

## Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus dem Vorsitzenden-Stellvertreter Dr. Florian Philapitsch, LL.M. als Senatsvorsitzenden sowie den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, über die Beschwerde der

1. A,
2. B,
3. C,
4. D,
5. E,
6. F,
7. G,
8. H,
9. I,
10. J,
11. K,
12. L und der
13. M,

alle vertreten durch den Verband Österreichischer Privatsender, gegen den Österreichischen Rundfunk wegen Verletzung des ORF-Gesetzes wie folgt entschieden

### I. Spruch

1. Es wird gemäß §§ 35, 36 Abs. 1 Z 1 lit. c iVm § 37 Abs. 1 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 15/2012, festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) vom 01.01.2010 bis zum 31.12.2010 sowie vom 01.01.2011 bis zum 31.08.2011 kein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle angeboten hat, weil kein angemessenes Verhältnis der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander bestanden hat.

**K o m m A u s t r i a**  
**BEI DER RUNDFUNK UND TELEKOM**  
**REGULIERUNGS - G M B H**

A-1060 Wien, Mariahilfer Straße 77-79  
Tel: +43 (0) 1 58058 - 0  
Fax: +43 (0) 1 58058 - 9191  
<http://www.rtr.at>  
e-mail: [rtr@rtr.at](mailto:rtr@rtr.at)  
FN: 208312t HG Wien  
DVR-Nr.: 0956732 Austria

Dadurch hat der ORF § 4 Abs. 2 ORF-G vom 01.01.2010 bis zum 30.09.2010 idF BGBl. I Nr. 102/2007 und vom 01.10.2010 bis zum 31.08.2011 idF BGBl. I Nr. 50/2010 verletzt.

2. Es wird gemäß §§ 35, 36 Abs. 1 Z 1 lit. c iVm § 37 Abs. 1 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 15/2012, festgestellt, dass der ORF vom 01.01.2010 bis zum 31.12.2010 sowie vom 01.01.2011 bis zum 31.08.2011 keine zwei Vollprogramme mit den Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport veranstaltet hat. Dadurch hat der ORF §§ 3 Abs. 1 Z 2 iVm 4 Abs. 2 ORF-G vom 01.01.2010 bis zum 30.09.2010 idF BGBl. I Nr. 102/2007 und vom 01.10.2010 bis zum 31.08.2011 idF BGBl. I Nr. 50/2010 verletzt.
3. Die Beschwerde wird, soweit die Verletzung der Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks in Inhalt und Auftritt im Wettbewerb mit den kommerziellen Sendern behauptet wird, gemäß §§ 35, 36 Abs. 1 Z 1 lit. c iVm § 37 Abs. 1 ORF-G iVm § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G in Bezug auf den Zeitraum 01.01.2010 bis 30.09.2010 idF BGBl. I Nr. 102/2007 und in Bezug auf den Zeitraum 01.10.2010 bis 31.08.2011 idF BGBl. I Nr. 50/2010 abgewiesen.
4. Im Übrigen wird die Beschwerde, soweit sie von der D eingebracht wurde, gemäß §§ 35, 36 Abs. 1 Z 1 lit. c iVm § 4 Abs. 2 und 3 dritter Satz sowie §§ 3 Abs. 1 Z 2 iVm 4 Abs. 2 ORF-G als unzulässig zurückgewiesen.
5. Im Übrigen wird die Beschwerde, soweit sie von der I eingebracht wurde und sich auf den Zeitraum 07.09.2010 bis 31.12.2010 bezieht, gemäß §§ 35, 36 Abs. 3 iVm § 4 Abs. 2 und 3 dritter Satz sowie §§ 3 Abs. 1 Z 2 iVm 4 Abs. 2 ORF-G als unzulässig zurückgewiesen.
- 6.1 Dem ORF wird gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G aufgetragen, die Spruchpunkte 1. und 2. innerhalb von sechs Wochen ab Zustellung dieser Entscheidung jeweils an zwei aufeinanderfolgenden Werktagen in den Fernsehprogrammen ORF eins und ORF SPORT+ unmittelbar vor Beginn des Hauptabendprogramms und im Fernsehprogramm ORF 2 unmittelbar vor Beginn der Zeit im Bild in folgender Weise durch Verlesung zu veröffentlichen:

„Die KommAustria hat aufgrund einer Beschwerde mehrerer Mitbewerber Folgendes festgestellt: Der Österreichische Rundfunk hat vom 01.01.2010 bis zum 31.08.2011 kein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle angeboten, weil kein angemessenes Verhältnis der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander bestanden hat. Zudem hat der Österreichische Rundfunk in diesem Zeitraum keine zwei Vollprogramme mit den Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport veranstaltet. Dadurch wurde das ORF-Gesetz im Hinblick auf den öffentlich-rechtlichen Auftrag verletzt.“

- 6.2. Der KommAustria sind gemäß § 36 Abs. 4 ORF G unverzüglich Aufzeichnungen dieser Veröffentlichungen zum Nachweis der Erfüllung des Auftrags zur Veröffentlichung vorzulegen.

## II. Begründung

### 1 Gang des Verfahrens

#### 1.1 Beschwerde

Mit Schreiben vom 29.09.2011, bei der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) am 30.09.2011 eingelangt, ergänzt mit der Mängelbehebung vom 12.10.2011 sowie mit den am 17.10.2011 übermittelten weiteren Unterlagen erhoben die A bis M, alle vertreten durch den Verband Österreichischer Privatsender, (in der Folge: Beschwerdeführer) Beschwerde gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G gegen den Österreichischen Rundfunk (in der Folge: Beschwerdegegner) betreffend die Nichterfüllung der Voraussetzungen gemäß §§ 3 Abs. 1 Z 2 iVm 4 Abs. 2 sowie § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G vom 01.01.2010 bis zum 31.08.2011.

##### 1.1.1 Zur Beschwerdelegitimation

Die beschwerdeführende A, B, E bis H und J bis M brachten zu ihrer Beschwerdelegitimation im Wesentlichen vor, dass sie als Fernsehveranstalterinnen tätig seien und sich der Beschwerdegegner durch die Ausstrahlung eines unangemessen hohen Anteils an massenattraktivem Programm einen wettbewerbsrelevanten Vorteil sowohl auf dem Zuschauer- als auch auf dem Werbemarkt verschaffe. Die Beschwerdeführerinnen würden dadurch in ihren rechtlichen sowie wirtschaftlichen Interessen verletzt.

Die beschwerdeführende C brachte zu ihrer Beschwerdelegitimation im Wesentlichen vor, dass sie als Vermarkterin von Werbezeiten privater Rundfunkveranstalter mit dem Beschwerdegegner zumindest indirekt im Wettbewerb stehe. Durch den überproportional hohen Anteil an massenattraktiven Sendungen im Programm des Beschwerdegegners verschaffe sich dieser unter anderem auch auf dem Werbemarkt einen Vorteil. Dies führe zu einer Verletzung der C in ihren rechtlichen sowie wirtschaftlichen Interessen.

Die beschwerdeführende I führte zu ihrer Beschwerdelegitimation aus, dass sie aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 07.09.2010, KOA 4.429/10-004, über eine Zulassung zur Veranstaltung eines digitalen Fernsehprogramms verfüge, weshalb sich ihre Beschwerde lediglich auf den Zeitraum 07.09.2010 bis 31.08.2011 beziehe. Aufgrund ihrer Tätigkeit als Fernsehveranstalterin stehe sie ebenfalls mit dem Beschwerdegegner auf dem Zuschauer- und Werbemarkt im Wettbewerb. Der Beschwerdegegner verschaffe sich durch die Verletzung des ORF-G einen Vorteil, der zur Verletzung der Beschwerdeführerin in ihren rechtlichen sowie wirtschaftlichen Interessen führe.

Hinsichtlich der beschwerdeführenden D wurde in der Mängelbehebung vorgebracht, dass die Beschwerdeführerin in der Beschwerde hinsichtlich ihrer Firma und ihrer Firmenbuchnummer irrtümlich falsch bezeichnet worden sei. Beschwerdeführende Partei sei richtigerweise die Z, die über eine Zulassung zur Veranstaltung eines Fernsehprogramms verfüge und mit dem Beschwerdegegner sowohl auf dem Zuschauer- als auch auf dem Werbemarkt im Wettbewerb stehe.

##### 1.1.2 Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde

Im Hinblick auf die Rechtzeitigkeit der Beschwerde führten die Beschwerdeführer aus, dass bei Beschwerden, die einen längeren Zeitraum inkriminieren würden, hinsichtlich der Fristberechnung gemäß § 36 Abs. 3 ORF-G vom letzten Tag des von der Beschwerde erfassten Zeitraums auszugehen sei. Dies insbesondere deshalb, weil in jenen Fällen, in denen dem Beschwerdegegner ein gestalterischer Spielraum verbleibe, von der Notwendig-

keit eines den Beschwerdezeitraum des § 36 Abs. 3 ORF-G übersteigenden längeren Beobachtungszeitraums auszugehen sei. Nach Auffassung der Beschwerdeführer habe die behauptete Verletzung des ORF-G im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung noch andauert. Die Änderung des § 4 Abs. 2 ORF-G sei am 01.10.2010 in Kraft getreten, weshalb insbesondere der Zeitraum seit dieser Gesetzesänderung für die Beurteilung der Beschwerde relevant sei. Da die Programmgestaltung des Beschwerdegegners in unveränderter Form über den Jahreswechsel 2010/2011 hinaus fortgesetzt worden sei, ende die Beschwerdefrist hinsichtlich der behaupteten Rechtsverletzungen aus dem Programmjahr 2010 erst nach Ablauf des neuen Kalenderjahres. Die Beschwerde sei somit hinsichtlich des gesamten relevanten Zeitraums vom 01.01.2010 bis zum 31.08.2011 rechtzeitig eingebracht worden.

### **1.1.3 Beschwerdevorbringen**

Nach Auffassung der Beschwerdeführer habe der Beschwerdegegner vom 01.01.2010 bis zum 31.08.2011 bzw. vom 07.09.2010 bis zum 31.08.2011 „*kein ausgewogenes Gesamtprogramm, in dem die Anteile der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport in einem angemessenen Verhältnis zueinander standen, angeboten*“. Darüber hinaus habe der Beschwerdegegner in den im beschwerdegegenständlichen Zeitraum „*veranstalteten Fernsehprogrammen nicht in Inhalt und Auftritt auf die Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks geachtet*“. Dadurch habe er § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G verletzt. Darüber hinaus wenden sich die Beschwerdeführer aufgrund des behaupteten übermäßig großen Unterhaltungsanteils in den beiden Fernsehvollprogrammen des Beschwerdegegners gegen die Verletzung des öffentlich-rechtlichen Auftrags durch diese beiden Programme und somit erkennbar gegen §§ 3 Abs. 1 Z 2 iVm 4 Abs. 2 ORF-G. Schließlich beehrten die Beschwerdeführer die Veröffentlichung des die Rechtsverletzung feststellenden Bescheides und hielten fest, dass im Hinblick darauf, dass die Rechtsverletzung noch andauere, die Entscheidung des Generaldirektors über die Feststellung allgemeiner Richtlinien für die Programmgestaltung, Programmerstellung und Programmkoordination im Fernsehen sowie die Erstellung der Jahressendeschemata und Jahresangebotsschemata 2011 aufzuheben sein werde.

#### **1.1.3.1 Zur behaupteten Verletzung des § 4 Abs. 2 sowie des § 3 Abs. 1 Z 2 iVm § 4 Abs. 2 ORF-G**

Nach Auffassung der Beschwerdeführer habe der Beschwerdegegner in Erfüllung seines öffentlich-rechtlichen Auftrags ein differenziertes Gesamtprogramm anzubieten, wobei ein abwechslungsreiches und ausgewogenes Programm in Hinblick auf die Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport geboten werden müsse. Die Schaffung von Spartenprogrammen entbinde den Beschwerdegegner nicht von der Verpflichtung, in den Fernsehprogrammen gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 ORF-G ein ausgewogenes und vielfältiges Programm im Einklang mit § 4 ORF-G anzubieten. Durch die Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 sei klargestellt worden, dass ein ausgewogenes Gesamtprogramm nur anzunehmen sei, wenn die Anteile der einzelnen genannten Kategorien in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung zur Ausgewogenheit des Gesamtprogramms dürfe das verpflichtende ausgewogene Verhältnis der Kategorien zueinander nicht einseitig zugunsten bestimmter, insbesondere besonders massenattraktiver, Inhalte wie Unterhaltung oder Sport verändert werden. Tatsächlich fülle der Beschwerdegegner in einer Gesamtbetrachtung von ORF eins und ORF 2 zwei Drittel seines Programms mit Unterhaltungssendungen; lediglich ein Drittel des Programms stehe für die Kategorien Information, Kultur und Sport zur Verfügung. Dies lasse keinen anderen Schluss zu, als dass die Kategorie Unterhaltung einen unangemessen großen Anteil der generellen Programmgestaltung der beiden Fernsehvollprogramme des Beschwerdegegners darstelle.

Nach Auffassung der Beschwerdeführer habe sich das Angebot des Beschwerdegegners an der Vielfalt der Interessen aller Hörer und Seher zu orientieren und diese ausgewogen zu berücksichtigen. Der öffentlich-rechtliche Auftrag sei durch die Gesamtheit der gemäß § 3 ORF-G verbreiteten Programme und Angebote zu erfüllen; es könne nicht ein einzelnes Marktsegment, z.B. der Hörfunk, die mangelnde Ausgewogenheit in einem anderen Marktsegment ausgleichen.

Ausgehend von den Ergebnissen der von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH für die Jahre 2006, 2007 und 2009 in Auftrag gegebenen „TV-Programmanalysen“ hätten die Beschwerdeführer unter Zugrundelegung der in § 4 Abs. 2 ORF-G vorgenommenen Einteilung des Programms in die Kategorien Information, Kultur, Sport und Unterhaltung quantitative Analysen der Programme ORF eins und ORF 2 für die Zeiträume 01.01.2010 bis 31.12.2010 sowie 01.01.2011 bis 31.08.2011 durchgeführt. Zusätzlich zu den in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien sei von den Beschwerdeführern die Kategorie „Sonstiges“ bzw. „Diverses“ eingefügt worden, die insbesondere aus Wetterkameras, Teletextnachrichten und Werbung bestehe. Die Analysen der Beschwerdeführer hätten ergeben, dass der Beschwerdegegner kein ausgewogenes Programm in Hinblick auf die Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport biete.

Die Beschwerdeführer legten Sendungslisten für die Zeiträume 01.01.2010 bis 31.12.2010 sowie 01.01.2011 bis 31.08.2011 vor, in denen die vom Beschwerdegegner in diesen Zeiträumen in den Programmen ORF eins und ORF 2 ausgestrahlten Sendungen den Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport sowie der zusätzlichen Kategorie „Sonstiges“ bzw. „Diverses“ zugeordnet wurden. Zusammenfassend kamen die Beschwerdeführer im Hinblick auf die von ihnen durchgeführten quantitativen Programmanalysen zu folgenden Ergebnissen:

#### 1.1.3.1.1 Programmanalyse für den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2010

	ORF eins	ORF 2	ORF gesamt
Information	2,6 %	19,1 %	10,8 %
Kultur	0,3 %	8,9 %	4,6 %
Unterhaltung	77,6 %	54,2 %	65,9 %
Sport	13,1 %	0,4 %	6,7 %
Sonstiges/Diverses	6,5 %	17,4 %	11,9 %

Nach Auffassung der Beschwerdeführer sei auffallend, dass die Unterhaltungsangebote das Programm ORF eins dominieren und auch den überwiegenden Programminhalt von ORF 2 darstellen. Das Unterhaltungsangebot von ORF eins im Jahr 2010 habe im Wesentlichen aus Serien und Spielfilmen sowie dem Kinderprogramm des Beschwerdegegners bestanden. 18 % des Unterhaltungsanteils seien auf amerikanische und 17 % auf Kinder- und Jugendsendungen entfallen. Auch der überwiegende Programminhalt von ORF 2 habe aus Unterhaltungssendungen bestanden. ORF 2 habe seinen Unterhaltungsschwerpunkt insbesondere auf Daily Soaps (12 %), Talkshows (5 %), deutsche oder österreichische Krimiserien (4 %) und Servicesendungen (6 %) gesetzt. Der Kategorie Information in ORF 2 sei ein breites Sendungsspektrum (z.B. ZIB 1, ZIB 2, Zeit im Bild, Bundesland Heute, Regionaldokumentationen, Magazine und Diskussionsformate) zugerechnet worden. ORF 2 habe vor allem aufgrund des Kulturmontags (1 %), der Sendung „Kreuz und Quer“ (1 %) und Kulturfeatures einen höheren Kulturanteil als ORF eins geboten. Demgegenüber habe ORF eins, der seine Schwerpunkte auf Fußball (4 %), Motorsport (2 %), Ski Alpin (2 %) und Skispringen (1 %) gesetzt habe, deutlich mehr Sportinhalte als ORF 2 geliefert.

### 1.1.3.1.2 Programmanalyse für den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011

	ORF eins	ORF 2	ORF gesamt
Information	2,9 %	19,8 %	11,4 %
Kultur	0,3 %	7,5 %	3,9 %
Unterhaltung	79,1 %	55,3 %	67,2 %
Sport	11,1 %	0,4 %	5,8 %
Sonstiges/Diverses	6,6 %	16,9 %	11,8 %

Nach Auffassung der Beschwerdeführer würden die für den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 ermittelten Daten wenige Änderungen im Vergleich zum Gesamtjahr 2010 zeigen. Das Programm von ORF eins habe im Unterschied zum Gesamtjahr 2010 einen noch größeren Unterhaltungsanteil, jedoch einen geringeren Sportanteil aufgewiesen. ORF 2 sei durch einen geringeren Kulturanteil gekennzeichnet. Hingegen habe sich sowohl der Unterhaltungs- als auch der Informationsanteil des Programms ORF 2 um je 1 % leicht erhöht.

### 1.1.3.1.3 Quantitativer Vergleich mit ausgewählten anderen Fernsehveranstaltern

Im Hinblick auf das Verhältnis der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zueinander analysierten die Beschwerdeführer für den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 die Daten der Programme RTL (Österreich), ATV, Puls4, ProSieben Austria der privaten Fernsehveranstalter sowie der beiden deutschen öffentlich-rechtlichen Fernsehprogramme ARD und ZDF sowohl hinsichtlich der Gesamtsendezeit von 00:00 bis 24:00 Uhr als auch der Hauptsendezeit von 19:00 bis 24:00 Uhr und verglichen diese mit jenen für ORF eins und ORF 2. Die Beschwerdeführer kamen hinsichtlich der Gesamtsendezeit zu folgenden Ergebnissen:

	RTL-A	ATV	Puls4	Pro 7 - A	ARD	ZDF	ORF eins	ORF 2
Information	18,5 %	2,5 %	7,9 %	5,5 %	35,4 %	33,9 %	2,9 %	19,8 %
Kultur	0,3 %	0,4 %	0,0 %	0,3 %	2,0 %	5,0 %	0,3 %	7,5 %
Unterhaltung	59,7 %	62,6 %	68,0 %	78,6 %	53,9 %	53,7 %	79,1 %	55,3 %
Sport	1,4 %	0,6 %	0,7 %	0,0 %	7,3 %	6,1 %	11,1 %	0,4 %
Sonstiges	20,1 %	33,9 %	23,4 %	15,6 %	1,3 %	1,4 %	6,6 %	16,9 %
davon Werbung	12,1 %	11,4 %	12,6 %	14,6 %	1,2 %	1,3 %	2,7 %	2,6 %

Die Unterhaltungsanteile von ORF eins und ORF 2 zusammengerechnet, ergäben einen Unterhaltungsanteil von ca. 67 %, damit liege der Beschwerdegegner deutlich über dem Unterhaltungsanteil der deutschen öffentlich-rechtlichen Sender mit ca. 54 %.

Hinsichtlich der Hauptsendezeit von 19:00 bis 24:00 Uhr hätten die Berechnungen der Beschwerdeführer ergeben, dass der Informationsanteil im Programm ORF eins etwas ansteige, aber trotzdem hinter dem der meisten untersuchten privaten Fernsehveranstalter und weit hinter jenem der deutschen öffentlich-rechtlichen Programme liege. Im Hinblick auf den Unterhaltungsanteil in der Hauptsendezeit sei zu beachten, dass ORF eins in dieser Zeit mehr Unterhaltungsprogramm als die meisten privaten Fernsehveranstalter zeige; demgegenüber liege ORF 2 hinsichtlich des Unterhaltungsanteils hinter jenen der übrigen analysierten Fernsehveranstalter.

Unter die Kategorie „Sonstiges“ würden nicht nur Werbung, sondern auch Programmhinweise und Trailer, das Wetter-Panorama, die Teletext-Nachrichten sowie Teleshopping-Sendungen fallen. In der Hauptsendezeit sei in der Kategorie „Sonstiges“ bei allen untersuchten Fernsehveranstaltern fast ausschließlich Werbung enthalten. Der Beschwerdegegner liege hinsichtlich der Werbezeiten mit seinen beiden

Fernsehprogrammen näher am Niveau der untersuchten privaten Fernsehveranstalter als an jenem der deutschen öffentlich-rechtlichen Fernsehprogramme, wobei diesbezüglich die unterschiedlichen Werbezeitenregelungen der öffentlich-rechtlichen Sender zu beachten seien.

### **1.1.3.2 Zur behaupteten Verletzung des § 4 Abs. 3 ORF-G**

Im Hinblick auf die behauptete Verletzung des § 4 Abs. 3 ORF-G führten die Beschwerdeführer aus, dass der Beschwerdegegner im beschwerdegegenständlichen Zeitraum nicht in Inhalt und Auftritt auf die Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks im Wettbewerb mit den kommerziellen Sendern geachtet habe. Die Unverwechselbarkeit könne nicht ausschließlich mit einer von den privaten Fernsehveranstaltern unterscheidbaren Senderkennung gewährleistet werden. Vom Beschwerdegegner sei zu garantieren, dass allein durch die Inhalte seines Angebots eine Verwechselbarkeit mit privaten Fernsehveranstaltern vermieden werde. Nach Auffassung der Beschwerdeführer sei die Programmierung von ORF eins vom vordringlichen Ziel bestimmt, möglichst keine Unterscheidung zu den Programmen privater Fernsehveranstalter erkennen zu lassen. Der Beschwerdegegner strahle Filme und Serien aus, die ca. 95 % der österreichischen Zuseher ohnehin aufgrund der Programme privater Fernsehveranstalter zur Verfügung stünden und rechtfertige dies damit, dass er die gleichen Inhalte ohne Werbeunterbrechung anbiete. ORF eins sei außerdem inhaltlich kommerzieller programmiert als die Programme der privaten Fernsehveranstalter.

Nach Meinung der Beschwerdeführer führe der Umstand, dass der Beschwerdegegner regelmäßig und zeitweise zeitgleich die gleichen Inhalte wie die privaten Fernsehveranstalter ausstrahle, zur Verwechselbarkeit der Programme des Beschwerdegegners mit jenen der privaten Fernsehveranstalter. Bezogen auf die privaten Fernsehveranstalter ProSieben Austria GmbH und Sat.1 Privatrundfunk und Programmgesellschaft m.b.H. (gemeint wohl: ProSieben Television GmbH und Sat.1 Satelliten Fernsehen GmbH) habe es im Jahr 2010 insgesamt ca. 980 direkt gegenprogrammierte Ausstrahlungen von Eigenproduktionsserien, ca. 820 direkt gegenprogrammierte und ca. 2.260 indirekt gegenprogrammierte Ausstrahlungen von Lizenzserien in den Fernsehprogrammen des Beschwerdegegners gegeben. Insgesamt seien somit im Jahr 2010 insbesondere auf ORF eins über 4.000 Serien ausgestrahlt worden, die auch in den Programmen ProSieben Austria und SAT.1 Österreich (gemeint wohl: ProSieben und SAT.1) zu sehen waren. Auch in Bezug auf andere private Fernsehveranstalter sei es zur Ausstrahlung von gegenprogrammierten Serien gekommen. Die Analyse für das 1. Halbjahr 2011 habe ebenfalls ca. 2.200 gegenprogrammierte Serienaussstrahlungen bezogen auf zwei – nicht näher genannte – private Fernsehveranstalter ergeben.

Darüber hinaus würden in den Programmen des Beschwerdegegners im Hinblick auf die Programme der privaten Fernsehveranstalter sowohl direkt als auch indirekt gegenprogrammierte Spielfilme ausgestrahlt. Im Durchschnitt der letzten fünf Jahre habe der Beschwerdegegner im Vergleich zu den privaten Fernsehveranstaltern „RTL, SAT.1 und ProSieben“ pro Jahr ca. 40 direkt gegenprogrammierte und weitere 20 indirekt gegenprogrammierte Spielfilme ausgestrahlt. Im Durchschnitt werde in den Programmen des Beschwerdegegners somit jede Woche mindestens ein Spielfilm gesendet, der auch in den Programmen der privaten Fernsehveranstalter ausgestrahlt werde. Im Detail kamen die Beschwerdeführer im Hinblick auf direkt gegenprogrammierte Spielfilme zu folgenden Ergebnissen:

	ProSieben	SAT.1	RTL	Summen
2006	22	2	18	42
2007	19	5	10	24
2008	21	4	21	46
2009	14	9	16	39
2010	15	5	17	37
2011	10	5	1	16

Hinsichtlich indirekt gegenprogrammierter Spielfilme kamen die Beschwerdeführer zu folgenden Ergebnissen:

	ProSieben	SAT.1	RTL	Summen
2006	1	3	3	7
2007	6	3	4	13
2008	9	2	6	17
2009	24	4	7	35
2010	14	12	3	29
2011	8	6	0	14

Zusammenfassend ergebe sich, dass der Beschwerdegegner über das Gesamtjahr hinweg jeden Tag mindestens 11 Sendungen (Serien und Spielfilme) ausstrahle, die auch von einem privaten Fernsehveranstalter ausgestrahlt würden.

Schließlich sei zu beachten, dass der im Wettbewerb mit kommerziellen Sendern geforderte unverwechselbare Auftritt des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks die Gewährleistung einer eindeutigen Identifikation mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter der angebotenen Programme erfordere. Der Beschwerdegegner gestalte jedoch die programmverbindenden Elemente (Trailer, Werbeunterbrechung, etc.) nach dem Vorbild der privaten Fernsehveranstalter, weshalb auch insoweit eine Verletzung des Unverwechselbarkeitsgrundsatzes gemäß § 4 Abs. 3 ORF-G vorliege.

## 1.2 Stellungnahme des Beschwerdegegners

Mit Schreiben vom 19.10.2011 übermittelte die KommAustria dem Beschwerdegegner die Beschwerde samt Datenmaterial und räumte ihm zugleich die Gelegenheit zur Stellungnahme ein.

Mit Schreiben vom 04.11.2011 brachte der Beschwerdegegner einen Fristerstreckungsantrag zur Möglichkeit der Abgabe einer Stellungnahme ein, der von der KommAustria am selben Tag genehmigt wurde.

Mit Schreiben vom 25.11.2011, samt Beilagen am 05.12.2011 bei der KommAustria eingelangt, nahm der Beschwerdegegner zur Beschwerde Stellung. Die Stellungnahme samt Beilagen wurde den Beschwerdeführern mit Schreiben der KommAustria vom 06.12.2011 übermittelt.

Mit Schreiben vom 12.12.2011 forderte die KommAustria den Beschwerdegegner zur Vorlage weiterer Unterlagen auf. Mit Schreiben des Beschwerdegegners vom 21.12.2011 wurden der KommAustria unter anderem die Jahressendeschemata 2010 (für ORF eins und ORF 2 sowie ORF SPORT+) und 2011 (für ORF eins und ORF 2, ORF SPORT+, ORF SPORT + als 24-Stunden Spartenprogramm sowie ORF III – Kultur und Information) sowie die Programmstrukturanalyse 2010 und eine vorläufige Berechnung der Programmstrukturanalyse 2011 vorgelegt. Die Stellungnahme sowie die vorgelegten

Unterlagen wurden den Beschwerdeführern mit Schreiben der KommAustria vom 22.12.2011 übermittelt.

Mit einem weiteren Schreiben der KommAustria vom 03.01.2012 wurde der Beschwerdegegner zur Vorlage weiterer Nachweise und Unterlagen aufgefordert. Die vom Beschwerdegegner am 10.01.2012 und 11.01.2012 vorgelegten weiteren Nachweise und Unterlagen wurden den Beschwerdeführern mit Schreiben der KommAustria vom 18.01.2012 übermittelt.

### **1.2.1 Zur Beschwerdelegitimation**

Hinsichtlich der Beschwerdelegitimation führte der Beschwerdegegner aus, dass es sich bei der beschwerdeführenden C um eine Vermarkterin von Werbezeiten, insbesondere der XY-Gruppe, handle, die mit dem Beschwerdegegner nicht im Wettbewerb auf dem Zusehermarkt stehe. Die beschwerdeführende C sei keine Rundfunkveranstalterin und daher keine unmittelbare „Konkurrentin“ des Beschwerdegegners. Da somit keine Beschwerdelegitimation iSd § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G vorliege, sei die Beschwerde der C zurückzuweisen.

Die Beschwerdelegitimation der übrigen Beschwerdeführer wurde nicht bestritten.

### **1.2.2 Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde**

Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde führte der Beschwerdegegner in seiner Stellungnahme aus, dass Beschwerden gemäß § 36 Abs. 3 ORF-G innerhalb von sechs Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung des ORF-G, einzubringen seien. Zwar sei bei der Beurteilung der Einhaltung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags gemäß § 4 ORF-G von der Notwendigkeit eines längeren Beobachtungszeitraumes auszugehen, zumal dem Beschwerdegegner schon aufgrund grundrechtlicher Erwägungen ein Gestaltungsspielraum verbleiben müsse, jedoch könne eine Beschwerde nicht für einen beliebig langen Zeitraum in der Vergangenheit eingebracht werden. Die Prüfung der Einhaltung der in der Beschwerde relevierten Bestimmungen habe sich auf das jeweilige Programm- und damit Kalenderjahr zu beziehen, dies lasse sich mit der gesetzlichen Bezugnahme auf die Jahressendeschemata begründen. Die sechswöchige Beschwerdefrist für das Jahr 2010 beginne daher mit Ablauf des Kalenderjahres 2010 zu laufen.

Die Beschwerdeführer würden darüber hinaus übersehen, dass in den Jahressendeschemata lediglich die Programmkategorien, Programmproportionen und Zeiteckwerte festgeschrieben würden. Die Beschwerdeführer hätten im Hinblick auf die Rechtzeitigkeit der Beschwerdeerhebung nicht behauptet, dass die Jahressendeschemata unverändert über den Jahreswechsel fortgeschrieben worden seien, sondern lediglich ausgeführt, dass sich die Programmgestaltung in unveränderter Form über den Jahreswechsel fortgesetzt hätte. Dabei hätten sie übersehen, dass der Sendestart der Programme ORF III – Kultur und Information und ORF SPORT+ geänderte bzw. neue Jahressendeschemata voraussetze und eine wesentliche Änderung des Gesamtprogramms des Beschwerdegegners im Vergleich zum Jahr 2010 darstelle. Die weitere Programmgestaltung im Kalenderjahr 2011 würde insbesondere durch die zwei neuen Spartenprogramme aber auch durch neue Sendungen und Sendungsformate in ORF eins und ORF 2 nicht jener des Beschwerdezeitraums bzw. der diesbezüglichen Jahresplanung entsprechen.

Nach Auffassung des Beschwerdegegners sei die Beschwerde somit sowohl hinsichtlich des Zeitraums 01.01.2010 bis 31.12.2010 als auch hinsichtlich des Zeitraums 01.01.2011 bis 31.08.2011 nicht rechtzeitig eingebracht.

### 1.2.3 Vorbringen des Beschwerdegegners zur behaupteten Verletzung der § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G

Nach Auffassung des Beschwerdegegners habe er entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführer im beschwerdegegenständlichen Zeitraum in Erfüllung seines öffentlich-rechtlichen Auftrags weder gegen § 4 Abs. 2 ORF-G noch gegen Abs. 3 leg.cit. verstoßen. Im Detail wurde diesbezüglich ausgeführt:

#### 1.2.3.1 Zur behaupteten Verletzung des § 4 Abs. 2 ORF-G

Nach Meinung des Beschwerdegegners müsse die Gesamtheit seiner Programme über einen längeren Zeitraum gesehen erkennen lassen, dass die Zielsetzungen des § 4 ORF-G bei der Programmgestaltung maßgeblich waren. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführer habe sich die Programmgestaltung des Beschwerdegegners an den Zielsetzungen des § 4 ORF-G orientiert. Dies gehe für das Jahr 2010 zum einen aus dem ORF Jahresbericht 2010 zum anderen aus den Feststellungen externer Gutachter hervor.

Nach Auffassung des Beschwerdegegners würde es dem System des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags widersprechen, ein bestimmtes prozentuelles Ausmaß der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für die Beurteilung der Ausgewogenheit des Gesamtprogramms zu verlangen. Der Gesetzgeber habe durch die Einfügung des letzten Satzes in § 4 Abs. 2 ORF-G mit der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 am bisherigen gesetzlichen System nichts ändern wollen. Hätte der Gesetzgeber die bestehende Programmgestaltung verändern wollen, hätte er dies durch die Pflicht zur Steigerung oder Senkung bestimmter Kategorieanteile angeordnet, dies sei jedoch nicht geschehen.

Der Beschwerdegegner habe sich an den Zielen des § 4 Abs. 1 ORF-G zu orientieren, die in einem differenzierten und ausgewogenen Gesamtprogramm münden sollten. § 4 Abs. 1 Z 1 bis 19 ORF-G führe zusätzlich zu den in Abs. 2 leg.cit. genannten Kategorien weitere Bereiche an. Daraus ergebe sich, dass das Gesamtprogramm des Beschwerdegegners nicht nur aus den in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten vier Kategorien bestehe. Der Beschwerdegegner verwende seit 1998 im Rahmen seiner Programmstrukturanalyse eine Kategorisierung, die auch für die Erstellung des Jahresberichts 2010 eingesetzt worden sei. Diese sei auch für die Beurteilung der Ausgewogenheit des Gesamtprogramms maßgeblich. Im Unterschied zu den Beschwerdeführern verwende der Beschwerdegegner in seiner Programmstrukturanalyse die Kategorien Information, Kultur/Religion, Unterhaltung, Sport, Wissenschaft/Bildung/Lebenshilfe sowie Familie (Kinder/Jugend/Senioren).

Darüber hinaus sei zu beachten, dass dem Beschwerdegegner im Rahmen der konkreten Programmgestaltung ein erheblicher Gestaltungsspielraum verbleibe, um ein "*differenziertes Gesamtprogramm ... für alle*" anzubieten, das sich "*an der Vielfalt der Interessen*" zu orientieren und sie ausgewogen zu berücksichtigen habe. Damit stehe im Zusammenhang, dass die Anteile am Gesamtprogramm in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen haben. Für die Beurteilung des „*angemessenen Verhältnisses*“ verbiete es sich, die Anteile verschiedener Kategorien mathematisch isoliert ins Verhältnis zu setzen und die „*Vielfalt der Interessen*“ nicht miteinzubeziehen.

Die Ausstrahlungsdauer einer Kategorie sei nach Auffassung des Beschwerdegegners für sich genommen nicht aussagekräftig, um die besondere Qualität der Sendungen des Beschwerdegegners, die auf die Vielfalt der Interessen Bedacht nehme, zu beschreiben. Zu beachten sei in diesem Zusammenhang somit auch die hohe Qualität der vom Beschwerdegegner ausgestrahlten Sendungen.

Schließlich seien bei der Beurteilung der Ausgewogenheit des Gesamtprogramms des Beschwerdegegners nicht nur die zwei Programme ORF eins und ORF 2, sondern auch das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ und das Informations- und Kulturspartenprogramm

ORF III – Kultur und Information zu berücksichtigen. Der ORF Jahresbericht 2010 weise in der Kategorie Unterhaltung 44 % des Gesamtsendevolumens von ORF eins und ORF 2 aus. Würde das Spartenprogramm ORF SPORT+ in die Berechnung miteinbezogen, ergebe sich für das Jahr 2010 ein Unterhaltungsanteil von 38 %, da das Sendevolumen von ORF SPORT+ der Kategorie Sport zuzurechnen sei. Für das Gesamtjahr 2011 sei zu berücksichtigen, dass ORF SPORT+ per 26.10.2011 auf ein 24-Stunden Spartenprogramm ausgebaut und der Sendebetrieb von ORF III – Kultur und Information aufgenommen wurde. Die Sendungen von ORF III – Kultur und Information seien vor allem den Kategorien Information, Kultur/Religion sowie Wissenschaft/Bildung/Lebenshilfe zuzuordnen, weshalb der Unterhaltungsanteil im Jahr 2011 unter 36 % liegen werde.

Nach Auffassung des Beschwerdegegners sei die von den Beschwerdeführern vorgenommene getrennte Ausweisung der Programme ORF eins und ORF 2 wegen der gebotenen Betrachtung des Gesamtprogramms unrichtig. Die Komplementärprogrammierung der beiden Programme sei vom Gesetzgeber ausdrücklich akzeptiert worden. In concreto führte der Beschwerdegegner im Hinblick auf die behauptete Verletzung des § 4 Abs. 2 ORF-G aus:

#### **1.2.3.1.1 Programmanalyse für den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2010**

Vor dem Hintergrund der kontinuierlich durchgeführten Programmstrukturanalyse weise der vom Beschwerdegegner erstellte Jahresbericht 2010 für das Gesamtprogramm (ORF eins und ORF 2) für den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2010 im Jahresbericht 2010 folgende Kategorieanteile aus:

Information	21 %
Kultur/Religion	6 %
Unterhaltung	44 %
Sport	7 %
Wissenschaft/Bildung/Lebenshilfe	10 %
Familie (Kinder/Jugend/Senioren)	13 %

Nach Meinung des Beschwerdegegners sei zu beachten, dass seine Programmauswertung für das Jahr 2010 auf 157.383 Sendungen beruhe. Demgegenüber umfasse die Analyse der Beschwerdeführer lediglich 138.404 Sendungen. In den Berechnungen der Beschwerdeführer seien somit 18.979 Sendungen des Beschwerdegegners (überwiegend Regionalausstiege) nicht berücksichtigt worden.

Um einen möglichst hohen Unterhaltungsanteil im Programm des Beschwerdegegners ausweisen zu können, hätten die Beschwerdeführer willkürlich Sendungen des Beschwerdegegners der Kategorie Unterhaltung zugeordnet. Beispielsweise sei das gesamte Kinder- und Jugendprogramm fälschlicherweise als Unterhaltung eingestuft worden. Darüber hinaus seien 37 % der Kategorie Kultur/Religion (unter anderem die Bereiche Kabarett und E-Film) der Kategorie Unterhaltung zugerechnet worden. Aus der Kategorie Wissenschaft/Bildung/Lebenshilfe seien z.B. 97 „Universum“-Dokumentationen als Unterhaltung eingestuft worden. 38 % der vom Beschwerdegegner der Kategorie Wissenschaft/Bildung/Lebenshilfe (Unterkategorie „Lebenshilfe“) zugerechneten Sendungen seien von den Beschwerdeführern der Kategorie Unterhaltung zugerechnet worden. Weiters seien 35 % jener Sendungen, die der Beschwerdegegner der Kategorie Information (Unterkategorie "Current Affairs, Politik, Magazine, Diskussion") zugerechnet habe, von den Beschwerdeführern fälschlicherweise der Kategorie Unterhaltung zugeordnet worden.

Schließlich sei die Prozentuierungsbasis der Analyse der Beschwerdeführer unrichtig. Die Auswertung des Beschwerdegegners prozentuiere auf den "Netto-Output" inklusive Bundesländer in Summe 17.693 Stunden. Die Analyse der Beschwerdeführer beziehe sich hingegen auf den gesamten Output, in Summe 17.520 Stunden.

### 1.2.3.1.2 Programmanalyse für den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011

Eine vorläufige Berechnung der Programmstrukturanalyse für das Jahr 2011 komme in Bezug auf die Anteile der jeweiligen Kategorien am Gesamtprogramm des Beschwerdegegners für den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 zu folgendem Ergebnis:

Information	22 %
Kultur/Religion	5 %
Unterhaltung	45 %
Sport	6 %
Wissenschaft/Bildung/Lebenshilfe	10 %
Familie (Kinder/Jugend/Senioren)	12 %

Nach Auffassung des Beschwerdegegners zeige die Berechnung, dass der Anteil der einzelnen Sendungen an den einzelnen Kategorien im Vergleich zum Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2010 weitgehend stabil geblieben sei.

Im Hinblick auf die Analyse der Beschwerdeführer führte der Beschwerdegegner aus, dass wiederum sämtliche Regionalausstiege des Beschwerdegegners, in Summe 1.002 Programmstunden, fehlen würden. Die konkrete Zuordnung der Sendungen durch die Beschwerdeführer sei wiederum lediglich zu dem Zweck erfolgt, einen möglichst hohen Unterhaltungsanteil ausweisen zu können. Darüber hinaus seien Teile der Zuordnung von Sendungen zur Kategorie Unterhaltung fehlerhaft und die Prozentuierungsbasis der Analyse der Beschwerdeführer – aus denselben Gründen wie für den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2010 ausgeführt – unrichtig.

### 1.2.3.1.3 Quantitativer Vergleich

Eine stichprobenartige Überprüfung des von den Beschwerdeführern angestellten quantitativen Vergleichs der Programme des Beschwerdegegners mit jenen ausgewählter anderer Fernsehveranstalter habe ergeben, dass die Beschwerdeführer eine fehlerhafte Einteilung der Sendungen in die einzelnen Kategorien vorgenommen hätten. Beispielsweise die Auswertung des Programms RTL im Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 einen Informationsanteil von 18,5 % der Gesamtsendezeit aus. Nach Auffassung des Beschwerdegegners sei dafür vor allem die Erfassung von Sendungen ursächlich, die nicht in die Kategorie Information fallen würden.

Darüber hinaus sei zu beachten, dass die von den Beschwerdeführern vorgenommene getrennte Ausweisung der Programme ORF eins und ORF 2 wegen der gebotenen Betrachtung des Gesamtprogramms irrelevant sei. Die beiden Programme würden unterschiedlich programmiert, um verschiedene inhaltliche und gestalterische Schwerpunkte zu setzen und der geforderten Vielfalt der Interessen zu entsprechen. ORF eins und ORF 2 seien daher als sich ergänzende Umsetzung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags für alle Bevölkerungsgruppen anzusehen.

### 1.2.3.1.4 Qualitätssicherungssystem

Nach Auffassung des Beschwerdegegners sei bei der Beurteilung des angemessenen Verhältnisses der einzelnen Kategorien zueinander insbesondere auch die „Vielfalt der Interessen aller Hörer und Seher“ zu berücksichtigen. Die zu beachtende „Vielfalt der Interessen aller Hörer und Seher“ habe jedoch nicht zu einer materiellen Festlegung bestimmter Anteile durch den Gesetzgeber geführt. Gemäß § 4a ORF-G sei der Beschwerdegegner zur Festlegung von Kriterien und Verfahren zur Sicherstellung der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags verpflichtet. Zur Berücksichtigung der

„Vielfalt der Interessen aller Hörer und Seher“ sei insbesondere ein kontinuierliches Publikumsmonitoring auch unter Einbeziehung von Fachexperten verpflichtend vorgesehen.

Das vom Beschwerdegegner entsprechend den Vorgaben des § 4a ORF-G eingerichtete und vom Stiftungsrat am 12.05.2011 genehmigte Qualitätssicherungssystem sehe neben der Programmstrukturanalyse, dem Qualitätsmonitoring, dem Public Value Bericht, den Publikums- und Expertengesprächen, den wissenschaftlichen Jahresstudien auch "Qualitätsprofile" vor, die die Programmqualität in den einzelnen Programmkategorien definieren und durch ein sozialwissenschaftliches Institut extern evaluieren würden. Eignung und Leistungen des Qualitätssicherungssystems seien in der Vergangenheit und würden auch in der Zukunft nicht nur intern durch alle Organe des Beschwerdegegners, sondern auch durch einen externen unabhängigen Gutachter beurteilt, um Zweifeln an der Aussagekraft der Beurteilung entgegenzuwirken. Im Rahmen des Qualitätssicherungssystems sei das Programm des Beschwerdegegners aus dem Jahr 2010 von dem Gutachter *Dr. Günter Struve* (im Folgenden: *Struve*), ehemaliger Programmdirektor der ARD, in einem "Gutachten zur Bewertung der Gesamtleistung" vom Juni 2011 geprüft worden. *Struve* sei zu dem Ergebnis gekommen, dass sich das Angebotsprofil des Fernsehens des Beschwerdegegners durch eine hohe Ausgewogenheit und eine erkennbare Rücksichtnahme auf die Interessen und Bedürfnisse des Publikums auszeichnet habe.

Zur Sicherstellung der Ausgewogenheit des Inhaltsangebots sehe § 4a Abs. 3 ORF-G in quantitativer Hinsicht die Festschreibung der einzelnen Programmkategorien zuzurechnenden Anteile am bezughabenden Fernsehprogramm als Bestandteil des Qualitätssicherungssystems vor. Dies solle die Entscheidungsfindung für die langfristigen Programmpläne sowie die Jahressendeschemata weiter determinieren. Auf Basis der Ergebnisse der Programmstrukturanalyse 2010, der geltenden Jahressendeschemata, der Berücksichtigung externer Faktoren und vor allem der Publikumsinteressen und -bedürfnisse seien für die Fernsehprogramme gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 ORF-G folgende Anteile, die der Programmstruktur des Jahres 2010 entsprechen würden, für den Berichtszeitraum 2011 festgelegt worden: 21 % Information, 6 % Kultur/Religion, 10 % Wissenschaft/Bildung/Lebenshilfe, 7 % Sport, 44 % Unterhaltung und 13 % Familie (Kinder/Jugend/Senioren).

Die im Qualitätssicherungssystem entwickelten Kriterien und Verfahren würden – wie in § 4a Abs. 6 ORF-G verpflichtend vorgesehen – im Jahr 2012 auf ihre Eignung, die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags sicherzustellen, überprüft. Dabei werde aus den Elementen des Qualitätssicherungssystems auch ein Jahresbericht erstellt und eine Beurteilung von einer unabhängigen, sachverständigen Person eingeholt. Jahresbericht und Gesamtbeurteilung seien nach dem Qualitätssicherungssystem bis längstens Ende Juni 2012 dem Stiftungs- und dem Publikumsrat gemeinsam mit einer Stellungnahme des Generaldirektors hierzu vorzulegen. Hiermit werde sichergestellt, dass die Ergebnisse in die Programmgestaltung und Qualitätssicherung – und die diesbezüglichen Entscheidungen der Organe des Beschwerdegegners – wieder einfließen.

#### **1.2.3.2 Zur behaupteten Verletzung des § 4 Abs. 3 ORF-G**

Im Hinblick auf die behauptete Verletzung des § 4 Abs. 3 ORF-G würden die Beschwerdeführer übersehen, dass auf das gesamte Auftreten und die gesamte Programmgestaltung des Beschwerdegegners Rücksicht zu nehmen sei. Die Unverwechselbarkeit ergebe sich durch die strenge Beachtung aller gesetzlichen Aufträge in allen Programmen des Beschwerdegegners, in den ORF-Online-Angeboten, der ORF Unternehmensinformation und den vielfältigen "Off-Air" bzw. "Offline"-Tätigkeiten des Beschwerdegegners zur Förderung der Ziele des ORF-G.

Der Beschwerdegegner Sorge für die Erfüllung aller in § 4 Abs. 1 Z 1 bis 19 ORF-G genannten Aufträge. Er erfülle darüber hinaus bei der Gestaltung seiner Sendungen und

Angebote die in § 4 Abs. 5 ORF-G genannten Kriterien, biete gemäß § 4 Abs. 5a ORF-G angemessene Anteile in den Volksgruppensprachen jener Volksgruppen, für die ein Volksgruppenbeirat besteht, und erfülle gemäß § 10 ORF-G besondere inhaltliche Grundsätze, beispielsweise durch sein stetes Bemühen nach Qualität, Innovation, Integration, Gleichberechtigung und Verständigung sowie durch umfassende Information (Abs. 3 und 4 leg.cit). Aus der Beachtung dieser gesetzlichen Aufträge ergebe sich die Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks in Inhalt und Auftritt im Wettbewerb mit kommerziellen Sendern. Darüber hinaus sei zu beachten, dass dem Beschwerdegegner eine bestimmte "Kommerzialisierung" gesetzlich verboten sei. Das geringere Ausmaß bzw. gänzliche Fehlen insbesondere von Fernseh(unterbrecher)werbung oder Teleshoppingsendungen führe ebenfalls zur Unverwechselbarkeit des Programms des Beschwerdegegners.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer könne die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags und damit auch die Unverwechselbarkeit der Programme des Beschwerdegegners nicht von der Entscheidung privater Fernsehveranstalter abhängen, bestimmte Sendungen auszustrahlen. Entscheidend sei, dass die Qualität der vom Beschwerdegegner angebotenen Sendungen für die Unverwechselbarkeit seiner Programme bürge. Durch den Anspruch des Beschwerdegegners auf flächendeckende handwerkliche und inhaltliche Qualität werde ein unverwechselbares, sinn- und identitätsstiftendes Angebot gewährleistet, das den Beschwerdegegner von privaten Fernsehveranstaltern abhebe. Nach Auffassung des Beschwerdegegners könnten auch "massenattraktive" Sendungen anspruchsvoll sein, wenn z.B. Bildung, soziale Kompetenz und kontroverse Themen auf unterhaltende Art und Weise vermittelt würden. Der Beschwerdegegner habe den Unterhaltungsbedürfnissen der (gesamten) Gesellschaft nachzukommen. Populäre, beim Publikum anerkannte und erfolgreiche Unterhaltungssendungen hätten eine gesellschaftlich verbindende Wirkung.

Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal zu privaten Fernsehveranstaltern sei der hohe Anteil österreichischer Produktionen und österreichspezifischer Sendungen in den Programmen des Beschwerdegegners und die damit einhergehende Wertschöpfung für Österreich. Der Beschwerdegegner strahle nicht nur quotenstarke amerikanische Blockbuster aus, sondern berücksichtige im Unterschied zu privaten Fernsehveranstaltern auch die europäische Dimension der Fernsehproduktion. Zusätzlich trage das besondere Ausmaß an barrierefreien Sendungen zur Unverwechselbarkeit des Programms des Beschwerdegegners bei.

Das von den Beschwerdeführern inkriminierte zeitliche Naheverhältnis der Ausstrahlungen bestimmter Sendungen bzw. Serien zur Ausstrahlung durch private Fernsehveranstalter sei bei Fremdproduktionen durch die Verfügbarkeit und das Vorliegen einer deutschen Synchronfassung bedingt. Eine daraus abgeleitete Verwechselbarkeit würde zu einem Verbot der Ausstrahlung von aktuellen internationalen Serien führen und von der Entscheidung kommerzieller Sender abhängen, bestimmte Serien bzw. Sendungen auszustrahlen. Ein solches Verbot sei dem ORF-G aber genauso wenig zu entnehmen, wie ein Gebot, bestimmte Unterhaltungsformate erst nach einer etwaigen Erstverwertung durch private Fernsehveranstalter auszustrahlen.

Entsprechendes würde auch für aktuelle Fernsehfilme und (Kino-)Spielfilme gelten. Der Beschwerdegegner erwerbe bei Kinofilmen die Rechte mit dem selben Lizenzbeginn wie deutsche Fernsehveranstalter, er sei aber unter anderem aufgrund der Einflussnahme der Beschwerdeführer nur berechtigt, diese in vielen Fällen frühestens gleichzeitig zu nutzen. Auch Koproduktionen würden unter der Voraussetzung der zumindest gleichzeitigen Ausstrahlung vorgenommen.

Schließlich sei zu beachten, dass auch nach Auffassung des Gutachters *Struve* die Gesamtanmutung von ORF eins zu ProSieben eklatant unterschiedlich sei; dies sei auch für jeden Laien offensichtlich. Darüber hinaus sei nach Meinung des Gutachters *Struve* vor dem

Hintergrund des "Nachrichtengerüsts" des Beschwerdegegners eine Diskussion über ein Fehlen der Unverwechselbarkeit kaum zu führen.

In Bezug auf die Gestaltung "programmverbindender Elemente" sei anzumerken, dass in diese bekannte ORF-Moderatoren eingebunden würden, weshalb keine Gefahr bestehe, dass Zuseher diese Elemente mit solchen von privaten Fernsehveranstaltern verwechseln. Darüber hinaus werde die Unterscheidungskraft von Werbetrennern des Beschwerdegegners durch ihre Gestaltung gestärkt und folge die inhaltliche Gestaltung von Programmhinweisen des Beschwerdegegners besonderen Qualitätskriterien.

### **1.3 Bestellung zum nichtamtlichen Sachverständigen und Gutachtensauftrag**

Mit rechtskräftigem Bescheid der KommAustria vom 05.01.2012, KOA 12.005/12-003, wurde *Dr. Jens Woelke* (im Folgenden: *Woelke*), Westfälische Wilhelms-Universität Münster, im gegenständlichen Verfahren gemäß § 52 Abs. 2 und 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl. I Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 100/2011, zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt.

Mit Schreiben der KommAustria vom 16.01.2012 wurde *Woelke* der Gutachtensauftrag betreffend die Zuordnung der einzelnen Sendungen des Beschwerdegegners zu den Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.08.2011 erteilt.

Gemäß dem Gutachtensauftrag waren zur Zuordnung der einzelnen Sendungen des Beschwerdegegners zu den Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport die Programme ORF eins, ORF 2 sowie das – im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ausgestrahlte – Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ heranzuziehen. Konkret waren gemäß dem Gutachtensauftrag folgende Themen Gegenstand des Gutachtens:

#### *„1. Zuordnungskriterien*

*Im Gutachten ist darzustellen, nach welchen Kriterien die einzelnen Sendungen den einzelnen Kategorien des § 4 Abs. 2 ORF-G zuzuordnen sind.*

#### *2. Durchführung der Zuordnung*

*Es ist eine vollständige Zuordnung der einzelnen Sendungen, die von 01.01.2010 bis 31.08.2011 in den Programmen ORF eins, ORF 2 und ORF SPORT+ ausgestrahlt wurden, in die Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport (§ 4 Abs. 2 ORF-G) vorzunehmen. Zugrundezulegen sind dabei die von den Beschwerdeführern und dem ORF vorgelegten Listen der einzelnen Sendungen bzw. Sendungsformate. Die Zuordnung der einzelnen Sendungen des ORF zu den oben erwähnten Kategorien ist jeweils getrennt nach den Zeiträumen 01.01.2010 bis 31.12.2010 sowie 01.01.2011 bis 31.08.2011 vorzunehmen. Es sind die Gründe für die gewählte Zuordnung aller Sendungen darzulegen. In diesem Zusammenhang sind jene Sendungen bzw. Sendungsformate, die von den Beschwerdeführern und dem ORF unterschiedlich und/oder abweichend von § 4 Abs. 2 ORF-G kategorisiert wurden, zu kennzeichnen.*

#### *3. Berechnung der Anteile*

*Berechnungsgrundlage ist einerseits die gesamte Sendezeit (inklusive Werbung und Programmtrailer) der ORF Programme ORF eins, ORF 2 und ORF SPORT+ in den in Punkt 2. genannten Zeiträumen. Andererseits ist zusätzlich eine Berechnung auf Grundlage der gesamten Sendezeit der ORF Programme ORF eins, ORF 2 und ORF SPORT+ in den in Punkt 2. genannten Zeiträumen exklusive Werbung und Programmtrailer vorzunehmen. Die Anteile der den erwähnten Kategorien gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G zugeordneten Sendungen sind jeweils absolut und in Prozent darzustellen. Berechnungsbasis dafür ist das Ausmaß der einzelnen Sendungen je erwähnter Kategorie in Minuten.*

*Darüber hinaus ist hinsichtlich der Kategorie Sport für die erwähnten Zeiträume auszuweisen, wie groß der auf das Programm ORF SPORT+ entfallende Anteil an allen Sportsendungen des ORF war.“*

Als Frist für die Fertigstellung des Gutachtens wurde der 01.03.2012 festgelegt.

Mit Schreiben vom 17.01.2012 beantragte der Beschwerdegegner Akteneinsicht im gegenständlichen Verfahren und ersuchte um Übermittlung sämtlicher Akten betreffend die erfolgte Bestellung des nichtamtlichen Sachverständigen. Am 18.01.2012 wurde dem Beschwerdegegner der Bescheid der KommAustria vom 05.01.2012, KOA 12.005/12-003, betreffend die Bestellung des nichtamtlichen Sachverständigen sowie der Gutachtensauftrag übermittelt.

Mit Schreiben der KommAustria vom 19.01.2012 wurde den Beschwerdeführern die Bestellung von *Woelke* zum nichtamtlichen Sachverständigen mitgeteilt und der Gutachtensauftrag übermittelt.

Am 29.02.2012 wurde der nichtamtliche Sachverständige von der KommAustria beeidigt.

#### **1.4 Replik der Beschwerdeführer**

Mit Schreiben vom 19.01.2012, samt Beilagen am 20.01.2012 bei der KommAustria eingelangt, übermittelten die Beschwerdeführer eine Replik zur Stellungnahme des Beschwerdegegners, die dem Beschwerdegegner mit Schreiben der KommAustria vom 23.01.2012 übermittelt wurde.

Die Beschwerdeführer führten ergänzend aus:

##### **1.4.1 Zur Beschwerdelegitimation**

Nach Auffassung der Beschwerdeführer übersehe der Beschwerdegegner, dass die in § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G geforderte Voraussetzung der mittelbaren Schädigung im Fall der C vorliege. Der Beschwerdegegner verschaffe sich durch Ausstrahlung eines über den gesetzlichen Auftrag hinausgehenden Ausmaßes an massenwirksamem Programm, neben dem Zuseher-, auch auf dem Werbemarkt einen Vorteil. Die Haupteinnahmequelle der C seien Provisionen, die sie aus der Vermarktung von Werbezeiten von privaten Rundfunkveranstaltern (insbesondere der XY-Gruppe) generiere. Durch den Einsatz von über den gesetzlichen Auftrag hinausgehendem massenattraktivem Unterhaltungsprogramm würden höhere Zuseherzahlen erlangt, wodurch auch die Vermarktung von Werbezeiten bei privaten Rundfunkveranstaltern – jedenfalls mittelbar – negativ beeinflusst werde.

##### **1.4.2 Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde**

Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners hätten die Beschwerdeführer in ihrer Beschwerde ausgeführt, ihre Analysen hätten gezeigt, dass die Programmgestaltung des Beschwerdegegners – und damit einhergehend die Jahressendeschemata – in unveränderter Form über den Jahreswechsel hinaus fortgesetzt worden seien, weshalb in die Beschwerdefrist nicht nur das laufende Rumpfsjahr, sondern auch das zuletzt abgelaufene Kalenderjahr einzubeziehen sei, für das die Beschwerdefrist nicht vor Ablauf des neuen Kalenderjahres ende. Es mache keinen Unterschied, ob ein Programmschema in unveränderter Form über den Jahreswechsel hinaus fortgeschrieben oder die konkrete Programmgestaltung, wie die Ergebnisse der Analysen der Beschwerdeführer zeigen würden, über den Jahreswechsel in unveränderter Form fortgesetzt werde. Die Beschwerdefrist für Rechtsverletzungen aus dem Jahr 2010 würde daher erst mit Ablauf des Kalenderjahres 2011 enden. Die Beschwerde sei somit hinsichtlich des gesamten relevanten Zeitraums rechtzeitig eingebracht.

Darüber hinaus sei zu beachten, dass § 4 Abs. 2 ORF-G in der derzeit geltenden Fassung am 01.10.2010 in Kraft getreten sei. Um aussagekräftige Daten für die Erfüllung des § 4

Abs. 2 ORF-G aufzeigen zu können, müsse der Beurteilungszeitraum in das Folgejahr, in dem die Programmgestaltung unverändert fortgeführt wurde, ausgedehnt werden und könne nicht bereits mit dem 31.12.2010 enden.

In Bezug auf die Ausführungen des Beschwerdegegners, wonach die Jahressendeschemata lediglich Programmkategorien, Programmproportionen und Zeiteckwerte festschreiben würden, übersehe der Beschwerdegegner, dass sich aus den Jahressendeschemata die Anteile an den einzelnen Kategorien ergeben würden. Das Jahressendeschema 2011 habe (bezogen auf den untersuchten Zeitraum Januar bis August) keine maßgeblichen Veränderungen in Bezug auf das konkrete Ausmaß des Unterhaltungsanteils gebracht. Dieser sei nahezu unverändert – wenn auch nicht direkt, sondern durch Festlegungen von Programmproportionen – fortgeschrieben worden.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners könne seine Programmgestaltung seit 26.10.2011 (Sendestart des Spartenprogramms ORF III – Kultur und Information sowie des 24-Stunden Spartenprogramms ORF SPORT+) nicht zur Begründung der Änderung der Ausgewogenheit des Gesamtprogramms herangezogen werden. Abgesehen von der Unmöglichkeit der Verlagerung der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags in die Spartenprogramme seien diese Programmentwicklungen für die Beurteilung des konkreten Beschwerdezeitraums irrelevant.

### **1.4.3 Vorbringen der Beschwerdeführer zur behaupteten Verletzung des ORF-G**

Zur behaupteten Verletzung des ORF-G führten die Beschwerdeführer ergänzend aus:

#### **1.4.3.1 Zur behaupteten Verletzung des § 4 Abs. 2 und des § 3 Abs. 1 Z 2 iVm § 4 Abs. 2 ORF-G**

Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners lasse sich aus der Novellierung des § 4 Abs. 2 ORF-G ableiten, dass der Gesetzgeber Zweifel an der ausgewogenen Verteilung der Programminhalte des Beschwerdegegners auf die einzelnen Kategorien hatte und mit der Neufassung der Auftrag zur Gestaltung eines ausgewogenen Programms unterstrichen werden sollte.

Die unterschiedlichen Ergebnisse der Programmanalysen der Beschwerdeführer und des Beschwerdegegners würden zum einen aus unterschiedlichen Zuordnungen einzelner Sendungen zu den verschiedenen Kategorien resultieren, zum anderen habe der Beschwerdegegner im Rahmen seiner Programmstrukturanalyse zusätzlich zu den in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien weitere eingeführt. Der Beschwerdegegner habe in seiner Analyse eindeutige Unterhaltungssendungen nicht der Kategorie Unterhaltung zugeordnet und darüber hinaus Unterhaltungssendungen in die zusätzlich geschaffenen Kategorien "ausgelagert". Dadurch komme der Beschwerdegegner zu einem scheinbar ausgewogenen Ergebnis. Demgegenüber hätten sich die Beschwerdeführer in ihren Analysen an den gesetzlichen Vorgaben des § 4 Abs. 2 ORF-G orientiert und die Sendungen den gesetzlich geforderten Kategorien zugeordnet. Zwar könne es zwischen den einzelnen Kategorien Überschneidungen geben, dennoch müsse für die Beurteilung der Ausgewogenheit ein Maßstab gefunden werden, der sich nur an den im Gesetz verankerten Kategorien orientieren könne.

Unrichtig sei, dass kurze, aufwändige Produktionen aus den Kategorien Kultur oder Information langes, massenattraktives Unterhaltungsprogramm aus den Bereichen Unterhaltung oder Sport aufwiegen würden. Bei der Feststellung der Verhältnismäßigkeit gebe es keine qualitative Bewertungskomponente. Für die Beurteilung der Ausgewogenheit sei ein Bewertungsmaßstab heranzuziehen, der sich letztlich an der Sendezeit orientiere.

Nach Auffassung der Beschwerdeführer seien bei der Beurteilung der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags die vom Beschwerdegegner veranstalteten Spartenprogramme nicht zu berücksichtigen. Es sei widersinnig, dass der Beschwerdegegner einerseits die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags nicht in die Spartenprogramme auslagern dürfe (vgl. § 4 Abs. 1 letzter Satz ORF-G), andererseits zur Gewährleistung eines differenzierten Gesamtprogramms die Spartenprogramme miteinbeziehen könne.

Entgegen den Ausführungen des Beschwerdegegners seien die Analysen der Beschwerdeführer weder unvollständig, noch zur Darstellung der Gesetzesverletzungen ungeeignet. In den Berechnungen seien sowohl die Regionalausstiege ("Bundesland Heute", "Bundesland Heute Service", "Bundesland Heute Vorschau" und "Heute in Österreich") als auch die lokalen Minderheitensendungen („Heimat, fremde Heimat", "Dober Dan Koroska" und "Dobar Dan Hrvati") im Programm des Beschwerdegegners berücksichtigt worden. Lokale Mutationen des Programms seien allerdings nicht neunmal, sondern nur einmal in die Berechnungen miteinbezogen worden. Darüber hinaus sei keine willkürliche Zuordnung von Sendungen des Beschwerdegegners zur Kategorie Unterhaltung vorgenommen worden. Da die Beschwerdeführer die Sendungen des Beschwerdegegners den Kategorien des § 4 Abs. 2 ORF-G zugeordnet haben, weiche ihre Liste von der Programmstrukturanalyse des Beschwerdegegners ab. Selbst für den Fall, dass einzelne Zuordnungen der Beschwerdeführer anders vorzunehmen gewesen wären, würde dies letztlich nur geringfügige Abweichungen von jedenfalls unter 2 %-Punkten verursachen. Dies würde die Kategorieanteile nicht maßgeblich verändern. Schließlich sei der Vorwurf der unrichtigen Prozentuierungsbasis der Analyse der Beschwerdeführer vor dem Hintergrund, dass die Darstellung der Beschwerdeführer für den Beschwerdegegner zu einem positiveren Ergebnis kommt, als wenn Werbezeiten, Programminformation, Moderation etc. herausgerechnet worden wären, nicht nachvollziehbar.

Zu dem vom Beschwerdegegner in seiner Stellungnahme ins Treffen geführten Qualitätssicherungssystem führten die Beschwerdeführer aus, dass der Beschwerdegegner in seinen diesbezüglichen Ausführungen ausschließlich Argumente für die inhaltliche Bewertung seines Programms biete, diese würden jedoch keinen Rückschluss auf die Ausgewogenheit der einzelnen Kategorien, die zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags erforderlich sei, zulassen. Der Beschwerdegegner habe nicht erwähnt, dass der in § 4a ORF-G determinierte Gestaltungsspielraum zur Sicherstellung der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags in Abs. 3 leg.cit. explizit auch auf die Quantität der Kategorien eingegrenzt werde. Darüber hinaus könne nicht davon ausgegangen werden, dass die einzelnen Kategorieanteile entsprechend der Wichtigkeit für die Zuseher zu bemessen wären. Eine derartige Sichtweise vernachlässige die ausgewogene Behandlung von Minderheiteninteressen, die auch im öffentlich-rechtlichen Kernauftrag liege.

Der Beschwerdegegner versuche, sich in den unterschiedlichen Darstellungen und Analysen möglichst wenig festzulegen und biete mit Programmstrukturanalysen, Public-Value Bericht, ORF-Monitoring, ORF-Qualitätsprofile, Publikums- und Expertengesprächen und ORF-Jahresstudien verschiedene Elemente eines Qualitätssicherungssystems. Dadurch erschwere er eine klare Bewertung der Ausgewogenheit des Programms gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G. Angesichts der Menge an vorgelegten Studien und Beurteilungssystemen sei nicht akzeptabel, dass keine Analyse auf die Ausgewogenheit und das angemessene Verhältnis der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander eingehe.

#### **1.4.3.2 Zur behaupteten Verletzung des § 4 Abs. 3 ORF-G**

Entgegen den Ausführungen des Beschwerdegegners würden auch private Fernsehveranstalter dem Interesse am österreichischen Filmproduktionsmarkt Rechnung tragen und österreichische Spielfilme im Hauptabendprogramm zeigen. Darüber hinaus würden private österreichische zusammen mit deutschen Fernsehveranstaltern Co-

Produktionen mit österreichischen und deutschen Produzenten herstellen. Auch mit dem Argument der Ausstrahlung europäischer Sendereihen sei für den Standpunkt des Beschwerdegegners nichts zu gewinnen, weil diese meist nach 22:30 Uhr oder später programmiert seien, sodass gegenüber den privaten Fernsehveranstaltern im Hauptabendprogramm kein unverwechselbarer Inhalt zu sehen sei.

Der Beschwerdegegner versuche, seine Programmplanung und Gegenprogrammierung mit lizenzvertraglichen Verpflichtungen zu rechtfertigen. Dabei sei zu beachten, dass die Ausstrahlungen gleicher Inhalte und deren Bewerbung in den Programmen der privaten Fernsehveranstalter auch einen Werbeeffect für den Beschwerdegegner haben, den dieser nutzen möchte. Der Beschwerdegegner habe großes Interesse daran, Sendungen jedenfalls zeitgleich mit privaten Fernsehveranstaltern zu senden, um die Zuseher in sein werbefreies Programm abziehen. Der Beschwerdegegner nehme dafür sogar höhere Lizenzpreise in Kauf, weil durch höhere Einschaltquoten Werbezeiten besser verkauft werden können.

### **1.5 Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen**

Am 12.04.2012 übermittelte der nichtamtliche Sachverständige *Woelke* das „Gutachten betreffend die Zuordnung von (TV-)Sendungen des Österreichischen Rundfunks zu den Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport im § 4 Abs. 2 ORF-G“.

Der Gutachter nahm zunächst eine Definition der Begriffe Information, Kultur, Unterhaltung und Sport vor. Nach seiner Auffassung lasse das ORF-G offen, was unter diesen Begriffen im Zusammenhang mit Fernsehprogrammen zu verstehen sei. Unklar sei, ob es sich bei den in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien um Begriffe zur Bezeichnung von Sendungsformaten, Sparten, Gattungen, etc. handle. Auszuschließen sei lediglich, dass mit den vier Kategorien Genres gemeint sind. Wie bei vielen sozialen Phänomenen handle es sich bei den Bezeichnungen Information, Unterhaltung oder Kultur (gelegentlich sogar Sport) um (Gattungs-)Begriffe, die durch vorhergehende Erfahrungen erworben werden und sich mit den soziokognitiven Ansprüchen von Menschen verändern. Diese Begriffe seien in konkrete, individuelle Handlungszusammenhänge eingebunden, die sowohl formale als auch inhaltliche Aspekte umfassen. Nach Auffassung des Gutachters sei für das Gutachten wesentlich, wie die Kategorien Information, Unterhaltung, Kultur und Sport allgemein bzw. im Diskurs um Fernsehprogrammangebote strukturiert seien und mit welchen Vorstellungen diese Kategorien in verschiedenen Sphären der Medienpraxis (Sender, Zuseher, andere Medien) in der Medienpolitik und -regulierung bzw. der von entsprechenden Institutionen beauftragten Medienforschung behandelt würden. Vor diesem Hintergrund habe der Gutachter versucht, eine Definition der Begriffe Information, Unterhaltung, Kultur und Sport anhand der Medienpraxis und im wissenschaftlichen Diskurs vorzunehmen.

Eine Durchsicht entsprechender Literatur habe gezeigt, dass der Begriff Information auf mindestens zwei Aspekte („Information als Begriff zur Kennzeichnung immaterieller/materieller Reize“ und „Information als Begriff zur Identifikation von Sendungsformaten“) verweise. Nach Auffassung des Gutachters sei der Begriff Information jedoch nicht hinreichend konsensualisiert, um bestimmte Fernsehprogrammangebote nach dem Inhalt zusammenzufassen und von anderen abgrenzen zu können. Weitgehend einheitlich werde der Begriff Information allerdings verwendet, wenn damit auf bestimmte Formate von Medienangeboten hingewiesen werde. Unter „klassische journalistische Formen der Information“ würden Sendungen im Fernsehen fallen, die der (journalistischen) Vermittlung sozialer Realität dienen und unter den Formatbezeichnungen Nachrichtensendungen, Magazinsendungen, Talk- und Diskussionssendungen, Reportagen, Dokumentationen oder Übertragungen von Ereignissen, die nicht Medienereignisse darstellen, geführt werden.

Ähnlich wie beim Begriff Information sei die Verwendung des Begriffs Unterhaltung nicht eindeutig. Zum einen werde der Begriff Unterhaltung als „Qualität des Rezeptionserlebens“

verstanden, zum andern werde der Begriff zur „Identifikation von Sendungsformaten“ verwendet. Wie für die Kategorie Information festgestellt, seien Ansätze auffindbar, die unabhängig vom Formataspekt – aufgrund von inhaltlichen Merkmalen – zu einer Einteilung von Sendungsangeboten unter die Kategorie Unterhaltung kommen. Aus Sicht des vorliegenden Gutachtens sei jedoch zu bedenken, dass solche Einteilungen die Kenntnis zusätzlicher inhaltlicher Merkmale voraussetzten und sich anhand von Angaben über Sendungsnamen nicht valide vornehmen ließen. In der wissenschaftlichen Programmforschung unstrittig zur Kategorie Unterhaltung gezählt würden fiktionale Darstellungen im Fernsehen, die Sendungen der Formate Spielfilme (Kino- und Fernsehspielfilme), Serien, Zeichentrick- und Animationsformate seien. Ebenso konsistent als Unterhaltung würden nonfiktionale Darstellungen in Sendungen folgenden Formats gewertet: Shows (Musik, Spiel-, Quiz-, Koch- etc.), Comedy, (politisches) Kabarett/Satire (mit Kommentierung zum Zeitgeschehen), Konzertübertragung, Gala, Revue und Call-In-Sendung als auch die sogenannten Reality-Formate (Casting-Shows etc., die bestimmten Spiel- und Experimentierregeln folgen). Bei den Hybridformatentwicklungen „Daily-Talk“, den Gerichts- und Personal-Help-Shows oder „Doku-Soap“ bzw. „fiktionale Dokumentation“ sei die Zuordnung in den wissenschaftlichen Programmstudien mittlerweile ebenfalls (nahezu) einheitlich: Von Fernsehveranstaltern explizit als „scripted“ ausgewiesene Sendungen des Formats „Doku-Soap“ oder „Dokumentation“ würden wie Gerichts- und Personal-Help-Shows sowie „Daily-Talks“ als nonfiktionale Unterhaltung bzw. als fiktionale Unterhaltung gewertet. Hingegen würden „Script-affine Sendungen“, die Formate von Informationssendungen („Dokumentation“, „Reportage“) übernehmen, „Coaching“ oder „Improvement“ als typische Handlungsmuster verfolgen, zahlreiche Hinweise auf Inszenierungen enthalten und von Fernsehveranstaltern nicht (explizit) als „scripted“ gekennzeichnet seien, in den wissenschaftlichen Programmstudien unterschiedlich behandelt und entweder dem Begriff Information oder Unterhaltung zugeordnet oder als „Unterhaltung und Information“ gekennzeichnet.

Der Begriff Kultur werde – auch wenn über die Struktur oder die systematische Einordnung des Begriffs Einigung herrsche – im wissenschaftlichen Diskurs verschieden verwendet. Nach Auffassung des Gutachters lasse sich weitgehend einheitlich feststellen, dass Kultur in der wissenschaftlichen Fernsehprogrammforschung (und damit anders als in der Programmstrukturanalyse) kein Begriff für die Einteilung von Sendungsformaten sei. In Bezug auf den Begriff Kultur als Bezeichnung eines gesellschaftlichen Phänomenbereichs habe sich der Begriff als Bezeichnung sämtlicher Praxen im Alltagshandeln von Menschen etabliert. Übertragen auf Fernsehprogrammangebote seien vom Begriff Kultur alle Darstellungen umfasst, die Handlungen von Menschen in ihrer Umwelt zeigen. Unter dieser Perspektive würde der Begriff nicht nur Darstellungen oder Inszenierungen bestimmter Institutionen (z.B. Theater, Oper), sondern sämtliche Inszenierungen in den öffentlichen Kommunikationsmedien (Musikshows, TV-Castingshows, TV-Gala) umfassen, aber auch sämtliche Darstellungen im Fernsehen, in denen Menschen in realen (oder inszenierten) Situationen des Alltags in den ihnen möglichen Mustern handeln. Eine weite Interpretation des Kulturbegriffs würden auch strukturell-funktionalistische bzw. funktionalistisch-strukturelle Systemtheorien, aber auch moderne Sozialtheorien nahelegen. Nach diesen Ansätzen lasse sich der Einwand, dass bestimmte Institutionen eher für Kultur sorgten und deshalb über eine gewisse Hoheit in diesem Bereich verfügten, nicht halten. Tatsächlich benötige die Thematisierung von Kultur stets einen Bezugspunkt in mindestens einem Teilsystem der Gesellschaft, weshalb in der Wissenschaft und Praxis auch von Konsumentenkultur, politischer Kultur, Kultur der Medien, einer Kultur des Sports, Gesprächskultur, Esskultur, etc. gesprochen werde. In der wissenschaftlichen Fernsehprogrammforschung sei Kultur in allen Einteilungen enthalten. Sie werde dort aber nicht erschöpfend behandelt.

Im Unterschied zum Kulturbegriff sei der Begriff Sport als Thema im Fernsehen soweit definiert bzw. werde in eigenen Sendungen exklusiv behandelt, dass der Begriff – wenngleich es sich nicht um einen Formatbegriff handle – für eine eigene Gruppe von

Fernsehsendungen stehe und dies in der Fernsehprogrammforschung konsensualisiert sei. Sport könne jedoch auch Gegenstand der fernsehpublizistischen Berichterstattung sein. Der Umfang der Kategorie Sport wäre bei Einteilungen von Programmangeboten nach der Sendungsform unterschätzt, wenn mit dem Begriff Sport der gesellschaftliche Teilbereich gemeint sei und damit neben eigenen Sendungen auch Beiträge in der fernsehpublizistischen Berichterstattung umfasse.

Im Anschluss an die Definition der Begriffe Information, Unterhaltung, Kultur und Sport legte der Gutachter die Untersuchungsschritte mehrstufiger wissenschaftlicher Fernsehprogrammstudien dar. Auf der ersten Analyseebene würde das innerhalb eines 24-Stunden-Sendetages ermittelte Gesamtangebot eines Programmveranstalters in die Basiselemente redaktionelle Sendungen und sonstige Sendungen aufgeteilt und deren zeitliche Anteile bestimmt. Auf der zweiten Analyseebene würde das ermittelte redaktionelle Angebot den Sendeeinheiten Information, Unterhaltung, Sport oder Jugend/Kinder zugeordnet. Der Begriff Sendeeinheit sowie die Tatsache, dass Formen Aspekte wesentlich für die Einteilung auf dieser Analyseebene seien, zeige, dass es sich bei der Unterscheidung in die Sendeeinheiten um Einteilungen handle, die – mit Ausnahme von Sport- (Inhaltskriterium), Kinder-/Jugend- (Format- und Zielgruppenkriterium) sowie religiösen Sendungen (Format- und Inhaltskriterium) – auf Formatunterschieden zwischen Sendungen beruhen. Um Missverständnisse zu vermeiden, würden manche Analysen zur Verdeutlichung der zweiten Analyseebene die Begriffe Unterhaltung oder Sport stets mit dem Zusatz „-sendung“ versehen und würde anstelle des Begriffs „Informationssendung“ der Begriff „fernsehpublizistische Sendung“ verwendet werden. Als dritte Analyseebene würden sich regelmäßig Untersuchungen der Informationsangebote eines Fernsehveranstalters nach dem Inhalt finden. Dazu würden alle der Sendeeinheit Information zugeordneten Sendungen einer Einteilung unterzogen. Ergebnis der Inhaltsanalyse von Angeboten aus dem Bereich Information seien die sogenannten Informationsraster bzw. die Themenschwerpunkte der Fernsehpublizistik. Einige wissenschaftliche Fernsehprogrammstudien seien um eine vierte Analyseebene ergänzt. Auf dieser Ebene würden in manchen Studien jene Informations-sendungsangebote ermittelt, die eine Regelmäßigkeit und einen festen Sendeplatz aufweisen und der politisch-gesellschaftlichen Information dienen. Das Ergebnis dieses Schrittes seien Aussagen zu den Leistungen tagesaktueller (Nachrichten)Sendungen im Hinblick auf den „Public Value“. In anderen Studien würden nicht im Wochen- oder Tagesintervall wiederholt ausgestrahlte fernsehpublizistische Sendungen hinsichtlich der Aktualität ihrer Berichterstattung untersucht und Beiträge mit tagesaktuellem, wochenaktuellem oder ohne aktuellen Anlass unterschieden. Schließlich würden manche Studien die Inhaltsanalyse fernsehpublizistischer Sendungen um eine Qualitätsanalyse ergänzen.

In der Folge nahm der Gutachter eine Zuordnungsprüfung der redaktionellen Sendungen des Beschwerdegegners (wobei der Gutachter das Wetter-Panorama, das TW1-Frühstücks-wetter sowie die statischen Teletexttafeln nicht als redaktionelles Programmangebot wertete) im Kalenderjahr 2010 und vom 01.01.2011 bis zum 31.08.2011 auf ORF eins sowie (auf einer Regionalvariante von) ORF 2 vor. Die Prüfung habe bei den von den Beschwerdeführern vorgelegten Sendungslisten angesetzt und diese mit denen des Beschwerdegegners aus der Programmstrukturanalyse verglichen. Sei eine Sendung von den Beschwerdeführern und dem Beschwerdegegner übereinstimmend der Kategorie Kultur bzw. Sport zugeordnet worden, habe das Gutachten keine eigene Beurteilung vorgenommen und die übereinstimmende Zuordnung übernommen. Dadurch sei es möglich gewesen, Aussagen im Hinblick auf die Kategorie Kultur zu treffen, obwohl sich eine Zuordnung fraglicher Sendungsangebote wegen des damit bezeichneten Inhalts allein auf Basis von Listen mit Sendungsnamen nicht über objektivierbare Kriterien begründen lasse. Gleiches treffe auf den Begriff Sport zu, der auf einen Inhalt von Fernsehsendungen bzw. Gegenstand der fernsehpublizistischen Berichterstattung verweise und daher als Programmbereich nicht allein aufgrund von Sendungslisten identifizierbar sei.

Wenn Sendungen von den Beschwerdeführern der Kategorie Information, Unterhaltung oder „Diverse“ bzw. „Sonstiges“ oder von den Beschwerdeführern und dem Beschwerdegegner nicht übereinstimmend den Kategorien Kultur bzw. Sport zugeordnet worden seien, habe das Gutachten eine neue, inhaltlich begründete Zuordnung vorgenommen. Referenzpunkt der Zuordnung zu den Kategorien Information und Unterhaltung sei das Format der Sendung gewesen. Nur hierfür sei vor dem Hintergrund der von den Parteien vorgelegten Sendungslisten eine wissenschaftlich begründbare Zuordnung im Sinne objektivierbarer Kriterien konsensualisiert. Inhaltliche (Qualitäts)Unterschiede, die mit den im § 4 Abs. 2 ORF-G angesprochenen vier Kategorien ebenso gemeint sein könnten, würden sich auf dieser Basis, d.h. ohne Kenntnis und genaue Durchsicht der Inhalte der Sendungen, nicht beurteilen lassen.

Der Gutachter habe die Prüfung der Zuordnung der Programmangebote zu den vier Kategorien sowie ergänzend zum Bereich „Werbung (Spots, Sponsorhinweise) & Trailer“ methodisch nach einer Programmsparten- bzw. Sendungsformatanalyse vorgenommen. Es sei ermittelt worden, ob eine strittige Sendung ein Format aufweise, das Angebote der Programmsparte Information oder (fiktionale bzw. nonfiktionale) Unterhaltung kennzeichne. Sofern der in den Sendungslisten aufgeführte Sendungsname keine eindeutige Zuordnung ermöglicht habe, seien ergänzende Informationen zu diesen Sendungen auf den Kundendienstseiten des Beschwerdegegners sowie in den Übersichten externer Programminformationsdienste (z.B. TV-Spielfilm, tv14.de etc.) hinzugezogen worden. Sendungen, für die sich auch unter Hinzuziehung dieser ergänzenden Quellen keine klärenden Informationen ermitteln habe lassen, seien keiner der vier Kategorien zugeordnet, sondern separat unter der Rubrik „keine Zuordnung möglich“ aufgeführt worden.

Als Ergebnis der Prüfung wies das Gutachten jeweils vier zusammenfassende Tabellen für die Zeiträume 01.01.2010 bis 31.12.2010 und 01.01.2011 bis 31.08.2011 auf, die Berechnungen der konkreten Anteile der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung, Sport sowie teilweise der Kategorien „Werbung (Spots, Sponsorhinweise) & Trailer“ und „keine Zuordnung möglich“ am Gesamtprogramm des Beschwerdegegners sowie den einzelnen Fernsehprogrammen enthielten. Darüber hinaus übermittelte der Gutachter als Bestandteil des Gutachtens Excel-Listen mit detaillierten Zuordnungen der einzelnen vom Beschwerdegegner im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ausgestrahlten Sendungen zu den genannten Kategorien.

Das Gutachten enthielt in seinen Punkten 4.2. bzw. 4.3. in Bezug auf die Programme ORF eins, ORF 2 und ORF SPORT+ für den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2010 unter anderem folgende zwei Tabellen [exklusive bzw. inklusive der Kategorie „Werbung (Spots, Sponsorhinweise) & Trailer“]:

Kategorie	ORFeins		ORF2		ORF SPORT+		ORFeins & ORF2 & ORF SPORT+	
	[sec]	[%]	[sec]	[%]	[sec]	[%]	[sec]	[%]
Information(ssendungen)	1.926.599	6,53	12.224.673	46,72	--	--	14.151.272	21,88
Unterhaltung(ssendungen)	23.330.913	79,14	11.646.110	44,51	--	--	34.977.023	54,07
Kultur'	32.715	0,11	2.152.346	8,23	--	--	2.185.061	3,38
Sport(sendungen)	4.191.746	14,22	137.661	0,53	9.036.000	100,00	13.365.407	20,66
keine Zuordnung möglich	304	0,00	3.863	0,01	--	--	4.167	0,01
Summe 2010 exkl. Werbung&Trailer	29.482.277	100,00	26.164.653	100,00	9.036.000	100,00	64.682.930	100,00

Kategorie / Bereich	ORFeins		ORF2		ORF SPORT+		ORFeins & ORF2 & ORF SPORT+	
	[sec]	[%]	[sec]	[%]	[sec]	[%]	[sec]	[%]
Werbung (Spots, Sponsorhinweise) & Trailer	2.048.648	6,50	5.362.375	17,01	--	--	7.411.029	10,28
Information(ssendungen)	1.926.599	6,11	12.224.673	38,78	--	--	14.151.272	19,63
Unterhaltung(ssendungen)	23.330.913	73,99	11.646.110	36,94	--	--	34.977.023	48,52
Kultur'	32.715	0,10	2.152.346	6,83	--	--	2.185.061	3,03
Sport(sendungen)	4.191.746	13,29	137.661	0,44	9.036.000	100,00	13.365.407	18,54
keine Zuordnung möglich	304	0,00	3.863	0,01	--	--	4.167	0,01
Summe 2010 inkl. Werbung&Trailer	31.530.925	100,00	31.527.028	100,00	9.036.000	100,00	72.093.959	100,00

Im Hinblick auf den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 enthielt das Gutachten in Bezug auf die Programme ORF eins, ORF 2 und ORF SPORT+ in seinen Punkten 4.2. bzw. 4.3. unter anderem folgende zwei Tabellen [exklusive bzw. inklusive der Kategorie „Werbung (Spots, Sponsorhinweise) & Trailer“]:

Kategorie	ORFeins		ORF2		ORF Sport+		ORFeins & ORF2 & ORF SPORT+	
	[sec]	[%]	[sec]	[%]	[sec]	[%]	[sec]	[%]
Information(ssendungen)	1.395.012	7,12	8.459.332	48,28	--	--	9.854.344	22,74
Unterhaltung(ssendungen)	15.839.052	80,82	7.693.623	43,91	--	--	23.532.675	54,29
Kultur'	25.091	0,13	1.276.959	7,29	--	--	1.302.050	3,00
Sport(sendungen)	2.337.858	11,93	91.222	0,52	6.224.400	100,00	8.653.480	19,97
Summe 2011 exkl. Werbung &Trailer	19.597.013	100,00	17.521.136	100,00	6.224.400	100,00	43.342.549	100,00

Kategorie / Bereich	ORFeins		ORF2		ORF Sport+		ORFeins & ORF2 & ORF SPORT+	
	[sec]	[%]	[sec]	[%]	[sec]	[%]	[sec]	[%]
Werbung (Spots, Sponsorhinweise) & Trailer	1.393.990	6,64	3.466.609	16,52	--	--	4.860.599	10,08
Information(ssendungen)	1.395.012	6,65	8.459.332	40,31	--	--	9.854.344	20,44
Unterhaltung(ssendungen)	15.839.052	75,46	7.693.623	36,66	--	--	23.532.675	48,82
Kultur'	25.091	0,12	1.276.959	6,08	--	--	1.302.050	2,70
Sport(sendungen)	2.337.858	11,14	91.222	0,43	6.224.400	100,00	8.653.480	17,95
Summe 2011 inkl. Werbung &Trailer	20.991.003	100,00	20.987.745	100,00	6.224.400	100,00	48.203.148	100,00

Schließlich wurde im Gutachten ermittelt, wie groß der auf das Programm ORF SPORT+ entfallende Anteil an allen Sportsendungen des Beschwerdegegners war. Das Gutachten kam in Bezug auf die Zeiträume 01.01.2010 bis 31.12.2010 bzw. 01.01.2011 bis 31.08.2011 zu folgenden Ergebnissen:

Kategorie	Sendeplatz	2010		2011	
		[sec]	Anteil an 'gesamt' [%]	[sec]	Anteil an 'gesamt' [%]
Sport(sendungen)					
	ORFeins	4.191.746	31,36	2.337.858	27,02
	ORF2	137.661	1,03	91.222	1,05
	ORF SPORT+	9.036.000	67,61	6.224.400	71,93
	gesamt (ORFeins/ORF2/ORF SPORT+)	13.365.407	100,00	8.653.480	100,00

Mit Schreiben der KommAustria vom 13.04.2012 wurde den Parteien das Gutachten samt Beilagen zur Stellungnahme binnen einer Frist von vier Wochen übermittelt.

## 1.6 Stellungnahme der Beschwerdeführer

Mit Schreiben vom 11.05.2012 übermittelten die Beschwerdeführer eine Stellungnahme zum Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen, die dem Beschwerdegegner mit Schreiben der KommAustria vom 15.05.2012 zur Kenntnis übermittelt wurde.

Zusammenfassend führten die Beschwerdeführer aus, dass sie die Methodik des Gutachtens weitgehend für überzeugend hielten. Die Ergebnisse würden – insbesondere soweit das Programm ORF eins betroffen sei – von den Berechnungen der Beschwerdeführer nur unwesentlich abweichen. Bei einzelnen Programmteilen würde jedoch der weitgehend auf formale Aspekte reduzierte Ansatz des Gutachtens zu objektiv unrichtigen Ergebnissen führen. In diesem Zusammenhang weise das Gutachten vereinzelt strukturelle Schwächen und daraus resultierend fehlerhafte Zuordnungen auf.

Konkret würden die wesentlichen Abweichungen zwischen den Berechnungen der Beschwerdeführer und den Ergebnissen des Gutachtens das Programm ORF 2 und die unterschiedlichen Zuordnungen der Sendungen dieses Programms zu den Kategorien Information und Unterhaltung betreffen. Im Hinblick auf die Kategorie Information würde eine bloße Einordnung nach der Formatbezeichnung für die Zwecke dieses Verfahrens nicht ausreichen. Es könne kein Zweifel daran bestehen, dass die Einordnung von Talk- und Diskussionssendungen sowie von Magazinsendungen auch und vor allem davon abhängt, welche Inhalte transportiert würden, wie diese aufbereitet würden, und ob die Aspekte der Information im Sinne der Vermittlung von nicht bereits zuvor rezipierten Inhalten gegenüber dem Aspekt der Unterhaltung, also dem (wenn auch nicht notwendigerweise positiven) Rezeptionserleben, in den Hintergrund träten. Aus dem Umstand, dass die gesetzliche Vorgabe in § 4 Abs. 2 ORF-G eine Präzisierung der Ausgewogenheit zur Erfüllung des öffentlichen-rechtlichen Auftrags sei, erhellte, dass eine bloß formale Zuordnung, die inhaltliche Kriterien vollständig außer Acht lasse, unzureichend bleiben müsse. Aufgrund der im Gutachten gewählten formalen Betrachtungsweise würden Sendungen der Kategorie Information zugerechnet werden, obwohl diese offensichtlich als Unterhaltungsprogramm einzustufen seien (z.B. Talk-Shows – Stöckl am Samstag, Barbara Karlich Show, Vera Exklusiv –, Society-Sendungen – Seitenblicke, Chili, Chili Backstage –, Magazinsendungen – Frühlings-, Sommer-, Herbst- und Winterzeit – oder Kochsendungen – Frisch gekocht, Jamie at home, Silent Cooking). Berücksichtige man diese Zuordnungsänderungen bei der Berechnung der Anteile der Kategorien am Gesamtprogramm des Beschwerdegegners, würden sich im Vergleich zu den Berechnungen im Gutachten geänderte Prozentsätze ergeben und der Anteil der Kategorie Unterhaltung am Gesamtprogramm sowohl für den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2010 als auch 01.01.2011 bis 31.08.2011 über 71 % liegen.

Unabhängig davon, ob der Beurteilung die im Gutachten ausgewiesenen Werte zugrunde gelegt würden oder die von den Beschwerdeführern berechneten geänderten Werte, sei der Anteil an massenattraktivem Unterhaltungsprogramm in den Programmen des Beschwerdegegners überproportional hoch und schließe ein so hoher Anteil an Unterhaltungsprogramm ein angemessenes Verhältnis der Kategorien zueinander aus.

## 1.7 Stellungnahme des Beschwerdegegners sowie Vorlage von Gutachten

Mit Schreiben vom 10.05.2012 brachte der Beschwerdegegner einen Fristerstreckungsantrag zur Stellungnahme zum Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen ein, der von der KommAustria am selben Tag genehmigt wurde. Mit einem weiteren Schreiben vom 25.05.2012 ersuchte der Beschwerdegegner um nochmalige Fristerstreckung zur Stellungnahme zum Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen an, welche ihm mit Schreiben der KommAustria vom selben Tag gewährt wurde.

Mit Schreiben vom 08.06.2012, am selben Tag bei der KommAustria eingelangt, übermittelte der Beschwerdegegner eine Stellungnahme zum Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen. Als Bestandteile seiner Stellungnahme legte der Beschwerdegegner unter anderem das Gutachten von *Prof. Dr. Kurt Imhof, Universität Zürich*, und *lic.phil. Esther Kamber* (im Folgenden: *Imhof/Kamber*) „Programmstrukturanalysen: Herausforderungen bei der Klassifizierung des Fernsehangebotes“ vom 30.04.2012, das Gutachten von *Dr. Michael Buß* (im Folgenden: *Buß*) „Über die ORF-Programmstrukturanalyse des ORF-Fernseh-Gesamtprogramms in den Jahren 2010 und 2011 (bis 31.08.)“ vom 01.03.2012 sowie eine Stellungnahme von *Buß* zum Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen vom 03.06.2012 vor.

### 1.7.1 Gutachten von *Imhof/Kamber* „Programmstrukturanalysen: Herausforderungen bei der Klassifizierung des Fernsehangebotes“

Das Gutachten von *Imhof/Kamber* sollte auf der Basis des bestehenden Instrumentariums die wichtigsten Herausforderungen von Programmstrukturanalysen skizzieren. Zunächst wurde im Gutachten festgehalten, dass die öffentliche Kommunikation drei Leistungsfunktionen (Forumfunktion, Legitimations- und Kontrollfunktion sowie Integrationsfunktion) habe. Diese drei Leistungsfunktionen seien von den Qualitätsansprüchen Vielfalt, Relevanz/Aktualität und Professionalität abhängig, damit die demokratische Selbststeuerung in modernen Gesellschaften möglich sei. Nach Auffassung der Gutachter sei eine Demokratie ohne eine öffentliche Kommunikation, in der diese Normen Geltung hätten, schlechthin nicht möglich.

Ergänzt durch spezifische Auflagen der Medienpolitik seien Programmstrukturanalysen auf diesen Grundlagen aufzubauen. Mit Blick auf den „Public Value“ des Fernsehens seien vorab die publizistischen Leistungen in Form der informationsvermittelnden, meinungsbildenden und wissensvermittelnden Publizistik wesentlich. Der Kern des „Public Value“ bilde daher eine Publizistik, die sich unter Kriterien wie Vielfalt, Relevanz/Aktualität und Professionalität mit den zentralen Handlungssphären der Gesellschaft, Politik und Wirtschaft, politisch relevanten Territorien sowie den zentralen Handlungssphären der kulturellen Reproduktion (Bildung, Wissenschaft, Religion, Medien, Kunst) auseinandersetze. Daran würden die länderspezifischen Definitionen des „Public Value“ bzw. die jeweiligen Vorgaben für den öffentlichen Rundfunk bezüglich der bildenden Wissensvermittlung, der Förderung kultureller Eigenproduktionen und des Kulturschaffens anschließen. Außerdem würden sich diese Vorgaben auf die Versorgung mit Sport und Unterhaltung beziehen. Überall gelte es schließlich, Regionen zu berücksichtigen und spezifische Zielgruppenprogramme (vor allem Kinderangebote) anzubieten.

Nach Auffassung der Gutachter mache der technische Medienwandel und der Anpassungsdruck eine Programmstrukturanalyse erforderlich, die flexibel genug sei, um die Entwicklung angemessen abbilden zu können. Gleichzeitig würden es die Liberalisierungs- und Gebührendebatte und die politischen Auflagen an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk unabdingbar machen, dass eine Programmstrukturanalyse auf den Leistungsfunktionen der Öffentlichkeit in demokratischen Gesellschaften beruhe.

Die vom Gesetzgeber formulierten Anforderungen an Fernsehveranstalter und die Programmforschung würden auf dem schwierigen Dualismus von Information und Unterhaltung sowie Kultur und Unterhaltung basieren. Beide Dualismen seien traditionell im Rundfunk verankerte Konzepte, seien aber durch hybride Sendetypen und die Bedeutungserosion bildungsbürgerlicher Kategorien zur Klassifizierung von Programmangeboten nicht mehr geeignet, Programmstrukturen angemessen abzubilden. Nach Auffassung der Gutachter leide der Begriffsgegensatz von Information und Unterhaltung an drei Defiziten. Erstens sei der Begriff Unterhaltung nicht ein Charakteristikum des Medienangebotes, sondern der Relation zwischen Rezipient und Inhalt. Zweitens seien diese Termini auf Rundfunkmedien fixiert und würden einem crossmedialen Vergleich der Leistungen der verschiedenen Mediengattungen entgegenstehen. Drittens würden sich die veränderten Darstellungsformen nicht mehr angemessen den klassischen Verständnissen von Unterhaltung und Information unterordnen lassen.

Die Konvergenz der Inhalte bei allen Mediengattungen, die Verbreitung hybrider Formate und die Anforderungen an eine umfassende Medienpolitik mache eine crossmedial anwendbare Programmstrukturanalyse notwendig, die den Dualismus von Information und Unterhaltung in ein Kontinuum verwandle, dessen Endpunkte durch die Begriffe „General Interest“ und „Human Interest“ bestimmt würden. Idealtypisch beziehe sich „General Interest“ auf Fragen sozialer Ordnung auf der Aggregationsebene von Gesellschaft und repräsentiere sich am stärksten im klassischen Informationsjournalismus kognitivnormativer Prägung über Themen öffentlichen Interesses, die alle etwas angingen. „Human Interest“ beziehe sich hingegen idealtypisch auf Gemeinschaft bzw. private Lebenswelten und repräsentiere sich am stärksten in der Vermittlung von Intimem in einem moralisch-emotionalen Modus.

Die Entwicklung von hybriden Sendungstypen habe zur Folge, dass der Sendungsinhalt vom Sendungsformat immer weniger abgeleitet werden könne. Klassische Informationsformate des „General Interest“ (z.B. Nachrichten, Magazine und Foren) würden nicht mehr nur Universal-, Kultur- und Sportpublizistik, sondern auch „Human Interest“-Inhalte vermitteln. Umgekehrt würden der Unterhaltung zugerechnete fiktionale und nonfiktionale Genres auch öffentlichkeitsrelevante Themen reflektieren. Unabdingbar für eine Programmstrukturanalyse sei daher die Berücksichtigung der Inhalte der Sendungen. Formate und Genres würden daher nur als erstes Unterscheidungsmerkmal dienen. Erst die Analyse der Inhalte der Sendungen könne die Kernbereiche des „Public Value“ im Programmangebot identifizieren.

Es gebe Sendungen, deren Produktion mit einer publizistischen Leistung verbunden sei und zum „General Interest“ gehören. Konkret würden diese Sendungstypen Universal-, Kultur- und Sportpublizistik vermitteln. Diese Publizistik stelle den Kern des „Public Value“ dar, in dem alle Leistungsfunktionen öffentlicher Kommunikation und die Qualitätsansprüche an die Vermittlungsleistungen von Bedeutung seien. Von diesen publizistischen Formaten seien Kultur- und Sportsendungen in präsentierender Form zu unterscheiden. Diese würden einen „Public Value“ darstellen, wenn sie an verallgemeinerungsfähigen Gehalten lebensweltlicher Perspektiven und Erfahrungshintergründen ansetzen, d.h. den „General Interest“ im gemeinschaftlichen und lebensweltlichen Bezug des „Human Interest“ spiegeln. Eine aussagekräftige Programmstrukturanalyse müsse also bei den präsentierenden Formen anforderungsreiche Unterscheidungen vornehmen. Von der Universal-, Kultur- und Sportpublizistik und der Kultur- und Sportpräsentation würden sich schließlich jene Programmangebote abgrenzen lassen, die teilweise eine publizistische Form aufweisen, aber inhaltlich Beratung und Boulevardinhalte vermitteln. Diese Inhalte würden sich vorwiegend auf Themen beziehen, in denen moralisch-emotionale Bezüge eine zentrale Rolle spielen. Im Zuge der Dualisierung des Rundfunks würden diese Inhalte teilweise aus der Universalpublizistik herausgelöst und in speziellen Informationsformaten aufbereitet werden (Promi-News). Umgekehrt sei beobachtbar, dass „Human Interest“-Inhalte innerhalb der Angebote der Universal-, der Kultur- und der Sportpublizistik massiv an Bedeutung gewonnen hätten. Beobachtungen zum Wandel der Medieninhalte würden darauf hindeuten, dass „Human Interest“-Inhalte an Gewicht gewinnen. Mit Blick auf den „Public Value“ des

öffentlich-rechtlichen Rundfunks gelte es die Verschiebung innerhalb dieses Kontinuums zu beachten.

In ihrem nächsten Schritt führten die Gutachter aus, dass die in Österreich durchgeführte Programmstrukturanalyse – ebenso wie in Deutschland und der Schweiz – auf einem zweistufigen Verfahren mit drei Analyseschritten beruhe. Auf der ersten Stufe werde im ersten Analyseschritt das redaktionelle Programmangebot identifiziert, indem die klar identifizierbaren Sendungen des Programms von bloßen Programmtrailern sowie Werbung und Teleshopping unterschieden würden. Aus den redaktionellen Sendungen würden im zweiten Analyseschritt sodann die religiösen Sendungen, Kindersendungen und Sportsendungen ausgeschieden. Der Rest des Programmangebotes werde – um dem Problem des Begriffsdualismus Information und Unterhaltung bzw. der Hybridität von Sendungen zu begegnen – in die Bereiche Fernsehpublizistik, fiktionale und non-fiktionale Unterhaltung unterteilt. Für diese Unterscheidung entscheidend seien die Formate bzw. Genres. Der Bereich Fernsehpublizistik umfasse sowohl Informations- als auch Unterhaltungsangebote. Um auf der zweiten Stufe die für den Public Value wesentlichen Inhalte untersuchen zu können, würden in einem dritten Analyseschritt die zuvor als Fernsehpublizistik erfassten Programmteile einer Beitragsanalyse unterzogen. Dabei werde zwischen öffentlich relevanten Themen (politische Themen und Sachthemen) und privat relevanten Themen (Lebensweltthemen und Human-Touch-Themen) unterschieden. Auf beiden Stufen dieser Programmstrukturanalyse zeige sich das Bestreben, die aus einer öffentlichkeits- und demokratietheoretischen Perspektive relevanten Sendungen bzw. Beiträge gegenüber „Human Interest“-Themen zu unterscheiden. Um den „Public Value“ im Kontinuum zwischen „General Interest“ und „Human Interest“ über die Zeit vergleichen zu können, sei ein vierter Analyseschritt notwendig, der von der Programmstrukturanalyse in Österreich nicht vorgenommen werde und eine über die Inhaltserfassung hinausgehende Beitragsanalyse voraussetze.

Nach Auffassung der Gutachter verhindere die bestehende Programmstrukturanalyse – aufgrund des Festhaltens am Dualismus von Information und Unterhaltung –, dass eine Diversifizierung des Programmangebotes in den Bereichen der Universalpublizistik (unter Einschluss der Kultur- und Sportpublizistik) festgestellt werden könne, die darin bestehe, dass Sendungen ausdifferenziert würden, die sich mit „General Interest“, auseinandersetzen. Darüber hinaus lasse sich – mangels einer über die Inhaltserfassung hinausgehenden Beitragsanalyse – auch nicht valide feststellen, inwieweit Sendungen, die traditionell der Vermittlung von „General Interest“ dienen mit „Human Interest“-Themen bestückt würden.

Nach Meinung der Gutachter würden entsprechend den Anforderungskriterien an den öffentlichen Rundfunk die vier Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zur Beurteilung des Programmangebotes nicht genügen. Einerseits sei der Dualismus von Information und Unterhaltung für eine Programmanalyse nicht geeignet. Schwierige Abgrenzungsprobleme zwischen Programmangeboten würden sich bei Verwendung der Begriffe Information, Unterhaltung, Kultur und Sport insbesondere zwischen den Begriffen Kultur und Unterhaltung finden. Andererseits würden die politischen Anforderungen, die Zielgruppen- und Fokusprogrammen besondere Bedeutung zuschreiben, quer zu den Kategorien einer auf Formate und Inhalte abstützenden Programmanalyse liegen. Programmanalysen müssten das Allgemeinprogramm von speziellen Programmangeboten unterscheiden und den „Public Value“ bewerten.

Nach Auffassung der Gutachter müssten Programmanalysen, um den Wandel der Programmstrukturen angemessen bewerten zu können, zunächst die redaktionellen Sendungen identifizieren. Die Untersuchung des redaktionellen Programms müsse dann das redaktionelle Allgemeinprogramm von den speziellen redaktionellen Programmangeboten unterscheiden. Im Anschluss daran müssten die Sendungen des jeweiligen redaktionellen Programms nach Form und Inhalt untersucht werden, damit der „General Interest“ der Universal-, Kultur- und Sportpublizistik sowie in Form der Kultur- und Sportpräsentation vom

„Human Interest“ unterschieden werden könne. Dafür sei es notwendig, sowohl die Formate, die Fernsehpublizistik vermitteln, zu identifizieren als auch die Programmangebote, die fiktionale und non-fiktionale Unterhaltung vermitteln, inhaltlich zu untersuchen, um die präsentierenden Kulturangebote vom „Human Interest“ abgrenzen zu können. Diese Beitragsanalyse müsse nicht nur den Inhalt aller Sendungen zusammen, sondern auch der einzelnen Sendungen zum Zweck eines Profilvergleichs dieser Sendungen ausweisen. Darüber hinaus müsse diese Inhaltsanalyse nicht nur die Inhaltsrelevanz erfassen, sondern auf der Basis aller Qualitätsnormen (Vielfalt, Relevanz, Aktualität und Professionalität) durchgeführt werden. Erst daraus würden die publizistischen Leistungen der für den Kern des „Public Value“ entscheidenden universellen Nachrichtensendungen transparent.

Die Zuordnungen der Programmkategorien zu den Bereichen Information, Kultur, Unterhaltung und Sport, wie sie anhand des Codeplanes der Arbeitsgemeinschaft TELETEST (AGTT) vorgenommen werde, liefere nach Meinung der Gutachter zurzeit keine ausreichende Grundlage, um das Programmangebot (unter Einschluss des Kultur- bzw. Unterhaltungsangebots) unter Abstützung auf politische Vorgaben einschätzen zu können.

Nach Ansicht der Gutachter bestehe eine zentrale Herausforderung der wissenschaftlichen Programmstrukturanalysen darin, die allgemein gehaltenen politischen Vorgaben (Ausgewogenheit und Unverwechselbarkeit) zu spezifizieren und mit den Qualitätsnormen (Vielfalt, Relevanz/Aktualität und Professionalität) in Beziehung zu setzen. Dabei sei klar, dass die Universalpublizistik unter Einschluss der Kulturpublizistik sowie die Kultur präsentierenden Sendungen von besonderer Bedeutung für den „Public Value“ seien.

Die Forderung nach einem „differenzierten Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport“ und einem „angemessenen Verhältnis“ sei nicht mit einem gleichgewichtigen Umfang der genannten Programmbereiche gleichzusetzen. Dies lasse sich damit begründen, dass Fokus- und Zielgruppenprogramme quer zu den vier genannten Kategorien stünden. Diese speziellen Programmangebote hätten keinen großen Umfang, würden aber einen besonderen Wert des „Public Value“ darstellen. Darüber hinaus müsse sich die Forderung nach einem „differenzierten Gesamtprogramm“ daran bemessen, ob insbesondere in den Bereichen der Universal- und der Kulturpublizistik auch vertiefende und fokussierte Sendungen zu Politik, Wirtschaft, Wissenschaft, Religion, Kunst, Medien und Bildung ausdifferenziert würden. Auch ein solches Kriterium lasse sich allein durch das Merkmal Umfang nicht feststellen.

Darüber hinaus entstehe nach Meinung der Gutachter ein ausgewogenes und unverwechselbares Gesamtprogramm auch durch die Berücksichtigung der in § 4 Abs. 1 Z 1 bis 19 ORF-G genannten Ziele. Bei umfangreichen Angeboten hinsichtlich Zielgruppen-, Bildungs- und Fokusprogrammen sei die Ausdifferenzierung unterschiedlicher Sendungen bezüglich Inhalt und/oder Format ein wichtiges Profilierungsmerkmal.

Im Vergleich von öffentlich-rechtlichen und privaten Fernsehveranstaltern müsse die Unverwechselbarkeit nach Meinung der Gutachter vorab mittels inhaltlicher Analysen von vergleichbaren publizistischen Angeboten unter Anwendung von Qualitätsnormen zum Ausdruck kommen, denn die Unverwechselbarkeit beziehe sich auch auf die Forderung, dass sich „Angebote in den Bereichen Information, Kultur und Wissenschaft“ durch „hohe Qualität auszeichnen“. Für die Untersuchung einer solchen Sendungsprofilierung sei es unerlässlich, gleiche Formate einander gegenüberzustellen. Hier dränge sich eine Auswahl auf, die tagesaktuelle Formate (Nachrichtensendungen) berücksichtige. Dadurch sei eine Profilierung von Nachrichtensendungen auch innerhalb des Angebots eines Fernsehveranstalters möglich.

Würden Spielfilme und Serien von unterschiedlichen Fernsehveranstaltern (auch zeitgleich) ausgestrahlt und sollte dies öffentlich-rechtlichen Fernsehveranstaltern aufgrund des Unverwechselbarkeitsgebots untersagt sein, müsste dies aus dem Gebot der

ressourcenintensiven Eigenproduktion und deren Programmierung an bestimmten Sendeplätzen begründet werden. Die Forderung nach einer „angemessenen Berücksichtigung und Förderung der österreichischen künstlerischen und kreativen Produktion“ müsse sich in einem präsentierenden Kulturangebot niederschlagen, das sich durch Eigen- bzw. Koproduktion auszeichne. Gerade die präsentierenden Kulturangebote aus Eigen- und Koproduktion müssten ein Profilierungskriterium hinsichtlich der Unverwechselbarkeit darstellen. Inwieweit das Gebot zur Eigen- und Koproduktion auch mit Vorschriften zu deren Programmierung an bestimmten Sendeplätzen verbunden werden solle, sei hingegen eine medienpolitische Frage.

Schließlich müsse eine dem Medienwandel angemessene Programmstrukturanalyse, die den „Public Value“ der öffentlich-rechtlichen Angebote bewertet, alle relevanten Informationsmedien der Gattungen Presse, Radio, Fernsehens und Online-Newssites berücksichtigen.

### **1.7.2 Gutachten von Buß „Über die ORF-Programmstrukturanalyse des ORF-Fernseh-Gesamtprogramms in den Jahren 2010 und 2011 (bis 31.08.)“**

Aufgabenstellung des Gutachtens von Buß sei die Frage gewesen, ob sich die vom Beschwerdegegner verwendete Programmstrukturanalyse zur Darstellung und Überprüfung eines differenzierten und ausgewogenen Fernseh-Gesamtprogramms vor dem Hintergrund gesetzlicher Pflichten eignet.

Der Gutachter legte zunächst die Historie der Programmstrukturanalyse des Beschwerdegegners dar und führte aus, dass seit dem 1. März 1981 kontinuierlich Fernseh-Nutzungsdaten für alle Sendungen der beiden Fernsehprogramme des Beschwerdegegners erhoben würden. 1983 seien Anpassungen bei der Programmstrukturanalyse vorgenommen und 1991 die elektronische Messung der Sehbeteiligung aller in- und ausländischen Programme durch die Projektgemeinschaft der Marktforschungsinstitute Ifes und Fessel-GFK begonnen worden. Die Systematik der Programmkategorien der Programmstrukturanalyse habe sich bis heute kaum verändert. Beispielsweise seien 2005 268 Kategorien verwendet worden. Ein derartiges Kategoriensystem dürfe jedoch nicht statisch sein, sondern müsse sich den jeweils veränderten Programmwirklichkeiten anpassen.

Im Juni 2005 sei die AGTT gegründet worden, an der die privaten Fernsehveranstalter und der Beschwerdegegner beteiligt seien. Als AGTT-Codeplan seien die 268 Programmcodes und die zugehörigen Programmfelder des Beschwerdegegners übernommen worden. Dies garantiere eine einheitliche Zuordnung von Sendungen sowohl beim Beschwerdegegner als auch bei den privaten Fernsehveranstaltern.

Aus methodologischer Sicht der empirischen Sozialwissenschaften sei eine Programmstrukturanalyse eine Sonderform der Inhaltsanalyse. Im Rahmen einer Programmstrukturanalyse werde ein Codebuch erstellt, das die Kategorien als detaillierte Definitionen dessen enthalte, was zugeordnet werden solle. Würden Fernsehsendungen codiert, sei die Standard-Analyseeinheit die Sendung. Um zu garantieren, dass alle Codierer die einzelnen Sendungen übereinstimmend codierten, müssten die vorgelegten Kategorien vollständig und trennscharf sein. Die Trennschärfe ergebe sich daraus, dass sich die Zuordnungen gegenseitig ausschließen.

In den Fernsehprogrammzeitschriften würden für die Sendungsbeschreibungen unterschiedliche Begriffe verwendet werden. Diese erläuternden Begriffe seien jedoch nur ansatzweise in der Lage, den Auswahl- bzw. kognitiven Systemen der Zuseher gerecht zu werden.

Nach Darlegung allgemeiner Informationen zu Programmstrukturanalysen und Ausführungen zur Programmstrukturanalyse in Deutschland bzw. zur Programmklassifikation in Europa befasste sich der Gutachter mit der Programmstrukturanalyse des Beschwerdegegners. Es

handle sich dabei um ein Verfahren, das sich auch mit der Akzeptanz des Angebots durch die Bürger befasste. Nach Auffassung des Gutachters entspreche die Programmstrukturanalyse des Beschwerdegegners den Anforderungen sowohl des ORF-G als auch den kommunikationswissenschaftlichen Anforderungen nach Reliabilität, Validität und Objektivität. Alle Zuordnungen seien nachvollziehbar und überprüfbar. Umgekehrt sei es wegen des notwendigen Abstraktionsniveaus einer Programmstrukturanalyse kaum möglich, aus z.B. nur vier Kategorien eine reale Programmplanung mit echten Sendungsformen und zugehörigen Inhalten vorzunehmen. Die Programmstrukturanalyse müsse sowohl zur Planung als auch zum Output-Controlling über längere Zeitabschnitte geeignet sein. Das System der Programmstrukturanalyse der AGTT sei dafür gut geeignet. Dadurch, dass die Programmstrukturanalyse nicht nur den Programmausschnitt einer Woche beschreibe, hätten selbst Großereignisse kein so starkes Gewicht, dass sich die über Jahre stabilen Ergebnisse der Programmstrukturanalyse stark verändern würden. Außerdem würden Regionalmutationen berücksichtigt; dies sei vor dem Hintergrund, dass das Volumen der Regionalausstiege beträchtlich sei, wesentlich.

Nachdem der Gutachter die Vorgehensweise der von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH für die Jahre 2009 und 2011 in Auftrag gegebenen „TV-Programmanalysen“ schilderte, verglich er diese mit der Programmstrukturanalyse des Beschwerdegegners. Aus Sicht des Gutachters sei eine der Stärken der Programmstrukturanalyse gegenüber den „TV-Programmanalysen“, dass die Programmstrukturanalyse bereits 1981 mit der Datenbereitstellung begonnen habe. Hinzu komme, dass die Daten bei der Programmstrukturanalyse kontinuierlich erhoben und täglich bereitgestellt würden und es sich um eine Vollerhebung der Daten (ein Jahr) handle. Bei der Programmstrukturanalyse würden außerdem alle Sendungen codiert, weshalb auch Sondersendungen und regionale Auseinandersetzungen bzw. Fensterprogramme erfasst seien. Die Programmstrukturanalyse entspreche den Anforderungen an ein Qualitätssicherungssystem iSd ORF-G und würde die Codierung von einem unabhängigen Marktforschungsunternehmen durchgeführt. Schließlich würden die verwendeten Kategorien von den Zusehern verstanden, sei das Vorgehen im Rahmen der Programmstrukturanalyse mit den privaten Fernsehveranstaltern abgestimmt und könne die Zuordnung von allen Fernsehveranstaltern nachvollzogen und überprüft werden. Im Unterschied zu den „TV-Programmanalysen“ würden jedoch bei der Programmstrukturanalyse nur Sendungen, die aus klar getrennten Elementen bestünden, getrennt codiert, weil es sich um eine reine Sendungscodierung und keine Inhaltsanalyse handle.

Die Programmstrukturanalysen des Programms des Beschwerdegegners für die Jahre 2010 und 2011 hätten auf Vergleichsebene der Prozentwerte der verwendeten Kategorien keine großen Veränderungen ergeben. Die Prozentwerte würden lediglich um einen Prozentpunkt voneinander abweichen.

Der Gutachter kam zu dem Schluss, dass die Beibehaltung der Programmstrukturanalyse seitens des Beschwerdegegners die richtige Entscheidung gewesen sei. Wären nur vier Kategorien verwendet worden, wäre die Wahrscheinlichkeit der falschen Zuordnung bei jährlich ca. 160.000 Sendungen um ein Vielfaches größer. Die heutige Programmvielalt erlaube es aufgrund der unzähligen Übergangsbereiche von Formen und Inhalten nicht, mit einer geringeren Kategorienzahl zu arbeiten. Die Programmstrukturanalyse sei sowohl für das senderinterne Programmcontrolling als auch die Evaluation der Angebote gegenüber dem Publikum, den Gremien und Aufsichtsbehörden geeignet.

### **1.7.3 Stellungnahme von *Buß* zum Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen**

In seiner Stellungnahme zum Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen *Woelke* führte *Buß* zunächst aus, dass die im ORF-G genannten vielfältigen Programmaufgaben aus medienwissenschaftlicher Sicht kaum erfüllbar wären, wenn sie quantitativ jeweils isoliert

voneinander für zwei Fernsehvollprogramme, ORF eins und ORF 2 (und ein zusätzliches Spartenprogramm ORF SPORT+) verstanden und kontrolliert würden.

Dem Gutachter sei zuzustimmen, dass die Begriffe Information, Kultur, Unterhaltung und Sport im Gesetz unerklärt blieben und damit unbestimmt seien. Der Gutachter habe jedoch nicht einmal den Versuch unternommen, die Kriterien zu benennen, obwohl dies zu den Standardmethoden einer Inhaltsanalyse gehöre. Die zentrale Aufgabenstellung einer Inhaltsanalyse sei die theorie- und empiriegeleitete Kategorienbildung, also die Entwicklung eines Codebuchs. Die Regelungen des Codebuchs würden der wissenschaftlichen Eingrenzung des Untersuchungsziels dienen und seien mit dem Auftraggeber abzustimmen. Auf der Grundlage des erstellten Codebuchs hätten die Codierer das zu untersuchende Sendematerial des Beschwerdegegners den Kategorien zuordnen müssen. Bei diesem Vorgehen hätten die Codierer auch die Sendungen, die von den Parteien unterschiedlich und/oder abweichend von § 4 Abs. 2 ORF-G kategorisiert worden seien, besonders kennzeichnen und verarbeiten können. Dieses Vorgehen hätte eine kritische Prüfung der Entscheidungsregeln, die im Codebuch dokumentiert worden wären, ermöglicht. Die auf diese Weise sach- und fachgerecht erstellte Inhaltsanalyse hätte schließlich auch die erforderlichen sozialwissenschaftlichen Qualitätskriterien aufweisen müssen, die geeignet seien, die Validität und Reliabilität der Zuordnungen zu belegen. Statt dieser Vorgehensweise habe der Gutachter jedoch mehrstufige Fernsehprogrammanalysen verwendet, die in die Irre führten.

Die privaten Fernsehveranstalter hätten sich mit dem Beschwerdegegner auf die Anwendung des AGTT-Codeplanes geeinigt, weshalb es verwunderlich sei, dass die Beschwerdeführer eine vom einvernehmlichen Verfahren teilweise abweichende Klassifizierung vorgenommen hätten. Die Programmstrukturanalyse möchte durch ihre Kennzeichnungen statistische Betrachtungen ermöglichen. Das Verfahren beruhe auf einer wissenschaftlichen Grundlage und habe über Jahrzehnte bewiesen, dass es für die zuständigen Aufsichtsgremien und die praktische Arbeit von großem Nutzen sei. Die Methode der Programmstrukturanalyse sei aber nicht in der Lage, absolute und allgemein gültige Aussagen über das Fernsehprogrammangebot zu machen.

Wenn bestimmte Kategorien des AGTT-Codeplanes nicht mehr wie bisher eingesetzt würden, müsse ein neues Modell erstellt werden. Der Gutachter hätte wissen müssen, dass das bisher einvernehmlich verwendete Modell unter den veränderten Bedingungen für die spezielle Fragestellung nicht mehr verwendbar sei. Er hätte somit nicht unterstellen dürfen, dass der Beschwerdegegner die übrig gebliebenen Kategorien weiterhin genauso einsetzen würde. Bei einer veränderten Fragestellung müssten Codeplan und Kategorien angepasst werden. Grundsätzlich müsse bei Fragestellungen nach spezifischen anderen Programmdimensionen, die bisher nicht Gegenstand der Programmstrukturanalyse gewesen seien, geprüft werden, welche zusätzlichen Variablen in den Codeplan zu integrieren seien. Der Gutachter hätte die Zuordnung jener Sendungen, die von den Parteien gleichen Kategorien zugeordnet wurden, nicht ungeprüft übernehmen dürfen. Er habe gewusst, dass die Programmstrukturanalyse in diesen Fällen seiner Einordnungsgrundlage beraubt worden sei, weil (zu viele) Bausteine zuvor aus dem Gesamtsystem herausgenommen worden seien.

Auch die zusätzlichen Ansätze der Methodik des Gutachters seien nicht weiterführend und würden schwerwiegende Fehler aufweisen. Eine Stichentscheidung zwischen den strittigen Sendungszuordnungen durch die Parteien könne nicht mit den Formatangaben der Sendung begründet werden. Das Gutachtensergebnis habe außerdem die Grundlage der vier Kategorien verlassen und die Kategorienanzahl auf fünf („keine Zuordnung möglich“) bzw. sechs („Werbung [Spots, Sponsorhinweise] & Trailer“) erhöht. Darüber hinaus sei die im Gutachtensauftrag vorgegebene Berechnungsbasis (Minuten) nicht eingehalten worden. Durch die vom Gutachter gewählte Sekundenangabe werde die Übersichtlichkeit der Tabellen unnötig erschwert. Schließlich lasse der Gutachter die neutrale Grundeinstellung

des objektiven Forschers vermissen. Wesentlich seien ausschließlich die Interessen der Zuseher, die seit den achtziger Jahren vom Beschwerdegegner erhoben würden.

Zusammenfassend kam *Buß* zu dem Ergebnis, dass das Gutachten die Fragestellungen des Gutachtensauftrages nicht zielführend beantwortet habe. Insbesondere lasse das Gutachten die Aufarbeitung der wissenschaftlichen Grundlagen vermissen. Allerdings gestatte die empirische Sozialforschung und die Medienwissenschaft hierbei auch grundsätzlich keine vorschnelle Antwort.

#### **1.7.4 Stellungnahme des Beschwerdegegners**

##### **1.7.4.1 Zur behaupteten Verletzung des § 4 Abs. 2 ORF-G**

In Bezug auf die behauptete Verletzung des § 4 Abs. 2 ORF-G führte der Beschwerdegegner aus, das Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen könne nur aufzeigen, dass eine kohärente Programmanalyse auf Basis der vom Gutachter genutzten Informationen nicht möglich sei. Das Gutachten entspreche nicht dem Stand der wissenschaftlichen Fernsehprogrammforschung und stelle keine valide Basis dar, anhand der rechtliche Vorgaben insbesondere zum angemessenen Verhältnis von Inhaltsanteilen beurteilt werden könnten. Zur Dokumentation und Methodik des Gutachtens führte der Beschwerdegegner aus, dass die Tabellen im Text des Gutachtens kaum mit den vom Gutachter zu den einzelnen Kategorien erstellten Excel-Listen vergleichbar seien. Darüber hinaus seien Aufbau und Format der Excel-Listen unsystematisch und würden sich keine ausformulierten Codieranweisungen oder Angaben von Qualitätskriterien finden.

Das Gutachten weise Sendungen des Beschwerdegegners lediglich den Kategorien Information und Unterhaltung zu, dies würde dazu führen, dass das Gesamtprogramm des Beschwerdegegners nur aus diesen zwei Kategorien bestehe. Sendungen in den Kategorien Kultur und Sport würden im Gutachten nur dann ausgewiesen, wenn diese von den Parteien übereinstimmend diesen Kategorien zugewiesen worden seien. Dabei übersehe das Gutachten jedoch, dass es keine übereinstimmenden Zuordnungen durch die Beschwerdeführer und den Beschwerdegegner gebe, da die Zuordnungen des Beschwerdegegners nur dann sinnvoll seien, wenn sie in das bestehende Kategorienschema der Programmstrukturanalyse eingebettet würden. Unter Bezugnahme auf die Stellungnahme von *Buß* führte der Beschwerdegegner aus, dass das Gesamtsystem der Zuordnung der Programmstrukturanalyse überdacht werden müsste, wenn das Vier-Kategorien-Schema übernommen würde. Das Gutachten hätte sich nicht darauf beschränken dürfen, übereinstimmende Zuordnungen der Parteien zu übernehmen und strittige Zuordnungen nur zu den Kategorien Information und Unterhaltung vorzunehmen.

Im Hinblick auf die Frage der anzuwendenden Kategorien führte der Beschwerdegegner unter Bezugnahme auf die Gutachten von *Imhof/Kamber* sowie *Buß* aus, dass entsprechend den zahlreichen Anforderungskriterien an den öffentlichen Rundfunk ein Vier-Kategorien-Schema zur Beurteilung des Programmangebotes des Beschwerdegegners nicht genügen könne. Fernsehprogrammstudien, insbesondere zu Programmen der öffentlich-rechtlichen Veranstalter, seien darauf ausgerichtet, die Frage zu beantworten, ob Programme den differenzierten öffentlich-rechtlichen Aufträgen entsprächen; sie sollten den „Public Value“ sichtbar machen. Ein Vier-Kategorien-Schema würde Vielfalt nicht abbilden, sondern reduzieren, Zielgruppenbedürfnisse vernachlässigen, Relevanz (Aktualität) ausblenden und Professionalität sowie Regionalität unberücksichtigt lassen.

Darüber hinaus sei zu beachten, dass die öffentlich-rechtlichen Aufträge in einem komplexen Spannungsverhältnis der wechselseitigen Beeinflussung stünden. Der Beschwerdegegner habe sich an der Vielzahl der programmgestalterischen Ziele des § 4 Abs. 1 ORF-G zu orientieren, die letztlich in einem differenzierten und ausgewogenen Gesamtprogramm (§ 4

Abs. 2 und 3 ORF-G) münden sollten. Die Bildung von lediglich vier Kategorien entspreche weder dem ORF-G noch dem Stand wissenschaftlicher Fernsehprogrammforschung.

Konkret führte der Beschwerdegegner zum ersten vom Gutachter vorgenommenen Analyseschritt aus, dass es sich entgegen der Auffassung des Gutachters bei den Sendungen Wetter-Panorama und „Text Aktuell“ um redaktionelle Sendungen handle. Nach Auffassung des Beschwerdegegners sei bei der Analyse außerdem zu beachten, dass gerade die Qualität der Programme des Beschwerdegegners die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags und den „Public Value“ transparent mache. Das Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen lasse weitere diesbezügliche Analyseschritte vermissen.

Entgegen den Ausführungen des Gutachters gehe es dem Gesetzgeber nicht darum, dass der Beschwerdegegner bestimmte (Informations-, Kultur-, Unterhaltungs- oder Sport-) Formate (in einem angemessenen Verhältnis) anbiete, sondern darum, dass der Beschwerdegegner bestimmte Inhalte (in einem angemessenen Verhältnis) transportiere. Den demokratischen und kulturellen Zielen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks entspreche es sogar bestmöglich, in derselben Sendung möglichst vielfältige Inhalte zu vermitteln. Die Zuordnung einer ganzen Sendung zu lediglich einer von vier Kategorien führe dazu, dass Inhalte anderer Kategorien in der Sendung nicht mehr aufscheinen könnten. Das Format einer Sendung spiegle den konkreten Inhalt der Sendungen für eine Zuordnung in einem Vier-Kategorien-Schema nur unzureichend wider. Eine inhaltliche Analyse setze eine begriffliche Auseinandersetzung mit den Kategorien Information, Unterhaltung, Kultur und Sport voraus. Es sei von einem weiten und einander überschneidenden Begriffsverständnis auszugehen.

Der Beschwerdegegner habe in seiner Programmstrukturanalyse einen sehr engen Kulturbegriff gewählt. Dies liege einerseits daran, dass ein ausdifferenziertes und exklusives Kategoriensystem gewählt worden sei, andererseits wurzele die Begriffsbildung in einer klassischen Unterscheidung von Hochkultur und Populärkultur. In einem Vier-Kategorien-Schema müsse jedoch die Zuordnung konkreter (Kultur-) Inhalte neu ausgerichtet werden. Ein zeitgemäßer Kulturbegriff umfasse, abgesehen von der Hochkultur, auch andere Bereiche. Auch viele internationale Übereinkommen würden ebenso wie Rundfunkgesetze anderer Länder von einem weiten Kulturbegriff ausgehen. Darüber hinaus lasse sich auch aus dem ORF-G ableiten, dass dieses grundsätzlich von einem weiten Kulturbegriff ausgehe. Da der Beschwerdegegner "ein differenziertes Gesamtprogramm von ... Kultur ... für alle" anzubieten habe, sei es nicht angebracht, in einer qualitativen Differenzierung zwischen Kulturausprägungen "elitär" oder "volkstümlich", "staatstragend" oder "subversiv-gegenkulturell", "feinsinnig" oder "vergrößernd", "intellektuell" oder "emotional", "nüchtern-distanziert" (Information über Kultur) oder "eigener Kulturproduktion" zu unterscheiden.

Es könne nach Meinung des Beschwerdegegners zwischen einem engen, mittleren und weiten Kulturbegriff unterschieden werden. Dem engen und mittleren Kulturbegriff seien Berichte über und die Produktion von Kunst/Kultur/Literatur/Theater/Sprachen/Design/Architektur usw., Werke der Filmkultur (gesellschaftskritische Filme, Literaturverfilmungen, Experimentalfilme, Portraitfilme), ernste Musik (z.B. Klassik, avantgardistische Musik, Jazz), Darstellende Kunst, Kabarett/Satire/Comedy, Regionale Kultur und Brauchtum, Alltags- und Stadtkultur, Kirche und Religion sowie Wissenschaft und Zeitgeschichte (einschließlich Technik, Recht, Medizin) zuzurechnen. Zu beachten sei darüber hinaus, dass es auch kulturrelevante Inhalte in Sendungen, die einer der anderen Kategorien zugeordnet seien, gebe, die im Rahmen einer auf Beiträge abstellenden Zuordnung auch dem Kulturbegriff zuzuordnen seien. Demgegenüber umfasse der weite Kulturbegriff populäre Musik oder Karneval/Nonsens sowie bestimmte weitere fiktionale Genres (Serien und Filme), unter Berücksichtigung auch der Produktionsart und ihres Regionalbezugs.

Der Beschwerdegegner habe aufgrund des gegenständlichen Verfahrens versucht, jene Sendungen und Inhalte zu identifizieren, die aufgrund eines erweiterten Kulturverständnisses

zusätzlich der Kategorie Kultur zuzurechnen seien. Der Beschwerdegegner komme unter Zugrundelegung eines engen bzw. mittleren Kulturbegriffs für den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2010 für die beiden Programme ORF eins und ORF 2 exklusive Werbung auf einen Kulturanteil von 14,4%. Inklusive des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ ergebe sich exklusive Werbung ein Kulturanteil von 12,6 %. Für den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 ergebe sich für die beiden Programme ORF eins und ORF 2 exklusive Werbung ein Kulturanteil von 13,5 % bzw. inklusive dem Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ exklusive Werbung ein Kulturanteil von 11,7 %.

Der Stellungnahme wurde eine „Sendungsliste zum mittleren Kulturbegriff für die Programme ORF eins und ORF 2 in den Jahren 2010 und Jän-Aug 2011“ beigelegt, die Sendungen aus den Bereichen „dedizierte Kultursendungen“, „Länder und Regionen (bzw. Mensch/Gesellschaft/Kultur in diesen)“, „Sendungen über bzw. als Veranstaltungen mit kulturellem Charakter“, „Filmkultur (enger Kulturbegriff)“, „Fernsehkultur“, „Zeitgeschichte“, „Theater/Kabarett/Satire“, „Kultur und Kulturtechniken“, „Wissenschaft (einschließlich Bildung, Technik, Recht, Medizin)“ und „Diskussionsendungen“ enthielt.

Die Auswertung des weiten Kulturbegriffs – die nicht alle Sendungen berücksichtigt habe – habe demgegenüber für den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2010 für die beiden Programme ORF eins und ORF 2 exklusive Werbung zu einem Kulturanteil von 20,6 % geführt. Inklusive des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ ergebe sich exklusive Werbung ein Kulturanteil von 18 %. Die Berechnungen für den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 haben für die beiden Programme ORF eins und ORF 2 exklusive Werbung einen Kulturanteil von 19,9 % bzw. inklusive dem Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ exklusive Werbung einen Kulturanteil von 17,3 % ergeben.

Die vom Beschwerdegegner vorgelegte „Sendungsliste zum mittleren Kulturbegriff für die Programme ORF eins und ORF 2 in den Jahren 2010 und Jän-Aug 2011“ enthielt in Bezug auf den weiteren Kulturbegriff Sendungen aus den Bereichen „Volkstümliches/Musiksendungen/Karneval“, „Fernsehfonds“ und „§ 31 Abs. 12 Z 2 lit. b ORF-G (gemeint wohl: § 31 Abs. 11 Z 2 lit. c ORF-G)“.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer in ihrer letzten Stellungnahme sei dem Gutachter nach Meinung des Beschwerdegegners nicht entgegenzutreten, wenn er Talk-Shows sowie Magazine und Servicesendungen (z.B. Stöckl am Samstag, Jahreszeit) der Kategorie Information zurechne. Es sei im Rahmen einer Zuordnung von Sendungsformaten nachvollziehbar und nicht zu beanstanden, wenn diese Sendungen nicht der Kategorie Unterhaltung zugeordnet würden.

#### **1.7.4.2 Zur behaupteten Verletzung des § 4 Abs. 3 ORF-G**

Der Beschwerdegegner geht davon aus, dass für die Beurteilung der Unverwechselbarkeit seines Programms die nachgewiesene Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Betracht zu ziehen bzw. auch anhand der Anwendung von Qualitätsnormen zu bestimmen sei. Dabei sei das Ergebnis einer solchen Beurteilung im Rahmen der Unverwechselbarkeit auch mit dem Stand der Qualität im Privatrundfunk zu vergleichen.

#### **1.8 Stellungnahme der Beschwerdeführer**

Mit Schreiben vom 18.07.2012, bei der KommAustria am selben Tag eingelangt, übermittelten die Beschwerdeführer eine weitere Stellungnahme, die dem Beschwerdegegner mit Schreiben der KommAustria vom selben Tag übermittelt wurde.

Die Beschwerdeführer führten ergänzend unter anderem aus, dass der Beschwerdegegner versuche, das in weiten Teilen überzeugende Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen zu untergraben, indem er nunmehr im Rahmen des Verfahrens selbst

vorgenommenen Zuordnungen, die im Übrigen den auch für interne Zwecke offenbar seit Jahren gehandhabten Gepflogenheiten entsprochen hätten, nunmehr verändere. Konkret wurde von den Beschwerdeführern ausgeführt:

### **1.8.1 Zur behaupteten Verletzung des § 4 Abs. 2 ORF-G**

Nach Auffassung der Beschwerdeführer sei es offensichtlich Ziel der Stellungnahme des Beschwerdegegners, die von ihm als für seinen Standpunkt nachteilig angesehenen Ergebnisse des Gutachtens des von der KommAustria bestellten Gutachters in Zweifel zu ziehen. Der dafür gewählte Weg sei allerdings zumindest ungewöhnlich. Der Beschwerdeführer unternehme seine Beweisführung mit Hilfe von kommunikationswissenschaftlichen Stellungnahmen, die – wie schon die jeweiligen Titel der Untersuchungen zeigen – mit dem Gegenstand des Verfahrens bestenfalls am Rande zu tun hätten.

Die Beschwerdeführer hätten die vom Beschwerdegegner auch für seine Programmstrukturanalyse verwendeten Basisdaten des AGTT-Teletests in erster Linie deshalb als Basis ihrer Analyse herangezogen, weil damit eine Grundlage für die Zuordnung zu den einzelnen Kategorien des § 4 Abs. 2 ORF-G gegeben gewesen sei. Die detaillierte Programmcodierung habe dabei bloß eine untergeordnete Rolle gespielt, indem aufgrund der Codierung mitunter ein Indiz für die Zuordnung bereits vorgelegen sei. Dies habe letztendlich auch dazu geführt, dass in weiten Bereichen übereinstimmende Zuordnungen durch die Beschwerdeführer und den Beschwerdegegner vorgenommen worden seien.

Die Beschwerdeführer seien weder der Ansicht, dass eine – zumindest in erster Linie – formale Zuordnung aufgrund der Sendungskategorisierung die einzige Möglichkeit sei, um eine brauchbare Sachverhaltsgrundlage für die Beurteilung, ob der Beschwerdegegner die Voraussetzung des § 4 Abs. 2 ORF-G erfüllt, zu erlangen, noch würden sie in Zweifel ziehen, dass die vom Beschwerdegegner durchgeführte Programmstrukturanalyse ihre Berechtigung habe. Die Programmstrukturanalyse sei allerdings für die Zwecke dieses Verfahrens nicht geeignet.

Die Ausführungen des Beschwerdegegners würden letztendlich darauf abzielen, dass eine Überprüfung des angemessenen Verhältnisses anhand der Programmkategorien des § 4 Abs. 2 ORF-G nur möglich sei, wenn zusätzlich zu einer detaillierten inhaltlichen Analyse der einzelnen Sendungen sogar innerhalb von einzelnen Sendungen nicht nur auf Beitragsebene, sondern offenbar sogar innerhalb von Beiträgen, eine Aufteilung auf die einzelnen Kategorien vorgenommen werde. Abgesehen davon, dass eine solche Zuordnung stark von dem subjektiven Verständnis desjenigen geprägt wäre, der die Zuordnung vornehme, wäre der damit verbundene Aufwand unverhältnismäßig und über einen aussagekräftigen Zeitraum hinweg praktisch nicht durchführbar. Nachdem dem Gesetzgeber nicht zugesonnen werden könne, eine unanwendbare Bestimmung geschaffen zu haben, scheidet das Verständnis des Beschwerdegegners insoweit aus.

Nach Auffassung der Beschwerdeführer werde die Methodik des Gutachtens des nichtamtlichen Sachverständigen ausführlich erklärt und sei diese angesichts des Gutachtensauftrags nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners gehe der Gutachter keinesfalls davon aus, dass das Gesamtprogramm des Beschwerdegegners nur aus zwei Kategorien bestehe.

Der Beschwerdegegner habe umfangreiche Sendelisten zur Programmstruktur seines Fernsehprogramms vorgelegt, in denen die einzelnen Sendungen den in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Programmkategorien und einigen weiteren, dort nicht genannten zusätzlichen Kategorien zugeordnet worden seien. Es sei nunmehr nicht nachvollziehbar, wieso sich an der Zuordnung einer bestimmten Sendung zu einer im Gesetz vorgesehenen Kategorie etwas ändern solle, wenn für die Zwecke der Prüfung der Einhaltung der Vorgaben des § 4 Abs. 2 ORF-G Sendungen, die vom Beschwerdegegner im Rahmen der Programmstruktur-

analyse den dort gebildeten, zusätzlichen Programmkategorien zugeordnet worden seien, ebenfalls zu den Kategorien Information, Unterhaltung, Kultur oder Sport zugeordnet würden.

Die Beschwerdeführer würden nicht bestreiten, dass es zwischen den einzelnen in § 4 Abs. 2 ORF-G vorgegebenen Kategorien Überschneidungsbereiche gebe. Daraus ergebe sich zwangsläufig, dass es bei der Zuordnung zu gewissen Abweichungen aufgrund von subjektiver Einschätzung komme. Im Rahmen der Ermittlung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts komme es jedoch nicht auf eine rechnerische Genauigkeit des angemessenen Verhältnisses an. Nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Überlegungen der Rundfunkfreiheit wäre eine allzu starre Vorgabe wohl problematisch, sodass im Rahmen der rechtlichen Beurteilung durch die KommAustria bei der Interpretation der Angemessenheit des Verhältnisses zweifellos eine gewisse Bandbreite zugrunde zu legen sei, die auch geringfügige Abweichungen, die durch subjektiv erklärbar, unterschiedliche Zuordnungen entstünden, im Rahmen des der Behörde obliegenden Ermessens berücksichtigen könne.

Nach Auffassung der Beschwerdeführer stelle die Angemessenheit des Verhältnisses gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G einen Aspekt dar, der im Rahmen der Auftragserfüllung gewährleistet werden müsse und insofern auch losgelöst von der Auftragserfüllung in anderen Aspekten überprüfbar sein müsse. Die Frage der Angemessenheit des Verhältnisses sei – jedenfalls nicht in erster Linie – eine Qualitätsfrage. Auch die Ausführungen des Beschwerdegegners zu unterschiedlichen Möglichkeiten der Definition des Kulturbegriffes seien wenig bedeutsam, da die Abweichungen der jeweiligen Zuordnungen im Bereich von Kultur auf der Basis der dem Gutachten zugrundeliegenden Daten für die Entscheidung nicht relevant seien. Die Neuberechnung des Kulturanteils unter Zugrundelegung der unterschiedlichen Kulturbegriffe sei überdies mangels Offenlegung der Berechnungsgrundlagen nicht nachvollziehbar. Eine vollständige inhaltliche Überprüfung, die auch eine Aufteilung von einzelnen Sendungen nach Kategorieanteilen erfasse, sei jedenfalls für eine objektive quantitative Erfassung im Rahmen der Rechtsaufsicht der KommAustria unbrauchbar.

Der Beschwerdegegner erachte das im Übrigen durchwegs kritisierte Gutachten nur in jenen Bereichen als zutreffend, in denen der Gutachter einzelnen Sendungen rein aufgrund ihres Formats und ohne die tatsächlichen Inhalte zu berücksichtigen, der Kategorie Information zuordne. Die dafür ins Treffen geführten – inhaltlichen – Argumente vermögen allerdings aus der Sicht der Beschwerdeführer nicht zu überzeugen. Es stehe fest, dass „Trash-Talk“ Sendungen und vergleichbare „Human Touch“ Formate – wenn überhaupt – einen so untergeordneten Informationscharakter hätten, dass er im Rahmen einer quantitativen Analyse gegenüber dem Unterhaltungscharakter der Sendung vollständig in den Hintergrund trete.

### **1.8.2 Zur behaupteten Verletzung des § 4 Abs. 3 ORF-G**

Nach Auffassung der Beschwerdeführer seien es gerade die Formate der Sendungen, die zur mangelnden Unverwechselbarkeit im Vergleich mit kommerziellen Anbietern beitragen. Die Beschwerdeführer würden nicht die Ansicht vertreten, der Beschwerdegegner dürfe überhaupt kein Unterhaltungsprogramm anbieten oder keine Programmteile ausstrahlen, die auch in Programmen privater Fernsehveranstalter zu sehen sind. Das Problem liege in der unangemessenen Intensität und der mitunter gezielten Gegenprogrammierung.

Nach Ansicht der Beschwerdeführer könne es nicht ausreichen, wenn sich die Unverwechselbarkeit dadurch manifestiere, dass in einzelnen Programmen herausragendes „Public Value“ Programm gezeigt werde, während ein anderes Programm von den privaten Fernsehveranstaltern völlig ununterscheidbar und sogar weit kommerzieller programmiert sei als die Konkurrenz.

## 1.9 Stellungnahme des Beschwerdegegners

Mit Schreiben vom 08.08.2012, bei der KommAustria am selben Tag eingelangt, übermittelte der Beschwerdegegner eine weitere Stellungnahme, die den Beschwerdeführern mit Schreiben der KommAustria vom 09.08.2012 übermittelt wurde.

Im Hinblick auf die von den Beschwerdeführern in ihrer Stellungnahme vom 18.07.2012 angestellten Überlegungen zu den vom Beschwerdegegner vorgelegten gutachterlichen Stellungnahmen verwies der Beschwerdegegner unter anderem auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach einem Gutachten nur in geeigneter Weise, d.h. "auf gleichem fachlichen Niveau", entgegengetreten werden könne, dies sei jedoch im Hinblick auf die vom Beschwerdegegner vorgelegten Gutachten nicht erfolgt.

Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführer seien auch die Inhalte und die Qualität von Sendungen für die Frage der Ausgewogenheit des Gesamtprogramms bzw. bei der Kategorisierung der Sendungen zu berücksichtigen. Dem Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit bzw. praktischen Nichtdurchführbarkeit einer inhaltlichen Analyse sei entgegenzuhalten, dass es unterschiedlich handhabbare Möglichkeiten der Berücksichtigung des Inhalts von Sendungen im Rahmen der Beurteilung des § 4 Abs. 2 ORF-G gebe. Der Beschwerdegegner habe im Rahmen seiner Analysen beispielsweise auf ausführlichere inhaltliche Beschreibungen von Sendungen in ORF-Datenbanken zurückgegriffen. Darüber hinaus sei es widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführer das Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen in weiten Teilen überzeugend finden würden, aber ignorieren würden, dass in diesem Gutachten ein alleiniges Abstellen auf Sendungsformate nur im Hinblick auf die Kategorien Information und Unterhaltung als methodisch korrekt erachtet werde. Nach dem Gutachten sei es im Hinblick auf die Kategorien Kultur und Sport unumgänglich, die Inhalte von Sendungen in die Beurteilung miteinzubeziehen, dieser Schritt fehle jedoch im Gutachten.

Den Beschwerdeführern sei zwar zuzustimmen, dass es einen Spielraum sowohl bei der Zuordnung von Sendungen als auch bei der Beurteilung der Angemessenheit des Verhältnisses iSd § 4 Abs. 2 ORF-G gebe. Dieser Spielraum entbinde die Behörde jedoch nicht von der Ermittlung des Sachverhalts, zu dem insbesondere auch die Inhalte von Sendungen zählen würden. Tatsächlich sei die Einhaltung jeder rundfunkrechtlichen Norm, die sich auf das über einen längeren Zeitraum ausgestrahlte Programm beziehe, aufwändig zu kontrollieren.

Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführer entspreche das Vorbringen des Beschwerdegegners, dass die Zuordnung der einzelnen Sendungen zu lediglich vier Kategorien dazu führen müsse, ein neues Zuordnungsschema zu entwickeln, den grundlegenden Regeln der Mathematik: Würde eine Gesamtmenge an Sendungen nicht mehr in fünf, sondern nur in vier Teilmengen erfasst werden, seien die "Funktionen", mit denen Sendungen in ursprünglich fünf Teilmengen erfasst werden, zur Erfassung von vier Mengen denkunmöglich verwendbar. Eine bis zu vier der verbleibenden Teilmengen müsste(n) daher "vergrößert" werden, was anhand von (neuen) nachvollziehbaren "Funktionen" bzw. einer offengelegten Methodik zu erfolgen habe. Zudem könne die Vergrößerung der Teilmengen auch zu einer Überschneidung bisher trennscharf abgegrenzter Teilmengen führen; auch Sendungen in diesem Überschneidungsbereich müssten daher nach der neuen Methodik zugeordnet werden. Vor diesem Hintergrund würden die Ausführungen des Beschwerdegegners zum Begriff Kultur maßgeblich zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts beitragen. Der Beschwerdegegner habe nachvollziehbar offengelegt, dass der von ihm erarbeitete Kulturbegriff weiter als der in seiner verwendeten Programmstrukturanalyse sei, weshalb der Kulturanteil auch größer sei.

Bereits die bisherigen Ergebnisse hätten eindeutig gezeigt, dass die Gesamtheit der Programme des Beschwerdegegners im inkriminierten Zeitraum erkennen lasse, dass die

Zielsetzungen des § 4 ORF-G – insbesondere auch der Abs. 2 und 3 leg.cit. – bei der Programmgestaltung maßgeblich gewesen seien.

### **1.10 Gebühren des nichtamtlichen Sachverständigen**

Mit Gebührennote vom 16.04.2012 machte der nichtamtliche Sachverständige sein Honorar für seine Sachverständigenleistungen geltend.

Mit Schreiben der KommAustria vom 20.04.2012 wurde den Beschwerdeführern die Gebührennote des nichtamtlichen Sachverständigen zur Kenntnis übermittelt.

Mit rechtskräftigem Bescheid der KommAustria vom 11.06.2012, KOA 12.005/12-018, wurden die Gebühren für die Erstellung des Gutachtens durch den nichtamtlichen Sachverständigen gemäß § 53a Abs. 2 AVG iVm § 30 Z 1 und § 34 Abs. 1 und 3 Z 3 Gebührenanspruchsgesetz, BGBl. Nr. 136/1975 idF BGBl. I Nr. 111/2010, mit EUR XXXX ohne Umsatzsteuer festgesetzt.

Mit Schreiben der KommAustria vom 28.06.2012 wurde den Beschwerdeführern zum Ergebnis des Ermittlungsverfahrens Parteiengehör eingeräumt und ihnen Gelegenheit gegeben, sich insbesondere zur Angemessenheit der Honorarnote des Sachverständigen zu äußern. Eine Stellungnahme hierzu wurde nicht abgegeben.

Mit rechtskräftigem Bescheid der KommAustria vom 20.08.2012, KOA 12.005/12-022, wurden den Beschwerdeführern gemäß § 76 Abs. 1 AVG die Kosten für die Beiziehung des nichtamtlichen Sachverständigen in der Höhe von netto EUR XXXX zuzüglich 20 % Umsatzsteuer, sohin brutto EUR XXXX auferlegt.

## **2 Entscheidungsrelevanter Sachverhalt**

Aufgrund der Schriftsätze der Parteien sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

### **2.1 Beschwerdeführer und Beschwerdegegner**

#### **2.1.1 Beschwerdeführer**

Die A, B, E, G, H, L und M sind alle Fernsehveranstalterinnen nach dem Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 16/2012. Sie verfügen jeweils über (verschiedene Verbreitungswege betreffende) Zulassungen der KommAustria zur Verbreitung der von ihnen veranstalteten Fernsehprogramme in Österreich. Die einzelnen Beschwerdeführer betreiben auf Dauer selbstständig und wirtschaftlich tätige Unternehmen, welche mit dem Beschwerdegegner sowohl auf dem Zuschauer-, als auch auf dem Werbemarkt im Wettbewerb stehen.

Die J ist aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 21.06.2005, KOA 2.100/05-038, zuletzt geändert mit Bescheid der KommAustria vom 16.08.2012, KOA 2.120/12-023, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung von Satellitenrundfunk für das Programm XXX. Das zugelassene Programm ist ein im Rahmenprogramm XXX der Y ausgestrahltes Fensterprogramm, das zusätzlich auch über Kabel verbreitet wird. Die F ist aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 06.10.2003, KOA 2.100/03-037, zuletzt geändert mit Bescheid der KommAustria vom 16.08.2012, KOA 2.120/12-007, Inhaberin von Zulassungen zur Veranstaltung von Satellitenrundfunk für die Programme XXX und XXX. Die zugelassenen Programme sind im Rahmenprogramm XXX der X bzw. XXX der W ausgestrahlte Fensterprogramme. Die beiden Beschwerdeführer betreiben auf Dauer

selbstständig und wirtschaftlich tätige Unternehmen, welche mit dem Beschwerdegegner sowohl auf dem Zuschauer-, als auch auf dem Werbemarkt im Wettbewerb stehen.

Die K war im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ebenfalls als Fernsehveranstalterin nach dem AMD-G tätig. Sie verfügte über (verschiedene Verbreitungswege betreffende) Zulassungen der KommAustria zur Verbreitung des von ihr veranstalteten Fernsehprogramms in Österreich. Sie hat somit ein auf Dauer selbstständig und wirtschaftlich tätiges Unternehmen betrieben, welches mit dem Beschwerdegegner sowohl auf dem Zuschauer-, als auch auf dem Werbemarkt im Wettbewerb stand. Die K wurde am 12.07.2012 auf die K verschmolzen, die nunmehr gemäß § 10 Abs. 8 AMD-G die Zulassungen ausübt.

Die C ist als Vermarkterin von Werbezeiten von privaten Rundfunkveranstaltern (insbesondere der XY-Gruppe) tätig. Die C betreibt ein auf Dauer selbstständig und wirtschaftlich tätiges Unternehmen, welches mit dem Beschwerdegegner auf dem Werbemarkt im Wettbewerb steht.

Die I verfügte aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 07.09.2010, KOA 4.429/10-004, über eine Zulassung zur Verbreitung eines digitalen Fernsehprogramms über eine terrestrische Multiplex-Plattform. Sie hat mit 01.02.2012 ihre Tätigkeit als Fernsehveranstalterin eingestellt und ihre Zulassung zurückgelegt. Vom 07.09.2010 bis zum 31.08.2011 hat sie ein auf Dauer selbstständig und wirtschaftlich tätiges Unternehmen betrieben, welches mit dem Beschwerdegegner sowohl auf dem Zuschauer-, als auch auf dem Werbemarkt im Wettbewerb stand.

Die D verfügt aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 12.10.2011, KOA 4.424/11-003, über eine Zulassung zur Veranstaltung und Verbreitung eines digitalen Fernsehprogramms über eine terrestrische Multiplex-Plattform. Im beschwerdegegenständlichen Zeitraum hat die D kein auf Dauer selbstständig und wirtschaftlich tätiges Unternehmen betrieben, welches mit dem Beschwerdegegner sowohl auf dem Zuschauer-, als auch auf dem Werbemarkt im Wettbewerb stand.

Die Z verfügt unter anderem aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 05.02.2010, KOA 4.422/10-002, über eine Zulassung zur Verbreitung eines digitalen Fernsehprogramms über eine terrestrische Multiplex-Plattform.

## **2.1.2 Beschwerdegegner**

### **2.1.2.1 Allgemeines**

Der Beschwerdegegner ist gemäß § 1 Abs. 1 iVm Abs. 2 ORF-G eine Stiftung sui generis, deren Zweck die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags gemäß den §§ 3 bis 5 ORF-G darstellt.

### **2.1.2.2 Fernsehprogramme des Beschwerdegegners**

Der Versorgungsauftrag des Beschwerdegegners umfasst gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 ORF-G u.a. die Veranstaltung von zwei österreichweit empfangbaren Fernsehprogrammen, die unter den Namen ORF eins und ORF 2 verbreitet werden.

Im beschwerdegegenständlichen Zeitraum wurden die Programme ORF eins und ORF 2 als 24-Stunden Programme ausgestrahlt. Das Programm ORF 2 enthielt in diesem Zeitraum für jedes Bundesland gemäß § 3 Abs. 2 ORF-G regionale Sendungen („Regionalausstiege“). Die Regionalausstiege, die sich insbesondere aus den Sendungen „Bundesland heute“, „Bundesland heute Vorschau“ und „Bundesland heute Wetter“ zusammensetzen, umfassten im Durchschnitt 173 Stunden pro Jahr bzw. ca. 28 Minuten pro Tag.

Der Beschwerdegegner hat darüber hinaus das Programm ORF 2 gemäß § 4d ORF-G als Fernsehprogramm für das europäische Publikum ausgestrahlt, wobei allfällige Ausstrahlungslücken durch Ausstrahlung von bereits in ORF eins ausgestrahlten Sendungen geschlossen wurden.

Darüber hinaus veranstaltete der Beschwerdegegner bis zum 30.09.2010 gemäß § 3 Abs. 8 iVm § 9a ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 102/2007, das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+. Mit der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 wurden die gesetzlichen Grundlagen und Aufträge hinsichtlich des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ präzisiert. Seit dem 01.01.2010 veranstaltet der Beschwerdegegner das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ nunmehr auf der Grundlage des § 3 Abs. 8 iVm § 4b ORF-G. Ab diesem Zeitpunkt wurden inhaltliche Änderungen hinsichtlich des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ vorgenommen, die jedoch an der Qualifikation des Programms als Sport-Spartenprogramm nichts ändern. Im Jahr 2010 lieferte das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ 2.511 Stunden Programm. Vom 01.01.2011 bis zum 31.08.2011 lieferte das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ 1.729 Stunden Programm.

Schließlich veranstaltete der Beschwerdegegner durch seine Tochtergesellschaft, die TW1 Tourismus Fernsehen GmbH, bis zum 26.10.2011 gemäß § 9 ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 102/2007, das kommerzielle Spartenprogramm TW1.

Seit 26.10.2011 veranstaltet der Beschwerdegegner das Programm ORF SPORT+ als 24-Stunden Spartenprogramm sowie gemäß § 3 Abs. 8 iVm § 4c ORF-G das 24-Stunden Spartenprogramm ORF III – Kultur und Information.

### **2.1.2.3 Erstellung und Genehmigung der Jahressendeschemata**

Die Zustimmungen für die Jahressendeschemata 2010 für ORF eins und ORF 2 sowie für das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ wurden vom Stiftungsrat in seiner Sitzung vom 17.12.2009 erteilt.

Die Zustimmung für das Jahressendeschema 2011 für ORF eins und ORF 2 wurde vom Stiftungsrat in seiner Sitzung vom 11.11.2010 beschlossen. Das Jahressendeschema 2011 für das bis 26.10.2011 ausgestrahlte Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ wurde vom Stiftungsrat in seiner Sitzung vom 17.12.2010 genehmigt.

Die vom Stiftungsrat genehmigten Jahressendeschemata 2010 und 2011 für die beiden Programme ORF eins und ORF 2 sowie für ORF SPORT+ waren mit geringfügigen Abweichungen größtenteils identisch. Die Abweichung betraf lediglich die am Samstag Nachmittag eingefügte „Dokumentation (Bundesländer)“ im Ausmaß von einer Stunde.

Die Genehmigungen für die Jahressendeschemata für die beiden ab 26.10.2011 ausgestrahlten 24-Stunden Spartenprogramme ORF SPORT+ und ORF III – Kultur und Information wurden vom Stiftungsrat in seiner Sitzung vom 12.05.2011 erteilt.

### **2.1.2.4 Programmstrukturanalyse und Jahresbericht des Beschwerdegegners**

Die vom Beschwerdegegner seit 1981 laufend vorgenommene – nunmehr vom Marktforschungsinstitut GfK Austria durchgeführte – Programmstrukturanalyse kategorisiert alle in ORF eins und ORF 2 ausgestrahlten Sendungen eines Jahres nach einem dreistelligen Sendungscode. Seit Gründung der AGTT, an der sowohl der Beschwerdegegner als auch die meisten privaten Fernsehveranstalter in Österreich teilnehmen, wird der Einteilung der ausgestrahlten Sendungen von den teilnehmenden Fernsehveranstaltern übereinstimmend der AGTT-Codeplan zugrunde gelegt. Der Beschwerdegegner verwendet in seiner Programmstrukturanalyse die sechs

Hauptkategorien Information, Kultur/Religion, Unterhaltung, Sport, Wissenschaft/Bildung/Lebenshilfe und Familie (Kinder/Jugend/Senioren), die sich aus insgesamt 268 Fernsehsendungskategorien zusammensetzen. Kleinste Analyseeinheit der Programmstrukturanalyse ist eine Sendung bzw. ein Sendungsteil (beispielsweise bestehen Fußballspiele aus zwei Sendungsteilen). Einzig im Hinblick auf die vom Beschwerdegegner ausgestrahlten Nachrichtensendungen ZIB 1 und ZIB 2 wird der betreffende Kulturanteil aus der Kategorie Information herausgerechnet und der Kategorie Kultur zugeordnet. Von der Programmstrukturanalyse des Beschwerdegegners werden auch Sondersendungen und Regionalausstiege erfasst.

Die Programmstrukturanalysen bilden die Grundlage für die entsprechenden Angaben in den Jahresberichten des Beschwerdegegners, die vom Beschwerdegegner gemäß § 7 ORF-G zu erstellen sind.

Von der Programmstrukturanalyse 2010 waren 157.383 Sendungen erfasst, die eine Sendezeit von insgesamt 17.692 Stunden umfassten. Die Programmstrukturanalyse 2010 und damit übereinstimmend der Jahresbericht 2010 kam im Hinblick auf die Programmstruktur der Programme ORF eins und ORF 2 zu folgendem Ergebnis:

Kategorien	Stunden	%
<b>Information</b>	<b>3.671</b>	<b>21</b>
Nachrichten	2.283	13
Current Affairs, Politik, Magazine, Diskussion	1.388	8
<b>Kultur/Religion</b>	<b>1.034</b>	<b>6</b>
Kunst	401	2
Theater	71	0
E-Film	319	2
E-Musik	57	0
Religion	186	1
<b>Wissenschaft/Bildung/Lebenshilfe</b>	<b>1.763</b>	<b>10</b>
Wissenschaft/Bildung	291	2
Lebenshilfe	1.471	8
<b>Sport</b>	<b>1.182</b>	<b>7</b>
<b>Unterhaltung</b>	<b>7.758</b>	<b>44</b>
Unterhaltende Information	210	1
Film/Serie „Unterhaltung“	4.246	24
Film/Serie „Spannung“	2.342	13
Quiz/Show	765	4
Unterhaltung, sonstige	167	1
U-Musik	28	0
<b>Familie (Kinder/Jugend/Senioren)</b>	<b>2.284</b>	<b>13</b>

Von der vorläufigen Berechnung der Programmstrukturanalyse 2011 waren vom 01.01.2011 bis zum 31.08.2011 110.578 Sendungen erfasst, die eine Sendezeit von insgesamt 11.851 Stunden umfassten. Die vorläufige Berechnung der Programmstrukturanalyse 2011 (bis 31.08.2011) kam im Hinblick auf die Programmstruktur der Programme ORF eins und ORF 2 zu folgendem Ergebnis:

Kategorien	Stunden	%
<b>Information</b>	<b>2.605</b>	<b>22</b>
Nachrichten	1.633	14
Current Affairs, Politik, Magazine, Diskussion	972	8
<b>Kultur/Religion</b>	<b>588</b>	<b>5</b>
Kunst	220	2
Theater	17	0
E-Film	198	2
E-Musik	38	0
Religion	115	1
<b>Wissenschaft/Bildung/Lebenshilfe</b>	<b>1.184</b>	<b>10</b>
Wissenschaft/Bildung	152	1
Lebenshilfe	1.032	9
<b>Sport</b>	<b>674</b>	<b>6</b>
<b>Unterhaltung</b>	<b>5.354</b>	<b>45</b>
Unterhaltende Information	146	1
Film/Serie „Unterhaltung“	2.924	25
Film/Serie „Spannung“	1.609	14
Quiz/Show	527	4
Unterhaltung, sonstige	136	1
U-Musik	12	0
<b>Familie (Kinder/Jugend/Senioren)</b>	<b>1.446</b>	<b>12</b>

Von der Programmstrukturanalyse 2011 waren für das gesamte Jahr 2011 168.060 Sendungen erfasst, die eine Sendezeit von insgesamt 17.704 Stunden umfassten. Die Programmstrukturanalyse 2011 und damit übereinstimmend der Jahresbericht 2011 kam im Hinblick auf die Programmstruktur der Programme ORF eins und ORF 2 zu folgendem Ergebnis:

Kategorien	Stunden	%
<b>Information</b>	<b>3.791</b>	<b>21</b>
Nachrichten	2.325	13
Current Affairs, Politik, Magazine, Diskussion	1.465	8
<b>Kultur/Religion</b>	<b>949</b>	<b>5</b>
Kunst	353	2
Theater	44	0
E-Film	306	2
E-Musik	60	0
Religion	187	1
<b>Wissenschaft/Bildung/Lebenshilfe</b>	<b>1.755</b>	<b>10</b>
Wissenschaft/Bildung	232	1
Lebenshilfe	1.522	9
<b>Sport</b>	<b>978</b>	<b>6</b>
<b>Unterhaltung</b>	<b>8.053</b>	<b>45</b>
Unterhaltende Information	209	1
Film/Serie „Unterhaltung“	4.359	25
Film/Serie „Spannung“	2.469	14
Quiz/Show	785	4
Unterhaltung, sonstige	207	1
U-Musik	23	0
<b>Familie (Kinder/Jugend/Senioren)</b>	<b>2.178</b>	<b>12</b>

### 2.1.3 Anteil der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport in den Programmen ORF eins und ORF 2

Das Fernsehprogramm ORF eins hat im Jahr 2010 exklusive der nicht redaktionell gestalteten Programmteile (u.a. kommerzielle Kommunikation, Programmtrailer) eine Gesamtsendezeit von 29.482.277 Sekunden (bzw. ca. 491.371 Minuten) umfasst und folgende Anteile der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport an der

Gesamtsendezeit von ORF eins (zur Maßgeblichkeit dieser Kategorien im Zusammenhang mit den Fernsehprogrammen vgl. Punkt 4.5.4.) aufgewiesen:

01.01.2010 – 31.12.2010	ORF eins	
	[sec]	[%]
Information	1.926.599	6,53
Kultur	32.715	0,11
Unterhaltung	23.407.580	79,4
Sport	4.115.079	13,96
keine Zuordnung möglich	304	0,00

Das Programm ORF 2 hat im Jahr 2010 exklusive der nicht redaktionell gestalteten Programmteile eine Gesamtsendezeit von 29.663.864 Sekunden (bzw. ca. 494.397 Minuten) und folgende Anteile der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport an der Gesamtsendezeit von ORF 2 aufgewiesen:

01.01.2010 – 31.12.2010	ORF 2	
	[sec]	[%]
Information	15.725.676	53,01
Kultur	2.181.735	7,35
Unterhaltung	11.616.721	39,16
Sport	137.661	0,46
keine Zuordnung möglich	2.071	0,00

ORF SPORT+ hat im Jahr 2010 eine Sendezeit von 9.036.000 Sekunden (bzw. ca. 150.600 Minuten) aufgewiesen, die zur Gänze der Kategorie Sport zuzurechnen war.

Vom 01.01.2011 bis 31.08.2011 hat das Fernsehprogramm ORF eins exklusive der nicht redaktionell gestalteten Programmteile eine Gesamtsendezeit von 19.597.013 Sekunden (bzw. ca. 326.616 Minuten) umfasst und folgende Anteile der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport an der Gesamtsendezeit von ORF eins aufgewiesen:

01.01.2011 – 31.08.2011	ORF eins	
	[sec]	[%]
Information	1.395.012	7,12
Kultur	25.091	0,13
Unterhaltung	15.839.052	80,82
Sport	2.337.858	11,93

Das Programm ORF 2 hat im Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 exklusive der nicht redaktionell gestalteten Programmteile eine Gesamtsendezeit von 19.822.994 Sekunden (bzw. ca. 330.383 Minuten) und folgende Anteile der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport an der Gesamtsendezeit von ORF 2 aufgewiesen:

01.01.2011 – 31.08.2011	ORF 2	
	[sec]	[%]
Information	10.761.190	54,29
Kultur	1.276.959	6,44
Unterhaltung	7.693.623	38,81
Sport	91.222	0,46

ORF SPORT+ hat im Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 eine Sendezeit von 6.224.400 Sekunden (bzw. ca. 103.740 Minuten) aufgewiesen, die zur Gänze der Kategorie Sport zuzurechnen war.

## 2.1.4 Anteil der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport am Gesamtprogramm sowie Verhältnis der Kategorien zueinander

Das Gesamtfernsehprogramm des Beschwerdegegners (ORF eins, ORF 2 und ORF SPORT+) hat im Jahr 2010 exklusive der nicht redaktionell gestalteten Programmteile eine Gesamtsendezeit von 68.182.141 Sekunden (bzw. ca. 1.136.369 Minuten) umfasst und folgende Anteile der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport (zur Maßgeblichkeit dieser Kategorien vgl. Punkt 4.4.5.) am Gesamtprogramm aufgewiesen:

01.01.2010 – 31.12.2010	ORF eins, ORF 2 & ORF SPORT+	
	[sec]	[%]
Information	17.652.275	25,89
Kultur	2.214.450	3,25
Unterhaltung	35.024.301	51,37
Sport	13.288.740	19,49
keine Zuordnung möglich	2.375	0,00

Die vom Beschwerdegegner im Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2010 ausgestrahlten Sendungen der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport haben folgende Verhältnisse zueinander aufgewiesen:

	Information	Kultur	Unterhaltung	Sport
Information	/	7,97	0,5	1,33
Kultur	0,13	/	0,06	0,17
Unterhaltung	1,98	15,81	/	2,64
Sport	0,75	6,03	0,38	/

Konkret haben die einzelnen Kategorien somit in diesem Zeitraum folgende Verhältnisse zueinander aufgewiesen:

Information 1 :	0,13 Kultur
	1,98 Unterhaltung
	0,75 Sport

Kultur 1 :	7,97 Information
	15,81 Unterhaltung
	6,03 Sport

Unterhaltung 1 :	0,5 Information
	0,06 Kultur
	0,38 Sport

Sport 1 :	1,33 Information
	0,17 Kultur
	2,64 Unterhaltung

Vom 01.01.2011 bis zum 31.08.2011 hat das Gesamtfernsehprogramm des Beschwerdegegners (ORF eins, ORF 2 und ORF SPORT+) exklusive der nicht redaktionell gestalteten Programmteile eine Gesamtsendezeit von 45.644.407 Sekunden (bzw. ca. 760.740 Minuten) umfasst und folgende Anteile der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport am Gesamtprogramm aufgewiesen:

01.01.2011 – 31.08.2011	ORF eins, ORF 2 & ORF SPORT+	
	[sec]	[%]
Information	12.156.202	26,63
Kultur	1.302.050	2,85
Unterhaltung	23.532.675	51,56
Sport	8.653.480	18,96

Die vom Beschwerdegegner im Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 ausgestrahlten Sendungen der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport haben folgende Verhältnisse zueinander aufgewiesen:

	Information	Kultur	Unterhaltung	Sport
Information	/	9,34	0,52	1,4
Kultur	0,11	/	0,06	0,15
Unterhaltung	1,94	18,09	/	2,72
Sport	0,71	6,65	0,37	/

Konkret haben die einzelnen Kategorien somit in diesem Zeitraum folgende Verhältnisse zueinander aufgewiesen:

Information 1 :	0,11 Kultur
	1,94 Unterhaltung
	0,71 Sport

Kultur 1 :	9,34 Information
	18,09 Unterhaltung
	6,65 Sport

Unterhaltung 1 :	0,52 Information
	0,06 Kultur
	0,37 Sport

Sport 1 :	1,4 Information
	0,15 Kultur
	2,72 Unterhaltung

### 2.1.5 Zeitgleiche oder zeitversetzte Ausstrahlung von Serien und Spielfilmen in den Programmen des Beschwerdegegners sowie privater Fernsehveranstalter

Der Beschwerdegegner strahlte im beschwerdegegenständlichen Zeitraum insbesondere in seinem Programm ORF eins Serien aus, die zeitgleich oder zeitversetzt unter anderem auch in den Programmen ProSieben und SAT.1 zu sehen waren. Darüber hinaus strahlte der Beschwerdegegner im beschwerdegegenständlichen Zeitraum Spielfilme aus, die ebenfalls zeitgleich oder zeitversetzt auch in den Programmen RTL, SAT.1 und ProSieben gesendet wurden.

## 3 Beweiswürdigung

Die Feststellungen zu den Zulassungen der beschwerdeführenden Fernsehveranstalterinnen, zur Zulassung der Z sowie zur Verschmelzung der K mit der übernehmenden K ergeben sich aus den Bezug habenden Verfahrensakten der KommAustria bzw. des Bundeskommunikationssenates (im Folgenden BKS) zu den jeweiligen Zulassungsverfahren bzw. den Verfahren betreffend die angezeigten Eigentumsänderungen. Die Feststellungen zum Tätigkeitsbereich der C ergeben sich aus dem insoweit mit dem Vorbringen des Beschwerdegegners übereinstimmenden und glaubwürdigen Vorbringen der beschwerdeführenden C.

Die Feststellungen zu den im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ausgestrahlten Fernsehprogrammen des Beschwerdegegners, dem zeitlichen Umfang dieser Programme, der Berücksichtigung von Regionalausstiegen im Programm ORF 2 sowie der inhaltlichen Änderungen hinsichtlich des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ ab 01.10.2010 ergeben sich aus den insoweit übereinstimmenden Vorbringen der Parteien. Insbesondere ergeben sich die Feststellungen zum zeitlichen Umfang des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT+ im Jahr 2010 sowie vom 01.01.2011 bis zum 31.08.2011 aus der Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 21.12.2011. Die Feststellungen zum hauptsächlichen Inhalt der Regionalausstiege und deren durchschnittlicher Ausstrahlungsdauer im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ergeben sich aus den glaubwürdigen Angaben des Beschwerdegegners in den Jahresberichten 2010 und 2011. Die Feststellung zur Veranstaltung der 24-Stunden Spartenprogramme ORF SPORT+ und ORF III – Kultur und Information seit 26.10.2011 ergibt sich aus den glaubwürdigen Schriftsätzen des Beschwerdegegners, dass sich insofern mit den Akten der KommAustria deckt.

Die Feststellungen zu den Zustimmungen des Stiftungsrates zu den Jahressendeschemata 2010 und 2011 für die Programme ORF eins und ORF 2 sowie ORF SPORT+ ergeben sich aus den unwidersprochenen und glaubwürdigen Angaben des Beschwerdegegners in seinem Schriftsatz vom 21.12.2011. Die Feststellung, dass die Jahressendeschemata 2010 und 2011 für ORF eins und ORF 2 sowie für ORF SPORT+ größtenteils identisch waren, ergibt sich aus einem Vergleich der vom Beschwerdegegner der KommAustria vorgelegten Jahressendeschemata für ORF eins und ORF 2 sowie ORF SPORT+ für diese beiden Jahre. Die Feststellungen zur Genehmigung des Stiftungsrates hinsichtlich der Jahressendeschemata für die beiden 24-Stunden Spartenprogramme ORF SPORT+ und ORF III – Kultur und Information ergeben sich ebenfalls aus den unwidersprochenen und glaubwürdigen Angaben des Beschwerdegegners in seinem Schriftsatz vom 21.12.2011.

Die Feststellungen zur historischen Entwicklung der Programmstrukturanalyse des Beschwerdegegners ergeben sich aus dem vom Beschwerdegegner vorgelegten und insoweit glaubwürdigen und nachvollziehbaren Gutachten von *Buß*.

Die Feststellungen zu den vom Beschwerdegegner durchgeführten Programmstrukturanalysen, insbesondere im Hinblick auf die im Rahmen der Programmstrukturanalysen verwendeten Kategorien, ergeben sich aus den glaubwürdigen Angaben des Beschwerdegegners in seinen Schriftsätzen, die sich insofern mit der der Behörde vorgelegten Programmstrukturanalyse für 2010 bzw. der vorläufigen Programmstrukturanalyse vom 01.01.2011 bis zum 31.08.2011 sowie den Jahresberichten 2010 und 2011 decken.

Die Feststellung zur kleinsten Analyseeinheit der vom Beschwerdegegner durchgeführten Programmstrukturanalyse ergibt sich aus den Angaben in den Jahresberichten 2010 und 2011, die sich insofern mit den Ausführungen des Gutachters *Buß* decken, wonach Standard-Analyseeinheit einer Programmstrukturanalyse die Sendung ist. Die Feststellung, dass der betreffende Kulturanteil der Nachrichtensendungen ZIB 1 und ZIB 2 aus der Kategorie Information herausgerechnet und der Kategorie Kultur zugeordnet wird, ergibt sich aus dem Schriftsatz des Beschwerdegegners vom 10.01.2011, der sich insoweit mit den Angaben in den Programmstrukturanalysen 2010 und 2011 deckt. Die Feststellung, dass von der Programmstrukturanalyse des Beschwerdegegners auch Sondersendungen und Regionalausstiege erfasst sind, ergibt sich aus den Ausführungen des Gutachters *Buß*, die sich insofern mit den Angaben in der Programmstrukturanalyse 2010 bzw. der vorläufigen Programmstrukturanalyse für 2011 decken.

Die Feststellung, dass die Programmstrukturanalysen die Grundlage für die entsprechenden Angaben in den Jahresberichten des Beschwerdegegners bilden, ergibt sich aus den glaubwürdigen Angaben des Beschwerdegegners, die sich auch mit den Ausführungen des Beschwerdegegners in seinen Jahresberichten decken.

Die Feststellungen zu den konkreten Zahlen in der Programmstrukturanalyse 2010, der vorläufigen Berechnung der Programmstrukturanalyse 2011, der Programmstrukturanalyse 2011 sowie den jeweils damit übereinstimmenden Angaben in den Jahresberichten 2010 und 2011 ergeben sich aus den vom Beschwerdegegner mit Schreiben vom 21.12.2011 und 08.06.2012 übermittelten diesbezüglichen Unterlagen.

Demgegenüber konnten die vom Beschwerdegegner in seiner Stellungnahme vom 08.06.2012 vorgelegten Prozentsätze des Kulturanteils seines Gesamtprogramms den Feststellungen nicht zugrunde gelegt werden. Dieses Vorbringen erscheint vor dem Hintergrund der Ausführungen des Beschwerdegegners in seinen davor erstatteten Schriftsätzen, wonach für die Beurteilung des Verhältnisses der Kategorien zueinander gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G die Programmstrukturanalyse 2010, die vorläufige Berechnung der Programmstrukturanalyse für 2011 und der Jahresbericht 2010 maßgeblich seien, unglaubwürdig. Der Beschwerdegegner ging in der Vergangenheit offenbar davon aus, dass

seine Programmstrukturanalysen zum Nachweis der Erfüllung der Voraussetzung des § 4 Abs. 2 ORF-G dienen und die im Rahmen der Programmstrukturanalysen ermittelten Anteile an den einzelnen Kategorien für die Beurteilung maßgeblich seien. Vom Beschwerdegegner wurden im Rahmen der Programmstrukturanalysen unter anderem die in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien Information, Kultur/Religion, Unterhaltung und Sport verwendet. Zwar mag das auf mathematische Grundsätze gestützte Vorbringen des Beschwerdegegners in seinem Schriftsatz vom 08.08.2012, wonach die Verwendung von – im Unterschied zur Programmstrukturanalyse – lediglich vier Kategorien zu einer notwendigen Änderung der „Teilmengen“ bzw. der „Funktionen“ führen müsse, grundsätzlich stimmen, die Vorgehensweise des Beschwerdegegners erscheint jedoch insoweit unglaubwürdig und nicht nachvollziehbar, als nach Auffassung des Beschwerdegegners zwar eine Änderung der einzelnen Teilmengen bei einer Verwendung von (lediglich) vier Kategorien notwendig sei, eine Änderung der in der Programmstrukturanalyse verwendeten Begriffe jedoch nur für den Kulturanteil vorgenommen wurde. Die Neuberechnungen des Beschwerdegegners führen abweichend von seinen eigenen Programmstrukturanalysen bzw. Jahresberichten zu einem bedeutend höheren Anteil der Kultursendungen am Gesamtprogramm des Beschwerdegegners. In seinen Jahresberichten 2010 und 2011 kam der Beschwerdegegner auf einen Kulturanteil von sechs (2010) bzw. fünf (2011) Prozent, die Neuberechnungen seinen Kulturanteils wiesen unter Zugrundelegung eines engeren bzw. mittleren Kulturbegriffs demgegenüber einen Anteil von 12,6 % (2010) bzw. 11,7 % (01.01.2011 bis 31.08.2011) und unter Zugrundelegung eines weiten Kulturbegriffs einen Anteil von 18 % (2010) bzw. 17,3 % (01.01.2011 bis 31.08.2011) auf. Darüber hinaus sind die genannten Zahlen im Hinblick auf die Beurteilung des angemessenen Verhältnisses der Kategorien zueinander mangels Angabe der Prozentsätze der übrigen Kategorien nicht nachvollziehbar.

Die konkreten Feststellungen der Anteile der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport am Gesamtprogramm des Beschwerdegegners (ORF eins, ORF 2 und ORF SPORT+) im Jahr 2010 sowie vom 01.01.2011 bis zum 31.08.2011 sowie in den einzelnen Programmen des Beschwerdegegners ergeben sich – soweit im Folgenden keine ausdrückliche Würdigung erfolgt – im Wesentlichen aus dem schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen. Aus diesen Anteilen ergibt sich auch das Verhältnis der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander im Jahr 2010 sowie vom 01.01.2011 bis zum 31.08.2011.

Die vom nichtamtlichen Sachverständigen gewählte Methodik, die er in seinem Gutachten schlüssig und nachvollziehbar dargelegt hat, erweist sich – insbesondere vor dem Hintergrund des vorliegenden Falles – als geeignet für die Zuordnung der vom Beschwerdegegner im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ausgestrahlten Sendungen zu den im Gutachtauftrag genannten Kategorien im Sinne des Gesetzes. Darüber hinaus hat der Gutachter schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, wie er zu seinen Schlussfolgerungen gekommen ist.

Auch die Beschwerdeführer halten die Methodik des Gutachtens des nichtamtlichen Sachverständigen weitgehend für überzeugend. Ihrer Auffassung nach würde jedoch der weitgehend auf formale Aspekte reduzierte Ansatz des Gutachtens im Hinblick auf die Zuordnung mancher Sendungen zu den Kategorien Information bzw. Unterhaltung zu objektiv unrichtigen Ergebnissen führen, weshalb in Bezug auf diese Sendungen eine Zuordnung nach inhaltlichen Kriterien vorzunehmen sei. Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass die von den Beschwerdeführern versuchte Änderung der Zuordnung im Hinblick auf einzelne Kategorien im Endeffekt zu einem Abweichen von der als überzeugend befundenen Methodik führen würde. Hinzu kommt, dass von den Beschwerdeführern die auf formale Aspekte abstellende Zuordnung einzelner Sendungen zu den Kategorien Information und Unterhaltung nur in jenen Fällen bezweifelt wird, in denen der nichtamtliche Sachverständige zu einem für den Beschwerdegegner – aus Sicht der Beschwerdeführer – günstigeren Ergebnis kommt.

Der Beschwerdegegner bringt zur Methodik des Gutachtens des nichtamtlichen Sachverständigen vor, dass diese nicht dem Stand der wissenschaftlichen Fernsehprogrammforschung entspreche und keine valide Basis darstelle, anhand der rechtliche Vorgaben insbesondere zum angemessenen Verhältnis von Inhaltsanteilen beurteilt werden könnten. Die Tabellen im Text des Gutachtens seien kaum mit den vom Gutachter zu den einzelnen Kategorien erstellten Excel-Listen vergleichbar. Darüber hinaus seien nach Auffassung des Beschwerdegegners, welche von der Stellungnahme von *Buß* zum Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen gestützt wird, Aufbau und Format der Excel-Listen unsystematisch und würden sich keine ausformulierten Codieranweisungen oder Angaben von Qualitätskriterien finden. Schließlich lasse das Gutachten auch Analyseschritte zur Ermittlung des „Public Value“ vermissen.

Mit diesem Vorbringen vermag der Beschwerdegegner, die Annahme der Geeignetheit der Methodik des nichtamtlichen Sachverständigen und der Schlüssigkeit des Gutachtens nicht zu erschüttern. Der Beschwerdegegner legte nicht näher dar, wieso die gewählte Methode nicht dem Stand der wissenschaftlichen Fernsehprogrammforschung entspräche. Auch verabsäumte er es, dem Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen auf fachlich gleicher Ebene etwas entgegenzusetzen, indem er es durch ein Gegengutachten entkräftet. Im Hinblick auf die beiden vom Beschwerdegegner vorgelegten Gutachten von *Imhof/Kamber* sowie *Buß* ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei um keine Gegengutachten handelt. Die beiden Gutachten beziehen sich auf einen anderen Prüfungsinhalt als das Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen und versuchen insbesondere aus medienwissenschaftlicher Sicht, die Richtigkeit der vom Beschwerdegegner zur Beurteilung des angemessenen Verhältnisses herangezogenen Programmstrukturanalyse zu rechtfertigen. Soweit der Beschwerdegegner mit seiner Kritik am Gutachten auf die Ausführungen von *Imhof/Kamber* in ihrem Gutachten abzielt, wonach die Berücksichtigung der Sendungsinhalte bei Programmstrukturanalysen unabdingbar sei und Sendungsformate nur als erstes Unterscheidungsmerkmal dienen würden, ist darauf hinzuweisen, dass Ziel der von *Imhof/Kamber* beschriebenen Programmstrukturanalysen die Ermittlung des „Public Value“ ist, der jedoch weder im Rahmen des Gutachtens des nichtamtlichen Sachverständigen zu beachten war, noch ein Kriterium für die Beurteilung des angemessenen Verhältnisses der Kategorieanteile zueinander ist (vgl. Punkt 4.4.7.3. der rechtlichen Beurteilung). Auch im Hinblick auf das behauptete Fehlen der Qualitätskriterien im Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen ist zum einen darauf hinzuweisen, dass die Beurteilung der Qualität der vom Beschwerdegegner im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ausgestrahlten Sendungen nicht Gegenstand des Gutachtensauftrag war und zum anderen die Qualität der Sendungen im Hinblick auf die Erfüllung der Voraussetzung des § 4 Abs. 2 ORF-G kein Maßstab sind (vgl. Punkt 4.4.7.1. der rechtlichen Beurteilung).

Auch mit seinem weiteren Vorbringen zum Aufbau und Format des Gutachtens vermag der Beschwerdegegner die Schlüssigkeit des Gutachtens nicht zu erschüttern. Entgegen den Ausführungen von *Buß* hat der nichtamtliche Sachverständige eine Definition der von ihm verwendeten Kategorien vorgenommen und die Einteilung der einzelnen Sendungen zu den einzelnen Kategorien nach der von ihm gewählten Methodik schlüssig und nachvollziehbar vorgenommen. Dass der nichtamtliche Sachverständige nicht, wie von *Buß* vorgeschlagen, mittels eines Codierbuches seine Sendungszuordnung zu den einzelnen Kategorien vornimmt, ändert nichts an der Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit des Gutachtens.

Der Beschwerdegegner kritisiert in seiner Stellungnahme vom 08.06.2012 darüber hinaus, dass die Vorgehensweise des nichtamtlichen Sachverständigen dazu führe, dass das Programm des Beschwerdegegners lediglich aus den zwei Kategorien Information und Unterhaltung bestehe. Das Gutachten hätte sich nicht darauf beschränken dürfen, übereinstimmende Zuordnungen der Parteien zu übernehmen und strittige Zuordnungen nur zu den Kategorien Information und Unterhaltung vorzunehmen. Schließlich habe der nichtamtliche Sachverständige übersehen, dass das Gesamtsystem der Zuordnung der Programmstrukturanalyse überdacht hätte werden müssen, wenn die Sendungen des

Beschwerdegegners lediglich den vier Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zugeteilt würden.

Wie sowohl aus den die detaillierten Zuordnungen enthaltenden Excel-Listen als auch den im Gutachten angeführten Zuordnungstabellen ersichtlich ist, hat der nichtamtliche Sachverständige entgegen den Behauptungen des Beschwerdegegners die einzelnen Sendungen des Beschwerdegegners – entsprechend dem Gutachtensauftrag der Behörde – den vier Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zugeordnet. Die Vorgehensweise, Sendungen des Beschwerdegegners den Kategorien Information und Unterhaltung selbständig zuzuordnen und in jenen Fällen, in denen die Parteien in Bezug auf die Kategorien Kultur und Sport übereinstimmende Zuordnungen vorgenommen haben, diese zu übernehmen, erweist sich angesichts der vom Gutachter attestierten Schwierigkeit der Zuordnung von Sendungen zu den Kategorien Kultur und Sport vor dem Hintergrund des dem gegenständlichen Verfahren zugrundeliegenden Datenmaterials als nachvollziehbar und schlüssig. Auch mit dem Vorbringen, dass das Gesamtsystem der Zuordnung der Programmstrukturanalyse überdacht hätte werden müssen, wenn die Sendungen des Beschwerdegegners lediglich den vier Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zugeteilt werden, vermag der Beschwerdegegner die Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit des Gutachtens des nichtamtlichen Sachverständigen nicht zu erschüttern. Grundlage der Zuordnung der einzelnen Sendungen des Beschwerdegegners zu den vier Kategorien durch den nichtamtlichen Sachverständigen waren zum einen die Zuordnungen durch die Beschwerdeführer aber auch die vom Beschwerdegegner im Rahmen des Verfahrens vorgelegten Zuordnungslisten. Dass die Zuordnungen der einzelnen Sendungen zu den von beiden Parteien verwendeten Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport anders zu beurteilen seien, wenn lediglich vier Kategorien verwendet werden, wurde vom Beschwerdegegner erst in seiner Stellungnahme vom 08.06.2012 vorgebracht und ist nicht nachvollziehbar, zumal der Beschwerdegegner ursprünglich selbst davon ausgegangen ist, dass die Programmstrukturanalysen und die damit vorgenommenen Sendungszuordnungen die Grundlage für die Beurteilung des angemessenen Verhältnisses der Kategorien zueinander bilden. Darüber hinaus hat auch der Beschwerdegegner in seinen Stellungnahmen nicht angeführt, welche Sendungen keiner der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zugeteilt werden könnten bzw. welche Sendungen von ihm nicht mehr den – „übereinstimmenden“ – Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zugeordnet würden.

Darüber hinaus hat der Beschwerdegegner den keineswegs un schlüssigen Zuordnungen des nichtamtlichen Sachverständigen auf fachlich gleicher Ebene nichts entgegengesetzt, obwohl er Gelegenheit hatte, das von der belangten Behörde herangezogene Gutachten durch ein Gegengutachten, das die Sendungen des Beschwerdegegners ebenfalls nur den Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zuordnet, zu entkräften.

Im Hinblick auf das Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen kritisiert der Beschwerdegegner außerdem, dass die Zuordnung einer ganzen Sendung zu lediglich einer von vier Kategorien dazu führe, dass Inhalte anderer Kategorien in der Sendung nicht mehr aufscheinen können. Es sei von einem weiten und einander überschneidenden Begriffsverständnis auszugehen.

Die im Gutachten gewählte Vorgehensweise, die einzelnen Sendungen des Beschwerdegegners den Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zuzuordnen und keine überschneidenden Zuordnungen vorzunehmen, beruht auf dem Gutachtensauftrag der Behörde. Der nichtamtliche Sachverständige hat sich somit insoweit am Gutachtensauftrag orientiert. Diese Vorgehensweise scheint jedoch auch der wissenschaftlichen Praxis im Rahmen von Programmanalysen zu entsprechen, zumal auch in dem vom Beschwerdegegner vorgelegten Gutachten von *Buß* ausgeführt wird, dass im Rahmen von Programmanalysen Sendungen die Standardanalyseeinheit darstellen (vgl. darüber hinaus auch die Ausführungen unter Punkt 4.4.4. und 4.4.6.1.).

Wie bereits ausgeführt, ergeben sich die konkreten Feststellungen der Anteile der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport am Gesamtprogramm des Beschwerdegegners (ORF eins, ORF 2 und ORF SPORT+) sowie in den einzelnen Programmen des Beschwerdegegners im Jahr 2010 sowie vom 01.01.2011 bis zum 31.08.2011 – soweit im Folgenden keine ausdrückliche Würdigung erfolgt – aus den schlüssigen und nachvollziehbaren Angaben des nichtamtlichen Sachverständigen in seinem Gutachten (vgl. die Tabellen 4.3. im Gutachten vom 10.04.2012).

Die Abweichungen von den Tabellen des nichtamtlichen Sachverständigen ergeben sich aus folgenden von der KommAustria vorgenommenen Änderungen bei den Zuordnungen:

Vor dem Hintergrund des Umstandes, dass es sich bei der Frage, welche Sendungen dem redaktionellen Programm zuzurechnen sind, um eine Rechtsfrage handelt, die nicht von Sachverständigen zu klären ist, und der Auffassung der KommAustria, dass es sich bei den Sendungen Text aktuell, TW1 Frühstückswetter und Wetter-Panorama um redaktionell gestaltete Beiträge handelt (siehe Punkt 4.4.5.2.), wurden diese Sendungen sowohl in den Berechnungen für das Jahr 2010 als auch für den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 der Kategorie „Werbung (Spots, Sponsorhinweise) & Trailer“ entnommen und der Kategorie Information zugeordnet. Insgesamt handelte es sich dabei im Jahr 2010 um 3.499.211 Sekunden und vom 01.01.2011 bis zum 31.08.2011 um 2.301.858 Sekunden.

Soweit der nichtamtliche Sachverständige die im Jahr 2010 auf ORF eins ausgestrahlten Sendungen „Das Match“ aufgrund der Senderinformation „Fußballevent“ der Kategorie Sport zugerechnet hat, war die Zuordnung aufgrund des Umstandes, dass es sich bei diesen Sendungen um eine Fernsehshow handelte, auf die Kategorie Unterhaltung abzuändern. Dem diesbezüglichen glaubwürdigen Vorbringen der Beschwerdeführer in ihrem Schriftsatz vom 11.05.2012 wurde auch vom Beschwerdegegner nicht widersprochen. Darüber hinaus haben die Parteien diese Sendungen übereinstimmend der Kategorie Unterhaltung zugeordnet. Insgesamt handelte es sich dabei im Jahr 2010 um Sendungen im Gesamtausmaß von 76.667 Sekunden.

Soweit der nichtamtliche Sachverständige die auf ORF 2 ausgestrahlte Volksgruppensendung vom 01.02.2010 keiner der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zugeteilt hat, war diese Sendung, zumal alle übrigen vom Beschwerdegegner ausgestrahlten Volksgruppensendungen im Gutachten in schlüssiger und nachvollziehbarer Weise der Kategorie Information zugerechnet wurden, ebenfalls der Kategorie Information zuzuordnen. Nach Auffassung der KommAustria ist nicht davon auszugehen, dass diese Sendung anders als die übrigen Volksgruppensendungen des Beschwerdegegners zu beurteilen ist. Die Dauer der Sendung am 01.02.2010 betrug 1.792 Sekunden.

Eine stichprobenartige Kontrolle der Zuordnungen der Sendungen des Beschwerdegegners zur Kategorie Kultur hat ergeben, dass aufgrund eines – angesichts der methodischen Darlegungen im Gutachten leicht erkennbaren – offensichtlichen Versehens teilweise Sendungen des Beschwerdegegners, die dem Kulturbereich zuzurechnen sind, vom nichtamtlichen Sachverständigen der Kategorie Unterhaltung zugerechnet wurden. Die von den Parteien übereinstimmend vorgenommene Zuordnung der 2010 auf ORF 2 ausgestrahlten Sendungen „Andre Rieu ein Sommernachtstraum open air“, „Christmas in Vienna“ und „Weltstars verabschieden Ioan Holender“ wurden daher aufgrund des offensichtlichen Versehens im Ausmaß von 15.242 Sekunden („Weltstars verabschieden Ioan Holender“), 8.063 Sekunden („Andre Rieu ein Sommernachtstraum open air“) und 6.084 Sekunden („Christmas in Vienna“) der Kategorie Unterhaltung entnommen und der Kategorie Kultur zugerechnet.

Demgegenüber ist die von den Beschwerdeführern beanstandete Zuordnung der auf ORF 2 ausgestrahlten Sendungen „Stöckl am Samstag“ zur Kategorie Information nicht zu

beanstanden. Zwar wurden diese Sendungen vom nichtamtlichen Sachverständigen in seiner Zuordnungsliste für das Jahr 2011 versehentlich als „Unterhaltungssendungsformat“ bezeichnet, tatsächlich wurden diese Sendungen jedoch aufgrund der Zuordnung nach Sendungsformaten und des Umstandes, dass es sich um ein „Talk(Magazin)“ handelt, wie auch aus der Backend Liste für ORF 2 ersichtlich ist, der Kategorie Information zugerechnet. Vor dem Hintergrund der vom nichtamtlichen Sachverständigen vorgenommenen schlüssigen und nachvollziehbaren Zuordnung von „Talk(Magazin)“ zur Kategorie Information waren diese Zuordnungen nicht zu beanstanden.

Soweit der nichtamtliche Sachverständigen in Bezug auf einzelne Sendungen des Beschwerdegegners („INSIDE“ im Programm ORF 2 am 01.01.2010, „KM:HIPHOP FASHION STATEMENT“ im Programm ORF 2 am 07.06.2010 und „F:RIER HOME“ im Programm ORF eins am 22.11.2010) keine Zuordnung zu den in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien vorgenommen hat, war diese Vorgehensweise angesichts der Methodik des Gutachtens und des Umstandes, dass mangels weiterer Informationen zu diesen Sendungen eine Zuordnung nicht möglich war, nicht zu beanstanden. Im Übrigen handelt es sich dabei um Sendungen im Umfang von lediglich 2.375 Sekunden und somit um einen vernachlässigbaren Anteil an von 0,003 % an der Gesamtsendezeit des Beschwerdegegners im Jahr 2010, der keine wesentlichen Auswirkungen auf das Verhältnis der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zueinander hat.

Eine Feststellung zu dem von den Beschwerdeführern in ihrer Beschwerde angestellten quantitativen Vergleich zwischen den Programmen des Beschwerdegegners und einigen privaten Fernsehveranstaltern im Hinblick auf das Verhältnis der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zueinander, konnte schon deshalb unterbleiben, als sich § 4 Abs. 2 ORF-G ausdrücklich nur auf das Programm des Beschwerdegegners bezieht; ein Vergleich mit den Programmen anderer Fernsehveranstalter ist somit für die Beurteilung der Erfüllung der Voraussetzung des § 4 Abs. 2 ORF-G irrelevant.

Im Hinblick auf die beiden vom Beschwerdegegner vorgelegten Gutachten von *Imhof/Kamber* sowie *Buß* ist nochmals darauf hinzuweisen, dass Prüfungsgegenstand dieser Gutachten die Herausforderungen von Programmstrukturanalysen im allgemeinen bzw. die Darstellung der vom Beschwerdegegner seit Jahren verwendeten Programmstrukturanalyse ist. Vor dem Hintergrund des Umstandes, dass der Gegenstand dieser Gutachten im Zusammenhang mit der Beurteilung der gegenständlichen Beschwerde nicht entscheidungsrelevant ist, war nicht weiter auf diese Gutachten einzugehen. Insbesondere die Ausführungen im Gutachten von *Buß* zu den Stärken der Programmstrukturanalyse im Vergleich zu den TV-Programmstrukturanalysen sind im vorliegenden Zusammenhang unbeachtlich, zumal weder die Richtigkeit der TV-Programmstrukturanalysen noch die Ergebnisse dieser Analysen Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind. Im Hinblick auf die Ausführungen im Gutachten *Imhof/Kamber* zur Ausgewogenheit und Unverwechselbarkeit eines Fernsehprogramms ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei um rechtliche Fragen handelt, deren Beurteilung der Behörde und nicht einem Gutachter obliegt. Die Frage des angemessenen Verhältnisses der Kategorien zueinander stellt ebenfalls eine Rechtsfrage dar, die nicht von Sachverständigen zu klären ist; rechtliche Ausführungen des Sachverständigen sind unbeachtlich.

Die Feststellungen zu den vom Beschwerdegegner im beschwerdegegenständlichen Zeitraum insbesondere in seinem Programm ORF eins gleichzeitig und zeitversetzt ausgestrahlten Serien und Spielfilmen in Bezug auf die Programme ProSieben und SAT.1 bzw. die Programme RTL, SAT.1 und ProSieben ergeben sich aus dem insoweit glaubwürdigen Ausführungen der Beschwerdeführer, denen der Beschwerdegegner in seinen Schriftsätzen auch nicht entgegengetreten ist. Aufgrund des Umstandes, dass es sich bei den Programmen ProSieben Austria und SAT.1 Austria um Fensterprogramme handelt, deren Zulassung nicht die Ausstrahlung der inkriminierten Serien und Spielfilmen umfasst, ist

jedoch davon auszugehen, dass die Beschwerdeführer auf die gleichzeitig und zeitversetzten Ausstrahlungen mit den deutschen Rahmenprogrammen ProSieben und SAT.1 abzielten.

Soweit die Beschwerdeführer in Bezug auf die zeitgleich bzw. zeitversetzt ausgestrahlten Serien konkrete Zahlen anführen, waren diese aufgrund der mangelnden Nachvollziehbarkeit den Feststellungen nicht zugrunde zu legen. Der von den Beschwerdeführern vorgelegten Liste der beispielsweise zeitgleich bzw. zeitversetzt ausgestrahlten Serien ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführer offensichtlich jede zeitgleiche bzw. zeitversetzte Ausstrahlung mit jedem einzelnen in die Berechnung einbezogenen privaten Fernsehveranstalter als „Gegenprogrammierung“ gewertet haben, und dass sich die von ihnen genannten Zahlen somit auf die verglichenen privaten Fernsehveranstalter in ihrer Gesamtheit bezieht. Wie in der rechtlichen Beurteilung unter Punkt 4.6.4. ausgeführt, ist jedoch Beurteilungsgrundlage für die in § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G geforderte Unverwechselbarkeit des Beschwerdegegners nicht die Gesamtheit aller kommerziellen Sender, die mit dem Beschwerdegegner im Wettbewerb stehen. Darüber hinaus fehlen der Beschwerde konkrete Ausführungen dazu, wie sie zu den im Gesamtjahr 2010 bzw. im ersten Halbjahr 2011 behaupteten Zahlen in Bezug auf die zeitgleich bzw. zeitversetzt ausgestrahlten Serien kommt, die sich offensichtlich wiederum auf alle verglichenen privaten Fernsehveranstalter in ihrer Gesamtheit beziehen.

Auch die von den Beschwerdeführern angeführten Zahlen in Bezug auf die zeitgleich bzw. zeitversetzt ausgestrahlten Spielfilme waren den Feststellungen nicht zugrunde zu legen. Feststellungen der von den Beschwerdeführern für die Jahre 2006 bis 2009 genannten Zahlen konnten schon deshalb unterbleiben, weil diese Jahre außerhalb des von der gegenständlichen Beschwerde erfassten Zeitraumes liegen. Im Hinblick auf die übrigen angeführten Zahlen war eine Feststellung mangels Nachvollziehbarkeit ebenfalls nicht möglich. Die Beschwerdeführer legten im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens eine DVD vor, aus der sich jedoch lediglich Daten im Hinblick auf die Fernsehprogramme ProSieben und RTL für den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 entnehmen lassen. Eine Nachvollziehbarkeit jener Angaben für den beschwerdegegenständlichen Zeitraum, die sich auf die zeitgleich bzw. zeitversetzt ausgestrahlten Spielfilme beziehen, war daher, unter anderem weil Daten für das Programm SAT.1 gänzlich fehlen, nicht gegeben.

Im Übrigen sind die Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass es nicht Aufgabe der Behörde ist, in eine unbestimmte Anzahl von Sendungen verschiedener Fernsehveranstalter Einsicht zu nehmen um die Begründetheit des Beschwerdevorbringens überhaupt beurteilen zu können. Die Behörde hat – nicht zuletzt im Lichte der ausdrücklichen Differenzierung zwischen den Beschwerdeverfahren nach § 36 Abs. 1 Z 1 ORF-G und den amtswegigen Verfahren nach Z 3 leg.cit. – auch die Grenzen der Ermittlungspflicht zu beachten (vgl. auch VwGH 19.10.2004, Zl. 93/03/0178, 23.06.1995, Zl. 93/17/0409). Vor dem Hintergrund, dass die Behörde nicht verpflichtet ist, aufgrund bloßer nicht näher konkretisierter Behauptungen, aufwändige Ermittlungen durchzuführen (vgl. VwGH 18.09.1985, Zl. 85/03/0074), hätten die Beschwerdeführer konkrete Beweise für die behauptete Verletzung des § 4 Abs. 3 ORF-G vorbringen müssen, wie sie es im Übrigen in Bezug auf andere Beschwerdepunkte auch gemacht haben.

## **4 Rechtliche Beurteilung**

### **4.1 Zuständigkeit der Behörde**

Gemäß § 35 ORF-G obliegt die Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk der Regulierungsbehörde. Gemäß § 35 Abs. 3 ORF-G ist die Regulierungsbehörde die KommAustria.

## 4.2 Beschwerde Voraussetzungen

§ 36 ORF-G lautet auszugsweise:

„*Rechtsaufsicht*

§ 36. (1) Die Regulierungsbehörde entscheidet neben den anderen in diesem Bundesgesetz und im KommAustria-Gesetz genannten Fällen – soweit dafür nicht eine andere Verwaltungsbehörde oder ein Gericht zuständig ist – über die Verletzung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes mit Ausnahme der Bestimmungen des 5a. Abschnittes oder über die Verletzung des Umfangs eines Angebotskonzepts einschließlich allfälliger nach § 6b Abs. 2 erteilten Auflagen

1. auf Grund von Beschwerden

a. einer Person, die durch eine Rechtsverletzung unmittelbar geschädigt zu sein behauptet;

b. ...

c. eines Unternehmens, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch die behauptete Verletzung berührt werden.

2. – 3. ...

(2) ...

(3) Beschwerden sind innerhalb von sechs Wochen, Anträge sind innerhalb von sechs Monaten, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen. Offensichtlich unbegründete Beschwerden und Anträge sind ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen.

(4) ...“

### 4.2.1 Zur Beschwerdelegitimation

#### 4.2.1.1 Allgemeines

Die Beschwerdeführer stützen ihre Beschwerdelegitimation auf § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G.

Für das Vorliegen einer Beschwerdelegitimation nach dieser Bestimmung reicht die Darlegung von zumindest im Bereich des Möglichen liegenden berührten rechtlichen oder wirtschaftlichen Interessen des beschwerdeführenden Unternehmens aus (vgl. z.B. BKS 29.01.2007, GZ 611.956/0002-BKS/2007, zum wortidenten § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010). Im Unterschied zur Beschwerdemöglichkeit gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G kann gemäß lit. c leg.cit. Beschwerde auch bei bloß mittelbarer Schädigung oder selbst dann, wenn noch kein Schaden eingetreten ist, erhoben werden (vgl. BKS 12.12.2004, GZ 611.933/0003-BKS/2004, sowie *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz<sup>3</sup>, 327).

Weitere Voraussetzung dafür, dass durch eine behauptete Verletzung des ORF-G wirtschaftliche Interessen eines gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G beschwerdeführenden Unternehmens berührt werden, ist das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem beschwerdeführenden Unternehmen und dem Beschwerdegegner. Ein solches Wettbewerbsverhältnis ist dann anzunehmen, wenn sich das beschwerdeführende Unternehmen am selben oder auf einem vor- oder nachgelagerten Markt in einer Wettbewerbssituation zum Beschwerdegegner oder zu einem seiner Tochterunternehmen befindet (vgl. etwa BKS 25.09.2006, GZ 611.933/0006-BKS/2006, wiederum zu § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010; *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz<sup>3</sup>, 327).

#### **4.2.1.2 Zur Beschwerdelegitimation der A, B, E bis H und J bis M**

Es ist davon auszugehen, dass sich die A, B, E bis H und J bis M, die allesamt Fernsehveranstalterinnen sind, mit dem Beschwerdegegner in einem Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G befinden, und dass sie mit dem Beschwerdegegner im Wettbewerb sowohl um Marktanteile am Zusehermarkt als auch – damit korrelierend – um Werbeaufträge am Werbemarkt stehen. Die behaupteten Rechtsverletzungen könnten auch Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführer haben. Einerseits könnte der Beschwerdegegner durch die Ausstrahlung eines Gesamtprogramms, das nach dem Vorbringen der Beschwerdeführer kein angemessenes Verhältnis der Anteile Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander aufweist, von Fernsehprogrammen, die dem öffentlich-rechtlichen Auftrag gemäß §§ 3 Abs. 1 Z 2 iVm 4 Abs. 2 ORF-G widersprechen, bzw. eines im Wettbewerb mit kommerziellen Sendern in Inhalt und Auftritt verwechselbaren Programms die Attraktivität seines Programms für Zuseher und Werbekunden gleichermaßen erhöhen, wobei gesteigerte Zuseherzahlen höhere Werbeerlöse mit sich bringen und die Konkurrenzsituation des Beschwerdegegners durch solcherart rechtswidrig erwirtschaftete Einnahmen gegenüber den Mitbewerbern an sich verbessert wäre. Zum anderen ist es zumindest möglich, dass durch die Ausstrahlung eines Gesamtprogramms, das kein angemessenes Verhältnis der Anteile Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander aufweist, von Fernsehprogrammen, die dem öffentlich-rechtlichen Auftrag gemäß §§ 3 Abs. 1 Z 2 iVm 4 Abs. 2 ORF-G widersprechen, bzw. eines im Wettbewerb mit kommerziellen Sendern in Inhalt und Auftritt verwechselbaren Programms Zuseher von konkurrierenden Sendern abwandern, was im Ergebnis zu einem Abfluss der Werbeeinnahmen führt und insoweit die wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt werden.

Es ist daher im Sinne der unter Punkt 4.2.1.1. zitierten Entscheidungspraxis nicht ausgeschlossen, dass durch die behaupteten Rechtsverletzungen bzw. den inkriminierten Sachverhalt eine (zumindest) mittelbare Schädigung der Beschwerdeführer und somit ein Eingriff in deren wirtschaftliche Interessen im Sinne des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G gegeben sein kann, weshalb die Beschwerdelegitimation – welche vom Beschwerdegegner auch nicht bestritten wurde – gegeben ist.

#### **4.2.1.3 Zur Beschwerdelegitimation der C**

Nach Auffassung des Beschwerdegegners liege keine Beschwerdelegitimation der C gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G vor, da es sich bei dieser Beschwerdeführerin um eine Vermarkterin von Werbezeiten von privaten Rundfunkveranstaltern (insbesondere der XY-Gruppe) handle, die nicht als unmittelbare „Konkurrentin“, d.h. als Rundfunkveranstalterin tätig sei.

Dass ein Unternehmen, welches als Werbezeitenvermarkter privater Rundfunkveranstalter tätig wird, durch die im gegenständlichen Verfahren behaupteten Rechtsverletzungen – wenn auch allenfalls nur mittelbar – nicht in seinen rechtlichen, vor allem aber nicht in seinen wirtschaftlichen Interessen im Sinne von § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G berührt sein soll, vermochte der Beschwerdegegner nicht überzeugend darzulegen. Vielmehr ist im Sinne der Entscheidungspraxis des BKS (vgl. BKS 25.09.2006, GZ 611.933/0006-BKS/2006; *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>3</sup>, 327) davon auszugehen, dass ein nach Z 1 lit. c leg.cit. geschütztes Wettbewerbsverhältnis auch dann vorliegt, wenn sich das beschwerdeführende Unternehmen auf einem vor- oder nachgelagerten Markt in einer Wettbewerbssituation zum Beschwerdegegner oder zu einem seiner Tochterunternehmen befindet. Daraus kann geschlossen werden, dass ein nach Z 1 lit. c leg.cit. geschütztes Wettbewerbsverhältnis nicht erst dann gegeben ist, wenn das beschwerdeführende Unternehmen selbst als Hörfunk- oder Fernsehveranstalter tätig ist. Dies trifft insofern auf das Verhältnis zwischen der C zum Beschwerdegegner zu, als sich die den Beschwerdegegner in seiner Programmgestaltung beschränkenden Regelungen des ORF-G

bzw. die Verletzung derselben auf die Werbevermarktung der privaten Rundfunkveranstalter und damit den wirtschaftlichen Erfolg der Vermarkterin der Werbezeiten dieser Unternehmen auswirken können. Insofern ist die C auf einem dem „Markt der Veranstaltung von Rundfunkprogrammen“ vor- oder allenfalls nachgelagerten Markt tätig.

An dieser Beurteilung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass auch der Beschwerdegegner Werbung in seinen Programmen nicht im Rahmen der Stiftung Österreichischer Rundfunk selbst vermarktet, sondern die Werbezeitenvermarktung durch seine Tochtergesellschaft ORF Enterprise GmbH & Co KG besorgen lässt. Es erschließt sich aus § 8a Abs. 4 iVm Abs. 3 ORF-G, dass der Vertrieb und die Vermarktung kommerzieller Kommunikation in den gemäß § 3 ORF-G bereit gestellten Programmen durch Tochtergesellschaften des Beschwerdegegners in dessen Namen und auf dessen Rechnung wahrzunehmen sind (vgl. ausdrücklich die Erläuterungen zu § 8a ORF-G zur RV 611 BlgNR XXIV. GP).

Die gesetzlichen Regelungen über den Unternehmensgegenstand des Beschwerdegegners bzw. seiner Tochtergesellschaften grenzen deren zulässige Tätigkeit unter anderem auch im Hinblick auf das Wettbewerbsverhältnis zu anderen Unternehmen ein und haben daher Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Interessen solcher, in einem entsprechenden Wettbewerbsverhältnis stehenden Unternehmer (vgl. dazu BKS 25.09.2006, GZ 611.933/0006-BKS/2006). Die C ist als Vermarkterin von Werbezeiten von privaten Rundfunkveranstaltern (insbesondere der XY-Gruppe) tätig und steht somit mit dem Beschwerdegegner (auch wenn dieser die Werbevermarktung durch seine Tochtergesellschaft besorgen lässt) auf dem Werbemarkt im Wettbewerb. Es ist daher im Sinne der zitierten Rechtsprechung nicht ausgeschlossen, dass durch die behaupteten Rechtsverletzungen eine (zumindest) mittelbare Schädigung der C und somit ein Eingriff in deren wirtschaftliche Interessen im Sinne des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G gegeben sein kann, weshalb auch in diesem Fall die Beschwerdelegitimation zu bejahen ist.

#### **4.2.1.4 Zur Beschwerdelegitimation der I**

Die Beschwerde der I bezieht sich auf den Zeitraum 07.09.2010 bis 31.08.2011. In diesem Zeitraum war die I, die aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 07.09.2010, KOA 4.429/10-004, über eine Zulassung zur Verbreitung eines digitalen Fernsehprogramms über eine terrestrische Multiplex-Plattform verfügte, eine Fernsehveranstalterin, die mit dem Beschwerdegegner im Wettbewerb sowohl um Marktanteile am Zusehermarkt als auch – damit korrelierend – um Werbeaufträge am Werbemarkt stand. Die Beschwerdeberechtigung der I aus dem Titel des Mitbewerberverhältnisses im Sinne des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G ist daher im vorliegenden Fall dem Grunde nach aus denselben Gründen wie bei den übrigen beschwerdeführenden Fernsehveranstalterinnen gegeben (siehe dazu bereits Punkt 4.2.1.2.; zur teilweisen Zurückweisung der Beschwerde der I wegen Verfristung vgl. Punkt 4.2.2.3.).

#### **4.2.1.5 Zur Beschwerdelegitimation der D**

Dem Vorbringen, wonach die D in der Beschwerde hinsichtlich ihrer Firma und ihrer Firmenbuchnummer irrtümlich falsch bezeichnet worden sei, richtigerweise die Z Beschwerdeführerin sei und daher die Parteienbezeichnung der D auf die Z geändert werde, ist die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entgegenzuhalten. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine unrichtige Schreibweise oder auch eine unvollständige Parteienbezeichnung berichtigungsfähig, wenn an der Identität der einschreitenden Partei kein Zweifel bestehen kann. Wird hingegen die Parteienbezeichnung dergestalt geändert, dass anstelle einer tatsächlich existierenden Gesellschaft, die die Beschwerde eingebracht hat, eine andere Gesellschaft treten soll, so liegt darin ein unzulässiges Auswechseln der Partei (vgl. VwGH 20.12.2002, Zl. 2002/05/1195, 16.12.2003, Zl. 2003/05/0163). Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung stellt die beabsichtigte

Berichtigung der Parteienbezeichnung im vorliegenden Fall einen unzulässigen Austausch der Beschwerdeführerin dar. Beschwerdeführende Gesellschaft ist somit die D.

Die D verfügt aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 12.10.2011, KOA 4.24/11-003, über eine Zulassung zur Veranstaltung und Verbreitung eines digitalen Fernsehprogramms. Im beschwerdegegenständlichen Zeitraum (01.01.2010 bis 31.08.2011) war sie somit nicht als Fernsehveranstalterin tätig und stand mit dem Beschwerdegegner auch weder auf dem Zuschauer-, noch auf dem Werbemarkt im Wettbewerb. Die KommAustria geht davon aus, dass die behaupteten Rechtsverletzungen auch keine Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin haben könnten. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin auch nicht vorgebracht, dass ihre wirtschaftlichen Interessen durch die behaupteten Rechtsverletzungen berührt wären. Da im Sinne der zitierten Rechtsprechung ausgeschlossen ist, dass durch die behaupteten Rechtsverletzungen eine (zumindest) mittelbare Schädigung der Beschwerdeführerin und somit ein Eingriff in deren wirtschaftliche Interessen im Sinne des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G gegeben sein kann, war die Beschwerde der D zurückzuweisen (vgl. Spruchpunkt 4.).

Vor dem Hintergrund, dass die beschwerdeführende D lediglich von einer – im Endeffekt unzulässigen – Berichtigung der Parteienbezeichnung gesprochen hat, war mangels Vorliegens einer Beschwerde der Z auf deren Beschwerdelegitimation und die Frage der Rechtzeitigkeit ihrer Beschwerdeerhebung nicht näher einzugehen.

## **4.2.2 Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde**

### **4.2.2.1 Allgemeines**

Gemäß § 36 Abs. 3 ORF-G sind Beschwerden innerhalb von sechs Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen.

Nach der Entscheidungspraxis des BKS ist bei Beschwerden, die einen längeren Zeitraum inkriminieren, hinsichtlich der Fristberechnung vom letzten Tag des von ihr erfassten Zeitraums auszugehen. Allerdings kann bei noch andauernden Verletzungen der Beschwerdezeitraum nicht unbegrenzt in die Vergangenheit zurückreichen (vgl. BKS 27.06.2008, GZ 611.922/0003-BKS/2008, BKS 20.10.2008, GZ 611.934/0016-BKS/2008).

Konkret hat der BKS im Bescheid vom 27.06.2008, GZ 611.922/0003-BKS/2008, zur Rechtzeitigkeit der Beschwerdeerhebung iSd damals in Geltung stehenden § 36 Abs. 4 ORF-G, der dem nunmehrigen § 36 Abs. 3 ORF-G entspricht, unter Bezugnahme darauf, dass § 5 Abs. 1 ORF-G auf die vom Beschwerdegegner zu erstellenden Jahressendeschemata abstellt, ausgeführt: *„Die Programmerstellung im Sinne des § 5 Abs. 1 ORF-G kann daher ... als ein zeitlich auf die jeweilige Planungs- und Umsetzungsperiode ausgerichtetes und durch diese auch begrenztes Verhalten gesehen werden, das durch die Programmplanung und -erstellung für die nächste Periode abgelöst wird. Aus diesen Gründen kann eine Beschwerde wegen einer – noch anhaltenden – Verletzung des Programmauftrages nach § 5 ORF-G nicht beliebig in die Vergangenheit ausgedehnt werden. Vielmehr hat die Prüfung, ob die Vorgaben dieser Bestimmung für die Programmgestaltung erfüllt worden sind, auf das jeweilige Programmjahr bezogen zu erfolgen. Die in § 36 Abs. 4 ORF-G normierte sechswöchige Beschwerdefrist beginnt daher mit dem Ablauf des Kalenderjahres zu laufen. Auch davor erhobene Beschwerden sind aber inhaltlich zu behandeln, wenn sie nur einen hinreichend langen (vgl. VwGH 21.4.2004, 2004/04/0009), nicht notwendig ein ganzes Kalenderjahr umfassenden Zeitraum aufgreifen. In diesem Fall wäre es allenfalls Sache des ORF, darzutun, dass im Jahresverlauf von der Planung bereits abgewichen wurde oder noch abgewichen werden soll. Erstattet er keinen Einwand in diese Richtung, ist davon auszugehen, dass die weitere Programmgestaltung im Kalenderjahr jener des Beschwerdezeitraums und/oder der Jahresplanung entsprechen wird.*

*Wird aber – wie hier – vorgebracht, dass ein Programmschema in unveränderter Form über den Jahreswechsel hinaus fortgeschrieben wird, so ist in die Betrachtung nicht nur das laufende Rumpfbjahr, sondern auch noch das zuletzt abgelaufene Kalenderjahr einzubeziehen; für dieses kann die Beschwerdefrist unter jener Bedingung nicht vor Ablauf des neuen Kalenderjahres enden.“*

Entsprechend dieser Entscheidungspraxis hat der BKS in seiner Entscheidung vom 20.10.2008, GZ 611.934/0016-BKS/2008, zur Rechtzeitigkeit der Beschwerdeerhebung im Hinblick auf die behauptete Verletzung des § 4 Abs. 1 Z 3, 6 und 7, Abs. 2 und Abs. 4 ORF-G festgestellt: *„Nun stellt § 4 Abs. 1 ORF-G anders als § 5 Abs. 1 ORF-G nicht ausdrücklich auf die Jahressendeschemata ab; sie werden aber in § 4 Abs. 3 erwähnt (vgl. dazu auch VfSlg. 16.911/2003). Gleichzeitig ist aus § 4 Abs. 1 ORF-G außerdem abzuleiten, dass dieser keine punktuellen programmlichen Vorgaben macht ..., sondern lediglich eine Richtschnur aufstellt, deren Einhaltung nur über einen längeren Zeitraum beobachtbar ist. Für die Programme, auf die § 4 Abs. 1 ORF-G abstellt, sind aber ebenso die Jahressendeschemata das gesetzlich vorgegebene Planungsinstrument des ORF für die jährliche Programmplanung wie im Fall des – auf dieselben Programme verweisenden – § 5 Abs. 1 (vgl. insb. § 23 Abs. 2 Z 1 ORF-G). Hinzu tritt, dass gemäß § 8 ORF-G der ORF bis zum 31. März eines jeden Jahres einen Bericht über die Erfüllung der Aufträge nach den §§ 3 bis 5 zu erstellen und dem Nationalrat und Bundesrat zu übermitteln hat. Das ORF-G lässt also in dieser Bestimmung erkennen, dass es das Kalenderjahr als einen tauglichen Zeitraum für die Beurteilung der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Aufträge des ORF erachtet. Ebenso wie bei der Bestimmung des § 5 ORF-G geht der Bundeskommunikations-senat daher davon aus, dass die Einhaltung der programmatischen Vorgaben des § 4 Abs. 1 ORF-G im jeweiligen Kalenderjahr zu beobachten ist und die in § 36 Abs. 4 ORF-G normierte sechswöchige Beschwerdefrist daher grundsätzlich mit dem Ablauf des Kalenderjahres, auf das sich die Beschwerde bezieht, zu laufen beginnt, wobei auch im Fall von § 4 Abs. 1 ORF-G vor diesem Zeitpunkt erhobene Beschwerden inhaltlich zu behandeln sind, wenn sie nur einen hinreichend langen Zeitraum erfassen. Dieselben Überlegungen sind in Bezug auf die behaupteten Verletzungen von § 4 Abs. 2 und 4 ORF-G maßgeblich.“*

#### **4.2.2.2 Rechtzeitigkeit der Beschwerde der A bis C, E bis H und J bis M**

Die Beschwerde der A bis C, E bis H und J bis M wurde am 30.09.2011 erhoben und bezieht sich auf den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.08.2011. Die Beschwerdeführer behaupten eine Verletzung des angemessenen Verhältnisses der Anteile Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G sowie die Verwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks in Inhalt und Auftritt im Wettbewerb mit kommerziellen Sendern gemäß § 4 Abs. 3 ORF-G. Zusätzlich rügen sie allgemein einen zu hohen Unterhaltungsanteil in den beiden Vollprogrammen des Beschwerdegegners.

Die §§ 3 bis 5 ORF-G enthalten Regelungen, die den dem Beschwerdegegner zukommenden Gestaltungsspielraum bei der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags umschreiben. Vor dem Hintergrund der den Bestimmungen innewohnenden Ziele (u.a. angemessenes Verhältnis, Unverwechselbarkeit, Ausstrahlung von zwei Fernsehvollprogrammen und zwei Spartenprogrammen, angemessene Anteile in den Volksgruppensprachen) ist davon auszugehen, dass die Erfüllung der Voraussetzungen über einen längeren Zeitraum zu beobachten ist. Der BKS hat bereits zu § 4 Abs. 1 ORF-G dargelegt, dass diese Bestimmung zwar nicht ausdrücklich auf die Jahressendeschemata abstellt, diese aber in § 4 Abs. 3 ORF-G erwähnt werden. Gleichzeitig sei aus § 4 Abs. 1 ORF-G abzuleiten, dass dieser keine punktuellen programmlichen Vorgaben macht, sondern lediglich eine Richtschnur aufstellt, deren Einhaltung nur über einen längeren Zeitraum beobachtbar ist. Auch aus der Verpflichtung zur Erstellung des Jahresberichts sei ableitbar, dass das Kalenderjahr ein tauglicher Zeitraum für die Beurteilung der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Aufträge des Beschwerdegegners ist (vgl. BKS 20.10.2008, GZ 611.934/0016-BKS/2008).

Die KommAustria geht vor dem Hintergrund der Entscheidungspraxis des BKS (vgl. BKS 27.06.2008, GZ 611.922/0003-BKS/2008, BKS 20.10.2008, GZ 611.934/0016-BKS/2008) davon aus, dass die Jahressendeschemata auch für die Erfüllung der in § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G genannten Regelungen sowie für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags für die Voll- und Spartenprogramme gemäß § 3 ORF-G die gesetzlichen Planungsinstrumente darstellen und somit die Erfüllung dieser Voraussetzungen im jeweiligen Kalenderjahr zu beobachten ist.

Dem Vorbringen des Beschwerdegegners, wonach die Jahressendeschemata lediglich Programmkategorien, Programmproportionen und Zeiteckwerte festschreiben, ist zunächst entgegenzuhalten, dass auch der BKS in seiner bisherigen Entscheidungspraxis im Hinblick auf die Erfüllung der Voraussetzungen des § 4 ORF-G von der Maßgeblichkeit der Jahressendeschemata ausgegangen ist. Auch der Verfassungsgerichtshof sieht in seiner Rechtsprechung die Jahres- und Monatsschemata als tauglichen Anknüpfungspunkt für die Erfüllung der Voraussetzung des § 4 Abs. 3 2. Satz ORF-G an (vgl. VfSlg. 16.911/2003).

Die Annahme, dass die Jahressendeschemata auch für die Erfüllung der in § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G genannten Regelungen sowie für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags für die Voll- und Spartenprogramme die gesetzlichen Planungsinstrumente darstellen, wird auch durch folgende Überlegungen gestützt:

*Gemäß dem Ausschussbericht (AB 280 BlgNR, XVI. GP) zu § 8 Abs. 2 Z 1a RFG (der Vorgängerbestimmung zu § 21 Abs. 2 Z 2 ORF-G) ging der Verfassungsausschuss „bei Beschlussfassung über diese Bestimmung ... von der im ORF seit vielen Jahren geübten Praxis aus, dass unter Programmschemata nur die Festschreibung von Programmkategorien, Programmproportionen und Zeiteckwerte zu verstehen ist. Das Programmschema ist nicht mit der detaillierten Jahresprogrammplanung zu verwechseln, die Titel, Inhalt und Ausmaß der Programme beinhaltet.“*

Dies spricht zunächst für die vom Beschwerdegegner vertretene Auffassung; zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass gemäß dem nunmehr in Geltung stehenden § 23 Abs. 2 Z 1 ORF-G dem Generaldirektor unter anderem die Festlegung allgemeiner Richtlinien für die Programmgestaltung, Programmerstellung und Programmkoordination im Hörfunk und Fernsehen und für das Online-Angebot sowie die Erstellung der Jahressendeschemen und Jahresangebotsschemen jeweils mit Zustimmung des Stiftungsrates (§ 21 Abs. 2 Z 1 und 2 leg.cit.) obliegt; dabei hat der Generaldirektor eine detaillierte Darstellung der entsprechend den gesetzlichen Aufträgen geplanten Maßnahmen und Tätigkeiten vorzulegen und zu begründen, inwieweit diese den im Rahmen des Qualitätssicherungssystems definierten Kriterien entsprechen. Gemäß § 21 Abs. 2 Z 2 ORF-G ist die Zustimmung des Stiftungsrates unter anderem zu den unter Beachtung der langfristigen Programmpläne und der Programmrichtlinien vom Generaldirektor zu erstellenden und dem Stiftungsrat bis zum 15. November jeweils für das folgende Kalenderjahr vorzulegenden Sende- und Angebotsschemen für Hörfunk und Fernsehen (Jahressendeschemen) in Übereinstimmung mit den Kriterien des Qualitätssicherungssystems notwendig.

Im Unterschied zur Vorgängerregelung des § 23 Abs. 2 Z 1 ORF-G (vgl. § 10 Abs. 2 Z 1 RFG) wurde nunmehr ausdrücklich geregelt, dass der Generaldirektor eine Darstellung der geplanten Maßnahmen und Tätigkeiten vorzunehmen hat. Unter anderem auch vor dem Hintergrund, dass der Generaldirektor somit bei der Erstellung der Jahressendeschemata „eine detaillierte Darstellung der entsprechend den gesetzlichen Aufträgen geplanten Maßnahmen und Tätigkeiten“ vorzulegen und diese zu begründen hat, ist davon auszugehen, dass die Jahressendeschemata auch im Hinblick auf die Einhaltung des § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G sowie für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags für die Voll-

und Spartenprogramme jene Planungsinstrumente sind, aus der sich die jährliche Programmplanung des Beschwerdegegners ergibt.

Hinzu kommt – wie der BKS bereits im Bescheid vom 20.10.2008, GZ 611.934/0016-BKS/2008, ausgeführt hat –, dass der Beschwerdegegner – nunmehr – gemäß § 7 ORF-G bis zum 31. März eines jeden Jahres einen Bericht über die Erfüllung unter anderem der Aufträge nach den §§ 3 bis 5 leg.cit. im vorangegangenen Kalenderjahr zu erstellen und dem Bundeskanzler und der Regulierungsbehörde zu übermitteln hat. Der Gesetzgeber lässt also erkennen, dass er das Kalenderjahr als einen tauglichen Zeitraum für die Beurteilung der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Aufträge des Beschwerdegegners und somit auch der Ziele des § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G sowie des öffentlich-rechtlichen Auftrags für die Voll- und Spartenprogramme erachtet.

Die Erfüllung der Vorgaben der § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G sowie des öffentlich-rechtlichen Auftrags für die Voll- und Spartenprogramme ist somit im jeweiligen Kalenderjahr zu beobachten und beginnt die in § 36 Abs. 3 ORF-G normierte sechswöchige Beschwerdefrist daher grundsätzlich mit dem Ablauf des Kalenderjahres, auf das sich die Beschwerde bezieht, zu laufen. Gemäß der bereits zitierten Entscheidungspraxis des BKS sind allerdings auch davor erhobene Beschwerden inhaltlich zu behandeln, wenn sie nur einen hinreichend langen, nicht notwendig ein ganzes Kalenderjahr umfassenden Zeitraum aufgreifen. Diese Entscheidungspraxis kann auch auf Fälle, in denen eine Verletzung der § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G sowie des öffentlich-rechtlichen Auftrags für die Voll- und Spartenprogramme behauptet wird, übertragen werden. Nach Auffassung des BKS ist jedoch zu beachten, ob in diesen Fällen vom Beschwerdegegner dargelegt wird, *„dass im Jahresverlauf von der Planung bereits abgewichen wurde oder noch abgewichen werden soll. Erstattet er keinen Einwand in diese Richtung, ist davon auszugehen, dass die weitere Programmgestaltung im Kalenderjahr jener des Beschwerdezeitraums und/oder der Jahresplanung entsprechen wird“*.

Im vorliegenden Zusammenhang hat der Beschwerdegegner vorgebracht, dass der Sendestart der 24-Stunden Spartenprogramme ORF III – Kultur und Information und ORF SPORT+ geänderte Jahressendeschemata voraussetze und somit die weitere Programmgestaltung im Kalenderjahr 2011 insbesondere durch die zwei 24-Stunden Spartenprogramme aber auch durch neue Sendungen und Sendungsformate in ORF eins und ORF 2 nicht jener des Beschwerdezeitraums entspreche.

Dem Vorbringen des zu berücksichtigenden Sendestarts der beiden 24-Stunden Spartenprogramme ORF III – Kultur und Information und ORF SPORT+ als auch der zu berücksichtigenden – nicht näher bezeichneten und auch nicht näher belegten – neuen Sendungen und Sendungsformate in ORF eins und ORF 2 ist entgegenzuhalten, dass sich aus dem vom Beschwerdegegner für das Kalenderjahr 2011 erstellten Jahresbericht 2011 keine im Vergleich zu den vom Beschwerdegegner im gegenständlichen Verfahren für den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 erstellten vorläufigen Berechnungen wesentlichen Unterschiede in Bezug auf das Verhältnis der für die Erstellung des Jahresberichts herangezogenen Kategorien zueinander ergeben haben. Das Verhältnis der vom Beschwerdegegner verwendeten Kategorien zueinander ist trotz des Sendestarts der beiden 24-Stunden Spartenprogramme ORF III – Kultur und Information und ORF SPORT+ und der – nicht näher bezeichneten – neuen Sendungen und Sendungsformate in ORF eins und ORF 2 im Wesentlichen gleich geblieben (vgl. diesbezüglich auch die weitgehend identen Prozentsätze in der vorläufigen Berechnung der Programmstrukturanalyse 2011 und in der Programmstrukturanalyse 2011). Hinzu kommt, dass der Beschwerdegegner auch weder behauptet noch nachgewiesen hat, dass das vom Stiftungsrat genehmigte Jahressendeschema für ORF eins und ORF 2 für das Jahr 2011 aufgrund des Sendestarts der beiden 24-Stunden Spartenprogramme ORF III – Kultur und Information und ORF SPORT+ abgeändert wurde.

Vor dem Hintergrund, dass der Beschwerdegegner mit diesem Vorbringen nicht nachweisen konnte, dass von der Programmplanung 2011 im Hinblick auf die Einhaltung der § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G sowie des öffentlich-rechtlichen Auftrags für die Voll- und Spartenprogramme im Jahresverlauf noch abgewichen wurde, ist der im vorliegenden Fall gegebene Zeitraum von acht Monaten im Sinne der Entscheidungspraxis des BKS als hinreichend lang anzusehen, um eine Beurteilung der Einhaltung der Vorgaben des § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G sowie des öffentlich-rechtlichen Auftrags für die Voll- und Spartenprogramme zu ermöglichen.

Nach der unter Punkt 4.2.2.1. dargestellten Entscheidungspraxis des BKS kann unter der Voraussetzung, dass das Programmschema in unveränderter Form über den Jahreswechsel hinaus fortgeschrieben wird, auch noch das zuletzt abgelaufene Kalenderjahr in die Beschwerde einbezogen werden. Die Beschwerdeführer werfen dem Beschwerdegegner eine Rechtsverletzung vom 01.01.2010 bis zum 31.08.2011 vor und gehen insofern von einem ununterbrochenen rechtswidrigen Verhalten des Beschwerdegegners aus. Nach Auffassung der Beschwerdeführer sei die Programmgestaltung des Beschwerdegegners in unveränderter Form über den Jahreswechsel (2010/2011) hinaus fortgesetzt worden. Diesbezüglich führt der Beschwerdegegner aus, dass der Sendestart der 24-Stunden Spartenprogramme ORF III – Kultur und Information und ORF SPORT+ geänderte Jahressendeschemata voraussetze und eine wesentliche Änderung des Gesamtprogramms des Beschwerdegegners für das Jahr 2011 im Vergleich zum Jahr 2010 darstelle.

Gemäß § 23 Abs. 2 Z 1 ORF-G hat der Generaldirektor für die Programme des Beschwerdegegners für ein Kalenderjahr im Voraus Jahressendeschemata zu erstellen. Diese Jahressendeschemata sind gemäß § 21 Abs. 2 Z 2 ORF-G dem Stiftungsrat bis zum 15.11. jeweils für das darauffolgende Kalenderjahr vorzulegen und von diesem zu genehmigen. Die Zustimmung zum Jahressendeschema für ORF eins und ORF 2 für das Jahr 2011 wurde vom Stiftungsrat in seiner Sitzung vom 11.11.2010 beschlossen. Das Jahressendeschema für das bis 26.10.2011 ausgestrahlte Spartenprogramm ORF SPORT+ wurde vom Stiftungsrat in seiner Sitzung vom 17.12.2010 genehmigt. Im Hinblick auf die Ausführungen der Beschwerdeführer, dass die Programmgestaltung des Beschwerdegegners in unveränderter Form über den Jahreswechsel (2010/2011) hinaus fortgesetzt worden sei, ist zunächst festzuhalten, dass die vom Stiftungsrat genehmigten Jahressendeschemata 2011 für ORF eins und ORF 2 sowie ORF SPORT+ weitgehend identisch mit jenen aus dem Programmjahr 2010 waren. Die Abweichung betraf lediglich die am Samstagvormittag eingefügte „Dokumentation (Bundesländer)“ im Ausmaß von einer Stunde.

Dem – größtenteils unsubstantiierten – Vorbringen des Beschwerdegegners, dass der Sendestart der 24-Stunden Spartenprogramme ORF III – Kultur und Information und ORF SPORT+ geänderte Jahressendeschemata voraussetzte und eine wesentliche Änderung des Gesamtprogramms des Beschwerdegegners für das Jahr 2011 im Vergleich zum Jahr 2010 darstelle, ist entgegenzuhalten, dass die Genehmigungen der Jahressendeschemata für die beiden 24-Stunden Spartenprogramme ORF III – Kultur und Information und ORF SPORT+ vom Stiftungsrat in seiner Sitzung vom 12.05.2011 beschlossen wurden. Der Sendestart dieser beiden 24-Stunden Spartenprogramme war der 26.10.2011 und lag somit nach dem gegenständlichen Beschwerdezeitraum. Zu beachten ist somit, dass die Jahressendeschemata für die beiden 24-Stunden Spartenprogramme vom Stiftungsrat erst am 12.05.2011 genehmigt wurden und der Beschwerdegegner weder behauptet noch nachgewiesen hat, dass das Jahressendeschema für ORF eins und ORF 2 für das Jahr 2011 abgeändert wurde. Hinzu kommt, dass sich auch aus dem vom Beschwerdegegner für das Jahr 2011 erstellten Jahresbericht keine im Vergleich zu dem für das Jahr 2010 erstellten Jahresbericht wesentlichen Unterschiede im Hinblick auf das Verhältnis der vom Beschwerdegegner für die Erstellung des Jahresberichts herangezogenen Kategorien zueinander ergeben. Die Beschwerde ist daher auch für das vorangegangene Kalenderjahr 2010 als zulässig anzusehen.

Die Beschwerde der A bis C, E bis H und J bis M ist daher für den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.08.2011 zulässig.

#### **4.2.2.3 Rechtzeitigkeit der Beschwerde der I**

Vor dem Hintergrund der unter Punkt 4.2.2.1. dargelegten Entscheidungspraxis des BKS und der unter Punkt 4.2.2.2. vorgenommenen Überlegungen zur Maßgeblichkeit der Jahressendeschemata bei der Beurteilung der Erfüllung der Voraussetzungen gemäß § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G sowie des öffentlich-rechtlichen Auftrags für die Voll- und Spartenprogramme ist auch im Hinblick auf die Rechtzeitigkeit der Beschwerde der I davon auszugehen, dass die in § 36 Abs. 3 ORF-G normierte sechswöchige Beschwerdefrist grundsätzlich mit dem Ablauf des Kalenderjahres, auf das sich die Beschwerde bezieht, zu laufen beginnt. Wie bereits ausgeführt, sind nach der Entscheidungspraxis des BKS auch davor erhobene Beschwerden inhaltlich zu behandeln, wenn sie nur einen hinreichend langen, nicht notwendig ein ganzes Kalenderjahr umfassenden Zeitraum aufgreifen. Darüber hinaus kann in eine Beschwerde das zuletzt abgelaufene Kalenderjahr einbezogen werden, wenn das Programmschema in unveränderter Form über den Jahreswechsel hinaus fortgeschrieben wurde (vgl. BKS 27.06.2008, GZ 611.922/0003-BKS/2008, BKS 20.10.2008, GZ 611.934/0016-BKS/2008).

Die Beschwerde der I wurde am 30.09.2011 erhoben und bezieht sich auf den Zeitraum 07.09.2010 bis 31.08.2011. Wie bereits ausgeführt (vgl. Punkt 4.2.2.2.), ist für die Beurteilung des Zutreffens der im vorliegenden Fall behaupteten Rechtsverletzungen das Kalenderjahr als maßgeblicher Beobachtungszeitraum anzusehen. Im Sinne der Entscheidungspraxis des BKS kann darüber hinaus ein Zeitraum von acht Monaten als hinreichend lang angesehen werden, um eine Beurteilung der Einhaltung der Vorgaben der § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G sowie des öffentlich-rechtlichen Auftrags für die Voll- und Spartenprogramme zu ermöglichen. Die Beschwerde der I ist daher hinsichtlich des Zeitraums 01.01.2011 bis 31.08.2011 zulässig.

Nach der Entscheidungspraxis des BKS ist unter der Voraussetzungen, dass das Programmschema in unveränderter Form über den Jahreswechsel hinaus fortgeschrieben wird, auch das zuletzt abgelaufene Kalenderjahr einzubeziehen (vgl. BKS 27.06.2008, GZ 611.922/0003-BKS/2008, BKS 20.10.2008, GZ 611.934/0016-BKS/2008). Im Unterschied zur Beschwerde der A bis C, E bis H und J bis M kann sich die Beschwerde der I abgesehen vom Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 jedoch „nur“ auf den Zeitraum 07.09.2010 bis 31.12.2010 beziehen. Vor dem Hintergrund, dass Maßstab für die Beurteilung der Einhaltung der § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G sowie des öffentlich-rechtlichen Auftrags für die Voll- und Spartenprogramme das Jahressendeschemata bzw. das jeweilige Kalenderjahr ist und eine Beschwerde einen im Hinblick auf die Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen gemäß § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G bzw. die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags für die Voll- und Spartenprogramme hinreichend langen Zeitraum aufgreifen muss, in dem auch die Beschwerdelegitimation gegeben sein muss, ist ein Zeitraum von weniger als vier Monaten für die Beurteilung der Einhaltung der Vorgaben der § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G sowie des öffentlich-rechtlichen Auftrags für die Voll- und Spartenprogramme nicht als hinreichend lang anzusehen.

Die Beschwerde der I – die weder ein Vorbringen hinsichtlich der Zulässigkeit der Beschwerde noch das geringste Tatsachensubstrat spezifisch für den Zeitraum 07.09.2010 bis 31.12.2010 enthält – ist daher, soweit sie sich auf den Zeitraum 07.09.2010 bis 31.12.2010 bezieht, zurückzuweisen (vgl. Spruchpunkt 5.).

#### **4.3 Allgemeines zur behaupteten Verletzung des § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G sowie des öffentlich-rechtlichen Auftrags für die Vollprogramme**

Im Allgemeinen ist zur gegenständlichen Entscheidung auszuführen, dass sich zu einigen der im Folgenden gewürdigten Kriterien bereits Ausführungen im Rahmen der Beweiswürdigung finden. Da in dem in nicht unwesentlichem Umfang auch auf kommunikationswissenschaftlichen Analysen gestützten Verfahren Fragen der Beweiswürdigung gleichermaßen rechtlich gewürdigt werden müssen, können die Grenzen zwischen Beweiswürdigung und rechtlicher Beurteilung punktuell verschwimmen bzw. finden sich Ausführungen zu einem bestimmten Thema sowohl in der Beweiswürdigung als auch in der rechtlichen Beurteilung wieder.

#### **4.4 Behauptete Verletzung des § 4 Abs. 2 ORF-G**

##### **4.4.1 Zum Prüfungsmaßstab**

§ 4 ORF-G lautet auszugsweise:

*„Öffentlich-rechtlicher Kernauftrag*

*§ 4. (1) Der Österreichische Rundfunk hat durch die Gesamtheit seiner gemäß § 3 verbreiteten Programme und Angebote zu sorgen für:*

- 1. die umfassende Information der Allgemeinheit über alle wichtigen politischen, sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und sportlichen Fragen;*
- 2. die Förderung des Verständnisses für alle Fragen des demokratischen Zusammenlebens;*
- 3. die Förderung der österreichischen Identität im Blickwinkel der europäischen Geschichte und Integration;*
- 4. die Förderung des Verständnisses für die europäische Integration;*
- 5. die Vermittlung und Förderung von Kunst, Kultur und Wissenschaft;*
- 6. die angemessene Berücksichtigung und Förderung der österreichischen künstlerischen und kreativen Produktion;*
- 7. die Vermittlung eines vielfältigen kulturellen Angebots;*
- 8. die Darbietung von Unterhaltung;*
- 9. die angemessene Berücksichtigung aller Altersgruppen;*
- 10. die angemessene Berücksichtigung der Anliegen behinderter Menschen;*
- 11. die angemessene Berücksichtigung der Anliegen der Familien und der Kinder sowie der Gleichberechtigung von Frauen und Männern;*
- 12. die angemessene Berücksichtigung der Bedeutung der gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften;*
- 13. die Verbreitung und Förderung von Volks- und Jugendbildung unter besonderer Beachtung der Schul- und Erwachsenenbildung;*
- 14. die Information über Themen der Gesundheit und des Natur-, Umwelt- sowie Konsumentenschutzes unter Berücksichtigung der Förderung des Verständnisses über die Prinzipien der Nachhaltigkeit.*
- 15. die Förderung des Interesses der Bevölkerung an aktiver sportlicher Betätigung;*
- 16. die Information über die Bedeutung, Funktion und Aufgaben des Bundesstaates sowie die Förderung der regionalen Identitäten der Bundesländer;*
- 17. die Förderung des Verständnisses für wirtschaftliche Zusammenhänge;*
- 18. die Förderung des Verständnisses für Fragen der europäischen Sicherheitspolitik und der umfassenden Landesverteidigung;*
- 19. die angemessene Berücksichtigung und Förderung sozialer und humanitärer Aktivitäten, einschließlich der Bewusstseinsbildung zur Integration behinderter Menschen in der Gesellschaft und am Arbeitsmarkt.*

*Der Österreichische Rundfunk hat, soweit einzelne Aufträge den Spartenprogrammen gemäß §§ 4b bis 4d übertragen wurden, diese Aufgaben auch im Rahmen der Programme*

gemäß § 3 Abs. 1 wahrzunehmen; der öffentlich-rechtliche Kernauftrag bleibt durch die Spartenprogramme insoweit unberührt.

(2) In Erfüllung seines Auftrages hat der Österreichische Rundfunk ein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle anzubieten. Das Angebot hat sich an der Vielfalt der Interessen aller Hörer und Seher zu orientieren und sie ausgewogen zu berücksichtigen. Die Anteile am Gesamtprogramm haben in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen.

(3) Das ausgewogene Gesamtprogramm muss anspruchsvolle Inhalte gleichwertig enthalten. Die Jahres- und Monatsschemata des Fernsehens sind so zu erstellen, dass jedenfalls in den Hauptabendprogrammen (20 bis 22 Uhr) in der Regel anspruchsvolle Sendungen zur Wahl stehen. Im Wettbewerb mit den kommerziellen Sendern ist in Inhalt und Auftritt auf die Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks zu achten. Die Qualitätskriterien sind laufend zu prüfen.

(4) Insbesondere Sendungen und Angebote in den Bereichen Information, Kultur und Wissenschaft haben sich durch hohe Qualität auszuzeichnen. Der Österreichische Rundfunk hat ferner bei der Herstellung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen sowie sonstigen Angeboten auf die kulturelle Eigenart, die Geschichte und die politische und kulturelle Eigenständigkeit Österreichs sowie auf den föderalistischen Aufbau der Republik besonders Bedacht zu nehmen.

(5) – (8) ...“

Die Gesetzesmaterialien (RV 611 BlgNR XXIV. GP) führen dazu auszugsweise aus:

„Um zu verdeutlichen, dass § 4 das Herzstück des öffentlich-rechtlichen Auftrags darstellt und inhaltliche Vorgaben für sämtliche öffentlich-rechtlichen Hörfunk- und Fernsehprogramme sowie alle Angebote (insb. die Online-Angebote) enthält, wird er neu als ‚öffentlich-rechtlicher Kernauftrag‘ bezeichnet.

Während Teile des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags naturgemäß nur auf Hörfunk- und Fernsehprogramme Anwendung finden (dies gilt insbesondere für die Vorgaben betreffend das Gesamtprogramm gemäß Abs. 2 und die ersten beiden Sätze von Abs. 3), so gelten künftig die inhaltlichen Vorgaben betreffend Unverwechselbarkeit, Qualitätskriterien (Abs. 3), Objektivität (Abs. 4) und Unabhängigkeit (Abs. 5) jedenfalls auch für alle anderen Angebote (insb. Online-Angebote). Die Formulierungen werden entsprechend klargestellt (vgl. § 4 Abs. 5).

Im Einleitungssatz zu § 4 wird neu das Wort „Angebote“ aufgenommen, um klarzustellen, dass § 4 nicht nur für die (Fernseh- und Radio-) Programme des ORF gilt, sondern auch für die in § 3 vorgesehenen (Online-) Angebote.

Zu Art. 5 Z 15 (Schlusssatz des § 4 Abs. 1):

Der neu eingefügte Schlusssatz stellt im Hinblick auf die Neuregelung betreffend die Fernseh-Spartenprogramme klar, dass die Schaffung von Spartenprogrammen nicht dazu führen darf, dass die solcherart übertragenen Aufträge im Rahmen der Vollprogramme gemäß § 3 Abs. 1 ORF-G nicht mehr wahrzunehmen wären. Der ORF wird durch die Ausstrahlung von Sendungen im Rahmen des Sport-Spartenprogramms beispielsweise nicht von seiner grundsätzlichen Verpflichtung entbunden, im Rahmen der „umfassenden Information über sportliche Fragen“ (§ 4 Abs. 1 Z 1) auch in ORF 1 und ORF 2 über Randsportarten zu berichten; gleiches gilt für das Informations- und Kultur-Spartenprogramm.

...

Zu Art. 5 Z 17 und 18 (§ 4 Abs. 4 und 5):

Wie schon beim Einleitungssatz des § 4 angedeutet, soll durch die neue Formulierung klargestellt werden, dass sich der öffentlich-rechtliche Kernauftrag grundsätzlich auf alle Programme und Angebote (insb. Online-Angebote) des ORF bezieht (vgl. § 4 Abs. 1). Dies gilt insbesondere auch für die Vorgaben der Unverwechselbarkeit und der Qualitätskriterien gemäß § 4 Abs. 3 sowie das Objektivitätsgebot des § 4 Abs. 5; der ORF ist demnach beispielsweise auch im Rahmen der Online-Angebote gemäß § 4e und § 4f zu objektiver

*Berichterstattung verpflichtet. Der zulässige Umfang von Online-Angeboten bemisst sich nach den Vorgaben der §§ 4e und 4f.“*

Der Ausschussbericht (AB 761 BlgNR XXIV. GP) führt zu § 4 Abs. 2 ORF-G aus:

*„Mit der Ergänzung im Abs. 2 wird klargestellt, dass die jeweiligen Anteile von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport am Gesamtprogramm insgesamt in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen haben. Eine überproportionale Ausweitung einer der genannten Kategorien soll damit hintangehalten werden.“*

#### **4.4.2 Medienspezifische Betrachtung des angemessenen Verhältnisses**

Gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G hat der ORF *„in Erfüllung seines Auftrages ... ein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle anzubieten. ... Die Anteile am Gesamtprogramm haben in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen.“*

Vor dem Hintergrund der vorliegenden Beschwerde ist zunächst zu klären, ob Basis für die Beurteilung des angemessenen Verhältnisses der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander die Bereiche Fernsehen und Radio sowie die Online-Angebote des Beschwerdegegners in ihrer Gesamtheit sind, oder ob diese Bereiche im Hinblick auf das angemessene Verhältnis der Kategorien zueinander getrennt zu beurteilen sind.

Im vorliegenden Fall bezieht sich die Beschwerde, in der unter anderem die Verletzung des § 4 Abs. 2 ORF-G behauptet wird, lediglich auf den Fernsehbereich und führt aus, dass ein Marktsegment das mangelnde angemessene Verhältnis der Kategorien zueinander in einem anderen Marktsegment nicht ausgleichen könne. Auch der Beschwerdegegner geht offensichtlich davon aus, dass sich die Erfüllung des angemessenen Verhältnisses der Kategorieanteile zueinander jeweils auf die einzelnen Mediengattungen bezieht.

Nach Auffassung der KommAustria ist die Erfüllung des angemessenen Verhältnisses der Kategorien zueinander gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G getrennt für den Hörfunk- und Fernsehbereich zu beurteilen. Diese Auffassung wird insbesondere durch die Formulierung in § 4a Abs. 3 ORF-G gestützt, wonach *„zur Sicherstellung der Ausgewogenheit des Inhaltsangebots (§ 4 Abs. 1 bis 3) und der darauf bezogenen Entscheidungsfindung für die langfristigen Programmpläne sowie die Jahressendeschemen ... neben der Entwicklung qualitativer Kriterien auch in quantitativer Hinsicht die Festschreibung der einzelnen Programmkategorien zuzurechnenden Anteile am bezughabenden Fernseh- und Hörfunkangebot Bestandteil des Qualitätssicherungssystems [ist]“*. Auch der Gesetzgeber scheint somit im Hinblick auf die Erfüllung der Voraussetzung des § 4 Abs. 2 ORF-G davon auszugehen, dass zwischen dem Fernseh- und Hörfunkprogramm zu differenzieren ist. Wesentlich in diesem Zusammenhang ist darüber hinaus, dass bereits § 3 Abs. 1 ORF-G zwischen dem Hörfunk- (Z 1) und dem Fernsehbereich (Z 2) unterscheidet. Dem Beschwerdegegner trifft somit im Rahmen seines Versorgungsauftrags die Verpflichtung, sowohl für eine näher bestimmte Anzahl an Hörfunk- als auch an Fernsehprogrammen zu sorgen. Zum anderen wurde auch bei der Rundfunkgebühren- bzw. Programmtegeltefestsetzung eine Differenzierung zwischen dem Radio- und Fernsehbereich vorgenommen (vgl. § 31 Abs. 1 ORF-G bzw. § 3 Rundfunkgebührengesetz, BGBl. I Nr. 98/2011 idF BGBl. I Nr. 50/2010). Der Gesetzgeber geht davon aus, dass eine Gebührenpflicht – abhängig vom Empfang der Hörfunk- und Fernsehprogramme – getrennt für die einzelnen Mediengattungen – entstehen kann. Dass die Erfüllung des angemessenen Verhältnisses gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G getrennt für die Hörfunk- und Fernsehprogramme zu beurteilen ist, ergibt sich schließlich auch aus dem Umstand, dass sich das Programm des Beschwerdegegners für jene Konsumenten, die entweder nur die Hörfunk- oder die

Fernsehprogramme des Beschwerdegegners empfangen, ebenfalls durch ein angemessenes Verhältnis der Kategorien zueinander auszeichnen muss.

In Bezug auf die Erfüllung der Voraussetzung des angemessenen Verhältnisses gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G ist somit im Hinblick auf die Bereiche Fernsehen und Radio eine medienspezifische Betrachtung angebracht.

Demgegenüber hat der Gesetzgeber im Hinblick auf das Online-Angebote des Beschwerdegegners in den Erläuterungen (vgl. RV 611 BlgNR XXIV. GP) ausdrücklich festgehalten: *„Während Teile des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags naturgemäß nur auf Hörfunk- und Fernsehprogramme Anwendung finden (dies gilt insbesondere für die Vorgaben betreffend das Gesamtprogramm gemäß Abs. 2 und die ersten beiden Sätze von Abs. 3), so gelten künftig die inhaltlichen Vorgaben betreffend Unverwechselbarkeit, Qualitätskriterien (Abs. 3), Objektivität (Abs. 4) und Unabhängigkeit (Abs. 5) jedenfalls auch für alle anderen Angebote (insb. Online-Angebote).“* Das Online-Angebot des Beschwerdegegners ist somit in die Beurteilung der Erfüllung der Voraussetzung des § 4 Abs. 2 ORF-G nicht miteinzubeziehen.

In diesem Zusammenhang ist außerdem zu erwähnen, dass Online-Angebote gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G keine Programme iSd § 3 Abs. 1 bzw. 8 ORF-G darstellen, weshalb sie bei der Beurteilung des Gesamtprogramms des Beschwerdegegners gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G nicht zu berücksichtigen sind (vgl. dazu auch BKS 27.06.2008, GZ 611.922/0003-BKS/2008).

Die KommAustria geht daher im vorliegenden Zusammenhang insbesondere vor dem Hintergrund der Beschwerde, die sich ausschließlich auf den Fernsehbereich beschränkt, davon aus, dass Basis für die Beurteilung des angemessenen Verhältnisses der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander ausschließlich die vom Beschwerdegegner veranstalteten Fernsehprogramme sind.

#### **4.4.3 Zu berücksichtigende Fernsehprogramme**

Daran anschließend erhebt sich die Frage, ob im Rahmen der Beurteilung des angemessenen Verhältnisses der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander sämtliche Fernsehprogramme des Beschwerdegegners in ihrer Gesamtheit die Basis für die Beurteilung der Angemessenheit bilden, oder die Kategorien hinsichtlich jedes einzelnen Fernsehprogramms in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen müssen.

Die Beschwerdeführer haben ihrer Beschwerde Berechnungen des Verhältnisses der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander sowohl in Bezug auf das Gesamtprogramm des Beschwerdegegners (ORF eins und ORF 2) als auch getrennt nach den beiden Fernsehprogrammen ORF eins und ORF 2 zugrunde gelegt. Diesbezüglich führte der Beschwerdegegner aus, dass die Voraussetzung des § 4 Abs. 2 ORF-G durch die beiden Vollprogramme ORF eins und ORF 2, deren Komplementärprogrammierung vom Gesetzgeber akzeptiert worden sei, in ihrer Gesamtheit erfüllt werden müsse.

§ 4 Abs. 1 ORF-G nimmt auf die Gesamtheit der Programme Bezug und regelt, dass der Beschwerdegegner durch die *„Gesamtheit seiner gemäß § 3 verbreiteten Programme und Angebote“* für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags der Z 1 bis 19 zu sorgen hat. Gemäß § 4 Abs. 2 erster Satz ORF-G hat der Beschwerdegegner *„in Erfüllung seines Auftrages ... ein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle anzubieten.“* § 4 Abs. 2 letzter Satz ORF-G sieht vor, dass die *„Anteile am Gesamtprogramm in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen“* haben.

Vor dem Hintergrund dieser Formulierungen in § 4 ORF-G ist davon auszugehen, dass der öffentlich-rechtliche Kernauftrag (und somit auch die Verpflichtung gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G) durch die Gesamtheit der vom Beschwerdegegner gemäß § 3 ORF-G veranstalteten Fernsehprogramme erfüllt werden muss. Grundlage für die Beurteilung der Erfüllung des § 4 Abs. 2 ORF-G sind somit sämtliche gemäß § 3 ORF-G veranstalteten Fernsehprogramme des Beschwerdegegners in ihrer Gesamtheit. In die Berechnung des angemessenen Verhältnisses der Kategorien zueinander sind daher die zwei österreichweit empfangbaren Fernsehprogramme des Beschwerdegegners gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 ORF-G (ORF eins und ORF 2) einzubeziehen.

Nach Auffassung der Beschwerdeführer sei aus § 4 Abs. 1 letzter Satz ORF-G abzuleiten, dass die Spartenprogramme des Beschwerdegegners bei der Berechnung der Anteile der Kategorien am Gesamtprogramm gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G nicht einzubeziehen seien. Die Schaffung von Spartenprogrammen entbinde den Beschwerdegegner nicht von der Verpflichtung, in den Fernsehprogrammen gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 ORF-G ein Programm im Einklang mit § 4 Abs. 2 ORF-G anzubieten. Demgegenüber seien nach Meinung des Beschwerdegegners die von ihm gemäß § 3 Abs. 8 ORF-G veranstalteten Spartenprogramme bei der Beurteilung der Erfüllung der Voraussetzung des § 4 Abs. 2 ORF-G zu berücksichtigen.

§ 4 Abs. 1 letzter Satz ORF-G bestimmt, dass *„der Österreichische Rundfunk ..., soweit einzelne Aufträge den Spartenprogrammen gemäß §§ 4b bis 4d übertragen wurden, diese Aufgaben auch im Rahmen der Programme gemäß § 3 Abs. 1 wahrzunehmen [hat]; der öffentlich-rechtliche Kernauftrag bleibt durch die Spartenprogramme insoweit unberührt.“* Gemäß den Gesetzesmaterialien (RV 611 BlgNR XXIV. GP) stellt *„der neu eingefügte Schlusssatz ... im Hinblick auf die Neuregelung betreffend die Fernseh-Spartenprogramme klar, dass die Schaffung von Spartenprogrammen nicht dazu führen darf, dass die solcherart übertragenen Aufträge im Rahmen der Vollprogramme gemäß § 3 Abs. 1 ORF-G nicht mehr wahrzunehmen wären. Der ORF wird durch die Ausstrahlung von Sendungen im Rahmen des Sport-Spartenprogramms beispielsweise nicht von seiner grundsätzlichen Verpflichtung entbunden, im Rahmen der ‚umfassenden Information über sportliche Fragen‘ (§ 4 Abs. 1 Z 1) auch in ORF 1 und ORF 2 über Randsportarten zu berichten; gleiches gilt für das Informations- und Kultur-Spartenprogramm.“*

§ 4 Abs. 1 letzter Satz ORF-G bezieht sich ausdrücklich auf die in § 4 Abs. 1 Z 1 bis 19 ORF-G genannten Verpflichtungen, soweit sie auch von den Spartenprogrammen zu besorgen sind, und verbietet es dem Beschwerdegegner, diese ausschließlich in die Spartenprogramme auszulagern. Vor dem Hintergrund, dass sich § 4 Abs. 2 ORF-G ausdrücklich auf das Gesamtprogramm des Beschwerdegegners bezieht und keine Einschränkung vorgenommen wird, sind von der Erfüllung der Voraussetzung des § 4 Abs. 2 ORF-G sämtliche von § 3 ORF-G erfassten und im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ausgestrahlten Fernsehprogramme des Beschwerdegegners in ihrer Gesamtheit umfasst.

Die Beschwerde bezieht sich auf den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.08.2011. Von der Beurteilung der Erfüllung der Voraussetzung des § 4 Abs. 2 letzter Satz ORF-G sind somit jedenfalls die in diesem Zeitraum gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 ORF-G ausgestrahlten Fernsehprogramme ORF eins und ORF 2 umfasst. Zusätzlich ist in die Berechnung das bis 30.09.2010 gemäß § 3 Abs. 8 iVm § 9a ORF-G und ab dem 01.01.2010 gemäß § 3 Abs. 8 iVm § 4b ORF-G veranstaltete Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ miteinzubeziehen, das im beschwerdegegenständlichen Zeitraum (noch) nicht als 24-Stunden Spartenprogramm ausgestrahlt wurde.

Jedoch sind entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners von der Beurteilung der Erfüllung des angemessenen Verhältnisses gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G weder das 24-Stunden Spartenprogramm ORF SPORT+ noch das 24-Stunden Spartenprogramm ORF III – Kultur und Information erfasst. Der Sendestart dieser beiden 24-Stunden Spartenprogramme

war der 26.10.2011 und lag somit außerhalb des beschwerdegegenständlichen Zeitraums. Die KommAustria kann auch nicht erkennen, dass der Beschwerdegegner diese beiden 24-Stunden Spartenprogramme bei der Erstellung der Jahressendeschemata für die Programme ORF eins, ORF 2 sowie das bis 25.10.2011 ausgestrahlte Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ berücksichtigt hätte, zumal die Zustimmung für das Jahressendeschema 2011 für ORF eins und ORF 2 vom Stiftungsrat in seiner Sitzung vom 11.11.2010 und für das bis 25.10.2011 ausgestrahlte Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ in seiner Sitzung vom 17.12.2010 beschlossen wurde. Die Genehmigungen für die Jahressendeschemata für die beiden 24-Stunden Spartenprogramme ORF III – Kultur und Information und ORF SPORT+ wurden hingegen vom Stiftungsrat in seiner Sitzung vom 12.05.2011 erteilt.

In die Berechnung des angemessenen Verhältnisses der Kategorien zueinander ist auch das vom Beschwerdegegner bis 25.10.2011 gemäß § 9 ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 102/2007, ausgestrahlte Spartenprogramm TW1 nicht einzubeziehen, da es sich dabei um ein kommerzielles Spartenprogramm gehandelt hat, das nicht zu den gemäß § 3 ORF-G verbreiteten Programmen zählte. Ebenso wenig ist das gemäß § 4d ORF-G verbreitete Fernsehprogramm für das europäische Publikum in die Berechnungen miteinzubeziehen, weil dieses lediglich aus der Weiterverbreitung des Programms ORF 2 sowie einzelnen Inhalten aus ORF eins in allfälligen Ausstrahlungslücken besteht.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass im beschwerdegegenständlichen Zeitraum in die Berechnung der Anteile der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport am Gesamtprogramm die Programme ORF eins, ORF 2 und das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT+ miteinzubeziehen sind.

Nach Auffassung der Beschwerdeführer sei in die Berechnungen des angemessenen Verhältnisses der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zueinander lediglich ein auf ORF 2 ausgestrahlter Regionalausstieg zu berücksichtigen. Demgegenüber vertritt der Beschwerdegegner den Standpunkt, dass in die Berechnungen alle neun Regionalausstiege einzufließen haben, diese Vorgehensweise habe er auch bei der von ihm vorgenommenen Programmstrukturanalyse gewählt.

Entgegen der Meinung des Beschwerdegegners ist bei der Beurteilung des angemessenen Verhältnisses der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zueinander lediglich einer der neun in ORF 2 ausgestrahlten Regionalausstiege zu berücksichtigen. Gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 ORF-G hat der Beschwerdegegner unter Mitwirkung aller Studios für zwei österreichweit empfangbare Programme des Fernsehens zu sorgen. Gemäß dem Versorgungsauftrag des Beschwerdegegners hat dieser somit zwei Fernsehvollprogramme zu veranstalten, in denen gemäß § 3 Abs. 2 ORF-G durch regelmäßige regionale Sendungen sowie durch angemessene Anteile an den österreichweiten Programmen die Interessen der Länder zu berücksichtigen sind. § 3 Abs. 1 Schlusssatz ORF-G bestimmt unter anderem, dass der Beschwerdegegner nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit dafür zu sorgen hat, dass in Bezug auf Programm- und Empfangsqualität alle zum Betrieb eines Rundfunkempfangsgerätes (Hörfunk und Fernsehen) berechtigten Bewohner des Bundesgebietes gleichmäßig und ständig mit zwei österreichweit empfangbaren Programmen des Fernsehens versorgt werden. Der Gesetzgeber stellt somit in Bezug auf den Versorgungsauftrag des Beschwerdegegners auf die „berechtigten Bewohner des Bundesgebietes“ ab. Aus der aus § 3 Abs. 1 Schlusssatz ORF-G erfließenden Verpflichtung zur Versorgung der „berechtigten Bewohner“ folgt, dass bei der Beurteilung der Erfüllung des Versorgungsauftrags die beiden Fernsehvollprogramme des Beschwerdegegners mit dem jeweils für den betreffenden Bewohner empfangbaren Regionalausstieg zu berücksichtigen sind; die anderen Regionalausstiege sind in die Beurteilung der Erfüllung des Versorgungsauftrags nicht einzuberechnen. Im Fokus des Versorgungsauftrags gemäß § 3 Abs. 1 ORF-G stehen somit die einzelnen Zuseher, die zeitgleich lediglich einen Regionalausstieg empfangen können.

Diese Regionalausstiege, die sich hauptsächlich aus den Sendungen „Bundesland heute“, „Bundesland heute Vorschau“ und „Bundesland heute Wetter“ zusammensetzen und einen durchschnittlichen Umfang von 28 Minuten pro Tag haben, sind unabhängig vom bezugnehmenden Bundesland – unbestritten – der Kategorie Information zuzurechnen. Auch der Beschwerdegegner differenziert in seinen Jahressendeschemata für ORF eins und ORF 2 nicht zwischen den neun Regionalausstiegen und nimmt ohne regionale Unterschiede sowohl hinsichtlich des zeitlichen Umfangs als auch sendungsspezifisch die gleichen Einteilungen vor. Vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber offensichtlich im Hinblick auf die Beurteilung des angemessenen Verhältnisses der Kategorien zueinander von einer Berücksichtigung aller gemäß § 3 ORF-G ausgestrahlten Programme ausgegangen ist und somit zwei Vollprogramme im Umfang von maximal 24 Stunden – so wie im Versorgungsauftrag vorgesehen – berücksichtigt werden können, kann lediglich ein Regionalausstieg bei der Berechnung der Anteile berücksichtigt werden. Die KommAustria geht daher davon aus, dass in die Berechnung der Anteile der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien am Gesamtprogramm lediglich ein Regionalausstieg einzubeziehen ist.

#### **4.4.4 Zuordnung einzelner Sendungen zu den jeweiligen Kategorien**

Nach Auffassung des Beschwerdegegners entspreche es den demokratischen und kulturellen Zielen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in derselben Sendung möglichst vielfältige Inhalte zu vermitteln. Die Zuordnung einer ganzen Sendung zu lediglich einer Kategorie führe dazu, dass Inhalte anderer Kategorien in der Sendung nicht mehr aufscheinen können. Nach Meinung des Beschwerdegegners sei eine Überprüfung des angemessenen Verhältnisses der Kategorien des § 4 Abs. 2 ORF-G zueinander nur möglich, wenn zusätzlich zu einer detaillierten inhaltlichen Analyse der einzelnen Sendungen innerhalb der Sendungen auch auf Beitragsebene eine Aufteilung auf die einzelnen Kategorien vorgenommen werde.

Demgegenüber führten die Beschwerdeführer aus, dass eine solche Zuordnung stark vom subjektiven Verständnis desjenigen geprägt sei, der die Zuordnung vornimmt. Darüber hinaus wäre der damit verbundene Aufwand unverhältnismäßig und über einen aussagekräftigen Zeitraum hinweg praktisch nicht durchführbar.

Gemäß § 1a Z 5 lit. a ORF-G ist eine Sendung in Fernsehprogrammen eine einzelne, in sich geschlossene und zeitlich begrenzte Abfolge von bewegten Bildern mit oder ohne Ton, die im Fall von Fernsehprogrammen Bestandteil eines Sendepfandes ist. Vor dem Hintergrund, dass Bestandteil der Jahressendepläne des Beschwerdegegners, die auf die Erfüllung der Voraussetzung des § 4 Abs. 2 letzter Satz ORF G abzielen sollten, die einzelnen Sendungen sind, sind entgegen der Meinung des Beschwerdegegners als kleinste Programmeinheit eines Fernsehprogramms die einzelnen vom Beschwerdegegner ausgestrahlten Sendungen den in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zuzuteilen.

Darüber hinaus stellt auch der Beschwerdegegner im Rahmen seiner Programmplanung, die auch die Erfüllung der Voraussetzung des § 4 Abs. 2 ORF-G zu berücksichtigen hat, auf die einzelnen auszustrahlenden Sendungen ab und nicht auf die einzelnen Beiträge ab. Auch im Rahmen der Programmstrukturanalysen nimmt der Beschwerdegegner – mit Ausnahme der Nachrichtensendungen ZIB 1 und ZIB 2 – eine Zuordnung zu den Kategorien auf Sendungsebene vor. Im Übrigen wird auch in den vom Beschwerdegegner vorgelegten Gutachten von *Imhof/Kamber* sowie *Buß* ausgeführt, dass die Standard-Analyseeinheit einer Programmstrukturanalyse die Sendung ist. Eine Beitragsanalyse erfolge lediglich zum Zweck der Ermittlung des „Public Value“ maW des „öffentlich-rechtlichen“ Mehrwerts (zur Unbeachtlichkeit des „öffentlich-rechtlichen“ Mehrwerts im Zusammenhang mit der Beurteilung der Erfüllung des § 4 Abs. 2 ORF-G vgl. Punkt 4.4.7.3.).

Nach Auffassung der KommAustria ist somit jede einzelne vom Beschwerdegegner in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags ausgestrahlte Sendung als kleinste Einheit einer der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zuzuordnen.

#### **4.4.5 Maßgebliche Kategorien zur Beurteilung des angemessenen Verhältnisses**

##### **4.4.5.1 Kategorien des § 4 Abs. 2 ORF-G**

§ 4 Abs. 2 erster und letzter Satz ORF-G regeln, dass der Beschwerdegegner *„in Erfüllung seines Auftrages ... ein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle anzubieten [hat]. ... Die Anteile am Gesamtprogramm haben in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen.“*

Die Beschwerdeführer haben in ihren der Beschwerde beigelegten Sendungslisten eine Einteilung des im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ausgestrahlten Programms des Beschwerdegegners in die Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport vorgenommen. Zusätzlich zu diesen Kategorien wurde von den Beschwerdeführern die Kategorie „Sonstiges“ bzw. „Diverses“ eingefügt, die unter anderem die Sendungen Text aktuell, TW1 Frühstückswetter, Wetter-Panorama sowie kommerzielle Kommunikation umfasste.

Nach Meinung des Beschwerdegegners ergebe sich aus der Verpflichtung zur Erfüllung der Voraussetzungen gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 bis 19 ORF-G, dass das Gesamtprogramm des Beschwerdegegners nicht nur aus den in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten vier Kategorien bestehe. Zu beachten sei, dass die öffentlich-rechtlichen Aufträge in einem komplexen Spannungsverhältnis der wechselseitigen Beeinflussung stehen. Der Beschwerdegegner habe sich an einer Vielzahl der programmgestalterischen Ziele des § 4 Abs. 1 ORF-G zu orientieren, die letztlich in einem differenzierten und ausgewogenen Gesamtprogramm (§ 4 Abs. 2 und 3 ORF-G) münden sollen. Entsprechend den zahlreichen Anforderungskriterien an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk könne ein „Vier-Kategorien-Schema“ zur Beurteilung des Programmangebotes des Beschwerdegegners nicht genügen. Fernsehprogrammstudien, insbesondere zu Programmen der öffentlich-rechtlichen Fernsehveranstalter, seien darauf ausgerichtet, die Frage zu beantworten, ob Programme den differenzierten öffentlich-rechtlichen Aufträgen entsprechen; sie sollten den „Public Value“ sichtbar machen. Ein „Vier-Kategorien-Schema“ würde Vielfalt nicht abbilden, sondern reduzieren, Zielgruppenbedürfnisse vernachlässigen, Relevanz (Aktualität) ausblenden und Professionalität sowie Regionalität unberücksichtigt lassen. Die Bildung von lediglich vier Kategorien entspreche weder dem ORF-G noch dem Stand wissenschaftlicher Fernsehprogrammforschung. Sowohl *Imhof/Kamber* als auch *Buß* führen diesbezüglich in ihren Gutachten aus, dass die vier Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für die Beurteilung eines Programmangebotes nicht genügen würden.

Vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Auffassungen der Beschwerdeführer und des Beschwerdegegners ist daher zu klären, in welche Kategorien das Fernsehprogramm des Beschwerdegegners einzuteilen ist, um die Beurteilung des angemessenen Verhältnisses der Kategorien zueinander gemäß § 4 Abs. 2 letzter Satz ORF-G zu ermöglichen.

Mit seinem Vorbringen, aus § 4 Abs. 1 Z 1 bis 19 ORF-G lasse sich ableiten, dass es zusätzlich zu den in Abs. 2 leg.cit. genannten Kategorien noch weitere geben müsse, negiert der Beschwerdegegner, dass er gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G in Erfüllung seines Auftrags ein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle anzubieten hat, und die Anteile am Gesamtprogramm in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen haben. § 4 Abs. 2 ORF-G sieht somit vor, dass für das gesamte vom Beschwerdegegner in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags ausgestrahlte Programm („Gesamtprogramm“) eine Zuordnung vorzunehmen ist und nennt ausdrücklich und abschließend die Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport. Das gesamte in

Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags ausgestrahlte Programm des Beschwerdegegners ist somit in die Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport einzuteilen. Hätte der Gesetzgeber die Schaffung weiterer Kategorien beabsichtigt gehabt, hätte er dies z.B. durch die Formulierung „insbesondere“, die auf eine demonstrative Aufzählung der Kategorien hingedeutet hätte, zum Ausdruck gebracht (vgl. demgegenüber die Formulierungen „in der Regel“ in § 4 Abs. 3 ORF-G bzw. „insbesondere“ in § 4 Abs. 4 ORF-G). Aus der vom Gesetzgeber gewählten Formulierung des § 4 Abs. 2 ORF-G ergeben sich jedoch keinerlei Anhaltspunkte für weitere bei der Beurteilung des Vorliegens des angemessenen Verhältnisses maßgebliche Kategorien und insofern kein Spielraum.

Die vom Beschwerdegegner behauptete Möglichkeit der Schaffung weiterer Kategorien würde dazu führen, dass diese weiteren Kategorien – mangels Erwähnung in § 4 Abs. 2 letzter Satz ORF-G – bei der Berechnung des Verhältnisses zueinander nicht miteinzubeziehen und somit in Bezug auf die Angemessenheit der Kategorien zueinander nicht zu berücksichtigen wären. Unabhängig davon, dass in diesem Fall auch keine Zuordnung des gesamten Programms des Beschwerdegegners in die gesetzlichen Kategorien möglich wäre, könnte der Beschwerdegegner durch die Schaffung weiterer Kategorien das Verhältnis der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zueinander beliebig verändern.

Den Ausführungen des Beschwerdegegners, wonach sich die weiteren Kategorien aus einer Zusammenschau der § 4 Abs. 1 und 2 ORF-G ergeben würden, ist entgegenzuhalten, dass Abs. 1 leg.cit. eine Vielzahl von programmgestalterischen Zielen nennt, die sodann in einem differenzierten Gesamtprogramm, dessen Anteile an Information, Kultur, Unterhaltung und Sport in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen, ihren Ausdruck finden sollen (vgl. dazu VfSlg. 16.911/2003 sowie VwGH 21.04.2004, ZI. 2004/04/0009). § 4 Abs. 1 ORFG legt somit eine inhaltliche Richtschnur fest, die bei der Programmstellung zu berücksichtigen ist. Die Programme des Beschwerdegegners müssen über einen längeren Zeitraum erkennen lassen, dass die in Abs. 1 leg.cit. erwähnten Zielsetzungen bei der Programmgestaltung maßgeblich waren. Durch § 4 Abs. 1 ORF-G werden somit die vom Beschwerdegegner in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags auszustrahlenden Inhalte näher spezifiziert, ohne jedoch einzelne Sendungsinhalte zu determinieren oder anteilmäßig zu gewichten (es müssen nicht bestimmte Sendungsinhalte in einem bestimmten Ausmaß angeboten werden, vgl. dazu VwGH 21.04.2004, ZI. 2004/04/0009). Durch § 4 Abs. 1 ORF-G ist nicht in jedem Fall vorgegeben, in welcher Kategorie des Abs. 2 leg.cit. die Erfüllung der Aufträge in Abs. 1 Z 1 bis 19 leg.cit. zu erfolgen hat (vgl. z.B. § 4 Abs. 1 Z 3 ORF-G „die Förderung der österreichischen Identität im Blickwinkel der europäischen Geschichte und Integration“, die in allen vier Kategorien stattfinden könnte). § 4 Abs. 2 ORF-G sieht sodann vor, dass die vom Beschwerdegegner in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags ausgestrahlten Sendungen in die genannten Kategorien einzuteilen sind. Dies führt dazu, dass für die Berechnung des angemessenen Verhältnisses der Kategorien zueinander lediglich die in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien heranzuziehen sind. Das gesamte Fernsehprogramm des Beschwerdegegners, das in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags veranstaltet wird, ist in die in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien einzuteilen. § 4 Abs. 1 ORF-G enthält somit vom Beschwerdegegner im Rahmen der Programmgestaltung zu beachtende Inhaltsdeterminanten, während § 4 Abs. 2 ORF-G das Verhältnis der Anteile der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander regelt.

Da der Gesetzgeber in § 4 Abs. 2 ORF-G ausdrücklich und abschließend die vier Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport vorgesehen hat, ist unerheblich, ob die Einteilung des Programms des Beschwerdegegners in die vier in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien für die Beurteilung der Erfüllung weiterer Aufträge des Beschwerdegegners (Berücksichtigung der Vielfalt der Interessen, Zielgruppenbedürfnisse, Qualität, Regionalität, „Public Value“) unzureichend bzw. ungeeignet ist und diese Vorgehensweise – wie der

Beschwerdegegner meint – nicht dem Stand wissenschaftlicher Fernsehprogrammforschung entspricht.

#### 4.4.5.2 Weitere Kategorien

Die Beschwerdeführer haben das Programm des Beschwerdegegners zusätzlich zu den in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien der Kategorie „Sonstiges“ bzw. „Diverses“ zugeordnet, die insbesondere kommerzielle Kommunikation und Trailer aber auch z.B. Wetterkameras und Teletextnachrichten enthielt. Auch der nichtamtliche Sachverständige hat in seinem Gutachten eine weitere Kategorie „(Werbung [Spots, Sponsorhinweise] & Trailer)“ eingeführt, die abgesehen von kommerzieller Kommunikation, Trailern und Programmüberbrückungen unter anderem das Wetter-Panorama, das auf ORF 2 ausgestrahlte TW1 Frühstückswetter sowie die statischen Teletexttafeln (Text aktuell) enthielt. Begründend führte der Gutachter im Hinblick auf das Wetter-Panorama, das TW1 Frühstückswetter sowie die statischen Teletexttafeln aus, dass es sich nicht um redaktionelle Inhalte handle, weshalb diese Programmbestandteile den in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien nicht zuzuteilen seien.

Diesbezüglich hielt der Beschwerdegegner zunächst fest, dass die Prozentuierungsbasis der Berechnungen der Beschwerdeführer falsch sei, zumal auf den gesamten „Output“ des Beschwerdegegners (inklusive unter anderem kommerzielle Kommunikation und Trailer) abgestellt werde. Darüber hinaus handle es sich nach Auffassung des Beschwerdegegners entgegen der Meinung der Beschwerdeführer und des nichtamtlichen Sachverständigen sowohl bei der Sendung Wetter-Panorama als auch bei den statischen Teletexttafeln (Text Aktuell) um redaktionell gestaltete Sendungen.

Gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G hat der Beschwerdegegner *„in Erfüllung seines Auftrages ... ein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle anzubieten. ... Die Anteile am Gesamtprogramm haben in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen.“*

Zunächst kann festgehalten werden, dass der Bereich der kommerziellen Kommunikation unbestritten nicht vom öffentlich-rechtlichen Auftrag des Beschwerdegegners umfasst ist (vgl. § 8a Abs. 1 iVm Abs. 4 ORF-G, wonach kommerzielle Kommunikation eine kommerzielle Tätigkeit darstellt und somit über den öffentlich-rechtlichen Auftrag hinausgeht). Die vom Beschwerdegegner ausgestrahlte kommerzielle Kommunikation ist somit, zumal diese nicht *„in Erfüllung seines Auftrages“* erfolgt, nicht von der Regelung des § 4 Abs. 2 ORF-G erfasst und daher in die Berechnung des Verhältnisses der Kategorien zueinander nicht miteinzubeziehen. Im Hinblick auf die Ausführungen des Beschwerdegegners zur falschen Prozentuierungsbasis der Berechnungen der Beschwerdeführer aufgrund der Miteinberechnung der vom Beschwerdegegner im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ausgestrahlten kommerziellen Kommunikation ist darauf hinzuweisen, dass die KommAustria – wie unter Punkt 2.1.3. ausgeführt – ihrer Entscheidung die – teilweise adaptierten – Berechnungen des nichtamtlichen Sachverständigen ohne Miteinbeziehung der für kommerzielle Kommunikation aufgewendeten Sendezeit zugrunde gelegt hat.

Im Zusammenhang mit den weiteren von den Beschwerdeführern und dem nichtamtlichen Sachverständigen ebenfalls nicht den in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zugeordneten Angeboten ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den im beschwerdegegenständlichen Zeitraum in ORF 2 ausgestrahlten Sendungen Text aktuell, TW1 Frühstückswetter und Wetter-Panorama um redaktionell gestaltetes Programm handelt, welches in die Berechnung des angemessenen Verhältnisses der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zueinander einzubeziehen und somit einer der genannten vier Kategorien zuzuordnen ist.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 25.01.2012, Zl. 2011/03/0059, zur Frage der Verletzung der Aufzeichnungsverpflichtung eines Kabelrundfunkveranstalters gemäß § 47 Abs. 1 erster Satz Audiovisuelles Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 52/2007, festgestellt, dass die Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht das ausgestrahlte Programm (im weitesten Sinne) umfasst, und zwar unabhängig davon, welches Ausmaß an redaktioneller Arbeit, Kreativität und Intellektualität für dessen Erstellung erforderlich und wie umfangreich der Informationsgehalt der Darbietung war. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes besteht die Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht gemäß § 47 Abs. 1 erster Satz AMD-G auch bei Kabelrundfunkveranstaltern, die lediglich eine wechselnde Abfolge von Standbildern zeigen. Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes ist somit entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer und des nichtamtlichen Sachverständigen davon auszugehen, dass es sich auch bei den vom Beschwerdegegner auf ORF 2 ausgestrahlten statischen Teletexttafeln um redaktionell gestaltete Inhalte handelt, die in die Berechnung des angemessenen Verhältnisses der Kategorien zueinander miteinzubeziehen sind und einer der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zuzuteilen sind.

Im Hinblick auf die ebenfalls auf ORF 2 ausgestrahlten Sendungen TW1 Frühstückswetter bzw. Wetter-Panorama ist auf die Ausnahmebestimmung des § 10 Abs. 3 Z 2 lit. a AMD-G, BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 16/2012, zu verweisen, wonach es Kabelfernsehprogramme geben kann, die sich ausschließlich auf die Wiedergabe der von Wetterkameras automatisiert erfassten und übertragenen Sendesequenzen (Bilder und Bildfolgen), einschließlich damit in unmittelbarem Zusammenhang stehender eigengestalteter Sachinformationen beschränken. Der Gesetzgeber hat somit hinsichtlich der Kabelfernsehprogramme ausdrücklich geregelt, dass die Wiedergabe von Wetterkameras, die eigengestaltete Sachinformationen enthalten – und somit redaktionell gestaltet sind –, Inhalt eines Kabelfernsehprogramms sein kann. Die Ausstrahlung eines reinen Werbekanals ohne eigengestalteter Sachinformationen wäre unter diesem Titel nicht möglich (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>3</sup>, 451) Bei den vom Beschwerdegegner ausgestrahlten Sendungen TW1 Frühstückswetter und Wetter-Panorama handelt es sich um ähnliche wie von § 10 Abs. 3 Z 2 lit. a AMD-G erfasste Inhalte. Diese Sendungen enthalten ebenfalls eigengestaltete Sachinformationen, sind daher dem redaktionellen Programm zuzurechnen und in die Berechnung des angemessenen Verhältnisses der Kategorien zueinander miteinzubeziehen (zur konkreten Zuordnung der statischen Teletexttafeln sowie der Sendungen TW1 Frühstückswetter und Wetter-Panorama zur Kategorie Information siehe die Ausführungen in der Beweiswürdigung).

Zusammenfassend geht die KommAustria somit davon aus, dass das gesamte vom Beschwerdegegner in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags ausgestrahlte Programm (d.h. abzüglich Werbung und Trailer) für die Beurteilung der Erfüllung des § 4 Abs. 2 ORF-G ausschließlich in die in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport einzuteilen ist.

#### **4.4.5.3 Kategorien des Beschwerdegegners gemäß seiner Programmstrukturanalyse**

Wie bereits dargelegt, ergibt sich nach Auffassung des Beschwerdegegners aus der Verpflichtung zur Erfüllung der Voraussetzungen gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 bis 19 ORF-G, dass das Gesamtprogramm des Beschwerdegegners nicht nur aus den in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten vier Kategorien besteht. Vor diesem Hintergrund verwende der Beschwerdegegner im Rahmen seiner Programmstrukturanalysen die Kategorien Information, Kultur/Religion, Unterhaltung, Sport, Wissenschaft/Bildung/Lebenshilfe und Familie (Kinder/Jugend/Senioren). Diese Kategorisierung werde auch bei der Erstellung der Jahresberichte eingesetzt und sei auch für die Beurteilung der Ausgewogenheit des Gesamtprogramms des Beschwerdegegners maßgeblich.

Nach Auffassung der Beschwerdeführer seien in weiten Bereichen übereinstimmende Zuordnungen zu den einzelnen Kategorien durch die Beschwerdeführer und den Beschwerdegegner vorgenommen worden. Die Beschwerdeführer würden nicht in Zweifel ziehen, dass die vom Beschwerdegegner durchgeführte Programmstrukturanalyse ihre Berechtigung habe, sie sei allerdings für die Feststellung des angemessenen Verhältnisses der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zueinander nicht geeignet.

Die vom Beschwerdegegner in seinen Programmstrukturanalysen – deren Ergebnisse auch dem gemäß § 7 ORF-G zu erstellenden Jahresberichten zugrunde gelegt werden – verwendeten sechs Hauptkategorien (Information, Kultur/Religion, Unterhaltung, Sport, Wissenschaft/Bildung/Lebenshilfe und Familie [Kinder/Jugend/Senioren]) setzen sich aus insgesamt 268 Fernsehsendungskategorien zusammen. Im Rahmen der Programmstrukturanalysen des Beschwerdegegners werden Fernsehnutzungsdaten für alle Sendungen der beiden Fernsehvollprogramme des Beschwerdegegners (ORF eins und ORF 2) erhoben.

Das Vorbringen des Beschwerdegegners, wonach vor dem Hintergrund der Verpflichtung zur Erfüllung der Voraussetzungen gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 bis 19 ORF-G ein „Vier-Kategorien-Schema“ zur Beurteilung des Programmangebotes des Beschwerdegegners nicht genügen könne, mag im Hinblick auf die Erfüllung der Voraussetzungen gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 bis 19 ORF-G zutreffend sein. Wie sich aus dem Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen ergibt, stellen die vom Beschwerdegegner geschaffenen Kategorien lediglich Unterkategorien der vier Kategorien Information, Kultur Unterhaltung und Sport dar, die für die Einordnung der Sendungen des Beschwerdegegners nicht maßgeblich sind. Es bereitet auch keine Schwierigkeiten, jene Sendungen, die vom Beschwerdegegner den Kategorien Wissenschaft/Bildung/Lebenshilfe und Familie (Kinder/Jugend/Senioren) zugeteilt wurden, eine der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zuzuteilen. Der Beschwerdegegner hat auch nicht näher dargelegt, welche Sendungen keiner der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zugeteilt werden könnten. Das gesamte Programm des Beschwerdegegners ist somit den in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zuzuordnen (vgl. dazu bereits Punkt 4.4.5.1.).

Dem Vorbringen des Beschwerdegegners, dass seine Zuordnungen im Rahmen der Programmstrukturanalysen im Hinblick auf die Kategorien Information, Kultur/Religion, Unterhaltung und Sport überdacht werden müssen, wenn lediglich diese Kategorien im Hinblick auf die Beurteilung der Erfüllung des § 4 Abs. 2 ORF-G verwendet werden, ist entgegenzuhalten, dass sich an der nach gewissen Kriterien vorgenommenen Zuordnung einer Sendung zu den Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung oder Sport nichts ändert, wenn alle Sendungen nur noch diesen Kategorien zugeteilt werden. Es mag zwar sein, dass die Verwendung von lediglich vier Kategorien zu einer teilweise Änderung der Begriffsdefinition führt, dies kann jedoch nicht bedeuten, dass ursprünglich z.B. als Unterhaltung eingestufte Sendungen nunmehr nicht dieser Kategorie zuzurechnen sind. Im Übrigen wurde vom Beschwerdegegner – abgesehen von den der Kategorie Kultur zuzuordnenden Sendungen – nicht vorgebracht, welche Sendungen nicht mehr den – „übereinstimmenden“ – Kategorien Information, Unterhaltung und Sport zugeordnet würden, und es wurden lediglich neue Definitionen für den Begriff Kultur entwickelt (vgl. dazu Punkt 4.4.6.4.).

Im Hinblick auf die vom Beschwerdegegner verwendete Programmstrukturanalyse ist darüber hinaus darauf hinzuweisen, dass diese vom Beschwerdeführer seit 1981 zur Beurteilung seines Programmangebotes verwendet wird. Zwar mag es eine der Stärken der Programmstrukturanalyse darstellen, dass seit diesem Zeitpunkt vergleichbare Daten in Bezug auf das Programm des Beschwerdegegners vorhanden sind, dies ändert jedoch nichts daran, dass die Programmstrukturanalysen eine Einteilung der Sendungen des Beschwerdegegners in Kategorien vornehmen, die – teilweise – nicht den Kategorien des § 4 Abs. 2 ORF-G entsprechen und somit im Hinblick auf die Beurteilung der Erfüllung des

§ 4 Abs. 2 ORF-G weder maßgeblich noch geeignet sind. Hinzu kommt, dass die in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien und die aus dieser Bestimmung ableitbare Verpflichtung des Beschwerdegegners erstmals 2001 (vgl. BGBl. I Nr. 83/2001) Aufnahme ins Gesetz gefunden haben. Die Programmstrukturanalysen wurden jedoch seit ihrer erstmaligen Einführung nicht an die geänderten rechtlichen Rahmenbedingungen angepasst. Auch der vom Beschwerdegegner jährlich zu erstellende Jahresbericht, der die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags dokumentieren soll, übernimmt im Hinblick auf die Erfüllung des § 4 Abs. 2 ORF-G die aus der Programmstrukturanalyse gewonnenen Daten und bezieht sich nicht auf die mit der Novelle BGBl. I Nr. 83/2001 in § 4 Abs. 2 ORF-G eingefügten Kategorien.

Dass die Programmstrukturanalysen nicht das geeignete Instrument zur Beurteilung der Erfüllung des § 4 Abs. 2 ORF-G darstellen, zeigt sich im Übrigen auch darin, dass diese in ihre Berechnungen lediglich die Programme ORF eins und ORF 2 einbeziehen. Die Spartenprogramme werden weder von den Programmstrukturanalysen erfasst noch bei der Berechnung der Kategorieanteile im Rahmen der Jahresberichte, die die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags des Beschwerdegegners dokumentieren sollen, miteinbezogen. Hinzu kommt, dass vor dem Hintergrund der Ausstrahlung der 24-Stunden Spartenprogramme ORF III – Kultur und Information sowie ORF SPORT+ allenfalls eine Anpassung des AGTT-Codeplans und damit der Programmstrukturanalyse vorgenommen hätte werden müssen, da aufgrund neuer Sendungen vielleicht neue Unterkategorien zu schaffen gewesen wären.

#### **4.4.6 Bedeutung der Begriffe Information, Kultur, Unterhaltung und Sport**

Die Beschwerdeführer haben in ihrer Beschwerde keine Begriffsdefinition der von ihnen verwendeten Kategorien vorgenommen, sondern sich zunächst an dem vom Beschwerdegegner verwendeten AGTT-Codeplan orientiert und die einzelnen Sendungen des Beschwerdegegners sodann den in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zugeteilt.

Für eine Zuordnung der einzelnen Sendungen in lediglich vier Kategorien spiegle nach Auffassung des Beschwerdegegners das Format bzw. die AGTT-Kategorisierung einer Sendung den konkreten Inhalt dieser Sendungen nur unzureichend wider. Eine inhaltliche Analyse im Sinne des § 4 Abs. 2 ORF-G setze eine begriffliche Auseinandersetzung mit den Kategorien Information, Unterhaltung, Kultur und Sport voraus.

##### **4.4.6.1 Überschneidendes Begriffsverständnis**

Nach Meinung des Beschwerdegegners sei im Hinblick auf die in § 4 Abs. 2 ORF-G verwendeten Kategorien von einem weiten und einander überschneidenden Begriffsverständnis auszugehen.

Auch nach Meinung der Beschwerdeführer würden es zwischen den einzelnen in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien Überschneidungsbereiche geben. Daraus ergebe sich zwangsläufig, dass es bei der Zuordnung der einzelnen Sendungen zu Abweichungen aufgrund subjektiver Einschätzungen komme. Für die Beurteilung der Erfüllung des § 4 Abs. 2 letzter Satz ORF-G müsse jedoch ein Maßstab gefunden werden, der sich nur an den im Gesetz verankerten Kategorien orientieren könne.

Der Auffassung des Beschwerdegegners, wonach von einem weiten und einander überschneidenden Begriffsverständnis auszugehen sei, ist der Zweck des § 4 Abs. 2 letzter Satz ORF-G entgegenzuhalten. Gemäß der Bestimmung haben die Anteile an den Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen. Es würde dem Sinn der Bestimmung widersprechen, müssten die einzelnen Sendungen des Beschwerdegegners nicht ausschließlich einer Kategorie zugeordnet werden. Zwar mag es – wie auch die Beschwerdeführer ausführen – zutreffen,

dass es zwischen den einzelnen in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien Überschneidungsbereiche gibt, dies vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass die einzelnen Sendungen des Beschwerdegegners nach objektiven Kriterien den in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zuzuordnen sind. Eine andere Auffassung würde dazu führen, dass die Feststellung eines angemessenen Verhältnisses der Kategorien zueinander nicht möglich wäre, und die Behörde die Einhaltung dieser Bestimmung nicht überprüfen könnte.

Auch *Buß* führt in dem vom Beschwerdegegner vorgelegten Gutachten im Hinblick auf die Durchführung von Programmstrukturanalysen aus, dass die im Rahmen einer Programmstrukturanalyse verwendeten Kategorien vollständig und trennscharf zu sein haben, um die übereinstimmende Zuordnung durch alle Codierer zu gewährleisten. Die Trennschärfe ergebe sich daraus, dass sich die Zuordnungen gegenseitig ausschließen. Den Ausführungen des Beschwerdegegners in Bezug auf ein weites und überschneidendes Begriffsverständnis kann somit auch entgegen gehalten werden, dass auch im Rahmen von Programmstrukturanalysen, und somit wohl auch bei der Erstellung der Programmstrukturanalyse des Beschwerdegegners, von einer Zuordnung der einzelnen Sendungen zu lediglich einer Kategorie auszugehen ist. Im Übrigen teilt auch der Beschwerdegegner – mit Ausnahme der Nachrichtensendungen ZIB 1 und ZIB 2 – im Rahmen seiner Programmstrukturanalysen die Sendungen lediglich einer Kategorie zu.

Nach Auffassung der KommAustria ist somit für die Beurteilung des angemessenen Verhältnisses der in § 4 Abs. 2 genannten Kategorien zueinander jede einzelne vom Beschwerdegegner in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags ausgestrahlte Sendung abschließend und ausschließlich einer der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zuzuordnen.

Die daran anschließende Frage, nach welchen Kriterien die einzelnen Sendungen des Beschwerdegegners den in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zuzuteilen sind, bedarf einer näheren Betrachtung. Festgehalten werden kann zunächst, dass das ORF-G keine Begriffsdefinition der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport enthält.

#### **4.4.6.2 Bedeutung der Begriffe Information und Unterhaltung**

Nach Auffassung des nichtamtlichen Sachverständigen in seinem Gutachten sind für die Einteilung von Fernsehsendungen in die in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien Information und Unterhaltung Formataspekte maßgeblich.

Dieser Auffassung halten die Beschwerdeführer entgegen, dass die Vorgehensweise des Gutachters zwar weitgehend zutreffend sei, der auf formale Aspekte reduzierte Ansatz des nichtamtlichen Sachverständigen jedoch bei einzelnen Programmteilen zu objektiv unrichtigen Ergebnissen führen würde. Das Gutachten weise in diesem Zusammenhang vereinzelt strukturelle Schwächen und daraus resultierend fehlerhafte Zuordnungen auf. Insbesondere würde im Hinblick auf die Kategorie Information eine bloße Einordnung nach der Formatbezeichnung nicht ausreichen, vielmehr müsse auch eine inhaltliche Beurteilung vorgenommen werden.

Der Beschwerdegegner geht unterstützt durch die beiden Gutachten von *Imhof/Kamber* und *Buß* im Wesentlichen davon aus, dass eine Einteilung in die Kategorien Information und Unterhaltung nach Sendungsformaten nicht der wissenschaftlichen Programmforschung entspreche. Viel eher sei eine Einteilung nach Inhalten vorzunehmen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer sei nach Auffassung des Beschwerdegegners im Rahmen einer Zuordnung von Sendungsformaten nicht zu beanstanden, wenn Talk-Shows sowie Magazine und Servicesendungen der Kategorie Information zugeordnet würden.

Im Hinblick auf die Begriffe Information und Unterhaltung führen *Imhof/Kamber* in ihrem Gutachten unter anderem aus, dass insbesondere die Dualismen Information und Unterhaltung sowie Kultur und Unterhaltung nicht mehr geeignet seien, Programmstrukturen angemessen abzubilden. Nach Auffassung der Gutachter würden sich unter anderem die veränderten Darstellungsformen nicht mehr angemessen den klassischen Verständnissen der Begriffe Unterhaltung und Information unterordnen lassen. Insbesondere die Entwicklung von hybriden Sendungstypen habe zur Folge, dass der Sendungsinhalt vom Sendungsformat immer weniger abgeleitet werden könne. Klassische Informationsformate würden nunmehr auch „Human Intererst“-Inhalte vermitteln. Umgekehrt würden der Unterhaltung zugerechnete fiktionale und nonfiktionale Genres auch öffentlichkeitsrelevante Themen reflektieren. Unabdingbar für eine Programmstrukturanalyse sei daher die Berücksichtigung der Inhalte der Sendungen. Formate und Genres würden nur als erstes Unterscheidungsmerkmal dienen. Erst eine Inhaltsanalyse der Sendungen könne die Kernbereiche des „Public Value“ im Programmangebot identifizieren.

Aufgrund des Umstandes, dass § 4 Abs. 2 ORF-G keine Definition der verwendeten Begriffe Information und Unterhaltung enthält, sind diese Begriffe medienwissenschaftlich auszulegen. Die KommAustria geht aufgrund der insoweit nachvollziehbaren und schlüssigen Ausführungen des nichtamtlichen Sachverständigen davon aus, dass für die Einteilung von Fernsehsendungen unter diese Kategorien Formataspekte maßgeblich sind. Der Kategorie Information sind daher beispielsweise Fernsehsendungen, die unter den Formatbezeichnungen Nachrichtensendungen, Magazinsendungen, Talk- und Diskussionssendungen, Reportagen, Dokumentationen oder Übertragungen von Ereignissen, die nicht Medienereignisse darstellen, geführt werden, zuzurechnen. Demgegenüber zählen zur Kategorie Unterhaltung beispielsweise fiktionale Darstellungen im Fernsehen, die Sendungen der Formate Spielfilme (Kino- und Fernsehspielfilme), Serien, Zeichentrick- und Animationsformate sind, sowie nonfiktionale Darstellungen in Sendungen der Formate Show (Musik, Spiel-, Quiz-, Koch- etc.), Comedy, (politisches) Kabarett/Satire (mit Kommentierung zum Zeitgeschehen), Konzertübertragung, Gala, Revue und Call In-Sendung als auch die sogenannten Reality-Formate (Casting-Shows etc., die bestimmten Spiel- und Experimentierregeln folgen). Darüber hinaus werden explizit als „scripted“ ausgewiesene Sendungen des Formats „Doku-Soap“ oder „Dokumentation“ wie Gerichts- und Personal-Help-Shows sowie „Daily-Talks“ als Unterhaltung gewertet.

Im Zusammenhang mit der Frage der Bedeutung der einzelnen Begriffe ist darüber hinaus darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdegegner im Rahmen der von ihm jährlich im Vorhinein zu erstellenden Programmschemata, die – wie bereits erwähnt – die für die Erfüllung des § 4 Abs. 2 ORF-G maßgeblichen Planungsinstrumente sind, ebenfalls keine inhaltliche Planung des Programms vornimmt, sondern die Programmgestaltung lediglich „grob“ nach einzelnen Formaten plant.

Es mag zwar zutreffen, wie *Imhof/Kamber* in ihrem Gutachten ausführen, dass die vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe aufgrund des schwierigen Dualismus von Information und Unterhaltung sowie von Kultur und Unterhaltung zu Schwierigkeiten führen können, jedoch hat der Gesetzgeber in Kenntnis der zunehmenden Anzahl hybrider Sendungstypen die von ihm verwendeten Begriffe mit der Novelle im Jahr 2010 (vgl. BGBl. I Nr. 50/2010) nicht verändert und diesbezüglich keine weitere Differenzierung in § 4 Abs. 2 ORF-G vorgenommen. Darüber hinaus sind die Ausführungen der Gutachter *Imhof/Kamber* zur Notwendigkeit der Berücksichtigung der Inhalte der Sendungen vor dem Hintergrund zu sehen, dass Programmstrukturanalysen den „Public Value“ eines Programmangebotes ersichtlich machen sollen. Vor dem Hintergrund der vorliegenden zu beantwortenden Frage ist dieser Gesichtspunkt jedoch unbeachtlich (vgl. dazu Punkt 4.4.7.3.).

Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners ist daher im Hinblick auf die Kategorien Information und Unterhaltung von Formatbegriffen auszugehen.

#### **4.4.6.3 Bedeutung des Begriffs Sport**

Vor dem Hintergrund der nachvollziehbaren Ausführungen des nichtamtlichen Sachverständigen ist im Hinblick auf diesen im Gesetz ebenfalls nicht näher determinierten Begriff davon auszugehen, dass damit aus medienwissenschaftlicher Sicht jedenfalls kein Formatbegriff gemeint ist.

Es ist davon auszugehen, dass eine Zuordnung von Sendungen zur Kategorie Sport insoweit keine Probleme bereitet, als davon insbesondere Sendungen umfasst sind, die sich mit Sportberichterstattung zu verschiedensten Sportarten und Sportbewerben befassen (vgl. dazu insbesondere auch die Formulierung in § 4b Abs. 1 ORF-G, die sich auf die aktuelle Berichterstattung über Sportarten und Sportbewerbe bezieht). Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die Zuordnungen der einzelnen Sendungen zur Kategorie Sport sowohl von den Parteien als auch dem nichtamtlichen Sachverständigen (zur Abänderung im Hinblick auf die Sendungen „Das Match“ vgl. die diesbezüglichen Ausführungen zur Beweiswürdigung) weitgehend übereinstimmend und unstrittig vorgenommen wurden.

#### **4.4.6.4 Bedeutung des Begriffs Kultur**

Im Hinblick auf die Bedeutung des Begriffs Kultur führt der Beschwerdegegner aus, dass er in seiner Programmstrukturanalyse einen sehr engen Kulturbegriff gewählt habe. Dies liege einerseits daran, dass ein ausdifferenziertes und exklusives Kategoriensystem gewählt worden sei, andererseits wurzle die Begriffsbildung in einer klassischen Unterscheidung von Hochkultur und Populärkultur. In einem „Vier-Kategorien-Schema“ müsse jedoch die Zuordnung konkreter (Kultur-) Inhalte neu ausgerichtet werden. Ein zeitgemäßer Kulturbegriff umfasse abgesehen von der Hochkultur auch andere Bereiche. Auch viele internationale Übereinkommen würden ebenso wie Rundfunkgesetze anderer Länder von einem weiten Kulturbegriff ausgehen. Darüber hinaus lasse sich auch aus dem ORF-G ableiten, dass dieses grundsätzlich von einem weiten Kulturbegriff ausgehe, zumal der Beschwerdegegner "ein differenziertes Gesamtprogramm von ... Kultur ... für alle" anzubieten habe. Nach Meinung des Beschwerdegegners könne zwischen einem engen, mittleren und weiten Kulturbegriff unterschieden werden. Dem engen und mittleren Kulturbegriff seien Berichte über und die Produktion von Kunst/Kultur/Literatur/Theater/Sprachen/Design/Architektur usw., Werke der Filmkultur (gesellschaftskritische Filme, Literaturverfilmungen, Experimentalfilme, Portraitfilme), ernste Musik (z.B. Klassik, avantgardistische Musik, Jazz), Darstellende Kunst, Kabarett/Satire/Comedy, Regionale Kultur und Brauchtum, Alltags- und Stadtkultur, Kirche und Religion sowie Wissenschaft und Zeitgeschichte (einschließlich Technik, Recht, Medizin) zuzurechnen. Zu beachten sei darüber hinaus, dass es auch kulturrelevante Inhalte in Sendungen, die einer der anderen Kategorien zugeordnet seien, gebe, die im Rahmen einer auf Beiträge abstellenden Zuordnung auch dem Kulturbegriff zuzuordnen seien. Demgegenüber umfasse der weite Kulturbegriff populäre Musik oder Karneval/Nonsens sowie bestimmte weitere fiktionale Genres (Serien und Filme), unter Berücksichtigung auch der Produktionsart und ihres Regionalbezugs.

Nach Meinung der Beschwerdeführer seien die Ausführungen des Beschwerdegegners zu den unterschiedlichen Möglichkeiten der Definition des Kulturbegriffs wenig bedeutsam, da die Abweichungen der jeweiligen Zuordnungen im Bereich der Kultur auf der Basis der dem Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen zugrundeliegenden Daten für die Entscheidung nicht relevant seien. Die Neuberechnung des Kulturanteils unter Zugrundelegung der unterschiedlichen Kulturbegriffe sei überdies mangels Offenlegung der Berechnungsgrundlagen nicht nachvollziehbar. Eine vollständige inhaltliche Überprüfung, die auch eine Aufteilung von einzelnen Sendungen nach Kategorieanteilen erfasst, sei jedenfalls für eine objektive quantitative Erfassung im Rahmen der Rechtsaufsicht der KommAustria unbrauchbar.

Nach Auffassung der KommAustria kann den insofern schlüssigen Ausführungen des nichtamtlichen Sachverständigen dass es sich beim Begriff Kultur um keine Formatbezeichnung handelt, gefolgt werden. Vor dem Hintergrund der gängigen Definition des Begriffs Kultur (vgl. dazu *Der Brockhaus*, 14. Auflage, wonach Kultur die Gesamtheit der Lebensäußerungen der menschlichen Gesellschaft in Sprache, Religion, Wissenschaft, Kunst u.a. ist) kann auch der Auffassung des nichtamtlichen Sachverständigen, dass sich der Begriff in Bezug auf die Bezeichnung eines gesellschaftlichen Phänomenbereichs als Bezeichnung sämtlicher Praxen im Alltagshandeln von Menschen etabliert habe, nicht entgegengetreten werden. Es ist jedoch vor dem Hintergrund des mit der Regelung des § 4 Abs. 2 ORF-G verfolgten Zwecks nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf § 4 Abs. 2 ORF-G einen derart weiten Kulturbegriff vor Augen hatte. Vor dem Hintergrund des Umstandes, dass jede einzelne vom Beschwerdegegner ausgestrahlte Sendung einer der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zuzuordnen ist, ist davon auszugehen, dass der Begriff Kultur scharf von den Begriffen Information, Unterhaltung und Sport abgegrenzt sein muss. Dies ist jedoch nur möglich, wenn sich der Begriff auf das Kulturverständnis im klassischen Sinn und sohin gewissermaßen auf den engeren Kulturbegriff bezieht.

Das vom Beschwerdegegner vorgebrachte weite Verständnis des Kulturbegriffs, würde dazu führen, dass im Endeffekt alle menschlichen Leistungen und Erschaffungen und somit das gesamte Fernsehprogramm als Kultur bezeichnet würde. Auch wenn § 4 Abs. 2 ORF-G der vom Beschwerdegegner ebenfalls vorgeschlagene mittlere Kulturbegriff zugrunde gelegt würde, würde dies zu einer verzerrten Aussage im Hinblick auf die Erfüllung des Kulturauftrags führen, zumal weite Bereiche insbesondere der Kategorie Unterhaltung aber auch der Kategorie Information dem Kulturbereich zuzurechnen wären. Sowohl die Beschwerdeführer als auch der nichtamtliche Sachverständige, der in seinem Gutachten hinsichtlich der Kategorie Kultur den Einteilungen der Parteien weitgehend folgt, gehen bei der Zuordnung der einzelnen Sendungen des Beschwerdegegners zur Kategorie Kultur von einem engeren Kulturbegriff aus. Auch der Beschwerdegegner geht im Rahmen seiner Programmstrukturanalysen und seiner Jahresberichte, die er in seinen ursprünglichen Stellungnahmen der Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzung des § 4 Abs. 2 ORF-G zugrunde gelegt hat, von einem engeren Kulturbegriff aus. Nach Auffassung des Beschwerdegegners in seiner Stellungnahme zum Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen müsse jedoch die Verwendung von lediglich vier Kategorien zu einer notwendigen Änderung der einzelnen „Teilmengen“ bzw. „Funktionen“ und insbesondere des Bereichs Kultur führen. Dem ist entgegenzuhalten, dass für den Fall, dass der Zuordnung der Sendungen zur Kategorie Kultur ein mittlerer oder weiter Kulturbegriff zugrunde gelegt wird, eine trennscharfe Abgrenzung zu den übrigen Kategorien nicht möglich ist. Der Beschwerdegegner nimmt in seiner Stellungnahme zum Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen im Hinblick auf seine in der Vergangenheit vertretene Auffassung völlig überraschend neue Begriffsdefinitionen in Bezug auf die Kategorie Kultur vor und ordnet unter Zugrundelegung eines – neuen – engen Kulturbegriffs bzw. eines mittleren oder weiten Kulturbegriffs der Kategorie Kultur im Vergleich zu seinen Programmstrukturanalysen weitere Sendungen der Kategorie Kultur zu. Vor dem Hintergrund des Umstandes, dass sowohl die Beschwerdeführer als auch der Beschwerdegegner in seinen Programmstrukturanalysen, Jahresberichten und anfänglichen Stellungnahmen im gegenständlichen Verfahren von einem Kulturverständnis im klassischen Sinn ausgehen, worunter durchaus auch massenattraktive Kulturinhalte fallen, erscheint es inkonsistent, dem Kulturbegriff plötzlich ein weiteres Verständnis zugrunde zu legen.

Auch § 4 Abs. 1 ORF-G stellt an mehreren Stellen auf den Kulturbegriff ab, nimmt jedoch keine Definition des Begriffs vor. § 4e ORF-G, der den besonderen Auftrag für ein Informations- und Kultur-Spartenprogramm enthält, sieht in Abs. 1 leg. cit. vor, dass der Beschwerdegegner *„nach Maßgabe der wirtschaftlichen Tragbarkeit ein Fernseh-Spartenprogramm zu veranstalten [hat], das insbesondere durch Informations-, Diskussions-, Dokumentarsendungen, Magazine und Übertragungen von Kulturereignissen spezifisch der*

*Erfüllung der Aufträge nach § 4 Abs. 1 Z 1 bis 7, 13, 14, 16 und 17 dient und ein umfassendes Angebot von Sendungen mit Informations- oder Bildungscharakter sowie von Kultursendungen beinhaltet“.* Aus der für das Informations- und Kultur-Spartenprogramm geltenden Regelung kann jedenfalls abgeleitet werden, dass es sich bei den Kategorien Information und Kultur um voneinander zu trennende Begriffe handelt. Auch in Bezug auf die Kategorie Sport scheint eine trennscharfe Abgrenzung zur Kategorie Kultur notwendig und auch wesensimmanent (vgl. § 4b ORF-G aus dem sich jedenfalls ergibt, dass kulturelle Themen nicht Gegenstand der Sportberichterstattung im Rahmen des Programms ORF SPORT+ sind).

Nach Auffassung der KommAustria sollen vor allem klassische kulturelle Themen im Mittelpunkt der Kulturvermittlung durch den Beschwerdegegner stehen; dies insbesondere deshalb, damit der Kulturauftrag (der in § 4 Abs. 1 ORF-G festgelegt wird) überhaupt greifbar wird. Von dem in § 4 Abs. 2 ORF-G verwendeten Kulturbegriff ist somit lediglich das Kulturverständnis im klassischen Sinn umfasst und sind daher Sendungen dieser Kategorie zuzuordnen, die insbesondere die Bereiche Malerei, Kunst, Musik, Theater, Oper, Literatur und Philosophie sowohl in ihrer klassischen aber auch modernen künstlerischen Ausgestaltung, aber auch moderne Kunstformen wie Film und Fotografie umfassen.

Ob internationale Übereinkommen sowie Rundfunkgesetze anderer Länder wie der Beschwerdegegner behauptet von einem weiten Kulturbegriff ausgehen, vermag die Behörde nicht zu beurteilen und ist im vorliegenden Zusammenhang auch unbeachtlich, zumal für die Beurteilung der Erfüllung des § 4 Abs. 2 letzter Satz ORF-G eine trennscharfe Abgrenzung der einzelnen in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zueinander notwendig erscheint und dadurch die Anwendung eines klassischen abgrenzbaren Kulturbegriffs bedingt ist.

Nach Auffassung der KommAustria ist somit von dem in § 4 Abs. 2 ORF-G verwendeten Kulturbegriff lediglich von einem Kulturbegriff im klassischen Sinn auszugehen.

#### **4.4.7 Angemessenes Verhältnis der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander**

Nach Auffassung der Beschwerdeführer habe der Beschwerdegegner in Erfüllung seines öffentlich-rechtlichen Auftrags ein differenziertes Gesamtprogramm anzubieten, wobei ein abwechslungsreiches und ausgewogenes Programm in Hinblick auf die Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport geboten werden müsse. Durch die Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 sei klargestellt worden, dass ein ausgewogenes Gesamtprogramm nur anzunehmen sei, wenn die Anteile der einzelnen genannten Kategorien in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung zur Ausgewogenheit des Gesamtprogramms dürfe das verpflichtende ausgewogene Verhältnis der Kategorien zueinander nicht einseitig zugunsten bestimmter, insbesondere besonders massenattraktiver, Inhalte wie Unterhaltung oder Sport verändert werden. Tatsächlich fülle der Beschwerdegegner zwei Drittel seines Gesamtprogramms mit Unterhaltungssendungen; lediglich ein Drittel des Gesamtprogramms stehe für die Kategorien Information, Kultur und Sport zur Verfügung. Kurze, aufwändige Produktionen aus den Kategorien Kultur oder Information würden langes, massenattraktives Unterhaltungsprogramm aus den Bereichen Unterhaltung oder Sport nicht aufwiegen. Im Rahmen der Ermittlung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts komme es nach Auffassung der Beschwerdeführer nicht auf eine rechnerische Genauigkeit des angemessenen Verhältnisses an. Nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Überlegungen der Rundfunkfreiheit wäre eine allzu starre Vorgabe problematisch, sodass der Interpretation der Angemessenheit des Verhältnisses zweifellos eine gewisse Bandbreite zugrunde zu legen sei, die auch geringfügige Abweichungen, die durch subjektiv erklärbar unterschiedliche Zuordnungen entstehen, zulasse.

Im Hinblick auf das angemessene Verhältnis der Kategorien zueinander führte der Beschwerdegegner aus, dass er sich bei seiner Programmgestaltung an den Zielsetzungen des § 4 ORF-G zu orientieren habe. Seiner Auffassung nach würde es dem System des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags widersprechen, ein bestimmtes prozentuelles Ausmaß der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für die Beurteilung der Ausgewogenheit des Gesamtprogramms zu verlangen. Der Gesetzgeber habe durch die Einfügung des letzten Satzes in § 4 Abs. 2 ORF-G mit der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 am bisherigen gesetzlichen System nichts ändern wollen. Hätte der Gesetzgeber die bestehende Programmgestaltung verändern wollen, hätte er dies durch die Pflicht zur Steigerung oder Senkung bestimmter Kategorieanteile angeordnet, dies sei jedoch nicht geschehen. Der Beschwerdegegner habe sich an den Zielen des § 4 Abs. 1 ORF-G zu orientieren, die in einem differenzierten und ausgewogenen Gesamtprogramm münden sollen.

Gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G hat der Beschwerdegegner in Erfüllung seines Auftrags *„ein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle anzubieten. Das Angebot hat sich an der Vielfalt der Interessen aller Hörer und Seher zu orientieren und sie ausgewogen zu berücksichtigen. Die Anteile am Gesamtprogramm haben in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen.“*

Zunächst ist festzuhalten, dass es sich im Unterschied zur Regelung des § 4 Abs. 3 ORF-G (vgl. Punkt 4.6.6.) bei der Bestimmung des § 4 Abs. 2 ORF-G um keine Zielbestimmung handelt. Aus der Formulierung des § 4 Abs. 2 ORF-G kann abgeleitet werden, dass der Beschwerdegegner in Erfüllung seines Auftrags ein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle anzubieten hat und die Anteile am Gesamtprogramm in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen haben. Es handelt sich somit nicht um ein zu beachtendes Programmziel des Beschwerdegegners, sondern um eine jedenfalls zu erfüllende Vorgabe.

§ 4 Abs. 2 erster und zweiter Satz ORF-G wurden bereits mit BGBl. I Nr. 83/2001 ins ORF-G eingefügt. § 4 Abs. 2 letzter Satz ORF-G fand erst durch die Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 Aufnahme ins Gesetz.

Bereits vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 hatte der Beschwerdegegner nach dem Willen des Gesetzgebers somit ein differenziertes Gesamtprogramm anzubieten, welches sich an der Vielfalt der Interessen aller Hörer und Seher zu orientieren und sie ausgewogen zu berücksichtigen hat. Das differenzierte Gesamtprogramm des Beschwerdegegners hatte aus Sendungen zu bestehen, die den Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zuzurechnen sind. Davon zu unterscheiden war der Auftrag des Gesetzgebers, dass sich das Angebot des Beschwerdegegners an der Vielfalt der Interessen aller Hörer und Seher zu orientieren und sie ausgewogen zu berücksichtigen hat. Bereits vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 gliederte sich das Programm des Beschwerdegegners in die Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport. Darüber hinaus hatte der Beschwerdegegner in Bezug auf die von ihm konkret ausgestrahlten Sendungen die Einhaltung gewisser inhaltlicher Vorgaben zu beachten (vgl. § 4 Abs. 1 Z 1 bis 19 ORF-G, § 4 Abs. 2 ORF-G *„Ausgewogene Berücksichtigung der Vielfalt der Interessen aller Hörer und Seher“*) sowie § 4 Abs. 3 ORF-G *„anspruchsvolle Inhalte“*).

Mit der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 hat der Gesetzgeber durch die Einfügung des letzten Satzes in § 4 Abs. 2 ORF-G vorgesehen, dass im Hinblick auf das vom Beschwerdegegner zu gestaltende differenzierte Gesamtprogramm *„die Anteile am Gesamtprogramm ... in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen“* haben. Gemäß dem Ausschussbericht (AB 761 BlgNR XXIV. GP) sollte mit dieser Ergänzung *„klargestellt [werden], dass die jeweiligen Anteile von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport am Gesamtprogramm insgesamt in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen haben“*. Wenn der Beschwerdegegner anführt, aufgrund der im Ausschussbericht gewählten

Formulierung („klargestellt“) sei zu konstatieren, dass der Gesetzgeber durch die Einfügung des letzten Satzes am bisherigen System nichts ändern wollte, ändert dies zum einen nichts daran, dass der Gesetzgeber nunmehr ausdrücklich geregelt hat, dass die Anteile der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport am Gesamtprogramm des Beschwerdegegners in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen haben. Zum anderen ist fraglich, warum eine Klarstellung erforderlich sein sollte, wenn das bisherige System dem Willen des Gesetzgebers entsprochen hat bzw. keine klarzustellenden Missverständnisse oder Missverhältnisse vorgelegen haben. Tatsächlich kann eine Klarstellung auch dann erforderlich sein, wenn eine in Kraft befindliche Regel bis dato nicht oder nur unzureichend umgesetzt wurde und – abseits der behördlichen Durchsetzung – mit legislativen Mitteln nochmals betont werden muss.

Die KommAustria geht somit davon aus, dass sich durch die Einfügung des letzten Satzes in § 4 Abs. 2 ORF-G mit der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 am normativen Inhalt des in § 4 Abs. 2 erster Satz ORF-G vorgesehenen „differenzierten Gesamtprogramms“ nichts geändert hat. Ein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle iSd § 4 Abs. 2 erster Satz ORF-G wird daher nur angeboten, wenn ein angemessenes Verhältnis der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander gemäß § 4 Abs. 2 letzter Satz ORF-G besteht.

Der Gesetzgeber nahm allerdings keine nähere Konkretisierung der Formulierung „in einem angemessenen Verhältnis zueinander“ vor. Auch § 4 Abs. 1 ORF-G nimmt in seinen Z 1 bis 19 an mehreren Stellen auf die „Angemessenheit“ Bezug (vgl. „die angemessene Berücksichtigung und Förderung der österreichischen künstlerischen und kreativen Produktion“ [Z 6], „die angemessene Berücksichtigung aller Altersgruppen“ [Z 9], „die angemessene Berücksichtigung der Anliegen behinderter Menschen“ [Z 10], „die angemessene Berücksichtigung der Anliegen der Familien und der Kinder sowie der Gleichberechtigung von Frauen und Männern“ [Z 11], „die angemessene Berücksichtigung der Bedeutung der gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften“ [Z 12] sowie „die angemessene Berücksichtigung und Förderung sozialer und humanitärer Aktivitäten, einschließlich der Bewusstseinsbildung zur Integration behinderter Menschen in der Gesellschaft und am Arbeitsmarkt“ [Z 19]). Die in § 4 Abs. 1 Z 1 bis 19 ORF-G formulierten Ziele beziehen sich auf eine angemessene Berücksichtigung bestimmter näher genannter Zielgruppen bzw. Themen. Festgelegt wird somit, dass der Beschwerdegegner in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags in den gemäß § 3 ORF-G genannten Programmen und Angeboten bestimmte Inhalte in einem angemessenen Ausmaß berücksichtigen muss. Diese angemessene Berücksichtigung bestimmter Zielgruppen bzw. Inhalte ist von dem in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten „angemessenen Verhältnis der Kategorien zueinander“ zu unterscheiden. Anders als in den genannten Bestimmungen wird zur Bestimmung der Angemessenheit in § 4 Abs. 2 ORF-G nicht auf eine bestimmte oder bestimmbare Bezugsgröße, wie etwa der Anteil der verschiedenen Altersgruppen an der österreichischen Bevölkerung, abgestellt. Die in § 4 Abs. 2 ORF-G genannte Angemessenheit bezieht sich gemäß dem ausdrücklichen Wortlaut auf das Verhältnis der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander.

Nach Auffassung des Beschwerdegegners würde es dem System des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags widersprechen, ein bestimmtes prozentuelles Ausmaß der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für die Beurteilung der Angemessenheit des Verhältnisses zu verlangen. Auch die Beschwerdeführer gehen davon aus, dass es nicht auf eine rechnerische Genauigkeit des angemessenen Verhältnisses ankomme.

Die KommAustria kann sich dieser Auffassung insofern anschließen, als sich nicht abstrakt – in Form konkreter Prozentsätze – bestimmen lässt, wann ein „angemessenes Verhältnis“ der Kategorien zueinander besteht bzw. zu erwarten ist, zumal das Gesetz hierzu eindeutige Maßstäbe vermissen lässt. Wie die Beschwerdeführer zutreffend ausführen, wäre die Festlegung starrer Prozentsätze darüber hinaus im Hinblick auf den durch Art. 10 EMRK

vorgezeichneten Gestaltungsspielraum des Beschwerdegegners problematisch (vgl. VfSlg. 16.911/2003). Umgekehrt hat die KommAustria keinen Zweifel daran, dass es zulässig ist, einen Rahmen abzustecken, innerhalb der sich die Angemessenheit zu bewegen hat. In diesem Zusammenhang ist darüber hinaus zu beachten, dass die Vorgaben des § 4 Abs. 2 ORF-G hinsichtlich der Kategorien und dem angemessenen Verhältnis der Kategorien zueinander deutlich hinter jenen in § 11 ORF-G vorgesehenen zurückbleiben.

Mangels anderslautender Festlegung bzw. mangels Gewichtung der Kategorien einerseits oder der Bestimmung einer externen Bezugsgröße andererseits ist davon auszugehen, dass die Basis für die Angemessenheit eine Aufteilung in vier gleich große Kategorien ist. Ausgehend von den gleich großen Kategorien, die dazu führen, dass keine überproportionale Ausweitung einer Kategorie gegenüber einer anderen vorliegt, ist dem Beschwerdegegner – eingedenk seines verfassungsrechtlich garantierten Gestaltungsspielraumes – eine Vergrößerung bzw. Verkleinerung einzelner Kategorien freigestellt. Diese Freiheit findet jedoch dort ihre Grenzen, wo das angemessene Verhältnis der Kategorien zueinander nicht mehr gewährleistet ist.

Dem Ausschussbericht zur Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 (AB 761 BlgNR XXIV. GP) kann entnommen werden, dass mit der in § 4 Abs. 2 letzter Satz ORF-G enthaltenen Regelung „eine überproportionale Ausweitung einer der genannten Kategorien ... hintangehalten werden [soll]“. Aus dem allgemeinen Sprachgebrauch ist abzuleiten, dass der Begriff „überproportional“ „das richtige Maß überschreitend“ bzw. „unverhältnismäßig“ bedeutet (vgl. <http://www.duden.de/node/656960/revisions/656965/view>). Vor dem Hintergrund der Formulierung des Gesetzes („angemessenes Verhältnis“) und der Bedeutung des im Ausschussbericht verwendeten Begriffs „überproportional“ ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber verhindern wollte, dass eine Kategorie unverhältnismäßig größer ist, als eine oder mehrere der anderen Kategorien.

Die KommAustria geht davon aus, dass der Gesetzgeber ausschließen wollte, dass es bei vier vorgegebenen Kategorien zu einem „Überwiegen“ einer der vier Kategorien, d.h. zu einem Anteil von mehr als 50 % der Sendestunden am Gesamtprogramm, kommen könnte. Darin wäre nach Auffassung der KommAustria jedenfalls eine Überschreitung der vom Gesetzgeber vorgegebenen Angemessenheit bzw. Differenziertheit zu sehen, da eine Verwendung von mehr als der Hälfte der Sendezeit für bloß eine Kategorie keinesfalls mehr unter das allgemeine Begriffsverständnis der „Verhältnismäßigkeit“ subsumiert werden kann. Dem Begriffsinhalt des „angemessenen Verhältnisses zueinander“ ist daher zu unterstellen, dass jene Verhältniszahlen ausgeschlossen sein müssen, die unter Ausreizung des gesamten Spielraums zu einem Überschreiten der 50 %-Grenze durch eine Kategorie führen können. Dieser Fall tritt mathematisch ab einem Verhältnis von mehr als 3:1 ein (Extremwert: 50:16,7:16,7:16,7).

Nach Auffassung der KommAustria liegt demnach eine Unverhältnismäßigkeit und somit eine Unangemessenheit iSd § 4 Abs. 2 ORF-G dann vor, wenn irgendeine Kategorie zu einer anderen das Verhältnis von 3:1 überschreitet bzw. umgekehrt das Verhältnis 0,33:1 unterschreitet. Der Gesetzgeber hat dem Beschwerdegegner somit eine Bandbreite des Verhältnisses jeder der Kategorien zu allen anderen Kategorien vorgegeben, die zwischen 1:1 und max. 3:1 (bzw. reziprok mind. 0,33:1 bis 1:1) zu liegen kommen muss. Aus dieser für jede einzelne Kategorie im Verhältnis zu den anderen Kategorien zu prüfenden Angemessenheit folgt als Ergebnis, dass einerseits keine der vier Kategorien einen Höchstanteil von 50 % (dann in der Konstellation 50:16,7:16,7:16,7 oder 3:1:1:1) überschreiten kann. Andererseits ist dadurch auch sichergestellt, dass keine der Kategorien unter einen Mindestanteil von 10 % (dann in der Konstellation 10:30:30:30 oder 1:3:3:3) am Gesamtprogramm absinken kann – ein Wert, dessen Unterschreitung ebenfalls nicht mehr dem gemeinen Verständnis einer „Angemessenheit“ entsprechen wird. Innerhalb dieser Bandbreiten besteht für den Beschwerdegegner ein breiter Spielraum für Schwerpunktsetzungen unterschiedlicher Art.

#### 4.4.7.1 Berücksichtigung der Qualität des ausgestrahlten Programms im Hinblick auf das angemessene Verhältnis der Kategorien zueinander

Nach Auffassung des Beschwerdegegners sei die Ausstrahlungsdauer einer Kategorie für sich genommen nicht aussagekräftig, um die besondere Qualität der Sendungen des Beschwerdegegners, die auf die Vielfalt der Interessen Bedacht nehme, zu beschreiben. Im Zusammenhang mit der Erfüllung des § 4 Abs. 2 letzter Satz ORF-G sei somit die hohe Qualität der vom Beschwerdegegner ausgestrahlten Sendungen zu beachten. Zur Untermauerung seiner Auffassung bezieht sich der Beschwerdegegner auf das gemäß § 4a ORF-G von ihm verpflichtend zu erstellende Qualitätssicherungssystem.

Demgegenüber führten die Beschwerdeführer aus, dass es ihrer Meinung nach bei der Feststellung des angemessenen Verhältnisses der Kategorien zueinander keine qualitative Bewertungskomponente gebe. Für die Beurteilung der Angemessenheit sei ein Bewertungsmaßstab heranzuziehen, der sich letztlich an der Sendezeit orientiere. Der Beschwerdegegner biete in seinen Ausführungen zum Qualitätssicherungssystem ausschließlich Argumente für die inhaltliche Bewertung seines Programms, diese würden jedoch keinen Rückschluss auf das angemessene Verhältnis der Kategorien zueinander, das zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags erforderlich sei, zulassen. Der Beschwerdegegner habe darüber hinaus nicht erwähnt, dass der in § 4a ORF-G determinierte Gestaltungsspielraum zur Sicherung der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags in Abs. 3 leg.cit. explizit auch auf die Quantität der Kategorien eingegrenzt werde.

Unbestritten ist, dass der Beschwerdegegner im Rahmen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags auf die Qualität seines Programms zu achten hat (vgl. z.B. § 4 Abs. 3 und 4 ORF-G aber auch die Regelungen in § 4a ORF-G). Bereits in den Erläuterungen zur Novelle BGBl. I Nr. 83/2001 wurde im Hinblick auf § 4 ORF-G festgehalten, dass der *„öffentlich-rechtliche Rundfunk ... Integrationsrundfunk für alle [ist] und Qualität und Innovation ... ihn von der privaten Konkurrenz deutlich abgrenzen [soll]“* (vgl. RV 634 BlgNR XXI. GP). Dass die Qualität der Sendungen des Beschwerdegegners im Hinblick auf die Erfüllung des öffentlichen-rechtlichen Kernauftrags eine Rolle spielt, ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union (EuG 26.06.2008, T-442/03, SIC/Kommission) sowie der Rundfunkmitteilung der Europäischen Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. C 257 vom 27.10.2009, 2009/C257/01).

Jedoch spielt die Qualität der einzelnen Sendungen weder bei der Zuordnung der einzelnen Sendungen zu den Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport noch bei der Beurteilung des angemessenen Verhältnisses der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander eine Rolle. Dies ergibt sich zum einen aus den Erläuterungen zu § 4 Abs. 2 ORF-G *„während Teile des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags naturgemäß nur auf Hörfunk- und Fernsehprogramme Anwendung finden (dies gilt insbesondere für die Vorgaben betreffend das Gesamtprogramm gemäß Abs. 2 und die ersten beiden Sätze von Abs. 3), so gelten künftig die inhaltlichen Vorgaben betreffend Unverwechselbarkeit, Qualitätskriterien (Abs. 3), Objektivität (Abs. 4) und Unabhängigkeit (Abs. 5) jedenfalls auch für alle anderen Angebote (insb. Online-Angebote)“* vgl. RV 611 BlgNR XXIV. GP] aus denen abgeleitet werden kann, dass mit dem letzten Satz in § 4 Abs. 2 ORF-G keine qualitativen Vorgaben getroffen wurden. Zum anderen nimmt auch der Wortlaut des Gesetzes keinen Bezug auf die Qualität der Sendungen des Beschwerdegegners. Bei der Beurteilung der Erfüllung des angemessenen Verhältnisses der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zueinander spielt somit die Qualität der vom Beschwerdegegner ausgestrahlten Sendungen keine Rolle. Für die KommAustria ist auch nicht nachvollziehbar, wie sich die Qualität einer Sendung auf die Erfüllung der Voraussetzung gemäß § 4 Abs. 2 letzter Satz ORF-G auswirken soll, zumal die Regelung

ausschließlich auf das Verhältnis der Kategorien zueinander abstellt und nicht davon auszugehen ist, dass bestimmte qualitativ besonders hochwertige Sendungen zu einem größeren Anteil jener Kategorie am Gesamtprogramm führt, der sie zuzurechnen sind.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdegegner nicht näher konkretisiert, wie sich die Qualität einzelner Sendungen auf die Berechnung des Verhältnisses der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander auswirken soll. Ungeklärt bleibt somit, ob nach Auffassung des Beschwerdegegners die Ausstrahlung qualitativ besonders hochwertiger Sendungen beispielsweise dazu führen soll, dass sich der Anteil jener Kategorie, der diese Sendungen zuzurechnen sind, dadurch erhöht und wenn ja in welchem Ausmaß.

Auch aus dem in § 4a ORF-G regelten Qualitätssicherungssystem ist im vorliegenden Zusammenhang nichts für den Standpunkt des Beschwerdegegners zu gewinnen. Gemäß den Erläuterungen (RV 611 BlgNR XXIV. GP) zu § 4a ORF-G dient die Regelung „in Entsprechung der Vorgaben der Europäischen Kommission hinsichtlich der beihilfenrechtlichen Ausgestaltung der Regelungen des ORF-G dem Ausbau des Qualitätssicherungssystems zur Festlegung von Kriterien und Verfahren zur Sicherstellung der Erfüllung des Kernauftrages“. Gegenstand der Erstellung des Qualitätssicherungssystems ist somit die Sicherstellung der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags. § 4a Abs. 3 ORF-G sieht vor, dass „zur Sicherstellung der Ausgewogenheit des Inhaltsangebots (§ 4 Abs. 1 bis 3) und der darauf bezogenen Entscheidungsfindung für die langfristigen Programmpläne sowie die Jahressendeschemen ... neben der Entwicklung qualitativer Kriterien auch in quantitativer Hinsicht die Festschreibung der einzelnen Programmkategorien zuzurechnenden Anteile am bezughabenden Fernseh- und Hörfunkangebot Bestandteil des Qualitätssicherungssystems [ist]“. Aus dieser Regelung kann abgeleitet werden, dass zur Sicherstellung der Erfüllung der Zielvorgaben gemäß § 4 Abs. 1 bis 5 ORF-G im Rahmen der Erstellung des Qualitätssicherungssystems unter anderem auch die den einzelnen in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Programmkategorien zuzurechnenden Anteile am bezughabenden Fernsehprogramm festzuschreiben sind. Ausdrücklich festgehalten wird in diesem Zusammenhang außerdem, dass es sich bei der Festschreibung der den einzelnen Programmkategorien zuzurechnenden Anteile am bezughabenden Fernsehprogramm um eine quantitative (und somit keine qualitative) Einordnung handelt.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners stellt die Qualität der ausgestrahlten Sendungen im Rahmen der Beurteilung des angemessenen Verhältnisses der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zueinander kein Beurteilungskriterium dar. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die umfangreichen Ausführungen des Beschwerdegegners zu dem von ihm zu erstellenden und durchzuführenden Qualitätssicherungssystem im Hinblick auf die Beurteilung der Erfüllung des § 4 Abs. 2 ORF-G vor dem Hintergrund des vorliegenden Falles unbeachtlich sind.

#### **4.4.7.2 Berücksichtigung der Vielfalt der Interessen der Seher**

Nach Auffassung des Beschwerdegegners sei im Hinblick auf das in § 4 Abs. 2 ORF-G geregelte angemessene Verhältnis der Kategorien zueinander zu beachten, dass dem Beschwerdegegner im Rahmen der konkreten Programmgestaltung ein erheblicher Gestaltungsspielraum verbleibe, um ein "*differenziertes Gesamtprogramm ... für alle*" anzubieten, das sich "*an der Vielfalt der Interessen*" zu orientieren und sie ausgewogen zu berücksichtigen habe. Damit stehe im Zusammenhang, dass die Anteile am Gesamtprogramm in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen haben. Für die Beurteilung des „*angemessenen Verhältnisses*“ verbiete es sich, die Anteile verschiedener Kategorien mathematisch isoliert ins Verhältnis zu setzen und die „*Vielfalt der Interessen*“ nicht miteinzubeziehen.

Demgegenüber könne nach Auffassung der Beschwerdeführer nicht davon ausgegangen werden, dass die einzelnen Kategorieanteile entsprechend der Wichtigkeit für die Zuseher zu bemessen wären. Eine derartige Sichtweise vernachlässige die ausgewogene Behandlung von "Minderheiteninteressen", die auch im öffentlich-rechtlichen Kernauftrag liege.

Wie bereits ausgeführt (vgl. Punkt 4.4.7.), hat der Beschwerdegegner im Hinblick auf die Erfüllung des § 4 Abs. 2 ORF-G einerseits darauf zu achten, dass sein Gesamtprogramm ein angemessenes Verhältnis der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander aufweist, andererseits hat er in Bezug auf die von ihm konkret ausgestrahlten Sendungen die Einhaltung gewisser inhaltlicher Vorgaben („ausgewogene Berücksichtigung der Vielfalt der Interessen aller Hörer und Seher“) zu beachten. Es mag zwar sein, dass sich das Angebot des Beschwerdegegners auch an der „Vielfalt der Interessen aller Hörer und Seher“ zu orientieren und diese ausgewogen zu berücksichtigen hat, dies ändert jedoch nichts daran, dass die Anteile der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen haben, dies hat der Gesetzgeber mit der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 auch ausdrücklich klargestellt. Im Rahmen dieses Gesamtprogramms hat sich der Beschwerdegegner darüber hinaus im Rahmen seiner konkreten Programmgestaltung an der „Vielfalt der Interessen aller Hörer und Seher“ zu orientieren und diese ausgewogen zu berücksichtigen.

#### **4.4.7.3 Berücksichtigung des „öffentlich-rechtlichen“ Mehrwerts**

Aus der Auffassung des Beschwerdegegners, dass das Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen bei der Berechnung des Verhältnisses der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander Analysen des „Public Value“ im Programmangebot des Beschwerdegegners vermissen lasse, ist abzuleiten, dass der Beschwerdegegner offenbar von der Maßgeblichkeit dieses Kriteriums im Zusammenhang mit der Erfüllung der Voraussetzung des § 4 Abs. 2 ORF-G ausgeht.

Der (öffentlich-rechtliche) Mehrwert des Programms des Beschwerdegegners spielt in anderen Zusammenhängen eine Rolle. Ausdrückliche Erwähnung findet er beispielsweise in § 6b Abs. 3 Z 3 ORF-G. § 6b ORF-G enthält Regelungen im Zusammenhang mit der Entscheidung im Rahmen von Auftragsvorprüfungen. Vor dem Hintergrund der Rundfunkmitteilung der Europäischen Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. C 257 vom 27.10.2009, 2009/C257/01) kann der (öffentlich-rechtliche) Mehrwert der Tätigkeit des Beschwerdegegners aber auch im Zusammenhang mit der Finanzierungsregelung des Beschwerdegegners maßgeblich sein.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners ist die KommAustria wie auch bei den vom Beschwerdeführer im Rahmen seines Programms zu erfüllenden Qualitätskriterien der Meinung, dass der (öffentlich-rechtliche) Mehrwert einer Sendung des Beschwerdegegners mangels ausdrücklicher Erwähnung im Gesetz bei der Beurteilung der Erfüllung der Voraussetzung gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G nicht maßgeblich ist. Unerheblich ist, ob der Beschwerdegegner im Rahmen seiner Programmstrukturanalysen unter anderem auch den „Public Value“ seiner Sendungen bewertet, da dies jedenfalls kein Kriterium im Hinblick auf die Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzung gemäß § 4 Abs. 2 ORF-G darstellt. Der öffentlich-rechtliche Mehrwert einer Sendung des Beschwerdegegners spielt bei der Beurteilung des angemessenen Verhältnisses der Kategorien zueinander somit keine Rolle.

#### **4.4.8 Angemessenes Verhältnis der Kategorien zueinander im beschwerdegegenständlichen Zeitraum**

Gemäß den Feststellungen der KommAustria wies das vom Beschwerdegegner im Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2010 auf ORF eins, ORF 2 und ORF SPORT+ ausgestrahlte Programm folgende Kategorieanteile auf: 25,89 % Information, 3,25 % Kultur, 51,37 %

Unterhaltung und 19,49 % Sport. Im Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 strahlte der Beschwerdegegner in den Programmen ORF eins, ORF 2 und ORF SPORT+ 26,63 % Information, 2,85 % Kultur, 51,56 % Unterhaltung und 18,96 % Sport aus.

Dies führte im Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2010 zu folgenden Verhältnissen der in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien zueinander:

	Information	Kultur	Unterhaltung	Sport
Information	/	7,97	0,5	1,33
Kultur	0,13	/	0,06	0,17
Unterhaltung	1,98	15,81	/	2,64
Sport	0,75	6,03	0,38	/

Konkret haben die einzelnen Kategorien somit im Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2010 folgende Verhältnisse zueinander aufgewiesen:

Information 1 :	0,13 Kultur
	1,98 Unterhaltung
	0,75 Sport

Kultur 1 :	7,97 Information
	15,81 Unterhaltung
	6,03 Sport

Unterhaltung 1 :	0,5 Information
	0,06 Kultur
	0,38 Sport

Sport 1 :	1,33 Information
	0,17 Kultur
	2,64 Unterhaltung

Im Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 wiesen die in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien folgende Verhältnisse zueinander auf:

	Information	Kultur	Unterhaltung	Sport
Information	/	9,34	0,52	1,4
Kultur	0,11	/	0,06	0,15
Unterhaltung	1,94	18,09	/	2,72
Sport	0,71	6,65	0,37	/

Konkret haben die einzelnen Kategorien somit im Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 folgende Verhältnisse zueinander aufgewiesen:

Information 1 :	0,11 Kultur
	1,94 Unterhaltung
	0,71 Sport

Kultur 1 :	9,34 Information
	18,09 Unterhaltung
	6,65 Sport

Unterhaltung 1 :	0,52 Information
	0,06 Kultur
	0,37 Sport

Sport 1 :	1,4 Information
	0,15 Kultur
	2,72 Unterhaltung

Vor dem Hintergrund, dass das vom Beschwerdegegner ausgestrahlte Gesamtprogramm ein angemessenes Verhältnis im Hinblick auf die Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander aufweisen muss und keine Kategorie zu einer anderen Kategorie ein Verhältnis von über 3:1 bzw. unter 0,33:1 aufweisen darf (vgl. Punkt 4.4.7.), hat sowohl im Jahr 2010 als auch vom 01.01.2011 bis zum 31.08.2011 kein angemessenes Verhältnis der Kategorien zueinander bestanden.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch der Beschwerdegegner in seiner Programmstrukturanalyse 2010 und der vorläufigen Berechnung der Programmstrukturanalyse für 2011 einen Unterhaltungsanteil in den Programmen ORF eins und ORF 2 von 44 % (im Vergleich zu 21 % Information, 6 % Kultur und 7 % Sport) bzw.

45 % (im Vergleich zu 22 % Information, 5 % Kultur und 6 % Sport) ausweist. Auch diese Berechnungen des Beschwerdegegners weisen – auch wenn sie noch weitere Kategorien anführen und für die Beurteilung der Erfüllung der Voraussetzung des § 4 Abs. 2 ORF-G somit ungeeignet sind – kein angemessenes Verhältnis der Kategorien zueinander aus.

Aufgrund der von der KommAustria im beschwerdegegenständlichen Zeitraum festgestellten Anteile der Kategorien zueinander war daher im vorliegenden Zusammenhang festzustellen, dass der Beschwerdegegner vom 01.01.2010 bis zum 31.12.2010 sowie vom 01.01.2011 bis zum 31.08.2011 kein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle angeboten hat, weil kein angemessenes Verhältnis der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport zueinander bestanden hat, wodurch § 4 Abs. 2 ORF-G verletzt wurde (vgl. Spruchpunkt 1.).

#### **4.5 Behauptete Verletzung der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags für die Vollprogramme gemäß §§ 3 Abs. 1 Z 2 iVm 4 Abs. 2 ORF-G**

##### **4.5.1 Zum Prüfungsmaßstab**

§ 3 ORF-G lautet auszugsweise:

###### *„Versorgungsauftrag*

*§ 3. (1) Der Österreichische Rundfunk hat unter Mitwirkung aller Studios*

*1. für drei österreichweit und neun bundeslandweit empfangbare Programme des Hörfunks und*

*2. für zwei österreichweit empfangbare Programme des Fernsehens zu sorgen.*

*Der Österreichische Rundfunk hat nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit dafür zu sorgen, dass in Bezug auf Programm- und Empfangsqualität alle zum Betrieb eines Rundfunkempfangsgerätes (Hörfunk und Fernsehen) berechtigten Bewohner des Bundesgebietes gleichmäßig und ständig mit jeweils einem bundeslandweit und zwei österreichweit empfangbaren Programmen des Hörfunks und zwei österreichweit empfangbaren Programmen des Fernsehens versorgt werden.*

*(2) Die neun bundeslandweit empfangbaren Programme des Hörfunks werden von den Landesstudios gestaltet. Einzelne von den Landesstudios gestaltete Hörfunksendungen, an denen ein besonderes öffentliches Informationsinteresse besteht, können auch bundesländerübergreifend ausgestrahlt werden (Ringsendungen). In den Programmen des Fernsehens sind durch regelmäßige regionale Sendungen sowie durch angemessene Anteile an den österreichweiten Programmen die Interessen der Länder zu berücksichtigen. Die Beiträge werden von den Landesdirektoren festgelegt.*

*(3) – (7) ...*

*(8) Zum Versorgungsauftrag zählt auch die Veranstaltung eines Sport-Spartenprogramms gemäß § 4b, eines Informations- und Kulturspartenprogramms gemäß § 4c sowie die Ausstrahlung eines Fernsehprogramms gemäß § 4d.“*

##### **4.5.2 Allgemeines**

Nach Auffassung der Beschwerdeführer fülle der Beschwerdegegner in einer Gesamtbetrachtung von ORF eins und ORF 2 zwei Drittel seines Programms mit Unterhaltungssendungen und lediglich ein Drittel des Programms stehe für die Kategorien Information, Kultur und Sport zur Verfügung. Dies lasse keinen anderen Schluss zu, als dass die Kategorie Unterhaltung einen unangemessen großen Anteil der generellen Programmgestaltung der beiden Fernsehvollprogramme des Beschwerdegegners darstelle. Die Beschwerdeführer behaupten in ihrer Beschwerde somit erkennbar nicht nur eine Verletzung des § 4 Abs. 2 ORF-G, sondern auch eine Verletzung des öffentlich-rechtlichen

Auftrags für die beiden Vollprogramme des Beschwerdegegners gemäß §§ 3 Abs. 1 Z 2 iVm 4 Abs. 2 ORF-G.

Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte zu § 37 Abs. 1 ORF-G hat die Behörde die rechtliche Beurteilung eines ihr zugetragenen Sachverhalts ohne Bindung an die Rechtsausführungen in der Beschwerde vorzunehmen. Im Hinblick auf den Wortlaut des § 37 Abs. 1 ORF-G ist die Behörde zur Prüfung verpflichtet, ob durch den der Beschwerde zugrundeliegenden Sachverhalt irgendeine Bestimmung des ORF-G verletzt worden ist. Eine Beschränkung der Prüfung bloß auf in der Beschwerde ausdrücklich angeführte Bestimmungen ist zu verneinen (vgl. VfSlg. 19.012/2010, VwGH 08.10.2010, ZI. 2006/04/0089, sowie *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>3</sup>, 342f.).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung hat die KommAustria daher im vorliegenden Zusammenhang nicht nur eine Verletzung ausdrücklich genannter Bestimmungen des ORF-G zu prüfen, sondern im Hinblick auf das Beschwerdevorbringen auch zu beurteilen, ob der Beschwerdegegner durch die Ausstrahlung der beiden Programme ORF eins und ORF 2 vom 01.01.2010 bis zum 31.12.2010 bzw. vom 01.01.2011 bis zum 31.08.2011 seinem öffentlich-rechtlichen Auftrag gemäß §§ 3 Abs. 1 Z 2 iVm 4 Abs. 2 ORF-G nachgekommen ist.

#### **4.5.3 Maßgebliche Kategorien für Voll- und Spartenprogramme**

Vor dem Hintergrund, dass das gesamte Programm des Beschwerdegegners in die in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien einzuteilen ist (vgl. Punkt 4.4.5.1.) und insbesondere keine Subkategorien zu berücksichtigen, da diese nur Teilmengen der Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport darstellen (vgl. Punkt 4.4.5.3.), ist davon auszugehen, dass die in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien auch für die Beurteilung des Vorliegens eines Voll- oder Spartenprogramms maßgeblich sind. Diese Auffassung wird insbesondere dadurch gestützt, dass sich auch § 4b („*Besonderer Auftrag für ein Sport-Spartenprogramm*“) und § 4c („*Besonderer Auftrag für ein Informations- und Kultur-Spartenprogramm*“) ORF-G auf diese Kategorien beziehen. Die Programme des Beschwerdegegners müssen daher – unter Zugrundelegung der zuvor genannten Begriffsbestimmungen (vgl. Punkt 4.4.6.2., 4.4.6.3., 4.4.6.4.) – für die Beurteilung des Vorliegens eines Voll- bzw. Spartenprogramms an den vier in § 4 Abs. 2 ORF-G genannten Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport gemessen werden.

#### **4.5.4 Öffentlich-rechtlicher Auftrag für die beiden Vollprogramme gemäß §§ 3 Abs. 1 Z 2 iVm 4 Abs. 2 ORF-G**

§ 3 Abs. 1 Z 2 ORF-G trägt dem Beschwerdegegner die Veranstaltung von zwei bundesweit empfangbaren Programmen des Fernsehens auf. Dass es sich hierbei um sogenannte Vollprogramme handeln muss, ergibt sich aus einer Gegenüberstellung zu den im Gesetz mehrfach ausdrücklich genannten Spartenprogrammen (vgl. § 4b, § 4c und § 9 ORF-G).

Spartenprogramme fanden mit der Novelle BGBl. I Nr. 83/2001 in § 9 erstmals Eingang in das ORF-G, wobei diese Bestimmung zugleich eine Legaldefinition enthält. Als Spartenprogramm ist nach § 9 Abs. 1 ORF-G ein Rundfunkprogramm „*mit im Wesentlichen gleichartigen Inhalten*“ anzusehen. Die Materialien (vgl. RV 634 BlgNR XXI. GP) führen hierzu näher aus, dass „*neben ‚reinen‘ Themenkanälen wie z.B. Musik-, Kultur- oder Wetterspartenprogrammen [...] dabei auch denkbar [ist], dass sich ein Spartenprogramm aus einzelnen Sparten (z.B. Wetter und Information) zusammensetzt, solange dadurch nicht ein Rundfunkvollprogramm geschaffen wird, welches sich demgegenüber als solches mit vielfältigen Inhalten, in welchen insbesondere Information, Bildung, Beratung und Unterhaltung einen wesentlichen Teil des Gesamtprogramms bilden, auszeichnet.*“

Auch § 4 Abs. 1 Schlusssatz ORF-G stellt die Spartenprogramme den Vollprogrammen gegenüber, wenn angeordnet wird, dass der Beschwerdegegner, soweit bestimmte Aufträge den Spartenprogrammen übertragen wurden, diese Aufgaben auch im Rahmen der Programme nach § 3 Abs. 1 wahrzunehmen hat und der öffentlich-rechtliche Kernauftrag insoweit unberührt bleibt. Die Gesetzesmaterialien (Erl zur RV 611 BlgNR, XXIV. GP, zu § 4 ORF-G) führen zu dieser Anordnung explizit aus, dass *„die Schaffung von Spartenprogrammen nicht dazu führen darf, dass die solcherart übertragenen Aufträge im Rahmen der Vollprogramme gemäß § 3 Abs. 1 nicht mehr wahrzunehmen wären.“*

Aus § 4b und insbesondere § 4c ORF-G, die den Auftrag für das Sport-Spartenprogramm und das Informations- und Kultur-Spartenprogramm festlegen, lässt sich im Umkehrschluss ableiten, dass ein Fernsehvollprogramm definitionsgemäß dann nicht (mehr) vorliegen kann, wenn bloß zwei Kategorien den „wesentlichen Teil“ des Fernsehprogramms ausmachen. Ein Vollprogramm muss demnach zumindest drei Kategorien abdecken, um nicht als aus *„im Wesentlichen gleichartigen Inhalten“* bestehend – und somit als Spartenprogramm – qualifiziert zu werden. Für die Sichtweise, dass in einem Vollprogramm zwingend alle vier Kategorien vorkommen müssen, fehlen Anhaltspunkte im Gesetz.

Die KommAustria geht nun davon aus, dass der Gesetzgeber für das Vorliegen eines Vollprogramms in quantitativer Hinsicht sowohl einen Höchst- als auch ein Mindestanteil der jeweiligen Kategorien vorausgesetzt hat, da nur so die in den zitierten Materialien zu § 9 ORF-G angesprochenen *„vielfältigen Inhalte“*, die prägendes Element des Vollprogramms sind, verwirklicht werden können.

Der Höchstanteil, den eine einzelne Kategorie im Rahmen eines Vollprogramms ausmachen darf, lässt sich wie folgt herleiten: Bei mindestens drei Kategorien iSd § 4 Abs. 2 ORF-G ist dabei anzunehmen, dass – ausgehend von einer gleichmäßigen Verteilung von 1:1:1 – Konstellationen ausgeschlossen sein müssen, bei denen eine der Kategorien mehr als zwei Drittel des Programms auf sich vereint und somit für die anderen (zumindest zwei) Kategorien weniger als ein Drittel der Sendezeit verbleibt. Dies vor dem Hintergrund, dass von im Wesentlichen gleichartigen Inhalten dann auszugehen ist, wenn eine Kategorie doppelt so viel Sendezeit auf sich vereint wie die beiden verbleibenden Kategorien zusammen.

Dass gleichzeitig ein gewisses Mindestmaß jeder Kategorie nicht unterschritten werden darf, ergibt sich im Umkehrschluss aus § 4b Abs. 1 und § 4c Abs. 1 ORF-G, die es zulassen, dass im Sport- oder im Informations- und Kultur-Spartenprogramm auch andere Kategorien in geringfügigem Ausmaß vorkommen, ohne dass diese damit zum Vollprogramm würden (arg. *„insbesondere“*). Die KommAustria geht davon aus, dass diese Untergrenze bei einem Anteil von 10 % zu ziehen ist. Diese Sichtweise deckt sich auch mit der in der deutschen Literatur vertretenen Auffassung zur Definition eines Vollprogramms in § 2 Abs. 2 Z 1 dRStV, die – dort bei gesetzlich ausdrücklich vorgegebenen (anderen) Kategorien – von einem Mindestanteil von 10 % am gesamten Programm ausgeht, um noch einen *„erkennbaren Teil des Gesamtprogramms“* darzustellen (vgl. *Schulz* in Hahn/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht<sup>2</sup> (2008), RStV § 2 Rz 63; oder *Beucher/Leyendecker/v. Rosenberg*, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, Mediendienste-Staatsvertrag, Teledienstegesetz und Teledienstedatenschutzgesetz (1999), RStV § 2 Rz 17).

Schließlich ist ein weiteres Kriterium zu beachten: Aus der ausdrücklichen Anordnung in § 4 Abs. 1 Schlusssatz ORF-G, wonach die Schaffung der Spartenprogramme nach § 4b und § 4c ORF-G den Beschwerdegegner nicht davon entbindet, diese Aufträge weiterhin auch in den Vollprogrammen nach § 3 Abs. 1 ORF-G wahrzunehmen, folgt zuletzt, dass es unzulässig wäre, die beiden Vollprogramme so auszugestalten, dass eine Kategorie in keinem der beiden Vollprogramme mit zumindest 10 % vertreten ist. Jede der Kategorien muss also mit einem Anteil von mindestens 10% in einem der beiden Vollprogramme vertreten sein.

Zusammengefasst ergeben sich daher folgende Anforderungen an ein Vollprogramm im Sinne des §§ 3 Abs. 1 Z 2 iVm 4 Abs. 2 ORF-G:

- 1.) Es muss aus mindestens drei der vier Kategorien Information, Kultur, Unterhaltung und Sport bestehen;
- 2.) Zumindest drei Kategorien müssen dabei im Ausmaß von über 10 % des gesamten jeweiligen Programms vertreten sein;
- 3.) Keine der Kategorien darf mehr als zwei Drittel der Gesamtsendezeit des jeweiligen Programms auf sich vereinen;
- 4.) Zumindest muss jede der vier Kategorien mit mindestens 10 % entweder in ORF eins oder in ORF 2 vertreten sein (Verbot des gänzlichen „Auslassens“ einer Kategorie in beiden Vollprogrammen).

Damit verbleibt dem Beschwerdegegner einerseits genügend Spielraum, die vom Gesetzgeber zumindest mittelbar anerkannte „Komplementärprogrammierung“ (vgl. die Erl. zur RV 611 BlgNR, XXIV. GP, zu § 4a ORF-G) im Sinne einer unterschiedlichen Positionierung der beiden Vollprogramme umzusetzen, ohne dass andererseits im Ergebnis die beiden Vollprogramme selbst zu Spartenprogrammen werden dürfen.

Gemessen an diesen Grundsätzen ist festzustellen, dass weder das Fernsehprogramm ORF eins noch das Fernsehprogramm ORF 2 im beschwerdebezogenen Zeitraum diesen Vorgaben entsprochen haben:

Bei ORF eins lag der Anteil der Unterhaltung mit 79,4 % (01.01.2010 bis 31.12.2010) bzw. 80,82 % (01.01.2011 bis 31.08.2011) deutlich über der Zweidrittelmarke. Zum anderen lag nur der Anteil der Kategorie Sport mit 13,96 % (01.01.2010 bis 31.12.2010) bzw. 11,93 % (01.01.2011 bis 31.08.2011) über der Mindestgrenze von 10 %, wohingegen weder die Information mit 6,53 % (01.01.2010 bis 31.12.2010) bzw. 7,12 % (01.01.2011 bis 31.08.2011) noch die Kultur mit 0,11 % (01.01.2010 bis 31.12.2010) bzw. 0,13 % (01.01.2011 bis 31.08.2011) diese Schwelle überschritten haben und somit nicht als die für ein Vollprogramm erforderliche dritte Kategorie gezählt werden können.

Bei ORF 2 lag zwar der Anteil der Unterhaltung mit 39,16 % (01.01.2010 bis 31.12.2010) bzw. 38,81 % (01.01.2011 bis 31.08.2011) als auch jener der Information mit 53,01 % (01.01.2010 bis 31.12.2010) bzw. 54,29 % (01.01.2011 bis 31.08.2011) unter der Zweidrittelschwelle. Allerdings erreichte weder der Anteil der Kategorie Kultur mit 7,35 % (01.01.2010 bis 31.12.2010) bzw. 6,44 % (01.01.2011 bis 31.08.2011), noch der Anteil des Sports mit 0,46 % (01.01.2010 bis 31.12.2010) bzw. 0,46 % (01.01.2011 bis 31.08.2011) die Schwelle von 10 %, um als die für ein Vollprogramm erforderliche dritte Kategorie gezählt werden zu können.

Weder in ORF eins noch in ORF 2 hat zudem die Kategorie Kultur die Schwelle von zumindest 10 % überschritten und war insoweit entgegen der vierten oben dargestellten Anforderung nicht Bestandteil zumindest eines der Vollprogramme.

Da der Beschwerdegegner damit der sich aus §§ 3 Abs. 1 Z 2 iVm 4 Abs. 2 ORF-G erfließenden Verpflichtung, jedenfalls zwei Fernsehvollprogramme mit allen vier Kategorien anbieten zu müssen, nicht entsprochen hat, war insoweit für den beschwerdegegenständlichen Zeitraum eine Verletzung festzustellen (vgl. Spruchpunkt 2.).

## **4.6 Behauptete Verletzung der Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen österreichischen Rundfunks im Wettbewerb mit den kommerziellen Sendern gemäß § 4 Abs. 3 ORF-G**

### **4.6.1 Zum Prüfungsmaßstab**

§ 4 Abs. 3 ORF-G lautet:

*„Öffentlich-rechtlicher Kernauftrag*

§ 4. (1) – (2) ...

*(3) Das ausgewogene Gesamtprogramm muss anspruchsvolle Inhalte gleichwertig enthalten. Die Jahres- und Monatsschemata des Fernsehens sind so zu erstellen, dass jedenfalls in den Hauptabendprogrammen (20 bis 22 Uhr) in der Regel anspruchsvolle Sendungen zur Wahl stehen. Im Wettbewerb mit den kommerziellen Sendern ist in Inhalt und Auftritt auf die Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks zu achten. Die Qualitätskriterien sind laufend zu prüfen.*

*(4) – (8) ...“*

### **4.6.2 Allgemeines**

§ 4 Abs. 3 ORF-G sieht vor, dass *„das ausgewogene Gesamtprogramm ... anspruchsvolle Inhalte gleichwertig enthalten [muss]. Die Jahres- und Monatsschemata des Fernsehens sind so zu erstellen, dass jedenfalls in den Hauptabendprogrammen (20 bis 22 Uhr) in der Regel anspruchsvolle Sendungen zur Wahl stehen. Im Wettbewerb mit den kommerziellen Sendern ist in Inhalt und Auftritt auf die Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks zu achten. Die Qualitätskriterien sind laufend zu prüfen“*.

§ 4 Abs. 3 ORF-G enthält somit unterschiedliche vom Beschwerdegegner zu beachtende Aufträge. Aus dem Vorbringen der Beschwerdeführer ergibt sich, dass sich die behauptete Verletzung des § 4 Abs. 3 ORF-G lediglich auf den dritten Satz dieser Bestimmung bezieht. Im Rahmen des gegenständlichen Beschwerdeverfahrens haben sich auch keine Anhaltspunkte im Hinblick auf eine Verletzung der übrigen Aufträge in § 4 Abs. 3 ORF-G ergeben, weshalb im Folgenden lediglich die behauptete Verletzung des § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G zu prüfen war.

### **4.6.3 Medienspezifische Betrachtung der Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks**

Gemäß § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G ist *„im Wettbewerb mit den kommerziellen Sendern ... in Inhalt und Auftritt auf die Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks zu achten“*.

Ebenso wie bei der Prüfung der behaupteten Verletzung des § 4 Abs. 2 ORF-G stellt sich im Zusammenhang mit der in § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G geforderten Unverwechselbarkeit zunächst die Frage, ob Basis für die Beurteilung der Unverwechselbarkeit die Bereiche Fernsehen, Radio und Online-Angebote in ihrer Gesamtheit sind, oder ob diese Bereiche getrennt zu beurteilen sind.

In diesem Zusammenhang ist zunächst zu beachten, dass sich die gegenständliche Beschwerde hinsichtlich der behaupteten Verletzung des § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G ausschließlich auf den Fernsehbereich bezieht. Das Gesetz bezieht sich im Hinblick auf die vom Beschwerdegegner zu beachtende Unverwechselbarkeit auf die mit dem Beschwerdegegner im Wettbewerb stehenden Sender. Da nicht davon auszugehen ist, dass Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen der Unverwechselbarkeit des Beschwerdegegners im Hinblick auf seinen Inhalt und Auftritt im Fernsehbereich die – mit dem Beschwerdegegner

auf diesem Markt nicht einmal im Wettbewerb stehenden – Hörfunkveranstalter sind, ist von einer medienspezifischen Betrachtungsweise auszugehen. Wesentlich ist somit, ob hinsichtlich der Fernsehprogramme des Beschwerdegegners in Inhalt und Auftritt im Wettbewerb mit dem mit ihm auf diesem Markt im Wettbewerb stehenden kommerziellen Fernsehsendern auf die Unverwechselbarkeit geachtet wurde.

#### **4.6.4 Im Hinblick auf die Unverwechselbarkeit des Beschwerdegegners zu berücksichtigende private Fernsehveranstalter**

Vor dem Hintergrund der Formulierung des Gesetzes erhebt sich die Frage, in Bezug auf welche privaten Fernsehveranstalter der Beschwerdegegner in Inhalt und Auftritt unverwechselbar sein muss.

Gemäß § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G ist *„im Wettbewerb mit den kommerziellen Sendern ... in Inhalt und Auftritt auf die Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks zu achten“*.

Nach der Intention des Gesetzgebers ist der öffentlich-rechtliche Rundfunk Integrationsfunktion für alle, und Qualität und Innovation sollen ihn von der privaten Konkurrenz deutlich abgrenzen (vgl. die Erläuterungen zu § 4 ORF-G zur RV 634 BlgNR, XXI. GP). Der vom Beschwerdegegner zu erfüllende öffentlich-rechtliche Auftrag soll ihn somit von den privaten Fernsehveranstaltern unterscheidbar machen. Vor dem Hintergrund der Intention des Gesetzgebers ist davon auszugehen, dass die Unverwechselbarkeit des Beschwerdegegners in Inhalt und Auftritt lediglich im Hinblick auf jene Fernsehveranstalter gegeben sein muss, die zumindest auch auf den österreichischen Markt ausgerichtete Programme veranstalten und die zumindest teilweise auch auf dem österreichischen Werbemarkt refinanziert werden. Eine andere Sichtweise würde dazu führen, dass als Vergleichsmaßstab jedes – unabhängig vom Verbreitungsweg – in Österreich empfangbare Programm in die Beurteilung miteinzubeziehen wäre und eine Erfüllung der Voraussetzung des § 4 Abs. 3 dritter Satz durch den Beschwerdegegner nur schwer bzw. gar nicht möglich wäre.

Darüber hinaus ist festzustellen, dass nach Auffassung der KommAustria Beurteilungsgrundlage für die in § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G geforderte Unverwechselbarkeit des Beschwerdegegners nicht die Gesamtheit aller mit dem Beschwerdegegner im Wettbewerb stehenden kommerziellen Sender ist. Der Beschwerdegegner hat vielmehr in einer Einzelfallbetrachtung dem Vergleich mit einzelnen kommerziellen Sendern, die auf dem österreichischen Markt ausgerichtete Programme veranstalten und sich auch auf dem österreichischen Werbemarkt refinanzieren, im Hinblick auf die Unverwechselbarkeit in Inhalt und Auftritt standzuhalten. Eine andere Betrachtungsweise würde dazu führen, dass der Beschwerdegegner nur durch die Schaffung eines Senders, der in Inhalt und Auftritt mit der Gesamtheit der auf dem Fernsehmarkt tätigen Fernsehveranstalter nicht vergleichbar ist, die Voraussetzung des § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G erfüllen könnte. Dies würde jedoch wiederum unter anderem der Voraussetzung des § 4 Abs. 2 ORF-G widersprechen, wonach das Programm des Beschwerdegegners die Kategorien Information, Kultur, Sport und Unterhaltung enthalten muss. Tatsächlich werden diese Kategorien von allen Fernsehveranstaltern – allerdings in unterschiedlichem Umfang – bedient.

#### **4.6.5 Zu berücksichtigende Fernsehprogramme des Beschwerdegegners**

Gemäß § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G ist *„auf die Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks zu achten“*. Die von Gesetzgeber verwendete Formulierung *„öffentlich-rechtlicher Österreichischer Rundfunk“* lässt den Schluss zu, dass im Rahmen der Beurteilung der Erfüllung des § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G von einer Gesamtbetrachtung aller öffentlich-rechtlichen Fernsehprogramme des Beschwerdegegners

auszugehen ist. Der Beschwerdegegner hatte somit bezogen auf den beschwerdegegenständlichen Zeitraum im Wettbewerb mit den kommerziellen Fernsehsendern in Inhalt und Auftritt auf die Unverwechselbarkeit von ORF eins, ORF 2 und ORF SPORT+ zu achten.

#### **4.6.6 Behauptete Verletzung der Unverwechselbarkeit**

Die Beschwerdeführer führten hinsichtlich der behaupteten Verletzung des § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G aus, dass das Programm des Beschwerdegegners in inhaltlicher Hinsicht nicht unverwechselbar sei, zumal der Beschwerdegegner insbesondere auf ORF eins direkt und indirekt gegenprogrammierte Serien ausstrahle. 2010 habe der Beschwerdegegner über 4.000 und im 1. Halbjahr 2011 fast 2.200 Sendungen ausgestrahlt, die auch auf ProSieben Austria und SAT.1 Österreich (gemeint wohl: ProSieben und SAT.1) zu sehen gewesen seien. Darüber hinaus strahle der Beschwerdegegner direkt und indirekt gegenprogrammierte Spielfilme aus. Im Durchschnitt der letzten fünf Jahre habe der Beschwerdegegner pro Jahr 40 direkte und 20 indirekt gegenprogrammierte Spielfilme im Vergleich zu „RTL, SAT.1 und ProSieben“ gesendet. Insgesamt habe der Beschwerdegegner 11 gegenprogrammierte Sendungen pro Tag ausgestrahlt. Daraus sei abzuleiten, dass der Beschwerdegegner kommerzieller programmiert sei als die privaten Fernsehveranstalter. Die vom Beschwerdegegner ausgestrahlten europäischen Sendereihen seien meist nach 22:30 Uhr programmiert, sodass auch insoweit im Hauptabendprogramm kein unverwechselbarer Inhalt zu sehen sei. Zu beachten sei, dass die Ausstrahlungen gleicher Inhalte und deren Bewerbung in den Programmen der privaten Fernsehveranstalter auch einen Werbeeffect für den Beschwerdegegner habe, den dieser nutzen möchte. Der Beschwerdegegner habe großes Interesse daran, Sendungen jedenfalls zeitgleich mit privaten Fernsehveranstaltern zu senden, um die Zuseher in sein werbefreies Programm abzuziehen. Der Beschwerdegegner nehme dafür sogar höhere Lizenzpreise in Kauf, weil durch höhere Einschaltquoten Werbezeiten besser verkauft werden könnten. Hinsichtlich der Verwechselbarkeit des Programms des Beschwerdegegners im Hinblick auf seinen Auftritt führten die Beschwerdeführer aus, dass die vom Beschwerdegegner gesendeten programmverbindenden Elemente (Trailer, Werbeunterbrecher) sowie Testimonials ident mit jenen der privaten Fernsehveranstalter gestaltet seien.

Nach Auffassung des Beschwerdegegners würden die Beschwerdeführer übersehen, dass auf das gesamte Auftreten und die gesamte Programmgestaltung des Beschwerdegegners Rücksicht zu nehmen sei. Die Unverwechselbarkeit ergebe sich durch die strenge Beachtung aller gesetzlichen Aufträge in allen Programmen des Beschwerdegegners, in den ORF-Online-Angeboten, der ORF Unternehmensinformation und den vielfältigen "Off-Air"-Tätigkeiten des Beschwerdegegners. Der Beschwerdegegner Sorge für die Erfüllung aller in § 4 Abs. 1 Z 1 bis 19 ORF-G genannten Aufträge. Er erfülle darüber hinaus bei der Gestaltung seiner Sendungen und Angebote die in § 4 Abs. 5 ORF-G genannten Kriterien, biete gemäß § 4 Abs. 5a ORF-G angemessene Anteile in den Volksgruppensprachen jener Volksgruppen, für die ein Volksgruppenbeirat bestehe, und erfülle gemäß § 10 ORF-G besondere inhaltliche Grundsätze. Darüber hinaus sei zu beachten, dass dem Beschwerdegegner eine bestimmte "Kommerzialisierung" gesetzlich verboten sei. Das geringere Ausmaß bzw. gänzliche Fehlen insbesondere von Fernseh(unterbrecher)werbung oder Teleshoppingsendungen führe ebenfalls zur Unverwechselbarkeit des Programms des Beschwerdegegners. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer könne die Unverwechselbarkeit der Programme des Beschwerdegegners nicht von der Entscheidung privater Fernsehveranstalter abhängen, bestimmte Sendungen auszustrahlen. Entscheidend sei, dass die Qualität der vom Beschwerdegegner angebotenen Sendungen für die Unverwechselbarkeit seiner Programme bürge. Das von den Beschwerdeführern inkriminierte zeitliche Naheverhältnis der Ausstrahlungen bestimmter Sendungen bzw. Serien zur Ausstrahlung durch private Fernsehveranstalter sei bei Fremdproduktionen durch die Verfügbarkeit und das Vorliegen einer deutschen Synchronfassung bedingt. Eine daraus abgeleitete Verwechselbarkeit würde zu einem Verbot der Ausstrahlung von aktuellen

internationalen Serien führen und von der Entscheidung privater Fernsehveranstalter abhängen, bestimmte Serien bzw. Sendungen auszustrahlen. Ein solches Verbot sei dem ORF-G aber genauso wenig zu entnehmen, wie ein Gebot, bestimmte Unterhaltungsformate erst nach einer etwaigen Erstverwertung durch private Fernsehveranstalter auszustrahlen. Entsprechendes würde auch für aktuelle Fernsehfilme und (Kino-)Spielfilme gelten. Der Beschwerdegegner erwerbe bei Kinofilmen die Rechte mit demselben Lizenzbeginn wie deutsche Fernsehveranstalter, er sei aber unter anderem aufgrund der Einflussnahme der Beschwerdeführer nur berechtigt, diese in vielen Fällen frühestens gleichzeitig nutzen zu dürfen. Auch Koproduktionen würden unter der Voraussetzung der zumindest gleichzeitigen Ausstrahlung vorgenommen. In Bezug auf die Gestaltung "programmverbindender Elemente" sei anzumerken, dass in diese bekannte Moderatoren des Beschwerdegegners eingebunden seien, weshalb keine Gefahr bestehe, dass Zuseher diese Elemente mit solchen von privaten Fernsehveranstaltern verwechseln. Darüber hinaus werde die Unterscheidungskraft von Werbetreibern des Beschwerdegegners durch ihre Gestaltung gestärkt und folge die inhaltliche Gestaltung von Programmhinweisen des Beschwerdegegners besonderen Qualitätskriterien.

§ 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G sieht vor, dass *„im Wettbewerb mit den kommerziellen Sendern ... in Inhalt und Auftritt auf die Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks zu achten“* ist.

Der Verfassungsgerichtshof hat zu § 4 ORF-G, idF BGBl. I Nr. 83/2001, ausgesprochen, dass *„der Gesetzgeber in '§ 4 ORF-G ... von einer konditionalen Bestimmung der Inhalte von Sendungen des ORF Abstand genommen' und damit die Umsetzung des Programmauftrages in den einzelnen Sendungen dem Gestaltungsspielraum des ORF unterstellt [hat]. Auch die Gesetzesmaterialien sprechen dafür, dass die Gestaltungsbefugnis des ORF ... final durch Zielbestimmungen determiniert ist“* (vgl. VfSlg. 16.911/2003).

Diese Rechtsprechung kann auf die Regelung des § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G übertragen werden. Nach Auffassung der KommAustria führt die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung *„ist zu achten“* zum Ergebnis, dass § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G als ein dem Beschwerdegegner vorgegebenes Programmziel und somit als Zielbestimmung anzusehen ist. Ziel der Programmgestaltung des Beschwerdegegners soll somit sein, im Wettbewerb mit den kommerziellen Sendern in Inhalt und Auftritt auf die Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks zu achten. Durch § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G wird die Gestaltungsfreiheit des Beschwerdegegners insoweit vorherbestimmt. Aufgrund des Umstandes, dass – wie bereits ausgeführt – die Jahressendeschemata im Hinblick auf die Einhaltung des § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G jene Planungsinstrumente sind, aus der sich die jährliche Programmplanung des Beschwerdegegners ergibt, ist davon auszugehen, dass im Hinblick auf die Einhaltung des Unverwechselbarkeitsgrundsatzes von einem längeren Beobachtungszeitraum auszugehen ist. Maßgeblich ist somit, dass das gesamte Auftreten des Beschwerdegegners und seine gesamte Programmgestaltung im Rahmen einer auf einen längeren Zeitraum bezogenen Durchschnittsbetrachtung im Ergebnis zu einem unverwechselbaren Programm zu führen hat.

Im vorliegenden Fall bezieht sich das Vorbringen der Beschwerdeführer zur behaupteten Verletzung des § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G fast ausschließlich auf die behauptete zeitgleiche bzw. zeitversetzte Ausstrahlung von Serien und Spielfilme im Programm ORF eins. Vor dem Hintergrund, dass sich § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G – wie bereits ausgeführt – im vorliegenden Fall auf das gesamte im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ausgestrahlte Fernsehprogramm des Beschwerdegegners bezieht, erweist sich das fast ausschließlich auf ORF eins bezogene und somit die beiden weiteren Programme ORF 2 und ORF SPORT+ vernachlässigende Vorbringen der Beschwerdeführer in Bezug auf die behauptete Verletzung des § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G als zu kurz gegriffen.

Darüber hinaus reicht es nach Auffassung der KommAustria im Hinblick auf die behauptete Verletzung des § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G alleine nicht aus, dem Beschwerdegegner im Wesentlichen lediglich eine – nach Auffassung der Beschwerdeführer unzulässige – zeitgleiche bzw. zeitversetzte Ausstrahlung von Serien bzw. Spielfilmen vorzuwerfen. Zum einen übersehen die Beschwerdeführer mit diesem Vorbringen, dass es nach der Entscheidungspraxis des BKS durchaus zulässig ist, dass der Beschwerdegegner Inhalte sendet, die auch in den Programmen kommerzieller Sender ausgestrahlt werden (vgl. BKS 19.05.2003, GZ 611.923/005-BKS/2003 sowie dazu auch EuGH 22.10.2008, T-309/04 ua, TV2 Dänemark/Kommission). Zum anderen vermögen die Beschwerdeführer mit der behaupteten – auf das Programm ORF eins und den Unterhaltungsbereich beschränkten – „Gegenprogrammierung“ auch nicht aufzuzeigen, dass die Programmgestaltung des Beschwerdegegners im Rahmen einer auf einen längeren Zeitraum bezogenen Durchschnittsbetrachtung im Ergebnis zu einem verwechselbaren Programm und damit zu einer Verletzung der Zielbestimmung in § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G führt.

Tatsächlich wurden von den Beschwerdeführern im inkriminierten Zeitraum somit lediglich einzelne vom Beschwerdegegner auf ORF eins ausgestrahlte Programmelemente herausgegriffen um eine Verletzung des § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G in inhaltlicher Hinsicht zu begründen. Vor dem Hintergrund, dass es sich bei § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G jedoch um eine Zielbestimmung handelt, ist eine Gesamtbetrachtung zur Beurteilung der behaupteten Verletzung notwendig. Durch das Vorbringen der Beschwerdeführer gelingt der gebotene Nachweis der Verletzung des Grundsatzes der Unverwechselbarkeit des Programms des Beschwerdegegners in inhaltlicher Hinsicht jedoch nicht. Das Vorbringen der Beschwerdeführer ist daher nicht geeignet, nachzuweisen, dass das Gesamtprogramm des Beschwerdegegners in inhaltlicher Hinsicht mit jenen der privaten Fernsehveranstalter verwechselbar war.

In Bezug auf die behauptete Verletzung des Grundsatzes der Unverwechselbarkeit im Hinblick auf den Auftritt des Beschwerdegegners reicht das Vorbringen der Beschwerdeführer für die Feststellung einer Verletzung ebenfalls nicht aus, zumal nicht davon ausgegangen werden kann, dass mit dieser Regelung lediglich Trailer, Testimonials und programmverbindende Elemente gemeint sind. Auch in Bezug auf die Unverwechselbarkeit des Auftritts des Beschwerdegegners ist das gesamte Auftreten des Beschwerdegegners in seinem Gesamtprogramm über einen längeren Zeitraum zu beurteilen und kann aufgrund des Umstandes, dass es sich um eine Zielbestimmung handelt, lediglich eine qualifizierte Verletzung geltend gemacht werden.

Da es vor dem Hintergrund des Vorliegens einer Zielbestimmung im Hinblick auf eine behauptete Verletzung des § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G unzureichend ist, einzelne Bereiche der Programmgestaltung bzw. des Auftretens des Beschwerdegegners herauszugreifen, war die Beschwerde in Bezug auf die behauptete Verletzung des § 4 Abs. 3 dritter Satz ORF-G abzuweisen (vgl. Spruchpunkt 3.).

#### **4.7 Veröffentlichungsverpflichtung**

Der Ausspruch über die Veröffentlichung des eine Rechtsverletzung feststellenden Teils des Bescheides stützt sich auf § 37 Abs. 4 ORF-G und dessen Auslegung im Sinne der Rechtsprechung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts (vgl. VfSlg. 12.497/1990 und VwGH 15.09.2004, Zl. 2003/04/0045). Nach dem zitierten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs ist die Veröffentlichung als „contrarius actus“ zu einem solchen Zeitpunkt im entsprechenden Programm aufzutragen, dass „tunlichst der gleiche Veröffentlichungswert“ erzielt wird. Mit der Veröffentlichung einer Kurzfassung der Entscheidung in den Fernsehprogrammen ORF eins und ORF SPORT+ unmittelbar vor Beginn des Hauptabendprogramms und im Fernsehprogramm ORF 2 unmittelbar vor Beginn der Zeit im Bild soll diesem Anliegen eines „contrarius actus“ Rechnung getragen werden, wobei sich die zweimalige Veröffentlichung

der Spruchpunkte 1. und 2. aus dem Umstand der über einen längeren Zeitraum erfolgten Verletzung ergibt.

Der Auftrag zur Vorlage der Aufzeichnung stützt sich auf § 36 Abs. 4 ORF G und dient zum Nachweis der Erfüllung des Auftrages zur Veröffentlichung (vgl. dazu VwGH 23.05.2007, ZI. 2006/04/0204).

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

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

Wien, am 4. Oktober 2012

Kommunikationsbehörde Austria  
Der Senatsvorsitzende:

Dr. Florian Philipitsch, LL.M.  
(Vorsitzender-Stellvertreter)