

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 im Rahmen der Tennis Davis Cup Begegnung Österreich gegen Belgien
 - am 16.09.2011 ab 13:55 Uhr (Haider-Maurer gegen Malisse und Melzer gegen Darcis),
 - am 17.09.2011 ab 12:25 Uhr (Marach/Peyra gegen Rochus/Bemelmans) und
 - am 18.09.2011 ab 11:55 Uhr (Melzer gegen Rochus),

im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS, die gemäß dem rechtskräftigen Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 18.04.2013, GZ 611.941/0005-BKS/2013, 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. 169/2013, die Abschöpfung von Einnahmen aus Programmentgelt bzw. diesen gleichzuhaltenden Mitteln in der Höhe von

EUR 53.330,62

angeordnet.

2. Dem ORF wird gemäß § 38a Abs. 2 ORF-G aufgetragen, die nach Spruchpunkt 1. abgeschöpften Mittel binnen vier 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

Mit Bescheid vom 17.10.2012, KOA 11.263/12-018, wies die KommAustria eine auf § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G gestützte Beschwerde mehrerer privater Mitbewerber des ORF, welche den Antrag gestellt hatten, festzustellen, dass der ORF am 16.09.2011 ab 13:55 Uhr, am 17.09.2011 ab 12:25 Uhr und am 18.09.2011 ab 11:55 Uhr durch die Live-Übertragungen der Tennis Davis Cup Begegnung Österreich gegen Belgien in Antwerpen im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS gegen das Verbot der Übertragung von Premium-Sportbewerben verstoßen habe, gemäß § 4b Abs. 4 ORF Gesetz, BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 50/2010, iVm § 35, § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c und § 37 Abs. 1 ORF-G idF BGBl. I Nr. 15/2012, ab.

Mit Bescheid vom 18.04.2013, GZ 611.941/0005-BKS/2013, gab der Bundeskommunikationssenat (BKS) der von den privaten Mitbewerbern des ORF erhobenen Berufung Folge und stellte fest, dass der ORF am 16.09.2011 ab 13:55 Uhr (Haider-Maurer gegen Malisse und Melzer gegen Darcis), am 17.09.2011 ab 12:25 Uhr (Marach/Peyra gegen Rochus/Bermelmans) und am 18.09.2011 ab 11:55 Uhr (Melzer gegen Rochus) durch die Live-Übertragungen von Spielen im Rahmen der Tennis Davis Cup Begegnung Österreich gegen Belgien in Antwerpen im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS gegen das in § 4b Abs. 4 ORF-G normierte Verbot der Übertragung von Premium Sportbewerben verstoßen hat.

In Folge lehnte der Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss 26.06.2013, Zl. 2013/03/0063-3, die Behandlung der vom ORF gegen den Bescheid des BKS erhobenen Beschwerde ab.

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

Mit Schreiben vom 12.08.2013, KOA 11.263/13-007, leitete die KommAustria im Hinblick auf die vorzitierten Ausstrahlungen ein Abschöpfungsverfahren nach § 38a Abs. 1 Z 1 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 Darstellung sämtlicher für die Produktion der angeführten Sendungen angefallenen Kosten entsprechend der gemäß den Bescheiden der KommAustria vom 28.11.2012, KOA 11.263/12-021, (bestätigt mit Bescheid des BKS vom 25.02.2013, GZ 611.805/0001-BKS/2012), anzuwendenden absoluten Bruttovollkostenrechnung in Bezug auf die inkriminierten vier Tennis Davis Cup Begegnungen zu übermitteln.

Insbesondere sollten folgende Datenwerte, inklusive deren Herleitung und Quellenangaben übermittelt werden:

Klassifizierung der Kosten	Nr	Wert	Betrag in €	Datenquelle(n)
variable Kosten	1	Übertragungsleitungen		
variable Kosten	2	Layouts/Unis (XXX Stück)		
variable Kosten	3	ISDN Leitungen (von wo nach wo)		
variable Kosten	4	Regie Assistenz (freie Mitarbeiter inkl. Sozialaufwand)		
variable Kosten	5	Dienstreisen (Diäten, Hotel, Flug)		
gemeinsame Kosten Davis-Cup	6	Gerät		
gemeinsame Kosten Davis-Cup	7	Redaktion		
gemeinsame Kosten Davis-Cup	8	Technikpersonal (ORF-Mitarbeiter, Daueranmietungen)		
gemeinsame Kosten Davis-Cup	9	Anteilige Lizenzkosten		
gemeinsame Kosten Davis-Cup	10	Ausstrahlungskosten		
	11	Summe direkte Kosten und gemeinsame Kosten		Summe [1] bis [10]
Gemeinkosten	12	Gemeinkosten (XXX%)		Gemeinkostensatz * [11]
Vollkosten	13	Vollkosten brutto ohne Ersatzprogramm		Summe [11] und [12]

Darüber hinaus wurde dem ORF die Gelegenheit eingeräumt zur Einleitung des Abschöpfungsverfahrens Stellung zu nehmen.

1.3. Stellungnahme des ORF

Mit Schreiben vom 20.09.2013 nahm der ORF zur Einleitung des Abschöpfungsverfahrens Stellung. Er legte dabei die vertraglichen Vereinbarungen zum Erwerb der Übertragungsrechte an den Spielen des Tennis Davis Cups und Fed Cups aus dem Jahr 2007 vor, welche den Rechteerwerb für die Jahre 2008 bis 2011 beinhalteten.

Der ORF gab zur Berechnung des Abschöpfungsbetrages im Zusammenhang mit den Live-Übertragungen der inkriminierten Tennis Davis Cup Begegnungen im Sport-Sparten Programm folgende Kosten bekannt:

in EUR	Istkosten brutto lt. SAP	Anteil Live-Spiele
Übertragungsleitungen	5.930,13	5.745,90
FilmTonVideot. Fremdleistungen	xxx	xxx
Freie Mitarbeiter inkl. Sozialaufwand	xxx	xxx
Dienstreisen	xxx	xxx
Gerät	5.423,00	5.254,52
Redaktion	xxx	xxx
Technikpersonal (ORF-Mitarbeiter/Daueranmietungen)	xxx	xxx
Lizenzkosten	xxx	xxx
Summe KTR	54.630,34	35.009,61
Ausstrahlungskosten		13.851,92
Summe		48.951,53
Gemeinkosten (8,66 %)		4.239,20
Vollkosten brutto ohne Ersatzprogramm		53.190,73

Erläuternd führte der ORF aus, dass die reine Live-Übertragungszeit der Spiele, ohne Pausen und nachfolgende Teile (wie Interviews oder Analysen), 723,57 von 746,77 Minuten betragen habe. Insgesamt habe der ORF den Davis Cup Spielen in seinen Programmen 2201,5 Sendeminuten gewidmet. Die Ausstrahlungskosten für die Übertragung der inkriminierten Spiele ergäben sich aus der Summe der Ausstrahlungskosten sowohl über Satellit als auch der terrestrischen Ausstrahlung, wobei die Höhe der terrestrischen Verbreitungskosten auf Basis einer Jahresdurchschnittsbetrachtung 2011 errechnet worden sei. Der Zuschlagssatz in Höhe von 8,66 % für die Gemeinkosten sei den zitierten Bescheiden entnommen.

1.4. Ergänzendes Auskunftsersuchen

Mit Schreiben der KommAustria vom 07.10.2013 wurde der ORF im Hinblick auf seine Stellungnahme vom 20.09.2013 aufgefordert, ergänzende Auskünfte zur Feststellung des Abschöpfungsbetrages zu erteilen. Zur Berechnung der anteiligen Lizenzkosten, in denen

beispielsweise auch die Hörfunk-Berichterstattung enthalten war, wurde der ORF insbesondere aufgefordert, eine Aufschlüsselung der auf die „sonstigen“ Sendeminuten entfallenen Berichterstattung zu übermitteln und weiters darzustellen, inwiefern die Lizenzrechte für die jeweiligen Sendungen Voraussetzung waren.

1.5. Ergänzende Stellungnahme des ORF

Mit Schreiben vom 21.10.2013 kam der ORF dem Auskunftsersuchen nach. Ergänzend gab er an, dass die Position „FilmTonVideot. Fremdleistungen“ keine Kosten für Übertragungsleitungen beinhalte. Es seien ein Kamerateam und Schnitt verrechnet und erfasst worden.

Im Hinblick auf die Berechnung der anteiligen Lizenzkosten führte er ergänzend aus, dass Interviews vor Ort und/oder sonstige Pausenberichterstattung vor Ort ebenfalls den Abschluss eines Lizenzvertrags voraussetzen, diese jedoch nicht der Abschöpfung (23,2 Minuten) unterliegen würden. Weitere diverse Beiträge im „Kurz Sport“ oder „Sport am Sonntag“, bei denen davon ausgegangen wurde, dass Spielbilder in Abhängigkeit vom Lizenzvertrag verwendet worden seien bzw. als Live-Durchschaltung im Ausmaß von 14,95 Minuten, seien im Programm ORFeins ausgestrahlt worden. Entsprechendes gelte für einen im Programm ORF 2 in „Niederösterreich Heute“ ausgestrahlten Beitrag im Ausmaß von 0,38 Minuten.

Weiters gestand der ORF zu, dass die in der Aufstellung vom 20.09.2013 enthaltenen Beiträge im Rahmen der Hörfunkprogramme im Ausmaß von 30,0 Minuten zu Unrecht eingeschlossen worden seien, da sie nicht Gegenstand des Erwerbs der Übertragungsrechte im übermittelten Vertrag seien. Gleiches gelte für einen weiteren Beitrag im Umfang von 0,55 Minuten.

An Wiederholungen seien 1.408,88 Minuten der Live-Spielübertragungen inklusive Interviews vor Ort im Programm ORF SPORT PLUS gesendet worden. Insgesamt habe der ORF den Davis Cup Spielen in seinen Programmen (Berichterstattung, Übertragung und deren Wiederholung im ORF-Fernsehen) 2170,97 Sendeminuten auf Grundlage des Lizenzvertrags gewidmet. Dies seien demnach 30,55 Minuten weniger als bisher angegeben.

2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

Aufgrund des durchgeföhrten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

Der ORF hat durch die Ausstrahlungen der Spiele im Rahmen der Tennis Davis Cup Begegnung Österreich gegen Belgien in Antwerpen, nämlich

- am 16.09.2011 ab 13:55 Uhr (Haider-Maurer gegen Malisse und Melzer gegen Darcis),
- am 17.09.2011 ab 12:25 Uhr (Marach/Peyra gegen Rochus/Bemelmans) und
- am 18.09.2011 ab 11:55 Uhr (Melzer gegen Rochus)

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-Sportbewerbe), im Sport-Spartenprogramm nicht gezeigt werden dürfen.

Auf Grundlage des Lizenzvertrages hat der ORF den Tennis Davis Cup Begegnungen in seinen Programmen insgesamt 2.170,97 Sendeminuten eingeräumt (die Differenz gegenüber der Nachberechnung der Angaben des ORF in der 2. Nachkommastelle dürften

auf einer Rundungsabweichung beruhen). Im Sport-Spartenprogramm wurden davon insgesamt 723,57 Minuten im Zuge der Live-Übertragung der verfahrensgegenständlichen Spiele ausgestrahlt. Die Übertragung von Beiträgen im Rahmen der Hörfunkprogramme des ORF sind nicht Gegenstand der Übertragungsrechte im Rahmen des vom ORF erworbenen Lizenzvertrags.

Insgesamt sind auf diese Live-Übertragungen anteilige Lizenzkosten in Höhe von EUR xxx entfallen.

Für diese Ausstrahlungen sind Kosten in Höhe von EUR 5.745,90 für Übertragungsleitungen angefallen. Für Fremdleistungen sind Kosten in Höhe von EUR xxx verbucht worden. Für Regie Assistenz (freie Mitarbeiter inkl. Sozialaufwand) sind Mittel in Höhe von EUR xxx, für Dienstreisen in Höhe von EUR xxx, für Gerät in Höhe von EUR 5254,52, für Redaktion in Höhe von EUR xxx sowie für Technikpersonal in Höhe von EUR xxx aufgewendet worden.

Die Höhe der Ausstrahlungskosten beläuft sich auf EUR 13.851,92.

Der Zuschlagssatz für die Gemeinkosten ist mit 8,66 % in die Berechnung einzubeziehen.

Der ORF hat demnach für die Ausstrahlungen der genannten Tennis Davis Cup Begegnungen Österreich gegen Belgien in Antwerpen Mittel aus Programmentgelt, oder diesen gleichzuhaltende Mittel, in Höhe von insgesamt EUR 53.330,62 verwendet (zur Berechnung des Wertes vgl. sogleich unter Punkt 3.).

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen, wonach der ORF durch die Ausstrahlungen der verfahrensgegenständlichen Spiele im Rahmen der Tennis Davis Cup Begegnung Österreich gegen Belgien in Antwerpen im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS gegen § 4b ORF-G verstoßen hat, ergeben sich aus dem zitierten Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 18.04.2013, GZ 611.941/0005-BKS/2013.

Die Anwendbarkeit der absoluten Bruttovollkostenrechnung und die daraus erforderlichen Datenanfragen beruhen ebenso wie die Höhe des Gemeinkostenzuschlagsatz von 8,66 % auf den zitierten Bescheiden der KommAustria vom 28.11.2012, KOA 11.263/12-021, bzw. des Bundeskommunikationssenates vom 25.02.2013, GZ. 611.805/001-BKS/2012, auf die ausdrücklich verwiesen wird.

Die Feststellungen zur Höhe der für die Ausstrahlungen der genannten Spiele verwendeten Mittel ergeben sich aus den schlüssigen und glaubhaften Ausführungen des ORF in seinen Schriftsätzen vom 20.09.2013 und 21.10.2013.

Die Feststellungen, dass der ORF den verfahrensgegenständlichen Spielen auf Grundlage des Lizenzvertrages in seinen Programmen insgesamt 2.170,97 Sendeminuten gewidmet hat, wobei davon auf die Übertragungen im Sport Spartenprogramm 723,57 Minuten entfallen sind, ergeben sich aus dem glaubwürdigen Schriftsatz des ORF vom 21.10.2013, in welchem er zugestand, dass die Übertragung von Beiträgen in den Hörfunkprogrammen des ORF im Ausmaß von insgesamt 30 Minuten nicht Gegenstand des Lizenzvertrages sind. Weiters gestand der ORF zu, dass ein Beitrag mit dem Titel „Jürgen Melzer selbstbewusst zum Relegationsspiel nach Belgien“ im Umfang von 0,55 Minuten keine Spielbilder enthielt. Unter Berücksichtigung dieses Vorbringens sind daher den Feststellungen insgesamt 2170,97 Minuten, anstelle der ursprünglich vorgebrachten 2201,52 Sendeminuten zu Grunde gelegt.

Entsprechend diesen Angaben und den sich aus den vorzitierten Bescheiden ergebenden Maßstäben, stellt sich die Berechnung auf Basis einer absoluten Bruttovollkostenrechnung wie folgt dar:

Bezüglich der Kosten für Übertragungsleitungen gibt der ORF auf Basis seiner Daten aus SAP einen Wert von EUR 5.930,13 an. Davon sind unter Zugrundelegung der Live-Ausstrahlungsminuten 723,57 Minuten (von insgesamt 746,77 Minuten) als Anteil der gesamten Erstausstrahlungsminuten auf ORF SPORT PLUS in Summe EUR 5.745,90 auf die relevanten Live-Spiele zuzurechnen.

An Fremdleistungen werden den Live-Übertragungen EUR xxx zugerechnet.

Auf Basis von 723,57 Sendeminuten erfolgt die Berechnung der anteiligen Kosten für Regie Assistenz, Dienstreisen, Gerät, Redaktion und Technikpersonal. Unter Anwendung dieses Zurechnungsschlüssels ergeben sich für

- Regie Assistenz (freie Mitarbeiter inkl. Sozialaufwand) EUR xxx
- Dienstreisen EUR xxx
- Gerät EUR xxx
- Redaktion EUR xxx sowie
- Technikpersonal EUR xxx.

Für die Berechnung der anteiligen Lizenzkosten sind jene Übertragungsminuten zu ermitteln, welche in unmittelbarem Zusammenhang mit der Lizenz stehen.

Mengenangaben ORF vom 21.10.2013 in Minuten	
ORF Sport+ Live	723,57
ORF Sport+ Pause und vor Ort Berichte	23,20
ORF Fernsehen Sport am Sonntag	14,95
ORF 2 Niederösterreich heute	0,38
ORF Fernsehen Wiederholungen	1.408,88
Summe Übertragungen mit Lizenzbezug	2.170,98
Radio (ohne Lizenzbezug)	30,00
Beitrag ohne Spielbilder (ohne Lizenzbezug)	0,55
Summe Übertragungen ohne Lizenzbezug	30,55
Summe Übertragungen	2.201,53

Ohne Radioübertragungen (30 Minuten) und den Beiträgen ohne Spielbilder (0,55 Minuten), die nicht vom Lizenzvertrag abgedeckt sind, fallen insgesamt 2.170,97 (der Abweichung in der 2. Nachkommastelle liegt eine Rundungsdifferenz zu Grunde) lizenzrelevante Sendeminuten an. Davon sind 723,57 Sendeminuten im Sport-Spartenkanal übertragen worden. Die anteiligen Lizenzkosten sind anhand des Verhältnisses der Minuten der relevanten Live-Spiele zu den Gesamtminuten mit Lizenzbezug berechnet. Daraus ergibt sich ein Wert von insgesamt EUR xxx für die Live-Übertragungen der inkriminierten Spiele.

An Ausstrahlungskosten sind für die gegenständlichen Übertragungen Kosten in Höhe von EUR 13.851,92 in die Berechnung einzubeziehen.

In Summe betragen die berechneten Kosten demnach EUR 49.080,27. Auf diese Basis ist der unstrittige Gemeinkostensatz von 8,66 % in Höhe von EUR 4.250,35 hinzuzurechnen.

Kostenberechnung Vollkosten Davis Cup 2011 auf ORF Sport+			It SAP gesamt	Zurechnung auf Live	
Klassifizierung der Kosten	Nr	Wert	Betrag in €	Betrag in €	Datenquelle(n)
variable Kosten	1	Übertragungsleitungen	5.930,13	5.745,90	ORF 20.9.2013, S. 2
variable Kosten	2	Fremdleistungen			ORF 20.9.2013, S. 2
variable Kosten	3	Regie Assistenz (freie Mitarbeiter inkl. Sozialaufwand)			ORF 20.9.2013, S. 2
variable Kosten	4	Dienstreisen (Diäten, Hotel, Flug)			ORF 20.9.2013, S. 2
gemeinsame Kosten Davis-Cup	5	Gerät	5.423,00	5.254,52	ORF 20.9.2013, S. 2
gemeinsame Kosten Davis-Cup	6	Redaktion			ORF 20.9.2013, S. 2
gemeinsame Kosten Davis-Cup	7	Technikpersonal (ORF-Mitarbeiter, Daueranmietungen)			ORF 20.9.2013, S. 2
gemeinsame Kosten Davis-Cup	8	Anteilige Lizenzkosten			[8]*[14]/[13]
gemeinsame Kosten Davis-Cup	9	Ausstrahlungskosten		13.851,92	ORF 20.9.2013, S. 2
	10	Summe direkte Kosten und gemeinsame Kosten		49.080,27	Summe [1] bis [9]
Gemeinkosten	11	Gemeinkosten (8,66%)		4.250,35	Gemeinkostensatz * [10]
Vollkosten	12	Vollkosten brutto ohne Ersatzprogramm		53.330,62	Summe [10] und [11]
Mengengerüst lt. ORF vom 21.10.2013			Minuten		
	13	Minuten mit Lizenzbezug	2.170,97		ORF 21.10.2013, S. 1 & 2
	14	Minuten ORF Sport+ Live (Abschöpfung)	723,57		ORF 20.9.2013, S. 2

Daraus ergeben sich zusammengefasst Vollkosten in Höhe von insgesamt EUR 53.330,62 für die Live-Übertragungen der inkriminierten Tennis Davis Cup Begegnungen.

4. Rechtliche Beurteilung

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 Programmentgelt anzutreten, wenn der Österreichische Rundfunk

1. Mittel aus Programmentgelt 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 Programmentgelt erhöht hat, ohne dass dies zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich gewesen wäre, im Ausmaß des erhöhten Programmentgelts, oder
3. eine Bildung oder Dotierung einer Sonderrücklage entgegen den Bestimmungen des § 39a vorgenommen hat.

Mitteln aus Programmentgelt im Sinne dieser Bestimmung sind Mittel gleichzuhalten, die bei der Festlegung des Programmentgelts 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 Programmentgelt 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.“

Zur Vermeidung von Wiederholungen ist auf die rechtskräftige Entscheidung des BKS vom 25.02.2013, GZ 611.805/0001-BKS/2012, hinsichtlich der zur Anwendung kommenden Grundsätze für das Abschöpfungsverfahren zu verweisen. Der BKS hatte sich in diesem Verfahren aufgrund der Berufung des ORF gegen den Bescheid der KommAustria vom 28.11.2012, KOA 11.263/12-021, in welchem die Abschöpfung von verwendeten Mittel aus Programmentgelt wegen der Live-Übertragung von Spielen der IIHF Eishockey A-WM 2011 im Sport-Spartenprogramm angeordnet wurde, mit dem der Abschöpfung fehlverwendeter Mittel zugrunde liegenden Prüfungs- und Berechnungsmaßstab des § 38a ORF-G auseinanderzusetzen. Aus der zitierten BKS-Entscheidung ergeben sich für den vorliegenden Fall folgende Überlegungen:

4.1. Überschreiten der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages

Entsprechend dem klaren Wortlaut des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G sowie dem aus den Gesetzeserläuterungen zu entnehmenden Willen des Gesetzgebers, hat der Bundeskommunikationssenat die Ansicht der KommAustria bestätigt, 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 Auftrages im Sinne des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G darstellt.“

Ausgehend von dem Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 18.04.2013, 611.941/0005-BKS/2013, mit dem die Live-Übertragungen der Tennis Davis Cup Begegnungen Österreich gegen Belgien in Antwerpen 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. Die durch die Live-Ausstrahlung der Tennis Davis Cup Begegnungen Österreich gegen Belgien verwirklichte Überschreitung dieser Grenzen hat demnach eine Abschöpfung nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G zur Folge.

4.2. Heranziehung von Mitteln aus Programmentgelt bzw. gleichzuhaltender Mittel

§ 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G setzt weiters 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 Schlussatz 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.

§ 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.

Der BKS hat in diesem Zusammenhang die Rechtsauffassung der KommAustria geteilt und klargestellt, dass Erlöse aus kommerziellen Aktivitäten, die in keinem Zusammenhang mit dem öffentlich rechtlichen Auftrag stehen (sog. „stand alone kommerzielle Aktivitäten“) zwar bei der Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags grundsätzlich außer Betracht zu bleiben haben. Eine Mittelverwendung führt in diesem Zusammenhang nicht unmittelbar zu einem Abzug bei der Nettokostenberechnung nach § 31 ORF-G, sondern erst dann, wenn es zu einer freiwilligen Ausschüttung dieser Erträge kommt und diese für den öffentlich-rechtlichen Bereich verwendet werden. Es ist daher davon auszugehen, dass auch unter dem Gesichtspunkt des § 38a ORF-G kein Unterschied besteht, ob derartige Erträge für die konkret zur Beurteilung anstehende Ausstrahlung verwendet wurden, da sie in diesem Fall bei der Nettokostenberechnung in Abzug zu bringen wären.

Der ORF hat für die Übertragung der verfahrensgegenständlichen Tennis Davis Cup Begegnungen unstrittig Mittel aus Programmentgelt bzw. diesen gleichzuhaltende Mittel herangezogen, sodass diese gesetzwidrige Mittelverwendung im Rahmen dieses Verfahrens rückabzuwickeln ist.

4.3. Grundsätze zur Ermittlung der Höhe des Abschöpfungsbetrages

Entsprechend den zitierten Bescheiden der KommAustria bzw. des Bundeskommunikationssenats ist der Ermittlung der Höhe der nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G abzuschöpfenden Mittel eine absolute Bruttovollkostenrechnung zu Grunde zu legen.

Mit der Bezugnahme auf die „Heranziehung“ von Mitteln für eine iSd § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G verbotene Tätigkeit hat der Gesetzgeber als Beurteilungsmaßstab jenen Zeitpunkt vorgegeben, in dem das rechtswidrige Verhalten gesetzt wurde.

Diesem Gedanken Rechnung tragend ist zunächst festzuhalten, dass eine Teilkostenrechnung als mögliches Berechnungsszenario nicht zur Anwendung gelangt. Diese könnte die Frage beantworten, welche Mittel unter der Voraussetzung einer sonst vorgegebenen Produktpalette des ORF für die Übertragung der inkriminierten Spiele zusätzlich verwendet wurden, wobei alle nicht den inkriminierten zusätzlichen Übertragungen direkt zurechenbaren Kosten bereits von anderen Produkten getragen werden. Dies bedeutet aber, dass im Zeitpunkt der tatsächlichen Setzung der inkriminierten Handlung keine Kenntnis von deren Zulässigkeit oder Unzulässigkeit besteht, da das Ausmaß einer Überschreitung des öffentlich-rechtlichen Auftrages erst im Nachhinein feststellbar ist, weshalb sich eine Teilkostenrechnung als hypothetische Rechnung darstellt, die für die Beantwortung der Frage, welche Mittel für eine bestimmte Tätigkeit herangezogen werden, ungeeignet ist.

Demgegenüber beantwortet die anzuwendende Vollkostenrechnung 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. Demnach ist im Rahmen der Berechnung zunächst danach zu fragen, welche Mittel bei einer sonst vorgegebenen Produktpalette des ORF für die Übertragung der inkriminierten Spiele der Tennis Davis Cup Begegnung Österreich gegen Belgien auf ORF SPORT PLUS verwendet wurden, sodass unter Berücksichtigung aller anderen Produkte des Unternehmens sämtliche entstandenen Kosten gedeckt sind. Da es im Zusammenhang mit § 38a ORF-G zudem ausschließlich um eine Rückzahlung „fehlverwendeter Mittel“ – worunter sämtliche Mittel zu verstehen sind, die konkret für die Tätigkeit herangezogen wurden, welche die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschritten haben – geht, sind in diesem Zusammenhang auch „gemeinsame Kosten“ und „Gemeinkosten“ zu berücksichtigen.

Da dem § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G eine strikt auf die Mittelverwendung bezogene Betrachtungsweise zu Grunde liegt, ist zudem ausgeschlossen, dass 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 sind (Nettokostenmethode). Vielmehr ist eine Berechnung der Bruttokosten vorzunehmen. Dies schließt u.a. aus, dass sich aus einer Rechtsverletzung negative Nettokosten ergeben und sich insoweit rechtswidriges Verhalten aus betriebswirtschaftlicher Sicht durch eine „Gegenverrechnung“ mit den im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Handlung stehenden Erlösen „rechnet“.

Weiters sind die Kosten, die für die Ausstrahlung der einzelnen inkriminierten Spiele angefallen sind, absolut, d.h. ohne Berücksichtigung etwaiger „Ersatzprodukte“, zu berechnen. Die Alternative, diese Kosten relativ im Rahmen eines Produktvergleichs mit anderen Produkten oder Dienstleistungen in der Art zu berechnen, dass zu fragen wäre, welche Kosten ein an Stelle der inkriminierten Spiele gesetzmäßig ausgestrahltes Programm verursacht hätte und dementsprechend nur der Differenzbetrag der Abschöpfung unterläge, wurde vom BKS, ebenso wie von der KommAustria, verworfen, da dies im Rahmen der Berechnung ebenfalls eine auf einem hypothetischen Szenario basierende Berechnung zur Folge hätte. Dies verbietet sich jedoch – wie bereits zuvor dargestellt – aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 38a ORF-G, der ausdrücklich auf die herangezogenen Mittel abstellt.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen bedeutet dies, dass die Höhe der für die Ausstrahlung der verfahrensgegenständlichen Tennis Davis Cup Begegnungen Österreich gegen Belgien in Antwerpen auf ORF SPORT PLUS herangezogenen Mittel aus Programmentgelt oder diesen gleichzuhaltender Mittel bei Anwendung einer Vollkostenrechnung (brutto) ohne Produktvergleich (absolut) EUR 53.330,62 beträgt.

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

4.4. 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, BGBI. Nr. 51/1991 idF BGBI. I Nr. 161/2013, 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 bereits aufgrund der Entscheidung des BKS vom 25.02.2013, GZ 611.805/0001-BKS/2012, eingerichtete Sperrkonto 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. Es erscheint daher eine Frist von vier 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/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG beim Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Kommunikationsbehörde Austria einzubringen. Die Beschwerde hat den Bescheid gegen den sie sich richtet ebenso wie die belangte Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren sowie die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

Wien, am 19. Februar 2014

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Dr. Florian Philapitsch, 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**