



KOA 11.260/19-001

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus der Vorsitzenden-Stellvertreterin Dr. Susanne Lackner als Senatsvorsitzende und den weiteren Mitgliedern Dr. Martina Hohensinn und Dr. Katharina Urbanek, im Rahmen der Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk (ORF) wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Aufgrund des vom ORF im Zeitraum vom 26.10.2013 bis inklusive 06.02.2014 und im Zeitraum vom 24.02.2014 bis inklusive 16.03.2014 unter „<http://sport.ORF.at/skiweltcup>“ und über die „Skiweltcup-App“ bereitgestellten Online-Teilangebots zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014, welches gemäß dem Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG) vom 02.03.2018, W271 2008698-1/20E u.a., durch die darin enthaltene nicht bloß tagesaktuelle oder anlassbezogene Berichterstattung als die Grenzen des Angebotskonzeptes für sport.ORF.at vom 31.03.2011 und somit 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. 32/2018, die Abschöpfung von Einnahmen aus Programmtegelte bzw. diesen gleichzuhaltenden Mitteln in der Höhe von

EUR 9.997,26

angeordnet.

2. Dem ORF wird gemäß § 38a Abs. 2 ORF-G aufgetragen, die gemäß Spruchpunkt 1. für abgeschöpft erklärten Mittel binnen zwei Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides dem Sperrkonto gemäß § 39c ORF-G zuzuführen und gesondert auszuweisen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

1.1. Zum vorangegangenen Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen

Aufgrund der Beschwerde des Verbandes Österreichischer Privatsender als bevollmächtigter Vertreter für 23 Privatsender vom 14.11.2013 bzw. von Amts wegen stellte die KommAustria mit Bescheid vom 30.04.2014, KOA 11.260/14-005, zusammengefasst fest, dass der ORF im Zeitraum

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Mariahilfer Straße 77-79
1060 WIEN, ÖSTERREICH
www.rtr.at

E: rtr@rtr.at
T: +43 1 58058-0
F: +43 1 58058-9191

vom 26.10.2013 bis inklusive 06.02.2014 sowie im Zeitraum vom 24.02.2014 bis inklusive 16.03.2014 entgegen § 4e Abs. 1 Z 2, Abs. 2 und Abs. 5, § 4f Abs. 1, § 5a Abs. 1, 2 und Abs. 4 ORF-G über die Grenzen des Angebotskonzepts für sport.ORF.at vom 31.03.2011 hinaus ein Online-Teilangebot unter „<http://sport.ORF.at/skiweltcup>“ und über die „Skiweltcup-App“ mit einer vertiefenden Berichterstattung über den Alpinen Skiweltcup 2013/2014 bereitgestellt hat.

Mit Erkenntnis vom 11.02.2015, W120 2008698-1/6E u.a., gab das BVwG den gegen den Bescheid der KommAustria erhobenen Beschwerden zum Teil Folge und wies diese zum Teil ab bzw. zurück. Der hiergegen erhobenen ordentlichen Revision des ORF gab der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) mit Erkenntnis vom 06.04.2016, Ro 2015/03/0026, statt, hob die Entscheidung des BVwG vom 11.02.2015, W120 2008698-1/6E u.a., wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhalts auf und bestätigte den bekämpften Bescheid der KommAustria im Ergebnis. Allerdings beanstandete der VwGH die Begründung der von der KommAustria festgestellten Rechtsverletzung.

In weiterer Folge befand das BVwG mit Erkenntnis vom 02.03.2018, W271 2008698-1/20E u.a., neuerlich über die gegen den erstinstanzlichen Bescheid der KommAustria erhobenen Beschwerden und entschied im Sinne des Erkenntnisses des VwGH, dass die Beschwerde des ORF als unbegründet abgewiesen und der Bescheid der KommAustria vom 30.04.2014, KOA 11.260/14-005, mit der Maßgabe bestätigt werde, dass in den Spruchpunkten 2.a und 3. das Wort „*vertiefenden*“ jeweils durch die Wortfolge „*nicht bloß tagesaktuellen oder anlassbezogenen*“ zu ersetzen sei. Im Übrigen wurden die Beschwerden der 23 anderen beschwerdeführenden Parteien als unbegründet abgewiesen.

Somit wurde rechtskräftig festgestellt, dass der ORF im Zeitraum vom 26.10.2013 bis inklusive 06.02.2014 sowie im Zeitraum vom 24.02.2014 bis inklusive 16.03.2014 entgegen § 4e Abs. 1 Z 2, Abs. 2 und Abs. 5, § 4f Abs. 1, § 5a Abs. 1, 2 und Abs. 4 ORF-G über die Grenzen des Angebotskonzepts für sport.ORF.at vom 31.03.2011 hinaus ein Online-Teilangebot unter „<http://sport.ORF.at/skiweltcup>“ und über die „Skiweltcup-App“ mit einer nicht bloß tagesaktuellen oder anlassbezogenen Berichterstattung bereitgestellt hat.

1.2. Zum gegenständlichen Verfahren der Abschöpfung gemäß § 38a ORF-G

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

Vor dem Hintergrund des rechtskräftigen Erkenntnisses des BVwG vom 02.03.2018, W271 2008698-1/20E u.a., leitete die KommAustria mit Schreiben vom 07.05.2018 ein Abschöpfungsverfahren gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G wegen Überschreitung des öffentlich-rechtlichen Auftrags gegen den ORF ein und forderte diesen zwecks Ermittlung des abzuschöpfenden Betrages auf, binnen vier Wochen eine detaillierte Darstellung der in Bezug auf die Bereitstellung der Rubrik „Ski Stars“ im Online-Teilangebot zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 angefallenen Kosten zu übermitteln. Die Darstellung sollte entsprechend der bereits zu § 38a ORF-G ergangenen Judikatur (vgl. VwGH vom 06.04.2016, Ro 2015/03/0014; BVwG 10.08.2017, W249 2014641-1/15E) unter Anwendung einer Bruttovollkostenrechnung nachstehende Positionen umfassen:

1. Direkte Kosten: redaktionelle Kosten für die Zusammenstellung der Inhalte und Referenzen für die Rubrik „Ski Stars“ im Online-Teilangebot zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014.
2. Gemeinsame Kosten:

- anteilige redaktionelle Kosten für die Zusammenstellung gemeinsam mit anderen Angeboten genutzter Inhalte (z.B. Fotos, Daten, etc.),
 - anteilige gemeinsame Kosten mit der „Skiweltcup-App“ (z.B. Entwicklung, Hosting, etc.),
 - anteilige gemeinsame Kosten mit dem Online-Angebot des ORF.
3. Gemeinkosten des Unternehmens (Gemeinkostenzuschlag) unter Herleitung des Verrechnungsschlüssels.

Zwecks Nachvollziehbarkeit wurde in Bezug auf alle übermittelten Kostenpositionen zusätzlich die Erläuterung der Datenherkunft verlangt.

1.2.2. Stellungnahme des ORF, Bestellung des Amtssachverständigen und Gutachtensauftrag

Mit Schreiben vom 14.06.2018 übermittelte der ORF die angeforderten Angaben und Unterlagen.

Hierauf bestellte die KommAustria am 02.07.2018 Dr. Roland Belfin zum Amtssachverständigen und beauftragte diesen mit der Ermittlung des abzuschöpfenden Betrags anhand der für die im Rahmen des Online-Teilangebots zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 bereitgestellte Rubrik „Ski Stars“ vom ORF übermittelten Kostendaten.

1.2.3. Gutachten des Amtssachverständigen und Zustellung an den ORF

Am 03.10.2018 übermittelte der Amtssachverständige sein Gutachten zur Berechnung der für die Bereitstellung der Rubrik „Ski Stars“ im gegenständlichen Online-Teilangebot zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 angefallenen Kosten und des daraus resultierenden Abschöpfungsbetrags. Im Hinblick auf die vom ORF vorgelegten Kostenpositionen kam das Gutachten zu nachstehendem Ergebnis:

Der ORF habe am 14.06.2018 eine Darstellung und Berechnung nachstehender Kosten übermittelt.

Tabelle 1 Berechnung des ORF vom 14.6.2018

Nr.	Position	Betrag in €
01	Direkt erfasste Kosten	5.222,75
02	Fernsehdirektion 3 (Hautabteilung Sport) - Sportarchivredakteure	2.643,33
03	EDV-technischer Aufwand (Schnittstelle)	107,37
04	Personalaufwand (Technische Direktion & neue Medien): technische Leistungen	289,75
05	Zwischensumme	8.263,20
06	+ 8,38 % ORF-Gemeinkostenzuschlag	692,46
07	Kosten Rubrik Ski Stars	8.955,66

Darüber hinaus habe der ORF im Rahmen eines Besprechungstermins am 10.09.2018 eine Schätzung für die anteilige Berücksichtigung von gemeinsamen Kosten für die Nutzung von Fotos für die Rubrik „Ski Stars“ in Höhe von EUR 800,- nachgereicht.

Hinsichtlich der vom ORF dargestellten direkt erfassten Kosten erläuterte der Amtssachverständige, dass sich diese aus der Summe von „direkt erfasste Kosten auf GK-Träger 2013“ in Höhe von EUR 74.042,50 und den Kosten für die Programmierung (Cellular 2014) in Höhe von EUR 30.412,50

ergäben. In Summe resultiere aus diesen beiden Positionen ein Wert von EUR 104.455,-. Innerhalb der direkten Kosten des Online-Angebots sei der Rubrik „Ski Stars“ ein Wert von fünf Prozent – somit EUR 5.222,75 – zugerechnet worden. Damit seien die Kosten der Konzeption, Entwicklung und Umsetzung dieses Teilangebots berücksichtigt worden. Die Basiswerte für diese Berechnung seien Ist-Werte aus der Kostenrechnung des ORF.

Zu den Kosten für den Aufwand der Fernsehdirektion 3 (Hauptabteilung Sport) – Sportarchivredakteure in Höhe von EUR 2.643,33 habe der ORF dargelegt, dass 260 Datensätze mit einer Bearbeitungszeit von jeweils zehn Minuten und einem Verrechnungssatz von EUR 61,- pro Stunde bearbeitet worden seien.

$$\text{FD3-Sportredakteure} = 260 \text{ Datensätze} * 10 \text{ Minuten}/60 * 61 \text{ € Stundensatz} = 2.643,33 \text{ €}.$$

Der EDV-technische Aufwand (Schnittstelle) sei als fünfprozentiger Anteil des Gesamtaufwands von EUR 2.147,43, sohin mit EUR 107,37, veranschlagt worden. Der Gesamtaufwand ergebe sich aus der Aufteilung der gesamten Schnittstellenkosten zwischen der Nutzung der Schnittstelle für das Online-Teilangebot „Skiweltcup 2013/2014“ im Umfang von 50 Tagen und der gleichzeitigen Nutzung für das allgemeine Online-Sportangebot „sport.ORF.at“. Die 50 Tage bezögen sich gemäß den Ausführungen des ORF in seiner Berechnung vom 14.06.2018 auf die Ski-Renntage.

Der Gesamtaufwand ergebe sich schließlich aus einer Auswertung der Kostenrechnung des ORF (in Höhe von EUR 102.723,-) und des Personalaufwands (in Höhe von EUR 22.687,10) für die Herstellung der Schnittstelle. Somit sei eine Investition in Höhe von EUR 125.410,10 in die Berechnung mit eingeflossen, welche auf vier Jahre abgeschrieben worden sei. Die jährliche Abschreibung habe daher EUR 31.353,- betragen. Durch die Division dieses Werts durch 365 Tage ergebe sich ein Tagessatz von gerundet EUR 85,90. Von diesem Tagessatz würden 50 Prozent dem gegenständlichen Online-Teilangebot zugerechnet, da die Schnittstelle gleichzeitig vom allgemeinen Angebot „sport.ORF.at“ genutzt worden sei. Somit seien für das gegenständliche Angebot EUR 42,95 pro Tag berechnet worden.

Mit den vom ORF angenommenen 50 Renntagen ergebe sich folglich ein Wert von EUR 2.147,43.

$$\begin{aligned} \text{Anteiliger EDV-technischer Aufwand} &= 5 \text{ Prozent von (zurechenbarer Tagessatz} * \\ &\text{Anzahl der Stunden)} \\ 107,37 \text{ €} &= 5 \text{ Prozent von (42,95 €} * 50) \end{aligned}$$

In der vom ORF vorgelegten Berechnung seien überdies EUR 289,75 für den Personalaufwand (Technische Direktion & neue Medien): technische Leistungen berücksichtigt worden. Dieser Wert resultiere aus der Zurechnung von fünf Prozent der Gesamtstunden (95 Stunden) für das Online-Teilangebot zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 mit einem Verrechnungssatz von EUR 61,- pro Stunde.

$$\begin{aligned} \text{Gesamtpersonalaufwand TO} &= \text{Stundensatz in €} * \text{Anzahl Stunden für Skiweltcup} \\ \text{Online-Angebot} &= 61 \text{ €} * 95 = 5.795 \text{ € (davon 5 Prozent ergibt 289,75 €)} \end{aligned}$$



Im Hinblick auf die vom ORF dargestellten Gemeinkosten erläuterte der Amtssachverständige, dass diese in Form eines Zuschlags in Höhe von 8,38 Prozent berechnet worden seien. Dieser Gemeinkostenzuschlag resultiere aus dem Verhältnis der Kosten 2013 der Gemeinkostenbereiche des ORF (Generaldirektion, Technische Direktion, Kaufmännische Direktion) zum Bruttoaufwand des ORF. Der Bruttoaufwand ergebe sich aus der Summe von Sachaufwand, Personalaufwand und Abschreibungen. Um eine Doppelberücksichtigung von Kosten zu vermeiden, seien von diesem Bruttoaufwand die Kosten der Gemeinkostenbereiche ausgeschlossen worden.

Tabelle 2 Herleitung des Gemeinkostenzuschlages des ORF

Allgemeine Gemeinkostenbereiche	Kosten 2013 in Tsd. Euro
Generaldirektion	30.496,3
Technische Direktion (exkl. Produktion Fernsehen und Hörfunk)	18.411,5
Kaufmännische Direktion	28.659,8
Allgemeine Gemeinkosten	77.567,6
Berechnung der Basiskosten:	
Sachaufwand gesamt lt. GUV	619.994,9
Personalaufwand gesamt lt. GUV	349.238,9
Abschreibungen gesamt lt. GUV	33.445,0
Summe Bruttoaufwand lt. GUV	1.002.678,8
abzüglich allgemeine Gemeinkosten ORF gesamt	-77.567,6
Basiskosten für Aufschlagssatz	925.111,3
Aufschlagssatz für allgemeine Gemeinkosten ORF-gesamt	8,38%

Für die gegenständliche Kalkulation sei vom ORF die gleiche Methode zur Berechnung des Gemeinkostenzuschlages herangezogen worden, wie in dem bereits abgeschlossenen Abschöpfungsverfahren zur „Schladming Ski WM-App“ (vgl. KommAustria 15.10.2014, KOA 11.260/14-017). In diesem Verfahren sei für das Jahr 2012 ein Gemeinkostenzuschlag von 8,52 Prozent berechnet worden.

Da in der Rubrik „Ski Stars“ des gegenständlichen Online-Teilangebots zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 auch Fotos von Rennläufern enthalten waren, mussten auch diese Kosten im Sinne einer Vollkostenrechnung in der Kalkulation berücksichtigt werden. Der ORF habe die anteiligen Kosten für die Fotos mit EUR 800,- geschätzt, wobei hierfür der marktübliche Wert derartiger Fotos als Basis herangezogen worden sei.

Zur Frage, ob der ORF die Anforderungen der vorgegebenen Berechnungsmethode (Vollkostenrechnung, Bruttorechnung, absolute Rechnung, Ist-Kosten) erfüllt habe, legte der Amtssachverständige Folgendes dar:

1. Vollkostenrechnung

Der ORF habe in die Berechnung direkte Kosten für die Rubrik „Ski Stars“ als Anteil der Gesamtkosten des Online-Teilangebots zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 (z.B. für das Projekt, die Programmierung, spezifische Adaptierungskosten) einbezogen. Anteilige gemeinsame Kosten (z.B. gemeinsame Kosten für das gesamte Online-Teilangebot zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014, wie für Fotos und redaktionelle Teile) seien in der Berechnung des ORF enthalten. Gemeinkosten seien in Form eines üblichen prozentuellen Aufschlages berücksichtigt worden. Daher entspreche der Ansatz des ORF einer Vollkostenrechnung.

2. Bruttorechnung

Der ORF habe in seiner Kalkulation keine Erlöse, die durch das gegenständliche Angebot erzielt worden seien bzw. worden sein könnten, berücksichtigt. Somit stelle die Berechnung eine Bruttoberechnung dar.

3. Absolute Rechnung

Der ORF habe die Kosten für die Rubrik „Ski Stars“ absolut berechnet, also eine Gegenüberstellung bzw. einen Abzug von Kosten für mögliche Alternativangebote nicht vorgenommen. Daher handle es sich um eine absolute und keine relative Rechnung.

4. Ist-Kosten

Die Berechnung des ORF sei anhand von Ist-Kosten erfolgt, deren Datenherkunft aus der Kostenrechnung 2013 nachvollzogen werden konnte.

5. Rechnerische Richtigkeit

Die vom ORF vorgelegten Daten seien rechnerisch überprüft worden und seien rechnerisch richtig.

6. Nachvollziehbarkeit

Zur Nachvollziehbarkeit der Berechnung sowie der Datenquellen hielt der Amtssachverständige fest, dass diese grundsätzlich jeweils gegeben seien. Lediglich bei der Berechnung der anteiligen Schnittstellenkosten [EDV-technische Aufwand (Schnittstelle)] seitens des ORF sei die Anzahl von 50 Renntagen herangezogen worden, obwohl der inkriminierte Bereitstellungszeitraum des gegenständlichen Online-Teilangebots 125 Tage umfasst habe. Demnach hätten für die Berechnung der Position „EDV technischer Aufwand (Schnittstelle)“ 125 Tage als Basis herangezogen werden müssen.

Anteiliger EDV-technischer Aufwand = 5 Prozent von (zurechenbarer Tagessatz * Anzahl der Stunden)

268,44 € = 5 Prozent von (42,95 € * 125)

7. Vollständigkeit

Die Berechnung decke alle Kostenbestandteile im Sinne einer Vollkostenrechnung für die gegenständliche Rubrik „Ski Stars“ des Online-Teilangebots zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 ab, so dass keine eigenen Vervollständigungen des Amtssachverständigen notwendig gewesen seien.

8. Gesamtsicht und Ergebnis

Die Einzelprüfung der einzelnen Anforderungen habe daher ergeben, dass auch in der Gesamtsicht die Anforderungen an die Kostenberechnung erfüllt worden seien. Unter Berücksichtigung der im Rahmen der Prüfung hinzugekommenen Position für Fotos sowie der veränderten Bezugsbasis bei der Berechnung der Position „EDV technischer Aufwand (Schnittstelle)“ haben sich daher folgende Kosten der Rubrik „Ski Stars“ ergeben:

Tabelle 3 Berechnung des Gutachters

Nr.	Position	Betrag in €
01	Direkt erfasste Kosten	5.222,75
02	Fernsehdirektion 3 (Hautabteilung Sport) - Sportarchivredakteure	2.643,33
03	EDV-technischer Aufwand (Schnittstelle)	268,44
04	Personalaufwand (Technische Direktion & neue Medien): technische Leistungen	289,75
06	Anteilige Kosten für Fotos	800,00
07	Zwischensumme	9.224,27
08	+ 8,38 % ORF-Gemeinkostenzuschlag	772,99
09	Kosten Rubrik Ski Stars	9.997,26

Die Kosten im Sinne einer für Abschöpfungen nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G heranzuziehenden Berechnungsmethode für die Rubrik „Ski Stars“ des Online-Teilangebots zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 seien laut Gutachten des Amtssachverständigen daher in Höhe von **EUR 9.997,26** zu veranschlagen.

Mit Schreiben vom 11.10.2018 wurde das Gutachten des Amtssachverständigen dem ORF zur Stellungnahme binnen zwei Wochen übermittelt.

Mit Schreiben vom 25.10.2018 gab der ORF bekannt, dass aus seiner Sicht die Berechnungen plausibel und nachvollziehbar seien.

2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt fest:

Der ORF hat im Zeitraum vom 26.10.2013 bis inklusive 06.02.2014 und im Zeitraum vom 24.02.2014 bis inklusive 16.03.2014 unter „<http://sport.ORF.at/skiweltcup>“ sowie über die „Skiweltcup-App“ ein Online-Teilangebot zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 bereitgestellt, welches nicht bloß tagesaktuelle und anlassbezogene Berichterstattung beinhaltete und dadurch die Grenzen des

Angebotskonzeptes für sport.ORF.at vom 31.03.2011 überschritten hat. Insoweit hat der ORF gegen die Bestimmungen gemäß § 4e Abs. 1 Z 2, Abs. 2 und 5, § 4f Abs. 1, § 5a Abs. 1, 2 und 4 ORF-G verstoßen.

Unter Zugrundelegung einer Bruttovollkostenrechnung betragen die Kosten für die Bereitstellung der nicht bloß tagesaktuellen und anlassbezogenen Berichterstattung in Bezug auf die Rubrik „Ski Stars“ im Rahmen des Online-Teilangebots zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 im Zeitraum vom 26.10.2013 bis inklusive 06.02.2014 und im Zeitraum vom 24.02.2014 bis inklusive 16.03.2014 insgesamt **EUR 9.997,26**.

Diese Kosten setzen sich aus folgenden Einzelpositionen zusammen:

Position	Betrag in €
Direkt erfasste Kosten	5.222,75
Fernsehdirektion 3 (Hauptabteilung Sport) - Sportarchivredakteure	2.643,33
EDV-technischer Aufwand (Schnittstelle)	268,44
Personalaufwand (Technische Direktion & neue Medien): technische Leistungen	289,75
Anteilige Kosten für Fotos	800,00
Zwischensumme	9.224,27
+ 8,38 % ORF-Gemeinkostenzuschlag	772,99
Kosten Rubrik Ski Stars	9.997,26

Die direkt erfassten Kosten für die Rubrik „Ski Stars“ betragen fünf Prozent der aus den auf Gemeinkostenträgerebene 2013 erfassten direkten Kosten und den für die Programmierung entstandenen Kosten des Online-Teilangebots zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 gebildeten Summe von EUR 104.455,-. Darin sind die Kosten der Konzeption, Entwicklung und Umsetzung dieses Teilangebots berücksichtigt.

Die Kosten für den Aufwand der Fernsehdirektion 3 (Hauptabteilung Sport) – Sportarchivredakteure in Höhe von EUR 2.643,33 resultieren aus der Bearbeitung von 260 Datensätzen mit einer Bearbeitungszeit von jeweils zehn Minuten und einem Verrechnungssatz von EUR 61,- pro Stunde.

Der EDV-technische Aufwand (Schnittstelle) für die Rubrik „Ski Stars“ resultiert aus den anteiligen Schnittstellenkosten im Ausmaß von fünf Prozent. Basis ist der aus der Aufteilung der gesamten Schnittstellenkosten zwischen der Nutzung der Schnittstelle für das Online-Teilangebot zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 für einen Bereitstellungszeitraum von 125 Tagen und der gleichzeitigen Nutzung für das allgemeine Online-Sportangebot „sport.ORF.at“ entstandene Gesamtaufwand. Der Gesamtaufwand ergibt sich aus einer Auswertung der Kostenrechnung des ORF (in Höhe von EUR 102.723,-) und des Personalaufwands (in Höhe von EUR 22.687,10) für die Herstellung der Schnittstelle. Somit fließt eine Investition in Höhe von EUR 125.410,10 in die Berechnung mit ein, welche auf vier Jahre abgeschrieben wurde. Die jährliche Abschreibung beträgt EUR 31.353,-, woraus sich ein Tagessatz von gerundet EUR 85,90 ergibt. Von diesem Tagessatz wurden 50 Prozent dem gegenständlichen Online-Teilangebot zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 zugerechnet, da die Schnittstelle gleichzeitig auch vom allgemeinen Online-Sportangebot „sport.ORF.at“ genutzt wurde. Somit werden für das gegenständliche Angebot EUR 42,95 pro Tag

berechnet. Daraus errechnet sich wiederum ein anteiliger EDV-technischer Aufwand (Schnittstelle) in Höhe von EUR 268,44 [5 % von (42,95 * 125)].

Der für die Position Personalaufwand (Technische Direktion & neue Medien): technische Leistungen herangezogene Wert von EUR 289,75 resultiert aus der Zurechnung von fünf Prozent der für das Online-Teilangebot zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 aufgewendeten 95 Stunden mit einem Verrechnungssatz von EUR 61,-.

Der anteilige Gemeinkostenzuschlag in Höhe von 8,38 Prozent resultiert aus dem Verhältnis der Kosten 2013 der Gemeinkostenbereiche des ORF (Generaldirektion, Technische Direktion, Kaufmännische Direktion) zum Bruttoaufwand des ORF, welcher sich wiederum aus der Summe von Sachaufwand, Personalaufwand und Abschreibungen ergibt. Um eine Doppelberücksichtigung von Kosten zu vermeiden, wurden von diesem Bruttoaufwand die Kosten der Gemeinkostenbereiche ausgeschlossen. Somit sind in den genannten Vollkosten EUR 772,99 an Gemeinkosten enthalten.

Da in der Rubrik „Ski Stars“ des gegenständlichen Online-Teilangebots zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 auch Fotos von Rennläufern enthalten waren, waren auch diese Kosten im Sinne einer Vollkostenrechnung in der Kalkulation in Höhe von EUR 800,- zu berücksichtigen. Diese anteiligen Kosten für Fotos beruhen auf einem marktüblichen Wert für derartige Fotos.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellung, dass der ORF in den Zeiträumen vom 26.10.2013 bis inklusive 06.02.2014 sowie vom 24.02.2014 bis inklusive 16.03.2014 unter „<http://sport.ORF.at/skiweltcup>“ und über die „Skiweltcup-App“ ein Online-Teilangebot zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 bereitgestellt hat, welches durch die darin enthaltene nicht bloß tagesaktuelle oder anlassbezogene Berichterstattung die Grenzen des Angebotskonzeptes für sport.ORF.at vom 31.03.2011 überschritten und dadurch gegen die Bestimmungen gemäß § 4e Abs. 1 Z 2, Abs. 2 und 5, § 4f Abs. 1, § 5a Abs. 1, 2 und 4 ORF-G verstoßen hat, beruht auf dem rechtskräftigen Erkenntnis des BVwG vom 02.03.2018, W271 2008698-1/20E u.a.

Die Anwendbarkeit der Bruttovollkostenrechnung bei der Ermittlung der Höhe der abzuschöpfenden Mittel aus Programmengelt gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G gründet auf der Judikatur des VwGH und des BVwG (vgl. VwGH vom 06.04.2016, Ro 2015/03/0014; BVwG 10.08.2017, W249 2014641-1/15E), 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.).

Die Feststellungen zur Höhe der für die Bereitstellung der Rubrik „Ski Stars“ des inkriminierten Online-Teilangebots zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 verwendeten Mittel ergibt sich aus den schlüssigen Ausführungen und Berechnungen des Amtssachverständigen in seinem Gutachten vom 03.10.2018, welche auch vom ORF nicht bestritten wurden.



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 formellen 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 mittels dieses Verfahrens 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 fehlerverwendeten Mittel vorzusehen.“

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

Ein Sachverhalt des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G liegt dann vor, wenn der ORF Mittel aus Programmengelt für Tätigkeiten herangezogen hat, die die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreiten.

4.2.1. Überschreiten der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags

Ausgehend vom Erkenntnis des BVwG vom 02.03.2018, W271 2008698-1/20E u.a., wonach der ORF im Zeitraum vom 26.10.2013 bis inklusive 06.02.2014 sowie im Zeitraum vom 24.02.2014 bis inklusive 16.03.2014 entgegen § 4e Abs. 1 Z 2, Abs. 2 und Abs. 5, § 4f Abs. 1, § 5a Abs. 1, 2 und Abs. 4 ORF-G über die Grenzen des Angebotskonzepts für sport.ORF.at vom 31.03.2011 hinaus ein Online-Teilangebot zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 unter „<http://sport.ORF.at/skiweltcup>“ und über die „Skiweltcup-App“ mit einer nicht bloß tagesaktuellen oder anlassbezogenen Berichterstattung bereitgestellt hat, liegt im gegenständlichen Fall zweifellos ein Sachverhalt gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G vor.

Durch die Bereitstellung des inkriminierten Online-Teilangebots zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014, welches nicht bloß tagesaktuelle oder anlassbezogene Berichterstattung enthielt, hat der ORF im erwähnten Zeitraum die Grenzen des Angebotskonzepts für sport.ORF.at vom 31.03.2011 und insoweit die durch die Bestimmungen gemäß § 4e Abs. 1 Z 2, Abs. 2 und Abs. 5, § 4f Abs. 1, § 5a Abs. 1, 2 und Abs. 4 ORF-G determinierten Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschritten. Der ORF hat damit Normen (insbesondere § 4e Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 ORF-G) verletzt, die gerade dazu dienen, die Grenzen seines öffentlich-rechtlichen Auftrags näher zu umschreiben und wettbewerbsverzerrende Auswirkungen durch den Einsatz öffentlich finanzierter Mittel für sein Online-Angebot zu verhindern. Der festgestellte Verstoß war daher ein solcher, durch den die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschritten wurden.

4.2.2. Heranziehung von Mitteln aus Programmengelt bzw. gleichzuhaltender Mittel

Eine Abschöpfung gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G bedingt weiters, dass der ORF zur Finanzierung der die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreitenden Tätigkeiten Mittel aus Programmengelt 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 ORF-G in Abzug zu bringen wären.

Gemäß § 31 Abs. 3 ORF-G sind bei Festlegung des Programmengelts Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, öffentliche Zuwendungen (wie jene des § 31 Abs. 11 ORF-G) sowie die in der Widmungsrücklage gebundenen Mittel von den Kosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Abzug zu bringen. Konzernbewertungen sind ebenfalls zu berücksichtigen. Für den Fall, dass der ORF stand-alone kommerzielle Erlöse in Form von Gewinnausschüttungen zum Bestandteil der Mischfinanzierung macht, unterliegen auch diese Mittel der Abschöpfung (vgl. dazu BKS 25.02.2013, 611.805/0001-BKS/2012, hierauf verweisend BVwG 21.12.2016, W120 2006750-1/15E).

Der ORF hat für die Bereitstellung der inkriminierten, nicht bloß tagesaktuellen oder anlassbezogenen, Berichterstattung (Rubrik „Ski Stars“) im Online-Teilangebot zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 Mittel aus Programmengelt bzw. diesen gleichzuhaltende Mittel herangezogen, sodass diese gesetzwidrige Mittelverwendung im Rahmen dieses Verfahrens rückabzuwickeln ist.

Die Voraussetzungen für eine Abschöpfung nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G liegen daher im gegenständlichen Fall vor.

4.3. Zur Berechnung und Höhe der abzuschöpfenden Mittel

Hinsichtlich der anzuwendenden Berechnungsmethode und daraus folgend der Höhe der abzuschöpfenden Mittel ist nach der Rechtsprechung zunächst davon auszugehen, dass bei der Berechnung des abzuschöpfenden Betrages nach dem Prinzip der Vollkostenrechnung direkte Kosten, anteilige gemeinsame Kosten (etwa technischer Aufwand, Fotos der Skistars, und redaktionelle Tätigkeiten) sowie anteilige Gemeinkosten (Verwaltungskosten für Generaldirektion, kaufmännische und technische Direktion) für die inkriminierte Tätigkeit und folglich nicht bloß die durch diese zusätzlich entstandenen Kosten zu berücksichtigen sind (vgl. VwGH 06.04.2016, Ro 2015/03/0014, hierauf verweisend: BVwG 21.12.2016, W120 2006750-1/15E und BVwG 10.08.2017, W249 2014641-1/15E). Dieser Ansatz folgt dem Gedanken, dass die mit öffentlichen Mitteln finanzierten gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten anteilig auch den zu Unrecht durchgeführten Tätigkeiten, wie der hier gegenständlichen nicht bloß tagesaktuellen oder anlassbezogenen Berichterstattung (Rubrik „Ski Stars“), zuzurechnen sind, widrigenfalls dem Zweck der Abschöpfung, die durch den Einsatz von öffentlichen Finanzierungsmitteln und ihnen gleichzuhaltenden Mitteln erzielten wettbewerbsverzerrenden Vorteile für den ORF rückgängig zu machen, nicht Rechnung getragen würde.

Ebenso würde dem Ziel der Abschöpfung zweckwidrig verwendeter Mittel nicht entsprochen, würden (konnex-kommerzielle) Erlöse aus jener Tätigkeit, die der ORF bei Überschreitung des öffentlich-rechtlichen Auftrags unter Einsatz von Programmengelt erzielt hat, bei der Berechnung des Abschöpfungsbetrags in Abzug gebracht werden. Insoweit ist daher auch eine Bruttorechnung anzustellen (vgl. VwGH 06.04.2016, Ro 2015/03/0014, hierauf verweisend: BVwG 21.12.2016, W120 2006750-1/15E und BVwG 10.08.2017, W249 2014641-1/15E).

Schließlich sind nach der Rechtsprechung bei Ermittlung der konkreten Höhe der verwendeten Mittel die absoluten Kosten (vgl. BKS vom 25.02.2013, 611.805/001-BKS/2012) heranzuziehen, sodass sich die Frage nach der allfälligen Berücksichtigung etwaiger rechtskonformer „Ersatzprodukte“ jedenfalls nicht stellt. Würden die relativen Kosten zu einem Ersatzprogramm oder -angebot zum Maßstab der Abschöpfung gemacht, wäre eine Abschöpfung auch nur bei jenen Rechtsverletzungen möglich, die absolut „teurer“ sind, als ein rechtskonformes Ersatzangebot. Maßgeblich sind somit nur die absoluten Kosten, die auf die Bereitstellung der in Rede stehenden Rubrik „Ski Stars“ entfallen.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen war die Höhe der für die Bereitstellung der Rubrik „Skistars“ im Rahmen des Online-Teilangebots zum Alpinen Skiweltcup 2013/2014 (unter „<http://sport.ORF.at/skiweltcup>“ und über die „Skiweltcup-App“) aufgewendeten Mittel aus Programmengelt oder diesen gleichzuhaltenden Mittel mit einem Betrag in Höhe von EUR 9.997,26 festzulegen.

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

4.4. 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. 58/2018, 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 früher ergangener Entscheidungen 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 zwei 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 / KOA 11.260/19-001“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ sind die Steuernummer/Abgabenkontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE – Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 21. Jänner 2019

Kommunikationsbehörde Austria
Die Senatsvorsitzende

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)