

# Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus dem Vorsitzenden-Stellvertreter Dr. Florian Philipitsch, 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 des vom Österreichischen Rundfunk (ORF) im Zeitraum vom 01.02.2013 bis zum 21.02.2013 bereitgestellten eigens für mobile Endgeräte gestalteten Online-Angebotes zur Ski-Weltmeisterschaft in Schladming in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android-Geräte („mobile App“), das gemäß dem rechtskräftigen Bescheid des Bundeskommunikations-senates vom 11.11.2013, GZ 611.812/0001 BKS/2013, als die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreitend anzusehen ist, wird gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 1 letzter Satz ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 55/2014, die Abschöpfung von Einnahmen aus Programmgeld bzw. diesen gleichzuhaltenden Mitteln in der Höhe von

EUR 140.930,84

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

Mit Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 12.08.2013, KOA 11.260/13-009, wurde festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk (im Folgenden: ORF) im Zeitraum vom 01.02.2013 bis zum 21.02.2013 durch die Bereitstellung eines eigens für mobile Endgeräte gestalteten Online-Angebotes zur Ski-Weltmeisterschaft in Schladming in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android-Geräte („mobile App“) die Bestimmungen des § 3 Abs. 5 Z 2 iVm § 4f Abs. 2 Z 28 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 15/2012, verletzt hat.

Die dagegen vom ORF erhobene Berufung wurde mit Bescheid des Bundeskommunikationssenates (im Folgenden: BKS) vom 11.11.2013, GZ 611.812/0001-BKS/2013, gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 3 Abs. 5 Z 2 und § 4f Abs. 2 Z 28 ORF-G als unbegründet abgewiesen. Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26.03.2014, Zl. 2013/03/0155, wurde die Beschwerde des ORF gegen den Bescheid des BKS abgewiesen.

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

Mit Schreiben vom 09.05.2014 leitete die KommAustria vor dem Hintergrund des rechtskräftigen Bescheides des BKS vom 11.11.2013, GZ 611.812/0001-BKS/2013, ein Abschöpfungsverfahren gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 55/2014, wegen Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags ein und forderte den ORF zur Feststellung des Abschöpfungsbetrags auf, 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, eine detaillierte Darstellung der in Bezug auf die Bereitstellung der inkriminierten „mobilen App“ angefallenen Kosten, zu übermitteln.

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

1. Die durch die verfahrensgegenständliche „mobile App“ verursachten direkten Kosten, die sich insbesondere zusammensetzen aus:
  - a. Entwicklungskosten für die inkriminierte „mobile App“:
    - i. Planung, Konzeption, Pflichtenheft, Umsetzung, Test
    - ii. Technik, Layout (Design), Usability (Funktionen, Navigation);
  - b. redaktionellen Kosten für die Neuzusammenstellung der Inhalte und Referenzen für die inkriminierte „mobile App“;
  - c. Kosten der Bereitstellung der inkriminierten „mobilen App“ in den App-Stores bzw. Distribution;
  - d. Kosten für den laufenden Support der Nutzer der inkriminierten „mobilen App“ sowie
  - e. Kosten für die Bewerbung der inkriminierten „mobilen App“ (z.B. durch Erstellung von Informationsmaterial, Schaltung in Drittmedien, Erstellung von Werbespots) inklusive der Herstellungskosten für die Werbemittel und genaue Angabe von Art und Umfang der Marketingmaßnahmen.

Diesbezüglich wurden insbesondere auch Angaben zu allen Funktionalitäten der inkriminierten „mobilen App“ und Basisinformationen zur Leistungserstellung (Fremdvergabe oder Eigenerstellung) benötigt.

2. Gemeinsame Kosten der inkriminierten „mobilen App“ mit dem für einen Web-Browser vorgesehenen Online-Angebot zur Ski-Weltmeisterschaft in Schladming
  - a. Anteilige redaktionelle Kosten für die Erstellung des Contents inklusive Rechtenkosten (Text, Bild, Video, Daten, etc.) sowie
  - b. Anteilige Kosten für Hosting & Serveranbindung.  
Diesbezüglich war der Verrechnungsschlüssel für die Berechnung der anteiligen Kosten herzuleiten (insbesondere durch Darstellung des Zugriffsverhältnisses des über herkömmlichen Web-Browser verfügbaren Online-Angebotes versus der „mobilen App“ bzw. die Aufteilung der Rechtenkosten in Fernsehen/Radio/Online).
3. Gemeinkosten des Unternehmens (Gemeinkostenzuschlag) unter Herleitung des Verrechnungsschlüssels.

Zwecks Nachvollziehbarkeit wurde in Bezug auf alle übermittelten Kostenpositionen zusätzlich gebeten, die Datenherkunft zu erläutern.

Schließlich wurde der ORF aufgefordert, folgende allgemeinen Informationen zu übermitteln, soweit diese nicht bereits bei der o.a. Kostendarstellung enthalten waren:

4. Chronologische Darstellung der wesentlichen Abläufe und Schritte von Planungsbeginn an bis zum Ende der Bereitstellung des Online-Angebotes; dies jeweils unter Angabe von Auskunftspersonen samt ladungsfähiger Anschrift;
5. Zahl der Abrufe der inkriminierten „mobilen App“ und Zahl der Zugriffe über die „mobile App“.

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

### **1.3. Stellungnahme des ORF**

Mit Schreiben vom 06.06.2014 nahm der ORF zur Einleitung des Abschöpfungsverfahrens Stellung. Begründend führte er aus:

*„1. Allgemeines / ‚Bruttokostenrechnung‘*

*Die KommAustria geht vor dem Hintergrund der Bescheide 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), und vom 19.02.2014, KOA 11.263/14-001, davon aus, dass im Hinblick auf die Feststellung der im Zusammenhang mit der Bereitstellung der verfahrensgegenständlichen ‚mobilen App‘ angefallenen Kosten von einer ‚Bruttovollkostenrechnung‘ auszugehen ist.*

*Gegen die Anwendung der ‚Bruttovollkostenrechnung‘ bzw. der Abschöpfung überhaupt ist eine Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof (gegen den Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 25.02.2013, GZ 611.805/0001-BKS/2012, ...) und eine Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ... anhängig. Da zahlreiche Grundsatzfragen noch nicht höchstgerichtlich entschieden sind, machen wir, um unsere Verteidigungsrechte zu wahren, alles Vorbringen im Rahmen der zitierten Verfahren auch zum Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.*

Wie sich im Rahmen der Erstellung der von der KommAustria verlangten Informationen gezeigt hat, unterscheidet sich der gegenständliche Online-Bereich doch maßgeblich von Bereich des Fernsehens, sodass durchaus zweifelhaft ist, ob die ‚Bruttovollkostenrechnung‘, die für den Bereich des Fernsehens entwickelt wurde, ohne weiteres 1:1 auf den Online-Bereich übertragen werden kann. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

## 2. Chronologische Darstellung der wesentlichen Abläufe und Schritte

Am 23.10.2012 fand in den Räumen der ORF Online und Teletext GmbH & Co KG ... der erste Arbeitstermin zum Thema Second Screen Online-Angebot zu Schladming - Ski WM statt. Projektleiter ... leitete die Sitzung, in der ein Ideenkatalog für eine solche Initiative erarbeitet wurde. In einer Projekt Kick-Off Sitzung am 30.11.2012 im ORF-Zentrum ... wurden alle Mitwirkenden über die Projektziele informiert. Die Marktforschung wies darauf hin, dass diese Second Screen Angebote zunehmend auf mobilen Endgeräten konsumiert werden würden, sodass eine für PCs und Laptops optimierte Website das Ziel einer möglichst weiten Verbreitung verfehlen würde.

Durch den Zeitdruck wurde schnell klar, dass eine Mobilanpassung des Online-Sportangebotes nur durch einen darauf spezialisierten Dienstleister durchführbar ist. Aufgrund einschlägiger Referenzen in der Medienlandschaft des deutschsprachigen Raums wurde cellular (Lieferant von ARD, ZDF) als der bestgeeignetste Partner ausgewählt. Eine erste Kostenabschätzung von cellular Österreich ... war am 20.11.2012 verfügbar. Das finale Angebot von cellular lag am 23.11.2012 vor, und wurde am selben Tag durch die ORF Geschäftsführung bestellt. Bis zur Bereitstellung des Angebots fanden regelmäßigen Projektsitzungen statt. Das Angebot war ab 1. Februar 2013 für das Publikum kostenlos verfügbar.

## 3. Darstellung der angefallenen Kosten entsprechend der ‚Bruttovollkostenrechnung‘

Wir stimmen mit der KommAustria darin überein, dass die durch die verfahrensgegenständliche ‚mobile App‘ verursachten direkten Kosten von einer Abschöpfung erfasst sein werden. Allerdings widersprechen wir der Ansicht, wonach eine Berücksichtigung der Kosten im Hinblick auf die gesamte Content-Produktion zur Ski-Weltmeisterschaft in Schladming (sohin das für die Nutzung durch einen Web-Browser vorgesehene Online-Angebot und die ‚mobile App‘) vorzunehmen ist.

Anknüpfungspunkt für das gegenständliche Abschöpfungsverfahren ist der Bescheid der KommAustria vom 12.08.2013, KOA 11.260/13-009, mit dem festgestellt wurde, dass der ORF im Zeitraum vom 1.2.2013 bis zum 21.02.2013 durch die Bereitstellung eines eigens für mobile Endgeräte gestalteten Online-Angebotes zur Ski WM in Schladming in Form einer ‚mobilen App‘ die Bestimmungen des § 3 Abs. 5 Z 2 iVm § 4f Abs. 2 Z 28 ORF-G verletzt hat. Nicht inkriminiert sind die Seiten sport.ORF.at, insider.ORF.at oder tv.ORF.at, und daher auch nicht die durch diese Angebote verursachten Kosten. Kosten für die rechtmäßige Gestaltung von Angeboten stellen keine Kosten für Tätigkeiten dar, die iSd § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G ‚die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreiten‘.

Da der Bescheid der KommAustria vom 12.08.2013, KOA 11.260/13-009, nur die ‚strukturiert[e] Neuzusammenstellung von Inhalten inkriminiert, die in unterschiedlichen [Anm.: rechtmäßigen] Online-(Teil-)Angeboten des ORF zur Verfügung standen‘ dürfen nach § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G nur Kosten für die ‚strukturiert[e] Neuzusammenstellung‘ - und nicht für die Erstellung der Inhalte als solche - abgeschöpft werden.

In der beiliegenden Kalkulation haben wir dennoch, und zwar wegen der Strafdrohung des § 38 Abs 2 ORF-G - sämtliche Beträge im Sinne der Anforderung der KommAustria (inklusive: ‚Redaktionelle Betreuung durch Online und Teletext GmbH‘ die Kosten für die Erstellung von Artikeln beinhalten) aufgelistet. Mangels anderer Kriterien erscheint uns dabei in der überwiegenden Anzahl der Fälle eine Aufteilung 1:1 (Web:Mobil) eher plausibel, als eine Aufteilung nach Abrufzahlen, zumal diese Aufteilung im Vorhinein nicht vorhersehbar

ist. Lediglich im Rahmen von technischen Kosten, die durch den Abruf direkt verursacht werden (z.B. Streaming), erscheint uns eine Bedachtnahme auf das Abrufverhältnis sachgerecht.

Keine Kosten sind für den Rechteerwerb an Videos (Livestreaming und VOD) aufzunehmen:  
 o Durch das gesetzliche Kurzberichterstattungsrecht gemäß § 5 FERG sinkt die Wertigkeit von Ausschnittsrechten (VOD) praktisch gegen Null. Hätte der ORF die veröffentlichten VODs ‚verkaufen‘ wollen, hätte er (exklusive der darin enthalten rechtfremden Kosten) wohl weniger als 4.000,- Erlösen können.  
 o Das Livestreaming ist im Sendrecht (§ 17 UrhG) enthalten und wurde von der KommAustria bereits im Bescheid 28.11.2012, KOA 11,263/12-021, als ‚Nutzung eines weiteren Verbreitungskanals für die gleichen Inhalte‘ nicht berücksichtigt. Entsprechendes muss auch im gegenständlichen Fall gelten.“

Der ORF gab zur Berechnung des Abschöpfungsbetrages im Zusammenhang mit der Bereitstellung des vom 01.02.2013 bis zum 21.02.2013 eigens für mobile Endgeräte gestalteten Online-Angebotes zur Ski-Weltmeisterschaft in Schladming in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android-Geräte („mobile App“) folgende Kosten bekannt:

APP-Kalkulationen			
	Betrag	Zuordnung	Anmerkung
<b>Kalkulation Schladming -APP</b>			
Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular)	████████	gesplittet zwischen WEB und APP (50:50)	Rechnung, siehe Detail Cellular
Fremdleistung Online und Teletext GmbH Konzeption, Implementierung und operative Betreuung	████████	gesplittet zwischen WEB und APP (50:50)	Rechnungen von OuT 2012 und 2013
Redaktionelle Betreuung durch Sportredaktion (Besprechungen, Texte für Sportdatenbank)	762,50	gesplittet zwischen WEB und APP (50:50)	interne Stundenerfassung
Redaktionelle Betreuung twitterfeed second screen (Media Brothers OG)	████████	gesplittet zwischen WEB und APP (50:50)	Rechnung Media Brothers OG
Personalaufwand TO (technische Leistungen - Regie Second Screen, Monitoring, Bug-Fixing, EPG-Pflege)	6.222,00	Regie gesplittet zwischen WEB und APP (50:50), Rest 100% APP	interne Stundenerfassung
EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Tests)	████████	gesplittet zwischen WEB und APP (50:50)	Abschreibung und Rechnungen
Implementierung JSON-Web-Schnittstelle für Video-on-demand-Feed (eb-Marketing)	████████	gesplittet zwischen WEB und APP (50:50)	Rechnung von e-Marketing
Lizenzkosten für Videos (VOD) - kalk. nach Ausschnittsrechten	0,01	keine zuordenbare Kosten angefallen, extern erzielbaren Ausschnittspreisen zwischen 3.500 - 4500,-	interne Auskunft Chefproducer
Herstellung Videos für APP (APA, Schnittkosten)	790,25	Schnittkosten gesplittet WEB und APP 50:50 bzw. APA-Kosten (VOD) 15% nach Abrufen	Kosten bei ORF-ON erfasst
Streaming Kosten (APA-Einrichtungskosten, GbitStd.-Verbrauch und PocketScience Accountbetreuung*)	8.212,00	15% der Kosten, Berechnung nach Abrufen, Accountbetreuung 100%	Kosten bei ORF-ON erfasst
Essenseinladung, Dienstreisen, Taxikosten	1.011,38	gesplittet zwischen WEB und APP (50:50)	Diverse Rechnungen (Gastro und Transport) an ORF
Promotiontrailer (Herstellung) für APP	████████	100% APP	Rechnung von OMC inkl. Overheadaufschlagssatz
Anteilige Ausgaben für Werbung (Print) - Anteil für APP-Button und QR-Code	████████	(Printwerbung nach Fläche)	diverse Printrechnungen bei OMC
Redaktionelle Betreuung durch Online und Teletext GmbH	████████	gesplittet zwischen WEB und APP (50:50)	Redaktion, Dienstreisen, Presse und Bildagenturen inkl. GK-Anteil und OverheadAufschlagssatz OuT
APA - Bildrechte und ÖWA-Zählung (Sachkosten inkl. anteiliger GK-Aufschlagssatz)	1.493,36	100% APP	Kosten bei ORF-ON erfasst
<b>Zwischensumme Schladming-APP</b>	<b>129.604,11</b>		
+ 8,52 % ORF-Gemeinkostenzuschlag	11.042,27	Berechnungen KDC (Vollkostenrechnung brutto)	Nachkalkulation für das Jahr 2012, siehe Overheadaufschlag ORF
<b>Summe Schladming-APP</b>	<b>140.646,38</b>		
*) Berechnung der Kosten nach VOD-Abrufen: rund ██████████ (=15%) für APP			

Hinsichtlich der Position „Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular)“ wurde folgende Detailaufstellung vorgelegt:

			Mobil	Web	Splitting		Mobil	Web
<b>Set-Up Kosten</b>								
Phase 1: Konzeption, Designvorschläge, Workshop								
Konzept	€	██████	x	x	50%	50%	██████	██████
Design	€	██████	x	x	50%	50%	██████	██████
Development	€	██████	x	x	50%	50%	██████	██████
Workshop	€	██████	x	x	50%	50%	██████	██████
Summe	€	██████						
Phase 2: Technische Implementierung								
Konzeptfinalisierung	€	██████	x	x	50%	50%	██████	██████
Design	€	██████	x	x	50%	50%	██████	██████
Entwicklung Web App	€	██████	x	x	50%	50%	██████	██████
Entwicklung iOS	€	██████	x		100%	0%	██████	-
Entwicklung android	€	██████	x		100%	0%	██████	-
PM	€	██████	x	x	50%	50%	██████	██████
QA	€	██████	x	x	50%	50%	██████	██████
	€	██████						
<b>Operative Kosten</b>								
Cashing/Hosting Sportdatenbank	€	██████	x	x	50%	50%	██████	██████
android http Streaming	€	██████	x		100%	0%	██████	-
	€	██████						
<b>Gesamtrechnung Cellular</b>								
	€	██████					██████	██████

Zur Herleitung des Verrechnungsschlüssels für den Gemeinkostenzuschlag wurde folgende Aufstellung vorgelegt:

<b>Allgemeiner Overhead-Aufschlagssatz ORF-gesamt</b>		
Allgemeine Gemeinkostenbereiche	Kosten 2012 in Mio. Euro	Anmerkung
Generaldirektion	31,1	ohne Programm- und programmnahen Kosten
Technische Direktion (exkl. Produktion Fernsehen und Hörfunk)	17,7	ohne Bereiche, die als interne Leistung verrechnet werden
Kaufmännische Direktion	30,0	ohne Bereiche die als interne Leistung verrechnet werden
<b>Allgemeine Gemeinkosten</b>	<b>78,8</b>	
Berechnung der Basiskosten:		
Sachaufwand gesamt lt. GUV	606,3	
Personalaufwand gesamt lt. GUV	363,8	
Abschreibungen gesamt lt. GUV	33,8	
Summe Bruttoaufwand lt. GUV	1.004,0	
abzüglich allgemeine Gemeinkosten ORF gesamt	-78,8	
Basiskosten für Aufschlagssatz	925,1	
<b>Aufschlagssatz für allgemeine Gemeinkosten ORF-gesamt</b>	<b>8,52%</b>	

#### 1.4. Ergänzendes Auskunftersuchen der KommAustria

Mit Schreiben der KommAustria vom 27.06.2014 wurde der ORF im Hinblick auf seine Stellungnahme vom 06.06.2014 aufgefordert, ergänzende Auskünfte zur Feststellung des Abschöpfungsbetrages zu erteilen. Insbesondere wurde er zur Vorlage folgender weiterer Unterlagen aufgefordert:

1. Hinsichtlich der in der „App-Kalkulation“ enthaltenen Positionen
  - „Fremdleistung Online und Teletext GmbH Konzeption, Implementierung und operative Betreuung“,
  - „Redaktionelle Betreuung twitterfeed second screen (Media Brothers OG)“ und
  - „EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Test)“die erwähnten Rechnungen (unter anderem von OuT 2012 und 2013 und der Media Brothers OG) und Leistungsdokumentationen, aus denen insbesondere die Kostenaufteilung zwischen der „Web App“ und der „mobilen App“ ersichtlich sei.
2. Hinsichtlich der Ausführungen in der Stellungnahme vom 06.06.2014 unter Punkt 2. die dargestellten, noch nicht übermittelten Dokumente (erste Kostenabschätzung der cellular GmbH sowie das finale Angebot der cellular GmbH) sowie eine Detailaufschlüsselung des Kostenaufwandes und einen Stundennachweis.

### **1.5. Ergänzende Stellungnahme des ORF**

Mit Schreiben vom 11.07.2014 kam der ORF dem Auskunftersuchen nach und gab folgende Stellungnahme ab:

*„Zur Position ‚Fremdleistung Online und Teletext GmbH Konzeption, Implementierung und operative Betreuung‘ übermitteln wir die geforderten Rechnungen (OuT 2012 und 2013). Unbeschadet unserer Rechtsansicht zur Frage der Zurechnung von Kosten (Abschöpfung nur der Kosten für die ‚Neuzusammenstellung‘ und nicht für die ‚Erstellung‘) übermitteln wir in der Beilage ein Email von ORF-ON ..., mit der die Möglichkeit der zweckmäßigen Kostenaufteilung dieser Position mit 50:50 zwischen Webangebot und App bestätigt wird.*

*Zur Position ‚Redaktionelle Betreuung twitterfeed second screen (Media Brothers OG)‘ übermitteln wir die geforderte Rechnung. Zur Frage der Aufteilung - abgesehen vom vorigen - gilt auch hier mangels anderer Kriterien eine Aufteilung 50:50 (Web:Mobil) eher plausibel, als eine Aufteilung nach Abrufzahlen, zumal diese Aufteilung im Vorhinein nicht vorhersehbar ist.*

*Zur Position ‚EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Test)‘ übermitteln wir eine Berechnung der Afa und weitere Aufwände (Serverbetrieb und Testung) sowie einen Auszug aus SAP (soweit eine Aufteilung erfolgt, vgl bereits zuvor) sowie Rechnungen.*

*Hinsichtlich der Ausführungen in unserer Stellungnahme vom 6.6.2014 unter Punkt 2. übermitteln wir eine Email vom 2.7.2014 mit Ausführungen ... zur ersten Kostenabschätzung sowie das finale Angebot von cellular. Zur Frage der Zurechnung von Kosten bestätigt cellular die zweckmäßige Detailaufschlüsselung der Aufwände zwischen mobilem Angebot und Webangebot (soweit möglich) mit 50:50.“*

Neben Rechnungen der ORF Online und Teletext GmbH & Co KG, der Seqis Software Testing GmbH, der APA – Austria Presse Agentur eG und der Media Brothers OG wurde hinsichtlich der in der Kostenaufstellung vom 06.06.2014 enthaltenen Position „EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Testung)“ folgende erklärende Tabelle vorgelegt:

1) Schnittstellenprogrammierung für Sportdatenbank (Leistungen der TA2 - Verrechnung erfolgt in den Jahren 2015 - 2018 als ILV)							
Entwicklungskosten als ein Gesamtprojekt							
Summe Investitionsprojekte:				Personalkosten TA2: (Infos von Fr. Dworak)			
Infos von TA2 (Dworak):	██████			80.737	Gehalt lt.FPL 2013		
Personalaufwand TA2	██████			1.700	Stunden pa.		
Summe Investition	██████			47,49	Stundensatz		
Kosten pro Jahr (ND=4)	██████						
Kosten pro Tag	██████			Schladming	322	(Lt. Schätzung TA2 )	
Kostenzuordnung auf Nutzer:				Als Aufwand verbucht:			
Nutzung Schladming	14 Tage	50% für APP	██████	Apa	██████	Server Betrieb zusätzlich	
				Seqis	██████	Last- und Performancetest	
				Summe	██████		
				APP 50%	██████		

Darüber hinaus wurde folgender Auszug aus der Software „SAP“ vorgelegt:

The screenshot shows the SAP interface for 'ORF: Plan/Ist/Obligo/Verfügt ausführen: Übersicht'. The table below is a simplified representation of the data shown in the screenshot.

Objekt	Gesamt						
	Plan 1 EUR	Ist 1 EUR	Obl. Banf 1 EUR	Obl. Best 1 EUR	Verfügt 1 EUR	Verfügbar 1 EUR	Plan 1 EU
PRO I/12/8229/01 Schnittstellenadaptierung Sportdatenbank							
↳ FSP I/12/8229/01 Schnittstellenadaptierung Sportdate							
↳ FSP I/12/8229/01/01 Fa. adesso Austria GmbH							
↳ FSP I/12/8229/01/02 Fa. Ebcont group GmbH							
↳ FSP I/12/8229/01/03 Fa. cellent AG							
↳ FSP I/12/8229/01/04 Schätzkosten							
↳ FSP I/12/8229/01/05							
Ergebnis							

Schließlich wurde eine E-Mail vom 02.07.2014 betreffend die „erste Kostenabschätzung zur Alpinen Ski WM in Schladming seitens cellular“ sowie ein Werkvertrag zwischen dem ORF und der Cellular GmbH über die Erstellung einer „App“ vorgelegt.

### 1.6. Weiteres ergänzendes Auskunftersuchen der KommAustria

Mit Schreiben der KommAustria vom 22.07.2014 wurde der ORF im Hinblick auf seine Stellungnahme vom 11.07.2014 aufgefordert, ergänzende Auskünfte zur Feststellung des



Abschöpfungsbetrages zu erteilen. Insbesondere wurde er aufgefordert, folgende ergänzende Informationen zu übermitteln bzw. näher darzulegen:

1. warum die Position „Entwicklung Web App“ in der „Kostenübersicht cellular Ski WM 2013“ in Höhe von EUR [REDACTED],- jeweils zu 50 % auf die „Web App“ und die „mobile App“ aufgeteilt wurde;
2. wie die Differenz zwischen der Summe der beiden vorgelegten Einzelrechnungen der Seqis Software Testing GmbH in Höhe von EUR [REDACTED] und dem in der Kalkulation „Berechnung der Afa und weitere Aufwände (Serverbetrieb und Testung)“ enthaltenen Aufwand für die Firma Seqis in Höhe von EUR [REDACTED],- für „Last- und Performancetest“ zustande komme und
3. warum der ORF bei der „Kostenzuordnung auf Nutzer“ im Zusammenhang mit den Entwicklungskosten für die Schnittstellenprogrammierung der Sportdatenbank von einer vierjährigen Abschreibungsdauer und einer 14-tägigen Nutzungsdauer ausgehe; diesbezüglich sei insbesondere auch näher auszuführen, für welche weiteren im Zusammenhang mit der Sportdatenbank bereitgestellten Apps die Schnittstellenprogrammierung im Jahr 2013 in welchem Ausmaß genutzt wurde.

### **1.7. Weitere ergänzende Stellungnahme des ORF**

Mit Schreiben vom 05.08.2014 gab der ORF hinsichtlich des ergänzenden Auskunftersuchens eine weitere Stellungnahme ab. Hinsichtlich der Frage, warum die Position „Entwicklung Web App“ in der „Kostenübersicht cellular Ski WM 2013“ in Höhe von EUR [REDACTED],- jeweils zu 50 % auf die „Web App“ und die „mobile App“ aufgeteilt wird, führte der ORF aus:

*„Die Leistungen dieser Position kamen sowohl dem Web-Angebot als auch der App zugute, weswegen eine entsprechende Aufteilung stringent erscheint.“*

Zur Frage, wie die Differenz zwischen der Summe der beiden vorgelegten Einzelrechnungen der Seqis Software Testing GmbH in Höhe von EUR [REDACTED] und dem in der Kalkulation „Berechnung der Afa und weitere Aufwände (Serverbetrieb und Testung)“ enthaltenen Aufwand für die Seqis Software Testing GmbH in Höhe von EUR [REDACTED],- für „Last- und Performancetest“ zustande kommt, legte der ORF dar:

*„Von der zweiten Sequis-Rechnung sind - wie in der Überschrift des Scans der Rechnung angegeben - nur [REDACTED] € der Schladming App zuzurechnen. Unter Zugrundelegung dieses Betrags ergibt sich in Summe EUR [REDACTED],-, wie in der Kalkulation ‚Berechnung der Afa und weitere Aufwände (Serverbetrieb und Testung)‘ enthalten.“*

Schließlich führte der ORF zur Frage warum er bei der „Kostenzuordnung auf Nutzer“ im Zusammenhang mit den Entwicklungskosten für die Schnittstellenprogrammierung der Sportdatenbank von einer vierjährigen Abschreibungsdauer und einer 14-tägigen Nutzungsdauer ausgeht, aus:

*„Die entwickelte Schnittstelle ermöglicht den Zugang zur Sportdatenbank des ORF. Sie wurde seit dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme permanent von ORF-ON für die Gestaltung von Inhalten der Online-Angebote (z.B. sport.ORF.at) verwendet. Dieser Zugang zur Sportdatenbank und damit die Nutzung der Schnittstelle sind unabhängig von der Bereitstellung einer bestimmten App für die Generierung von Inhalten von Nutzen. Sofern der App daher überhaupt diesbezügliche Kosten zuzurechnen sind, kann allerdings tatsächlich von einer längeren, nämlich 21 tägigen Nutzungs- bzw Abschreibungsdauer ausgegangen werden (irrtümlich wurde angenommen, dass der Zugang nur für 14 Tage benutzt worden*

wäre). Dies ergäbe eine Differenz von um [REDACTED] € (inkl. Gemeinkostenaufschlag) höheren Kosten.“

### **1.8. Bestellung des Amtssachverständigen und Gutachtensauftrag**

Am 12.08.2014, KOA 11.260/14-014, wurde Dr. Roland Belfin, Mitarbeiter der RTR-GmbH, zum Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt. Gegenstand des Gutachtens sollte gemäß § 38a ORF-G die nachfolgende Fragestellung sein:

*„Erstellung einer gutachterlichen Stellungnahme zur Berechnung der vom ORF vorgelegten Kalkulation ‚Berechnung der Afa und weitere Aufwände (Serverbetrieb und Testung)‘, die in der ‚APP-Kalkulation‘ unter die Position ‚EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Tests)‘ fällt unter der Annahme einer Vollkostenrechnung.“*

### **1.9. Gutachten des Amtssachverständigen**

Mit Schreiben vom 22.09.2014 übermittelte der Amtssachverständige sein Gutachten „Gutachterliche Stellungnahme zur Kostenberechnung ‚Ski-WM Schladming App des ORF“, dessen Erstellung unter anderem ein Termin mit dem ORF am 10.09.2014 vorausging. Der Amtssachverständige kommt hinsichtlich der Berechnung der Position „Afa und weitere Aufwände (Serverbetrieb und Testung)“ in seinem Kapitel 3. zu folgendem Ergebnis:

*„Gesamtbasis für die Abschreibungen (Afa) der ‚Entwicklungskosten für die Schnittstellenprogrammierung der Sportdatenbank‘ ist eine (jährliche) Abschreibung in Höhe von [REDACTED] €. Zur Verursachungsgerechtigkeit dieser Kosten und deren Zurechnung auf die Schladming-App schrieb der ORF in seiner Stellungnahme (vgl. ORF (5.8.2014); ... dass die entwickelte Schnittstelle den Zugang zur Sportdatenbank des ORF ermöglicht. Sie wurde seit dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme permanent von ORF-ON für die Gestaltung von Inhalten der Online-Angebote (z.B. sport.ORF.at) verwendet. Dieser Zugang zur Sportdatenbank und damit die Nutzung der Schnittstelle sind unabhängig von der Bereitstellung einer bestimmten App für die Generierung von Inhalten von Nutzen.“*

*Der ORF rechnet 50% dieser Abschreibungen auf Basis einer im Schreiben vom 5.8.2014 (vgl. ORF (5.8.2014) adaptierten Nutzungsdauer von 21 Tagen kostenmäßig auf die App zu. In der Besprechung mit dem ORF vom 10.9.2014 ... wurde evaluiert, in wieweit durch diese Zurechnung gewährleistet ist, dass verursachungsgerecht und im Sinne einer Vollkostenrechnung immer 100% dieser Abschreibungskosten den entsprechenden Produkten zugerechnet werden und es somit zu keinen Mehrfachverrechnungen kommen kann.*

*Der ORF geht nach folgender Methode ... vor:*

- *Ein Schlüssel für die Zurechnung der Abschreibungskosten wurde eigens für die Berechnung im Zusammenhang mit der gegenständlichen Abschöpfung entwickelt.*
- *Als Bezugsgröße wurde die Anzahl der Tage der Bereitstellung (in diesem Fall 21 Tage) gewählt. Das generelle Online-Angebot des ORF kann das ganze Jahr auf die Sportdatenbank zugreifen.*
- *Um sicherzustellen, dass im Sinne einer Vollkostenrechnung 100% der Kosten der Abschreibung zugerechnet werden, muss jeder Tag des Jahres hinsichtlich der Frage betrachtet werden, wie viele Angebote auf die Sportdatenbank an diesem Tag zugreifen. Beim generellen Online-Angebot kann dies jeden Tag des Jahres der Fall sein.*

Es liegt daher eine klare Bezugsgröße (die genutzten Tage pro Anwendung) vor, mit welcher gewährleistet ist, dass alle Abschreibungskosten vollständig den Angeboten zugerechnet werden.

Die Berechnung des ORF ist somit aus kostenrechnerischer Sicht verursachungsgerecht und nachvollziehbar.

Aus dieser Position ergeben sich daher Kosten von  $0,5 \cdot 21 / 365$  [REDACTED] € in Höhe von [REDACTED] €.

Aus dem Aufwand in der ‚Berechnung der Afa und weitere Aufwände (Serverbetrieb und Testung)‘ von [REDACTED] € für die App (vgl. Kalkulation (6.6.2014)) und der oben berechneten Abschreibung in Höhe von [REDACTED] € ergibt sich in Summe ein Kostenwert von [REDACTED] €.

In der ursprünglichen ‚Kalkulation Schladming-App‘ (vgl. Kalkulation (6.6.2014)) fließt in der Position ‚EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Test‘ – vor Anpassung der Bereitstellungsdauer von 14 auf 21 Tage – ein Wert von [REDACTED] € ein.“

Darüber hinaus führt der Amtssachverständige aus:

„Mit dem in Kapitel 3. dargestellten Ergebnis sowie den in der Berechnung des ORF (vgl. Kalkulation (6.6.2014) dargestellten sonstigen Werten, ergeben sich die Vollkosten für die App.

In der Spalte ‚Kalkulation (6.6.2014)‘ ist die ursprüngliche Berechnung des ORF ersichtlich, in der Spalte ‚Adaptierte Kalkulation‘ sind die Werte nach Anpassung der Bereitstellungsdauer auf 21 Tage ersichtlich, die Spalte ‚Differenz‘ zeigt die Unterschiede in den Berechnungen. Alle Werte sind in € ausgewiesen.

Kalkulation Schladming-APP	Kalkulation (6.6.2014)	Adaptierte Kalkulation	Differenz
Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular)	[REDACTED]	[REDACTED]	0,00
Fremdleistung Online und Teletext GmbH Konzeption, Implementierung und operative Betreuung	[REDACTED]	[REDACTED]	0,00
Redaktionelle Betreuung durch Sportredaktion (Besprechungen, Texte für Sportdatenbank)	762,50	762,50	0,00
Redaktionelle Betreuung twitterfeed second screen (Media Brothers OG)	[REDACTED]	[REDACTED]	0,00
Personalaufwand TO (technische Leistungen - Regie Second Screen, Monitoring, Bug-Fixing, EPG-Pflege)	6.222,00	6.222,00	0,00
EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Tests)	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
Implementierung JSON-Web-Schnittstelle für Video-on-demand-Feed (eb-Marketing)	[REDACTED]	[REDACTED]	0,00
Lizenzkosten für Videos (VOD) - kalk. nach Ausschnittsrechten	0,01	0,01	0,00
Herstellung Videos für APP (APA, Schnittkosten)	790,25	790,25	0,00
Streaming Kosten (APA-Einrichtungskosten, GbitStd.-Verbrauch und PocketScience Accountbetreuung)	8.212,00	8.212,00	0,00
Essenseinladung, Dienstreisen, Taxikosten	1.011,38	1.011,38	0,00
Promotiontrailer (Herstellung) für APP	[REDACTED]	[REDACTED]	0,00
Anteilige Ausgaben für Werbung (Print) - Anteil für APP-Button und QR-Code	[REDACTED]	[REDACTED]	0,00
Redaktionelle Betreuung durch Online und Teletext GmbH	[REDACTED]	[REDACTED]	0,00
APA - Bildrechte und ÖWA-Zählung (Sachkosten inkl. anteiliger GK-Aufschlagssatz)	1.493,36	1.493,36	0,00
<b>Zwischensumme Schladming-APP</b>	<b>129.604,11</b>	<b>129.866,23</b>	<b>[REDACTED]</b>
+ 8,52 % ORF-Gemeinkostenzuschlag	11.042,27	11.064,60	22,33
<b>Summe Schladming-APP</b>	<b>140.646,38</b>	<b>140.930,84</b>	<b>284,45</b>

Die Vollkosten für die Ski-WM Schladming App des ORF betragen sohin 140.930,84€.

Die Differenz zur ursprünglichen Berechnung (vgl. Kalkulation (6.6.2014) beträgt [REDACTED] €. Dies entspricht auch dem Wert, welchen der ORF in seiner Stellungnahme (vgl. ORF (5.8.2014), ...) als Differenzbetrag angibt.“

Das Gutachten wurde dem ORF mit Schreiben der KommAustria vom 22.09.2014 zugestellt.

## 2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Der ORF hat durch die im Zeitraum vom 01.02.2013 bis zum 21.02.2013 erfolgte Bereitstellung durch ein eigens für mobile Endgeräte gestaltetes Online-Angebot zur Ski-Weltmeisterschaft in Schladming in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android-Geräte („mobile App“) die Bestimmungen des § 3 Abs. 5 Z 2 iVm § 4f Abs. 2 Z 28 ORF-G verletzt, wonach eigens für mobile Endgeräte gestaltete Angebote vom ORF im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht bereitgestellt werden dürfen.

Unter Zugrundelegung einer Bruttovollkostenrechnung betragen die Vollkosten für die Bereitstellung des eigens für mobile Endgeräte gestalteten Online-Angebotes zur Ski-Weltmeisterschaft in Schladming in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android-Geräte („mobile App“) vom 01.02.2013 bis zum 21.02.2013 durch den ORF insgesamt EUR 140.930,84.

Diese Kosten setzen sich aus folgenden Einzelpositionen zusammen:

Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular)	██████████
Fremdleistung Online und Teletext GmbH Konzeption, Implementierung und operative Betreuung	██████████
Redaktionelle Betreuung durch Sportredaktion (Besprechungen, Texte für Sportdatenbank)	762,50
Redaktionelle Betreuung twitterfeed second screen (Media Brothers OG)	██████████
Personalaufwand TO (technische Leistungen - Regie Second Screen, Monitoring, Bug-Fixing, EPG-Pflege)	6.222,00
EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Tests)	██████████
Implementierung JSON-Web-Schnittstelle für Video-on-demand-Feed (eb-Marketing)	██████████
Lizenzkosten für Videos (VOD) - kalk. nach Ausschnittsrechten	0,01
Herstellung Videos für APP (APA, Schnittkosten)	790,25
Streaming Kosten (APA-Einrichtungskosten, GbitStd.-Verbrauch und PocketScience Accountbetreuung)	8.212,00
Essenseinladung, Dienstreisen, Taxikosten	1.011,38
Promotiontrailer (Herstellung) für APP	██████████
Anteilige Ausgaben für Werbung (Print) - Anteil für APP-Button und QR-Code	██████████
Redaktionelle Betreuung durch Online und Teletext GmbH	██████████
APA - Bildrechte und ÖWA-Zählung (Sachkosten inkl. anteiliger GK-Aufschlagssatz)	1.493,36

Die Gesamtkosten der Position „Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular)“ für die Bereitstellung der „mobilen App“ und der „Web App“ betragen EUR ██████████. Diese setzen sich aus den Setupkosten der „Phase 1 (Konzeption, Designvorschläge, Workshop)“ in Höhe von EUR ██████████,- und der „Phase 2 (technische Implementierung)“ in Höhe von EUR ██████████,- sowie den „operativen Kosten“ in Höhe von EUR ██████████ zusammen. Die Setupkosten der Phase 1 beinhalten Kosten für das „Konzept“, das „Design“, das „Development“ und den „Workshop“, die jeweils im Verhältnis 50:50 zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ aufgeteilt werden. Die Setupkosten der Phase 2 beinhalten Kosten für die „Konzeptfinalisierung“, das „Design“, die „Entwicklung Web App“, die „Entwicklung iOS“, die „Entwicklung Android“, „PM“ und „QA“, wobei die Kosten für die Positionen „Entwicklung iOS“ und „Entwicklung Android“ zur Gänze der „mobilen App“ angelastet und die übrigen Kosten jeweils im Verhältnis 50:50 zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ aufgeteilt werden. Die Position „operative Kosten“ setzt sich aus den im Verhältnis 50:50 zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ aufgeteilten Kosten für „Cashing/Hosting Sportdatenbank“ und der zu 100 % der „mobilen App“ angelasteten Position „android http Streaming“ zusammen. Im Ergebnis werden EUR ██████████ der Position „Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular)“ der Bereitstellung der „mobilen App“ zugerechnet.

Die Kosten für die Positionen „Fremdleistung Online und Teletext GmbH Konzeption, Implementierung und operative Betreuung“, „Redaktionelle Betreuung durch Sportredaktion (Besprechungen, Texte für Sportdatenbank)“, „Redaktionelle Betreuung twitterfeed second screen (Media Brothers OG)“, „EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Tests)“, „Implementierung JSON-Web-Schnittstelle für Video-on-demand-Feed (eb-Marketing)“, „Essenseinladung, Dienstreisen, Taxikosten“ sowie „Redaktionelle Betreuung durch Online und Teletext GmbH“ werden im Verhältnis 50:50 zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ aufgeteilt.

Die Kosten für die Position „Personalaufwand TO (technische Leistungen – Regie Second Screen, Monitoring, Bug-Fixing, EPG-Pflege)“ werden hinsichtlich der Kosten für die „technischen Leistungen – Regie Second Screen“ im Verhältnis 50:50 zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ aufgeteilt und im Übrigen zu 100 % der „mobilen App“ angelastet. Insgesamt ergibt sich dadurch ein Kostenbeitrag in Höhe von EUR 6.222,- für die „mobile App“.

Die Kosten für die Position „EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Tests)“ setzen sich aus Kosten für die Austria Presse Agentur eG in Höhe von EUR [REDACTED],- sowie der Seqis Software Testing GmbH in Höhe von EUR [REDACTED] und EUR [REDACTED], dem Basiswert für die Abschreibung in Höhe von EUR [REDACTED],- und dem Personalaufwand in Höhe von EUR [REDACTED],- zusammen. Im Ergebnis werden EUR [REDACTED] der Position „EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Tests)“ der Bereitstellung der „mobilen App“ zugerechnet.

Die Kosten für die Position „Herstellung Videos für APP (APA, Schnittkosten)“ werden hinsichtlich der Schnittkosten im Verhältnis 50:50 zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ aufgeteilt und die „APA-Kosten (VOD)“ zu 15 % der „mobilen App“ angelastet. Insgesamt ergibt sich dadurch ein Kostenbeitrag in Höhe von EUR 790,25 für die „mobile App“.

Die Kosten für die Position „Streaming Kosten (APA-Einrichtungskosten, GbitSTd.-Verbrauch und PocketScience Accountbetreuung)“ werden hinsichtlich der Accountbetreuung zu 100 % und in Bezug auf die Streamingkosten zu 15 % der „mobilen App“ zugerechnet. Im Ergebnis werden EUR 8.212,- der Position „Streaming Kosten (APA-Einrichtungskosten, GbitSTd.-Verbrauch und PocketScience Accountbetreuung)“ der Bereitstellung der „mobilen App“ zugerechnet.

Die Kosten für die Positionen „Promotionstrailer (Herstellung) für App“ in Höhe von EUR [REDACTED] und „APA – Bildrechte und ÖWA-Zählung (Sachkosten inkl. anteiliger GK-Aufschlagssatz)“ in Höhe von EUR [REDACTED] werden jeweils zu 100 % der „mobilen App“ angelastet.

Die Kosten für die Position „Anteilige Ausgaben für Werbung (Print) – Anteil für APP-Button und QR-Code“ werden hinsichtlich der Printwerbung nach Fläche der „mobilen App“ zugerechnet, wodurch sich ein Gesamtbetrag von EUR [REDACTED] für die „mobile App“ ergibt.

Der Zuschlagssatz für die Gemeinkosten ist mit 8,52 % in die Berechnung einzubeziehen. Somit sind in den genannten Vollkosten EUR 11.064,60 an Gemeinkosten enthalten.

### 3. Beweiswürdigung

Die Feststellung, wonach der ORF durch die im Zeitraum vom 01.02.2013 bis zum 21.02.2013 erfolgte Bereitstellung durch ein eigens für mobile Endgeräte gestaltetes Online-Angebot zur Ski-Weltmeisterschaft in Schladming in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android-Geräte („mobile App“) die Bestimmungen des § 3 Abs. 5 Z 2 iVm § 4f Abs. 2 Z 28 ORF-G verletzt hat, ergibt sich aus dem Bescheid des BKS vom 11.11.2013, GZ 611.812/0001-BKS/2013.

Die Anwendbarkeit der Bruttovollkostenrechnung bei der Ermittlung der Höhe der abzuschöpfenden Einnahmen aus Programmengeld gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G beruht prinzipiell auf den Bescheiden der KommAustria vom 28.11.2012, KOA 11.263/12-021, (bestätigt mit Bescheid des BKS vom 25.02.2013, GZ 611.805/001-BKS/2012) sowie vom 19.02.2014, KOA 11.263/14-001, auf die ausdrücklich verwiesen wird. Die Annahme, dass auch im gegenständlichen Fall die Bruttovollkostenrechnung zur Anwendung gelangt, ergibt sich aus den Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung (vgl. dazu Punkt 4.3.1.).

Die Feststellung zur Gesamthöhe der für die Bereitstellung der inkriminierten „mobilen App“ verwendeten Mittel ergibt sich aus den schlüssigen Ausführungen und Berechnungen des Amtssachverständigen in seinem Gutachten vom 22.09.2014, die sich mit den vom ORF mit Schreiben vom 06.06.2014 und 11.07.2014 vorgelegten Unterlagen sowie den adaptierten Berechnungen der Höhe der für die Bereitstellung verwendeten Mittel des ORF in seinem Schreiben vom 05.08.2014 decken.

Konkret ergibt sich die Höhe der Position „Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular)“ aus dem vom ORF mit Schreiben vom 11.07.2014 vorgelegten Werkvertrag über die Erstellung einer „App“ zwischen dem ORF und der Cellular GmbH, dem als Beilage A das „Angebot für den ORF Schi WM Apps für iPhone, iPad & Android Phone A.12.23112012“ vom 23.11.2012, als Beilage B das „Ergänzungs-Angebot für den ORF Schi WM Apps für iPhone, iPad & Android Phone A.12.23112012.1“ vom 15.01.2013 und als Beilage C das „Ergänzungs-Angebot für den ORF Schi WM Apps für iPhone, iPad & Android Phone A.12.23112012.2“ vom 21.01.2013 der Cellular GmbH beigelegt war. Die vom ORF am 06.06.2014 übermittelte Detailaufstellung der Position „Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular)“ stimmt hinsichtlich der Höhe der einzelnen Positionen der Setupkosten der „Phase 1 (Konzeption, Designvorschläge, Workshop)“, der „Phase 2 (technische Implementierung)“ und der „operativen Kosten“ mit den Beträgen des am 11.07.2014 übermittelten Werkvertrages samt Angeboten der Cellular GmbH vom 23.11.2012, 15.01.2013 und 21.01.2013 überein.

Die Feststellungen zur Aufteilung der Kosten für die Position „Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular)“ zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ beruhen auf der vom ORF mit Schreiben vom 06.06.2014 vorgelegten Detailaufstellung der Position „Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular)“. Aus dieser ist ersichtlich, dass sich die vom ORF in der Kostenaufstellung „APP-Kalkulation“ angegebene Kostenaufteilung der Position „Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular)“ im Verhältnis 50:50 zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ lediglich auf jene Bereiche der Kostenposition bezieht, bei denen keine konkrete Zuordnung möglich ist. Aus der Detailaufstellung der Kostenposition „Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular)“ ergibt sich schlüssig, dass die Positionen „Entwicklung iOS“, „Entwicklung Android“ und „android http Streaming“ zu 100 % der „mobilen App“ zugerechnet werden. Darüber hinaus hat der ORF in seinem Schreiben vom 05.08.2014 schlüssig dargelegt, dass die Leistungen der Position „Entwicklung App“ sowohl der „Web App“ als auch der „mobilen App“ zuzurechnen sind, weshalb eine jeweils

50 %ige Zurechnung zu den beiden Apps gerechtfertigt erscheint (zur Aufteilung der Kosten zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ siehe auch die Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung zu Punkt 4.3.2.).

Im Detail ergibt sich die Höhe der Position „Fremdleistung Online und Teletext GmbH Konzeption, Implementierung und operative Betreuung“ für die „mobile App“ und die „Web App“ aus den vom ORF mit Schreiben vom 11.07.2014 vorgelegten Rechnungen der ORF Online und Teletext GmbH & Co KG vom 31.12.2012 in Höhe von EUR [REDACTED],- und vom 11.03.2013 in Höhe von EUR [REDACTED],-.

Die konkrete Höhe der Position „Redaktionelle Betreuung twitterfeed second screen (Media Brothers OG)“ für die „mobile App“ und die „Web App“ ergibt sich aus der vom ORF mit Schreiben vom 11.07.2014 vorgelegten Honorarnote der Media Brothers OG vom 18.02.2013 in Höhe von EUR [REDACTED],-.

Die Feststellung zur konkreten Höhe der Kosten für die Position „EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Tests)“ ergibt sich aus der vom ORF mit Schreiben vom 11.07.2014 vorgelegten Detailaufstellung, den Rechnungen der Austria Presse Agentur eG vom 31.12.2012 in Höhe von EUR [REDACTED],- sowie der Seqis Software Testing GmbH vom 01.02.2013 in Höhe von EUR [REDACTED] und vom 19.02.2013 in Höhe von EUR [REDACTED] sowie dem Basiswert für die Abschreibung, den der ORF in Höhe von insgesamt EUR [REDACTED],- annimmt. Der Basiswert setzt sich aus den unter der Gruppe „Schnittstellenadaptierung Sportdatenbank“ zusammengefassten Positionen „Fa. Adesso Austria GmbH“ in Höhe von EUR [REDACTED],-, „Fa. Ebcont group GmbH“ in Höhe von EUR [REDACTED],-, „Fa. cellent AG“ in Höhe von EUR [REDACTED],- und „Schätzkosten“ in Höhe von EUR [REDACTED],- zusammen. Zu dem Basiswert für die Abschreibung wird der Personalaufwand in Höhe von EUR [REDACTED],- addiert. Dieser Wert ergibt sich aufgrund der angegebenen und glaubwürdigen Daten für „Gehalt lt. FPL 2013“ in Höhe von EUR 80.737,- und den angegebenen 1.700 Jahresstunden. Von diesem Jahreswert wird ein Anteil von 322 Stunden auf das Gesamtprojekt zugerechnet. Die Summe aus dem Basiswert für die Abschreibung sowie dem Personalaufwand beträgt EUR [REDACTED],-. Durch die Division mit einer üblichen und nachvollziehbaren Nutzungsdauer für Softwareprojekte von vier Jahren ergibt sich eine jährliche Abschreibung in Höhe von EUR [REDACTED],-. Die anteiligen Abschreibungskosten in Höhe von EUR [REDACTED] beruhen auf den diesbezüglichen Ausführungen und Berechnungen des Amtssachverständigen in seinem Gutachten vom 22.09.2014, der von einer 21-tägigen Nutzungsdauer der „mobilen App“ auf Basis eines Jahres mit 365 Tagen ausgeht, die sich insofern mit den Ausführungen des ORF im Schreiben vom 05.08.2014 decken.

Die Feststellungen zur Aufteilung der Kosten für die Positionen „Fremdleistung Online und Teletext GmbH Konzeption, Implementierung und operative Betreuung“, „Redaktionelle Betreuung durch Sportredaktion (Besprechungen, Texte für Sportdatenbank)“, „Redaktionelle Betreuung twitterfeed second screen (Media Brothers OG)“, „EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Tests)“, „Implementierung JSON-Web-Schnittstelle für Video-on-demand-Feed (eb-Marketing)“, „Essenseinladung, Dienstreisen, Taxikosten“ und „Redaktionelle Betreuung durch Online und Teletext GmbH“ im Verhältnis 50:50 zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ sowie hinsichtlich der Positionen „Personalaufwand TO (technische Leistungen – Regie Second Screen, Monitoring, Bug-Fixing, EPG-Pflege)“, „Promotiontrailer (Herstellung) für App“, „APA - Bildrechte und ÖWA-Zählung (Sachkosten inkl. anteiliger GK-Aufschlagssatz)“ und „Anteilige Ausgaben für Werbung (Print) – Anteil für APP-Button und QR-Code“ beruhen auf den Angaben des ORF, an deren Schlüssigkeit kein Anlass zu Zweifeln besteht (zur Aufteilung der Kosten zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ siehe auch die Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung zu Punkt 4.3.2.).

Im Hinblick auf die Kostenaufteilung für die „Streamingkosten“ der Position „Streaming Kosten (APA-Einrichtungskosten, GbitSTd.-Verbrauch und PocketScience Accountbetreuung)“ hat der ORF nachvollziehbar dargelegt, dass 15 % der Kosten der „mobilen App“ zugerechnet werden, wobei die Berechnung nach Abrufen erfolgt und von insgesamt [REDACTED] Abrufen rund [REDACTED] der „mobilen App“ zuzurechnen sind. Schließlich beruht auch die Aufteilung der „APA-Kosten (VOD)“ der Position „Herstellung Videos für APP (APA, Schnittkosten)“ auf den schlüssigen Angaben des ORF in seinem Schreiben vom 06.06.2014, die ebenfalls von einer Berechnung nach Abrufen ausgehen.

Die Höhe des Gemeinkostenzuschlagsatzes von 8,52 % beruht auf den nachvollziehbaren Angaben des ORF in seiner Stellungnahme vom 06.06.2014. Die vom ORF gewählte Methodik deckt sich mit der den Bescheiden der KommAustria vom 28.11.2012, KOA 11.263/12-021 (bestätigt mit Bescheid des BKS vom 25.02.2013, GZ 611.805/001-BKS/2012), sowie vom 19.02.2014, KOA 11.263/14-001, zugrundegelegten Methode. Die Höhe des Gemeinkostenzuschlagsatzes liegt darüber hinaus in einem ähnlichen Bereich wie in den genannten Verfahren.

In Entsprechung des Bescheides der KommAustria vom 28.11.2012, KOA 11.263/12-021 (bestätigt mit Bescheid des BKS vom 25.02.2013, GZ 611.805/001-BKS/2012), waren – wie vom ORF in seiner Stellungnahme vom 06.06.2014 zutreffend ausgeführt – die Kosten für den Rechteerwerb an Videos (Livestreaming und VOD) nicht zu berücksichtigen.

## **4. Rechtliche Beurteilung**

### **4.1. Rechtsgrundlage**

§ 38a ORF-G 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, 24. GP) 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:

## **4.2. Vorliegen der Voraussetzungen des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF G**

### 4.2.1. Überschreiten der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags

Ausgehend von dem Bescheid des BKS vom 11.11.2013, GZ 611.812/0001-BKS/2013, mit dem festgestellt wurde, dass der ORF im Zeitraum vom 01.02.2013 bis zum 21.02.2013 durch die Bereitstellung eines eigens für mobile Endgeräte gestalteten Online-Angebotes zur Ski-Weltmeisterschaft in Schladming in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android-Geräte („mobile App“) die Bestimmungen des § 3 Abs. 5 Z 2 iVm § 4f Abs. 2 Z 28 ORF-G verletzt hat, ist festzuhalten, dass es sich bei § 4f Abs. 2 ORF-G zweifelsfrei um eine Norm handelt, die die „Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags“ iSd § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G festlegt. Diese Sichtweise ergibt sich insbesondere mit Blick auf die Erläuterungen zu § 4f Abs. 2 ORF-G (Erl zur RV 611 BlgNR, 24. GP), in denen unter anderem festgehalten wird, dass „die Ausschlussliste des Abs. 2 ... in umfassender Weise Angebote auf[zählt], die der ORF im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags keinesfalls erbringen darf. Die Liste enthält teilweise Angebote, die außerhalb des Unternehmensgegenstands des ORF liegen und deren Erbringung daher bereits nach geltender Rechtslage nicht zulässig wäre; jene in der Liste enthaltenen Angebote, die im Rahmen des Unternehmensgegenstandes liegen, können gegebenenfalls als kommerzielle Aktivität gemäß § 8a bei entsprechender organisatorischer und rechnerischer Trennung bereitgestellt werden.“

Die KommAustria geht daher davon aus, dass das in § 4f Abs. 2 Z 28 ORF-G festgelegte Verbot von der Bereitstellung von eigens für mobile Endgeräte gestalteten Angeboten gerade einen typischen Fall der „Grenzziehung“ des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Sinne

des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G darstellt. Die durch die Bereitstellung eines eigens für mobile Endgeräte gestalteten Online-Angebotes zur Ski-Weltmeisterschaft in Schladming in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android-Geräte („mobile App“) verwirklichte Überschreitung dieser Grenze hat daher eine Abschöpfung nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G zur Folge.

Wie bereits mit Bescheid der KommAustria vom 28.11.2012, KOA 11.263/12-021, ausgeführt und mit Bescheid des BKS vom 25.02.2013, GZ 611.805/0001-BKS/2012, bestätigt, kommt dem Umstand, 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, keine Relevanz zu. 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 Auftrags ausdrücklich als „Jedenfalls-Abschöpfungsfälle“ geregelt werden sollten. Dass eine Abschöpfung in Konstellationen wie der vorliegenden (Bereitstellung eines explizit verbotenen Angebotes) ausgeschlossen wäre, behauptet auch der ORF nicht.

#### 4.2.2. Heranziehung von Mitteln aus Programmengelt 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 Auftrags Mittel aus Programmengelt für diese Tätigkeiten herangezogen hat. Nach § 38a Abs. 1 Schlusssatz ORF-G sind den Mitteln aus Programmengelt jene Mittel gleichzuhalten, die bei der Festlegung des Programmengelts nach § 31 Abs. 3 in Abzug zu bringen wären.

§ 31 Abs. 3 ORF-G bestimmt, dass von den Kosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags 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 Bereitstellung verwendet wurden, da sie in diesem Fall bei der Nettokostenberechnung in Abzug zu bringen wären (vgl. BKS 18.04.2013, GZ 611.941/0005-BKS/2013).

Der ORF hat für die Bereitstellung der inkriminierten mobilen App unstrittig Mittel aus Programmengelt bzw. diesen gleichzuhaltende Mittel herangezogen, sodass diese gesetzwidrige Mittelverwendung im Rahmen dieses Verfahrens rückabzuwickeln ist.

### **4.3. Grundsätze zur Ermittlung der Höhe des Abschöpfungsbetrages**

#### **4.3.1. Bruttovollkostenrechnung**

Mit Bescheid des BKS vom 25.02.2013, GZ 611.805/0001-BKS/2012, wurde die von der KommAustria mit Bescheid vom 28.11.2012, KOA 11.263/12-021, angenommene Anwendbarkeit einer absoluten Bruttovollkostenrechnung zur Ermittlung der Höhe der nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G abzuschöpfenden Mittel, die die KommAustria in der Folge auch dem Bescheid vom 19.02.2014, KOA 11.263/14-001, zu Grunde gelegt hat, bestätigt.

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, wie schon in den Bescheiden der KommAustria vom 28.11.2012, KOA 11.263/12-021 (bestätigt mit Bescheid des BKS vom 25.02.2013, GZ 611.805/001-BKS/2012), sowie vom 19.02.2014, KOA 11.263/14-001, ausgeführt, festzuhalten, dass eine Teilkostenrechnung als mögliches Berechnungsszenario nicht zur Anwendung gelangt.

Soweit der ORF meint, dass die vom BKS und der KommAustria in ihren Vorentscheidungen bei der Ermittlung der Höhe des Abschöpfungsbetrages gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G angewandte Vollkostenrechnung nicht 1:1 auf den Online-Bereich übertragen werden kann und nur die Kosten für die strukturierte Neuzusammenstellung und nicht für die Erstellung der Inhalte als solche abgeschöpft werden können, kann ihm vor dem Hintergrund, dass die KommAustria auch im vorliegenden Zusammenhang davon ausgeht, dass nur eine Vollkostenrechnung dem Zweck des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G entspricht, nicht gefolgt werden. Der Gesetzgeber stellt 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 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 Auftrags abhängig ist. Anders ausgedrückt, wäre der ORF im Zeitpunkt der Bereitstellung der inkriminierten „mobilen App“ 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 Auftrags ist daher davon auszugehen, dass eine Aufteilung der gemeinsamen Kosten und der Gemeinkosten bloß auf das rechtskonform bereitgestellte Online-Angebot methodisch unzulässig, weil faktisch mangels Kenntnis dieser Unbekannten unmöglich ist. Eine Teilkostenrechnung stellt sich 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 der Bereitstellung der inkriminierten „mobilen App“ aus der Gesamtheit aller im Zusammenhang mit der Skiweltmeisterschaft in Schladming bereitgestellten Inhalte zuzurechnen sind, ohne dass dies die Kenntnis über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der in Frage stehenden Bereitstellung voraussetzt. Ausweislich der Materialien zu § 38a ORF-G hatte der Gesetzgeber eine vollständige Rückzahlung vor Augen. Konsequenterweise muss der Bereitstellung der gesetzwidrigen „mobilen App“ auch der entsprechende Anteil an gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten zugeordnet werden. 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. Bloß auf die Kosten der „Neuzusammenstellung“ des Contents für die mobile App abzustellen, greift insoweit zu kurz, als diese Neuzusammenstellung bloß (rechtswidrig) den Zugang zum – auch an anderer Stelle rechtskonform – verwendeten Content ermöglicht hat. Sie stellt sich daher bloß als ein untergeordnetes, unselbständiges Element dar, welches für sich alleine genommen auch gar keinen Zweck erfüllt hätte. Tatsächlich haben nämlich die Nutzer der mobilen App auch nur über diesen (rechtswidrigen) Weg den Content in Anspruch genommen und muss daher nach kostenrechnerischen Grundsätzen auch eine Berücksichtigung der „gemeinsamen Kosten“ des über die mobile App vermittelten Contents im Wege der Vollkostenrechnung erfolgen.

Nach der Entscheidungspraxis des BKS und der KommAustria (vgl. BKS vom 25.02.2013, GZ 611.805/001-BKS/2012, sowie KommAustria vom 19.02.2014, KOA 11.263/14-001) ist, da dem § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G eine strikt auf die Mittelverwendung bezogene Betrachtungsweise zu Grunde liegt, 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“.

Auch im vorliegenden Zusammenhang geht die KommAustria davon aus, dass zur Ermittlung der Höhe der nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G abzuschöpfenden Mittel eine Bruttovollkostenrechnung zur Anwendung gelangt. Im Hinblick auf die Berechnung der Bruttokosten kann daher in Bezug auf die inkriminierte „mobile App“ dahingestellt bleiben, ob und in welchem Ausmaß auch Erlöse generiert wurden, weswegen dazu auch keine Feststellungen zu treffen waren.

Im Hinblick auf die vom BKS und der KommAustria im Zusammenhang mit der Ermittlung der konkreten Höhe der verwendeten Mittel angenommenen absoluten Kosten (vgl. BKS vom 25.02.2013, GZ 611.805/001-BKS/2012, sowie KommAustria vom 19.02.2014, KOA 11.263/14-001) ist darüber hinaus festzuhalten, dass sich im vorliegenden Zusammenhang, wo ein zusätzliches Angebot bereitgestellt wurde, die Frage nach der allfälligen Berücksichtigung etwaiger „Ersatzprodukte“ (zum Füllen einer Lücke) jedenfalls nicht stellt und insoweit keine Unterscheidung zwischen einer „absoluten“ und „relativen“ Bruttovollkostenrechnung zu treffen ist.

Im Ergebnis ist daher entsprechend der Rechtsprechung des BKS und der KommAustria im vorliegenden Fall – entgegen den Ausführungen des ORF – von der Anwendbarkeit einer Bruttovollkostenrechnung auszugehen.

#### 4.3.2. Aufteilung der Kosten

Im Hinblick auf die Aufteilung der gemeinsamen Kosten zwischen der inkriminierten „mobilen App“ und dem für einen Web-Browser vorgesehenen Online-Angebot zur Ski-Weltmeisterschaft in Schladming führte der ORF in seinem Schreiben vom 06.06.2014 aus, dass *„mangels anderer Kriterien ... dabei in der überwiegenden Anzahl der Fälle eine Aufteilung 1:1 (Web:Mobil) eher plausibel [erscheint], als eine Aufteilung nach Abrufzahlen, zumal diese Aufteilung im Vorhinein nicht vorhersehbar ist. Lediglich im Rahmen von*

*technischen Kosten, die durch den Abruf direkt verursacht werden (z.B. Streaming), erscheint uns eine Bedachtnahme auf das Abrufverhältnis sachgerecht.“* In der vom ORF mit diesem Schreiben vorgelegten „App-Kalkulation“ wurde die konkrete Zuordnung der einzelnen Kostenpositionen zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ im Verhältnis 50:50, nach Abrufzahlen bzw. zu 100 % zu einem der beiden Angebote vorgenommen.

Aus der vom ORF vorgenommenen Aufteilung der einzelnen Kostenpositionen zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ ist somit ersichtlich, dass einzelne Positionen entweder zur Gänze einer der beiden Apps oder als „Mischpositionen“ in einem bestimmten Verhältnis (50:50 oder 15:85) der beiden Apps zueinander zugerechnet wurden. In jenen Fällen, in denen der ORF eine Aufteilung der Kosten zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ im Verhältnis 50:50 vorgenommen hat, erscheint es im konkreten Fall möglich und sachgerecht, eine gleichmäßige Zuteilung zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ vorzunehmen. Im Hinblick auf die vom ORF vorgenommene Aufteilung der übrigen „Mischpositionen“ zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ (15:85) hat der ORF plausibel dargelegt, dass die Zurechnung auf die beiden Apps anhand der Abrufzahlen zu erfolgen hat. Auch im Hinblick auf jene Kosten, die vom ORF zur Gänze der „mobilen App“ zugerechnet wurden, war mangels konkreter Anhaltspunkte keine andere Aufteilung der Kostenpositionen vorzunehmen.

Da somit die Aufteilung der Kosten zwischen der „mobilen App“ und der „Web App“ vom ORF nachvollziehbar dargelegt wurde, es sich im konkreten Einzelfall um eine mögliche Art der Kostenzurechnung handelt und für die KommAustria keine Anhaltspunkte erkennbar sind, die Anlass zu Zweifel an der Richtigkeit der vom ORF vorgenommenen Kostenaufteilung ergeben haben, war dem ORF hinsichtlich seiner vorgenommenen Kostenaufteilung zu folgen. Insbesondere sind für die KommAustria keine der „mobilen App“ zugerechneten Kosten erkennbar, bei denen keine Verursachungsgerechtigkeit gegeben wäre.

#### **4.4. Höhe des Abschöpfungsbetrages**

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen bedeutet dies, dass die Höhe der für die Bereitstellung des eigens für mobile Endgeräte gestalteten Online-Angebotes zur Ski-Weltmeisterschaft in Schladming in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android-Geräte („mobile App“) herangezogenen Mittel aus Programmengelt oder diesen gleichzuhaltender Mittel bei Anwendung einer Bruttovollkostenrechnung EUR 140.930,84 beträgt.

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

#### **4.5. Abführung auf das Sperrkonto**

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. 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. Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Die Entrichtung der Gebühr ist im Zeitpunkt der Einbringung der Eingabe durch einen von einer Post-Geschäftsstelle oder einem Kreditinstitut bestätigten Zahlungsbeleg in Urschrift nachzuweisen.

Wien, am 15. Oktober 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, LL.M., Würzburggasse 30, 1136 Wien, **per RSb**

In Kopie:

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