



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:

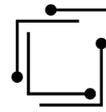
I. Spruch

1. Aufgrund des vom ORF in den Zeiträumen vom 21.09.2017 bis zum 23.10.2017 unter faktoderfake.at/blog/fakt-oder-fake bzw. vom 28.09.2017 bis zum 04.10.2017 unter meins.orf.at/fakt-oder-fake gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 112/2023, bereitgestellten Angebots „Fakt oder Fake“, welches durch die Einbindung des automatisierten Erkennungstools nicht dem durch §§ 4b bis 4f ORF-G und dem Angebotskonzept für „TV.ORF.at“ gezogenen Rahmen entsprochen hat, wodurch die Bestimmungen der § 4e Abs. 1 Z 3, Abs. 3 Z 2 und Abs. 5 sowie § 5a Abs. 1, 2 und 4 ORF-G und § 6 ORF-G verletzt wurden, sowie aufgrund des vom ORF gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G bereitgestellten Angebots „meins.orf.at“, welches durch die erweiterte Archivfunktion mit seinen vom 21.08.2016 bis zum 02.11.2017 bereitgestellten Reportagen mit den Nummern 42 bis 98, welche jeweils länger als 30 Tage nach Sendungsausstrahlung angeboten wurden, nicht dem durch §§ 4b bis 4f ORF-G und dem Angebotskonzept für „TV.ORF.at“ gezogenen Rahmen entsprochen hat, wodurch die Bestimmungen der § 4e Abs. 1 Z 3, Abs. 3 vierter Satz und Abs. 5 sowie § 5a Abs. 1, 2 und 4 ORF-G und § 6 ORF-G verletzt wurden, und diese Angebote sohin als die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreitend anzusehen sind, wird gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G die Abschöpfung von Einnahmen aus Programmtergelt bzw. diesen gleichzuhaltenden Mitteln in der Höhe von

EUR 13.683,-

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

Mit Bescheid vom 25.07.2018, KOA 11.260/18-010, stellte die KommAustria (soweit hier relevant) von Amts wegen gemäß §§ 35, 36 Abs. 1 Z 3 lit. a und 37 Abs. 1 ORF-G fest, dass das vom ORF in den Zeiträumen vom 21.09.2017 bis zum 23.10.2017 unter faktoderfake.at/blog/fakt-oder-fake bzw. vom 28.09.2017 bis zum 04.10.2017 unter meins.orf.at/fakt-oder-fake gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G bereitgestellte Angebot „Fakt oder Fake“ durch die Einbindung des automatisierten Erkennungstools (im Folgenden: Online-Angebot „Fakt oder Fake“) nicht dem durch §§ 4b bis 4f ORF-G und dem Angebotskonzept für „TV.ORF.at“ gezogenen Rahmen entsprochen hat und somit die Bestimmungen der § 4e Abs. 1 Z 3, Abs. 3 Z 2 und Abs. 5 sowie § 5a Abs. 1, 2 und 4 ORF-G verletzt wurden. Zudem wurde eine Verletzung des § 6 ORF-G aufgrund der Bereitstellung des Online-Angebots „Fakt oder Fake“ festgestellt, da dieses ohne vorangehende Genehmigung durch die KommAustria gemäß § 6b ORF-G angeboten wurde (Spruchpunkte 1. und 2.).

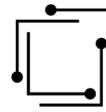
Außerdem hat die KommAustria festgestellt, dass das vom ORF gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G bereitgestellte Angebot „meins.orf.at“ durch die erweiterte Archivfunktion mit seinen vom 21.08.2016 bis zum 02.11.2017 bereitgestellten Reportagen mit den Nummern 42 bis 98, welche jeweils länger als 30 Tage nach Sendungsausstrahlung angeboten wurden (im Folgenden: Online-Angebot „meins.orf.at“), nicht dem durch §§ 4b bis 4f ORF-G und dem Angebotskonzept für „TV.ORF.at“ gezogenen Rahmen entsprochen hat und somit die Bestimmungen der § 4e Abs. 1 Z 3, Abs. 3 vierter Satz und Abs. 5 sowie § 5a Abs. 1, 2 und 4 ORF-G verletzt wurden. Zudem wurde eine Verletzung des § 6 ORF-G aufgrund der Bereitstellung des Online-Angebots „meins.orf.at“ festgestellt, da dieses ohne vorangehende Genehmigung durch die KommAustria gemäß § 6b ORF-G angeboten wurde (Spruchpunkte 7. und 8.).

Mit rechtskräftigem Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes (BVwG) vom 22.11.2022, W179 2205231-1/6E und W179 2261160-1/4E, wurden die vom ORF dagegen erhobenen Beschwerden als unbegründet abgewiesen.

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 22.11.2022, W179 2205231-1/6E und W179 2261160-1/4E, leitete die KommAustria mit Schreiben vom 19.01.2023 ein Abschöpfungsverfahren gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G wegen Überschreitung des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Hinblick auf die, unter Punkt 1.1. beschriebenen, bereitgestellten Online-Angebote „Fakt oder Fake“ sowie „meins.orf.at“ gegen den ORF ein und forderte diesen zwecks Ermittlung des abzuschöpfenden Betrages auf, eine detaillierte Darstellung der in Bezug auf die Bereitstellung der inkriminierten Online-Angebote „Fakt oder Fake“ sowie „meins.orf.at“ angefallenen Kosten zu übermitteln, die insbesondere folgende Positionen zu umfassen haben:



Betreffend das Online-Angebot „Fakt oder Fake“

- Entwicklungskosten: Planung, Konzeption, Pflichtenheft, Umsetzung, Test des automatisierten Erkennungstools bzw. der Lizenzkosten (falls das Tool ausschließlich extern entwickelt wurde);
- redaktionellen Kosten für die Zusammenstellung der Inhalte;
- Kosten der Bereitstellung (z.B. Hosting);
- Kosten für den laufenden Support;
- Kosten für die Bewerbung;
- gemeinsame Kosten: anteilige redaktionelle Kosten an den auch unter meins.orf.at bereitgestellten Inhalten sowie
- anteilige Gemeinkosten des Unternehmens.

Betreffend das Online-Angebot „meins.orf.at“

- Direkten Kosten: Kosten, welche ausschließlich durch die verlängerte Bereitstellung entstanden sind;
- gemeinsame Kosten: anteilige redaktionelle Kosten an den bereitgestellten Beiträgen sowie
- anteilige Gemeinkosten des Unternehmens.

Der Darstellung sollten 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) nachstehende Annahmen für die Kostenkalkulation zugrunde gelegt werden:

1. Nachkalkulation auf Basis der Ist-Kosten unter zeitlicher Berücksichtigung aller Kosten, welche im Rahmen der Entwicklung bis zum Ende der Bereitstellung der inkriminierten Online-Angebote „Fakt oder Fake“ sowie „meins.orf.at“ entstanden sind.
2. Vollkostenrechnung inklusive anteiliger gemeinsamer Kosten mit anderen Angeboten sowie anteiliger Unternehmensgemeinkosten für die inkriminierten Online-Angebote „Fakt oder Fake“ sowie „meins.orf.at“.
3. Bruttoberechnung ohne Berücksichtigung von Erlösen, welche im Zusammenhang mit der Bereitstellung der inkriminierten Online-Angebote „Fakt oder Fake“ sowie „meins.orf.at“ entstanden sind.

1.2.2. Stellungnahme des ORF, Bestellung des Amtssachverständigen und Gutachtensauftrag

Mit Schreiben vom 16.02.2023 übermittelte der ORF die angeforderten Angaben und Unterlagen.

Hierauf bestellte die KommAustria am 23.02.2023 Dr. Roland Belfin zum Amtssachverständigen und beauftragte diesen mit der Ermittlung des abzuschöpfenden Betrags anhand der für die im Rahmen der Online-Angebote „Fakt oder Fake“ sowie „meins.orf.at“ vom ORF übermittelten Kostendaten. Zur Auftragsdurchführung richtete der Amtssachverständige im April 2023 einige Fragen an den ORF, welche dieser Anfang Juni 2023 beantwortet hat.

1.2.3. Gutachten des Amtssachverständigen und Zustellung an den ORF

Am 12.06.2023 übermittelte der Amtssachverständige sein Gutachten zur Berechnung der für die Bereitstellung der Online-Angebote „Fakt oder Fake“ sowie „meins.orf.at“ 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 16.02.2023 Darstellungen und Berechnungen nachstehender Kosten betreffend das Online-Angebot „Fakt oder Fake“ übermittelt.

Nr.	Position	Betrag in €
1	Gesamtkosten Personal	7.908
2	Drehtag	1.341
3	Schnitt	480
4	Server/Stream	645
5	Gesamtkosten Technik (Summe 2 bis 4)	2.466
6	Gesamtkosten Personal & Technik (Summe 1 und 5)	10.373
7	Gemeinkosten 9,67% (Prozentanteil von 6)	1.003
8	Gesamtkosten (Summe aus 6 und 7)	11.376

Gesamtkosten betreffend das Online-Angebot „Fakt oder Fake“

Hinsichtlich der vom ORF dargestellten Personalkosten erläuterte der Amtssachverständige, dass sich diese aus Kosten für Leitung, Entwicklung und Redaktion zusammensetzen und auf insgesamt EUR 7.908,- belaufen würden. Die Stundenanzahl und Stundensätze seien in der Berechnung des ORF ausgewiesen und nachvollziehbar.

Bezüglich Streaming seien die monatlichen Kosten für den Server in Höhe von EUR 586,- angesetzt und für den Zeitraum von 21.09.2017 bis 23.10.2017 für 33 Tage aliquotiert worden. Mit dem Tageswert (Basis 30 Tage pro Monat) von EUR 19,53 ergebe sich mit 33 Tagen ein Wert von insgesamt EUR 645,- für Server/Stream. Es seien demnach 100 % der Serverkosten für die entsprechenden Tage zugerechnet worden. Für das Streaming sei ein virtueller Server und die Bereitstellung einer Internetanbindung notwendig gewesen. Einmalige Kosten seien nicht angesetzt worden, weil die Server-Einrichtungskosten unabhängig von diesem Projekt entstanden seien. Die Annahme bezüglich der Bereitstellungsdauer entspreche somit den im Gutachtensauftrag angegebenen Bereitstellungszeitraum von 21.09.2017 bis zum 23.10.2017 für das Online-Angebot „Fakt oder Fake“.

Durch den im Gutachtensauftrag angegebenen weiteren Bereitstellungszeitraum vom 28.09.2017 bis zum 04.10.2017 unter „meins.orf.at/fakt-oder-fake“, welcher vollständig innerhalb des bereits kostenmäßig aliquotierten Zeitraums liege, seien durch die weitere Abrufmöglichkeit durch den zusätzlichen Link keine weiteren zu berücksichtigenden Kosten entstanden.

Sonstige bzw. externe Kosten für die Kooperation betreffend die Software („Erkennungstool“) mit der Fachhochschule Hagenberg (FH Hagenberg) und der Technischen Universität Wien (TU Wien) seien nicht angefallen.

Der ORF habe am 16.02.2023 weiters Darstellungen und Berechnungen nachstehender Kosten betreffend das Online-Angebot „meins.orf.at“ übermittelt.

Nr.	Position	Betrag in €
1	Gesamtkosten Personal	1.014
2	Gesamtkosten Technik (Server/Stream)	1.089
3	Gesamtkosten Personal & Technik (Summe aus 1 und 2)	2.104
4	Gemeinkosten 9,67% (Prozentsatz von 3)	203
5	Gesamtkosten (Summe aus 3 und 4)	2.307

Gesamtkosten betreffend das Online-Angebot „meins.orf.at“

Im Hinblick auf die vom ORF dargestellten Personalkosten betreffend „meins.orf.at“ erläuterte der Amtssachverständige, dass sich diese aus Kosten für Entwicklung und Betreuung zusammensetzen und auf insgesamt EUR 1.014,- belaufen würden. Die Stundenanzahl und Stundensätze seien in der Berechnung des ORF ausgewiesen und nachvollziehbar. Bei der Berechnung des ORF betreffend das Online-Angebot „meins.orf.at“ seien keine Kosten in den Personalkosten für „Leitung“ enthalten, weil die Position „Leitung“ für den Teilbereich „meins.orf.at“ bereits in der Kalkulation für „Fakt oder Fake.at“ abgedeckt sei. Diese Kosten könnten alternativ auch noch auf die beiden Teilbereiche „faktorfake.at“ und „meins.orf.at“ zugerechnet werden. Der Amtssachverständige kommt allerdings zum Ergebnis, dass eine derartige Aufteilung keine Auswirkung auf das ohnehin zu summierende Gesamtergebnis hätte und deshalb die Zurechnung für den Teilbereich „Fakt oder Fake“ für den gegenständlichen Berechnungszweck nicht zu beanstanden sei.

Für die Kalkulation der Gesamtkosten Technik (Server/Stream) ziehe der ORF den Zeitraum von 21.08.2016 bis 02.11.2017 heran. Dies entspreche 438 Tagen und sei ident mit dem inkriminierten Bereitstellungszeitraum für „meins.orf.at“. Die Gesamtkosten für den notwendigen Server hätten pro Monat EUR 586,- betragen. Dividiere man diesen Wert durch 30 Tage, erhalte man einen Tageswert von EUR 19,53. Der ORF habe ausgewertet, dass durch das gegenständliche Archiv 12,73 % dieses Servers ausgelastet gewesen sei, weshalb er den Tageswert in der Höhe von EUR 19,53 mit diesem Prozentsatz auf einen Wert von EUR 2,49 rechne. Der Gesamtwert Technik in Höhe von EUR 1089,- ergebe sich aus der Multiplikation des Tageswerts von EUR 2,49 mit der Bereitstellungsdauer von 438 Tagen. Werde der Server von mehreren Angeboten genutzt, handle es sich dabei um „gemeinsame“ Kosten. Nach der anzuwendenden Vollkostenrechnung müsse methodisch jener Anteil der Nutzung einberechnet werden, welcher auf das gegenständliche Angebot entfalle. Dies habe der ORF nach Auffassung des Amtssachverständigen mit der Annahme von 12,73 % methodisch korrekt durchgeführt.

Methodisch würden in die Kalkulation gemeinsame Kosten von Inhalten (in diesem Fall die bereitgestellten Videos) einfließen. Es handle sich dabei um gemeinsame und nicht direkt zurechenbare Kosten, weil diese Videos zuerst im Fernsehen, dann auf der ORF TVthek und danach in den gegenständlichen Angeboten bereitgestellt worden seien.

In der vom ORF vorgelegten Berechnung seien explizit keine Kosten für Inhalte ausgewiesen worden. Im Rahmen der Beantwortung von Fragen des Amtssachverständigen durch den ORF, habe dieser Folgendes dazu ausgeführt:

„Sämtliche Videoclips wurden primär für die Ausstrahlung im Fernsehen und anschließende Bereitstellung auf tvthek.orf.at produziert und kostenmäßig bereits diesen Angeboten voll zugerechnet. Daher wurden keine Kosten für die längere Bereitstellung in der gegenständlichen Kalkulation ausgewiesen. Wenn man anhand der Reichweite (Fernsehausstrahlung, orf.tvthek.at und längere Bereitstellung) eine nachträgliche Kostenzurechnung durchführen würde, wären diese Kosten in einem vernachlässigbaren Bereich.“

Diese Argumentation sei nach Auffassung des Amtssachverständigen plausibel, weil die Nutzerzahlen im Fernsehen und in der TVthek wesentlich höher seien als im gegenständlichen Angebot. Daher müssten diese Kosten zwar methodisch anteilmäßig berücksichtigt werden, könnten aber im gegenständlichen Einzelfall mit EUR 0,- geschätzt werden, weil der Nutzungsanteil im Vergleich mit den anderen Diensten (Fernsehen, TVthek) in einem vernachlässigbaren Bereich sei.

Die Kosten im Sinne einer für Abschöpfungen nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G heranzuziehenden Berechnungsmethode für die bereitgestellten Online-Angebote „Fakt oder Fake“ sowie „meins.orf.at“ seien laut Gutachten des Amtssachverständigen daher in Summe in Höhe von EUR 13.683,- zu veranschlagen. Darin enthalten sei methodisch im Sinne einer Vollkostenrechnung eine Schätzung in Höhe von EUR 0,- für anteilige gemeinsame Kosten für im gegenständlichen Angebot bereitgestellte Videos. Die herangezogene Berechnungsmethode berechne die absoluten Bruttokosten. Die Berechnung des ORF erfülle daher die entsprechenden Annahmen für die Kostenkalkulation iSd § 38a ORF-G (vgl. die in Punkt 1.2.1. diesbezüglich angeführte Rechtsprechung).

Mit Schreiben vom 13.06.2023 wurde das Gutachten des Amtssachverständigen dem ORF zur Stellungnahme binnen zwei Wochen übermittelt.

Eine Stellungnahme langte nicht ein.

2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Der ORF hat in den Zeiträumen vom 21.09.2017 bis zum 23.10.2017 unter faktoderfake.at/blog/fakt-oder-fake bzw. vom 28.09.2017 bis zum 04.10.2017 unter meins.orf.at/fakt-oder-fake gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G das Online-Angebot „Fakt oder Fake“ bereitgestellt, welches durch die Einbindung des automatisierten Erkennungstools nicht dem durch §§ 4b bis 4f ORF-G und dem Angebotskonzept für „TV.ORF.at“ gezogenen Rahmen entsprochen hat, dadurch wurden durch den ORF die Bestimmungen der § 4e Abs. 1 Z 3, Abs. 3 Z 2 und Abs. 5 ORF-G sowie § 5a Abs. 1, 2 und 4 ORF-G verletzt. Zudem hat der ORF aufgrund der Bereitstellung dieses Angebots § 6 ORF-G verletzt, da dieses ohne vorangehende Genehmigung durch die KommAustria gemäß § 6b ORF-G angeboten wurde.

Weiters hat der ORF gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G das Online-Angebot „meins.orf.at“ bereitgestellt, welches durch die erweiterte Archivfunktion mit seinen vom 21.08.2016 bis zum 02.11.2017 bereitgestellten Reportagen mit den Nummern 42 bis 98, welche jeweils länger als 30 Tage nach Sendungsausstrahlung angeboten wurden, nicht dem durch §§ 4b bis 4f ORF-G und dem

Angebotskonzept für „TV.ORF.at“ gezogenen Rahmen entsprochen hat, wodurch durch den ORF die Bestimmungen der § 4e Abs. 1 Z 3, Abs. 3 vierter Satz und Abs. 5 ORF-G sowie § 5a Abs. 1, 2 und 4 ORF-G verletzt wurden. Zudem hat der ORF aufgrund der Bereitstellung dieses Angebots § 6 ORF-G verletzt, da dieses ohne vorangehende Genehmigung durch die KommAustria gemäß § 6b ORF-G angeboten wurde.

Unter Zugrundelegung einer Bruttovollkostenrechnung betragen die Kosten für die Bereitstellung der inkriminierten Angebote in den genannten Zeiträumen insgesamt EUR 13.683,-.

2.1. Online-Angebot „Fakt oder Fake“

Die oben genannten Kosten setzen sich betreffend das Online-Angebot „Fakt oder Fake“ aus nachfolgenden Einzelpositionen zusammen:

Nr.	Position	Betrag in €
1	Gesamtkosten Personal	7.908
2	Drehtag	1.341
3	Schnitt	480
4	Server/Stream	645
5	Gesamtkosten Technik (Summe 2 bis 4)	2.466
6	Gesamtkosten Personal & Technik (Summe 1 und 5)	10.373
7	Gemeinkosten 9,67% (Prozentanteil von 6)	1.003
8	Gesamtkosten (Summe aus 6 und 7)	11.376

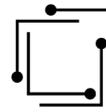
Gesamtkosten betreffend das Online-Angebot „Fakt oder Fake“

Die Personalkosten setzen sich aus Kosten für Leitung, Entwicklung und Redaktion zusammen und belaufen sich auf insgesamt EUR 7.908,-.

Bezüglich Streaming sind die monatlichen Kosten für den Server in Höhe von EUR 586,- angesetzt und für den Zeitraum von 21.09.2017 bis 23.10.2017 für 33 Tage aliquotiert. Mit dem Tageswert (Basis 30 Tage pro Monat) von EUR 19,53 ergibt sich mit 33 Tagen ein Wert von insgesamt EUR 645,- für Server/Stream. Es werden demnach 100 % der Serverkosten für die entsprechenden Tage zugerechnet. Für das Streaming war ein virtueller Server und die Bereitstellung einer Internetanbindung notwendig. Einmalige Kosten wurden nicht angesetzt, weil die Server-Einrichtungskosten unabhängig von diesem Projekt entstanden sind. Die Annahme bezüglich der Bereitstellungsdauer entspricht somit dem Bereitstellungszeitraum von 21.09.2017 bis zum 23.10.2017 für das Online-Angebot „Fakt oder Fake“.

Durch den weiteren Bereitstellungszeitraum vom 28.09.2017 bis zum 04.10.2017 unter „meins.orf.at/fakt-oder-fake“, welcher vollständig innerhalb des bereits kostenmäßig aliquotierten Zeitraums liegt, entstehen durch die weitere Abrufmöglichkeit über den zusätzlichen Link keine weiteren zu berücksichtigenden Kosten.

Sonstige bzw. externe Kosten für die Kooperation betreffend die Software („Erkennungstool“) mit der FH Hagenberg und der TU Wien sind nicht angefallen.



2.2. Online-Angebot „meins.orf.at“

Die oben genannten Kosten setzen sich betreffend das Online-Angebot „meins.orf.at“ aus nachfolgenden Einzelpositionen zusammen:

Nr.	Position	Betrag in €
1	Gesamtkosten Personal	1.014
2	Gesamtkosten Technik (Server/Stream)	1.089
3	Gesamtkosten Personal & Technik (Summe aus 1 und 2)	2.104
4	Gemeinkosten 9,67% (Prozentsatz von 3)	203
5	Gesamtkosten (Summe aus 3 und 4)	2.307

Gesamtkosten betreffend das Online-Angebot „meins.orf.at“

Die Personalkosten setzen sich aus Kosten für Entwicklung und Betreuung zusammen und belaufen sich auf insgesamt EUR 1.014,-. Bei der Berechnung betreffend das Online-Angebot „meins.orf.at“ sind keine Kosten in den Personalkosten für „Leitung“ enthalten, weil die Position „Leitung“ für den Teilbereich „meins.orf.at“ bereits in der Kalkulation für „Fakt oder Fake“ abgedeckt ist. Eine allfällige Aufteilung auf beide Angebote hätte keine Auswirkungen auf das Gesamtergebnis.

Für die Kalkulation der Gesamtkosten Technik (Server/Stream) wurde der Zeitraum von 21.08.2016 bis 02.11.2017 herangezogen. Dies entspricht 438 Tagen und ist somit ident mit dem inkriminierten Bereitstellungszeitraum für „meins.orf.at“. Die Gesamtkosten für den notwendigen Server betragen pro Monat EUR 586,-. Dividiert man diesen Wert durch 30 Tage, erhält man einen Tageswert von EUR 19,53. Durch das gegenständliche Archiv wurden 12,73 % des Servers ausgelastet, was einen Wert von EUR 2,49 ergibt. Wird der Server von mehreren Angeboten genutzt, handelt es sich dabei um „gemeinsame“ Kosten. Nach der anzuwendenden Vollkostenrechnung muss methodisch jener Anteil der Nutzung einberechnet werden, welcher auf das gegenständliche Angebot entfällt. Der Gesamtwert Technik von EUR 1089,- ergibt sich aus der Multiplikation des Tageswerts von EUR 2,49 mit der Bereitstellungsdauer von 438 Tagen.

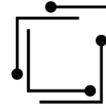
2.3. Content-Kosten

Methodisch fließen in die Kalkulation gemeinsame Kosten von Inhalten (in diesem Fall die bereitgestellten Videos) ein. Es handelt sich dabei um gemeinsame und nicht direkt zurechenbare Kosten, weil diese Videos zuerst im Fernsehen, dann auf der ORF TVthek und danach im gegenständlichen Angebot bereitgestellt wurden.

Im gegenständlichen Fall werden diese gemeinsame Kosten mit EUR 0,- geschätzt, weil der Nutzungsanteil im Vergleich mit den anderen Diensten (Fernsehen, TVthek) in einem vernachlässigbaren Bereich liegt.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen, dass der ORF in den Zeiträumen vom 21.09.2017 bis zum 23.10.2017 unter faktoderfake.at/blog/fakt-oder-fake bzw. vom 28.09.2017 bis zum 04.10.2017 unter meins.orf.at/fakt-oder-fake gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G das Angebot „Fakt oder Fake“ bereitgestellt hat, welches durch die Einbindung des automatisierten Erkennungstools (im Folgenden: Online-Angebot „Fakt oder Fake“) nicht dem durch §§ 4b bis 4f ORF-G und dem Angebotskonzept für



„TV.ORF.at“ gezogenen Rahmen entsprochen hat, und somit durch den ORF die Bestimmungen der § 4e Abs. 1 Z 3, Abs. 3 Z 2 und Abs. 5 sowie § 5a Abs. 1, 2 und 4 ORF-G sowie § 6 ORF-G verletzt wurden, sowie dass der ORF gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G das Angebot „meins.orf.at“ bereitgestellt hat, welches durch die erweiterte Archivfunktion mit seinen vom 21.08.2016 bis zum 02.11.2017 bereitgestellten Reportagen mit den Nummern 42 bis 98, welche jeweils länger als 30 Tage nach Sendungsausstrahlung angeboten wurden (im Folgenden: Online-Angebot „meins.orf.at“), nicht dem durch §§ 4b bis 4f ORF-G und dem Angebotskonzept für „TV.ORF.at“ gezogenen Rahmen entsprochen hat und somit durch den ORF die Bestimmungen der § 4e Abs. 1 Z 3, Abs. 3 vierter Satz und Abs. 5 sowie § 5a Abs. 1, 2 und 4 ORF-G sowie § 6 ORF-G verletzt wurden, beruhen auf dem rechtskräftigen Erkenntnis des BVwG vom 22.11.2022, W179 2205231-1/6E und W179 2261160-1/4E.

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.).

Die Feststellungen zur Höhe der für die inkriminierte Bereitstellung der Online-Angebote „Fakt oder Fake“ sowie „meins.orf.at“ verwendeten Mittel ergeben sich aus den schlüssigen Ausführungen und Berechnungen des Amtssachverständigen in seinem Gutachten vom 12.06.2023, welche auch vom ORF nicht bestritten wurden.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Rechtsgrundlage

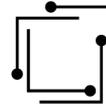
§ 38a ORF-G lautet:

„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 fehlverwendeten 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 22.11.2022, W179 2205231-1/6E und W179 2261160-1/4E, wonach das vom ORF in den Zeiträumen vom 21.09.2017 bis zum 23.10.2017 unter faktoderfake.at/blog/fakt-oder-fake bzw. vom 28.09.2017 bis zum 04.10.2017 unter meins.orf.at/fakt-oder-fake gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G bereitgestellte Online-Angebot „Fakt oder Fake“ nicht dem durch §§ 4b bis 4f ORF-G und dem Angebotskonzept für „TV.ORF.at“ gezogenen Rahmen entsprochen hat und somit die Bestimmungen der § 4e Abs. 1 Z 3, Abs. 3 Z 2 und Abs. 5 sowie § 5a Abs. 1, 2 und 4 ORF-G verletzt wurden und zudem eine Verletzung des § 6 ORF-G festgestellt wurde, sowie das vom ORF gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G bereitgestellte Online-Angebot „meins.orf.at“ nicht dem durch §§ 4b bis 4f ORF-G und dem Angebotskonzept für „TV.ORF.at“ gezogenen Rahmen entsprochen hat und somit die Bestimmungen der § 4e Abs. 1 Z 3, Abs. 3 vierter Satz und Abs. 5 sowie § 5a Abs. 1, 2 und 4 ORF-G verletzt wurden und zudem eine Verletzung des

§ 6 ORF-G festgestellt wurde, liegt im gegenständlichen Fall zweifellos jeweils ein Sachverhalt gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G vor.

Durch die Bereitstellung der Online-Angebote „Fakt oder Fake“ und „meins.orf.at“ hat der ORF in den erwähnten Zeiträumen die durch die Bestimmungen gemäß § 4e Abs. 1 Z 3, Abs. 3 Z 2, Abs. 3 letzter Satz und Abs. 5 sowie § 5a Abs. 1, 2 und 4 ORF-G determinierten Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschritten. Zudem wurde durch die Bereitstellung der Online-Angebote „Fakt oder Fake“ und „meins.orf.at“ jeweils eine Verletzung des § 6 ORF-G aufgrund der Bereitstellung der genannten Angebote festgestellt, da diese ohne vorangehende Genehmigung durch die KommAustria gemäß § 6b ORF-G angeboten wurden.

Der ORF hat damit Normen 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. Die festgestellten Verstöße waren daher solche, durch die 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.

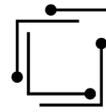
Gemäß § 31 Abs. 3 ORF-G sind bei Festlegung des Programmengelts Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, öffentliche Zuwendungen (wie jene des § 31 Abs. 11 ORF-G) sowie die in der Widmungsrücklage gebundenen Mittel von den Kosten des öffentlich-rechtlichen 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 Online-Angebote „Fakt oder Fake“ und „meins.orf.at“ 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) 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 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 Programmentgelt 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 Online-Angebote „Fakt oder Fake“ und „meins.orf.at“ entfallen.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen war die Höhe der für die Bereitstellung der Online-Angebote „Fakt oder Fake“ und „meins.orf.at“ aufgewendeten Mittel aus Programmentgelt oder diesen gleichzuhaltenden Mittel mit einem Betrag in Höhe von EUR 13.683,- 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. 88/2023, 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 (vgl. Spruchpunkt 2.).

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 Österreich (IBAN: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 11.260/23-005“, 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 13. September 2023

Kommunikationsbehörde Austria
Die Senatsvorsitzende

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)