

# 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, in einem Abschöpfungsverfahren wegen Überschreitung des öffentlich-rechtlichen Auftrags durch den Österreichischen Rundfunk wie folgt entschieden:

## I. Spruch

1. Aufgrund der Live-Übertragungen der Spiele mit Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft bei der IIHF Eishockey-A-WM 2011 in der Slowakei im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS, die gemäß dem Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 23.05.2012, 611.941/0004-BKS/2012, als die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreitend anzusehen sind, wird gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 1 letzter Satz ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 15/2012, die Abschöpfung von Einnahmen aus Programmentgelt bzw. diesen gleichzuhaltenden Mitteln in der Höhe von

**€ 153.768,15**

angeordnet.

2. Dem ORF wird gemäß § 38a Abs. 2 ORF-G aufgetragen, die nach Spruchpunkt 1. abgeschöpften Mittel binnen zehn Wochen nach Rechtskraft dieses Bescheides dem Sperrkonto nach § 39c ORF-G zuzuführen und gesondert auszuweisen.

## II. Begründung

### 1. Gang des Verfahrens

#### 1.1. Rechtsverletzungsverfahren nach §§ 35 ff ORF-G

Aufgrund einer auf § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G gestützten Beschwerde mehrerer privater Mitbewerber des ORF stellte die KommAustria mit Bescheid vom 19.09.2011, KOA 11.260/11-013 fest, dass der Österreichische Rundfunk durch die Live-Übertragung

- a. des Halbfinalspiels des ÖFB-Samsung-Cups am 03.05.2011 ab 18:30 Uhr, zwischen den Vereinen SV Kapfenberg und SC Austria Lustenau, sowie
- b. der Spiele mit Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft bei der Eishockey-A-WM in der Slowakei, nämlich am 30.04.2011 ab 16:15 Uhr USA gegen Österreich, am 02.05.2011 ab 20:15 Uhr Schweden gegen Österreich, am 04.05.2011 ab 16:15 Uhr Österreich gegen Norwegen, am 05.05.2011 ab 16:15 Uhr Weißrussland gegen Österreich, am 07.05.2011 ab 12:15 Uhr Österreich gegen Slowenien und am 08.05.2011 ab 20:15 Uhr Lettland gegen Österreich, sowie der Spiele der Finalphase der Eishockey-A-WM, nämlich am 11.05.2011 ab 16:15 Uhr das Viertelfinale Tschechien gegen USA und ab 20:15 Uhr das Viertelfinale Schweden gegen Deutschland, am 12.05.2011 ab 16:15 Uhr das Viertelfinale Finnland gegen Norwegen und ab 20:15 Uhr das Viertelfinale Kanada gegen Russland, am 13.05.2011 ab 16:15 Uhr das Halbfinale Tschechien gegen Schweden und ab 20:15 Uhr das Halbfinale Russland gegen Finnland sowie am 15.05.2011 ab 16:00 Uhr das Spiel um den dritten Platz Russland gegen Tschechien sowie ab 20:30 Uhr das Finale Schweden gegen Finnland,

im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS Premium-Sportbewerbe ausgestrahlt und dadurch § 4b Abs. 4 ORF-G verletzt hat.

Mit Bescheid vom 23.05.2012, 611.941/0004-BKS/2012, gab der Bundeskommunikationssenat (BKS) der vom ORF erhobenen Berufung teilweise Folge. Hinsichtlich der Feststellungen von Verstößen gegen § 4b Abs. 4 ORF-G durch die Ausstrahlungen der Spiele mit Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft bei der Eishockey-A-WM 2011 in der Slowakei, nämlich

- am 30.04.2011 ab 16:15 Uhr USA gegen Österreich,
- am 02.05.2011 ab 20:15 Uhr Schweden gegen Österreich,
- am 04.05.2011 ab 16:15 Uhr Österreich gegen Norwegen,
- am 05.05.2011 ab 16:15 Uhr Weißrussland gegen Österreich,
- am 07.05.2011 ab 12:15 Uhr Österreich gegen Slowenien und
- am 08.05.2011 ab 20:15 Uhr Lettland gegen Österreich,

wurde die Berufung abgewiesen und erwuchs der erstinstanzliche Bescheid insoweit in Rechtskraft.

#### 1.2. Einleitung des Abschöpfungsverfahrens nach § 38a ORF-G

Mit Schreiben vom 04.10.2011, KOA 11.263/11-014, leitete die KommAustria im Hinblick auf die vorzitierten Ausstrahlungen ein Abschöpfungsverfahrens nach § 38a ORF-G wegen Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags des Sport-Spartenprogramms ORF SPORT PLUS ein und forderte den ORF zur Feststellung des Abschöpfungsbetrags auf, sämtliche bezughabenden vertraglichen Vereinbarungen hinsichtlich des Erwerbs der Übertragungsrechte an den in Frage stehenden Sportbewerben, einschließlich der Angabe des hierfür konkret geleisteten Entgelts, sowie eine detaillierte Aufstellung sämtlicher für die Produktion der angeführten Sendungen angefallenen Kosten

unter Anwendung der in der „Allgemeinen Anweisung zur Anwendung der Trennungsrechnung im ORF-Konzern“ bzw. der im Anhang enthaltenen „Verrechnungspreisrichtlinie“ vom 03.11.2010 dargelegten Methodik, vorzulegen.

Mit Aktenvermerk vom 01.06.2012, KOA 11.263/11-020, wurde das Abschöpfungsverfahren im Lichte der Berufungsentscheidung des BKS vom 23.05.2012, 611.941/0004-BKS/2012, hinsichtlich der Ausstrahlung des Halbfinalspiels des ÖFB-Samsung-Cups am 03.05.2011 ab 18:30 Uhr und der Spiele der Finalphase der Eishockey-A-WM in der Slowakei zwischen 11.05.2011 und 15.05.2011 eingestellt und der ORF mit Schreiben vom selben Tag hierüber in Kenntnis gesetzt.

### 1.3. Stellungnahme des ORF

Mit Schreiben vom 24.10.2011 nahm der ORF zur Einleitung des Abschöpfungsverfahrens Stellung. Er legte dabei die vertraglichen Vereinbarungen zum Erwerb der Übertragungsrechte an den Spielen des ÖFB-Cups 2010/11 (bis einschließlich 2012/13) in Form des Vertrags vom 28.09.2010 sowie an den Spielen der IIHF-Weltmeisterschaften 2008-2011 in Form des Vertrags vom 09.12.2004 vor.

Inhaltlich führte der ORF – soweit für das nunmehr auf die Spiele mit Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft bei der Eishockey-A-WM 2011 eingeschränkte Abschöpfungsverfahren relevant – aus, dass die Verträge (im Fall der IIHF-Weltmeisterschaften 2011 sogar mehrere Jahre) vor Inkrafttreten der Novelle des ORF-G, BGBl. I Nr. 50/2010, mit der die maßgeblichen Bestimmungen der §§ 4b und 38a ORF-G in das Gesetz aufgenommen wurden, abgeschlossen worden seien. Die Abschöpfung bedeute im Ergebnis, dass der ORF mit Inkrafttreten des ORF-G verpflichtet gewesen wäre, die Verträge zu kündigen. Ein solcher Eingriff in bestehende Verträge müsste durch entsprechend eindeutige gesetzliche Regelungen etwa in den Übergangsbestimmungen des ORF-G in bestimmter Form gesetzlich angeordnet worden sein, was nicht der Fall sei.

Wie aus den Verträgen hervorkomme, erwerbe der ORF Rechte für alle ORF-Programme. Umfasst seien nicht nur Rechte zur Live-Übertragung sondern auch zur zeitversetzten oder ausschnittsweisen bzw kurzberichtmäßigen Sendung (in allen Programmen). Der ORF habe mit diesen Verträgen die Übertragungsrechte nicht an bestimmten Spielen sondern an allen Spielen der IIHF-Weltmeisterschaften 2011 (insgesamt 52 Spiele) erworben. Dies bedeute für die Kosten zum Erwerb der Übertragungsrechte an den inkriminierten Sportbewerben konkret, dass – da der ORF an allen Spielen die beschriebenen Rechte erworben habe, und es dem ORF im Rahmen des Vertrags nach seiner redaktionellen Entscheidung freistand, auch sämtliche Spiele zu übertragen – die Kosten für die Übertragungsrechte für die 13 übertragenen Spiele auch nur einen Bruchteil des geleisteten Entgelts betragen würden. Ziehe man in Betracht, dass auch Rechte zur zeitversetzten oder ausschnittsweisen bzw kurzberichtmäßigen Sendung (in allen Programmen) erworben wurden, sei von Kosten von weit unter 25 % des geleisteten Entgelts auszugehen. Der zitierte Bescheid der KommAustria zeige, dass der ORF innerhalb der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags die mit dem Vertrag erworbenen Rechte auch tatsächlich für seine anderen Fernseh- und Hörfunkprogramme genutzt habe: So habe die Nachrichtenberichterstattung im Hörfunkprogramm Ö3 im Sportteil an den verfahrensgegenständlichen Spieltagen der Österreichischen Nationalmannschaft aus Live-Zuschaltungen und Berichterstattung über das jeweilige aktuelle Spiel bestanden. Auch sonst habe der ORF in seinen Sportsendungen in den Fernsehvollprogrammen oder durch Zusammenfassungen insbesondere von Highlights der gegenständlichen sowie auch über andere (nicht inkriminierte) Spiele (insbesondere in den Drittelpausen) auf ORF SPORT PLUS berichtet.

Der ORF habe mit dem Erwerb der Übertragungsrechte aber die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags iSd § 38a Abs. 1 ORF-G gar nicht überschritten. Wie beim inkriminierten Cup-Spiel wäre es dem ORF freigestanden, die Eishockey-Spiele – gesetzeskonform – in

einem seiner beiden Vollprogramme zu übertragen. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags sei eine Übertragung in den Vollprogrammen ebenso Ziel des ORF und seien Spiele der IIHF-Weltmeisterschaften (teilweise noch auf Grundlage des vorherigen Vertrags) seit 2004 bis 2009 auch tatsächlich in ORF eins übertragen worden. Die Grenzen seien daher nicht durch den Erwerb der Übertragungsrechte sondern allenfalls durch die „Ausstrahlung“ auf ORF SPORT PLUS überschritten worden.

Auch für die Produktionskosten gehe der ORF davon aus, dass allein die Produktion der gegenständlichen Spiele – anders als die „Ausstrahlung“ auf ORF SPORT PLUS – die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags iSd § 38a Abs. 1 ORF-G jedenfalls nicht überschreite. Unbeschadet dieser Ansicht wurden folgende Kosten im Rahmen einer Kostenträgerauswertung der Produktion der gesamten WM ORF SPORT PLUS zugeordnet (eine Zuordnung zu bestimmten Spielen ist nicht erfolgt):

	Primäre Kosten	Sekundäre Kosten
<b>Sachkosten</b>		<b>46.569,19</b>
Transportkosten	168,63	
Technische Anbindung. Satellit	45.155,73	
Reisekosten	1.230,95	
Reinigung	5,78	
Bandmaterial	8,10	

<b>Honorare</b>	<b>€ XXX</b>
Analytiker	€ XXX
Regieassistenten	€ XXX
Sprecher	€ XXX
Regie	€ XXX
Soz.Aufwand alle FM	€ XXX

Diese Kosten von in Summe € XXX wären nicht entstanden, hätte der ORF kein Spiel der IIHF-Weltmeisterschaften 2011 (auch nur ausschnittsweise, zeitversetzt oder im Rahmen der Berichterstattung in anderen Hörfunk- und Fernsehprogrammen) übertragen. Der ORF habe im Zusammenhang mit der Übertragung auch Erlöse in Höhe von € XXX (insbesondere für Sonderwerbformen) erzielt, die ohne Übertragung nicht entstanden wären. Weitere (sekundäre) Kosten (z.B. programmgestaltende Mitarbeiter oder technisches Personal des ORF) wären unabhängig davon entstanden, ob der ORF das gegenständliche Spiel oder andere Spiele (oder überhaupt irgendeinen Sportbewerb) übertragen hätte.

Allgemein setze nach Ansicht des ORF die Anordnung der Abschöpfung von Mitteln ein zumindest rechtswidriges Verhalten des ORF voraus. Eine „Erfolgshaftung“ für die Einhaltung des öffentlich-rechtlichen Auftrags treffe den ORF auch im Hinblick auf die Abschöpfung von Mitteln nicht. Die objektiv notwendige Sorgfalt bei der Programmplanung habe der ORF gewahrt: Denn selbst die KommAustria habe insbesondere die Übertragung der Eishockey-A-WM im Rahmen der Überprüfung des Angebotskonzepts für ORF SPORT PLUS für zulässig erachtet. Wenn selbst die Prüfung durch die KommAustria nicht ergebe, dass es sich etwa bei der Übertragung der „Eishockey WM mit österr. Beteiligung“ um einen Premium-Sportbewerb handle, könne vom ORF nicht verlangt werden, dass seine „Prognoseentscheidung“ anders hätte ausfallen sollen. Vom ORF könne mit anderen Worten keine noch höhere Sorgfalt bei der Programmplanung als die hohe Sorgfalt verlangt werden, die die KommAustria für die Prüfung eines „Themenkatalogs für Sendungen für das Jahr 2011“ im Angebotskonzept zweifellos angewendet habe. Da ein Verstoß gegen objektive Sorgfaltspflichten nicht vorliege, sei auch keine Abschöpfung von Mitteln anzuordnen. Im

Übrigen berücksichtige auch das europäische Beihilfenrecht (vgl. ErlRV 611 BlgNR 24. GP zu § 38a ORF-G: „Im Sinne der Zielsetzung und gewöhnlichen Methodik des Beihilfenrechts, einen rechtswidrig gewährten finanziellen Vorteil wieder rückgängig zu machen ...“) den Grundsatz des Vertrauensschutzes, der dazu führe, dass von einer Rückforderung abzusehen ist, wenn beim Empfänger durch einen konkreten Umstand ein berechtigtes Vertrauen geweckt wurde. Dies könne dann der Fall sein, wenn die Kommission (oder hier: die KommAustria) selbst konkrete Zusicherungen (hier: die Nicht-Untersagung des Angebotskonzepts) dahingehend gegeben habe, dass die betreffende Maßnahme keine (verbotene) Beihilfe darstelle.

Abschließend werde darauf hingewiesen, dass zum derzeitigen Zeitpunkt nicht feststehe, ob der ORF überhaupt „Mittel aus Programmentgelt“ herangezogen habe, da es möglich sei, die Kosten auch aus stand-alone kommerziellen Erträgen zu finanzieren. Eine Abschöpfung könne daher erst dann angeordnet werden, wenn eine endgültige Zuordnung der Kosten und deren Finanzierung in der im Zuge des Jahresabschlusses 2011 erstellten Nettokostenrechnung erfolgt sei.

#### 1.4. Bestellung des Amtssachverständigen und Gutachtensauftrag

Am 11.07.2012, KOA 11.263/12-010, wurde Dr. Roland Belfin, Mitarbeiter der RTR-GmbH, zum Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines Gutachtens zur Frage der Höhe des Abschöpfungsbetrages beauftragt.

Gegenstand des Gutachtens sollte gemäß § 38a ORF-Gesetz die nachfolgende Fragestellung sein:

- Es soll die Höhe der verwendeten Mittel aus dem Programmentgelt (oder der diesen gleichzusetzenden Mittel) für die Liveübertragung der oben genannten sechs Eishockeyspiele mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft bei der IIHF Eishockey-A-WM 2011 im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS ermittelt werden.

Der ORF wurde mit Schreiben vom 11.07.2012 über die Bestellung und den Gutachtensauftrag in Kenntnis gesetzt.

#### 1.5. Gutachten des Amtssachverständigen

Mit Schreiben vom 08.10.2012 übermittelte der Amtssachverständige sein Gutachten (KOA 11.263/12-019). Die wesentlichen Aussagen und Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Auf der Grundlage des Gutachtensauftrages zur „Ermittlung der Höhe der verwendeten Mittel aus dem Programmentgelt (oder der diesen gleichzusetzenden Mittel) für die Liveübertragung der verfahrensgegenständlichen sechs Eishockeyspiele mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft bei der IIHF Weltmeisterschaft 2011 in ORF SPORT PLUS“ definierte der Sachverständige zunächst Basisannahmen.

Der Sachverständige ging davon aus, dass die Berechnungen als Nachkalkulationen auf Basis von Istkosten unter zeitlicher Berücksichtigung aller Kosten, welche im Rahmen der IIHF Weltmeisterschaft 2011 entstanden sind, durchzuführen seien.

Zudem ging er von einer kostenrechnerisch unterschiedlichen Interpretation des Begriffs der „verwendeten Mittel“ aus, wodurch er acht mögliche Szenarien ableitete und diese im Anschluss interpretierte.

Diese Szenarien ergäben sich aus der Linearkombination von drei Dimensionen:

Aus der Unterscheidung nach dem Sachbezug ergebe sich die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Vollkosten- und Teilkostenrechnung. Eine Unterscheidung nach der Art der Mittel führe zu einer Bruttokosten- und Nettokostenbetrachtung. Als dritte Dimension ergebe sich dann die Unterscheidung nach absoluten Kosten, welche als Kosten ohne Produktvergleich zu verstehen seien und relativen Kosten, welche als Kosten mit Produktvergleich zu verstehen seien.

#### 1.5.1. Ausgangslage und Datengrundlagen

Als Ausgangspunkt für alle Überlegungen und Berechnungen wurden in Folge die Vertragsgrundlagen (Lizenz), die seitens des ORF vorgelegten Kalkulationen und Darstellungen der Kosten des ORF, das Mengengerüst sowie die Erlöse im Zusammenhang mit der IIHF Weltmeisterschaft 2011 dargestellt.

##### 1.5.1.1. Lizenz

Grundlage für die Übertragungen der IIHF Weltmeisterschaften 2011 sei ein Lizenzvertrag vom 09.12.2004 zwischen dem ORF und der Infront Sports & Media AG gewesen. Der Vertrag habe insgesamt vier aufeinanderfolgende IIHF Weltmeisterschaften abgedeckt, wovon die IIHF Weltmeisterschaft 2011 das letzte Event dieses Vertrages gewesen sei. Der ORF habe Rechte für alle ORF-Programme (alle Fernseh- und Hörfunkprogramme) erworben. Neben den Rechten zur Live-Übertragung sämtlicher Spiele der IIHF Weltmeisterschaft 2011 (insgesamt 52 Spiele), habe der Vertrag auch die Rechte zur zeitversetzten oder ausschnittsweisen bzw. kurzberichtmäßigen Sendung in allen Programmen des ORF umfasst. Der ORF habe für die Lizenz der IIHF Weltmeisterschaft 2011 einen Betrag von CHF XXX (€ XXX) geleistet. Diese Lizenzkosten seien im Rechnungswesen des ORF in voller Höhe dem Programm ORF SPORT PLUS zugerechnet worden.

##### 1.5.1.2. Primäre Kosten

Weiters seien im Rahmen einer Kostenträgerauswertung des ORF der Produktion der gesamten „IIHF WM 2011 ORF SPORT PLUS“ Primärkosten (Sachkosten und Honorare) in Höhe von insgesamt € XXX zuzuordnen. Für die Berichterstattung in anderen Programmen seien weitere Kosten entstanden, die in dieser Berechnung nicht enthalten seien.

##### 1.5.1.3. Sekundäre Kosten

Hinsichtlich der sekundären Kosten führte der Sachverständige aus, dass diese seitens des ORF in vier denkbaren Fallkonstellationen [a) bis d)] aufgezeigt worden seien:

Die erste Konstellation [a)] gehe von den Kosten aus, die selbst dann angefallen wären, wenn kein einziges Spiel der IIHF WM 2011 auf ORF SPORT PLUS ausgestrahlt worden wäre. Die Summe der Sach- und Personalkosten beliefe sich in dieser Variante auf insgesamt € 465.253,06.

Die zweite Konstellation [b)] rechne mit den Kosten, die angefallen wären, auch wenn nur die Finalphase der IIHF WM 2011 auf ORF SPORT PLUS übertragen worden wäre. Die Kosten beliefen sich auf insgesamt € 488.755,84.

Die dritte Konstellation [c)] lege Sach- und Personalkosten in Höhe von € 39.403,10 zu Grunde, die nicht angefallen wären, wenn nur die Finalphase der IIHF WM 2011 auf ORF SPORT PLUS übertragen worden wäre. Zeitlich vor der Finalphase habe der ORF am Kostenträger IIHF WM 2011 für Gerät, Redaktion sowie Technikpersonal Fixkosten in Höhe von € 49.911,75 veranschlagt.

Die vierte Konstellation [d]) gehe von Sach- und Personalkosten in Höhe von € 42.090,70 aus, die nur für die Berichterstattung in den Pausen bei der Übertragung nur der Finalphase der IIHF WM 2011 auf ORF SPORT PLUS nicht angefallen wären.

#### 1.5.1.4. Gemeinsame Kosten und Gemeinkosten

Für die Ermittlung der Höhe der gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten wurde vom Sachverständigen eine vom ORF vorgelegte Berechnung zu Grunde gelegt, wonach für die Nettoübertragungszeiten für die Abstrahlung der Spiele mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft im Rahmen der IIHF Weltmeisterschaft 2011 auf ORF SPORT PLUS über Satellit Kosten in Höhe von € 11.804,51 angegeben wurden. Die Höhe der terrestrischen Verbreitungskosten sei auf Basis einer Jahresdurchschnittsbetrachtung 2011 mit einem Betrag von € 3.054,00 seitens des ORF ermittelt worden. Weiters hielt der Sachverständige fest, dass die Höhe der in einer Vollkostenbetrachtung zurechenbaren Gemeinkosten (z.B. Unternehmensgemeinkosten wie Generaldirektion, kaufmännische Direktion) für die Übertragung der sechs Spiele mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft bei der IIHF Weltmeisterschaft 2011 seitens des ORF nicht angegeben worden sei.

#### 1.5.1.5. Mengengerüst

Weiters stellte der Sachverständige fest, dass die Gesamtberichterstattung des ORF bezüglich der IIHF Weltmeisterschaft 2011 sich insgesamt aus Berichten in ORF SPORT PLUS, ORF eins, ORF 2, in den Hörfunkprogrammen Ö1, ORF-Regionalradio, Ö3 sowie Livestreams auf orf.at zusammengesetzt habe. Auf ORF SPORT PLUS sei die Live-Übertragung von 13 Spielen erfolgt. Ein weiteres Spiel sei auf ORF SPORT PLUS in einer ausführlichen Zusammenfassung gezeigt worden. Konkret sei über die gesamte IIHF Weltmeisterschaft 2011 im Umfang von 3.053,92 Minuten auf ORF SPORT PLUS berichtet worden. Die Nachrichtenberichterstattung im Sportteil des Hörfunkprogramms Ö3 habe an den Spieltagen der Österreichischen Nationalmannschaft Live-Zuschaltungen und Berichterstattung über das jeweilige aktuelle Spiel enthalten. Der konkrete Umfang der Hörfunkberichterstattung sei mit insgesamt 23,50 Minuten in den Hörfunkprogrammen Ö1 sowie den ORF-Regionalradioprogrammen zu beziffern. Im Hörfunkprogramm Ö3 seien 28,60 Minuten berichtet worden. Auch sei in den Sportsendungen der Fernsehvollprogramme ORF eins und ORF 2 berichtet worden. Der konkrete Umfang der Berichterstattung habe dort insgesamt 26,60 Minuten betragen.

Die Netto-Zeiten der Übertragung der Spiele mit österreichischer Beteiligung (exklusive Pausen, Trailer, etc.) hätten auf ORF SPORT PLUS 641,82 Minuten betragen.

#### 1.5.1.6. Erlöse

In untrennbarem Zusammenhang mit der Übertragung der IIHF Weltmeisterschaft 2011 auf ORF SPORT PLUS habe der ORF Erlöse aus Sonderwerbformen, Sublizensierung sowie technischer Hilfestellung (Weiterleitung) in Höhe von insgesamt € XXX erzielt.

#### 1.5.1.7. Kosten des Ersatzprogramms

Die Gesamtkosten eines Ersatzprogrammes seien vom ORF unter Zugrundelegung der Ist-Produktionskosten (inklusive Lizenzkosten) im Jahr 2011 für mit den Live-Übertragungen der Spiele der IIHF Weltmeisterschaft 2011 vergleichbaren Sendungen (Erstausstrahlung und keine Wiederholungen) und den durchschnittlichen Produktionskosten pro Minute errechnet worden. Diese seien in Folge mit der Netto-Ausstrahlungszeit der sechs Spiele der Österreichischen Nationalmannschaft im Zuge der IIHF Weltmeisterschaft 2011 multipliziert worden. Im Ergebnis ergäben sich Gesamtkosten in Höhe von € XXX für die Produktion ohne Berücksichtigung von zurechenbaren Erlösen für 641,82 Minuten Sendezeit sowie

Gesamtkosten in Höhe von € XXX für die Produktion mit Berücksichtigung von zurechenbaren Erlösen für 641,82 Minuten Sendezeit.

#### 1.5.2. Berechnungsmethode zur Ermittlung der verwendeten Mittel

Im Zusammenhang mit der Zielsetzung bzw. dem Sinn und Zweck einer Kostenrechnung hielt der Sachverständige fest, dass in der Literatur eine Reihe an Aufgabenbeschreibungen vorhanden seien. Ausgangspunkt jeder Kostenrechnung sei die Frage, welchen Zweck die Kostenrechnung erfüllen solle und welche Annahmen sich aus dieser konkreten Aufgabenstellung für die jeweils anzustellende Kostenrechnung ableiten ließen.

Die Aufgabenstellung im gegenständlichen Gutachtensauftrag unterscheide sich jedoch wesentlich von den in der Literatur üblichen Zwecken der Kostenrechnung.

Am ehesten ließe sich die hier durchzuführende Kalkulation als „Bereitstellung von Informationen für Sonderzwecke“ einordnen, was zur Konsequenz habe, dass für die gegenständlich durchzuführende Berechnung auf keine bereits allgemein bekannte Standardkostenrechnungsmethode alleine zurückgegriffen werden könne, sondern erst eine für die konkrete Fragestellung im Gutachtensauftrag geeignete Kostenrechnungsmethode hergeleitet werden müsse. Dies könne auch zur Verwendung mehrerer Kostenrechnungsmethoden im Rahmen von Szenarien führen. Vom Sinn und Zweck der jeweiligen Kostenrechnung sei die Wahl der daraus folgenden Kostenrechnungsmethode abhängig. Bei der Methodenauswahl seien daher mehrere Einzelentscheidungen zu treffen:

##### 1.5.2.1. Zeitbezug

Nach dem Zeitbezug der Kostenrechnung seien die Istkostenrechnung, die Normalkostenrechnung, sowie die Plankostenrechnung zu unterscheiden. Während die Istkostenrechnung und die Normalkostenrechnung auf vergangenheitsorientierten Daten basieren würden, würden in der Plankostenrechnung die für die Zukunft prognostizierten Kosten und Leistungen betrachtet. Dabei seien alle drei Systeme sowohl auf Vollkosten- als auch Teilkostenbasis durchführbar; dies bedeute, dass verrechnungstechnisch entweder alle oder in einem ersten Schritt nur ein bestimmter Teil der Kosten berücksichtigt würden.

Die Istkostenrechnung arbeite mit effektiv angefallenen Kosten zum Zwecke der Nachkalkulation. Sie sei folglich eine rückschauende, vergangenheitsorientierte Rechnung, bei der es vorwiegend um die verursachungsgerechte Überwälzung der Kosten auf die in einer Periode erstellten Leistungen gehe.

Im Rahmen einer Normalkostenrechnung würden, anstelle der von Periode zu Periode unterschiedlichen effektiv angefallenen Istkosten, die normalerweise anfallenden Kosten (Normalkosten) verwendet, die gegebenenfalls als Standard-, Soll- oder Richtwerte zu interpretieren seien. Da mit dem Ansatz von Normalkosten Veränderungen und Schwankungen bei Preisen und verbrauchten Mengen eliminiert würden, führe dies zu einer Kontinuität und Vereinfachung der Kostenermittlung. Ausreißer und Sonderentwicklungen, die das eigentliche Bild verfälschen, würden nicht berücksichtigt. Mit diesen „normalisierten“ Kostenansätzen sei grundsätzlich auch eine Vorkalkulation für künftige Perioden möglich. Obwohl die Normalkostenrechnung im Grundsatz auf vergangenheitsbezogenen Daten basiere, bilde sie damit den Übergang zu einer Plankostenrechnung.

Das Wesen einer Plankostenrechnung bestehe in einer vorausschauenden Planung der Kosten. Die Plankostenrechnung stelle jedoch keine Alternative zur Istkostenrechnung dar, sondern bilde nur eine Ergänzung derselben (Soll-Ist-Vergleich). Es gelte, durch objektive zukunftsorientierte Analysen Verbrauchsfunktionen festzustellen, um daraus den bei wirtschaftlichstem Vollzug der Leistungserstellung für eine bestimmte Planbeschäftigung



anfallenden mengenmäßigen Verbrauch an Produktionsfaktoren zu ermitteln und mit für längere Zeit konstant gehaltenen Planpreisen zu bewerten.

Da die gegenständliche Fragestellung bereits erbrachte Leistungen betreffe, welche unter Einsatz bestimmter und bekannter Mittel erbracht worden seien, sei vorliegend eine Istkostenrechnung anzustellen.

#### 1.5.2.2. Zeitpunkt der Kalkulation

Weiters sei nach dem Zeitpunkt der Durchführung einer Kostenkalkulation zwischen einer Plankalkulation, einer Vorkalkulation, einer Zwischenkalkulation oder einer Nachkalkulation zu unterscheiden. Da die gegenständliche Fragestellung bereits erbrachte Leistungen betreffe, welche unter dem Einsatz bestimmter (und bereits bekannter) Mittel erbracht wurden, sei eine Nachkalkulation anzustellen, welche die Ermittlung der Istkosten für bestimmte Aufträge oder Einzelerzeugnisse zur stückbezogenen Kosten- und Erfolgskontrolle nach Abschluss der Leistungserbringung erfasse. Dies habe auch zur Konsequenz, dass ausschließlich Kosten die aufgrund der bereits erfolgten Leistungserbringung in einer bestimmten Höhe entstanden seien, in den Berechnungen berücksichtigt würden.

#### 1.5.2.3. Definition des Betrachtungszeitraums

Im Zuge der gegenständlichen Kostenrechnung liege der relevante Betrachtungszeitraum rund um die IIHF Weltmeisterschaft im Jahr 2011 und umfasse alle Werte, welche - unabhängig von einer bestimmten Verrechnungsperiode - in Zusammenhang damit stünden.

#### 1.5.2.4. Sachbezug

Weiters hielt der Sachverständige fest, dass sich nach dem Sachbezug die Vollkosten- und Teilkostenrechnung unterscheiden:

Die Vollkostenrechnung habe zum Ziel, sämtliche im Unternehmen anfallenden Kosten auf die Kostenträger und deren Einheiten zu verteilen. Sie berücksichtige alle Kosten, unabhängig davon, ob sie beschäftigungsabhängig (variabel) seien oder nicht (fix). Nach der Beschäftigungsabhängigkeit oder Ausbringungsmenge unterscheide man fixe Kosten (unabhängig) und variable Kosten (abhängig). Bei einer Vollkostenrechnung seien sämtliche im Unternehmen anfallenden und von oben nach unten gewälzten Kosten auf die Kostenträger weiter zu verrechnen. Die Kostensumme der gesamten Kostenartenrechnung müsse sich unter Einschluss der Einzelkosten mit der Summe sämtlicher Kostenträgerkosten decken.

Hauptzweck der Vollkostenrechnung sei üblicherweise, als Basis für langfristige wirtschaftliche Entscheidungen herangezogen zu werden. Die Vollkostenrechnung sei nicht für kurzfristige Entscheidungen geeignet.

Anhand eines Beispiels stellte der Sachverständige die Berechnung der Kosten bei der Vollkostenrechnung dar: Ein Unternehmen biete fünf Produkte (A bis E) an. Für jedes Produkt entstünden variable (mengenabhängig) sowie fixe (mengenunabhängige) Kosten. Sowohl die variablen als auch die fixen Kosten seien jedem Produkt auf Basis der Verursachungsgerechtigkeit direkt zurechenbar und würden als direkte Kosten bezeichnet. So sei bei der gegenständlichen Fragestellung beispielsweise das Produkt „E“ die Übertragung von sechs Eishockey-Spielen unter Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft auf ORF SPORT PLUS. Direkte variable Kosten für das Produkt „E“ seien beispielsweise die Kosten für die Regie-Assistenz, da diese Kosten von der Anzahl (und Dauer) der jeweiligen Übertragung eines Spiels abhängig seien. Reine Fixkosten lägen für das Produkt „E“ nicht vor. Gemeinsam durch das Anbieten anderer Produkte – z.B. dem

Produkt „D“, der Übertragung anderer Spiele der IIHF Weltmeisterschaft 2011 auf ORF SPORT PLUS – entstünden gemeinsam für „D“ und „E“ bestimmte Kosten. So sei etwa insgesamt für die Übertragung von Spielen der IIHF Weltmeisterschaft 2011 eine Lizenz Voraussetzung. Im konkreten Beispiel seien daher die Lizenzkosten für die IIHF Weltmeisterschaften 2011 als gemeinsame Kosten für „D“ und „E“ anzusehen. Gemeinsame Kosten könnten zudem auf unterschiedlichen Aggregationsebenen mehrfach auftreten. Etwa seien Verbreitungskosten für ORF SPORT PLUS gemeinsame Kosten für die Summe aller Einzelsendungen auf ORF SPORT PLUS.

Insgesamt entstünden dem Unternehmen für die generelle Bereitstellung von Produkten (A bis E) Gemeinkosten. Diese würden beispielsweise die allgemeine Verwaltung und Administration des Unternehmens umfassen. Im Falle der Übertragung der sechs Eishockey-Spiele (Produkt „E“) müsse beispielsweise anteilig ebenfalls auf die allgemeine Verwaltung des Unternehmens zurückgegriffen werden.

Die Vollkostenrechnung für das Produkt „E“ berücksichtige somit die Summe aus den direkten Kosten (variabel und fix) sowie anteilige gemeinsame Kosten und anteilige Gemeinkosten.

Mittels einer Vollkostenrechnung könne daher die Frage beantwortet werden, welche Mittel bei einer vorgegebenen Produktpalette des ORF für die Übertragung von sechs Spielen der der IIHF Weltmeisterschaften 2011 unter Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft auf ORF SPORT PLUS verwendet worden seien, sodass unter Berücksichtigung aller anderen Produkte des Unternehmens alle entstandenen Kosten gedeckt seien, wobei in dieser Betrachtung keine Priorisierung in bestehende Spiele und zusätzliche Spiele vorgenommen werde, sondern alle Übertragungen der Eishockey-Spiele rechnerisch gleich behandelt werden würden. Resümierend hielt der Sachverständige fest, dass diese Betrachtung am ehesten der realen Situation in der Planungs- und Realisierungsphase bezüglich der Übertragungen zur IIHF Weltmeisterschaft 2011 entsprechen würde.

In einem nächsten Schritt stellte der Gutachter die Teilkostenrechnung dar. Bei einer Teilkostenrechnung seien auf Basis der Grenzkosten den Kostenträgern nur die variablen Kosten zuzurechnen. Dadurch werde eine allfällige Fixkostendegression nicht berücksichtigt. Mittels der Gegenüberstellung von Stückerlösen mit den variablen Stückkosten könnten üblicherweise Deckungsbeiträge ermittelt werden. Diese Rechnungsart werde häufig zur Ermittlung von kurzfristigen Preisuntergrenzen herangezogen.

Durch die Berücksichtigung von variablen und fixen Kosten, sei eine Berechnung der für das jeweilige gesamte Produkt inkrementellen Kosten möglich. In dieser Berechnung würden gemeinsame Kosten sowie generelle administrative Kosten des Gesamtunternehmens (Gemeinkosten) nicht einfließen, weil davon ausgegangen werde, dass diese Kosten bereits rechnerisch von anderen Produkten getragen würden. Diese Betrachtungsweise könne für die Frage herangezogen werden, in welcher Höhe sich bei einer bereits bestehenden Produktpalette (z.B. bereits fixierte oder erfolgte Übertragung von sieben Spielen) durch die zusätzliche Übertragung von weiteren sechs Spielen des gleichen Events die zusätzlichen Kosten bewegen würden.

Mit Hilfe einer inkrementellen Teilkostenrechnung könne demnach vorliegend beantwortet werden, welche Mittel unter der Voraussetzung einer sonst vorgegebenen Produktpalette des ORF für die Übertragung von sechs Spielen der IIHF Weltmeisterschaft 2011 unter Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft auf ORF SPORT PLUS zusätzlich verwendet worden seien, da alle nicht den sechs zusätzlichen Übertragungen direkt zurechenbaren Kosten bereits von den anderen Produkten (Übertragungen der anderen Spiele der IIHF Weltmeisterschaft 2011) getragen würden. Ferner könne geklärt werden, welche Kosten hätten direkt vermieden werden können, wenn der ORF sechs Spiele der IIHF Weltmeisterschaften 2011 unter Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft

auf ORF SPORT PLUS nicht übertragen hätte, wobei in diesem Fall davon ausgegangen werden könne, dass variable Kosten auch vollständig abbaubar seien.

Ergänzend hielt der Gutachter fest, dass grundsätzlich noch weitere Varianten der Voll- und Teilkostenrechnung nach dem Sachbezug denkbar wären, diese aber im konkreten Fall rein hypothetisch und daher für die Erfüllung des Gutachtensauftrages nicht relevant wären.

Für die kostenrechnerische Unterscheidung nach dem Sachbezug sei die Frage von Bedeutung, ob die gesamten verwendeten Mittel für ein bestimmtes Produkt oder die zusätzlichen verwendeten Mittel für ein bestimmtes Produkt bei einer bereits erfolgten Kostendeckung der gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten durch andere bestehende Produkte berechnet werden sollen. Es seien daher im Rahmen des Gutachtens mit einer Vollkostenrechnung die gesamten Mittel sowie durch eine Teilkostenrechnung die zusätzlichen Mittel für ein bestimmtes Produkt (die gegenständlichen Live-Übertragungen der sechs Spiele) zu berechnen.

#### 1.5.2.5. Art der Mittel

Nach der Art der verwendeten Mittel könne eine Unterscheidung in Bruttokosten und Nettokosten vorgenommen werden. Üblicherweise werde in der Fachliteratur der Begriff „Kosten“ als „bewerteter Verzehr von wirtschaftlichen Gütern materieller und immaterieller Art zur Erstellung und zum Absatz von Sach- und/oder Dienstleistungen sowie zur Schaffung und Aufrechterhaltung der dafür notwendigen Teilkapazitäten“ umschrieben. Der Begriff der Kosten erfasse daher üblicherweise keine Erlöse.

Klarstellend gab der Sachverständige an, dass das verfahrensgegenständliche Gutachten mit dem Begriff „Bruttokosten“ arbeite, welcher identisch mit dem obigen Begriff der Kosten ohne Einbeziehung von Erlösen verwendet werde. Sämtliche Berechnungen von „Bruttokosten“ enthielten daher keinerlei Erlöse.

Unter Erträgen sei das Zufließen von Geld und/oder Gütern für das Unternehmen für in irgendeiner Weise erbrachte Leistungen des Unternehmens zu verstehen. Würden zurechenbare Erlöse von Bruttokosten für bestimmte Produkte bzw. Dienstleistungen in Abzug gebracht, werde üblicherweise von einer „Erfolgsrechnung“ gesprochen. Zweck einer Kostenträgererfolgsrechnung sei, durch einen Vergleich der Kostenträgererlöse mit den Kostenträgerkosten (hier: Bruttokosten) die Kostenträgererfolge zu bestimmen. Im Rahmen dieses Gutachtens werde anstatt des „Erfolges“ der Begriff „Nettokosten“ verwendet. Bei sämtlichen Berechnungen der „Nettokosten“ würden daher zurechenbare Erlöse berücksichtigt werden.

Nachdem die Erträge auch höher sein könnten als die Bruttokosten, könnten sich auch negative Nettokosten ergeben, welche dann als positive Nettoerträge – und somit als positiver Beitrag zu einer Ergebnisverbesserung in einer Erfolgsrechnung – zu verstehen seien.

Zusammenfassend hielt der Sachverständige fest, dass sich der beschriebene Zusammenhang in folgender Formel darstellen lasse:

$\text{Bruttokosten} - \text{Erträge} = \text{Nettokosten/erträge}$ , wobei er anmerkte, dass diese Definition nicht mit dem in § 31 ORF-G verwendeten Begriff der „Nettokosten des öffentlich rechtlichen Auftrages“ gleichzusetzen sei.

Resümierend könne sich die Frage des Gutachtensauftrages, welche Mittel verwendet wurden, aus kostenrechnerischer Sicht demnach auf Mittel ohne Berücksichtigung von Erlösen (Bruttokosten) als auch auf Mittel unter Berücksichtigung von Erlösen (Nettokosten) beziehen. Daher würden sowohl Berechnungen für „Bruttokosten“ als auch für „Nettokosten“ angestellt.

#### 1.5.2.6. Produktvergleich

Weiters könne sich die Frage des Gutachtensauftrages, welche Mittel verwendet wurden, aus kostenrechnerischer Sicht auf Mittel mit Berücksichtigung eines Ersatzprodukts (relativ) als auch auf Mittel ohne Berücksichtigung eines Ersatzprodukts (absolut) beziehen.

Würden Kosten für Einzelprodukte ohne Produktvergleich kalkuliert, seien die absoluten Kosten je Produkt zu ermitteln. Im Rahmen eines kostenmäßigen Produktvergleichs, welcher selbst keine eigenständige Methode der Kostenrechnung darstelle, könnten relative Kostenvergleiche zwischen zwei oder mehreren Produkten bzw. Dienstleistungen berechnet werden. Durch diesen relativen Vergleich der Kosten könne die Frage beantwortet werden, wie viel ein bestimmtes Produkt im Vergleich zur alternativen Bereitstellung eines anderen Produkts mehr oder weniger gekostet habe. In der Praxis könne eine derartige Rechnung die unternehmerische Entscheidung unterstützen, welches der beiden Vergleichsprodukte aus kostenrechnerischer Sicht angeboten bzw. hergestellt werden solle. Konzeptionell werde daher ein Produktvergleich grundsätzlich eher im Bereich der Planungsrechnung eingesetzt, könne aber auch nachträglich (ex-post) die Frage beantworten, ob es aus Sicht der relativen Kosten sinnvoll war, ein bestimmtes Produkt anstatt eines anderen Vergleichsprodukts anzubieten. Die betriebswirtschaftliche Sinnhaftigkeit eines beschriebenen Produktvergleichs sei allerdings immer davon abhängig, ob für das jeweilige Unternehmen auch real eine tatsächliche Auswahlmöglichkeit zwischen den zu vergleichenden Produkten bestehe bzw. bestanden habe.

Für die Umsetzung eines derartigen Produktvergleichs seien zwei Berechnungen anzustellen und danach die Differenz zu bilden. Die erste Berechnung umfasse das Produkt A, die zweite Berechnung das mit A zu vergleichende Produkt B. In dem Gutachten sei das Produkt A die Ausstrahlung von sechs Spielen mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft bei der IIHF Weltmeisterschaft 2011 auf ORF SPORT PLUS in einem bestimmten definierten Ausmaß (Nettoübertragungszeit in Minuten). Als zu vergleichendes Alternativprodukt B könne die Ausstrahlung von inhaltlich vergleichbaren Sendungen (vergleichbares Ersatzprogramm) im gleichen Ausmaß auf ORF SPORT PLUS herangezogen werden. Als Ergebnis eines derartigen Produktvergleichs könne sodann die Frage geklärt werden, wie viele Mittel durch die Übertragung der sechs Spiele im Vergleich zur Übertragung eines kostenmäßig durchschnittlichen und vergleichbaren Programms auf ORF SPORT PLUS zusätzlich aufgewendet worden seien. Das Vorzeichen des Ergebnisses einer solchen Berechnung könne je nach Kostenrelationen zwischen dem Produkt A und B positiv (Kosten von A sind höher als von B) als auch negativ (Kosten von A sind geringer als von B) sein.

Im Rahmen des Gutachtens würden daher sowohl Berechnungen für „absolute Kosten“ als auch für „relative Kosten“ angestellt werden.

#### 1.5.3. Durchführung der Berechnungen

Auf Basis dieser Szenarien nahm der Sachverständige daraufhin die Kostenberechnungen der einzelnen Varianten vor, wobei er dabei auf die in der Literatur vertretene Grundstruktur der „Stufen der Kostenrechnung“ zurückgriff, die er zunächst erläuterte:

So erfolge in der ersten Stufe, soweit erforderlich, eine Überleitung aus der Buchhaltung in die Kostenrechnung. Die zweite Stufe, die Kostenartenrechnung, beantworte die Frage, welche Kosten angefallen seien. In der dritten Stufe, der Kostenstellenrechnung, würden die Kosten jenen Kostenstellen zugeordnet, in welchen sie angefallen seien. Sie diene dazu, die Gemeinkosten den einzelnen Kostenstellen verursachungsgerecht zuzuordnen. In der gegenständlichen Analyse diene sie vor allem der Zurechnung von gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten. In der vierten und letzten Stufe, der Kostenträgerrechnung, erfolge die Zurechnung der Kosten auf die Endprodukte.

Ferner wies der Sachverständige darauf hin, dass die vorgenommenen Definitionen bezüglich der Kostenarten, Kostenstellen sowie der Kostenträger eigene Annahmen seien.

#### 1.5.3.1. Überleitung von Daten aus der Buchhaltung in die Kostenrechnung

Der Sachverständige stellte fest, dass die Abschreibung der Lizenzkosten für die IIHF Weltmeisterschaft 2011 € XXX betragen habe. Diese Lizenz sei für die Übertragung von Eishockey-Spielen auf ORF SPORT PLUS sowie die Berichterstattung in weiteren Medien des ORF genutzt worden. Für die Überleitung der Abschreibung der Lizenzkosten für die IIHF Weltmeisterschaft 2011, welche den Übertragungen auf ORF SPORT PLUS zuzurechnen seien, seien als Bezugsgröße die jeweiligen Sendeminuten in den unterschiedlichen Medien des ORF herangezogen worden. Bezugsgröße seien daher die tatsächlichen Minuten der Übertragungen. Die Live-Übertragungsminuten auf orf.at würden nicht gesondert berücksichtigt, da angenommen werde, dass es sich bei diesen Minuten um die Nutzung eines weiteren Verbreitungschanals für die gleichen Inhalte (im Sinne des § 3 Abs. 4a ORF-G) wie auf ORF SPORT PLUS handle und diese Sendeminuten somit kostenmäßig bereits implizit bei den Ausstrahlungen im Spartenprogramm ORF SPORT PLUS enthalten seien. Bei der Bezugsgröße nach Sendeminuten handle es sich um eine Durchschnittsbetrachtung. Eine unterschiedliche Gewichtung von Sendeminuten in Radio und Fernsehen bzw. eine Unterscheidung in Live-Sendungen, Aufzeichnungen und Wiederholungen sei in dieser Durchschnittsbetrachtung nicht durchgeführt worden.

Aus dem zuvor erstellten Mengengerüst sei ersichtlich, dass von den insgesamt 3.132,62 vom ORF übertragenen Sendeminuten 3.053,92 Minuten auf ORF SPORT PLUS entfielen. Dies stelle einen Anteil von gerundet 97,49 % dar. Wenn nun genau dieser Anteil der Lizenzkosten ORF SPORT PLUS zugerechnet werde, ergäben sich die kalkulatorischen Abschreibungskosten für die Lizenz in Höhe von € XXX für alle Übertragungen der IIHF Weltmeisterschaft 2011 auf ORF SPORT PLUS. Für den Anteil an den sechs Spielen mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft ergäbe sich mit der gleichen Verteilungsmethode nach den Verhältnissen der Sendeminuten demnach ein Wert von € XXX.

Weiters machte der Sachverständige darauf aufmerksam, dass eine Berücksichtigung von Opportunitätskosten in Form einer angemessenen Kapitalverzinsung des eingesetzten Kapitals, welche üblicherweise in die Überleitung von der Buchhaltung in die Kostenrechnung vorgenommen werde, gegenständlich nicht erfolgt sei. Als Begründung führte er aus, dass die gegenständlich anzustellende Rechnung nicht den üblichen Zweck verfolge, als Grundlage für eine effiziente Investitionsentscheidung herangezogen zu werden. Eine Berücksichtigung von Opportunitätskosten könne bei der vorliegenden Fragestellung entfallen, da die zu berechnenden Mittel ohnehin ausschließlich zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages herangezogen hätten werden dürfen. Daher stelle sich die Frage nach alternativen Verwendungsmöglichkeiten vorliegend nicht, sodass die Kapitalverzinsung für diese Berechnung mit Null anzusetzen sei. Diese Vorgangsweise sei auch mit dem Grundsatz im Einklang, dass dem Grunde nach die Mittel im Ergebnis der Berechnung nicht höher sein könnten als die tatsächlich aufgewendeten Gesamtmittel.

#### 1.5.3.2. Kostenartenrechnung

Unter der Kostenartenrechnung sei die Ermittlung und übersichtliche Zusammenstellung aller in einer Abrechnungsperiode angefallenen Kosten zu verstehen. Der Zweck dieser Rechnung sei die Aufhellung der vertikalen Kostenstruktur des Unternehmens. Bei der gegenständlichen Aufgabenstellung sei die Abrechnungsperiode jene Periode, in welcher die Kosten der IIHF Weltmeisterschaft 2011 zurechenbar seien. Nach der Art der verbrauchten Produktionsfaktoren seien die Kosten in folgende Kategorien gegliedert: Personal- und Sachkosten, welche die Kosten für fix angestelltes Personal, Honorare sowie Kosten für Transport, technische Anbindung, Reisekosten, Material, Reinigung und Bandmaterial

enthalte. Eine weitere Kategorie seien die kalkulatorischen Abschreibungen für die Lizenz zur Übertragung der IIHF Weltmeisterschaft 2011. Weiters seien die Gemeinkosten des Unternehmens darzustellen. Die Kapitalkosten seien der Vollständigkeit halber darzustellen, diese beliefen sich im konkreten Fall auf Null.

#### 1.5.3.3. Kostenstellenrechnung

Die Kostenstellenrechnung diene zur Erhellung der horizontalen Kostenstruktur des Unternehmens. Zu diesem Zweck werde das Unternehmen in funktional und/oder räumlich abgrenzbare Bereiche (Kostenstellen) eingeteilt. Als Kostenstelle sei ORF SPORT PLUS zu definieren. Zu berücksichtigen seien jene Kosten, welche für die Veranstaltung von ORF SPORT PLUS direkt entstünden. Dies seien im konkreten Fall die Verbreitungskosten für ORF SPORT PLUS sowie Anteile der direkten Kosten für die Übertragungen von Spielen der IIHF Weltmeisterschaft 2011 auf ORF SPORT PLUS.

#### 1.5.3.4. Kostenträgerrechnung

Unter der Kostenträgerrechnung sei die Zurechnung der Kosten auf die Leistungen, die am Markt angeboten werden, zu verstehen. Kostenträger seien die Objekte, an denen die Leistungen der Kostenstellen vollzogen würden. Zweck der Kostenträgerrechnung sei somit – wenn von der innerbetrieblichen Leistungsverrechnung abgesehen werde – die kostenmäßige Quantifizierung der für den Markt zu erstellenden bzw. erstellten Leistungen. Hierbei würde die Einzelkosten in direkter Weise je Kostenträger erfasst und den Kostenträgern zugerechnet werden. Einzelkosten seien somit von der Kostenartenrechnung unmittelbar in die Kostenträgerrechnung zu übernehmen. Die Gemeinkosten seien hingegen über Zuschlagssätze oder Kosten-Mengenverrechnungssätze nach Maßgabe der Inanspruchnahme der Kostenstellenverrichtungen durch die einzelnen Produkte den Kostenträgern mittelbar zuzurechnen. Als Kostenträger sei demnach die Übertragung von sechs Spielen unter Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft der IIHF Weltmeisterschaft 2011 auf ORF SPORT PLUS zu definieren.

Zur Durchführung der Zurechnung von Kosten auf den Kostenträger seien Verrechnungsschlüssel notwendig. Die Zuschlagskalkulation für den Kostenträger „IIHF Weltmeisterschaft 2011 auf ORF SPORT PLUS“ setze sich daher aus der Summe der Einzelkosten der „IIHF Weltmeisterschaft 2011“, dem Anteil an gemeinsamen Kosten aus der Kostenstelle „ORF SPORT PLUS“ sowie dem Anteil für Gemeinkosten des ORF zusammen.

#### 1.5.4. Berechnung der einzelnen Szenarien

Entsprechend den obigen Ausführungen und der zuvor dargestellten Szenarien, nahm der Sachverständige in Folge die Berechnung der einzelnen Szenarien vor.

##### 1.5.4.1. Berechnung der Vollkosten ohne Erlöse (brutto) und ohne Produktvergleich (absolut)

Für die Berechnung der absoluten Bruttovollkosten sei zunächst eine Nebenrechnung für die Ausstrahlungskosten und die Gemeinkosten erforderlich.

Die Ausstrahlungskosten ergäben sich aus der Summe der Ausstrahlungskosten über Satellit und die terrestrische Ausstrahlung und beliefen sich auf € 14.858,51.

Hinsichtlich der Höhe der anteiligen Gemeinkosten verwies der Sachverständige darauf, dass diesbezüglich keine Angaben seitens des ORF vorlägen, sodass eine Schätzung vorzunehmen sei. Ziel der Schätzung sei, einen durchschnittlichen Aufschlagssatz in Prozent auf einem Produkt direkt zurechenbaren Kosten und gemeinsamen Kosten (primären und

sekundären Kosten) zu errechnen und auf diesem Weg die Gemeinkosten des Unternehmens zu berücksichtigen.

Als Basis für die Schätzung des Gemeinkostenzuschlagssatzes zog der Sachverständige vorhandene Daten des Finanz- und Stellenplans 2012 des ORF heran, wobei er als Unternehmensgemeinkosten die Werte der Generaldirektion sowie der kaufmännischen Direktion heranzog und diese in Verhältnis mit der Summe aller anderen Bereiche setzte.

Auf Basis der Ist-Werte des Jahres 2010, des Forecasts 2011 sowie des Finanzplans 2012 berechnete der Sachverständige die Gemeinkostenzuschlagssätze für die Jahre 2010, 2011 und 2012 und legte als Ausgangspunkt für die weiteren Berechnungen den ermittelten Gemeinkostenzuschlag für das Jahr 2011 in Höhe von 11,42 % fest, wobei es sich bei diesem Wert um einen Näherungswert handle, der sich innerhalb der Bandbreite der für das Unternehmen üblichen Höhe bewege, wie der Vergleich mit den ermittelten Zuschlägen für die Jahre 2010 und 2012 verdeutliche.

Zur Plausibilisierung dieses Näherungswertes nahm der Sachverständige zudem einen Benchmarkingvergleich vor. Er verglich den ermittelten Gemeinkostenanteil des ORF mit Gemeinkostenanteilen des ZDF und ARTE auf Basis vorliegender Daten, wobei er zu der Einschätzung gelangte, dass der von ihm ermittelte Näherungswert von 11,42 % aufgrund ähnlicher Bandbreiten bei ZDF und ARTE angemessen sei.

Unter Berücksichtigung der Ergebnisse dieser Nebenrechnungen kam der Sachverständige bei der Durchführung der Vollkostenrechnung zu dem Ergebnis, dass die absoluten Bruttovollkosten für die Übertragung von sechs Spielen mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft auf ORF SPORT PLUS im Rahmen der IIHF Weltmeisterschaft 2011 mit € 157.673,90 zu beziffern seien.

#### 1.5.4.2. Berechnung der Vollkosten mit Erlösen (netto), ohne Produktvergleich (absolut)

Zunächst wies der Sachverständige darauf hin, dass diese Berechnung auf dem Ergebnis der absoluten Bruttovollkostenberechnung aufbaue. Für die Überleitung der Bruttokosten in Nettokosten seien nun in der Kalkulation jene Gesamterlöse in Abzug zu bringen, welche den sechs Spielen mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft zurechenbar seien. Dies seien die auf die Österreich-Spiele entfallenden Lizenzerlöse, die Erlöse aus Sonderwerbformen vor Beginn der Finalphase sowie die Erträge aus technischer Hilfestellung für Weiterschaltungen.

Insofern zog der Sachverständige von den bereits berechneten Bruttovollkosten die Summe der genannten Erlöse zur Ermittlung der Nettovollkosten ab und ermittelte dementsprechend, dass die absoluten Nettovollkosten für die Übertragung von sechs Spielen mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft auf ORF SPORT PLUS im Rahmen der IIHF Weltmeisterschaft 2011 mit € XXX zu beziffern seien.

#### 1.5.4.3. Berechnung der Vollkosten ohne Erlöse (brutto), mit Produktvergleich (relativ)

Unter Zugrundelegung des zu Punkt 1.5.4.1. ermittelten Ergebnisses subtrahierte der Sachverständige für die Überleitung von absoluten Kosten in relative Kosten jene Vollkosten, die für eine alternative Bereitstellung eines vergleichbaren Ersatzprogrammes angefallen wären, wobei der Sachverständige diesbezüglich auf einen berechneten Näherungswert zurückgriff, den er auf Basis eines seitens des ORF vorgeschlagenen Wertes sowie der Annahme von Extremszenarien bildete. Die mit Hilfe dieses ermittelten Näherungswertes vorgenommene Berechnung ergab, dass die relativen Bruttovollkosten mit € XXX zu beziffern seien.

#### 1.5.4.4. Berechnung der Vollkosten mit Erlösen (netto) und mit Produktvergleich (relativ)

Unter der Annahme, dass im Rahmen der Vollkostenrechnung die Erlöse und Kosten eines Produktvergleiches in dieser Variante zu berücksichtigen seien, wurden vom Sachverständigen für die Überleitung der Bruttokosten eines Ersatzprogramms (für den Produktvergleich) in die Nettokosten, die Erlöse des Ersatzprogramms in die Berechnung miteinbezogen. Auf dieser Basis ermittelte der Sachverständige, dass die relativen Nettovollkosten für die Übertragung von sechs Spielen mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft auf ORF SPORT PLUS im Rahmen der IIHF Weltmeisterschaft 2011 mit € XXX zu beziffern seien.

#### 1.5.4.5. Berechnung der Teilkosten ohne Erlöse (brutto) ohne Produktvergleich (absolut)

Klarstellend gab der Sachverständige an, dass die variablen Kosten aus der durch den ORF dargestellten Berechnung [Variante c)] übernommen worden seien. Weiters seien in dieser Variante keine gemeinsamen Kosten sowie Gemeinkosten, dementsprechend auch keine Abschreibungskosten für die Lizenz zu berücksichtigen. Insofern errechnete der Sachverständige die absoluten Bruttoteilkosten für die Übertragung von sechs Spielen mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft auf ORF SPORT PLUS im Rahmen der IIHF Weltmeisterschaft 2011 mit € XXX.

#### 1.5.4.6. Berechnung der Teilkosten mit Erlösen (netto), ohne Produktvergleich (absolut)

Aufbauend auf der unter Punkt 1.5.4.5. durchgeführten Berechnung subtrahierte der Sachverständige in dieser Variante für die Überleitung der Bruttokosten (ohne Erlöse) auf die Nettokosten (mit Erlösen) die variablen Erlöse für die sechs Spiele mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft in der Berechnung und wies darauf hin, dass in dieser Berechnung keine fixen Kosten der Lizenz zu berücksichtigen seien, sodass auch keine anteiligen Lizenzerlöse umfasst seien. Auf dieser Grundlage errechnete der Sachverständige die absoluten Nettoteilkosten in Höhe von minus € XXX.

#### 1.5.4.7. Berechnung der Teilkosten ohne Erlöse (brutto) mit Produktvergleich (relativ)

Wiederum von dem unter Punkt 1.5.4.5. errechneten Ergebnis ausgehend sei in dieser Variante für die Überleitung von einer absoluten Kalkulation zu einer Vergleichsbetrachtung in Relation zu einem Ersatzprogramm (für den Produktvergleich) eine Erweiterung um die Teilkosten (brutto) eines vergleichbaren Ersatzprogramms notwendig. Dementsprechend seien die relativen Bruttoteilkosten für die Übertragung der verfahrensgegenständlichen sechs Spielen auf ORF SPORT PLUS mit € XXX zu beziffern.

#### 1.5.4.8. Berechnung der Teilkosten mit Erlösen (netto) mit Produktvergleich (relativ)

Ausgehend von den zuvor ermittelten Ergebnissen (vgl. Punkt 1.5.4.6. und 1.5.4.7.) seien in dieser Variante für die Überleitung der variablen Bruttokosten eines Ersatzprogramms in die variablen Nettokosten die variablen Erlöse des Ersatzprogramms in die Berechnung miteinzubeziehen.

Die relativen Nettoteilkosten für die Übertragung von sechs Spielen mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft auf ORF SPORT PLUS seien dementsprechend mit minus € XXX zu beziffern.

#### 1.5.5. Interpretation der Berechnungsergebnisse

Im Anschluss an die Berechnungen interpretierte der Sachverständige die einzelnen Varianten wie folgt:



#### 1.5.5.1. Vollkosten (brutto) ohne Produktvergleich (absolut)

Das Ergebnis der Vollkostenrechnung auf Basis der Bruttokosten ohne Ersatzprogramm, liefere diejenigen Gesamtkosten, welche unter Berücksichtigung des Anbietens des Gesamtproduktportfolios des Unternehmens für die Live-Übertragungen der sechs Spiele im Rahmen der IIHF Weltmeisterschaft 2011 ohne Berücksichtigung von zurechenbaren Erlösen entstehen würden. Im Rahmen der Vollkosten würden die gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten rechnerisch von allen Produkten anteilig getragen. Bei dieser Berechnungsmethode sei daher irrelevant, ob die Berechnung beispielweise zuerst für drei Spiele und anschließend für weitere drei Spiele durchgeführt werde, da eine Summierung auf sechs Spiele wieder den gleichen Wert für eine Berechnung von sechs Spielen ergäbe. Bei dieser Betrachtung werde keine Priorisierung der Produkte in bestehende und zusätzliche Übertragungen vorgenommen. Daher entspreche diese Betrachtung der Ausgangslage in der Planungs- und Umsetzungsphase, in welcher eine Unterscheidung in unterschiedliche Kategorien nicht vorgenommen worden sei.

Bezüglich der Frage von verwendeten Mitteln hinsichtlich der Bruttokosten liefere die Berechnung jene Gesamtmittel, die ohne Berücksichtigung der dem Produkt direkt zurechenbaren Erlöse notwendig seien, um das Produkt überhaupt anbieten zu können. Eine teilweise Selbstfinanzierung (z.B. durch zurechenbare Erlöse) des Produkts werde in dieser Berechnungsvariante nicht berücksichtigt.

Ferner sei in dieser Berechnung die Frage der absoluten Kosten der relevanten Übertragungen beantwortet worden. Ein Vergleich mit den Kosten eines Ersatzprogramms sei in dieser Variante nicht durchgeführt worden. Daher werde die Frage nach den relativen Kosten zu einem Vergleichsprogramm im Rahmen dieser Variante nicht beantwortet.

Unter Berücksichtigung dieser Annahmen sei daher die Höhe der verwendeten Mittel für die Live-Übertragungen von sechs Spielen mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft im Zuge der IIHF Weltmeisterschaft mit € 157.673,90 zu beziffern.

#### 1.5.5.2. Vollkosten (netto) ohne Produktvergleich (absolut)

Abweichend von der Bruttokostenberechnung liefere das Ergebnis der Vollkostenrechnung auf Basis der Nettokosten ohne Ersatzprogramm diejenigen Gesamtkosten, welche unter Berücksichtigung des Anbietens des Gesamtproduktportfolios des Unternehmens für die Live-Übertragungen der sechs Spiele im Rahmen der IIHF Weltmeisterschaft 2011 unter Berücksichtigung der zurechenbaren Erlöse entstünden.

Bezüglich der Frage der verwendeten Mittel im Hinblick auf die Nettokosten liefere die Berechnung jene Gesamtmittel, die mit Berücksichtigung der dem Produkt direkt zurechenbaren Mittel notwendig seien, um das Produkt überhaupt anbieten zu können. Zudem sei in dieser Berechnungsvariante die teilweise Selbstfinanzierung (z.B. durch zurechenbare Erlöse) des Produkts berücksichtigt.

Unter Berücksichtigung von direkten (variablen und fixen) Kosten sowie anteiligen gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten (Vollkosten) sowie mit Einberechnung von zurechenbaren Erlösen (Nettokosten) und auf Basis absoluter Kosten (ohne Vergleich zu einem Ersatzprogramm) betrage die Höhe der verwendeten Mittel für die Übertragung der sechs inkriminierten Eishockeyspiele € XXX.

#### 1.5.5.3. Vollkosten (brutto) mit Produktvergleich (relativ)

Ausgehend von dem Ergebnis der Bruttovollkostenrechnung (wie unter Punkt 1.5.5.1. dargestellt), werde in dieser Berechnung die Frage der relativen Kosten der relevanten Übertragungen im Vergleich mit inhaltlich ähnlichen Übertragungen beantwortet

(Ersatzprogramm). Das Ergebnis sei wesentlich von den Annahmen hinsichtlich des Ersatzprogramms abhängig. Im Zuge der Berechnung sei auf ein seitens des ORF vorgeschlagenes gleichwertiges Ersatzprogramm zurückgegriffen und somit ein Näherungswert ermittelt worden. Abweichend von dieser getroffenen Betrachtung seien auch alternative Annahmen bezüglich eines Ersatzprogramms möglich. Daher sei der sich hier ergebende Wert der relativen Kosten als Näherungswert innerhalb einer möglichen Bandbreite zu interpretieren.

Dies berücksichtigt, betrage die Höhe der verwendeten Mittel für die Live-Übertragungen von sechs Spielen mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft im Zuge der IIHF Weltmeisterschaft 2011 in dieser Variante insgesamt € XXX.

#### 1.5.5.4. Vollkosten (netto) mit Produktvergleich (relativ)

Das Ergebnis der Vollkostenrechnung auf Basis der Nettokosten mit Ersatzprogramm liefere diejenigen Gesamtkosten, welche unter Berücksichtigung des Anbietens des Gesamtproduktportfolios des Unternehmens für die Live-Übertragungen der sechs Spiele unter Berücksichtigung der zurechenbaren Erlöse im Vergleich mit einem Ersatzprogramm entstünden. Unter Berücksichtigung der hinsichtlich der Nettokosten sowie der relativen Kosten getätigten Annahmen, kam der Sachverständige zu dem Schluss, dass die Höhe der verwendeten Mittel für die Live-Übertragungen in dieser Variante insgesamt € XXX betrage.

#### 1.5.5.5. Teilkosten (brutto) ohne Produktvergleich (absolut)

Im Unterschied zur Vollkostenrechnung liefere das Ergebnis der Teilkostenberechnung zu Bruttowerten und ohne Berücksichtigung eines Ersatzprogramms jene zusätzlichen Mittel für die Übertragung der sechs Spiele, die unter der Annahme für das Produkt notwendig wären, dass fixe Kosten, gemeinsame Kosten und Gemeinkosten bereits von allen anderen Produkten des Unternehmens rechnerisch getragen würden.

Diese Zusatzkostenbetrachtung könne auch so interpretiert werden, dass sie die Höhe der vermeidbaren Kosten für das entsprechende Produkt darstelle. Bei dieser Betrachtung werde eine Priorisierung der Produkte in bestehende und zusätzliche Übertragungen vorgenommen. In der hier vorliegenden Fragestellung setzte diese Berechnungsmethode das Wissen über das Ausmaß „zulässiger“ und zusätzlichen „unzulässiger“ Produkte voraus und könne in diesem Fall nur ex-post erfolgen. Daher sei das Ergebnis davon abhängig, welche Produkte vor der Berechnung als bereits gegeben anzunehmen seien (in dem gegenständlichen Fall alle anderen Übertragungen von der IIHF Weltmeisterschaft 2011) und welche Produkte in der Berechnung als zusätzliche Produkte gelten würden (in dem gegenständlichen Fall sechs Live-Spiele mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft). Würden die Produkte davon abweichend definiert werden, führe diese Berechnung zu anderen Ergebnissen. Aus diesem Grund führe eine Berechnung der zusätzlichen Kosten von drei Spielen und einer darauf aufbauenden weiteren Berechnung von weiteren zusätzlichen Kosten für drei weitere Spiele nicht zu dem gleichen Ergebnis, wie wenn das Zusatzprodukt in einer einzigen Berechnung gleichzeitig mit sechs Spielen definiert worden wäre.

Bezüglich der Frage der verwendeten Mittel liefere die Bruttokostenberechnung jene zusätzlichen Mittel, welche ohne Berücksichtigung der dem Produkt direkt zurechenbaren Mittel notwendig seien, um das Produkt zusätzlich zu bestehenden Produkten anbieten zu können. Eine teilweise rechnerische Selbstfinanzierung des Produktes werde nicht berücksichtigt. Das Ergebnis seien die absoluten Kosten der Übertragungen ohne relativen Vergleich mit den Kosten eines Ersatzprogramms.

Unter Berücksichtigung der Teilkosten ohne Einberechnung von zurechenbaren Erlösen und ohne Vergleich zu einem Ersatzprogramm stellte der Sachverständige fest, dass die Höhe

der verwendeten Mittel zur Abdeckung von zusätzlichen Kosten, welche durch die zusätzlichen Live-Übertragungen von sechs Spielen mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft im Zuge der IIHF Weltmeisterschaft 2011 zu bereits bestehenden Übertragungen entstanden seien, mit insgesamt € XXX zu beziffern seien.

#### 1.5.5.6. Teilkosten (netto) ohne Produktvergleich (absolut)

Hinsichtlich dieser Berechnungsvariante hielt der Sachverständige fest, dass das Ergebnis der Teilkostenberechnung zu Nettowerten und ohne Berücksichtigung eines Ersatzprogramms jene zusätzlichen Mittel für die Übertragung der sechs Spiele liefere, die unter der Annahme für das Produkt notwendig seien, dass fixe Kosten, gemeinsame Kosten und Gemeinkosten bereits von allen anderen Produkten des Unternehmens rechnerisch getragen würden. In dieser Nettorechnung werde zudem eine teilweise rechnerische Selbstfinanzierung berücksichtigt. Das Ergebnis seien die absoluten variablen Kosten der Übertragungen ohne relativen Vergleich mit den Kosten eines Ersatzprogramms. Die in dieser Berechnungsvariante ermittelte Höhe der verwendeten Mittel zur Abdeckung von zusätzlichen Kosten, welche durch die zusätzlichen Live-Übertragungen von sechs Spielen mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft im Zuge der IIHF Weltmeisterschaft 2011 zu bereits bestehenden Übertragungen entstanden seien, sei mit minus € XXX zu beziffern. Dies bedeute, dass die variablen Erlöse höher seien als die variablen Kosten.

#### 1.5.5.7. Teilkosten (brutto) mit Produktvergleich (relativ)

Hinsichtlich der Berechnung des Ergebnisses der Teilkostenberechnung zu Bruttowerten und mit Berücksichtigung eines Ersatzprogramms könne diese Variante die Summe jener zusätzlichen Mittel für die Übertragung der sechs Spiele liefern, die unter der Annahme für das Produkt notwendig seien, dass fixe Kosten, gemeinsame Kosten und Gemeinkosten bereits von allen anderen Produkten des Unternehmens rechnerisch getragen würden. In dieser Bruttorechnung werde eine teilweise rechnerische Selbstfinanzierung nicht berücksichtigt.

Auf dieser Grundlage sowie unter Hinweis auf die grundsätzlichen Annahmen ermittelte der Sachverständige, dass die Höhe der zur Abdeckung von zusätzlichen Kosten verwendeten Mittel, welche durch die zusätzlichen Live-Übertragungen der inkriminierten Spielbegegnungen zu bereits bestehenden Übertragungen entstanden seien, in dieser Variante mit € XXX zu beziffern wären.

#### 1.5.5.8. Teilkosten (netto) mit Produktvergleich (relativ)

Im Rahmen dieser Variante liefere das Ergebnis der Teilkostenberechnung zu Nettowerten und mit Berücksichtigung eines Ersatzprogramms jene zusätzlichen Mittel für die Übertragung der sechs Spiele, die unter der Annahme für das Produkt notwendig seien, dass fixe Kosten, gemeinsame Kosten und Gemeinkosten bereits von allen anderen Produkten des Unternehmens rechnerisch getragen würden. In dieser Nettorechnung werde eine teilweise rechnerische Selbstfinanzierung berücksichtigt. Das Ergebnis seien die relativen zusätzlichen variablen Nettokosten der Übertragungen im Vergleich zu einem gleichwertigen Ersatzprogramm.

Unter Zugrundelegung der getätigten Annahmen ermittelte der Sachverständige, dass die Höhe der zur Abdeckung von zusätzlichen Kosten verwendeten Mittel, welche durch die zusätzlichen Live-Übertragungen der sechs inkriminierten Begegnungen im Zuge der IIHF Weltmeisterschaft 2011 zu bereits bestehenden Übertragungen entstanden seien, im Rahmen dieser Variante mit minus € XXX zu beziffern wären.

### 1.5.6. Ergebnis

Resümierend hielt der Sachverständige fest, dass sich auf Grundlage des Gutachtensauftrages zur Ermittlung der Höhe der verwendeten Mittel aus dem Programmengelt (oder diesen gleichzusetzenden Mittel) für die Live-Übertragung der sechs Eishockeyspiele mit Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft bei der IIHF Weltmeisterschaft 2011 im Programm ORF SPORT PLUS, je nach Interpretation der „verwendeten Mittel“ acht unterschiedliche Szenarien ergäben, welche er zusammenfassend wie folgt darstellte:

Berechnungsszenarien - Ergebnisse			
nach Sachbezug	ohne/mit Erlöse	ohne/mit Produktvergleich	Ergebnis
Vollkosten	brutto (ohne Erlöse)	absolut (ohne Produktvergleich)	€ 157.673,90
		relativ (mit Produktvergleich)	€ [redacted]
	netto (mit Erlösen)	absolut (ohne Produktvergleich)	€ [redacted]
		relativ (mit Produktvergleich)	€ [redacted]
Teilkosten	brutto (ohne Erlöse)	absolut (ohne Produktvergleich)	€ [redacted]
		relativ (mit Produktvergleich)	€ [redacted]
	netto (mit Erlösen)	absolut (ohne Produktvergleich)	- € [redacted]
		relativ (mit Produktvergleich)	- € [redacted]

Das Gutachten wurde dem ORF mit Schreiben vom 08.10.2012 zur Stellungnahme übermittelt.

### 1.6. Stellungnahme des ORF zum Gutachten

Mit Schreiben vom 29.10.2012 übermittelte der ORF eine Stellungnahme zum Gutachten des Sachverständigen.

Zusammenfassend führte der ORF aus, dass er die Ansicht vertrete, dass nur jene Szenarien zu berücksichtigen seien, die der Sachverständige als „Nettokosten“ bezeichnet habe. Die Abschöpfung im Sinne des § 38a Abs. 1 ORF-G sei am „Bedarf nach Finanzierung aus Programmengelt“ ausgerichtet. Im Sinne der Zielsetzung könne in der zulässigen Ausstrahlung von kommerzieller Kommunikation ein rechtswidriger Vorteil bzw. eine rechtswidrige Mittelverwendung gar nicht bestehen. Direkt zuordenbare Erlöse seien daher jedenfalls zu berücksichtigen. Aus den Erläuterungen von § 38a ORF-G folge zudem, dass eine Heranziehung von Mitteln, die per se innerhalb der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages liegen, nicht der Abschöpfung unterliege. Dies bedeute, dass nur jene Szenarien zu berücksichtigen seien, die als „Teilkosten“ bezeichnet seien.

Zudem wies der ORF darauf hin, dass der vom Sachverständigen errechnete Gemeinkostenzuschlag zu hoch sei. Es seien Kosten in Höhe von rund € XXX Mio. zugrunde gelegt, welche anderen Programmen (alle Korrespondenten, 3Sat und ORF III) zuzuordnen seien. Aus der fehlenden internen Zurechnung von bestimmten Gemeinkosten sei nicht abzuleiten, dass keine detaillierten Angaben vorhanden seien.

Ferner sei die Nichtberücksichtigung der Live-Übertragungsminuten auf orf.at nicht nachvollziehbar. Auch diese Rechte hätten grundsätzlich eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung, welche im Lizenzvertrag abgegolten worden sei.

Weiters folge aus dem Gedanken der Abschöpfung, dass keine Beträge abzuschöpfen seien, die ein gesetzeskonformes Angebot im Nachhinein verunmöglichen würden. Daraus folge, dass die Kosten für ein Ersatzprogramm, dementsprechend die „relativen Szenarien“ zu berücksichtigen seien. Den Erläuterungen entsprechend seien nur jene Fälle erfasst, in denen *„ein Mehrbedarf an öffentlichen Mitteln aus Programmentgelt entstanden ist, der Beihilferechtlich nicht gerechtfertigt werden kann“*. Es ginge *„auch in diesem Fall also darum, einen ungerechtfertigten wirtschaftlichen Vorteil durch Abschöpfung des entsprechenden Betrages wieder rückgängig zu machen.“*

Wenn nicht berücksichtigt werde, dass der ORF anstelle der inkriminierten Begegnungen ein anderes Programm hätte ausstrahlen müssen, werde nicht nur der „Mehrbedarf“ sondern alle öffentliche Mittel abgeschöpft, womit § 38a ORF-G einen pönalen Charakter erhalte, der im Rahmen dieses verschuldensunabhängigen Verfahrens nicht intendiert sei.

Im konkreten Fall sei der Anwendungsbereich des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G daher nicht gegeben.

## **2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt**

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

Der ORF hat durch die Ausstrahlungen der Spiele mit Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft bei der Eishockey-A-WM 2011 in der Slowakei, nämlich

- am 30.04.2011 ab 16:15 Uhr USA gegen Österreich,
- am 02.05.2011 ab 20:15 Uhr Schweden gegen Österreich,
- am 04.05.2011 ab 16:15 Uhr Österreich gegen Norwegen,
- am 05.05.2011 ab 16:15 Uhr Weißrussland gegen Österreich,
- am 07.05.2011 ab 12:15 Uhr Österreich gegen Slowenien und
- am 08.05.2011 ab 20:15 Uhr Lettland gegen Österreich,

im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS die Bestimmung des § 4b Abs. 4 ORF-G verletzt, wonach Sportbewerbe, denen in der österreichischen Medienberichterstattung breiter Raum zukommt (Premium-Sportbewerb), im Sport-Spartenprogramm nicht gezeigt werden dürfen.

Auf Basis des Sachverständigengutachtens ergeben sich insgesamt acht Berechnungsszenarien aus der Linearkombination von drei Dimensionen. Aus der Unterscheidung nach dem Sachbezug ist grundsätzlich zwischen Vollkosten- und Teilkostenrechnung zu unterscheiden. Innerhalb dieser Rechnungsarten führt die Unterscheidung der Art der Mittel zu einer Bruttokosten- und Nettokostenbetrachtung. Diese ist wiederum anhand der Unterscheidung nach absoluten Kosten (Kosten ohne Ersatzprogramm) und relativen Kosten (Kosten mit Ersatzprogramm) zu differenzieren.

Es ist als entscheidungsrelevant festzustellen, dass auf Basis der absoluten Bruttovollkostenrechnung der ORF für die Ausstrahlungen der oben genannten Eishockeyspiele mit Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft bei der Eishockey-A-WM 2011 in der Slowakei Mittel aus Programmentgelt, oder diesen gleichzuhaltende Mittel, in Höhe von insgesamt € 153.768,15 verwendet hat. Zur Adaptierung des Wertes vgl.

sogleich unter 3.. Zur mangelnden Relevanz der anderen Varianten (Teilkostenberechnung, Nettoberechnung und Produktvergleich) vgl. ausführlich die rechtliche Würdigung unter 4.2.

### 3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen, wonach der ORF durch die Ausstrahlungen der verfahrensgegenständlichen Spiele mit Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft bei der Eishockey-A-WM 2011 im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS gegen § 4b ORF-G verstoßen hat, ergeben sich aus den zitierten Bescheiden der KommAustria vom 19.09.2011, KOA 11.260/11-013, bzw. des Bundeskommunikationssenates vom 23.05.2012, 611.941/0004-BKS/2012.

Die Feststellungen zu den einzelnen Berechnungsszenarien sowie zur Höhe der für die Ausstrahlungen der genannten Spiele verwendeten Mittel ergeben sich aus den schlüssigen Ausführungen und Berechnungen des Amtssachverständigen in seinem Gutachten vom 08.10.2012, KOA 11.263/12-019. Die Auswahl der maßgeblichen Methode, nämlich die absolute Bruttovollkostenrechnung, stellt eine Rechtsfrage dar, vgl. daher dazu ausführlich unten das Kapitel 4.2.

Festzuhalten ist, dass das Gutachten dem Grunde nach nicht bestritten wurde. In seiner Stellungnahme vom 29.10.2012 wies der ORF schlüssig darauf hin, dass der vom Sachverständigen errechnete Gemeinkostenzuschlag zu hoch sei. Der ORF brachte vor, dass jedenfalls Kosten in Höhe von € XXX Mio. anderen Programmen (alle Korrespondenten, 3Sat und ORF III) zuzuordnen seien. Aus der fehlenden ORF-internen Zurechnung von bestimmten Gemeinkosten könne nicht abgeleitet werden, dass keine detaillierten Angaben vorhanden seien. Entsprechend diesem glaubhaften und schlüssigen Vorbringen ist eine Adaptierung des Gemeinkostenzuschlages vorzunehmen. Im Gutachten des Sachverständigen (Nebenrechnung Gemeinkosten, S. 25) wird für das Jahr 2011 ein Gemeinkostenzuschlag von 11,42 % errechnet. Für diese Näherungsrechnung zieht der Sachverständige die Werte der Generaldirektion sowie der kaufmännischen Direktion in Höhe von insgesamt € XXX Mio. heran und setzt diese ins Verhältnis mit der Summe aller anderen Bereiche des ORF (€ XXX Mio.). Eine genauere Berechnung ist vom Sachverständigen mangels vorliegender Daten für diese Schätzung nicht durchgeführt worden. Unter Berücksichtigung der vom ORF schlüssig vorgebrachten notwendigen Reduktion der Gemeinkosten von € XXX Mio. um € XXX Mio. ergeben sich daher Gemeinkosten in Höhe von € XXX Mio.. Setzt man diese Zahl in das Verhältnis mit der nun um den gleichen Betrag erhöhten Summe aller anderen Bereiche des ORF (€ XXX Mio.), ergibt sich ein adaptierter Gemeinkostenzuschlagsatz von 8,66 %. Dieser adaptierte Wert ist den Feststellungen zugrunde gelegt und führt insoweit zu einem Ergebnis der (einzig relevanten) absoluten Bruttovollkostenrechnung von 153.768,15 € anstelle der vom Sachverständigen ursprünglich ermittelten 157.673,90 €.

Nicht zu berücksichtigen war die vom ORF eingewendete fehlende Berücksichtigung der Liveübertragungsminuten auf orf.at. Als verursachungsgerechter Kostentreiber wurden im Gutachten die Sendeminuten herangezogen. Es wurde angenommen, dass es ohne gleichzeitiger Übertragung auf ORF SPORT PLUS keine Übertragung auf orf.at gegeben hätte. Da deswegen ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den Übertragungen auf ORF SPORT PLUS und orf.at besteht, bildet den Kostentreiber für eine derartige „Parallelübertragung“ auf mehreren Verbreitungswegen die Übertragungsminute. Eine Doppelzählung der Übertragungsminuten nach den Verbreitungswegen würde in der Berechnung dazu führen, dass die der Fernsehübertragung zurechenbaren Kosten davon abhängen, ob gleichzeitig ein Live-Stream auf orf.at übertragen wird oder nicht. Da ein Live-Stream auf orf.at nicht unabhängig davon erfolgen kann, entstehen die Kosten bereits für die Übertragung am Sportspartenkanal und werden diesen in voller Höhe zugerechnet. Die

zusätzlichen Kosten für die Lizenzen für den Live-Stream im Internet sind in diesem Fall daher Null.

#### 4. Rechtliche Beurteilung

##### 4.1. Vorliegen der Voraussetzungen des § 38a ORF-G

§ 38a lautet:

#### **„Abschöpfungsverfahren**

**§ 38a.** (1) Die Regulierungsbehörde hat unbeschadet einer Entscheidung gemäß §§ 37 oder 38 mit Bescheid die Abschöpfung von Einnahmen aus Programmengelt anzuordnen, wenn der Österreichische Rundfunk

1. Mittel aus Programmengelt für Tätigkeiten herangezogen hat, die die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreiten, insbesondere für die eine Auftragsvorprüfung durchzuführen gewesen wäre, aber nicht durchgeführt wurde oder bei denen die Behörde nach Durchführung der Auftragsvorprüfung eine negative Entscheidung erlassen hat, in der Höhe dieser Mittel, oder
2. durch ein Verhalten gemäß § 31c den Bedarf nach Finanzierung aus Programmengelt erhöht hat, ohne dass dies zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich gewesen wäre, im Ausmaß des erhöhten Programmengelts, oder
3. eine Bildung oder Dotierung einer Sonderrücklage entgegen den Bestimmungen des § 39a vorgenommen hat.

Mitteln aus Programmengelt im Sinne dieser Bestimmung sind Mittel gleichzuhalten, die bei der Festlegung des Programmengelts nach § 31 Abs. 3 in Abzug zu bringen wären.

(2) Aufgrund einer mit Bescheid angeordneten Abschöpfung hat der Österreichische Rundfunk die Mittel in der angeordneten Höhe dem Sperrkonto gemäß § 39c zuzuführen und gesondert auszuweisen. Übersteigen die derart abgeschöpften Mittel 0,5 vH der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrages, hat der Österreichische Rundfunk spätestens im darauffolgenden Jahr gemäß den Bestimmungen des § 31 das Programmengelt neu festzulegen und die gemäß Abs. 1 abgeschöpften Mittel von den Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Abzug zu bringen (§ 31 Abs. 5).

(3) Der Österreichische Rundfunk hat der Regulierungsbehörde auf Anfrage alle Informationen zur Verfügung zu stellen, ihr alle Auskünfte zu erteilen und ihr Einsicht in alle Aufzeichnungen und Bücher zu gewähren, soweit dies erforderlich ist, um den Abschöpfungsbetrag feststellen zu können. Soweit die Regulierungsbehörde den Abschöpfungsbetrag aus Informationen, Auskünften, Aufzeichnungen oder Büchern nicht ermitteln oder berechnen kann, hat sie ihn zu schätzen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind.

(4) Zu schätzen ist insbesondere, wenn der Österreichische Rundfunk Bücher oder Aufzeichnungen, die er nach den gesetzlichen Vorschriften zu führen hat, nicht vorlegt oder wenn die Bücher oder Aufzeichnungen sachlich unrichtig sind oder solche formelle Mängel aufweisen, die geeignet sind, die sachliche Richtigkeit der Bücher oder Aufzeichnungen in Zweifel zu ziehen.

(5) Nach Abs. 1 Z 2 ist nicht vorzugehen, wenn das Verhalten den Tatbestand des Art. 102 AEUV erfüllt.“

Die Bestimmungen zum Abschöpfungsverfahren nach § 38a ORF-G sind ausweislich der Materialien (vgl. Erl zur RV 611 BlgNR) vor dem Hintergrund zu sehen, dass über dieses Verfahren eine rechtswidrige Mittelverwendung rückgängig gemacht werden soll: „Wenn nämlich der Österreichische Rundfunk Mittel, die ihm aus Programmengelt gewährt werden, für Zwecke heranzieht, die nicht im öffentlichen Auftrag liegen, so geht die Zweckwidmung der Mittel fehl und der Grund für die beihilfenrechtliche Privilegierung fällt weg. Ebenso wie

*im Fall einer unrechtmäßigen Gewährung einer Beihilfe an sich ist daher eine Rückzahlung dieser fehlverwendeten Mittel vorzusehen.“*

Im vorliegenden Fall ist in einem ersten Schritt eine Subsumtion des Sachverhalts unter den Tatbestand des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G zu prüfen:

#### 4.1.1. Überschreiten der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages

Ausgehend von den Bescheiden der KommAustria vom 19.09.2011, KOA 11.260/11-013, bzw. des Bundeskommunikationssenates vom 23.05.2012, 611.941/0004-BKS/2012, mit denen die Live-Übertragungen der Spiele mit Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft bei der Eishockey-A-WM 2011 in ORF SPORT PLUS als Verletzung des § 4b Abs. 4 ORF-G qualifiziert wurden, ist festzuhalten, dass es sich bei dieser Norm zweifelsfrei um eine solche handelt, die die „Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages“ iSd § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G festlegt. Diese Sichtweise ergibt sich insbesondere mit Blick auf die Genese des § 4b ORF-G, der in Umsetzung der Vorgaben der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 28.10.2009, K(2009)8113, im Beihilfverfahren E 2/2008, Eingang in das ORF-G in seiner durch BGBl. I Nr. 50/2010 novellierten Fassung gefunden hat:

In Rz 175 der Entscheidung bemängelte die Kommission nämlich insbesondere, dass es nach der vormaligen Rechtslage unklar wäre, inwieweit im Spartenprogramm ORF SPORT PLUS Premium-Sportinhalte ausgestrahlt werden dürften. Die in Rz 195 zitierten Zusagen Österreichs, wonach Sportbewerbe, denen in der österreichischen Medienberichterstattung breiter Raum zukommt (Premium-Sportarten), von ORF SPORT PLUS künftig nicht ausgestrahlt werden dürfen, wobei hierfür eine Liste mit Sportbewerben übermittelt wurde, die in jedem Fall den Premium-Sportarten zuzurechnen sind, ergeben in Zusammenschau mit der Würdigung dieser Zusagen in Rz 259 der zitierten Entscheidung, dass das Sport-Spartenprogramm nur unter den Bedingungen der Einhaltung dieses Verbots einer beihilfenrechtlichen Genehmigung zugeführt wurde. Die KommAustria geht daher davon aus, dass das in § 4b Abs. 4 ORF-G festgelegte Verbot von Premium-Sportbewerben im Sport-Spartenprogramm gerade einen typischen Fall der „Grenzziehung“ des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Sinne des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G darstellt. Die durch die Live-Ausstrahlung der Spiele der Eishockey-A-WM 2011 mit Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft verwirklichte Überschreitung dieser Grenzen hat daher eine Abschöpfung nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G zur Folge.

Keine Relevanz kommt nach Auffassung der KommAustria dem Umstand zu, dass der vorliegende Sachverhalt nicht unter die vom Gesetzgeber in § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G explizit angeführten Fallkonstellationen fällt, dass nämlich Tätigkeiten ohne die erforderliche Auftragsvorprüfung nach §§ 6 ff ORF-G bzw. entgegen einer negativen Entscheidung in einem solchen Verfahren durchgeführt wurden. Aus der Verwendung des Wortes „insbesondere“ ergibt sich in Zusammenschau mit den Gesetzesmaterialien (Erl zur RV 611 BlgNR, 24. GP, zu § 38a ORF-G) unzweideutig, dass hier nur exemplarisch bestimmte Erscheinungsformen der Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages ausdrücklich als „Jedenfalls-Abschöpfungsfälle“ geregelt werden sollten. Dass eine Abschöpfung in Konstellationen wie der vorliegenden (Überschreitung einer gesetzlich ausdrücklich normierten Grenze für das Sport-Spartenprogramm) ausgeschlossen wäre, behauptet auch der ORF nicht.

Auch kommt in diesem Zusammenhang einer – vom ORF mittelbar argumentierten – Gesamt- bzw. Alternativbetrachtung des öffentlich-rechtlichen Auftrages keine Bedeutung zu, wonach nämlich eine Ausstrahlung der Eishockey-Spiele in den beiden Fernsehprogrammen ORF eins oder ORF 2 zulässig gewesen wäre, und insoweit keine Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages vorliegen könne. § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G gibt schon vom Wortlaut her zwingend eine ausschließliche ex-post-Betrachtung der tatsächlich



erfolgten Mittelverwendung am Maßstab der konkret für den in Frage stehenden Sachverhalt zur Anwendung kommenden Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages vor (arg. „[...] wenn der Österreichische Rundfunk Mittel aus Programmengeld für Tätigkeiten herangezogen hat [...]“). Dies ergibt sich systematisch vor allem mit Blick auf den in § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G ausdrücklich angesprochenen Fall der Abschöpfung wegen Unterlassung einer Auftragsvorprüfung: Auch diese ist nämlich völlig unabhängig vom Ausgang der möglichen, aber unterlassenen Auftragsvorprüfung vorgesehen, sodass auch für ein grundsätzlich genehmigungsfähiges Angebot eine Abschöpfung anzuordnen ist, wenn die Auftragsvorprüfung nicht durchgeführt wurde. Die KommAustria vertritt daher die Auffassung, dass die Berechnung eines Szenarios, das die bloße Möglichkeit einer gesetzeskonformen Nutzung der verwendeten Ressourcen sowohl in personeller als auch in sachlicher Hinsicht der tatsächlich erfolgten gesetzeswidrigen Verwendung auf ORF SPORT PLUS gegenüberstellen würde, einerseits im Wortlaut der Bestimmung keine Deckung finden würde. Sie wäre andererseits aber auch – wie dargelegt – systematisch verfehlt und geht am ausdrücklichen Ziel der Abschöpfung, nämlich eine tatsächlich erfolgte rechtswidrige Mittelverwendung als „Actus Contrarius“ (vgl. die Erl zur RV 611 BlgNR 24. GP, zu § 38a ORF-G) rückgängig zu machen, vorbei.

Das Argument, der ORF hätte die Übertragungsrechte auch – gesetzeskonform – auf ORF eins oder ORF 2 nutzen können, ist somit insoweit zu verwerfen, als dem § 38a ORF-G die Möglichkeit für eine solche „hypothetische Parallelrechnung“ nicht zu entnehmen ist. Maßgeblich ist ausschließlich die tatsächlich erfolgte rechtswidrige Ausstrahlung im Sport-Spartenprogramm und die dieser Ausstrahlung nach anerkannten kostenrechnerischen Grundsätzen (vgl. unten 4.2.) zuzurechnenden Mittel.

Nur der Vollständigkeit halber ist die Argumentation der Möglichkeit der gesetzeskonformen Ausstrahlung in ORF eins oder ORF 2 dem ORF aber dahingehend entgegenzuhalten, wenn er einwendet, er hätte die Verträge über den Erwerb der Übertragungsrechte lange vor Inkrafttreten der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 abgeschlossen und diese daher kündigen müssen, was dem Gesetzgeber nicht zu unterstellen wäre. Im Sinne des Gesagten wäre es dem ORF freigestanden, eine Übertragung in einem der beiden anderen Programme durchzuführen.

#### 4.1.2. „Vertrauensschutz“ wegen Nichtuntersagung des Angebotskonzepts für ORF SPORT PLUS

Der ORF behauptet einen „Vertrauensschutz“ dahingehend, dass er im Rahmen des Angebotskonzepts für ORF SPORT PLUS die Eishockey-WM angeführt habe und dieses Angebotskonzept von der KommAustria nicht untersagt worden wäre. Daher sei nunmehr eine Abschöpfung unzulässig. Hierzu ist nach Auffassung der KommAustria auf Folgendes hinzuweisen:

Gemäß § 50 Abs. 1 ORF-G hatte der ORF bis spätestens sechs Monate nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 50/2010, sohin bis zum 01.04.2011, ein Angebotskonzept für das Sport-Spartenprogramm nach § 4b ORF-G zu übermitteln. Dem kam der ORF am 09.03.2011 nach. Gemäß § 5a Abs. 2 ORF-G hat die Regulierungsbehörde binnen acht Wochen nach vollständiger Übermittlung die Durchführung des Angebotskonzepts zu untersagen, wenn die Bereitstellung des Angebots gegen die Vorgaben des Gesetzes verstoßen würde oder eine Auftragsvorprüfung gemäß §§ 6 bis 6b durchzuführen wäre.

Das gegenständliche Angebotskonzept wurde am 09.03.2011 erstmals eingebracht, jedoch erfolgte mit Schreiben vom 04.05.2011, KOA 11.263/11-001, ein Auftrag zur Ergänzung des Angebotskonzepts hinsichtlich der Bezugsgröße für die Erfüllung des § 4b Abs. 1 letzter Satz ORF-G, der Kriterien für die Ermittlung des angemessenen Zeitabstands zum Bewerb sowie zur überblicksmäßigen Berichterstattung über Ergebnisse von Premium-Bewerben in Sport-Nachrichten.

Der ORF übermittelte mit Schreiben vom 26.05.2011 ein entsprechend ergänztes und damit vollständiges Angebotskonzept für ORF SPORT PLUS. Die achtwöchige Untersagungsfrist endete dementsprechend am 21.07.2011. Die KommAustria beschloss am 20.07.2011, KOA 11.263/11-002, von einer Untersagung des Angebotskonzepts abzusehen und die Untersagungsfrist ungenutzt verstreichen zu lassen.

Schon aus diesem zeitlichen Ablauf ist der KommAustria nicht ersichtlich, inwieweit aus einem Angebotskonzept, das zum Zeitpunkt der Ausstrahlung der verfahrensgegenständlichen Sendungen (zwischen 30.04. und 08.05.2011) noch unvollständig war, und dessen gesetzlich vorgesehene Prüfung auch noch gar nicht abgeschlossen war, irgendein „Vertrauensschutz“ für den ORF abgeleitet werden könnte.

Der Einwand geht aber auch materiell ins Leere:

Das Angebotskonzept in der Fassung vom 26.05.2011, öffentlich zugänglich unter [http://zukunft.orf.at/rte/upload/texte/2011/20110526\\_a\\_k\\_orf\\_sport\\_plus.pdf](http://zukunft.orf.at/rte/upload/texte/2011/20110526_a_k_orf_sport_plus.pdf), führt unter Punkt 2.1. „Inhaltskategorien“ bei „Live-Übertragungen mit österreichischer Beteiligung im Ausland“ ganz allgemein „Eishockey“ 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 näher 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 „Eishockey: Eishockey Bundesliga, Eishockey WM mit österr. Beteiligung, Eishockey Länderspiele“. Vergleicht man dies 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“, wird deutlich, dass sich aus der Beschreibung der Eishockey-Spiele keinesfalls zwingend ableiten lässt, dass hier Live-Übertragungen in Aussicht genommen waren. Die Weglassung des Wortes „Live“ in der Aufzählung deutet vielmehr in die Richtung, dass diese gerade nicht zwingend im Rahmen des Angebotskonzepts vorgesehen sind. Keinesfalls waren sie jedoch, vor allem im Lichte der oben dargestellten Ausführungen unter Punkt 2.9. des Angebotskonzepts, in einer Weise Bestandteil des Angebotskonzepts, die dazu führen hätte können, dass seitens der KommAustria ein Untersagungsbescheid iSd § 5a Abs. 2 ORF-G ergangen wäre, zumal eben ausdrücklich die Einzelfallbeurteilung zum Maßstab erhoben wird. Dementsprechend wird auch die Ausstrahlung von Spielen der Aufstiegsgruppen anders zu beurteilen sein, als jene bei der Eishockey-A-WM.

Zusammengefasst ist daher weder aus dem zeitlichen Ablauf der Einreichung des Angebotskonzepts für ORF SPORT PLUS, noch aus dessen materiellem Inhalt ein Grund dafür ersichtlich, dass der ORF gewissermaßen „gutgläubig“ die Ausstrahlung der in Frage stehenden Spiele hätte vornehmen können.

#### 4.1.3. Heranziehung von Mitteln aus Programmentgelt bzw. gleichzuhaltender Mittel

§ 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G setzt zuletzt voraus, dass der ORF im Hinblick auf die in Frage stehende Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages Mittel aus Programmentgelt für diese Tätigkeiten herangezogen hat. Nach § 38a Abs. 1 Schlusssatz ORF-G sind den Mitteln aus Programmentgelt jene Mittel gleichzuhalten, die bei der Festlegung des Programmentgelts nach § 31 Abs. 3 in Abzug zu bringen wären.

Eingangs ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber mit der Bezugnahme auf die „Heranziehung“ von Mitteln für eine iSd § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G verbotene Tätigkeit als Beurteilungsmaßstab unzweifelhaft jenen Zeitpunkt vorgibt, in dem das rechtswidrige Verhalten gesetzt wurde. Nach Auffassung der KommAustria kommt es daher (erst) bei dem Setzen der konkreten Aktivität – im vorliegenden Fall sohin der Ausstrahlung der Eishockey-Übertragungen auf ORF SPORT PLUS – zur Realisierung der in § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G angesprochenen Mittelverwendung. Daher ist etwa in Fällen, in denen seitens des ORF „bloß“ Mittel für eine in Aussicht genommene gesetzwidrige Tätigkeit herangezogen werden (etwa Planungskosten, Rechteerwerb, etc.), diese Tätigkeit aber dann tatsächlich nicht gesetzt wird, in der Regel kein Anwendungsfall des Abschöpfungsverfahrens nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G gegeben und könnte dieser Tatbestand allenfalls unter dem Titel der Gesetzmäßigkeit der Führung der Geschäfte iSd § 40 Abs. dritter Satz ORF-G oder unter anderen gesetzlichen Bestimmungen releviert werden.

Umgekehrt folgt aus dem Bezugspunkt der konkreten Tathandlung in Bezug auf die Mittelverwendung aber auch, dass alle im Umfeld bzw. im Nachhang der Rechtsverletzung auftretende Umstände außer Betracht zu bleiben haben. Es betrifft dies insbesondere die Frage der Berücksichtigung von Erlösen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit den in Frage stehenden Tätigkeiten generiert werden, etwa weil im Umfeld der inkriminierten Ausstrahlungen Werbespots geschaltet oder für die Sendungen Sonderwerbformen angeboten werden. Der Wortlaut des Gesetzes stellt nach Auffassung der KommAustria ausdrücklich auf eine strikt kostenseitige Betrachtung im Sinne der Mittelverwendung ab. Eine „Gegenverrechnung“ mit den im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Handlung stehenden Erlösen mag zwar aus kostenrechnerischer Sicht die Frage nach der „Rentabilität“ einer Rechtsverletzung beantworten (vgl. auch unten 4.2.2.). Sie führte aber zum Ergebnis, dass jene Konstellationen keiner Abschöpfung zugänglich wären, in denen die Rechtsverletzung durch entsprechende Erlöse „ausfinanziert“ wäre. (Man denke etwa an den Fall des Anbietens von nach § 4f Abs. 2 ORF-G ausgeschlossenen Inhalten wie Glücksspiel, Partnerbörsen oder Erotikangeboten in den öffentlich-rechtlichen Online-Angeboten, die in aller Regel mehr Erlöse generieren als Kosten verursachen werden). Im Hinblick auf den eingangs unter 4.1. dargestellten wettbewerbsrechtlichen Hintergrund des Abschöpfungsverfahrens ist eine derartige Auslegung abzulehnen. Sie liefe im Ergebnis nämlich darauf hinaus, dass das Abschöpfungsverfahren nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G lediglich einen „Schaden“ von den zur Zahlung des Programmentgelts Verpflichteten abwenden sollte. Diese Sichtweise stünde aber wiederum in einem systematischen Widerspruch innerhalb des § 38a Abs. 1 ORF-G: Während die Z 1 nämlich die Abschöpfung der rechtswidrig verwendeten Mittel anordnet, setzt die nachfolgende Z 2 gerade nicht bei den für eine Rechtsverletzung verwendeten Mittel, sondern dem aus einer Verletzung des § 31c ORF-G (Gebot des marktkonformen Verhaltens) entstehenden „Mehrbedarf“ an Programmentgelt an. So es dem Gesetzgeber auch bei den Fällen des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G auf diese rein ergebnisorientierte Betrachtungsweise im Sinne einer Nettobetrachtung angekommen wäre, hätte er auch in Abs. 1 Z 1 nur die Abschöpfung des durch die Rechtsverletzung erhöhten Programmentgelts angeordnet.

Dass damit – wie der ORF vermeint – § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G insgesamt einen „pönalen Charakter“ erhalte, der vom Gesetzgeber nicht intendiert gewesen wäre, kann die KommAustria schon insoweit nicht erkennen, als die in kausalem Zusammenhang mit einer Rechtsverletzung iSd § 38a Abs. 1 Z 1 erwirtschafteten Erlöse selbst ja gerade nicht der

Abschöpfung unterliegen. Insoweit werden mit dem Abstellen im Abschöpfungsverfahren auf die herangezogenen Mittel lediglich die gesetzwidrig getätigten Ausgaben rückabgewickelt, während die durch den Einsatz dieser Mittel allenfalls erzielten Einnahmen sogar beim ORF verbleiben.

Von diesen Prämissen ausgehend ist in einem weiteren Schritt der Bedeutungsgehalt der gesetzlichen Vorgabe zu klären, dass der Abschöpfung (nur) Mittel aus Programmengelt und jene Mittel unterliegen, die bei der Festlegung des Programmengelts nach § 31 Abs. 3 ORF-G in Abzug zu bringen wären (vgl. § 38a Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 1 Schlusssatz ORF-G):

§ 31 Abs. 3 ORF-G bestimmt, dass von den Kosten des öffentlich-rechtlichen Auftrages 1.) die Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, 2.) öffentliche Zuwendungen (wie jene des § 31 Abs. 11 ORF-G), sowie 3.) die in der Widmungsrücklage gebundenen Mittel in Abzug zu bringen sind. Konzernbewertungen sind zu berücksichtigen. Die Materialien (vgl. Erl zur RV 611 BlgNR 24. GP) legen ein detailliertes tabellarisches Schema für die konzernweite Berechnung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrages dar. Während die Punkte 2.) und 3.) keine besonderen Auslegungsschwierigkeiten bereiten, ist im Hinblick auf die unter 1.) genannten Erlöse aus kommerzieller Tätigkeit in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag eine Differenzierung nötig:

Der die kommerziellen Tätigkeiten des ORF regelnde § 8a ORF-G legt korrespondierend zu § 31 Abs. 3 ORF-G in seinem Abs. 5 fest, dass Erlöse aus kommerziellen Tätigkeiten, die in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag stehen, bei der Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags nach § 31 ORF-G zu berücksichtigen sind. Im Umkehrschluss und ausweislich der Materialien (Erl zur RV 611 BlgNR 24. GP, zu § 8a ORF-G) folgt daraus, dass es auch kommerzielle Aktivitäten ohne Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag geben kann (sog. „stand alone kommerzielle Aktivitäten“). Auch für die nach § 38a Abs. 1 Schlusssatz ORF-G abzuschöpfenden Mittel bedarf daher nur dieser Bereich der kommerziellen Erlöse aus Tätigkeiten ohne Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag einer näheren Betrachtung:

Die Materialien zur Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 führen aus, dass Erträge aus diesen sogenannten „stand alone“ kommerziellen Aktivitäten bei der Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags grundsätzlich außer Betracht bleiben (Erl zur RV 611 BlgNR 24. GP, zu § 31 ORF-G). Diese Erträge können – so die Materialien weiter – etwa zum Ausgleich von Verlusten oder zur Anlauffinanzierung weiterer derartiger stand-alone kommerzieller Aktivitäten herangezogen werden. Dem ORF wird damit ein weiterer Ermessensspielraum hinsichtlich dieser Mittelverwendung eingeräumt, der nicht unmittelbar zu einem Abzug der Mittel bei der Programmengeltfestsetzung führt, als dies bei den sogenannten „konnex-kommerziellen“ Erträgen (also jene im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag) zwingend der Fall wäre (vgl. ErlRV 611 BlgNR 24. GP, zu § 31 ORF-G). So es jedoch tatsächlich zu einer Ausschüttung von derartigen stand alone kommerziellen Erträgen an die Stiftung kommt, sind nach der hM diese auch wiederum bei der Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Abzug zu bringen (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>3</sup>, S. 293). Dies überzeugt vor dem Hintergrund, dass es dem ORF nicht verwehrt sein kann, derartige stand alone kommerziellen Erträge in letzter Konsequenz auch für die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu verwenden, was sich wiederum mit der in den Materialien angesprochenen „*Begünstigung der Allgemeinheit durch die Stiftung*“ deckt (vgl. Erl zur RV 611 BlgNR 24. GP, zu § 8a ORF-G). So daher eine solche „freiwillige“ Ausschüttung stattfindet, ist sie aber bei der Nettokostenberechnung nach § 31 ORF-G entsprechend einzubeziehen, widrigenfalls das Programmengelt nach der Formel des § 31 Abs. 2 bis 5 ORF-G um genau diesen Betrag zu hoch angesetzt wäre.

Soweit nun der ORF im gegenständlichen Verfahren vorbringt, dass nicht klar sei, ob für die Ausstrahlung der Eishockey-WM überhaupt Mittel aus Programmengelt bzw. gleichzuhaltende Mittel herangezogen worden seien, oder aber eine Finanzierung aus Erlösen aus sogenannten stand alone kommerziellen Aktivitäten erfolgt sei, ist im Lichte der vorstehenden Ausführungen aus diesem Einwand nichts zu gewinnen: Wäre dies nämlich der Fall, so handelte es sich jedenfalls um eine dargestellte freiwillige Ausschüttung dieser Erträge aus dem stand alone kommerziellen in den öffentlich-rechtlichen Bereich. Eine solche Ausschüttung wäre aber – wie dargestellt – wiederum bei der Berechnung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags nach § 31 Abs. 3 ORF-G zu berücksichtigen, wie dies im Übrigen auch bei der zuletzt durchgeführten Programmengelt-Neufestsetzung (KOA 10.100/12-003) im Jahr 2012 tatsächlich der Fall war. Insoweit unterfielen diese Mittel auch dem Anwendungsbereich des § 38a Abs. 1 Schlusssatz ORF-G und damit der Abschöpfung.

Bei diesem Ergebnis kann dahingestellt bleiben, dass es im Jahr 2011 ausweislich des Jahres- und Konzernabschlusses des ORF zum 31.12.2011 real zu keiner entsprechenden Verwendung von stand alone kommerziellen Erlösen gekommen ist.

#### 4.2. Höhe des Abschöpfungsbetrages

Zur Ermittlung der Höhe des Abschöpfungsbetrages hat die KommAustria den Amtssachverständigen Dr. Roland Belfin beauftragt, aus betriebswirtschaftlicher Sicht die Höhe der für die Ausstrahlungen der sechs Spiele der österreichischen Nationalmannschaft bei der Eishockey-A-WM 2011 verwendeten Mittel darzustellen. .

In dem Gutachten werden unter Zugrundelegung einer schlüssigen Methodik und gestützt auf nachvollziehbare, überwiegend vom ORF zur Verfügung gestellte Daten, mehrere Szenarien berechnet, die – abhängig von der rein kostenrechnerischen Interpretation des Begriffs der „verwendeten Mittel“ – zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Das Gutachten geht dabei davon aus, dass die betriebswirtschaftlich zu wählende Kostenrechnungsmethodik vor allem abhängig von dem mit ihr verfolgten Zweck ist, und aus wissenschaftlicher Sicht daher keine Methodik zwingend vorgegeben ist. Für den im Verfahren zur Abschöpfung nach § 38a ORF-G verfolgten Zweck muss – angesichts des Fehlens einer allgemein bekannten Kostenrechnungsmethode für ebendieses Verfahren – erst eine geeignete Methode hergeleitet werden. Die KommAustria geht davon aus, dass es sich bei der Frage der für die Zwecke des § 38a ORF-G von den dargestellten Varianten auszuwählenden Methode letztlich um eine Rechtsfrage handelt, die nachfolgend zu lösen ist:

##### 4.2.1. Vollkosten- oder Teilkostenrechnung

Neben der nicht weiter zu vertiefenden auch seitens des ORF unstrittigen Prämisse der Durchführung einer Istkostenrechnung, ist die erste Frage jene nach der zu wählenden Methode hinsichtlich des Sachbezugs der Kostenrechnung, in concreto also, ob § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G eine Vollkosten- oder eine Teilkostenrechnung verlangt.

Das Gutachten führt hierzu aus, dass mittels einer Vollkostenrechnung die Frage beantwortet werden kann, welche Mittel bei einer sonst vorgegebenen Produktpalette des ORF für die Übertragung der sechs Spiele der IIHF Weltmeisterschaften 2011 unter Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft auf ORF SPORT PLUS verwendet wurden, sodass unter Berücksichtigung aller anderen Produkte des Unternehmens alle entstandenen Kosten gedeckt wären. In dieser Betrachtung wird keine Priorisierung in bestehende Spiele und zusätzliche Spiele vorgenommen, sondern alle Übertragungen der Eishockey-Spiele werden rechnerisch gleich behandelt. Diese Betrachtung entspricht aus Sicht des Gutachtens am ehesten der realen Situation in der Planungs- und Realisierungsphase bezüglich der Übertragungen zur IIHF Weltmeisterschaft 2011.

Demgegenüber lässt sich mit einer inkrementellen Teilkostenrechnung einerseits die Frage beantworten, welche Mittel unter der Voraussetzung einer sonst vorgegebenen Produktpalette des ORF für die Übertragung von sechs Spielen der IIHF Weltmeisterschaft 2011 unter Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft auf ORF SPORT PLUS zusätzlich verwendet wurden, wobei alle nicht den sechs zusätzlichen Übertragungen direkt zurechenbaren Kosten bereits von den anderen Produkten (Übertragungen der anderen Spiele der IIHF Weltmeisterschaft 2011) getragen werden. Zum anderen lässt sich die umgekehrte Frage beantworten, welche Kosten direkt vermieden hätten werden können, wenn der ORF die sechs Spiele der IIHF Weltmeisterschaften 2011 unter Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft auf ORF SPORT PLUS nicht übertragen hätte, wobei in diesem Fall davon ausgegangen wird, dass variable Kosten auch vollständig abbaubar sind. Das Gutachten kommt zum Schluss, dass – obwohl eine Priorisierung in bestehende Übertragungen und zusätzliche Übertragungen von bestimmten Eishockey-Spielen theoretisch sowohl bereits in der Planungs- als auch in der Realisierungsphase angestellt werden kann bzw. hätte werden können – sich die konkrete Unterscheidung in unterschiedliche Spiele erst ex-post aufgrund des Gutachtensauftrages und der zugrundeliegenden Entscheidung im Rechtsaufsichtsverfahren ergeben hat.

Die KommAustria geht in dieser Frage davon aus, dass nur eine Vollkostenrechnung dem Zweck des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G entspricht. Wie bereits oben unter 4.1.3. ausgeführt, stellt der Gesetzgeber mit der „Heranziehung von Mitteln“ auf jenen Zeitpunkt ab, in dem die rechtswidrige Tätigkeit tatsächlich gesetzt und somit verwirklicht wird. In diesem Zeitpunkt kann aber – wie auch das Gutachten des Amtssachverständigen zutreffend ausführt – mangels Kenntnis über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit bestimmter Teilmengen der in Frage stehenden Tätigkeit keine „hypothetische“ Teilkostenrechnung stattfinden, da diese stets von dem erst nachträglich feststellbaren Ausmaß der Überschreitung des öffentlich-rechtlichen Auftrages abhängig ist. Anders ausgedrückt wäre der ORF im Zeitpunkt der Ausstrahlung der in Frage stehenden Eishockey-Spiele zu einer Teilkostenrechnung deswegen nicht in der Lage, weil diese das Wissen über das genaue Ausmaß der Rechtswidrigkeit voraussetzt. Im maßgeblichen Zeitpunkt der Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages ist daher davon auszugehen, dass eine Aufteilung der gemeinsamen Kosten und der Gemeinkosten bloß auf die rechtskonform ausgestrahlten Spiele methodisch unzulässig, weil faktisch mangels Kenntnis dieser Unbekannten unmöglich ist. Eine Teilkostenrechnung stellt sich damit als eine „Was-wäre-Wenn“-Rechnung dar, die in der verfahrensgegenständlichen Konstellation für die Beantwortung der Frage, welche Mittel für eine bestimmte Tätigkeit im Zeitpunkt ihrer tatsächlichen Durchführung herangezogen werden, ungeeignet ist.

Demgegenüber beantwortet die Vollkostenrechnung schlüssig die Frage, welche Kosten einer einzelnen Ausstrahlung eines Spiels aus der Gesamtheit aller fraglichen Sendungen zuzurechnen sind, ohne dass dies die Kenntnis über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der in Frage stehenden Ausstrahlung voraussetzt. Auch der ORF ging im Zeitpunkt der Mittelverwendung von einer Zulässigkeit aller Ausstrahlungen aus; in diesem Zeitpunkt wurde daher zwischen den Spielen auch auf Kostenrechnungsebene nicht unterschieden.

Diese Sichtweise überzeugt auch vor dem Hintergrund, dass eine fiktive Aufteilung bestimmter Sendungen im Rahmen eines Gesamtprojekts zum Zwecke einer Teilkostenrechnung insoweit keine Option darstellt, als sie – zumindest aus kostenrechnerischer Sicht – die „rechtswidrige“ Ausstrahlung bestimmter Sendungen der „rechtskonformen“ Ausstrahlung als gleichwertige Alternative gegenüberstellt. Anders ausgedrückt stellt die programmplanerische Entscheidung, die Ausstrahlung der sechs Spiele der österreichischen Nationalmannschaft als „rechtswidrige Zusatzleistung“ zu den übrigen Spielen zu definieren, für den ORF keine reale Auswahlmöglichkeit dar und ist daher auch dem § 38a ORF-G nicht als Methodik zu unterstellen. Bei einer Teilkostenrechnung

wären zudem die für die unzulässigen Ausstrahlungen verwendeten Mittel immer davon abhängig, ob und inwieweit auch gesetzeskonforme Übertragungen stattgefunden haben oder in Zukunft stattfinden werden. Hätte aber der ORF beispielsweise nur die sechs inkriminierten Spiele ausgestrahlt, wären die gesamten Lizenzkosten diesen zurechenbar gewesen. In letzter Konsequenz würden dabei Teile der Beihilfe auch Tätigkeiten querfinanzieren, die außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrages liegen: Zum Beispiel würden im Wege einer Teilkostenrechnung die gesamten Lizenzkosten durch die gesetzeskonform ausgestrahlten Spiele getragen, obwohl auch für die gesetzwidrigen Ausstrahlungen die Lizenz eine Voraussetzung war. Damit würde die Zweckwidmung der Beihilfe untergraben. An einem Extrembeispiel festgemacht: Erwirbt der ORF pauschal die Übertragungsrechte für die Olympischen Sommerspiele, so kann die (wohl gesetzeskonforme) Übertragung der Vorrunde im Luftpistolenschießen auf ORF SPORT PLUS nicht dazu führen, dieser Ausstrahlung die gesamten Lizenzkosten zuzurechnen, und für die (idR rechtswidrige) Ausstrahlung der Finalbewerbe der Leichtathletik- und Schwimmbewerbe nur mehr die Einzelkosten im Sinne einer Teilkostenrechnung zu erfassen.

Soweit der ORF der Vollkostenrechnung mit dem Argument entgegentritt, die gemeinsamen Kosten und die Gemeinkosten (Ausstrahlungskosten, Verwaltungskosten durch Generaldirektion und Kaufmännische Direktion etc.) dürften deswegen nicht einberechnet werden, weil die Ausstrahlung des Sport-Spartenprogramms per se immer noch innerhalb der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages liege und insoweit ein Verstoß einzelner Sendungen gegen die Grenzen des § 4b ORF-G nicht zu einer Abschöpfung dieser Kosten führen könne, übersieht er dabei, dass damit keine Kostenwahrheit erzielbar ist. Legte man nämlich den theoretischen Fall zu Grunde, dass alle im Sport-Spartenprogramm ausgestrahlten Sendungen die Grenzen des § 4b Abs. 4 überschreiten, dürfte nach der Logik des ORF immer noch keine Abschöpfung der dem Sport-Spartenprogramm zuzurechnenden Gemeinkosten erfolgen, da das ORF-Gesetz an sich ja die Veranstaltung eines Sport-Spartenprogrammes vorsehe. In letzter Konsequenz wäre damit auch bei einer vollumfänglichen Auftragsüberschreitung des ORF nur auf Ebene der Einzelkosten abzuschöpfen, ohne dass der beispielsweise in Technik, Administration und Verwaltung anfallende Gemeinkostenanteil abgeschöpft werden könnte. Diese Konsequenz kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, da damit keine vollständige Rückzahlung, wie sie der Gesetzgeber ausweislich der Materialien zu § 38a ORF-G vor Augen hatte, bewirkt würde. Konsequenterweise muss den einzelnen Sendestunden der gesetzwidrigen Ausstrahlungen auch der entsprechende Anteil an gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten zugeordnet werden.

Es sind daher nach Auffassung der KommAustria jene im Gutachten dargestellten Szenarien aus der Betrachtung auszuschneiden, die von einer Teilkostenrechnung ausgehen.

Die in dem Gutachten für die Vollkostenrechnung gewählte Methode mit Nebenrechnungen für die gemeinsamen Kosten (insb. Ausstrahlungskosten) bzw. die Gemeinkosten, wurde vom ORF dem Grunde nach nicht bestritten. Hinsichtlich der vom ORF vorgebrachten Notwendigkeit einer Adaptierung des vom Gutachten im Wege einer Schätzung ermittelten Gemeinkostenzuschlages, wurde – wie oben unter Punkt 3. dargestellt – diesem Einwand Rechnung getragen und ist ein insoweit adaptierter Gemeinkostenzuschlag von 8,66 % heranzuziehen. Vor diesem Hintergrund ist ebenfalls die Berechnung der absoluten Bruttovollkosten zu adaptieren. Der Sachverständige berechnet die Vollkosten (brutto) ohne Produktvergleich (absolut) unter Anwendung eines Gemeinkostenzuschlages in Höhe von 11,42 %. Basiswert für die Anwendung des Zuschlages ist die Summe der direkten Kosten und gemeinsamen Kosten in Höhe von 141.513,11 €. Bei Anwendung des adaptierten Gemeinkostenzuschlagsatzes von 8,66 % auf diesen Basiswert, ergeben sich Vollkosten (brutto) ohne Produktvergleich (absolut) in Höhe von 153.768,15 € (vgl. auch oben 3.).

Hinsichtlich der Frage, inwieweit die Ausstrahlung der Sendungen im Wege eines Live-Streams im Internet auf ORF.at kostenrechnerisch gesondert zu erfassen wäre, ist auf die Ausführungen oben unter 3. zu verweisen. Da die Ausstrahlung eines derartigen Streams nicht unabhängig von der Fernsehübertragung über Terrestrik und Satellit erfolgen kann (vgl. § 3 Abs. 4a ORF-G), entstehen die Kosten bereits für die Übertragung am Sport-Spartenprogramm und werden diesem in voller Höhe zugerechnet. Es ist daher – unbeschadet der zuzugestehenden wirtschaftlichen Bedeutung der Live-Streaming-Rechte – keine gesonderte Erfassung vorzunehmen. Dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass auch im Lizenzvertrag kein gesonderter Ausweis der Online-Lizenzkosten erfolgt ist.

#### 4.2.2. Bruttokosten- oder Nettokostenrechnung

Das Gutachten legt dar, dass sich aus kostenrechnerischer Sicht die Frage, welche Mittel im Sinne des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G für die in Frage stehenden Ausstrahlungen verwendet wurden, sowohl auf Mittel ohne Berücksichtigung von Erlösen (Bruttokosten), als auch auf Mittel unter Berücksichtigung von Erlösen (Nettokosten) beziehen kann, weswegen beide Berechnungen vorgenommen wurden.

Wie unter 4.1.3. ausführlich dargelegt wurde, liegt dem § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G eine strikt auf die Mittelverwendung bezogene Betrachtungsweise zu Grunde, die es ausschließt, Erlöse, die im Umfeld einer der Abschöpfung nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G unterliegenden Tätigkeit generiert werden, bei der Berechnung des Abschöpfungsbetrages in Abzug zu bringen.

Aus diesem Grund sind jene im Gutachten dargestellten Szenarien aus der Betrachtung auszuscheiden, die eine Nettokostenrechnung beinhalten, und ist jedenfalls eine Bruttokostenrechnung vorzunehmen. Dadurch wird auch die Möglichkeit ausgeschlossen, dass sich aus einer Rechtsverletzung negative Nettokosten ergeben und insoweit rechtswidriges Verhalten aus betriebswirtschaftlicher Sicht für den ORF eine Ergebnisverbesserung in einer Erfolgsrechnung zur Folge haben könnte. Gerade die „Rentabilität“ einer Rechtsverletzung spielt im Rahmen des § 38a ORF-G keine Rolle, da sonst nur „unrentable“ Rechtsverletzungen einer Abschöpfung unterlägen. Auch sind Erlöse stets eine Frage der Finanzierung (Mittelherkunft), nicht aber der Mittelverwendung. Die Gleichstellung der Finanzierungsquellen (Programmentgelt und kommerzielle Erlöse) ist im § 38a Abs. 1 Schlusssatz ORF-G ohnedies ausdrücklich angeordnet.

#### 4.2.3. Produktvergleich (absolute oder relative Kosten)

Die letzte Frage betrifft die Möglichkeit, die Kosten für die Ausstrahlung der einzelnen inkriminierten Spiele absolut oder im Rahmen eines Produktvergleichs mit anderen Produkten oder Dienstleistungen relativ zu berechnen.

Das Gutachten führt dazu aus, dass durch einen solchen relativen Vergleich die Frage beantwortet werden kann, wie viel ein bestimmtes Produkt im Vergleich zur alternativen Bereitstellung eines anderen Produkts mehr oder weniger kostet. In der Praxis kann eine derartige Rechnung die unternehmerische Entscheidung unterstützen, welches der beiden Vergleichsprodukte aus kostenrechnerischer Sicht angeboten bzw. hergestellt werden soll. Konzeptionell wird daher ein Produktvergleich grundsätzlich eher im Bereich der Planungsrechnung eingesetzt, kann aber auch nachträglich (ex-post) die Frage beantworten, ob es aus Sicht der relativen Kosten sinnvoll war, ein bestimmtes Produkt anstatt eines anderen Vergleichsprodukts angeboten zu haben. Die betriebswirtschaftliche Sinnhaftigkeit des Produktvergleichs ist allerdings immer davon abhängig, ob für das jeweilige Unternehmen auch real eine tatsächliche Auswahlmöglichkeit zwischen den zu vergleichenden Produkten besteht bzw. bestanden hat.



Ausgehend von diesen Überlegungen kommt die KommAustria zum Ergebnis, dass ein Produktvergleich dahingehend, dass zu fragen wäre, welche Kosten ein an Stelle der verfahrensgegenständlichen Spiele ausgestrahltes gesetzmäßiges Programm auf ORF SPORT PLUS verursacht hätte, und nur der Differenzbetrag einer Abschöpfung unterläge, dem § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G nicht zu Grunde gelegt werden kann. Wie auch bereits bei der Frage der Vollkosten- oder der Teilkostenrechnung (oben 4.2.1.) ausgeführt, besteht für den ORF die „Alternative“ einer rechtswidrigen Ausstrahlung von Sendungen im Sport-Spartenprogramm nur als hypothetischer Fall. Im Sinne einer Rückabwicklung einer tatsächlich erfolgten rechtswidrigen Mittelverwendung geht daher der dem Produktvergleich innewohnende Einwand, dass für ein rechtskonformes Verhalten ebenfalls Mittel aufgewendet hätten werden müssen, insoweit ins Leere, als dieses rechtmäßige Alternativverhalten tatsächlich nicht gesetzt wurde und insoweit auch keine berücksichtigungsfähigen Kosten eines Vergleichsproduktes entstanden sind. Da der Wortlaut des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G ausdrücklich auf die herangezogenen Mittel abstellt, verbietet sich auch an dieser Stelle eine auf einem hypothetischen Szenario aufbauende Vergleichsrechnung.

Würden die relativen Kosten zu einem Ersatzprogramm zum Maßstab der Abschöpfung gemacht, wäre eine Abschöpfung auch nur bei jenen Rechtsverletzungen möglich, die absolut „teurer“ sind, als ein rechtskonformes Ersatzprogramm.

Dementsprechend sind auch jene im Gutachten dargestellten Szenarien auszuschneiden, die einen Produktvergleich beinhalten. Maßgeblich sind somit die absoluten Kosten, die auf die Ausstrahlung der in Frage stehenden Eishockey-Spiele entfallen.

#### 4.2.4. Ergebnis

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Überlegungen kommt die KommAustria daher zum Ergebnis, dass aus dem Gutachten dargestellte Szenario einer Vollkostenrechnung (brutto) ohne Produktvergleich (absolut) für die Ermittlung der Höhe der nach § 38 Abs. 1 Z 1 ORF-G abzuschöpfenden Mittel heranzuziehen ist.

Unter Berücksichtigung der Adaptierung des Gemeinkostenzuschlages (vgl. oben Punkt 4.2.1.) beträgt die Höhe der für die Ausstrahlung der verfahrensgegenständlichen sechs Spiele mit Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft auf ORF SPORT PLUS im Rahmen der IIHF Weltmeisterschaft 2011 herangezogenen Mittel aus Programmengelt oder diesen gleichzuhaltender Mittel 153.768,15 €.

Es war daher spruchgemäß (Spruchpunkt 1.) die Abschöpfung dieser Mittel anzuordnen.

#### 4.3. Abführung auf das Sperrkonto (Spruchpunkt 2.)

Gemäß § 38a Abs. 2 ORF-G hat der ORF aufgrund einer mit Bescheid angeordneten Abschöpfung die Mittel in der angeordneten Höhe dem Sperrkonto gemäß § 39c ORF-G zuzuführen und gesondert auszuweisen.

Die bescheidmäßig angeordnete Abschöpfung verpflichtet den ORF daher zu einer Leistung bzw. zur Herstellung eines bestimmten Zustandes. In diesen Fällen ist nach § 59 Abs. 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 100/2011, im Spruch zugleich auch eine angemessene Frist zur Ausführung der Leistung oder Herstellung zu bestimmen.

Im Verfahren haben sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der ORF nicht zeitnah nach Rechtskraft der Entscheidung zu der erforderlichen Mittelumschichtung auf das bzw. der buchhalterischen Abbildung des Sperrkontos in der Lage wäre. Insbesondere besteht im Lichte der im Verhältnis zu den sonstigen betrieblichen Kennzahlen des ORF

vernachlässigbaren Größenordnung des Abschöpfungsbetrages kein Anlass, an der kurzfristigen Mittelverfügbarkeit zu zweifeln. Dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund der bereits im Jahr 2011 erfolgten Einleitung des Abschöpfungsverfahrens, die sich im Rahmen der Rückstellungen im Jahresabschluss niedergeschlagen haben sollte. Unter Berücksichtigung der allfälligen Notwendigkeit einer Klärung der Abbildung des Sperrkontos in den Büchern mit der nach § 40 ORF-G eingerichteten Prüfungskommission, scheint der KommAustria eine Frist von zehn Wochen ab Rechtskraft des Bescheides für die Herstellung eines dem § 38a Abs. 2 ORF-G entsprechenden Zustandes angemessen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der Partei 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 28. November 2012

Kommunikationsbehörde Austria  
Der Senatsvorsitzende

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

#### Zustellverfügung:

1. Österreichischer Rundfunk
2. Generaldirektor Dr. Wrabetz

1. und 2. vertreten durch: Dr. Klaus Kassai, Würzburggasse 30, 1136 Wien, per **RSb**

#### Zur Kenntnis in Kopie:

3. ORF-Prüfungskommission, p.a. BDO Austria GmbH, Kohlmarkt 8-10, 1010 Wien, E-Mail: orfpruefungskommission@bdo.at, **per E-Mail**