

**Die Förderung nichtkommerzieller, freier Radios
im Lichte des
Europäischen und Österreichischen Wettbewerbsrechtes**

Seminararbeit

aus

Dissertantenseminar Europarecht und Wirtschaftsvölkerrecht
SS 2006

vorgelegt von

ALEXANDER BARATSITS

Leiter des Seminars:	Univ.-Prof. Dr. Sigmar Stadlmeier
Semester:	SS 2006
Adresse des Verfassers:	Holzstr. 21, 4020 Linz
Matrnr.	9156370
Tel.	0676 508 7335

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	3
Begriffsbestimmung nichtkommerzielles, freies Radio	4
A. EU Beihilfenrecht	5
1. Tatbestandsmäßigkeit	5
1.1 Staatliche Beihilfe	5
1.2 Den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen droht	6
a. Relevanter Produktmarkt	7
b. Geografisch relevanter Markt	8
1.3 Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten:	8
2. Ausnahmen vom Beihilfenverbot	10
2.1 Legalausnahmen nach Art 87 Abs 2 EG	10
2.2 Freistellung von Beihilfen nach Art 87 Abs 3 EG	11
2.3 Dienstleitungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach Art 86 Abs 2 EG	12
3. Anwendbarkeit von Ausnahmen	13
3.1 Dienstleistungen v. allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, Art 86 Abs 2	13
i. Definition eines öffentlich-rechtlichen Auftrages	15
ii. Beauftragung	18
iii. Verhältnismäßigkeit	19
3.2 Kulturförderung, Art 87 Abs 3 lit d	20
3.3 Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige Art 87 Abs 3 lit c	24
B. Österreichisches Wettbewerbsrecht	25
C. Conclusio	27
Literaturverzeichnis	28
Dokumente	29
Lizenzhinweis	30

Die Förderung nichtkommerzieller, freier Radios im Lichte des Europäischen und Österreichischen Wettbewerbsrechtes

Einleitung

Die Einführung einer Medienförderung, im Besonderen die Förderung nicht kommerzieller (Freier) Radios, steht auf Landesebene in Oberösterreich aufgrund einer Regierungsübereinkunft der oberösterreichischen Grünen und der Volkspartei mit dem Titel "Zukunft Oberösterreich 2003 – 2009"¹ bzw auch auf nationaler Ebene zur Diskussion, nachdem mehrere Wahlwerbende Parteien die Einführung einer solchen in ihren Wahlprogrammen zur anstehenden Nationalratswahl 2006 anführen.

Förderungen oder Beihilfen für einzelne Marktteilnehmer können Einfluss auf den Wettbewerb unter den Marktteilnehmern haben. Gemäß Art 87 EG gilt ein allgemeines staatliches Beihilfenverbot für Beihilfen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel wie auch den Wettbewerb zu beeinflussen. Geplante Beihilfen sind der Kommission grundsätzlich anzuzeigen (Art 88 Abs 3). Aufgrund des Gleichheitssatzes findet das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb auf die Privatwirtschaftsverwaltung der öffentlichen Hand, die Förderungen vergibt, Anwendung.

Die Rechtmäßigkeit einer solchen Förderung im Hinblick auf das allgemeine Beihilfenverbot des Art 87 EG² und auf österreichischen Wettbewerbsrecht ist naturgemäß Voraussetzung für die Einführung einer solchen und Gegenstand nachfolgender Ausführungen.

¹ Regierungsübereinkommen zwischen ÖVP Oö und Grüne Oö, *Zukunft Oberösterreich 2003 – 2009*, S. 12: *In Zusammenarbeit mit den Betroffenen plant die Landesregierung eine Reform der Medienförderung, die einen Ausbau der Journalistenausbildung und eine Förderung nichtkommerzieller Medien mit dem Ziel der Medienvielfalt beinhalten.*

² Vertrag der europäischen Gemeinschaften; in Folge beziehen sich Artikel ohne besondere Bezeichnung auf diesen Vertrag.

Begriffsbestimmung nichtkommerzielles, freies Radio

Um auf den Begriff "nichtkommerzielle Medien" bzw. "nichtkommerzielles Radio" näher einzugehen, wird im Folgenden auf die Charta³ des Verbandes Freier Radios Österreich (VFRÖ), auf die Definition⁴ des Verfassungsdienstes des österreichischen Bundeskanzleramtes (BKA) von 1998 sowie auf das Niedersächsische Mediengesetz 2001⁵ verwiesen.

Die Kernelemente der Charta des VFRÖ sind Offener Zugang zum Medium Radio für jeden Bürger/jede Bürgerin (Offenheit, Public Access), Werbefreiheit, Transparenz und Unabhängigkeit in der Organisation sowie die publizistische Ergänzung auf lokaler und kultureller Ebene.

Der Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes hat 1998 auf Anfrage des Kunststaatssekretärs Dr. Wittmann zu "nichtkommerzieller Hörfunk" ausgeführt, dass nichtkommerzielle Radios sich vor allem dadurch definieren, dass sie gemeinnützige Programme ausstrahlen, kein Gewinninteresse verfolgen und daher mit den Mitbewerbern nicht auf wirtschaftlicher sondern nur auf publizistischer Ebene konkurrieren. Weiters hebt der Verfassungsdienst hervor, dass Freie Radios den Großteil der nichtkommerziellen Radios ausmachen und sich im Besonderen durch den Offenen Zugang auszeichnen, der aus strukturellen Gründen vom Markt nicht angeboten wird und bereits in vielen anderen europäischen Demokratien im Interesse einer pluralistischen Gesellschaft gefördert wird.

Das Niedersächsische Mediengesetz definiert als Auftrag des Bürgerrundfunks 1. lokale/regionale/kulturelle Berichterstattung publizistisch zu ergänzen, 2. Offener Zugang und 3. Medienkompetenz zu vermitteln. Darüber hinaus sind Werbefreiheit u. fehlendes kommerzielles Gewinninteresse Zulassungsvoraussetzungen.

³ Charta des Verbandes Freier Radios Österreich (1998), www.freie-radios.at/charta.php

⁴ Verfassungsdienst des österreichischen Bundeskanzleramtes, Anfragebeantwortung für Staatssekretär Dr. Wittmann, GZ 601.135/4-V/4/98

⁵ Niedersächsisches MedienG (2001), Viertes Abschnitt Bürgerrundfunk, §§ 27-32 NMedienG

A. EU Beihilfenrecht

1. Tatbestandsmäßigkeit

Art 87 Abs 1 EG lautet: ... *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, sind mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.*

1.1 Staatliche Beihilfe⁶

Als erstes muss es sich also um eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe handeln. Als eine solche gilt jede Maßnahme, für die staatliche Mittel aufgewendet werden müssen, und die finanzielle Belastungen mindert, die ein Unternehmen an sich zu tragen hätte.⁷ Nach der Rsp des EuGH ist dieser Begriff sehr weit gefasst, beinhaltet auch Kreditvergünstigungen oder Kapitalbeteiligungen die private Investoren nicht eingegangen wären⁸ und auch die von der Kommission ursprünglich als nicht unter Beihilfen subsumierten Rundfunkgebühren zählen nach der Rsp des EuGH dazu⁹.

Eine Förderung Freier Radios also würde – ob aus Rundfunkgebühren oder aus dem Budget gespeist staatliche Mittel darstellen, die finanzielle Belastung Freier Radios mindern und in Folge den Beihilfenbegriff erfüllen.

⁶ Auf die begrifflichen Unterschiede zwischen dem europarechtlichen Terminus Beihilfe und Subvention (Förderung) sei hier nicht eingegangen (vgl. aber Ruffler, F., *Privatrechtliche Probleme der Subventionsgewährung: Der Einfluss des Gleichheitssatzes im Subventionsrecht*, in JBl 2005, 409ff).

⁷ Stadlmeier, S. in P. Fischer, H. Köck, M. Karollus, *Europa Recht*⁴, (2002), Linde Verlag, Rz 1865

⁸ Stadlmeier, S., *op.cit.*, ebenda

⁹ Vgl. Mayer-Robitaille, L., *Die EG-Wettbewerbspolitik in Bezug auf Vereinbarungen und staatliche Beihilfen für den audiovisuellen Sektor*, IRISplus Rechtliche Rundschau der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle, 2005-10, S.3

1.2 Den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen droht

Dieses Tatbestandsmerkmal ist enger gefasst als in Art 81, die bloße Möglichkeit der Wettbewerbsverzerrung reicht noch nicht, es muss eine konkrete Gefahr vorliegen.¹⁰ *Verstärkt eine von einem Mitgliedstaat gewährte Finanzhilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im innergemeinschaftlichen Handel muss dieser als von der Beihilfe beeinflusst erachtet werden.*¹¹

Dabei kommt dem Merkmal der Selektivität besonderes Augenmerk zu:¹²
*Unter der Selektivität ist diejenige Wirkungsweise einer staatlichen Handlung zu verstehen, die einem oder mehreren Unternehmen auf einem relevanten Markt eine Begünstigung zukommen lässt, während diese anderen versagt bleibt. Damit wird die zentrale Grundlage für die Beurteilung der Wettbewerbsverzerrung geschaffen. Denn eine Beihilfe, die allen im relevanten Markt (der EG) agierenden oder marktzutrittsbereiten Unternehmen gleichermaßen gewährt wird, kann keine verzerrende Auswirkungen auf dem Gemeinsamen Markt auslösen.*¹³

Die Kommission definiert relevanter Markt folgendermaßen¹⁴:

Der relevante Markt kombiniert den sachlich und den räumlich relevanten Markt, die wie folgt definiert werden:

Ein sachlich relevanter Produktmarkt umfasst sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden;

Ein geografisch relevanter Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten

¹⁰ Stadlmeier, S., *op.cit.*, ebenda

¹¹ EuGH, Slg. 1980, S. 2671, 2688f. – *Philip Morris*

¹² Koenig, C., Haratsch, A., *Europarecht*, (2000), Mohr Siebeck, Rz 686

¹³ Koenig, C., Haratsch, A., *op.cit.*, ebenda

¹⁴ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, Amtsblatt C 372 vom 09.12.1997

Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten und in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind.

Die Substituierbarkeit wird von Anbieter- und Verbraucherseite überprüft.

Das Spezifikum der Freien Radios, der offene Zugang zum Medium Radio (und damit korrespondierend die Werbefreiheit) ist die Dienstleistung.

a. Relevanter Produktmarkt

Der Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes führte dazu aus¹⁵: Das entscheidende Merkmal des „nichtkommerziellen“ Hörfunks ist nach Ansicht des Verfassungsdienstes, dass damit spezifische Anliegen ohne Rücksicht darauf verfolgt werden, ob sie gewinnversprechend sind oder nicht. Im Ergebnis handelt es sich dabei um die Veranstaltung von „Sendungen“, die aus bestimmten – vor allem gemeinnützigen – Gründen ausgestrahlt und von gewinnorientierten Hörfunkveranstaltern nicht angeboten werden. Die strukturelle Besonderheit besteht insbesondere darin, dass diese Form von Radio nicht Zuhörer an die „werbetreibende“ Wirtschaft verkaufen muss. Nichtkommerzielles Radio gehorcht nicht dem Primat der Einschaltquoten, konkurriert somit nicht auf der ökonomischen Ebene mit den Mitbietern, sondern nur auf der publizistischen.

Von der Anbieterseite her besehen stellen Freie Radios eine eigene Marktbranche dar. Zum Einen bietet sonst niemand die Dienstleistung Offener Zugang an, zum Anderen treten sie am Werbemarkt nicht auf.

Auch von Verbraucherseite besehen kommt man zum gleichen Ergebnis, wenn als Verbraucher die Dienstleistung Zugang zum Medium Radio in Anspruch genommen werden soll, dann sind die Freien Radios die einzigen, die diese Dienstleistung anbieten, eine Substituierbarkeit ist nicht gegeben.

¹⁵ Verfassungsdienst des österreichischen Bundeskanzleramtes, Anfragebeantwortung für Staatssekretär Dr. Wittmann, GZ 601.135/4-V/4/98

b. Geografisch relevanter Markt

ist wohl das technische Einzugsgebiet der jeweiligen Radiosender. Da die Dienstleistung Offener Zugang in Wahrheit nur dort von Interesse ist, wo das Programm empfangbar ist, gäbe es auch nur dort Wettbewerb, wo die Programme mehrerer Anbieter der Dienstleistung zugleich empfangbar sind, nicht aber etwa zwischen einem Anbieter in Lienz und einem in Liezen.

Relevanter Markt ist jener der Dienstleistung Offener Zugang im Einzugsgebiet des jeweiligen Fördergebers. Zusammengefasst kommt man bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals Verfälschung oder drohende Verfälschung des Wettbewerbs zum Ergebnis, dass wenn alle Mitbewerber am relevanten Markt in den Genuss der Förderung kommen, eine Verfälschung weder vorliegt noch droht und von daher keine Tatbestandsmäßigkeit gegeben ist.

1.3 Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten:

Dieser ist analog zu Art 81 EG zu interpretieren, die Definition wurde aus der Rsp des EuGH entwickelt:

*Société Technique Minière: Dieser Tatbestand ist erfüllt, wenn sich aus einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr (...) zwischen den Mitgliedstaaten beeinflussen kann.*¹⁶

Consten und Grundig: In diesem Zusammenhang kommt es insbesondere darauf an, ob die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach geeignet ist, die Freiheit des Handels zwischen den Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung der Ziele

¹⁶ *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH*, Rs 56/65, Slg 1966, 281

*eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann.*¹⁷

In ihrer Mitteilung¹⁸ über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk führt die Kommission dazu folgendes aus: *(Demnach) ist generell davon auszugehen, dass eine staatliche Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Dies gilt klar für den – häufig international abgewickelten – Erwerb und Verkauf von Programmrechten. Auch die Werbung – für diejenigen öffentlich-rechtlichen Anstalten, die Sendeplatz für Werbung verkaufen dürfen – hat eine grenzüberschreitende Wirkung, vor allem in grenznahen Gebieten, in denen beiderseits der Landesgrenze dieselbe Sprache gesprochen wird. Außerdem kann sich die Eigentumsstruktur kommerzieller Rundfunksender auf mehr als einen Mitgliedstaat erstrecken.*

Freie nichtkommerzielle Radios sind, wie der Name schon besagt, kommerziell nicht tätig. Das Programm im Rahmen des Offenen Zugangs wird ehrenamtlich produziert, der tatsächlich existierende Programmaustausch¹⁹ erfolgt auf unentgeltlicher Basis. Werbung kommt nicht zu tragen. Es kommt zu keinem Wettbewerb zu kommerziellen Radios und es ist von daher auch von keiner Relevanz, ob die Eigentumsstruktur kommerzieller Sender sich über mehrere Mitgliedsstaaten erstreckt.

Zusammengefasst kommt man also auch beim Zwischenstaatlichkeitskriterium zum Ergebnis, dass eine Förderung Freier Radios weder unmittelbar noch mittelbar, weder tatsächlich noch der Möglichkeit nach geeignet ist, die Freiheit des Handels zwischen den Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes

¹⁷ EuGH *Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH v Kommission*, verb Rs 56/64 und 58/64, Slg 1966, 322

¹⁸ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (2001/C 320/04), Rz 18

¹⁹ Vgl. Cultural Broadcasting Archive <http://cba.fro.at>

nachteilig sein kann, diese also nicht vorliegt und daher eine Förderung Freier Radios nicht tatbestandlich wäre iSd Art 87 EG.²⁰ Zudem braucht, wenn "sonnenklar" ist, dass das Zwischenstaatlichkeitserfordernis nicht erfüllt ist, die Beihilfe bei der Kommission nicht angezeigt werden.

Würde man den vorhergehenden Ausführungen nicht folgen, stellte sich die Frage nach möglichen Rechtfertigungen. Wenn Tatbestandsmäßigkeit vorliegt, kann eine Beihilfe unter eine der Legalausnahmen fallen (Art 87 Abs 2), von der Kommission unter den Voraussetzungen des Art 87 Abs 3 eine Freistellung erhalten oder es könnte sich um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse handeln (Art 86 Abs 2).

Die De-minimis-Verordnung VO (EG) Nr 69/2001 ABI 2001 L 10/30 stellt Beihilfen, die den Betrag von Euro 100.000,- bezogen auf einen Zeitraum von drei Jahren nicht überschreiten (unter weiteren Voraussetzungen) vom Beihilfenverbot frei.²¹

2. Ausnahmen vom Beihilfenverbot

2.1 Legalausnahmen nach Art 87 Abs 2

Art 87 Abs 2 EG sieht Ausnahmen vom Beihilfenverbot für lit a Beihilfen sozialer Art an Verbraucher, lit b Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen entstanden sind und lit c „Teilungsbedingte Wirtschaftsförderung“ in der BRD.

Die angeführten Ausnahmen sind zwar nicht tatbestandsmäßig, unterliegen aber

²⁰ Bei der österreichischen Bundespresseförderung wurde das Nichtzutreffen des Zwischenstaatlichkeitskriteriums von der Republik Österreich argumentiert und das Beihilfenverbot damit auf Tatbestandsebene ausgeschieden.

²¹ Weitere Freistellungsverordnungen wurden von der Kommission auf Basis einer Rats-Verordnung (No 994/98, L 142) in folgenden Bereichen erlassen: Ausbildungsförderung, KMU-Beihilfe, Beschäftigungsbeihilfe. Die unter die genannten Bereiche fallenden Beihilfen sind nicht notifizierungspflichtig. Vgl. http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/legislation/block.html

trotzdem dem Beihilfenkontrollverfahren.

Für den vorliegenden und zu prüfenden Fall scheiden die Fälle des Abs 2 aus.

2.2 Freistellung von Beihilfen nach Art 87 Abs 3

Unter Art 87 Abs 3 EG sind die Beihilfen zusammengefasst, die zwar tatbestandsmäßig, aber unter den Voraussetzungen des Abs 3 von der Kommission freigestellt werden können, wenn ihre positiven Effekte die Wettbewerbsverzerrung aufwiegen (können als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar gesehen werden).

Es sind dies:

lit a) Beihilfen zur wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten mit niedrigem Lebensstandard und erheblicher Unterbeschäftigung, lit b) Beihilfen von gemeinsamen europäischen Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines MS, lit c) Beihilfen zur Förderung gewisser Wirtschaftszweige, lit d) Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, lit e) sonstige Beihilfen, die vom Rat mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission bestimmt werden.

Darüber hinaus ist die Kommission vom Rat ermächtigt, bestimmte Beihilfenkategorien durch Gruppenfreistellungsverordnungen von der Anmeldepflicht nach Art 88 Abs 3 auszunehmen und das ex-ante Notifizierungsverfahren durch ein ex-post Verfahren zu ersetzen.

Für den vorliegenden Fall kommen im Besonderen lit c, Förderung gewisser Wirtschaftszweige und lit d, Kultur, in Betracht.

2.3 Dienstleitungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach Art 86 Abs 2

Für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gibt es mit Art 86 Abs 2 EG bzw. Art 16 EG Sonderbestimmungen im EG Vertrag. Demnach tragen die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaft für die Anwendung des Vertrages (insb. des Wettbewerbsrechtes), auf diese Dienstleistungen, wegen ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts Sorge, dass diese Aufgaben erfüllt werden können.²²

1997 wurde dem Amsterdamer Vertrag ein Protokoll²³ zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten beigefügt, wonach das Beihilfenverbot die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, soweit verhältnismäßig, nicht berührt²⁴.

In der Mitteilung²⁵ der Kommission gem Art 86 Abs 3 EG²⁶ über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk²⁷ stellt die Kommission dar, wie die Kommission Ausnahmen vom

²² Art 86 Abs 2 EG: *Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind (...) gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.*

Art 16 EG: Unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten (...) dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.

²³ Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten (Protokoll zum Amsterdamer-Vertrag) (...) *Die Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft berühren nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren, sofern die Finanzierung der Rundfunkanstalten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie er von den Mitgliedstaaten den Anstalten übertragen, festgelegt und ausgestaltet wird, dient und die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist.*

²⁴ Vgl. auch 27. Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Entwurf zur EU-Verfassung

²⁵ Mitteilung der Kommission (2001/C 320/04); FN 3

²⁶ Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten.

²⁷ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (2001/C 320/04)

Beihilfenverbot gem. Art 86 Abs 2 EG für öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Verbindung mit dem Amsterdamer Protokoll und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH anwendet.

Im Folgenden werden die für eine rechtskonforme Einführung einer Förderung für Freie Radios im Sinne des EU-Wettbewerbsrechtes in Frage kommenden Bestimmungen durchgeprüft.

3. Anwendbarkeit von Ausnahmen

3.1 Dienstleistungen von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, Art 86 Abs 2

In der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk veröffentlichte die Kommission ein anhand der Rsp des EuGH und der eigenen Prüfungspraxis entwickeltes Prüfungsschema. Im Zusammenhang mit der zitierten Mitteilung ist der Begriff öffentlich-rechtlich als übereinstimmend mit dem Begriff Dienst von allgemeinem Interesse auszulegen.

Öffentlich-rechtlich: Organisationsform oder Auftrag

Zur Anwendung des Begriffes öffentlich-rechtlich auf Freie Radios, die privatrechtlich organisiert sind, führt der deutsche Rundfunkrechtler Martin Stock in einem Aufsatz über das Verhältnis zwischen öffentlich-rechtlichem Rundfunk und Freien Radios aus, dass beide unter öffentlich-rechtlich zu subsumieren wären und das Amsterdamer Protokoll auch für Community Media (Freie Medien) anzuwenden ist.²⁸

²⁸ Und unter Art II-71 Abs 2 EUVerf. i.V.m. dem Amsterdamer Protokoll fallen, wie hier zu betonen ist, bei sachgerechter Auslegung auch Community Media! vgl. Stock, M. in „Von der Kür zur Pflicht“, (2005), Schriftenreihe der Medienanstalt Sachsen-Anhalt, S. 42

Die Kommission spricht in der Mitteilung vom beauftragten Unternehmen, das durch Rechtsakt, Vertrag oder Aufgabenbeschreibung mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag beauftragt werden kann (Rz 40) und somit per se nicht von öffentlich-rechtlicher Organisationsform, sondern ebensolchem Auftrag ausgeht. Dies ergibt sich nicht zuletzt auch daraus, dass im letzten Jahrzehnt eine Vielzahl an Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die mit Gemeinwohlverpflichtung verbunden sind, (teil-) privatisiert wurden wie etwa Energieversorgung, Telekommunikation, Postdienste, öffentlicher Nahverkehr oder Daseinsvorsorge.

Zuletzt sei darauf verwiesen, dass etwa in der BRD, wo Rundfunk Ländersache ist und es aufgrund der 15 verschiedenen Gesetze es auch eine entsprechende Artenvielfalt gibt bei der Umsetzung des offenen Zuganges in Form von Freien Radios (private Träger), Offene Kanäle (öffentliche Trägerschaft) bis zu must-carry Lösungen, bei denen kommerzielle Radiostationen time-slots für Bürgerrundfunk zur Verfügung stellen müssen.²⁹

Das Prüfungsschema der Kommission:

- i. Die betreffende Dienstleistung muss eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und von dem Mitgliedstaat klar als solche definiert sein (Definition).
- ii. Das betreffende Unternehmen muss von dem Mitgliedstaat ausdrücklich mit der Ausführung der Dienstleistung beauftragt worden sein (Beauftragung) und die Dienstleistung muss auch tatsächlich erbracht werden.
- iii. Die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags – im vorliegenden Fall das Verbot staatlicher Beihilfen – muss die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen Aufgaben verhindern, und die Freistellung von diesen Regeln darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Maße beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft (Verhältnismäßigkeitskriterium).

²⁹ SpiegelTV etwa beruht ebenso auf einer aufgrund eines Entscheides des deutschen BGH auf einer must-carry Bestimmung, ist aber keine Form des Bürgerrundfunks.

Die Anwendung der Bestimmungen des EG-Vertrages auf die Förderung nichtkommerzieller Freier Radios erfordert also:

i. Definition eines öffentlich-rechtlichen Auftrages³⁰

Ein öffentlich-rechtlicher Auftrag sieht in Anlehnung an Art 86 Abs 2 EG eine Tätigkeit vor, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher mit einer besonderen Gemeinwohlverpflichtung verbunden wird.³¹ Entsprechend dem Amsterdamer Protokoll können nur solche Aktivitäten Bestandteil des öffentlichen Auftrages iSd Protokolls sein, die den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft und dem Erfordernis dienen, den Pluralismus in den Medien zu wahren.

Auf die Definition freier, nichtkommerzieller Radios wurde oben bereits eingegangen. Im Gesetzesentwurf für eine oberösterreichische Landesmedienförderung wurde in Anlehnung an die Charta des VFRÖ, der Definition des BKA und des Niedersächsischen MedienG folgender Auftrag formuliert³²:

§1 Definition, Auftrag

Nichtkommerzielle Radios

1.1 gewähren den Bürgerinnen und Bürgern den Zugang zum Rundfunk

1.2 Erweitern und ergänzen die lokale und regionale Berichterstattung sowie das kulturelle Angebot im Verbreitungsgebiet des Programms. Zum publizistisch zu ergänzenden kulturellen Angebot gehören auch die im Verbreitungsgebiet des Programms gebräuchlichen Minderheitensprachen.

1.3 vermitteln Medienkompetenz

³⁰ Gemäß Ziffer 33 der MT der Komm fällt die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrages in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, die auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene entscheiden können.

³¹ Vgl. Kletter, M. in "Die Finanzierung des ORF mittels Programmgelten. Eine Betrachtung im Lichte der Novelle des ORF-G und der neuesten Entwicklungen im Gemeinschaftsrecht.", MR 2001, 260

³² Baratsits, A., in *Land der Freien Radios*, S. 21. Im Übrigen ist die Formulierung im Gesetzesentwurf für eine Novelle zum Privatradiog des VFRÖ deckungsgleich.

In der Präambel zum Gesetzesentwurf für eine Landesmedienförderung wird diese wie folgt begründet:

Präambel

Das Land Oberösterreich bekennt sich zu den Freien Radios als wichtigem Bestandteil der oberösterreichischen Medienlandschaft. Freies Radio dient ...

FREIER MEINUNGSÄUSSERUNG

Bürgerinnen und Bürger machen selbst Radio in eigener Sache. Die freie Meinungsäußerung ist als allgemeines Menschenrecht in der Europäischen Menschenrechtskonvention verankert. Die freie Meinungsäußerung ist eine der Grundvoraussetzungen für nichtkommerzielles, Freies Radio.

MEINUNGS- und MEDIENVIELFALT

Ein Lokalradio soll möglichst vielen Menschen zugänglich sein, und insbesondere auch in den Medien unterrepräsentierten Menschen und Gruppen in unserem Land als Sprachrohr dienen. Die Vielschichtigkeit der Gesellschaft zeichnet sich durch die speziellen Interessen Einzelner und von Gruppen aus. Freies Lokalradio ist ein interkultureller Beitrag zur Verständigung der Menschen. Eine größere Anzahl unabhängiger Medienanbieter ist mit ein Garant für ein Mehr an Meinungsvielfalt.

KOMMUNIKATION, DISKURS UND PROGRAMMVIELFALT

Von der Sendeanstalt zum Kommunikationsunternehmen: Die traditionellen technischen Rahmenbedingungen von Sender – Empfänger erweitern sich zunehmend in Richtung interaktiver Plattformen. Dieser Entwicklung wird von den Freien offen zugänglichen Radios Rechnung getragen: Freie Radios erreichen eine unvergleichliche Programmschöpfung durch die aktive Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger.

DEMOKRATISCHER PROZESS, BÜRGERINNENBETEILIGUNG

Gesellschaftspolitische Inhalte und Belange finden im Freien Radio eine Diskursplattform. Vor allem die Initiative der Bürgerin und des Bürgers findet im Freien Radio die Möglichkeit, ihre Anliegen zu veröffentlichen und zur Diskussion zu stellen. Freies Radio ist ein demokratisches Instrument, sich am politischen und gesellschaftlichen Leben einzubringen.

IDENTITÄTSFÖRDERUNG

Freies Lokalradio stiftet Identität. Die Bürgerin und der Bürger bestimmen durch Selbstdarstellung, Initiative und Engagement die Eigenständigkeit einer Kultur. Es ist eine wichtige Ergänzung zur Definitionsmacht von Medienkonzernen und globalen Suchmaschinen.

REGIONALE KULTUR und REGIONALENTWICKLUNG

Lokale Ereignisse, Kulturveranstaltungen, regionale Nachrichten finden über ein Freies Radio eine breite Bühne. Es ist eine Präsentationsfläche, um Menschen aus der Umgebung über das Kulturleben zu informieren und zur aktiven Beteiligung an der Kultur zu motivieren.

BILDUNGSFÖRDERUNG

Bildungseinrichtungen, Schulen und Universitäten können mit einem eigenen, selbst erstellten Programm die Bürgerinnen und Bürger informieren und damit Wissen und Fortbildung vermitteln.

MEDIENKOMPETENZ

Die medienpädagogische Arbeit der Freien Radios und das praktische Anwendungsfeld des Mediums vermitteln essentielles Wissen über Auswahl, Herstellung und Darbietung von Information. In Zusammenarbeit mit den Bildungseinrichtungen des Landes kann so gerade für die Jugend ein Beitrag zur Entwicklung einer reflektierten Medienrezeption wie auch zur Aktivierung als ProduzentInnen geleistet werden.

Die im Amsterdamer Protokoll angeführten Voraussetzungen für einen öffentlichen-rechtlichen Auftrag iSd Protokoll verlangt Aktivitäten, die den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft und dem Erfordernis dienen, den Pluralismus in den Medien zu wahren. Diese werden durch die Punkte Freie Meinungsäußerung, Meinungs- und Medienvielfalt, Kommunikation – Diskurs – Programmvielfalt, Demokratischer Prozess – BürgerInnenbeteiligung, Identitätsförderung, Regionale Kultur – Regionalentwicklung, Bildungsförderung und Medienkompetenz erfüllt.

Darüber hinaus gibt es auch eine Verpflichtung des Staates, eine Beauftragung solcherart vorzunehmen, denn Medien erfüllen in Demokratien einen besonderen Auftrag. Kern dieses Auftrags ist die in Art 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) formulierte aktive und passive Meinungsäußerungsfreiheit. Der Offene Zugang ist eine Ausformung der aktiven Meinungsäußerungsfreiheit im Medium Radio. Gerade die beschränkten Frequenzressourcen im Rundfunkbereich, die per se eine Einengung des Zugangs zu den Medien Radio und TV nach sich ziehen, erlegen den Staaten ein besonderes Vorgehen auf.

In verschiedenen Dokumenten weisen europäische Institutionen auf die Verantwortung des Staates für die Wahrung bzw. Herstellung von Meinungs- und Medienvielfalt hin. Die Medienabteilung des Europarates führt dem Europäischen

Gerichtshof für Menschenrechte und dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) folgend aus, dass der Staat die Pflicht habe, *to safeguard and promote media pluralism*³³ und weist darauf hin, dass laut (EuGH) der Art 10 EMRK auch *die Pflicht, Meinungsvielfalt und kulturelle Diversität der Medien zu garantieren (to take positive measures)*³⁴ nach sich zieht.

In einer EntschlieÙung fordert das EU-Parlament 2004 *to take measures to ensure pluralism in the media*³⁵, während die Medienabteilung des Europarates in ihrem Bericht zur transnationalen Medienkonzentration den Mitgliedsstaaten als Maßnahme gegen Medienkonzentration empfiehlt, diese *should encourage the development and strengthening of the contribution of community media in a pluralistic media landscape*³⁶.

Zusammengefasst lässt sich feststellen, dass der Offene Zugang das allgemeine Interesse an der Erfüllung der aktiven Meinungsäußerungsfreiheit beinhaltet und im Einklang mit den Zielen des Amsterdamer Protokolls steht.

ii. Beauftragung

Die Freien Radios sind mit der Durchführung dieses öffentlich-rechtlichen Auftrages zu beauftragen. Dies kann in Form einer Fördervereinbarung, also in Vertragsform, oder auch in Form eines Lizenzbescheides geschehen.³⁷ Die Überprüfung, ob der Auftrag bzw. die Dienstleistung tatsächlich erbracht wurde/wird kann in Form von Tätigkeitsberichten, die von der vergebenden Stelle (etwa der KommAustria, Förderstelle der Landesregierung) entsprechend überprüft werden, wie im Förderbereich üblich.

³³ Vgl. Report on Media Diversity (H/APMD 2003), Media Division, Directorate General of Human Rights, Council of Europe, (2002), S. 19

³⁴ Ebenda S. 6

³⁵ EntschlieÙung des EU-Parlaments zu Gefahren der Verletzung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in der EU, vor allem Italien (P5_TA(2004)0373).

³⁶ Report on Transnational media concentrations in Europe (AP-MD (2004)7, Media Division, Directorate General of Human Rights, Council of Europe, (2004), S. 5

³⁷ Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (2001/C 320/04), Rz 40

iii. Verhältnismäßigkeit

Bei der Überprüfung des Verhältnismäßigkeitskriteriums sind ökonomische Überlegungen heranzuziehen. Die Kommission geht von der Überlegung aus, dass das Unternehmen die staatliche Finanzierung im Normalfall benötigt, um seinen öffentlich-rechtlichen Auftrag erfüllen zu können.

Die Gewährleistung des Offenen Zugangs steht im Widerspruch zu einem Auftrag möglichst große & homogene HörerInnengruppen für die Werbewirtschaft zu organisieren. Gerade das vielfältige Programm, das aufgrund der verschiedensten beteiligten Gruppen Wesenselement Freier Radios ist, verbietet eine Durchformatierung des Programmes, wie dies bei kommerziellen Programmen ausnahmslos der Fall ist (ebenso der ORF, mit Ausnahme des werbefreien Ö1). Die Durchformatierung ist aber Voraussetzung für ein Reüssieren am Werbemarkt. Eine staatliche Förderung ist daher notwendig, um den Offenen Zugang in adäquater Weise gewährleisten zu können.³⁸

Durch den Umstand, dass nichtkommerzielle Radios am Werbemarkt nicht (oder nur in sehr beschränktem Ausmaß) mit den anderen Marktteilnehmern konkurrieren, ist auch keine Beeinträchtigung des Handelsverkehrs gegeben.

Das Kriterium der Verhältnismäßigkeit ist wohl etwas unpräzise, es könnte dazu analog das Prüfungsschema des EuGH in der Rs Altmark Trans³⁹ zur Anwendung kommen im Zuge dessen der EuGH entschied, dass Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen dann keine Beihilfen sind, wenn i. das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut ist, ii. objektive und transparente Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, vorab festgelegt wurden, iii. der Ausgleich auf (höchstens) Kosten inklusive angemessenem Gewinn begrenzt wird und iv. die Ausgleichszahlung auf die Kosten eines

³⁸ Vgl. Anfragebeantwortung des Verfassungsdienstes des Bundeskanzleramtes aus 1998, GZ 601.135/4-V/4/98

³⁹ EuGH Rs C-280/00, Altmark Trans, Slg 2003 I-7747 (Rn 89 ff).

durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens begrenzt wird, sofern das begünstigte Unternehmen nicht iR eines Vergabeverfahrens ermittelt wurde.⁴⁰

3.2 Kulturförderung Art 87 Abs 3 lit d

Die Gemeinschaft trägt bei ihrer Tätigkeit den kulturellen Aspekten Rechnung, insbesondere zur Wahrung und Förderung der Vielfalt ihrer Kulturen (Art. 151). Dementsprechend gibt Art. 87 Abs 3 Buchstabe d EG-Vertrag der Europäischen Kommission die Möglichkeit, Beihilfen zur Förderung der Kultur als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

Nach Auffassung der Kommission ist der Kulturbegriff iSd Art 87 Abs 3 lit d eng auszulegen. Die Kommission begründet dies in ihrer 2001 veröffentlichten Mitteilung zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk damit, dass nach Rsp. des EuGH Bestimmungen, die eine Freistellung vom Verbot staatlicher Beihilfen zulassen, streng anzuwenden sind.⁴¹ Nach dieser Mitteilung darf eine solche Beihilfe nur genehmigt werden, wenn der betreffende MS eine gesonderte Definition und eine gesonderte Finanzierung im Hinblick auf eine Beihilfe vorsieht, die ausschließlich der Kulturförderung dient.

Diese Sicht ist wohl auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Kulturbestimmungen (151 EG und Art 87 Abs 3 lit d) erst mit dem Vertrag von Amsterdam (1998) in das Vertragswerk aufgenommen wurde, zeitgleich mit dem Zusatzprotokoll zum Amsterdamer Vertrag über den öffentlich-rechtlichen

⁴⁰ Nach einem Entscheidungsentwurf der Kommission können Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen, die die Altmark-Kriterien nicht erfüllen und daher Beihilfen iSd Art 87 Abs 1 darstellen, trotzdem nach Art 86 Abs 2 EG gerechtfertigt sein, sofern i. der Jahresumsatz der begünstigten Unternehmen und die Höhe der Ausgleichszahlungen bestimmte – noch festzulegende – Schwellenwerte nicht überschreiten, ii. bestimmte Betrauungserfordernisse erfüllt sind, iii. keine Überkompensation und iv. hinsichtlich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen eine getrennte Buchführung vorliegt. Vgl Zellhofer, G und Schönhart, D. *Vergabe- und beihilfenrechtliche Aspekte der Breitbandförderung*, (2004), manz, S. 6

⁴¹ Ebenda, Rz 26

Rundfunk. Die Kommission ging zunächst einmal davon aus, dass im Normalfall eine Einschätzung aufgrund von Artikel 86 Abs 2 – Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse – möglich ist.⁴²

Dazu kommt, dass der erst 1998 eingeführte „Kulturartikel“ in einen Zeitraum einer allgemeinen „Liberalisierungsdiskussion“ gefallen ist und die Kommission in vielen Bereichen der Versorgung (Schlagwort Wasserversorgung) deutlich weiterreichende Pläne hatte, um den europäischen Wettbewerb voranzubringen. Demgegenüber stehen Bemühungen, die etwa in der Verabschiedung der UNESCO-Konvention zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen vom 20. Oktober 2005 ihren Ausdruck finden. Der 18. Erwägungsgrund bringt die Überzeugung zum Ausdruck, dass *kulturelle Tätigkeiten, Güter und Dienstleistungen sowohl wirtschaftlicher als auch kultureller Natur seien, da sie Identitäten, Werte und Bedeutungen vermitteln, und daher nicht unter ihrem rein kommerziellen Wert behandelt werden dürfen*. L. Mayer-Robitaille vertritt in diesem Sinne, dass im Zuge der Reform der Regelung staatlicher Beihilfen für die Spiel- und Fernsehfilmproduktion der *Art 151 EG in der Weise in die Praxis umgesetzt werden muss, dass eine der Zielsetzungen dieser Bestimmung – der Erhalt der kulturellen Vielfalt der Mitgliedstaaten – erreicht wird*.⁴³

Die entsprechende Ausformung der Gemeinschaftspolitik in kulturellen Fragen ist noch in Entwicklung, die nachfolgenden Beispiele repräsentieren eher eine breitere Auslegungen:

Der Irische Broadcasting Fund, der sowohl öffentlich-rechtliche als auch private audio und audio-visuelle Produktionen fördert, wurde von der Europäischen Kommission geprüft und gem Art. 87 Abs 3 Buchstabe d) EG genehmigt.⁴⁴ Mit

⁴² Ebenda, Rz 27

⁴³ L. Mayer-Robitaille, *op.cit.*, S. 7

⁴⁴ Approval of the Broadcasting Funding Scheme in Ireland by the European Commission, C (2005) 3679

dem Fund werden auf dem community broadcasting level (Freie Radios) Produktionen gefördert, *die kreativen Ausdruck fördern (encourage), Zugang zu Ausbildung, Produktion und Verbreitung anbieten, lokale kreative Talente ermutigen, lokale Traditionen stärken und Programme verbreiten, die im Interesse und zur Unterhaltung, Ausbildung und Entwicklung von Personen sind, die in Programmmachen involviert sind bzw Zuseher- hörer sind. Die Ziele des Förderschemas sind die Schaffung von Programmen als Vehikel für die Erhaltung der lokalen kulturellen Erbes und der Kultur ebenso wie die Stärkung des not-for-profit Ethos von Community Broadcasting.*

Die Kommission hat sich bei der Prüfung auf das Prüfungsschema gestützt, das in der Cinema Communication⁴⁵ veröffentlicht wurde und dieses analog auch für den Radiobereich angewendet⁴⁷. Das Prüfungsschema sieht vor, dass die Beihilferegelung dem Grundsatz der "allgemeinen Rechtmäßigkeit" entsprechen muss, dh. nicht gegen andere Bestimmungen des EG verstößt, einem kulturellen Produkt zugute kommt, dh. nach überprüfbaren nationalen Kriterien einen kulturellen Inhalt haben, die Produzenten mind. 20% des Filmbudgets in anderen Mitgliedsstaaten ausgeben dürfen, die Höhe der Beihilfe auf 50% reduziert ist, außer für „schwierige bzw. mit knappen Mitteln“ erstellte Produktionen, wobei aufgrund des Subsidiaritätsprinzips die MS nach nationalen Parameter „schwierig bzw. mit knappen Mitteln“ definieren sowie dass die zusätzlichen Beihilfen nicht auf einen bestimmten Bereich der Produktion reduziert sein dürfen und so einen bestimmten Produktionszweig einseitig fördern würde.

Umgelegt auf eine oö. Medienförderung wäre in Anlehnung an die Cinema Communication die Anwendung des Oö Kulturförderungsg als nationales

⁴⁵ Mitteilung der Kommission zu bestimmten Rechtsfragen im Zusammenhang mit Kinofilmen und anderen audiovisuellen Werken (KOM(2001) 534 endgültig)

⁴⁶ Gestützt auf ebendiese Mitteilung wurde auch der österreichische Fernsehfilmförderungsfond von der Kommission gem. Art 87 Abs 3 lit d EG mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar erklärt, vgl. C(2003)4634 fin.

⁴⁷ Accordingly, the Cinema Communication is applicable to the audiovisual products which will be supported by the Fund and can be applied by extension to the radio products funded under the scheme. Op.cit. Rz 25

Kriterium heranzuziehen, ob es sich um ein kulturelles Produkt handelt.⁴⁸

In der Präambel des oö. KulturförderungsG wird Kultur als *jede schöpferische Leistung, die darauf gerichtet ist, die Welt, in der wir leben, zu gestalten, zu vermenschlichen und auf eine lebenswerte Zukunft hin weiterzuentwickeln* definiert. Nach § 1 Ob KulturförderungsG, Ziele der Kulturförderung, *unterstützt und fördert das Land Ob das Recht jedes Menschen auf Teilnahme am kulturellen Leben der Gemeinschaft und den Abbau eines regionalen Kulturgefälles (Abs. 2), das zeitgenössische kulturelle Schaffen und die Entwicklung neuer Formen kulturellen Lebens (Abs. 3 a) sowie die Selbstentfaltung der Persönlichkeit durch schöpferische Betätigung, aber auch jede Möglichkeit einer Erweiterung des Bildungsangebotes mit dem Ziel der weiteren Humanisierung der Gesellschaft, wobei in besonderer Weise die Jugend angesprochen werden soll.* Nach § 2 Bereiche der Kulturförderung sind unter h) elektronische Medien dezidiert angeführt.

Durch den offenen Zugang zu den Freien Radios besteht für jede Bürgerin/jeden Bürger die Möglichkeit, sich selbst öffentlich medial zu artikulieren. Dies stellt eine schöpferische Leistung dar, die darauf gerichtet ist, an der lokalen Gemeinschaft mitzuwirken. Die Erfahrungen bei den Freien Radios zeigen, dass durch den offenen Zugang im Besonderen der Teilnahme jedes Menschen am kulturellen Leben der Gemeinschaft entsprochen wird. Die begleitenden medienpädagogischen Maßnahmen wie auch die laufende praktische Tätigkeit auf diesen Kommunikationsplattformen stellen - insbesondere in der "Informationsgesellschaft" des beginnenden 21. Jahrhunderts - eine eminent wichtige Erweiterung des Bildungsangebotes dar.

⁴⁸ Vgl. Baratsits in V. Leiner, K. Spiegel, M. Friedwagner, O. Tremetzberger, *Land der Freien Radios. Entwurf für eine Medienförderung des Landes Oö*, (2006) S. 18

3.3 Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige Art 87 Abs 3 lit c

Auch der Radiofonds, durch den nichtkommerzielles Radio (radios non commerciales) in Frankreich gefördert wird, wurde von der französischen Regierung bei der EU-Kommission angezeigt und von dieser 2002 für mit dem EU-Wettbewerbsrecht (Art 87 Abs 3 c, Wirtschaftsförderung) kompatibel erklärt⁴⁹. Dies erscheint doch einigermaßen beliebig, diese Vorgehensweise wurde allerdings schon 1997 im Zuge einer Überprüfung einer Beihilfe an die Société Française de Production gewählt. *Eine denkbare Alternative wäre eine Freistellung auf der Grundlage von Buchstabe d (gewesen), der Beihilfen zu Förderung der Kultur betrifft. Die französische Regierung hatte keine Argumente geliefert, die Anlass zu der Annahme gaben, dass die Beihilfe zur Förderung der Kultur bestimmt sei. Damit hatte die Kommission kein andere Wahl, als letztere gemäß Art 87 Abs 3 lit c von dem Verbot freizustellen.*⁵⁰ 1998 genehmigte die Kommission ein französisches Förderprogramm für Spielfilmproduktion und griff dabei die Bestimmung von Art 87 Abs 3 lit b auf (Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamen europäischen Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines MS). Aus dem in diesem Verfahren entwickelten Schema ging in Folge die Cinema Communication hervor (aus Systematischen Gründen schon oben angeführt).

⁴⁹ http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2003/nn042-03.pdf

⁵⁰ L. Mayer-Robitaille, *op.cit.*, S. 5

B. Österreichisches Wettbewerbsrecht

Lt. hM und Rsp. ist der privatwirtschaftlich handelnde Staat an die Grundrechte gebunden, dh. hat die Verpflichtung, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, anders gewendet das Verbot, unsachlich zu differenzieren, fließen über privatrechtliche Normen, deren der Staat sich ja durch Privatwirtschaftsverwaltung bedient, in die Rechtsanwendung ein. Generalklauseln wie §§ 879, 1295 Abs 2 und 1311 ABGB sowie § 1 UWG sind Umsetzungsnormen der grundrechtlichen Bindung an den Gleichheitssatz.⁵¹

Das Gesetz über unlauteren Wettbewerb untersagt nach seinem §1 sittenwidriges Verhalten. Diese Generalklausel beinhaltet auch förderungsfremden Wettbewerb, dh. dass durch das sittenwidrige Verhalten in das Wettbewerbsverhältnis zu Dritten eingegriffen werden kann, also dass etwa ein Subventionsgeber durch Gewährung einer Subvention das Wettbewerbsverhältnis des Subventionsnehmers zu einem Dritten verzerrt.

Es stellt sich also auch hier die Frage, ob Tatbestandsmäßigkeit vorliegt. Wenn man das Beispiel des ORF herziehen würde, ergäbe sich aufgrund des gesetzlich garantierten Rechtes auf Gebühreneinhebung ebenso die Fragestellung, ob damit nicht eine Wettbewerbsverzerrung vorliegen würde. Der ORF hat allerdings einen gesetzlich definierten Bildungs- und Kulturauftrag zu erfüllen, der ihm Quote kostet und damit einerseits auf der Tatbestandsebene sich die Frage stellt, ob überhaupt ein Wettbewerbsverhältnis zu den anderen Marktteilnehmern besteht bzw. andererseits würde in diesem Kultur- und Bildungsauftrag die sachliche Rechtfertigung für die Differenzierung zu anderen Marktteilnehmern bestehen.

Ebenso verhält es sich bei den Freien Radios. Der Offene Zugang steht einem kommerziellen Marktauftritt entgegen, ebenso verhält es sich mit lokaler

⁵¹. Vgl. Ruffler, F., op. cit., 4

Berichterstattung, kommerzielles Lokalradio konnte sich in Österreich wirtschaftlich nicht halten⁵². Es ist also nicht der gleiche Markt, auf dem agiert wird. Ansonsten wäre eine Förderung Freier Radios durch den öffentlich-rechtlichen Auftrag sachlich gerechtfertigt.

Dem Schutzzweck des Gleichheitssatzes, die Rechtsunterworfenen vor Benachteiligungen zu Schützen, folgt ein Gebot zu Determinierung und Transparenz. Denn ohne hinreichend determinierte und bekannt gemachte Förderkriterien können mit zumutbarem Prozessrisiko weder der zu Unrecht übergangene Subventionswerber einen Leitungsanspruch, noch die Mehrheit der Benachteiligten eine Unterlassungsklage geltend machen.⁵³

Hinsichtlich der Förderung Freier Radios muss man hier wohl auch in Hinblick auf das Österreichische Wettbewerbsrecht überlegen, eine gesetzliche Definition, die einen öffentlich-rechtlichen Auftrag beinhaltet, vorzunehmen. Wenn eine Beihilfe aufgrund eines Gesetzes erfolgt, dann liegt die Annahme näher, dass der Gesetzgeber durch die Fördermaßnahme nicht sittenwidrig sein wollte.⁵⁴ Unter diesem Gesichtspunkt ist die in ihren Mitteilungen ausgedrückte Vorgehensweise der Kommission für die Frage des nationalen Wettbewerbsrechtes wohl beispielhaft.

⁵² Vgl. Hirner in Verband Freier Radios Österreich, *Förderungsmodell zur Sicherung einer pluralistischen Radiolandschaft*, (2006) S. 12

⁵³ Vgl. Ruffler, F., *op.cit.*, 9

⁵⁴ Eine gegen die Beihilfenbestimmungen der EU gewährte (zusätzliche) staatliche Beihilfe sei als Übertretung gesetzlicher Vorschriften ohne weiteres sittenwidrig im Sinne des §1 UWG.

C. Conclusio

Sowohl hinsichtlich des EU-Beihilfenrechtes als auch des österreichischen Wettbewerbsrechtes steht einer Förderung Freier Radios durch den Staat nichts entgegen. Allerdings verlangen beide eine vorhersehbare und nachprüfbare Regelung. Eine gesetzliche Definition mit einem eigenen Förderungsansatz würde dem wohl am ehesten entsprechen. Die von 1998 bis 2000 gewählte Variante, Freie Radios quasi über einen erweiterten Kulturbegriff in die Zuständigkeit der Kunstsektion resortieren zu lassen ist hinsichtlich der österreichischen Kriterien wohl argumentierbar, auf EU-Ebene (sofern tatbestandsmäßig) ist allerdings fraglich, ob dies der engen Auslegung genügen würde. Zudem ist gerade in einem politisch sensiblen Bereich wie jenem der Medien es erforderlich, ein Instrument zu schaffen, das nicht dem Verdacht politischer Willkür ausgesetzt ist. Gerade über die Frage der Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkstationen und deren möglichen wettbewerbsverzerrenden Charakter gibt es ohnedies nachhaltige rechtliche und politische Auseinandersetzungen⁵⁵.

⁵⁵ Siehe auch: ORF in der Geiselhaft der Politik, Pirker, H. in Die Presse, 03.03.06, 31 (...) *Wenn nämlich das größte Medienunternehmen des Landes seinen Wettbewerb gegen die Privaten mit hunderten, unverdienten Gebührenmillionen und praktisch ohne gattungsspezifische Beschränkungen führen kann, dann verzerrt das den Wettbewerb.*

Literaturverzeichnis

(URL – Angaben zuletzt überprüft am 23. Juni 2006)

Baratsits, A., in *Land der Freien Radios*, (2006) available at:
http://www.fro.at/medienfoerderung/Entwurf_Landesmedienfoerderung_Freie.pdf

Hirner, W. in Verband Freier Radios Österreich, *Förderungsmodell zur Sicherung einer pluralistischen Radiolandschaft*, (2006) S. 12, available at: http://www.freieradios.at/docs/1135450052_Foerderungsmodell_VFROE_endgueltig.pdf

Kletter, M. in *Die Finanzierung des ORF mittels Programmengelten. Eine Betrachtung im Lichte der Novelle des ORF-G und der neuesten Entwicklungen im Gemeinschaftsrecht.*, MR 2001

Koenig, C., Haratsch, A., *Europarecht*, (2000), Mohr Siebeck

Mayer-Robitaille, L., *Die EG-Wettbewerbspolitik in Bezug auf Vereinbarungen und staatliche Beihilfen für den audiovisuellen Sektor*, IRISplus Rechtliche Rundschau der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle, 2005-10, S.3

Pirker, H. in *Die Presse, ORF in der Geiselhaft der Politik*, 03.03.06, S. 31

Rüffler, F., *Privatrechtliche Probleme der Subventionsgewährung: Der Einfluss des Gleichheitssatzes im Subventionsrecht*, in JBI 2005, 409ff

Stadlmeier, S. in P. Fischer, H. Köck, M. Karollus, *Europa Recht*⁴, (2002), Linde Verlag

Stock, M. in *Von der Kür zur Pflicht*, (2005), Schriftenreihe der Medienanstalt Sachsen-Anhalt

Zellhofer, G und Schönhart, D. *Vergabe- und beihilfenrechtliche Aspekte der Breitbandförderung*, (2004), manz, S. 6

Dokumente

Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft Amtsblatt C 372 vom 09.12.1997, available at: [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=de&numdoc=31997Y1209\(01\)&model=guichett](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=de&numdoc=31997Y1209(01)&model=guichett)

Charta des Verbandes Freier Radios Österreich (1998), available at: http://www.freie-radios.at/article.php?ordner_id=27&id=54

Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (2001/C 320/04), available at: [http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Rundfunk_Rundfunkrecht_Internationales_Internationales_EU-Recht/\\$file/Mitteilung%20staatliche%20Beihilfen%20OeffentlichrechtlichRundfunk.pdf](http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Rundfunk_Rundfunkrecht_Internationales_Internationales_EU-Recht/$file/Mitteilung%20staatliche%20Beihilfen%20OeffentlichrechtlichRundfunk.pdf)

Niedersächsisches MedienG 2001, zuletzt geändert am 11.12.2003, available at: <http://www.nlm.de/doku/NMedienG11.12.2003.pdf>

Protokoll über den öffentlich rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten (Protokoll zum Amsterdamer-Vertrag), available at: http://eur-lex.europa.eu/smartapi//cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=11997D/PRO/09&model=guichett

Verfassungsdienst des österreichischen Bundeskanzleramtes, Anfragebeantwortung für Staatssekretär Dr. Wittmann, GZ 601.135/4-V/4/98

Zukunft Oberösterreich 2003 – 2009, available at: <http://www.ooe.gruene.at/downloads/regierungsbereinkommen.doc>

This work is licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike License. To view a copy of this license, visit <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/> or send a letter to Creative Commons, 543 Howard Street, 5th Floor, San Francisco, California, 94105, USA.

