

## 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,
13. M und der
14. N,

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

### I. Spruch

Der Beschwerdeantrag festzustellen, dass der ORF am 16.09.2011 ab 13:55 Uhr, am 17.09.2011 ab 12:25 Uhr und am 18.09.2011 ab 11:55 Uhr durch die Live-Übertragungen der Tennis Davis Cup Begegnungen Österreich gegen Belgien in Antwerpen im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS gegen das Verbot der Übertragung von Premium-Sportbewerben verstoßen habe, wird gemäß § 4b Abs. 4 ORF-Gesetz, BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 50/2010, iVm § 35, § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c und § 37 Abs. 1 ORF-G idF BGBl. I Nr. 15/2012 abgewiesen.

## II. Begründung

### 1. Gang des Verfahrens

#### 1.1 Beschwerde

Mit Schreiben vom 28.10.2011, bei der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) am selben Tag eingelangt, erhoben 13 private österreichische Fernsehveranstalter sowie die C als Vermarkterin von Werbezeiten, 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 das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS und beantragten festzustellen, dass der Beschwerdegegner dadurch, dass er durch die Ausstrahlung der Tennis Davis Cup Begegnungen Österreich gegen Belgien in Antwerpen, konkret durch die Live-Übertragung der Begegnungen am 16.09.2011, ab ca. 13:55 Uhr (Einzel: Andreas Haider-Maurer gegen Xavier Malisse und Jürgen Melzer gegen Steve Darcis), am 17.09.2011, um ca. 12:25 Uhr, (Doppel Oliver Marach/Alexander Peya gegen Olivier Rochus/Rubens Bemelmans), sowie am 18.09.2011, ab ca. 11:55 Uhr (Einzel: Jürgen Melzer gegen Xavier Malisse [richtig: Oliver Rochus] und Andreas Haider-Maurer [richtig: Alexander Peya] gegen Steve Darcis [richtig: Ruben Bemelmans]) ausgestrahlt habe, gegen die Bestimmung des § 4b ORF-G verstoßen habe. Weiters begeherten sie die Veröffentlichung des die Rechtsverletzung feststellenden Bescheides.

Die Beschwerdeführer brachten zu ihrer Beschwerdelegitimation im Wesentlichen vor, dass sie auf Dauer selbstständig wirtschaftlich tätige Unternehmen seien und mit dem Beschwerdegegner sowohl auf dem Zuschauer- als auch auf dem Werbemarkt im Wettbewerb stünden. Sie seien durch die verfahrensgegenständliche Vorgehensweise des Beschwerdegegners betroffen, da der Beschwerdegegner durch Einsatz von Premium-Sport-Content, der nach den gesetzlichen Bestimmungen dem Vollprogramm vorbehalten wäre, Zuseher abziehe und sich somit einen Vorteil auf dem Werbemarkt verschaffe. Die einzelnen Beschwerdeführer würden dadurch in ihren rechtlichen sowie wirtschaftlichen Interessen verletzt.

Weiters sei auch die Beschwerdelegitimation der C, welche nicht selbst Fernsehveranstalterin sei, gegeben, da sie durch ihre selbstständige unternehmerische Tätigkeit als Werbezeitvermarkterin von privaten Rundfunkveranstaltern zumindest indirekt im Wettbewerb zum Beschwerdegegner stehe. Haupteinnahmequelle seien Provisionen, die sie aus der Vermarktung von Werbezeiten lukriere. Durch die Erhöhung der Zuseherzahlen aufgrund der Ausstrahlung des Premium-Sport-Contents werde auch die Vermarktung von Werbezeiten bei privaten Rundfunkveranstaltern negativ beeinflusst.

Inhaltlich führten die Beschwerdeführer aus, der Beschwerdegegner habe durch seine Programmplanung und die Live-Ausstrahlung der genannten Premium-Sportveranstaltungen in ORF SPORT PLUS gegen die Bestimmungen des § 4b ORF-G verstoßen. § 4b Abs. 4 ORF-G lege fest, dass Sportbewerbe, denen in der österreichischen Medienberichterstattung breiter Raum zukomme (Premium-Sportbewerb), im Sport-Spartenprogramm nicht gezeigt werden dürfen.

Bereits aus den Erläuterungen zu dieser Bestimmung ergebe sich, dass die Ergebnisse des Beihilfeverfahrens eine Veränderung und Konkretisierung des Programmauftrags für das Sport-Spartenprogramm verlangen. Gefestigt werden solle ein spezialisiertes Programm für Randsportarten. In diesem Sinne enthalte § 4b Abs. 1 ORF-G eine konkretisierte

Auftragsbeschreibung insofern, dass lediglich über solche Sportarten zu berichten sei, denen üblicherweise kein breiter Raum in der österreichischen Medienberichterstattung zukomme. § 4b Abs. 4 Z 1 bis 5 ORF-G führe, ohne auf das Erfordernis einer Prüfung des breiten Raumes abzustellen, an, welche Sportbewerbe als Premium-Sportbewerbe angesehen werden. Die Bestimmung solle sicherstellen, dass die Wettbewerbsauswirkungen des Sportspartenprogramms auf andere Fernsehveranstalter auf ein verhältnismäßiges Ausmaß beschränkt werden. Den dort aufgelisteten Sportbewerben käme in der österreichischen Medienberichterstattung üblicherweise ein breiter Raum zu, während dies bei anderen Sportarten im Einzelfall zu beurteilen sei.

Durch die Übertragung der verfahrensgegenständlichen Tennis Davis Cup Begegnungen habe der Beschwerdegegner über ein Sportereignis berichtet, dem in der österreichischen Online-, Print-, Radio- und TV-Berichterstattung breiter Raum zugekommen sei. Dies sei aufgrund der Prognostizierbarkeit dieses jährlichen Ereignisses vorab erkennbar gewesen, da diesem Ereignis bereits seit 2009 breiter Raum in der Medienberichterstattung zugekommen sei.

Auch aus § 5 FERG ergebe sich, dass – aufgrund der geringfügig abweichenden Wortwahl in den zitierten Bestimmungen des ORF-G und des FERG (breiter „Raum“ bzw. „Niederschlag“) – für eine unterschiedliche Interpretation beider Regelungen kein Raum sei. In der Vergangenheit seien den privaten Rundfunkveranstaltern Kurzberichterstattungsrechte an Tennis Davis Cup Begegnungen seitens des Beschwerdegegners eingeräumt worden, wodurch der Beschwerdegegner auch schon in einer ex-ante Betrachtung das grundsätzliche Vorliegen von allgemeinem Informationsinteresse bejaht habe.

Das Interesse am Tennis Davis Cup habe sich seit 2009 trotz wechselhafter Erfolge der österreichischen Mannschaft positiv entwickelt.

Im Jahr 2009 habe Österreich in der Weltgruppe verloren. Dies habe zum Abstieg in die Relegationsgruppe im Jahr 2010 geführt, wo Österreich wiederum erfolgreich den Aufstieg in die Weltgruppe 2011 erspielt habe. Das Erstrundenspiel in der Weltgruppe im März 2011 habe Österreich gegen Frankreich verloren. Die inkriminierte Begegnung gegen Belgien sei daher das Relegationsspiel gewesen. Allerdings habe es für das Ausmaß der Berichterstattung in den letzten Jahren keinen Unterschied gemacht, in welcher Spielgruppe Österreich vertreten war. Auch käme es nicht auf die konkreten Gegner an, welche aufgrund ihrer einzelnen Mannschaftsmitglieder generell breiteres Interesse hervorrufen könnten. Generell sei jede Begegnung der heimischen Tennis Davis Cup Mannschaft von relevanter medialer Bedeutung für Österreich.

Dies verdeutlichten auch die der Beschwerde beigelegten Berichte österreichischer Tageszeitungen zu den verfahrensgegenständlichen Begegnungen sowie den vergangenen Tennis Davis Cup Begegnungen (2009 bis 2011).

Für eine Beurteilung, ob ein Sportereignis Premium-Content darstelle, sei alleine das Ausmaß der zu erwartenden österreichischen Medienberichterstattung relevant. Aufgrund der Medienberichte sowie der Entwicklung der vergangenen Jahre sei für den Beschwerdegegner offenkundig gewesen, dass sich das Ausmaß der Medienberichterstattung auch 2011 nicht in negativer Weise verändern würde. Gerade nach der Niederlage gegen Frankreich im März 2011 habe der Beschwerdegegner ein breites mediales Interesse prognostizieren müssen, da es bei der verfahrensgegenständlichen Relegations-Begegnung um den Abstieg in die Relegationsgruppe gegangen sei.

Zusätzlich sei zu den gesetzlichen Grundlagen des § 4b ORF-G das vom Beschwerdegegner gemäß § 5a ORF-G veröffentlichte Angebotskonzept für die Beurteilung der Gesetzmäßigkeit heranzuziehen. Darin sei die Sportart Tennis, explizit der Tennis Davis Cup, angeführt. Allerdings führe die Nicht-Untersagung des Angebotskonzeptes durch die

KommAustria nicht automatisch zu einem Ausschluss der Beschwerdemöglichkeit nach § 36 ORF-G. Die Einhaltung der Bestimmung des § 4b ORF-G sei nach wie vor maßgeblich. Die Behörde habe keine generelle Freigabe zur Ausstrahlung sämtlicher im Angebotskonzept beispielhaft angeführter Sendungen erteilt. Die Übertragung eines Sportbewerbs, der üblicherweise breiten Raum in der Medienberichterstattung einnehme, verstoße damit auch weiterhin gegen § 4b ORF-G.

Die Beschwerdeführer beantragten daher festzustellen, dass der Beschwerdegegner durch die Ausstrahlung der Tennis Davis Cup Begegnungen Österreich gegen Belgien in Antwerpen am 16.09.2011, 17.09.2011 und 18.09.2011 gegen § 4b Abs. 4 ORF-G verstoßen habe und begehren, dem Beschwerdegegner die Veröffentlichung der stattfindenden Entscheidung aufzutragen.

## **1.2. Stellungnahme des ORF**

Mit Schreiben vom 02.11.2011 übermittelte die KommAustria dem Beschwerdegegner (Generaldirektor) die Beschwerde und räumte ihm zugleich die Gelegenheit ein, binnen einer Frist von zwei Wochen zur Beschwerde Stellung zu nehmen. Außerdem wurde der Beschwerdegegner aufgefordert, Aufzeichnungen der verfahrensgegenständlichen Tennis Davis Cup Spiele vom 16.09.2011, ab ca. 13:55 Uhr, vom 17.09.2011, ab ca. 12:25 Uhr, sowie vom 18.09.2011, ab ca. 11:55 Uhr, der Österreichischen Davis Cup Mannschaft zu übermitteln, sowie die Teletest-Daten der betreffenden Ausstrahlungen bekannt zu geben.

Mit Schreiben vom 18.11.2011 nahm der Beschwerdegegner zur übermittelten Beschwerde Stellung, legte die geforderten Aufzeichnungen vor und gab die Teletestdaten bekannt.

Zunächst rügte der Beschwerdegegner die Beschwerdelegitimation der C. In diesem Zusammenhang wies der Beschwerdegegner darauf hin, dass nach den Materialien zur RFG-Novelle im Jahr 2001 (BGBl. I Nr. 83/2001, ErlRV 634 BlgNR 21. GP) die Beschwerdemöglichkeit in § 36 Abs. 1 Z 1 ORF-G zwar um die Beschwerdemöglichkeit für „Konkurrenten“ des ORF erweitert worden sei, allerdings habe der Gesetzgeber den Kreis der Beschwerdeberechtigten nicht auf bloß mittelbare Konkurrenten ausdehnen wollen, da anderenfalls die Beschwerdelegitimation nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G keinen Anwendungsbereich mehr habe und folglich ein nicht abgrenzbarer Kreis von Beschwerdeberechtigten mit der Behauptung einer mittelbaren Beeinträchtigung beschwerdelegitimiert wäre. Die C sei nicht als unmittelbarer „Konkurrent“ tätig. Sie sei daher allenfalls nach § 36 Abs. 1 Z. 1 lit. a ORF-G beschwerdelegitimiert, wobei in diesem Zusammenhang von einer geforderten „unmittelbaren Schädigung“ nicht die Rede sein könne.

Weiters brachte der Beschwerdegegner vor, die Behauptung der Beschwerdeführer hinsichtlich der Live-Übertragung der letztgerügten Begegnung Haider-Maurer gegen Darcis am 18.09.2011, sei unrichtig. Eine Live-Übertragung des abschließenden Einzelspiels, welches im Übrigen in der Begegnung Peya gegen Darcis [richtig: Bemelmans] erfolgt sei, habe nicht stattgefunden. Vielmehr sei nach einer Analyse und einem Beitrag über die Tennis Staatsmeisterschaften, ein Spiel der Volleyball EM um Platz 3 (Polen gegen Russland), ausgestrahlt worden.

Im Hinblick auf das am 28.07.2011 veröffentlichte Angebotskonzept führte der Beschwerdegegner aus, dass dessen Nicht-Untersagung in Verbindung mit der ausdrücklichen Nennung des Tennissports allgemein einerseits, sowie der expliziten Nennung des Tennis Davis Cups im Themenkatalog andererseits, nicht automatisch dazu führe, dass eine Beschwerdemöglichkeit nach § 36 ORF-G ausgeschlossen sei. Allerdings habe die KommAustria das Konzept einschließlich des Themenkataloges daraufhin geprüft, ob ein Verstoß gegen die Vorgaben des ORF-G vorliege. Dabei habe die Behörde gerade die Bestimmung des § 4b Abs. 1 und 4 ORF-G im Blick gehabt. Dies gehe eindeutig aus

dem Ergänzungsersuchen der KommAustria zum Angebotskonzept vom 04.05.2011 (KOA 11.263/11-001) hervor, welches den Hinweis enthalten habe, dass von keiner „*echten Generalklausel für alle denkmöglichen, nicht genannten Sportarten und -bewerbe*“ auszugehen sei, „*sondern [...] nur in qualitativer Hinsicht vergleichbare Sportarten und Sportbewerbe zulässigerweise Bestandteil des Programms sein [können]*.“ Dies verdeutliche, dass die KommAustria gerade die genannten Sportarten und -bewerbe, somit auch den Tennis Davis Cup, auf seine „Premium-Qualität“ überprüft und als Nicht-Premium-Sportbewerb akzeptiert habe und demnach nur den nicht genannten Sportarten und Sportbewerben eine generell-abstrakte qualitative Grenze gesetzt habe.

Weiters diene das Angebotskonzept der Konkretisierung des gesetzlichen Auftrages. Die Konkretisierung, was unter Premium-Sportbewerben zu verstehen sei, erfolge gerade zur Gewährleistung der rechtssicheren Planbarkeit und Gestaltbarkeit eines Sport-Spartenprogramms. Seit der Veröffentlichung des Angebotskonzeptes sei der ORF verpflichtet, sich bei der konkreten Ausgestaltung des Programms vom gegenständlichen Angebotskonzept leiten zu lassen. Diese Pflicht würde völlig sinnentleert, wenn jede Festlegung in einem Angebotskonzept, die sich in denkmöglicher und vertretbarer Weise im Rahmen des ORF-G bewege, nachträglich erneut der Behauptung zugänglich wäre, die Festlegung entspreche nicht der „richtigen“ Interpretation des ORF-G. Aus diesem Grund habe der Gesetzgeber die Beschwerdelegimitation auch auf die pflichtgemäße Einhaltung des Umfangs des Angebotskonzeptes ausgedehnt.

Der Auslegung der Beschwerdeführer im Hinblick auf § 4b ORF-G, demgemäß Premium-Sportbewerbe immer dann vorlägen, wenn auch die Voraussetzungen eines Rechts auf Kurzberichterstattung gemäß § 5 FERG gegeben seien, trat der Beschwerdegegner entgegen.

Wie bereits in der Berufungsschrift des Beschwerdegegners vom 04.10.2011 (zum Bescheid der KommAustria vom 19.09.2011, KOA 11.260/11-013) ausgeführt worden sei, seien zudem die Wertungsentscheidungen in § 4b Abs. 4 Z 1 bis 5 ORF-G zu berücksichtigen. So sei mit einzubeziehen, ob ein – in einer demonstrativen Aufzählung nicht genannter – Fall den ausdrücklich genannten Fällen gewissermaßen in seiner Wertigkeit gleichzuhalten sei. Weiters seien fehlende Wettbewerbsauswirkungen auf private Rundfunkveranstalter zu berücksichtigen.

Zu den behaupteten Verletzungen führte der Beschwerdegegner im Wesentlichen aus:

Seiner Ansicht nach handle es sich bei den Begegnungen des Tennis Davis Cups nicht um einen Premium-Sportbewerb. Weder unter Berücksichtigung der Bedeutung von Ereignissen und unter dem Gesichtspunkt des Ranges, den die Beteiligten in der Öffentlichkeit einnahmen, noch unter Berücksichtigung des Bewerbstadiums anhand des festgelegten Turniermodus, könne bei den inkriminierten Begegnungen ein Premium-Bewerb abgeleitet werden. Die geringe Bedeutung des Tennis Davis Cups sei bereits an den teilnehmenden Mannschaften abzulesen, die häufig nicht aus den nationalen Topspielern bestünden, weil sich diese auf bedeutendere Turniere konzentrierten. Auch sei der Davis Cup nicht mit den höher dotierten und prestigeträchtigeren „Grand-Slam-Turnieren“ vergleichbar. Abgesehen von der österreichischen Beteiligung käme dem Tennis Davis Cup in der österreichischen Medienberichterstattung im Wesentlichen daher kein Raum zu. Bei den inkriminierten Spielen habe es sich zudem unbestritten lediglich um Relegationsbegegnungen gehandelt, bei denen es nicht um einen möglichen Turniersieg oder Titelgewinn gegangen sei, was möglicherweise eine Premium-Qualität hätte begründen können. Ein etwaiger Abstieg Österreichs sei auch keine Besonderheit gewesen, da Österreich bereits 2010 in der Relegationsgruppe gespielt habe. Diese wiederholte Teilnahme in der Relegationsgruppe sei zudem gerade kein Indiz dafür, dass mit einem gesteigerten öffentlichen Interesse zu rechnen gewesen sei. Weiters sei die Besetzung der österreichischen Teilnehmer im Einzelbewerb nicht hochrangig gewesen. Im Doppelbewerb sei zudem allgemein, selbst bei

„Grand-Slam-Turnieren“, das Interesse äußerst gering. Notorisch sei, dass es seit langer Zeit keine österreichische Mannschaft gegeben habe, die mit konstanten Leistungen über einen längeren Zeitraum hinweg in der oberen Weltgruppe mitgespielt habe.

Zudem sei auch die Nichtübertragung des letzten Einzelspieles (Peya gegen Bemelmans, am 18.09.2011) als Nachweis für die fehlende „Premium-Qualität“ des Tennis Davis Cup zu betrachten, da diese durch die Übertragung eines Randsport-Bewerbes ersetzt worden sei (Volleyball EM um Platz 3 zwischen Polen und Russland).

Weiters wiesen die von den Beschwerdeführern beigelegten Zeitungsberichte keinen breiten medialen Raum in der österreichischen Medienberichterstattung nach. Auch wenn die beigelegten Artikel im Umfang über die bloße Nennung von Spielergebnissen hinausgingen, führe dies nicht dazu, dass ein bestimmter Bewerb zum „Premium-Sportbewerb“ mutiere. Wenn Zeitungen auch über internationale Bewerbe in Randsportarten berichteten, könne dieser Umstand nicht automatisch zu einer „Premium-Qualität“ führen, da ansonsten die Zeitungsverleger durch die Veröffentlichung von Artikeln über die Zulässigkeit der Übertragung im Sport-Spartenprogramm disponieren könnten.

Die geringe Attraktivität zeige sich auch an den Teletest-Daten der inkriminierten Begegnungen. So betrug die Zuseherzahlen und Marktanteile im Schnitt zwischen 23.000 und 48.000 Zuseher, bzw. 3 % bis 6 % der Marktanteile. Die beanstandeten Übertragungen hätten keinen Einfluss auf die Marktanteile der Mitbewerber gehabt, so dass der Wettbewerb nicht beeinflusst worden sei.

Ein Vergleich mit der Berichterstattung über ausdrücklich als Premium-Sportbewerbe im ORF-G genannten Bewerbe zeige, dass letzteren sowohl qualitativ als auch quantitativ eine weit größere Bedeutung beigemessen werde, als den inkriminierten Spielen.

Das Zeigen der österreichischen Nationalmannschaft bei internationalen Bewerben in Randsportarten entspreche auch dem gesetzlichen Auftrag des § 4b Abs. 1 Z 7 ORF-G, da durch den Lizenzerwerb seitens des ORF er gleichzeitig die Rolle des „Hostbroadcasters“ übernommen habe, wodurch nicht nur die Übertragung, sondern letztlich auch die Finanzierbarkeit der Veranstaltung von Tennis Davis Cup Spielen in Österreich sichergestellt werde. Eine Produktion und Übertragung durch andere in Österreich empfangbare Fernsehveranstalter sei im notwendigen Umfang nicht zu erwarten gewesen.

Mangels Verstoß gegen § 4b Abs. 4 ORF-G beantragte der Beschwerdegegner daher, die Beschwerde im Hinblick auf die Beschwerdelegimitation der C zurückzuweisen und ansonsten abzuweisen.

Mit Schreiben der KommAustria vom 18.11.2011 wurde den Beschwerdeführern die Stellungnahme zur Kenntnis übermittelt und Gelegenheit eingeräumt, binnen einer Frist von zwei Wochen ab Zustellung dazu Stellung zu nehmen.

### **1.3. Stellungnahme des Public-Value-Beirats**

Mit Schreiben der KommAustria vom 02.11.2011 und vom 18.11.2011 wurden die Schriftsätze der Parteien dem Beirat gemäß § 6c ORF-G übermittelt und diesem die Gelegenheit eingeräumt, binnen vier Wochen ab Zustellung der Schreiben Stellung gemäß § 6c Abs. 3 ORF-G zu nehmen. Mit Schreiben vom 29.11.2011 nahm der Beirat zum Verfahren Stellung.

Gestützt auf das seit 21.06.2011 geltende Angebotskonzept und den darin enthaltenem Anhang und unter Bezugnahme auf § 5a ORF-G, wonach sich der ORF bei der konkreten Ausgestaltung seiner Programme und Angebote vom jeweiligen Angebotskonzept leiten zu lassen und die dadurch gezogenen Grenzen einzuhalten habe, sei der im Anhang

enthaltende Themenkatalog für Sendungen im Programm ORF SPORT PLUS von unmittelbarer Relevanz. So werde ebenda ausdrücklich auch der Tennis Davis Cup genannt. Dieses Faktum werde auch in der Beschwerde ausgeführt. Im ORF-G werde als einziges Kennzeichen für „Premium-Sportereignisse“ im Rahmen des § 4b Abs. 4 ORF-G der „breite Raum“ in der Medienberichterstattung angeführt. Eine Beurteilung, ob einem Sportbewerb „üblicherweise“ in der österreichischen Medienberichterstattung „breiter Raum“ zukomme sei, auf Grundlage der dem Beirat vorliegenden Informationen und der der Beschwerde beigefügten Abdruckbelege, aus folgenden Erwägungen nicht möglich:

Dass ein Zusammenhang zwischen dem Nachrichtenwert eines Ereignisses und der darauf basierenden Berichterstattung bestehe, sei wissenschaftlich unbestritten. Der Nachrichtenwert sei zudem nicht absolut, sondern von unterschiedlichen Faktoren abhängig, deren Gegebenheiten im Vorhinein nicht zweifelsfrei eruiert werden können. Daher bliebe bei der Formulierung „breiter Raum“ unklar, welche Relation bzw. welcher Maßstab anzuwenden sei. Erst die Definition einer Relation könne reliable und valide Aussagen ermöglichen, ob ein Ereignis im konkreten Fall überhaupt einen „breiten Raum“ einnehme – oder üblicherweise, also bei früheren gleich zu haltenden sportlichen Veranstaltungen – einen „breiten Raum“ eingenommen habe.

Der Beirat sehe im „breiten Raum in der Berichterstattung“ ein geeignetes Kriterium, um über die Zugehörigkeit eines Sportereignisses zur „Premium“-Gruppe zu entscheiden. Eine derartige Zuordnung müsse sich aber durch Messverfahren nachweisen lassen. Dies bedeute im konkret vorliegenden Fall, dass ein Vergleich der Berichterstattung dieser Davis Cup Spiele mit der Berichterstattung von explizit genannten Premium-Sportarten, welche als empirische Benchmark dienen sollten, durchgeführt werden müsse.

Die von den Beschwerdeführern vorgelegten Zeitungsausschnitte ließen keine Rückschlüsse auf einen breiten medialen Raum zu. Dem Beschwerdegegner sei nicht zumutbar, aufgrund einer Prognose der Medienberichterstattung Programmplanung zu betreiben. Insofern sei auch die Dynamik eines über mehrere Tage dauernden Sportereignisses nicht prognostizierbar, welche zu kurzfristigen Änderungen des Nachrichtenwerts führen könne, welche zum Zeitpunkt des Rechtekaufs nicht absehbar gewesen sei. Zudem sei das Recht auf Kurzberichterstattung (§ 5 FERG) über ein Ereignis nicht per se mit „Premium-Sport“ zu verknüpfen, da dies zwangsweise dazu führen würde, dass das Recht auf Kurzberichterstattung drastisch eingeschränkt würde.

Ebenfalls seien die Zuschauerzahlen bzw. Marktanteile für die Beurteilung zu berücksichtigen, da sie nachhaltig bewiesen, dass lediglich eine kleine, speziell an dieser Sportart interessierte Zielgruppe bedient worden sei.

Da die Beschwerdeführer zudem ihre Bemühungen um eine Übertragung nicht dokumentiert hätten, stelle die Übertragung seitens des Beschwerdegegners einen „öffentlichen Mehrwert“ dar. Aus den dargestellten Erwägungen komme der Beirat daher zu dem Schluss, dass die Übertragung der inkriminierten Davis Cup Spiele im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS dem durch § 4b ORF-G gezogenen Rahmen entspricht.

Mit Schreiben der KommAustria vom 05.12.2011 wurde die Stellungnahme den Parteien zur Kenntnisnahme übermittelt und ihnen Gelegenheit eingeräumt, binnen einer Frist von zwei Wochen ab Zustellung dazu Stellung zu nehmen.

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

Mit Schreiben vom 02.12.2011 replizierten die Beschwerdeführer und konkretisierten ihr Vorbringen.

Zur gerügten mangelnden Beschwerdelegimitation der C brachten sie vor, dass die in § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G geforderte Voraussetzung der mittelbaren Schädigung im Fall der C vorliege. Durch die Ausstrahlung eines über den gesetzlichen Auftrag hinausgehenden Ausmaßes an massenwirksamen Programm verschaffe sich der Beschwerdegegner, 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 generiere. Durch die Ausstrahlung von über den gesetzlichen Auftrag hinausgehenden, publikumswirksamen Premium-Sport-Content würden höhere Zuseherzahlen erlangt, wodurch auch die Vermarktung von Werbezeiten bei privaten Rundfunkveranstaltern – jedenfalls mittelbar – negativ beeinflusst werde.

Hinsichtlich der inkriminierten Ausstrahlung vom 18.09.2011 sei unerheblich, ob der Beschwerdegegner die Begegnung in der gesamten Länge live oder lediglich eine zehnminütige Analyse übertragen habe. Für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 4b Abs. 4 ORF-G sei dies irrelevant.

Hinsichtlich des Angebotskonzeptes bekräftigten die Beschwerdeführer ihre Position. Weder aus § 5a Abs. 1 ORF-G noch aus den Gesetzesmaterialien könne eine Rechtfertigung einer Gesetzesverletzung abgeleitet werden. Jede Sportart im genehmigten Angebotskonzept sei unter der Bedingung zu sehen, dass im Einzelfall kein Premiumsport vorliege. Das Angebotskonzept sei daher der größtmögliche Rahmen. Die einzelnen Programmbestandteile müssten, dessen ungeachtet, den gesetzlichen Schranken gerecht werden.

Die demonstrative Aufzählung des § 4b Abs. 4 Z 1 bis 5 ORF-G sei keine „Wertungsentscheidung des Gesetzgebers“, sondern eine nicht abschließende Aufzählung, die es nicht ausschließe, dass auch Bewerbe, die in ihrer „allgemeinen Wertigkeit“ nicht mit den demonstrativ aufgezählten Bewerben vergleichbar seien, unter das generelle Verbot der Ausstrahlung von Premium-Content fielen. Vielmehr seien der Einzelfall und die damit einhergehende Medienberichterstattung zu beurteilen.

Für den Tennis Davis Cup bedeute dies, dass sowohl nach dem Gesichtspunkt des Ranges oder der Teilnahme von populären Sportlern, als auch aufgrund der Entwicklung in der Vergangenheit und der konkreten Platzierung in der Weltgruppe eine vermehrte Medienberichterstattung die Folge sein könne.

Diese Entwicklung habe im Falle der inkriminierten Davis Cup Begegnung vorgelegen und sei für den Beschwerdegegner offenkundig gewesen, dass sich das Ausmaß der Medienberichterstattung in der Relegation des Davis Cups gegen Belgien nicht in negativer Weise verändern würde.

Losgelöst von der Wertigkeit des Davis Cups als Spielserie innerhalb des Tennissports sei hier die mediale Aufmerksamkeit nicht auf einzelne Spieler, sondern auf die Mannschaft gerichtet und das Aufsteigen oder Absteigen der Mannschaft von Bedeutung. Insofern, unter Berücksichtigung des Nationalstolzes, sei auch ein Relegationsspiel von erheblicher Bedeutung, gehe es doch um den Aufstieg in die Weltgruppe.

Die Replik wurde dem Beschwerdegegner mit Schreiben vom 05.12.2011 zur Kenntnis übermittelt.

Mit Schriftsatz vom 28.02.2012 legten die Beschwerdeführer ein Konvolut der Medienberichterstattung zum Nachweis des breiten Niederschlags in der Medienberichterstattung der Tennis Davis Cup Begegnung Österreich gegen Russland vom 10., 11. und 12.02.2012 vor. Mit Schreiben der KommAustria vom 05.03.2012 wurde dem Beschwerdegegner die Urkundenvorlage zur Kenntnis übermittelt.

## **1.5. Stellungnahme des Beschwerdegegners**

Mit Schriftsatz vom 19.12.2011 erstattete der Beschwerdegegner eine Stellungnahme zur Replik der Beschwerdeführer sowie zur Stellungnahme des Public-Value-Beirats. Diese wurde mit Schreiben der KommAustria vom 27.12.2011 den Beschwerdeführern zur Kenntnis übermittelt.

Inhaltlich brachte der Beschwerdegegner vor, dass er der Ansicht des Public-Value-Beirats beitrete, wonach für die Beurteilung eines „breiten Raums“ in der österreichischen Medienberichterstattung ein Vergleich mit den über die im ORF-G ausdrücklich genannten Premiumsportereignissen als „empirische Benchmark“ anzustellen sei.

Hinsichtlich der Ausführungen der Beschwerdeführer zur Beschwerdelegitimation der C führte der Beschwerdegegner aus, dass er nicht in Abrede stelle, dass die C mittelbar in ihren wirtschaftlichen Interessen berührt sein könne. Allerdings seien gemäß § 36 Abs. 1 lit c ORF-G nur unmittelbare Konkurrenten, welche einen mittelbaren Schaden behaupten, beschwerdelegitimiert, nicht aber mittelbare Konkurrenten. Eine Legitimation der C sei in zwei Konstellationen denkbar. Erstens, wenn eine Verletzung von Bestimmungen behauptet worden wäre, die die Vermarktung von Werbezeiten regeln, wobei in einem derartigen Fall nicht der Beschwerdegegner, sondern die Vermarkterin ORF Enterprise GmbH & Co KG passivlegitimiert wäre. Zweitens, wenn die Beschwerdeführerin unmittelbar Gegenstand der Berichterstattung gewesen wäre, wodurch ein unmittelbares Wettbewerbsverhältnis entstanden wäre.

Ferner ginge auch die Argumentation der Beschwerdeführer hinsichtlich des Angebotskonzeptes ins Leere: Es sei nicht davon auszugehen, dass das Angebotskonzept bestimmte Sportbewerbe „für alle Zukunft“ abdecken solle, jedoch seien seit der Prüfung des Konzeptes keine Veränderungen eingetreten, die zu einer Neubeurteilung des Tennis Davis Cups hätten führen können.

Ferner sei der Versuch, eine hohe Bedeutung anhand der bloßen Teilnahme der österreichischen Nationalmannschaft, unabhängig von der allgemeinen Bedeutung des Tennissports, vom Bewerbstadium und von konkreten Spielern begründen zu wollen, offenkundig nicht mit dem ORF-G in Einklang zu bringen.

Mit einem weiteren Schriftsatz vom 20.03.2012 brachte der Beschwerdegegner inhaltlich zu der Stellungnahme und Urkundenvorlage der Beschwerdeführer vom 28.02.2012 vor, dass die zum Nachweis der breiten Medienberichterstattung vorgelegten Medienberichte der Begegnung Österreich gegen Russland vom Februar 2012 für das gegenständliche Verfahren nicht von Relevanz seien, da sie zeitlich nach der inkriminierten Übertragung stattgefunden hätten und schon aus diesem Grund unerheblich seien.

Die Stellungnahme wurde den Beschwerdeführern mit Schreiben vom 26.03.2012 zur Kenntnis übermittelt.

## **1.6. Ergänzende Sachverhaltsermittlung**

Bezug nehmend auf den Bescheid des Bundeskommunikationssenats (BKS) vom 23.05.2012, GZ 611.941/0004-BKS/2012, in welchem dieser in einem vergleichbaren Verfahren ein Prüfschema für die Zulässigkeit der Ausstrahlung bestimmter Sportbewerbe in ORF SPORT PLUS entwickelt hatte, wurde der Beschwerdegegner mit Schreiben der KommAustria vom 31.05.2012 aufgefordert, das Ausmaß der Fernsehberichterstattung des Österreichischen Rundfunks über die Spiele der österreichischen Nationalmannschaft im Rahmen der Tennis Davis Cup Begegnungen 2009 [Zeitraum: 06. bis 08.03.2009; Deutschland gegen Österreich, 1. Runde Weltgruppe und 18. bis 20.09.2009; Chile gegen

Österreich, Weltgruppenplayoff], der Begegnungen 2010 [Zeitraum: 05. bis 07.03.2010, Österreich gegen Slowakei, 2. Runde Europa/Afrikazone; und 16. bis 19.09.2010; Österreich gegen Israel, Weltgruppenplayoff] sowie der Begegnung 2011 [Zeitraum 04. bis 06.03.2011, Österreich gegen Frankreich, 1. Runde Weltgruppe] bekannt zu geben. Weiters wurden die Beschwerdeführer aufgefordert bekannt zu geben, welche und wenn, in welchem Ausmaß die privaten Rundfunkveranstalter über diese Sportbewerbe berichtet haben, wobei Beiträge unter 30 Sekunden nicht dargestellt werden sollten und zudem, Bezug nehmend auf die bereits zu den o.a. Bewerben vorgelegten Zeitungsartikel, das relative Ausmaß im Verhältnis zur gesamten Sportberichterstattung darzulegen, sowie die entsprechenden Sportteile vorzulegen.

Mit Stellungnahme vom 14.06.2012 gab der Beschwerdegegner das Ausmaß der erfolgten Fernsehberichterstattung bekannt.

Am selben Tag gaben ebenfalls die Beschwerdeführer eine Stellungnahme zum Ausmaß der Berichterstattung privater Rundfunkveranstalter ab. Inhaltlich brachten sie, unter Bezugnahme auf Entscheidung des BKS vom 23.05.2012, GZ 611.941/0004-BKS/2012, ergänzend vor, dass sich am Ausmaß der Berichterstattung privater Rundfunkveranstalter erkennen lasse, dass diese Vorgabe bei weitem überstiegen werde. Generell sei die Berichterstattung aber durch die Exklusivrechtssituation seitens des ORF erschwert gewesen. Im Übrigen sei die Auffassung des BKS, wonach eine Bewertung der Medienberichterstattung über ein Sportereignis im Verhältnis zum jeweiligen Sportteil einer Zeitung gesetzt wird, verfehlt.

Im Hinblick auf die Aufforderung der Behörde, die Beschwerdeführer mögen das relative Ausmaß im Verhältnis zur gesamten Sportberichterstattung in den von ihnen bereits vorgelegten Zeitungsartikeln darlegen, verwiesen die Beschwerdeführer auf den Bescheid des BKS vom 25.05.2012, GZ 611.941/0004-BKS/2012, und stellten klar, dass sie demnach keinen „konkreten Beweis für den behaupteten Verstoß und damit auch den Beweis für das exakte Ausmaß der Medienberichterstattung“ nicht zu erbringen hätten.

Die Stellungnahmen wurden den Parteien mit Schreiben der KommAustria vom 21.06.2012 zur Kenntnisnahme übermittelt und ihnen Gelegenheit eingeräumt, binnen einer Frist von zwei Wochen ab Zustellung dazu Stellung zu nehmen.

### **1.7. Stellungnahme der Beschwerdeführer**

Mit Schreiben vom 05.07.2012 gaben die Beschwerdeführer eine Stellungnahme zum Schreiben des Beschwerdegegners vom 14.06.2012 zum Ausmaß der Berichterstattung in den Programmen des Beschwerdegegners ab.

Im Lichte der aktuellen Entscheidung des BKS (BKS 23.05.2012, GZ 611.941/0004-BKS/2012) sei davon auszugehen, dass Ausstrahlungen im Vollprogramm ORF eins „ein gewichtiges Indiz“ für die Annahme eines Premium-Sportbewerbes darstelle. In den Programmen ORF eins als auch ORF 2 sei in allen drei Jahren in weiten Teilen auch live berichtet worden. Im Übrigen sei die Rechtsansicht des BKS, eine Verletzung des § 4b Abs. 4 ORF-G liege nur dann vor, wenn das Ausmaß der Medienberichterstattung über die im konkreten Fall zu beurteilenden Sportbewerbe denen in § 4b Abs. 4 Z 1 bis Z 5 ORF-G entspreche, nicht überzeugend:

Eine bloße Anknüpfung an die in § 4b Abs. 4 ORF-G genannten Premiumsportbewerbe biete keine taugliche Grundlage für die Beurteilung einer Rechtsverletzung, denn auch innerhalb dieser ausdrücklich als „Premium“ bezeichneten Bewerbe bestehe eine enorme Bandbreite der Intensität der Medienberichterstattung.

Dass sich ein solches Verständnis verbiete zeige auch eine systematische Interpretation des § 4b ORF-G. Durch die Auftragsbeschreibung in § 4b Abs. 1 Z 1 bis Z 7 ORF-G werde der bei nicht explizit genannten Premium-Sportbewerben zwingend zu berücksichtigende gesetzliche Rahmen festgelegt.

Mit Schreiben der KommAustria vom 06.07.2012 wurde die Stellungnahme dem Beschwerdegegner zu Kenntnisnahme und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

### **1.8. Stellungnahme des Beschwerdegegners**

Mit Schreiben vom 06.07.2012 gab der Beschwerdegegner eine Stellungnahme zum Schreiben der Beschwerdeführer vom 14.06.2012 zum Ausmaß der Berichterstattung in den Programmen der privaten Rundfunkveranstalter ab.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer sei das Ausmaß der Berichterstattung in den privaten Fernsehprogrammen nicht auf die von den Beschwerdeführern behauptete exklusive Rechtesituation beim ORF zurückzuführen. Da der ORF die Exklusivrechte nur zur Erstverwertung erworben habe, sei es den Beschwerdeführern möglich gewesen, die Rechte der Nachverwertung zu marktüblichen Konditionen zu erwerben und dementsprechend zahlreiche Beiträge auszustrahlen.

Ergänzend zur eigenen Stellungnahme vom 14.06.2012 führte der Beschwerdegegner aus, dass die aus den übermittelten Angaben über die Ausstrahlung bestimmter Spiele in den Programmen ORF eins und ORF SPORT PLUS ersichtliche, teilweise zeitgleiche Ausstrahlung nicht das Ziel verfolgt habe, den Begegnungen möglichst breiten Raum in zwei ORF-Programmen einzuräumen. Vielmehr seien dadurch Zuseher der quotenstarken ORF-Programme einerseits auf die (vollständige) Ausstrahlung des Sportbewerbs im Programm ORF SPORT PLUS aufmerksam gemacht worden und zudem sogenannte „Programmnähte“ (etwa zwischen der Übertragung von Premium-Sportbewerben und/oder anderen Sendungen auf ORF eins) geschlossen worden.

Ein größeres Sendevolumen von Liveübertragungen auf ORF eins zeige sich nur bei der Begegnung Österreich gegen Israel im Jahr 2010 sowie Österreich gegen Deutschland im Jahr 2009. Ferner sei bei der Begegnung zwischen Österreich und Deutschland zu berücksichtigen, dass diese nicht nur im Fußball sondern auch im Tennis mit größerer journalistischer Wertigkeit behaftet sei, weswegen diese Begegnung ohnehin nicht mit der verfahrensgegenständlichen Begegnung Österreich gegen Belgien vergleichbar sei.

Es sei ferner zu berücksichtigen, dass es sich bei den verfahrensgegenständlichen Spielen der Begegnung Belgien gegen Österreich lediglich um eine Relegation handelte, da Österreich in der ersten Runde des Tennis Davis Cups 2011 bereits gegen Frankreich verloren hatte. Die verfahrensgegenständlichen Spiele seien daher hinsichtlich des üblicherweise in der österreichischen Medienberichterstattung bestehenden Raums mit den Begegnungen Österreich gegen Chile im Jahr 2009 zu vergleichen.

Zur Beschwerdelegimitation der Beschwerdeführer führte der Beschwerdegegner ergänzend, unter Verweis auf die Entscheidung des BKS vom 23.05.2012, GZ 611.941/0004-BKS/2012, aus, dass die Beschwerdeführer es verabsäumt hätten, ihrer Obliegenheit nachzukommen, darzutun aus welchen konkreten Überlegungen heraus ein Verstoß gegen § 4b ORF-G vermutet worden sei. Da die Beschwerdeführer der Aufforderung der Behörde zur Darlegung des relativen Ausmaß im Verhältnis zur gesamten Sportberichterstattung sowie die entsprechenden Sportteile vorzulegen nicht nachgekommen seien, hätten sie ihre Obliegenheit zur Darlegungen einer substantiierten Behauptung einer Rechtsverletzung verletzt.

Der Beschwerdegegner beantragte daher, die Beschwerde hinsichtlich der Beschwerdeführerin C zurückzuweisen sowie insgesamt zurückzuweisen, in eventuelle die Beschwerde abzuweisen.

### **1.9. Amtswegige stichprobenartige Beweisaufnahme**

Zum exemplarischen Ausmaß der Berichterstattung im Hinblick auf den prozentuellen Anteil der Berichterstattung zu den Spielen des Tennis Davis Cups 2009, 2010 und 2011 mit österreichischer Beteiligung wurde durch die KommAustria (in Anlehnung an die Entscheidung des BKS vom 23.05.2012) in der Österreichischen Nationalbibliothek Einsicht in die Berichterstattung der „Kronen Zeitung“, des „Standard“, der „Oberösterreichischen Nachrichten“, der „Tiroler Tageszeitung“ und der „Kleinen Zeitung (Steiermark)“ in den entsprechenden Zeiträumen der Tennis Davis Cup Begegnungen genommen. Das Ergebnis wurde den Parteien in Form einer prozentualen Auswertung mit Schreiben vom 16.07.2012, KOA 11.263/12-013, und korrigiert mit Schreiben vom 18.07.2012, KOA 11.263/12-014, sowie dem Hinweis der Möglichkeit der Einsichtnahme in die der Auswertung zugrunde liegende Berichterstattung übermittelt und ihnen Gelegenheit eingeräumt, binnen einer Frist von zwei Wochen Stellung zu nehmen.

### **1.10. Stellungnahme des Beschwerdegegners**

Mit Schreiben vom 31.07.2012 erstattete der Beschwerdegegner eine Stellungnahme zum Ergebnis der amtswegig durchgeführten stichprobenartigen Beweisaufnahme. Inhaltlich brachte der Beschwerdegegner im Wesentlichen vor, dass die übermittelten Ergebnisse über den Tennis Davis Cup 2009 bis 2011 die vom BKS im Bescheid vom 23.05.2012 operationalisierten „Ober-Grenzen“ von „Nicht-Premium-Sportbewerben“ einhielten. Es fehle im Wesentlichen bereits an der erforderlichen Vorberichterstattung. Ferner sei auch die Berichterstattung an den einzelnen Spieltagen nicht als „breit“ zu qualifizieren. Es sei davon auszugehen, dass es sich beim *„Sportbewerb jeweils um ein konkret zu beurteilendes Spiel“* handle und nicht um die *„Davis-Cup Begegnung bestehend aus nicht näher unterschiedenen Spielpaarungen zwischen irgendwelchen Vertretern der teilnehmenden Länder“*.

Im Übrigen bekräftigte der Beschwerdegegner seine bisherige Position und hielt die Anträge aufrecht.

Mit Schreiben der KommAustria vom 31.07.2012 wurde die Stellungnahme den Beschwerdeführern zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

### **1.11. Stellungnahme der Beschwerdeführer**

Mit Schreiben vom 01.08.2012 nahmen die Beschwerdeführer zu den Stellungnahmen des Beschwerdegegners vom 06.07.2012 und vom 31.07.2012 sowie zum Ergebnis der amtswegig erhobenen Beweisaufnahme Stellung.

Zunächst merkten die Beschwerdeführer an, dass kein Zweifel daran bestehen könne, dass der Erwerb von Exklusivrechten durch den Beschwerdegegner Auswirkungen auf das Ausmaß der Fernsehberichterstattung in anderen Sendern habe. Die vorgelegten Angaben dokumentierten aufgrund ihrer Länge eine breite Medienberichterstattung.

Zur teilweise zeitgleichen Ausstrahlung einzelner Spiele merkten die Beschwerdeführer an, dass die Ausführungen des Beschwerdegegners den Versuch darstelle, die Ausstrahlung auf ORF SPORT PLUS zu rechtfertigen. Es sei vielmehr einleuchtend, dass der Beschwerdegegner in seinem Vollprogramm ORF eins ein Programm nur dann einsetze, wenn ein breites Medieninteresse und damit auch eine akzeptable Quote zu erwarten sei.

Ferner habe der BKS, entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners, generell festgestellt, dass eine Ausstrahlung auf ORF eins ohne Zweifel ein gewichtiges Indiz für die Qualifizierung eines Sportbewerbes als „Premium-Sport“ darstelle. Dies spiegle, neben der Berichterstattung in den Tageszeitungen, die Intensität der Medienberichterstattung wider und könne auch für die Beurteilung der Ausstrahlungen des Tennis Davis Cups in den Vorjahren herangezogen werden.

Hinsichtlich ihrer Beschwerdelegimitation hielten die Beschwerdeführer fest, dass sie ganz im Sinne der Entscheidung des BKS vom 23.05.2012, GZ 611.941/0004-BKS/2012, eine substantiierte Behauptung aufgestellt hätten, welche „zumindest im Bereich der Möglichkeit“ liege. Durch die der Beschwerde zugrundeliegenden konkreten Überlegungen sei der vermutete Verstoß gegen § 4 b ORF-G hinreichend dargestellt worden.

Zur Auswertung der prozentuellen Sportberichterstattung zum Tennis Davis Cup 2009, 2010 und 2011 mit österreichischer Beteiligung führten die Beschwerdeführer aus, dass ein breiter Raum in der Medienberichterstattung generell nicht durch eine prozentuelle Bewertung der Sportberichterstattung einer Tageszeitung bestimmt werden könne, da dabei alle anderen medialen Verbreitungsformen außer Acht blieben.

Selbst wenn diesem Ansatz gefolgt würde, sei aber am Ergebnis der amtswegig durchgeführten Beweisaufnahme zu erkennen, dass über sämtliche Davis Cup Spielbegegnungen in allen der untersuchten Zeitungen teilweise 5 % an den Spieltagen selbst, aber auch an den Tagen der Vor- und Nachberichterstattung berichtet worden sei. Gegenüber diesem Ergebnis würden auch einzelne Tage der Vorberichterstattung, die unter 5 % liegen, in den Hintergrund treten und den generell vorliegenden breiten Raum nicht mindern.

Zu den Tennis Davis Cup Begegnungen im März 2009 (Österreich gegen Deutschland), im März (Österreich gegen Slowakei) und September 2010 (Österreich gegen Israel) sowie im März 2011 (Österreich gegen Frankreich), führten die Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, dass bis auf wenige Ausnahmen sowohl an den Spieltagen als auch hinsichtlich der Vor- und Nachberichterstattung im geforderten Ausmaß berichtet worden sei.

Zur Spielbegegnung zwischen Österreich und Chile im September 2009 machten die Beschwerdeführer geltend, dass selbst bei dieser Begegnung, auch wenn die Auswertung ein im Vergleich zu den anderen Spielbegegnungen geringeres prozentuales Ergebnis liefere, in allen Zeitungen eine Medienberichterstattung von über 5 % zu erkennen sei. Dieser Teil der Auswertung erhelle umso mehr, dass eine Gesamtbeurteilung der österreichischen Medienberichterstattung für die Qualifikation von breitem Raum der Berichterstattung unumgänglich sei. Die Gesamtübersicht zeige, dass – wenn auch nicht an jedem einzelnen Tag in jeder der untersuchten Zeitungen – durchgängig über 5 % berichtet worden sei.

Der Beschwerdegegner versuche durch seine selektive Auswertung das Ergebnis zu verwässern. Die Annahme, dass die einzelnen „Spiele“ bzw. „Matches“ für die Beurteilung des breiten medialen Raumes heranzuziehen seien, sei irrig. Bei einem Mannschaftsbewerb wie dem Tennis Davis Cup sei das generelle Interesse am Abschneiden der Österreichischen Mannschaft von Bedeutung. Daher seien einzelne Spiele des Tennis Davis Cup nicht isoliert zu betrachten. Ein Vergleich mit dem Fußball-Cup gehe insofern ins Leere, als dort aufgrund der Länge des Bewerbes, den unterschiedlichen Spielpaarungen und -phasen andere Parameter zum generellen Medieninteresse beitragen würden und das konkrete Fußballspiel daher für die Beurteilung an Bedeutung gewinne. Der jeweilige Spielmodus und die allfällige Abänderung desselben nach bereits entschiedenen Mannschaftsbewerben (wie im Tennis Davis Cup), sei für die Beurteilung von medialem Interesse irrelevant.

Insofern seien die der Beschwerde zugrunde liegende Davis Cup Begegnung mit Belgien in keiner Weise mit dem Aufeinandertreffen mit Chile im Jahr 2009 vergleichbar. Nur weil Österreich beide Male in der Relegation gespielt habe, könne nicht automatisch auf eine vergleichbare mediale Umsetzung geschlossen werden. Denn auch nach dem Scheitern gegen Chile im Jahr 2009 und dem damit verbundenen Abstieg in die Kontinentalgruppe („Europa/Afrikazone“) sei nicht weniger, sondern sogar mehr über das österreichische Tennis Davis Cup Team berichtet worden. Umso eher sei bei der Relegationsbegegnung gegen Belgien von einem weiter ansteigenden Medieninteresse auszugehen gewesen. Für das Ausmaß der Berichterstattung habe es keine signifikante Auswirkung, in welcher „Liga“ bzw. „Gruppe“ Österreich gerade vertreten sei und in welcher Phase des Tennis Davis Cup-Turniers Österreich gerade spiele. Auch wenn manche Gegner, aufgrund ihrer erfolgreichen Mannschafts-Mitglieder, generell breiteres Interesse hervorrufen können, sei jede Begegnung der heimischen Davis Cup-Mannschaft von relevanter medialer Bedeutung in Österreich.

Mit Schreiben der KommAustria vom 02.08.2012 wurde die Stellungnahme dem Beschwerdegegner zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

## **2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt**

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

### **2.1. Beschwerdeführer und Beschwerdegegner**

Die Beschwerdeführer sind – abgesehen von der C – alle Fernsehveranstalter nach dem AMD-G. Sie verfügen jeweils über (verschiedene Verbreitungswege betreffende) Zulassungen bzw. Anzeigen 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 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 bzw. seiner die Werbezeitvermarktung besorgenden Tochtergesellschaft auf dem Werbemarkt im Wettbewerb steht.

Der Beschwerdegegner ist gemäß § 1 Abs. 1 iVm Abs. 2 ORF-G eine Stiftung sui generis, deren Zweck die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages gemäß den §§ 3 bis 5 ORF-G darstellt. Der Versorgungsauftrag umfasst gemäß § 3 Abs. 8 iVm § 4b ORF-G u.a. die Veranstaltung eines Sport-Spartenprogramms, das unter dem Namen ORF SPORT PLUS verbreitet wird.

### **2.2. Tennis Davis Cup 2011**

Vom ORF wurden im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS folgende Spiele der Tennis Davis Cup Begegnung Österreich gegen Belgien in Antwerpen in Form von Live-Übertragungen ausgestrahlt:

- am 16.09.2011, ab ca. 13:55 Uhr: Haider-Maurer gegen Malisse und Melzer gegen Darcis;

- am 17.09.2011, ab ca. 12:25 Uhr: Marach/Peya gegen Rochus/Bemelmans;
- am 18.09.2011, ab ca. 11:55 Uhr: Melzer gegen Rochus.

Eine Übertragung der letzten Einzelbegegnung Peya gegen Bemelmans am 18.09.2011 ist nicht erfolgt; vielmehr endete an diesem Tag die Tennis-Berichterstattung nach dem Spiel Melzer gegen Rochus mit einer ca. zehnmütigen Zusammenfassung des Finalturniers der österreichischen Tennis-Bundesliga in Salzburg. Danach folgte die Live-Übertragung des Spiels um Platz 3 bei der Volleyball-Europameisterschaft 2011 aus der Wiener Stadthalle.

### 2.3. Zeitungsberichterstattung über den Tennis Davis Cup 2009, 2010 und 2011

Die stichprobenartig ausgewählten Tageszeitungen „Kronen Zeitung“, „Der Standard“, „Oberösterreichische Nachrichten“, „Tiroler Tageszeitung“ und „Kleine Zeitung (Steiermark)“ haben über die Spiele des Tennis Davis Cups 2009, 2010 und 2011 mit österreichischer Beteiligung in folgendem prozentuellen Ausmaß gemessen am Gesamtausmaß der Sportberichterstattung berichtet (erfasst wurden jeweils die Spieltage sowie die Tage der Vor- sowie der Nachberichterstattung):

#### 2.3.1. Zeitungsberichterstattung 2009: Begegnung Deutschland gegen Österreich (06. bis 08.03.2009, 1. Runde Weltgruppe) und Chile gegen Österreich (18. bis 20.09.2009, Weltgruppenplayoff)

	Kronen Zeitung	Der Standard	Oberösterreichische Nachrichten	Tiroler Tageszeitung	Kleine Zeitung (St)
<b>Tennis Davis Cup</b>					
<b>2009</b>					
05. März 2009	11,11%	0%	12,5%	0%	4,16%
06. März 2009	11,45%	0%	8,33%	5,55%	7,5%
07. März 2009	8,25%	20%	1,0%	13,33%	8,33%
08. März 2009	11,53%	mit 7. März Ausgabe	keine Ausgabe	6,15%	8,33%
09. März 2009	11,6%	3,33%	10%	7,14%	13,45%
17. September 2009	3,75%	0%	1,5%	0%	> 1%
18. September 2009	4,16%	15%	2,5%	6,66%	12%
19. September 2009	> 1%	0%	> 1%	6,66%	0%
20. September 2009	2,88%	mit 19. September Ausgabe	keine Ausgabe	6%	1,92%
21. September 2009	2,34%	0%	3,3%	> 1%	3,85%
22. September 2009	11,36%	30%	5%	10%	9,4%

#### 2.3.2. Zeitungsberichterstattung 2010: Begegnung Slowakei gegen Österreich (05. bis 07.03.2010, 2. Runde Europa/Afrikazone) und Israel gegen Österreich (16. bis 19.09.2010, Weltgruppenplayoff)

<b>2010</b>	Kronen Zeitung	Der Standard	Oberösterreichische Nachrichten	Tiroler Tageszeitung	Kleine Zeitung (St)
04. März 2010	1%	0%	6%	> 1%	5%
05. März 2010	5,20%	26,66%	12,5%	0%	14,81%
06. März 2010	5,20%	16,66%	11,25%	8,33%	6,66%
07. März 2010	5,77%	mit 06. März Ausgabe	keine Ausgabe	7,14%	10,4%
08. März 2010	5,35%	15%	11,25%	7,14%	10,4%
09. März 2010	1%	0%	0%	0%	3,12%
15. September 2010	0%	0%	1%	2%	1,56%
16. September 2010	5%	4%	2,5%	10%	8,33%
17. September 2010	3,4%	22,5%	8,33%	11,66%	15,6%
18. September 2010	4,54%	16,66%	11,25%	10,41%	7,5%
19. September 2010	6,25%	mit 18. September Ausgabe	keine Ausgabe	4,76%	12,5%
20. September 2010	6,65%	4,4%	8,33%	4,76%	8,6%

### 2.3.3. Zeitungsberichterstattung 2011: Begegnung Frankreich gegen Österreich (04. bis 06.03.2011, 1. Runde Weltgruppe)

2011	Kronen Zeitung	Der Standard	Oberösterreichische Nachrichten	Tiroler Tageszeitung	Kleine Zeitung (St)
03. März 2011	6,73%	0%	4,16%	> 1%	> 1%
04. März 2011	7,14%	20%	10%	6,94%	9,1%
05. März 2011	9,71%	15%	8,33%	6,94%	10%
06. März 2011	5%	mit 05. März Ausgabe	keine Ausgabe	8,56%	7,69%
07. März 2011	6,61%	3,33%	4,76%	9,26%	7,69%
08. März 2011	3,84%	50%	6,25%	2,77%	4,15%
09. März 2011	0%	0%	0%	0%	0%

### 2.4. Fernsehberichterstattung des ORF über den Davis Cup 2009 bis 2011

Der Beschwerdegegner berichtete in folgendem Ausmaß über die Begegnungen der österreichischen Nationalmannschaft im Rahmen des Tennis Davis Cups in den Jahren 2009, 2010 und 2011 in einer Weise, die über die bloße Mitteilung des Ergebnisses des jeweiligen Sportbewerbs hinausging:

#### 2.4.1. Tennis Davis Cup 2009: Österreich gegen Deutschland und Österreich gegen Chile

Tennis	Kanal	Art	Titel	Datum	Beginn	Ende	Sendungs- länge hh:min:sek	Sendevolu- men nach TV-Kanal
Daviscup	ORF Sport+	Live	Tennis Daviscup Deutschland-Österreich Melzer-Kohlschreiber und	06.03.	14:20	23:01	08:41:06	21:00:18
Daviscup	ORF Sport+	Live	Tennis Daviscup Deutschland-Österreich Doppel: Kiefer/Kohlschreit	07.03.	13:20	18:00	03:53:24	
Daviscup	ORF Sport+	Live	Tennis Daviscup Deutschland-Österreich Kiefer-Melzer und Kas-Kou	08.03.	12:50	17:49	04:25:46	
Daviscup	ORF Sport+	Zsfg./HL	Tennis Daviscup Deutschland-Österreich HL Doppel: Kiefer/Kohlschr	07.03.	20:15	22:45	01:35:02	
Daviscup	ORF Sport+	Zsfg./HL	Tennis Daviscup Deutschland-Österreich HL Daviscup AUT-GER	08.03.	20:15	22:42	02:25:00	08:25:53
Daviscup	ORF1	Live	Tennis Daviscup Deutschland-Österreich Koubek-Schüttler	06.03.	14:20	18:29	04:09:58	
Daviscup	ORF1	Live	Tennis Daviscup Deutschland-Österreich Doppel: Kiefer/Kohlschreit	07.03.	13:51	16:05	02:14:00	
Daviscup	ORF1	Live	Tennis Daviscup Deutschland-Österreich SWITCH: Doppel: Kiefer/Kg	07.03.	16:20	18:13	00:24:12	
Daviscup	ORF1	Live	Tennis Daviscup Deutschland-Österreich Interviews Daviscup	07.03.	16:20	18:13	00:06:24	00:00:46
Daviscup	ORF1	Live	Tennis Daviscup Deutschland-Österreich SWITCH: Melzer-Kiefer	08.03.	13:34	15:38	01:25:55	
Daviscup	ORF1	Beitrag	Tennis Daviscup Deutschland-Österreich	08.03.	17:25	19:05	00:05:24	
Daviscup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup Deutschland-Österreich 0:1 Koubek-Schüttler	06.03.	19:54	20:00	00:00:53	
Daviscup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup Deutschland-Österreich Knowle/Peya mussten sich	07.03.	19:55	20:01	00:00:48	00:00:36
Daviscup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup Deutschland-Österreich	08.03.	19:55	20:00	00:00:36	
							<b>29:28:28</b>	

Tennis	Kanal	Art	Titel	Datum	Beginn	Ende	Sendungs- länge hh:min:sek	Sendevolu- men nach TV-Kanal
Daviscup	ORF Sport+	Live	Tennis Daviscup:Chile-Ö: Einzel: Massu-Melzer, Capdeville-Koubek	18.09.2009	21:50	06:10	08:20:25	21:04:01
Daviscup	ORF Sport+	Live	Tennis Daviscup: Chile-Ö: Doppel Capdeville/Massu-Knowle/Melzer	19.09.2009	00:55	03:30	02:35:11	
Daviscup	ORF Sport+	Live	Tennis Daviscup: Chile-Ö: Einzel: Capdeville-Melzer, Pause WH Doppel; Massu-Koubek	20.09.2009	21:55	08:03	10:08:25	
Daviscup	ORF1	Beitrag	Daviscup CHI-AUT Einzel: Massu-Melzer, Capdeville-Koubek	18.09.2009	00:46	00:58	00:00:20	00:04:30
Daviscup	ORF1	Beitrag	Daviscup CHI-AUT Doppel	20.09.2009	12:08	12:48	00:00:20	
Daviscup	ORF1	Beitrag	Daviscup CHI-AUT	20.09.2009	18:00	19:02	00:03:50	00:04:11
Daviscup	ORF2	Beitrag	Daviscup CHI-AUT	19.09.2009			00:00:47	
Daviscup	ORF2	Beitrag	Daviscup CHI-AUT 2:0	19.09.2009	19:54	19:59	00:00:46	
Daviscup	ORF2	Beitrag	Davis Cup CHI-AUT	20.09.2009	19:55	19:59	00:00:47	
Daviscup	ORF2	Beitrag	Daviscup CHI-AUT	21.09.2009			00:00:50	
Daviscup	ORF2	Beitrag	Daviscup CHI-AUT	21.09.2009	19:55	19:59	00:01:01	
							<b>21:12:42</b>	

## 2.4.2. Tennis Davis Cup 2010: Österreich gegen Slowakei und Österreich gegen Israel

Tennis	Kanal	Art	Titel	Datum	Beginn	Ende	Sendungs- länge hh:mm:sek	Sendevolu- men nach TV-Kanal
Daviscup	ORF Sport+	Live	Tennis Daviscup AUT-SVK Köllerer-Latzko; Melzer-Kilizan	05.03.	12:50	19:30	06:27:54	14:06:33
Daviscup	ORF Sport+	Live	Tennis Daviscup AUT-SVK Melzer/Knowle-Mertinak/Polasek	06.03.	14:00	18:06	02:49:50	
Daviscup	ORF Sport+	Live	Tennis Daviscup AUT-SVK Melzer-Latzko; Köllerer-Klizan	07.03.	12:50	18:41	04:48:49	03:47:08
Daviscup	ORF1	Live	Tennis Daviscup AUT-SVK Melzer-Kilizan	05.03.	12:59	16:25	03:25:17	
Daviscup	ORF1	Zsfg/HL	Tennis Daviscup AUT-SVK Doppel	06.03.	15:11	18:51	00:10:27	
Daviscup	ORF1	Zsfg/HL	Tennis Daviscup AUT-SVK Melzer-Laczko	07.03.	13:50	15:45	00:03:00	
Daviscup	ORF1	Zsfg/HL	Tennis Daviscup AUT-SVK Melzer-Laczko	07.03.	13:50	15:45	00:05:10	
Daviscup	ORF1	Zsfg/HL	Tennis Daviscup AUT-SVK Melzer-Laczko	07.03.	13:50	15:45	00:03:14	00:01:47
Daviscup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup AUT-SVK 1. Tag	05.03.	19:55	20:00	00:00:45	
Daviscup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup AUT-SVK 2. Tag	06.03.	19:54	19:59	00:00:15	
Daviscup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup AUT-SVK 3. Tag	07.03.	19:54	19:59	00:00:44	
							17:55:25	

Tennis	Kanal	Art	Titel	Datum	Beginn	Ende	Sendungs- länge hh:mm:sek	Sendevolu- men nach TV-Kanal
Daviscup	ORF Sport+	Live	Tennis Daviscup Playoff: Israel-Österreich/Tag 1	16.09.2010	12:55	18:20	05:09:38	05:09:38
Daviscup	ORF1	Live	Tennis Daviscup Israel-Österreich Tag 2	17.09.2010	10:55	13:35	02:50:30	07:16:24
Daviscup	ORF1	Live	Tennis Daviscup Playoff: Israel-Österreich 3. Einzel Melzer	19.09.2010	13:27	18:05	04:21:19	
Daviscup	ORF1	Beitrag	Tennis Daviscup Playoff: Israel-Österreich	19.09.2010	18:12	19:12	00:04:35	00:04:39
Daviscup	ORF2	Beitrag	Vorschau Davis Cup Israel-Österreich	15.09.2010	19:54	19:59	00:00:48	
Daviscup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup Playoff: Israel-Österreich	16.09.2010	19:56	20:00	00:00:51	
Daviscup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup Playoff: Israel-Österreich Doppel	17.09.2010	19:54	19:59	00:00:58	
Daviscup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup Playoff: Israel-Österreich vor Schlusstag	18.09.2010	19:54	19:59	00:00:30	
Daviscup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup Playoff: Israel-Österreich	19.09.2010	19:59		00:00:35	
Daviscup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup Playoff: Israel-Österreich Schlusstag	19.09.2010	19:55	20:00	00:00:57	
							12:30:41	

## 2.4.3. Tennis Davis Cup 2011 Österreich gegen Frankreich

Tennis	Kanal	Art	Titel	Datum	Beginn	Ende	Sendungs- länge hh:mm:sek	Sendevolu- men nach TV-Kanal
Davis Cup	ORF Sport+	Live	Tennis Daviscup Österreich-Frankreich: Melzer-Chardy	04.03.	13:48	17:05	03:17:54	16:30:30
Davis Cup	ORF Sport+	Live	Tennis Daviscup Österreich-Frankreich: Koubek-Simon	04.03.	17:05	19:00	01:54:06	
Davis Cup	ORF Sport+	Live	Tennis Daviscup Österreich-Frankreich: Melzer/Marach-Llodra/Benn	05.03.	13:55	18:00	03:18:30	
Davis Cup	ORF Sport+	Live	Tennis Daviscup Österreich-Frankreich: Melzer-Simon	06.03.	13:25	22:45	05:04:00	
Davis Cup	ORF Sport+	Live	Tennis Daviscup Österreich-Frankreich: Fischer-Chardy	06.03.	13:25	22:45	02:56:00	00:51:42
Davis Cup	ORF1	Live	Tennis Daviscup Österreich-Frankreich Melzer-Chardy	04.03.	12:38	14:36	00:06:49	
Davis Cup	ORF1	Live	Tennis Daviscup Österreich-Frankreich Melzer-Chardy	04.03.	14:36	15:27	00:12:40	
Davis Cup	ORF1	Beitrag	Tennis Daviscup Österreich-Frankreich: Melzer-Chardy & Interview	04.03.	15:31	17:28	00:01:16	
Davis Cup	ORF1	Live	Tennis Daviscup Österreich-Frankreich: Melzer/Marach-Llodra/Benn	05.03.	13:28	17:12	00:16:14	
Davis Cup	ORF1	Live	Tennis Daviscup Österreich-Frankreich: Melzer-Simon	06.03.	13:25	15:44	00:10:45	00:06:09
Davis Cup	ORF1	Beitrag	Tennis Daviscup Österreich-Frankreich: Melzer	06.03.	18:04	18:51	00:03:58	
Davis Cup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup 1. Tag Österreich-Frankreich; Gesamtstand: 0:2	04.03.	19:55	20:00	00:00:56	
Davis Cup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup Österreich-Frankreich: Melzer/Marach-Llodra/Benn	05.03.	19:53	20:00	00:00:33	
Davis Cup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup Österreich-Frankreich: Melzer-Simon	06.03.	19:52	19:58	00:00:41	
Davis Cup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup Fischer-Chardy	06.03.	19:52	19:58	00:00:15	
Davis Cup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup Resüme	07.03.	19:55	20:00	00:01:01	
Davis Cup	ORF2	Beitrag	nach Tennis Daviscup Kritik an Schaller	08.03.	19:55	20:00	00:01:37	
Davis Cup	ORF2	Beitrag	Tennis Daviscup Schaller geht, Koubek will Daviscup-Kapitän werden	23.05.	19:55	20:00	00:01:06	
							17:28:21	

## 2.5. Fernsehberichterstattung der privaten Rundfunkveranstalter über den Davis Cup 2009 bis 2011

Die privaten Rundfunkveranstalter berichteten im folgenden Ausmaß über die Sportbewerbe im Rahmen der Tennis Davis Cup Begegnungen mit österreichischer Beteiligung in den Jahren 2009, 2010 und 2011:

### 2.5.1. Tennis Davis Cup 2009

B berichtete als einziger privater Rundfunkveranstalter über die Begegnung Deutschland gegen Österreich im nachfolgend angeführten Ausmaß:

- 06.03.2009 Meldung (kein Bildbericht) 19“ Sekunden
- 07.03.2009 Meldung (kein Bildbericht) 13“ Sekunden
- 08.03.2009 Meldung (kein Bildbericht) 17“ Sekunden.

Über die Begegnungen Chile gegen Österreich in nachfolgend angeführtem Ausmaß:

- 19.09.2009 Moderation 19“ Sekunden und Beitrag 60“ Sekunden
- 20.09.2009 Moderation 16“ Sekunden und Beitrag 55“ Sekunden
- 21.09.2009 Moderation 17“ Sekunden und Beitrag 59“ Sekunden.

### 2.5.2. Tennis Davis Cup 2010

Über die Spiele der Tennis Davis Cup Begegnung Österreich gegen Slowakei wurde an folgenden Tagen im nachfolgenden Ausmaß von B berichtet:

- 05.03.2010 Moderation 14“ Sekunden und Beitrag 55“ Sekunden
- 06.03.2010 Meldung (kein Bildbericht) 9“ Sekunden
- 07.03.2010 Moderation 13“ Sekunden und Beitrag 51“ Sekunden.

Bei der Begegnung Österreich gegen Israel stellt sich das Ausmaß der Berichterstattung auf B folgend dar:

- 16.09.2010 Moderation 13“ Sekunden und Beitrag 59“ Sekunden
- 17.09.2010 Moderation 15“ Sekunden und Beitrag 59“ Sekunden
- 19.09.2010 Moderation 20“ Sekunden und Beitrag 59“ Sekunden.

### 2.5.3. Tennis Davis Cup 2011

Über die Begegnungen Österreich gegen Frankreich berichtete B in folgendem Ausmaß:

- 04.03.2011 Moderation 18“ Sekunden und Beitrag 70“ Sekunden
- 05.03.2011 Moderation 16“ Sekunden und Beitrag 84“ Sekunden
- 06.03.2011 Moderation 18“ Sekunden und Beitrag 78“ Sekunden
- 07.03.2011 Moderation 16“ Sekunden und Beitrag 88“ Sekunden.

## 2.6. Angebotskonzept für ORF SPORT PLUS

Mit Schreiben vom 09.03.2011 übermittelte der Beschwerdegegner der KommAustria ein Angebotskonzept für das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS gemäß § 4b ORF-G (KOA 11.263/11-001). Mit Schreiben vom 04.05.2011 erfolgte durch die KommAustria ein Auftrag zur Ergänzung des Angebotskonzepts. Der Beschwerdegegner übermittelte mit Schreiben vom 26.05.2011 ein ergänztes Angebotskonzept für ORF SPORT PLUS. Mit Beschluss vom 20.07.2011, KOA 11.263/11-002, wurde durch die KommAustria von einer Untersagung des Angebotskonzepts gemäß § 5a Abs. 2 ORF-G abgesehen. Der Beschwerdegegner veröffentlichte am 28.07.2011 das Angebotskonzept auf seiner Website.

Das Angebotskonzept führt unter Punkt 2.1. „Inhaltskategorien“ bei „Live-Übertragungen mit österreichischer Beteiligung im Ausland“ ganz allgemein „Tennis“ an, ohne näher auf spezifische Bewerbe einzugehen. Unter Punkt 2.9. „Einhaltung der Vorgaben des ORF-G (insb. Vereinbarkeit mit dem öffentlich-rechtlichen Kernauftrag gem. § 4 ORF G)“ wird ausgeführt, dass „die gesetzlichen Vorgaben des § 4b Abs 4 ORF-G [...] einen Rahmen für die Qualifikation als Premium-Sportbewerb [vorsehen]. Die Entscheidung, ob einem Sportbewerb in der österreichischen Medienberichterstattung breiter Raum zukommt bzw welcher Zeitabstand zum Bewerb eingehalten werden muss, dass die Qualifikation als Premium-Sportbewerb nicht mehr besteht, kann dabei nur im Einzelfall getroffen werden.“

*Hierbei wird insbesondere auf wettbewerbsrechtliche Auswirkungen Bedacht genommen, in deren Beurteilung auch eine allfällig bestehende Vermarktbarkeit einfließen kann. Dabei ist davon auszugehen, dass eine Wiederholung von "Premium-Sportbewerben" nicht am Tag des Bewerbs sondern frühestens nach Ablauf von 24 Stunden stattfindet.“*

Im Anhang unter Punkt 3. des Angebotskonzepts findet sich unter dem „*möglichen Themenkatalog für Sendungen in ORF SPORT PLUS für das Jahr 2011*“ unter anderem „*Tennis: Kitzbühel Herren ATP, Wr. Stadthalle ATP Herren, Linz WTA Damen, Bad Gastein WTA Damen, Davis Cup, Fed Cup, Internationale ATP-Turniere, Highlights*“.

### **3. Beweiswürdigung**

Die Feststellungen zum Begehren der Beschwerdeführer sowie zu ihrem wesentlichen Vorbringen ergeben sich aus der Beschwerde vom 28.10.2011, sowie den weiteren Schriftsätzen vom 02.12.2011, 28.02.2012, 14.06.2012, 05.07.2012 und vom 01.08.2012.

Die Feststellungen zum Vorbringen des Beschwerdegegners ergeben sich aus dessen Schriftsätzen vom 18.11.2011, 19.12.2011, 20.03.2012, 14.06.2012, 06.07.2012 sowie vom 31.07.2012.

Die Feststellungen zur Stellungnahme des Public-Value-Beirats ergeben sich aus dessen Schreiben vom 29.11.2011.

Die Feststellungen zur Ausstrahlung der Sendungen in ORF SPORT PLUS ergeben sich aus der Einsichtnahme in die vom Beschwerdegegner vorgelegten Aufzeichnungen. Die Feststellungen zum Umfang der Medienberichterstattung ergeben sich aus dem schriftlichen Vorbringen der Parteien in den genannten Schriftsätzen, den amtswegig durchgeführten stichprobenartigen Beweisaufnahmen der Behörde, sowie den vorgelegten Aufzeichnungen und Beilagen der Parteien, in welche die KommAustria Einsicht genommen hat.

Die Feststellungen zum Angebotskonzept für das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS, die Nicht-Untersagung und die Veröffentlichung des Angebotskonzepts ergeben sich aus den zitierten Akten der KommAustria.

## **4. Rechtliche Beurteilung**

### **4.1. Zuständigkeit der Behörde und Beschwerdevoraussetzungen**

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

§ 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;*

*[...]*

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

[...]

(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) Der Österreichische Rundfunk hat von allen seinen Sendungen und Online-Angeboten Aufzeichnungen herzustellen und diese mindestens zehn Wochen aufzubewahren. Im Falle einer Aufforderung der Regulierungsbehörde hat er dieser die gewünschten Aufzeichnungen zur Verfügung zu stellen. Überdies hat er jeder Person, die daran ein rechtliches Interesse darzutun vermag, Einsicht in die Aufzeichnungen zu gewähren.“

## 4.2. Zur Beschwerdelegitimation

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, 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).

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 ORF (vgl. etwa BKS 25.09.2006, 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).

### 4.2.1. Zur Beschwerdelegitimation der A, B und D bis N

Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners erachtet die KommAustria die Beschwerdelegitimation der oben genannten Beschwerdeführer als gegeben:

Dass es die Beschwerdeführer es verabsäumt hätten, ihrer Obliegenheit zur Darlegungen einer substantiierten Behauptung einer Rechtsverletzung nachzukommen, ist für die KommAustria nicht ersichtlich. Es entspricht der ständigen – durch die Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts abgesicherten – Spruchpraxis, dass für die Beschwerdelegitimation gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G schon die „Behauptung“ einer materiellen oder immateriellen Schädigung genügt, die „zumindest im Bereich der Möglichkeit liegen muss, dh. sie darf nicht von vornherein ausgeschlossen sein“ (vgl. die Judikaturhinweise in *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz<sup>3</sup>, 332 ff.). Einen konkreten Beweis für den behaupteten Verstoß, und damit auch den Beweis für das exakte Ausmaß der Medienberichterstattung, haben die Beschwerdeführer hierbei nicht zu erbringen. Ihrer Obliegenheitsverpflichtung zur Darlegung der konkreten Überlegungen des vermuteten Verstoßes gegen § 4b ORF-G sind die Beschwerdeführer insoweit nachgekommen, als sie dargetan haben, dass aufgrund der Prognostizierbarkeit des jährlich stattfindenden Sportbewerbs sowie des Umfangs der Medienberichterstattung seit 2009 eine Ausstrahlung im Sport-Spartenprogramm aufgrund des breiten Raumes in der Medienberichterstattung einen Verstoß gegen § 4b ORF-G darstellt. Um dieses breite Interesse zu untermauern, haben die Beschwerdeführer ein Konvolut der Berichterstattung zu den Begegnungen des Tennis Davis Cup der Jahre 2009 bis 2011 vorgelegt. Da als Hinweise für einen „breiten Raum“ der Berichterstattung bereits „größere Überschriften und Bildberichterstattung sowie Hinweise auf den Titelseiten von Zeitungen“ (vgl. BKS 11.11.2004, 611.003/0035-BKS/2004) dienen können, haben die Beschwerdeführer mit der

Vorlage der der Beschwerde beigelegten Berichte ihre Behauptung im hinreichenden Maße substantiiert. Dass die Beschwerdeführer der Aufforderung der Behörde zur Darlegung des relativen Ausmaß im Verhältnis zur gesamten Sportberichterstattung sowie zur Vorlage der entsprechenden Sportteile, unter Hinweis auf die behördliche Ermittlungsverpflichtung, nicht nachgekommen sind, war insofern irrelevant und daher nicht weiter zu vertiefen.

Ferner ist festzuhalten, dass diese beschwerdeführenden Unternehmen allesamt Fernsehveranstalter sind, die 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 von Premium-Sportbewerben im Sport-Spartenprogramm die Attraktivität dieses 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 Übertragung von Premium-Sportbewerben im Sport-Spartenprogramm Zuseher von konkurrierenden Sendern abwandern, was im Ergebnis zu einem Abfluss der Werbeeinnahmen führt und insoweit die wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt werden. Die Beschwerdelegitimation im Sinne des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G ist daher im vorliegenden Fall gegeben (vgl. schon BKS 12.12.2004, 611.933/0003-BKS/2004).

#### **4.2.2. 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 (und damit mittelbar) 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 Unternehmen (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.

#### **4.3. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde**

Die Beschwerde wurde am 28.10.2011 erhoben und bezieht sich auf den Zeitraum vom 16.09.2011 bis zum 18.09.2011. Dieser Zeitraum liegt zur Gänze innerhalb der sechswöchigen Beschwerdefrist gemäß § 36 Abs. 3 ORF-G, sodass die Beschwerde rechtzeitig erhoben wurde.

#### **4.4. Stellungnahme des Public-Value-Beirats**

Gemäß § 6c Abs. 3 ORF-G ist dem Public-Value-Beirat in jenen Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, in denen durch die Regulierungsbehörde von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde oder eines Antrags festzustellen ist, ob ein gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G bereitgestelltes Angebot oder ein gemäß § 3 Abs. 8 ORF-G veranstaltetes Programm dem durch die §§ 4b bis 4f ORF-G und die Angebotskonzepte (§ 5a ORF-G), einschließlich allfälliger nach § 6b Abs. 2 ORF-G erteilter Auflagen, gezogenen Rahmen entsprechen.

Aus der Formulierung der Bestimmung lässt sich ableiten, dass der Public-Value-Beirat im Hinblick auf die Einhaltung der genannten gesetzlichen Bestimmungen zu hören ist.

Im vorliegenden Verfahren wird von den Beschwerdeführern eine Feststellung zur Zulässigkeit der Ausstrahlung bestimmter Sportbewerbe im Rahmen des Sport-Spartenprogrammes begehrt. Im Verfahren geht es somit um die Frage, ob und inwieweit das ausgestrahlte Programm im Sinne des § 3 Abs. 8 ORF-G dem durch § 4b ORF-G sowie dem Angebotskonzept gezogenen gesetzlichen Rahmen entspricht. Die KommAustria hat daher dem Public-Value-Beirat Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt, von welcher dieser mit seinem Schreiben vom 29.11.2011 Gebrauch gemacht hat.

#### **4.5. Behauptete Verletzung der Bestimmungen des § 4b ORF-G**

#### 4.5.1. Zum Prüfungsmaßstab

Die Beschwerdeführer bringen in ihrer Beschwerde vor, der Beschwerdegegner verletze die Bestimmung des § 4b ORF-G insbesondere in dessen Abs. 4, welche ihm eine Ausstrahlung von Premium-Sportbewerben im Sport-Spartenprogramm (ORF SPORT PLUS) verbiete.

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH ist für eine behördliche Entscheidung im Allgemeinen die im Zeitpunkt der Erlassung eines Bescheides geltende Rechtslage anzuwenden (vgl. u.a. VwGH vom 18.05.1995, 95/06/0092; VwGH vom 25.04.2001, 2000/10/0187). Es kann jedoch eine andere Betrachtungsweise dann geboten sein, wenn etwa der Gesetzgeber in einer Übergangsbestimmung zum Ausdruck bringt, dass „auf anhängige Verfahren noch das bisher geltende Gesetz anzuwenden ist. Weiters wird eine andere Betrachtungsweise auch dann Platz zu greifen haben, wenn darüber abzusprechen ist, was an einem bestimmten Stichtag oder in einem konkreten Zeitraum Rechtsens war“ (vgl. VwGH 04.05.1977, 898/75; VwGH 15.11.2006, 2006/12/0093). Der letztgenannte Fall liegt hier vor, da Gegenstand des Verfahrens die Klärung der Frage ist, ob der ORF zum Zeitpunkt der Ausstrahlung die Grenzen des Gesetzes bzw. des Angebotskonzepts eingehalten hat. Daher ist die mit der Novelle des ORF-G (BGBl. I Nr. 15/2012) geänderte Fassung des § 4b ORF-G unbeachtlich und auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der behaupteten Rechtsverletzung abzustellen.

§ 4b ORF-G in der hier maßgeblichen Fassung (BGBl. I Nr. 50/2010) lautet auszugsweise wörtlich:

#### **„Sport-Spartenprogramm**

*§ 4b. (1) Der Österreichische Rundfunk hat nach Maßgabe der wirtschaftlichen Tragbarkeit ein Fernseh-Spartenprogramm zu veranstalten, das der insbesondere aktuellen Berichterstattung über Sportarten und Sportbewerbe – einschließlich der Ausstrahlung von Übertragungen von Sportbewerben – dient, denen üblicherweise in der österreichischen Medienberichterstattung kein breiter Raum zukommt. In diesem Programm hat der Österreichische Rundfunk insbesondere:*

- 1. die Bevölkerung umfassend über sportliche Fragen zu informieren (§ 4 Abs. 1 Z 1);*
- 2. das Interesse der Bevölkerung an aktiver sportlicher Betätigung zu fördern (§ 4 Abs. 1 Z 15);*
- 3. das Verständnis des Publikums für weniger bekannte Sportarten und ihre Ausübungsregeln zu fördern;*
- 4. über Sportarten und –bewerbe zu berichten, die auch aus dem Blickwinkel des Breitensports von Interesse sind;*
- 5. regionale Sportveranstaltungen zu berücksichtigen;*
- 6. über gesundheitsbezogene Aspekte des Sports und die Gefahren des Dopings zu berichten;*
- 7. Sportbewerbe zu übertragen, wenn eine solche Übertragung Voraussetzung für eine Veranstaltung von Sportbewerben in Österreich oder für das Antreten österreichischer Sportler oder Sportmannschaften bei internationalen Bewerben ist und eine solche Übertragung durch andere Fernsehveranstalter, deren Programme in Österreich empfangbar sind, nicht zu erwarten ist.*

*Es ist überwiegend über Sportarten und –bewerbe zu berichten, die in Österreich ausgeübt oder veranstaltet werden oder an denen österreichische Sportler oder Mannschaften teilnehmen.*

*(2) [...]*

*(3) [...]*

*(4) Sportbewerbe, denen in der österreichischen Medienberichterstattung breiter Raum zukommt (Premium-Sportbewerb), dürfen im Sport-Spartenprogramm nicht gezeigt werden. Zu diesen Sportbewerben zählen insbesondere:*

1. *Bewerbe der obersten österreichischen bundesweiten Herren-Profi-Fußballliga, soweit es sich nicht um Bewerbe der Nachwuchsklassen handelt;*

2. *Bewerbe europäischer grenzüberschreitender Herren-Profi-Fußballligen und Cup-Bewerben sowie Bewerbe von Herren-Profi-Fußballwelt- und Europameisterschaften, soweit es sich nicht um Bewerbe der Nachwuchsklassen oder um Qualifikationsspiele von geringem öffentlichen Interesse handelt;*

3. *Bewerbe des alpinen oder nordischen Schiweltcups und Bewerbe von alpinen oder nordischen Schiweltmeisterschaften.*

4. *Bewerbe von olympischen Sommer- und Winterspielen, sofern nicht ausnahmsweise diesen Bewerben in der österreichischen Medienberichterstattung kein breiter Raum zukommt;*

5. *Bewerbe der Formel 1.*

*Eine Ausstrahlung der im ersten Satz genannten Sportbewerbe in einem angemessenen Zeitabstand zum Bewerb, welcher dazu führt, dass die Qualifikation als Premium-Sportbewerb nicht mehr besteht, ist zulässig.*

*(5) Für das Sport-Spartenprogramm ist ein Angebotskonzept (§ 5a) zu erstellen.“*

#### **4.5.2. Angebotskonzept für ORF SPORT PLUS**

Der Beschwerdegegner ist seiner Verpflichtung zur Veröffentlichung des nicht untersagten Angebotskonzepts am 28.07.2011 nachgekommen. Gemäß § 5a Abs. 2 ORF-G darf das Programm oder Angebot beginnend mit der Veröffentlichung des Angebotskonzepts veranstaltet werden. Es ist daher davon auszugehen, dass dieses Angebotskonzept für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts, der allesamt Ausstrahlungen nach Ablauf des Veröffentlichungsdatums erfasst, als Anknüpfungspunkt zur Konkretisierung des öffentlich-rechtlichen Auftrages nach § 4b ORF-G heranzuziehen ist.

Das Angebotskonzept beinhaltet zwar nun bei der Beschreibung der Inhaltskategorien einen allgemeinen Hinweis auf Tennis-Liveübertragungen mit österreichischer Beteiligung im Ausland. Aus den Angaben unter Punkt 2.9. zur Einhaltung der Vorgaben des ORF-Gesetzes, insbesondere zur Vereinbarkeit mit dem öffentlich-rechtlichen Kernauftrag, folgt jedoch, dass hinsichtlich konkreter Bewerbe auf eine Einzelfallentscheidung anhand der Medienberichterstattung abzustellen ist. Dies ist insoweit konsequent, als das Angebotskonzept einen vergleichsweise „starr“ Rahmen umschreiben muss, der nicht jede denkmögliche Konstellation, die sich aus der dynamischen Entwicklung von Sportarten – insbesondere der Möglichkeit des Entstehens von besonders außergewöhnlichen oder prestigeträchtigen Faktoren, und dem korrespondierenden medialen Interesse an ihnen ergeben kann – antizipieren kann, ohne in eine unüberschaubare Kasuistik auszuarten. Aus dem Angebotskonzept kann demnach nicht gefolgert werden, dass eine Festlegung, die zum Zeitpunkt der Nichtuntersagung den gesetzlichen Vorgaben des § 4b ORF-G entsprochen hat, für die Zukunft einer Neueinschätzung entzogen wäre. Dem Argument des Beschwerdegegners, es seien lediglich die nicht im Angebotskonzept genannten Sportbewerbe und Sportarten einer Prüfung zu unterziehen (was der Beschwerdegegner aus der gegenständlich nicht relevanten „Generalklausel“ zu der im Angebotskonzept unter Punkt 2.1 enthaltenen Kategorie „Sportübertragungen allgemein“ ableitet), kann daher nicht gefolgert werden.

Auch ist aus der ausdrücklichen Nennung des Davis Cups im Anhang unter Punkt 3. des Angebotskonzepts beim „*möglichen Themenkatalog für Sendungen in ORF SPORT PLUS für das Jahr 2011*“ nichts für die Zulässigkeit einer Ausstrahlung zu gewinnen. Im Besonderen ist darauf zu verweisen, dass ein Vergleich mit anderen Aufzählungen in diesem indikativen Themenkatalog, wie zum Beispiel „*Handball: Handball Liga Austria, Handball Europa-Cup Spiele, Diverse EM und WM Qualifikationsspiele LIVE*“ oder „*Basketball: Basketball Live Spiele Meisterschaft, Diverse EM + WM Qualifikationsspiele der Österreichischen Nationalmannschaften*“, eher in die Richtung deutet, dass eine Live-Übertragung des Davis Cups zwar möglich, aber nicht zwingend in Aussicht genommen war.

Zusammengefasst ist daher festzuhalten, dass das Angebotskonzept die Live-Übertragung von Tennis-Bewerben mit österreichischer Beteiligung zwar grundsätzlich deckt. Die konkrete Zulässigkeit der Live-Ausstrahlung von Davis Cup Spielen richtet sich jedoch nach einer dynamischen Einzelfallbetrachtung anhand der in § 4b ORF-G festgelegten Kriterien.

#### **4.5.3. Prüfungsmaßstab des § 4b ORF-G**

Gemäß § 4b Abs. 1 ORF-G hat der Beschwerdegegner nach Maßgabe der wirtschaftlichen Tragbarkeit ein Fernseh-Spartenprogramm zu veranstalten, das der insbesondere aktuellen Berichterstattung über Sportarten und Sportbewerbe – einschließlich der Ausstrahlung von Übertragungen von Sportbewerben – dient, denen in der österreichischen Medienberichterstattung üblicherweise kein breiter Raum zukommt. Ergänzend zum indikativen Katalog des § 4b Abs. 1 Z 1 bis 7 ORF-G hinsichtlich der „jedenfalls“-Inhalte des Sport-Spartenprogramms, enthält § 4b Abs. 4 ORF-G ein grundsätzliches Verbot der Ausstrahlung von Sportbewerben, denen in der österreichischen Medienberichterstattung breiter Raum zukommt (Premium-Sportbewerbe).

##### **4.5.3.1. Grundsätze nach der Entscheidung des BKS vom 23.05.2012, GZ 611.941/0004-BKS/2012**

Der Bundeskommunikationssenat (BKS) hatte sich aufgrund eines Beschwerdeverfahrens hinsichtlich der Zulässigkeit der Ausstrahlung bestimmter Sportbewerbe im Programm ORF SPORT PLUS bereits mit der Auslegung dieser Bestimmung auseinandersetzen. Aus der maßgeblichen Entscheidung vom 23.05.2012, GZ 611.941/0004-BKS/2012, ergeben sich demnach folgende Grundsätze:

Bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes „breiter Raum“ in § 4b ORF-G ist zunächst davon auszugehen, dass keine inhaltliche Parallelität zwischen der Wendung „breiter Raum“ in § 4b ORF-G und der in § 5 Abs. 1 FERG benutzten Wendung „breiter Niederschlag“ besteht, so dass die zu § 5 FERG ergangene Judikatur nicht zur Auslegung der Wendung „breiter Raum“ in § 4b ORF-G herangezogen werden kann. Der BKS vertritt die Auffassung, dass vielmehr der Wertungsmaßstab, welcher zur Auslegung der Wendung „breiter Raum“ maßgeblich ist, bereits in der Liste des § 4b Abs. 4 Z 1 bis 5 ORF-G erkennbar ist: *„Sportbewerbe, denen ein ähnlich ‚breiter Raum‘ in der Medienberichterstattung eingeräumt wird wie den in der Liste angeführten Bewerben, dürfen daher nicht im Sport-Spartenprogramm gezeigt werden. Es ist folglich ein Vergleich zwischen dem konkret zu beurteilenden Sportbewerb und den in der Liste angeführten Sportbewerben hinsichtlich ihres medialen Niederschlags vorzunehmen.“* Insofern bedarf es bei der Auslegung der Wendung „breiter Raum“ im Rahmen des § 4b ORF-G keines Rückgriffes auf die zu § 5 FERG ergangene Judikatur, zumal ein vergleichbarer Anknüpfungspunkt in § 5 FERG für die Auslegung eines „breiten Niederschlags“ nicht enthalten ist. Eine Auseinandersetzung mit den intendierten Regelungszwecken des § 5 FERG und § 4b ORF-G kann folglich unterbleiben.

Gleiches gilt für die – auch im gegenständlichen Verfahren vom Beschwerdegegner geltend gemachte – Berücksichtigung von konkreten Wettbewerbsauswirkungen auf private Rundfunkveranstalter. Nach Auffassung des BKS im zitierten Bescheid ist davon auszugehen, dass § 4b ORF-G in der verfahrensgegenständlich anzuwendenden Fassung einen derartigen Anknüpfungspunkt nicht enthält. Ein solches „Wettbewerbskalkül“ ist erst mit der Novelle des ORF-G (BGBl. I Nr. 15/2012) in Abs. 5 eingefügt worden und daher vorliegend ebenfalls nicht weiter zu vertiefen.

Für die Beurteilung, ob den verfahrensgegenständlichen Spielbegegnungen des Tennis Davis Cups üblicherweise breiter Raum in der österreichischen Medienberichterstattung zukommt, ergibt sich vielmehr ein Prüfungsmaßstab, der für die Beurteilung eines „breiten

Raumes“ in der Medienberichterstattung auf einen Vergleich zu den in der Liste des § 4b Abs. 4 Z 1 bis 5 ORF-G explizit angeführten Sportbewerben hinsichtlich ihres medialen Niederschlags abstellt. Dabei ist davon auszugehen, dass der Prüfungsmaßstab in einer ex-ante-Bewertung der Rechtmäßigkeit der vom Beschwerdegegner zu treffenden Prognoseentscheidung besteht, nicht aber in der bloßen Betrachtung der tatsächlich im Hinblick auf die betreffenden Sportbewerbe stattgefundenen Berichterstattung. Anders ausgedrückt ist als Referenzwert daher nicht auf die Berichterstattung über den konkreten (inkriminierten) Bewerb abzustellen, sondern auf das Ausmaß der Berichterstattung über mit diesem vergleichbare Bewerbe in der Vergangenheit. Aus diesem Grund sind auch die von den Beschwerdeführern mit Schreiben vom 28.02.2012 vorgelegten Medienberichte zur Tennis Davis Cup Begegnung Österreich gegen Russland im Februar 2012 verfahrensgegenständlich irrelevant.

Der vom BKS herausgearbeitete Maßstab führt den unbestimmten Rechtsbegriff des „breiten Raumes“ einer objektiven Beurteilung zu. Erst durch die Herstellung einer Relation kann, wie auch der Public Value Beirat zutreffend gefolgert hat, eine Vergleichbarkeit ermittelt werden. Dass die Beschwerdeführer verneinen, es müsse eine Berücksichtigung der Auftragsbeschreibung des § 4b Abs. 1 Z 1 bis Z 7 ORF-G als Wertungsmaßstab erfolgen, ist insoweit nicht überzeugend, da auch dort als negatives Tatbestandsmerkmal der „breite Raum“ in der Medienberichterstattung Verwendung findet, und dieser gerade nicht durch die Ziffern 1 bis 7 definiert wird.

Nach der zitierten Entscheidung des BKS sind im Rahmen der Ermittlung des medialen Umfangs jene „Medienberichterstattungen“ heranzuziehen, die geeignet sind, einen repräsentativen gesellschaftlichen Querschnitt abzubilden. Vor dem Hintergrund des konkreten Regelungszwecks des § 4b ORF-G, nämlich „massenattraktive Sportübertragungen“ auszuschließen, geht der BKS von einem eingeschränkten Begriffsverständnis aus und folgert, dass insbesondere der Zeitungsberichterstattung sowie der Fernseh(live)berichterstattung im Sportbereich die aussagekräftigste Bedeutung zukommt.

Vom BKS wurden nun in einem ersten Schritt fünf Tageszeitungen („Kronen Zeitung“, „Der Standard“, „Oberösterreichische Nachrichten“, „Tiroler Tageszeitung“, „Kleine Zeitung Steiermark“) ausgewählt und ermittelt, welches räumliche Ausmaß an Berichterstattung den in § 4b Abs. 4 ORF-G ausdrücklich als „Premium-Sportbewerb“ aufgezählten Sportbewerben in der Vergangenheit zukam. Ein relevantes Ausmaß für die Berichterstattung, das einen „breiten Raum“ begründet, liegt nach Auffassung des BKS nur dann vor, wenn zumindest 5 % des jeweiligen Sportteils dem jeweiligen Ereignis gewidmet werden.

Diese Auswertung der Zeitungsberichterstattung über die Premium-Sportbewerbe ergab, dass über diese nicht bloß am Tag des Sportbewerbs und am Tag danach, sondern auch zumindest am Tag davor in entsprechendem Ausmaß berichtet wurde. So wurde am Tag vor dem Skislalom der Damen in Zagreb in einer Zeitung über diesen im Umfang von 7,7 %, über den Formel 1 Grand Prix in Istanbul bereits an beiden Tagen vor dem Rennen in drei Zeitungen im Ausmaß von jeweils deutlich über 10 % und über das Fußballspiel zwischen FC Barcelona und AC Mailand in zwei Zeitungen berichtet.

Am Tag des Sportbewerbs wurde über den Slalom der Damen in Zagreb in drei Zeitungen im Ausmaß von 7,5 % bis 12,5 %, über den Formel 1 Grand Prix in Istanbul in drei Zeitungen im Ausmaß von 6,6 % bis 18 % und über das Fußballspiel FC Barcelona gegen AC Mailand in vier Tageszeitungen im Ausmaß von 5,9 % bis 33 % berichtet.

Am Tag nach dem Sportbewerb wurde über den Slalom der Damen in Zagreb in allen fünf Zeitungen im Ausmaß von 8,3 % bis 33 %, wobei in zwei Zeitungen auch eine Meldung auf der Titelseite erfolgte, über den Formel 1 Grand Prix in Istanbul in fünf Zeitungen im Ausmaß

von 10 % bis 20 % und über das Fußballspiel FC Barcelona gegen AC Mailand in einer Tageszeitung im Ausmaß von 8 % berichtet.

Nach derselben Methode wurde vom BKS in einem weiteren Schritt der „Niederschlag“ in der Fernsehberichterstattung zu den aufgelisteten Premium-Sportereignissen ermittelt, wobei der BKS davon ausgeht, dass Beiträge unter 30 Sekunden nicht über die bloße Mitteilung des Ergebnisses des Sportbewerbs hinausgehen, und daher nicht zur Betrachtung eines „breiten Raumes“ miteinbezogen werden. Das Ausmaß stellt sich wie folgt dar:

Über die Bewerbe des Ski Weltcup Slalom der Damen in Zagreb am 04.01.2011 und des Formel 1 Grand Prix von Istanbul am 08.05.2011 wurde nicht nur am Tag des Ereignisses das konkrete Rennen live auf ORF eins ausgestrahlt, sondern es fand auch eine intensive Vorberichterstattung (Countdown, Vorberichte) statt. Beim Skirennen war ferner eine Analyse Gegenstand von Sendungen. Im Zusammenhang mit dem Formel 1 Grand Prix wurde bereits in den beiden Tagen vor dem Rennen live das Training und das Qualifying in ORF eins übertragen. In beiden Fällen gab es daneben über den jeweiligen Sportbewerb zahlreiche länger als 30 Sekunden dauernde Beiträge in ORF eins und ORF 2. Derartige kürzere Beiträge in ORF eins und ORF 2 konnten auch im Zusammenhang mit dem Fußballspiel der UEFA Champions League zwischen dem AC Mailand und dem FC Barcelona am 13.09.2011 verzeichnet werden. Über dieses Spiel wurde zwar nicht live berichtet, es wurde allerdings im unmittelbaren Anschluss an das Spielende eine ausführliche Zusammenfassung des Spieles in der Dauer von 35 Minuten gezeigt.

B berichtete als privater Rundfunkveranstalter jeweils in berücksichtigungswürdigem Umfang (53 Sekunden, 62 Sekunden sowie 68 Sekunden) über diese drei Premium-Sportbewerbe.

Aus dieser Auswertung folgte der BKS, dass über Premium-Sportbewerbe regelmäßig entweder live oder jedenfalls in einer entsprechend umfassenden Zusammenfassung auf ORF eins oder ORF 2 berichtet wird sowie einige kürzere Beiträge auf ORF eins oder ORF 2 verbreitet werden. So wurde etwa neben der Liveberichterstattung in vier relevanten Beiträgen sowohl über den Sportbewerb „Slalom der Damen in Zagreb“, den Sportbewerb „Formel 1 Grand Prix in Istanbul“ als auch über den Sportbewerb „Spiel der UEFA Champions League zwischen FC Barcelona und AC Mailand“ berichtet. Demgegenüber wurde bei den privaten Rundfunkveranstaltern nur in jeweils einem Beitrag über diese Sportbewerbe berichtet.

#### **4.5.3.2. Vergleichsmaßstab für die KommAustria für die beschwerdegegenständlichen Begegnungen des Tennis Davis Cups im September 2011**

Die Beurteilung, ob einem Sportbewerb in der Vergangenheit eine vergleichbare mediale Bedeutung zugekommen ist, setzt – wie angesprochen – voraus, dass ein vergleichbarer Sportbewerb als Benchmark herangezogen werden kann. Der BKS hat hierzu festgehalten, dass bei der Beurteilung einer Vergleichbarkeit eines Sportbewerbs mit dem konkret zu beurteilenden Sportereignis, verschiedene Faktoren wie der konkrete Austragungsort oder die Beteiligung österreichischer Sportler Berücksichtigung finden müssen.

Aus diesem Grund hat die KommAustria bei den verfahrensgegenständlich zu beurteilenden Tennis Davis Cup Begegnungen als möglichen Vergleichsmaßstab die Tennis Davis Cup Begegnungen der Jahre 2009 und 2010 sowie die Begegnung im März 2011 herangezogen:

##### **4.5.3.2.1. Auswertung der Zeitungsberichterstattung**

In einem ersten Schritt wurden von der KommAustria die fünf auch vom BKS im zitierten Bescheid ausgewählten österreichischen Tageszeitungen („Kronen Zeitung“, „Der Standard“, „Oberösterreichische Nachrichten“, „Tiroler Tageszeitung“, „Kleine Zeitung Steiermark“) für

die Analyse des prozentuellen Anteils der Berichterstattung des Davis Cups am gesamten Sportteil herangezogen. Entsprechend der Rechtsansicht des BKS wurde nur Berichterstattung herangezogen, die über 5 % des Umfanges des jeweiligen Sportteils umfasst, da Berichterstattung, die nicht über die bloße Mitteilung der Ergebnisse hinausgeht („Kurzmeldungen“) und damit nicht geeignet ist einen „breiten Raum“ in der österreichischen Medienberichterstattung zu begründen, ausgeschlossen werden soll.

Die vergleichende Betrachtung der Tennis Davis Cup Begegnungen in der Vergangenheit (März 2009 bis März 2011) stellt sich demnach wie folgt dar:

#### Berichterstattung 2009

Im März 2009 (06.03.2009 bis 08.03.2009, 1. Runde Weltgruppe) bei der Begegnung Österreich gegen Deutschland wurde an allen drei Spieltagen in drei Zeitungen im relevanten Umfang berichtet. Lediglich in zwei Zeitungen wurde nur jeweils an einem der Spieltage im Umfang von 20 % („Der Standard“ am 07.03.2009) und 8,33 % („Oberösterreichische Nachrichten“ am 06.03.2009) berichtet.

Vorberichterstattung im relevanten Ausmaß fand in zwei Zeitungen am 05.03.2009 statt (11,11 % in der „Kronen Zeitung“, 12,5 % in den „Oberösterreichischen Nachrichten“). Hingegen bereiteten vier Zeitungen in größerem Rahmen die Begegnung in der Nachberichterstattung auf (am 09.03.2009 im Ausmaß von 11,6 %, 10 %, 7,14 % und 13,45 %). Lediglich in der Zeitung „Der Standard“ ist feststellbar, dass diese grundsätzlich nicht an allen Tagen berichtete und auch das prozentuale Ausmaß der Berichterstattung stark variierte.

Im September 2009 im Rahmen des Weltgruppenplayoffs der Begegnung Österreich gegen Chile (18.09.2009 bis 21.09.2009), wo das österreichische Team um den Verbleib in der Weltgruppe spielte, fällt auf, dass der Umfang der Berichterstattung geringer ist. Lediglich drei Zeitungen berichteten an den Spieltagen im relevanten Ausmaß (15 % in „Der Standard“ am 18.09.2009, jeweils 6,66 % bzw. 6,0 % in der „Tiroler Tageszeitung“ am 18. und 19.09.2009 bzw. am 20.09.2009 und 12 % in der „Kleine Zeitung (Steiermark)“ am 18.09.2009).

Relevante Vorberichterstattung fand in keiner Zeitung statt. Hingegen fand in allen Zeitungen am 22.09.2009 eine Nachberichterstattung im relevanten Ausmaß über den Abstieg des österreichischen Teams in die Europa/Afrikazone statt.

#### Berichterstattung 2010

Über die Begegnungen im März und September 2010 (Österreich gegen Slowakei vom 05.03.2010 bis zum 07.03.2010, 2. Runde Europa/Afrikazone sowie Österreich gegen Israel vom 16.09.2010 bis zum 19.09.2010, Weltgruppenplayoff) wurde mit wenigen Ausnahmen an einzelnen Spieltagen, in allen fünf Zeitungen im relevanten Ausmaß berichtet, wobei das Ausmaß der einzelnen Berichte im Vergleich zur Berichterstattung über die Tennis Davis Cup Begegnung im September 2009, angestiegen ist.

Relevante Vorberichterstattung fand nur im März 2010 in zwei Zeitungen statt. Die Nachberichterstattung im März 2010 war in allen fünf Zeitungen am 08.03.2010 vorhanden. Hingegen berichteten nur drei Zeitungen im relevanten Ausmaß am 20.09.2010.

#### Berichterstattung 2011

Über die Begegnung im März 2011 (Österreich gegen Frankreich vom 04.03.2011 bis zum 06.03.2011, 1. Runde Weltgruppe) wurde an allen Spieltagen in sämtlichen Zeitungen im relevanten Ausmaß berichtet.

Die Vorberichterstattung erreichte am 03.03.2011 lediglich in der „Kronen Zeitung“ ein relevantes Ausmaß. Im Rahmen der Nachberichterstattung wurde in drei Zeitungen in relevantem Umfang berichtet.

#### Ergebnis der Zeitungsberichterstattung

Eine Gesamtbetrachtung der Zeitungsberichterstattung über die Tennis Davis Cup Begegnungen in der Vergangenheit führt zu dem Ergebnis, dass die Zeitungsberichterstattung insgesamt ein Ausmaß erreichte, das mit jenem der Premium-Sportbewerbe grundsätzlich vergleichbar ist.

Lediglich das Relegationsspiel der Begegnung Österreich gegen Chile im September 2009 erreichte kein vergleichbares Ausmaß der Berichterstattung, welches eine Einordnung als „Premium-Sportbewerb“ anhand der Zeitungsberichterstattung rechtfertigen würde.

#### **4.5.3.2.2. Fernsehberichterstattung**

Die Auswertung der Fernsehberichterstattung über die Begegnungen des Tennis Davis Cups der Jahre 2009, 2010 und 2011 ergibt folgendes Bild:

##### Fernsehberichterstattung 2009

Sämtliche Spiele der Begegnungen Österreich gegen Deutschland vom 06.03.2009 bis zum 08.03.2009 wurden live auf ORF SPORT PLUS ausgestrahlt. Teilweise zeitgleich wurde über einzelne Begegnungen live auf ORF eins berichtet. Ergänzend wurde über nahezu jedes dieser Spiele auf ORF eins und ORF 2 in relevantem Umfang berichtet.

Im Hinblick auf die Begegnung Österreich gegen Chile vom 18.09. bis zum 21.09.2009 wurden sämtliche Begegnungen auf ORF SPORT PLUS live ausgestrahlt. In den Programmen ORF eins und ORF 2 wurden ergänzend Beiträge gesendet, welche bis auf eine Ausnahme (ORF eins am 20.09.2009) eine Länge von einer Minute nicht überstiegen.

Bei den privaten Rundfunkveranstaltern gab es im März 2009 keine Berichterstattung im relevanten Ausmaß. Im September 2009 berichtete B an allen drei Spieltagen mit jeweils einem Beitrag im Ausmaß von 55 bis 60 Sekunden.

##### Fernsehberichterstattung 2010

Die Auswertung der Berichterstattung des ORF im Jahr 2010 ergibt ein differenzierteres Bild:

Während die Begegnung Österreich gegen Slowakei vom 05.03. bis zum 07.03.2010 am ersten Spieltag parallel live auf ORF eins und ORF SPORT PLUS übertragen wurde, sind die übrigen Spielbegegnungen live auf ORF SPORT PLUS und in einer Zusammenfassung auf ORF eins übertragen worden. Relevante Beiträge wurden ebenfalls auf ORF 2 an allen drei Spieltagen gesendet.

Hingegen wurde über die Begegnungen Österreich gegen Israel vom 16.09. bis zum 19.09.2010 hauptsächlich auf ORF eins live berichtet und ergänzend ein Beitrag von 04:35 Minuten am 19.09.2010 gesendet. Lediglich das Auftaktspiel am 16.09.2010 wurde live auf ORF SPORT PLUS übertragen. Darüber hinaus gab es an allen Spieltagen sowie am Tag zuvor insgesamt sechs Beiträge auf ORF 2 (30 bis 58 Sekunden).

B berichtete, mit Ausnahme des 06.03.2010, an allen Spieltagen der Begegnungen 2010 im relevanten Umfang mit jeweils einem Beitrag im Ausmaß von 51 bis 59 Sekunden.

## Fernsehberichterstattung 2011

Bei der Begegnung Österreich gegen Frankreich vom 04.03. bis zum 06.03.2011 wurden sämtliche Begegnungen live auf ORF SPORT PLUS übertragen. Parallel dazu fanden im Programm ORF eins am 04.03. und am 05.03.2011 Liveübertragungen in geringerem zeitlichen Umfang statt, wobei insgesamt ca. 50 Minuten live übertragen wurden. Ergänzend wurden an allen Spieltagen Beiträge von relevantem Umfang auf ORF 2 gesendet.

B berichtete an allen Spieltagen mit jeweils einem Beitrag im Ausmaß von 70 bis 88 Sekunden über die einzelnen Begegnungen.

### Ergebnis der Fernsehberichterstattung

Zunächst ist festzuhalten, dass der BKS als gewichtiges Indiz für die Annahme, ein Sportbewerb stelle „Premium-Sport“ dar, eine Ausstrahlung im Rahmen der Hauptprogramme, sohin auf ORF eins wertete. Auf Basis der Auswertung der Fernsehberichterstattung der als „Premium-Sport“ explizit im Gesetz genannten Sportbewerbe, ist der BKS zu der Erkenntnis gelangt, dass über diese „Premium-Sportbewerbe“ regelmäßig entweder live oder in einer entsprechend umfassenden Zusammenfassung auf ORF eins oder ORF 2 berichtet wird, sowie einige kürzere Beiträge auf ORF eins oder ORF 2 verbreitet werden.

Bei ausschließlicher Betrachtung der Fernsehberichterstattung ergibt sich demnach für die zu beurteilenden Spiele des Tennis Davis Cup kein eindeutiges Ergebnis:

Die Begegnungen Österreich gegen Deutschland im März 2009 (1. Runde der Weltgruppe) wären bei ausschließlicher Betrachtung der Fernsehberichterstattung als „Premium-Sport“ zu qualifizieren. Dies ergibt sich bereits aus der umfassenden Liveberichterstattung auf ORF eins, wo über sämtliche Begegnungen live berichtet wurde, sowie der ergänzenden Berichterstattung auf ORF 2.

Gleiches ist anzunehmen für die Begegnungen im Jahr 2010. Sowohl bei den Begegnungen Österreich gegen Slowakei im März 2010 (2. Runde Europa/Afrikazone, Spiel um den Wiederaufstieg in die Weltgruppe), als auch bei den Begegnungen Österreich gegen Israel im September 2010 (Weltgruppenplayoff) ist, aufgrund der überwiegenden Liveberichterstattung (insbesondere im September 2010) auf ORF eins sowie den ergänzenden umfassenden Zusammenfassungen und Beiträgen in den Programmen ORF eins und ORF 2, davon auszugehen, dass diese Begegnungen als „Premium-Sportbewerbe“ einzustufen wären.

Ein anderes Bild zeichnet sich wiederum bei den Begegnungen Österreich gegen Chile im September 2009 ab. Dieses Relegationsspiel führte zum Abstieg Österreichs in die Europa/Afrikazone. Im Rahmen dieser Begegnungen wurde kein Spiel live im Programm ORF eins übertragen. Die Berichterstattung auf ORF eins und ORF 2 erschöpfte sich in insgesamt sechs relevanten Beiträgen, wobei lediglich ein Beitrag am 20.09.2009 einen größeren Umfang von insgesamt 03:50 Minuten aufwies. Auch die Berichterstattung von B erschöpfte sich in drei Kurzbeiträgen im Ausmaß von 55 bis 60 Sekunden. Bei ausschließlicher Betrachtung der Fernsehberichterstattung wären diese Begegnungen nicht als „Premium-Sport“ zu qualifizieren.

#### **4.5.4. Relation der Berichterstattung über den Tennis Davis Cup gegenüber Premium-Sportbewerben und Ergebnis**

Der festgestellte mediale Umfang der (mit den inkriminierten Begegnungen im September 2011) grundsätzlich vergleichbaren Davis Cup Begegnungen in den Jahren 2009 bis 2011 ist

mit dem oben dargestellten Ausmaß der Medienberichterstattung von explizit in der Liste genannten Premium-Sportereignissen in Relation zu setzen.

Legte man der Analyse nun eine Gesamtbetrachtung über die Tennis Davis Cup Begegnungen (2009 bis 2011) der Zeitungs- sowie Fernsehberichterstattung zugrunde, wären auch die inkriminierten Begegnungen Österreich gegen Belgien im September 2011 als „Premium-Sportereignisse“ zu qualifizieren, da sowohl die Zeitungsberichterstattung als auch die Fernsehberichterstattung über den Davis Cup in ihrer Gesamtheit ein Ausmaß erreichte, das für Premium-Sportbewerbe charakteristisch ist.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt die Analyse jedoch im Falle einer Einzelbetrachtung der Spielserien:

Da der Begriff des „Sportbewerbs“ im Gesetz nicht konkretisiert ist, ist vorab festzuhalten, dass – entsprechend der Rechtsansicht des BKS im o.a. Bescheid – es sich beim Sportbewerb jeweils um den konkret zu beurteilenden „Wettkampf“ handelt. Es ist daher nicht zu prüfen, ob dem Tennis Davis Cup insgesamt als Sportbewerb breiter Raum in der Medienberichterstattung zukommt, sondern inwieweit dies auf die einzelnen Teilereignisse zutrifft. Eine Gesamtbetrachtung würde im Ergebnis nämlich dazu führen, dass andere – sowohl nach der Rechtsprechung des BKS als auch nach der Stellungnahme des Public-Value-Beirates – für die Vergleichbarkeit zu berücksichtigende Faktoren, wie beispielsweise die Beteiligung österreichischer Sportler, der Austragungsort oder der Spielmodus, nicht mehr in die Prognoseentscheidung einzubeziehen wären.

Vor diesem Hintergrund ist – zur Erreichung einer größtmöglichen Vergleichbarkeit – eine selektive Betrachtung der Spielserien vorzunehmen. Die KommAustria vertritt dabei die Auffassung, dass insbesondere bei Sportarten, welche sich durch den gesamten Wettkampf innerhalb einer Serie (und nicht durch Einzelbegegnungen) definieren, und die vor allem die Möglichkeit eines Aufstiegs oder eines Abstiegs in die nächsthöhere oder nächstniedrigere Spielklasse beinhalten, dieser Austragungsmodus und damit auch der konkrete „Bewerbsstand“ als besonderer Faktor Berücksichtigung finden muss. Unzutreffend wäre daher eine Gesamtbetrachtung des Tennis Davis Cups über sämtliche Jahre. Es ist folglich davon auszugehen, dass eine Vergleichbarkeit der einzelnen Sportbewerbe nur dann gegeben ist, wenn auch innerhalb von Spielserien der konkrete Bewerbsstand Berücksichtigung findet.

Wenn die Beschwerdeführer anführen, dass bei Mannschaftsbewerben das generelle Abschneiden der österreichischen Mannschaft von Interesse sei und daher nicht die einzelnen Spiele isoliert zu betrachten seien, wird übersehen, dass insbesondere gerade nach bereits entschiedenen Mannschaftsbewerben – welche im Fall des Tennis Davis Cups die „Bewerbsstufe“ (Relegation, Finalrunde, Abstieg in Kontinentalgruppe, Aufstieg in Weltgruppe; siehe unten) der nächsten Begegnung festlegen – eine abstrakte Gesamtbetrachtung auf das einzige Kriterium der Teilnahme der österreichischen Mannschaft beschränkt wäre. Alleine die bloße Teilnahme der „österreichischen Nationalmannschaft“ vermag jedoch keinen „Premium-Sportbewerb“ zu begründen. Eine derartige Auslegung unterliefe, in Anbetracht der spezifischen Aufträge des § 4b Abs.1 ORF-G, den Willen des Gesetzgebers.

Im Hinblick auf die Zielsetzung des Gesetzes „massenattraktive Sportübertragungen“ von der Berichterstattung im Sport-Spartenprogramm (vgl. dazu die Erl zur RV 611 BlgNR, 24. GP) auszuschließen, kann eine derartige gesamthafte Betrachtung dem Gesetzgeber – gerade auch vor dem Hintergrund der zu Grunde liegenden Entscheidung der Kommission E 2/2008 vom 28.10.2009 – nicht unterstellt werden. Für diese Auslegung spricht auch, dass in § 4b Abs. 4 Z 4 ORF-G von „Bewerbe[n] der Formel 1“ gesprochen wird.

Nach Auffassung der KommAustria sind dementsprechend nur die mit den verfahrensgegenständlich inkriminierten Spielen vergleichbaren Tennis Davis Cup Begegnungen heranzuziehen:

Der Austragungsmodus des Tennis Davis Cups umfasst 16 Mannschaften, welche in der sog. Weltgruppe spielen, wobei die Verlierer der Erstrundenbegegnungen in einem Relegationsspiel „gegen den Abstieg“ in die jeweilige Kontinentalgruppe spielen. Die Gewinner der Relegationsspiele verbleiben in der Weltgruppe. Die Gewinner der Bewerbe in der Kontinentalgruppe können dann wiederum um den „Aufstieg in die Weltgruppe“ in einer Relegationsrunde spielen. Im März 2009 verlor Österreich gegen Deutschland und spielte in Folge im September 2009 in der Relegation gegen Chile, wo die österreichische Mannschaft verlor und in die Kontinentalgruppe (Europa/Afrikazone) abstieg. Das Spiel innerhalb der Kontinentalgruppe gegen die Slowakei im März 2010 gewann Österreich. Das darauf folgende, siegreiche Relegationsspiel gegen Israel im September 2010 führte Österreich zurück in die Weltgruppe im März 2011. Das Erstrundenspiel in der Weltgruppe gegen Frankreich verlor das österreichische Team. Bei den verfahrensgegenständlichen Begegnungen Österreich gegen Belgien im September 2011 handelte es sich demnach wiederum um ein Relegationsspiel gegen den Abstieg in die Europa/Afrikazone, vergleichbar mit den Begegnungen Österreich gegen Chile im September 2009.

Maßstab für die Beurteilung ist daher die Medienberichterstattung über die Begegnungen Österreich gegen Chile im September 2009, da es sich hierbei um eine vergleichbare Bewerbungssituation (Relegationsspiel gegen den Abstieg in die Kontinentalgruppe) handelte.

Bereits aus dem Umfang der Zeitungsberichterstattung ist dabei kein Rückschluss auf ein allgemein erhöhtes mediales Interesse abzuleiten. Lediglich in der „Tiroler Tageszeitung“ erreichte das Ausmaß der Berichterstattung an allen Spieltagen einen relevanten Umfang. Die „Kleine Zeitung (Steiermark)“ und „Der Standard“ berichteten am ersten Spieltag in relevantem Ausmaß. In der „Kronen Zeitung“ sowie den „Oberösterreichischen Nachrichten“ erreichten die Berichterstattungen an keinem der drei Spieltage ein relevantes Ausmaß. Im direkten Vergleich zu den analysierten „Premium-Sportbewerben“ (vgl. oben) zeigt sich, dass einerseits in weniger Zeitungen und andererseits in geringerem Umfang berichtet wurde. Eine Vorberichterstattung größeren Ausmaßes fand nicht statt. Lediglich die Nachberichterstattung am 22.09.2009 erreichte in allen fünf Zeitungen ein relevantes Ausmaß, wobei dieses, aufgrund der geringen Berichterstattung an den einzelnen Spieltagen, auf eine Nachbereitung der gesamten Spielbegegnung zurückzuführen ist.

Die Auswertung der Berichterstattung im ORF bestätigt dieses Bild. Eine Liveberichterstattung erfolgte ausschließlich auf ORF SPORT PLUS. Auf ORF eins und ORF 2 wurde über diese Begegnungen lediglich in Kurzbeiträgen berichtet. Im Vergleich zu den Begegnungen innerhalb der „Weltgruppe“ fällt zudem auf, dass die Kurzberichte geringeren Umfang hatten. Der private Rundfunkveranstalter B sendete an den drei Spieltagen jeweils einen relevanten Beitrag.

Dies verdeutlicht, dass die Berichterstattung über das vergleichbare Relegationsspiel nicht annähernd ein Ausmaß erreichte, wie es für eine Einordnung als „Premium-Sportereignis“ erforderlich wäre. Es fand weder eine Liveberichterstattung im Programm ORF eins statt, noch erreichte die Zeitungsberichterstattung ein charakteristisches Ausmaß.

Dieses Ergebnis wird auch bei einer vergleichenden Betrachtung bestätigt:

Dass gerade die Spielphase, in welcher sich die österreichische Mannschaft befindet, signifikante Auswirkungen auf das mediale Interesse hat, verdeutlicht insbesondere der Blick

auf das Relegationsspiel Österreich gegen Israel im September 2010: Dadurch, dass Österreich das Spiel innerhalb der Kontinentalgruppe gegen die Slowakei im März 2010 gewonnen hatte, handelte es sich bei dem Relegationsspiel um ein Aufstiegsspiel, welches Österreich zurück in die Weltgruppe führte. Dementsprechend verdeutlicht sich das gesteigerte Interesse sowohl in der Zeitungs- als auch in der Fernsehberichterstattung. Im direkten Vergleich zum Relegationsspiel (Abstiegsspiel) im September 2009, ist an allen Spieltagen ein höheres prozentuales Ausmaß in der Medienberichterstattung gegeben. Vier Zeitungen berichteten an nahezu allen Spieltagen im relevanten Umfang und auch die Fernsehberichterstattung fand, mit Ausnahme des ersten Spieltages, live im Programm ORF eins statt. Zwar ist den Beschwerdeführern zuzustimmen, dass das mediale Interesse am Tennis Davis Cup in den Jahren 2009 bis 2011 insgesamt zugenommen hat, allerdings verdeutlichen die Ergebnisse, dass das Abschneiden der österreichischen Mannschaft in der jeweils vorangehenden Bewerbungsphase entscheidenden Einfluss auf die Berichterstattung hat.

#### **4.5.5. Conclusio**

Für die beschwerdebezogenen Tennis Davis Cup Begegnungen Österreich gegen Belgien im September 2011 ist als Vergleichsmaßstab in der Vergangenheit auf die in derselben Bewerbungsphase stattgefundenen Begegnungen Österreich gegen Chile im September 2009 zurückzugreifen. Eine Gegenüberstellung der Fernseh- und Zeitungsberichterstattung über diese Begegnungen mit der in der Vergangenheit stattgefundenen Berichterstattung über andere in § 4b Abs. 4 ORF-G explizit genannten Premium-Sportarten, führt zusammengefasst zu dem Ergebnis, dass auch die verfahrensgegenständlichen Tennis Davis Cup Begegnungen Österreich gegen Belgien vom 16.09.2011 bis 18.09.2011 in Antwerpen bei der gebotenen ex-ante-Betrachtung nicht als Premium-Sportbewerbe einzustufen waren und die Ausstrahlung auf ORF SPORT PLUS insoweit gesetzmäßig erfolgte. Sie war auch vom Angebotskonzept nach § 5a ORF-G gedeckt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

#### **4.6. Veröffentlichung**

Gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G kann die Regulierungsbehörde auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung durch den ORF oder einer Tochtergesellschaft erkennen. Da das Veröffentlichungsbegehren erkennbar nur für den Fall der Beschwerdestattgabe gestellt wurde, war diesem nicht stattzugeben.

### **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 17. Oktober 2012

Kommunikationsbehörde Austria  
Der Senatsvorsitzende:

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