



An das
Bundeskanzleramt – Verfassungsdienst
 z.Hd. Dr. Matthias Traimer
per E-Mail: v4@bka.gv.at

An das
Präsidium des Nationalrats
per E-Mail: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 24. Mai 2007

Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Privatfernsehgesetz, das ORF-Gesetz und das KommAustria-Gesetz geändert werden sollen (GZ BKA-601.135/0027-V/4/2007)

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die Sat.1 Privatrundfunk und Programmgesellschaft m.b.H. („Sat.1 Österreich“) und die ProSieben Austria GmbH („ProSieben Austria“) sind Rundfunkveranstalter im Sinne des § 2 Z 1 des Privatfernsehgesetzes („PrTV-G“) idgF. Als solcher sind Sat.1 Österreich und ProSieben Austria von dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das PrTV-G, das ORF-Gesetz („ORF-G“) und das KommAustria-Gesetz („KOG“) geändert werden, veröffentlicht auf der Website des Parlaments der Republik Österreich, www.parlinkom.gv.at, sowie auf der Website des Bundeskanzleramt-Verfassungsdienstes, www.bka.gv.at/medien, unmittelbar betroffen. Aus diesem Grund erstaten Sat.1 Österreich und ProSieben Austria innerhalb der offenen Begutachtungsfrist die nachstehende Stellungnahme:

Privilegierungen des ORF

Der am 09.05.2007 beim Parlament der Republik Österreich eingelangte Ministerialentwurf betreffend dem Bundesgesetz, mit dem das PrTV-G, das ORF-G und das KOG im Rahmen der XXIII.GP geändert werden sollen, dient der Einführung von mobilem terrestrischen Fernsehen in Österreich (der Entwurf wird infolge auch als „Ministerialentwurf zur Einführung mobilen terrestrischen Fernsehens“ bezeichnet). Der Ministerialentwurf sieht unmittelbare Privilegierungen des österreichischen Rundfunks („ORF“) gegenüber privaten

Sat.1 Privatrundfunk und Pogrammges.m.b.H.
 Schönbrunner Str. 7/B, 1040 Wien
 Telefon +43 1 5811211
 Telefax +43 1 5811211 12

ProSieben Austria GmbH
 Theobaldgasse 19, 1060 Wien
 Telefon +43 1 3687766 0
 Telefax +43 1 3687766 199

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.



Rundfunkveranstaltern vor. Darüber hinaus führen weitere geplante Änderungen im Ergebnis zu mittelbaren Vorteilen des ORF gegenüber den Privaten.

Eine unmittelbare Privilegierung des ORF gegenüber privaten Rundfunkveranstaltern ergibt sich aus dem Recht des ORF, seine zwei österreichweit empfangbaren Programme des Fernsehens („ORF1“ und „ORF2“) im freizugänglichen Paket (§ 2 16c (neu) PrTV-G) auf Nachfrage und gegen angemessenes Entgelt zu verbreiten (§ 25a Abs 5 Z 5 (neu) PrTV-G). Ein vergleichbares Recht haben private Rundfunkveranstalter nicht. Sie können von ihnen zusammengestellte Programme im mobilen terrestrischen Rundfunk nur verbreiten, wenn sie (aufgrund privatrechtlicher Vereinbarungen) in das Programmangebot eines nach Maßgabe des § 25a (neu) PrTV-G zugelassenen Betreibers einer Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk oder in das Premium-Angebot eines Programmaggregators iSd § 2 Z 16a (neu) PrTV-G aufgenommen werden. Einen Rechtsanspruch auf Verbreitung ihrer Programme im mobilen terrestrischen Rundfunk haben private Rundfunkveranstalter im Gegensatz zum ORF aber jedenfalls nicht. Dieser unmittelbare Vorteil des ORF gegenüber den privaten Rundfunkveranstaltern wird durch die mit § 5 Abs 7 (neu) ORF-G beabsichtigte Erweiterung des Versorgungsauftrags des ORF auf mobiles terrestrisches Fernsehen, das über eine Multiplex-Plattform verbreitet wird, abgesichert.

Auch die Tatsache, dass der ORF seine beiden Fernsehprogramme jedenfalls im frei zugänglichen Paket verbreiten kann, führt zu einer unmittelbaren Privilegierung des ORF gegenüber privaten Rundfunkveranstaltern. Damit ist für den ORF nämlich gesichert, dass seine beiden Fernsehprogramme von sämtlichen InhaberInnen von Empfangsgeräten für mobiles terrestrisches Fernsehen, insbesondere auch von sogenannten „unconnected devices“¹, unentgeltlich empfangen werden können. Für private Rundfunkveranstalter ist die Verbreitung ihrer Programme im frei zugänglichen Paket hingegen nicht gesichert. Jene privaten Rundfunkveranstalter, die vom Betreiber für mobilen terrestrischen Rundfunk nicht in das frei zugängliche Paket aufgenommen werden, erreichen potentielle ZuseherInnen – wenn überhaupt – nur über das jeweils entgeltliche Basispaket eines Multiplex-Plattform Betreibers oder über das Premium-Angebot eines Programmaggregators. Aufgrund der Entgeltlichkeit des Empfangs von Programmen im Basispaket und Premium-Angebot sind jene Rundfunkveranstalter, deren Programme nur im Basispaket oder im Premium-Angebot gegenüber jenen, deren Programme, die im frei zugänglichen Paket verbreitet werden zumindest hinsichtlich des erzielbaren Reichweitenpotentials benachteiligt. Es muss davon ausgegangen werden, dass dieser Nachteil insbesondere in der Einführungs- und Anfangsphase von mobilem terrestrischem Fernsehen in Österreich für jene privaten Rundfunkveranstalter, die nicht im frei zugänglichen Paket verbreitet werden, spürbar sein wird. Es ist nämlich zu erwarten, dass in der Einführungs- und Anfangsphase die Bereitschaft der Kunden, sich vertraglich zu binden, eher zurückhaltend sein wird und zunächst die neue Dienstleistung Mobile TV vorwiegend im frei zugänglichen Paket genutzt werden wird. Damit werden jene Rundfunkveranstalter, die in das frei zugängliche Paket aufgenommen werden, einen First-Mover-Vorteil haben, den die Rundfunkveranstalter in den gebührenpflichtigen Paketen – wenn überhaupt – nur mit zusätzlichem Aufwand (z.B. mehr Investitionen in das Programmangebot, das gesamte Dienstleistungsspektrum sowie

¹ Empfangsgeräte, die mobiles terrestrisches Fernsehen ohne der Notwendigkeit vertraglicher Bindungen empfangen können; vgl. die Erläuterungen zum Ministerialentwurf für mobiles terrestrisches Fernsehen, allgemeiner Teil, 3. Absatz.



Marketing) aufholen können. Das für den ORF im Ministerialentwurf für die Einführung mobilen terrestrischen Rundfunks vorgesehene Recht auf Aufnahme in das frei zugängliche Paket sichert dem ORF den zu erwartenden First-Mover-Vorteil gesetzlich ab.

Mittelbare Vorteile des ORF gegenüber privaten Rundfunkveranstaltern ergeben sich zum einen aus dem Recht des ORF, seine beiden Fernsehprogramme, „ORF1“ und „ORF2“, auf Nachfrage und gegen angemessenes Entgelt unverändert im frei zugänglichen Paket über eine Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk zu verbreiten. Daraus folgt, dass dem ORF für die Verbreitung seiner beiden Fernsehprogramme im frei zugänglichen Paket über eine Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk, abgesehen von dem gemäß § 25a Abs 5 Z 5 (neu) PrTV-G zu bezahlenden „angemessenen Entgelts“, kein weiterer (finanzieller) Aufwand entsteht. Demgegenüber muss davon ausgegangen werden, dass private Rundfunkveranstalter – unter der Voraussetzung, dass sie überhaupt in das Programmangebot der Multiplex-Plattform aufgenommen werden – nicht die Möglichkeit haben werden, ihre bereits für das „reguläre“ stationäre Fernsehen verbreiteten Programme unverändert auch über eine Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk zu verbreiten. Grund für diese Annahme ist, dass der österreichische Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Produktion von eigenen „Contents“ für mobiles Fernsehen notwendig ist, um den technischen Gegebenheiten (kleinformatige Endgeräte) und dem angenommenen unterschiedlichen Nutzerverhalten bei mobilem Fernsehen zu entsprechen. So geht der Gesetzgeber insbesondere davon aus, dass mobiles Fernsehen hauptsächlich der Information und Unterhaltung für unterwegs beziehungsweise zwischendurch dient und daher nur einen ergänzenden Bestandteil zum „regulären“ stationären Fernsehen im Haushalt bilden wird.² Mit diesen beiden Grundannahmen (technische Unterschiede und anderes Nutzerverhalten) lehnt sich der Gesetzgeber an die Ergebnisse einer im Frühsommer des Jahres 2006 von der RTR-GmbH vorgelegten Studie zu „Mobile TV in Österreich“ an.³ In dieser Studie wird davon ausgegangen, dass schon allein die stark unterschiedliche Bildschirmgröße es nicht erlaubt, jeden Inhalt des klassischen TV auf das Mobiltelefon zu senden. Ferner wird in dieser Studie prognostiziert, dass auch der Nutzungskontext völlig unterschiedlich zum klassischen TV sein wird. In diesem Zusammenhang wird in der von RTR-GmbH vorgelegten Studie ausgeführt, dass klassisches TV ein „Lean-back-Medium“ ist, bei dem in Wohnzimmeratmosphäre das jeweils gerade laufende Programm konsumiert wird, während mobile TV im Gegensatz dazu ein „Hier-und-Jetzt-Medium“ ist. Es wird erwartet, dass die ZuseherInnen von mobile TV gerade in der U-Bahn oder in der Mittagspause sitzen und bestimmte Tages-Highlights (wichtige Sportereignisse, Sensationsnachrichten oder die Fernseh-Show, die man einfach gesehen haben muss) nicht versäumen möchten. Die Verfasser der von der RTR-GmbH vorgelegten Studie gehen daher davon aus, dass sich die Inhalte des Programms für mobiles Fernsehen sowohl hinsichtlich Genre und Format gegenüber regulärem Fernsehen ändern werden.⁴

Die Grundannahmen des Gesetzgebers sowie die Ergebnisse beziehungsweise Prognosen der von der RTR-GmbH vorgelegten Studie „Mobile TV in Österreich“ bedingen, dass die

² Vgl. Vorblatt, 4. Absatz zum Ministerialentwurf zur Einführung von mobilem terrestrischen Rundfunk.

³ „Mobile TV in Österreich“, internationale Pilotprojekte – Benutzerakzeptanz – Geschäftsmodelle, rechtliche Rahmenbedingungen, Schriftenreihe der Rundfunk und Telekomregulierungs-GmbH.

⁴ Vgl. „Mobile TV in Österreich“, S. 9f.



Bewerber um eine Multiplex-Plattform für mobiles terrestrisches Fernsehen bei der Gestaltung des Programmangebots, mit dem sie sich um eine Zulassung bewerben, insbesondere für „Contents“ sorgen müssen, die auf die technischen Besonderheiten von mobilem Fernsehen und das unterstellte vom „regulären“ Fernsehen abweichende Nutzungsverhalten abstellen. Andernfalls werden sie bei einer Auswahlentscheidung nach § 25a (neu) PRTV-G kaum realistische Chancen auf Zulassungserteilung haben. Ein für die Konsumenten nutzerfreundliches Konzept sowie ein meinungsvielältiges Programmangebot sind nämlich maßgebliche Auswahlkriterien (vgl. § 25a Abs 2 Z 5 und Z 6 (neu) PrTV-G). Private Rundfunkveranstalter, die auch im mobilen Fernsehen entweder im frei zugänglichen Paket oder im Basispaket präsent sein wollen, werden daher für den Bereich mobiler terrestrischer Rundfunk überwiegend eigene Programme produzieren müssen. Dass damit maßgebliche Kosten verbunden sind, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Vergleichbare Kosten für die gesetzlich abgesicherte Verbreitung seiner beiden unveränderten Fernsehprogramme über eine Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk entstehen dem ORF hingegen nicht.

Im Zusammenhang mit dem gesicherten Zugang des ORF zum frei empfangbaren Paket ist auch darauf hinzuweisen, dass eine Vielzahl privater Rundfunkveranstalter und potentieller Programmaggagatoren in der im vorliegenden Ministerialentwurf zur Einführung mobilen terrestrischen Rundfunks vorgesehenen Vermengung eines *Free-to-Air-Modells* verbunden mit einer *Must-Carry-Regelung* für „ORF 1“ und „ORF-2“ mit einem *Access-Modell* eine Gefährdung der wirtschaftliche Realisierbarkeit von Mobile TV in Österreich erblicken. Durch dieses Modell muss nämlich der Ausbau des DVB-H Netzes weitgehend über das Basispaket und Premiumpakete finanziert werden. Das vom ORF für die Verbreitung seiner beiden Fernsehprogramme zu zahlende Entgelt wird vorrausichtlich nicht ausreichend sein, den Entfall von Zugangsgebühren für das freie Paket auszugleichen. Damit wird es notwendig zu einer überproportionalen Erhöhung der Zugangsgebühren in den entgeltspflichtigen Paketen kommen müssen, um den Netzausbau und Betrieb finanzieren zu können. Je höher diese Gebühren aber sind, umso geringer wird die Zahlungsbereitschaft potentieller Nutzer sein. Die Konsequenz ist die Gefährdung des gesamten DVB-H Modells und das nur, um dem ORF ohne sachliche Rechtfertigung eine Gratisverbreitung seiner beiden Fernsehprogramme auch über mobilen terrestrischen zu sichern. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzu weisen, dass es dem ORF rechtlich möglich sein wird, das im Ministerialentwurf für die Verbreitung von „ORF 1“ und „ORF 2“ im frei zugänglichen Paket vorgesehene „angemessene Entgelt“ aus Rundfunkgebühren zu finanzieren. Eine sachliche Rechtfertigung eine Gebührenfinanzierung einer ergänzenden Verbreitungsart ist nicht erkennbar.

Darüber hinaus ergeben sich für den ORF gegenüber privaten Rundfunkveranstaltern indirekte Vorteile aus der mit § 9 Abs 1 (neu) ORF-G bewirkten Erweiterung des Unternehmensgegenstandes des ORF im kommerziellen Bereich. Gemäß § 9 Abs 1 (neu) ORF-G soll es dem ORF gestattet sein, durch von ihm beherrschte Tochtergesellschaften (§ 244 Abs 2 iVm Abs 4 und 5 UGB) sowie durch eine vertragliche Zusammenarbeit dieser Tochtergesellschaften mit anderen Unternehmen Fernsehprogramme im Inland mit speziell für die mobile Nutzung aufbereiteten Inhalten zur Verbreitung in einem frei zugänglichen Paket oder in einem Basispaket über eine Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk zu veranstalten. Die sich daraus ergebende gesetzliche Ermächtigung des ORF



zur Erweiterung seines Unternehmensgegenstandes im kommerziellen Bereich führt deshalb zu einer mittelbaren Privilegierung des ORF gegenüber privaten Rundfunkveranstaltern, weil es dem ORF möglich ist, geldwerte Vorteile aus dem gebührenfinanzierten nicht-kommerziellen Bereich im kommerziellen Bereich zu nutzen. So ist es dem ORF z.B. möglich, Nachrichten, die von seinem mit gebühren finanzierten Korrespondentennetz generiert wurden, für kommerzielle „Contents“, die im mobilen Fernsehen verbreitet werden, für sich zu nutzen, ohne dafür ein angemessenes Entgelt zu bezahlen. Damit besteht ein klarer Wettbewerbsvorteil des ORF gegenüber den privaten Rundfunkveranstaltern, denen vergleichbare Quersubventionierungen nicht möglich sind. Eine effektive gesetzliche Beschränkung des ORF, geldwerte Vorteile aus dem gebührenfinanzierten Bereich für kommerzielle Tätigkeiten im Bereich des mobilen Fernsehens zu nutzen, besteht derzeit nicht; ebenso gibt es keine Verpflichtung des ORF sich gegenüber Tochtergesellschaften, die im Bereich des mobilen Fernsehens kommerziell tätig sind, marktkonform zu verhalten (z.B. gebührenfinanzierte Inhalte nur gegen eine angemessene Lizenzgebühr zur Verfügung zu stellen). Die im Ministerialentwurf zur Einführung von mobilem terrestrischen Rundfunk vorgesehene Verpflichtung des ORF kommerzielle Tätigkeiten im Bereich des mobilen terrestrischen Fernsehens organisatorisch und rechnerisch von Tätigkeiten im Rahmen des Versorgungsauftrags zu trennen, reicht jedenfalls nicht aus, um Wettbewerbsvorteile aus der Nutzung geldwerter Vorteile aus dem gebührenfinanzierten Bereich durch den ORF zu verhindern.

Letztlich ermöglicht die im vorliegenden Ministerialentwurf vorgesehene Berechtigung des ORF über von ihm beherrschte Tochtergesellschaften auch kommerziell im Bereich des mobilen terrestrischen Rundfunks tätig zu sein, dem ORF auch in seinen neuen mobilen TV-Programmen über eine Tochtergesellschaft gewinnorientiert bis zu 10% der täglichen Sendezeit mit kommerzieller Werbung zu verkaufen. Dadurch wird dem marktbeherrschenden TV-Werbevermarkter ORF (bzw. seiner Tochtergesellschaften) eine zusätzliche Werbe-Plattform geschaffen, die der ORF in sein umfangreiches Gesamtangebot sehr leicht eingliedern kann. Demzufolge ist davon auszugehen, dass sich die Aufteilung des „Gesamtwerbe-Etats TV“ zwischen ORF und Privat TV im Fall einer Gesetzgebung der im Ministerialentwurf vorgesehenen Regelungen zu Lasten der Privaten in relativer Hinsicht verschieben wird.

Die dargestellten unmittelbaren und mittelbaren Privilegierungen des ORF gegenüber privaten Rundfunkveranstaltern führen, wie im Folgenden im Detail ausgeführt wird, zu einer Verfassungs- und Europarechtswidrigkeit des vorliegenden Ministerialentwurfs zur Einführung mobilen terrestrischen Rundfunks in Österreich.

Keine sachliche Rechtfertigung für die Privilegierungen des ORF

Eine substantiierte Begründung für die Privilegierung des ORF gegenüber privaten Rundfunkveranstaltern fehlt in dem vorliegenden Ministerialentwurf zur Einführung mobilen terrestrischen Rundfunks. Der Gesetzgeber begnügt sich mit dem Hinweis, dass er davon ausgeht, dass ein „berechtigtes Interesse der Allgemeinheit“ bestehe, „ORF1“ und „ORF2“ auch über den neuen Übertragungsweg des mobilen terrestrischen Fernsehens empfangen



zu können.⁵ Diese Annahme steht in deutlichem Widerspruch zu den vom Gesetzgeber unterstellten maßgeblichen technischen Unterschieden von mobilem Fernsehen zu regulärem Fernsehen sowie dem unterstellten geänderten Nutzerverhalten. Schon allein die Tatsache, dass die stark unterschiedliche Bildschirmgröße bei mobilen TV es nicht erlaubt, jeden Inhalt des klassischen TV auf mobile Endgeräte zu senden, rechtfertigt die Annahme eines „berechtigten Interesses der Allgemeinheit“ am unveränderten Empfang von „ORF1“ und „ORF2“ über den neuen Übertragungsweg des mobilen terrestrischen Fernsehens (z.B. die Übertragung von Sportveranstaltungen mit den für reguläres Fernsehen typischen Kameraeinstellungen) nicht. Gleiches gilt in Anbetracht des vom Gesetzgeber selbst unterstellten unterschiedlichen Nutzerverhaltens: Folgt man den Ausführungen in der von der RTR-GmbH vorgelegten Studie, „Mobile TV in Österreich“, dass bei einer durchschnittlichen täglichen Nutzungsdauer von 15 Minuten eine zweistündige Soap Opera keinen Platz finde, wohl aber ihre kompakte Schwester in der Länge von sechs Minuten (angeführt wird ein Beispiel aus Korea)⁶, ist nicht nachvollziehbar, warum z.B. die Verbreitung längerer Informationssendungen, Studiodiskussionen, aber auch von Spielfilmen oder Fernsehserien, wie sie typischerweise in den Fernsehprogrammen des ORF ausgestrahlt werden, im allgemeinen Interesse liegen sollen.

Der Gesetzgeber geht selbst davon aus, dass der Markt für mobiles terrestrisches Fernsehen getrennt von dem Markt für „reguläres“ Fernsehen zu betrachten ist. Der Gesetzgeber wörtlich:

„Mobiles Fernsehen wird hauptsächlich der Information und Unterhaltung unterwegs bzw. zwischendurch dienen und damit einen ergänzenden Bestandteil zum „regulären“ stationären Fernsehen im Haushalt bilden.“⁷

Eine Begründung des Gesetzgebers, warum überhaupt eine Erweiterung des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF in den gesonderten Markt für über eine Multiplex-Plattform verbreitetes mobiles terrestrisches Fernsehen erforderlich ist, fehlt ebenso. Wie oben dargelegt, kann aufgrund der technischen Unterschiede sowie dem vom Gesetzgeber selbst unterstellten unterschiedlichen Nutzerverhalten jedenfalls nicht von einem Interesse der Allgemeinheit an einer unveränderten Verbreitung der beiden ORF-Fernsehprogramme ausgegangen werden.

Ob allenfalls ein Allgemeininteresse besteht, das ein Recht des ORF auf Verbreitung eines eigens für mobiles terrestrisches Fernsehen produzierten Programms im frei zugänglichen Paket rechtfertigen würde, wäre vom Gesetzgeber vor Normierung eines entsprechenden Rechts zu prüfen. Gegen die Einräumung eines entsprechenden Rechts an den ORF sprechen einerseits der vom Gesetzgeber selbst hervorgehobene bloß „ergänzende“ Charakter von mobilem terrestrischen Fernsehen gegenüber „regulärem“ stationären Fernsehen⁸ sowie die Normierung eines meinungsvielfältigen Programmangebots als maßgeblichen Auswahlgrundsatz für die Zulassung einer Multiplex-Plattform für mobilen

⁵ Erläuterungen, A. allgemeiner Teil, vorletzter Absatz.

⁶ Vgl. „Mobile TV in Österreich“, S. 10.

⁷ Vgl. im Ministerialentwurf zur Einführung von mobilem terrestrischen Fernsehen, Vorblatt, Ausgangslage, 4. Absatz.

⁸ Vorblatt, 4. Absatz, des Ministerialentwurfs zur Einführung von mobilem terrestrischen Fernsehen



terrestrischen Rundfunk (§ 25a Abs 2 Z 6 (neu) PRTV-G). Das Tatbestandsmerkmal eines „meinungsvielfältigen Programmangebots“ deckt maßgebliche im Programmauftrag des ORF (§ 4 ORF-G) vorgesehene Ziele ab. Die weiteren, durch das Tatbestandsmerkmal „meinungsvielfältiges Programmangebot“ allenfalls nicht abgedeckten Ziele, die den gesetzlichen Programmauftrag des ORF im regulären Rundfunk inhaltlich determinieren, können aufgrund ihrer Spezialität gar nicht ausreichend im mobilen terrestrischen Rundfunk berücksichtigt werden.⁹ Da mobiler Rundfunk kein geeignetes Medium zur Erfüllung des gesamten öffentlichen Auftrags, wie in § 4 ORF-G definiert, ist und ein meinungsvielfältiges Programmangebot ohnedies durch die Auswahlentscheidung im Rahmen der Erteilung einer Zulassung an einen Betreiber einer Multiplex-Plattform sichergestellt ist, besteht kein Allgemeininteresse, das die Gewährung irgendwelcher Sonderrechte an den ORF rechtfertigen würde.

Verfassungswidrigkeit

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die vorgesehene Erweiterung des öffentlichen Auftrags und der damit verbundene Anspruch des ORF, die Programme „ORF1“ und „ORF2“ unverändert über mobiles terrestrisches Fernsehen zu verbreiten, eine unzulässige Privilegierung gegenüber privaten Rundfunkveranstaltern, die mit dem in Art 7 B-VG und Art 2 StGG normierten Gleichheitsgrundsatz nicht vereinbar ist.

Der in Art 7 des Bundesverfassungsgesetzes und in Art 2 der Staatsgrundgesetze normierte Gleichheitssatz verbietet es dem Gesetzgeber, andere als sachlich begründbare Differenzierungen zu schaffen.¹⁰ Nur dann, wenn gesetzliche Differenzierungen aus entsprechenden Unterschieden im Tatsächlichen ableitbar sind, entspricht das Gesetz dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz.¹¹ Nach der Spruchpraxis des Verfassungsgerichtshofes umschließt der Gleichheitsgrundsatz auch ein umfassendes Privilegierungsverbot. Demnach darf niemand wegen seiner persönlichen, subjektiven Eigenschaften gegenüber anderen bevorzugt werden.¹² Auch juristische Personen wie die meisten privaten Rundfunkveranstalter können sich auf das verfassungsgesetzlich gewährleistete Gleichheitsrecht berufen.¹³

Während dem ORF ein gesetzlicher Anspruch zustehen soll, seine Fernsehprogramme „ORF1“ und „ORF2“ unverändert über mobiles Fernsehen zu verbreiten, ist ein entsprechender gesetzlicher Anspruch für private Rundfunkveranstalter nicht vorgesehen. Diese einseitige Privilegierung schafft daher jedenfalls eine Ungleichbehandlung zwischen dem ORF und privaten Rundfunkveranstaltern iSd Art 7 B-VG und Art 2 StGG.

Ob diese Ungleichbehandlung den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art 7 B-VG und Art 2 StGG verletzt, ist danach zu prüfen, ob es für die unterschiedliche Behandlung einen rechtfertigenden Grund gibt. Dabei sind die sachlichen Gegebenheiten, die der Gesetzgeber seinen Regelungen zu Grunde gelegt hat (die „Unterschiede im Tatsächlichen“), zu erfassen

⁹ Dies trifft beispielhaft für die Z2, Z3, Z4, Z5, Z6, Z11, Z12, Z13, Z16, Z18 des § 4 Abs 1 ORF-G zu.

¹⁰ Vgl. VfSlg. 8169/1977.

¹¹ Vgl. VfSlg. 4392/1963 uva.

¹² Vgl. *Berka*, Die Grundrechte Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich, S. 503 Rz 909.

¹³ Vgl. VfSlg. 13.208/1992.



und es ist zu beurteilen, ob die Gleich- oder Ungleichbehandlung im Hinblick auf diese Unterschiede sachlich begründet ist. In der Regel umschließt diese Prüfung die Frage, ob der vom Gesetzgeber angestrebte Regelungszweck legitim ist und ob der Gesetzgeber im Hinblick auf dieses Regelungsziel die damit verbundene Ungleichbehandlung nach ihrer Art und Intensität in Kauf nehmen durfte.¹⁴

Nach der derzeitigen Rechtslage ist der ORF gegenüber privaten Rundfunkveranstaltern bereits mehrfach privilegiert. Diese Privilegierung zeigt sich insbesondere durch eine Bevorzugung bei der Frequenzzuteilung¹⁵ und durch die Gebührenfinanzierung^{16, 17}.

Diese Privilegierungen sind nur dann iSd Art 7 B-VG und gemeinschaftsrechtlich zu rechtfertigen, wenn den Vorteilen des ORF entsprechende „Gegenleistungen“ gegenüberstehen.¹⁸ Die Gegenleistung des ORF ist der ihn treffende öffentliche Auftrag. Erst der öffentliche Auftrag des ORF rechtfertigt die besondere Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im dualen System. Aus rundfunkverfassungsrechtlicher Sicht muss es daher einen adäquaten öffentlichen Auftrag geben, um die Bevorzugung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu rechtfertigen.

Nach der derzeit geltenden Rechtslage besteht der öffentliche Auftrag des ORF aus drei Komponenten:

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

Der derzeitige Versorgungsauftrag verpflichtet den ORF eine Mindestanzahl von Hörfunk- und Fernsehprogrammen zu senden und dafür zu sorgen, dass alle zum Betrieb eines Rundfunkempfängergeräts berechtigten Bewohner des Bundesgebiets gleichmäßig und ständig mit zwei der drei österreichweit empfangbaren Hörfunkprogramme und dem bundeslandweit empfangbaren Programm des Hörfunks und mit beiden österreichweit empfangbaren Programmen des Fernsehens versorgt werden. Dieser Versorgungsauftrag bezieht sich auf eine analoge terrestrische Ausstrahlung der Programme. Gemäß § 3 Abs 4 ORF-G trifft den ORF aber auch die Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass die gemäß § 3 Abs 1 ausgestrahlten Programme unter Nutzung digitaler Technologie terrestrisch verbreitet werden.

Weder der Versorgungsauftrag, noch der Programmauftrag noch die Besonderen Aufträge enthalten allerdings derzeit die Verpflichtung und damit den Auftrag an den ORF, die

¹⁴ Vgl. *Berka*, Die Grundrechte Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich, S. 511 Rz 923.

¹⁵ Vgl. für den terrestrischen Hörfunk § 10 Privatradiog und für terrestrisches Fernsehen § 12 PrTV-G.

¹⁶ Vgl. § 31 ORF-G.

¹⁷ Vgl. *Korinek*, Zur Rechtfertigung der Sonderstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im dualen System, FS Schmitt Glaeser (2003).

¹⁸ Vgl. *Korinek*, Zur Rechtfertigung der Sonderstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im dualen System, FS Schmitt Glaeser (2003).



Fernsehprogramme „ORF1“ und „ORF2“ über mobiles terrestrisches Fernsehen zu verbreiten.

Die Erweiterung des Öffentlichen Auftrags durch die Verpflichtung des ORF zur unveränderten Verbreitung der Programme „ORF1“ und „ORF2“ über mobiles digitales Fernsehen muss daher sachlich rechtfertigbar sein, d.h. die Erweiterung des öffentlichen Auftrags muss entsprechend den Anforderungen des Gleichheitssatzes gemessen an den Umständen im Tatsächlichen adäquat sein und die beabsichtigte Erweiterung des öffentlichen Auftrags nicht nur als „Placebo“ dienen, um den Anspruch des ORF auf unveränderte Verbreitung gesetzlich zu rechtfertigen.¹⁹

Wie in dieser Stellungnahme bereits ausführlich dargelegt wurde, ist die Sonderstellung des ORF aufgrund der technischen Gegebenheiten des mobilen Fernsehens und des geänderten Nutzungsverhaltens gegenüber privaten Rundfunkveranstaltern sachlich nicht rechtfertigbar. Insbesondere können auch nicht jene Gründe, die die *Must-Carry-Verpflichtung* zugunsten der ORF-Programme im Kabelfernsehen rechtfertigen, herangezogen werden, da im Fall vom Kabelnetz sämtliche Rundfunksignale in der Regel nur noch über Kabelnetz und nicht mehr terrestrisch empfangen werden und damit den ORF-Gebührenzählern bei einem Anschluss an das Kabelnetz weiterhin die Empfangbarkeit der ORF-Programme durch die *Must-Carry-Verpflichtung* gesichert werden soll. Da Mobile TV aber über ganz andere Empfangsgeräte empfangen werden wird und auch nach der Ansicht des Gesetzgebers herkömmliches Fernsehen nur ergänzen wird, besteht auch keine Notwendigkeit, die Verbreitung der ORF Programme durch eine *Must-Carry-Verpflichtung* im freien Paket für mobilen terrestrischen Rundfunk abzusichern.

Aber selbst wenn davon ausgegangen wird, dass der ORF die Identität und die Kultur Österreichs durch seine Fernsehprogramme fördern soll, kann eine Rechtfertigung der Sonderstellung des ORF durch den vorgeschlagenen Ministerialentwurf zur Einführung mobilen terrestrischen Fernsehens nicht begründet werden. Wie bereits aufgezeigt wurde, findet der in § 4 ORF-G normierte Programmauftrag im mobilen Fernsehen keinen Platz.

Europarechtswidrigkeit

Die sich aus den Ministerialentwurf zur Einführung von mobilem terrestrischen Rundfunk unmittelbar und mittelbar ergebenden Privilegierungen des ORF verstoßen gegen die zwingenden Vertragsvorschriften des EG-Vertrags („EG“) über den freien Dienstleistungsverkehr (Art 49 EG) sowie die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags (Art 86 Abs 1 EG sowie Art 87 EG).

Verstoß gegen die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs

Die diversen Privilegierungen des ORF gegenüber privaten Rundfunkveranstaltern verstoßen gegen das im EG-Vertrag niedergelegte Verbot der Beschränkung der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs (Art 49 EG). Der EuGH hat bereits frühzeitig entschieden, dass die Dienstleistungsfreiheit über das bloße Verbot der Diskriminierung von

¹⁹ Vgl. *Korinek*, Zur Rechtfertigung der Sonderstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im dualen System, FS Schmitt Glaeser (2003).



Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten hinaus auch allen sonstigen Beschränkungen entgegensteht, die in anderer Weise geeignet sind, die Tätigkeit eines Leistungserbringers bzw. Leistungsempfängers zu unterbinden bzw. zu behindern (vgl. EuGH, C-222/95 *Parodei*, Slg. 1997 I-3899, Rn 18). Dementsprechend können auch nationale Rechtsvorschriften, die gleichermaßen für Inländer und Angehörige anderer Mitgliedstaaten gelten (wie in diesem Fall die geplanten Änderungen im PrTV-G, ORF-G und KOG), gegen das Verbot der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit verstoßen.

Die Ausstrahlung von Fernsehsendungen ist nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH eine Dienstleistung im Sinne des Art 49 EG (vgl. EuGH, Rs. 155/73, *Sacchi*, Slg. 1974, 409 u.v.a.). Nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *ERT* (EuGH, Rs. C-260/89, *ERT*, Slg. 1991, S I-02925) steht die Dienstleistungsfreiheit zwar grundsätzlich der Schaffung eines Fernsehmonopols aus im öffentlichen Interesse liegenden Gründen nichtwirtschaftlicher Art nicht entgegen. Die Modalitäten der Ausgestaltung und der Ausübung eines solchen Monopols dürfen jedoch nicht gegen die Vertragsvorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr verstoßen. In dieser Entscheidung ging der EuGH davon aus, dass das Verbot der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch eine nationale gesetzliche Regelung, die ein Monopol von ausschließlichen Rechten zur Ausstrahlung von eigenen Sendungen und zur Übertragung von Sendungen auf anderen Mitgliedstaaten verschafft, entgegensteht, wenn sich dieses Monopol auf Sendungen aus anderen Mitgliedstaaten diskriminierend auswirkt und die Regelung nicht durch einen der Gründe gerechtfertigt ist, die in Art 49 EG angeführt sind. Nach Ansicht von Sat.1 Österreich und ProSieben Austria muss Gleiches für nationale Regelungen gelten, die einem inländischen Rundfunkveranstalter Sonderrechte zur Ausstrahlung von eigenen Sendungen verleiht, wenn sich diese Sonderrechte diskriminierend auf die Dienstleistungserbringung von Rundfunkunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten auswirken und die entsprechenden Regelungen nicht durch einen der in Art 49 EG genannten Gründe gerechtfertigt sind.

Das im Ministerialentwurf zur Einführung mobilen terrestrischen Fernsehens vorgesehene Recht des ORF, seine beiden Fernsehprogramme, „ORF1“ und „ORF2“, noch dazu unverändert, im frei zugänglichen Paket über eine Multiplex-Plattform mobil terrestrisch zu verbreiten, wirkt sich gegenüber privaten Rundfunkveranstaltern diskriminierend aus. Sowohl inländische private Rundfunkveranstalter als auch private Rundfunkveranstalter aus anderen Mitgliedstaaten sind gleichermaßen von der positiven Diskriminierung des ORF durch die Verleihung des Sonderrechts zur unveränderten Verbreitung von „ORF1“ und „ORF2“ an den ORF betroffen. Eine Rechtfertigung der im Ministerialentwurf zur Einführung mobiler terrestrischer Fernsehens vorgesehenen Privilegierung des ORF ist auch nicht aus einem der in Art 49 EG genannten Gründe gerechtfertigt.

Verstoß gegen Art 86 Abs 1 EG

Art 86 Abs 1 EG gebietet es den Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine dem EG-Vertrag widersprechenden Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten. Der ORF ist unzweifelhaft ein öffentliches Unternehmen iSd Art 86 Abs 1 EG. Die diversen in dem Ministerialentwurf zur Einführung von mobilem terrestrischen Fernsehen vorgesehenen Regelungen ausschließlich zu Gunsten des ORF verleihen dem ORF Sonderrechte iSd Art 86 Abs 1 EG.



Diese Sonderrechte verstoßen gegen mehrere Bestimmungen des EG-Vertrags und als rechtliche Konsequenz dieser Verstöße auch gegen Art 86 Abs 1 EG.

Die Verletzung von Art 86 Abs 1 EG ergibt sich zum einen aus der oben bereits ausgeführten Verletzung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch das Sonderrecht des ORF auf unveränderte Verbreitung seiner beiden Fernsehprogramme, „ORF1“ und „ORF2“, im frei zugänglichen Paket, sowie aus einem Verstoß gegen das Verbot der Gewährung staatlicher Beihilfen (Art 87 EG) infolge des gänzlichen Fehlens einer gesetzlichen Regelung, die den ORF dazu verpflichtet, im Fall der Aufnahme kommerzieller Tätigkeiten im Bereich des mobilen terrestrischen Rundfunks durch Tochtergesellschaften keine geldwerten Vorteile aus dem gebührenfinanzierten Bereich für diese kommerziellen Tätigkeiten zu nutzen (im Detail dazu unten) sowie dem Fehlen einer effektiven (*ex-post*) Kontrolle, durch die das gemeinschaftsrechtlich gebotene marktkonforme Verhalten des ORF bei kommerziellen Tätigkeiten im Bereich des mobilen terrestrischen Rundfunks überprüft werden kann. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH sind Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nach Art 49 EG durch die Verleihung von Monopol- oder Sonderrechten nach Art 86 Abs 1 EG verboten, wenn sie nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind.²⁰ Gleiches gilt für die Verleihung von Monopol- oder Sonderrechten, die zu einer Verletzung der Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags, zu denen auch die beihilferechtlichen Vorschriften zählen, führen.

Verstoß gegen Art 87 EG

Art 87 EG normiert das Verbot der Gewährung staatlicher Beihilfen. Das Fehlen einer klaren gesetzlichen Verpflichtung des ORF zu marktkonformem Verhalten bei kommerziellen Tätigkeiten im Bereich des mobilen terrestrischen Rundfunks führt unter Berücksichtigung der herrschenden einschlägigen Spruchpraxis der Europäischen Kommission zu einem Verstoß gegen das Verbot staatlicher Beihilfen.

Zwar ist die Europäische Kommission grundsätzlich der Auffassung, dass öffentliche Rundfunkveranstalter kommerzielle Dienste im Wettbewerb mit anderen (privaten) Anbietern anbieten dürfen. Voraussetzung dafür ist aber die Gewährleistung eines marktkonformen Verhaltens hinsichtlich kommerzieller Tätigkeiten von öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern: Nicht-marktkonformes Verhalten hinsichtlich kommerzieller Tätigkeiten von öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern könnte zu nicht durch die Erfüllung des öffentlichen Auftrags gerechtfertigten Wettbewerbsverzerrungen führen. Aus diesem Grund hat die Kommission bereits mehrfach Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, zu gewährleisten, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter Grundsätze des marktkonformen Verhaltens befolgen (vgl. zuletzt die Entscheidung der Europäischen Kommission in der Rechtssache *Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland*²¹).

Die Europäische Kommission ist ferner der Auffassung, dass zur Einhaltung von Marktprinzipien nicht nur ein marktkonformes Verhalten gegenüber Dritten (z.B. kein

²⁰ Lenz, EG-Vertrag, Rz 6 zu Art 86 EG mit Judikaturnachweisen.

²¹ Staatliche Beihilfe E 3/2005, insbesondere Punkt 7.3.3.3.



Unterbieter von Preisen beim Verkauf von Werbezeit) gehört, sondern auch, dass sich die Rundfunkveranstalter gegenüber ihren gewerblichen Tochtergesellschaften wie gegenüber Dritten verhalten (*Grundsatz des Fremdvergleichs*).²² Um sicherzustellen, dass nicht-kommerzielle Tätigkeiten öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter nicht gegen das Verbot staatlicher Beihilfen verstoßen, müssen von den Mitgliedstaaten erforderliche Rechtsvorschriften erlassen werden, um die öffentlichen Rundfunkanstalten zu einem marktkonformen Verhalten zu verpflichten. Die Einhaltung dieser Grundsätze muss einer regelmäßigen externen Kontrolle unterliegen.²³

Ein Verstoß gegen die beihilfenrechtlichen Vorschriften des EG-Vertrags durch die geplanten Änderungen des PrTV-G, ORF-G, KOG kann nur dann vermieden werden, wenn in das ORF-G zusätzlich zu der ausdrücklichen Erweiterung seines Unternehmensgegenstandes auf den Bereich des mobilen terrestrischen Rundfunks zusätzlich auch gesetzliche Regelungen eingeführt werden, die ein marktkonformes Verhalten des ORF gegenüber jenen Tochtergesellschaften, die nicht-kommerzielle Tätigkeiten im Bereich des mobilen terrestrischen Rundfunks ausüben, sicherstellt und durch die auch eine *ex-post* Kontrolle zur Einhaltung der entsprechenden Vorschriften gewährleistet ist.

Weitere Bedenken gegen den vorliegenden Ministerialentwurf

Risiko wettbewerblich motivierten Missbrauchs bei der Programmauswahl

Die Erfahrungen aus dem Verfahren zur Vergabe der ersten Zulassung zum Betrieb einer terrestrischen Multiplex-Plattform gemäß § 25 Abs 1 PrTV-G iVm §§ 23 Abs. 1 und 2 und 3 PrTV-G sowie 3 MUX-AG-V 2005 (KOA 4.200/06-002) sowie die Marktgegebenheiten in Österreich lassen erwarten, dass sich auch im Verfahren auf Zulassung zur ersten Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk nur die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG („ORS“) bewerben und dementsprechend auch zum Betrieb dieser Multiplex-Plattform zugelassen wird. Vor diesem Hintergrund und der Tatsache, dass der ORF zu 60% an der ORS beteiligt ist und damit einen beherrschenden Einfluss auf die ORS im gesellschafts- und kartellrechtlichen Sinn ausübt, ist das derzeit im Ministerialentwurf vorgesehene System, die Auswahl der über die Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk verbreiteten Programme dem Betreiber dieser Plattform zu überlassen, zu hinterfragen.

Der ORF ist der mit Abstand marktmächtigste Rundfunkveranstalter in Österreich und zwar sowohl im Bereich des Fernsehens als auch im Bereich des Hörfunks. Die tägliche Praxis zeigt, dass der ORF mit den privaten Rundfunkveranstaltern in einem unmittelbaren Wettbewerbsverhältnis steht. Wettbewerbsökonomische Modelle indizieren, dass faktische oder rechtliche Sonderstellungen von Unternehmen im Wettbewerb zu ihren Gunsten genutzt werden. Die Überlassung der Auswahl der über die Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk verbreiteten Programme an den Betreiber dieser Plattform bietet

²² Entscheidung der europäischen Kommission zur Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, Rz. 318.

²³ Entscheidung der europäischen Kommission zur Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, Rz. 319.



daher dem ORF, im Fall der anzunehmenden Erteilung der Zulassung an die von ihm beherrschte ORS, die Möglichkeit, unerwünschten Mitbewerbern den Zutritt zu dem neuen wichtigen Markt für mobilen terrestrischen Rundfunk zu erschweren oder allenfalls sogar gänzlich unmöglich zu machen.

Die Selbstbindung des Betreibers der Multiplex-Plattform durch einen selbst definierten Kriterienkatalog, die durch Auflagen der Zulassungsbehörde im Zulassungsbescheid abgesichert werden soll (vgl. KOA 4.200/06-02), ist kein ausreichendes Mittel, allfälligen, wettbewerbsökonomisch indizierten, Missbräuchen des Betreibers der Multiplex-Plattform ausreichend vorzubeugen. Bei unbestimmten, sehr weit gefassten Kriterien, wie „Beitrag zur Steigerung der Programmvielfalt des DVB-T/DVB-H Bouquets“, „Anteil eigengestalteter Programme“, „größere Nachfrage der Teilnehmer“, „Bonität“, „Österreich- und Regionalbezug“ (vgl. KOA 4.200/06-02, S. 24), ist es nur allzu leicht, tatsächlich rein wettbewerblich motivierte Entscheidungen zugunsten des Betreibers der Multiplex-Plattform nachträglich zu objektivieren. Auch die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle bietet keinen ausreichenden Rechtsschutz für rechtsmissbräuchlich benachteiligte Mitbewerber, da die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle auf rein wirtschaftliche Sachverhalte beschränkt ist, und die bei der Programmauswahl relevanten Kriterien dort nicht relevant sind.

Um allfälligen Missbräuchen des zukünftigen Betreibers der Multiplex-Plattform von vorneherein vorzubeugen, wäre das in anderen Rechtsbereichen (etwa der Energiewirtschaft) bewährte Modell eines strikten Unbundlings von Infrastruktur und Programm zu bevorzugen. Die Funktion des Betreibers der Multiplex-Plattform wäre dementsprechend auf den technischen Betrieb des Sendernetzes und der Systemplattform zu beschränken. Die Auswahl der Programme wäre hingegen der Regulierungsbehörde, wie es auch sonst im PrTV-G (§§ 7f) und PrR-G (§ 6) der Fall ist, zu übertragen. Bei einer unabhängigen Regulierungsbehörde besteht nämlich das Risiko eines wettbewerblich motivierten Missbrauchs der Entscheidungsbefugnis bei der Programmauswahl nicht.

Konsequent wäre ein aufgrund der faktischen Risiken gebotenes Unbundling jeglicher Ausschluss einer gesellschaftsrechtlichen, personellen und/oder organisatorischen Verflechtung zwischen einem Rundfunkveranstalter und dem Betreiber einer Multiplex-Plattform.

Die Rolle der Mobilfunkbetreiber

Im Interesse der Schaffung und Beibehaltung einer funktionierenden dualen Rundfunkordnung muss ein diskriminierungsfreier Zugang der privaten Rundfunkveranstalter zu mobilem terrestrischem Rundfunk gesichert sein. Zugangsbeschränkungen dürfen sich ausschließlich aus einer Ressourcenknappheit der verfügbaren Datenkapazitäten ergeben. Durch die derzeit im Ministerialentwurf vorgesehene Einführung von Programmaggregatoren, die zusammen mit dem Betreiber der Multiplex-Plattform über die Auswahl der verbreiteten Programme entscheiden sollen, wird für die privaten Rundfunkveranstalter, deren Programme im Gegensatz zum ORF nicht gesichert mobil terrestrisch verbreitet werden, eine weitere potentielle Zugangsbeschränkung zu Mobile TV gesetzlich statuiert. Eine Notwendigkeit dafür ist nicht erkennbar. Auch in diesem Zusammenhang liegt ein Unbundling zwischen technischen (Dienst)leistungen und



Programm nahe um die notwendigen Rahmenbedingungen für einen funktionierenden Markt für Mobile TV in Österreich zu schaffen.

Alternative Rollenverteilung

Um die Rahmenbedingungen für einen funktionierenden Markt für Mobile TV in Österreich zu schaffen, wird aus den oben ausgeführten Gründen nachstehende alternative Rollenverteilung vorgeschlagen:

- Multiplex-Betreiber: Betrieb des Sendernetzes und von Teilen der Systemplattform
- Rundfunkveranstalter: Content
- Mobilfunkbetreiber: technische (Dienst)leistungen (insbesondere Verschlüsselung, SMS und Billing)

Eine Kooperation zwischen Programmveranstalter und Mobilfunkbetreiber bezüglich Vermarktung, Paketierung und Preisgestaltung sollte gesetzlich möglich sein.

Schlussbemerkungen

Diese Stellungnahme von Sat.1 Österreich und ProSieben Austria zielt nicht darauf ab, den ORF gänzlich aus dem neuen Markt für mobiles terrestrisches Fernsehen auszuschließen. Nach Ansicht von Sat.1 Österreich und ProSieben Austria kann es dem ORF durchaus möglich sein, unter gleichen Bedingungen wie für private Rundfunkveranstalter im Bereich des mobilen terrestrischen Rundfunks kommerziell tätig zu sein. Dazu sind insbesondere die Aufnahme einer gesetzlichen Verpflichtung zu marktkonformen Verhalten in diesem Bereich sowie einer effektiven Kontrolle unabdingbar.

Die derzeit vorgesehenen Privilegierungen des ORF sind hingegen sachlich nicht gerechtfertigt und führen zu den in dieser Stellungnahme aufgezeigten Rechtswidrigkeiten. Auch abgeschwächte Formen der Privilegierungen des ORF, etwa durch eine Beibehaltung von *Must-Carry-Verpflichtungen* im Basispaket zugunsten der beiden ORF-Fernsehprogramme, sind aufgrund der Besonderheiten von Mobile TV nicht gerechtfertigt. Nur durch die Schaffung eines absoluten *Level Playing Fields* zwischen dem öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunk sind faire Wettbewerbsbedingungen gewährleistet. Diese sind die Grundlage für eine echte duale Rundfunkordnung. Der Verzicht auf jegliche Form der Privilegierung des ORF in einem Markt, in dem gesetzliche Sonderrechte durch den öffentlichen Versorgungsauftrag nicht geboten sind, wäre ein klares Bekenntnis des Gesetzgebers zur dualen Rundfunkordnung und ein Impuls zu neuer Dynamik am österreichischen Markt für Rundfunk und in verwandten Märkte.

Sollten die geplanten Änderungen des PrTV-G, ORF-G und des KOG, wie in dem derzeit vorliegenden Ministerialentwurf zur Einführung von mobilem terrestrischem Fernsehen vorgesehen, in Kraft treten, sind zumindest teilweise Aufhebungen der geplanten Neuerungen wegen Verfassungswidrigkeit vorgezeichnet. Darüber hinaus riskiert die Republik Österreich die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens sowie die Einleitung eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens wegen Gewährung verbotener Beihilfen an den



ORF durch die zuständigen Behörden der EU. Entwicklungen, die es im Interesse der Rechtssicherheit vorab zu vermeiden gilt, um es sämtlichen Marktteilnehmern zu ermöglichen, weiter am Aufbau einer gesunden dualen Rundfunkordnung in Österreich zu arbeiten.

Mit freundlichen Grüßen,

Dipl.Kffr. Corinna Drumm
Geschäftsführerin
Sat.1 Österreich

Mag. Markus Breitenecker
Geschäftsführer
ProSieben Austria