

# **Rechtsgutachten**

**zur unions- und verfassungsrechtlichen Beurteilung einer gesetzlichen Verpflichtung des ORF, mindestens 20% seiner Programmentgelteinnahmen für die Vergabe von Produktionen von Spielfilmen, Dokumentationen und Fernsehserien zu verwenden**

erstellt von

oUnivProf Dr Walter Berka

aoUnivProf Dr Roland Winkler

im Auftrag der Film Austria und des Fachverbands  
der Film- und Musikindustrie

Salzburg, im September 2014

## Inhalt

I. Der Gutachtensauftrag .....	3
II. Unionsrechtliche Fragen.....	4
1. Problemkreise .....	4
a) Die AVMD-Richtlinie.....	5
b) Das Beihilfenrecht .....	7
c) Grundfreiheiten.....	7
2. Die in UTECA geprüfte Regelung als Ausgangspunkt .....	8
3. Ähnliche Regelungen in weiteren Mitgliedstaaten.....	12
4. Beurteilung des Österreichbezugs .....	13
5. Verpflichtetenkreis und Bemessungsgrundlage .....	15
6. Prozentsatz und Auftragsgegenstände .....	17
7. Unionsrechtliches Zwischenergebnis .....	19
III. Verfassungsrechtliche Fragen .....	20
1. Der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab .....	20
2. Zur Programm- und Finanzautonomie .....	22
a) Inhaltsregulierung im Lichte der Medien- bzw Rundfunkfreiheit.....	22
b) Zur Konkretisierung der österreichspezifischen kulturstaatlichen Verantwortung des ORF .....	25
c) Zur Zulässigkeit einer Quotenregelung „an sich“ .....	27
d) Die rechtspolitische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und seine Grenzen im Hinblick auf Quotenregelungen.....	28
e) Verfassungsrechtliches Zwischenergebnis .....	31
3. Ergänzende gleichheitsrechtliche Erwägungen.....	33
a) Sachlichkeit einer Quotenregelung „an sich“ .....	33
b) Inpflichtnahme nur des ORF?.....	33
c) Inpflichtnahme auch privater Fernsehveranstalter? .....	34
IV. Zusammenfassung.....	35

## I. Der Gutachtensauftrag

Der Fachverband der Film- und Musikindustrie und die Film Austria streben auf politischer Ebene eine Regelung an, die den ORF gesetzlich verpflichtet, einen Anteil seiner Einnahmen für die Herstellung „österreichischen Programms“ auszugeben. Die Produzentenverbände haben ihren Vorschlag derart präzisiert, dass dafür ein Anteil von 20 % des dem ORF zufließenden Programmnetto als angemessen im Sinne des öffentlich-rechtlichen Auftrags angesehen würde. Der Österreichbezug soll auf Programminhalte (und nicht auf den Sitz von Produzenten) abstellen und ist noch zu konkretisieren. „Programm“ soll weit verstanden sein als Filmproduktionen aller Art (Spielfilme, Serien, Dokumentationen, Kurzreportagen, Koproduktionen usw); ausgenommen blieben filmbezogene Dienstleistungen, die auch in der Vergangenheit nicht vom insoweit ausgewiesenen Programmvolumen des ORF umfasst waren (zB Teamvermietung im Rahmen der aktuellen Berichterstattung).

Hintergrund dieses Anliegens ist der Umstand, dass der ORF mit einem Auftragsvolumen von ca € 100 Mio jährlich den wesentlichen finanziellen Rückhalt für die gesamte Filmproduktion in Österreich darstellt:

*„Der ORF ist der wesentliche finanzielle Rückhalt für die gesamte Filmproduktion in Österreich - ohne ORF kein österreichischer Film. Der ORF hatte bis Ende letzten Jahres ein Auftragsvolumen für die österreichische Filmwirtschaft von ca. € 102,5 Mio. (Durchschnitt der Jahre 2010 bis 2013); dies wurde in den letzten Jahren dadurch ermöglicht, dass unter dem Titel "Gebührenrefundierung" (Abgeltung für die aus sozialen Gründen gesetzlich fixierte Gebührenbefreiung) in diesen vier Jahren jeweils € 40 Mio. vom Bund an den ORF bezahlt wurden; diese Gebührenrefundierung ist ausgelaufen - dem ORF fehlen daher diese € 40 Mio.“<sup>1</sup>*

Von Seiten des ORF wird ein Junktim zwischen diesem Auftragsvolumen und der Programmnettorefundierung nach § 31 Abs 11 ORF-G hergestellt; diese Bestimmung nennt in ihrer Z 2 lit c neben anderen Voraussetzungen auch den

*„kontinuierlichen Ausbau des Anteils der österreichspezifischen Fernsehfilme, -serien und -dokumentationen sowie der Kindersendungen in Form von Eigen-, Ko- und Auftragsproduktionen des Österreichischen Rundfunks am Gesamtprogramm“.*

---

<sup>1</sup> Auskunft der Auftraggeber vom 22.5.2014.

In der politischen Diskussion um die Weiterführung der Programmentgeltrefundierung wird vom ORF daher (auch) eine Kürzung des von ihm vergebenen Auftragsvolumens vorgesehen. 2013

*„...gab der ORF noch 104 Millionen Euro für eingekauftes, heimisches Programm aus. 2013 waren es 95 Millionen, 2014 plant der ORF lediglich 75 Millionen.“<sup>2</sup>*

Dem soll die angesprochene 20 %-Quote entgegenwirken, die den ORF auf ein bestimmtes Mindestauftragsvolumen verpflichten würde, das wohl auch über dem bisherigen Stand zu liegen käme (Programmentgelte ohne Refundierung ca jährlich € 565 Mio,<sup>3</sup> 20 % davon wären somit ca € 113 Mio). Diesem Anliegen werden nun seitens der Politik unions- und verfassungsrechtliche Bedenken entgegengehalten.

Im Rahmen dieses Gutachtens sind diese Bedenken zu erörtern. Dabei wird der rechtliche Rahmen dargestellt und es werden die besonderen Probleme einzelner Regelungsansätze analysiert. Vorab ist festzuhalten, dass kein konkreter Regelungsvorschlag untersucht wird und nicht alle denkbaren Varianten in extenso dargelegt werden können. Ebenso ist darauf hinzuweisen, dass einige zentrale Fragen nur über „weiche“ Kriterien der Rechtfertigung (insbesondere der Verhältnismäßigkeitsprüfung) gelöst werden können und daher große Auslegungs- und Anwendungsspielräume bestehen.

## **II. Unionsrechtliche Fragen**

### **1. Problemkreise**

Die Filmbranche und die Fernsehunternehmen unterliegen ungeachtet ihrer kulturellen Bedeutung den allgemeinen rechtlichen Regeln des Unionsrechts, wenn auch mit einzelnen Besonderheiten. Neben der unmittelbar einschlägigen AVMD-

---

<sup>2</sup> Wiener Zeitung 22.3.2014, [http://www.wienerzeitung.at/nachrichten/kultur/medien/616906\\_Irrsinn-Kahlschlag-und-der-Grant.html](http://www.wienerzeitung.at/nachrichten/kultur/medien/616906_Irrsinn-Kahlschlag-und-der-Grant.html) (11.9.2014)

<sup>3</sup> Gesamteinnahmen € 595 Millionen, davon 30 Millionen aus der Refundierung; [http://kundendienst.orf.at/unternehmen/zahlen/jahresabschluss2012\\_2.html](http://kundendienst.orf.at/unternehmen/zahlen/jahresabschluss2012_2.html) (11.9.2014).

Richtlinie<sup>4</sup> sind im gegenständlichen Kontext auch die Grundfreiheiten, die entsprechenden Diskriminierungsverbote und das Beihilfenrecht zu beachten.

#### **a) Die AVMD-Richtlinie**

Art 16 der AVMD-Richtlinie enthält eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass bei Fernsehveranstaltern der „Hauptanteil“ der Sendezeit (ausgenommen Nachrichten, Sportberichte usw) von Sendungen „europäischer Werke“ eingenommen wird. Diese grundsätzliche Verpflichtung ist allerdings sehr weich formuliert, da dies nur „im Rahmen des praktisch Durchführbaren und mit angemessenen Mitteln“ erfolgen soll. Art 17 enthält die gleicherart abgeschwächte Verpflichtung, dass die Mitgliedstaaten die Fernsehveranstalter anhalten, 10% der Sendezeit oder 10% ihrer Haushaltsmittel für die Sendung von europäischen Werken unabhängiger Hersteller zu verwenden.

Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten nach Art 4 Abs 1 der AVMD-Richtlinie strengere oder ausführlichere Bestimmungen in den von der Richtlinie koordinierten Bereichen vorsehen, „sofern diese Vorschriften im Einklang mit dem Unionsrecht stehen“. Diese Verpflichtungen können nach den weiteren Abs des Art 4 auch grundsätzlich gegen Fernsehveranstalter durchgesetzt werden, die der Rechtshoheit eines anderen Mitgliedstaats unterliegen, aber ganz oder vorwiegend auf das Gebiet des eingehender regelnden Mitgliedstaats ausgerichtet sind.

Der 78. Erwägungsgrund der Richtlinie nennt auch im Zusammenhang mit der audiovisuellen Produktion in Europa ausdrücklich „eine aktive Politik zugunsten einer bestimmten Sprache“, wobei es den Mitgliedstaaten freistehen soll,

*„ausführlichere oder strengere Bestimmungen festzulegen, die insbesondere an Sprachkriterien ausgerichtet sind, sofern diese Bestimmungen mit dem Unionsrecht vereinbar sind und insbesondere nicht für die Weiterverbreitung von Sendungen aus anderen Mitgliedstaaten gelten.“*

---

<sup>4</sup> Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, ABI 2010 L 95/1.

Diese Regelungen sind zB in §§ 50 (Programmquoten) und 51 (Förderung unabhängiger Programmhersteller) AMD-G<sup>5</sup> durch weitgehend wörtliche Übernahme umgesetzt worden. Das AMD-G gilt nach seinem § 1 Abs 3 nicht für den ORF, die diesbezügliche Umsetzung findet sich in § 11 ORF-G.<sup>6</sup> Dabei ist der Anteil europäischer Werke nach § 11 Abs 1 ORF-G „im Rahmen des praktisch Durchführbaren und mit angemessenen Mitteln“ zu erreichen. Der Anteil unabhängiger Programmhersteller ist in § 11 Abs 2 ORF-G ohne diese Einschränkung geregelt:

*„(2) Der Österreichische Rundfunk hat dafür Sorge zu tragen, dass mindestens 10 vH der Sendezeit seiner Fernsehprogramme, die nicht aus Nachrichten, Sportberichten, Spielshows oder Werbe- und Teletextleistungen besteht oder alternativ mindestens 10 vH seiner Haushaltsmittel für die Programmgestaltung der Sendung europäischer Werke von Herstellern vorbehalten bleibt, die von Fernsehveranstaltern unabhängig sind. Dieser Anteil soll in den Bereichen Information, Bildung, Kultur und Unterhaltung schrittweise anhand geeigneter Kriterien erreicht werden. Dazu muss ein angemessener Anteil neueren Werken vorbehalten bleiben, das sind Werke, die innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren nach ihrer Herstellung ausgestrahlt werden.“<sup>7</sup>*

Die praktische Tragweite dieser Bestimmung dürfte sich in engen Grenzen halten. Mit „Information, Bildung, Kultur und Unterhaltung“ ist zwar ein breites Spektrum erfasst, die Quote dürfte aber im jeweiligen Bereich vom ORF leicht erreicht werden,<sup>8</sup> dies umso mehr als im deutschsprachigen Kulturraum und auf Grund der kulturellen und sprachlichen Beziehung Österreichs zu Deutschland ein wesentlicher Teil jedenfalls des fiktionalen Programms auch aus deutschsprachigen Werken

---

<sup>5</sup> Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz – AMD-G, BGBl I 2001/84 idF zuletzt BGBl I 2013/84.

<sup>6</sup> Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk (ORF-Gesetz), BGBl 1984/379 idF zuletzt BGBl I 2014/23.

<sup>7</sup> So gefasst mit BGBl I 2001/83; die Vorgängerbestimmung § 2c des ORF-G (damals RundfunkG) enthielt noch die Einschränkung „im Rahmen des praktisch Durchführbaren und mit angemessenen Mitteln“.

<sup>8</sup> Nach dem public-value-report 2013/14 des ORF, 24, entfallen 41 % der „Quotenbasis“ (in Programmstunden) auf unabhängige europäische Hersteller. Es ist unklar, welche Definitionen (s auch Fn 34) hier zu Grunde liegen. Auf Basis des Gesamtprogramms wären es etwa 32 %. Vgl auch die knappe Kommentierung zu § 11 ORF-G in *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>3</sup> (2011) 140.

unabhängiger deutscher Produktionsunternehmen gespeist ist. Trotzdem ist diese Quote ein Beispiel für den zu untersuchenden Regelungstypus, das unionsrechtlich vorgezeichnet und damit insoweit unbedenklich ist.

### **b) Das Beihilfenrecht**

Fernsehveranstalter wie Programmhersteller unterliegen dem Beihilfenrecht. Dabei spielen herkömmlich zwei Bereiche eine besondere Rolle: Die Filmförderung, zu der die Mitteilung der Kommission über staatliche Beihilfen für Filme und andere audiovisuelle Werke<sup>9</sup> (Mitteilung Filmförderung) besteht, und die (hier nicht weiter relevante) Beihilfe durch Abgaben für (idR öffentlich-rechtliche) Fernsehveranstalter wie den ORF.<sup>10</sup>

Die Abnahme bestimmter Produkte durch die öffentliche Hand oder eine Verpflichtung, bestimmte Produkte mit öffentlichen Mitteln abzunehmen, kann bei Dazutreten weiterer Umstände Beihilfecharakter haben.<sup>11</sup> Bei verpflichtenden Investitionen der Fernsehunternehmen gingen Kommission und Lehre schon früher davon aus, dass idR eine entsprechende Gegenleistung besteht<sup>12</sup> und daher keine Beihilfe vorliegt. Dieser Aspekt wurde bei Quotenregelungen für Programminhalte im Urteil UTECA<sup>13</sup> näher geprüft und wird daher unter II.2. mitbehandelt.

### **c) Grundfreiheiten**

Auch die Grundfreiheiten, namentlich die Dienstleistungsfreiheit, sind für Fernsehen und Programmherstellung zu beachten. Der Kern der Problematik liegt im Diskriminierungsverbot: Erfordernisse einer bestimmten Sprache oder eines Landesbezugs stellen sich als mittelbare Diskriminierungen dar, die einer

---

<sup>9</sup> ABI 2013 C 332/1.

<sup>10</sup> Vgl Kommission K(2009)8113 endg zum Beihilfeverfahren E 2/2008.

<sup>11</sup> Vgl zB EuGH, 24.7. 2003, Rs C-280/00, Altmark Trans.

<sup>12</sup> Dem Fernsehunternehmen bleibt bei solchen allgemein gehaltenen Investitionspflichten ein großer Entscheidungsspielraum, in dessen Rahmen es auf den Erhalt einer entsprechenden Gegenleistung achten wird. Vgl auch zB *Geier*, Nationale Filmförderung und europäisches Beihilfenrecht (2006) 84 ff und 102 ff mwN.

<sup>13</sup> EuGH 5.3.2009, Rs C 222/07, UTECA.

Rechtfertigung bedürfen. Auch zu diesem Aspekt enthält das Urteil UTECA zentrale Aussagen, so dass nähere Ausführungen an dieser Stelle überflüssig scheinen.

## 2. Die in UTECA geprüfte Regelung als Ausgangspunkt

Da dem Urteil UTECA zentrale Bedeutung für die hier zu beurteilenden Rechtsfragen zukommt, wird es im Folgenden relativ ausführlich wiedergegeben. Die maßgeblichen unionsrechtlichen Bestimmungen haben sich inhaltlich nicht wesentlich geändert, die AVMD-Richtlinie hat ihre entsprechenden Bestimmungen aus den konsolidierten Vorgängerrichtlinien übernommen.<sup>14</sup>

Von Interesse ist zunächst die spanische Regelung, die vom EuGH wie folgt zitiert wird:

*„Fernsehveranstalter haben 51 v. H. ihrer jährlichen Sendezeit der Ausstrahlung von europäischen audiovisuellen Werken vorzubehalten.*

*Fernsehveranstalter, die die verlegerische Verantwortung für Fernsehkanäle tragen, deren Programm Spielfilme aus aktueller Produktion umfasst, d. h. Spielfilme, deren Alter weniger als sieben Jahre seit ihrer Produktion beträgt, haben jährlich mindestens 5 v. H. ihrer im vorhergehenden Geschäftsjahr nach ihrem Betriebsergebnis erzielten Gesamteinkünfte der Vorfinanzierung der Produktion von europäischen Spiel-, Kurz- und Fernsehfilmen zuzuführen, einschließlich in den in Art. 5 Abs. 1 des Gesetzes zur Unterstützung und Förderung der Filmkunst und des audiovisuellen Sektors geregelten Fällen. 60 v. H. dieser Finanzierung sind für Produktionen zu verwenden, deren Originalsprache in Spanien Amtssprache ist.*

*In diesem Sinne sind Fernsehfilme audiovisuelle Werke mit ähnlichen Merkmalen wie Spielfilme, d. h. abgeschlossene einheitliche Werke mit einer Dauer von mehr als 60 Minuten, mit der Besonderheit, dass ihre kommerzielle Nutzung nicht die Vorführung in Kinos umfasst; Betriebseinkünfte sind die sich aus dem geprüften Betriebsergebnis ergebenden Einkünfte aus dem die Verpflichtung begründenden Programm und Betrieb des Fernsehkanals oder der Fernsehkanäle.*

*Die Regierung kann nach Anhörung aller beteiligten Sektoren durch Rechtsverordnung die Dauer festlegen, die erforderlich ist, um ein audiovisuelles Werk als Fernsehfilm einzustufen.“<sup>15</sup>*

Vom spanischen Tribunal Supremo wurden dazu dem EuGH die Fragen vorgelegt, ob es die Richtlinie erlaubt, „Fernsehveranstaltern die Verpflichtung aufzuerlegen, einen Vomhundertsatz ihres Betriebsergebnisses auf die Vorfinanzierung von

<sup>14</sup> Vgl. Anhang II (Entsprechungstabelle) der AVMD-Richtlinie.

<sup>15</sup> EuGH 5.3.2009, Rs C 222/07, UTECA, Rz 11 f.



europäischen Spiel- und Fernsehfilmen zu verwenden“; ob eine „nationale Regelung, die neben einer solchen Verpflichtung zur Vorfinanzierung 60 v. H. dieser Pflichtfinanzierung Werken in einer spanischen Originalsprache vorbehält“, mit der Richtlinie und dem Diskriminierungsverbot des AEUV vereinbar ist; und schließlich, ob es sich bei dieser Verpflichtung um eine staatliche Beihilfe handelt.

Der EuGH hat die ersten beiden Fragen unter dem Aspekt der Grundfreiheiten geprüft, da die Vorschriften der Richtlinie insoweit keine abschließenden Regelungen treffen.

Die Pflicht, einen bestimmten Anteil der Betriebseinnahmen für die Vorfinanzierung von europäischen Spiel- und Fernsehfilmen zu verwenden, betrachtet der EuGH nicht als Beschränkung der Grundfreiheiten; damit erübrigt sich eine weitere Prüfung.<sup>16</sup>

*„Soweit es sich dagegen bei der im Ausgangsverfahren fraglichen Maßnahme um die Verpflichtung handelt, 60 % von den für die Vorfinanzierung von europäischen Spiel- und Fernsehfilmen bestimmten 5 % der Betriebseinnahmen auf Werke zu verwenden, deren Originalsprache eine der Amtssprachen des betreffenden Mitgliedstaats ist, so beschränkt eine solche Maßnahme [...] mehrere Grundfreiheiten, nämlich den freien Dienstleistungsverkehr, die Niederlassungsfreiheit, den freien Kapitalverkehr und die Arbeitnehmerfreizügigkeit.“<sup>17</sup>*

In weiterer Folge prüft der EuGH die Rechtfertigung dieser Beschränkung. Kulturelle Gründe bzw Schutz und Förderung der Sprachen eines Mitgliedstaates sind jedenfalls zwingende Gründe des Allgemeininteresses. Für allfällige Abweichungen von der in UTECA geprüften Regelung sind die folgenden Ausführungen des EuGH entscheidend. Da darauf mehrfach zurückzukommen sein wird, seien sie hier im Originaltext wiedergegeben:

*„Eine Maßnahme eines Mitgliedstaats wie die im Ausgangsverfahren fragliche ist, soweit sie eine Verpflichtung aufstellt, in Spiel- und Fernsehfilme zu investieren, deren Originalsprache eine der Amtssprachen dieses Mitgliedstaats ist, geeignet, die Erreichung eines solchen Ziels sicherzustellen.“*

---

<sup>16</sup> EuGH 5.3.2009, Rs C 222/07, UTECA, Rz 22.

<sup>17</sup> EuGH 5.3.2009, Rs C 222/07, UTECA, Rz 24. Eine exakte Zuordnung zu einzelnen Grundfreiheiten ist schwierig, aber im Rahmen der allgemeinen Grundfreiheitendogmatik meist auch nicht erforderlich; in den folgenden Ausführungen des EuGH hat dieser Aspekt keine Rolle gespielt.

*Es erweist sich auch nicht, dass eine solche Maßnahme unter den Umständen des Ausgangsverfahrens über das hinausginge, was zur Erreichung des genannten Ziels erforderlich ist.*

*Wenn nämlich den Fernsehveranstaltern auferlegt wird, 60 % von den für die Vorfinanzierung von europäischen Spiel- und Fernsehfilmen bestimmten 5 % der Betriebseinnahmen auf Werke zu verwenden, deren Originalsprache eine der Amtssprachen des betreffenden Mitgliedstaats ist, betrifft eine Maßnahme eines Mitgliedstaats wie die im Ausgangsverfahren fragliche letztlich 3 % der Betriebseinnahmen der Fernsehveranstalter. Die dem Gerichtshof unterbreiteten Akten enthalten aber keinen Hinweis darauf, dass ein solcher Prozentsatz gemessen an dem Ziel, das erreicht werden soll, unverhältnismäßig wäre.*

*Im Übrigen geht entgegen dem Vorbringen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften eine Maßnahme eines Mitgliedstaats wie die im Ausgangsverfahren fragliche nicht schon deshalb über das hinaus, was zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich ist, weil sie keine Kriterien vorsieht, anhand deren die betroffenen Werke als „Kulturerzeugnisse“ eingestuft werden können.*

*Da nämlich zwischen Sprache und Kultur ein innerer Zusammenhang besteht, worauf insbesondere auch das am 20. Oktober 2005 von der Unesco-Generalkonferenz in Paris verabschiedete und im Namen der Gemeinschaft mit dem Beschluss 2006/515/EG des Rates vom 18. Mai 2006 (ABl. L 201, S. 15) angenommene Übereinkommen zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen hinweist, in dessen 14. Erwägungsgrund ausgeführt wird, dass „Sprachenvielfalt ein grundlegender Bestandteil der kulturellen Vielfalt ist“, muss das von einem Mitgliedstaat verfolgte Ziel, eine oder mehrere seiner Amtssprachen zu schützen oder zu fördern, nicht zwangsläufig von weiteren kulturellen Kriterien begleitet werden, damit es eine Einschränkung einer der vom EG-Vertrag verbürgten Grundfreiheiten rechtfertigen kann. Hinzu kommt, dass die Kommission im vorliegenden Verfahren nicht in der Lage war, im Einzelnen auszuführen, welche Kriterien dies konkret sein sollten.*

*Eine Maßnahme eines Mitgliedstaats wie die im Ausgangsverfahren fragliche geht auch nicht allein deshalb über das hinaus, was zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich ist, weil die Empfänger der betreffenden Finanzierung überwiegend Filmproduktionsunternehmen aus diesem Mitgliedstaat sind.*

*Wie nämlich die Generalanwältin in Nr. 110 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, ist das Anknüpfungskriterium einer solchen Maßnahme ein sprachliches.*

*Dass nun ein solches Kriterium einen Vorteil für Filmproduktionsunternehmen darstellen mag, die in der Sprache arbeiten, auf die dieses Kriterium abstellt, und die deshalb in der Praxis mehrheitlich aus dem Mitgliedstaat stammen können, in dem diese Sprache eine Amtssprache ist, steht in einem inneren Zusammenhang mit dem verfolgten Ziel. Eine solche Sachlage kann für sich genommen kein Beleg dafür sein, dass die im Ausgangsverfahren fragliche Maßnahme unverhältnismäßig ist, da sonst die Anerkennung des von einem Mitgliedstaat verfolgten Ziels, eine oder mehrere*

seiner Amtssprachen zu schützen oder zu fördern, als zwingender Grund des Allgemeininteresses ihres Sinns entleert würde.“<sup>18</sup>

Der EuGH hat weiters die spanische Regelung nicht als Beihilfe qualifiziert. Darin finden sich auch Aussagen zu möglichen abweichenden Regelungen, weshalb auch dazu der Originaltext anzuführen ist:

*„[...] erstens muss es sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln, zweitens muss diese Maßnahme geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, drittens muss dem Begünstigten durch sie ein Vorteil gewährt werden, und viertens muss sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen (Urteil vom 24. Juli 2003, Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Randnrn. 74 und 75 und die dort angeführte Rechtsprechung).*

*Im Einzelnen sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nur solche Vorteile als Beihilfen [...] anzusehen, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Die in dieser Bestimmung vorgenommene Unterscheidung zwischen „staatlichen“ und „aus staatlichen Mitteln gewährten“ Beihilfen bedeutet nämlich nicht, dass alle von einem Staat gewährten Vorteile unabhängig davon Beihilfen darstellen, ob sie aus staatlichen Mitteln finanziert werden oder nicht, sondern dient nur dazu, in den Beihilfebegriff die unmittelbar vom Staat gewährten Vorteile sowie diejenigen, die über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden, einzubeziehen (Urteil vom 13. März 2001, PreussenElektra, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 58 und die dort angeführte Rechtsprechung).*

*Der Vorteil, der mit einer Maßnahme eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren fraglichen der Filmindustrie dieses Mitgliedstaats gewährt wird, ist aber kein Vorteil, der unmittelbar vom Staat oder über eine von ihm benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt wird.*

*Er resultiert nämlich aus einer allgemeinen Regelung, mit der den Fernsehveranstaltern, ob öffentlich-rechtlich oder privat, auferlegt wird, einen Teil ihrer Betriebseinnahmen auf die Vorfinanzierung von Spiel- oder Fernsehfilmen zu verwenden.*

*Soweit eine Maßnahme eines Mitgliedstaats wie die im Ausgangsverfahren fragliche für öffentlich-rechtliche Fernsehveranstalter gilt, ist außerdem nicht ersichtlich, dass etwa der betreffende Vorteil von der Kontrolle der öffentlichen Stellen über solche Fernsehveranstalter oder diesen von den genannten Stellen erteilten Anweisungen abhängt (vgl. entsprechend Urteil vom 2. Februar 1988, Kwekerij van der Kooy u. a./Kommission, 67/85, 68/85 und 70/85, Slg. 1988, 219, Randnr. 37).<sup>19</sup>*

---

<sup>18</sup> EuGH 5.3.2009, Rs C 222/07, UTECA, Rz 29-36.

<sup>19</sup> EuGH 5.3.2009, Rs C 222/07, UTECA, Rz 42-46.

Von besonderem Interesse ist, dass eine Vorfinanzierungsquote als eine allgemeine Verpflichtung aufgefasst wird. Ferner dürfte der EuGH auch die *dabei erfolgende* Verpflichtung (idR beitragsfinanzierter) öffentlich-rechtlicher Fernsehveranstalter als unproblematisch sehen, da – neben dem hier vielleicht nicht mehr gegebenen *allgemeinen* Charakter der Regelung – ein allfälliger Vorteil nicht der Kontrolle „öffentlicher Stellen“ unterliegt. Dies spricht dafür, dass auch die Verpflichtung *nur* öffentlich-rechtlicher Fernsehveranstalter keinen Beihilfecharakter hat (dazu noch unter II.5.).

Dies setzt allerdings voraus, den öffentlich-rechtlichen Fernsehveranstalter in dieser Konstellation nicht als „öffentliche Stelle“ zu sehen. Davon dürfte der EuGH in UTECA ausgegangen sein; bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts wie dem ORF erscheint dies zumindest nicht zwingend. Allerdings liegt auch dann keine Beihilfe vor, wenn der öffentlich-rechtliche Fernsehveranstalter eine Leistung zum Marktpreis zukaufft; dabei wären die Altmark-Kriterien zu beachten.<sup>20</sup>

### **3. Ähnliche Regelungen in weiteren Mitgliedstaaten**

In den Mitgliedstaaten bestehen teils durchaus ähnliche Regelungen, die im Rahmen dieses Gutachtens nicht umfassend recherchiert werden können. Vorbildcharakter hat dabei oft die französische Filmförderung. Die wichtigsten Regelungen in Bezug auf Fernsehveranstalter enthält der „Décret n°90-66 du 17 janvier 1990 modifié relatif à la diffusion des oeuvres cinématographiques et audiovisuelles“<sup>21</sup>. Art 7 sieht für Spielfilme („oeuvres cinématographiques de longue durée“) folgende Quoten vor: 60% für europäische Werke, und 40% für Werke in französischer Originalsprache („à la diffusion d'oeuvres d'expression originale française“). Art 13 bestimmt die gleichen Quoten für audiovisuelle Werke („oeuvres audiovisuelles“).

---

<sup>20</sup> EuGH 24.7. 2003, Rs C-280/00, Altmark Trans, insb Rz 87 ff. Vgl auch oben Fn 12.

<sup>21</sup> Im Folgenden zitiert nach der konsolidierten Fassung, die die Regulierungsbehörde Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) auf ihrer website zur Verfügung stellt: <http://www.csa.fr/Juridical-area/Decrets-et-arretes/Decret-n-90-66-du-17-janvier-1990-modifie-relatif-a-la-diffusion-des-oeuvres-cinematographiques-et-audiovisuelles-Version-consolidee> (11.9.2014)

Zur Finanzierung bestehen zwei ähnlich strukturierte Décrets für Veranstalter terrestrischen Fernsehens<sup>22</sup> und für sonstige Veranstalter<sup>23</sup>. Die dabei vorgesehenen Finanzierungsquoten sind sehr unübersichtlich und auch nach mannigfachen Kriterien stark differenziert. Für die Veranstalter terrestrischen Fernsehens normiert der einschlägige Décret in Art 3 eine Quote für Spielfilme von 3.2 % für europäische Werke, darin 2.5 % für Werke in französischer Originalsprache, jeweils bezogen auf den Nettoumsatz des Veranstalters vom Vorjahr. Nach Art 6 sollen von den dafür maßgeblichen Ankäufen und Investitionen (die nicht alle anrechenbaren Ausgaben umfassen) wiederum 75% auf unabhängige Produzenten entfallen.

Für audiovisuelle Werke fordert Art 9 grundsätzlich (mit Abstufungen und Ausnahmen) eine Quote von 15% für europäische Werke oder Werke in französischer Originalsprache, jeweils bezogen auf den Nettoumsatz des Veranstalters vom Vorjahr. Art 15 normiert davon eine Quote für unabhängige Produzenten von 75 %, die für Veranstalter mit geringen Umsätzen auf bis zu 60% ermäßigt wird.

#### **4. Beurteilung des Österreichbezugs**

Kriterien, die an den Sitz des Herstellers oder an den Produktionsort anknüpfen, sind kaum zu rechtfertigen; sie bilden auch nicht den Gegenstand des Gutachtens.<sup>24</sup> Die spanische Regelung, die Gegenstand des Urteils UTECA war, wie auch die eben kurz skizzierte französische Rechtslage, knüpfen daher auch jeweils an die Sprache an. Der EuGH hat dies in UTECA als ausreichenden Kulturbezug akzeptiert und –

---

<sup>22</sup> Décret n° 2010-747 du 2 juillet 2010 relatif à la contribution à la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles des services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre, nach <http://legifrance.gouv.fr> (11.9.2014).

<sup>23</sup> Décret n° 2010-416 du 27 avril 2010 relatif à la contribution cinématographique et audiovisuelle des éditeurs de services de télévision et aux éditeurs de services de radio distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, nach <http://legifrance.gouv.fr> (11.9.2014).

<sup>24</sup> EuGH 4.5.1992, Rs C-17/92, Fedicine, Rz 20 f.

entgegen der Kommission – keine weitergehenden Kulturkriterien oder Ähnliches gefordert.<sup>25</sup>

Der Sprachbezug erlaubt es den meisten Mitgliedstaaten, großteils inländische Produktionen zu bevorzugen. Wie auch bei der Mobilität von Studierenden trifft dies insbesondere auf Österreich (und Belgien) nicht zu. Österreich umfasst nur etwa 1/10 der deutschsprechenden Bevölkerung der EU. „Österreichisch“ lässt sich auch nicht als eigener Sprachraum konstituieren, dies wäre wohl höchstens auf Ebene der regionalen Sprachvarianten möglich.<sup>26</sup>

Da eine solche Maßnahme als Beschränkung der Grundfreiheiten einer Rechtfertigung bedarf, insbesondere einem zwingenden Allgemeininteresse dienen muss, bleibt dafür nur der kulturelle Bezug übrig. Ein Vorbild dafür gibt es im geltenden ORF-Gesetz: § 31 Abs 11 Z 2 lit c ORF-G nennt im Zusammenhang mit der Refundierung für Befreiungen vom Programmentgelt ua den „kontinuierlichen Ausbau des Anteils der österreichspezifischen Fernsehfilme, -serien und -dokumentationen“. Auch mit dieser Bevorzugung des „Österreichspezifischen“ verbindet sich eine Beschränkung der Grundfreiheiten; nach Ansicht des österreichischen Gesetzgebers soll diese Formulierung aber wohl unionsrechtskonform, also gerechtfertigt, sein.<sup>27</sup>

Gewisse Zweifel bleiben indes: das „Österreichspezifische“ ist per se noch kein Kulturmaßstab, es bleibt daher wohl in unionsrechtskonformer Auslegung auf einen spezifischen Bezug zur österreichischen Kultur bzw zur Kultur in Österreich zu präzisieren.

Auf Grund der sprachlichen Situation Österreichs hat dieser spezifische, auch kulturell verstandene Bezug auch praktisch eine geringere Abschottungswirkung als die spanische Regelung: Die spanischen Amtssprachen finden sich nur geringfügig in Nachbarstaaten (Katalanisch und Baskisch in Südfrankreich), während für Österreich Deutschland, insbesondere Bayern, und Südtirol, sprachlich wie kulturell

---

<sup>25</sup> EuGH 5.3.2009, Rs C 222/07, UTECA, Rz 32-36.

<sup>26</sup> Mitunter spöttisch als „Mundl-Quote“ bezeichnet; so *Lehofer* in einer Besprechung zum Urteil UTECA, <http://blog.lehofer.at/2009/03/eugh-rs-c-22207-uteca-sprache-ist.html> (11.9.2014).

<sup>27</sup> Die RV 611 BlgNR XXIV. GP äußert sich weder zum Inhalt noch zur Unionsrechtskonformität.

sehr nahe stehen. Zum Österreichbezug gehören ferner auch die Volksgruppen mit ihren Sprachen, daher kommen insoweit auch Tschechisch, Slowakisch, Slowenisch, Ungarisch, Kroatisch und Romani in Betracht.<sup>28</sup>

Der EuGH hat im Urteil UTECA keine besonders strengen Anforderungen an den Kulturbezug gestellt; wie strikt er dies im gegebenen Zusammenhang bei fehlendem Sprachbezug sehen würde, ist schwer einzuschätzen. In einer älteren Entscheidung hat der EuGH zu einer Förderung des Verleihs inländischer Filme durch eine restriktive Lizenzierung von Verleihmöglichkeiten festgehalten, dass diese Regelung „den Verleih inländischer Filme ohne Rücksicht auf ihren Inhalt oder ihre Qualität“ fördert und daher kein kulturelles, sondern „ein ausschließlich wirtschaftliches Ziel verfolgt“, somit nicht gerechtfertigt werden kann.<sup>29</sup>

Die Formulierung in § 31 Abs 11 Z 2 lit c ORF-G ist daher insoweit angreifbar, als auch etwa in Österreich spielende „seichte“ Unterhaltungsproduktionen ohne jeden Anspruch durchaus als „österreichspezifisch“ gelten könnten.<sup>30</sup> Die Bestimmung ließe sich aber bei Bedarf so präzisieren, dass sie etwa auf „Fernsehfilm-, -serien und -dokumentationen mit einem spezifischen Bezug zur österreichischen Kultur“ abstellt.

## 5. Verpflichtetenkreis und Bemessungsgrundlage

Die dargestellte spanische und französische Rechtslage bezieht sich grundsätzlich auf alle Fernsehveranstalter und zieht näher definierte Einkünfte bzw Umsätze als Bemessungsgrundlage heran. Daher wäre eine österreichische Regelung, die ebenfalls alle Fernsehveranstalter (allenfalls mit abgestuften Sätzen bzw einer

---

<sup>28</sup> § 2 VolksgruppenG, BGBl 1976/396 idF zuletzt BGBl I 2013/84, iVm § 1 Verordnung der Bundesregierung über die Volksgruppenbeiräte, BGBl 1977/38 idF zuletzt BGBl 1993/895.

<sup>29</sup> EuGH 4.5.1992, Rs C-17/92, Fedicine, Rz 20 f.

<sup>30</sup> Vgl auch *Kogler/Traimer/Truppe*, Rundfunkgesetze (Fn 8) 298: Inhaltlicher Bezug zu Österreich zB durch Thema, mitwirkende Personen, Handlungsort. Da sich der Maßstab aus den Grundfreiheiten ergibt, ist es dafür unerheblich, ob die Programmentgeltrefundierung sich beihilfenrechtlich im bestehenden Rahmen hält (vgl Kommission K(2009)8113 endg zum Beihilfeverfahren E 2/2008, Rz 240-243, ferner zB *Kogler/Traimer/Truppe* Rundfunkgesetze (Fn 8) 287 f aus den Mat und 301).

Mindestumsatzgrenze) in dieser Weise heranzieht, insoweit nach dem Urteil UTECA unionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Wird nur ein öffentlich-rechtlicher Anbieter verpflichtet, so bleibt die Wirkung und Beurteilung aus Sicht der Grundfreiheiten dieselbe. Die Verhältnismäßigkeit der Regelung bzw der objektive Grund der Unterscheidung ist im öffentlich-rechtlichen Auftrag ausreichend begründet.<sup>31</sup>

Aus beihilfenrechtlicher Sicht würde es sich wohl um keine allgemeine Maßnahme mehr handeln; dieser Effekt würde noch verstärkt, wenn nicht auf den Umsatz oder dergleichen, sondern auf die Programmentgelte als Bemessungsgrundlage abgestellt wird.

Allerdings hat der EuGH auch festgehalten, dass diesfalls das Kontrollkriterium nicht erfüllt wäre: es wäre „nicht ersichtlich, dass etwa der betreffende Vorteil von der Kontrolle der öffentlichen Stellen über solche Fernsehveranstalter oder diesen von den genannten Stellen erteilten Anweisungen abhängt“. <sup>32</sup> Der ORF wäre so gesehen alleiniger Beihilfenempfänger, nicht aber die von ihm beauftragten Produzenten. Die Unabhängigkeit des ORF dürfte wohl hinreichen, dass die „öffentlichen Stellen“ keine Kontrolle bzw Anweisungsmacht über die vom ORF vergebenen Aufträge an unabhängige Produzenten iSd EuGH-Judikatur haben. Eine unüberwindbare Hürde wäre dies ebenfalls nicht: Die Unabhängigkeit der entsprechenden Auftragsvergabe wäre dann eben rundfunkrechtlich sicherzustellen.<sup>33</sup>

Es wäre daher jedenfalls möglich, alle Fernsehveranstalter auf Basis ihres Umsatzes oder einer ähnlichen Größe zu verpflichten. Eine Verpflichtung nur des ORF auf Basis der Programmentgelte bringt etwas Unsicherheit im Hinblick auf das Beihilfenrecht, dürfte aber ebenso möglich sein.

---

<sup>31</sup> Für die nähere Begründung können sinngemäß die verfassungsrechtlichen Ausführungen unter III. 3. b) herangezogen werden.

<sup>32</sup> EuGH 5.3.2009, Rs C 222/07, UTECA, Rz 46.

<sup>33</sup> Sollte es sich dennoch um eine Beihilfe handeln so wäre sie anzumelden und uU genehmigungsfähig; die Kriterien der Mitteilung Filmförderung passen allerdings kaum auf eine solcherart gewährte Beihilfe.



## 6. Prozentsatz und Auftragsgegenstände

Dem nationalen Gesetzgeber kommt in der konkreten Ausformung einer Quotenregelung großer Spielraum zu. Zentrale Regelungspunkte sind Auftragsgegenstände und die damit verbundenen Prozentsätze.

Der breiteste Ansatz wäre die Förderung europäischer audiovisueller Werke; weitere Ansätze wären: österreichspezifische audiovisuelle Werke, österreichspezifische Fernsehfilme, österreichspezifische audiovisuelle Werke oder österreichspezifische Fernsehfilme von unabhängigen Produzenten<sup>34</sup>, usw. Die Quoten können auch in unterschiedlicher Weise miteinander kombiniert werden, wobei allerdings auf mögliche unzulässige Effekte zu achten ist. So würde eine idente Quote von 20 % für europäische Werke und 20 % für österreichspezifische Werke dazu führen, dass letztere für beide Quoten zählen und damit wohl im Ergebnis eine unzulässige Benachteiligung europäischer Werke aus anderen EU-Staaten bewirken würde. Dementsprechend sind solche Quoten idR auch differenziert (im Fall UTECA: 5 % bzw 3% der Bemessungsgrundlage; in Frankreich idR 75 % der Quote für europäische Werke als sprachgebundener Anteil).

Für die Beihilfenqualität kommt es auf die Höhe der Quote nicht an.<sup>35</sup>

Aus Sicht der Grundfreiheiten muss die Maßnahme verhältnismäßig sein. Dafür kommt es auf das verfolgte Ziel und die dafür getroffenen Maßnahmen an. Da die Beurteilung große Spielräume eröffnet und sehr einzelfallbezogen erfolgt, können hier nur ungefähre Parameter genannt werden.

---

<sup>34</sup> § 11 ORF-G verwendet den Begriff „Hersteller... , die von Fernsehveranstaltern unabhängig sind.“ Für eine strikte Quotenregelung empfiehlt sich eine Legaldefinition des Begriffs. Die AVMD-Richtlinie überlässt die Definition den Mitgliedstaaten, nach ihrem Erwägungsgrund 71 sollen sie „insbesondere Kriterien wie das Eigentum an der Produktionsgesellschaft, den Umfang der demselben Fernsehveranstalter gelieferten Sendungen und das Eigentum an sekundären Rechten angemessen berücksichtigen“.

<sup>35</sup> Problematisch könnten nur Extremfälle sein, in denen zB das gesamte Aufkommen an Programmentgelt gleichsam nur durch einen öffentlich-rechtlichen Fernsehveranstalter durchgeschleust wird; diesfalls müsste aber noch die Kontrolle „öffentlicher Stellen“ über die Vergabe und das Fehlen einer marktgerechten Gegenleistung dazutreten. De minimis-Regeln könnten allenfalls nur in der Einzelbetrachtung eines begünstigten Produktionsunternehmens greifen.

Im Urteil UTECA hat der EuGH eine Quote von 5% bzw 3% für die „Vorfinanzierung“ nicht beanstandet. Art 17 der AVMD-Richtlinie (übernommen in § 11 Abs 2 ORF-G) nennt für einzelne Bereiche 10% der „Haushaltsmittel“ für unabhängige Produzenten. Die darüber hinausgehenden Quotensätze in Frankreich wurden bisher soweit ersichtlich nicht beanstandet.

Ob ein bestimmter Prozentsatz verhältnismäßig ist, lässt sich letztlich nur in einer Gesamtbetrachtung beurteilen, in die auch die Breite des Auftrags einzustellen ist. Bei möglichst breiter Fassung sollten alle audiovisuellen Werke einbezogen werden; die Einschränkung auf Filmproduktionen, auf unabhängige Produzenten, auf österreichspezifische Werke, ein zusätzlicher kultureller Bezug usw wäre entsprechend in die andere Richtung zu berücksichtigen.

Aus dem Urteil UTECA und Art 17 der AVMD-Richtlinie lässt sich wohl ableiten, dass Quoten für unabhängige Produzenten im Rahmen von 5 - 10 % von „Einkünften“, „Haushaltsmitteln“, Umsätzen udgl jedenfalls verhältnismäßig sind. Die im Urteil UTECA geprüfte Regelung bezog sich auf die Vorfinanzierung von Spiel- bzw Fernsehfilmen und war damit insoweit enger als die angedachte Quote für den ORF.<sup>36</sup>

Auf der breitesten Basis (alle Programminhalte von unabhängigen Produzenten) ist eine Überschreitung der 10%-Schwelle jedenfalls zulässig, da Art 17 AVMD-Richtlinie nur eine Untergrenze vorsieht; außerdem dürfte zumindest der ORF diese Schwelle nach eigenem Bekunden mit 32 % der Programmstunden leicht überwinden.<sup>37</sup>

Neben dem Prozentsatz ist natürlich auch die Bemessungsgrundlage zu beachten. Da sich der ORF zu ca 55% aus Programmengelten (ohne Refundierung) finanziert, entsprechen 20% der Programmengelte ca 11 % vom Umsatz.<sup>38</sup> Legt man ein Auftragsvolumen für die österreichischen unabhängigen Filmproduzenten von ca €

---

<sup>36</sup> Vgl oben I.: „Filmproduktionen aller Art (Spielfilme, Serien, Dokumentationen, Kurzreportagen, Koproduktionen usw)“.

<sup>37</sup> Vgl Fn 8.

<sup>38</sup> Eine genauere Umrechnung hat hier keinen Sinn, da der „Umsatz“ oder eine ähnliche Größe noch zu präzisieren wäre. So gehen zB die französischen Regelungen vom Umsatz exklusive USt aus.

75 bis 105 Millionen zu Grunde,<sup>39</sup> ergäbe sich dafür bezogen auf den (allerdings nicht zur Gänze maßgeblichen) Gesamtumsatz von ca € 1 Mrd<sup>40</sup> ein Anteil von 7,5 - 10,5 %.

Mit über 10% befindet man sich am oberen Ende des wohl als unproblematisch zu qualifizierenden Prozentsatzes. Allerdings lassen sich auch besondere Gründe für die Verhältnismäßigkeit eines höheren Prozentsatzes anführen, die etwa in der besonderen Bedeutung des ORF für das österreichspezifische Filmschaffen und in der generellen Sonderstellung des ORF in der österreichischen Medienlandschaft liegen können.<sup>41</sup> Diese Argumente überschneiden sich mit der verfassungsrechtlichen Betrachtung; insoweit kann sinngemäß auf die Ausführungen unter III.2. verwiesen werden.

## **7. Unionsrechtliches Zwischenergebnis**

Die vom EuGH im Urteil UTECA für unionsrechtskonform befundene spanische Rechtslage bietet einen Ausgangspunkt für eine unionsrechtskonforme Regelung, die die Fernsehveranstalter verpflichtet, bestimmte Anteile ihres Umsatzes oder einer ähnlichen Größe für die Produktion von audiovisuellen Werken bzw Filmen in einer in Österreich bestehenden Amts- bzw Volksgruppensprache an unabhängige Hersteller zu vergeben. Der Sprachbezug kann durch ein Kriterium des spezifischen Bezugs zu Österreich ersetzt werden, wobei offen ist, ob und wie stark dieses Kriterium sich auf einen weiteren Kulturbezug stützen muss – ein Bezug, der in der bestehenden Bestimmung des § 31 Abs 11 Z 2 lit c ORF-G übrigens fehlt.

---

<sup>39</sup> Vgl Fn 1 und 2.

<sup>40</sup> Der ORF weist für 2012 einen „Konzernumsatz“ von € 967 Millionen aus; [http://kundendienst.orf.at/unternehmen/zahlen/jahresabschluss2012\\_2.html](http://kundendienst.orf.at/unternehmen/zahlen/jahresabschluss2012_2.html) (11.9.2014).

<sup>41</sup> Die britischen Regelungen aus den 1980er Jahren sahen für die BBC, die damals wohl eine ähnlich dominante Stellung hatte wie heute der ORF in Österreich, eine Quote für unabhängige Produzenten von 25% der Programme vor; amerikanische Regelungen aus den 1970er Jahren für das Oligopol der drei „Networks“ ABC, CBS und NBC sogar 80%. Vgl *Castendyk/Keil/Wickleder*, Möglichkeiten rechtlicher Regulierung zugunsten der Film- und Fernsehproduzenten in Nordrhein-Westfalen (2005) Rz 10 ff bzw 106, <https://www.lfm-nrw.de/fileadmin/lfm-nrw/Pressemeldungen/medienrat-dok6.pdf> (11.9.2014).

Modifikationen dieses Regelungsmodells sind in unterschiedliche Richtungen möglich. Eine Verpflichtung nur des ORF auf Basis von zB 20 % der Programmentgelte erscheint grundsätzlich zulässig, wobei der Gegenstand der Aufträge sorgfältig zu definieren bleibt. Die Forderung der Auftragsvergabe an unabhängige Produzenten erscheint dabei unproblematisch. Wird der Gegenstand auf Filmproduktionen, durch das Erfordernis eines Österreichbezugs und allenfalls weitere Kriterien eingeschränkt, so kann man sich damit aber schon in einem problematischen Bereich befinden.<sup>42</sup>

### **III. Verfassungsrechtliche Fragen**

#### **1. Der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab**

Aus verfassungsrechtlicher Sicht wirft die hier zu diskutierende Regelung mehrere unterschiedliche, gleichwohl zusammenhängende, Fragen auf. Wird ein Fernsehveranstalter gesetzlich zur Verwendung eines bestimmten Anteils seiner Umsätze oder der ihm zufließenden Erträge für bestimmte Programmkategorien verpflichtet, greift das in seine Freiheit zur Programmgestaltung (Programmautonomie) ein, zugleich wird seine finanzielle Gestaltungsfreiheit (Finanzautonomie) eingeschränkt.

Diese Programm- und Finanzautonomie ist Rundfunkveranstaltern durch die Medienfreiheit (Art 10 EMRK) grundrechtlich gewährleistet, wobei dieses Grundrecht privaten Veranstaltern ebenso zukommt wie dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk.<sup>43</sup> Inhaltliche Eingriffe in die Gestaltung der Programme durch eine Behörde sind unzulässig, sofern sie nicht durch überwiegende öffentliche Interessen oder Rechte Dritter zwingend erforderlich sind. Aus Art 10 EMRK folgt, dass es „allein dem Fernsehveranstalter obliegt auszuwählen, welche Szenen er für interessant genug erachtet, um sie seinem Publikum zu präsentieren.“<sup>44</sup> Im Hinblick auf

---

<sup>42</sup> Vgl dazu auch die verfassungsrechtlichen Überlegungen, insbesondere III.2.c) und d) sowie III.3.a).

<sup>43</sup> Vgl allgemein zum Gewährleistungsgehalt der Medienfreiheit *Berka*, Verfassungsrecht<sup>5</sup> (2013) Rz 1459 ff; zur Medienfreiheit des ORF vgl zB VfSlg 12.086/1989, 16.911/2003 ua, zuletzt VfGH 14.3.2013, B 518/12.

<sup>44</sup> So VfSlg 18.018/2006.

Rundfunkunternehmen findet die freiheitsrechtlich gewährleistete Autonomie eine weitere Ausprägung und Konkretisierung durch die Unabhängigkeitsgarantie des Art I BVG-Rundfunk, nach dem der Gesetzgeber unter anderem die Unabhängigkeit der Personen und Organe, die mit Rundfunkaufgaben betraut sind, zu gewährleisten hat. Auch dieser Gewährleistungsauftrag bezieht sich auf alle Rundfunkveranstalter, wenngleich anerkannt ist, dass dem BVG-Rundfunk in der dualen Rundfunkordnung eine unterschiedliche Tragweite zukommen kann, je nachdem, ob es um die Veranstaltung von Rundfunk durch private Veranstalter oder öffentlich-rechtliche Anstalten geht.

Rundfunkunternehmen ist die Freiheit zur autonomen Gestaltung ihrer Finanzgebarung und ihres Programms auch als Ausfluss ihrer Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) garantiert. Weil sich die verfassungsrechtlichen Bedingungen für Eingriffe in diese unternehmerische Freiheit nicht wesentlich von denjenigen unterscheiden, die durch Art 10 EMRK vorgegeben sind, zudem die Medienfreiheit das sachnähere Grundrecht ist, wird auf Art 6 StGG im Folgenden nicht näher eingegangen.

Im Zentrum der nachfolgenden Erwägungen hat somit die Programm- und Finanzautonomie zu stehen, die Rundfunkunternehmen garantiert ist. Bei diesen beiden Ausprägungen der Medien- bzw Rundfunkfreiheit handelt es sich um die beiden Seiten derselben Medaille. Ob die Verpflichtung zur Vorhaltung eines bestimmten Programms mit einem wie immer definierten „Österreichbezug“ bzw von bestimmten Programmformen (zB Filmproduktionen) durch eine inhaltliche Quote oder eine auf Umsätze oder Einnahmen bezogene Quote definiert wird, macht im Hinblick auf die Autonomie eines Rundfunkunternehmens keinen Unterschied. Inhaltliche Programmvorgaben engen den finanziellen Gestaltungsspielraum ein, so wie umgekehrt jede finanzielle Quote die Freiheit zur eigenständigen Gestaltung des Programms einschränkt. Beide Aspekte können daher gemeinsam behandelt werden.

Im europarechtlichen Teil dieses Gutachtens werden unter dem Gesichtspunkt der Rechtfertigungsfähigkeit einer Quotenregelung Varianten einer solchen Regelung erwogen, die auch andere Veranstalter als nur den ORF erfasst. Daher soll auch die verfassungsrechtliche Beurteilung dieser Möglichkeit mit in die Prüfung einbezogen werden. Gesonderter Behandlung bedarf ferner der Gleichheitsgrundsatz, dies vor allem dann, wenn es um Differenzierungen zwischen verschiedenen

Rundfunkveranstaltern geht. Darüber hinaus ist der Gleichheitsgrundsatz in seiner Ausprägung als allgemeines Sachlichkeitsgebot zu beachten.

## **2. Zur Programm- und Finanzautonomie**

### **a) Inhaltsregulierung im Lichte der Medien- bzw Rundfunkfreiheit**

Bei direkten oder (über Finanzquoten) definierten Vorgaben für die Programmgestaltung handelt es um eine Form der inhaltsbezogenen Medienregulierung („Content Regulation“), der in einer freiheitlichen Kommunikationsordnung grundsätzlich enge Grenzen gesetzt sind und die im Hinblick auf die Medienfreiheit in besonderem Ausmaß rechtfertigungsbedürftig ist.<sup>45</sup> Dabei ist eine inhaltsbezogene Medienregulierung in ganz verschiedenen Erscheinungsformen denkbar, denen auch unterschiedliche Rechtfertigungen bzw Rechtfertigungsbedürfnisse zugrunde liegen können. So sind bestimmte Verbote, etwa für jugendgefährdende oder rassistische Inhalte, tatbestandlich eng begrenzte Eingriffe, die aus zwingenden Gemeinwohlinteressen im Rahmen des in einer demokratischen Gesellschaft Verhältnismäßigen gerechtfertigt werden können (Art 10 Abs 2 EMRK).<sup>46</sup> Mehr oder weniger eng gefasste Beschränkungen im Hinblick auf bestimmte audiovisuelle Inhalte oder Formen, wie sie sich zB in der „Negativliste“ für gewisse Online-Dienste (§ 4f Abs 2 ORF-G) finden, dürfen ferner dem ORF auferlegt werden, um den im Wettbewerb stehenden kommerziellen Rundfunkunternehmen notwendige Entfaltungsmöglichkeiten zu sichern.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Vgl nochmals VfSlg 18.018/2006; allgemein zu diesem Gesichtspunkt zB *Berka*, Freiheit und Verantwortung der elektronischen Massenmedien: Genese, aktueller Stand und künftige Entwicklung der rechtlichen Bewältigung eines Spannungsverhältnisses, in *Berka/Grabenwarter/Holoubek* (Hrsg), *Medienfreiheit versus Inhaltsregulierung* (2006) 1 (8); ders, „Content-Regulation“ im Lichte der Konvergenz, *JRP* 2000, 193 (198).

<sup>46</sup> Vgl zu diesen Erfordernissen einer inhaltsbezogenen Regulierung zB EGMR 26.4.1979, Nr 6538/74, *Sunday Times*; EGMR 25.3.1985, Nr 8734/79, *Barthold*; EGMR 21.7.2011, Nr 32.181/04, 35.122/05, *Sigma Radio Television Ltd*; weitere Nachweise zur Judikatur des EGMR bei *Grabenwarter*, *European Convention on Human Rights. Commentary* (2014) 279 ff.

<sup>47</sup> VfSlg 16.911, 17.006/2003; VfGH 27.6.2013, G 34/2013.

Verpflichtungen zur Vorhaltung eines bestimmten Programms oder einer gewissen Programmgestaltung liegen auf einer anderen Ebene. Zieht man vergleichsweise die Lage bei den Printmedien heran, zeigt sich, dass der Staat mit derartigen positiven Vorgaben sehr schnell die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen überschreiten würde, jedenfalls dann, wenn es sich nicht um sachlich begrenzte Aufträge handelt, wie etwa im Fall der im öffentlichen Interesse liegenden Pflichtveröffentlichungen (§ 46 MedienG).

Bei Rundfunkunternehmen kommt allerdings die verfassungsrechtliche Sonderrechtssituation zum Tragen, wie sie sich aus dem BVG-Rundfunk ergibt und wie sie auch im Rahmen des Art 10 EMRK im Prinzip anerkannt ist. Nach Art I Abs 3 BVG-Rundfunk ist die Veranstaltung von Rundfunk eine „öffentliche Aufgabe“, womit eine gesteigerte Gemeinwohlbindung von Rundfunk zum Ausdruck gebracht wird, die einen politischen, sozialen und kulturellen Auftrag umschließt. Zu Art 10 EMRK hat der Straßburger Gerichtshof wiederholt die besondere Rolle unterstrichen, die den audiovisuellen Medien im Allgemeinen und im Besonderen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Hinblick auf die ihnen zugeschriebene „Public Service“-Funktion zukommt.<sup>48</sup>

Der politische und kulturelle Auftrag, der dem Rundfunk verfassungsrechtlich zugeschrieben ist, kann daher auch Programmaufträge sachlich rechtfertigen, die anderen Massenmedien so nicht auferlegt werden dürften und die auch Formen einer „positiven“ Inhaltsregulierung annehmen. Daher durfte der Gesetzgeber beispielsweise auch den privaten, kommerziell ausgerichteten Fernsehveranstaltern eine Verpflichtung zur Objektivität und Meinungsvielfalt auferlegen, sie zur angemessenen Darstellung des öffentlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Lebens

---

<sup>48</sup> Seit EGMR 24.11.1993, Nr 13.914/88, Informationsverein Lentia; vgl ferner zB EGMR 30.3.2004, Nr 53.984/00, Radio France; EGMR 16.7.2009, Nr 20.436/02, Wojtas-Kaleta; EGMR 17.9.2009, Nr 13.936/02, Manole; weitere Nachweise bei *Berka/Tretter*, Public Service Media under Article 10 of the European Convention on Human Rights. Study on behalf of the European Broadcasting Union (2013) passim.

im Verbreitungsgebiet verpflichten und auf die Wahrung der anerkannten journalistischen Grundsätze bei der Berichterstattung festlegen (§ 41 AMD-G).<sup>49</sup>

Eine besondere Ausprägung und Verdichtung findet die verfassungsrechtlich vorgezeichnete öffentliche Aufgabe beim ORF. Sie umschließt eine umfassende Verantwortung für die Erfüllung der für demokratische Gesellschaften konstitutiven Kommunikationsbedürfnisse in politischer, sozialer und kultureller Hinsicht, wie sie etwa auch im Rundfunkprotokoll aus unionsrechtlicher Sicht angesprochen sind.<sup>50</sup> Ihr hat der Gesetzgeber durch die gesetzliche Umschreibung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung getragen, und zwar in inhaltlicher Hinsicht durch die Programmaufträge in den §§ 4 ff ORF-G, womit zugleich den entsprechenden europarechtlichen Verpflichtungen entsprochen wurde.

Angesichts dieser rundfunkverfassungsrechtlichen Ausgangslage steht fest, dass inhaltlichen Programmaufträgen, die auf eine stärkere Präsenz von Produktionen oder Filmwerken und dergleichen mit „Österreichbezug“ abzielen, jedenfalls im Prinzip keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstehen. Sie stellen sich als Konkretisierungen der dem Rundfunk obliegenden öffentlichen Aufgabe dar und sie formen die jedem Rundfunkunternehmen zugeschriebene Gemeinwohlverantwortung aus. Zwar ist die Verantwortung für die kulturelle Repräsentation der Gesellschaft, wie sie mit einer Stärkung von Produktionen mit „Österreichbezug“ angestrebt wird, anders als die Maximen der Objektivität und Pluralität im BVG-Rundfunk nicht explizit angesprochen (auch wenn sie in der verfassungsrechtlichen Forderung nach der Ausgewogenheit der Programme in Art I Abs 2 BVG-Rundfunk zumindest anklingt). Dass der öffentliche Auftrag aber, neben

---

<sup>49</sup> Zur Ableitung dieser Verpflichtungen aus dem BVG-Rundfunk sowie zum „abgemilderten Objektivitätsgebot“ bei privaten Veranstaltern und zu den auch sonst „abgeschwächten Anforderungen im Vergleich zum ORF“ vgl. *Kogler/Traimer/Truppe* (Fn 8) 523, 670 f; *Pöschl*, Meinungsvielfalt im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, in *Berka/Grabenwarter/Holoubek* (Hrsg), Meinungsvielfalt im Rundfunk und in den Online-Medien (2014) 47 (50); *Eberhard*, Meinungsvielfältige Angebote im privaten Sektor, ebenda, 77 (88 f) mit weiteren Nachweisen.

<sup>50</sup> Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten vom 2.10.1997, ABI 1997 C 340 idF des Vertrags von Lissabon.



seiner demokratiepolitischen Dimension, auch kulturstaatliche Elemente umschließt, stand immer außer Frage.<sup>51</sup>

So gesehen liegt der hier zu diskutierenden Regelung ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel zugrunde, das auch Beschränkungen der Programm- und Finanzautonomie der davon erfassten Rundfunkunternehmen jedenfalls im Grundsätzlichen zu rechtfertigen vermag. Als Eingriffe in die Medien- bzw Rundfunkfreiheit sind sie allerdings nur zulässig, wenn sie diese Freiheit nicht im Übermaß, das heißt, in unverhältnismäßiger Weise beschneiden. Denn auch die Konkretisierung der dem Rundfunk übertragenen öffentlichen Aufgabe unterliegt den Bedingungen, die sich aus Art 10 Abs 2 EMRK ergeben,<sup>52</sup> wobei schon angemerkt wurde, dass die Medien- und Rundfunkfreiheit auch die Autonomie der Programmgestaltung umfasst.

#### **b) Zur Konkretisierung der österreichspezifischen kulturstaatlichen Verantwortung des ORF**

Programmbezogene Verpflichtungen zur Wahrnehmung einer kulturstaatlichen Verantwortlichkeit, die einem Rundfunkunternehmen auferlegt werden, können in unterschiedlichen Formen und mit abgestufter Bindungswirkung formuliert sein. Es sind diese unterschiedlichen Ausgestaltungen, an denen sich entscheidet, mit welcher Intensität in die Autonomie eines Veranstalters eingegriffen wird und ob sich diese noch im Rahmen des Verhältnismäßigen bewegen.

Im geltenden Rundfunkrecht wird die Verpflichtung des ORF zur Pflege österreichischer kultureller Belange bzw zur Vermittlung von Inhalten, die über die Kulturpflege hinausgehend einen „Österreichbezug“ aufweisen, in der Form der eher allgemein gehaltenen Programmaufträge angesprochen, die den öffentlich-rechtlichen Kernauftrag (§ 4 Abs 1 ORF-G) ausmachen. So hat der ORF die

---

<sup>51</sup> Vgl dazu schon *Holoubek*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkmonopol (1990) 166 ff, der im Zusammenhang mit der gewährleisteten Aufgabe des Rundfunks sowohl die „demokratische wie kulturelle Funktionserfüllung“ anspricht; zur öffentlichen Aufgabe des BVG-Rundfunks vgl ferner *Mayer*, Der Rundfunk als „öffentliche Aufgabe“, in Berka/Grabenwarter/Holoubek (Hrsg), Public Value im Rundfunkrecht (2010) 51 (54).

<sup>52</sup> Grundlegend EGMR 24.11.1993, Nr 13.914/88, Informationsverein Lentia.

„österreichische Identität“ zu fördern (Z 3) sowie die österreichische künstlerische und kreative Produktion angemessen zu berücksichtigen und zu fördern (Z 6) und dabei auf die „kulturelle Eigenständigkeit Österreichs“ Bedacht zu nehmen (§ 4 Abs 4 ORF-G). Etwas konkreter ist die Verpflichtung zur Berücksichtigung der Anliegen der Volksgruppen formuliert, da hier die Ausstrahlung von Sendungen in den Volksgruppensprachen explizit angeordnet ist, deren Anteil förmlich im Angebotsschema festzulegen ist (§ 4 Abs 5a ORF-G).<sup>53</sup> Eine Besonderheit ist die im Zusammenhang mit der Refundierung des durch Befreiungen entfallenen Programmentgelts stehende Regelung des § 31 Abs 11 ORF-G, die eine konditionale Verknüpfung zwischen der Refundierung und einem „kontinuierlichen Ausbau“ österreichspezifischer Programme hergestellt hat. Auf diese Besonderheit wird noch zurückzukommen sein.

Abgesehen von § 31 Abs 11 ORF-G lässt sich die geltende Rechtslage somit folgendermaßen charakterisieren: Der kulturelle „Österreichbezug“ ist Teil des verpflichtend vorgegebenen öffentlich-rechtlichen Auftrags, er ist allerdings in den Gesamtauftrag eingebettet und im Rahmen eines differenzierten Gesamtprogramms (§ 4 Abs 2 ORF-G) zu erfüllen. Er ist somit mehrfach relativiert und bedingt, und zwar nicht nur durch Wendungen wie „angemessen“ oder Verpflichtungen zur (bloßen) „Bedachtnahme“, sondern in erster Linie dadurch, dass er nur eine Komponente eines vielfältigen Anliegen und Programmteile ansprechenden Gesamtauftrags ist, durch den der öffentlich-rechtliche Auftrag insgesamt erfüllt wird. Damit sind zwangsläufig Gewichtungen zwischen unterschiedlichen Programmelementen verbunden, die der ORF in eigener Verantwortung wahrzunehmen hat, wenn nur insgesamt jeder einzelne Programmauftrag in einer Weise repräsentiert wird, die als „angemessen“ angesehen werden kann. Die Programmautonomie des ORF ist somit zwar begrenzt, allerdings sind ihr weite Spielräume im Rahmen des eigenständig zu gestaltenden Gesamtprogramms eröffnet. In VfSlg 16.911/2003 ist der VfGH daher nicht unzutreffend von einer „finalen Determinierung“ des Programmauftrags ausgegangen, der sich aus der „Vielzahl von programmgestalterischen Zielen, die in einem differenzierten und ausgewogenen Gesamtprogramm der Sendungen des ORF ihren Ausdruck finden sollen“, ergibt. Durch die finale Steuerung wird der „dem

---

<sup>53</sup> Zur Tragweite dieser Bestimmung vgl VfSlg 19.619/2012.

ORF zukommende[n] Gestaltungsspielraum“ konstituiert, den der Gerichtshof als durch Art 10 EMRK gewährleistet ansieht. Dieser finalen Umschreibung des Programmauftrags wurde in VfSlg 16.911/2003 eine „konditionale[n] Bestimmung der Inhalte von Sendungen des ORF“ gegenübergestellt; diese hat der VfGH in dieser Entscheidung zwar nicht als überhaupt unzulässig qualifiziert, aber erkennen lassen, dass eine derartige Determinierung des Programmauftrags auf eine sehr viel intensivere Einschränkung der Programmgestaltungsfreiheit hinausläuft.

Es liegt auf der Hand, dass jede Quote diese Gestaltungsfreiheit wesentlich stärker einschränkt als dies bei einer „nur finalen“ Determinierung der Fall wäre. Die Intensität des Eingriffs in die Programmautonomie wird dabei durch ein Zusammenspiel der inhaltlichen Definition der Quote mit ihrer Höhe bestimmt.

### **c) Zur Zulässigkeit einer Quotenregelung „an sich“**

In inhaltlicher Hinsicht wirkt eine Quote umso beschränkender, je enger und konkreter sie definiert ist, dies wiederum im Hinblick auf Programminhalte sowie im Hinblick auf Programmkategorien. Spricht eine Quote beispielsweise ganz allgemein „Programm mit Österreichbezug“ an, könnte man von einer inhaltlich weiten Fassung ausgehen, die in ihrem Rahmen mehr oder weniger weitreichende Gestaltungsspielräume offen lässt. Wird die Quote mit bestimmten Programmkategorien und/oder mit bestimmten Produktionsformen verknüpft, engt sich der Spielraum ein. Ein Beispiel für eine solche Ausgestaltung liefert § 31 Abs 11 Z 2 lit c ORF-G, wenn dort „österreichspezifische Fernsehfilme, -serien und -dokumentationen“ angesprochen werden. Es sind auch noch engere Fassungen einer Quote denkbar, etwa wenn sie auf „Filmproduktionen mit Österreichbezug“ oder „Auftragsproduktionen von Filmen mit Österreichbezug“ abstellen würde. Dasselbe würde für eine auf bestimmte Produzenten oder Produktionsstandorte bezogene Quote gelten; diese Variante bleibt im Folgenden freilich außer Betracht, weil sie schon aus europarechtlichen Gründen wegen ihrer diskriminierenden Wirkung ausscheidet.<sup>54</sup>

Was die Höhe der Quote angeht, kann eine solche theoretisch jedes Maß annehmen, wobei natürlich auch dem jeweiligen Bezugspunkt (Umsatz,

---

<sup>54</sup> Vgl oben bei Fn 24.

Gesamteinnahmen, Programmengelt) wesentliche Bedeutung zukommt. In der laufenden Diskussion wird eine Quote von 20 % der Einnahmen des ORF aus dem Programmengelt angesprochen.

Beide Gesichtspunkte – die inhaltliche Definition einer Quote und ihre Höhe – wirken sich nach der Art eines beweglichen Systems aus: Sind die Inhalte eng und konkret definiert, führt bereits eine geringe Höhe zu einer relevanten Einschränkung der Programmgestaltungsfreiheit; eine hohe Quote führt zu demselben Ergebnis, auch wenn sie inhaltlich offener und weiter gefasst ist.

Legt man diesen Befund der verfassungsrechtlichen Beurteilung unter den Aspekten der Medien- und Rundfunkfreiheit zugrunde, zeigt sich: Der Gesetzgeber kann in verfassungsrechtlich unangreifbarer Weise den öffentlich-rechtlichen Auftrag mit Verpflichtungen zur Vorhaltung von Programmen mit Österreichbezug anreichern und diesen auch, über die gegenwärtige gesetzliche Ausgestaltung hinausgehend, präzisieren bzw konkretisieren. So gesehen ist auch eine Quotenregelung als prinzipiell zulässig anzusehen; das zeigt auch die (höchstgerichtlich allerdings noch nicht beurteilte) Entscheidung des BKS zur gesetzlich geforderten „ausgewogenen“ Ausgestaltung des Gesamtprogramms, wenn sie diesen unbestimmten Rechtsbegriff in einer Form konkretisiert, die in gewisser Weise auf eine, freilich erhebliche Bandbreiten umschließende „Quotenberechnung“ hinausläuft.<sup>55</sup> Entscheidend ist ihre Ausgestaltung im Sinne der dargelegten Faktoren, die wiederum maßgeblich dafür ist, ob sie noch als verhältnismäßig angesehen werden kann. Dies führt zu den folgenden Erwägungen und Bewertungen.

#### **d) Die rechtspolitische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und seine Grenzen im Hinblick auf Quotenregelungen**

Ob sich eine Quotenregelung unter Zugrundelegung der vorstehend behandelten Gesichtspunkte im Rahmen des Verhältnismäßigen (Art 10 Abs 2 EMRK) hält, ist eine Beurteilung, die einerseits die rechtspolitische Gestaltungsfreiheit des Rundfunkgesetzgebers und andererseits die diesem aus verfassungsrechtlicher Sicht gesetzten Grenzen zu beachten hat.

---

<sup>55</sup> Vgl BKS 18.4.2013, 611.941/0004-BKS/2013.

Dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Rundfunkordnung in ihrer Gesamtheit, insbesondere bei der Konkretisierung der Anforderungen des BVG-Rundfunk, aber ebenso bei der Regelung der einzelnen Institutionen des Rundfunksystems, weit zu bemessende Gestaltungsspielräume hat, steht fest. Sind seine Regelungen nur insgesamt als sachlich anzusehen und wahren sie im Hinblick auf die Medien- und Rundfunkfreiheit die Grenzen des Verhältnismäßigen, kann dem Gesetzgeber daher nicht entgegengetreten werden, wenn er gestützt auf ein legitimes Ziel relativ strikte und verbindliche Vorgaben für die Programmgestaltung macht, indem er einen bestimmten Programminhalt vorgibt.

Quotenregelungen für einzelne Programminhalte haben zur Konsequenz, dass sie Gestaltungsspielräume im Hinblick auf andere Programmkomponenten einengen. Dies würde dann eine rechtlich relevante Grenze überschreiten, wenn der Gesamtauftrag und/oder einzelne andere Programmaufträge nicht mehr sachgerecht wahrgenommen werden könnten, die einer Rundfunkanstalt auferlegt sind. Auf der Ebene des Verfassungsrechts spricht das BVG-Rundfunk die Gewährleistung eines ausgewogenen Programms an (Art I Abs 2 BVG-Rundfunk). Diesem Auftrag kommt das ORF-G in prinzipiell sachgerechter Weise nach, wenn es für den ORF die Verpflichtung normiert, ein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle anzubieten, das sich an der Vielfalt der Interessen aller Hörer und Seher zu orientieren und sie ausgewogen zu berücksichtigen hat (§ 4 Abs 2 ORF-G); diesen Auftrag hatte auch der VfGH im Auge, wenn er in VfSlg 16.911/2003 von einem „allgemeinen System des § 4 ORF-G“ gesprochen hat. Berücksichtigt man diesen übergeordneten Programmauftrag, der eine verfassungsrechtliche Gewährleistungspflicht in sachgerechter Weise umsetzt, muss dies zur Konsequenz haben, dass eine konkrete Quotenregelung dann eine verfassungsrechtliche Grenze überschreitet, wenn sie die nachhaltige Erfüllung dieses Gesamtauftrags durchkreuzt oder in unangemessener Weise erschwert. Eine solche Quotenregelung wäre, anders formuliert, eine systemwidrige Durchbrechung eines vom Gesetzgeber geschaffenen Ordnungssystems, mithin zugleich ein Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Zur Durchbrechung eines durch bestimmte Ordnungsgesichtspunkte charakterisierten Regelungssystems als Indiz für eine gleichheitsrechtlich relevante Unsachlichkeit vgl im Allgemeinen

Ob der hier zu diskutierende Vorschlag diese Grenze überschreitet, ist nicht einfach zu beurteilen, weil jede Antwort stark wertungsabhängig ist. Versucht man verallgemeinerungsfähige Gesichtspunkte zu entwickeln, können die folgenden Erwägungen eine Rolle spielen.

Ist eine Quotenregelung entsprechend „weich“ formuliert, etwa durch ihre Relativierung in der Form, dass ein bestimmtes Quotenziel „mit angemessenen Mitteln“ und/oder „im Rahmen des Möglichen“ zu erreichen ist, eröffnet das Gestaltungsspielräume und bleibt die angesprochene Grenze gewahrt. Das gilt etwa für die bereits im geltenden ORF-G in Durchführung einer unionsrechtlichen Verpflichtung verankerte Quote für Sendungen von europäischen Werken (§ 11 Abs 2 ORF-G).<sup>57</sup>

Ein weiterer Wertungsgesichtspunkt kann der Umstand sein, ob eine bestimmte Quote in etwa die Art und Weise aufnimmt, in der bereits bisher der publizistische Gesamtauftrag in Rahmen der öffentlich-rechtlichen Aufgabe des ORF wahrgenommen wurde. Denn unterstellt man eine sachgerechte Erfüllung dieses Auftrags jedenfalls in einer Beobachtungsperiode, die einen nicht eng zu bemessenden Zeitraum umfasst, kann eine Quote nicht sachwidrig sein, die diesen Umstand gleichsam „festschreibt“.<sup>58</sup> So gesehen wäre eine Quote für Programme mit Österreichbezug nicht sachwidrig, die sich in etwa im Umfang der bisherigen Programme bzw Produktionen hält, die in die entsprechend definierte Kategorie fallen. Dass der Gesetzgeber gewisse Anpassungen vornimmt, wäre bei dieser Sichtweise nicht ausgeschlossen, wenn sie sich in einem vertretbaren Rahmen halten.

Das liefe auf eine Art von Bestandsschutz für Programme mit „Österreichbezug“ hinaus. Auch eine solche Regelung engt den Programmspielraum ein, wenn man

---

*Berka*, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, Art 7 B-VG, Rz 60; konkret zur möglichen Unsachlichkeit einer Durchbrechung des durch § 4 ORF geschaffenen „allgemeinen Systems“ VfSlg 16.911/2003.

<sup>57</sup> Vgl dazu oben bei Fn 4.

<sup>58</sup> Zur Notwendigkeit einer „längerfristigen Durchschnittsbetrachtung“ im Zusammenhang mit der Erfüllung des Programmauftrags, die wiederum eine Bedingung der gewährleisteten Programmgestaltungsfreiheit ist, vgl wiederum VfSlg 16.911/2003.

etwa an die Setzung von aktuell bedingten inhaltlichen Schwerpunkten denkt. Dem ließe sich begegnen, wenn eine Quote einen entsprechenden Ausgleich etwa durch einen mehrjährigen Beobachtungszeitraum erlaubt.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob kurzfristige Erhöhungen des quotenmäßig zu sichernden Programmanteils in der Vergangenheit mit in die Bewertung einzubeziehen sind. Das betrifft konkret die Steigerung des Anteils „österreichspezifischer Fernsehfilme, -serien und –dokumentationen“ im Rahmen der in den Jahren 2010 bis 2013 erfolgten Gebührenrefundierung. Da die Erhöhung konditional mit dem Zufluss außerordentlicher Finanzmittel verknüpft war und sich nicht abzeichnet, dass diese Form der Zusatzfinanzierung eine Fortsetzung findet, wird man sie wohl nicht in die Berechnung einbeziehen können.

#### **e) Verfassungsrechtliches Zwischenergebnis**

Damit zeichnet sich ein Zwischenergebnis ab. Eine Quote für Programme mit „Österreichrelevanz“ engt die verfassungsrechtlich gewährleistete Programm- und Finanzautonomie des ORF ein, sie kann aber als Konkretisierung der öffentlichen Aufgabe und des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF gerechtfertigt werden. Dies freilich unter der Voraussetzung, dass ihre konkrete Ausgestaltung, wie sie sich insbesondere aus der Festlegung auf bestimmte Programminhalte bzw –kategorien in Verbindung mit ihrer Höhe ergibt, nicht zu einer unverhältnismäßigen, sachlich nicht mehr vertretbaren Einschränkung der grundsätzlich final determinierten programmlichen Gestaltungsfreiheit und der damit untrennbar verbundenen Finanzierungsspielräume führt, vor allem im Hinblick auf die Erfüllung des dem ORF übertragenen Gesamtauftrags.

Abgesehen von einer jedenfalls unproblematischen „weichen“ Ausgestaltung der Quote etwa nach dem Vorbild des § 11 Abs 2 ORF-G hängt dieses Urteil letztlich von der Höhe der verpflichtend vorgegebenen Quote ab, wenn – wie zu unterstellen ist – der durch die Quote definierte Auftrag relativ konkret festgelegt wird. Als unbedenklich kann eine Quote eingestuft werden, die sich in etwa in der Höhe des Anteils bewegt, der bei einer längerfristigen Betrachtung auf diesen Programmanteil im Rahmen des Gesamtprogramms entfallen ist. Eine mäßige Modifikation in Form von Abweichungen nach unten, aber auch nach oben, wird man dem Gesetzgeber im Rahmen seiner rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit zugesehen müssen; bewegt

sich diese im Bereich einzelner Prozentpunkte, wird sie die Erfüllung des komplexen Gesamtauftrags und der damit verbundenen Programmgestaltungsfreiheit nicht wirklich beeinträchtigen können.

Ausgehend von dieser Feststellung und unter Berücksichtigung eines gewissen Spielraums, der dem Gesetzgeber offen steht, ist die Bestimmung der Grenze, ab der eine Quote als unverhältnismäßig und unsachlich zu qualifizieren wäre, eine Wertungsfrage. Möglicherweise lässt sich eine Obergrenze ziehen. Sie wäre dort anzusetzen, wo durch sie die Erfüllung anderer, vom öffentlich-rechtlichen Kernauftrag erfasster Aufträge, die in ihrer Summe das ausgewogene Programm im Sinne des BVG-Rundfunks bilden sollen, nachhaltig durchkreuzt oder wesentlich erschwert würde. Feststellungen dazu könnten nicht anders als nach sachverständiger Beurteilung getroffen werden.

Für eine zwischen diesen beiden Richtwerten liegende Quote lässt sich die Verhältnismäßigkeit mit rechtswissenschaftlichen Mitteln nicht bestimmen; sie ist letztlich eine Wertungsfrage. Einzelne allgemeine Gesichtspunkte lassen sich trotzdem aufzeigen.

Im Hinblick auf die hier zu beurteilende 20 %-Quote fällt zunächst ins Gewicht, dass sie doch auf eine deutliche Ausweitung der für Produktionen mit „Österreichbezug“ aufzuwendenden Mittel hinauszulaufen scheint.<sup>59</sup> Auch im Vergleich mit anderen, oben angesprochenen Regelungen anderer europäischer Staaten wäre eine Quote in dieser Höhe auffällig, wobei allerdings die verglichenen Quoten sehr unterschiedliche Bezugspunkte bzw Verwendungszwecke aufweisen. Das muss nicht bedeuten, dass der Gesetzgeber den ihm offen stehenden politischen Gestaltungsspielraum zwangsläufig überschreitet, doch bewegt er sich damit immerhin in einem nicht unproblematischen Bereich. Jede weitere, über einen „Österreichbezug“ hinausgehende inhaltliche Bezugnahme, wie eine Quote auf bestimmte Programmformen (zB Fernsehfilme) oder Produktionsformen (zB Auftragsproduktionen), verstärkt die Problematik im Hinblick auf die Programmgestaltungsfreiheit. Das läuft darauf hinaus, dass eine weitere Fassung des „Österreichbezugs“ in einer Quotenregelung eher verhältnismäßig erscheint, weil

---

<sup>59</sup> Vgl oben bei Abschnitt I.



sie mehr Spielräume eröffnet, denen im Rahmen des ausgewogenen Gesamtprogramms durch eigenverantwortliche Entscheidungen der Organe des ORF nachgekommen werden kann, als wenn sie eng gefasst ist.

Ob eine Quotenregelung als verhältnismäßig und sachlich einzustufen ist, kann auch von weiteren Einzelheiten ihrer Ausgestaltung abhängen. So wäre es etwa vorstellbar, die Verpflichtung zur Erreichung einer bestimmten Quote zeitlich zu staffeln, um eine schrittweise Anpassung zu ermöglichen, was größere Spielräume im Hinblick auf die Programmautonomie eröffnet. Vorstellbar wäre auch, durch eine Änderung der Bezugsgröße – etwa in Orientierung an einem Bruttoumsatz - und eine damit zwangsläufig veränderte Verhältniszahl eine an die oben zitierte Judikatur des EuGH stärker angelehnte Quotenpraxis anzuzielen.

Darüber hinausgehende, eindeutige Aussagen über die Verhältnismäßigkeit oder Unverhältnismäßigkeit einer bestimmten Quotenhöhe lassen sich mit rechtswissenschaftlicher Evidenz nicht treffen. Damit trifft sich der verfassungsrechtliche Befund im Grunde mit den Ergebnissen der unionsrechtlichen Prüfung.

### **3. Ergänzende gleichheitsrechtliche Erwägungen**

#### **a) Sachlichkeit einer Quotenregelung „an sich“**

Die Erwägungen zur Programmgestaltungsfreiheit des ORF haben gezeigt, dass diese aus der Medien- und Rundfunkfreiheit (Art 10 EMRK) abzuleitende Garantie eng mit Gesichtspunkten der gleichheitsrechtlichen Sachlichkeit verbunden ist, dies insbesondere im Hinblick auf Abweichungen von der Systematik einer im Wesentlichen final determinierten Gestaltungsfreiheit im Hinblick auf ein ausgewogenes Rundfunkprogramm. Im Folgenden ist noch auf weitere gleichheitsrechtliche Aspekte einzugehen.

#### **b) Inpflichtnahme nur des ORF?**

Eine nur den ORF betreffende Quotenregelung differenziert zwischen der öffentlich-rechtlichen Anstalt und anderen, also den privaten Fernsehveranstaltern. Eine solche Unterscheidung muss sachlich gerechtfertigt sein. Wie bereits dargelegt, geht das BVG-Rundfunk davon aus, dass Rundfunk insgesamt eine „öffentliche Aufgabe“ ist (Art I Abs 3 BVG-Rundfunk); in der Interpretation dieser Bestimmung vor dem

Hintergrund der dualen Rundfunkordnung hat sich allerdings die Auffassung durchgesetzt, dass der Rundfunkgesetzgeber bei der Konkretisierung der auf den Rundfunk in seiner Gesamtheit bezogenen Gewährleistungsaufträge des BVG-Rundfunks zwischen dem ORF und privaten Veranstaltern differenzieren darf.<sup>60</sup> Das gilt im Besonderen für den Programmauftrag, weil dem ORF die Wahrung des mit dem Medium Rundfunk verbundenen demokratiepolitischen und kulturellen Funktionsauftrags einschließlich der Repräsentation der österreichischen Kultur und Identität in besonderer Weise aufgetragen werden darf und aufgetragen ist.

So gesehen könnte dem Gesetzgeber unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten nicht entgegengetreten werden, wenn er eine Quote – im Rahmen der vorstehend angesprochenen Grenzen der Verhältnismäßigkeit und Sachlichkeit – nur dem ORF auferlegt.

### **c) Inpflichtnahme auch privater Fernsehveranstalter?**

Rechtsvergleichend betrachtet gibt es Beispiele, die bestimmte der Erfüllung eines Sprach- oder Kulturauftrags dienende Quoten ganz generell allen Fernsehveranstaltern eines Landes, mithin auch privaten, auferlegen. Eine solche allgemeine Regelung kann auch aus unionsrechtlicher Sicht bestimmte Vorteile bieten, weil sie als eine „allgemeine Verpflichtung“ im Sinne des oben behandelten Urteils UTECA anzusehen ist.<sup>61</sup> Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist es wiederum der Gleichheitssatz, an dem eine solche Regelung zu messen wäre.

Das BVG-Rundfunk stünde einer solchen Konkretisierung der öffentlichen Aufgabe des Rundfunks nicht entgegen; in Verbindung mit dem Gleichheitssatz müssten allerdings die sachlich gegebenen Unterschiede zwischen dem ORF und privaten Veranstaltern beachtet werden. Das gilt vor allem im Hinblick auf die unterschiedlichen Finanzierungssysteme und die sonstigen Vorteile, die der Gesetzgeber dem ORF gerade im Hinblick auf den der Anstalt übertragenen öffentlich-rechtlichen Auftrag einräumt. Eine Inpflichtnahme privater Fernsehveranstalter mit dem Ziel einer verstärkten Berücksichtigung von Programmen mit „Österreichbezug“ lässt sich somit verfassungsrechtlich durchaus

---

<sup>60</sup> Vgl die Nachweise oben Fn 49.

<sup>61</sup> Vgl oben bei Fn 19.

rechtfertigen. Eine Verpflichtung in Form einer Quotenregelung würde allerdings auf die Auferlegung eines Auftrags hinauslaufen, die einem „öffentlich-rechtlichen Auftrag“ zumindest teilweise gleichkommt. Je konkreter daher eine solche Inpflichtnahme wäre, umso mehr wäre der Gesetzgeber gehalten, auch für eine entsprechende Finanzierung eines solchen Auftrags zu sorgen, wenn sich dieser aus den den privaten Veranstaltern offen stehenden Finanzierungsquellen so nicht finanzieren lässt.

#### **IV. Zusammenfassung**

1. Nach dem Urteil UTECA des EuGH sind Regelungen unionsrechtskonform, die die Fernsehveranstalter verpflichten, im Rahmen der Verhältnismäßigkeit Anteile ihres Umsatzes für die Produktion von audiovisuellen Werken bzw. Filmen in einer in Österreich bestehenden Amts- bzw. Volksgruppensprache an unabhängige Hersteller zu vergeben. Diese Unbedenklichkeit bezieht sich sowohl auf die AVMD-Richtlinie, das Beihilfenrecht als auch die Grundfreiheiten.

2. In der Festlegung des Prozentsatzes, des begünstigten Gegenstandes und der Bezugspunkte der Quote kommt dem nationalen Gesetzgeber ein relativ großer Spielraum zu. Auch kann der Sprachbezug durch ein Kriterium des spezifischen Bezugs zu Österreich bzw. zur österreichischen Kultur ersetzt bzw. ergänzt werden.

3. Weitere Modifikationen des in UTECA geprüften Regelungsmodells sind in unterschiedliche Richtungen möglich. Eine Verpflichtung nur des ORF auf Basis eines Prozentsatzes der Programmgebühren erscheint unionsrechtlich grundsätzlich zulässig, wobei der Gegenstand der Aufträge sorgfältig zu definieren bleibt. Die Regelung muss aus Sicht der Grundfreiheiten verhältnismäßig sein. Die Forderung einer Auftragsvergabe an unabhängige Produzenten schlechthin erscheint dabei im angedachten Umfang unproblematisch.

4. In verfassungsrechtlicher Hinsicht wirft eine Quotenregelung in erster Linie Fragen im Hinblick auf die Rundfunkunternehmen unter Einschluss des ORF grundrechtlich (Art 10 EMRK) und durch das BVG-Rundfunk gewährleistete Programm- und Finanzautonomie auf. Weil diese garantierte Gestaltungsfreiheit durch eine Quote nicht mehr nur final determiniert, sondern mehr oder weniger konditional

eingeschränkt wird, ist sie auf eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung angewiesen.

5. Im Lichte der dem Rundfunk zugeschriebenen öffentlichen Aufgabe und ihrer Konkretisierung in der Form des dem ORF übertragenen öffentlich-rechtlichen Auftrags stehen inhaltlichen Programmaufträgen, die auf eine stärkere Präsenz von Produktion oder Filmwerken und dergleichen mit „Österreichbezug“ abzielen, keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen. Das gilt auch für eine Quotenregelung und die mit ihr zwangsläufig verbundene Einschränkung der Programmgestaltungsfreiheit, wenn sie diese im Rahmen des Verhältnismäßigen hält und sachlich gerechtfertigt werden kann. Ob diese der rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gesetzten Grenzen gewahrt sind, hängt in erster Linie von der näheren Ausgestaltung einer Quote ab, hier wiederum vom Zusammenspiel der von ihr angesprochenen Programmkategorien bzw Produktionsformen und ihrer Höhe.

6. Das Gutachten diskutiert die aus verfassungsrechtlicher Perspektive erfassbaren Gesichtspunkte für diese Bewertung und zeigt gewisse Grenzen auf. Sie wäre jedenfalls dann überschritten, wenn eine konkrete Quotenregelung die nachhaltige Erfüllung des dem ORF verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich übertragene Verpflichtung zur Erfüllung eines ausgewogenen, differenzierten Gesamtprogramms konterkariert oder in unangemessener Weise erschwert würde. Als unbedenklich kann eine Quote eingestuft werden, die sich in etwa an jenem Investitionsvolumen orientiert, das bei einer längerfristigen Betrachtung auf den von der Quote erfassten Programmanteil im Rahmen des Gesamtauftrags entfallen ist. Eine mäßige Modifikation in Form von Abweichungen nach unten, aber auch nach oben, steht dem Gesetzgeber im Rahmen seiner rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit zu.

7. Eine weitere Präzisierung dieser Grenze über diese notwendig wertungsabhängigen Feststellungen lässt sich mit rechtswissenschaftlicher Evidenz nicht treffen.

8. In gleichheitsrechtlicher Hinsicht lässt sich eine nur dem ORF auferlegte Quote wegen des der Anstalt übertragenen öffentlich-rechtlichen Auftrags, der eine kulturstaatliche Verpflichtung umschließt, rechtfertigen. Denkbar wäre allerdings auch eine Inpflichtnahme aller Fernsehveranstalter, wenngleich der Gesetzgeber in

diesem Fall für einen entsprechenden Ausgleich zu sorgen hätte, wenn er privaten Veranstaltern einen derartigen besonderen Auftrag überträgt.

OUnivProf Dr Walter Berka

AoUnivProf Dr Roland Winkler