jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2018/10/1 W249 2104463-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 01.10.2018

Entscheidungsdatum

01.10.2018

Norm

B-VG Art.133 Abs4
MedienG §1 Abs1
ORF-G §1 Abs1
ORF-G §1 Abs2
ORF-G §1 Abs3
ORF-G §3 Abs1
ORF-G §3 Abs4a
ORF-G §3 Abs5 Z2
ORF-G §3 Abs8
ORF-G §4e Abs1
ORF-G §4f Abs1
ORF-G §4f Abs2
ORF-G §6 Abs2
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §27
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W249 2104463-1/10E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Ingrid ZEHETNER als Vorsitzende und die Richter Dr. Christian EISNER und Mag. Walter TOLAR als Beisitzer über die Beschwerde des ÖSTERREICHISCHEN RUNDFUNKS (ORF) gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 18.02.2015, XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 13.06.2018, zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde den Antrag des ORF zur Änderung des Online-Angebots XXXX durch Einführung von " XXXX " gemäß § 6b iVm §§ 3, 4e und 4f ORF-G ab.

Begründend führte die belangte Behörde im Rahmen ihrer rechtlichen Würdigung insbesondere aus:

1.1. Abgrenzung des Versorgungsauftrages und Plattformneutralität:

Aus der Systematik der §§ 3, 4e und 4f ORF-G ergebe sich, dass der Versorgungsauftrag für Hörfunk- und Fernsehprogramme in § 3 ORF-G - und zwar genauer in den Abs. 1 bis 4a sowie Abs. 8 dieser Bestimmung - abschließend geregelt sei. Dafür spreche auch der Umstand, dass die Erweiterung des Versorgungsauftrages im Bereich der linearen Angebote bislang immer in eigenen Bestimmungen (vgl. etwa § 3 Abs. 8 iVm § 9a ORF-G idF BGBl. I Nr. 159/2005 sowie § 3 Abs. 8 iVm §§ 4b und 4c ORF-G idF BGBl I Nr. 50/2010) erfolgt sei. Der ORF sei also nicht berechtigt, über die Programme gemäß § 3 Abs. 1, 4a und 8 ORF-G hinaus ein weiteres Fernsehprogramm (im Sinn des § 1a Z 1) zu veranstalten. Die Online-Bereitstellung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen beschränke sich darauf, dass der ORF die Programme, zu deren terrestrischer bzw. Satelliten-Verbreitung er gemäß § 3 Abs. 1 und 8 ORF-G verpflichtet sei, gemäß Abs. 4a online bereitstellen könne.

Im Sinne der mit der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 für das ORF-G statuierten "Plattformneutralität" solle der bis dahin auf die terrestrische Versorgung bezogene Versorgungsauftrag der (linearen) Verbreitung der bestehenden, abschließend geregelten Fernseh- und Hörfunkprogramme auch über das Internet nicht entgegenstehen. "Neutralität" hinsichtlich der unterschiedlichen Verbreitungswege könne jedoch nicht bedeuten, dass online verbreitete Fernseh- und Hörfunkprogramme außerhalb des Versorgungsauftrages stünden und daher nicht den zahlenmäßigen Beschränkungen unterlägen. Die Erläuterungen zur Neufassung des Versorgungsauftrages in § 3 Abs. 1 bis 3 ORF-G idF BGBl. I Nr. 83/2001 würden zwar noch davon sprechen, dass damit "eine abschließende Regelung hinsichtlich der Anzahl der analog terrestrisch verbreiteten Programme (Hörfunk und Fernsehen) getroffen" werde. Aus der Einfügung der Begriffsbestimmungen in § 1a ORF-G sowie des § 3 Abs. 4a ORF-G durch BGBl. I Nr. 50/2010 ergebe sich aber zwingend, dass nunmehr einerseits, soweit in § 3 ORF-G von "Fernsehprogrammen" (bzw. "Programmen des Fernsehens" - diese Begriffe verwende das ORF-G synonym, vgl. dazu etwa § 3 Abs. 1 Z 2 und § 5 Abs. 2) die Rede sei, davon auch (nur) online verbreitete Fernsehprogramme ("Web-TV") umfasst seien, und andererseits auch die Online-Bereitstellung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen des ORF im Rahmen des § 3 abschließend geregelt werde.

Nach der Formulierung der Begriffsbestimmungen gemäß § 1a ORF-G und den Erläuterungen zu dieser Bestimmung seien nämlich nunmehr unzweifelhaft auch für das Begriffsverständnis im ORF-G die (insofern übernommenen) Begrifflichkeiten der AVMD-RL maßgeblich. "Fernsehprogramm" (Z 2) meine demnach "einen audiovisuellen Mediendienst, der für den zeitgleichen Empfang von Sendungen auf der Grundlage eines Sendeplans bereitgestellt wird" (vgl. auch die im Wesentlichen gleichlautende Definition für "Hörfunkprogramm" in Z 3). Dem (linearen) "Fernsehprogramm" werde der "Abrufdienst" (Z 4) als ein "für den Empfang von Sendungen aus einem festgelegten Katalog zu dem vom Nutzer gewählten Zeitpunkt und auf dessen individuellen Abruf bereitgestellte[r] audiovisuelle[r] Mediendienst" gegenübergestellt, beide würden Unterformen des Begriffs "audiovisueller Mediendienst" (Z 1) bilden. Wesentlich sei nach den Erläuterungen, "dass der bereits bisher bekannte Begriff Fernsehen in Z 2 jede (erdenkliche technische) Form der auf einem Sendeplan basierenden linearen (dh zeitgleichen) Verbreitung audiovisueller Inhalte an die Allgemeinheit erfasst".

Dem entspreche auch die (innere) Systematik von § 3 ORF-G (idF BGBl. I Nr. 50/2010): Zunächst werde dem ORF der Auftrag erteilt, drei österreichweit und neun bundeslandweit empfangbare Programme des Hörfunks sowie zwei österreichweit empfangbare Programme des Fernsehens zu veranstalten und diese (primär) terrestrisch zu verbreiten (Abs. 1 bis 3 und Abs. 4 erster Satz). Weiters habe eine Ausstrahlung via Satellit nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit zu erfolgen (Abs. 4 zweiter Satz). Darüber hinaus sei geregelt, dass der ORF die genannten Programme zeitgleich oder bis zu 24 Stunden zeitversetzt online "streamen" könne (Abs. 4a).

Die Bereitstellung darüber (also über das Streaming der primär über eine andere Plattform verbreiteten Programme) hinaus gehender Online-Angebote gehöre ebenfalls zum Versorgungsauftrag (Abs. 5 Z 2), unterliege aber einem besonderen Regime gemäß §§ 4e und 4f ORF-G.

In diesen Bestimmungen werde wiederum zwischen dem besonderen Auftrag für ein Online Angebot, das insbesondere sendungsbegleitende und in direktem Zusammenhang mit den Rundfunkprogrammen stehende Inhalte zu umfassen habe (§ 4e), und weiteren Online-Angeboten ("über das Angebot nach § 4e hinaus"), die nur nach Erstellung eines Angebotskonzepts und allfälliger Durchführung einer Auftragsvorprüfung bereitgestellt werden dürfen (§ 4f), unterschieden. Aus den obigen Ausführungen ergebe sich freilich, dass es sich dabei um kein - auch nicht lediglich online verbreitetes - Fernseh- oder Hörfunkprogramm handeln könne, da dieses vom Auftrag des § 3 Abs. 1 bis 3 abschließend erfasst werde.

Weiters (Abs. 8) zähle zum Versorgungsauftrag iSd § 3 ORF-G die Veranstaltung eines Sport-Spartenprogramms gemäß § 4b, eines Informations- und Kultur-Spartenprogramms gemäß § 4c und die Ausstrahlung eines Fernsehprogramms für das europäische Publikum gemäß § 4d, wobei insofern primär die Verbreitung über Satellit vorgesehen sei, der ORF aber auch diese Programme gemäß Abs. 4a zeitgleich oder zeitversetzt online "streamen" könne. Auch diese Systematik gehe auf die Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 zurück, die vom Grundsatz der "Plattformneutralität" getragen sei. Davon ausgehend werde zunächst "plattformneutral" geregelt, welche Fernseh- und Hörfunkprogramme (im Sinn der Definitionen gemäß § 1a ORF-G) der ORF zu veranstalten habe, und erst in weiterer Folge, auf welchen Wegen er diese verbreiten müsse bzw. könne. Für die Online-Verbreitung der (primär terrestrisch bzw. über Satellit zu verbreitenden) Hörfunk- und Fernsehprogramme sei ausdrücklich festgelegt, dass der ORF diese gleichzeitig mit der Ausstrahlung oder bis zu 24 Stunden zeitversetzt online "streamen" könne. Online-Angebote im Sinn des Abs. 5 seien davon ausgehend weitere Inhalte, die im Internet verbreitet werden und mit den Fernseh- und Hörfunkprogrammen in Zusammenhang stehen, aber selbst keine Fernseh- oder Hörfunkprogramme darstellen würden.

Im Ergebnis sei also die Verbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen durch den ORF in § 3 Abs. 1 und 8 ORF-G abschließend geregelt, und zwar in der Form, dass zunächst die Anzahl der zu veranstaltenden Programme bestimmt und in der Folge geregelt werde, auf welchen Plattformen diese zu verbreiten seien. Dabei ergebe sich die Online-Verbreitung der zu veranstaltenden Programme aus § 3 Abs. 4a ORF-G. Damit sei aber die Bereitstellung eines weiteren - wenn auch nur im Internet verbreiteten - Fernseh- oder Hörfunkprogramms im Rahmen des Auftrages zur Bereitstellung von Online-Angeboten gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 iVm §§ 4e und 4f ORF-G ausgeschlossen.

Auch eine nähere Betrachtung des Wortlautes des § 4f ORF G bestätige diese Sichtweise: Der Einleitungssatz nenne als Anknüpfungspunkt ausdrücklich den Katalog der in § 4e ORF-G geregelten "direkt" beauftragten Online-Angebote, insbesondere also die Überblicksberichterstattung, die Sendungsbegleitung und den Abrufdienst (arg "[...] über das Angebot nach § 4e hinaus [...]") und ermögliche damit - unter den Kautelen der Auftragsvorprüfung nach §§ 6ff ORF-G - Erweiterungen dieses Grundangebotes in quantitativer und qualitativer Art. Aus diesem ausdrücklichen Bezugspunkt erschließe sich aber umgekehrt auch, dass eine Erweiterung des taxativen Katalogs der nach § 3 Abs. 1 und Abs. 6 bis 8 ORF-G zu veranstaltenden Hörfunk- und Fernsehprogramme von § 4f ORF-G eben gerade nicht umfasst sei, da der Gesetzgeber sonst auch den Einleitungssatz entsprechend gestaltet hätte (etwa: "[...] über das Angebot nach § 3 und § 4e ORF-G hinaus [...]").

Dass die Bereitstellung von " XXXX " als (gleichzeitiger) Stream im Sinne des § 3 Abs. 4a ORF-G zu qualifizieren wäre, bringe nicht einmal der Antragsteller selber vor. Es sei an dieser Stelle dennoch darauf hingewiesen, dass die Verbreitung eines "visualisierten" Radioprogrammes der expliziten Anforderung einer unveränderten Bereitstellung widersprechen würde. Für die belangte Behörde bestehe kein Zweifel daran, dass auch die Ergänzung eines Radioprogrammes um Bewegtbildinhalte eine Veränderung darstelle, die weit über die Grenzen der nach § 3 Abs. 4a ORF-G zulässigen Parallelverbreitung hinausginge.

1.2. Zulässigkeit "spezieller linearer" Online-Angebote:

Dieses Ergebnis stehe auch in keinem Widerspruch zu der in den Erläuterungen zu § 4f ORF-G enthaltenen Formulierung, wonach zu den Angeboten im Sinne dieser Bestimmung beispielsweise auch "lineare Audio- oder audiovisuelle Angebote [zählen], die nicht terrestrisch, über Satellit oder über Kabel ausgestrahlt werden (z.B. lineare Übertragungen von Parlamentsdebatten via ipTV oder die Schaffung eines speziellen linearen Online-Programms)". Nach dem zur (insofern eindeutigen) Gesetzessystematik Gesagten könne dies aber nur so verstanden werden, dass

von der Formulierung "Schaffung eines speziellen linearen Online-Programms" nur solche Online-Angebote umfasst seien, die kein "Fernsehprogramm" im Sinn der Begriffsbestimmung gemäß § 1a Z 2 ORF-G darstellten, also nicht "Sendungen auf der Grundlage eines Sendeplans" enthielten. Dem entspreche auch das genannte Beispiel der - regelmäßig anlassbezogenen und nicht einem Sendeplan folgenden - Übertragung von Parlamentsdebatten. Zulässiger Inhalt von im Rahmen des § 4f ORF-G bereitgestellten Online-Angeboten könnten somit auch fallweise lineare audiovisuelle Inhalte (Übertragungen von Ereignissen - etwa der "FM4-Geburtstagsparty" - im Internet) sein. Missverständlich sei somit lediglich die Formulierung "Online-Programm" in den Erläuterungen zu dieser Bestimmung. Die Zulässigkeit der Veranstaltung eines weiteren, über § 3 Abs. 1 und 8 ORF-G hinausgehenden "Fernsehprogramms" im Sinn des § 1a Z 2 könne darauf aber nicht gestützt werden.

1.3. Erfüllung der Kriterien eines Fernsehprogramms:

Damit sei abschließend zu beurteilen, ob die vorgeschlagene Änderung durch die Einführung des Angebots " XXXX " die Veranstaltung eines Fernsehprogramms im oben dargestellten Sinn darstelle. Daran bestehe für die belangte Behörde vor dem Hintergrund der Definitionen gemäß § 1a Z 1 und 2 ORF-G kein Zweifel. Zunächst sei die "audiovisuelle" Gestaltung des Angebots, also die Verbindung von Bild- und Tonelementen, nach dem Antrag des ORF gerade der Zweck der geplanten Änderung. Die weiteren Kriterien für das Vorliegen eines audiovisuellen Mediendienstes gemäß Z 1 ("im Wege von Kommunikationsnetzen [...] angebotene Dienstleistung, deren Hauptzweck in der Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der Allgemeinheit besteht") seien ebenfalls zu bejahen. Insbesondere bestehe hinsichtlich des Sendungsbegriffs kein Zweifel, dass eine Sendung eines Fernsehprogramms ("einzelne, in sich geschlossene und zeitlich begrenzte Abfolge von bewegten Bildern mit oder ohne Ton"), das in seiner Gestaltung dem Ablauf eines Radioprogramms folge, der jeweiligen Sendung im Hörfunkprogramm ("einzelne[r], in sich geschlossene[r] und zeitlich begrenzte[r] Bestandteil des Programms") gleich zu halten sei. Eine Abfolge von Musikvideos und Moderationselementen, wobei die Moderatoren jeweils im Bild zu sehen seien, stelle auch eine Sendung im Rahmen eines Fernsehprogramms dar (vgl. zur Begründung, dass aneinander gereihte Musikvideos bereits selber in sich abgeschlossene Sendungsteile seien BKS 23.06.2006, 611.001/0024-BKS/2005).

Dasselbe gelte für das Kriterium des Vorliegens eines "Sendeplans" gemäß Z 2: Soweit das ORF-G nämlich für die Einordnung eines Angebots als Fernsehprogramm lediglich das Vorliegen eines Sendeplans fordere, sei nicht ersichtlich, inwiefern die Qualifikation als Fernsehprogramm ausgeschlossen wäre, wenn dieser Sendeplan dem eines Radioprogramms entspreche, dem das Fernsehprogramm (" XXXX ") inhaltlich folge. Tatsächlich wäre der Sendeplan des Radioprogramms " XXXX " und des Angebotes " XXXX " weitgehend deckungsgleich. Dass das Radioprogramm " XXXX " einem Sendeplan, mithin einer vom Rundfunkveranstalter festgelegten Reihenfolge von Sendungen und Programmelementen, folge, könne als bekannt vorausgesetzt (und diese unter XXXX / abgerufen) werden. Für den Fall, dass ein (Fernseh)Programm ein anderes (Radio)Programm lediglich abbilde, übernehme das abbildende Programm den Sendeplan des abgebildeten Programms; es könne jedoch nicht behauptet werden, dass das übernehmende Programm selber gar keinen Sendeplan habe. Soweit der ORF vorbringe, dass das vorgeschlagene Angebot eben kein Fernsehprogramm, sondern nur "bebildertes Radio" darstelle, sei dem zu entgegnen, dass das vorgeschlagene Angebot über die ledigliche "Bebilderung", wie sie vom ORF bereits jetzt im Rahmen seines Online-Angebots zur Verfügung gestellt werde (Cover-Flow, Schlagzeilen), weit hinausgehe. Visualisierungen von Radioprogrammen würden jedenfalls dann die Grenze zum Fernsehen überschreiten, wenn es sich um bewegte Bilder handle, denen ein eigenständiger Informationswert zukomme. Komme man im Wege der "Subtraktion" also zu dem Ergebnis, dass der Dienst nicht in direktem Zusammenhang mit dem Hörfunkprogramm stehe, sondern auch eigenständig von einem durchschnittlichen Zuseher als Angebot angenommen werden könne, liege ein Fernsehprogramm vor (vgl. Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze[3], 13 f).

Wie dargestellt, handle es sich bei " XXXX " in der geplanten Form um ein Fernsehprogramm. Auch im Rahmen der Konsultation des gegenständlichen Vorschlags sei mehrmals auf die inhaltliche Ähnlichkeit des geplanten Angebots zu dem von Musikfernsehsendern hingewiesen worden. Wenn zudem selbst das vom ORF vorgelegte Gutachten eine mögliche Substitutionswirkung mit Musikfernsehprogrammen sehe, lege dies ebenfalls den Schluss nahe, dass es sich beim gegenständlichen Angebot selber um ein Fernsehprogramm handle. Wie ausgeführt, könne ein Online-Angebot, egal ob gemäß § 4e oder 4f ORF-G, kein Fernseh- oder Hörfunkprogramm darstellen, da dieses vom Auftrag des § 3 Abs. 1 bis 3 abschließend erfasst werde. Umgekehrt könne es sich bei einem Fernseh- oder Hörfunkprogramm um kein

Online-Angebot gemäß der §§ 4e oder 4f ORF G handeln. Die belangte Behörde gehe davon aus, dass es sich bei " XXXX " um ein weiteres Fernsehprogramm des ORF handle. Eine Zurverfügungstellung als Angebot gemäß § 4e ORF-G entfalle daher ebenso wie als Angebot gemäß § 4f ORF-G. Damit erübrige sich die weitere Prüfung nach§ 6b ORF-G.

2. Gegen diesen Bescheid wendete sich die vorliegende Beschwerde, mit welcher die Anträge gestellt werden, das Bundesverwaltungsgericht "möge den angefochtenen Bescheid [...] aufheben und den Antrag des ORF genehmigen, in eventu die Verwaltungssache zur Verfahrensergänzung an die KommAustria zurückverweisen". Im Einzelnen wurde dazu dargetan:

Beschwerdegründe:

2.1. Kurz zusammengefasst gehe es im Verfahren um Folgendes: Bisher habe der ORF im Online-Angebot unter XXXX das Hörfunkprogramm XXXX "live gestreamt", d.h. gleichzeitig und grundsätzlich unverändert mit der Ausstrahlung einen Simulcast-Stream ohne Speichermöglichkeit online bereitgestellt (§ 3 Abs. 4a ORF-G). Um die Attraktivität und Aktualität des XXXX -Livestreams im Internet zu bewahren bzw. zu steigern, sei beabsichtigt, das Angebot um Bewegtbilder, insbesondere um Musikvideos (synchron) während laufender Musiktitel, anzureichern. Da der ORF der Ansicht sei, dass eine derartige Veränderung bzw. Verbesserung eine Genehmigung der belangten Behörde im Rahmen eines Auftragsvorprüfungsverfahrens (§§ 6ff ORF-G) voraussetze, sei ein entsprechender Antrag eingebracht worden. Dieser Antrag sei von der belangten Behörde abgewiesen worden, da sie davon ausgehe, dass die Verbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen in § 3 ORF-G ("Versorgungsauftrag") abschließend geregelt sei.

2.2. Die Ansicht der belangten Behörde, dem ORF wäre es verwehrt, lineare (Fernseh- oder Hörfunk-)Programme als Online-Angebote bereitzustellen, da die Maximalanzahl an Programmen in § 3 ORF-G - im Sinne einer quantitativen Grenze - dies nicht zuließe, entspreche nicht dem Wortlaut, der historischen Absicht, der Systematik oder dem Sinn des ORF-G.

Kurz zusammengefasst unterscheide das ORF-G grundsätzlich zwischen Rundfunk (iSd BVG- Rundfunk) und Online-Angeboten (vgl. § 2 Abs. 1 ORF-G), weshalb aus dem Auftrag zur Veranstaltung einer gewissen Zahl von Rundfunkprogrammen in § 3 Abs. 1 und 8 ORF-G keine generelle Beschränkung der Veranstaltung von ausschließlich online verbreiteten Programmen abgeleitet werden könne. Wie die Erläuterungen des ORF-G deutlich machten, erfolge die Konkretisierung des zulässigen Online-Angebots (im Vergleich zur bis zur Novelle des ORF-G, BGBl I Nr. 50/2010, geltenden Rechtslage) "aus wettbewerbsrechtlichen Überlegungen: Anders als im Bereich des klassischen Rundfunks, wo die zulässigen Hörfunk- und Fernsehprogramme vor dem Hintergrund des dualen Rundfunksystems zahlenmäßig beschränkt sind, existiert im Online-Bereich schon aus technischen Gründen keine quantitative Begrenzung des Angebots. Der zulässige Tätigkeitsbereich des ORF im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags muss daher qualitativ bestimmt werden" (ErlRV 611 BlgNR 24. GP zu § 4e).

Es entspreche daher nicht der Rechtslage, wenn die belangte Behörde vermeine, dass im Online-Bereich nur die zeitgleiche Übertragung der bestehenden Hörfunk- und Fernsehprogramme des ORF (auf Grundlage des § 3 Abs. 4a ORF-G) zulässig wäre. Vielmehr stellten Fernsehprogramme im Internet (auch) Online-Angebote iSd ORF-G dar, die nach positiver Durchführung einer Auftragsvorprüfung (§§ 6ff ORF-G) bereitgestellt und öffentlich finanziert werden dürften. Dies ergebe sich zweifelsfrei aus dem Wortlaut des ORF-G zur Auftragsvorprüfung (vgl. "Als neue Angebote gelten Programme oder Angebote gemäß § 3, die erstmals veranstaltet oder bereitgestellt werden...", § 6 Abs. 2

ORF-G).

Auch die Erläuterungen zu weiteren Online-Angeboten (§ 4f ORF-G) würden durch die ausdrückliche Erfassung neuer (Hörfunk- oder Fernseh-)Programme als genehmigungspflichtig bzw. -fähig in dieselbe Richtung weisen: "Zu den Angeboten im Sinne von § 4f zählen beispielsweise:... lineare Audio- und audiovisuelle Angebote, die nicht terrestrisch, über Satellit oder über Kabel ausgestrahlt werden (z. B. lineare Übertragung von Parlamentsdebatten via ipTV oder die Schaffung eines speziellen linearen Online-Programms)."

Keinerlei Zweifel würden auch die Erläuterungen zu den Bestimmungen des Auftragsvorprüfungsverfahrens (hier: § 6 ORF-G) zulassen: "Durch den Verweis auf § 3 wird klargestellt, dass die Auftragsvorprüfung grundsätzlich auf alle Hörfunk- und Rundfunkprogramme einschließlich Spartenprogramme sowie neue Angebote im Online-Bereich Anwendung findet, sofern die Tatbestandsvoraussetzungen von § 6 Abs. 2 und 3 erfüllt sind. Vor diesem Hintergrund wären als Bespiele für neue Angebote gemäß Abs. 2 Z 1 die Einführung des Informations- und Kultur-

Spartenprogramms oder die Einführung eines speziellen Online-Kanals sowie als Beispiele für Angebote gemäß Abs. 2 Z 2 die künftige Erbringung eines bestehenden Programms oder Dienstes gegen einen die entstehenden Kosten deckenden finanziellen Beitrag (Bezahldienst; vgl. Randziffern 82 und 83 der Rundfunkmitteilung) oder die Erweiterung des Abrufdienstes über § 4e Abs. 1 Z 4 hinaus (zB. Abrufbarkeit fremdproduzierter Sendungen wie z. B. Dokumentationen) denkbar" (ErlRV 611 BlgNR 24. GP zu § 6).

Wenn der Gesetzgeber im Wortlaut und in den Erläuterungen völlig eindeutig zu erkennen gebe, dass ein reiner Online-Kanal einer Auftragsvorprüfung zugänglich sei, grenze die gegenteilige Auslegung der belangten Behörde - auch weil sie unreflektiert die Argumentation der Stellungnahme des Verbands österreichischer Privatsender vom 30.06.2014 aufgreife (Bescheid Punkt 2.5.4) - "bereits an Willkür". Dies auch vor dem Hintergrund, dass die Behörde selbst noch vor kurzem völlig anderer Meinung gewesen sei:

So habe die belangte Behörde offenbar vergessen, dass der Gesetzgeber und auch sie selbst im Zuge der Überprüfung der ORF-Online-Angebote und Angebotskonzepte im Jahr 2011 (vgl. § 50 Abs. 2 und 3 ORF-G) bereits ein "weiteres" reines Online-Hörfunkprogramm - nämlich XXXX - geprüft und nicht untersagt habe. So stehe im Angebotskonzept von XXXX (Stand 31.03.2011, vgl. Beilage; siehe auch die insofern unveränderte - und erneut nicht untersagte - Fassung vom 17.07.2013: XXXX):

"Bei den Teilangeboten XXXX handelt es sich um Online-Angebote gemäß § 4f Abs. 1 iVm§ 50 Abs. 3 Z 1 ORF-G, die einen wirksamen Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags leisten. [...]

Das Teilangebot XXXX beinhaltet das aus dem von XXXX seit 21. März 1997 betriebenen , XXXX ' hervorgegangene XXXX . , XXXX ' verstand sich als Informations- und Experimentalprogramm und wurde anfangs auf der Mittelwellenfrequenz von XXXX übertragen. Von Beginn an Stand die parallele Ausstrahlung als Webradio im Zentrum der Planungen, in der Zeit XXXX gewann das Internet für , XXXX ' entscheidende Bedeutung. Zwischen 26. April 1999 bis 26. Oktober 2002 sendete , XXXX ' auf Mittelwelle und als Live Stream das viersprachige , XXXX ' - damit wurde , XXXX ' sehr früh zum Webradio. Die parallele Ausstrahlung via Mittelwelle wurde auch danach noch jahrelang vorgenommen, um Hörfunksendungen XXXX ,on air' zu verbreiten. Die Umbenennung in , XXXX ' erfolgte mit 1. Jänner 2009, als die Verbreitung via Mittelwelle gänzlich eingestellt wurde. Seither wird XXXX ausschließlich in Form eines werbefreien Livestreams (seit 2010 über die genannte "Konsole") bereitgestellt. Es handelt es sich um eine partizipative Nachwuchs- und Experimentalschiene von XXXX für Studierende, Schüler, Migranten, Angehörige von Volksgruppen, Menschen mit und ohne Behinderung und Radiointeressierte, die mit bestehenden Radiosendungen (vor allem XXXX aber auch Landesstudios) ergänzt werden."

Ebenso solle nicht unerwähnt bleiben, dass der ORF - wie im nicht untersagten Angebotskonzept von XXXX angeführt - das Programm bereitstelle, das gemäß § 5 Abs. 1 ORF-G unter Nutzung von Übertragungskapazitäten ausgestrahlt werde, die Rundfunkveranstaltern in Gebieten der in Österreich ansässigen autochthonen Volksgruppen zugeordnet seien (XXXX). Zudem seien auch die Programmteile der Kooperationspartner (XXXX) im Livestream zu hören. Das Gesamtprogramm werde seit dem Sendestart im Jahr 2004 im Internet auf XXXX live gestreamt (vgl. das Angebotskonzept von XXXX unter XXXX).

Darüber hinaus sei Folgendes anzuführen:

2.3. Verfassungsrechtlicher Hintergrund:

Der Versorgungsauftrag und andere Bestimmungen des ORF-G würden zwischen Rundfunkprogrammen im Sinne des BVG-Rundfunks (vgl. hierzu auch BVwG 18.09.2014, W157 2008826-1/3E) und Online-Angeboten unterscheiden. Hintergrund dieser Unterscheidung sei die Verfassungsrechtslage. (Nur) Rundfunkprogramme auf "klassischen Verbreitungswegen" (Terrestrik/Satellit/Kabel) würden dem sogenannten Gesetzesvorbehalt des BVG-Rundfunks unterfallen. Die Veranstaltung von "klassischen" Rundfunkprogrammen bedürfe danach nach hM einer expliziten gesetzlichen Grundlage, d.h. einer "rundfunkgesetzlichen Ermächtigung" (siehe hierzu Wittmann, Rundfunkfreiheit, 19 mwN). Diese finde sich in Form einer "Legalkonzession" im ORF-G für bestimmte Fernseh- und Hörfunkprogramme und - vermittelt über eine behördliche Zulassung - im PrR-G und im AMD-G für privates terrestrisches Fernsehen und privaten Satellitenrundfunk bzw. - lediglich anzeigepflichtig - im AMD-G für den privaten Kabelrundfunk.

Die Reduktion des Anwendungsbereichs des Gesetzesvorbehalts des BVG-Rundfunks auf herkömmliche Verbreitungswege ergebe sich auch aus der "Überlegung, dass anders als im Bereich des von knappen Ressourcen

beherrschten Rundfunks keine Notwendigkeit bzw. Rechtfertigung iSd Art 10 EMRK für eine Beschränkung... hinsichtlich Fernsehdienste außerhalb des Anwendungsbereiches des BVG-Rundfunk mehr besteht" (ErlRV 611 BlgNR 24. GP zu § 10 AMD-G). Der Gesetzgeber habe in den Erläuterungen zur Novelle des ORF-G,BGBl. I Nr. 50/2010, deutlich gemacht, dass er die Unterscheidung zwischen klassischen Verbreitungswegen und neuen Plattformen für die Auslegung des BVG-Rundfunks und der Rundfunkgesetze unverändert teile. So werde festgehalten, dass unter Fernsehprogramme "weiterhin alle bekannten Erscheinungsformen der Fernsehdarbietungen im Sinne des Art 1 Abs. 1 BVG-Rundfunk [fallen]. Hinzu treten - im Sinne der Vorgaben der Mediendiensterichtlinie - auch andere lineare Dienste, die über elektronische Kommunikationsdienste verbreitet werden, jedoch mangels "point-to-multipoint"-Verbreitung bislang nicht in den Anwendungsbereich [hier:] des PrTV-G fielen. Es sind dies insbesondere das Live-Streaming von Fernsehprogrammen über das Internet (Web-TV) oder sonstige IP-basierende Übertragungstechniken" (ErlRV 611 BlgNR 24. GP zu § 2 Z 16 AMD-G).

Entsprechendes gelte für Hörfunkprogramme: "Nicht erfasst sind Dienste außerhalb des Anwendungsbereiches des BVG-Rundfunk, wie etwa Web-Radio oder sonstige Point-to-Point- Dienste" (ErlRV 611 BlgNR 24. GP zu § 1 PrR-G). Auch vor dem Hintergrund der bestehenden Verfassungsrechtslage gelte, dass neue Fernsehprogramme, die über Internet verbreitet werden sollten, als "neue Dienste" keinem Gesetzesvorbehalt des BVG-Rundfunks unterliegen würden und daher auch keine Legalkonzession iSd § 3 Abs. 1 und 8 iVm § 4b ff ORF-G angezeigt sei. Um die beihilfenrechtliche Deckung der Verwendung von Programmentgelten zu erreichen, sei eine behördliche Genehmigung iSd § 3 Abs. 5 iVm § 6ff ORF-G in Form einer Auftragsvorprüfung vorgesehen; um eine Entsprechung von neuen Diensten mit der AVMD-RL zu erreichen, sei eine Umsetzung im ORF-G erfolgt.

2.4. EU-rechtlicher Hintergrund:

Vor dem Hintergrund des Beihilfenrechts sei die Durchführung einer Auftragsvorprüfung sogar für die Einführung neuer Spartenprogramme (iSd Schaffung eines zusätzlichen klassischen Rundfunkprogramms) ausreichend; nichts anderes gehe aus den Erläuterungen der Novelle 2010 hervor: "Die Einführung eines Prüfverfahrens ermöglicht es dem Mitgliedstaat, rechtssicher über die Schaffung eines neuen öffentlich-rechtlichen Rundfunkangebots - zB die Einführung eines neuen Spartenprogramms oder neuer Online-Angebote zu entscheiden. Gleichzeitig wird dadurch sichergestellt, dass die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen eingehalten werden, so dass die Europäische Kommission die Intensität ihrer Beihilfenkontrolle zurücknehmen kann." Aus beihilfenrechtlicher Sicht gelte daher für neue Dienste kein Verbot von zusätzlichen Online-Rundfunkprogrammen, sondern lediglich die Verpflichtung einer Auftragsdefinition, -konkretisierung und Vorabprüfung. Der AVMD-RL - welche ebenfalls mit der Novelle 2010 umgesetzt worden sei - sei eine dem BVG-Rundfunk vergleichbare Differenzierung zwischen einer "klassischen" oder "internetmäßigen" Veranstaltung fremd. Ein Ausschluss von reinen Online-Kanälen ergebe sich aus der AVMD-RL nicht; gerade umgekehrt sollten lineare Online-Fernsehprogramme technologieneutral erfasst werden, was die diesbezüglichen Änderungen des ORF-G erkläre.

Im ORF-G sei die grundsätzliche Systematik einer - sowohl im Lichte des Art 18 B- VG als auch des Gesetzesvorbehalts des BVG-Rundfunk zu sehenden - umfassenden gesetzlichen Beauftragung des ORF im Hinblick auf die Zahl der zu veranstaltenden Fernseh- und Radioprogramme im

1. Abschnitt (§§ 3 und 4b bis 4d ORF G) beibehalten worden. Anders als bei den Spartenprogrammen habe sich aus dem Beihilfeverfahren auch kein inhaltlicher Anpassungsbedarf ergeben; insbesondere seien die bestehenden Radio- und Fernsehangebote vom Gebot einer Konkretisierung etwa im Wege eines Angebotskonzepts ausgenommen worden. Neben den gesetzlichen Auftrag zur Veranstaltung von "klassischen" Hörfunk- und Fernseh(rundfunk)programmen trete der gesetzliche Auftrag in § 3 Abs. 4a ORF-G, diese auch über neue Plattformen zu verbreiten: Wie auch aus der Beihilfenentscheidung E 2/2008 (Rz 193) hervorgehe, sei der ORF im Sinne der "Plattformneutralität bei linearer Übertragung" schon aufgrund einer Anzeige (und nicht erst nach Durchführung einer Auftragsvorprüfung) berechtigt, Fernseh- und Hörfunkprogramme zeitgleich (oder zeitversetzt im Zeitraum von 24 Stunden nach Ausstrahlung) und unverändert über neue Übertragungsplattformen zu übertragen. Für den Bereich der Spartenprogramme sei durch §§ 4b und 4c ORF-G für die Veranstaltung eines Sport-Spartenprogramms und eines (neu zu schaffenden) Informations- und Kultur-Spartenprogramms (beide iSd BVG-Rundfunk) zwar ebenfalls eine formale gesetzliche Beauftragung erteilt worden. Die Konkretisierung sei aber Teil eines sowohl formell als auch materiell der behördlichen Kontrolle unterliegenden Verfahrens: Für das bereits existierende Sport- Spartenprogramm - dessen gesetzlicher Auftrag präzisiert und insoweit eingeschränkt worden sei - sei die Erstellung eines Angebotskonzepts nach

§ 5a ORF-G vorgesehen. Der Regulierungsbehörde obliege die Prüfung des Konzepts auf Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben. Beim Informations- und Kultur-Spartenprogramm sei die Durchführung des neu eingeführten Vorabprüfungsverfahrens (§§ 6 bis 6c ORF-G) vorgesehen.

Im Online-Bereich folge das ORF-G der auch in Deutschland praktizierten Zweiteilung in "direkt" beauftragte Angebote ohne und fakultative Angebote mit behördlicher Vorabprüfung. Die erste Gruppe (§ 4e ORF-G) beinhalte die Kernbereiche eines im Wesentlichen "programmbezogenen" Online-Auftritts des ORF, die die klassischen Rundfunkprogramme im Blick habe. Im "programmbezogenen" Bereich sei jeweils die Erstellung eines Angebotskonzepts nach § 5a ORF G und die Überprüfung durch die Regulierungsbehörde vorgesehen. Über diese Direktbeauftragung hinaus eröffne § 4f ORF-G Raum für einen "wirksamen Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags" leistende "weitere" Online-Angebote. Beim Verfahren der Auftragsvorprüfung sei der materielle Gegenstand der Prüfung die Frage nach dem Beitrag des Angebots zur Erfüllung der sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnisse der österreichischen Bevölkerung ("Public-Value-Test") und andererseits die Berücksichtigung negativer und unverhältnismäßiger Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt ("Market-Impact-Assessment"). Nur im Fall der positiven Abwägung und Genehmigung sei die Heranziehung von Programmentgelten für neue (oder wesentlich veränderte) Online-Angebote gerechtfertigt.

2.5. Keine quantitative Regelung des Versorgungsauftrags für

Online-Angebote: Wortlaut, grammatikalischer und historischer

Hintergrund des ORF-G:

Bei der Auslegung des Versorgungsauftrags werde offensichtlich, dass § 3 Abs. 1 Z 1 und 2 ORF-G sowie§ 3 Abs. 8 ORF-G nur die Veranstaltung von "klassischen" Rundfunkprogrammen über herkömmliche Verbreitungswege regle. Dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut, der nur auf die klassischen Verbreitungswege "Terrestrik" oder "Satellit" (§ 3 Abs. 1: "Österreichweit"; alle zum "Betrieb eines Rundfunkempfangsgerätes [Hörfunk und Fernsehen]"; § 3 Abs. 3:

"jedenfalls terrestrisch"; "Versorgungsgrad"; § 3 Abs. 4: "DVB-T"; "Satellit") abstelle. Dies erhelle sich auch aus den besonderen Aufträgen des § 4b Abs. 2 bzw. § 4c Abs. 2 ORF-G zum Sport- bzw. Informations- und Kultur-Spartenprogramm. Auch der historische Hintergrund sei eindeutig: Die Erläuterungen zur Neufassung des Versorgungsauftrages in § 3 Abs. 1 bis 3 ORF-G idF BGBl. I Nr. 83/2001 (ErlRV 634 BlgNR 21. GP) würden davon sprechen, dass damit "eine abschließende Regelung hinsichtlich der Anzahl der analog terrestrisch verbreiteten Programme (Hörfunk und Fernsehen) getroffen" worden sei. Diesen klassischen Rundfunkprogrammen stünden in § 3 Abs. 5 ORF-G die Online-Angebote gegenüber. Entsprechendes gelte im Rahmen der kommerziellen Tätigkeiten:§ 9 ORF-G berechtige den ORF zur Veranstaltung von kommerziellen Spartenprogrammen über Satellit, Kabel oder digitale terrestrische Übertragungskapazitäten. Diesen "klassischen" Rundfunkprogrammen werde in § 9b ORF-G die Bereitstellung von (sonstigen) kommerziellen Online-Angeboten gegenüber gestellt. § 9b ORF-G erfasse daher kommerzielle Spartenprogramme, die über Internet verbreitet werden würden, als Online-Angebote. Eine andere Auslegung, dass nämlich der Gesetzgeber dem ORF ein kommerziell finanziertes Online-Angebot in Form eines linearen Programms untersagen wollte, könne nicht ernsthaft vertreten werden.

Die belangte Behörde meine demgegenüber, aus der Systematik der Bestimmungen des ORF-G zu erkennen, dass der Versorgungsauftrag für Hörfunk- und Fernsehprogramme in § 3 ORF-G - und zwar genauer in den Abs. 1 bis 4a sowie Abs. 8 dieser Bestimmung - abschließend geregelt sei und weitere lineare Kanäle verhindere. "Dafür spricht auch der Umstand, dass die Erweiterung des Versorgungsauftrages im Bereich der linearen Angebote bislang immer in eigenen Bestimmungen (vgl. etwa § 3 Abs. 8 iVm § 9a ORF-G idF BGBl I Nr. 159/2005 sowie § 3 Abs. 8 iVm §§ 4b und 4c ORF-G idF BGBl I Nr. 50/2010) erfolgt ist" (Bescheid, S. 24). Die Behörde übersehe dabei, dass eine abschließende Festlegung immer nur für klassische Verbreitungsformen von Rundfunkprogrammen und, wie zuvor gezeigt, nicht für neue Dienste erfolgt sei.

Ansonsten richte sich die Bereitstellung von (allen anderen) Online-Angeboten nach den qualitativen Bestimmungen des § 3 Abs. 5 Z 2 iVm § 5a ff ORF-G. Ein qualitativer Ausschluss von bestimmten Online-Angeboten erfolge dabei in § 4f Abs. 2 Z 1 bis 28 ORF-G (und § 50 Abs. 3 Z 1 letzter Satz ORF-G). Hätte der Gesetzgeber zusätzliche Online-Hörfunk- oder Fernsehprogramme ausschließen (oder einstellen) wollen, hätte er dies in § 4f Abs. 2 (oder § 50 Abs. 3 Z 1 letzter Satz) ORF-G angeordnet, was nicht der Fall sei. Eine unbeschränkte Ausdehnung solcher Online-Kanäle sei nicht möglich, da zusätzliche Kanäle ja einer Auftragsvorprüfung zu unterziehen seien, die den Public-Value gegen mögliche

Wettbewerbsbeeinträchtigung abwäge. Zudem liege die Bereitstellung nur von "mit Rundfunkprogrammen nach [§ 3] Abs. 1 und Abs. 8 im Zusammenhang stehenden" Online- Angeboten im Versorgungsauftrag. Ein Zusammenhang von XXXX sei im gegenständlichen Fall offenkundig, müsse aber in anderen Fällen gleichermaßen geprüft werden.

Im Detail seien folgende Begründungen der belangten Behörde unrichtig:

* Der Sinn des § 3 Abs. 4a ORF-G liege nicht im Ausschluss von bestimmten Online-Angeboten, sondern darin, bestimmte Online-Angebote von der Durchführung eines spezifischen Verfahrens auszunehmen. Nach § 3 Abs. 4a ORF-G sei nämlich für die Online-Bereitstellung von klassischen Rundfunkprogrammen - anders als für andere Online-Angebote - kein Angebotskonzept bzw. keine Auftragsvorprüfung iSd §§ 5a ff ORF-G, sondern lediglich eine Anzeige bei der belangten Behörde vorausgesetzt.

* Zur Begriffsdefinition von Fernsehprogrammen in § 1a Z 2 ORF-G:

Wie gezeigt, diene die Einfügung der Definition der Umsetzung der AVMD-RL, die (lineare) Fernsehprogramme (plattformneutral) gleichbehandle und hierfür u.a. einheitliche (strengere) Werbebestimmungen und Bestimmungen zu einer (stärkeren) Förderung europäischer Werke festlege. Aus diesem Grund stelle die RV zur Novelle 2010 klar, dass Änderungen des PrTV-G (AMD-G), des ORF-G und des FERG "im Hinblick auf die Umsetzung der Bestimmungen der Mediendiensterichtlinie [...i]nsbesondere [der] Erweiterung des Anwendungsbereiches auf Nicht-Rundfunkdienste (lineare Dienste und Abrufdienste)" dienten (611 BlgNR 24. GP Erläuterungen Allgemeiner Teil). Ein Ausschluss von reinen Online-Kanälen ergebe sich aus der AVMD-RL nicht. Vielmehr ergebe sich aus der Festlegung einer Definition im ORF-G gerade umgekehrt, dass auch reine Online-Kanäle grundsätzlich - nach Durchführung einer Auftragsvorprüfung - zulässig sein könnten, sonst wäre eine spezifische Definition (vor dem Hintergrund der Bestimmungen des § 3 Abs. 1 und 8 sowie §§ 4 ff ORF-G) entbehrlich: Wie in der Literatur deutlich werde, finde die Definition des Fernsehprogramms auf alle linearen Dienste Anwendung. Die Bestimmungen seien in Österreich für klassische Fernsehprogramme bereits nach der geltenden Rechtslage umgesetzt gewesen. "Durch die Definition des Fernsehprogramms (§ 1a Z 2 ORF G und § 2 Z 16 AMD G) und die inhaltliche Regelung des § 11 ORF G und §§ 51 ff AMD G ist für den ORF und private Fernsehveranstalter klargestellt, dass die Bestimmungen über den Hauptanteil der Sendezeit für europäische Werke bzw. einen bestimmten Anteil von Werken unabhängiger Produzenten und neuerer Werke zukünftig auch für webcasting und livestreaming zur Anwendung kommen" (Kassai/Kogler/Truppe, Rundfunkrechtsreform 2010, MR 2010, 295). Eine solche Klarstellung gehe für unverändert im Internet gestreamte ORF-Programme ins Leere (diese seien ja schon nach § 11 ORF-G verpflichtet) und mache nur Sinn, wenn zusätzliche Online-Kanäle zulässig seien.

* Auch eine nähere Betrachtung des Wortlautes des § 4f ORF G bestätige keine andere Sichtweise. Nach Ansicht der belangten Behörde sei zu berücksichtigen, dass § 4f als Anknüpfungspunkt ausdrücklich den Katalog der in § 4e ORF-G geregelten "direkt" beauftragten Online- Angebote nenne. Die Behörde übersehe bei dieser Argumentation, dass ein Online-Kanal als Online-Angebot iSd § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G einzuordnen sei, der daher gerade nicht über § 3 ORF-G hinausgehe. Ein entsprechender Hinweis auf § 3 ORF-G sei entbehrlich und daher auch kein Argument für eine quantitative Regelung von Online-Angeboten in § 3 ORF-G.

* Im Ergebnis verfehlt sei der Versuch der belangten Behörde, die eindeutigen Erläuterungen des ORF-G "umzuinterpretieren":

"Missverständlich" sei die Formulierung "Online-Programm" in den Erläuterungen zu dieser Bestimmung. Gemeint sei nach Ansicht der belangten Behörde lediglich ein "Programm", das kein Fernsehprogramm darstelle (also z.B. fallweise lineare audiovisuelle Inhalte etwa der "FM4-Geburtstagsparty" im Internet). Dieser Erklärungsversuch gehe völlig am Willen des Gesetzgebers vorbei, der einerseits ausdrücklich klarstelle, dass Online-Angebote auch "lineare Audio- und audiovisuelle Angebote, die nicht terrestrisch, über Satellit oder über Kabel ausgestrahlt" (ErlRV 611 BlgNR 24. GP zu § 4f) sein könnten (d.h. lineare Audioangebote, die terrestrisch ausgestrahlt werden würden, seien Hörfunkprogramme; wenn sie nicht terrestrisch ausgestrahlt werden würden eben auch Online-Angebote nach § 4f). Andererseits habe der Gesetzgeber die Möglichkeit der Schaffung eines reinen "Online-Kanals" neben klassischen Fernsehprogrammen auch an anderer Stelle in den Erläuterungen festgehalten.

3. Mit hg. am 27.03.2015 eingelangter Beschwerdevorlage übermittelte die belangte Behörde die verfahrensgegenständlichen Akten dem Bundesverwaltungsgericht und führte aus, dass inhaltlich auf Folgendes hinzuweisen sei: Soweit der ORF im Rahmen seines Beschwerdevorbringens auf das Angebot XXXX verweise, liege kein mit dem gegenständlich vorgeschlagenen Angebot vergleichbarer Sachverhalt vor, zumal es sich bei dem dort

bereitgestellten " XXXX " um ein bereits am 31.01.2008 bestehendes - zunächst parallel mit dem Mittelwellenradio " XXXX " ausgestrahltes - Angebot handle, das nach der Übergangsbestimmung gemäß § 50 Abs. 3 Z 1 ORF-G idF BGBl. I Nr. 50/2010 keiner Auftragsvorprüfung zu unterziehen gewesen sei. Aus dem Bestehen von XXXX könne somit nicht auf die Zulässigkeit des neuen Programms " XXXX " geschlossen werden.

4. Mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom 07.04.2015 wurde die Beschwerde der Bundeswettbewerbsbehörde (Amtspartei) zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

5. Die Amtspartei erstattete dazu am 28.04.2015 eine Stellungnahme, in der sie insbesondere ausführte:

5.1. Durch die Digitalisierung sei ein Innovationsschub angestoßen worden, der neue Realitäten für die Tätigkeit von Rundfunkveranstaltern auf diversen Märkten geschaffen habe. Am Markt gebe es eine Vielfalt neuer Produkte und auch neue Markteilnehmer, die Dienste anbieten würden, die klassischem Rundfunk ähnlich seien oder diesen ergänzten. Online-Angebote könnten bei leistungsfähiger Empfangsstruktur (nahezu) identische Sendeerlebnisse vermitteln wie die Rundfunkübertragung über klassische Empfangswege (Terrestrik, Kabel, Satellit). Vor dem Hintergrund dieser Gegebenheiten sei eine neue Bewertung bestimmter Online-Tätigkeiten erforderlich. Der bekämpfte Bescheid adressiere somit eine aktuelle Thematik und sei daher nicht willkürlich.

5.2. Online-Fernsehen erzeuge Wertungswidersprüche im ORF-G:

Stelle man bei der Einordnung von Online-Angeboten nach dem ORF-G formalistisch auf den "veralteten" Rundfunkbegriff mit den Terrestrik, Kabel oder Satellit iSd 1974 erlassenen Rundfunk-BVG ab, so öffne man Tür und Tor für Wertungswidersprüche innerhalb des ORF-G. Das ORF-G enthalte für Online-Angebote des ORF abweichende Regeln, die den Besonderheiten des Online-Geschäfts Rechnung tragen würden (zB § 18 ORF-G). Zusätzlich müssten Online-Angebote auch etliche Regeln des ORF-G für Fernsehprogramme nicht einhalten. Diese Regeln würden zB relevante Themen wie Werbezeitbeschränkungen und Werbeverbote, die Verbote für Unterbrecherwerbung, Cross-Promotion und Produktplatzierung sowie die Regeln für Sponsoring betreffen. Folge man der Sichtweise des ORF, könnte dieser zukünftig beliebig viele, lediglich online übertragene Fernsehprogramme gestalten und dabei - aufgrund der aktuellen Rechtslage - ohne die oben genannten Beschränkungen agieren. Dies würde die öffentlich-rechtliche Prägung der Angebote des ORF in der Gesamtwahrnehmung gefährden und die Legitimation der §§ 14 bis 17 ORF-G in Frage stellen.

5.3. EU-rechtlich gebotene Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags:

Entgegen der Ansicht des ORF sei für das Gebot der gesetzlichen Determinierung des Versorgungsauftrags im Kontext nicht allein der Gesetzesvorbehalt des BVG-Rundfunk maßgeblich, sondern auch das sich aus EU-Beihilfenrecht (Art 106 Abs. 2 AEUV) ergebende und in der Rundfunkmitteilung (2009/C 257/01, Rz 43, 50-53) erläuterte Erfordernis, die Finanzierung der Tätigkeit des ORF mit öffentlichen Mitteln durch einen förmlichen Auftrag des Gesetzgebers zu gestalten (EK, E 2/2008). Dieser gesetzliche Auftrag sei unter Bedachtnahme auf das EU-Beihilfenrecht immer dann anzupassen, wenn der Versorgungsauftrag des ORF auf neue Tätigkeiten erweitert werde. Um dem öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter eine rasche Anpassung an technische Entwicklungen zu ermöglichen, könne ein Mitgliedstaat zwar auch vorsehen, dass die Betrauung mit einer neuen Tätigkeit nach einer Auftragsvorprüfung (vgl. hierzu Rundfunkmitteilung, Rz 84ff) erfolge, doch müsse auch in diesem Fall eine förmliche Anpassung des gesetzlichen Auftrags erfolgen (Rundfunkmitteilung, Rz 52). Die Auftragsvorprüfung gemäß §§ 6ff ORF-G könne daher die förmliche Beauftragung des ORF im oben beschriebenen Sinn nicht ersetzen. In jedem Fall aber könnten neue Angebote durch eine Auftragsvorprüfung nur dann genehmigt werden, wenn eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung gegeben sei. Schließlich müsse auch in diesen Fällen nachträglich eine Anpassung des gesetzlichen Versorgungsauftrags erfolgen. Die vorrangige Befassung des Gesetzgebers mit der Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF sei nicht nur zweckmäßig für das Ziel der Einhaltung der EU-Beihilfenregelung, sondern auch im Hinblick auf die Vermeidung der oben aufgezeigten Wertungswidersprüchen innerhalb des ORF-G.

5.4. Aus den vorstehenden Ausführungen folge für die hier interessierende Frage, dass die belangte Behörde den Antrag auf Änderung des Online-Angebots XXXX durch Einführung von XXXX zu Recht abgewiesen habe. Das ORF-G sehe zwar für neue Online-Angebote nach § 4f ORF-G die Möglichkeit einer Auftragsvorprüfung vor, der bekämpfte Bescheid arbeite aber zutreffend heraus, dass der Versorgungsauftrag für Fernsehprogramme im Sinn von § 1a Z 1 ORF-G durch die § 3 Abs. 1 bis 3 ORF-G abschließend geregelt sei. Eine Ermächtigung zur Genehmigung eines neuen

Fernsehprogramms im Rahmen einer Auftragsvorprüfung finde sich im ORF-G nicht und wäre weder mit dem EU-Beihilfenrecht noch mit der Systematik des ORF-G vereinbar. Ein neues Online-Angebot, das zugleich auch ein Fernsehprogramm im Sinn von § 1a Z 1 ORF-G sei, könne daher nicht durch eine Auftragsvorprüfung nach §§ 6ff ORF-G genehmigt werden. Dies bedeute, dass das in den Erläuterungen zum ORF-G (611, XXIV GP, 35) erwähnte "spezielle lineare Online-Programm", für welches eine Auftragsvorprüfung durchgeführt werden dürfe, sich deutlich von einem Fernsehprogramm im Sinn von § 1a Z 1 ORF-G unterscheiden müsse. Das verfahrensgegenständliche Angebot erfülle diese Voraussetzung nicht.

6. Diese Stellungnahme wurde dem ORF, dessen Generaldirektor und der belangten Behörde mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichtes vom 14.12.2015 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt. Zugleich wurden dem ORF und dessen Generaldirektor die Beschwerdevorlage der belangten Behörde (I.3.) zugestellt. Stellungnahmen der Verfahrensparteien langten nicht ein.

7. Am 13.06.2018 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der die Verfahrensparteien teilnahmen, und bei der keine weiteren Vorbringen erstattet wurden.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid (Seite 2ff) die folgenden Feststellungen getroffen:

"1.1. Bestehendes Angebotskonzept XXXX

Mit Schreiben vom 31.03.2011, XXXX , hat der ORF gegenüber der KommAustria ein Angebotskonzept für das Online-Angebot XXXX gemäß § 4e Abs. 1 Z 1 bis 4, § 4e Abs. 2, 3 und 4 und § 4f Abs. 1 iVm § 5a ORF-G vorgelegt. Das Angebotskonzept wurde von der Regulierungsbehörde nicht untersagt und in weiterer Folge am 28.07.2011 auf der Website des ORF (XXXX) veröffentlicht.

Zur Online-Verbreitung des Hörfunkprogramms XXXX wird im bestehenden Angebot unter Punkt 2.1. (‚Inhaltskategorien') ausgeführt, dass das Programm XXXX live gestreamt wird, wobei die CD-Covers der laufenden Musiktitel als Coverflow angezeigt und die aktuellen Schlagzeilen eingeblendet werden. Unter Punkt 2.4. (‚Technische Nutzbarkeit sowie Zugang zu XXXX ') wird dargelegt, dass der Livestream von XXXX mittels Streamingtechnologie (in den gängigen Formaten wie Windows-Media-Audio oder in Flash eingebettete MP3) zur Verfügung gestellt wird, wobei über XXXX die beschriebene Version mit Coverflow zugänglich ist und mit dieser Technologie für die Nutzer keine Speicherung möglich ist.

2.2. Änderung des Angebotskonzepts für das Online-Angebot XXXX

Zur Darstellung und Begründung der beantragten Änderung führt der ORF an, dass auf XXXX (derzeit) rund um die Uhr der Simulcast-Stream zum laufenden XXXX -Programm angeboten (, XXXX ') werde, wobei die Subseite , XXXX ' einen Webplayer mit Zusatzinformationen beinhaltet, die sich unmittelbar auf das laufende Programm beziehen (Name der Sendung, aktuelle Schlagzeilen, Musiktitel etc.).

Um die Attraktivität von XXXX -Live zu bewahren bzw. zu steigern, soll es durch die beantragte Änderung im Bereich Bewegtbild verbessert werden, wobei erstens Livebilder aus dem Sendestudio und zweitens die zu den laufenden Musiktiteln zugehörigen Musikvideos synchron integriert werden sollen. Der Hörer soll die Gelegenheit bekommen, jederzeit - etwa bei Programmaktionen oder bei besonderen Gelegenheiten (z.B. prominenter Studiogast) - einen Blick ins Sendestudio zu werfen, wobei es dabei häufig nur den Moderator (nunmehr als Bewegtbild) zu sehen geben wird. Ebenso wie das bisher statische Bild des Moderators sollen auch die Covers der gespielten Songs nunmehr zum Bewegtbild werden, zumal es von fast jedem Song im Programm von XXXX ein verfügbares Musikvideo gibt.

Im Einzelnen werden folgende Änderungen des bestehenden Angebotskonzepts für XXXX (zum Stand 26.05.2011) beantragt:

Punkt 2.1. des Angebotskonzepts (Inhaltskategorien) lautet geändert (Änderungen kursiv): ‚Das Programm XXXX wird live gestreamt (die CD-Covers der laufenden Musiktitel werden als Coverflow angezeigt und die aktuellen Schlagzeilen eingeblendet). Alternativ wird ein Videostream des laufenden XXXX -Programms angeboten, der über mehrere

Kamerapositionen einen Blick ins Sendestudio gewährt (‚Web-Cam') und während der Musiktitel synchron die dazu gehörenden Musikvideos zeigt. Ausgewählte XXXX -Sendungen und Sendungsteile (Wortbeiträge) aus dem XXXX -Programm können abgerufen oder als Podcast abonniert werden.

Punkt 2.4. (technische Nutzbarkeit sowie Zugang zu XXXX , letzter Absatz) lautet geändert (Änderungen kursiv): ‚Der Livestream von XXXX wird mittels Streamingtechnologie (in den gängigen Audio- und Videoformaten wie Windows-Media-Audio oder in Flash eingebettete MP3) zur Verfügung gestellt. Mit dieser Technologie ist für die Nutzer keine Speicherung möglich.'

Zu Punkt 2.6. (Komplementäre oder ausschließliche Beziehungen zu anderen Angeboten des ORF) wird darauf hingewiesen, dass im Fall der Genehmigung der , XXXX -Modul die bislang bereitgestellten On-Demand-Services ersetzen bzw. erweitern würde (so der parallel veröffentlichte Vorschlag für XXXX).

Zu Punkt 2.8. (Einhaltung der Vorgaben des ORF-G, insbesondere Vereinbarkeit mit dem öffentlich-rechtlichen Kernauftrag gemäß § 4 ORF-G) wird darauf hingewiesen, dass - soweit überhaupt anwendbar - auch Werbebeschränkungen für lineare Programme eingehalten würden. Darüber hinaus soll XXXX nicht vermarktet werden, womit - mangels Bildern - keine audiovisuelle kommerzielle Kommunikation betrieben werde.

Punkt 2.2. (Zielgruppe) bleibt insgesamt unverändert. Es sei anzunehmen, dass die gegenständlichen Änderungen isoliert betrachtet das jüngere Segment des XXXX -Publikums ansprechen. Keine Änderungen ergäben sich weiters zu den Punkten 2.3. (Zeitliche Gestaltung von XXXX), 2.5. (Besondere Qualitätskriterien von XXXX) und 2.7. (Themen, Formate, Programmschienen von XXXX)."

2. Beweiswürdigung:

Die dem angefochtenen Bescheid entnommenen Feststellungen wurden in der Beschwerde nicht bestritten und können insoweit auch dieser Entscheidung zugrunde gelegt werden.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 6 BVwGG, BGBl. I Nr. 10/2013, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 36 KOG, BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 84/2013, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht über Beschwerden in jenen Fällen, in denen die KommAustria belangte Behörde ist (§ 9 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG, BGBl I. Nr. 33/2013), durch Senat. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG,BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

3.2. § 27 VwGVG normiert den "Prüfungsumfang":

"Soweit das Verwaltungsgericht nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, hat es den angefochtenen Bescheid, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und die angefochtene Weisung auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3) zu überprüfen."

§ 28 VwGVG ("Erkenntnisse") lautet auszugsweise:

"§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist. [...]"

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, https://www.bvwg.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at