



Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG

An das
Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1014 Wien
v4@bka.gv.at

Die Stellungnahme wurde elektronisch an das Präsidium des Nationalrates übermittelt

Stellungnahme der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG zum Ministerialentwurf 115/ME XXIV. GP

Einleitung

Das beihilfenrechtliche Verfahren E 2/2008 betreffend die Finanzierung des ORF, eingestellt mit Entscheidung der Europäischen Kommission vom 28.10.2009, K(2009)8113 endg. (im Folgenden „EU-Entscheidung“) sowie die erforderliche Umsetzung der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste in nationales Recht machen Änderungen des österreichischen Rundfunkrechtes notwendig.

Einige der im vorliegenden Begutachtungsentwurf vorgesehenen Gesetzesänderungen bringen tiefgreifende Veränderungen des rechtlichen Umfelds für die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG (ORS) sowie für andere Tochterunternehmen des ORF, welche weder aus dem genannten beihilfenrechtlichen Verfahren noch aus der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste ableitbar sind. Weiters beinhaltet der Entwurf streckenweise Formulierungsunschärfen, welche beträchtliche Rechtsunsicherheit schaffen. Die ORS nimmt zum Begutachtungsentwurf daher wie folgt Stellung:

1. Anwendung des ORF-G § 2 Abs. 3 ORF-G auf Tochtergesellschaften und verbundene Unternehmen

§ 2 Abs. 3 des ORF-G Entwurfs lautet: „*Auf die Tätigkeit von Tochtergesellschaften des Österreichischen Rundfunks und von mit ihm verbundenen Unternehmen finden die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes Anwendung, soweit nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt ist.*“

Die weite Formulierung des § 2 Abs. 3 schafft Rechtsunsicherheit, da es bei einer Reihe von Bestimmungen diskussionswürdig ist, ob diese nun nur für die Stiftung ORF oder auch seine Töchter bzw. verbundenen Unternehmen anwendbar ist.

Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG Austrian Broadcasting Services

A-1136 Wien, Würzburggasse 30, T: +43 | (0)1 | 87040+, F: +43 | (0)1 | 87040+, www.ors.at

FN 256454 p, Handelsgericht Wien, UID: ATU 612 929 88

Kontonummer: 649 780 (EUR), Bank: Raiffeisenlandesbank NÖ-Wien, BLZ: 32000, IBAN Code: AT49 3200 0000 0064 9780, BIC: RLNWATWW

Unbeschränkt haftender Gesellschafter: Österreichische Rundfunksender GmbH, A-1136 Wien, Würzburggasse 30, FN 252826 d, Handelsgericht Wien

So wird etwa im Abschnitt 5.a „Gleichstellung von Frauen und Männern“ festgelegt, welche Verpflichtungen die *Stiftung Österreichischer Rundfunk* in diesem Zusammenhang hat. Es bleibt unklar, ob der Gesetzgeber mit der Bezugnahme auf die *Stiftung Österreichischer Rundfunk* die Tochtergesellschaften und verbundenen Unternehmen von der Verpflichtung mit umfassen wollte oder nicht. Es stellt sich beispielsweise die Frage, ob es ausreicht, eine Gleichbehandlungskommission (§ 30j) für den gesamten ORF-Konzern einzurichten oder es gar in jedem Tochterunternehmen bzw. verbundenen Unternehmen eine solche Kommission geben muss. Es erscheint aus diesem Grunde notwendig, im § 2 Abs. 3 ORF-G eine Auflistung jener Regelungen des ORF-G aufzunehmen, die für die Tochtergesellschaften und verbundenen Unternehmen **nicht gelten** sollen.

Aus ORS-Sicht sind dies jedenfalls **§ 7 Abs. 2** (die Veröffentlichung des Jahresabschlusses im Firmenbuch sollte bei Tochtergesellschaften reichen, der ORF muss in einem Annex zu seinem Bericht nach § 7 ORF-G ohnehin die Details seiner eigenen kommerziellen Tätigkeiten und die seiner Töchter darstellen - siehe Seite 114 der Erläuterungen), **§ 27** (das Stellenbesetzungsgesetz ist für Tochtergesellschaften ohnedies anwendbar), **§§ 30i - 30p** (die Bestimmungen zur Gleichbehandlung auf alle Töchter anzuwenden, wäre mit einem nicht zu rechtfertigenden administrativen Aufwand verbunden, es ist den Erläuterungen auch nicht zu entnehmen, dass dies dem Telos dieser Bestimmungen entsprechen würde), **§§ 40 Abs. 1 bis 3, 6 und 41** (die dort beschriebenen Aufgaben werden in Tochtergesellschaften ohnehin durch Aufsichtsräte wahrgenommen, Doppelgleisigkeiten sollten daher vermieden werden).

2. Auslandsinvestitionen von ORF-Tochterunternehmen

Aufgrund einer Entscheidung des Bundeskommunikationssenats (BKS) besteht sowohl in der geltenden Fassung des ORF-G als auch im gegenständlichen Entwurf eine **Unsicherheit, was die Möglichkeit von Auslandsinvestitionen von ORF-Tochterunternehmen angeht**. Die Definition des Unternehmensgegenstandes in § 2 ORF-G enthält - im Gegensatz zu beispielsweise § 9 Abs. 6 lit a des geltenden ORF-G, der die Marktmacht des ORF im Printbereich beschränken soll - keine rechtspolitisch motivierten konkreten Betätigungsverbote. Diesem Aspekt wurde durch den BKS in der genannten Entscheidung nicht Rechnung getragen. **Dies erklärt sich daraus, dass dieser Punkt nicht die Kernfrage der zitierten Entscheidung war und somit einer gründlichen Prüfung dieser Frage aus BKS-Sicht keine große Bedeutung zukam.**

Weiters sind im Privatfernsehgesetz (PrTV-G) bzw. im künftigen Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G) und im Entwurf der Novelle des Privatradiogesetz (PrR-G) Bestimmungen angeführt, welche auch für den ORF relevant sind (z.B. Testbetriebslizenzen, § 22 PrTV-G, § 4 des Entwurfs des PrR-G) weshalb die Definition der Rundfunk Tätigkeiten nicht auf das ORF-G beschränkt werden sollte.

Wir regen daher an, den § 2 Abs. 1 Z 1 und Z 3 ORF-G wie folgt zu ändern und die nachstehenden Erläuterungen einzufügen:

§ 2 Abs. 1 Z 1: die Veranstaltung von Rundfunk *nach diesem Bundesgesetz und aufgrund sonstiger bundesgesetzlicher Grundlagen;*

§ 2 Abs. 1 Z 3: den Betrieb von für die Tätigkeiten nach dieser Ziffer *und für die Veranstaltung von Rundfunk und ähnlichen Dienstleistungen im In- und Ausland* notwendigen technischen Einrichtungen.

Erläuterung:

Durch die vorgesehene Spezifizierung des Rundfunkbegriffs der Ziffer 1 soll gegenüber der neu vorgeschlagenen Ziffer 3 klargestellt werden, dass der ORF Rundfunk nur im Inland betreiben darf, wobei mit dem Hinweis auf sonstige bundesgesetzliche Grundlagen aktuell eine Zulassung gemäß § 22 Abs. 2 Privatfernsehgesetz BGBl I Nr. 84/2001 idgF gemeint ist.

Der Bundeskommunikationssenat hat in einem von Premiere Deutschland angestrebten Verfahren gegen die ORS (GZ. 611.933/0006-BKS/2006) in einem Nebensatz zum Unternehmensgegenstand des Österreichischen Rundfunks festgehalten, dass dieser „...jedenfalls dort überschritten [wird], wo bestimmte Technologien oder Netzwerke größeren Umfangs ausschließlich für die Zurverfügungstellung an Dritte errichtet und betrieben werden sollen.“ Diese Aussage stellt nahezu sämtliche Aktivitäten der ORS im Ausland in Frage, da hier eine Zurverfügungstellung von technischen Dienstleistungen an Dritte (nicht ORF-zugehörige Unternehmen) den Regelfall darstellt. Obwohl der geltende Wortlaut des ORF-Gesetzes, BGBl. Nr. 379/1984, in der Fassung BGBl. I Nr. 102/2007, auch die gegenteilige Auffassung, zulässt, soll die gegenständliche Novelle diesbezügliche Unklarheiten beseitigen und die Zulässigkeit von Tätigkeiten der ORS im Ausland klarstellen; die Tätigkeiten haben sich dabei weiterhin innerhalb des ORF-Unternehmensgegenstandes zu bewegen, wobei im Sinne zunehmender Konvergenz der Netze auch dem Rundfunk „ähnliche Dienstleistungen“ (IPTV etc) erlaubt sein sollen.

3. Kommerzielle Aktivitäten des ORF (§ 8a ORF-G)

1. Definition der kommerziellen Tätigkeiten des ORF

Der Gesetzesentwurf (§ 8a Abs. 3 und 5) unterscheidet zwischen **zwei Kategorien kommerzieller Tätigkeiten:**

1. jene, die im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag stehen
2. jene, die keinen Bezug zum öffentlich-rechtlichen Auftrag haben ("stand alone" kommerzielle Aktivitäten)

In den §§ 8a Abs 3, 5 und 31 Abs 3 wird die Kategorie der „kommerziellen Tätigkeiten im (engen) Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag“ angesprochen. Jeweils im Bezug auf die Anrechenbarkeit der daraus erwirtschafteten Nettoerlöse auf die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags.

Diese Definition der kommerziellen Tätigkeiten ist auslegungsbedürftig (Was genau ist unter „im Zusammenhang mit“ zu verstehen?) und entspricht auch nicht der Definition, welche die Europäische Kommission in der beihilferechtlichen Entscheidung (Rz 177) festgelegt hat. Dort wird konkret auf die Verwertung unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallender Dienste (klassisch: Programm- und Werbeverkauf) abgestellt. Es wird daher angeregt, die §§ 8 a Abs. 5 und 31 Abs. 3 analog der in Rz 177 der zitierten Entscheidung wie folgt zu formulieren:

„§ 8a Abs. 5: Erlöse aus kommerziellen Tätigkeiten, **die unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallende Dienste kommerziell verwerten**, sind bei der Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrages (§ 31) zu berücksichtigen.“

„§ 31 Abs. 3: Die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrages entsprechen den Kosten, die zur Erbringung des öffentlich-rechtlichen Auftrages anfallen, unter Abzug der erwirtschafteten Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit **die unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallende Dienste kommerziell verwerten**, sonstiger Zuwendungen (...“

Weiters wird eine Änderung der Formulierung der Erläuterungen in untenstehendem Sinne vorgeschlagen:

Erläuterungen zu § 31c Abs.: 3 (Seite 126 des Begutachtungsentwurfs, Mitte): Im Hinblick auf „stand alone“ kommerzielle Tätigkeiten, also solche, die der ORF im Rahmen des Unternehmensgegenstandes, aber außerhalb eines Konnex zur öffentlich-rechtlichen Tätigkeit (**im Sinne einer kommerziellen Verwertung unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallender Dienste**) erbringt, ist im gegebenen Zusammenhang festzuhalten, dass eine Berücksichtigung der Kosten der Anlauffinanzierung ausgeschlossen ist, d.h. dass eine Finanzierung ausschließlich aus erwirtschafteten kommerziellen Einnahmen bzw. über den Markt zu erfolgen hat.“

Der Klammerausdruck auf Seite 122 der **Erläuterungen zu § 31 Abs. 2**, Mitte („*also jene, die im Sinne des § 2 ORF-G nicht als Geschäfte und Maßnahmen anzusehen sind, die für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags bzw. für seine Vermarktung geboten sind, wovon etwa der Betrieb eines kommerziellen Spartenprogramms wie TW1 fielt*“), **ist irreführend, da er den Unternehmensgegenstand mit dem öffentlich rechtlichen Auftrag vermengt.** Es wird daher angeregt, den Klammerausdruck wie folgt zu ändern: (...)*„also jene Tätigkeiten im Rahmen des Unternehmensgegenstandes, die nicht als kommerzielle Verwertung unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallender Dienste anzusehen sind“* (..)

2. Anlauffinanzierung „stand alone“ kommerzieller Aktivitäten

In den Erläuterungen wird auf Seite 122 zur Finanzierung der Anlaufverluste der „stand alone“ kommerziellen Aktivitäten ausgeführt, dass diese nicht aus dem Programmengelt, wohl aber aus Einnahmen anderer kommerzieller Tätigkeiten finanziert werden dürfen.

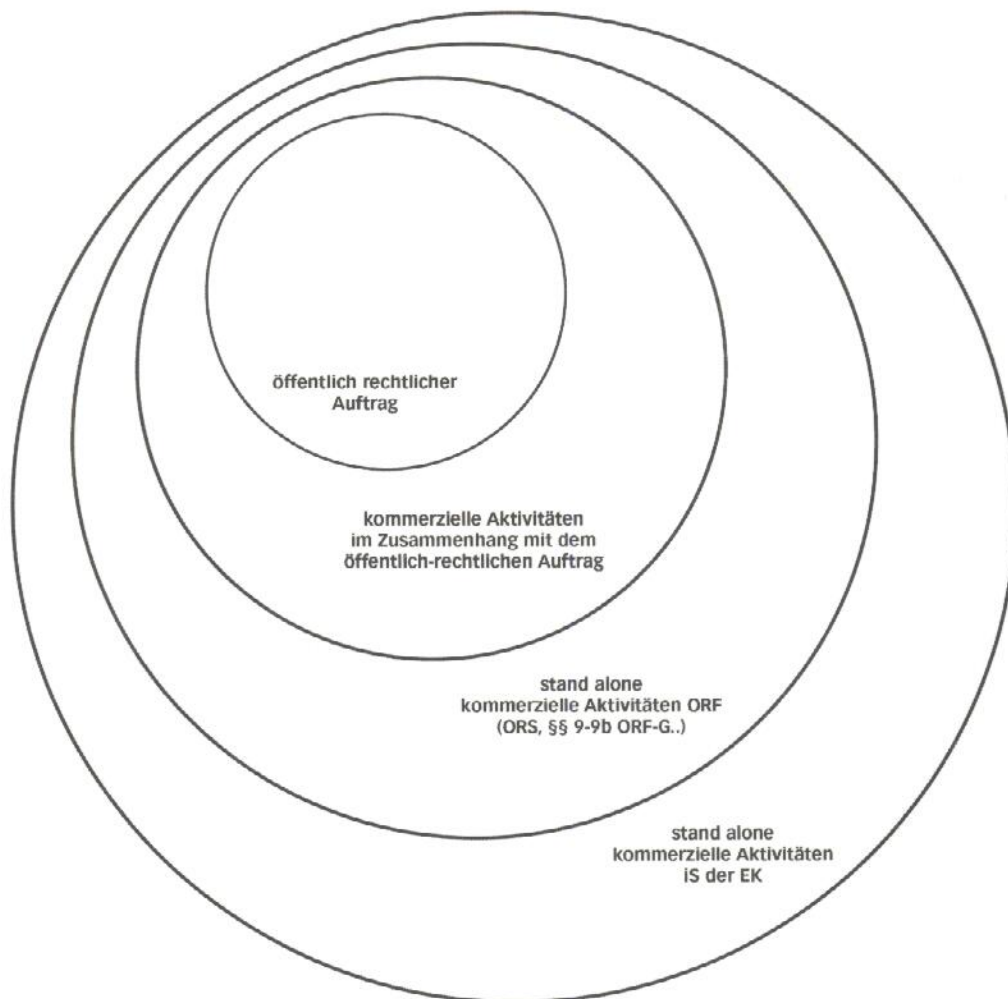
Auf Seite 126 wird - dazu im Widerspruch stehend - ausgeführt, **dass Anfangsverluste von "stand alone" kommerziellen Aktivitäten ausschließlich "über den Markt" oder aus anderen „stand alone“ kommerziellen Aktivitäten finanziert werden dürfen** (argumento: „aus solcherart erwirtschafteten kommerziellen Einnahmen“). Da nahezu jeder neue kommerzielle Geschäftsplan Anlaufverluste aufweist und in Zeiten der Finanzkrise die Fremdkapitalgeber kaum bereit sind, das Risiko eines Neugeschäfts ohne Eigenmittelbeteiligung zur Gänze zu übernehmen, kommt das einem **de facto Verbot von neuen "stand alone" kommerziellen Aktivitäten** gleich.

Eine solche Einschränkung der Anlauffinanzierung ist in der EU-Entscheidung nur hinsichtlich Tätigkeiten explizit getroffen, die überhaupt keinen Bezug zur Rundfunkfähigkeit aufweisen. Dies ergibt sich aus dem Beispiel Kasinogeschäft, Rz 164 der Entscheidung, es sind daher Aktivitäten gemeint, die ein vollständig abgekoppeltes Geschäftsfeld des Rundfunkbetreibers darstellen (wie z.B. der Vertrieb der Lonely Planet-Reiseführer durch die BBC). **Solche „echten“ Stand alone Tätigkeiten ohne jeden Rundfunkbezug sind gemäß geltendem ORF-Gesetz bzw. gemäß Entwurf ohnehin nicht gestattet, da der ORF-Unternehmensgegenstand immer einen allgemeinen Rundfunkzusammenhang verlangt** (jedoch keinen zwingenden Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag).

In der Sachverhaltsdarstellung der EU-Entscheidung zu den Tochtergesellschaften des ORF sind in Rz 71 eine Reihe von kommerziellen Tätigkeiten aufgezählt, die derzeit von ORF-Töchtern erbracht werden, darunter die Tätigkeiten der ORS, von TW1, ORF-Enterprise etc. Trotzdem hat die Kommission in Rz 164 explizit als Beispiel für eine stand-alone Tätigkeit eine kommerzielle Aktivität beschrieben, die vom ORF bzw. dessen Tochtergesellschaften derzeit **gerade nicht** betrieben wird. Dies belegt eindeutig, dass die Kommission das von der ORS dargestellte Verständnis von „stand alone“ kommerziellen Aktivitäten hat. **Die Auslegung, dass „stand alone“ kommerzielle Aktivitäten, wie sie derzeit im ORF-Konzern bestehen (also jene, die im Rahmen des Unternehmensgegenstandes mit allgemeinem Rundfunkbezug aber ohne spezifischen Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag betrieben werden), unter jene Aktivitäten fallen, die von der Kommission in Rz 164 genannt werden, ist daher überschießend.**

Auch aus der Rz 223 der EU-Entscheidung, in der festgehalten wird, dass der ORF kommerzielle Einnahmen aus Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag stehen, zur Anlauffinanzierung anderer kommerzieller Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag heranziehen kann, sofern diese Investitionen im Einklang mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers erfolgen, ist kein solches Verbot abzuleiten. Die Rz 223 betont lediglich die zwingende Anwendung des PIT bei der Finanzierung kommerzieller Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag legt und in keiner Weise ein Verbot der Finanzierung von „standalone“ Tätigkeiten aus kommerzieller Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag fest.

Zur Verdeutlichung unserer Interpretation verweisen wir auf nachstehende Grafik:



Es ist davon auszugehen, dass es sich bei der unnotwendigerweise einschränkenden Formulierung auf Seite 126 um ein Redaktionsversehen handelt. **Es ist daher eine Klarstellung in den erläuternden Bemerkungen erforderlich, dass Anlaufverluste von „stand alone“ kommerziellen Aktivitäten nicht aus dem Programmengelt, wohl aber aus Einnahmen aller kommerziellen Tätigkeiten finanziert werden dürfen, sofern die Kriterien des PIT erfüllt sind.**

4. Thesaurierungsverbot (§8a Abs. 5 ORF-G)

In den Erläuterungen zu § 8a Abs. 5 (Seite 115) des Gesetzesentwurfes wird festgestellt, dass **Erträge kommerzieller Tochtergesellschaften im Sinne der Allgemeinheit und nicht zur Thesaurierung in Tochtergesellschaften zu nutzen sind**. Dies könnte so gelesen werden, dass Dividenden immer an die Muttergesellschaft ausgeschüttet werden müssen. Um den kommerziellen Tochtergesellschaften effizientes Wirtschaften und die Co-Finanzierung neuer Geschäftsfelder aus Eigenmitteln zu erlauben, ist es notwendig, dass diese in der Lage sind, für bestimmte Zwecke entsprechende Eigenmittel nicht auszuschütten. **Es ist daher eine Klarstellung in den Erläuterungen notwendig, dass Gewinnvorträge in ausschließlich kommerziellen Tochtergesellschaften-** unter der Voraussetzung, dass der im konkreten Fall vom ORF anzuwendenden Private Investor Test die Rentabilität der geplanten Aktivitäten ergibt - **erlaubt sind**.

Weiters ist eine **Klarstellung erforderlich, dass für die Kapitalausstattung von gegebenenfalls neu zu gründenden kommerziellen Tochtergesellschaften oder für Kapitalerhöhungen bestehender Tochtergesellschaften des ORF Erlöse aus kommerziellen Tätigkeiten des ORF herangezogen werden dürfen**, sofern diese Maßnahmen dem Private Investor Test entsprechen.

5. Private Investor Test (PIT, § 31c Abs. 3 ORF-G)

In § 31c Abs. 3 des Gesetzesentwurfes ist geregelt, dass kommerzielle Tätigkeiten des ORF, seiner Tochtergesellschaften und mit dem ORF verbundener Unternehmen dem Grundsatz des wirtschaftlich handelnden Privatinvestors im Zusammenhang mit Art 87 EGV zu entsprechen haben. Insbesondere darf gemäß dieser Bestimmung eine Investition zur Anfangsfinanzierung neuer kommerzieller Tätigkeiten nur dann vorgenommen werden, wenn eine Rentabilität dieser Investition zu erwarten ist, aufgrund der auch ein wirtschaftlich handelnder (hypothetischer) Privatinvestor die Investition vornehmen würde (Private Investor Test). Beihilfenrechtlich ist eine Quersubventionierung kommerzieller Aktivitäten aus öffentlichen Mitteln verboten. Dies bedeutet jedoch auch, dass seitens des ORF keine Beihilfen in die Tochtergesellschaften fließen dürfen. **Kommerzielle Töchter des ORF verfügen daher per definitionem nicht über öffentliche Mittel, daher besteht bei diesen auch kein Anwendungsbereich für den PIT.**

Schließlich ergibt sich marktwirtschaftliches Handeln ohnehin aus der Natur kommerzieller Aktivitäten, ein eigener Test ist daher weder zielführend noch gerechtfertigt und wird auch in der EU-Entscheidung nicht verlangt. **Lediglich bei solchen Tochtergesellschaften, die unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallende Dienste kommerziell (nach)verwerten, ist bei Anlaufverlusten der PIT einzuhalten** (Randziffer 177 der EU-Entscheidung zum Nettokostenprinzip). Aus den genannten Gründen ist eine generelle Verankerung des PIT für alle Tochtergesellschaften, die kommerziellen Aktivitäten nachgehen, überschießend. Hier bedarf es einer Einschränkung im Sinne der EU-Entscheidung.

Wir schlagen folgende Klarstellung vor:

„§ 31 c Abs. 3: Kommerzielle Tätigkeiten, die unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallende Dienste kommerziell verwerten, des ORF, seiner Tochtergesellschaften oder der mit ihm verbundenen Unternehmen haben dem Grundsatz des wirtschaftlich handelnden Privatinvestors im Sinne des Art 87 EG-Vertrag zu entsprechen. [...]“

In diesem Zusammenhang ist auch eine Änderung im § 13 Abs. 3 Z 13 KommAustria Gesetz (KOG) dahin gehend erforderlich, dass die Zuständigkeit der Medienbehörde bei der Rechtsaufsicht der ORF-Tochtergesellschaften sich auf jene Bereich beschränkt, in denen das ORF-Gesetz auf diese anwendbar ist.

6. Finanzierungsbeiträge RTR-GmbH, Fachbereich Medien (§ 35 KOG)

§ 35 Abs. 2 des Gesetzesentwurfs lautet:

Die Finanzierungsbeiträge sind von der Branche Medien zu leisten. Die Branche Medien umfasst den Österreichischen Rundfunk, die in Österreich niedergelassenen Rundfunkveranstalter und die nach AMD-G zur Anzeige verpflichteten Mediendiensteanbieter (Beitragspflichtige).

Die geltende Bestimmung zur Regelung des Finanzierungsbeitrags in § 10a Abs. 2 KOG lautet:

Die Finanzierungsbeiträge sind von der Branche Rundfunk zu leisten. Die Branche Rundfunk umfasst die in Österreich niedergelassenen Rundfunkveranstalter (Beitragspflichtige).

Die explizite Nennung des ORF neben den in Österreich niedergelassenen Rundfunkveranstaltern im vorliegenden Entwurf des § 35 Abs. 2 erweckt den Eindruck, als sei die Finanzierungsbeitragspflicht des ORF nunmehr weiter gefasst als bisher (Einschränkung auf jene Bereiche des ORF, die unmittelbar der Rundfunkveranstaltung befasst sind) und erstrecke sich etwa auch auf jene Tochterunternehmen des ORF, welche nicht Rundfunkveranstalter sind. Aus den Erläuterungen aus Seite 93 ergibt sich, dass dies nicht intendiert ist, sondern sich die Finanzierungsbeitragspflicht des ORF weiterhin auf die Umsätze des ORF aus der Veranstaltung von Rundfunk und audiovisuellen Mediendiensten bezieht. **Daher wird ange-regt, in § 35 Abs. 2 die Wortfolge „den Österreichischen Rundfunk,“ zu löschen.**

7. § 3 Abs. 5 geltendes Privatradiogesetz- saisonaler Hörfunk

Die ORS regt an, im Zuge der Novellierung des Privatradiogesetzes den bestehenden § 3 Abs. 5 PrR-G um den Unterfall „zeitlich beschränkte Zuteilung von Übertragungskapazitäten zur Veranstaltung von saisonalem Hörfunk“ zu ändern. **Es gibt neben den Bedarf an Event-radios und Ausbildungsradios auch einen steigenden Bedarf nach saisonaler Nutzung von Übertragungskapazitäten insbesondere im Bereich von Tourismusgebieten.** So besteht etwa in Wintersportgebieten eine steigende Nachfrage nach Nutzung von

Übertragungskapazitäten für die Dauer von bis zu sechs Monaten etwa für die Veranstaltung von Radioinformationsprogrammen für Touristen.

Da erfahrungsgemäß die Zuteilung von Frequenzen für langfristig ausgelegte Rundfunkprogramme von der Beantragung bis zur rechtskräftigen Entscheidung ohnehin nicht weniger als sechs Monate in Anspruch nimmt, würde eine Zuteilung für sechs Monate für saisonalen Hörfunk die Zuteilung solche Übertragungskapazitäten für Hörfunkprogramme nach § 3 Abs. 1 PrR-G nicht behindern. **Aus diesem Grund wird auch angeregt, die zeitliche Begrenzung von Eventhörfunkzulassungen nach § 3 Abs. 5 Z 1 auf von drei auf mindestens sechs Monate auszuweiten.**

8. Novellierung des Telekommunikationsgesetz

1. Anregung zur Novellierung der geltenden Regelung des Marktdefinitionsverfahrens

Gemäß § 36 des geltenden TKG 2003 erfolgt die Märktedefinition derzeit im Rahmen einer Verordnung. Materiell betrachtet ist die Märktedefinition ein Teil des darauf folgenden Marktanalyseverfahrens gemäß § 37 TKG 2003. Es handelt sich um eine nach spezifischen Kriterien durchzuführende Marktabgrenzung. **Marktabgrenzungen sind kein eigener Regelungsgegenstand sondern ein integraler Bestandteil von wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen.** Märktedefinition und Marktanalyse sind zueinander akzessorisch. **Die Märktedefinition ist für die Marktanalyse präjudiziell.**

Nach dem EuGH in Rs C-426/05 hat ein betroffenes Unternehmen gegen eine Entscheidung einer Regulierungsbehörde Anspruch auf ein effektives Rechtsmittel. Effektiv ist ein Rechtsmittel nur, wenn sich das Unternehmen gegen alle Aspekte der entsprechenden Entscheidung zur Wehr setzen kann. Eine Grundvoraussetzung dafür ist Parteistellung im erstinstanzlichen Verfahren. Dies ist in der vom österreichischen Gesetzgeber gewählten Struktur nicht der Fall.

Den betroffenen Unternehmen fehlen im Marktdefinitionsverfahren alle relevanten Parteienrechte, insbesondere Antrags- und Akteneinsichtsrechte. Demgemäß kann ein Verfahren vor dem VfGH, welches im Rahmen einer Beschwerde gegen einen Marktanalysebescheid gegen die Verordnung gerichtet ist, kein effektives Rechtsmittel im Sinne von Art 4 Rahmenrichtlinie sein. **Die gewählte Konstruktion ist damit europarechtswidrig.**

Sie erscheint aber auch vor dem Hintergrund des Art 6 EMRK verfassungsrechtlich bedenklich. Auch nach dieser Bestimmung haben betroffene Unternehmen das Recht auf ein faires Verfahren, das Parteienrechte und Akteneinsichtsrechte einschließt. Da das Marktdefinitionsverfahren als Verordnungsgebungsverfahren solche Rechte nicht vorsieht, gleichzeitig aber für das spätere Marktanalyseverfahren präjudiziell ist, wird das Recht der Unternehmen auf ein faires Marktanalyseverfahren verletzt. Die fehlende Parteistellung im Verordnungsgebungsverfahren wird auch nicht durch eine nachprüfende Kontrolle des VfGH ersetzt.

Die ORS regt daher an, die gegenständliche Novelle des TKG auch zu einer Novel-lierung der derzeit bestehenden Regelungen von Märktedefinition und Marktana-lyse dahingehend durchzuführen, dass die beiden Verfahrensschritte in einem Ver-fahren zusammengefasst werden, in dem sowohl Parteienrechte als auch Rechtsmittel gewährleistet sind.

Die ORS weist darauf hin, das entsprechende Verfahren in anderen Mitgliedsstaaten, etwa in Frankreich oder in Spanien, bereits in dieser Form durchgeführt werden.

2. Zum geplanten § 37 Abs. 3

Nach dem geplanten § 37 Abs. 3 soll der Regulierungsbehörde die Möglichkeit eingeräumt werden, **trotz Feststellung, dass auf einem bestimmten Markt effektiver Wettbe-werb herrscht, bestehende Vorabverpflichtungen weitere 6 Monate aufrecht zu erhalten.**

Diese Regelung widerspricht der Systematik des TKG und ist sachwidrig. Nach dem TKG sind Vorabverpflichtungen ausschließlich dann aufzuerlegen, wenn auf einem bestimm-ten Markt kein effektiver Wettbewerb herrscht und die Vorabverpflichtung geeignet ist, die Wettbewerbsprobleme zu beheben. Gelangt die Behörde zur Auffassung, dass effektiver Wettbewerb herrscht, sind diese Verpflichtungen demgemäß unverzüglich aufzuheben. Sonst stellen sie eine sachlich nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Privatautonomie des be-troffenen Unternehmens dar.

Zu beachten ist überdies, dass in der Praxis Marktanalyseentscheidungen der Behörde ohne-dies auf älteren Daten beruhen. Die entscheidungsrelevanten Daten sind bei Bescheiderlassung durchwegs zwischen (selten) 6 und (häufiger) 18 Monate alt. Das bedeu-tet, dass zu jenem Zeitpunkt, in dem die Behörde bescheidmäßig feststellt, dass ein Unter-nehmen nicht mehr marktbeherrschend ist, dieser Zustand bereits seit geraumer Zeit besteht und die Vorabverpflichtungen längst nicht mehr zu Recht bestehen. Vor diesem Hintergrund ist es unzumutbar, diesen Zustand um weitere sechs Monate zu verlängern.

Die ORS regt daher an, die Möglichkeit der Behörde, bestehende Vorabverpflich-tungen trotz Feststellung effektiven Wettbewerbs bis zu 6 Monate aufrecht zu erhalten, ersatzlos zu streichen.

3. Zu den geplanten § 91 Abs. 7 und 8

Gemäß § 91 Abs. 7 soll vorgesehen werden, dass Parteien im Aufsichtsverfahren auch jene Unternehmen sind, die gemäß § 40 Abs. 2 KOG ihre „*Betroffenheit glaubhaft gemacht ha-ben*“. Gemäß Abs. 8 soll es in Aufsichtsverfahren gemäß § 40 KOG Ediktalladungen geben. Diese Bestimmungen sind systemwidrig und sollten ersatzlos gestrichen werden.

Das Aufsichtsverfahren gemäß § 91 TKG ist ein Verfahren, das die Behörde gegen ein be-stimmtes Unternehmen führt, bei dem der Verdacht besteht, es hätte gegen das TKG oder gegen TKG-Sekundärrecht verstoßen. **Es handelt sich nicht um ein Mehrparteienver-fahren, da auch aus einer Entscheidung gegen das verstoßende Unternehmen an-**

dere Unternehmen keine Rechte ableiten können. Parteienrechte sind daher weder vor dem Hintergrund des § 8 AVG noch des Art 4 Rahmenrichtlinie erforderlich oder sinnvoll. Die Erläuterung, wonach es sich dabei um eine Anpassung an die Rechtslage nach dem EuGH Urteil Rs C-426/05 handelt, ist unrichtig. Andere Parteien zu einem solchen Verfahren zu laden, stellt überdies eine sinnlose Belastung der Behörde dar und gefährdet - etwa im Hinblick auf Akteneinsichtsrechte - die gerechtfertigten Geheimhaltungsinteressen des Unternehmens, gegen das ermittelt wird. Richtigerweise sieht § 91 TKG in seiner Urform auch keine Parteienrechte dritter Unternehmen vor. **Die ORS hält es für dringend geboten, dieses Prinzip beizubehalten, und regt an, beide Absätze ersatzlos zu streichen.**

4. Anmerkung zu § 40 KOG

Die ORS begrüßt die Einführung von Ediktalladungen in § 40 Abs 1 KOG, hält aber die Anzahl von 100 Betroffenen als Schwellenwert für zu hoch. Aus Sicht der ORS wäre es ratsam, Ediktalladungen bereits ab Verfahren mit **20 möglichen Betroffenen** durchzuführen. Entsprechende Verfahren **wären effizienter durchzuführen** und würden die **Rechtssicherheit steigern, das Problem übergangener Parteien weitgehend ausschließen und die Arbeitsbelastung der Behörde reduzieren.**

Wien, am 22.12.2009



.....
Mag. Michael Wagenhofer, LL.M.



.....
DI Norbert Grill