

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat I, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden sowie den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, über die Anträge betreffend die Zuerkennung der Parteistellung im Verfahren zur Neufestlegung des Programmentgelts des Österreichischen Rundfunks (ORF) wie folgt entschieden:

I. Spruch

Gemäß § 31 Abs. 9 ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 126/2011, iVm § 8 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl. Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 100/2011 wird festgestellt, dass der

1. Antenne Kärnten Regionalradio GmbH & Co KG
2. Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG
3. ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH
4. ATV Privat TV GmbH & Co KG
5. Entspannungsfunk Gesellschaft mbH
6. Hit FM Privatrado GmbH
7. Kirchliche Stiftung Radio Stephansdom
8. KRONEHIT Radiobetriebs GmbH
9. KT1 Privatfernsehen GmbH
10. Life Radio Gm.hH & CoKG
11. N & C Pivatradio Betrbs GmbH
12. P3-KABEL-news GmbH
13. ProSieben Austria GmbH
14. Puls 4 TV GmbH & Co KG
15. Radio Arabella GmbH
16. Radio Eins Privatrado GmbH
17. Regionalradio Tirol
18. RSL tirol tv Filmproduktion GmbH
19. RTS-Regionalfernsehen GmbH
20. Sat.1 Privatrundfunk und Programm GmbH
21. ServusTV Fernsehgesellschaft m.b.H.
22. Sky Österreich GmbH

23. Superfly Radio GmbH
24. U1 Tirol Medien GmbH
25. Vorarlberger Regionalradio GmbH

im Verfahren betreffend die Prüfung der Neufestlegung des ORF-Programmentgelts keine Parteistellung zukommt.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 13.03.2012, eingelangt bei der KommAustria am selben Tag, beantragten die

1. Antenne Kärnten Regionalradio GmbH & Co KG
2. Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG
3. ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH
4. ATV Privat TV GmbH & Co KG
5. Entspannungsfunk Gesellschaft mbH
6. Hit FM Privatrado GmbH
7. Kirchliche Stiftung Radio Stephansdom
8. KRONEHIT Radiobetriebs GmbH
9. KT1 Privatfernsehen GmbH
10. Life Radio Gm.hH & CoKG
11. N & C Pivatradio Betrbs GmbH
12. P3-KABEL-news GmbH
13. ProSieben Austria GmbH
14. Puls 4 TV GmbH & Co KG
15. Radio Arabella GmbH
16. Radio Eins Privatrado GmbH
17. Regionalradio Tirol
18. RSL tirol tv Filmproduktion GmbH
19. RTS-Regionalfnsehen GmbH
20. Sat.1 Privatrundfunk und Programm GmbH
21. ServusTV Fernsehgesellschaft m.b.H.
22. Sky Österreich GmbH
23. Superfly Radio GmbH
24. U1 Tirol Medien GmbH
25. Vorarlberger Regionalradio GmbH

vertreten durch den Verband Österreichischer Privatsender (VÖP) „in dem anhängigen Verfahren gem § 31 Abs. 7 bis 9 ORF-G die Zuerkennung der Parteistellung“.

Begründet wurde der Antrag damit, dass der Generaldirektor des ORF gemäß § 23 Abs. 2 Z 8 ORF-G am 15.12.2011 einen Antrag auf Festlegung des Programmentgelts gemäß § 31 Abs. 7 ORF-G im Stiftungsrat eingebracht habe. In derselben Sitzung habe der Stiftungsrat die Höhe des Programmentgelts antragsgemäß beschlossen (§ 21 Abs. 1 Z 7 ORF-G). Dieser Antrag sei sodann gemäß § 31 Abs. 8 ORF-G vom Stiftungsrat dem Publikumsrat des ORF zur Genehmigung vorgelegt worden. Der ORF-Publikumsrat habe in der Plenarsitzung am 19.12.2011 den Beschluss des Stiftungsrats vom 15.12.2011, mit dem die Höhe des Programmentgelts (Radioentgelt, Fernsehentgelt) festgelegt wurde, gemäß § 30 Abs. 1 Z 4 und § 31 Abs. 8 ORF-G mit einer Gegenstimme genehmigt. Den gesetzlichen Bestimmungen des weiteren Verfahrens folgend sei gemäß § 31 Abs. 9 ORF-G der

Beschluss des Stiftungsrates der Regulierungsbehörde unter Anschluss des dem Beschluss zu Grunde liegenden Antrags zur Prüfung übermittelt worden. Die Regulierungsbehörde habe binnen drei Monaten ab Übermittlung den Beschluss des Stiftungsrates gemäß § 37 Abs. 2 ORF-G aufzuheben, wenn er mit den Bestimmungen des § 31 ORF-G in Widerspruch steht.

Die Antragsteller seien Rundfunkveranstalter nach dem AMD-G bzw. dem PrR-G. Sie verfügen jeweils über (verschiedene Verbreitungswege betreffende) Zulassungen der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) zur Verbreitung der von ihnen veranstalteten Fernsehprogramme in Österreich und würden ihre Interessen durch den VÖP vertreten lassen. Diese Interessen würden zumindest mittelbar durch die Programmentgelterhöhung beeinflusst. Dem ORF würden durch die Erhöhung zusätzliche Mittel in Form einer staatlichen Beihilfe zukommen, die den werbefinanzierten privaten Rundfunkveranstaltern in dieser Form nicht zukommen würde und sie insoweit negativ durch die vom ORF generierten Marktanteile beeinflusst würden.

§ 31 ORF-G enthalte keine Regelung über eine Parteistellung Dritter in dem Verfahren vor der Regulierungsbehörde zur Überprüfung des vom Stiftungsrat beschlossenen Programmentgelts. Es würden somit die Vorschriften des allgemeinen Verwaltungsverfahrens zur Anwendung kommen. § 8 AVG unterscheidet zwischen Beteiligten und Parteien, wobei der Begriff des Beteiligten alle am Verfahren teilnehmenden Personen, der der Partei jedoch nur jene Beteiligten beschreibe, die kraft eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind. Unter Rechtsanspruch werde in diesem Zusammenhang der *„ausdrücklich eingeräumte Anspruch auf eine bestimmte behördliche Tätigkeit“* verstanden, unter rechtlichem Interesse ein *„von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkanntes Interesse einer Person“*. Die durch einen Rechtsanspruch oder ein rechtliches Interesse begründete Parteistellung bewirke den Anspruch einer Partei auf ein bestimmtes verfahrensrechtliches Verhalten der Behörde. Ein bloß faktisches (somit durch das jeweilige Materienrecht nicht zum rechtlichen Interesse erhobenes) Interesse, wie etwa ein rein wirtschaftliches Interesse, reiche zur Begründung einer Parteistellung nicht aus. Das ORF-Gesetz selbst räume Dritten in Bezug auf das Verfahren zur Festlegung des Programmentgelts keine subjektiven Rechte ein. Zum materiellen Verwaltungsrecht würden aber auch die von Verwaltungsbehörden zu vollziehenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechtes zählen, aus denen sich eine Parteistellung ergeben könne. Das Programmentgelt stelle nach Auffassung der Europäischen Kommission eine staatliche Beihilfe dar. Nach Artikel 107 Abs. 1 AEUV (ex 87 Abs. 1 EGV) seien 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. Das die Finanzierung des ORF betreffende Beihilfeverfahren der Europäischen Kommission habe ergeben, dass die Finanzierung des ORF durch Programmentgelte geeignet sei, den Wettbewerb zu verfälschen und gleichsam den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Durch die Finanzierung über Programmentgelte werde die Position des ORF gegenüber seinen privaten Wettbewerbern gestärkt. Angebote des ORF, wie insbesondere ORF2E, www.orf.at und jedenfalls Teile der TVthek, seien außerdem auch über die Grenzen Österreichs hinaus empfangbar. Der Wettbewerb des ORF mit Fernsehveranstaltern mit ausländischer oder internationaler Gesellschaftsstruktur (etwa deutsche Privatfernsehveranstalter, aber auch ARD und ZDF) sei unbestritten. Beim Erwerb und Verkauf von Programmrechten sei der ORF außerdem insbesondere über die EBU und über internationale Rechtevermarkter europaweit tätig.

Art 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV (ex Art. 88 Abs. 3 letzter Satz EGV) trage diesen beihilferechtlichen Überlegungen Rechnung und verleihe Konkurrenten subjektive Rechte:

„(3) Die Kommission wird von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann. Ist sie der Auffassung

dass ein derartiges Vorhaben nach Artikel 107 mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich das in Absatz 2 vorgesehene Verfahren ein. Der betreffende Mitgliedstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat.“

Die Verankerung eines derartigen Rechtsanspruches wie in Art 108 Abs. 3 letzter Satz sei folglich auch für öffentlich-rechtliche Beihilfengewährungen nach dem Gemeinschaftsrecht geboten. Den Mitbewerbern des ORF komme somit aus europarechtlicher Sicht ein rechtliches Interesse im Verfahren zur Festlegung staatlicher Beihilfen zu. Daraus lasse sich zwar erkennen, dass auch im Verfahren zur Beihilfengewährung Konkurrenten nicht generell Parteien iSd § 8 AVG sind. Ein Gesetz, das wie im gegenständlichen Verfahren zur Festlegung der Gebühren nur dem Beihilfempfänger Parteistellung einräumt, während die Konkurrenten im Markt keine Möglichkeit zur Überprüfung der Beihilfenerhöhung haben, sei vor allem in Bezug auf das Effektivitätsgebot/Äquivalenzprinzip (bei dem es um die Durchsetzung im Rahmen der sachnächsten staatlichen Regelung geht) unzureichend und gemeinschafts- bzw. unionswidrig. Aus diesem Grund ergebe sich bei europarechtskonformer Interpretation, dass Marktkonkurrenten als atypische Nebenpartei anzusehen seien und ihnen somit zumindest eine beschränkte Parteistellung zur Überprüfung der dem Antrag auf Beihilfenerhöhung zugrunde liegenden Berechnungen und damit zur Akteneinsicht und Stellungnahme im Verfahren zur Festlegung der Gebühren einzuräumen sei. Die von der Europäischen Kommission an die Medienbehörde gestellten Anforderungen zur unabhängigen Rechtsaufsicht und Überprüfung des marktkonformen Verhaltens des ORF könnten im Verfahren zur Festlegung des Programmentgeltes nicht ohne Anhörung der Konkurrenten im Markt erfüllt werden.

Die Einschreiter stellten daher den Antrag, ihnen im Verfahren gemäß § 31 Abs. 7 bis 9 ORF-G Parteistellung zuzuerkennen und ihnen Akteneinsicht zu gewähren.

Zudem erstatteten die Einschreiter eine inhaltliche Stellungnahme, in der sie im Wesentlichen ausführen, dass die Erhöhung des Programmentgeltes nicht gerechtfertigt sei, da die Gesamtumsätze und Erlöse stetig über der Inflationsrate liegen würden. Der ORF sei im internationalen Vergleich bezogen auf die Einwohnerzahl finanziell überdurchschnittlich gut ausgestattet. Zudem habe das ORF-Programm eine kommerzielle Struktur und beinhalte einen zu hohen Unterhaltungsanteil. Wenngleich eine Erhöhung der Rundfunkgebühren nicht grundsätzlich abgelehnt werde, so müsse doch berücksichtigt werden, dass eine Erhöhung der ORF-Erlöse aus Programmentgelten ohne vorherige Beschränkung seiner Vermarktungsmöglichkeiten am Werbemarkt, die wiederum die kommerzielle Ausrichtung der ORF-Programme verringern würde, dem Wettbewerb am Rundfunkmarkt erheblichen Schaden zufügen würde.

Die Anträge wurden dem Österreichischen Rundfunk (Generaldirektor) und dem Stiftungsrat am 14.03.2012 zur Kenntnisnahme bzw. allfälligen Abgabe einer Stellungnahme bis zum 15.03.2012, 18:00 Uhr, übermittelt.

Eine Stellungnahme langte nicht ein.

2. Sachverhalt

Die Antragsteller sind Rundfunkveranstalter bzw. Mediendienstanbieter nach dem Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, bzw. dem Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 83/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010.

Mit Schreiben vom 21. und 22.12.2011, eingelangt am 21. und 22.12.2011, übermittelte der Österreichische Rundfunk (ORF) durch den Generaldirektor den Beschluss des Stiftungsrates gemäß § 21 Abs. 1 Z 7 und § 31 ORF-G vom 15.12.2012 über die Festlegung des Programmentgeltes mit Wirksamkeit zum 01.06.2012, zudem den zu Grunde liegenden Antrag des Generaldirektors nach § 23 Abs. 2 Z 8 ORF-G sowie ergänzende Unterlagen zur

Berechnung bzw. zur Genehmigung durch den Publikumsrat vom 19.12.2011. Das Programmengelt sollte auf dieser Basis wie folgt mit Wirksamkeit zum 01.06.2012 neu festgesetzt werden:

- Radioentgelt EUR 4,49
- Fernsehentgelt 11,67 EUR
- kombiniertes Programmengelt 16,16 EUR

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Übermittlung des Beschlusses des Stiftungsrates und der zu Grunde liegenden Unterlagen ergeben sich aus den entsprechenden Schreiben an die KommAustria vom 21. und am 22.12.2011. Die Wiedergabe des Vorbringens der Antragsteller ergibt sich aus dem Schreiben vom 13.03.2012.

4. Rechtliche Beurteilung

§ 31 ORF-G lautet auszugsweise:

„Programmengelt

§ 31. (1) Jedermann ist zum Empfang der Hörfunk- bzw. Fernsehsendungen des Österreichischen Rundfunks gegen ein fortlaufendes Programmengelt (Radioentgelt, Fernsehentgelt) berechtigt. Die Höhe des Programmengelts wird auf Antrag des Generaldirektors vom Stiftungsrat festgelegt. Der Generaldirektor hat einen Antrag auf Neufestlegung des Programmengelts nach Maßgabe der wirtschaftlichen Erfordernisse zu stellen, spätestens jedoch nach Ablauf von fünf Jahren ab dem letzten Antrag.

(2) Die Höhe des Programmengelts ist so festzulegen, dass unter Zugrundelegung einer sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Verwaltung der öffentlich-rechtliche Auftrag erfüllt werden kann; hierbei ist auf die gesamtwirtschaftliche Entwicklung Bedacht zu nehmen. Die Höhe des Programmengelts ist mit jenem Betrag begrenzt, der erforderlich ist, um die voraussichtlichen Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags angesichts der zu erwartenden Zahl der zur Entrichtung des Programmengelts Verpflichteten in einem Zeitraum von fünf Jahren ab Festlegung des Programmengelts (Finanzierungsperiode) decken zu können. Der Berechnung der Höhe des Programmengelts zu Grunde liegende Annahmen über zu erwartende Entwicklungen haben begründet und nachvollziehbar zu sein.

(3) Die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags entsprechen den Kosten, die zur Erbringung des öffentlich-rechtlichen Auftrags anfallen, unter Abzug der erwirtschafteten Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlicher Tätigkeit, sonstiger öffentlicher Zuwendungen, insbesondere der Zuwendung nach Abs. 11, sowie der in der Widmungsrücklage (§ 39 Abs. 2) gebundenen Mittel sowie unter Berücksichtigung allfälliger Konzernbewertungen. Verluste aus kommerziellen Tätigkeiten dürfen nicht eingerechnet werden.

(4) Zusätzlich neben den Nettokosten im Sinne von Abs. 3 kann bei der Festlegung des Programmengelts ausnahmsweise ein allfälliger Finanzbedarf für Zuweisungen zum ungebundenen Eigenkapital unter den Voraussetzungen des § 39b berücksichtigt werden.

(5) Soweit zum Zeitpunkt der Festlegung der Höhe des Programmengelts Mittel auf dem Sperrkonto (§ 39c) vorhanden sind, sind diese Mittel von den Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags abzuziehen. Die Mittel des Sperrkontos sind über einen Zeitraum von längstens fünf Jahren gleichmäßig aufzulösen. Im Sinne dieses Gesetzes gelten diese Mittel als Mittel aus Programmengelt.

(6) Bei der Festlegung des Programmengelts können die über die nächste Finanzierungsperiode zu erwartenden Preis- bzw. Kostensteigerungen in die Kosten des öffentlichen Auftrags eingerechnet werden. Die dafür gebundenen Mittel sind vom Österreichischen Rundfunk gesondert dem Sperrkonto (§ 39c) zuzuführen und dürfen ausschließlich zur Abdeckung der für das jeweilige Jahr erwarteten Preis- und Kostensteigerungen herangezogen werden.

(7) Der Antrag des Generaldirektors hat alle Angaben zu beinhalten, die zur Festlegung des Programmentgelts gemäß den vorangehenden Absätzen erforderlich sind.

(8) Der Beschluss des Stiftungsrates, mit dem die Höhe des Programmentgelts festgesetzt wird, bedarf der Genehmigung des Publikumsrates. Wird innerhalb von acht Wochen nach der Beschlussfassung im Stiftungsrat vom Publikumsrat kein begründeter Einspruch erhoben, so gilt die Genehmigung als erteilt. Wird jedoch innerhalb dieser Frist vom Publikumsrat die Genehmigung ausdrücklich versagt, so wird der Beschluss des Stiftungsrates nur dann wirksam, wenn er einen Beharrungsbeschluss fasst.

(9) Nach Abschluss des Verfahrens gemäß Abs. 8 ist der Beschluss des Stiftungsrates der Regulierungsbehörde unter Anschluss des dem Beschluss zu Grunde liegenden Antrags zu übermitteln. Die Regulierungsbehörde hat binnen drei Monaten ab Übermittlung den Beschluss des Stiftungsrates gemäß § 37 Abs. 2 aufzuheben, wenn er mit den Bestimmungen der vorstehenden Absätze in Widerspruch steht. Diese Frist beginnt erst zu laufen, wenn der Regulierungsbehörde alle Informationen vorgelegt wurden, die sie zu dieser Beurteilung benötigt. Die Neufestlegung des Programmentgelts wird nicht vor Ablauf dieser Frist wirksam. § 13 Abs. 3 AVG gilt mit Ausnahme seines letzten Satzes.“

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist allein die Rechtsfrage, inwieweit den Antragstellern als Mitbewerber des ORF am Hörfunk- und Fernsehmarkt eine Parteistellung in jenem von § 31 Abs. 9 ORF-G vorgesehenen Verfahren zukommt, wonach der Beschluss des Stiftungsrates über die Neufestlegung des Programmentgelts von der Regulierungsbehörde dann aufzuheben ist, wenn er mit den Bestimmungen des § 31 Abs. 1 bis 8 ORF-G in Widerspruch steht. Grundsätzlich gilt, dass ein entsprechender Feststellungsbescheid über die Parteistellung nach der Rechtsprechung zulässig ist, und zwar dann, wenn während des Verwaltungsverfahrens geklärt werden soll, ob einer bestimmten Person in dem betreffenden Verfahren Parteistellung zukommt und sie daher dem Verfahren beizuziehen ist (VwSlg 5567 A/1961; VwSlg 8498 A/1973; VwGH 17.12.1979, 2555/77).

Vorweg ist festzuhalten, dass – wie auch die Antragsteller vorbringen – das ORF-G keine ausdrücklichen Bestimmungen enthält, wer in einem Verfahren nach § 31 Abs. 9 ORF-G Partei ist. Aus § 39 Abs. 2 KOG ergibt sich aufgrund ausdrücklicher Anordnung, dass dem Generaldirektor des ORF in den nach dem ORF-G geführten Verfahren vor der KommAustria jedenfalls Parteistellung zukommt.

Ansonsten ist nach § 8 AVG zu ermitteln, wer an dem Verfahren kraft eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt ist. Aus dem Verweis des § 31 Abs. 9 ORF-G, wonach der Beschluss des Stiftungsrates allenfalls nach § 37 Abs. 2 ORF-G aufzuheben ist, ergibt sich nach Auffassung der KommAustria jedenfalls eine Parteistellung des Stiftungsrates des Österreichischen Rundfunks, zumal eine Behebung die Rechtspflicht auslöst, unverzüglich einen der Rechtsansicht der Regulierungsbehörde entsprechenden Rechtszustand herzustellen (vgl. § 37 Abs. 2 Satz 2 ORF-G). Zudem ist davon auszugehen, dass auch der ORF selbst vermöge eines rechtlichen Interesses am Verfahren beteiligt ist, zumal er durch eine allfällige Aufhebung des Beschlusses unmittelbar in seinem gesetzlichen Recht auf Einhebung des in Frage stehenden Programmentgelts von den Teilnehmern nach § 31 Abs. 10 iVm Abs. 1 ORF-G betroffen ist.

Die nunmehr antragstellenden Hörfunkveranstalter und Mediendienstanbieter stehen mit dem ORF grundsätzlich im Wettbewerb um Zuhörer und Zuseher und damit verbunden im Wettbewerb um Einnahmen aus kommerzieller Kommunikation. Eine Neufestlegung des dem ORF zukommenden Programmentgelts nach § 31 ORF-G hat insoweit Auswirkungen auf dieses Wettbewerbsverhältnis, als damit mittelbar auch das Ausmaß der vom ORF erbringbaren Programmleistung im Rahmen der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufträge und damit einhergehend das Programmumfeld für den Verkauf von kommerzieller Kommunikation bestimmt wird, was wiederum Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation privater Mitbewerber haben kann.

Nach Auffassung der KommAustria handelt es sich hierbei jedoch um keine rechtlichen Interessen im Sinne subjektiver öffentlicher Rechte, sondern um jene typischen Fälle bloß wirtschaftlicher Interessen, die nach der ständigen Rechtsprechung keine Parteistellung zu vermitteln vermögen. Nur wenn durch eine positive Rechtsvorschrift einem am Ausgang des Verwaltungsverfahrens Interessierten ausdrücklich die Parteistellung eingeräumt wird, wird sein wirtschaftliches Interesse zu einem rechtlich geschützten, welches ihm die Parteistellung im Verfahren vermittelt (VwSlg, 2594 A/1952; 7662 A/1969; VwGH 14.09.1961, 1263/61). Bloße wirtschaftliche Interessen, die durch keine Rechtsvorschrift zu rechtlichen Interessen erhoben werden, begründen daher keine Parteistellung im Verwaltungsverfahren (VwGH 23.04.1993, 92/17/0170; 18.04.1994, 92/03/0259; 21.09.1994, 94/03/0077; 09.10.1996, 96/03/0245). Eine Rechtsvorschrift, die die wirtschaftlichen Interessen der privaten Marktteilnehmer zu rechtlichen Interessen erheben würde, ist im positiven innerstaatlichen Recht – wie auch die Antragsteller zugestehen – nicht zu finden. Dass dabei auch keine planwidrige Lücke o.Ä. vorliegt, ergibt sich u.a. in Zusammenschau mit den Bestimmungen der §§ 6 ff ORF-G betreffend die Vorabprüfung neuer ORF-Angebote, wo der Gesetzgeber eine entsprechende Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen der Mitbewerber des ORF ausdrücklich im Rahmen einer Amtsparteistellung der Bundeswettbewerbsbehörde berücksichtigt hat.

Die Antragsteller vermeinen nun eine derartige subjektive öffentliche Rechte vermittelnde Rechtsvorschrift in Art. 108 Abs. 3 letzter Satz des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AUEV) zu erkennen. Dieser beinhaltet das sogenannte beihilfenrechtliche „Durchführungsverbot“ und besagt, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die Europäische Kommission über eine beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen zu unterrichten und die beabsichtigten Maßnahmen nicht durchgeführt werden dürfen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat.

Woraus die Antragsteller nun ableiten, dass daraus ein Rechtsanspruch an Mitbewerber vermittelt werde, an einem Verfahren auf Neufestlegung des Programmentgelts als Parteien beteiligt zu werden, ist der KommAustria insoweit nicht ersichtlich, als es sich vorliegend um keine Umgestaltung einer Beihilfe handelt, die unter die zitierte Bestimmung fallen würde. Vielmehr ist festzuhalten, dass das nunmehr im § 31 Abs. 1 bis 9 ORF-G geregelte Verfahren zur Neufestlegung des ORF-Programmentgelts, einschließlich der entsprechenden nachprüfenden Kontrolle durch die KommAustria, Gegenstand einer Entscheidung der Europäischen Kommission nach Art 108 Abs. 2 AEUV war. Die Europäische Kommission hat entsprechend der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über Vorschriften für die Anwendung von Art. 88 EG-Vertrag (nunmehr Artikel 108 AEUV) in ihrer Entscheidung vom 28.10.2009, K(2009)8113, im Verfahren E 2/2008 den entsprechenden zweckdienlichen Maßnahmen der Republik Österreich zur Herstellung eines gemeinschaftsrechtskonformen Beihilfenregimes für die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zugestimmt. Nach Art. 19 der Verfahrensverordnung wurden diese Zusicherungen mit der zitierten Entscheidung festgehalten und entsprechend verbindlich. Die Zusagen der Republik Österreich wurden somit zum Anlass genommen, das Verfahren einzustellen. Das in concreto vorgesehene System für zukünftige Programmentgeltfestlegungen, das sich somit innerhalb der damals verfahrensgegenständlichen Beihilfenregelung befindet, ist in Rz 214 der Entscheidung entsprechend dargestellt:

„214) Österreich wird eine rechtsverbindliche Bestimmung des Begriffs „Kosten“ des öffentlich-rechtlichen Auftrags einführen. Das Programmentgelt errechnet sich aus den Nettokosten einschließlich der zu erwartenden Preissteigerung (Inflation) im Zeitraum der kommenden 5 Jahre (Finanzierungszeitraum) auf der Basis der voraussichtlichen Zahl von Programmentgeltpflichtigen (Seher und Hörer). Die Angemessenheit der Höhe des Programmentgelts wird in der Regel alle 5 Jahre überprüft. Der ORF kann das Programmentgelt weiterhin selbst festsetzen, unterliegt dabei jedoch künftig einer nachprüfenden Kontrolle durch die neue Regulierungsbehörde.“

An keiner Stelle der Entscheidung und auch der zu Grunde liegenden Zusagen der Republik Österreich ist aber vorgesehen, dass den Mitbewerbern im Rahmen des Verfahrens zur Neufestlegung des Programmentgelts ein Stellungnahmerecht oder eine Parteistellung einzuräumen wäre. Vielmehr wurde ausschließlich der KommAustria in Zusammenarbeit mit der von ihr bestellten Prüfungskommission die Aufgabe der Überwachung der gesetzes- und damit beihilfenrechtskonformen Festlegung des Programmentgelts übertragen. Das Verfahren des § 31 Abs. 9 ORF-G dient damit der Wahrnehmung des öffentlichen Interesses der Republik Österreich als Beihilfegeber an einer gemeinschaftsrechtskonformen Ausgestaltung des Finanzierungssystems des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Der gesetzlich verankerte Schutz derartiger öffentlicher Interessen vermittelt jedoch niemandem einen subjektiv-öffentlichen Rechtsanspruch, der wiederum eine Parteistellung iSd § 8 AVG vermitteln könnte (vgl. VwGH 14.09.1993, 92/07/0004; 22.06.1993, 93/07/0058; 26.06.1996, 93/07/0084).

Vor diesem Hintergrund war auch nicht weiter darauf einzugehen, dass eine Parteistellung von Mitbewerbern wohl auch deswegen ausscheidet, weil § 31 Abs. 9 ORF-G in jenen Fällen, in denen die Programmentgeltfestlegung gesetzeskonform erfolgt ist, auch keine förmliche Entscheidung vorsieht, sondern das Verfahren schlicht durch Fristablauf endet. Eine „kontradiktorische Erledigung“ im Sinne der Abhandlung von Einwendungen von Mitbewerbern, die auch einer Überprüfung durch die Rechtsmittelbehörde zugänglich gemacht werden könnte, ist damit vom Gesetz nicht vorgesehen. Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass das Verfahren nach § 31 Abs. 9 ORF-G auch keine Möglichkeit bietet, die Höhe des Programmentgelts zu „adaptieren“ oder den den Nettokosten zu Grunde liegenden Leistungsumfang des ORF materiell anzupassen, wie dies die Antragsteller in ihrer Stellungnahme andeuten, sondern lediglich eine Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Festlegung durch die ORF-Organen vorgesehen ist. Eine „materielle Ingerenzmöglichkeit“ der Mitbewerber hätte daher vom Gesetzgeber auf Ebene des Verfahrens zur Festlegung innerhalb des ORF festgeschrieben werden müssen, wie dies etwa bei der Auftragsvorprüfung nach § 6a Abs. 2 ORF-G geschehen ist.

Es war daher spruchgemäß festzustellen, dass den Antragstellern keine Parteistellung zukommt. Ein Anspruch auf Akteneinsicht ist damit ebenso zu verneinen (vgl. § 17 AVG).

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten.

Wien, am 16. März 2012

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende:

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

- I. 1. Antenne Kärnten Regionalradio GmbH & Co KG, 2. Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG, 3. ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH, 4. ATV Privat TV GmbH & Co KG, 5. Entspannungsfunk Gesellschaft mbH, 6. Hit FM Privatrado GmbH, 7. Kirchliche Stiftung Radio Stephansdom, 8. KRONEHIT Radiobetriebs GmbH, 9. KT1 Privatfernsehen GmbH, 10. Life Radio Gm.hH & CoKG, 11. N & C Pivatradio Betrbs GmbH, 12. P3-KABEL-news GmbH, 13. ProSieben Austria GmbH, 14. Puls 4 TV GmbH & Co KG, 15. Radio Arabella GmbH, 16. Radio Eins Privatrado GmbH, 17. Regionalradio Tirol, 18. RSL tirol tv Filmproduktion GmbH , 19. RTS-Regionalfernsehen GmbH, 20. Sat.1 Privatrundfunk und Programm GmbH, 21. ServusTV Fernsehgesellschaft m.b.H., 22. Sky Österreich GmbH, 23. Superfly Radio GmbH, 24. U1 Tirol Medien GmbH, 25. Vorarlberger Regionalradio GmbH,
alle vertreten durch den **Verband Österreichischer Privatsender**, z.H. Ploil Krepp Bösch Rechtsanwälte GmbH, Stadiongasse 4, 1010 Wien, per **RSb**
- II. **Österreichischer Rundfunk**, vertreten durch Dr. Klaus Kassai, Würzburggasse 30, 1136 Wien, per **RSb**
- III. **ORF-Generaldirektor Dr. Wrabetz**, vertreten durch Dr. Klaus Kassai, Würzburggasse 30, 1136 Wien, per **RSb**
- IV. **Österreichischer Rundfunk – Stiftungsrat**, Würzburggasse 30, 1136 Wien, z.H. Vorsitzende Brigitte Kulovits-Rupp, per **RSb**