sei. Sofern dem Chat keine unmittelbare programmbegleitende und -ergänzende Funktion zukomme, diene er aber insbesondere der Kundenbindung und stelle eine Vermarktungsmaßnahme dar.

<sup>34</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 4. März 2005, Frage 6, Seite 6.



österreichischen Regierung hier nicht ganz eindeutig zu sein scheint, da an anderer Stelle ausgeführt wird, dass solche Vermarktungsmaßnahmen zwar nicht Bestandteil des Auftrags seien, aber aus Programmentgelt finanziert werden könnten<sup>35</sup>. Jedenfalls scheint festzustehen, dass Maßnahmen, die zur Vermarktung von Tätigkeiten im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF geboten sind, aus dem Programmentgelt finanziert werden können, sofern sie nicht in Gewinnabsicht betrieben werden<sup>36</sup>. Der ORF habe einen gewissen Spielraum hinsichtlich der Bestimmung, was unter „gebotener Vermarktung“ zu verstehen sei<sup>37</sup>. Zum Beispiel zählten auch Gewinnspiele und Wettbewerbe zu den gebotenen Vermarktungsmaßnahmen des öffentlich-rechtlichen Angebots des ORF. Dagegen wären losgelöste und eigenständige Angebote nicht mehr erfasst.

### 2.1.3. Finanzierung

#### 2.1.3.1. Finanzierung des ORF durch Programmentgelt, Werbeeinnahmen und sonstige Erlöse

- 31) Die Tätigkeiten des ORF werden vor allem durch das Programmentgelt und Werbeeinnahmen finanziert. Sonstige Erlöse des ORF bestehen u. a. aus Einnahmen aus weiteren kommerziellen Tätigkeiten und anderweitigen öffentlichen Zuwendungen. Wie sich der Tabelle in Anhang 1 entnehmen lässt, belief sich der Anteil des Programmentgelts an den Gesamteinnahmen des ORF seit 1996 auf 40 bis 50 % (insgesamt leicht steigende Tendenz mit einem Werbeanteil von 49,9 % im Jahr 2006), der Anteil der klassischen Werbung auf 30 bis 45 % (mit klar fallender Tendenz mit nur 32,6 % im Jahr 2006 im Vergleich zu 42 % im Jahr 1996) und der Anteil sonstiger Erlöse (die sowohl anderweitige staatliche Zuwendungen als auch anderweitige kommerzielle Erlöse erfassen) auf 10 bis 20 % (mit klar steigender Tendenz).
- 32) In der Tabelle in **Anhang 1** sind die Finanzierungsquellen des ORF detailliert aufgeschlüsselt.
- 33) Das **Programmentgelt** dient der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF. Gemäß § 31 ORF-G ist jedermann zum Empfang der Hörfunk- bzw. Fernsehsendungen des ORF gegen ein fortlaufendes Programmentgelt berechtigt. Gemäß § 31 Absatz 3 ist das Programmentgelt unabhängig von der Häufigkeit und der Güte der Sendungen oder ihres Empfanges zu zahlen. Beginn und Ende der Pflicht zur Entrichtung des Programmentgelts richten sich nach den für Rundfunkgebühren geltenden Vorschriften. Die einschlägigen Bestimmungen des Rundfunkgebührengesetzes legen diesbezüglich fest, dass der Betrieb bzw. die Betriebsbereitschaft einer Rundfunkempfangseinrichtung gebührenpflichtig ist. Damit ist jeder Rundfunkteilnehmer zur Entrichtung sowohl der Rundfunkgebühr als auch des Programmentgelts verpflichtet. Im Einklang mit § 31 Absatz 4 ist das Programmentgelt in gleicher Weise wie die Rundfunkgebühren einzuziehen. Gemäß § 31 Absatz 5 können rückständige Programmentgelte im Verwaltungsweg

---

<sup>35</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 4. März 2005, Frage 6, Seite 9.

<sup>36</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 4. März 2005, Frage 6, Seite 9.

<sup>37</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 4. März 2005, Frage 6, Seite 7.

eingezogen werden. Ferner ist laut § 6 des Rundfunkgebührengesetzes<sup>38</sup> das allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz auf die Einziehung des Programmentgelts anwendbar. Im Gegensatz zu den Rundfunkgebühren, die ausschließlich dem Bundeshaushalt zufließen, kommen die Einnahmen aus dem Programmentgelt allein dem ORF zugute.

- 34) Die Höhe des Programmentgelts wird vom Stiftungsrat festgesetzt, wobei laut § 31 Absatz 1 dafür zu sorgen ist, dass unter Zugrundelegung einer sparsamen Verwaltung die gesetzmäßigen Aufgaben des Rundfunks kostendeckend erfüllt werden können.
- 35) Der Stiftungsrat kann das Programmentgelt erhöhen, wenn die durch das bereitzustellende Leistungsangebot entstehenden Kosten trotz gezielter Maßnahmen zur Kostensenkung und unter Ausreizung weiterer Ertragsformen (Werbung, kommerzielle Erträge) nicht gedeckt werden können. In der Begründung der Programmentgeltanpassung müsse auf das Leistungsangebot, die gesetzlichen Forderungen und Rahmenbedingungen, die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen (wie z. B. Verbraucherpreisindex, Lizenzkostensteigerungen), die technischen Herausforderungen und die sich daraus ergebende zukünftige Kostenentwicklung eingegangen werden. Aufgrund der dualen Finanzierungsstruktur des ORF seien auch das Wettbewerbsumfeld und die Werbekonjunktur von besonderer Bedeutung<sup>39</sup>.
- 36) Die letzte derartige Erhöhung des Programmentgelts wurde vom ORF-Stiftungsrat am 13. Dezember 2007 beschlossen und belief sich auf 9,4 %. Die Erhöhung trat zum 1. Juni 2008 in Kraft<sup>40</sup>. Zuvor erfolgten Programmentgelterhöhungen 2004 (8,2 %) und 1998 (7 %) <sup>41</sup>. Die österreichischen Behörden erklärten, dass die Erhöhungen der Anpassung des Programmentgelts an die Inflation dienen<sup>42</sup>.
- 37) Gemäß § 13 Absatz 1 ist dem ORF die Vermarktung von **Werbung** gestattet. Der Umfang der Werbesendungen in den Programmen des ORF ist gesetzlich beschränkt und wird im Einzelnen vom Stiftungsrat festgesetzt.
- 38) Im Jahr 2006 erzielte der ORF Werbeumsätze im Rundfunk von 302 Mio. EUR (2005: 300,5 Mio. EUR), davon 220,7 Mio. EUR im Fernsehen (2005: 218 Mio. EUR, 2004: 230,8 Mio. EUR). Damit stiegen die Werbeerlöse leicht im Vergleich zu 2005, blieben jedoch unterhalb des Niveaus von 2004. Der 2005 verzeichnete Rückgang der Werbe- und Sponsoringeinnahmen im Fernsehen sei auf den hohen Konkurrenzdruck der deutschen TV-Programme beziehungsweise ihrer Werbefenster, darüber hinaus auf sinkende Reichweiten, unter anderem infolge der jährlich abnehmenden Zahl der rein terrestrischen TV-Haushalte, und auf das regulatorische Umfeld zurückzuführen. Der ORF habe dementsprechend seine Werbepreise im Fernsehen in „marktadäquater“ Weise reduziert (um 11,3 % im

---

<sup>38</sup> Rundfunkgebührenordnung – Fassung ab 1.1.2004; Rundfunkgebührengesetz (RGG), BGBl. I Nr. 159/1999 i. d. F. BGBl. I Nr. 71/2003.

<sup>39</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 4. März 2005, Frage 11, Seite 39.

<sup>40</sup> <http://www.orf-gis.at/index.php?kategorie=news&artikel=3953>.

<sup>41</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 7. Oktober 2005, Frage 4, Seite 13. Vor 1995 fanden Programmentgelterhöhungen statt in den Jahren 1994 (14,9 %), 1989 (10,1 %), 1984 (9,7 %) und 1982 (12,5 %).

<sup>42</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 4. März 2005, Frage 11, Seite 39.

Jahr 2005 und um 3,8 % im Jahr 2006)<sup>43</sup>. 2006 entfielen 63 % der Fernsehwerbeaufwendungen in Österreich auf den ORF (ein Minus von 3,2 Prozentpunkten gegenüber dem Vorjahr und 9 Prozentpunkten im Vergleich zu 2004)<sup>44</sup>.

- 39) Die Kategorie der *sonstigen Erlöse* erfasst alle anderen Einnahmen des ORF wie beispielsweise Erlöse aus Sonderwerbformen, Lizenzträgen und anderweitigen öffentlichen Zuwendungen. So erhält der ORF beispielsweise projektgebundene Subventionen, die aufgrund individueller Förderrichtlinien an ihn ausgeschüttet werden (z. B. für einen ORF-Schwerpunkt zur EU-Erweiterung oder für ein Kulturprojekt). Im Jahr 2005 beliefen sich diese Zahlungen auf ca. 350 000 EUR. Derartige Förderungen würden gesondert verbucht und dem entsprechenden Projekt zugeordnet.

#### 2.1.3.2. *Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags und finanzielle Lage des ORF*

- 40) Der ORF ermittelt die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags anhand interner Richtlinien<sup>45</sup>. Zunächst werden die Gesamtkosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags auf der Ebene der Muttergesellschaft ORF ermittelt. Hiervon werden die Nettoeinkünfte aus kommerzieller Tätigkeit abgezogen. Solche Nettoeinkünfte können entstehen durch die Werbetätigkeit des ORF, Programmvertrieb und -verwertung, Merchandising, die Leistungserstellung an Dritte, Vermietung und Verpachtung, Lizenzträge, Leistungsverrechnungen an Tochtergesellschaften sowie Gewinnausschüttungen von Tochterunternehmen und anderen Beteiligungen. Von diesem Betrag werden in einem weiteren Schritt sonstige staatliche Zuwendungen abgezogen. In einem letzten Schritt werden die Nettokosten des ORF auf Konzernebene ermittelt. Dafür wird zu den Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags auf der Ebene der Muttergesellschaft die Gewinnausschüttungen der Tochterunternehmen hinzugezählt (was dazu führt, dass letztendlich Gewinnausschüttungen nicht berücksichtigt werden), während die Ergebnisse der Tochtergesellschaften abgezogen werden (wodurch sich die Nettokosten auf Konzernebene verringern). Allerdings würden nur positive Ergebnisse, nicht aber durch Tochtergesellschaften verursachte Verluste berücksichtigt.
- 41) Die sich aus dieser Berechnungsmethode ergebende finanzielle Situation des ORF (Muttergesellschaft) ist der Tabelle in **Anhang 2** zu entnehmen.
- 42) Die österreichischen Behörden erläuterten, dass der ORF grundsätzlich ein ausgeglichenes Ergebnis ansteuere<sup>46</sup>. Gemäß § 39 Absatz 2 ORF-G ist der sich eventuell aus dem Jahresabschluss ergebende Jahresüberschuss, zuzüglich eines Gewinnvortrages, abzüglich eines Verlustvortrages nach Zuweisung der nach einkommenssteuerlichen Vorschriften zulässigen Rücklagen einer gesonderten Rücklage (Widmungsrücklage) zuzuführen oder auf neue Rechnung vorzutragen.

---

<sup>43</sup> Prüfungsbericht gemäß § 40 ORF-G 2005, Anlage X, Seite 5.

<sup>44</sup> *Ibid.*, Anlage X, Seite 5 f.

<sup>45</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 3 b, Seite 14, sowie Handlungsanweisung zur Umsetzung der Trennungsrechnung im ORF, Stand: 2. Jänner 2007, sowie Stellungnahme der Republik Österreich vom 14. April 2007, Beilage 2, Seiten 2 und 3.

<sup>46</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 14. April 2007, Frage 7 b, Seite 18.

Die Widmungsrücklage darf nur zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags verwendet werden. Die Dotierung sowie die Auflösung der Widmungsrücklage bedürfen der Zustimmung des Stiftungsrates. In der Praxis habe der ORF bisher von der Möglichkeit zur Bildung einer Widmungsrücklage noch keinen Gebrauch gemacht und soweit Jahresüberschüsse erzielt wurden, seien diese auf neue Rechnung vorgetragen worden<sup>47</sup>. In diesem Zusammenhang erläuterten die österreichischen Behörden ferner, dass eine Abführung in die Widmungsrücklage nur dann in Betracht käme, wenn der Jahresüberschuss über den dem Eigenkapital zuzuschlagenden Betrag hinausginge. Dies sei jedoch in der Vergangenheit nicht der Fall gewesen.

- 43) Die beim ORF derzeit vorhandenen Rücklagen seien Bestandteil des Eigenkapitals. Dieses ist nach Auffassung der Republik Österreich für die Aufrechterhaltung der Aktivität des ORF in einem System der dualen Finanzierung (und unter Berücksichtigung des hohen Anteils an Werbeeinnahmen an den Gesamteinnahmen des ORF) erforderlich, da der ORF Möglichkeiten der Abfederungen etwaiger Einnahmeeinbrüche im kommerziellen Bereich bedürfe<sup>48</sup>. Die Eigenkapitalquote des ORF von 29 % sei als angemessen anzusehen.

#### *2.1.3.3. Anwendung der Transparenzrichtlinie*

- 44) Gemäß § 2 Absatz 3 ORF-G sind über den Versorgungsauftrag, den Programmauftrag oder die Besonderen Aufträge hinausgehende Tätigkeiten organisatorisch und rechnerisch getrennt auszuweisen. Sie können unter der Bedingung, dass keine Mittel aus dem Programmengelt herangezogen werden, gewinnorientiert betrieben werden.
- 45) § 39 Absatz 4 setzt die Anforderungen der Transparenzrichtlinie für den ORF um. Gemäß dieser Bestimmung sind 1) die internen Konten, die den verschiedenen Geschäftsbereichen entsprechen, getrennt zu führen, 2) alle Kosten und Erlöse auf der Grundlage einheitlich angewandter und objektiv gerechtfertigter Kostenrechnungsgrundsätze korrekt zuzuordnen, und 3) die Kostenrechnungsgrundsätze, die der getrennten Buchführung zugrunde liegen, eindeutig zu bestimmen.
- 46) Die konkrete Umsetzung dieser Anforderungen ist in der „Handlungsanweisung zur Umsetzung der Trennungsrechnung im ORF“ festgelegt<sup>49</sup>. Die Handlungsanweisung enthält ausführliche Vorgaben zur Zuordnung von Kosten und Erträgen sowie zu den Beziehungen zu Tochtergesellschaften. In Fällen, in denen dieselben Ressourcen sowohl im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags als auch kommerziell eingesetzt werden, findet die Zuordnung unter Berücksichtigung der Tatsache statt, ob die Einstellung der kommerziellen Nutzung eine Minderung der Ausgaben mit sich brächte. Die vom ORF erzielten Erlöse werden grundsätzlich dem kommerziellen Bereich zugeordnet. Dies gilt auch für Leistungsverrechnungen des ORF an Tochtergesellschaften sowie für Gewinnausschüttungen der Tochtergesellschaften und Beteiligungsunternehmen. Soweit in den Handlungsanweisungen nichts anderes festgelegt ist, sind die Tätigkeiten sämtlicher Tochtergesellschaften des ORF dem kommerziellen Bereich

---

<sup>47</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 14. April 2007, Frage 7 a, Seite 17.

<sup>48</sup> *Ibid.*, Frage 7 b, Seite 18.

<sup>49</sup> *Ibid.*, Beilage 2.

zugeordnet. Insoweit der ORF die Tochtergesellschaften mit der Erfüllung konkreter Aufgaben beauftragt, sind diese dem öffentlich-rechtlichen Bereich des ORF zuzurechnen. In diesen Fällen ist zwischen dem ORF und der betreffenden Tochtergesellschaft ein Geschäftsbesorgungsvertrag abzuschließen, wobei die zu erbringenden Aufgaben so genau zu spezifizieren sind, dass ein Fremdvergleich möglich ist. Laut den Handlungsanweisungen müssen die vom ORF an die Tochtergesellschaft zu leistenden Entgelte entweder objektiv feststellbaren Marktpreisen entsprechen oder sich aus den kalkulatorischen Kosten für die Leistungserstellung bei der Tochtergesellschaft zuzüglich eines angemessenen Gewinnaufschlags ergeben.

- 47) Der ORF hat die Trennungsrechnung jährlich anlässlich der Endabrechnung des ORF zu erstellen und gemeinsam mit dem Entwurf des Jahresabschlusses dem Generaldirektor vorzulegen.

#### **2.1.4. Berichtspflichten und Aufsicht**

- 48) Im Hinblick auf die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags bestehen die nachstehend aufgeführten Berichtspflichten und Rechtsaufsichtsmechanismen.
- 49) Gemäß § 8 ORF-G hat der ORF dem Nationalrat und Bundesrat jedes Jahr einen sogenannten Lagebericht über die Erfüllung der Aufträge nach den §§ 3 bis 5 ORF-G zu übermitteln<sup>50</sup>.
- 50) Verwaltungsrechtlicher Schutz gegen gerügte Gesetzesverstöße des ORF und seiner Tochtergesellschaften (§ 35 Absätze 1 und 2 ORF-G) ist durch die Möglichkeit gegeben, beim Bundeskommunikationssenat (BKS) Beschwerden einzureichen. Gemäß § 36 ORF-G können sogenannte Individualbeschwerden (die bspw. eine schwerwiegende Beeinträchtigung der sittlichen Entwicklung Jugendlicher oder durch einen massiven Verstoß gegen den Schutz der Menschenwürde rügen), Beschwerden von Unternehmen (mit der Rüge, deren rechtliche oder wirtschaftliche Interessen seien durch die behauptete Verletzung berührt) oder auch Beschwerden gesetzlicher Interessensvertretungen (z. B. im Hinblick auf eine behauptete Verletzung der Werbebestimmungen) beim BKS eingereicht werden. Gemäß §§ 37 und 38 kann der BKS im Falle einer andauernden Verletzung des Rundfunkgesetzes die Entscheidung des betreffenden Organs aufheben oder gegebenenfalls eine Verwaltungsstrafe verhängen.
- 51) Den Ausführungen der österreichischen Behörden zufolge prüft der Bundeskommunikationssenat im Rahmen seiner Rechtsaufsicht auch Fragen des Unternehmensgegenstands und des öffentlich-rechtlichen Auftrags<sup>51</sup>. So habe er beispielsweise die Einhaltung der Vorgaben des § 9a ORF-G hinsichtlich des Sport-Spartenprogramms zu überwachen<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Der Bericht umfasst auch die Durchführung des § 11 ORF-G. § 11 ORF-G dient der Umsetzung von Artikel 6 der Richtlinie 89/552/EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (Fernsehrichtlinie); d. h. der Sendung europäischer Werke.

<sup>51</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007 (Stellungnahme zu den Beschwerden), Seite 10.

<sup>52</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 10 b, Seite 32.

- 52) In finanzieller Hinsicht unterliegt der ORF den nachstehend ausgeführten Kontrollmechanismen und -instanzen.
- 53) Gemäß § 40 ORF-G sind der Jahresabschluss und der Lagebericht sowie der Konzernabschluss und der Konzernlagebericht durch die Prüfungskommission zu prüfen. Diese Prüfung umfasst auch Fragen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung sowie der Übereinstimmung mit gesetzlichen Bestimmungen. Die österreichischen Behörden erklärten, dass diese Prüfung auch die Marktkonformität erfasse<sup>53</sup>. Der von den österreichischen Behörden übermittelte Prüfungsbericht vom Mai 2006<sup>54</sup> zeigt, dass die Prüfungskommission die Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften sowie der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung feststellte; allerdings scheint der Bericht vom Mai 2006 keine Prüfung der Marktkonformität zu enthalten.
- 54) Des Weiteren ist der BKS befugt, im Rahmen der Rechtsaufsicht über die Tätigkeit des ORF nachträglich die Festsetzung des Programmentgelts im Hinblick auf die Einhaltung der Bestimmungen des ORF-G zu überprüfen. Eine nachträgliche Kontrolle der Höhe des Programmentgelts ist im Prinzip auch durch den Rechnungshof möglich, der die Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Gebarung des ORF überprüfen kann<sup>55</sup>.
- 55) Schließlich unterliegt der ORF gemäß § 31a der Kontrolle des Rechnungshofes. Der letzte sogenannte „Wahrnehmungsbericht“ des Rechnungshofes erfolgte 1995 und davor 1987/1988. Die österreichischen Behörden teilten der Kommission mit, dass der Rechnungshof beabsichtigte, für 2007 eine weitere Prüfung durchzuführen<sup>56</sup>.
- 56) Der Wahrnehmungsbericht aus dem Jahr 1995 gibt eine Gesamtschau der Entwicklung zwischen 1989 und 1994. Der Rechnungshof formuliert Empfehlungen (insbesondere Rationalisierungs- und Kostensenkungsmaßnahmen), um dem ORF eine Anpassung an die veränderte Wettbewerbssituation zu erleichtern und den ORF zu einem voll wettbewerbsfähigen Unternehmen zu machen<sup>57</sup>.

## **C. Tätigkeiten des ORF und Marktsituation**

### **2.1.5. Programmangebote**

- 57) Der ORF produziert zwei öffentlich-rechtliche Fernsehprogramme (ORF 1 und ORF 2), ein öffentlich-rechtliches Spartenprogramm (ORF SPORT PLUS) sowie den kommerziellen Sender TW1. Er ist an 3sat beteiligt und kooperiert seit 2002 mit ARTE. Im Sender [BR-alpha](#), der vom Bayerischen Rundfunk betrieben wird,

---

<sup>53</sup> Der von den österreichischen Behörden übermittelte Prüfungsbericht vom Mai 2006 scheint eine solche Prüfung jedoch nicht zu enthalten.

<sup>54</sup> Prüfungsbericht gemäß § 40 ORF-G 2005, übermittelt von den österreichischen Behörden im Februar 2007.

<sup>55</sup> Der Kommission ist allerdings nicht bekannt, dass eine solche Prüfung in der Vergangenheit stattgefunden hat.

<sup>56</sup> Der Kommission sind jedoch keine weiteren Einzelheiten hinsichtlich einer solchen Prüfung bekannt.

<sup>57</sup> Der Kommission ist nicht bekannt, inwieweit die vorgeschlagenen Maßnahmen vom ORF durchgeführt wurden.

hat er ein Programmfenster. Darüber hinaus werden ORF 2 Europe, ORF MOBIL und ORF DIGITAL ausgestrahlt.

- 58) Im Jahr 2005 erreichten ORF 1 und ORF 2 bei den „über 12-Jährigen“ einen durchschnittlichen Marktanteil von 48 %. Damit wies das ORF-Fernsehen 2005 weiterhin einen der höchsten Marktanteile unter den öffentlich-rechtlichen Sendern in Europa auf<sup>58</sup>. In Haushalten, die über Kabel- und/oder Satellitenempfang verfügen, betrug der Marktanteil des ORF 43 %. Hauptkonkurrenten des ORF sind ausländische Privatsender wie SAT1, RTL und ProSieben, die innerhalb ihrer Programme auf den österreichischen Markt ausgerichtete Programmfenster anbieten, ausländische öffentlich-rechtliche Fernsehanstalten wie insbesondere ZDF und ARD sowie österreichische Privatsender (insbesondere der österreichweit ausstrahlende Sender ATV).

#### **2.1.6. Online-Dienste**

- 59) Zu den Online-Angeboten des ORF zählen Nachrichten, Programmhinweise sowie vertiefende Informationen zu einzelnen Sendungen und Informationen über den ORF.
- 60) Der ORF bietet eine Vielzahl weitergehender Online-Dienste an<sup>59</sup>. Dazu gehören: Chatrooms (<http://chat.orf.at/>), Psycho-Tests (<http://rataufdraht.orf.at/>), Online-Ratgeber, beispielsweise zur Berechnung der besten Bankkonditionen, Verkauf von Klingeltönen, Versenden von E-Cards (<http://oe3.orf.at/>), Spiele (<http://games.orf.at/>; Ski-Challenge Chat), Angebote für Singles (<http://tv.orf.at/single25>), Suchdienste (<http://suche.orf.at/>), Computer- und IT-Dienste (<http://futurezone.orf.at/>), die Website <http://sport.orf.at/>, Newsletter, Spiele, Chat, Voting (<http://insider.orf.at/>), eine Comic-Sammlung (<http://comics.orf.at/>) sowie regionale Websites mit Tourismus- und Veranstaltungstipps.
- 61) Im Jahr 2005 erzielte das Online-Angebot des ORF eine Nettoreichweite von 64 % (2,5 Millionen regelmäßige User). Damit war orf.at Marktführer<sup>60</sup>. Der Geschäftsbericht 2006 bestätigt die führende Position und die steigende Nutzung des ORF-Online-Angebots. Pro Monat wurde im Jahr 2006 von durchschnittlich 3,1 Millionen Endgeräten aus (= Unique Clients) auf ORF zugegriffen, dabei konnten monatlich 24,7 Millionen Visits (= Besuche) verzeichnet werden. Gegenüber 2005 konnte die Anzahl der Unique Clients und Visits um jeweils 16 % gesteigert werden. Auch die Reichweitestudie ÖWA Plus, die im 4. Quartal 2006 durchgeführt wurde, hat die Marktführer-Position des ORF bestätigt.
- 62) Die Umsätze der ORF Online und Teletext GmbH beliefen sich im Geschäftsjahr 2006 auf 12,5 Mio. EUR (eine Steigerung von 23 % gegenüber dem Vorjahr).

#### **2.1.7. Sport-Spartenprogramm**

- 63) Die Sendung von Programmen auf Sport Plus erfolgt auf Grundlage des vom Generaldirektor beschlossenen Sendeschemas. Demzufolge zeigt Sport Plus täglich

---

<sup>58</sup> Prüfungsbericht gemäß § 40 ORF-G 2005, Anlage IV, Seite 13 f.

<sup>59</sup> Einige der Dienste wurden zeitweise oder dauerhaft eingestellt.

<sup>60</sup> Prüfungsbericht gemäß § 40 ORF-G 2005, Anlage IV, Seite 22.

Live-Übertragungen von 20.15 bis 22.45 Uhr mit Wiederholungen dieser Sendefläche täglich von 2.00 bis 4.30 Uhr. An Samstagen und Sonntagen sendet ORF SPORT PLUS sein Programm auch von 14.00 bis 18.00 Uhr. Bei bestimmten Anlässen kann dieser Zeitraum auch wochentags mit Sportinhalten bespielt werden. Der Fokus der Berichterstattung liege auf Sportarten wie Tennis, Volleyball, Handball, Pferdesport, Schwimmen und Behindertensport.

- 64) Die Sportrechte werden insgesamt durch den ORF erworben. Aufgrund der von der Republik Österreich übermittelten Angaben<sup>61</sup> wird ersichtlich, dass der ORF in beträchtlichem Umfang Sportrechte erworben hat. Im Bereich der sogenannten Randsportarten verfügt der ORF über Sportrechte an u. a. folgenden Ereignissen: American Football, Biathlon-Weltcup, Dolomitenmann (jährlicher Staffeltwettbewerb in Lienz), Eishockey-Weltmeisterschaft 2008, Fußball (Streetsoccercup, Schülerliga-Finale), Golf (European Weekly, Austrian Ladies Open 2006, Austrian Open, Ladies European Tour), Handball (Champions League) Hockey (Weltmeisterschaft, Wien), Leichtathletik, Motorsport (Night of the Jumps 2006, Deutsche Tourenwagen Masters (DTM) 2006, 2007, Erzbergrodeo 2006, Paris-Dakar 2007, Rallye-Weltmeisterschaft 2007), Paralympics (Winter 2006), Rad (Tour de France 2006, Europakriterium, Mayrhofen, Grazer Altstadtkriterium, Österreichische Radrundfahrt, Rathauskriterium 2006), Reiten, Rodel-Weltmeisterschaft, Schwimmen (Europameisterschaft, Weltmeisterschaft), Segeln (ISAF World Sailing Games 2006), Ski (AON Speedgames 2007), Tanzen (Masters der Professionals 2006), Tennis (Fed Cup, ATP Magazin 2006-2007, Davis Cup World Cup), Tischtennis (Superliga-Finale, Weltmeisterschaft), Triathlon (Ironman Klagenfurt, Kitzbühel 2006, Weltcup Kitzbühel 2007), Volleyball (Beach Masters 2006, Beach VB Klagenfurt, Champions League Damen, Indesit European CHL Post SV, CHL AON Hotvolleys, CHL Hypo Tirol).
- 65) Darüber hinaus hat der ORF Senderechte für Premiumsport erworben, der vorrangig auf den Kanälen ORF 1 und ORF 2 ausgestrahlt wird<sup>62</sup>. Zu den Premiuminhalten zählen<sup>63</sup> Fußball (Bundesliga 2006/2007, Champions League Team 2006-2009, EM 2008, ÖFB – Länderspiele 2004/05 bis 2008/09, Stadthallenturnier 2007, UEFA-Cup, WM 2006), Motorsport (Formel 1), Olympische Spiele (Winterspiele Turin 2006, Sommerspiele Peking 2008, Winterspiele Vancouver 2010, Sommerspiele London 2012), Ski (FIS WM Alpin/Nord. 2007, FIS WM Alpin/Nord. 2009, WC Alpin/Nord. Schweiz 06/07, WC Ausland, WC Inland, WC Finnland), Tennis (Hypo Group Internationals, Masters Graz, Roland Garros Paris, Telering-Trophy, WTA „Generali Ladies“ Graz).
- 66) Den Angaben der ORF-Website zufolge<sup>64</sup> sind jährlich auf Sport Plus insgesamt ca. 2600 Stunden Sport-Live-Übertragungen sowie ausführliche Zusammenfassungen von diversen Sportevents vorgesehen. Durch die Einführung

---

<sup>61</sup> Anlage 9 zur Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007.

<sup>62</sup> Laut dem Ausschussbericht ist es aber ferner nicht ausgeschlossen, dass in bestimmten Ausnahmefällen (etwa bei gleichzeitiger Abhaltung zweier bedeutender Bewerbe) auch sogenannter Premium Content auf Sport Plus ausgestrahlt wird.

<sup>63</sup> Anlage 9 zur Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007.

<sup>64</sup> [http://digital.orf.at/show\\_content2.php?s2id=440](http://digital.orf.at/show_content2.php?s2id=440), siehe auch Jahressendeschema 2006, Anlage 15 zur Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007.



von Sport Plus am 1. Mai 2006 wurde die Sendeleistung bezüglich Sport im Jahr 2006 um die Hälfte gegenüber dem Niveau der Vorjahre erhöht<sup>65</sup>.

### **2.1.8. Weitere Tätigkeiten des ORF und seiner Tochtergesellschaften**

- 67) Gemäß § 2 Absatz 2 ORF-G ist der Österreichische Rundfunk 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 Österreichischen Rundfunk auch die Beteiligung an Unternehmen mit anderem Unternehmensgegenstand gestattet.
- 68) § 39 Absatz 4 ORF-G zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie ist auch<sup>66</sup> für die Tochtergesellschaften des ORF verbindlich. Gemäß § 2 Absatz 4 ORF-G hat die vertragliche Zusammenarbeit des ORF mit anderen Unternehmen zu nichtdiskriminierenden Bedingungen zu erfolgen. Diese Vorschrift findet auch auf die Tochtergesellschaften Anwendung.
- 69) Die österreichischen Behörden trugen vor, dass die am Markt tätigen Tochtergesellschaften nicht vom ersten Tag an kostenneutral sein könnten, so dass Anlaufverluste auch aus dem Programmengelt finanziert werden könnten<sup>67</sup>. Die Frage nach Ausschüttung oder Einbehaltung erwirtschafteter Gewinne der Tochtergesellschaften richte sich nach den einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften und deshalb sei eine Gewinneinbehaltung nicht grundsätzlich ausgeschlossen<sup>68</sup>. Allerdings würden in der Praxis, den Angaben der Republik Österreich zufolge, die kommerziellen Erträge bei der Bestimmung der Kosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags vollständig in Betracht gezogen, da die Ergebnisse der Tochtergesellschaften im Zuge der Konzernkonsolidierung mit einfließen.
- 70) Der ORF hat eine Reihe von Tochtergesellschaften. Diese erbringen rein kommerzielle Dienste, sind aber teilweise auch mit der Ausübung von Tätigkeiten betraut, die dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zuzurechnen sind<sup>69</sup>. Hierzu zählen beispielsweise:
- Die 1998 gegründete GIS Gebühren Info Service GmbH hat die Einhebung des Programmengelts für den ORF zur Aufgabe. Diese gesetzliche Aufgabe sei eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.
  - Die ORF Online & Teletext GmbH (ORF O&T) hat die Aufgabe, den Online- und Teletext-Auftritt des ORF herzustellen und zu vermarkten. Die Aufgaben umfassen damit sowohl Tätigkeiten im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags als auch kommerzielle Tätigkeiten.

---

<sup>65</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 10 f, Seite 34.

<sup>66</sup> Sowie alle anderen gesetzlichen Vorgaben an den ORF – Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 4 a, Seite 15.

<sup>67</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 4 f, Seite 18.

<sup>68</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 11. April 2007, Frage 4 d, Seite 12.

<sup>69</sup> Weitere Auskünfte betreffend die Tochtergesellschaften des ORF finden sich im Bericht der Prüfungskommission des Jahres 2005 (Beilage 2 der Stellungnahme vom 12. Februar 2007, Seite 12 ff. des Anhangs X).

- Die Hauptaufgabe der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG (ORS) besteht in der Verbreitung von Rundfunk- und ähnlichen Signalen über ein terrestrisches Sendernetz oder Satellit. Insoweit die Leistungen der ORS die Verbreitung der vom Versorgungsauftrag erfassten Programme und Dienste betrifft, erbringt die ORS eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Darüber hinausgehende Leistungen, insbesondere solche an Dritte (siehe hierzu auch Erwägungsgrund 78), werden außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags erbracht. Die ORS agiere insgesamt ausschließlich auf kommerzieller Basis. Leistungen an den ORF sowie an Dritte seien gleichermaßen unter nichtdiskriminierenden und marktkonformen Bedingungen zu erbringen<sup>70</sup>.
- ORF Budapest Rádío- és Televízió Kft wurde zum Erwerb einer Liegenschaft in Budapest gegründet, auf der das ungarische Korrespondentenbüro betrieben wird. Dieses dient der Berichterstattung über internationale Themen und stelle daher eine dem öffentlich-rechtlichen Auftrage zuzurechnende Aufgabe dar<sup>71</sup>.

- 71) Zu den kommerziellen Tätigkeiten, die von Tochtergesellschaften wahrgenommen werden<sup>72</sup>, gehören beispielsweise die Verbreitung von Rundfunk- und ähnlichen Signalen über das terrestrische Sendernetz für Dritte (ORS<sup>73</sup>); Vermietung von Senderinfrastruktur (ORS); Verbreitung von Rundfunk- und ähnlichen Signalen über Satelliten für Dritte (ORS); Vermietung von Satellitenkapazitäten an Dritte (ORS); Werbung und Marketing (inkl. Promotion für den ORF) (ORF Enterprise GmbH & Co KG, „ORF-E KG“); Werbemittlung für den ORF (ORF-E KG); Musikverlag (ORF-E KG); Information der Öffentlichkeit gegen Entgelt (GIS); Vermarktung von orf.at und Teletext (ORF O&T); Contentsyndication online (ORF O&T); Audio- und Video-Service (Versendung von Kopien zu Selbstkosten) (RSG); ORF-Shop (RSG); Betrieb und Beteiligung am Spartenkanal TW1 (TW1 bzw. TW1-BF).
- 72) Einige kommerzielle Tätigkeiten werden vom ORF selbst erbracht<sup>74</sup>. Hierzu zählen Werbung und Marketing (Zentral, Ö3, Landesstudios); Finanzveranlagung; Programmvertrieb; Contentsyndication (Mobile); Vermietungen/Verpachtungen (z. B. Kantine); Technische Leistungen/Hilfestellungen an Dritte; Leistungen für ORF-Shop; Werbung und Off-Air Promotion (Top Spot-Werbepreisveranstaltung, TV-Programmpräsentation) sowie Leistungen an Tochtergesellschaften.

### 3. EINLEITUNG DER BEIHILFERECHTLICHEN UNTERSUCHUNG

- 73) Am 25. Juli 2005 reichte der Verband Österreichischer Privatsender (VÖP) eine förmliche Beschwerde ein, die sich auf mehrere Aspekte des öffentlich-rechtlichen Rundfunksystems in Österreich bezog.

---

<sup>70</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 11. April 2007, Frage 4 b, Seite 9 f.

<sup>71</sup> *Ibid.*, Frage 4 b, Seite 10.

<sup>72</sup> *Ibid.*, Frage 4 b, Seite 11.

<sup>73</sup> ORS: Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG.

<sup>74</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 11. April 2007, Frage 4 b, Seite 10 f.

- 74) Die Beschwerde richtete sich allgemein gegen die staatliche Finanzierung des ORF<sup>75</sup>. Der Beschwerdeführer machte insbesondere geltend, dass es an einer präzisen Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF und einer externen Kontrolle der Erfüllung des Auftrags fehle, keine angemessenen finanziellen Anforderungen gestellt würden und keine ordnungsgemäß getrennte Buchführung bestehe und dass möglicherweise kommerzielle Tätigkeiten (insbesondere des dem ORF gehörenden Fernsehsenders TW1) quersubventioniert würden. Durch das Kanal-Sharing zwischen TW1 und SPORT PLUS komme die öffentliche Finanzierung des Sport-Spartenprogramms mittelbar auch dem kommerziellen Spartenprogramm TW1 zugute, das defizitär gewesen sei. Der Erwerb exklusiver Rechte zur Übertragung von Sportereignissen durch den ORF mache die Entwicklung kommerziell tragfähiger Angebote unmöglich. Im ORF-Gesetz solle festgelegt werden, wie viele Stunden der ORF Sportereignisse im Fernsehen übertragen darf. Außerdem solle Österreich festlegen, wie viele Sportrechte der ORF im Jahr erwerben darf. Ferner sei die Einführung des mobilen terrestrischen Fernsehens DVB-H durch den ORF mit Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag unvereinbar. Auch sei es unzulässig, dass der ORF von den Zuschauern, die seine Programme über Satellit empfangen, (über Smart Cards) ein Entgelt erhebe.
- 75) Des Weiteren argumentierte der VÖP, durch die Aufnahme von Online-Diensten und SPORT PLUS in den öffentlich-rechtlichen Auftrag des ORF werde die bestehende Beihilfe zu einer neuen Beihilfe. Da keine Anmeldung dafür vorliege, müssten diese Dienste unverzüglich eingestellt werden.
- 76) Der deutsche Privatfernsehsender Premiere wandte sich in seiner Beschwerde vom 8. November 2005 vor allem gegen den ORF-Fernsehsender SPORT PLUS. Nach Ansicht von Premiere beabsichtigte der ORF, auf ORF SPORT PLUS Premiuminhalte wie die Champions League zu übertragen. Infolge einer nicht näher bezeichneten Vereinbarung mit dem ORF zog Premiere seine Beschwerde jedoch im Oktober 2007 zurück.
- 77) Der Verband Österreichischer Zeitungen (VÖZ) erhob in seiner Beschwerde vom September 2004 den Vorwurf, der ORF biete mit Hilfe staatlicher Mittel Online-Dienste wie Spiele, Partnervermittlungen, Computer- und IT-Programme, Handy-Klingeltöne, eine Sportplattform und SMS-Dienste an. Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag hinsichtlich der Online-Dienste nicht hinreichend konkret definiert sei und der Umfang der angebotenen Dienste keiner wirksamen Kontrolle unterliege<sup>76</sup>.
- 78) Außerdem argumentierte der VÖZ, dass die kommerzielle Verwertung der Online-Dienste des ORF zu einer stärkeren Wettbewerbsverzerrung zulasten der Zeitungsverlage führe als beispielsweise in Deutschland. Im Gegensatz zu ARD und ZDF dürfe der ORF auf seiner Website Werbung betreiben. Der VÖZ vertritt ebenso wie der VÖP die Auffassung, die Online-Dienste ließen sich von dem bestehenden Fernseh- und Hörfunkangebot des ORF trennen und gingen über eine

---

<sup>75</sup> Die Beschwerde betraf auch eine angebliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Werbemarkt.

<sup>76</sup> Der Beschwerdeführer hatte darüber hinaus geltend gemacht, dass der ORF auf dem Werbemarkt seine marktbeherrschende Stellung missbrauche. Diese Vorwürfe wurden allerdings im Laufe des vorläufigen Prüfverfahrens nicht weiter konkretisiert, so dass sie nicht Bestandteil des vorliegenden Verfahrens sind.

reine „Unterstützung“ des Fernseh- und Hörfunkangebots des ORF hinaus. Daher hätte Österreich nach Ansicht des VÖZ eine neue Beihilfe anmelden müssen, bevor es den ORF mit der Erbringung von Online-Diensten beauftragte.

- 79) Der VÖZ ersuchte die Kommission, den öffentlich-rechtlichen Auftrag für Fernsehen und Hörfunk zu überprüfen<sup>77</sup>. § 4 ORF-Gesetz enthalte lediglich eine Reihe abstrakter Ziele, ohne dass geklärt werde, welche Medien (Fernsehen, Hörfunk, Internet usw.) der ORF zur Erreichung dieser Ziele verwenden solle. Daher habe Österreich bei der Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags einen offensichtlichen Fehler begangen.

#### **4. DAS SCHREIBEN NACH ARTIKEL 17**

- 80) In dem Schreiben nach Artikel 17 vom 31. Jänner 2008 vertraten die Kommissionsdienststellen die vorläufige Auffassung, dass die Programmgebühren als staatliche Mittel im Sinne von Artikel 87 EG-Vertrag einzustufen sind. Die Kommissionsdienststellen äußerten ferner die vorläufige Auffassung, dass die im Altmark-Urteil aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllt sind.
- 81) Die Kommissionsdienststellen vertraten die vorläufige Auffassung, dass die Verwendung der Programmgebühren zur Finanzierung von Fernseh- und Hörfunkangeboten sowie Online-Diensten nicht als „neue Beihilfe“ einzustufen ist. Sie sahen jedoch Anlass zu vorläufigen Bedenken hinsichtlich der Rechtsnatur der Beihilfen für die Veranstaltung des Spartenprogramms ORF SPORT PLUS.
- 82) Die Kommissionsdienststellen äußerten vorläufige Bedenken, dass die Beihilfe zugunsten des ORF mit Artikel 86 Absatz 2 gemäß der Auslegung im Protokoll von Amsterdam unvereinbar sei. Die Bedenken bezogen sich auf die nachstehend ausgeführten Aspekte:
- 83) Erstens vertraten die Kommissionsdienststellen in Bezug auf die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags die Ansicht, dass der Auftrag für Online-Dienste und Spartenprogramme nicht genau genug definiert ist. Sie vertraten die vorläufige Auffassung, dass eine genauere Definition der öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen hinsichtlich der Online-Dienste unter Berücksichtigung der bereits auf dem Markt vorhandenen Angebote erforderlich ist. Die Definition sollte klar zum Ausdruck bringen, welche Bedürfnisse der Bevölkerung die Rundfunkanstalten mit ihren Online-Angeboten decken sollen und inwieweit diese näher umschriebenen Online-Dienste den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft in gleicher Weise dienen wie herkömmliche Programme.
- 84) Zweitens äußerte die Kommission in Bezug auf die Kontrolle der Auftragserfüllung Zweifel daran, dass die bestehenden Kontrollmechanismen geeignet sind, die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags angemessen zu überprüfen. Dies gilt zum einen im Hinblick auf die Unterrichtung von National- und Bundesrat (nach § 8 ORF-G hinsichtlich der Erfüllung der Aufträge der §§ 3-5 ORF-G) und zum anderen im Hinblick auf die vom BKS ausgeübte Rechtsaufsicht.

---

<sup>77</sup> Schreiben des VÖZ vom 4. August 2008.

- 85) Drittens erkannte die Kommission in Bezug auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit an, dass § 39 Absatz 4 ORF-G die Anforderungen der Transparenzrichtlinie für den ORF umsetzt. Die Kommissionsdienststellen vertraten deshalb die vorläufige Auffassung, dass grundsätzlich den Anforderungen an getrennte Rechnungslegung Genüge getan ist. Sie waren allerdings nicht davon überzeugt, dass diese rechtlichen Anforderungen auch in der Praxis ordnungsgemäß erfüllt werden. Insbesondere im Hinblick auf die erforderliche Kostentrennung zwischen TW1 und Sport Plus/ORF ergaben sich Zweifel. Auf der Grundlage der von Österreich übermittelten Informationen ließ sich nicht ausschließen, dass Werbeblöcke bzw. Werbeeinnahmen aus um das Sportprogramm platzierter Werbung in übermäßigem Umfang TW1 zugeordnet werden. Die Kommissionsdienststellen fragten sich, ob der ORF seine Kosten unnötig erhöht, indem er TW1 Vorteile einräumt.
- 86) Die Kommissionsdienststellen vertraten ferner die Ansicht, dass es zweifelhaft ist, ob eine ausreichende Kontrolle stattfindet, inwieweit die dem ORF zur Verfügung stehenden öffentlichen Finanzmittel nicht über das hinausgehen, was zur Erfüllung des Auftrags notwendig ist. Weder der BKS noch der Rechnungshof schienen eine mögliche Überkompensation zu prüfen; auch scheine es an einer regelmäßigen Kontrolle zu fehlen<sup>78</sup>. Hinsichtlich der Kontrollbefugnisse der Prüfungskommission meldeten die Kommissionsdienststellen Zweifel an einer hinreichenden unabhängigen Kontrolle an. Auch scheine die Prüfung nicht die Frage nach einer möglichen Überkompensation zu beinhalten. Des Weiteren sei nicht klar, welche Konsequenzen die mögliche Feststellung einer Überkompensation nach sich ziehen würde.
- 87) Die Kommissionsdienststellen äußerten außerdem vorläufige Bedenken bezüglich des Marktverhaltens des ORF mit Blick auf den Erwerb und das Halten exklusiver Live-Sportrechte. Zwar könne der Erwerb solcher Rechte im Rahmen eines ausgewogenen Programms zulässig und vom öffentlich-rechtlichen Auftrag erfasst sein, jedoch stelle sich die Frage nach dem angemessenen Umfang der im Spartenprogramm ORF SPORT PLUS ausgestrahlten Premium-Sportinhalte und der Möglichkeit Dritter, Sublizenzen für ungenutzte Sportrechte zu erwerben. Die Kommissionsdienststellen äußerten Bedenken, dass der ORF in der Lage sei, seine Wettbewerber regelmäßig zu überbieten und somit den Markt „leerzukaufen“, ohne dass dies für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich wäre.
- 88) Auf der Grundlage der von der österreichischen Regierung erteilten Auskünfte sowie der Richtlinien des ORF gelangten die Kommissionsdienststellen zu der vorläufigen Auffassung, dass die Transaktionen zwischen dem ORF und seinen Tochterunternehmen anscheinend dem Grundsatz des Fremdvergleichs unterliegen. Allerdings stellten die Kommissionsdienststellen fest, dass es an einer klaren rechtsverbindlichen Vorgabe sowie an einer angemessenen nachträglichen Kontrolle fehle.

---

<sup>78</sup> Es sei daran erinnert, dass der letzte Bericht des Rechnungshofes aus dem Jahr 1995 stammt.

## 5. STELLUNGNAHMEN DER ÖSTERREICHISCHEN REGIERUNG VOR UND NACH DEM SCHREIBEN NACH ARTIKEL 17

- 89) Nach Auffassung der Republik Österreich stellt das Programmentgelt in seiner derzeitigen Verwendungsform keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag dar. Die Programmentgelte seien von Privaten zu entrichten und seien deshalb nicht als staatliche Mittel zu qualifizieren. Es finde daher keine unmittelbare oder mittelbare Belastung des staatlichen Haushalts statt. Die Festlegung, Aufbringung und Verwendung der Mittel aus Programmentgelten sei staatlicher Verfügungsgewalt entzogen. Anders als bei Rundfunkgebühren, die unmittelbar in den Bundeshaushalt fließen und durch die GIS unter Aufsicht des Bundesministers für Finanzen eingezogen werden, bestünden hinsichtlich der Einziehung des Programmentgelts keine solchen Aufsichtsrechte<sup>79</sup>.
- 90) Unabhängig von der Qualifizierung der Programmentgelte als staatliche Mittel stelle die Finanzierung des ORF keine staatliche Beihilfe dar, da die „Altmark“-Kriterien erfüllt seien. Der öffentlich-rechtliche Auftrag sei genau bestimmt. Die Kriterien, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, seien objektiv und transparent in § 31 ORF-G niedergelegt. Das Programmentgelt gehe nicht über das zur Erfüllung des Auftrags erforderliche Maß hinaus. Vielmehr bestehe eine strukturelle Unterfinanzierung des ORF<sup>80</sup>. Die Kosten des ORF würden nur insoweit abgedeckt, als sie einer effizienten Betriebsführung entsprächen<sup>81</sup>.
- 91) In eventu sei die unterstellte Beihilfe mit Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag vereinbar, da Definition, Kontrolle und Finanzierung des ORF den in der Rundfunkmitteilung aufgestellten Voraussetzungen entsprächen. Die Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF sei hinreichend konkret. Ferner sei im Einklang mit dem Protokoll von Amsterdam das vom ORF anzubietende ausgewogene und breitgefächerte Programm als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzusehen. Hinsichtlich der Ausstrahlung des Programms ORF SPORT PLUS macht die Republik Österreich geltend, dass dieses Angebot spezifischen sozialen Bedürfnissen der österreichischen Bevölkerung Rechnung trage und somit ebenfalls als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu betrachten sei. Gleiches gelte für das Online-Angebot des ORF, das Teil des Gesamtprogramms sei. Diesbezüglich enthalte das ORF-Gesetz eine entsprechende, hinreichend präzise Auftragsdefinition und Betrauung.
- 92) Schließlich sei sichergestellt, dass aus dem Programmentgelt nur jene Tätigkeiten finanziert werden können, die den Versorgungsauftrag, den Programmauftrag und die besondere Aufträge des ORF betreffen, sowie Geschäfte und Maßnahmen, die für diese Tätigkeiten oder die Vermarktung dieser Tätigkeiten geboten sind. Zudem sei gesetzlich festgelegt, dass die über den öffentlich-rechtlichen Auftrag hinausgehenden Tätigkeiten organisatorisch und rechnerisch zu trennen seien und dass für ihre Finanzierung keine Programmentgelte herangezogen werden dürften, sofern diese mit Gewinnabsicht ausgeübt würden. Des Weiteren sei der ORF gesetzlich verpflichtet, eine den Grundsätzen der Transparenzrichtlinie entsprechende Buchführung zu unterhalten. Da die Nettokosten des öffentlich-

---

<sup>79</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 2. Mai 2008, Seite 4.

<sup>80</sup> Stellungnahme der Republik Österreich vom 3. März 2005, Seite 41.

<sup>81</sup> *Ibid.*, Seite 24 f.

rechtlichen Auftrags die Einnahmen aus dem Programmengelt bei weitem überstiegen, liege keine Überkompensation vor. Ferner weisen die österreichischen Behörden darauf hin, dass die Höhe des Programmengelts „unter Zugrundelegung einer sparsamen Verwaltung“ festzulegen sei und die Festlegung des Programmengelts der Kontrolle durch den Bundeskommunikationssenat unterliege.

- 93) Auf das Schreiben nach Artikel 17 der Kommission hin übermittelte die österreichische Regierung die nachstehend dargelegten Erläuterungen. Der ORF habe in der Zwischenzeit eine Reihe seiner Online-Angebote (z. B. Online-Partnervermittlungen, Comics, E-Cards und SMS-Dienste) vom Markt genommen. Bei dem mobil empfangbaren Fernsehkanal ORF Mobil habe es sich lediglich um ein Pilotprojekt gehandelt, das mittlerweile ausgelaufen sei.
- 94) Was die Beschwerden betrifft, so vertritt Österreich die Ansicht, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag nach § 4 ORF-G konkret genug sei und die entsprechenden Voraussetzungen der Rundfunkmitteilung der Kommission von 2001 erfülle. Die im ORF-Gesetz genannten Kategorien seien zwar in der Tat abstrakt, aber dennoch hinreichend genau und würden zudem in den Programmrichtlinien und Sendeschemen des ORF weiter präzisiert. Ferner weist Österreich die Forderung des VÖZ zurück, es müssten für Fernsehen, Hörfunk und Online-Dienste unterschiedliche Aufträge erteilt werden. Unter Verweis auf die Rundfunkmitteilung von 2001 vertritt Österreich die Auffassung, es sei legitim, für alle Plattformen dieselben qualitativen Kriterien festzulegen. Gestützt auf das Urteil des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache TV2 betont Österreich ferner, die Mitgliedstaaten verfügten bei der Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags über ein weites Ermessen. Die Ansicht der Beschwerdeführer, der ORF müsse auf Tätigkeiten beschränkt werden, die kein kommerzieller Rundfunkveranstalter auf dem Markt anbieten wolle, wies Österreich kategorisch zurück. Das Recht des ORF, sein Fernsehprogramm im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu gestalten, ergebe sich aus dem Grundsatz der redaktionellen Unabhängigkeit, der in Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention verankert ist<sup>82</sup>.
- 95) Was die Einschätzung der Beschwerdeführer angeht, ORF SPORT PLUS sei als „neue Beihilfe“ einzustufen, so ist Österreich der Ansicht, dass die Einführung dieses Kanals am 1. Mai 2006 damals weder den Finanzbedarf des ORF beeinflusste noch den öffentlich-rechtlichen Auftrag des ORF im Kern änderte. Österreich verweist auf Erwägungsgrund 210 der Kommissionsentscheidung in der Sache E 3/2005 als Bestätigung seiner Auffassung, dass die Ausweitung des öffentlich-rechtlichen Auftrags auf die Bereiche Online-Dienste und Spartenkanäle keine neue Beihilfe darstellt. Die Erhöhung der Rundfunkgebühren, die der ORF 2007 beschloss und die zum 1. Juni 2008 in Kraft trat, sei wegen der Inflation zwischen dem 1. Jänner 2004 und dem 31. Dezember 2008 notwendig gewesen und habe nicht mit der Einführung von ORF SPORT PLUS im Zusammenhang gestanden. Aufgrund des öffentlich-rechtlichen Auftrags nach § 4 ORF-G habe der ORF für ein ausgewogenes Angebot zu sorgen, das sowohl Premium- als auch Randsportarten umfasst. Der Kanal ORF SPORT PLUS trage zur Erfüllung dieser Anforderung bei, da er es dem ORF ermögliche, mehr Randsportarten im

---

<sup>82</sup> Siehe hierzu die gemeinsamen Rechtssachen T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, TV 2/Kommission, Randnr. 118.

Fernsehen zu übertragen als zuvor. § 9a ORF-G habe den Programmauftrag nach § 4 ORF-G nicht geändert, sondern ihn lediglich weiter präzisiert. ORF SPORT PLUS greife auf Inhalte zurück, die ausschnittsweise auf ORF1 oder ORF2 gezeigt werden. Auf ORF1 und ORF2 werden in Nachrichtensendungen oftmals kleine Ausschnitte von Sportereignissen gezeigt. Durch die Einführung von ORF SPORT PLUS habe der ORF die Möglichkeit, derartige Ereignisse in voller Länge und live zu übertragen. Ferner habe ORF SPORT PLUS aufgrund der Beschränkung auf Randsportarten mit 0,2 % einen überaus geringen Marktanteil.

- 96) Die öffentliche Finanzierung von SPORT PLUS sei somit als bestehende Beihilfe anzusehen. Diese sei zudem mit den EG-Beihilfavorschriften vereinbar, da die Veranstaltung von SPORT PLUS und TW1 auf einem Kanal nicht zu einer Quersubventionierung zwischen öffentlich-rechtlichen und kommerziellen Tätigkeiten führe. Das kommerzielle Programm TW1 sei strukturell von der Muttergesellschaft ORF getrennt, die das Programm ORF SPORT PLUS veranstalte. Österreich hält zwar an seiner ursprünglichen Auffassung fest, dass der Auftrag für das Programm ORF SPORT PLUS in § 9a ORF-G bereits genau definiert sei, hat aber Zusicherungen zur weiteren Präzisierung des Auftrags angeboten (siehe unten).
- 97) Hinsichtlich des Marktverhaltens des ORF mit Blick auf Premium-Sportrechte hat Österreich der Kommission mitgeteilt, dass die Bundeswettbewerbsbehörde unterdessen exklusive Verträge zwischen dem ORF und den Veranstaltern von Ski-Weltcups per Beschluss verboten hat. Aufgrund dieses Beschlusses könnten die Wettbewerber des ORF nunmehr exklusive Senderechte für Skiweltcups erwerben, und der ORF könne den Markt für derartige Premium-Sportrechte nicht mehr leerkaufen. Schließlich seien die Werbeentgelte des ORF marktüblich.

## **6. BEIHILFERECHTLICHE WÜRDIGUNG**

### **A. Beihilfecharakter gemäß Artikel 87 Absatz 1 EG Vertrag**

- 98) Nach Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.
- 99) Diese Maßnahmen sind als staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag zu qualifizieren, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:
- Verwendung staatlicher Mittel;
  - Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige;
  - Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.



### 6.1.1. Verwendung staatlicher Mittel

- 100) Die Republik Österreich ist der Auffassung, dass es sich bei dem Programmengelt nach § 31 ORF-G nicht um staatliche Mittel im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag handelt<sup>83</sup>.
- 101) Die Kommission ist hingegen der Ansicht, dass Programmengelt-Einnahmen aus den nachstehend dargelegten Gründen als staatliche Beihilfen einzustufen sind.
- 102) Gemäß der gängigen Entscheidungspraxis der Kommission sowie der einschlägigen Rechtsprechung berücksichtigt die Kommission insbesondere, inwieweit die Zuweisung der Einkünfte nach gesetzlicher Maßgabe erfolgt<sup>84</sup>, die Einkünfte aus Programmengelt einer öffentlichen Einrichtung zukommen, die Allgemeinwohlinteressen wahrnimmt, und inwieweit die Erhebung, Berechnung und Verwendung des Programmengelts staatlicher Kontrolle unterliegt<sup>85</sup>.
- 103) Im vorliegenden Fall stellt die Kommission fest, dass der ORF eine Stiftung des öffentlichen Rechts ist, die durch das ORF-G übertragene Aufgaben im öffentlichen Interesse wahrnimmt. Die Einnahmen aus dem Programmengelt stellen einen Ausgleich für die Erfüllung des gesetzlich verankerten öffentlich-rechtlichen Auftrags dar, auf den der ORF einen gesetzlichen Anspruch hat.
- 104) Die Höhe des Programmengelts wird vom ORF-Stiftungsrat festgesetzt. Aufgrund der Tatsache, dass die Mehrheit der Mitglieder des Stiftungsrates von staatlichen Organen ernannt wird, ist davon auszugehen, dass die Höhe des Programmengelts unter staatlicher Kontrolle im weiteren Sinn festgesetzt wird. Dies scheint auch von der österreichischen Regierung in anderem Zusammenhang anerkannt zu sein<sup>86</sup>.
- 105) Dabei ist die Auffassung der Republik Österreich<sup>87</sup>, dass ein solcher Beschluss des Stiftungsrates zur Programmengelterhöhung lediglich einen internen Rechtsakt der Stiftung ORF darstelle, insofern nicht von Relevanz, als eine Einflussmöglichkeit staatlicher Organe auf die Festsetzung des Programmengelts besteht.
- 106) Die Erhebung der Programmengelte erfolgt allerdings durch die GIS im Wege der Hoheitsverwaltung unter Anwendung des allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes. Die Erhebung beruht auf einer gesetzlichen

---

<sup>83</sup> Siehe die Stellungnahme der österreichischen Regierung in Abschnitt 5.

<sup>84</sup> Siehe Rechtssache 173/73, *Italien/Kommission*, Slg. 1974, 709, Randnr. 16, und Entscheidung der Kommission in der Sache NN 88/98, „Finanzierung eines 24-stündigen werbungsfreien Nachrichtenkanals unter Lizenz der BBC“ – Vereinigtes Königreich.

<sup>85</sup> Siehe Urteil vom 6. Mai 2000 in der Rechtssache C-83/98 P, *Ladbroke Racing*, sowie das „Pearle“-Urteil (Urteil vom 15. Juli 2004 in der Rechtssache C-345/02) einschließlich der Ausführungen des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer vom 11. März 2004, Randnr. 67. Sie auch Entscheidung der Kommission in der Sache N 631/2001, „Rundfunkgebühren der BBC“ – Vereinigtes Königreich).

<sup>86</sup> Im Verfahren vor dem EGMR hatte die Republik Österreich im Zusammenhang mit der Zulässigkeit des Verfahrens argumentiert, dass der ORF unter Staatskontrolle stehe, da 18 der 35 Mitglieder des Stiftungsrates von der Bundesregierung respektive den Ländern ernannt würden. Deswegen würden die staatlichen Stellen direkt oder indirekt eine beherrschende Stellung im ORF ausüben. Ebenso seien der öffentlich-rechtliche Auftrag und die Einziehung von Programmengelt sowie die Staatsaufsicht beispielsweise seitens des Rechnungshofes Zeichen für den staatlichen Charakter des ORF (Urteil des EGMR vom 7. Dezember 2006, *Österreichischer Rundfunk gegen Österreich*, Appl. N. 35841/02. ([www.echr.cor.int](http://www.echr.cor.int))).

<sup>87</sup> Schreiben vom 12. Februar 2007, Frage 2 a, Seite 11 f.

Regelung, nämlich § 2 Absatz 1 RGG i. V. m. § 31 Absatz 4 ORF-G, und nicht auf einer privatrechtlichen Vereinbarung zwischen dem ORF und den Rundfunkteilnehmern. Die Rechtsdurchsetzung erfolgt gemäß § 31 Absatz 5 ORF-G im Wege öffentlich-rechtlicher Instrumentarien. Das Entgelt wird durch die GIS eingezogen, die als Abgabenbehörde erster Instanz unter der Aufsicht des Bundesministers für Finanzen handelt<sup>88</sup>. Bürger können gegen Beschlüsse der GIS bei der Abgabenbehörde zweiter Instanz, dem Finanzamt für Gebühren und Verkehrssteuern Wien, Beschwerde einreichen<sup>89</sup>.

- 107) Vor diesem Hintergrund ist die Kommission der Auffassung, dass das Programmentgelt einer öffentlich-rechtlichen Abgabe entspricht. Der Umstand, dass bei der Einhebung des Programmentgelts keine Aufsichtsrechte des Bundesministers für Finanzen bestehen, ändert nichts am hoheitlichen Charakter der Einziehung des Programmentgelts selbst.
- 108) Auch der Verweis auf das Urteil in der Rechtssache *PreussenElektra*<sup>90</sup> führt zu keinem anderen Ergebnis. Anders als im dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt besteht zwischen dem Gebührenpflichtigen und der GIS bzw. dem ORF kein privatrechtliches Austauschverhältnis<sup>91</sup>. Die in § 31 ORF-G verankerte Verpflichtung, das Programmentgelt zu bezahlen, besteht allein aufgrund des Betriebs/der Betriebsbereitschaft (Besitzes) einer Rundfunkempfangseinrichtung und unabhängig vom Empfang der ORF-Sendungen. Aus diesem Grund kann das Programmentgelt nicht als privatrechtliche Gegenleistung für die Leistungen des ORF angesehen werden.
- 109) Die Kommission vermerkt zudem, dass der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 13. Dezember 2007 in der Rechtssache *Bayerischer Rundfunk* ebenfalls zu der Schlussfolgerung kam, dass die Finanzierung von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch Rundfunkgebühren als „Finanzierung durch den Staat“ im Sinne der Vergaberichtlinien anzusehen ist. Hierbei berücksichtigte der Gerichtshof insbesondere, dass die Gebühr gesetzlich vorgesehen und auferlegt wurde und sich nicht aus einem Rechtsgeschäft zwischen den Rundfunkveranstaltern und den Verbrauchern herleitet. Ferner werde sie im Wege hoheitlichen Handelns erhoben und eingezogen. Auch erfolge die Zahlung ohne spezifische Gegenleistung<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> § 5 Absatz 6 RGG.

<sup>89</sup> § 6 Absatz 1 RGG i. V. m. Dekret BGBl. II Nr. 166/2004.

<sup>90</sup> Urteil vom 13. März 2001 in der Rechtssache C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Randnrn. 54-66.

<sup>91</sup> Der Anspruch auf Zahlung des Programmentgelts lässt sich nicht auf dem Zivil-, sondern auf dem Verwaltungsrechtsweg durchsetzen. Insbesondere unter Randnummer 60 des „*PreussenElektra*“-Urteils stellte der Gerichtshof klar, dass es bei der Verneinung der staatlichen Mittel entscheidend darauf ankommt, dass die Maßnahme allein in das Verhältnis zwischen Privaten eingreift.

<sup>92</sup> Siehe Randnummer 48 des Urteils in der Rechtssache C 337/06. Obwohl der Gerichtshof in dieser Rechtssache über die Auslegung einer Richtlinie im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe zu entscheiden hatte, erscheint diese Argumentation auch auf Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag übertragbar.

- 110) Das Gericht erster Instanz kam in einem Urteil vom 22. Oktober 2008<sup>93</sup> zu einem ähnlichen Schluss, stufte es die Fernsehgebühr in Dänemark aufgrund ihrer Steuerähnlichkeit doch als „staatliche Mittel“ ein.
- 111) Aufgrund dieser Umstände ist die Kommission der Auffassung, dass es sich beim österreichischen Programmentgelt um staatliche Mittel handelt.

### **6.1.2. Gewährung eines Vorteils**

- 112) Die Einnahmen aus dem Programmentgelt verschaffen dem ORF einen Vorteil gegenüber seinen privaten Wettbewerbern, die allein auf kommerzielle Einnahmen, insbesondere durch Werbung, angewiesen sind.
- 113) Unter Verweis auf die Altmark-Kriterien verneint die Republik Österreich eine Vorteilsgewährung<sup>94</sup>.
- 114) Im „Altmark“-Urteil<sup>95</sup> hat der Gerichtshof ausgeführt, dass staatliche Maßnahmen nicht unter Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag [nunmehr Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag] fallen, soweit sie als Ausgleich für Leistungen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen anzusehen sind, und folgende, kumulativ vorliegende Voraussetzungen aufgestellt:
- „Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.“
  - „Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt.“
  - „Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.“
  - „Wenn viertens die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten

---

<sup>93</sup> Gemeinsame Rechtssachen T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, TV 2/Kommission, Randnr. 159.

<sup>94</sup> Siehe die Stellungnahme der österreichischen Regierung in Abschnitt 5.

<sup>95</sup> Urteil vom 24. Juli 2003 in der Rechtssache C-280/00, Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, Slg. 2003, I-7747, insbesondere Randnummern 89-94.

gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.“

- 115) Die österreichische Regierung hat nicht den Nachweis erbracht, dass die im Altmark-Urteil aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind.
- 116) Das gilt insbesondere für das zweite Altmark-Kriterium, wird doch der ORF weiterhin die Möglichkeit haben, die Rundfunkgebühren selber in einer Höhe festzulegen, die seines Erachtens für die Deckung der Kosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags für einen Fünfjahreszeitraum erforderlich ist. Dieser Mechanismus bietet dem ORF beträchtlichen Ermessensspielraum mit Blick auf die Schätzung der Entwicklung seiner eigenen Kosten und seiner künftigen Einnahmen (insbesondere aus Werbung). Diese Schätzungen werden zwar von der Medienaufsicht überprüft, doch hat sich Österreich lediglich zu einer rein formalen Prüfung verpflichtet. Die Medienaufsicht wird nur prüfen, ob die Rundfunkgebühren „gesetzeskonform“ festgesetzt werden. Österreich hat jedoch keine Zusicherungen vorgeschlagen, die es der Medienaufsicht ermöglichen würden, zusätzlich zu den ORF-Schätzungen eigene Schätzungen zur Entwicklung von Kosten, Einnahmen und Inflation im nächsten Fünfjahreszeitraum zu erstellen, sofern sie die ORF-Schätzungen für unrealistisch erachtet. Aufgrund dieser Umstände unterscheidet sich der vorliegende Fall grundlegend von den Umständen des Urteils des Gericht erster Instanz vom 22. Oktober 2008<sup>96</sup> über die Fernsehgebühr in Dänemark.
- 117) Außerdem ist die Kommission der Auffassung, dass das vierte Altmark-Kriterium im vorliegenden Fall nicht erfüllt ist. Es ist unstrittig, dass der ORF nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge ausgewählt wurde. Außerdem haben die österreichischen Behörden keine konkreten Angaben übermittelt, die es ermöglicht hätten zu prüfen, inwieweit die beim ORF zugrunde gelegten Kosten tatsächlich den Kosten eines effizienten Unternehmens entsprechen. Der Hinweis der österreichischen Regierung, dass es an einem Vergleichsunternehmen fehle, entledigt die österreichischen Behörden nicht von ihrer Darlegungspflicht. Ferner hat der österreichische Rechnungshof in einem Bericht über den ORF von Anfang 2009 eine Reihe wesentlicher Mängel in Bezug auf die Effizienz der Geschäftsführung des ORF aufgedeckt. In dem Bericht stellte der Rechnungshof insbesondere fest, dass es der ORF trotz eindeutiger Empfehlungen eines externen Beratungsunternehmens versäumt habe, Einsparungspotenziale zu nutzen und seine Effizienz zu steigern<sup>97</sup>. Die

---

<sup>96</sup> Gemeinsame Rechtssachen T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, TV 2/Kommission, Randnr. 228. An dem Verfahren zur Festsetzung der Rundfunkgebühren in Dänemark sind u. a. das dänische Parlament, die Wettbewerber der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt TV 2 und eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft beteiligt. In Österreich ist hingegen keiner dieser Akteure beteiligt.

<sup>97</sup> In dem Bericht „Bund 2009/2“ verwies der österreichische Rechnungshof u. a. auf das Fehlen einer „umfassenden Gesamtstrategie“, „ineffiziente Organisationsstrukturen“, das Fehlen eines einheitlichen strategischen Marketingkonzepts für die 17 Organisationen des ORF, Doppelgleisigkeiten in der Organisation, die unnötige Erhöhung des Personalstands um mehr als 13 % aufgrund unzureichender Planung sowie das Versäumnis des ORF, Empfehlungen eines externen Beratungsunternehmens zur Kostensenkung umzusetzen und seine Effizienz zu steigern (der ORF nutzte lediglich die Hälfte des von ihm selbst ermittelten Einsparungspotenzials und dieses lag wiederum deutlich unter dem

Kommission ist daher der Auffassung, dass der ORF mehr Kosten in Kauf nimmt, als jene, die ein typisches, durchschnittliches, gut geführtes und mit ausreichenden Mitteln für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags ausgestattetes Rundfunkunternehmen hätte.

- 118) Angesichts dieser Umstände ist die Kommission der Auffassung, dass die im „Altmark“-Urteil aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllt sind und deshalb die Zuweisung von Programmgeld an den ORF einen beihilferelevanten Vorteil darstellt.

### **6.1.3. Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung**

- 119) Im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung liegt eine Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels vor, wenn die von einem Mitgliedstaat gewährte Beihilfe die Stellung des beihilfebegünstigten Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern stärkt<sup>98</sup>. Dies gilt gemäß Randnummer 18 der Rundfunkmitteilung<sup>99</sup> insbesondere im Hinblick auf den häufig international abgewickelten Erwerb und Verkauf von Programmrechten, Werbung mit grenzüberschreitender Wirkung vor allem in grenznahen Gebieten, in denen beiderseits der Landesgrenze dieselbe Sprache gesprochen wird, sowie die Eigentumsstruktur kommerzieller Rundfunksender, die sich auf mehr als einen Mitgliedstaat erstrecken kann.
- 120) Durch die Finanzierung über Programmgeld wird die Position des ORF gegenüber seinen privaten Wettbewerbern gestärkt. Die Angebote des ORF sind über die Grenzen Österreichs hinaus empfangbar. In Österreich selbst steht der ORF im Wettbewerb mit Fernsehveranstaltern mit ausländischer oder internationaler Gesellschaftsstruktur (z. B. SAT1, RTL und ProSieben) sowie ausländischen öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten (insbesondere ARD und ZDF). Des Weiteren ist der ORF auch im Hinblick auf Erwerb und Verkauf von Programmrechten, insbesondere über die EBU, europaweit tätig.
- 121) Deshalb gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass die Finanzierung des ORF durch Programmgelder geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

### **B. Qualifizierung als bestehende Beihilfe**

- 122) Gemäß Artikel 1 Buchstabe b der Verfahrensverordnung fallen unter den Begriff der „bestehenden Beihilfen“ unter anderem alle Beihilfen, die vor Inkrafttreten des Vertrags in dem entsprechenden Mitgliedstaat bestanden. Allerdings können Änderungen bestehender Beihilfen gemäß Artikel 1 Buchstabe c der Verfahrensverordnung „neue Beihilfen“ darstellen.

---

Potenzial, das die externe Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ermittelte). Siehe <http://www.rechnungshof.gv.at/berichte/ansicht/detail/oesterreichischer-rundfunk.html>.

<sup>98</sup> Urteil vom 17. September 1980 in der Rechtssache 730/79, Philip Morris.

<sup>99</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5).

- 123) Gemäß Artikel 4 Absatz 1 der Durchführungsverordnung zur Verfahrensverordnung<sup>100</sup> ist die „Änderung einer bestehenden Beihilfe“ im Sinne der vorgenannten Bestimmung jede Änderung, mit Ausnahme von Änderungen rein formaler oder verwaltungstechnischer Art, die keinen Einfluss auf die Würdigung der Vereinbarkeit der Beihilfemaßnahme mit dem Gemeinsamen Markt haben kann.
- 124) Hierbei berücksichtigt die Kommission unter anderem den Charakter des Vorteils, das mit der Maßnahme verfolgte Ziel und die begünstigten Einrichtungen oder Unternehmen<sup>101</sup>.
- 125) Im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung kommt es für die Qualifizierung als neue Beihilfe darauf an, inwieweit die Rechtsvorschriften im Hinblick auf die Natur des Vorteils oder die Tätigkeiten des beihilfebegünstigten Unternehmens geändert wurden<sup>102</sup>. Des Weiteren wird die ursprüngliche Regelung durch die Änderung nur dann in eine neue Beihilferegelung umgewandelt, wenn die Änderung sie in ihrem Kern betrifft, sich also nicht eindeutig von der ursprünglichen Regelung trennen lässt<sup>103</sup>.
- 126) Vor diesem Hintergrund untersucht die Kommission, inwieweit die Rechtsgrundlagen vor Inkrafttreten des EG-Vertrags bestanden und inwieweit sich nachträgliche Änderungen von der ursprünglichen Regelung trennen lassen bzw. die ursprüngliche Regelung in ihrem Kern betreffen.
- 127) Die Finanzierung des ORF wurde in seiner jetzigen Form vor dem Beitritt Österreichs im Jahr 1995 eingeführt. Die Finanzierung über Programmentgelte, der Verwendungszweck sowie der Begünstigte der Finanzierung bestehen im Wesentlichen unverändert fort (siehe die Erwägungsgründe 5 bis 9).
- 128) Die Kommission ist der Auffassung, dass auch die erst 1999 im ORF-G explizit vorgesehene Möglichkeit von Online-Angeboten und damit die Finanzierung dieser Tätigkeiten als bestehende Beihilfe angesehen werden kann.
- 129) Die Kommission kommt im Einklang mit ihrer Entscheidungspraxis<sup>104</sup> zu dem Schluss, dass die Wahrnehmung des öffentlich-rechtlichen Auftrags mittels neuer technologischer Verbreitungswege (wie z. B. das Internet oder mobile Plattformen) an sich keine wesentliche Änderung darstellt, sofern die mittels des neuen Mediums dargebotenen Inhalte dem bestehenden Programmauftrag entsprechen und die rechtlichen Grundlagen für die Finanzierung sich nicht wesentlich geändert haben.

---

<sup>100</sup> Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags (ABl. L 140 vom 30.4.2004, S. 1).

<sup>101</sup> Siehe auch Schlussanträge des Generalanwalts Trabucchi in der Rechtssache 51/74, Van der Hulst/Produktschap voor Siergewassen, Slg. 1975, 79.

<sup>102</sup> Urteil in der Rechtssache C 44/93, „Namur-Les Assurances du Crédit SA“, Slg. 1994, I-3829, Randnr. 28.

<sup>103</sup> Urteil des Gerichtshofes vom 30. April 2002 in der Rechtsache Gibraltar/Kommission, Randnr. 111.

<sup>104</sup> Siehe Entscheidung der Kommission vom 1. Oktober 2003 in der Sache „BBC Digital Curriculum“, staatliche Beihilfe N 37/2003, Randnr. 48, mit Verweis auf die Entscheidung der Kommission in der Sache „Finanzierung eines 24-stündigen werbungsfreien Nachrichtenkanals unter Lizenz der BBC“, Randnrn. 69/70.

#### **6.1.4. Einführung von Online-Diensten**

- 130) Die Veranstaltung von mit den Programmen im Zusammenhang stehenden Online-Diensten (und Teletext), die laut ORF-G der Erfüllung des Programmauftrags dienen und mit dem Rundfunkprogramm im Zusammenhang stehen, weist jedenfalls dem Wortlaut nach eine enge Verbindung zum klassischen Programmauftrag des ORF auf und scheint sich auf unterstützende Funktionen zu beschränken. Daher ist die Kommission im Einklang mit ihrer Entscheidungspraxis der Auffassung, dass die Online-Dienste des ORF den bestehenden öffentlich-rechtlichen Auftrag nicht grundlegend im Sinne des Urteils in der Rechtssache Gibraltar ändern<sup>105</sup>.
- 131) Weitere 1999, 2001, 2002, 2004 und 2007 eingeführte Änderungen sind verwaltungstechnischer, d. h. vorrangig organisatorischer Art. Hierzu zählt beispielsweise die Veränderung der organisatorischen Struktur des ORF einschließlich interner, aber auch externer Kontrollmechanismen sowie der Regelungen hinsichtlich der Erhebung des Programmentgelts durch die GIS (siehe zu den Änderungen im Einzelnen Erwägungsgrund 7).

#### **6.1.5. Einführung von Spartenkanälen für Sport, Information und Kultur**

- 132) Hinsichtlich der Ermächtigung zur Veranstaltung des Programms ORF SPORT PLUS ist die Kommission auf der Grundlage der von Österreich auf das Schreiben nach Artikel 17 hin übermittelten ausführlichen Erläuterungen der Auffassung, dass die Finanzierung dieses Spartenkanals eine bestehende Beihilfe darstellt. Grund dafür ist, dass der Auftrag nach § 9a ORF-G die bereits im allgemeinen Fernsehprogrammauftrag enthaltenen Orientierungen aufgreift (insbesondere § 4 ORF-G). Außerdem ging die Einführung des Spartenkanals nicht mit einer Erhöhung des Programmentgelts einher<sup>106</sup>. Daher stellt die Einführung von ORF SPORT PLUS keine wesentliche Änderung des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF und folglich auch keine „neue Beihilfe“ dar. Die Vereinbarkeit dieses Fernsehkanals mit den EG-Beihilfavorschriften wird in Abschnitt 6.1.6 näher untersucht.
- 133) Was die Schaffung eines Kultur- und/oder Informationskanals betrifft, so teilte Österreich der Kommission mit<sup>107</sup>, dass dieser Kanal bzw. diese Kanäle dem bestehenden Auftrag nach § 4 ORF-G folgen würde(n). Der neue Kanal bzw. die neuen Kanäle würde(n) bestehende Programm-kategorien von ORF1 und ORF2 in den Bereichen Information (Nachrichten, politische Informationen, Regionalnachrichten usw.) und Kultur (Theater, Musik, Architektur, Philosophie, Literatur, Kino usw.) ergänzen und vertiefen. Angesichts dieser Erläuterungen ist die Kommission der Ansicht, dass dieser Kanal bzw. diese Kanäle Teil der bestehenden Beihilferegulierung wird/werden, sofern Österreich die im Abschnitt 7

---

<sup>105</sup> Siehe Entscheidung der Kommission vom 24. April 2007 in der Sache E 3/2005, Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, Erwägungsgrund 204.

<sup>106</sup> Die Erhöhung der Rundfunkgebühren, die der ORF 2007 beschloss und die am 1. Juni 2008 in Kraft trat, erfolgte zur Anpassung der Gebührenhöhe an die Inflation und stand nicht mit der Einführung von ORF SPORT PLUS im Zusammenhang.

<sup>107</sup> Siehe auch die von Österreich vorgeschlagenen zweckdienlichen Maßnahmen, Erster Teil Punkt V.

über zweckdienliche Maßnahmen aufgeführten Voraussetzungen für die Vereinbarkeit dieser Kanäle mit den EG-Beihilfenvorschriften erfüllt.

#### **6.1.6. Rundfunkgebührenerhöhungen**

- 134) Die Gebührenerhöhungen sind nach Auffassung der Kommission nicht als neue Beihilfe zu werten. Die Erhöhungen sind vielmehr die Konsequenz eines gestiegenen Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bei der Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags. Daher ist – im Einklang mit der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission – festzustellen, dass sich die Erhöhungen nicht von der ursprünglichen Finanzierungsregelung trennen lassen und keine wesentliche Änderung darstellen, da sich der öffentlich-rechtliche Auftrag als solcher nicht wesentlich geändert hat<sup>108</sup>.

#### **C. Beurteilung der Vereinbarkeit nach Artikel 86 Absatz 2 EG Vertrag gemäß der Auslegung im Protokoll von Amsterdam**

- 135) Die Kommission beurteilt die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag, dem Protokoll von Amsterdam über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk sowie der Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk aus dem Jahr 2009 (nachstehend „Rundfunkmitteilung von 2009“ genannt).
- 136) Im Protokoll von Amsterdam wird festgestellt, dass „[d]ie Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft [...] nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten [berühren], den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren, sofern die Finanzierung der Rundfunkanstalten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie er von den Mitgliedstaaten den Anstalten übertragen, festgelegt und ausgestaltet wird, dient und die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist.“
- 137) Im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag hat die Kommission in der Rundfunkmitteilung von 2009 folgende Voraussetzungen aufgestellt:
- Der Mitgliedstaat muss den öffentlich-rechtlichen Auftrag hinreichend präzise definieren („Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags“);
  - die betreffende Rundfunkanstalt muss mit diesem Auftrag durch einen förmlichen Akt betraut worden sein und die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags muss einer hinreichenden Kontrolle unterliegen („Betrauung“ und „Kontrolle“);
  - Die Ausgleichszahlung muss sich auf die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags beschränken und das Nettokostenprinzip muss einer wirksamen externen Aufsicht unterliegen („Nettokostenprinzip“ und „Finanzaufsicht“);

---

<sup>108</sup> Siehe Entscheidung der Kommission vom 24. April 2007 in der Sache E 3/2005, Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, Erwägungsgrund 206, mit weiteren Verweisen.



- wesentliche neue audiovisuelle Dienste müssen vor Markteinführung einer vorherigen Beurteilung unterzogen werden, die sich auf eine offene Konsultation stützt und dazu dient, auf einzelstaatlicher Ebene zu prüfen, ob die neuen audiovisuellen Dienste überwiegend nachteilige Auswirkungen auf den Markt haben und ob diese überwiegend nachteiligen Auswirkungen durch einen Mehrwert gerechtfertigt werden können, der sich aus der Erfüllung sozialer, demokratischer und kultureller Bedürfnisse der Gesellschaft ergibt, wobei auch das gesamte bestehende öffentlich-rechtliche Angebot zu berücksichtigen ist („Verhältnismäßigkeit“ und „Amsterdam-Test“).

### 6.1.7. Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags

- 138) Die Mitgliedstaaten sind allein dafür zuständig und zugleich auch verpflichtet, den öffentlich-rechtlichen Auftrag förmlich zu definieren<sup>109</sup>. Nur dann kann die Kommission mit der notwendigen Rechtssicherheit über die Anwendbarkeit der Ausnahmeregelung des Artikels 86 Absatz 2 EG-Vertrag entscheiden. Der Auftrag muss so genau wie möglich definiert werden. Aus der Definition muss unmissverständlich hervorgehen, ob der Mitgliedstaat eine bestimmte Tätigkeit der betrauten Rundfunkanstalt in den öffentlich-rechtlichen Auftrag aufnehmen will oder nicht<sup>110</sup>. Andernfalls kann nicht wirksam kontrolliert werden, ob die öffentlichen Mittel tatsächlich zur Finanzierung öffentlich-rechtlicher Tätigkeiten oder aber für kommerzielle Tätigkeiten verwendet werden.
- 139) Angesichts der Besonderheiten des Rundfunksektors und der Notwendigkeit zum Schutz der redaktionellen Unabhängigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erscheint es gleichzeitig unter Berücksichtigung der Auslegungsbestimmungen des Protokolls von Amsterdam im Allgemeinen legitim, eine qualitative Auftragsbestimmung als von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gedeckt anzusehen, der zufolge die betreffende Rundfunkanstalt mit der Aufgabe betraut wird, ein großes Programmspektrum und ein ausgewogenes und abwechslungsreiches Programm zu bieten<sup>111</sup>. Diese qualitativen Kriterien sind nämlich in der audiovisuellen Landschaft die Rechtfertigung für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse<sup>112</sup>.
- 140) Der öffentlich-rechtliche Auftrag kann auch Dienste umfassen, die keine „Programme“ im traditionellen Sinne wie Fernseh- oder Hörfunkangebote sind. Zu diesen anderen audiovisuellen Diensten gehören beispielsweise Online-Dienste. Folglich dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten staatliche Beihilfen einsetzen, um über jegliche neue Verbreitungsplattformen audiovisuelle Dienste bereitzustellen, sofern diese Dienste den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der jeweiligen Gesellschaft dienen und keine unverhältnismäßigen und bei der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags vermeidbaren Auswirkungen auf den Markt haben<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Siehe Randnr. 43 der Rundfunkmitteilung von 2009.

<sup>110</sup> Siehe Randnr. 45 der Rundfunkmitteilung von 2009.

<sup>111</sup> Siehe Randnr. 47 der Rundfunkmitteilung von 2009.

<sup>112</sup> Siehe das Urteil des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache T-442/03, SIC/Kommission, Randnr. 211.

<sup>113</sup> Siehe Randnr. 81 der Rundfunkmitteilung von 2009.

- 141) Im Zusammenhang mit der Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags beschränkt sich die Rolle der Kommission darauf, sie auf offensichtliche Fehler zu prüfen. Die Kommission hat weder zu entscheiden, welche Programme als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzubieten und zu finanzieren sind, noch Art oder Qualität eines bestimmten Produkts in Frage zu stellen. Ein offensichtlicher Fehler in der Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags liegt vor, wenn dieser Tätigkeiten umfasst, bei denen realistischerweise nicht davon auszugehen ist, dass sie – mit den Worten des Protokolls von Amsterdam – der Befriedigung der „demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse jeder Gesellschaft“ dienen<sup>114</sup>.

*6.1.7.1. Auftragsdefinition hinsichtlich der Fernsehprogrammtätigkeiten des ORF*

- 142) Hinsichtlich der vom gesetzlichen Auftrag (siehe §§ 3 bis 5 ORF-G) erfassten allgemeinen Fernsehprogrammtätigkeiten hält die Kommission an ihrer im Schreiben nach Artikel 17 dargelegten Auffassung fest, dass der Auftrag zwar weit gefasst ist, aber durch Programmrichtlinien und Sendeschemen weiter präzisiert werden kann<sup>115</sup>. Da die Programmrichtlinien und Sendeschemen des ORF jedoch nicht rechtsverbindlich sind<sup>116</sup>, gibt es gegenwärtig keine angemessene Gewähr dafür, dass der ORF die Qualitätsstandards des öffentlich-rechtlichen Auftrags in der Praxis tatsächlich erfüllt<sup>117</sup>.

*6.1.7.2. Auftragsdefinition hinsichtlich der Online-Dienste des ORF*

- 143) Die Kommission hält an ihrer Auffassung fest, dass das in § 3 Absatz 5 ORF-G vorgesehene Erfordernis, dass die Online-Dienste mit dem bestehenden Fernseh- und Hörfunkprogramm „im Zusammenhang stehen“ und der Erfüllung des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Auftrags dienen, nicht ausreicht, um ermitteln zu können, inwieweit die Online-Angebote den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen. Insbesondere ist nicht zu erkennen, wann Online-Dienste nach Auffassung der österreichischen Behörden als

---

<sup>114</sup> Siehe Randnr. 81 der Rundfunkmitteilung von 2009. In der Regel ist dies unter anderem bei Werbung, elektronischem Handel, Teleshopping, der Verwendung von Mehrwert-Telefonnummern für Gewinnspiele, Sponsoring und Merchandising der Fall.

<sup>115</sup> Siehe in diesem Zusammenhang insbesondere die Ausführungen der Kommission in der Sache E 3/2005, Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, Erwägungsgrund 224: „Diesbezüglich nimmt die Kommission auch zur Kenntnis, dass die allgemeine Definition nach § 11 RStV von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch rechtsverbindliche und zu veröffentlichende Leitlinien näher zu präzisieren ist.“

<sup>116</sup> Der von Österreich angestellte Vergleich zwischen den Programmrichtlinien und den „cahiers de charge“ von France Télévisions (Schriftsatz vom 2. Mai 2008 in Antwort auf das Schreiben nach Artikel 17, Randnr. 20) in der Entscheidung K(2003)4497 endg. der Kommission vom 11. Dezember 2003 hinkt. In jenem Fall vereinbarte Frankreich mit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt France Télévisions als Gegenleistung für die Zahlung einer Rundfunkgebühr eine Reihe rechtsverbindlicher Dienste. Bei den internen Richtlinien des ORF zur Koordination und Gestaltung der Fernsehprogramme handelt es sich im Gegensatz dazu jedoch nicht um verbindliche Vereinbarungen zwischen zwei Parteien.

<sup>117</sup> In einer „Enquete“ im österreichischen Nationalrat zur Zukunft des öffentlich-rechtlichen Rundfunksystems in Österreich am 17. September 2009 vertrat eine Reihe von Abgeordneten in der Tat unter Anführung konkreter Beispiele die Ansicht, dass das tatsächliche Angebot des ORF auf einem der wichtigsten Fernsehkanäle den in § 4 ORF-Gesetz ausgeführten qualitativen Kriterien de facto nicht gerecht wird.

losgelöst und eigenständig anzusehen wären und somit außerhalb des Auftrags lägen<sup>118</sup>.

- 144) Der Auftrag ist derzeit so ungenau definiert, dass der ORF in der Praxis Online-Dienste bereitstellen durfte, deren Beitrag zur Deckung der sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnisse der österreichischen Gesellschaft äußerst zweifelhaft ist<sup>119</sup>. Im Rahmen des derzeitigen Auftrags dürfte der ORF sogar „elektronische Presse“ im Internet bereitstellen, sofern diese entfernt mit dem Fernseh- und Hörfunkprogramm des ORF im Zusammenhang steht.
- 145) Daher ist die Kommission der Auffassung, dass der derzeitige öffentlich-rechtliche Auftrag für die Online-Tätigkeiten des ORF genauer definiert werden muss.

#### 6.1.7.3. *Auftragsdefinition hinsichtlich ORF Sport Plus*

- 146) Der öffentlich-rechtliche Auftrag für ORF SPORT PLUS nach § 9a ORF-G ist gegenwärtig zu ungenau definiert, so dass nicht erkennbar ist, welche Bedürfnisse der österreichischen Bevölkerung hier in welcher Art und Weise und in welchem Umfang bedient werden und weshalb diese Bedürfnisse nicht im Rahmen des bestehenden Programmauftrags gedeckt werden können.
- 147) Außerdem stellt die Kommission fest, dass der ORF in der Vergangenheit in erheblichem Maße exklusive Live-Sportrechte erworben hat. Wenngleich der Erwerb exklusiver Sportrechte für die Ausstrahlung von Premiumsport im Rahmen eines ausgewogenen allgemeinen Programms gerechtfertigt sein kann, gibt die Einführung von ORF SPORT PLUS zusätzlich zum Sportangebot der Fernsehvollprogramme ORF1 und ORF2 Anlass zu Bedenken, dass diese Erhöhung der Sendekapazität es dem ORF ermöglichen könnte, den österreichischen Markt für Premiumrechte effektiv leerzukaufen.
- 148) Gemäß Randnummer 92 der Rundfunkmitteilung von 2009 sollten die Mitgliedstaaten hingegen sicherstellen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch mit Blick auf den Erwerb von Premiumrechten einhalten, und den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Regeln für die Sublizenzierung ungenutzter exklusiver Premiumrechte vorgeben. Es bestehen derzeit weder derartige Regeln noch ist der Auftrag von ORF SPORT PLUS gegenwärtig im Hinblick auf die Deckung der sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnisse der österreichischen Gesellschaft genau genug definiert.
- 149) Daher ist die Kommission der Auffassung, dass der derzeitige öffentlich-rechtliche Auftrag für ORF SPORT PLUS genauer definiert werden sollte.

---

<sup>118</sup> So lassen sich z. B. Chatrooms in enger Verbindung zum Fernsehprogramm des ORF sicherlich dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zurechnen. Sofern allerdings Chatrooms zu allen gesellschaftlich relevanten Themen angeboten werden oder lediglich dem Kennenlernen dienen, ohne dass der Bezug zum Programm klar erkennbar wäre, andererseits aber ähnliche Dienste von anderen Marktteilnehmern angeboten werden, stellt sich die Frage nach der Qualifizierung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

<sup>119</sup> Zu diesen Angeboten, die der ORF mittlerweile vom Markt genommen hat, gehören: Klingeltöne für Mobiltelefone, E-Cards, Dating- und Partnerbörsen, Immobilien- und Jobanzeigen, Glücksspiele, Wettangebote, E-Banking und Online-Auktionen.

### 6.1.8. Betrauung und Kontrolle

- 150) Gemäß den Randnummern 50 und 53 der Rundfunkmitteilung von 2009 sollte der öffentlich-rechtliche Auftrag im Wege einer förmlichen Rechtshandlung übertragen werden (z. B. durch Rechtsakt, Vertrag oder Aufgabenbeschreibung). Darüber hinaus sind die Mitgliedstaaten gehalten, geeignete Mechanismen vorzusehen, um zu kontrollieren, inwieweit die Rundfunkanstalten die öffentlich-rechtliche Dienstleistung tatsächlich wie vereinbart erbringen. Dabei ist die Entscheidung, wie die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen kontrolliert werden soll, grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten. Allerdings wird eine wirksame Kontrolle in der Regel nur durch eine von dem betrauten Unternehmen unabhängige Instanz effektiv zu gewährleisten sein<sup>120</sup>.
- 151) §§ 1-5 ORF-G sind grundsätzlich als eine Betrauung im Sinne der Rundfunkmitteilung von 2009 anzusehen. Wie in den Abschnitten 6.1.7.2 und 6.1.7.3 dargelegt, ist die Kommission jedoch der Auffassung, dass es insbesondere hinsichtlich der Online-Dienste des ORF sowie des Kanals ORF SPORT PLUS einer besonderen Betrauung im Sinne einer konkreteren Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen bedarf.
- 152) Was die Kontrolle der Auftragserfüllung betrifft, so erscheinen die bestehenden Mechanismen nicht geeignet, um die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags angemessen zu überprüfen.
- 153) Dies gilt zum einem im Hinblick auf die Unterrichtung von National- und Bundesrat durch den ORF anhand des Lageberichts nach § 8 ORF-G hinsichtlich der Erfüllung der Aufträge nach §§ 3-5 ORF-G und zum anderen im Hinblick auf die vom BKS ausgeübte Rechtsaufsicht.
- 154) Österreich ist es insbesondere nicht gelungen, die Bedenken der Kommission hinsichtlich der vom ORF bei der Abfassung des Lageberichts an das Parlament einzuhaltenen Standards auszuräumen, und es ist unklar, inwieweit sich Verstöße des ORF bei der Auftragserfüllung dem Bericht entnehmen ließen. Unklar ist auch, welche Konsequenzen es für den ORF hat, wenn der Lagebericht auf derartige Verstöße schließen lässt.
- 155) Wenngleich die vom BKS ausgeübte Rechtsaufsicht derzeit die Vereinbarkeit mit dem ORF-G und damit neben anderen Aspekten auch Fragen des Auftrags erfasst, scheinen die Bestimmungen zum Umfang der dem ORF aufgetragenen Online-Dienste sowie des Sport-Spartenprogramms aufgrund der sehr weiten Fassung und der dementsprechend weiten Auslegbarkeit nicht ausreichend justiziabel zu sein. Außerdem verfügt der BKS anscheinend nicht über genügend Personal und Ressourcen, um die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags angemessen zu kontrollieren.
- 156) Deshalb ist die Kommission der Ansicht, dass die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF besser kontrolliert werden muss.

---

<sup>120</sup> Siehe Randnr. 54 der Rundfunkmitteilung von 2009.

### 6.1.9. Verhältnismäßigkeitsprüfung

- 157) Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung untersucht die Kommission, ob eine durch den Ausgleich für die Erbringung öffentlich-rechtlicher Dienstleistungen hervorgerufene Wettbewerbsverzerrung damit gerechtfertigt werden kann, dass die öffentlich-rechtliche Dienstleistung erbracht und die dafür erforderlichen Finanzmittel bereitgestellt werden müssen. Die Kommission prüft, vor allem auf der Grundlage der von den Mitgliedstaaten vorzulegenden Informationen, ob mit hinreichender Sicherheit gewährleistet ist, dass unverhältnismäßigen Auswirkungen der öffentlichen Finanzierung, Überkompensierung und Quersubventionierung vorgebeugt wird und dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bei ihren kommerziellen Tätigkeiten die Marktbedingungen einhalten<sup>121</sup>.
- 158) Erstens müssen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, um der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu genügen, öffentlich-rechtliche und sonstige Tätigkeiten klar und angemessen trennen und auch eine getrennte Buchführung aufweisen<sup>122</sup>. Der Betrag der öffentlichen Ausgleichszahlung darf die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags auch unter Berücksichtigung anderer direkter oder indirekter Einnahmen aus diesem Auftrag nicht übersteigen<sup>123</sup>.
- 159) Zweitens müssen die Mitgliedstaaten geeignete Mechanismen einrichten, um sicherzustellen, dass es im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag tatsächlich nicht zu einer Überkompensierung kommt. Sie haben eine regelmäßige und wirksame Aufsicht über die Verwendung der öffentlichen Finanzmittel zu gewährleisten<sup>124</sup>.
- 160) Drittens sollten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch mit Blick auf den Erwerb von Premiumrechten einhalten, und den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Regeln für die Sublizenzierung ungenutzter Sportrechte vorgeben<sup>125</sup>. Die Mitgliedstaaten haben sicherzustellen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Grundsatz des Fremdvergleichs (Arm's Length Principle) einhalten, kommerzielle Investitionen im Einklang mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers vornehmen und nicht mit Hilfe öffentlicher Mittel zulasten ihrer Wettbewerber wettbewerbsschädliche Praktiken anwenden<sup>126</sup>. Als Beispiel für solche wettbewerbsschädlichen Praktiken ist Preisunterbietung bei Werbung zu nennen.
- 161) Viertens müssen die Mitgliedstaaten im Wege eines vorherigen Beurteilungsverfahrens, das sich auf eine offene öffentliche Konsultation stützt, prüfen, ob von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten geplante wesentliche neue audiovisuelle Dienste die Anforderungen des Protokolls von Amsterdam erfüllen und somit den sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnissen der

---

<sup>121</sup> Siehe Randnr. 40 der Rundfunkmitteilung von 2009.

<sup>122</sup> *Ibid.*, Randnr. 60.

<sup>123</sup> *Ibid.*, Randnr. 71.

<sup>124</sup> *Ibid.*, Randnr. 77.

<sup>125</sup> *Ibid.*, Randnr. 92.

<sup>126</sup> *Ibid.*, Randnr. 93.

Gesellschaft dienen, und dabei auch die potenziellen Auswirkungen auf die Handels- und Wettbewerbsbedingungen angemessen berücksichtigen<sup>127</sup>.

#### 6.1.9.1. *Getrennte Buchführung*

- 162) § 39 Absatz 4 ORF-Gesetz setzt die Anforderungen der Transparenzrichtlinie für den ORF um. Des Weiteren hat der ORF die Kostenrechnungsgrundsätze in internen Richtlinien niedergelegt, die weitere Erläuterungen zur konkreten Anwendung der Kostenrechnung enthalten. Daher ist die Kommission der Auffassung, dass den Anforderungen an getrennte Rechnungslegung Genüge getan ist. Angesichts der Erläuterungen Österreichs zur strukturellen Trennung der Kosten und Einnahmen von TW1 und Sport Plus/ORF<sup>128</sup> ist die Kommission ferner der Ansicht, dass der Gefahr einer Quersubventionierung zwischen den kommerziellen Tätigkeiten von TW1 und den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten von Sport Plus in angemessener Weise begegnet wird.

#### 6.1.9.2. *Nettokostenprinzip unzureichend umgesetzt*

- 163) Die Kommission hält an ihrer Auffassung fest, dass die österreichische Methode zur Ermittlung der Nettokosten der öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen des ORF mit der Rundfunkmitteilung von 2009 im Einklang steht. Nach Ansicht der Kommission müssen diese rein internen Anforderungen zur Berechnung der Nettokosten aber rechtsverbindlich festgelegt werden, z.B. im ORF-Gesetz. Außerdem muss Österreich erläutern, wie die Kosten von ORF-Tochtergesellschaften, die sowohl öffentlich-rechtlichen als auch kommerziellen Tätigkeiten nachgehen, abgegrenzt werden.
- 164) Ferner schließt das derzeitige System nach Ansicht der Kommission nicht aus, dass durch kommerzielle Tätigkeiten entstandene Verluste durch das Programmengelt in unzulässiger Weise quersubventioniert werden. Zwar findet sich in den internen Regeln des ORF die Vorgabe, dass Verluste von Tochtergesellschaften nicht berücksichtigt werden, allerdings steht dies im Widerspruch zu der Angabe Österreichs, der ORF habe in der Vergangenheit Anfangsverluste kommerzieller Tochtergesellschaften mit Hilfe von Programmengelt-Einnahmen gedeckt. Nach Auffassung der Kommission dürfen die Kosten, die einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt im Zusammenhang mit *eigenständigen* kommerziellen Tätigkeiten entstehen (Bsp.: der ORF steigt in das Kasinogeschäft ein), nicht mit Erlösen subventioniert werden, die die Rundfunkanstalt aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen erhält (hier: Programmengelte des ORF sowie im Wesentlichen Werbeeinnahmen). Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dürfen jedoch die jährlichen Ausgaben im Zusammenhang mit der kommerziellen Verwertung ihrer öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen (z. B. Marketingkosten in Verbindung mit Werbung oder dem Verkauf von Audio- und audiovisuellen Aufzeichnungen) mit den allgemeinen jährlichen Einnahmen aufgrund der Erbringung der öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen (einschließlich staatlichen Beihilfen) verrechnen, sofern etwaige Verluste (insbesondere Anlaufverluste) aus der kommerziellen Verwertung im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen

---

<sup>127</sup> *Ibid.*, Randnr. 84.

<sup>128</sup> Siehe die Antwort Österreichs vom 2. Mai 2008 auf das Schreiben nach Artikel 17, Randnr. 45, zur strukturellen Trennung der Kosten und Einnahmen von Sport Plus (öffentlich-rechtliche Tätigkeit) und TW1 (kommerzielle Tätigkeit).

Dienstleistungen auf das für einen hypothetischen privaten Kapitalgeber akzeptable Maß beschränkt bleiben (Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers). Dies muss durch eine externe Instanz wie einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer in angemessener Art und Weise kontrolliert werden.

- 165) Ferner ist die staatliche Finanzierung des ORF derzeit nicht auf das für die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags notwendige Maß beschränkt. Wie unter den Randnummern 73 und 74 der Rundfunkmitteilung von 2009 dargelegt, dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten über die Nettokosten der öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen hinausgehende jährliche Überkompensierungen (in Form von „Rücklagen für öffentlich-rechtliche Dienstleistungen“) in dem Maße einbehalten, wie dies für die Sicherung der Finanzierung ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen erforderlich ist. Die Kommission ist im Allgemeinen der Auffassung, dass es als erforderlich angesehen werden kann, einen Betrag von bis zu 10 % der im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags veranschlagten jährlichen Ausgaben einzubehalten, um Kosten- und Einnamenschwankungen auffangen zu können. Darüber hinausgehende Überkompensierungen sind in der Regel ohne unangemessene Verzögerung zurückzufordern. Das ist beim öffentlich-rechtlichen Rundfunksystem Österreichs derzeit noch nicht der Fall. Dem ORF darf in hinreichend begründeten Ausnahmefällen gestattet werden, Beträge einzubehalten, die 10 % der im Rahmen ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags veranschlagten jährlichen Ausgaben übersteigen. Dies ist nur dann zulässig, wenn diese Überkompensierung vorab verbindlich für einen bestimmten Zweck vorgemerkt wird, bei dem es sich um eine nicht wiederkehrende, erhebliche Ausgabe handeln muss, die für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich ist. Zudem sollte die Verwendung einer derartigen klar vorgemerkten Überkompensierung abhängig von ihrem Verwendungszweck befristet werden.
- 166) Daher hält die Kommission fest, dass im ORF-Gesetz oder in anderen einschlägigen verbindlichen Vorschriften die Möglichkeiten des ORF zur Einbehaltung von Überkompensierungen im Einklang mit den vorstehenden Ausführungen strikt beschränkt werden und die Modalitäten der Rückforderung von Überkompensierungen festgelegt werden sollten.

#### *6.1.9.3. Möglichkeit der Bildung von Eigenkapital*

- 167) Die österreichische Regierung bestreitet nicht, dass der ORF in der Vergangenheit Jahresüberschüsse angehäuft und in Eigenkapital umgewandelt hat. Nach Auffassung der Kommission ist eine unkontrollierte Anhäufung von Eigenkapital durch Einbehaltung von Überkompensierungen problematisch, weil dies der Rückforderung von Überkompensierungen entgegensteht und somit dem Nettokostenprinzip zuwiderläuft. Jahresüberschüsse, die die unter den Randnummern 73 und 74 der Rundfunkmitteilung von 2009 vorgesehenen Schwellenwerte übersteigen, müssen zurückgezahlt werden und dürfen nicht als Eigenkapital angehäuft werden.
- 168) Der ORF-Konzern hat jedoch im Jahr 2008 einen Verlust von 79,8 Mio. EUR verzeichnet und dürfte bis Ende des laufenden Jahres weitere 53,7 Mio. EUR Verlust schreiben (siehe Anhang 2). Aufgrund dieser Verluste, die Österreich der seit dem Sommer 2008 anhaltenden Finanz- und Wirtschaftskrise zuschreibt,

verringerte sich die Eigenkapitalquote des ORF von 30,1 % im Jahr 2006 auf 23,5 % im Jahr 2007 und [...] \* % im Jahr 2009 (Schätzung).

- 169) Um zu vermeiden, dass Kapitalzuführungen (Ad-hoc-Beihilfen) durch die österreichische Regierung notwendig werden, beabsichtigen die österreichischen Behörden, bei der Festsetzung der Programmgebühren für die nächste Finanzierungsperiode einen bestimmten Betrag zur allmählichen Erhöhung des Eigenkapitals des ORF auf ein angemessenes Niveau vorzusehen. Nach Ansicht Österreichs sollte der ORF außerdem die Möglichkeit haben, etwaige Überkompensierungen in der nächsten Finanzierungsperiode in Eigenkapital umzuwandeln, sofern und soweit dies notwendig ist, um mittelfristig die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags zu gewährleisten.
- 170) Auf der Grundlage der von Österreich bereitgestellten Informationen kann die Kommission nicht ausschließen, dass der ORF möglicherweise bald genötigt sein wird, sein Eigenkapital zu erhöhen, um mittelfristig die Erbringung der öffentlich-rechtlichen Dienstleistung zu gewährleisten.
- 171) Ein Grund, weshalb der ORF möglicherweise Eigenkapital für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags benötigt, besteht darin, dass er als Stiftung des öffentlichen Rechts keine verfassungsrechtliche Bestandsgarantie hat. Wegen des Fehlens dieser Bestandsgarantie ist ein Konkurs des ORF grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Die österreichische Regierung ist nicht verpflichtet, einzugreifen und den ORF zu retten. Daher muss der ORF auf eigenen Füßen stehen. Außerdem unterliegt der ORF der allgemeinen gesetzlichen Vorschrift, eine Umstrukturierung durchzuführen, sobald die Eigenkapitalquote unter 8 % fällt<sup>129</sup>. Oberhalb dieser Insolvenzrisikoschwelle könnte die öffentlich-rechtliche Dienstleistung auch auf dem Spiel stehen, wenn die Banken im Begriff sind, der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt aufgrund der mittelfristigen Insolvenzgefahr Kredite zu verweigern.
- 172) Gestützt auf die Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz<sup>130</sup> ist die Kommission der Auffassung, dass Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gemäß der Auslegung im Protokoll von Amsterdam in einer Situation wie dem vorliegenden Fall nicht der Rekapitalisierung einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt entgegensteht, soweit diese zur Gewährleistung der kurz- und mittelfristigen Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags notwendig ist. Grundsätzlich müssen Eigenkapitalerhöhungen jedoch strikt auf das für die Gewährleistung der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags notwendige Maß beschränkt sein,

---

\* Geschäftsgeheimnis

<sup>129</sup> So stellt Österreich in § 22 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Reorganisation von Unternehmen (Artikel XI in [BGBl. I Nr. 114/1997](#)) die Rechtsvermutung auf, dass eine Kapitalgesellschaft restrukturiert werden muss, sobald die Eigenmittelquote unter 8 % fällt und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre beträgt.

<sup>130</sup> Das Gericht erster Instanz hat in seinem Urteil in der Rechtssache TV 2 festgestellt, dass Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gemäß der Auslegung im Protokoll von Amsterdam nicht grundsätzlich der Möglichkeit entgegensteht, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten Eigenkapital bilden, soweit dies zur Gewährleistung der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Dienstleistung notwendig ist. Die Verhältnismäßigkeit des Eigenkapitals hängt von der Sachlage und den rechtlichen Rahmenbedingungen des jeweiligen Falls ab. Siehe gemeinsame Rechtssachen T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, TV 2/Kommission, Randnrn. 220 und 223.



wobei alle Rücklagen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt einschließlich der unter den Randnummern 73 und 74 der Rundfunkmitteilung von 2009 genannten zu berücksichtigen sind.

#### 6.1.9.4. *Fehlen einer angemessenen Finanzaufsicht*

- 173) Die Kommission ist der Auffassung, dass weder der BKS noch der Rechnungshof regelmäßig überprüfen, ob der ORF Überkompensierungen erhält<sup>131</sup>. Die Prüfungskommission ist ein ORF-internes Gremium und auch der Rechnungshof kontrolliert die Finanzen des ORF nicht regelmäßig. Des Weiteren ist derzeit nicht klar, welche Konsequenzen die mögliche Feststellung einer Überkompensierung nach sich zöge. Das ORF-Gesetz enthält derzeit keine Vorschriften zur Rückforderung von Überkompensierungen.

#### 6.1.9.5. *Marktverzerrungen gehen über das zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderliche Maß hinaus*

- 174) Die Kommission hat Bedenken, dass Regeln über das Marktverhalten des ORF fehlen, weil die Verpflichtung des ORF zur Sublizenzierung ungenutzter Sportrechte nicht klar geregelt. Dadurch besteht die Gefahr, dass der ORF Sportrechte erwirbt, die für die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben nicht erforderlich sind, und dass dies zu Marktverzerrungen führt, die bei der Erbringung der öffentlich-rechtlichen Dienstleistung vermeidbar sind<sup>132</sup>. Außerdem muss sichergestellt sein, dass der ORF im Rahmen seiner Beziehungen zu kommerziellen Tochtergesellschaften den Grundsatz des Fremdvergleichs einhält, kommerzielle Investitionen im Einklang mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers vornimmt und nicht mit Hilfe öffentlicher Mittel zulasten seiner Wettbewerber wettbewerbschädliche Praktiken (insbesondere Preisunterbietung bei Werbung) anwendet.<sup>133</sup>
- 175) Die Kommission hat Bedenken, weil der derzeitige Rechtsrahmen keine angemessenen Vorschriften für den Erwerb und das Halten exklusiver Live-Sportrechte durch den ORF enthält. Es ist nämlich unklar, inwieweit im Spartenprogramm ORF SPORT PLUS Premium-Sportinhalte ausgestrahlt werden dürfen und inwiefern Dritten die Möglichkeit eingeräumt werden muss, Sublizenzen für ungenutzte Sportrechte zu erwerben. Dadurch kann der ORF regelmäßig Wettbewerber überbieten und somit den Markt leerkaufen, ohne dass dies durch die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags bedingt wäre. Die diesbezüglichen Bedenken werden durch einen kürzlichen Beschluss der Bundeswettbewerbsbehörde noch verschärft<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> Es sei daran erinnert, dass der letzte Bericht des Rechnungshofes aus dem Jahr 1995 stammt.

<sup>132</sup> Siehe diesbezüglich die Entscheidung der Kommission vom 24. April 2007 in der Sache E 3/2005, Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, Erwägungsgrund 305.

<sup>133</sup> Rundfunkmitteilung von 2009, Randnr. 93.

<sup>134</sup> Die Praxis des ORF, exklusive Sportrechte anzuhäufen, wurde bereits zuvor einmal von der Bundeswettbewerbsbehörde für wettbewerbswidrig befunden. Siehe den Beschluss der Bundeswettbewerbsbehörde in der Sache BWB/K-105 ([http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2008/orf\\_osv\\_22022008.htm](http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2008/orf_osv_22022008.htm)).

### 6.1.10. Schlussfolgerungen

- 176) Angesichts der obigen Ausführungen kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die derzeitigen Regeln für die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunksystems in Österreich keine hinreichend präzise und klare Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags enthalten und weder eine klare Betrauung noch eine wirksame Kontrolle der Auftragsbefreiung noch den Ausschluss eindeutig kommerzieller Tätigkeiten, insbesondere im Bereich der Online-Dienste, vom öffentlich-rechtlichen Auftrag gewährleisten. Außerdem wird durch die derzeitigen Regeln nicht in angemessener Art und Weise sichergestellt, dass die öffentliche Finanzierung des ORF auf das für die Erbringung der öffentlich-rechtlichen Dienstleistung erforderliche Maß beschränkt ist und dass kommerzielle Tätigkeiten gemäß dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers und des Fremdvergleichs ausgeübt werden. Es fehlen angemessene Vorkehrungen, um sicherzustellen, dass die öffentliche Finanzierung von Online-Diensten und anderen wesentlichen neuen audiovisuellen Tätigkeiten nicht zu unverhältnismäßigen Verzerrungen des Wettbewerbs und des grenzüberschreitenden Handels führt. Der Erwerb exklusiver Premium-Sportrechte sollte auf der Grundlage angemessener Regeln insbesondere mit Blick auf die Sublizenzierung ungenutzter Sportrechte erfolgen. Der Programmauftrag von ORF SPORT PLUS muss genau definiert werden und es müssen wirksame Vorkehrungen getroffen werden, um sicherzustellen, dass der ORF die qualitativen Kriterien des öffentlich-rechtlichen Auftrags tatsächlich in allen Dienstleistungsbereichen, einschließlich des Fernsehprogramms, erfüllt.

## 7. ZWECKDIENLICHE MASSNAHMEN

- 177) Aufgrund der vorstehenden Feststellungen und nach Erörterung ihrer Bedenken mit Österreich würde die Kommission die im Folgenden aufgeführten Maßnahmen als zweckdienlich ansehen, um die Vereinbarkeit mit den EG-Beihilfenvorschriften zu gewährleisten.
- Der **öffentlich-rechtliche Auftrag** des ORF-Spartenprogramms SPORT PLUS (einschließlich der Festlegung der auf diesem Kanal ausgestrahlten Premium-Sportinhalte) und des geplanten Informations-/Kulturkanals bzw. der geplanten Informations-/Kulturkanäle muss im Hinblick auf die sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnisse der österreichischen Gesellschaft genauer definiert werden.
  - Der derzeitige **öffentlich-rechtliche Auftrag** für die Online-Tätigkeiten und andere neue audiovisuelle Dienste des ORF muss genauer definiert werden. Angesichts der Ermessensfreiheit Österreichs bei der Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags ist die Kommission bereit, entweder eine erschöpfende Liste der Online-Dienste, mit denen der ORF betraut ist und die die Anforderungen des Protokolls von Amsterdam offensichtlich erfüllen, und/oder weiter gefasste qualitative Kriterien zu akzeptieren, bei denen dann vor Einführung eines wesentlichen neuen audiovisuellen Dienstes im Rahmen eines Verfahrens auf einzelstaatlicher Ebene von Fall zu Fall geprüft wird, ob die Anforderungen des Protokolls von Amsterdam erfüllt sind (Randnummern 84 bis 91 der Rundfunkmitteilung der Kommission von 2009).

- Ferner muss Österreich eine wirksamere **Kontrolle der Auftragserfüllung** einführen, durch die sichergestellt wird, dass die tatsächlichen Tätigkeiten des ORF einschließlich seines Fernseh- und Hörfunkangebots den Qualitätsstandards des öffentlich-rechtlichen Auftrags, wie sie insbesondere in §§ 3-5 ORF-G festgelegt sind, entsprechen. Es liegt im Ermessen Österreichs, einen Kontrollmechanismus zu wählen, der die Achtung des in Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention verbürgten Grundsatzes der redaktionellen Unabhängigkeit im Falle des ORF gewährleistet. Allerdings muss ein entsprechendes Gremium, wie unter Randnummer 54 der Rundfunkmitteilung von 2009 dargelegt, über die erforderlichen Befugnisse sowie die notwendigen Kapazitäten und Ressourcen verfügen, um eine regelmäßige Kontrolle vorzunehmen, und vom ORF effektiv unabhängig sein. Dieses Kontrollgremium muss in der Lage sein, im Falle eines Verstoßes gegen den Auftrag geeignete Abhilfemaßnahmen zu veranlassen.
  
- Österreich muss das **Nettokostenprinzip** entsprechend den Randnummern 70 bis 76 der Rundfunkmitteilung der Kommission von 2009 umsetzen. Die internen Regeln des ORF zur Berechnung der Nettokosten müssen rechtsverbindlich festgelegt werden, z. B. im ORF-Gesetz. Außerdem muss Österreich erläutern, wie bei ORF-Tochtergesellschaften, die sowohl öffentlich-rechtlichen als auch kommerziellen Tätigkeiten nachgehen, Kostentrennung gewährleistet wird. Österreich muss gewährleisten, dass die Kosten des ORF für rein kommerzielle Tätigkeiten (z. B. Online-Tätigkeiten, die offensichtlich nicht unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallen) nicht mit Erlösen aus Programmentgelten subventioniert werden können. Bei Anlaufverlusten von ORF-Tochtergesellschaften, die unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallende Dienste kommerziell verwerten, muss der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers eingehalten werden. Überkompensierungen, die die unter den Randnummern 73 und 74 der Rundfunkmitteilung von 2009 vorgesehenen Schwellenwerte übersteigen, müssen zurückgefordert werden, außer wenn der ORF nach einer Unterkompensierung infolge finanzieller Verluste – ausnahmsweise – die entsprechenden Mittel zur Erhöhung seines Eigenkapitals benötigt, damit mittelfristig die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags sichergestellt ist. Die Voraussetzungen für eine Erhöhung des Eigenkapitals des ORF müssen strikt an die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags geknüpft sein und Österreich muss geeignete Verfahrensvorkehrungen gegen Missbrauch treffen. Der erforderliche Umfang der Eigenkapitalausstattung muss anhand objektiver und überprüfbarer Kriterien ermittelt werden und eine vom ORF vollkommen unabhängige öffentliche Einrichtung muss überprüfen, ob das Eigenkapital tatsächlich erhöht werden muss.
  
- Der derzeitige Rahmen für die **Finanzaufsicht** muss verbessert werden, wozu auch die Einrichtung eines unabhängigen externen Gremiums gehört, das die Finanzen des ORF regelmäßig darauf überprüft, ob es möglicherweise zu einer Überkompensierung kommt bzw. ob Beihilfen für andere Zwecke als die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags verwendet werden. Im ORF-Gesetz oder anderen einschlägigen verbindlichen Vorschriften sollte ausdrücklich festgelegt werden, dass Überkompensierungen zurückgefordert werden können und wie dies zu geschehen hat.

- Das ORF-Gesetz oder andere verbindliche Vorschriften müssen Regeln über das **Marktverhalten** des ORF betreffend den Erwerb exklusiver Premiumrechte einschließlich der Verpflichtung zur Sublizenzierung ungenutzter Sportrechte umfassen. Außerdem muss sichergestellt sein, dass der ORF im Rahmen seiner Beziehungen zu kommerziellen Tochtergesellschaften den Grundsatz des Fremdvergleichs einhält, kommerzielle Investitionen im Einklang mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers vornimmt und nicht mit Hilfe öffentlicher Mittel zulasten seiner Wettbewerber wettbewerbsschädliche Praktiken (insbesondere, wie unter Randnummer 94 der Rundfunkmitteilung der Kommission von 2009 ausgeführt, Drücken der Preise für Werbung und andere Tätigkeiten, die wie kommerzielle entgeltspflichtige Dienste nicht unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallen, unter ein Niveau, das vernünftigerweise als marktüblich angesehen werden kann) anwendet<sup>135</sup>.
- Verhältnismäßigkeitsprüfung: Die Kommission hält es in Anbetracht des Wettbewerbs, der zwischen dem ORF und den Printmedien sowie anderen privaten Unternehmen im Internet besteht, für erforderlich, dass der sich im Hinblick auf die Deckung der sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft ergebende Mehrwert und die potenziellen Auswirkungen der Online-Dienste und anderer neuer audiovisueller Dienste des ORF auf den Wettbewerb (Protokoll von Amsterdam) vor der Einführung neuer audiovisueller Dienste geprüft werden (Randnummern 84-91 der Rundfunkmitteilung der Kommission von 2009). Die neue Medienaufsicht in Österreich muss auch den geplanten Kultur- und Informationskanal bzw. die geplanten Kultur- und Informationskanäle einer solchen vorherigen Beurteilung unterziehen.

## 8. ÖSTERREICHS VORSCHLAG FÜR ZWECKDIENLICHE MASSNAHMEN

178) Nachstehend sind die zweckdienlichen Maßnahmen Österreichs zusammengefasst. Der genaue Wortlaut ist dem Vorschlag zweckdienlicher Maßnahmen zu entnehmen, den die Republik Österreich der Kommission am 24. September 2009 über ihre Ständige Vertretung übermittelt hat. Die nachstehende Gliederung stützt sich im Wesentlichen auf den von Österreich übermittelten Vorschlag zweckdienlicher Maßnahmen.

### ERSTER TEIL

#### I. Zukünftiger Online-Auftrag

- 179) Österreich schlägt vor, verbindlich festzulegen, dass der ORF durch seine Online-Angebote zur Erfüllung des in § 4 ORF-G geregelten Programmauftrags beizutragen hat.
- 180) Österreich schlägt vor, im Hinblick auf die Online-Tätigkeiten des ORF bei der Definition und der Übertragung des öffentlich-rechtlichen Auftrags einen zweifachen Ansatz zu verfolgen. Dienste, die nach Auffassung Österreichs nicht neu bzw. nicht wesentlich im Sinne von Randnummer 85 der Rundfunkmitteilung

---

<sup>135</sup> Rundfunkmitteilung von 2009, Randnr. 93.

von 2009 sind, erfasst und überträgt Österreich mithilfe einer erschöpfenden Liste. Der ORF wird mit diesen Diensten nach Maßgabe seiner finanziellen Möglichkeiten betraut (siehe unten Erster Teil Punkt I.A.1 bis I.A.4). Für andere Online-Dienste schlägt Österreich eine Vorabprüfung entsprechend den Randnummern 84 bis 91 der Rundfunkmitteilung von 2009 vor (siehe unten Erster Teil, Punkt I.B).

## **I.A. Online-Dienste ohne Vorabprüfung**

### *I. A.1. Programm- und Unternehmensinformation*

- 181) Informationen über das laufende Radio-, Fernseh- und sonstige öffentlich-rechtliche Angebot des ORF einschließlich Informationen über den ORF selbst.

### *I. A.2. Tagesaktuelle Berichterstattung*

- 182) Tagesaktuelle, anlassbezogene Online-Überblicksberichterstattung einschließlich ergänzender Audio- und audiovisueller Elemente sowie Podcasts (Download nicht länger als 7 Tage nach Veröffentlichung). Diese Regelung gilt nicht für ein über die tagesaktuelle Online-Überblicksberichterstattung hinausgehendes Angebot, das nach Gestaltung und Inhalt den im Internet verbreiteten Zeitungen oder Zeitschriften entspricht (für solche Angebote ist eine Vorabprüfung erforderlich).

### *I.A.3 Online-Angebote zur Begleitung von Fernseh- und Rundfunksendungen*

- 183) Der ORF kann seine Fernseh- und Hörfunksendungen wie folgt mit Online-Inhalten begleiten:
- a. Informationen über die Sendung selbst und die daran mitwirkenden Personen sowie damit im Zusammenhang stehende Sendungen einschließlich textlicher Wiedergabe des Sendungsinhalts sowie Zusammenfassungen
  - b. Informationen zur unterstützenden Erläuterung und Vertiefung der in der Sendung behandelten Inhalte
  - c. audiovisuelle Angebote im Sinne der Buchstaben a und b einschließlich kurzer Abschnitte aus anderen Sendungen derselben Sendereihe
- 184) Diese Inhalte dürfen kein eigenständiges, von der konkreten Fernseh- oder Hörfunksendung losgelöstes Angebot darstellen. Es ist jeweils durch Angabe von Sendungsnamen und Ausstrahlungsdatum zu kennzeichnen, welche Hörfunk- oder Fernsehsendung durch die Online-Dienste begleitet werden. Begleitende Online-Angebote dürfen nur für einen bestimmten Zeitraum nach Ausstrahlung im Hörfunk bzw. im Fernsehen zum Download zur Verfügung stehen (längstens 30 Tage nach Auslaufen einer Sendereihe, ansonsten längstens 30 Tage nach Ausstrahlung der Sendung). Jedenfalls zeitlich unbegrenzt zulässig ist die Bereitstellung von Informationen über die Sendung selbst sowie damit im Zusammenhang stehende Sendungen. Sendungsbegleitende Online-Angebote dürfen grundsätzlich nicht nach Gestaltung und Inhalt den im Internet verbreiteten Zeitungen oder Zeitschriften entsprechen (für solche Angebote ist eine Vorabprüfung erforderlich).

#### *I.A.4. Abruf von ausgestrahlten Audio- und audiovisuellen Inhalten*

- 185) Der ORF hat im Rahmen der technischen und rechtlichen Möglichkeiten sowie der wirtschaftlichen Tragfähigkeit Hörfunk- oder Fernsehsendungen, soweit sie von ihm oder in seinem Auftrag, sei es auch in Kooperation mit Dritten, produziert wurden, zum Abruf (ohne Speichermöglichkeit, außer im Fall von Podcasts) wie folgt bereitzustellen:
- a. Sendung seiner Fernseh- und Radioprogramme auf Abruf bis zu sieben Tage nach deren Ausstrahlung
  - b. Sendungen auf Abruf von Premium-Sportarten bis zu 24 Stunden danach
  - c. Archive mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten nach Maßgabe eines Angebotskonzepts auch zeitlich unbefristet
  - d. Vorankündigungen des Programms von Fernseh- und Radiosendungen innerhalb eines angemessenen Zeitraums vor der Ausstrahlung
- 186) Bei darüber hinausgehenden Angeboten wird eine Vorabprüfung durchgeführt. Österreich hat ferner klargestellt, dass der ORF die vorgenannten Angebote grundsätzlich auch kommerziell verwerten kann. Davon unberührt bleibt die Möglichkeit des ORF, bestehende Online-Angebote (d. h. Angebote, die bereits vor dem 31. Jänner 2008 geschaffen wurden) weiterhin kommerziell zu verwerten, solange diese nicht geändert werden und als „neue“ Angebote im Sinne vom Ersten Teil Punkt VI der Zusicherungen Österreichs einer Vorabprüfung zu unterziehen sind.

#### **B. Sonstige Online-Angebote ohne Vorabprüfung**

- 187) Der ORF hat nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit weitere öffentlich-rechtliche Online-Angebote zu erbringen, sofern diese der Erfüllung des Programmauftrags gemäß § 4 bzw. des besonderen Auftrags gemäß § 5 ORF-G dienen. Zu derartigen Angeboten zählen beispielsweise:
- a. Bereithaltung zum Abruf durch den Nutzer von nicht-linearen Audio- und audiovisuellen Inhalten, sofern nicht bereits von Punkt A.4 erfasst;
  - b. sonstige (nicht-lineare) text- und/oder bildbasierte oder Audio- oder audiovisuelle Angebote, die im Unternehmensgegenstand liegen und der Erfüllung des Programmauftrags gemäß § 4 Absatz 1 ORF-G dienen (z. B. die bestehenden Angebote Futurezone und Soundpark; in Zukunft z. B. die Angebote, die den Zugang zu Sportübertragungen ermöglichen, die vom ORF nicht ausgestrahlt wurden – etwa im Rahmen von Olympischen Spielen)
  - c. lineare Audio- und audiovisuelle Angebote, die nicht terrestrisch, über Satellit oder über Kabel ausgestrahlt werden (z. B. lineare Übertragung von Parlamentsdebatten via ipTV)
- 188) Derartige Angebote (sowie alle sonstigen Online-Angebote, die nicht ausdrücklich in der erschöpfenden Liste im Ersten Teil Punkt I.A der Zusicherungen Österreichs aufgeführt sind) dürfen nur nach Vorlage eines Angebotskonzeptes erbracht werden und unterliegen einer Vorabprüfung.

### **C. Schwarze Liste kommerzieller Online-Angebote**

- 189) Österreich schlägt vor klarzustellen, dass bestimmte Online-Angebote, die seiner Auffassung nach eindeutig nicht der Deckung der sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnisse der österreichischen Gesellschaft dienen, nicht zum öffentlich-rechtlichen Auftrag gehören und folglich nicht mit Programmertgelten finanziert werden dürfen. Dazu gehören z. B. , Klingeltöne, E-Cards, Dating- und Partnerbörsen, Immobilien- und Jobanzeigen, Branchenverzeichnisse, Suchdienste (ausgenommen im eigenen Angebot), SMS-Dienste (ausgenommen solche, die sich auf das eigene Angebot bzw. auf Informationsdienste beziehen), Glücksspiele und Wettangebote, E-Banking, Erotikangebote, Access-Providing, Online-Auktionen (ausgenommen nicht-kommerzielle Auktionen für gemeinnützige Zwecke), Verbreitung von EDV-Programmen, soweit nicht zur Wahrnehmung des eigenen Angebots erforderlich, elektronische Tauschplattformen für Fotos, Musik, Videos, Computerprogramme etc., und Billing für Dritte (ausgenommen Konzerngesellschaften des ORF).

### **D. Angebotskonzepte**

- 190) Bei allen Angeboten, die keiner Vorabprüfung unterliegen, d. h.
- Angebote gemäß dem Ersten Teil Punkt I.A der Zusicherungen Österreichs,
  - (schon vor dem 31. Jänner 2008) bestehende Angebote, selbst wenn sie unter den Ersten Teil Punkt I.A der Zusicherungen Österreichs fallen,
  - Angebote, für die schon einmal eine Vorabprüfung durchgeführt wurde und die seitdem als „bestehende“ Angebote gelten,

will Österreich den ORF verpflichten, im Interesse der Rechtssicherheit ein Angebotskonzept vorzulegen. Angebotskonzepte haben hinreichend bestimmt zu sein, damit die Regulierungsbehörde die Einhaltung der Konzepte (des öffentlich-rechtlichen Auftrags) wirksam überwachen kann. Angebotskonzepte sind der Regulierungsbehörde zur Kenntnis zu bringen und werden von ihr darauf geprüft, ob sie gegen den öffentlich-rechtlichen Auftrag verstoßen. Dabei hat die Regulierungsbehörde auch zu prüfen, ob ein „neues Angebot“ vorliegt, welches einer Vorabprüfung bedarf. Ist dies der Fall, wird eine Vorabprüfung eingeleitet.

- 191) Der ORF hat alle Angebotskonzepte leicht auffindbar und zugänglich auf seiner Website zu veröffentlichen.

### **II. Neue audiovisuelle Dienste auf anderen Übertragungsplattformen**

- 192) Österreich behält sich vor, dem ORF einen mit Erster Teil Punkt I vergleichbaren öffentlich-rechtlichen Auftrag auch für neue Übertragungsplattformen (z. B. digitales Radio) aufzuerlegen. Solche neuen Angebote sind einer Vorabprüfung zu unterziehen.

### **III. Plattformneutralität bei linearer Übertragung**

- 193) Der ORF darf – eine gesetzliche Ermächtigung hierzu vorausgesetzt – alle Fernseh- und Hörfunkprogramme, die er innerhalb seines öffentlich-rechtlichen Auftrags

überträgt, zeitgleich (oder zeitversetzt im Zeitraum von 24 Stunden nach Ausstrahlung; „linear-zeitversetztes“ Fernsehen/Radio) und unverändert über alle anderen technisch möglichen Übertragungsplattformen übertragen. Dies ist allerdings der Regulierungsbehörde anzuzeigen.

#### **IV. Sport**

##### ***A. ORF SPORT PLUS***

194) Österreich bietet an klarzustellen, dass das Programm von ORF SPORT PLUS der Berichterstattung über Sportarten und Sportbewerbe – einschließlich der Ausstrahlung von Übertragungen von Sportbewerben – dient, denen in der österreichischen Medienberichterstattung kein breiter Raum zukommt. Im öffentlich-rechtlichen Auftrag für diesen Sportkanal werden die nachstehenden qualitativen Kriterien festgelegt. Der ORF hat unter anderem:

- a. die Bevölkerung umfassend über sportliche Fragen zu informieren;
- b. das Interesse der Bevölkerung an aktiver sportlicher Betätigung zu fördern;
- c. das Verständnis des Publikums für weniger bekannte Sportarten und ihre Ausübungsregeln zu fördern;
- d. über Sportarten und -bewerbe zu berichten, die auch aus dem Blickwinkel des Breitensports von Interesse sind;
- e. regionale Sportveranstaltungen zu berücksichtigen;
- f. über gesundheitsbezogene Aspekte des Sports zu berichten;
- g. Sportbewerbe zu übertragen, wenn eine solche Übertragung Voraussetzung für das Antreten österreichischer Sportler oder Sportmannschaften bei internationalen Bewerben ist und eine solche Übertragung durch andere Fernsehveranstalter nicht erwartet werden kann.

195) ORF SPORT PLUS hat überwiegend Sportarten und –bewerbe zu zeigen, die in Österreich ausgeübt oder veranstaltet werden oder an denen österreichische Sportler oder Mannschaften teilnehmen. Sportbewerben, denen in der österreichischen Medienberichterstattung breiter Raum zukommt (Premium-Sportarten) dürfen von ORF SPORT PLUS nicht ausgestrahlt werden. Österreich hat eine Liste mit Sportbewerben übermittelt, die in jedem Fall den Premium-Sportarten zuzurechnen sind. ORF SPORT PLUS darf nur unter der Bedingung erbracht werden, dass der ORF das Programm in einem der Regulierungsbehörde vorzulegenden Angebotskonzept noch genauer festlegt. Der ORF muss dieses Konzept auch online veröffentlichen.

##### ***B. Sportrechte***

196) Der ORF ist verpflichtet, von ihm erworbene Sportrechte, die er selbst nicht nutzt, zu einem angemessenen Preis zur Sublizenzierung anzubieten. Der ORF hat Interessenten jederzeit Auskunft über die derart verfügbaren Rechte und den Preis zu geben. Diese Informationen hat er, sobald ihm die Möglichkeit der Sublizenzierung bekannt ist, auf einer Webseite allen Interessenten zur Verfügung zu stellen.

#### **V. Informations- und Kulturkanal**

197) Österreich schließt nicht aus, den ORF mit der Schaffung zusätzlicher Spartenprogramme (über das Sport-Spartenprogramm hinaus) zu betrauen. Diese



Betrauerung würde dem Modell von ORF SPORT PLUS folgen. Der öffentlich-rechtliche Auftrag ist vom ORF durch ein Angebotskonzept zu konkretisieren. Vor Betriebsaufnahme eines Spartenprogramms ist eine Vorabprüfung durchzuführen. Österreich hat klargestellt, dass die Schaffung von Spartenprogrammen den ORF nicht davon entbindet, ein ausgewogenes und vielfältiges Programm im Einklang mit § 4 ORF-G anzubieten.

## **VI. Vorabprüfung (Amsterdam-Test)**

- 198) Neue Angebote sind einer Vorabprüfung zu unterziehen. Angebote gelten als neu,
- wenn sie neu geschaffen (= erstmals bereitgestellt) werden und sich wesentlich von den vom ORF bereits zum Zeitpunkt der Beurteilung erbrachten Angebote unterscheiden;
  - wenn bestehende Angebote geändert werden und sich das geänderte Angebot voraussichtlich wesentlich vom bestehenden Angebot unterscheiden wird.
- 199) Eine wesentliche Unterscheidung liegt insbesondere vor:
- wenn sich die Angebote durch ihren Inhalt oder die Form ihrer technischen Nutzbarkeit oder ihres Zugangs wesentlich von den existierenden Angeboten unterscheiden (z. B. ein neu geschaffenes österreichisches Geschichtsportal); eine themenspezifische Online-Zeitschrift; ein themenspezifisches Regionalportal; ein Online-Archiv vom ORF produzierter Filme, sofern nicht von Erster Teil Punkt I.A.1 bis I.A.4 erfasst; audiovisuelle Onlinemedien, die nicht bloß abrufbar, sondern auch downloadbar sind; Angebote auf neuen Übertragungsplattformen, sofern nicht von der Plattformneutralität oder Erster Teil Punkt I.A.1 bis I.A.4 erfasst; Wechsel von Voll- auf Spartenprogramm); oder
  - wenn sie eine wesentlich andere Zielgruppe ansprechen als existierende Angebote vergleichbarer Art (z. B. Aufbau einer neuen Onlineplattform für Jugendliche, während eine bestehende Onlineplattform sich hauptsächlich an Senioren richtet).
  - Ein Indiz für eine wesentliche Unterscheidung liegt weiters vor, wenn der aus der Neuschaffung oder der Änderung entstehende finanzielle Aufwand mehr als 2 % der Kosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags beträgt.
- 200) Bloße technische Änderungen bestehender Angebote (z. B. Formatierungsänderungen von 4:3 bis 16:9) unterliegen keiner Vorabprüfung. Die im Ersten Teil Punkt I.A der Zusicherungen Österreichs erfassten Online-Dienste gelten nicht als wesentliche neue Dienste und unterliegen somit keiner Vorabprüfung.
- 201) Maßgeblich für die Beurteilung, ob ein neues Angebot die vorgenannten Kriterien erfüllt, ist das diesbezügliche Angebotskonzept. Besteht noch kein solches Konzept, sind die Programmpläne und Sendeschemen maßgeblich. Der ORF hat

- für jedes neue Angebot ein Angebotskonzept zu erstellen und Folgendes beizufügen: eine genaue Beschreibung des geplanten Angebots; eine Begründung, weshalb das neue Angebot zur Erfüllung des in § 4 ORF-G niedergelegten Programmauftrags sowie der besonderen, im Gesetz geregelten Aufträge, geeignet erscheint; Ausführungen zur Zielgruppe; Ausführungen zur Finanzierung des Angebots; Ausführungen zu den voraussichtlichen Auswirkungen des Angebots auf die Wettbewerbssituation auf dem jeweils für das Angebot relevanten Markt sowie auf die Angebotsvielfalt für die Seher, Hörer oder Nutzer.
- 202) Der ORF muss das Konzept im Internet veröffentlichen und zur Stellungnahme binnen angemessener Frist, mindestens aber binnen sechs Wochen, einladen. Die Veröffentlichung im Internet ist jedenfalls der Wirtschaftskammer und der Arbeiterkammer ausdrücklich mitzuteilen. Alle Betroffenen können Stellungnahmen abgeben.
- 203) Der ORF hat sein Konzept und alle Stellungnahmen an die Regulierungsbehörde zu übermitteln. Die Regulierungsbehörde hat alle Unterlagen der Bundeswettbewerbsbehörde sowie einem aus unabhängigen Experten bestehenden, gesetzlich eingerichteten Beirat zu übermitteln. Der Beirat hat zur Frage Stellung zu nehmen, ob die geplanten Angebote im Sinne des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF zweckmäßig erscheinen.
- 204) Die Regulierungsbehörde hat zu prüfen, ob das neue Angebot den sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnissen der österreichischen Gesellschaft dient, und dabei auch die potenziellen Auswirkungen auf die Handels- und Wettbewerbsbedingungen ausreichend zu berücksichtigen. Die Regulierungsbehörde hat daher zu beurteilen, ob das neue Angebot erstens zur Erfüllung der sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnisse der österreichischen Bevölkerung und insbesondere der in § 4 Abs. 1 bzw. 5 Abs. 1 ORF-G niedergelegten Ziele des ORF-Programms geeignet erscheint; und zweitens voraussichtlich keine negativen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation und die Angebotsvielfalt haben wird, die im Vergleich zu dem Mehrwert des neuen Angebots unverhältnismäßig sind, und positive Wettbewerbsauswirkungen insbesondere aufgrund seiner im Vergleich zu anderen Medienangeboten besonders innovativen Ausgestaltung hat.
- 205) Der Umstand allein, dass andere (kommerzielle) Rundfunkveranstalter oder Medienanbieter ein mit dem vom ORF geplanten neuen Angebot vergleichbares Angebot veranstalten oder veranstalten wollen, hindert die Regulierungsbehörde nicht an einer Genehmigung. Die Regulierungsbehörde muss vielmehr prüfen, ob der Mehrwert (der sich aus der Erfüllung sozialer, demokratischer und kultureller Bedürfnisse der Gesellschaft unter Berücksichtigung des gesamten bestehenden öffentlich-rechtlichen Angebots ergibt) mögliche nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb rechtfertigt.
- 206) Die Bundeswettbewerbsbehörde wird die Medienaufsicht bei der Prüfung der voraussichtlichen Auswirkungen des neuen Angebots auf die Wettbewerbssituation anderer in Österreich tätiger Medienunternehmen beraten.
- 207) Nach erfolgreicher Absolvierung der Vorabprüfung hat der ORF das Angebotskonzept samt Genehmigung durch die Regulierungsbehörde auf seiner Website zu veröffentlichen. Ungeachtet der vorstehenden Feststellungen ist dem

ORF die Aufnahme eines Probebetriebs des neuen innovativen Angebots mit einer maximalen Laufzeit von 6 Monaten ohne Vorabprüfung gestattet. Ein solcher Probebetrieb ist, sofern das technisch möglich und sinnvoll ist, auf einen abgegrenzten Benutzerkreis einzuschränken. Der ORF hat einen Probebetrieb der Regulierungsbehörde bekanntzugeben.

- 208) Sollte der ORF ohne Vorabprüfung ein neues Angebot einführen, muss die Regulierungsbehörde die zur Finanzierung dieses Angebots verwendeten Finanzmittel zurückfordern.

## **VII. Kontrolle des öffentlich-rechtlichen Auftrags**

- 209) Österreich sichert zu, dass für die Kontrolle des öffentlich-rechtlichen Auftrags künftig eine vom ORF unabhängige öffentliche Einrichtung zuständig sein wird. Diese Einrichtung wird mit ausreichenden materiellen und personellen Ressourcen ausgestattet sein und gegenüber dem ORF im Falle von Verstößen über Sanktionsmöglichkeiten verfügen.

- 210) Der ORF hat künftig jährlich einen Bericht über die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu erstellen, im Internet zu veröffentlichen sowie der Regulierungsbehörde, dem Bundeskanzler und dem Parlament vorzulegen. Die Regulierungsbehörde hat in regelmäßigen Abständen stichprobenartig zu kontrollieren, ob der ORF den öffentlich-rechtlichen Auftrag einhält. Eine inhaltliche Nachprüfung einzelner Programme ist damit nicht verbunden (redaktionelle Unabhängigkeit).

- 211) Bei den bestehenden Fernseh- und Hörfunkprogrammen muss der ORF die vorhandenen internen Mechanismen zur Qualitätssicherung stärken. Daher ist ein Qualitätssicherungsverfahren einzuführen, das auch Gegenstand der Kontrolle durch die Regulierungsbehörde ist. Vor der Genehmigung der langfristigen Pläne für das Fernseh- und Hörfunkprogramm und der Sendeschemen muss das Aufsichtsorgan prüfen, ob der ORF die im Rahmen des Qualitätssicherungssystems definierten Kriterien erfüllt hat.

## **VIII. Übergangsbestimmungen**

- 212) Für die bis zum 31. Jänner 2008 (Zeitpunkt des Schreibens nach Artikel 17) bestehenden sowie die zwischen diesem Zeitpunkt und dem Inkrafttreten des neuen Rechtsrahmens neu geschaffenen bzw. geänderten Online-Angebote gelten die nachstehenden Übergangsbestimmungen. Im Wesentlichen sind für alle vor dem Inkrafttreten des neuen ORF-Gesetzes geschaffenen Angebote binnen sechs Monaten nach dessen Inkrafttreten Angebotskonzepte zu erstellen und der Regulierungsbehörde zur Kenntnis zu bringen. Eine Vorabprüfung ist für neue audiovisuelle Dienste grundsätzlich nur in dem Maße erforderlich, wie sie nach dem Schreiben nach Artikel 17 vom 31. Jänner 2008 geschaffen wurden und unter den Ersten Teil Punkt I.B der von Österreich vorgeschlagenen zweckdienlichen Maßnahmen fallen.

- 213) Der ORF beabsichtigt, nach Erlass dieser Entscheidung für sein Fernseh- und Hörfunkprogramm ein neues auf Abruf verfügbares Angebot in einer neu eingerichteten „ORF TVTHEK“ zu schaffen. Österreich wird dieses neue Angebot auf die unter Punkt I.A.4 genannten Dienste beschränken. Programme im Rahmen der ORF TVTHEK werden sich damit auf den Abruf ausgestrahlter Fernseh- und

Hörfunksendungen bzw. Live-Streaming bestehender Programme (Plattformneutralität) beschränken. Österreich hat klargestellt, dass vor einer etwaigen kommerziellen Verwertung dieses Angebots nach Maßgabe der Ersten Teils Punkt VI der von Österreich vorgeschlagenen zweckdienlichen Maßnahmen eine Vorabprüfung durchzuführen ist.

## **ZWEITER TEIL**

### **I. Festlegung des Programmentgelts**

- 214) Österreich wird eine rechtsverbindliche Bestimmung des Begriffs „Kosten“ des öffentlich-rechtlichen Auftrags einführen. Das Programmentgelt errechnet sich aus den Nettokosten einschließlich der zu erwartenden Preissteigerung (Inflation) im Zeitraum der kommenden 5 Jahre (Finanzierungszeitraum) auf der Basis der voraussichtlichen Zahl von Programmentgeltpflichtigen (Seher und Hörer). Die Angemessenheit der Höhe des Programmentgelts wird in der Regel alle 5 Jahre überprüft. Der ORF kann das Programmentgelt weiterhin selbst festsetzen, unterliegt dabei jedoch künftig einer nachprüfenden Kontrolle durch die neue Regulierungsbehörde.
- 215) Österreich hat seine Absicht angekündigt, Einnahmeausfälle zu ersetzen, die der ORF dadurch erleidet, dass bestimmte sozial benachteiligte Gruppen von Sehern und Hörern von der Verpflichtung zur Entrichtung des Programmentgelts gesetzlich befreit sind. Nach Auffassung Österreichs ist diese neue Refundierungsregel als „bestehende Beihilfe“ im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 zu werten, da sie – wie auch eine mögliche Erhöhung des Programmentgelts – nicht den Kern der bestehenden Beihilferegulierung berührt.

### **II. Eigenkapitalerhöhung**

- 216) Österreich schlägt die nachstehenden materiell- und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für eine Erhöhung des Eigenkapitals des ORF vor. Wenn das Eigenkapital des ORF durch Verluste so stark gesunken ist, dass die fortgesetzte Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag und des Protokolls von Amsterdam mittelfristig (während der nächsten 5 Jahre) nicht mehr sichergestellt ist, kann der ORF eine Erhöhung seines Eigenkapitals wie folgt durchführen:

#### Form der Eigenkapitalerhöhung

- a. Erhöhung des Eigenkapitals aus allfälligen jährlichen Überschüssen an Stelle einer Rückzahlung;
- b. Erhöhung des Eigenkapitals durch eine Erhöhung des Programmentgelts über die Nettokosten hinaus unter Berücksichtigung des Aufstockungsbedarfs.

#### Materiellrechtliche Voraussetzungen einer Eigenkapitalerhöhung:

Jegliche derartige Erhöhung des Eigenkapitals setzt voraus, dass

- a. ohne Erhöhung des Eigenkapitals die fortgesetzte Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags laut ORF-G mittelfristig (5 Jahre) nicht sichergestellt ist;

- b. das zugeführte Eigenkapital ausschließlich zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags und nicht für kommerzielle Tätigkeiten verwendet wird;
- c. das Eigenkapital des ORF in der laufenden und/oder in der vorangegangenen Finanzierungsperiode (5 Jahre) durch Unterkompensation des öffentlich-rechtlichen Auftrags gesunken ist und eine Erhöhung des Eigenkapitals diese Unterkompensation jedenfalls nicht überschreiten wird. Österreich sichert zu, eine diesen Schwellenwert hinausgehende Eigenkapitalerhöhung als Ad-hoc-Beihilfe bei der Kommission anzumelden.

Formelle Voraussetzungen:

- 217) Jede Eigenkapitalerhöhung muss von der Regulierungsbehörde genehmigt werden. Die Regulierungsbehörde muss bei der Prüfung der Notwendigkeit einer Eigenkapitalerhöhung sowohl das Risiko einer Zahlungsunfähigkeit als auch einer rechnerischen Überschuldung in den nächsten 5 Jahre im Falle eines Unterbleibens der Kapitalaufstockung prüfen. Die Begriffe „Zahlungsunfähigkeit“ und „Überschuldung“ sind im Sinne von § 66 und 67 der österreichischen Konkursordnung zu verstehen. Die Notwendigkeit einer Kapitalerhöhung muss von Wirtschaftsprüfern attestiert werden, die ausreichend qualifiziert und vom ORF faktisch unabhängig sind (§ 271 Unternehmensgesetzbuch). Die Wirtschaftsprüfer sind von der Regulierungsbehörde zu bestellen und zu bezahlen.

**III. Verbot der Überkompensierung**

- 218) Österreich sichert zu, das Nettokostenprinzip entsprechend Randnummer 74 der Rundfunkmitteilung von 2009 einzuhalten. Soweit am Ende einer Finanzierungsperiode (5 Jahre) Überschüsse vorhanden sind, werden sie zurückgezahlt (siehe unten Punkt VII), ausgenommen Sonderrücklagen gemäß Randnummer 74 der Rundfunkmitteilung von 2009.
- 219) Der ORF wird im Hinblick auf die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags eine Sonderrücklage im Sinne von Randnummer 74 der Rundfunkmitteilung von 2009 bilden, wenn es zu einer Überkompensierung von mehr als 10 % kommt und wenn er die entsprechenden Mittel benötigt, um eine nicht wiederkehrende Großinvestition zu finanzieren, z. B. eine konkrete, grundlegende Umstrukturierung des Unternehmens; eine Großinvestition, die für das Unternehmen zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich ist (z. B. neues ORF-Zentrum) und mit technischen Innovationen verbundene Umstellungskosten, die sich nicht direkt auf den Umfang der Angebote des ORF auswirken (z. B. Digitalisierung der Archive). Der ORF darf solche Sonderrücklagen nur für Investitionen in Höhe von mindestens 10 Mio. EUR pro Projekt bilden. Treten beim ORF wiederholt Überkompensierungen in Höhe von mehr als 10 % der jährlichen Kosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags auf, so hat die Regulierungsbehörde im Sinne von Randnummer 79 der Rundfunkmitteilung von 2009 zu prüfen, ob das festgesetzte Programmentgelt den tatsächlichen Finanzbedarf des ORF übersteigt.

**Transparenzrechnung**

- 220) Österreich wird den ORF verpflichten klarzustellen, wie er die Kosten für seine Tochtergesellschaften, die nicht ausschließlich entweder nur öffentlich-rechtliche

oder nur kommerzielle Tätigkeiten wahrnehmen, zuweist. Die entsprechenden Regelungen sind der Regulierungsbehörde vorzulegen und von dieser zu genehmigen, wenn sie den gesetzlichen Vorgaben entsprechen. Es wird gesetzlich festgelegt, dass kommerzielle Tätigkeiten grundsätzlich in eigene Tochtergesellschaften auszugliedern sind (strukturelle Trennung).

## **V. Wettbewerbskonformes Verhalten**

- 221) Das Verhältnis des ORF zu seinen kommerziellen Tochtergesellschaften wie gegenüber Dritten hat nicht-diskriminierend und marktkonform zu sein bzw. hat einem Drittvergleich zu genügen.
- 222) Der ORF darf kein ungerechtfertigtes Werbedumping betreiben und Sportrechte nicht überteuert unter Nutzung seiner bevorrechteten finanziellen Position erwerben und muss allgemein das Prinzip der Verhältnismäßigkeit beim Einkauf exklusiver Premiumrechte im Sinne von Randnummer 92 der Rundfunkmitteilung beachten (d. h. er darf den Markt nicht „leerkaufen“).
- 223) Der ORF darf kommerzielle Einnahmen aus Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag stehen, zur Anlauffinanzierung anderer kommerzieller Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag heranziehen, sofern diese Investitionen im Einklang mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers erfolgen. Überschüsse aus solchen kommerziellen Tätigkeiten haben zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Auftrags herangezogen zu werden.

## **VI. Finanzaufsicht**

- 224) Eine unabhängige öffentliche Einrichtung überwacht die Einhaltung der vorgenannten Vorschriften durch den ORF. Die Behörde überprüft die Rechnungslegung durch den ORF jährlich stichprobenartig darauf, ob das Trennungsgebot und die Vorschriften über die Bildung und Auflösung von Reserven bzw. die Eigenkapitalsicherung eingehalten werden. Ferner hat die Behörde stichprobenartig bzw. aufgrund Beschwerden Dritter zu überprüfen, ob der ORF die gesetzlichen Vorgaben für kommerzielle Tätigkeiten (insbesondere Marktkonformität des Verhältnisses des ORF zu kommerziellen Tochtergesellschaften) einhält. Für diesen Zweck hat die Behörde eine unabhängige Prüfungskommission zu bestellen, die der Regulierungsbehörde zu berichten hat. Für die Mitglieder gelten strenge Ausschlussgründe im Hinblick auf die Tätigkeit im ORF (§ 271 Unternehmensgesetzbuch<sup>136</sup>).

## **VII. Sanktionen**

- 225) Sollte die Medienaufsicht im Zuge ihrer Kontrolltätigkeit beim ORF Anhaltspunkte für wettbewerbswidriges Verhalten im Sinne von Artikel 82 EG-Vertrag finden, hat sie den Sachverhalt der Bundeswettbewerbsbehörde anzuzeigen. Sonstiges wettbewerbswidriges Verhalten hat die Regulierungsbehörde selbst zu verfolgen. Ein Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag geht einem Verfahren vor, das die

---

<sup>136</sup> Im österreichischen Unternehmensgesetzbuch wird das Konzept des „Interessenkonflikts“ für die Zwecke von Wirtschaftsprüfungen definiert.

Regulierungsbehörde wegen sonstiger Wettbewerbsverzerrungen infolge der unverhältnismäßigen Verwendung staatlicher Beihilfen einleitet.

- 226) Missbräuchliche Verwendung öffentlich-rechtlicher Mittel ist durch Anordnung zur Rückzahlung dieser Mittel und die sonstigen vorgesehenen Sanktionen (z. B. Verwaltungsstrafen) zu sanktionieren. Überkompensierungen sind zurückzuzahlen und zu diesem Zweck auf ein Sperrkonto einzuzahlen.

### **VIII. Rückzahlung**

- 227) Österreich schlägt vor zuzusichern, dass gesetzlich klargestellt wird, dass staatliche Beihilfen in diesem Kontext wie nachstehend beschrieben zurückzuzahlen sind. Der ORF zahlt die betreffenden Mittel auf ein Sperrkonto ein. Der ORF wird weder Zugang zu den Geldern auf diesem Konto noch Anspruch auf die entsprechenden Zinsen haben. Nach Beginn der nächstfolgenden Finanzierungsperiode werden sämtliche Gelder auf dem Sperrkonto von den Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags abgezogen, so dass sich der Ausgleichsbetrag (Programmmentgelt) verringert. Sollte der ORF die Programmmentgelte zur Finanzierung von Tätigkeiten außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags verwenden, gelten für die Rückzahlung striktere Regeln. Der ORF ist in diesem Fall verpflichtet, das Programmmentgelt unter Berücksichtigung des zurückzuzahlenden Betrags bereits im darauffolgenden Jahr neu festzusetzen. Aufgrund des mit einer sofortigen Neufestsetzung des Programmmentgelts verbundenen Verwaltungsaufwands findet dieses besondere Rückzahlungsverfahren mit Sanktionscharakter nur dann Anwendung, wenn die zurückzuzahlenden Mittel 5 % der gesamten vom ORF getragenen Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags übersteigen.

## **9. WÜRDIGUNG DER ZUSICHERUNGEN ÖSTERREICHS**

- 228) Die Kommission hat die Zusicherungen Österreichs, die sich auf die in Abschnitt 7 dargelegten Bedenken beziehen, bewertet. Aus den nachstehend aufgeführten Gründen kann sie diese Zusicherungen akzeptieren.

### **9.1.1. Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags**

- 229) Die Kommission akzeptiert Österreichs Zusicherungen hinsichtlich der Präzisierung des öffentlich-rechtlichen Auftrags für Spartenkanäle und Online-Dienste.
- 230) Was das seit dem 1. Mai 2006 ausgestrahlte ORF-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS betrifft, so wird der entsprechende öffentlich-rechtliche Auftrag anhand klarer qualitativer Kriterien definiert werden. Hierbei berücksichtigt die Kommission auch, dass der ORF verpflichtet sein wird, Programmkonzepte zu erstellen, in denen der öffentlich-rechtliche Auftrag von ORF SPORT PLUS weiter präzisiert wird, um es der Regulierungsbehörde zu erleichtern, die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu kontrollieren. Der neue öffentlich-rechtliche Auftrag von ORF SPORT PLUS wird im Hinblick auf die Erfüllung der sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnisse der österreichischen Gesellschaft eindeutig einen Mehrwert schaffen.

- 231) Was Österreichs Pläne betrifft, den ORF mit einem oder zwei weiteren Spartenkanälen für Kultur und/oder Information zu betrauen, nimmt die Kommission die Absicht Österreichs zur Kenntnis, diesen Auftrag nach Maßgabe von § 4 ORF-G zu definieren. Bei den im Auftrag dargelegten qualitativen Kriterien liegt kein offensichtlicher Fehler vor. Es ist jedoch wichtig, dass der Umfang der beiden Spartenkanäle in den Programmkonzepten näher ausgeführt wird, damit Umfang und Zweck der Kanäle festgelegt sind. Ebenfalls von Bedeutung ist, dass die Regulierungsbehörde im Rahmen einer Vorabprüfung sorgfältig prüft, ob diese Konzepte mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag im Einklang stehen (Teil I (VI) der Zusicherungen Österreichs).
- 232) Österreichs Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags, mit dem der ORF im Bereich der Online-Dienste betraut ist, wird erheblich präzisiert werden durch i) eine erschöpfende Auflistung der Online-Dienste, die im Rahmen des ORF-G eindeutig beschrieben und übertragen werden; ii) den Ausschluss bestimmter, eindeutig kommerzieller Online-Dienste vom öffentlich-rechtlichen Auftrag (schwarze Liste); iii) die Verpflichtung des ORF, neue Online-Angebote in Angebotskonzepten zu beschreiben und iv) die Beurteilung derartiger Konzepte vor dem Hintergrund der sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnisse der österreichischen Gesellschaft im Rahmen einer Vorabprüfung gemäß den Randnummern 84 bis 91 der Rundfunkmitteilung von 2009. Angesichts dieser Erläuterungen vertritt die Kommission die Auffassung, dass die zweckdienlichen Maßnahmen geeignet sind, den öffentlich-rechtlichen Auftrag des ORF im Bereich der Online-Dienste hinreichend präzise zu gestalten.

### **9.1.2. Betrauung und Kontrolle**

- 233) Die Kommission vertritt die Auffassung, dass die Republik Österreich den ORF im Hinblick auf ihre Zusicherung, den öffentlich-rechtlichen Auftrag zu präzisieren, ordnungsmäßig betraut. Ferner akzeptiert die Kommission die Zusicherungen Österreichs in Bezug auf die Kontrolle der Auftragsbefreiung. Drei Elemente der Zusicherungen Österreichs sind in diesem Zusammenhang von besonderer Bedeutung.
- 234) Erstens die Zusicherung Österreichs, eine neue Medienaufsicht einzurichten: Es ist wichtig, dass diese Behörde über genügend Personal verfügt und dafür zuständig ist, regelmäßig stichprobenartig zu kontrollieren, ob die Dienstleistungen des ORF mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag im Einklang stehen (mit Ausnahme eigenständiger kommerzieller Tätigkeiten). Die Kommission nimmt zur Kenntnis, dass diese Kontrolle nicht die Prüfung einzelner Fernseh-, Hörfunk- oder Internetsendungen umfassen wird, damit die redaktionelle Unabhängigkeit des ORF geschützt ist. Die Kommission fordert Österreich auf, ihre Dienststellen über die Fortschritte bei der Errichtung dieser Behörde angemessen zu informieren. Die Behörde muss spätestens 12 Monate nach Inkrafttreten des neuen ORF-Gesetzes voll funktionsfähig sein.
- 235) Zweitens hält die Kommission es im Hinblick auf die bestehenden Fernseh- und Hörfunksender des ORF für wichtig, dass Österreich die internen Verfahren des ORF zur Sicherung einer angemessenen Qualität seines Angebots im Einklang mit den qualitativen Standards des öffentlich-rechtlichen Auftrags stärkt. Diese qualitativen Anforderungen sind nämlich in der nationalen audiovisuellen Landschaft die Rechtfertigung für Dienstleistungen von allgemeinem



wirtschaftlichem Interesse; wenn die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten diese qualitativen Anforderungen nun nicht erfüllen und eigens Programme senden, mit denen ein optimales Publikum für Werbende geschaffen werden soll, entfällt damit der Grund für eine derartige weit definierte Dienstleistung<sup>137</sup>. Es muss sichergestellt werden, dass das interne Qualitätssicherungsverfahren des ORF wirksam ist und in der Praxis auch angewendet wird. Die Zusicherung Österreichs, die Medienaufsicht mit der Kontrolle der Einhaltung des Qualitätssicherungsverfahrens durch den ORF zu beauftragen, ist geeignet, dies zu erreichen.

- 236) Drittens die Zusicherung Österreichs sicherzustellen, dass in angemessener Weise kontrolliert wird, ob der ORF gegen die Angebotskonzepte für Online-Angebote und Spartenprogramme verstößt.

### **9.1.3. Verhältnismäßigkeitsprüfung**

#### *Finanzaufsicht*

- 237) In Bezug auf die Finanzaufsicht, die ein wesentlicher Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist, akzeptiert die Kommission die Zusicherung Österreichs, die vorhandenen Mechanismen dadurch zu stärken, dass die neue Medienaufsicht den Auftrag erhält, die Rechnungslegung durch den ORF jährlich stichprobenartig darauf zu überprüfen, ob das Trennungsgebot und die Vorschriften über die Bildung von Rücklagen bzw. die Eigenkapitalsicherung eingehalten werden. Die Regulierungsbehörde wird insbesondere die Marktkonformität der kommerziellen Tätigkeiten des ORF zu prüfen haben, einschließlich der Einhaltung des Grundsatzes des Fremdvergleichs in den Beziehungen zwischen dem ORF und seinen kommerziellen Tochtergesellschaften. Die Kommission begrüßt, dass die Medienaufsicht zu diesem Zweck Wirtschaftsprüfer einsetzen wird, die effektiv vom ORF unabhängig sind.
- 238) Ferner akzeptiert die Kommission die Zusicherungen Österreichs, die Transparenz der öffentlichen Finanzierung des ORF durch Klärung der Kostentrennung bei den Tochtergesellschaften des ORF, die sowohl kommerziellen als auch öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten nachgehen, sowie gegebenenfalls durch Einführung des allgemeinen Grundsatzes einer strukturellen Trennung der kommerziellen Tätigkeiten zu steigern.
- 239) Die Kommission akzeptiert des Weiteren die Zusicherungen Österreichs in Bezug auf die Sanktionen, die bei wettbewerbswidrigem Verhalten des ORF und bei nicht ordnungsgemäßer Verwendung öffentlicher Mittel vorgesehen sind. Im Rahmen dieser angemessenen Sanktionen ist ein Rückzahlungsverfahren geplant, das die Einzahlung der entsprechenden Mittel auf ein Sperrkonto vorsieht. Die Kommission vertritt die Auffassung, dass dies eine wirksame Methode der Mittelrückzahlung ist, sofern das Geld auf dem Sperrkonto in der Bilanz des ORF nicht mehr als Vermögenswert aufgeführt wird und die Zinsen aus dem Kapital auf dem Sperrkonto in den Ergebniskonten des ORF nicht als Einnahmen gelten.

#### *Ausgleich für den Ausfall von Programmengelten*

---

<sup>137</sup> Siehe das Urteil des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache T-442/03, SIC/Kommission, Randnr. 211.

- 240) Ferner nimmt die Kommission Österreichs Absicht zur Kenntnis, Einnahmeausfälle, die dem ORF dadurch entstehen, dass bestimmte sozial benachteiligte Gruppen von Sehern und Hörern gesetzlich von der Verpflichtung zur Entrichtung des Programmgebührens befreit sind, ganz oder teilweise auszugleichen.
- 241) Gestützt auf die Randnummern 29 bis 31 der Rundfunkmitteilung von 2009 teilt die Kommission die Ansicht Österreichs, dass dieser Ausgleich keine wesentliche Änderung der bestehenden Beihilferegelung bewirken wird. Eine bestehende Beihilfe wird nicht durch jede Änderung zu einer neuen Beihilfe. Das Gericht erster Instanz stellte in diesem Zusammenhang fest: *„die ursprüngliche Regelung (wird) durch die Änderung nur dann in eine neue Beihilferegelung umgewandelt, wenn die Änderung sie in ihrem Kern betrifft“*<sup>138</sup>.
- 242) Bei der Ausgleichszahlung handelt es sich nicht um eine solche wesentliche Änderung der ursprünglichen Regelung. Erstens ist die Zahlung eines Ausgleichs untrennbar mit dem Programmgebühren verbunden, über das der ORF derzeit öffentlich finanziert wird. Ohne das verpflichtende Programmgebühren könnte es logischerweise auch keinen „Ausgleich“ für die Befreiung sozial benachteiligter Menschen von der Verpflichtung zur Entrichtung des Programmgebührens geben. Zweitens wird die Art der öffentlichen Finanzierung des ORF durch den Ausgleich kaum berührt. Der Ausgleich wird höchstwahrscheinlich direkt aus dem Haushalt der Republik Österreich gezahlt werden, während die Bürger das Programmgebühren direkt an den ORF entrichten, und die Ausgleichszahlung wird nicht mehr als 10 % der Einnahmen des ORF aus Programmgebühren betragen. Drittens ist die geplante Ausgleichszahlung nicht durch eine Änderung des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF begründet<sup>139</sup>. Viertens ist die Auswirkung der Ausgleichszahlung aus wirtschaftlicher Sicht mit einer Abschaffung der Befreiung zu vergleichen, durch die sich die Zahl der Beitragszahlenden erhöhen würde. Eine derartige Maßnahme würde mit Sicherheit nicht als „neue Beihilfe“ betrachtet, da sie lediglich eine Erhöhung der Gesamteinnahmen aus dem bereits bestehenden Programmgebühren bewirken würde. Aus wirtschaftlicher Sicht führt die Ausgleichszahlung daher zu demselben Ergebnis. Aus den vorgenannten Gründen vertritt die Kommission die Auffassung, dass es sich bei der geplanten Ausgleichszahlung nicht um eine Änderung handelt, die die ursprüngliche Beihilferegelung in ihrem Kern betrifft. Sie ist als „bestehende Beihilfe“ im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 zu betrachten.
- 243) Die Vereinbarkeit des Ausgleichs mit Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag wird davon abhängen, ob er zu einer Überkompensierung des öffentlich-rechtlichen Auftrags führt. Österreich wird daher sicherstellen müssen, dass der ORF die Ausgleichszahlung bei der Festsetzung des Programmgebührens zu Beginn der folgenden Finanzierungsperiode berücksichtigt.

---

<sup>138</sup> Verbundene Rechtssachen T-195/01 und T-207/01, *Gibraltar*, Slg. 2002, II-2309.

<sup>139</sup> Die von Österreich nun zugesicherten Präzisierungen des öffentlich-rechtlichen Auftrags sind ausschließlich durch die Untersuchung der Kommission begründet und nicht durch die Einführung der Ausgleichszahlung. Der Grund für die Zahlung ist letztlich sozialer Art. Ohne die Ausgleichszahlung müsste Österreich die Befreiung sozial benachteiligter Menschen vom Programmgebühren abschaffen, um eine Unterkompensierung des öffentlichen-rechtlichen Auftrags des ORF zu verhindern.

## *Rücklagen*

- 244) Der Vorschlag Österreichs, dem ORF zu erlauben, im Falle einer Überkompensierung einen Puffer von 10 % einzubehalten und eine besondere Rücklage für nicht wiederkehrende, erhebliche Investitionen zu bilden, steht im Einklang mit den Randnummern 73 und 74 der Rundfunkmitteilung von 2009. Es ist wichtig, dass Österreich ausschließt, dass die im Hinblick auf die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags gebildete Sonderrücklage für die Finanzierung laufender Kosten verwendet werden kann. Die Mittel müssen vorab verbindlich für einen bestimmten Zweck vorgemerkt werden, bei dem es sich um eine nicht wiederkehrende, erhebliche Ausgabe handeln muss, die mit der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Verbindung steht. Die neue Medienaufsicht muss sicherstellen, dass eine Überkompensierung für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags, die mehr als 10 % der jährlichen Nettokosten beträgt, zurückgezahlt wird<sup>140</sup>, außer wenn die entsprechenden Mittel für die Bildung einer im Hinblick auf die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags gebildeten Sonderrücklage im Sinne von Randnummer 74 der Rundfunkmitteilung eingesetzt werden oder die Mittel – in Ausnahmefällen – verwendet werden, um das Eigenkapital des ORF mit dem Ziel zu erhöhen, die Gefahr einer Insolvenz abzuwenden (siehe Erwägungsgründe 245 bis 259).

## *Erhöhung des Eigenkapitals*

- 245) Nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gemäß der Auslegung im Protokoll von Amsterdam dürfen die Mitgliedstaaten den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten öffentliche Mittel grundsätzlich in dem Umfang zur Verfügung stellen, der zur Gewährleistung der Erbringung der öffentlich-rechtlichen Dienstleistung erforderlich ist. Dies gilt nicht nur für die laufenden Kosten für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sondern auch für das Eigenkapital. Die Kommission hat diesen Grundsatz in einer Reihe von Entscheidungen über Ad-hoc-Beihilfen von Mitgliedstaaten zur Anwendung gebracht.
- 246) In der Entscheidung *Télévision Française* vom 10. Dezember 2003<sup>141</sup> ging es darum, dass Frankreich seinen beiden öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Kapital zugeführt hatte, um ihre Bilanzen auszugleichen<sup>142</sup>. Die Kommission erachtete die Kapitalzuführungen insofern als angemessen, als die Abschreibung des zugeführten Kapitals zusammen mit den aus Rundfunkgebühren erzielten Gesamteinnahmen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt, im betrachteten Zeitraum nicht die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags überstiegen. In dieser Entscheidung stellte die Kommission auch klar, dass für die Berechnung des Ausgleichs für die Kosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags Bilanzelemente (Zuschüsse zur Erhöhung des Eigenkapitals) und Elemente der Ergebniskonten (die Abschreibungen, die in den Gesamtkosten des Geschäftsjahres enthalten sind) herangezogen werden müssen<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> Siehe Erster Teil Abschnitt VIII von Österreichs Zusagen.

<sup>141</sup> Entscheidung der Kommission vom 10.12.2003, *France 2 und France 3* (ABl. L 361 vom 8.12.2004, S. 21).

<sup>142</sup> *Ibid.*, Erwägungsgrund 41.

<sup>143</sup> *Ibid.*, Erwägungsgrund 85.

- 247) Auch in der Entscheidung *RTP Portugal* vom 4. Juli 2006<sup>144</sup> betrachtete die Kommission Kapitalzuführungen zur Erhöhung des Eigenkapitals als angemessen, sofern sie nicht dazu führen, dass die Gesamtkosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags im betrachteten Zeitraum überkompensiert werden.
- 248) Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens teilte Österreich den Kommissionsdienststellen mit, dass es aus Gründen der redaktionellen Unabhängigkeit des ORF der Lösung den Vorzug gebe, die Rekapitalisierung des ORF nach der Wirtschafts- und Finanzkrise dadurch zu erreichen, dass dem ORF gestattet wird, etwaige künftige Jahresüberschüsse in Eigenkapital umzuwandeln und/oder das Programmentgelt 2012 unter Berücksichtigung der Unterkompensierung in den Jahren 2008 und 2009 festzusetzen.
- 249) Nach Ansicht der Kommission muss die von Österreich bevorzugte Lösung mit dem sich aus Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag ableitenden Nettokostenprinzip im Einklang stehen, das unter den Randnummern 73 und 74 der Rundfunkmitteilung von 2009 näher ausgeführt ist. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten müssen über die Nettokosten der öffentlich-rechtlichen Dienstleistung hinausgehende jährliche Überkompensierungen grundsätzlich zurückzahlen. Sie dürfen – unerwartete – Überkompensierungen während einer Finanzierungsperiode einbehalten, sofern diese 10 % der im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags veranschlagten jährlichen Ausgaben nicht übersteigen. Derartige „Puffer“ können als erforderlich angesehen werden, um künftige Kosten- und Einnamenschwankungen aufzufangen. Darüber hinausgehende Überkompensierungen sind in der Regel ohne unangemessene Verzögerung zurückzufordern. Öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten darf in hinreichend begründeten Ausnahmefällen gestattet werden, Beträge einzubehalten, die 10 % der im Rahmen ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags veranschlagten jährlichen Ausgaben übersteigen. Dies ist nur dann zulässig, wenn diese Überkompensierung vorab verbindlich für einen bestimmten Zweck vorgemerkt wird, bei dem es sich um eine nicht wiederkehrende, erhebliche Ausgabe handeln muss, die für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich ist.
- 250) Wenn es dem ORF erlaubt würde, in unkontrollierter Weise Überkompensierungen einzubehalten, um Eigenkapital anzuhäufen, würde dies gegen das unter den Randnummern 73 und 74 der Rundfunkmitteilung von 2009 dargelegte Nettokostenprinzip verstoßen. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.
- 251) Bei der Lösung, die Österreich für die Rekapitalisierung des ORF nach der Wirtschafts- und Finanzkrise von 2008 und 2009 vorschlägt<sup>145</sup>, wird davon ausgegangen, dass eine Kapitalerhöhung des ORF durch Umwandlung eines Jahresüberschusses in Eigenkapital nur unter der Voraussetzung und in dem Umfang gerechtfertigt ist, dass sie erforderlich ist, um mittelfristig die Gefahr einer

---

<sup>144</sup> Entscheidung der Kommission vom 4.7.2006, K(2006)2952 endg.

<sup>145</sup> Im Unterschied zu den Fällen *Télévision Française* und *RTP Portugal* wird Österreich das Kapital des ORF nicht durch einen Zuschuss erhöhen, sondern dadurch, dass es dem ORF gestattet wird, einen jährlichen Zuschuss einzubehalten, den er andernfalls als Überkompensierung an Österreich zurückzahlen müsste. Die Mittel würden dabei aus einem bestehenden Finanzierungsmechanismus stammen (Einnahmen aus dem Programmentgelt oder vergleichbaren öffentlichen Quellen), so dass die Würdigung der Maßnahme im Rahmen dieser Entscheidung und nicht in einem neuen Beihilfeverfahren erfolgen muss.

Insolvenz des ORF abzuwenden<sup>146</sup>. Die zweite Einschränkung ist die Voraussetzung, dass in der laufenden oder in der vorhergehenden Finanzierungsperiode eine Unterkompensierung vorliegt bzw. vorlag.

- 252) Die Kommission ist der Auffassung, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten das Nettokostenprinzip, wie es von der Kommission unter den Randnummern 73 und 74 der Rundfunkmitteilung ausgelegt wurde, einhalten müssen. Die Möglichkeit, im Falle einer Überkompensierung einen Puffer von 10 % einzubehalten und eine besondere Rücklage für nicht wiederkehrende, erhebliche Investitionen zu bilden, bietet in der Regel genügend Flexibilität, um künftige Kosten- und Einnahmeschwankungen ausgleichen zu können. Darüber hinausgehende Beihilfen sind somit grundsätzlich mit Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag unvereinbar.
- 253) In den finanziellen Bestimmungen unter den Randnummern 73 und 74 der Rundfunkmitteilung von 2009 wird jedoch nicht darauf eingegangen, in welchem Umfang staatliche Beihilfen zulässig sind, wenn die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags wegen eines Rückgangs des Eigenkapitals der Rundfunkanstalt gefährdet ist. Bei der Frage, wie viele Vermögenswerte zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich sind, kann es jedoch um etwas anders gehen als bei der Frage, wie viele Einnahmen jährlich erzielt werden müssen, um die laufenden Kosten zu decken, wenn beispielsweise Vermögenswerte aufgrund externer Faktoren wie einer Finanz- und/oder Wirtschaftskrise abgeschrieben werden müssen<sup>147</sup>.
- 254) In Österreich gibt es anders als in anderen Mitgliedstaaten keine verfassungsrechtliche Bestandsgarantie für ein öffentlich-rechtliches Rundfunksystem. Daher ist ein Konkurs des ORF nicht ausgeschlossen. Darüber hinaus gibt es die Rechtsvermutung, dass Unternehmen einschließlich Stiftungen des öffentlichen Rechts wie der ORF vor der Zahlungsunfähigkeit stehen, wenn ihre Eigenkapitalquote unter einen bestimmten Schwellenwert fällt<sup>148</sup>. Um die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags in Österreich sicherzustellen, muss somit das Risiko, dass sich die Eigenkapitalquote des ORF dem kritischen Schwellenwert nähert, dauerhaft ausgeräumt werden.
- 255) Im vorliegenden Fall wurde der dem ORF für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu zahlende Ausgleich kurz vor Beginn der Finanz- und Wirtschaftskrise im Jahr 2008 bis zum Jahr 2012 festgesetzt, so dass dem allgemeinen Rückgang der Werbeeinnahmen auf dem Rundfunkmarkt nicht Rechnung getragen wurde. Ferner hat sich die Finanz- und Wirtschaftskrise durch die Abwertung der Vermögenswerte des ORF nachteilig auf dessen Bilanz ausgewirkt. Da der ORF trotz des gesunkenen Eigenkapitals bis 2012 das Programmengelt nicht erhöhen kann, stimmt die Kommission mit Österreich darin überein, dass der ORF die Möglichkeit haben muss, sein Eigenkapital selbst zu

---

<sup>146</sup> Österreich hat unter Bezugnahme auf allgemein anwendbare Buchführungsbestimmungen klargestellt, dass unter dem Begriff „mittelfristig“ ein Fünfjahreszeitraum zu verstehen ist.

<sup>147</sup> Die außergewöhnliche Abschreibung eines Vermögenswertes wird sich in der Regel zu einem späteren Zeitpunkt auch auf die Gewinn- und Verlustrechnung einer Kapitalgesellschaft auswirken, da sie eine Verringerung der Einnahmen (Zinsen usw.) zur Folge hat. Dagegen beeinflusst sie sofort die Eigenkapitalquote einer Kapitalgesellschaft und kann allein deswegen mit dem Risiko eines Konkurses wegen Überschuldung verbunden sein.

<sup>148</sup> Art XI § 22 BGBl. I Nr. 114/1997.

erhöhen, wenn er im nächsten Finanzierungszeitraum schwarze Zahlen schreiben sollte.

- 256) Die Kommission stimmt daher dem Vorschlag Österreichs zu, den ORF im Rahmen der bestehenden Beihilferegulierung ungeachtet des unter Randnummer 74 der Rundfunkmitteilung vorgesehenen Schwellenwertes von 10 % durch Umwandlung der jährlichen Überkompensierung in Eigenkapital zu rekapitalisieren, wenn und soweit die Erhöhung des Eigenkapitals tatsächlich zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag und des Protokolls von Amsterdam erforderlich ist. Österreich hat durch die Bezugnahme auf die Bestimmung des Begriffs „Zahlungsunfähigkeit“ in §§ 66 und 67 der österreichischen Konkursordnung klargelegt, wann eine Erhöhung des Eigenkapitals zur Gewährleistung der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich ist. Auf der Grundlage dieser beiden Paragraphen ist die Kommission der Auffassung, dass die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags gefährdet ist, wenn dem ORF entweder Zahlungsunfähigkeit (§ 67 Konkursordnung) oder Überschuldung (§ 68 Konkursordnung) droht. Nach Auffassung der Kommission ist dies ein klarer und objektiver Anhaltspunkt, um zu definieren, wann die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags gefährdet ist. Es ist verhältnismäßig im Sinne des Artikels 86 Absatz 2 EG-Vertrag, dass der ORF über ein bestimmtes Maß an Eigenkapital verfügt, um diesen beiden Risiken mittelfristig (5 Jahre) zu begegnen.
- 257) Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Eigenkapital des ORF vor der Finanz- und Wirtschaftskrise aufgebläht war, muss die neue österreichische Regulierungsbehörde sorgfältig prüfen, ob sich das Eigenkapital des ORF in einem Maße verringert hat, das für den ORF mittelfristig existenzbedrohend ist. Bei dieser Prüfung muss berücksichtigt werden, dass der ORF eine Umstrukturierung vornehmen und seine Tätigkeit reduzieren wird, so dass seine Fixkosten aller Wahrscheinlichkeit nach niedriger sein werden als in der Vergangenheit. Die Medienaufsicht muss auch überprüfen, ob eine solche Erhöhung des Eigenkapitals des ORF, wie von Österreich zugesichert, eine etwaige Unterkompensation des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF in der laufenden und in der vorangegangenen Finanzierungsperiode nicht überschreitet. Relevant ist in diesem Zusammenhang nur ein durch die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags bedingter Rückgang des Eigenkapitals, weil sich Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gemäß der Auslegung durch das Protokoll von Amsterdam nicht auf kommerzielle Tätigkeiten erstreckt, die nicht mit der Erfüllung dieses Auftrags in Verbindung stehen.
- 258) Und schließlich erachtet es die Kommission für wichtig, dass die Medienaufsicht qualifizierte und vollkommen unabhängige Wirtschaftsprüfer damit beauftragt zu prüfen, ob und in welchem Maße der ORF sein Eigenkapital erhöhen muss, um einen drohenden Konkurs abzuwenden. Dem ORF ist es nur unter der Kontrolle der Medienaufsicht gestattet, einen Jahresüberschuss in Eigenkapital umzuwandeln oder in der Zukunft ein Programmengelt festzusetzen, das die jährlichen Kosten übersteigt, damit darin ein Beitrag einbezogen wird, mit dem ein vorausgegangener Rückgang des Eigenkapitals aufgefangen werden soll<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup> Dieser Teil eines Rekapitalisierungsbeitrags im Rahmen des Programmengelts sollte in den Büchern des ORF und gegenüber den Bürgern transparent ausgewiesen werden.

- 259) In Anbetracht der Zusicherung Österreichs, den öffentlich-rechtlichen Auftrag von ORF SPORT PLUS zu präzisieren und zu ändern, vertritt die Kommission ferner die Auffassung, dass die öffentliche Finanzierung dieses Programms – unter Berücksichtigung der Erfüllung dieses öffentlich-rechtlichen Auftrags – den grenzüberschreitenden Handel und den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft nicht in einem Maß beeinträchtigt, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

*Online-Angebote und Vorabprüfung*

- 260) Die Kommission akzeptiert die Zusicherungen Österreichs betreffend die Einführung einer Vorabprüfung für jeden wesentlichen neuen audiovisuellen Dienst (Amsterdam-Test), die Österreich im Ersten Teil Punkt VI seiner zweckdienlichen Maßnahmen beschreibt. Dieser Test erfüllt die Voraussetzungen der Randnummern 84 bis 91 der Rundfunkmitteilung von 2009.
- 261) Im Einklang mit Artikel 85 der Rundfunkmitteilung von 2009 vertritt die Kommission die Auffassung, dass es akzeptabel ist, wenn die Mitgliedstaaten das unter Randnummer 84 der Rundfunkmitteilung beschriebene Verfahren einer Vorabprüfung auf neue audiovisuelle Dienste anwenden, die sich – aufgrund ihrer Reichweite – wahrscheinlich auf den Markt auswirken werden und daher als „wesentlich“ anzusehen sind. Andere Dienste, die in einer klaren und rechtsverbindlichen Liste erfasst sind, können in den öffentlich-rechtlichen Auftrag einbezogen werden<sup>150</sup>. Vorbehaltlich der Überprüfung durch die Kommission, ob ein offensichtlicher Fehler vorliegt, ist es Sache der Mitgliedstaaten, unter Berücksichtigung der Besonderheiten und der Entwicklung des Rundfunkmarktes sowie des Spektrums der bereits von der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt angebotenen Dienste festzulegen, was unter einem „wesentlichen neuen Dienst“ zu verstehen ist. Ob ein Dienst „neu“ ist, kann unter anderem von dem bereitgestellten Inhalt und von der Art der Nutzung abhängen. Für die Beurteilung des „wesentlichen“ Charakters des Dienstes können beispielsweise der Umfang der für dessen Entwicklung erforderlichen finanziellen Aufwendungen und die zu erwartenden Auswirkungen auf die Nachfrage herangezogen werden. Wesentliche Veränderungen bestehender Dienste sind derselben Prüfung zu unterziehen wie wesentliche neue Dienste.
- 262) Nach Auffassung der Kommission ist die von Österreich vorgeschlagene konkrete Lösung für die Definition „neuer“ und „wesentlicher“ Dienste klar und angemessen<sup>151</sup>. Zudem ist die Liste im Ersten Teil Punkt I.A der von Österreich vorgeschlagenen zweckdienlichen Maßnahmen klar und präzise und die in dieser erschöpfenden Liste aufgeführten Online-Dienste sind ganz offensichtlich nicht kommerzieller Natur<sup>152</sup>. Es handelt sich dabei im Wesentlichen um Dienste, die das

---

<sup>150</sup> So hat Deutschland beispielsweise ARD und ZDF mit einer Reihe von Telemedienangeboten betraut, die in § 11d Absatz 2 des Rundfunkstaatsvertrags in einer erschöpfenden Liste aufgeführt sind: [http://www.alm.de/fileadmin/Download/Gesetze/RStV\\_aktuell.pdf](http://www.alm.de/fileadmin/Download/Gesetze/RStV_aktuell.pdf)

<sup>151</sup> Siehe Erster Teil I Punkt VI der zweckdienlichen Maßnahmen Österreichs.

<sup>152</sup> Ferner ist darauf hinzuweisen, dass diese Betrauung im Rahmen der Überarbeitung des ORF-Gesetzes in Österreich wie im Falle jedes legislativen Verfahrens Gegenstand einer öffentlichen Konsultation ist.

bestehende Fernseh- und Rundfunkangebot des ORF begleiten<sup>153</sup>. In diesem Zusammenhang ist es wichtig darauf hinzuweisen, dass Österreich von Fernseh- und Hörfunksendungen losgelöste und eigenständige Online-Angebote sowie zeitungähnliche Online-Dienste ausdrücklich von dieser erschöpfenden Liste ausgenommen hat. Sollte der ORF die Absicht haben, solche Dienste sowie andere nicht im Ersten Teil Punkt I.A der zweckdienlichen Maßnahmen Österreichs aufgeführte Dienste anzubieten, wären die Dienste einer Vorabprüfung im Einklang mit Punkt VI der Zusicherungen Österreichs zu unterziehen.

- 263) Ob die Einführung neuer Spartenkanäle im Bereich Information und Kultur den Wettbewerb und den Handel in einem dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufenden Maße beeinträchtigen würde, ist im Rahmen der Vorabprüfung zu klären.
- 264) Die Online-Dienste, die unter den Punkten I und II des Protokolls im Anhang zu den zweckdienlichen Maßnahmen Österreichs aufgeführt sind<sup>154</sup> und die vor dem Schreiben der Kommission nach Artikel 17 vom 31. Jänner 2008 eingeführt wurden, müssen im Nachhinein keiner Vorabprüfung unterzogen werden, außer wenn die unter Abschnitt II aufgeführten Dienste wesentlich verändert werden und somit als „neu“ einzustufen sind. Die neue Medienaufsicht wird prüfen müssen, ob die in den Punkten I und II des Protokolls aufgeführten Dienste tatsächlich bereits vor dem 31. Jänner 2008 eingeführt wurden. Andernfalls muss der betreffende Dienst im Nachhinein einer Vorabprüfung unterzogen werden.
- 265) Online-Dienste, die der ORF nach dem Schreiben der Kommission nach Artikel 17 eingeführt hat, unterliegen grundsätzlich einer Vorabprüfung<sup>155</sup>, außer wenn sie unter Punkt I.A. 1 bis 4 der zweckdienlichen Maßnahmen Österreichs aufgeführt sind und demzufolge nicht vorab zu prüfen sind<sup>156</sup>. Die Kommission kann sich in diesem Sinne auch damit einverstanden erklären, dass der ORF seine geplante „ORF TVTHEK“ vor dem Inkrafttreten des neuen ORF-Gesetzes einführt, sofern dieses Streaming- und Download-Angebot die unter Punkt I.A 1 bis 4 der zweckdienlichen Maßnahmen Österreichs festgelegten Grenzen einhält und nicht kommerziell verwertet wird, bis die neue Medienaufsicht im Rahmen einer

---

<sup>153</sup> Sendung der Fernseh- und Radioprogramme auf Abruf bis zu sieben Tage nach deren Ausstrahlung; Sendungen auf Abruf von Premium-Sportarten bis zu 24 Stunden danach; Archive mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten nach Maßgabe eines Angebotskonzepts auch zeitlich unbefristet; Vorankündigungen des Programms von Fernseh- und Radiosendungen innerhalb eines angemessenen Zeitraums vor der Ausstrahlung.

<sup>154</sup> Religion.ORF.at; Futurezone.ORF.at; FM4.ORF.at einschließlich FM4.ORF.at/Soundpark); RataufDraht.ORF.at; Fussabdruck.ORF.at; Insider.ORF.at.; Kundendienst.ORF.at; TV.ORF.at; News.ORF.at; Sport.ORF.at; Science.ORF.at; Help.ORF.at; Oesterreich.ORF.at; OE1.ORF.at; OE3.ORF.at; TV.ORF.at/ondemand; Radio.ORF.at: Radio live und on demand; Radio.orf.at/podcast wie unter Punkt II des „Protokolls“ von Österreich über die bestehenden Online-Dienste im Anhang zu den zweckdienlichen Maßnahmen beschrieben und der Kommission am 24. September 2009 übermittelt.

<sup>155</sup> Dies gilt insbesondere für die Dienste gemäß Punkt IV des „Protokolls“ von Österreich über die bestehenden Online-Dienste im Anhang zu den zweckdienlichen Maßnahmen, wie der Kommission am 24. September 2009 übermittelt. Bei diesen Diensten handelt es sich um Eurovisionsspiele08.orf.at und Medienfrauen.orf.at.

<sup>156</sup> Die neue Medienaufsichtsbehörde wird prüfen müssen, ob dies auf die Dienste gemäß Punkt III des „Protokolls“ von Österreich über die bestehenden Online-Dienste im Anhang zu den zweckdienlichen Maßnahmen, wie der Kommission am 24. September 2009 übermittelt, zutrifft. Bei diesen Diensten handelt es sich um Klima.orf.at; Bewusstgesund.orf.at; Klimaschutzpreis.orf.at; Programm.ORF.at; Zukunft.ORF.at; Okidoki.orf.at; Avisokalender.ORF.at.



Vorabprüfung die möglichen Auswirkungen einer solchen kommerziellen Verwertung auf den Wettbewerb bewertet hat.

- 266) Die Kommission erklärt sich ferner mit der Zusicherung Österreichs einverstanden, im Einklang mit Randnummer 95 der Rundfunkmitteilung das Marktverhalten des ORF einschließlich der Verpflichtung des ORF zur Sublicenzierung ungenutzter Sportrechte besser zu überprüfen (wobei gilt, dass diese Verpflichtung in einer rechtlich bindenden Weise weiter präzisiert wird, insbesondere wenn Sportrechte als ganz oder teilweise „ungenutzt“ gelten<sup>157</sup>) und beim Erwerb exklusiver Premium-Sportrechte den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einzuhalten. Die Kommission ist der Auffassung, dass ihre Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit des Marktverhaltens des ORF durch diese Maßnahmen bei gleichzeitiger Neufestlegung des Auftrags von ORF SPORT PLUS ausgeräumt werden.

## 10. SCHLUSSFOLGERUNGEN

- 267) Nachdem die Kommission Österreich nach Artikel 17 der Verfahrensverordnung<sup>158</sup> ihre vorläufige Auffassung mitgeteilt hat, dass das öffentlich-rechtliche Rundfunksystem Österreichs nicht mit den Beihilfavorschriften des EG-Vertrags im Einklang steht und die Antwort Österreichs darauf geprüft hat, kommt sie nach Artikel 18 der Verfahrensverordnung zu dem Schluss, dass die bestehende Beihilferegulung nicht mehr mit dem Gemeinsamen Markt im Einklang steht (siehe Abschnitt 6). Um die künftige Vereinbarkeit der öffentlichen Finanzierung des ORF sicherzustellen, erörterte die Kommission mit Österreich mehrere Änderungen des geltenden Rechtsrahmens für die öffentliche Finanzierung des ORF und empfahl anschließend zweckdienliche Maßnahmen (siehe Abschnitt 7).
- 268) Österreich übermittelte der Kommission am 24. September 2009 die vereinbarten zweckdienlichen Maßnahmen und erklärte sich damit mit deren Durchführung einverstanden (siehe Abschnitt 8). Die Kommission stimmt diesen zweckdienlichen Maßnahmen zu (siehe Abschnitt 9). Nach Artikel 19 der Verfahrensverordnung hält die Kommission die Zusicherungen mit dieser Entscheidung fest und macht die Durchführung der zweckdienlichen Maßnahmen damit verbindlich.
- 269) Die Kommission fordert Österreich auf, ihr das neue ORF-Gesetz zu übermitteln, das spätestens 12 Monate nach dem Erlass dieser Entscheidung in Kraft treten muss. Die neue Medienaufsicht muss spätestens 12 Monate nach Inkrafttreten des neuen ORF-Gesetzes funktionsfähig sein.
- 270) Dieses Schreiben berührt nicht das Recht der Kommission, bestehende Beihilferegulungen weiterhin zu überwachen und zweckdienliche Maßnahmen vorzuschlagen, sollte dies in Anbetracht der weiteren Entwicklung und des Funktionierens des Gemeinsamen Marktes notwendig erscheinen. Dieses Schreiben berührt auch nicht die Anwendung der Binnenmarktvorschriften und die Grundfreiheiten im Rundfunksektor.

---

<sup>157</sup> Dies würde beispielsweise durch die sinngemäße Bezugnahme auf die EBU-Regeln über allgemeine Veranstaltungen ([http://www.ebu.ch/CMSimages/en/leg\\_rules\\_sublicensing\\_150305\\_tcm6-44855.pdf](http://www.ebu.ch/CMSimages/en/leg_rules_sublicensing_150305_tcm6-44855.pdf)) geschehen.

<sup>158</sup> Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags (ABl. L 83 vom 27. 3. 1999, S. 1).

Falls dieses Schreiben vertrauliche Angaben enthält, die nicht offengelegt werden sollen, werden Sie gebeten, bei der Kommission innerhalb von 15 Arbeitstagen nach Eingang des Schreibens einen mit Gründen versehenen Antrag auf vertrauliche Behandlung zu stellen. Andernfalls geht die Kommission davon aus, dass Sie mit der Offenlegung der Angaben und mit der Veröffentlichung des vollständigen Wortlauts dieses Schreibens in der verbindlichen Sprachfassung auf folgender Website einverstanden sind: [http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/state\\_aids\\_texts\\_de.htm](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/state_aids_texts_de.htm).

Der Antrag ist per Einschreiben oder Fax an folgende Anschrift zu richten:

Europäische Kommission  
GD Wettbewerb  
Registratur Staatliche Beihilfen  
Rue de Spa/Spastraat 3  
1049 Bruxelles/Brussel  
BELGIQUE/BELGIË

Fax +32 229-61242

Mit vorzüglicher Hochachtung  
Für die Kommission

Neelie Kroes  
Mitglied der Kommission

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>1. VERFAHREN</b> .....	<b>1</b>
<b>2. BESCHREIBUNG DES ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN RUNDFUNKS IN ÖSTERREICH</b> <b>3</b>	
A. HISTORISCHE ENTWICKLUNG .....	3
B. RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN .....	4
2.1.1. <i>Organisation</i> .....	4
2.1.2. <i>Öffentlich-rechtlicher Auftrag</i> .....	5
2.1.3. <i>Finanzierung</i> .....	9
2.1.4. <i>Berichtspflichten und Aufsicht</i> .....	13
C. TÄTIGKEITEN DES ORF UND MARKTSITUATION .....	14
2.1.5. <i>Programmangebote</i> .....	14
2.1.6. <i>Online-Dienste</i> .....	15
2.1.7. <i>Sport-Spartenprogramm</i> .....	15
2.1.8. <i>Weitere Tätigkeiten des ORF und seiner Tochtergesellschaften</i> .....	17
<b>3. EINLEITUNG DER BEIHILFERECHTLICHEN UNTERSUCHUNG</b> .....	<b>18</b>
<b>4. DAS SCHREIBEN NACH ARTIKEL 17</b> .....	<b>20</b>
<b>5. STELLUNGNAHMEN DER ÖSTERREICHISCHEN REGIERUNG VOR UND NACH DEM SCHREIBEN NACH ARTIKEL 17</b> .....	<b>22</b>
<b>6. BEIHILFERECHTLICHE WÜRDIGUNG</b> .....	<b>24</b>
A. BEIHILFECHARAKTER GEMÄß ARTIKEL 87 ABSATZ 1 EG VERTRAG .....	24
6.1.1. <i>Verwendung staatlicher Mittel</i> .....	25
6.1.2. <i>Gewährung eines Vorteils</i> .....	27
6.1.3. <i>Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung</i> .....	29
B. QUALIFIZIERUNG ALS BESTEHENDE BEIHILFE .....	29
6.1.4. <i>Einführung von Online-Diensten</i> .....	31
6.1.5. <i>Einführung von Spartenkanälen für Sport, Information und Kultur</i> .....	31
6.1.6. <i>Rundfunkgebührenerhöhungen</i> .....	32
C. BEURTEILUNG DER VEREINBARKEIT NACH ARTIKEL 86 ABSATZ 2 EG VERTRAG GEMÄß DER AUSLEGUNG IM PROTOKOLL VON AMSTERDAM .....	32
6.1.7. <i>Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags</i> .....	33
6.1.8. <i>Betrauung und Kontrolle</i> .....	36
6.1.9. <i>Verhältnismäßigkeitsprüfung</i> .....	37
6.1.10. <i>Schlussfolgerungen</i> .....	42
<b>7. ZWECKDIENLICHE MASSNAHMEN</b> .....	<b>42</b>
<b>8. ÖSTERREICHS VORSCHLAG FÜR ZWECKDIENLICHE MASSNAHMEN</b> .....	<b>44</b>
ERSTER TEIL DER ZWECKDIENLICHEN MASSNAHMEN ÖSTERREICHS .....	44
ZWEITER TEIL DER ZWECKDIENLICHEN MASSNAHMEN ÖSTERREICHS .....	52
<b>9. WÜRDIGUNG DER ZUSICHERUNGEN ÖSTERREICHS</b> .....	<b>55</b>
9.1.1. <i>Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags</i> .....	55
9.1.2. <i>Betrauung und Kontrolle</i> .....	56
9.1.3. <i>Verhältnismäßigkeitsprüfung</i> .....	57
<b>10. SCHLUSSFOLGERUNGEN</b> .....	<b>65</b>

## Anhang 1

### Finanzierungsquellen des ORF

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Prognose 2009
<b>in Mio. EUR</b>														
Programmentgelt	329,7	324,2	350,8	367,8	369,7	374,6	388,7	402,3	444,5	450,8	462,8	472,7	503,9	[...]
Erlöse aus „klassischer Werbung“	299,1	316,8	318,8	345,8	365,2	348,4	324,8	312,4	312,1	300,8	302	300,2	263,3	[...]
Sonstige Erlöse	81,4	84,1	99,5	110	118,7	109,5	112,9	122,6	119,9	131,1	132,2	145,3	117,6	[...]
Verkaufserlöse insgesamt	710,2	725,1	769,1	823,6	853,6	832,5	826,4	837,3	876,5	882,7	897	918,2	884,8	[...]
Sonstige Erlöse insgesamt	54,2	72,6	62,6	87,8	93,1	62,8	57,9	73,8	89,4	182,6	67,8	74,9	114,1	[...]
<b>Erlöse insgesamt</b>	<b>764,4</b>	<b>797,7</b>	<b>831,7</b>	<b>911,4</b>	<b>946,7</b>	<b>895,3</b>	<b>884,3</b>	<b>911,1</b>	<b>965,9</b>	<b>1065,3</b>	<b>964,8</b>	<b>993,1</b>	<b>998,9</b>	[...]
<b>in %</b>														<b>Prognose 2009</b>
Programmentgelt	43,1 %	40,6 %	42,2 %	40,4 %	39,1 %	41,8 %	44,0 %	44,2 %	46,0 %	42,3 %	48,0 %	47,6 %	50,4 %	[...]
Erlöse aus „klassischer Werbung“	39,1 %	39,7 %	38,3 %	37,9 %	38,6 %	38,9 %	36,7 %	34,3 %	32,3 %	28,2 %	31,3 %	30,2 %	26,4 %	[...]
Sonstige Erlöse	10,6 %	10,5 %	12,0 %	12,1 %	12,5 %	12,2 %	12,8 %	13,5 %	12,4 %	12,3 %	13,7 %	14,6 %	11,8 %	[...]
Sonstige Erlöse insgesamt	7,1 %	9,1 %	7,5 %	9,6 %	9,8 %	7,0 %	6,6 %	8,1 %	9,3 %	17,1 %	7,0 %	7,5 %	11,4 %	[...]

## Anhang 2

<b>ORF</b>								
in Mio. EUR	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>Prognose 2009</b>
<b>Umsatzerlöse</b>	826,3	837,3	876,5	882,8	897,1	918,2	884,8	[...]
<b>Jahresüberschuss/-fehlbetrag</b>	-42,6	5,0	1,2	51,6	-4,5	-12,2	-104,5	[...]
<b>in % der Umsätze</b>	-5,1 %	0,6 %	0,1 %	5,8 %	-0,5 %	-1,3 %	-11,8 %	[...]
<b>Eigenkapital</b>	237,2	246,1	251,5	303,1	298,6	286,4	181,9	[...]
<b>Bilanzsumme insgesamt</b>	801,1	820,3	818,2	902,8	891,2	863,9	778,6	[...]
<b>Eigenkapitalquote</b>	29,6 %	30,0 %	30,7 %	33,6 %	33,5 %	33,1 %	23,4 %	[...]
in Mio. EUR	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>Prognose 2009</b>
<b>Umsatzerlöse</b>	826,3	837,3	876,5	882,8	897,1	918,2	884,8	[...]
<b>Programmmentgelt</b>	388,7	402,3	444,5	450,8	462,8	472,7	503,9	[...]
<b>Jahresüberschuss/-fehlbetrag</b>	-42,6	5,0	1,2	51,6	-4,5	-12,2	-104,5	[...]
<b>in % der Umsätze</b>	-5,1 %	0,6 %	0,1 %	5,8 %	-0,5 %	-1,3 %	-11,8 %	[...]
<b>in % des Programmmentgelts</b>	-10,9 %	1,2 %	0,3 %	11,4 %	-1,0 %	-2,6 %	-20,7 %	[...]

<b>ORF-Konzern</b>								
in Mio. EUR	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>Prognose 2009</b>
<b>Umsatzerlöse</b>	844,4	857,8	897,0	898,2	927,1	949,9	924,6	[...]
<b>Jahresüberschuss/-fehlbetrag</b>	-39,9	2,1	1,1	5,7	9,0	3,6	-79,8	[...]
<b>in % der Umsätze</b>	-4,7 %	0,2 %	0,1 %	0,6 %	1,0 %	0,4 %	-8,6 %	[...]
<b>Eigenkapital</b>	260,1	262,1	263,3	283,1	292,1	294,1	212,3	[...]
<b>Bilanzsumme insgesamt</b>	860,8	908,1	898,5	976,8	989,4	978,3	903,9	[...]
<b>Eigenkapitalquote</b>	30,2 %	28,9 %	29,3 %	29,0 %	29,5 %	30,1 %	23,5 %	[...]
in Mio. EUR	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>Prognose 2009</b>
<b>Umsatzerlöse</b>	844,4	857,8	897,0	898,2	927,1	949,9	924,6	[...]
<b>Programmmentgelte</b>	388,7	402,3	444,5	450,8	462,8	472,7	503,9	[...]
<b>Jahresüberschuss/-fehlbetrag</b>	-39,9	2,1	1,1	5,7	9,0	3,6	-79,8	[...]
<b>in % der Umsätze</b>	-4,7 %	0,2 %	0,1 %	0,6 %	1,0 %	0,4 %	-8,6 %	[...]
<b>in % des Programmmentgelts</b>	-10,3 %	0,5 %	0,3 %	1,3 %	1,9 %	0,8 %	-15,8 %	[...]