



EUROPÄISCHE KOMMISSION

GD Wettbewerb

Märkte und Einzelfälle II: Information, Kommunikation und Medien
Der Direktor

Brüssel, den 31/01/08*D/50415
DG COMP C4/AAAn/NT/fc D(2008)0025

Ständige Vertretung Österreichs
bei der Europäischen Union
Avenue de Cortenberg 30
B-1040 Brüssel

**Betrifft: Staatliche Beihilfe E 2/2008 (ex CP 163/2004 and CP 227/2005) -
Finanzierung des ORF – Österreich**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Gemäß Artikel 17 Absatz 2 der Verfahrensverordnung¹ informiere ich Sie hiermit über die vorläufige Auffassung der Generaldirektion Wettbewerb hinsichtlich der Vereinbarkeit des bestehenden Systems der Finanzierung des ORF mit dem Gemeinsamen Markt.²

I 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 anböte, die nicht Teil des öffentlichen Auftrags seien und deshalb nicht durch staatliche Mittel finanziert werden dürften.³ Weitere Informationen wurden im Oktober und November 2004, März und Mai 2005 sowie Jänner 2006 übermittelt. 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 registriert am 7. März 2005, 7. und 18. Oktober 2005 sowie 12. und 21. Februar sowie 11. April 2007.
- (2) Im Juli 2005 reichte der Verband Österreichischer Privatsender (VÖP) eine weitere Beschwerde bezüglich der Finanzierung des ORF ein. Diese Beschwerde betrifft zum einen allgemein die bestehenden Finanzierungs- und Kontrollmechanismen, zum anderen die Einführung eines Sport-Spartenprogramms (Ergänzung der Beschwerde vom Jänner 2006). Im November 2005 ging bei der Kommission eine weitere

¹ 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 83/1 vom 27. 3. 1999.

² Ein Inhaltsverzeichnis befindet sich am Ende des vorliegenden Schreibens.

³ Der Schriftwechsel wurde unter CP 163/2004 registriert.

Beschwerde der Premiere AG gegen die Einführung des Sportspartenkanals ein.⁴ 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.

- (3) Mit Schreiben vom 2. Jänner 2006 informierte die Republik Österreich die Europäische Kommission über die Novelle des ORF Gesetzes bezüglich der Einführung eines Sportspartenkanals. Mit Schreiben vom 30. April und 8. Oktober 2007 übermittelte die Republik Österreich eine Kopie des Gesetzes zur Einführung digitalen mobilen Fernsehens.

II VON DEN BESCHWERDEFÜHRERN ERHOBENE VORWÜRFE

A. Beschwerde des VÖZ hinsichtlich der Online Dienste

- (4) Der VÖZ erhebt den Vorwurf, dass der ORF mit staatlichen Mitteln Online Dienste anböte, die über den Versorgungsauftrag hinausgingen. Hierzu gehörten insbesondere Spiele, Partnervermittlungen, Computer und IT-Programme, Klingeltöne, Sportplattform und SMS-Dienste. Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, dass der Versorgungsauftrag hinsichtlich der Online-Dienste nicht hinreichend konkret definiert sei und der Umfang der angebotenen Dienste keiner wirksamen Kontrolle unterliege.⁵

B. Beschwerde des VÖP hinsichtlich der Finanzierung des ORF

- (5) Die Beschwerde des VÖP richtet sich zunächst allgemein gegen die wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen der staatlichen Finanzierung des ORF.⁶ Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Anforderungen der Rundfunkmitteilung nicht erfüllt seien, da es an einer präzisen Definition des öffentlichen Auftrags des ORF fehle, externe Kontrolle der Erfüllung des Auftrags sowie des Finanzbedarfs unzureichend sei, keine ordnungsgemäß getrennte Buchführung bestehe und kommerzielle Tätigkeiten (insbesondere TW1) quersubventioniert würden. Des Weiteren und bezüglich des Sport-Spartenprogramms des ORF macht der Beschwerdeführer geltend, dass der Programmauftrag nicht hinreichend konkret definiert sei und es dem ORF überlassen bleibe, Umfang und Kostenaufwand des Programms zu bestimmen. Es bestehe die Gefahr, dass ein Teil der Sport- und Freizeitinhalte, die früher auf TW1 gesendet wurden, zum öffentlich-rechtlichen Auftrag erklärt und öffentlich finanziert würden. Das Sport-Spartenprogramm diene nicht zur Befriedigung demokratisch-sozialer Bedürfnisse und ginge über den zulässigen öffentlichen Auftrag hinaus. Der Erwerb von exklusiven Sportrechten durch den ORF mache die Entwicklung kommerziell tragfähiger Angebote unmöglich.

⁴ Der Schriftwechsel in beiden Fällen wurde unter CP 227/2005 registriert.

⁵ 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.

⁶ Die Beschwerde beinhaltete auch eine angebliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Werbemarkt; siehe hierzu auch Fußnote 5.

Durch das Kanal-Sharing käme die öffentliche Finanzierung des Sport-Spartenprogramms mittelbar auch dem kommerziellen Spartenprogramm TW1 zu Gute, das der Vergangenheit defizitär gewesen wäre.

C. Beschwerde von Premiere gegen Errichtung eines Sportspartenkanals

- (6) Premiere beanstandete, dass der ORF ermächtigt worden sei, neben den bereits existierenden Sportübertragungen auf ORF 1 und ORF 2, ein aus dem Programmentgelt finanziertes Sportspartenprogramm anzubieten. Es bestehe weder eine Notwendigkeit noch eine sachliche Rechtfertigung für die Einführung eines solchen Sportspartenkanals. Es gebe keine zureichenden Maßstäbe für den Inhalt, die Programmierung und die öffentliche Finanzierung des Spartenprogramms und keine nachträgliche Kontrolle. Darüber hinaus führe die Ausstrahlung des Spartenfensters auf demselben Kanal wie TW1 zu einer Querfinanzierung des kommerziellen Senders TW1. Wie oben ausgeführt nahm Premiere ihre Beschwerde im Oktober 2007 zurück.

III STELLUNGNAHME DER ÖSTERREICHISCHEN REGIERUNG

- (7) Nach Auffassung der Republik Österreich stellt das Programmentgelt keine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 87 Absatz 1 EGV dar.
- (8) Das Programmentgelt sei von Privaten zu entrichten und sei 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 Programmentgelt 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 keine solchen Aufsichtsrechte hinsichtlich der Einziehung des Programmentgelts.
- (9) Unabhängig von der Qualifizierung des Programmentgelts als staatliche Mittel stelle die Finanzierung des ORF keine staatliche Beihilfe dar, da die "Altmark"-Kriterien erfüllt seien. Der öffentliche Auftrag sei klar 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 bestünde eine strukturelle Unterfinanzierung des ORF⁷. Die Kosten des ORF würden nur insoweit abgedeckt, als sie einer effizienten Betriebsführung entsprächen.⁸
- (10) Schließlich sei die unterstellte Beihilfe mit Art. 86 Abs. 2 EGV 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 im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse anzusehen. Hinsichtlich der Ausstrahlung des Sportsprogramms ORF Sport Plus macht die Republik Österreich geltend, dass dieses Angebot spezifischen sozialen

⁷ Stellungnahme der Republik Österreich vom 3. März 2005, Seite 41.

⁸ Stellungnahme der Republik Österreich vom 3. März 2005, Seite 24f.

Bedürfnissen der österreichischen Bevölkerung Rechnung trage und somit ebenfalls als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen 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.

- (11) Schließlich sei sichergestellt, dass aus dem Programmengelt 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 Programmengelte herangezogen werden dürften, sofern diese mit Gewinnabsicht erbracht würden. Des Weiteren sei der ORF gesetzlich verpflichtet, eine den Grundsätzen der Transparenzrichtlinie entsprechende Buchführung zu unterhalten. Da die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags die Einnahmen aus dem Programmengelt bei weitem überstiegen, läge 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 unterläge.

IV BESCHREIBUNG DES ÖFFENTLICH RECHTLICHEN RUNDFUNKS IN ÖSTERREICH

A. Historische Entwicklung

- (12) Grundlage des ORF in seiner heutigen Form war das 1967 in Kraft getretene Rundfunkgesetz (RFG)⁹. Bereits nach damaliger Rechtslage durfte der ORF im Rahmen eines dualen Finanzierungssystems kommerzielle Werbung veranstalten sowie ein Rundfunkentgelt erheben.
- (13) Der ORF wurde ab 1974 als unabhängiger eigener Wirtschaftskörper eingerichtet. Die Finanzierung erfolgte sowohl durch Werbe- und sonstigen kommerziellen 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.
- (14) Im Jahre 1999¹⁰ wurden im RFG die Rahmenbedingungen für Teletext- und Onlineangebote normiert, die bereits seit 1995¹¹ vom ORF angeboten und aus dem Programmengelt finanziert wurden. Ebenfalls 1999¹² wurde das Rundfunkgebührengesetz erlassen, dass die Erhebung der Rundfunkgebühren und des Programmengelts auf die GIS (*jetzt: Gebühren Info Service GmbH*) übertrug.
- (15) 2001 wurde das RFG, nunmehr ORF-Gesetz, reformiert.¹³ Der ORF wurde in eine Stiftung mit eigener Rechtspersönlichkeit umgewandelt. Die Finanzierung bestand

⁹ BGBl. Nr. 195/1966

¹⁰ BGBl. Nr. 1/1999

¹¹ Stellungnahme der Republik Österreich vom 4. März 2005; Frage 2, Seite 5.

¹² BGBl. Nr. 1/1999

¹³ BGBl. I Nr. 83/2001

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.

- (16) Weitere Novellierungen fanden 2002, 2004, 2005 und 2007 statt. Die 2002 Abänderungen betrafen die Bestimmungen des ORF-G bezüglich der Stellung der programmgestaltenden Mitarbeiter.¹⁴ Mit der 2004 Novelle des ORF-G¹⁵ wurden Änderungen an die Rechtsaufsicht durch den Bundeskommunikationssenat eingeführt. 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 gemildert. Die 2005 Novelle¹⁶ ebnete den Weg zur Veranstaltung des Sportspartenprogramms, ORF Sport Plus, das am 1. Mai 2006 den Betrieb aufnahm. Die Abänderung des ORF-G vom Juli 2007¹⁷ 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 2007¹⁸ beschränkte sich auf eine Änderung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen des ORF-G (§ 32 Absatz 8).

B. Rechtliche Rahmenbedingungen

1. Organisation

- (17) 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.
- (18) 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.

¹⁴ Bundesgesetz über die betriebliche Mitarbeitervorsorge, BGBl. I Nr. 200/2002

¹⁵ 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

¹⁶ Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk geändert wird, BGBl. Nr. 159/2005.

¹⁷ Bundesgesetz, mit dem das Privatfernsehgesetz, das ORF-Gesetz und das KommAustria-Gesetz geändert werden, BGBl. I 52/2007

¹⁸ 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.

- (19) 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.
- (20) Der Publikumsrat (§§ 28-30) besteht aus 35 Mitgliedern, die den verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen angehören, wie zum Beispiel Kammern, Kirchen, Gewerkschaft, Wissenschaft, Hochschulen, Bildung, Kunst, Sport, Jugend, ältere Menschen, Volksgruppen. Zu seinen Aufgaben gehört u. a. die Genehmigung von Beschlüssen des Stiftungsrats über die Höhe des Programmengelts.
- (21) 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.

2. Öffentlicher Auftrag

a) Allgemein

- (22) Das Bundesverfassungsgesetz über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks¹⁹ 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.
- (23) Der Unternehmensgegenstand umfasst entsprechend § 2 Absatz 1 ORF-G die Veranstaltung von Rundfunk, die Durchführung von mit der Rundfunk Tätigkeit in 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.²⁰ Aus dem Programmengelt dürften hierbei nur die Tätigkeiten finanziert werden, die einen unmittelbaren Zusammenhang zum öffentlich-rechtlichen Auftrag aufweisen.²¹ 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.
- (24) Der "Versorgungsauftrag" verpflichtet den ORF gemäß § 3 ORF-G zur Veranstaltung von zwei österreichweit empfangbaren Fernsehprogrammen²², Online-Diensten und

¹⁹ Bundesverfassungsgesetz vom 10. Juli 1974 über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBl. 396/1974.

²⁰ Stellungnahme der Republik Österreich vom 7. Oktober 2005, Frage 8, Seite 18.

²¹ Stellungnahme der Republik Österreich vom 7. Oktober 2005, Frage 8, Seite 20.

²² Gemäß Absatz 4 hat der ORF nach Maßgabe der technischen Entwicklung und Verfügbarkeit von Übertragungskapazitäten, der wirtschaftlichen Tragbarkeit etc. dafür zu sorgen, dass die Programme unter Nutzung digitaler Technologie terrestrisch verbreitet werden. Die Ausstrahlung von Programmen über

Teletext sowie eines Sport-Spartenprogramms (siehe im Einzelnen in Randnummern (34)ff. bzw. (28) ff.).

- (25) 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 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 laufend zu prüfen.
- (26) Zu den "besonderen Aufträgen" zählt gemäß § 5 ORF-G eine angemessene Berücksichtigung der Volksgruppensprachen in den einzelnen Programmen sowie die Berücksichtigung der Bedürfnisse gehörloser und gehörbehinderter Menschen.
- (27) Die konkrete Programmgestaltung wird in so genannten "Programmrichtlinien"²³ sowie "Jahressendeschemen" für Fernsehen, Spartenprogramme sowie die Veranstaltung von mobilem Fernsehen weiter präzisiert. Diese Richtlinien und Sendeschemen werden vom Generaldirektor des ORF festgelegt.

b) *Veranstaltung eines Sport-Spartenprogramms*

- (28) Mit einer am 6. Dezember 2005 beschlossenen Novelle zum ORF-Gesetz²⁴ 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.
- (29) 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

Satellit hat nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit unter Nutzung digitaler Technologien zu erfolgen.

23 <http://publikumsrat.orf.at/prl2006.pdf>.

24 BGBl Nr. 159/2005

zur Verfügung stellen. Im Umkehrschluss ergebe sich nach Auskunft der Republik Österreich²⁵ die Unzulässigkeit eines das Spartenprogramm betreffenden Online-Angebots, das über eine Information über den Programminhalt hinausgehe.

- (30) 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 Gutachtens²⁶ definiert, welche Sportarten als Premium Content 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 der Fußball Europameisterschaft, weitere Wettbewerbe mit Beteiligung österreichischer Fußballmannschaften, alpinen und nordischen Skiweltmeisterschaften, 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.
- (31) 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 TW1²⁷. 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.²⁸ Die Finanzierung erfolgt aus dem allgemeinen Budget des ORF.
- (32) 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.²⁹ Obwohl die Werbezeiten von ORF Sport Plus und TW1 von ORF Enterprise vermarktet werden, finde diese Vermarktung getrennt statt.³⁰ 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 der TW1). Beispielsweise³¹ kostet im Mai/Juni 2006 die Werbesekunde um 15 Uhr 2,00 € auf ORF Sport Plus und um 15:06, 0,20 € auf TW1; um 20 Uhr auf Sport Plus 3,50 € und um 20:04 auf TW1 1,50 € 2007 kostet die Werbesekunde³² um 20 Uhr auf Sport Plus 1,80 € und um 20:04 auf TW1 1,20 € montags um 15 Uhr auf Sport Plus 1,20 € und um 15:06 0,20 € auf TW1.
- (33) 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 des ORF Sport Plus zwischen Mai und Dezember

²⁵ Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 13 c, Seite 38 f.

²⁶ Anlage 10 zur Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007.

²⁷ Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 11 a, Seite 34 f.

²⁸ Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 12a und 12 b, Seite 37.

²⁹ Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 11 b, Seite 35.

³⁰ Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 11 c, Seite 36.

³¹ Anlagen 12 und 13 zur Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007: Werbetarife für das Jahr 2006.

³² Aktuelle Tarife über <http://enterprise.orf.at/> abrufbar (hier 2007).

2006 auf € 24 101. Es habe sich gezeigt, dass das programmliche Umfeld von sogenannten 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 € 126 637.³³ Demgegenüber beliefen sich die Werbeerlöse von TW1 im Jahre 2006 (klassische Werbung und Sonderwerbformen) auf € 637 882. Dies stellt eine erhebliche Steigerung der Werbeeinnahmen gegenüber 2005 (Werbeeinnahmen von €570 473 in 2005), liegt allerdings immer noch unter dem Niveau von 2004 (Werbeeinnahmen von €677 511 in 2004).³⁴

c) *Angebot von Online-Diensten*

- (34) Im Jahre 1999³⁵ 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 im Zusammenhang mit Rundfunk 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 Unternehmensgegenstandes sind.³⁶
- (35) Gemäß §§ 18 und 13 ORF-G kann der ORF im Rahmen seiner Online-Dienste auch kommerzielle Werbung veranstalten (z.B. der Verkauf von Klingeltönen).³⁷
- (36) Gemäß § 3 (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 programmgänzenden Angeboten vor.³⁸ Ein Zusammenhang sei beispielsweise vorhanden in Bezug auf die Möglichkeit der Versendung von E-Cards sowie der Chatfunktion³⁹; der Beschreibungen und

³³ Stellungnahme der Republik Österreich vom 11. April 2007, Frage 11 d und e, Seite 23 ff.

Rezensionen kommerziell erhältlicher Spiele, das Angebot von Spielen mit Programmbezug (z.B. das einmalige Ski Challenge 05); die (2004 eingestellte) Webseite für Singles; Berichte über neue IT Technologien (Futurezone); der Debattenplattform; der tagesaktuellen Online-Sportberichterstattung; oder den Comics-Serien.

- (37) Dar über hinaus scheinen auch sogenannte "gebotene Vermarktungsmaßnahmen" zum öffentlich-rechtlichen Auftrag zu zählen,⁴⁰ auch wenn die Stellungnahme der 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.⁴¹ 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.⁴² Der ORF habe einen gewissen Spielraum hinsichtlich der Bestimmung, was unter „gebotener

⁴⁰ Stellungnahme der Republik Österreich vom 4 März 2005, Frage 6, Seite 6.

⁴¹ Stellungnahme der Republik Österreich vom 4 März 2005, Frage 6, Seite 9.

⁴² Stellungnahme der Republik Österreich vom 4 März 2005, Frage 6, Seite 9.

Vermarktung“ zu verstehen sei.⁴³ Zum Beispiel zählten auch Gewinnspiele und Wettbewerbe zu den gebotenen Vermarktungsmaßnahmen des öffentlich-rechtlichen Angebots des ORF. Andererseits wären losgelöste und eigenständige Angebote nicht mehr erfasst.

3. Finanzierung

a) *Finanzierung des ORF durch Programmentgelt, Werbeeinnahmen und sonstige Erlöse*

- (38) Die Tätigkeiten des ORF werden vor allem durch das Programmentgelt und Werbeeinnahmen finanziert. Sonstige Erlöse des ORF bestehen u.a. aus Einnahmen aus weiteren kommerzielle Tätigkeiten und anderweitigen öffentlichen Zuwendungen. Wie sich der nachstehend abgebildeten Tabelle entnehmen lässt, belief sich der Anteil des Programmentgelts an den Gesamteinnahmen des ORF seit 1996 auf 40 – 50% (insgesamt leicht steigende Tendenz mit einem Werbeanteil von 49.9% im Jahre 2006), der Anteil des klassischen Werbung auf 30 – 45% (mit klar fallender Tendenz mit nur 32.6% im Jahre 2006 im Vergleich zu 42% im Jahre 1996) sowie der Anteil sonstiger Erlöse (die sowohl anderweitige staatliche Zuwendungen als auch anderweitige kommerzielle

⁴³ Stellungnahme der Republik Österreich vom 4. März 2005; Frage 6, Seite 7

Erlöse erfassen) auf 10 -20% (mit klar steigender Tendenz).

(39) Nachstehende Tabelle⁴⁴ zeigt die Finanzierungsquellen des ORF:

in Mio. Euro	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005 ⁴⁵	2006
Erlöse aus Programmen	330	324	351	368	370	375	389	402	444	451	463
ntgelten											
Erlöse aus "klassischer Werbung"	299	317	319	346	365	348	325	312	312	[300,5] ⁴⁷ [308]	302
Sonstige	81	84	99	110	119	110	113	123	120	[146,8] ⁴⁸ [131]	162
Erlöse Summe	710	725	769	824	854	833	826	837	876	883 ⁴⁹	927

⁴⁴ Stellungnahme der Republik Österreich vom 5. Oktober 2005, Seite 10.

⁴⁵ Prüfungsbericht gemäß § 40 ORF-G

⁴⁶ Die Zahlen für 2006 beruhen auf dem Geschäftsbericht des ORF.

⁴⁷ Diese Zahl ist dem Geschäftsbericht des ORF 2006 entnommen.

⁴⁸ Diese Zahl ist dem Geschäftsbericht des ORF 2006 entnommen.

⁴⁹ Die Summe entspricht jedoch nicht den von den österreichischen Behörden angegebenen Einzelpositionen. Unter Zugrundelegung

in %											
Erlöse aus Programmge- lten	46	45	46	45	43	45	47	48	51	51	49,9
Erlöse aus "klassischer Werbung"	42	44	41	42	43	42	39	37	36	35	32,6
Sonstige Erlöse	11	12	13	13	14	13	14	15	14	15	17,5

- (40) Das **Programmmentgelt** dient der Erfüllung des öffentlichen Auftrags des ORF. Gemäß § 31 ORF-G ist jedermann zum Empfang der Hörfunk- bzw. Fernsehsendungen des ORF gegen ein fortlaufendes Programmmentgelt berechtigt. Gemäß § 31 Absatz 3 ist das Programmmentgelt unabhängig von der Häufigkeit und der Güte der Sendungen oder ihres Empfanges zu zahlen. Beginn und Ende der Pflicht zur Entrichtung des Programmmentgelts 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 Programmmentgelts verpflichtet. Im Einklang mit § 31 Absatz 4 ist das Programmmentgelt in gleicher Weise wie die Rundfunkgebühren einzuziehen. Gemäß § 31 Absatz 5 können rückständige Programmmentgelte im Verwaltungsweg eingezogen werden. Ferner ist laut § 6 des Rundfunkgebührengesetzes⁵⁰ das allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz auf die Einziehung des Programmmentgelts anwendbar. Im Gegensatz zu den Rundfunkgebühren, die ausschließlich dem Bundeshaushalt zufließen, kommen die Einnahmen aus dem Programmmentgelt allein dem ORF zugute.
- (41) Die Höhe des Programmmentgelts 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.
- (42) Der Stiftungsrat kann das Programmmentgelt 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 Programmmentgeltanpassung 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.⁵¹
- (43) Die letzte derartige Erhöhung des Programmmentgelts wurde vom ORF-Stiftungsrat am 13. Dezember 2007 beschlossen und belief sich auf 9,4%. Die Erhöhung sollte zum 1.

der von den österreichischen Behörden angegebenen Zahlen müsste sich die Summe auf € 890 Millionen belaufen. Auf der Grundlage der Zahlen des 2006 Geschäftsberichts wäre die Summe € 898 Millionen.

⁵⁰ Rundfunkgebührenordnung- Fassung ab 1.1.2004; Rundfunkgebührengesetz (RGG) BGBl. I Nr. 159/1999 idF BGBl. I Nr. 71/2003.

⁵¹ Stellungnahme der Republik Österreich vom 4. März 2005, Frage 11, Seite 39.

Juni 2008 in Kraft treten.⁵² Zuvor erfolgten Programmengelderhöhungen 2004 (8,2%), und 1998 (7%).⁵³ Die österreichischen Behörden erklärten, dass die Erhöhungen der Anpassung des Programmengelds an die Inflation dienen.⁵⁴

- (44) 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.
- (45) Im Jahre 2006 erzielte der ORF Werbeumsätze im Rundfunk von € 302 Millionen (2005: 300,5 Mio. €), davon 220,7 Millionen € im Fernsehen (2005: 218 Mio. € 2004: 230,8 Mio. €). Damit stiegen die Werbeerlöse leicht im Vergleich zu 2005, blieben jedoch unterhalb des Niveaus von 2004. Der in 2005 verzeichnete Rückgang der Werbe- und Sponsoringerlöse 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 "marktdäquater" Weise reduziert (um 11,3% im Jahre 2005 und um 3,8% im Jahre 2006).⁵⁵ 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).⁵⁶
- (46) Die Kategorie der **sonstigen Erlöse** erfasst alle anderen Einnahmen des ORF, wie beispielsweise Erlöse aus Sonderwerbformen, Lizenzerträgen 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 Jahre 2005 beliefen sich diese Zahlungen auf ca. € 350.000. Derartige Förderungen würden gesondert verbucht und dem entsprechenden Projekt zugeordnet.

b) Ermittlung des Nettokosten des öffentlich rechtlichen Auftrags und finanzielle Lage des ORF

- (47) Der ORF ermittelt die Nettokosten des öffentlichen Auftrags anhand interner Richtlinien.⁵⁷ 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 aufgrund der Werbetätigkeit des ORF, Programmvertrieb und – verwertung, Merchandising, der Leistungserstellung an Dritte, Vermietung und Verpachtung, Lizenzerträge, Leistungsverrechnungen an Tochtergesellschaften sowie Gewinnausschüttungen von Tochterunternehmen und anderen Beteiligungen. Von

⁵² <http://www.orf-gis.at/index.php?kategorie=news&artikel=3953>

⁵³ Stellungnahme der Republik Österreich vom 7. Oktober 2005; Frage 4, Seite 13. Vor 1995 fanden Programmengelderhöhungen statt in 1994 (14,9%), 1989 (10,1%), 1984 (9,7%) und 1982 (12,5%).

⁵⁴ Stellungnahme der Republik Österreich vom 4. März 2005, Frage 11, Seite 39.

⁵⁵ Prüfungsbericht gemäß § 40 ORF-G 2005, Anlage X/ Seite 5.

⁵⁶ Prüfungsbericht gemäß § 40 ORF-G 2005, Anlage X/ Seite 5 f.

⁵⁷ Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 3b, Seite 14 sowie Handlungsanweisung zur Umsetzung der Trennungsrechnung im ORF, Stand: 2.1.2007 sowie Stellungnahme der Republik Österreich vom 14. April 2007, Beilage 2, Seiten 2-3.

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 öffentlichen 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.

(48) Auf der Basis dieser Berechnungsmethode stellt sich die finanzielle Situation der ORF (Muttergesellschaft) wie folgt dar:⁵⁸

In Millionen EUR	2002	2003	2004	2005	2006⁵⁹
<i>Umsatzerlöse</i>	826	837	876	883	897
<i>- davon Programmengelt⁶⁰</i>	389	402	444	451	463
<i>Jahresüberschuss/fehlbetrag</i>			1,2	51,6	-4,5
<i>In % der Umsätze</i>			0,1%	5,3%	-0,5%
<i>In % des Programmengelts⁶¹</i>			0,27%	11,4%	-0,97%

(49) Für den ORF Konzern stellt sich die Situation wie folgt dar:⁶²

In Millionen EUR	2002	2003	2004	2005	2006⁶³
<i>Umsatzerlöse</i>	844,4	857,8	897,0	898,2	927,1
<i>- davon Programmengelt</i>	389	402	444	451	462,8
<i>Jahresüberschuss/fehlbetrag</i>	-39,9	2,1	1,1	5,7	9
<i>In % der Umsätze</i>	-4,7%	0,2%	0,1%	0,6%	0,97%
<i>In % des Programmengelts⁶⁴</i>		0,5%	0,25%	1,3%	1,9%

⁵⁸ Prüfungsbericht gemäß § 40 ORF-G 2005

⁵⁹ ORF Geschäftsbericht 2006

⁶⁰ Die Information wurde von der Generaldirektion Wettbewerb in die von den österreichischen Behörden eingereichte Tabelle eingefügt.

⁶¹ Siehe Fußnote 60.

⁶² Stellungnahme der Republik Österreich vom 14. April 2007, Frage 7b, Seite 19.

⁶³ ORF Geschäftsbericht 2006

⁶⁴ Siehe Fußnote 60.

- (50) Die österreichischen Behörden erläuterten, dass der ORF grundsätzlich ein ausgeglichenes Ergebnis ansteuere.⁶⁵ 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. 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 worden seien, wurden diese auf neue Rechnung vorgetragen.⁶⁶ 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.
- (51) Die beim ORF derzeit vorhandenen Rücklagen seien Bestandteil des Eigenkapitals. Dieses sei 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.⁶⁷ Die Eigenkapitalquote des ORF von 29% sei als angemessen anzusehen.

c) *Anwendung der Transparenzrichtlinie*

- (52) 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.
- (53) § 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.
- (54) Die konkrete Umsetzung dieser Anforderungen ist in der "Handlungsanweisung zur Umsetzung der Trennungsrechnung im ORF"⁶⁸ festgelegt. 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

⁶⁵ Stellungnahme der Republik Österreich vom 14. April 2007, Frage 7b, Seite 18.

⁶⁶ Stellungnahme der Republik Österreich vom 14. April 2007, Frage 7a, Seite 17.

⁶⁷ Stellungnahme der Republik Österreich vom 14. April 2007, Frage 7b, Seite 18.

⁶⁸ Stellungnahme der Republik Österreich vom 14. April 2007, Beilage 2.

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 zugeordnet. Insoweit der ORF die Tochtergesellschaften mit der Erfüllung von konkreten 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 der 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.

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

4. Berichtspflichten und Aufsicht

- (56) Im Hinblick auf die Erfüllung des öffentlichen Auftrags bestehen folgende Berichtspflichten und Rechtsaufsichtsmechanismen:
- (57) Gemäß § 8 ORF-G hat der ORF dem Nationalrat und Bundesrat jedes Jahr einen so genannten Lagebericht über die Erfüllung der Aufträge nach den §§ 3 bis 5 ORF-G⁶⁹ zu übermitteln.
- (58) Verwaltungsrechtlicher Schutz gegen gerügte Gesetzesverstöße des ORF und seiner Tochtergesellschaften (§35 Absatz 1 und 2 ORF-G) ist durch die Möglichkeit, beim Bundeskommunikationssenat (BKS) Beschwerden einzureichen gegeben. Gemäß § 36 ORF-G können sogenannte Individualbeschwerden (die bspw. eine schwer wiegende 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, 38 kann der BKS im Falle einer andauernden Verletzung des Rundfunkgesetzes die Entscheidung des betreffenden Organs aufheben oder gegebenenfalls eine Verwaltungsstrafe verhängen.
- (59) Den Ausführungen der österreichischen Behörden zufolge prüfe der Bundeskommunikationssenat im Rahmen seiner Rechtsaufsicht auch Fragen des Unternehmensgegenstands und des öffentlich-rechtlichen Auftrags.⁷⁰ So habe er

⁶⁹ Der Bericht umfasst auch sowie die Durchführung des § 11 ORF-G. § 11 ORF-G dient der Umsetzung von Art. 6 der Richtlinie 89/552/EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (Fernsehrichtlinie); i.e. der Sendung europäischer Werke.

⁷⁰ Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, (Stellungnahme zu den Beschwerden); Seite 10.

beispielsweise die Einhaltung der Vorgaben des § 9a ORF-G hinsichtlich des Sportspartenprogramms zu überwachen⁷¹.

- (60) In finanzieller Hinsicht unterliegt der ORF folgenden Kontrollmechanismen und –instanzen:
- (61) 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.⁷² Der von den österreichischen Behörden übermittelte Prüfungsbericht vom Mai 2006⁷³ 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.
- (62) 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.⁷⁴
- (63) Schließlich unterliegt der ORF gemäß § 31a der Kontrolle des Rechnungshofes. Der letzte so genannte "Wahrnehmungsbericht" des Rechnungshofes erfolgte 1995 und davor in 1987/1988. Die österreichischen Behörden teilten der Kommission mit, dass der Rechnungshof beabsichtigte, für 2007 eine weitere Prüfung durchzuführen.⁷⁵
- (64) Der Wahrnehmungsbericht aus dem Jahre 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.⁷⁶

C. Tätigkeiten des ORF und Marktsituation

1. Programmangebote

- (65) 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, hat er

⁷¹ Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 10 b, Seite 32.

⁷² Der von den österreichischen Behörden übermittelte Prüfungsbericht vom Mai 2006 scheint eine solche Prüfung jedoch nicht zu enthalten.

⁷³ Prüfungsbericht gemäß § 40 ORF-G 2005, übermittelt von den österreichischen Behörden im Februar 2007

⁷⁴ Der GD Wettbewerb ist allerdings nicht bekannt, dass eine solche Prüfung in der Vergangenheit stattgefunden hat.

⁷⁵ Der GD Wettbewerb sind jedoch keine weiteren Einzelheiten hinsichtlich einer solchen Prüfung bekannt.

⁷⁶ Der GD Wettbewerb ist nicht bekannt, inwieweit die vorgeschlagenen Maßnahmen vom ORF durchgeführt wurden.

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

- (66) Im Jahr 2005 erreichten ORF 1 und ORF 2 bei den "über-12-Jährigen" einen durchschnittlichen Marktanteil von 48%. Damit wies das ORF Fernsehen in 2005 weiterhin einen der höchsten Marktanteile unter den öffentlich-rechtlichen Sendern in Europa auf.⁷⁷ In Haushalten die über Kabel- und/oder Satellitenempfang verfügen betrug der ORF-Marktanteil 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 Österreich-weit ausstrahlende ATV).

2. Online-Dienste

- (67) Zu den Online-Angeboten des ORF zählen, Nachrichten, Programmhinweise sowie vertiefende Informationen zu einzelnen Sendungen und Informationen über den ORF. Der ORF bietet eine Vielzahl weitergehender Online Dienste⁷⁸ an, wie beispielsweise Chatrooms (<http://chat.orf.at/>), Psycho-Tests (<http://rataufdraht.orf.at/>), Onlineratgeber, beispielsweise zur Berechnung der besten Bankkonditionen; Verkauf von Klingeltönen, Versenden von ECards (<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 Seite <http://sport.orf.at/>; Newsletter, Spiele, Chat, Voting (<http://insider.orf.at/>); Comic-Sammlung (<http://comics.orf.at/>) sowie Regionale Internet-Seiten mit Tourismus- und Veranstaltungstipps.
- (68) Im Jahre 2005 erzielte das Onlineangebot des ORF eine Nettoreichweite von 64% (2.5 Millionen regelmäßige User). Damit war orf.at Marktführer.⁷⁹ Der Geschäftsbericht 2006 bestätigt die führende Position und die steigende Nutzung des ORF-Onlineangebots. Pro Monat wurde im Jahr 2006 von durchschnittlich 3,1 Mio. Endgeräten aus (= *Unique Clients*) auf ORF zugegriffen, dabei konnten monatlich 24,7 Mio. *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.
- (69) Die Umsätze der ORF Online und Teletext GmbH beliefen sich im Geschäftsjahr 2006 auf 12,5 Mio. €(eine Steigerung zum Vorjahr von 23%).

3. Sport-Spartenprogramm

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

⁷⁷ Prüfungsbericht gemäß § 40 ORF-G 2005, Anlage IV/ Seite 13 f.

⁷⁸ Einige der Dienste wurden zeitweise oder dauerhaft eingestellt.

⁷⁹ Prüfungsbericht gemäß § 40 ORF-G 2005, Anlage IV/ Seite 22.

Berichterstattung liege auf Sportarten wie Tennis, Volleyball, Handball, Pferdesport, Schwimmen, Behindertensport.

- (71) Die Sportrechte werden insgesamt durch den ORF erworben. Aufgrund der von der Republik Österreich übermittelten Angaben⁸⁰ wird ersichtlich, dass der ORF in nicht unbeträchtlichem Umfang Sportrechte erworben hat. Im Bereich der sogenannten Randsportarten verfügt der ORF über Sportrechte an u.a. folgenden Ereignissen: American Football, Biathlon Weltcup, Dolomitenmann (jährliche Staffeltbewerb 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 (3Night 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, Österr. 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 Hotwolleys, CHL Hypo Tirol).
- (72) Darüber hinaus hat der ORF Rechte für Premium Sportrechte erworben, die vorrangig auf den Kanälen ORF 1 und ORF 2 ausgestrahlt werden.⁸¹ Zum Premium Content zählen⁸² Fußball (Bundesliga 2006/2007, Champions League T.e.a.m. 2006-2009, EM 2008, ÖFB – Länderspiele 2004/05 – 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).
- (73) Den Angaben der ORF Webseite zufolge⁸³ sind jährlich auf Sport Plus insgesamt ca. 2.600 Stunden Sport - Live-Übertragungen sowie ausführliche Zusammenfassungen von diversen Sportevents vorgesehen. Durch die Einführung von Sport Plus am 1. Mai 2006 wurde die Sendeleistung bezüglich Sport im Jahr 2006 um die Hälfte gegenüber dem Niveau der Vorjahre erhöht.⁸⁴

⁸⁰ Anlage 9 zur Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007.

⁸¹ Laut des Ausschussberichts 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.

⁸² Anlage 9 zur Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007

⁸³ http://digital.orf.at/show_content2.php?s2id=440, siehe auch Jahressendeschema 2006, Anlage 15 zur Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007.

⁸⁴ Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 10f, Seite 34.

4. Weitere Aktivitäten des ORF und seiner Tochtergesellschaften

- (74) Gemäß § 2 Absatz 2 des 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.
- (75) § 39 Absatz 4 ORF-G zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie ist auch⁸⁵ 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.
- (76) 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.⁸⁶ 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.⁸⁷ 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.
- (77) Der ORF hat eine Reihe von Tochtergesellschaften. Diese erbringen rein kommerzielle Dienste, sind aber teilweise auch mit der Erbringung von Tätigkeiten betraut, die dem öffentlichen Auftrag zuzurechnen sind.⁸⁸ 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 wirtschaftlichen 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 öffentlichen Auftrags, als auch solche kommerzieller Art.
 - 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

⁸⁵ Sowie alle anderen gesetzlichen Vorgaben an den ORF- Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 4a, Seite 15.

⁸⁶ Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 4f, Seite 18.

⁸⁷ Stellungnahme der Republik Österreich 11. April 2007, Frage 4 d, Seite 12.

⁸⁸ Weitere Auskünfte betreffend die Tochtergesellschaften des ORF finden sich im Bericht der Prüfungskommission des Jahres 2005 (Beilage 2 der Stellungnahme vom 12.02.2007, Seite 12 ff des Anhangs X).

betrifft, erbringt die ORS eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Darüber hinaus gehende Leistungen, insbesondere solche an Dritte (siehe hierzu auch unter Randnummer (78)), werden außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrages erbracht. Die ORS agiere insgesamt ausschließlich auf kommerzieller Basis. Leistungen an den ORF sowie an Dritte seien gleichermaßen unter nicht-diskriminierenden und marktkonformen Bedingungen zu erbringen.⁸⁹

- ORF Budapest Rádío- es 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 dar⁹⁰.

- (78) Zu den kommerziellen Tätigkeiten, die von Tochtergesellschaften wahrgenommen werden,⁹¹ gehören beispielsweise die Verbreitung von Rundfunk- und ähnlichen Signalen über das terrestrische Sendernetz für Dritte (ORS⁹²); 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).
- (79) Einige kommerzielle Tätigkeiten werden vom ORF selbst erbracht.⁹³ 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.

V BEIHILFERECHTLICHE WÜRDIGUNG

A. Beihilfecharakter gemäß Artikel 87 (1) EG Vertrag

- (80) 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.
- (81) Diese Maßnahmen sind als staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 (1) zu qualifizieren, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:
- Verwendung staatlicher Mittel;

⁸⁹ Stellungnahme der Republik Österreich 11. April 2007, Frage 4 b, Seite 9 f.

⁹⁰ Stellungnahme der Republik Österreich 11. April 2007, Frage 4 b, Seite 10.

⁹¹ Stellungnahme der Republik Österreich 11. April 2007, Frage 4 b, Seite 11.

⁹² ORS: Österreichische Rundfunk-Sender GmbH & Co KG.

⁹³ Stellungnahme der Republik Österreich 11. April 2007, Frage 4 b, Seite 10 f.

- Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige;
- Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.

1. Verwendung staatlicher Mittel

- (82) 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 (1) EGV handelt⁹⁴.
- (83) Demgegenüber ist die Generaldirektion Wettbewerb der Ansicht, dass es sich bei den Einnahmen aus Programmengelt um staatliche Mittel handelt, die unter staatlicher Kontrolle stehen. Gemäß der gängigen Entscheidungspraxis der Kommission sowie der einschlägigen Rechtsprechung berücksichtigt die Generaldirektion Wettbewerb insbesondere, inwieweit die Zuweisung der Einkünfte nach gesetzlicher Maßgabe erfolgt,⁹⁵ die Einkünfte aus Programmengelt einer öffentlichen Einrichtung zukommen, die Allgemeinwohlintereessen wahrnimmt, und inwieweit die Erhebung, Berechnung und Verwendung des Programmengelts staatlicher Kontrolle unterliegt⁹⁶.
- (84) Im vorliegenden Fall stellt die Generaldirektion Wettbewerb 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 Auftrages dar, auf den der ORF einen gesetzlichen Anspruch hat.
- (85) 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.⁹⁷ Dabei ist die Auffassung der Republik Österreich⁹⁸, 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.
- (86) Die Erhebung der Programmengelte erfolgt durch die GIS im Wege der Hoheitsverwaltung unter Anwendung des allgemeinen

⁹⁴ Siehe zu den Argumenten im Einzelnen in den Randnummer (7).

⁹⁵ Siehe Rechtssache 173/73, *Italien gegen Kommission* Slg. 1974, 709, Rn. 16 sowie Kommissionsentscheidung zu "BBC 24-hour news channel" (NN 88/98 – Großbritannien).

⁹⁶ Siehe Rechtssache C-83/98 P, *Ladbroke Racing*, Urteil vom 6. Mai 2000, sowie das "Pearle"-Urteil (Urteil vom 15.7.2004 in der Rechtssache C-345/02) einschließlich der Ausführungen des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer vom 11. März 2004, Rn. 67. Sie auch Kommissionsentscheidung zur "BBC licence fee" (N 631/2001 – Großbritannien).

⁹⁷ Im Verfahren vor dem EGMR hatte die Republik Österreich im Rahmen 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 öffentliche 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)).

⁹⁸ Brief vom 12. Februar 2007, Frage 2a, Seite 11 f.

Verwaltungsverfahrensgesetzes. Die Erhebung beruht auf einer gesetzlichen Regelung, nämlich § 2 Abs 1 RGG iVm § 31 Abs 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. Vor diesem Hintergrund ist die Generaldirektion Wettbewerb der vorläufigen Auffassung, dass es sich bei dem Programmentgelt um eine öffentlich-rechtliche Abgabe handelt. 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.

- (87) Auch der Verweis auf das „*Preussen Elektra*“-Urteil⁹⁹ führt zu keinem anderen Ergebnis. Anders als im dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt besteht zwischen dem Gebührenpflichtigen und der GIS bzw. dem ORF kein privatrechtliches Austauschverhältnis¹⁰⁰. 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.
- (88) Die Kommission vermerkt zudem, dass der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 13. Dezember 2007 in der Rechtsache Bayerischer Rundfunk ebenfalls zu der Schlussfolgerung kam, dass die Finanzierung von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch Rundfunkgebühren als „Finanzierung durch den Staat“ in dem 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.¹⁰¹
- (89) Aufgrund dieser Umstände ist die Generaldirektion Wettbewerb der vorläufigen Auffassung, dass es sich bei dem Programmentgelt um staatliche Mittel handelt.

2. Gewährung eines Vorteils

- (90) Die Einnahmen aus dem Programmentgelt verschaffen dem ORF einen Vorteil gegenüber seinen privaten Wettbewerbern, die allein auf kommerzielle Einnahmen, insbesondere durch Werbung, angewiesen sind.
- (91) Unter Verweis auf die Altmark-Kriterien verneint die Republik Österreich eine Vorteilsgewährung.¹⁰²

⁹⁹ Rechtssache C-379/98, *PreussenElektra*, Urteil vom 13.3.2001, Slg. 2001 I-2099, Rn. 54-66.

¹⁰⁰ Der Anspruch auf Zahlung des Programmentgelts lässt sich nicht auf dem Zivil-, sondern auf dem Verwaltungsrechtsweg durchsetzen. Insbesondere in Rn. 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.

¹⁰¹ 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 (1) EG übertragbar.

¹⁰² Siehe zu den Argumenten im Einzelnen unter Randnummer 3.

- (92) Im „*Altmark*“-Urteil¹⁰³ hat der Gerichtshof ausgeführt, dass staatliche Maßnahmen nicht unter Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag [nunmehr Artikel 87 (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 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.“
- (93) Die Generaldirektion Wettbewerb ist der vorläufigen Auffassung, dass die österreichische Regierung nicht den Nachweis erbracht hat, dass die im *Altmark*-Urteil aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind.
- (94) Zunächst hat die Generaldirektion Wettbewerb Zweifel an einer hinreichend präzisen Definition des öffentlichen Auftrags und der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen insbesondere hinsichtlich der Online-Dienste sowie des Sport-Spartenprogramms Sport Plus (siehe Randnummern (126) ff. bzw. (133) ff.).
- (95) Des Weiteren ist die Generaldirektion Wettbewerb der vorläufigen Auffassung, dass das allgemeine Erfordernis der sparsamen Verwaltung bei der Festsetzung der Höhe des Programmentgelts die Voraussetzung hinreichend objektiver und transparenter Parameter nicht erfüllt. Die Anwendung der bei der Festlegung der Höhe des Programmentgelts zugrunde zu legenden Elemente steht im Ermessen des ORF, so

¹⁰³ Rechtssache C-280/00, Urteil vom 24.7.2003, *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg*, Slg. 2003 I-7747, insbesondere Randnummern 89 - 94.

dass Zweifel daran bestehen, inwieweit objektive und transparente Parameter verbindlich aufgestellt wurden.

- (96) Auch ist die Generaldirektion Wettbewerb nicht davon überzeugt, dass das Finanzierungssystem des ORF eine Überkompensation ausschließt. Entgegen der Ausführungen der österreichischen Regierung, die auf eine strukturelle Unterkompensation hinweist, ist festzustellen, dass der ORF (sowohl auf der Ebene der Muttergesellschaft als auch auf Konzernebene) Gewinne erwirtschaftet. Solche Gewinne sind grundsätzlich als Überkompensation anzusehen (siehe hierzu im Einzelnen unter Randnummer (149) ff.).
- (97) Schließlich nimmt die Generaldirektion Wettbewerb zur Kenntnis, dass der ORF nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge ausgewählt wurde. Die Anforderung, dass der ORF unter Zugrundelegung einer sparsamen Verwaltung die gesetzmäßigen Aufgaben des Rundfunks kostendeckend zu erfüllen hat, stellt nicht sicher, dass die so ermittelten Kosten, den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens entsprechen. Auch stellt die Generaldirektion Wettbewerb fest, dass die österreichischen Behörden keine konkreten Angaben übermittelt haben, die eine Prüfung erlaubt hätten, 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 jedoch nicht von ihrer Darlegungspflicht.
- (98) Unter diesen Umständen ist die Generaldirektion Wettbewerb der vorläufigen Auffassung, dass die im „*Altmark*“-Urteil aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllt sind und deshalb die Zuweisung von Programmgeld an den ORF einen beihilferelevanten Vorteil darstellt.

3. Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung

- (99) 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 verstärkt.¹⁰⁴ Dies gilt gemäß Randnummer 18 der Rundfunkmitteilung¹⁰⁵ 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.
- (100) Durch die Finanzierung über Programmgeld wird die Position des ORF gegenüber seinen privaten Wettbewerbern gestärkt. Die Angebote des ORF sind über die Grenzen Österreichs 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

¹⁰⁴ Urteil vom 17. September 1980 in der Rs. 730/79, *Philip Morris*.

¹⁰⁵ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 15.11.2001, C 320/5.

Fernsehveranstaltern (insbesondere ARD und ZDF). Des Weiteren ist der ORF auch im Hinblick auf Erwerb und Verkauf von Programmrechten, insbesondere über die EBU, europaweit tätig.

- (101) Deshalb gelangt die Generaldirektion Wettbewerb zu der vorläufigen Auffassung, dass die Finanzierung des ORF durch Programmertgelte geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

B. Qualifizierung als bestehende Beihilfe

- (102) Gemäß Artikel 1(b) der Verfahrensverordnung fallen unter den Begriff der „bestehenden Beihilfen“ unter anderem alle Beihilfen, die vor Inkrafttreten des Vertrags in dem entsprechenden Mitgliedstaat bestanden. Andererseits können Änderungen bestehender Beihilfen gemäß Artikel 1 (c) der Verfahrensverordnung "neue Beihilfen" darstellen.
- (103) Gemäß Artikel 4 (1) der Durchführungsverordnung zur Verfahrensverordnung¹⁰⁶ 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.
- (104) Hierbei berücksichtigt die Generaldirektion Wettbewerb unter anderem den Charakter des Vorteils, das mit der Maßnahme verfolgten Ziels, die begünstigten Einrichtungen oder Unternehmen.¹⁰⁷
- (105) 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.¹⁰⁸ Des Weiteren wird die ursprüngliche Regelung durch die Änderung nur dann in eine neue Beihilferegelung umgewandelt, wenn die Änderung sie in ihrem Kern betreffe, sich also nicht eindeutig von der ursprünglichen Regelung trennen lässt.¹⁰⁹
- (106) Vor diesem Hintergrund untersucht die Generaldirektion Wettbewerb, inwieweit die Rechtsgrundlagen vor Inkrafttreten des EG-Vertrages bestanden und inwieweit sich nachträgliche Änderungen von der ursprünglichen Regelung trennen lassen bzw. die ursprüngliche Regelung in ihrem Kern betreffen.
- (107) Die Finanzierung des ORF wurde in seiner jetzigen Form vor dem Beitritt Österreichs im Jahre 1995 eingeführt. Die Finanzierung über Programmertgelte, der Verwendungszweck sowie der Begünstigte der Finanzierung bestehen im Wesentlichen unverändert fort (siehe Randnummern (12) bis (14)).

¹⁰⁶ 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 140/1 30.4.2004.

¹⁰⁷ Siehe auch Schlussanträge des Generalanwalts Trabucchi in der Rs. 51/74 *Van der Hulst/Produktschap voor siergewassen* Slg. 1975, 79.

¹⁰⁸ Urteil in der Rechtssache C 44/93, „*Namur-Les Assurances du Crédit SA*“, Slg. 94 I-3829, Rn. 28.

¹⁰⁹ Urteil des Gerichts vom 30. April 2002, Gibraltar/Kommission, Rn. 111.

- (108) Die Generaldirektion Wettbewerb ist der vorläufigen Auffassung, dass auch die erst 1999 im ORF-G explizit vorgesehene Möglichkeit von Online-Aktivitäten und damit die Finanzierung dieser Tätigkeiten als bestehende Beihilfe angesehen werden kann (siehe Randnummern (14)/(15)).
- (109) Die Generaldirektion Wettbewerb ist im Einklang mit der Entscheidungspraxis der Kommission¹¹⁰ der vorläufigen Auffassung, dass die Wahrnehmung des gesetzlich verankerten öffentlichen Auftrags mittels neuer technologischer Verbreitungswege (wie z.B. das Internet) an sich keine wesentliche und abtrennbare Änderung darstellt, sofern die mittels des neuen Mediums dargebotenen Inhalte dem bestehenden Programmauftrag entsprechen und auch die rechtlichen Grundlagen für die Finanzierung sich nicht wesentlich geändert haben. Die Veranstaltung von mit den Programmen in 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 (siehe Randnummer (34)). Vor diesem Hintergrund ist die Generaldirektion Wettbewerb der vorläufigen Auffassung, dass die Neuregelung keine von der ursprünglichen Auftragsdefinition abtrennbare wesentliche Änderung darstellt. In diesem Sinne sieht die Generaldirektion Wettbewerb auch in der 2001 vorgenommenen Änderung des Auftrags keine wesentliche abtrennbare Änderung, da es hier um eine bloße Präzisierung des Auftrags handelte, während der allgemeine Verwendungszweck fortbesteht.
- (110) Aus den oben genannten Gründen ist die Generaldirektion Wettbewerb auch der vorläufigen Auffassung, dass die dem ORF eingeräumte Möglichkeit, Inhalte auch über mobile Plattformen zu vertreiben keine wesentliche abtrennbare Änderung und somit keine neue Beihilfe darstellt. Des Weiteren nimmt die Generaldirektion Wettbewerb zur Kenntnis, dass der ORF solche Angebote nur auf kommerzieller Basis und ohne Verwendung des Programmentgelts erbringen darf (siehe Randnummer (16)).
- (111) Weitere in 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 unter Randnummer (16)).
- (112) Hinsichtlich der Ermächtigung zur Veranstaltung des Sportspartensenders ORF Sport Plus ließe sich ebenfalls argumentieren, dass die staatliche Finanzierung weiterhin eine bestehende, nicht von der Ursprungsregelung abtrennbare Beihilfe darstellt. Diesbezüglich nimmt die Generaldirektion Wettbewerb zur Kenntnis, dass der in §9a ORF-G verankerte Auftrag, die bereits im Programmauftrag enthaltenen Orientierungen aufgreift (insbesondere §4 ORF-G) und dass die Einführung des Sportprogramms ohne Erhöhung des Programmentgelts sowie ohne gesonderte Festsetzung des diesbezüglichen Finanzbedarfs erfolgte.

¹¹⁰ Siehe Kommissionsentscheidung vom 1. Oktober 2003 zu „BBC Digital Curriculum“, Staatliche Beihilfe N 37/2003, Rn. 48 mit Verweis auf die Kommissionsentscheidung zu „BBC 24 hours news“, Rn. 69/70.

- (113) In ihrer bisherigen Entscheidungspraxis¹¹¹ hat die Kommission die Finanzierung zusätzlicher Kanäle dann nicht als neue Beihilfe betrachtet, wenn sich der über diese Kanäle verbreitete Inhalt weitgehend auf vorhandenes Programmmaterial stützt und das Angebot letztendlich nicht mit einem vollwertigen Spartenkanal zu vergleichen ist. Diesbezüglich stellt die Generaldirektion Wettbewerb fest, dass es sich bei Sport Plus gegenwärtig nur um ein Programmfenster handelt. Andererseits scheint der ORF die Möglichkeit zu haben, eigens Rechte zur Ausstrahlung über Sport Plus zu erwerben. Ferner scheint sich durch die Einführung von Sport Plus der Anteil an Sport im Jahr 2006 um die Hälfte gegenüber dem Niveau der Vorjahre erhöht zu haben.
- (114) Vor diesem Hintergrund sieht sich die Generaldirektion Wettbewerb aufgrund der vorliegenden Informationen nicht in der Lage, die Finanzierung von ORF Sport Plus zum jetzigen Verfahrensstand abschließend als „bestehende Beihilfe“ zu qualifizieren.

C. Beurteilung der Vereinbarkeit gemäß Artikel 86 (2) EG Vertrag

- (115) Die Kommission beurteilt die Finanzierung des öffentlichen Rundfunks nach Artikel 86 (2) EG Vertrag, dem Protokoll von Amsterdam über den öffentlichen Rundfunk sowie der Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk aus dem Jahre 2001 („Rundfunkmitteilung“).
- (116) Das Amsterdamer Protokoll stellt fest, 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.“
- (117) Im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Artikel 86 (2) EG-Vertrag hat die Kommission in der „Rundfunkmitteilung“ folgende Voraussetzungen aufgestellt:
- Der Mitgliedstaat muss den öffentlichen Auftrag hinreichend präzise definieren („Definition des öffentlichen Auftrags“);
 - Die betreffende Rundfunkanstalt muss mit dieser Aufgabe durch einen förmlichen Akt betraut worden sein und die Erfüllung des öffentlichen Auftrags muss hinreichender Kontrolle unterliegen („Beauftragung“ und „Kontrolle“) und
 - Die Ausgleichszahlung muss sich auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags beschränken („Verhältnismäßigkeit“).

1. Definition des öffentlichen Auftrags

- (118) Gemäß Randnummer 33 der Rundfunkmitteilung fällt die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, wobei allerdings der

¹¹¹ Siehe Kommissionsentscheidung in E 3/2005, Finanzierung des öffentlichen Rundfunks in Deutschland, Rn. 211.

gemeinschaftsrechtliche Begriff der ‚Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse‘ zu beachten ist. In Anbetracht des besonderen Charakters der Rundfunkbranche und angesichts der auslegenden Bestimmungen des Protokolls kann ein ‚breit gefasster‘ Auftrag, ein ausgewogenes und breit gefächertes Programm anzubieten, als legitim betrachtet werden.

- (119) Gemäß Randnummer 34 kann der öffentlich-rechtliche Auftrag andere Dienste umfassen, die keine ‚Programme‘ im traditionellen Sinne sind (wie z.B. Online-Informationendienste), sofern diese - auch unter Berücksichtigung der Entwicklung und Diversifizierung der Tätigkeiten im digitalen Zeitalter - denselben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen.
- (120) Andererseits ist es gemäß Randnummer 36 Aufgabe der Kommission, die Definition des öffentlich-rechtlichen Sendeauftrags auf "offensichtliche Fehler“ zu überprüfen. Kommerzielle Tätigkeiten wie elektronischer Handel oder Verkauf von Werbung würden einen solchen offensichtlichen Fehler darstellen.
- (121) In den Randnummern 37-39 ist ausgeführt, dass der Auftrag so klar und präzise zu definieren ist, dass sich unmissverständlich ergibt, welche Tätigkeiten Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags sind und welche Tätigkeiten außerhalb des Auftrags liegen. Des Weiteren müssen die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen hinreichend präzise niedergelegt werden, um eine wirksame Kontrolle der Einhaltung dieser Verpflichtungen sowie die Bestimmung der erforderlichen Ausgleichszahlung zu erlauben. Darüber hinaus soll eine klare Festlegung der unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallenden Tätigkeiten privaten Anbietern die Planung ihrer Tätigkeiten erleichtern.
- (122) Die Republik Österreich befindetet, dass die Konstruktion des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF im Einklang mit dem Amsterdam Protokoll sowie im Lichte der Rundfunkmitteilung als zulässig anzusehen sei. Eine programmliche *ex-ante* oder *ex-post* Beurteilung konkreter Inhalte des ORF-Angebotes durch staatliche Stellen wären nach Ansicht der Republik Österreich weder mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Österreich, noch mit Artikel 10 EMRK vereinbar¹¹².
- (123) Diesbezüglich möchte die Generaldirektion Wettbewerb darauf hinweisen, dass die Anwendung der Beihilfebestimmungen des Vertrages einen Ausgleich zwischen der Unabhängigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und dem Erfordernis einer klaren Auftragsdefinition erlaubt. Wie in der jüngsten Entscheidungspraxis der Kommission dargelegt, kann das Verbot staatlicher Einflussnahme eine Ausweitung des Auftrags ohne klare Auftragsbestimmung nicht rechtfertigen. Gleichzeitig hat die Kommission jedoch anerkannt, dass es in der Tat dem öffentlichen Rundfunk obliegt, im Rahmen des öffentlichen Auftrags über den Inhalt der einzelnen Programme und der neuen Medienangebote zu entscheiden.¹¹³

¹¹² Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, (Stellungnahme zu den Beschwerden); Seite 8 f. Artikel 10 betrifft das Recht auf freie Meinungsäußerung, einschließlich der Freiheit, Informationen ohne behördliche Einflussnahme zu empfangen und weiterzugeben.

¹¹³ Siehe Kommissionsentscheidung in der Sache E 3/2005, Randnummer 251.

a) *Auftragsdefinition hinsichtlich der Fernsehprogrammtätigkeit der Rundfunkanstalten*

- (124) Hinsichtlich der vom gesetzlichen Auftrag (siehe §§ 3 -5 ORF-G) erfassten allgemeinen Fernsehprogrammtätigkeiten und seiner weiteren Ausgestaltung durch Programmrichtlinien und Sendeschemen ist die Generaldirektion Wettbewerb der vorläufigen Auffassung, dass diese Tätigkeiten grundsätzlich und im Einklang mit der bestehenden Entscheidungspraxis der Kommission hinreichend konkret definiert sind.¹¹⁴ Allerdings nimmt die Generaldirektion Wettbewerb zur Kenntnis, dass die vom Generaldirektor mit Zustimmung des Stiftungsrats erlassenen Programmrichtlinien und Sendeschemen anscheinend keine rechtliche Verbindlichkeit haben. Dies wirft auch die Frage nach der wirksamen Kontrolle der Erfüllung des öffentlichen Auftrags auf (zu diesem Aspekt siehe auch unter Randnummer (140)).
- (125) Die Generaldirektion Wettbewerb nimmt zur Kenntnis, dass die in 2001 erfolgte Novellierung des ORF-G beabsichtigte, die Zulässigkeit der Finanzierung über Programmentgelt auf Tätigkeiten des öffentlichen Auftrags zu beschränken. Allerdings scheint die Formulierung in §2 (3) ORF-G die Verwendung von Programmentgelten nur dann auszuschließen, wenn die über den Auftrag hinausgehenden Tätigkeiten mit Gewinnabsicht erbracht werden. Im Umkehrschluss könnten Tätigkeiten außerhalb des öffentlichen Auftrags, die ohne Gewinnabsicht betrieben werden, durch das Programmentgelt finanziert werden. Die Generaldirektion Wettbewerb ist der vorläufigen Auffassung, dass es bei der Bestimmung der Tätigkeiten, die außerhalb des Auftrags liegen und daher keine staatlichen Zuwendungen erhalten dürfen, nicht auf das Bestehen oder Fehlen einer Gewinnabsicht ankommen kann. Aufgrund der vorliegenden Information ist nicht klar, welche Tätigkeiten ohne Gewinnabsicht erbracht werden und daher durch Programmentgelte finanziert werden. Die Generaldirektion Wettbewerb kann zum jetzigen Zeitpunkt daher nicht ausschließen, dass außerhalb des Auftrags liegende Tätigkeiten unzulässigerweise in den Genuss staatlicher Mittel gelangen (siehe zu den diesbezüglichen Ausführungen der österreichischen Regierung unter Randnummer (11)).

b) *Auftragsdefinition hinsichtlich der Online Dienste der Rundfunkanstalten*

- (126) Im Einklang mit der Entscheidungspraxis der Kommission möchte die Generaldirektion Wettbewerb zunächst daran erinnern, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag auch neue Dienste umfassen kann, sofern diese denselben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen. Ferner anerkennt die Generaldirektion Wettbewerb die Möglichkeit des öffentlichen Rundfunks, an neuen technologischen Entwicklungen teilzuhaben und Inhalte über neue Plattformen zu verbreiten.
- (127) Allerdings kann die Möglichkeit, neue Plattformen zu nutzen, nicht so verstanden werden, dass sämtliche über diese Plattformen vertriebenen Dienste automatisch einen gemeinwirtschaftlichen Charakter haben. Die Nutzung neuer Plattformen ermöglicht

¹¹⁴ Siehe in diesem Zusammenhang insbesondere die Ausführungen der Kommission im Beihilfenfall E 3/2005, (Finanzierung der öffentlichen Rundfunkanstalten in Deutschland) Randnummer 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.*"

es dem öffentlichen Rundfunk, eine breite Palette von Diensten zu entwickeln, die sich in ihrer Art von den im Rahmen herkömmlicher Fernsehprogramme erbrachten Diensten unterscheiden und bei denen die Bedeutung für den Meinungsbildungsprozess und damit der spezifische Beitrag des öffentlichen Rundfunks zur Deckung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse nicht zwangsläufig gegeben ist. Eine nur allgemein umschriebene Beauftragung zur Erbringung von Online-Diensten birgt die Gefahr, dass andere Marktteilnehmer davon abgehalten werden, neue Mediendienste zu entwickeln und anzubieten. Eine klare Auftragsdefinition ist vor diesem Hintergrund auch deshalb wichtig, um ein angemessenes Gleichgewicht zwischen der Erfüllung des öffentlichen Auftrags des öffentlichen Rundfunks und wettbewerblichen Belangen herzustellen (insbesondere um sicherzustellen, dass die staatliche Finanzierung nicht dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft).¹¹⁵

- (128) Die Generaldirektion Wettbewerb ist nicht davon überzeugt, dass das in § 3 (5) ORF-G vorgesehene Erfordernis, dass die Online-Dienste mit dem Rundfunkprogramm im Zusammenhang stehen und der Erfüllung des Programmauftrags dienen, ausreicht, um eindeutig ermitteln zu können, inwieweit Online-Angebote, die über die bloße Verbreitung ähnlicher oder identischer Inhalte über verschiedene Plattformen hinausgehen, den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen. Die zur Auslegung der gesetzlichen Voraussetzungen von den österreichischen Behörden angeführte Konzepte (d.h. Programmbegleitung und Programmergänzung) lassen ihrerseits eine sehr weite Interpretation zu. Aufgrund der Erläuterungen der österreichischen Behörden hat die Generaldirektion Wettbewerb den Eindruck, dass auch diese Kriterien keine klare Abgrenzung des Auftrags zulassen. Insbesondere ist nicht zu erkennen, wann Online-Dienste als losgelöst und eigenständig anzusehen wären und somit – nach Auffassung der österreichischen Behörden – außerhalb des Auftrags lägen.¹¹⁶
- (129) Vor diesem Hintergrund ist gegenwärtig nicht auszuschließen, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen auch solche Online-Dienste als Teil des Auftrags zulassen, denen im Vergleich zu anderen Diensten, die vom Markt bereits in ähnlicher oder identischer Form angeboten werden, die erforderlichen gemeinwirtschaftlichen Merkmale fehlen. Auch lassen die einschlägigen Rechtsbestimmungen die notwendige Klarheit vermissen, die Wettbewerbern Planungssicherheit sowie eine angemessene nachträgliche Kontrolle der Erfüllung des Auftrags gewährleistet.
- (130) Es ist nicht Sache der Kommission, den Mitgliedstaaten vorzugeben, welche Dienste sie als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erachten. Allerdings ist die Generaldirektion Wettbewerb der vorläufigen Auffassung, dass eine konkretere Bestimmung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen hinsichtlich der vom ORF anzubietenden Online-Dienste erforderlich ist. Sie sollte zum Ausdruck bringen, welche Bedürfnisse der Bevölkerung die Rundfunkanstalten mit ihren Online-Angeboten decken sollen¹¹⁷ und inwieweit diese näher umschriebenen Online-

¹¹⁵ Siehe entsprechende Ausführungen in der Entscheidung E 3/2005, Randnummern 229 -231.

¹¹⁶ So lassen sich z.B. chat rooms in enger Verbindung zum Fernsehprogramm des ORF sicherlich dem öffentlichen Auftrag zurechnen. Sofern allerdings chat rooms 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 wirtschaftlichen Interesse.

¹¹⁷ Siehe auch Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa von 2001, Rn. 9.

Dienste den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft in gleicher Weise dienen wie herkömmliche Programme.¹¹⁸

- (131) Der jüngsten Entscheidungspraxis der Kommission zufolge würde ein Verfahren, durch das aufgrund im Voraus festgelegter Kriterien bestimmt wird, inwieweit neue Medienangebote die gleichen demokratischen, sozialen und kulturellen Anforderungen der Gesellschaft erfüllen, auch unter Berücksichtigung bereits auf dem Markt vorhandener Angebote eine solche nähere Bestimmung des Auftrags erlauben.¹¹⁹
- (132) In diesem Zusammenhang nimmt die Generaldirektion Wettbewerb zur Kenntnis, dass § 4 ORF-G allgemein auf die Unverwechselbarkeit des Angebotes des ORF sowie Qualitätskriterien verweist. Allerdings ist der Generaldirektion Wettbewerb nicht bekannt, wie diese Unverwechselbarkeit im Einzelfall bestimmt wird und inwieweit die erwähnten Qualitätskriterien entwickelt und deren Anwendung angemessen überprüft wird.

c) Auftragsdefinition hinsichtlich ORF Sport Plus

- (133) Die Generaldirektion Wettbewerb nimmt zunächst zur Kenntnis, dass der Auftrag in §9a ORF-G umschrieben und in Jahressendeschemen weiter präzisiert wurde. Allerdings ist die Generaldirektion Wettbewerb der vorläufigen Auffassung, dass es für ORF Sport Plus an einem Programmkonzept fehlt, das die gesetzlich allgemein umschriebene Aufgabe näher präzisieren würde. Die Ausführungen im Jahressendeschema sind allgemeiner Natur. Auch lässt sich nicht erkennen, welche Bedürfnisse der Bevölkerung hier in welcher Art und Weise und in welchem Umfang bedient werden und aus welchen Gründen diese Bedürfnisse nicht als Teil des bestehenden Programmauftrags erfüllt werden können. Es ist nicht ersichtlich wie und durch wen ermittelt und überprüft wird, welche Sportereignisse den gesetzlichen Anforderungen entsprechen.¹²⁰ Dies scheint im Wesentlichen dem ORF selbst überlassen zu sein, ohne dass klar wäre, inwieweit die Vorhaben des ORF z.B. durch den BKS, wie von den österreichischen Behörden angeführt, überprüft würden.
- (134) In diesem Zusammenhang nimmt die Generaldirektion Wettbewerb auch zur Kenntnis, dass der ORF in erheblichem Maße exklusive live Sportrechte erworben hat. Zwar lässt sich im Einklang mit der Entscheidungspraxis der Kommission feststellen, dass Sport Teil eines ausgewogenen Programms und somit vom öffentlich Auftrag erfasst sein kann. Allerdings stellt sich die Frage nach dem noch angemessenen Umfang, insbesondere wenn der ORF neben den allgemeinen Fernsehprogrammen, in denen nunmehr vorrangig Premiumsportarten vertreten sein werden, einen Sportkanal betreibt. Wegen der möglicherweise erheblichen wettbewerblichen Auswirkungen ist eine klare Umschreibung des Auftrags in dieser Hinsicht wichtig (zu diesem Aspekt auch unter Randnummer (162)).¹²¹

¹¹⁸ Siehe Rn. 34 der Rundfunkmitteilung.

¹¹⁹ Siehe Kommissionsentscheidung in der Sache E 3/2005, Randnummer 310.

¹²⁰ Siehe z.B. Sportereignisse wie Eishockey, Golf, Tour de France oder der Tennis Davis Cup.

¹²¹ Siehe zu den hier zum Ausdruck gebrachten Bedenken auch die Ausführungen in der Kommissionsentscheidung in der Sache E 3/2005 (Randnummer 227) mit dem Hinweis auf Zweifel am Mehrwert der Zusatzkanäle im Vergleich zu den bereits existierenden Kanälen. "*Die Schaffung zusätzlicher*

2. Beauftragung und Kontrolle

- (135) Gemäß Randnummer 40 der Rundfunkmitteilung sollte der öffentlich-rechtliche Auftrag im Wege einer förmlichen Rechtshandlung übertragen werden (z.B. durch Rechtsakt, Vertrag oder Aufgabenbeschreibung).
- (136) Darüber hinaus sind die Mitgliedstaaten gemäß Randnummer 41 gehalten, geeignete Kontrollmechanismen vorzusehen, inwieweit die Rundfunkanstalten die gemeinwirtschaftliche Dienstleistung tatsächlich wie vereinbart erbringen. Dabei ist gemäß Randnummer 42 die Entscheidung, wie die Einhaltung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen überwacht werden soll, grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten. Allerdings wird eine wirksame Kontrolle in der Regel nur durch eine von dem beauftragten Unternehmen unabhängige Instanz zu gewährleisten sein.
- (137) Die Generaldirektion Wettbewerb ist der Auffassung, dass in den §§ 1—5 ORF-G grundsätzlich eine Beauftragung im Sinne der Rundfunkmitteilung zu sehen ist.
- (138) Allerdings ist die Generaldirektion Wettbewerb aus den oben gemachten Erwägungen (siehe Randnummern (126) ff. bzw. (133) ff.) und im Einklang mit der Entscheidungspraxis der Kommission der vorläufigen Auffassung, dass es insbesondere hinsichtlich der Online-Dienste sowie des Sport-Spartenkanals einer besonderen Beauftragung im Sinne einer konkreteren Ausgestaltung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen bedarf.
- (139) Die Generaldirektion Wettbewerb hat Zweifel, dass die bestehenden Kontrollmechanismen geeignet sind, die Erfüllung des öffentlichen Auftrags angemessen zu überprüfen. Dies gilt zum einem im Hinblick auf die Unterrichtung von National- und Bundesrat durch den Lagebericht 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.
- (140) Es ist nicht klar, welche Befugnisse National- und Bundesrat im Hinblick auf den vom ORF unterbreiteten Lagebericht haben und welche Konsequenzen die Nichterfüllung des gesetzlichen Auftrags hätte, insbesondere im Hinblick auf die vom ORF aufgestellten Programmleitlinien und Jahressendeschemen. Des Weiteren und wie bereits oben ausgeführt, ist nicht ersichtlich inwieweit und durch wen die im ORF-G vorgesehene Überprüfung der Qualitätskriterien sowie der Unverwechselbarkeit erfolgt. Abschließend, weist die Generaldirektion Wettbewerb darauf hin, dass aufgrund der mangelnden Klarheit des Auftrags im Hinblick auf insbesondere Online-Dienste und das Sport Plus Programm eine angemessene und wirksame Kontrolle der Erfüllung des Auftrags zweifelhaft erscheint. Auch wenn die vom BKS ausgeübte Rechtsaufsicht die Vereinbarkeit mit dem ORF-G und damit 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 dementsprechend weiten Interpretation nicht ausreichend justiziabel zu sein.

Kapazitäten (Kanäle) ohne ein klares Programmkonzept, das den gemeinwirtschaftlichen Mehrwert dieser Kanäle widerspiegelt, birgt die Gefahr, dass lediglich der Anteil von bestimmten Programmattungen wie z.B. von Sportsendungen in einem Maße erhöht wird, das sich nicht mehr mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag rechtfertigen ließe, ein ausgewogenes und vielfältiges Programm anzubieten. "

- (141) Deswegen hat die Generaldirektion Wettbewerb Zweifel, dass die bestehenden Kontrollgremien die Gewähr dafür bieten, dass die Erfüllung der gesetzlichen Aufträge angemessen überwacht wird.

3. Verhältnismäßigkeitsprüfung

- (142) Zunächst stellt Randnummer 49 klar, dass die Kommission die nach Artikel 86 (2) erforderliche Verhältnismäßigkeitsprüfung und insbesondere die Prüfung, ob die öffentliche Finanzierung tatsächlich auf die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags begrenzt ist, nur aufgrund einer klaren und angemessenen Trennung zwischen gemeinwirtschaftlichen und anderen Tätigkeiten vornehmen kann. Die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags sind nach Maßgabe von Randnummer 57 unter Berücksichtigung der direkten oder indirekten Einnahmen aus diesem öffentlich-rechtlichen Auftrag (Nettoerlöse) zu ermitteln.
- (143) Schließlich muss die Kommission gemäß Randnummer 58 prüfen, inwieweit Marktverzerrungen vorliegen, die nicht zwangsläufig durch die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags bedingt sind. Insbesondere vor dem Hintergrund der staatlichen Finanzierung und des eventuellen Ausgleichs für beispielsweise niedrigere Werbeeinnahmen könnte die öffentlich-rechtliche Sendeanstalt geneigt sein, die Preise für Werbung oder andere nicht öffentlich-rechtliche Tätigkeiten auf dem Markt zu drücken. Ein solches Verhalten ließe sich nicht mit der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags rechtfertigen.
- (144) Vor diesem Hintergrund umfasst die Verhältnismäßigkeitsprüfung die folgenden Aspekte: (1) getrennte Buchführung auf der Grundlage objektiver Kostenzuordnungskriterien, (2) Kontrolle der Angemessenheit der staatlichen Zuwendungen unter Ermittlung der Nettokosten des öffentlichen Auftrags sowie (3) die Prüfung möglicher Marktverzerrungen, die nicht zwangsläufig durch die Erfüllung des öffentlichen Auftrags bedingt sind.

a) Getrennte Buchführung

- (145) Die Generaldirektion Wettbewerb stellt fest, dass § 39 Absatz 4 ORF-G die Anforderungen der Transparenzrichtlinie für den ORF umsetzt. Des Weiteren hat der ORF die Kostenrechnungsgrundsätze in internen Richtlinien niedergelegt, die ebenfalls Erläuterungen zur konkreten Anwendung der Kostenrechnung enthalten. Die Generaldirektion Wettbewerb ist deshalb der vorläufigen Auffassung, dass grundsätzlich den Anforderungen an getrennte Rechnungslegung Genüge getan ist.
- (146) Die Generaldirektion Wettbewerb ist allerdings nicht vollends davon überzeugt, dass diese Anforderungen auch in der Praxis ordnungsgemäß erfüllt werden. Insbesondere im Hinblick auf die zwischen TW1 und Sport Plus/ORF erforderliche Kostentrennung ergeben sich aufgrund der von Österreich unterbreiteten Angaben Zweifel an einer angemessenen Zuordnung der Werbesendezeit bzw. der Werbeeinnahmen. Es lässt sich auf der Grundlage der übermittelten Informationen nicht ausschließen, dass Werbeblöcke bzw. Werbeeinnahmen aus um das Sportprogramm platzierter Werbung

in übermäßigem Umfang TW1 zugeordnet werden. Dies käme einer unzulässigen Quersubventionierung gleich.¹²²

(147) Während die Preise für die Vermarktung von Werbeslots im Zusammenhang mit ORF Sport Plus Programmen durchgängig höher ausfielen und ORF Sport Plus teilweise deutlich höhere Marktanteile aufwies¹²³, fielen die Werbeeinnahmen von ORF Sport Plus wesentlich geringer aus als die von TW1. Auch ist festzustellen, dass trotz verringerter Gesamtsendezeit (aufgrund des "Kanal-sharings") die Werbeerlöse von TW1 in 2006 gegenüber 2005 erheblich anstiegen (um ca. 12%), während die Werbeerlöse z.B. von ORF nur geringfügig anstiegen. Die von den österreichischen Behörden übermittelten Informationen lassen keine abschließende Beurteilung zu, inwieweit TW1 direkt oder indirekt Vorteile im Sinne von unzulässigen Quersubventionen erhalten hat. Die bestehenden Zweifel beruhen auch auf der Tatsache, dass es anscheinend keine externe Kontrolle gibt, die eventuelle Quersubventionen untersuchen und gegebenenfalls aufdecken würde.

(148) Deswegen fragt sich die Generaldirektion Wettbewerb, ob der ORF seine Kosten unnötig erhöht, indem er TW1 entsprechende Vorteile einräumt.

b) *Beschränkung der staatlichen Finanzierung auf Nettokosten des öffentlichen Auftrags*

(149) Die Methode der Nettokostenermittlung steht grundsätzlich im Einklang mit der Rundfunkmitteilung (siehe Randnummer (47)). Die Generaldirektion Wettbewerb nimmt jedoch zur Kenntnis, dass es sich hierbei allein um ORF-interne Vorgaben handelt und dass es im ORF-G an einer klaren gesetzlichen Beschränkung der zulässigen staatlichen Finanzierung auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags fehlt.

(150) Darüber hinaus schließt das derzeitige System nicht aus, dass durch kommerzielle Tätigkeiten entstandene Verluste durch das Programmengelt in unzulässiger Weise quersubventioniert werden. Zwar findet sich in der internen Handlungsanweisung des ORF die Vorgabe, dass Verluste von Tochtergesellschaften nicht berücksichtigt werden. Allerdings scheint diese Feststellung im Widerspruch zu den Ausführungen der österreichischen Behörden zu stehen, die darauf hinwiesen, dass Anfangsverluste kommerzieller Tochtergesellschaften auch mittels Programmengelt finanziert werden könnten (siehe Ausführungen unter Randnummer (76)).

(151) Die Republik Österreich hatte ausgeführt¹²⁴, dass ein In-Kauf-Nehmen von Anlaufverlusten nicht notwendigerweise auf ein nicht marktgerechtes Verhalten schließen ließe. Daher läge auch keine unzulässige Verwendung von Mitteln aus dem Programmengelt vor. Die Generaldirektion Wettbewerb stellt jedoch fest, dass es anscheinend keine für den ORF verbindlichen Regeln gibt, anhand derer geprüft werden könnte, inwieweit solche Verluste (nicht) vom Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Investors gedeckt sind. Auch scheint es an entsprechenden Kontrollen zu fehlen, dass diese Regeln eingehalten werden. Deshalb

¹²² Eine solche Quersubventionierung könnte auch dann vorliegen, sollte der ORF TW1 für die Benutzung der Sendefrequenzen ein über dem Marktpreis liegendes Entgelt zahlen.

¹²³ Anlagen 11 zur Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007: Durchschnittsreichweiten und Marktanteile 2004-2006 TW1/ORF Sport Plus; Quelle Teletest/GfK-Austria/ORF-GMF.

¹²⁴ Stellungnahme der Republik Österreich vom 12. Februar 2007, Frage 4f; Seite 18.

ist die Generaldirektion Wettbewerb der vorläufigen Auffassung, dass das bestehende System nicht sicherzustellen scheint, dass die mittels Programmengelt abgegoltenen Kosten den wirklich notwendigen Nettokosten des öffentlichen Auftrags entsprechen.

- (152) Es ist ferner zweifelhaft, ob eine ausreichende nachträgliche Kontrolle stattfindet, inwieweit die den Rundfunkanstalten zur Verfügung stehenden Finanzmittel nicht über das hinausgehen, was zur Erfüllung des Auftrags notwendig ist. Die bestehenden Kontrollmechanismen sehen eine solche *ex post* Kontrolle nicht ausdrücklich vor. Weder der BKS noch der Rechnungshof scheinen eine mögliche Überkompensation zu prüfen; auch scheint es an einer regelmäßigen Kontrolle zu fehlen.¹²⁵ Hinsichtlich der Kontrollbefugnisse der Prüfungskommission hat die Generaldirektion Wettbewerb zum gegenwärtigen Zeitpunkt Zweifel an einer angemessenen Kontrolle, da es sich hier um ein ORF-internes Gremium handelt. Auch scheint die Prüfung nicht die Frage nach einer möglichen Überkompensation zu beinhalten. Des Weiteren ist nicht klar, welche Konsequenzen die mögliche Feststellung einer Überkompensation nach sich ziehen würde.
- (153) Auch hat die Generaldirektion Wettbewerb Zweifel an der tatsächlichen Beschränkung der staatlichen Finanzierung auf das für die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags notwendige Maß. Die österreichische Regierung hat erklärt, dass eventuelle Jahresüberschüsse dem Eigenkapital des ORF zugeordnet werden und dass der Umfang des existierenden Eigenkapitals auf das notwendige Mindestmass beschränkt sei. Allerdings stellt die Generaldirektion Wettbewerb fest, dass es diesbezüglich keine verbindlichen Vorgaben oder nachträgliche Prüfungen zu geben scheint, inwieweit tatsächlich das Bedürfnis nach Eigenkapital besteht und dementsprechend mögliche Jahresüberschüsse zum Aufbau des notwendigen Eigenkapitals verwendet werden könnten. Des Weiteren scheint nicht sichergestellt zu sein, dass dieses durch Jahresüberschüsse erhöhte Eigenkapital nur für Tätigkeiten im Rahmen des öffentlichen Auftrags eingesetzt wird.
- (154) In diesem Zusammenhang möchte die Generaldirektion Wettbewerb auch an die bestehende Entscheidungspraxis der Kommission erinnern, derzufolge eine Überkompensation grundsätzlich an den Staat zurückzuführen ist und dass ausnahmsweise der Rundfunkveranstalter eine Marge von 10% der jährlichen staatlichen Zuwendungen auf das nächste Jahr übertragen kann, um so auf mögliche Fluktuationen in z.B. Werbeeinnahmen reagieren zu können. Die einschlägigen Bestimmungen im ORF-G sehen ähnliche Beschränkungen jedoch nicht vor. Die Finanzergebnisse des ORF (jedenfalls auf der Ebene der Muttergesellschaft) deuten darauf hin, dass in einzelnen Jahren die beim ORF verbleibenden Überschüsse die Marge von 10% überschreiten können.
- (155) Schließlich ist wegen des Fehlens klarer Vorgaben zu einem marktkonformen Verhalten (siehe hierzu im Einzelnen unter Randnummer (157) ff.) nicht sichergestellt, dass die in Abzug gebrachten kommerziellen Einnahmen nicht zu niedrig ausfallen.
- (156) Vor diesem Hintergrund ist die Generaldirektion Wettbewerb der vorläufigen Auffassung, dass das gegenwärtige Finanzierungssystem nicht hinreichend sicherstellt, dass die Finanzierung des ORF auf das funktionsnotwendige Maß beschränkt ist.

¹²⁵ Es sei daran erinnert, dass der letzte Bericht des Rechnungshofes aus dem Jahr 1995 stammt.

c) Marktverzerrungen die über das hinausgehen, was zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich ist

(1) Kommerzielle Tätigkeiten des ORF

- (157) Sofern sich der ORF hinsichtlich seiner kommerziellen Aktivitäten nicht marktkonform verhält, kann dies dazu führen, dass die staatlichen Zuwendungen über das hinausgehen, was zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags erforderlich ist. Gleichzeitig würde durch nicht marktkonformes Verhalten der Wettbewerb verzerrt, ohne dass dies der Erfüllung des Auftrags immanent wäre. Vor diesem Hintergrund prüft die Generaldirektion Wettbewerb im Hinblick auf kommerzielle Tätigkeiten des ORF, inwieweit die vom ORF gehaltenen Beteiligungen an kommerziell tätigen Unternehmen marktwirtschaftlichen Prinzipien entspricht, inwieweit das Verhältnis zwischen ORF und seinen Tochterunternehmen dem Grundsatz des Fremdvergleichs („*arm's length principle*“) entspricht und inwieweit sich der ORF bzw. seine kommerziellen Tochterunternehmen marktkonform verhalten.
- (158) Wie bereits oben ausgeführt hat die Generaldirektion Wettbewerb Zweifel daran, dass die Investitionen des ORF in andere Unternehmen (sofern diese kommerzielle Tätigkeiten ausüben) dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Investors entsprechen. Eine entsprechende Prüfung scheint auch dadurch erschwert, dass die Tochtergesellschaften teilweise dem öffentlichen Auftrag zuzurechnende Aufgaben wahrnehmen. Hier scheint es an den notwendigen Vorgaben sowie der nachträglichen Kontrolle zu fehlen. Hinsichtlich der durch die Prüfungskommission vorgenommenen Prüfung ist die Kommission nicht von der Angemessenheit der Prüfung überzeugt, insbesondere weil es sich hier um ein ORF-internes Organ handelt.
- (159) Auf der Grundlage der von der österreichischen Regierung gegebenen Auskünfte sowie der unterbreiteten Richtlinien des ORF scheinen die Transaktionen zwischen ORF und seinen Tochterunternehmen dem Grundsatz des Fremdvergleichs zu unterliegen. Allerdings stellt die Generaldirektion Wettbewerb fest, dass es an einer klaren rechtsverbindlichen Vorgabe sowie auch an einer angemessenen nachträglichen Kontrolle fehlt.
- (160) Im Hinblick auf die Marktkonformität der kommerziellen Tätigkeiten der Rundfunkanstalten bzw. ihrer Tochterunternehmen hat die Generaldirektion Wettbewerb zwar keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass sich der ORF und seine Töchter nicht marktkonform verhalten. Allerdings stellt die Generaldirektion Wettbewerb gleichzeitig fest, dass klare Vorgaben diesbezüglich fehlen. Das Nicht-Diskriminierungs-Gebot kann das Erfordernis marktkonformen Verhaltens nicht ersetzen. Dadurch dass der ORF sowohl auf dem Zuschauermarkt, im Online-Bereich als auch im Werbemarkt Marktführer ist, sind verbindliche Vorgaben und angemessene Kontrolle von besonderer Bedeutung.
- (161) Zusammenfassend ist die Generaldirektion Wettbewerb der vorläufigen Auffassung, dass der bestehende Rechtsrahmen nicht sicherstellt, dass die kommerziellen Tätigkeiten des ORF marktkonform erbracht werden.

(2) Erwerb von Sportrechten

- (162) Aufgrund der von der österreichischen Regierung unterbreiteten Auskünfte (siehe Randnummer (70) ff.) scheint der ORF eine Vielzahl von Sportrechten auf exklusiver Basis erworben zu haben.
- (163) Zunächst ist daran zu erinnern, "...dass die Bereitstellung staatlicher Mittel für den Erwerb exklusiver Sportübertragungsrechte an sich [nicht] gegen Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag verstößt. Die Kommission muss dennoch prüfen, ob die Finanzierung von Sportrechten durch öffentliche Mittel zu Marktverfälschungen führt, die für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags nicht unerlässlich sind. Bei der Ermittlung der Verhältnismäßigkeit müssen die Bedürfnisse der öffentlichen Rundfunkanstalten hinsichtlich der Erfüllung ihres Auftrags gegen die nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb abgewogen werden."¹²⁶
- (164) Auch wegen der unter Randnummer (133) f. ausgeführten Bedenken hat die Generaldirektion Wettbewerb zum gegenwärtigen Stand des Verfahrens Bedenken, ob die staatliche Finanzierung von Sportrechten und insbesondere des Sport Plus Programms zu Marktverzerrungen führt, die über das hinausgehen, was zur Erfüllung eines näher umschriebenen Auftrags erforderlich ist. Es lässt sich gegenwärtig nicht ausschließen, dass der ORF in der Lage ist, seine Wettbewerber regelmäßig zu überbieten und somit den Markt „leerzukaufen“, ohne dass dies für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags erforderlich wäre.

VI SCHLUSSFOLGERUNGEN

- (165) Die Generaldirektion Wettbewerb ist aufgrund der vorliegenden Information zur vorläufigen Auffassung gelangt, dass es sich bei der Finanzierung durch Programmgeld um eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 (1) EGV handelt. Das auf den ORF anwendbare Finanzierungssystem kann nach der vorläufigen Auffassung der Generaldirektion Wettbewerb als bestehende Beihilfe angesehen werden.¹²⁷
- (166) Aufgrund der ihr vorliegenden Informationen ist die Generaldirektion Wettbewerb der vorläufigen Auffassung, dass das System zur Finanzierung des öffentlichen Rundfunks in Österreich nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.
- (167) Im Einklang mit der Entscheidungspraxis der Kommission ist die Generaldirektion Wettbewerb der vorläufigen Auffassung, dass folgende Maßnahmen geeignet sind, die dargelegten Bedenken auszuräumen:
- **Konkretisierung des öffentlich-rechtlichen Auftrags** insbesondere hinsichtlich der Erbringung von Onlinediensten sowie der Veranstaltung des Sport-Spartenprogramms. Diesbezüglich scheint es sinnvoll, bei der Bestimmung, inwieweit neue Medienangebote den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen, Kriterien zugrunde zu legen, mit denen der gemeinwirtschaftliche Charakter des in Frage stehenden Angebotes auch unter Berücksichtigung bereits auf dem Markt vorhandener Angebote beurteilt werden kann. Dies kann beispielsweise durch die Erstellung eines Angebots- bzw. Programmkonzeptes hinsichtlich der vom Auftrag erfassten Online-Dienste sowie

¹²⁶ Siehe Kommissionsentscheidung in der Sache E 3/2005, Randnummern 294/295.

¹²⁷ Hinsichtlich der Finanzierung des Spartenprogramms Sport Plus ist die Generaldirektion Wettbewerb allerdings noch zu keiner abschließenden Beurteilung gekommen.

des Zusatzprogramms ORF Sport Plus geschehen, in dem die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen konkret ausgewiesen sind.

- **Maßnahmen, die eine angemessene nachträgliche Kontrolle der Erfüllung des Auftrags** auf der Grundlage eines näher konkretisierten öffentlichen Auftrags erlauben.
 - **Beschränkung der staatlichen Finanzierung auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags und entsprechende ex post Kontrolle möglicher Überkompensation sowie Gewährleistung, dass rein kommerzielle Aktivitäten der Rundfunkanstalten nicht von staatlichen Zuwendungen profitieren (Ausschluss von Quersubventionen).** Dies ist beispielsweise dadurch zu erreichen, dass Rechtsvorschriften erlassen werden, mit denen die Finanzierung der öffentlichen Rundfunkanstalten auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags beschränkt wird. Hinsichtlich der Ex-Post-Kontrolle (beispielsweise durch eine unabhängige Aufsichtsinstanz) sollte sichergestellt werden, dass das Programmengelt (sowie andere staatliche Zuwendungen) die bei der Erbringung des öffentlichen Auftrags entstandenen Kosten nicht übersteigen. Außerdem sollte es Regeln und Kontrollmechanismen hinsichtlich möglicher Überschüsse zum Ende eines jeden Jahres sowie zum Ende eines angemessenen Zeitraums (normalerweise nicht länger als 4 Jahre) geben. Die möglicherweise von einem auf das nächste Finanzjahr zu übertragenden Überschüsse sollten nicht 10% der jährlichen staatlichen Zuwendungen übersteigen. Dies bedeutet ferner, dass innerhalb eines bestimmten Zeitraums nicht verwendete Überschüsse der Verfügungsgewalt des ORF entzogen werden sollten. Gleichzeitig sollte sichergestellt werden, dass eventuelle Überschüsse keinesfalls zur Finanzierung von Tätigkeiten verwendet werden, die über den gesetzlichen Auftrag hinausgehen.
 - **Es ist durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass sich der ORF hinsichtlich seiner kommerziellen Tätigkeiten, insbesondere bezüglich TWI, nach marktwirtschaftlichen Prinzipien verhält.** Dies kann dadurch erreicht werden, dass Regeln aufgestellt werden, die den ORF zu marktkonformem Verhalten verpflichten. Ein solches Verhalten umfasst marktkonformes Verhalten gegenüber Dritten (z.B. kein Unterbieten von Preisen beim Verkauf von Werbezeit), den Grundsatz des Fremdvergleichs in den Beziehungen zwischen dem ORF und seinen Tochtergesellschaften sowie den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Investors im Hinblick auf Investitions- und Beteiligungsentscheidungen des ORF. Die Einhaltung dieser Grundsätze sollte einer regelmäßigen externen Kontrolle unterliegen. Hierbei sollte gewährleistet werden, dass der Finanzierungsbedarf des ORF durch nicht marktkonformes Verhalten nicht unnötig erhöht wird.
- (168) Gemäß Artikel 17 (2) der Verfahrensverordnung enthält dieser Brief die vorläufige Auffassung der Generaldirektion Wettbewerb hinsichtlich der Vereinbarkeit der verschiedenen Aspekte des Finanzierungssystems des öffentlichen Rundfunks in Österreich. Der Republik Österreich wird hiermit Gelegenheit gegeben, zu der Auffassung der Kommission Stellung zu nehmen. In Artikel 17 (2) der Verfahrensverordnung ist hierfür eine Frist von einem Monat vorgesehen. In ordnungsgemäß begründeten Fällen kann die Kommission diese Frist verlängern.

(169) Ich möchte Sie auch darauf hinweisen, dass die Kommission gehalten ist, der Republik Österreich gemäß Artikel 18 im Wege einer Entscheidung zweckdienliche Maßnahmen vorzuschlagen, sollte sie nach Übermittlung der Stellungnahme der Republik Österreich zu dem Schluss kommen, dass die bestehende Beihilferegelung mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar ist. Der Vorschlag kann insbesondere in folgendem bestehen:

- a) inhaltliche Änderung der Beihilferegelung oder
- b) Einführung von Verfahrensvorschriften oder
- c) Abschaffung der Beihilferegelung.

Mit freundlichen Grüßen

Cecilio Madero Villarejo

INHALTSVERZEICHNIS

I	VERFAHREN.....	1
II	VON DEN BESCHWERDEFÜHRERN ERHOBENE VORWÜRFE	2
	A. Beschwerde des VÖZ hinsichtlich der Online Dienste	2
	B. Beschwerde des VÖP hinsichtlich der Finanzierung des ORF	2
	C. Beschwerde von Premiere gegen Errichtung eines Sportspartenkanals.....	3
III	STELLUNGNAHME DER ÖSTERREICHISCHEN REGIERUNG	3
IV	BESCHREIBUNG DES ÖFFENTLICH RECHTLICHEN RUNDFUNKS IN ÖSTERREICH	4
	A. Historische Entwicklung	4
	B. Rechtliche Rahmenbedingungen.....	5
	1. Organisation	5
	2. Öffentlicher Auftrag	6
	a) Allgemein	6
	b) Veranstaltung eines Sport-Spartenprogramms.....	7
	c) Angebot von Online-Diensten.....	9
	3. Finanzierung	10
	a) Finanzierung des ORF durch Programmentgelt, Werbeeinnahmen und sonstige Erlöse	10
	b) Ermittlung des Nettokosten des öffentlich rechtlichen Auftrags und finanzielle Lage des ORF.....	13
	c) Anwendung der Transparenzrichtlinie	14
	4. Berichtspflichten und Aufsicht.....	15
	C. Tätigkeiten des ORF und Marktsituation	17
	1. Programmangebote.....	17
	2. Online-Dienste.....	17
	3. Sport-Spartenprogramm	18
	4. Weitere Aktivitäten des ORF und seiner Tochtergesellschaften.....	19
V	BEIHILFERECHTLICHE WÜRDIGUNG	21
	A. Beihilfecharakter gemäß Artikel 87 (1) EG Vertrag	21
	1. Verwendung staatlicher Mittel	21
	2. Gewährung eines Vorteils	23
	3. Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung	25
	B. Qualifizierung als bestehende Beihilfe.....	25

C.	Beurteilung der Vereinbarkeit gemäß Artikel 86 (2) EG Vertrag.....	27
1.	Definition des öffentlichen Auftrags.....	28
a)	Auftragsdefinition hinsichtlich der Fernsehprogrammtätigkeit der Rundfunkanstalten	29
b)	Auftragsdefinition hinsichtlich der Online Dienste der Rundfunkanstalten.....	30
c)	Auftragsdefinition hinsichtlich ORF Sport Plus	31
2.	Beauftragung und Kontrolle.....	32
3.	Verhältnismäßigkeitsprüfung	33
a)	Getrennte Buchführung.....	34
b)	Beschränkung der staatlichen Finanzierung auf Nettokosten des öffentlichen Auftrags.....	34
c)	Marktverzerrungen die über das hinausgehen, was zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich ist	36
(1)	Kommerzielle Tätigkeiten des ORF.....	36
(2)	Erwerb von Sportrechten.....	37
VI	SCHLUSSFOLGERUNGEN.....	37