

# Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat I, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden und den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, über die Beschwerde der PULS 4 TV GmbH & Co KG gegen den Österreichischen Rundfunk wegen behaupteter Verletzung des ORF-Gesetzes durch den Erwerb der Übertragungsrechte an der UEFA Champions League für die Saisonen 2015/16 bis 2017/18 wie folgt entschieden:

## I. Spruch

Die Beschwerde wird gemäß §§ 35, 36 Abs. 1 Z 1 lit. c iVm § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 55/2014, als unbegründet abgewiesen.

## II. Begründung

### 1. Gang des Verfahrens

#### 1.1. Beschwerde vom 20.01.2014

Mit Schreiben vom 20.01.2014, bei der KommAustria eingelangt am selben Tag, erhob die PULS 4 TV GmbH & Co KG (in der Folge: Beschwerdeführerin) Beschwerde gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G gegen den Österreichischen Rundfunk (in der Folge: Beschwerdegegner) wegen Verletzung von § 31c Abs. 1 ORF-G. Die Beschwerdeführerin beantragte im Wesentlichen festzustellen, dass der Beschwerdegegner durch den Erwerb der Übertragungsrechte für die Spiele der UEFA Champions League für die Saisonen 2015/16, 2016/17 und 2017/18 gegen § 31c Abs. 1 ORF-G verstoßen habe, da er in diesem Zusammenhang Mittel aus dem Programmengelt eingesetzt habe, um hochkarätiges zuschauerattraktives Premium-Sportprogramm zu erwerben, dessen Ausstrahlung für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht erforderlich sei, wobei der Erwerb der Senderechte zu überhöhten, nach kaufmännischen Grundsätzen nicht gerechtfertigten Preisen erfolgt sei.

### 1.1.1. Zur Begründung der Beschwerde

Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, Sportrechte seien aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ein besonders sensibler Teil des Rundfunkmarktes, weshalb das ORF-G – in §§ 31b und 31c – auch und vor allem in diesem Zusammenhang das Wettbewerbsverhalten des Beschwerdegegners regle, um dessen marktkonformes Verhalten sicherzustellen. § 31c ORF-G diene der Umsetzung der beihilfenrechtlichen Grundsätze des EG-Vertrages. Bereits im Jahr 2009 habe die Europäische Kommission in der Entscheidung des gegen Österreich wegen der Finanzierung des ORF geführten Beihilfenverfahrens den Erwerb exklusiver Live-Sportrechte durch den ORF beanstandet, was auf Basis der Zusicherungen der Republik Österreich in diesem Verfahren einerseits zur Festlegung von inhaltlichen Beschränkungen des Sport-Spartenkanals ORF Sport+ und andererseits zur Einführung von § 31c ORF-G geführt habe. Auch nunmehr verfüge der Beschwerdegegner wieder über so gut wie alle kommerziell attraktiven Premium-Sportrechte, worin sich die Situation in Österreich auch deutlich von anderen europäischen Märkten, etwa Deutschland unterscheide.

Am 22.10.2013 habe die T.E.A.M. TELEVISION EVENT AND MEDIA MARKETING AG (in der Folge: TEAM) als Vertreterin der UEFA die Übertragungsrechte für die Spiele der UEFA Champions League für die Saisons 2015/16, 2016/17 und 2017/18 im Rahmen eines Bieterverfahrens (mit Ende der Angebotsfrist am 27.11.2013) ausgeschrieben, wobei mehrere (näher dargestellte) Rechtepakete angeboten worden seien. Das kommerziell bedeutendste Paket stelle das Paket A1 dar, weil es dem Rechteinhaber ermögliche, an jedem Spieltag das attraktivste Match auszusuchen und dabei auch allfällige Spiele einer teilnehmenden österreichischen Mannschaft zu berücksichtigen, und weil nur dieses Paket die Übertragung des Finalspiels erlaube.

Die Beschwerdeführerin habe für die Lizenzrechte am Paket A1 für die Saisons 2015/16 bis 2017/18 einen Lizenzpreis von EUR xx Mio. pro Saison angeboten und alternativ auch ein Gebot für das Paket A2 abgegeben. Dieses Angebot sei etwas unter dem zuletzt von der Beschwerdeführerin für die Saisons 2012/13 bis 2014/15 bezahlten Preis von EUR xx Mio. pro Saison gelegen, weil die Beschwerdeführerin anders als zuletzt auch ko-exklusive Rechte akzeptiert hätte, aus der Erfahrung der letzten Jahre zu dem Ergebnis gelangt sei, dass ein höherer Lizenzpreis kaufmännisch nicht zu rechtfertigen sei, und aus der Einstrahlung von Programmen aus Nachbarländern resultierende negative Effekte zu berücksichtigen seien. Die Beschwerdeführerin gehe davon aus, dass andere private Rundfunkveranstalter vergleichbare Angebote gelegt hätten. Am 09.12.2013 habe der Beschwerdegegner (per Presseausendung) bekannt gegeben, sich nach dreijähriger Pause wieder die Rechte an der UEFA Champions League (Paket A1) gesichert zu haben, wogegen die Beschwerdeführerin mit keinem ihrer Gebote erfolgreich gewesen sei.

Gemäß § 31c Abs. 1 ORF-G dürften dem Beschwerdegegner aus Programmengelt zufließende Mittel nicht in einer zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht erforderlichen wettbewerbsverzerrenden Weise verwendet werden. Insbesondere dürfe der Beschwerdegegner diese Mittel nicht dazu verwenden, seine Rechte zu überhöhen, nach kaufmännischen Grundsätzen nicht gerechtfertigten Preisen zu erwerben. Diese Bestimmung solle den Erläuterungen zufolge – ebenso wie die Bestimmung des § 31b ORF G – dem Risiko entgegenwirken, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter aufgrund der privilegierten Finanzierung höhere Preise für den Erwerb von Sportrechten biete, als diese nach kaufmännischen Grundsätzen wert wären, um Mitbewerber „auszustechen“. Der Rundfunkmitteilung zufolge, die insofern noch deutlicher sei, hätten die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Grundsatz des Fremdvergleichs einhalten, kommerzielle Investitionen im Einklang mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers vornehmen und nicht mit Hilfe öffentlicher Mittel zu Lasten ihrer Wettbewerber wettbewerbschädliche Praktiken anwenden. Ein Verstoß gegen § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G liege daher vor, wenn der ORF ihm aus

Programmentgelt zufließende Mittel verwende, die erworbenen Senderechte zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht erforderlich sowie die Lizenzkosten überhöht oder die daraus resultierenden Programmkosten nach kaufmännischen Grundsätzen nicht gerechtfertigt seien. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen sei aufgrund der Systematik der Bestimmung die bei der Anwendung der Generalklausel des § 31c Abs.1 ORF-G erforderliche Prüfung der wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen des Marktverhaltens des ORF entbehrlich.

Zur Verwendung von Programmentgelt bringt die Beschwerdeführerin vor, ab dem Zeitpunkt einer rechtlich durchsetzbaren Zahlungsverpflichtung sei davon auszugehen, dass über die vereinbarten Lizenzkosten wirksam disponiert sei und daher bereits eine „Verwendung“ der Mittel vorliege, auch wenn aufgrund der tatsächlichen Zahlungsmodalitäten vermutlich erst zukünftige Programmentgelte (der Geschäftsjahre 2015 bis 2018) tatsächlich zur Bezahlung herangezogen würden. Unter das Programmentgelt fielen in diesem Zusammenhang auch alle Nettoerlöse aus konnex-kommerziellen Aktivitäten, also etwa alle Werbeerlöse, die mit der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Zusammenhang stünden und bei der Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Abzug zu bringen seien. Der Beschwerdegegner könne daher nicht argumentieren, zur Finanzierung der Lizenzkosten der UEFA Champions League würden nur Werbeerlöse verwendet und kein Programmentgelt.

Weiters sei die Übertragung von Spielen der UEFA Champions League zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht erforderlich: Aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag gemäß § 4 Abs. 1 und 2 ORF-G, dessen Erfüllung die Rechtfertigung für die staatliche Beihilfe darstelle, die der Beschwerdegegner durch das Programmentgelt erhalte, sei nicht abzuleiten, dass der Beschwerdegegner verpflichtet wäre, exklusive Übertragungsrechte an allen Premium-Sportbewerben zu erwerben. Der Beschwerdegegner verfüge derzeit mit Ausnahme der UEFA Champions League über so gut wie alle wesentlichen kommerziell attraktiven Premium-Sportrechte. Für die umfassende Information der Zuseher hätte der Beschwerdegegner auch – um einen Bruchteil der Kosten – nur ein Highlight- Paket erwerben oder die Berichterstattung auf Basis der aus dem Fernsehexklusivrechtgesetz (FERG) bestehenden Rechte gestalten können. Schon aus verfassungsrechtlichen Überlegungen sei aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag gerade keine Verpflichtung zur Sendung einzelner Programmbestandteile ableitbar, zumal in diesem Zusammenhang ein breiter Gestaltungsspielraum verbleibe. Sportberichterstattung sei im Programm des Beschwerdegegners zumindest angemessen repräsentiert und es sei vom Beschwerdegegner selbst in den letzten Jahren, in denen die Rechte an der UEFA Champions League bei der Beschwerdeführerin gelegen seien, nicht bezweifelt worden, dass eine Auftragserfüllung dessen ungeachtet möglich sei. Im Ergebnis sei der Erwerb von Übertragungsrechten an Spielen der UEFA Champions League „zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags“ nicht erforderlich.

Schließlich sei der vom Beschwerdegegner gebotene Preis nicht marktkonform und überhöht sowie nach kaufmännischen Grundsätzen nicht gerechtfertigt. Ein marktkonformes Verhalten des Beschwerdegegners im Sinn des § 31c ORF-G könne nur dann vorliegen, wenn er sich im Rahmen jener Grenzen bewege, die ein ausschließlich aus dem Markt finanzierter Mitbewerber wirtschaftlich vertreten könnte. Marktkonformität sei daher nicht etwa schon dann sichergestellt, wenn die Vergabe von Sportrechten im Wege einer Versteigerung nach dem Gesetz von Angebot und Nachfrage erfolge; vielmehr müssten jene zusätzlichen Ressourcen, die der öffentlich-rechtliche Rundfunk aufgrund der staatlichen Beihilfe habe, aus der Marktbetrachtung ausgeklammert bleiben.

Die Beschwerdeführerin habe für die exklusiven Übertragungsrechte der Saisonen 2012/13, 2013/14 und 2014/15 ein Lizenzentgelt von etwa EUR xx Mio. pro Saison bezahlt, das Angebot des Beschwerdegegners sei seinen eigenen Angaben damals deutlich darunter gelegen. Die kommerziellen Rahmenbedingungen der Übertragungsrechte für die Spiele der

UEFA Champions League hätten sich allerdings nicht verändert. Bedenken, dass mangels dieser Rechte die Auftragserfüllung in Zweifel stünde, seien nicht geäußert worden.

Die Beschwerdeführerin gehe davon aus, dass der Beschwerdegegner im gegenständlichen Bieterverfahren zumindest EUR 4 Mio. pro Saison geboten habe. Dieser Betrag liege weit über dem bisher für den österreichischen Markt etablierten Marktwert und sei insofern absolut überhöht.

Kommerziell betrachtet habe die Übertragung von Premium-Sportbewerben unter zwei Aspekten Bedeutung: Einerseits führe das hohe Publikumsinteresse unmittelbar zu höheren Werbeerlöse, als sie mit anderen Programmbestandteilen erzielbar wären (direkter kommerzieller Effekt), andererseits könnten private, kommerzielle Fernsehveranstalter solche prestigeträchtigen Programminhalte auch als „Marketinginstrument“ nutzen, um die Bekanntheit des Senders und damit dessen Marktwert nachhaltig zu erhöhen. Zudem hätten die zu erwartenden Quotenerfolge der Live-Übertragungen auf den Gesamtmarktanteil einen weit größeren Einfluss, als dies beim Beschwerdegegner der Fall wäre (indirekte Effekte). Solche indirekten Effekte hätten freilich für den ausschließlich auf die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags ausgerichteten Beschwerdegegner außer Betracht zu bleiben.

Die Beurteilung der Einhaltung der „kaufmännischen Grundsätze“ gemäß § 31c ORF-G müsse konkret auf den Beschwerdegegner bezogen erfolgen. Aufgrund des Normzwecks dieser Bestimmung sei anzunehmen, dass ein nach kaufmännischen Grundsätzen gerechtfertigter Preis nur dann anzunehmen ist, wenn das Ergebnis der „Business Case Logik“ eines privaten kommerziellen Fernsehveranstalters (ohne Berücksichtigung von indirekten Effekten) entspreche. Die Beschwerdeführerin habe es unternommen, anhand eines konkret auf den Beschwerdegegner bezogen kalkulierten Business-Case zu veranschaulichen, dass der vom Beschwerdegegner gebotene Preis für den Erwerb der gegenständlichen Übertragungsrechte nach kaufmännischen Grundsätzen nicht gerechtfertigt sein könne. Demnach könne der Beschwerdegegner bei einem angenommenen Lizenzpreis von rund EUR 4 Mio. pro Saison seine Lizenz- und Produktionskosten nicht einmal annähernd durch die mit der Ausstrahlung erzielten Erlöse decken, denn die negative Umsatzrentabilität liege unter dieser Lizenzpreis-Annahme in der Größenordnung von minus 90 %. Für diese Kalkulation könne die Beschwerdeführerin (sowohl kosten- als auch erlösseitig) auf aktuelle eigene Erfahrungen und Schätzungen zurückgreifen.

Die Rentabilitätsrechnung stelle die Gesamtkosten des Projekts (d.h. Lizenzkosten sowie Herstellungs-/Produktionskosten) den im Rahmen des Projekts erzielbaren Erlösen gegenüber, wobei bei der Berechnung der Erlöse die seitens der UEFA auferlegten Einschränkungen bezüglich der Vermarktung der Champions League zu beachten seien, womit sich die Erlösseite im Wesentlichen auf den Verkauf klassischer Werbeinseln reduziere. Auf der Kostenseite seien die Lizenzkosten die wesentlichste Position, zudem müssten die Herstellungs- und Produktionskosten für die einzelnen Sendungen berücksichtigt werden. Spiele einer österreichischen Mannschaft in der Gruppenphase in einem österreichischen Stadion, müssten diese Spiele vom Lizenzinhaber nach den Standards der UEFA (als „Host Broadcaster“) produziert werden, dazu kämen Positionen betreffend die Verpflichtungen als „Visiting Broadcaster“ und betreffend die Highlight- und Studioproduktion.

An diesem negativen Ergebnis ändere es auch nichts, wenn der Erwerb der gegenständlichen Senderechte ausgabenseitig unter vergleichbaren Sendeplatzbudgets bleibe. Würden nämlich die für den Beschwerdegegner geltenden „kaufmännischen Grundsätze“ bloß darin bestehen, dass das Ergebnis der Rentabilitätsberechnung nicht schlechter sein dürfe, als es nicht näher definierte Alternativprogramme erzielen würden, wäre der Anwendung des § 31c Abs. 1 ORF-G regelmäßig der Boden entzogen.

### 1.1.2. Zur Beschwerdelegitimation und Rechtzeitigkeit der Beschwerde

Zur Beschwerdelegitimation bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, sie sei Fernsehveranstalterin nach dem AMD-G und stehe mit dem Beschwerdegegner sowohl auf dem Zuschauer- als auch auf dem Werbemarkt im Wettbewerb. Sie habe territorial exklusive Übertragungsrechte für die Live-Spiele der UEFA Champions League der Saisonen 2012/13, 2013/14 und 2014/15 erworben.

Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde wird vorgebracht, gemäß § 36 Abs. 3 ORF-G seien Beschwerden innerhalb von sechs Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Gesetzesverletzung, einzubringen. Im konkreten Fall stelle der Abschluss einer für den Beschwerdegegner verbindlichen Vereinbarung mit dem Rechteinhaber den Beginn eines rechtswidrigen Dauerzustandes dar, der letztendlich erst nach Ablauf der Saison 2017/18 und dem damit verbundenen Auslaufen der Übertragungsrechte enden würde. Aufgrund des noch andauernden Gesetzesverstößes sei die Beschwerdefrist somit jedenfalls noch aufrecht. Die Beschwerde sei aber auch dann rechtzeitig, wenn man – wogegen aber schon Gründe der Rechtssicherheit sprächen – das Eingehen einer verbindlichen Vereinbarung über die Mittelverwendung durch den Beschwerdegegner als fristauslösendes Ereignis sehen würde. Der Beschwerdegegner habe den Erwerb der Rechte am 09.12.2013 bekannt gegeben, womit die Beschwerdefrist am 20.01.2014 ende und die (an diesem Tag eingebrachte) Beschwerde rechtzeitig sei. Ein früherer Zeitpunkt als jener der Veröffentlichung einer Entscheidung eines Organs des Beschwerdeführers komme als fristauslösend freilich aus Gründen des Rechtsschutzbedürfnisses nicht in Betracht, könnte der Beschwerdegegner doch andernfalls die Verfolgung von Gesetzesverstößen dadurch verhindern, dass er sie während der Dauer der Beschwerdefrist nicht bekannt mache.

### **1.2. Aufforderung zur Konkretisierung der Beschwerde und Ergänzung der Beschwerde vom 12.02.2014**

Mit Schreiben vom 24.01.2014 forderte die KommAustria die Beschwerdeführerin auf, die ihrer Beschwerde zugrunde liegende Annahme, der Beschwerdegegner habe für die gegenständlichen Übertragungsrechte im Bieterverfahren zumindest EUR 4 Mio. pro Saison geboten, zu erhärten bzw. konkretisieren. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass ihrem Vorbringen, wonach es sich bei ihren Angaben zu den Kosten der derzeit von der Beschwerdeführerin gehaltenen Übertragungsrechte der UEFA Champions League um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse handle und dem Beschwerdegegner insoweit eine „nicht vertrauliche“ (geschwärzte) Version der Beschwerde zu übermitteln sei, von der KommAustria nicht gefolgt werde, da es nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage des Parteienghörs in einem rechtsstaatlichen Verfahren keine geheimen Beweismittel geben dürfe, wobei es unerheblich sei, ob Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vorliegen.

Mit Schreiben vom 12.02.2014 ergänzte die Beschwerdeführerin ihr Beschwerdevorbringen hinsichtlich ihrer Annahmen für das vom Beschwerdegegner abgegebene Gebot dahingehend, dass Vertreter des Rechteevertmarketers TEAM das Angebot der Übertragungsrechte in mehreren Terminen präsentiert hätten. Im Zuge von dabei geführten – „mehr oder weniger“ informellen – Gesprächen, wie sie die Vertreter von TEAM gleichermaßen mit dem Beschwerdegegner geführt hätten, sei von diesen eine (definierte) Erwartungshaltung für die Erlöse aus dem Markt Österreich bekanntgegeben worden, wie sie sich nicht zuletzt aufgrund der Vorbesprechungen mit den potentiellen Interessenten ergeben habe. Für das Rechtepakett A1 sei dabei eine Bandbreite von EUR xx bis xx Mio. genannt worden. Diese Einschätzung sei von TEAM auch in direkten Gesprächen mit dem von der Beschwerdeführerin beauftragten Berater für Sportrechtenmanagement, Herrn A, bestätigt worden. Nach Abgabe der Gebote habe TEAM diesen darüber informiert, dass eine weitere Bieterunde keinen Sinn machen würde, zumal ein Bieter weit höher als alle anderen geboten habe und die Erwartungen gemessen an dem im Vorfeld geäußerten Korridor

übererfüllt worden seien. Die bloße Tatsache, dass anderen Bietern nicht die Gelegenheit gegeben worden sei „nachzubessern“, sei erfahrungsgemäß ein Indiz dafür, dass einer der Bieter weit mehr als alle anderen geboten habe. Überdies hätten die Beschwerdeführerin und ihr Berater aus mehreren informellen ORF-Quellen die Bestätigung erhalten, dass das Gebot des Beschwerdegegners über EUR 4 Mio. gelegen sei.

Mit Schreiben vom 31.01.2014 übermittelte die KommAustria dem Beschwerdegegner die Beschwerde, mit Schreiben vom 14.02.2014 die Beschwerdeergänzung, zur Stellungnahme.

### **1.3. Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 10.03.2014**

#### 1.3.1. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde

Mit Schreiben vom 10.03.2014 nahm der Beschwerdegegner zur Beschwerde Stellung und brachte zunächst vor, die Beschwerde sei nach Ablauf der Beschwerdefrist eingebracht worden. Die Beschwerde richte sich nicht gegen eine andauernde Rechtsverletzung, sondern gegen den „Erwerb“ der gegenständlichen Übertragungsrechte, also gegen den rechtsgeschäftlichen Abschluss bzw. das vermeintlich überhöhte Gebot des Beschwerdegegners und somit eine einzelfallbezogene Handlung, die das maßgebliche fristauslösende Ereignis darstelle. Dem gegenüber beziehe sich die Rechtsprechung zur Fristwahrung bei andauernden Rechtsverletzungen auf Fälle, in denen der Beschwerdegegner einem über einen längeren Zeitraum zu erfüllenden Auftrag in seinen Programmen nicht nachkomme. Dass von § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G der Erwerb und nicht der andauernde Vertrag betroffen sei, zeige auch die Rechtsfolge eines Verstoßes, wonach die KommAustria gemäß § 38a Abs. 1 Z 2 ORF-G die Abschöpfung von Einnahmen aus Programmentgelt im Ausmaß des erhöhten Programmentgelts anzuordnen habe. Selbst wenn der Beschwerde stattgegeben würde, dürfte nach den gesetzlich vorgesehenen Sanktionen somit nur jener Betrag abgeschöpft werden, den der Beschwerdegegner über die Marktüblichkeit hinaus bezahlt habe. Es werde also nicht der Erwerb von Senderechten per se in Frage gestellt, sondern nur das hierfür vereinbarte überhöhte Entgelt, das durch die Abschöpfung einem auftragungsgemäßen Zweck zuzuführen sei.

Soweit die Beschwerdeführerin vorbringe, dass die Beschwerde auch dann rechtzeitig sei, wenn man das Eingehen einer verbindlichen Vereinbarung als fristauslösendes Ereignis sehe, verkenne sie, dass als maßgeblicher Zeitpunkt entweder die Unterfertigung des Gebots durch den ORF-Generaldirektor oder die Erklärung von UEFA/TEAM über dessen Annahme in Betracht komme, wobei alle Zeitpunkte vor dem 09.12.2013 gelegen seien, sodass die Beschwerdefrist vor dem 20.01.2014 geendet hätte. Selbst wenn man der Beschwerdeführerin zugestehen wolle, dass der Fristlauf erst begonnen habe, als für sie erkennbar war, dass nicht ihr Gebot, sondern das Gebot des Beschwerdegegners erfolgreich gewesen sei, sei die Beschwerde verspätet, da die Beschwerdeführerin diesen Umstand nicht erst am 09.12.2013 aus der Presse erfahren habe. Wie bei professionellen Sportverbänden und Sportrechte-Agenturen üblich, würden auch bei UEFA/TEAM alle Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs strikt eingehalten, weshalb die Beschwerdeführerin bereits vor dem 09.12.2013 von TEAM mündlich über die Erfolglosigkeit ihres Gebots bzw. vom Rechteerwerb des Beschwerdegegners sowie von der Durchführung einer zweiten Bieterrunde über alle übrigen Rechtepakete informiert worden. Zum Beweis wurde ein Schreiben von Thomas Schmidt, Managing Direktor Media Rights bei TEAM vom 04.03.2013 vorgelegt.

#### 1.3.2. Zum Beschwerdevorbringen

Zum Inhalt der Beschwerde brachte der Beschwerdegegner im Wesentlichen vor, der Beschwerdeführerin gehe es seines Erachtens hauptsächlich darum, das genaue Bietverhalten des Beschwerdegegners bei Ausschreibungen von Übertragungsrechten für Sportbewerbe zu eruieren. Die Ermittlung des genauen Betrages des ORF-Gebots sei aber

nicht nötig, da selbst ausgehend vom Beschwerdevorbringen keine Verletzung von § 31c ORF-G vorliege und die Beschwerde daher abzuweisen sei.

Der Beschwerdegegner habe das Rechtepakete A1 – und somit eines von mehreren jeweils höchst attraktiven Rechtepaketen – auf ko-exklusiver Basis im Rahmen eines nach den Grundsätzen der Transparenz, Objektivität und Gleichbehandlung ausgestalteten Ausschreibungsverfahrens erworben. Das Gebot habe den Ausschreibungsbedingungen vollends entsprochen und sei von UEFA/TEAM als bestes Gebot ausgewählt worden. Nach dem Zuschlag hätten Mitbewerber aus dem Free- und Pay-TV-Bereich die Möglichkeit gehabt, weitere Rechtepakete zu erwerben. Der Beschwerdegegner habe somit keine exklusive Stellung erworben, womit Wettbewerbsverzerrungen schon deshalb nicht zu befürchten seien.

Der Lizenzpreis läge im üblichen Bereich von anderen Fußball-Übertragungen (Bundesliga, Cup, WM, Länderspiele), was durch TEAM bestätigt werde und was insbesondere auch ein internationaler Vergleich zeige, wogegen das Vorbringen der Beschwerdeführerin widersprüchlich und kaufmännisch unvernünftig sei. TEAM habe betätigt, dass das ORF-Gebot im Bereich von anderen Angeboten von kommerziellen Anbietern gelegen sei. Vielmehr sei das Gebot der Beschwerdeführerin als nicht marktüblich und wesentlich zu niedrig zu klassifizieren und auch die in der letzten Lizenzperiode von der Beschwerdeführerin gebotene Lizenzsumme im Vergleich zu anderen europäischen Märkten als niedrig einzuschätzen. Die vom Beschwerdegegner gebotene Lizenzsumme sei von TEAM nicht als überraschend hoch oder unüblich aufgefasst worden, sondern im Vergleich mit den erzielten Preisen in kleineren Märkten wie Belgien, Niederlande und Irland als marktüblich und realistisch erwartbar. Auch für die genannten Märkte gehe man für die Rechteperiode 2015 bis 2018 von einem deutlichen Anstieg, also einem Preis über dem ORF-Gebot, aus. Im Hinblick auf das zweithöchste Angebot sei es dem Beschwerdegegner gelungen, die Differenz gerade so hoch zu halten, um eine zweite Runde zu vermeiden und gleichzeitig im Rahmen eines marktüblichen Angebots zu bleiben.

Die Beschwerdeführerin verwechsle den Maßstab „überhöht, nach kaufmännischen Grundsätzen nicht gerechtfertigt“ des § 31c Abs. 1 ORF-G mit „durch Werbeerlöse im unmittelbaren Umfeld ein und derselben Sendung refinanzierbar“. Ein solcher Maßstab der Kosten-/Erlösorientierung sei im ORF-G nicht zu finden und widerspreche dem System jeder Rundfunkveranstaltung. So sei ein öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter schon aufgrund des gesetzlichen Rahmens, der qualitative und quantitative Werbebeschränkungen vorsehe, nicht in der Lage, Sendungen durch Werbeerlöse zu refinanzieren, und würde es den qualitativen Ansprüchen des Beschwerdegegners an sein Programm widersprechen, zu versuchen, durch exzessive Kommerzialisierung jedes Senderecht um jeden Preis zu refinanzieren. Dass eine Refinanzierungspflicht systemwidrig wäre, zeige sich auch daran, dass sonst viele Eigen- oder Auftragsproduktionen des ORF gesetzwidrig wären, da die Produktionskosten durch Werbeerlöse im unmittelbaren Umfeld nicht gedeckt werden könnten, erfasse § 31c ORF-G doch aufgrund der demonstrativen Aufzählungen nicht nur den Erwerb von Senderechten, sondern auch Investitionen in Eigenproduktionen. Weiters blende die These der Beschwerdeführerin unzulässigerweise auch andere wirtschaftliche Effekte von Sendungen aus, die auch der Beschwerdegegner beim gegenständlichen Rechteerwerb berücksichtigt habe, etwa allgemein höhere Marktanteile, bessere Imagewerte des Programms und des Veranstalters, ein für Zuseher und Werbewirtschaft interessanteres Sendungsumfeld vor und nach der betreffenden Sendung sowie die „Strahlkraft“, die eine Sendungen auf andere Programme desselben Veranstalters haben könne. Insofern sei es nicht verständlich, aus welchen Gründen der öffentlich-rechtliche Rundfunk bestimmte wirtschaftliche Fakten bei einer kaufmännischen Beurteilung ausblenden sollte.

Die Reduktion des Angebots der Beschwerdeführerin gegenüber der Lizenzperiode 2012/2013 bis 2014/2015 sei der Ansicht des Beschwerdegegners zufolge nicht auf neue Erfahrungen zurückzuführen, sondern auf Vorgaben zur Gewinnmaximierung seitens der

Konzernleitung, seien doch Ko-Exklusivität und Einstrahlung von deutschen und schweizerischen Programmen nicht neu. Damit seien andere Herangehensweisen aber nicht kaufmännisch unvertretbar, zumal die Entscheidung zur Gewinnmaximierung nicht die einzig kaufmännisch sinnvolle Entscheidung darstelle.

Die Pflicht zu marktkonformem Verhalten gemäß § 31c ORF-G solle den Beschwerdegegner dazu verhalten, Programmgebühren nicht in einer wettbewerbsverzerrenden Weise einzusetzen. Im Vordergrund einer Analyse müsse daher die Frage stehen, ob das Gebot des Beschwerdegegners im marktüblichen Bereich gelegen oder aber wettbewerbswidrig überhöht gewesen sei. Der gebotene Lizenzpreis liege aus folgenden Gründen im marktüblichen Bereich: Zum einen liege er im oder sogar unter dem Bereich marktüblicher Lizenzpreise für andere Fußball-Übertragungen im „Premium-Sport“ (FIFA Weltmeisterschaft, Österreichische Bundesliga, Länderspiele der österreichischen Nationalmannschaft), erst recht, wenn redaktionelle Überlegungen berücksichtigt würden, wonach die sportliche Entwicklung des österreichischen Klubfußballs die erfolgreiche Teilnahme österreichischer Klubs wahrscheinlich erscheinen lasse, seien „österreichischen“ Spiele in der UEFA Champions League in diesem Fall doch hinsichtlich der redaktionellen und programmlichen Wertigkeit mit Länderspielen der österreichischen Nationalmannschaft zu vergleichen. Die Marktüblichkeit eines möglichen Gebots sei auch insofern berücksichtigt worden, dass intern im Vorfeld der Ausschreibung die Bandbreite der dafür zur Verfügung gestellten Mittel entsprechend der redaktionellen und programmlichen Wertigkeit festgelegt wurde. Auch nach den Angaben der Beschwerdeführerin seien die von TEAM kommunizierten Erwartungen für die gegenständlichen Lizenzrechte jenseits von EUR 4 Mio. gelegen, womit sich ihr Vorbringen, dass lediglich EUR xx Mio. betriebswirtschaftlich gerechtfertigt und daher marktüblich seien, disqualifiziere. Die Lizenzpreise für die Top-Sport-Ligen seien in den letzten Jahren kontinuierlich jährlich im zweistelligen Prozentbereich gestiegen. Hintergrund dessen sei die zunehmende Bedeutung der non-linearen Nutzung von audiovisuellen Inhalten, die jedoch in dieser Form nicht für den Live-Sportbereich gelte, der durch wachsendes oder zumindest weitgehend stabiles Interesse für die lineare Nutzung gekennzeichnet sei. Insbesondere gelte dies für die UEFA Champions League. So sei Medienberichten zufolge für den Erwerb der Rechte bis 2018 vom ZDF zwischen EUR 50 und 60 Mio. pro Saison, von BT Sport im Vereinigten Königreich umgerechnet EUR 357 Mio. pro Saison und von Mediaset in Italien bis 2018 insgesamt etwa EUR 700 Mio. bezahlt worden. In kleineren und mit Österreich vergleichbaren Märkten (Belgien, Irland, Niederlande) liege der bisher erzielte Preis im Rahmen des Gebots des Beschwerdegegners, wobei TEAM für die Rechteperiode 2015 bis 2018 einen deutlichen Anstieg erwarte. Zutreffend sei, dass der Beschwerdegegner in der letzten Lizenzperiode 2012/13 bis 2014/15 weniger geboten habe als aktuell, was abgesehen von der Marktentwicklung auch programmstrategische Gründe gehabt habe.

Dem Konzept des Beschwerdegegners über die Auswahl und Evaluierung von Sport-Produktionen zufolge würden wesentliche und kostenintensive Programmentscheidungen über die Berichterstattung von „Premium-Sportbewerben“ von der Geschäftsführung getroffen, wobei redaktionelle, wirtschaftliche, (produktions-)technische und rechtliche Kriterien sowie Kosten und Nutzen geprüft und abgelaufene sowie ähnliche Verträge analysiert und evaluiert würden. Dieser Prozess habe in der Vergangenheit beispielsweise zu der Entscheidung geführt, die Verträge über die Formel 1 und den FIS Ski Weltcup um eine Vertragsperiode zu verlängern, andererseits seien die Rechte an den Auswärtsspielen der Österreichischen Fußball-Nationalmannschaft in der Qualifikation zur FIFA WM 2014, Tennis Grand Slam Turnieren, PGA Golf Turnieren oder der NFL Super Bowl wegen zu hoher Lizenzforderungen nicht erworben worden.

Unverständlich bleibe, wie die Beschwerdeführerin zur Einschätzung eines etablierten Marktwertes gelange. Offenbar orientiere sie sich dabei am zuletzt von ihr gebotenen Betrag von EUR xx Mio., berücksichtige dabei aber nicht die empfindliche Steigerung der Lizenzpreise für Sportrechte im Allgemeinen und für die UEFA Champions League im

Besonderen, die aufgrund des höheren Wertes erzielbaren Effekte sowie den Umstand, dass der zuletzt von ihr gebotene Betrag als wesentlich zu niedrig zu qualifizieren sei.

Der Rechteerwerb bzw. die Übertragung der UEFA Champions League liege auch unzweifelhaft im öffentlich-rechtlichen Kernauftrag, insbesondere für die ORF-TV-Hauptprogramme. Aus der steigenden Bedeutung eines Ereignisses für die Allgemeinheit folge nicht eine geringere Berechtigung des Beschwerdegegners, dieses zu übertragen. Die Live-Übertragung von Spielen der UEFA Champions League stelle insbesondere die umfassende Information der Allgemeinheit im Sinne von § 4 Abs. 1 Z 1 ORF-G sicher. Aus § 4b Abs. 1 und Abs. 4 Z 2 ORF-G gehe hervor, dass diesem Sportbewerb breiter Raum in der österreichischen Medienberichterstattung zukomme und dieser daher (nur) im ORF-Sportspartenprogramm nicht gezeigt werden dürfe. Im Umkehrschluss sei klar, dass die UEFA Champions League in den ORF-TV-Hauptprogrammen übertragen werden und der Beschwerdegegner daher auch die dafür erforderlichen Rechte erwerben dürfe. Auch abseits des ORF-G würden die erhebliche gesellschaftliche Bedeutung von Fußballspielen und der damit verknüpfte Anspruch an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk deutlich, indem etwa drei von acht Ereignissen von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung im Sinn von § 4 Abs. 1 FERG bzw. der darauf gestützten Verordnung der Bundesregierung nationale und internationale Fußballspiele bzw. -bewerbe betreffen. Dass der Gesetzgeber diese im frei zugänglichen Fernsehen zeitgleich und im gesamten Umfang sicherstellen wolle, müsse als Signal gerade auch für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk verstanden werden, sich um bedeutende Fußballereignisse zu bemühen. Aufgrund der derzeitigen Erfolge (sowie des neuen Reglements) sei in den kommenden Jahren ein historisch erfolgreiches Abschneiden österreichischer Mannschaften (Stichwort: Red Bull Salzburg) oder auch österreichischer Spieler (Stichwort: David Alaba) in der UEFA Champions League wahrscheinlich und daher die Bedeutung und der wirtschaftliche Wert der UEFA Champions League in Österreich noch höher als bisher einzuschätzen.

Inwieweit der Beschwerdegegner auch andere Sportrechte erworben habe, sei im vorliegenden Fall deshalb nicht relevant, weil sich die Beschwerde allein auf die Einhaltung des § 31c ORF-G betreffend den Erwerb der Übertragungsrechte an der UEFA Champions League beziehe. Nachdem diese zu marktkonformen Bedingungen erworben worden seien, die Übertragung in den öffentlich-rechtlichen Kernauftrag falle und die Beschwerdeführerin keine marktüblichen Bedingungen geboten habe, könne dahinstehen, ob und unter welchen Bedingungen der Beschwerdegegner auch Übertragungsrechte an anderen Sportereignissen erworben habe.

Im Ergebnis wiederhole die Beschwerdeführerin nur erneut Forderungen, die bereits vergeblich an die EU-Kommission herangetragen worden seien, aber keinen Eingang in das ORF-G gefunden hätten. So habe der Verband der Österreichischen Privatsender (VÖP) in seiner Beschwerde an die EU-Kommission im Jahr 2005 unter anderem gefordert, dass im ORF-G festgelegt werden solle, wie viele Stunden Sportereignisse der ORF im Fernsehen übertragen und wie viele Sportrechte der ORF im Jahr erwerben dürfe. Diesen Forderungen sei die Kommission nicht näher getreten, vielmehr seien die Vorschläge akzeptiert worden, den öffentlich-rechtlichen Auftrag für ein Sport-Spartenprogramm konkret zu definieren (§ 4b ORF-G), das Marktverhalten des ORF einschließlich seiner Verpflichtung zur Sublicenzierung ungenutzter Sportrechte besser zu überprüfen (§ 31b ORF-G) und den ORF zu marktkonformem Verhalten zu verpflichten (§ 31c ORF-G).

#### **1.4. Übermittlung an die Beschwerdeführerin und Stellungnahme vom 28.03.2014**

Mit Schreiben vom 14.03.2014 übermittelte die KommAustria diese Stellungnahme an die Beschwerdeführerin und forderte diese auf, einerseits Angaben zu machen, wann und auf welche Weise sie seitens des Rechteverkäufers vom Ausgang des Bieterverfahrens informiert wurde, und andererseits das der Beschwerde zugrunde liegende Bieterverfahren

näher darzustellen sowie nähere Angaben zu den kaufmännischen Erwägungen zu machen, die ihrem eigenen Gebot zugrunde gelegen sind.

Mit Stellungnahme vom 28.03.2014 führte die Beschwerdeführerin aus, sie habe erst durch die Presseaussendung des Beschwerdegegners vom 09.12.2013 und die daraufhin erfolgte Medienberichterstattung konkret von dem angeblichen Zuschlag für das gegenständliche Rechtepakete an den Beschwerdegegner Kenntnis erlangt. Die Angaben des Beschwerdegegners seien insofern unrichtig. Die Beschwerdeführerin habe bis dato keine schriftliche Stellungnahme der UEFA oder von TEAM über den Ausgang des Bieterverfahrens erhalten. Am 09.02.2014 habe sie – nach der Veröffentlichung durch den Beschwerdegegner – von TEAM nur ein E-Mail erhalten, welches die Einladung zu einer zweiten Bierrunde hinsichtlich des Pakets A2 betroffen habe. Im Zeitraum zwischen dem Ende der Anbotsfrist am 27.11.2013 und der Bekanntgabe des Rechteerwerbs durch den Beschwerdegegner am 09.12.2013 habe es verschiedene informelle Kontakte zwischen der Beschwerdeführerin – konkret deren Geschäftsführer Mag. Markus Breitenacker und deren Berater für Sportrechtenmanagement A – und Vertretern des Rechtevermarketers gegeben. In diesen Gesprächen hätten die Vertreter von TEAM den Vertretern der Beschwerdeführerin nur mitgeteilt, dass ihr Gebot für das Paket A1 nicht erfolgreich gewesen sei und dass aufgrund des Gebots eines anderen Bieters keine weitere Bierrunde stattfinden werde. Die (sprachlich etwas unpräzise) Formulierung der Stellungnahme des Beschwerdegegners, wonach die Beschwerdeführerin bereits vor dem 09.12.2013 „über die Erfolglosigkeit ihres Gebots bzw. vom Rechteerwerb des ORF“ informiert worden sei, treffe daher nur teilweise zu.

Wer der erfolgreiche Bieter gewesen sei, hätten die Vertreter von TEAM gerade nicht bekanntgegeben und dies nicht zuletzt mit den in den Ausschreibungsbedingungen vereinbarten Vertraulichkeitsregeln begründet. Die Vertreter von TEAM hätten sich somit an die Vertraulichkeitsverpflichtung gehalten und es dem Beschwerdegegner überlassen, Dritte und insbesondere die Öffentlichkeit über das erfolgreiche Gebot zu informieren. Darüber, ob die UEFA das Angebot des Beschwerdegegners bereits gegengezeichnet und datiert habe (erst dadurch komme aufgrund der Ausschreibungsbedingungen eine bindende Vereinbarung zustande) hätten die Vertreter von TEAM der Beschwerdeführerin überhaupt niemals Informationen – weder offiziell noch informell – erteilt. Eine Information über den Umstand des konkreten Rechteerwerbs durch den Beschwerdegegner, der dessen Ansicht zufolge das fristauslösende Ereignis darstelle, habe die Beschwerdeführerin somit niemals, jedenfalls nicht vor dem 09.12.2013, erhalten.

Der Beschwerdegegner gehe offenbar davon aus, dass fristauslösend im konkreten Fall Umstände seien, die nicht nach außen in Erscheinung treten, und unterstelle damit, dass es bei Rechtsverstößen, die nicht durch die Ausstrahlung eines Fernsehprogramms oder die Gestaltung eines Online-Angebots oder eine nach außen tretende Entscheidung eines seiner Organe verwirklicht würden, in seinem Belieben stehe, gegen das ORF-G verstoßende Maßnahmen erst nach Ablauf der Beschwerdefrist bekanntzumachen und sie daher einer Überprüfung durch die Regulierungsbehörde nachhaltig zu entziehen, womit sich der Beschwerdegegner – abgesehen davon, dass eine solche Auslegung des § 36 Abs. 3 ORF-G auch mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen unvereinbar wäre – von der von ihm selbst zitierten Entscheidung KOA 11.400/12-011 entferne.

Darüber hinaus spreche viel dafür, dass es im gegenständlichen Fall auf die Veröffentlichung der inkriminierten Maßnahme nicht ankomme. Zwar habe die bisherige Rechtsprechung zur Fristwahrung bei andauernden Rechtsverletzungen nur mit dem vorliegenden nicht direkt vergleichbare Sachverhalte berücksichtigt, sie habe sich aber auch noch nicht mit dem Fristenlauf im Fall von gesetzwidrigem Wettbewerbsverhalten des ORF zu befassen gehabt. Die Rechtsansicht, es handle sich dabei um „einzelfallbezogene Handlungen“, die schon für sich genommen das fristauslösende Ereignis für die Beschwerdefrist darstellen, sei abwegig und insbesondere nicht durch einen Verweis auf das Abschöpfungsverfahren gemäß § 38a

ORF-G begründbar. Anders als der Beschwerdegegner es darzustellen versuche, sei eine Abschöpfung im Fall eines Verstoßes gegen § 31c ORF-G nämlich keineswegs die einzige Sanktion, ergebe sich doch schon aus dem Einleitungssatz von § 38a ORF-G, dass die Abschöpfung aus dem Programmengelt von einer Entscheidung gemäß § 37 ORF-G unabhängig sei. Gleichzeitig ergebe sich aus § 37 Abs. 2 ORF-G, dass die Rechtspflicht des Organs, dessen Rechtsverletzung festgestellt worden sei, nicht nur den Fall der Behebung einer förmlichen Entscheidung sondern auch alle anderen Fälle betreffe, in denen Tätigkeiten aufgrund von Entscheidungen in der laufenden Geschäftsbesorgung, insbesondere also der Programm-, Sendungs- und Angebotsgestaltung, Gegenstand eines Rechtsverletzungsbescheides seien. Im Ergebnis sei die vorliegende Beschwerde somit jedenfalls rechtzeitig.

Mit E-Mail vom 01.04.2014 übermittelte die Beschwerdeführerin die Ausschreibungsbedingungen, auf die im Schreiben vom 28.03.2014 Bezug genommen wurde („Invitation to Submit Offers“ mit „Legal Notices“ und „Terms and Conditions“).

Mit Schreiben der KommAustria vom 01.04.2014 wurde dem Beschwerdegegner das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 28.03.2014 zur Kenntnis und weiteren Stellungnahme übermittelt.

#### **1.5. Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 08.04.2014**

Mit am 08.04.2014 bei der KommAustria eingelangtem Schreiben nahm der Beschwerdegegner abermals zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde Stellung und brachte vor, er sei nicht in die Kommunikation zwischen TEAM und der Beschwerdeführerin involviert gewesen und habe dies auch nie behauptet. Inwiefern die Beschwerdeführerin an einem bestimmten Tag von TEAM von einem bestimmten Umstand erfahren habe, entziehe sich selbstverständlich einer unmittelbaren Wahrnehmung durch den Beschwerdegegner. Da aber auch die bisherigen Angaben der Beschwerdeführerin nichts zur Wahrheitsfindung beigetragen hätten, werde angeregt, die KommAustria möge unterschiedliche, mittelbar oder unmittelbar mit dem Lizenzerwerb beschäftigte Mitarbeiter der Beschwerdeführerin unter Wahrheitserinnerung als Zeugen vernehmen.

Für das Auslösen der Beschwerdefrist werde es im Sinne der nun auch von der Beschwerdeführerin zitierten Rechtsprechung ausreichend sein, dass diese bestimmte Umstände mit großer Wahrscheinlichkeit gewusst habe. Dabei werde es nicht darauf ankommen, ob diese Umstände der Beschwerdeführerin „schriftlich“ oder „offiziell“, von TEAM oder deren Mitarbeitern, an bestimmte Personen oder in bestimmten telefonischen Gesprächen mitgeteilt worden seien. Höchst unglaublich erscheine es jedenfalls, wenn die Beschwerdeführerin, die sich sonst als bestens informiert präsentieren wolle, erst aus der Presse vom Rechteerwerb durch den Beschwerdegegner erfahren haben wolle und sich nicht bereits lange zuvor durch marktübliche Recherche und Nachfrage bei anderen Marktteilnehmern Kenntnis verschafft haben sollte. Auf ein „öffentliches Bekanntwerden“ könne es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht ankommen, insbesondere sei dies auch nicht aus den zitierten Entscheidungen abzuleiten (mit Verweis auf den Bescheid der KommAustria vom 14.08.2012, KOA 11.400/12-020).

Die Beschwerdeführerin verwechsle erneut die Kriterien für die Fristwahrung bei andauernden Rechtsverletzungen, die sich nur auf Fälle beziehe, in denen der Beschwerdegegner einem über einen längeren Zeitraum zu erfüllenden Auftrag in seinen Programmen nicht nachkomme, während sich die vorliegende Beschwerde auf die angebliche Verletzung des ORF-G durch eine einzelfallbezogene Handlung eines ORF-Organs – nämlich dessen Entscheidung zum Rechteerwerb zu bestimmten Konditionen – beziehe. Diese stelle das für die Beschwerde maßgebliche fristauslösende Ereignis dar, nicht aber die durch den Rechteerwerb begründete Rechtsposition des Beschwerdegegners. Soweit die Beschwerdeführerin dem gegenüber eine „dauernde Wettbewerbsverzerrung“

durch die Ausstrahlung der erworbenen Rechte behauptete, sei ihr zu entgegnen, dass die Beschwerde auch dann zurückzuweisen wäre, weil in diesem Fall die behauptete Verletzung noch gar nicht stattgefunden habe und eine vorgehende Beschwerde nicht zulässig sei. Entsprechendes gelte für die nun zusätzlich bemühte Überweisung von Geldbeträgen an die UEFA.

#### **1.6. Ergänzendes Vorbringen der Beschwerdeführerin vom 10.04.2014**

Mit Schreiben vom 10.04.2014 brachte die Beschwerdeführerin vor, das Vorbringen des Beschwerdegegners, wonach dieser den Lizenzpreis und die der Entscheidung für den Rechteerwerb zugrunde liegenden wirtschaftlichen Überlegungen nicht offenlegen müsse, der Erwerb der Rechte im öffentlichen Auftrag liege, und der geheim gehaltene Lizenzpreis ohnehin marktkonform gewesen sei, unterstelle, dass der Gesetzgeber eine nicht durchsetzbare Bestimmung ohne Anwendungsbereich geschaffen habe.

Für das weitere Verfahren werde die KommAustria (mangels substantiierter Bestreitung) davon ausgehen können, dass der Beschwerdegegner Übertragungsrechte am Rechtepakete A1 erworben habe, dass er dafür zumindest EUR 4 Mio. pro Saison bezahlt habe und bei diesem Preis sogar bereit gewesen wäre, die Vergabe des Pakets A2 an einen Free-TV-Veranstalter zu akzeptieren, sowie dass die Ausstrahlung der Champions League zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht notwendig sei. Warum der Beschwerdegegner davon ausgehe, dass die Beschwerde auch im Fall des Zutreffens des Beschwerdevorbringens hinsichtlich des von ihm gebotenen Preises abzuweisen wäre, sei nicht näher begründet. Bei dem Rechtepakete A1, welches der Beschwerdegegner erworben habe und das ihm die Möglichkeit gebe, entweder am Dienstag oder am Mittwoch das attraktivste Spiel bzw. immer das Spiel einer teilnehmenden österreichischen Mannschaft auszuwählen, und das überdies die Übertragung des Finalspiels umfasse, handle es sich um ein Senderecht, das geradezu im Fokus der Bestimmung des § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G stehe. Die vom Beschwerdegegner an mehreren Stellen aufgestellte Behauptung, wonach der Preis dieser Rechte im üblichen Bereich von anderen Fußball-Übertragungen liege, sei durch nichts belegt und werde insbesondere auch nicht „durch TEAM bestätigt“.

Die Beschwerde habe nicht die Ansicht vertreten, dass jedes Senderecht durch Werbeerlöse im unmittelbaren Umfeld refinanziert werden müsse. Damit stehe es aber nicht im Widerspruch, dass der Erwerb von Senderechten unter bestimmten Umständen im Rahmen der wettbewerbsregelnden Bestimmung des § 31c ORF-G nur dann zulässig sei, wenn dies kaufmännisch gerechtfertigt sei. Die vom Beschwerdegegner angeführten „qualitativen und quantitativen Wettbewerbsbeschränkungen“ seien in Wahrheit nicht gegeben, weil die von der UEFA ihren Vertragspartnern vorgegebenen Werberegulungen weit restriktiver seien als die für den Beschwerdegegner geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen.

Die Rechtsansicht des Beschwerdegegners, wonach auch Investitionen in Eigenproduktionen im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrages gegen das allgemeine Verbot des § 31c Abs. 1 ORF-G verstoßen könnten, sei eher theoretisch und zu vernachlässigen, weil der Aspekt, dass eine Produktion nach kaufmännischen Grundsätzen gerechtfertigt sein müsse, in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich geregelt sei. Da Programmbestandteile, die zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages erforderlich seien, vom Anwendungsbereich des § 31c ORF-G nicht umfasst seien, werde der Beschwerdegegner weiterhin österreichische Filme produzieren dürfen, auch wenn diese aus kommerzieller Kommunikation im Umfeld nicht finanziert werden könnten. Schließlich beziehe sich § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G ausschließlich auf Lizenzprodukte und ergebe sich aus den Materialien zu dieser Bestimmung, dass sie offenbar ursprünglich in erster Linie auf Sportrechte zugeschnitten gewesen sei.

Bereits in der Beschwerde sei ausgeführt worden, dass indirekte Effekte des Erwerbs attraktiver Senderechte für den öffentlich-rechtlichen Beschwerdegegner nicht anzusetzen

sein, weil für ihn in diesem Zusammenhang strengere Regeln bestünden als für private Rundfunkveranstalter, die Senderechte auch als Marketinginstrument verwenden könnten. Die mit der Ausstrahlung der UEFA Champions League verbundenen Quoten würden beim Beschwerdegegner nur zu einer marginalen Verbesserung der Marktanteile (Erhöhung des Jahresmarktanteils von ORFeins von lediglich 0,1 %) führen. Zudem würden nach der Erfahrung der Beschwerdeführerin mit der Strahlkraft einer Sendung verbundene kurzfristig erlangte Imagewerte bei Fußballübertragungen gerade keine Rolle spielen, da die daran interessierte Zielgruppe keine Senderloyalität aufbaue.

Zwar vertrete die Beschwerdeführerin die Ansicht, dass der Tatbestand des § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G keine gesonderte Prüfung erfordere, ob das gesetzwidrige Verhalten tatsächlich zu einer Wettbewerbsverzerrung geführt habe, ein Verstoß sei aber nur denkbar, wenn zumindest ein privater Mitbewerber erfolglos um die Senderechte geboten habe, würde es doch andernfalls an einem wettbewerblichen Anknüpfungspunkt mangeln. Dabei sei die konkrete Wettbewerbssituation auf dem jeweils betroffenen Rechtemarkt zu berücksichtigen. Wenn der öffentlich-rechtliche Veranstalter also wie hier bereits über eine dominante Marktposition auf dem betroffenen Markt der Premium-Sportrechte verfüge, seien die Anforderungen an die kaufmännische Rechtfertigung im Sinne eines beweglichen Systems umso strenger. Gerade ausgeschlossen sei es im Bereich der Sportrechte, dass ein einzelnes Programm zur Erfüllung des Informationsauftrages erforderlich sei.

Dem Beschwerdegegner sei es nicht gelungen, die Marktkonformität seines über EUR 4 Mio. liegenden Angebots nachzuweisen. Soweit vorgebracht werde, der Lizenzpreis liege im Bereich der marktüblichen Lizenzpreise für andere Fußballübertragungen im Premium-Sport, sei darauf zu verweisen, dass durch § 31c ORF-G die durch die staatliche Beihilfe bestehende besondere Marktmacht des Beschwerdegegners einer über das allgemeine Wettbewerbsrecht hinausgehenden Missbrauchskontrolle unterzogen werden solle. Für die Beurteilung des Marktgeschehens sei daher in erster Linie der (sachlich und geographisch) relevante Markt ausschlaggebend. Die Lizenzkosten für die FIFA-Weltmeisterschaft oder die Länderspiele der österreichischen Nationalmannschaft seien daher für die Marktkonformität des Gebots für die Übertragungsrechte der UEFA Champions League wenig relevant. Redaktionelle Überlegungen, die eine programmliche „Wertigkeit“ eines Programm determinieren, hätten – wenn sie verallgemeinerungsfähig seien – ohnehin einen direkten Einfluss auf den marktkonformen Preis. Ein marktkonformer Preis liege im Sinne eines im Wettbewerbsrecht regelmäßig angewendeten Vergleichsmarktkonzepts – bei jenem (allenfalls fiktiven) Preis vor, wie er sich bei von beihilfenrechtlichen Vorteilen einzelner Marktteilnehmer unbeeinflusstem Wettbewerb entwickeln würde. Unabhängig davon, dass ein echter Markt für Sportrechte in Österreich aufgrund des in der Vergangenheit vom Beschwerdegegner an den Tag gelegten Marktverhaltens wenig etabliert sei, sei von einem überhöhten Preis jedenfalls dann auszugehen, wenn er deutlich über dem höchsten marktkonformen Angebot eines ohne staatliche Beihilfen finanzierten Wettbewerbers liege. Davon sei angesichts des Umstandes, dass die UEFA auf die Durchführung einer weiteren Bieterrunde verzichtet habe, jedenfalls auszugehen. Auch der Verweis auf (geographisch) andere Märkte vermöge nicht zu überzeugen, da für die auf einem bestimmten Markt erzielbaren Preise andere Parameter, nämlich vor allem der Stellenwert des Fußballs allgemein und speziell der Champions League im jeweiligen Land, ausschlaggebend seien. Zudem seien in den verschiedenen Märkten aufgrund der unterschiedlichen Distributionssituation und Sehergewohnheiten andere Refinanzierungssysteme etabliert. Das Marktverhalten des Beschwerdegegners werde somit an den Verhältnissen jenes Marktes zu messen sein, auf den es sich auswirke. Herrschende Meinung im Wettbewerbsrecht sei, dass bei der Ermittlung des sachlich und geographisch relevanten Marktes die Wettbewerbsverhältnisse in ihrem Zeitablauf zu berücksichtigen seien. Für die Marktverhältnisse auf dem österreichischen Markt sei daher der hier für die Übertragung der Spiele der UEFA Champions League im zeitlichen Verlauf bezahlte Betrag ein wesentlicher Indikator. Der Beschwerdegegner habe für die Saisons 2012/13 bis 2014/15 mit hoher Wahrscheinlichkeit weniger als die Hälfte des nunmehrigen Gebots geboten, was nicht nur

mit programmstrategischen Gründen begründet werden könne. Der für diese Periode von der Beschwerdeführerin gebotene Preis von EUR xx Mio., der deutlich über jenem des Beschwerdegegners gelegen sein müsse, weil es auch damals keine zweite Bieterrunde gegeben habe, der von der Beschwerdeführerin für die kommende Lizenzperiode auf ko-exklusiver Basis (und daher um etwa 20 % reduziert) gebotene Preis und allenfalls von anderen kommerziellen Mitbewerbern abgegebene Gebote stellten daher die wesentlichen Indikatoren für den angemessenen Marktpreis dar.

Entgegen der Darstellung des Beschwerdegegners habe die Beschwerdeführerin nicht in Frage gestellt, dass eine allfällige Ausstrahlung von Spielen der UEFA Champions League im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags zulässig sei. Nicht Gegenstand dieses Verfahrens sei, dass eine solche Ausstrahlung nur in den Vollprogrammen ORF eins und ORF 2, nicht jedoch im Spartenprogramm ORF Sport+ zulässig wäre. Dies ändere jedoch nichts daran, dass die Ausstrahlung zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages nicht notwendig sei.

Diese Stellungnahme der Beschwerdeführerin wurde dem Beschwerdegegner mit Schreiben der KommAustria vom 06.05.2014 zur Kenntnis übermittelt. Gleichzeitig wurde der Beschwerdegegner aufgefordert, (u.a.) den Preis anzugeben, zu dem die verfahrensgegenständlichen Übertragungsrechte erworben wurden, die zugrunde liegende interne Kalkulation – durch Bezifferung des erwarteten Erlöspotenzials, der erwarteten Herstellungskosten sowie allenfalls bestehender weiterer Entscheidungskriterien – darzulegen sowie Angaben zum weiteren privaten Bieter und dessen Gebot zu machen.

#### **1.7. Schriftwechsel zu Fragen von Geheimhaltung und Akteneinsicht**

Mit Schreiben vom 19.05.2014 führte der Beschwerdegegner aus, die KommAustria fordere in dem genannten Schreiben Angaben, die nach seiner Ansicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis einzuordnen seien. Es müsse möglich sein, sich entweder auf das Vorliegen von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen zu berufen oder bestimmte Angaben von der Akteneinsicht auszunehmen, widrigenfalls ein nicht wieder gutzumachender materieller und immaterieller Schaden entstünde. Der Beschwerdegegner ersuche daher um Mitteilung, ob die KommAustria im Fall der Übermittlung der gewünschten Informationen mit einem Antrag auf Ausnahme von der Akteneinsicht verfahren werde.

Mit Schreiben vom 22.05.2015 teilte die KommAustria dazu mit, dass sie keine abstrakte Mitteilung über die Beurteilung zukünftiger Anträge auf Ausnahme von Aktenteilen von der Akteneinsicht erteile, sondern darüber im Einzelnen und anhand des konkreten Vorbringens zu entscheiden sein werde. Darüber hinaus wies die KommAustria auf die Mitwirkungspflicht der Verfahrensparteien hin und merkte an, dass es nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage des Parteienghört in einem rechtsstaatlichen Verfahren keine geheimen Beweismittel geben darf, wobei es unerheblich ist, ob Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vorliegen. Bei den geforderten Informationen handle es sich wesensnotwendig um solche, über die allein der Beschwerdegegner verfüge und die zur Beurteilung erforderlich seien, ob der gegenständliche Rechteerwerb zu einem nach kaufmännischen Grundsätzen gerechtfertigten Preis erfolgt ist.

#### **1.8. Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 13.06.2014**

Mit Stellungnahme vom 13.06.2014 übermittelte der Beschwerdegegner – unter nochmaliger Berufung auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse („um [...] einen gewissen [...] Einblick in die Sache zu ermöglichen“) – die „Management Info zur UCL-Ausschreibung 2015-2018“ und das Konzept des ORF über die Kriterien für die Sendeauswahl sowie über die Evaluierung von Sport-Produktionen. Die Evaluierung von Sport-Übertragungen erfolge laufend in verschiedenen Gremien und Arbeitsgruppen, wobei jede Programmentscheidung in der Fernsehdirektion unter der Leitung des zuständigen Hauptabteilungsleiters anhand

redaktioneller, wirtschaftlicher und produktionstechnischer Kriterien für die Sendungsauswahl aufbereitet und koordiniert werde und als Grundlage für die Entscheidungsfindung auch sogenannte „Management-Infos“ dienen. Hinsichtlich des gebotenen Preises sei auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin sowie darauf zu verweisen, dass die Beschwerde im Fall des Zutreffens der Beschwerdebehauptungen abzuweisen sein werde, zur zugrunde liegenden Kalkulation werde zunächst die Beschwerdeführerin ein entsprechendes Vorbringen zu erstatten haben. Dem Vernehmen nach sei das finanziell nächstbeste Gebot nur rund 5 % unter jenem des Beschwerdegegners gelegen, was zeige, dass dieser die gegenständlichen Rechte zu marktkonformen Bedingungen erworben habe und die Theorie einer „sendungsbezogenen Refinanzierungspflicht“ von keinem anderen Marktteilnehmer geteilt werde.

Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin vom 10.04.2014 bringt der Beschwerdegegner u.a. vor, dem Gesetzgeber sei bewusst, dass gewisse Bereiche durch Beschwerdemöglichkeiten von Konkurrenten alleine nicht ausreichend kontrolliert werden könnten, weshalb bestimmte Pflichten – darunter § 31c ORF-G – einer amtswegigen Aufsicht unterworfen seien, wenn bei der Prüfungskommission, der ausdrücklich Einsicht in alle Unterlagen zu gewähren sei, ein begründeter Verdacht einer Verletzung der Bestimmung bestehe. Damit sei der Beschwerdegegner im vorliegenden Fall gerade nicht verpflichtet, Details seiner Lizenzierungspraxis offenzulegen.

Der Beschwerdegegner habe das Rechtspaket A1 auf ko-exklusiver Basis (mit Modifikationen im Vergleich zur Ausschreibung) erworben und bewusst nicht auf alle übrigen ausgeschriebenen Rechtspakete geboten, um österreichischen TV-Sendern den Zugang zu diesen Rechten zu ermöglichen (so habe beispielsweise die Beschwerdeführerin auf das Rechtspaket A2 geboten). Konkret verfüge der Beschwerdegegner im Rahmen des Pakets A1 über das ko-exklusive Recht zur Ausstrahlung eines Live-Spiels pro Runde, wobei grundsätzlich immer ein Spiel am Mittwoch übertragen werde, mit Ausnahme des Finalspiels, das an einem Samstag stattfinden werde, des Semifinales, wo eine Wahlmöglichkeit zwischen Dienstag und Mittwoch bestehe, und dem Fall von Dienstag-Spielen eines allenfalls teilnehmenden österreichischen Klubs.

Aus der behaupteten Notwendigkeit der sendungsbezogenen Refinanzierbarkeit sei nichts für die Beurteilung der Marktkonformität eines Lizenzpreises zu gewinnen. Widersprüchlich sei, wenn die Beschwerdeführerin positive indirekte Effekte für den Beschwerdegegner nicht berücksichtigt wissen, ihn aber gleichzeitig zur Marktkonformität verpflichten wolle, die einen solchen Ansatz geradezu verlange. Der Beschwerdegegner erwarte für die Übertragungen der UEFA Champions League einen Marktanteil, der derzeit über jenen 15 % liege, die die Beschwerdeführerin zur Berechnung heranziehe. Nach den Erfahrungen des Beschwerdegegners steige das Interesse des Publikums und sei auch der Schluss der Beschwerdeführerin, dass bei Fußballübertragungen keine Senderloyalität herrsche, falsch.

Das von der Beschwerdeführerin entwickelte bewegliche System, wonach der Beschwerdegegner umso weniger für ein Senderecht bieten dürfe, je weniger notwendig es zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags sei, stehe im Widerspruch zum ORF-G und zum Anspruch auf Marktkonformität und lasse zudem die Frage offen, wie die „Notwendigkeit“ zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu messen und in Geld zu bewerten sei. In diesem Zusammenhang habe der Beschwerdegegner bereits beschrieben, aus welchen Gründen die Übertragung der UEFA Champions League im öffentlich-rechtlichen Kernauftrag liege.

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht sei zu fragen, welche Produkte zum relevanten Markt gehören, wofür u.a. die Nachfragesubstituierbarkeit eine Rolle spiele. Wenn die Beschwerdeführerin auf die vom Beschwerdegegner erworbenen Rechte an Premium-Sportbewerben verwiese, gehe sie davon aus, dass zwischen diesen ein

Austauschverhältnis bestehe. Damit sei aber auch relevant, dass der Lizenzpreis für die Champions League im Bereich der Lizenzpreise für andere Premium-Fußball-Bewerbe liege. Zudem bilde im Wettbewerbsrecht das räumliche und sachliche Vergleichsmarktkonzept eine der regelmäßig verwendeten Annäherungen zur Prüfung der Angemessenheit von Preisen.

Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde führte der Beschwerdegegner aus, es habe sich nunmehr herausgestellt, dass die Geschäftsführung der Beschwerdeführerin bereits am 03.12.2014 vom Rechteerwerb des Beschwerdegegners Bescheid gewusst habe, zumal sie für eine akkordierte Vorgehensweise mit einem Mitglied der ORF-Geschäftsführung Kontakt aufgenommen habe, eben weil der Rechteerwerb hinsichtlich des Paktes A1 auch für sie festgestanden sei. Dies werde seitens des Beschwerdegegners im Fall einer mündlichen Verhandlung auch unter Wahrheitserinnerung so ausgesagt werden.

### **1.9. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 16.06.2014**

Mit Schreiben vom 16.06.2014 nahm die Beschwerdeführerin erneut – im Wesentlichen zum unterschiedlichen Wert der Rechtepakete A1 und A2 – Stellung und legte ein „Gutachten zur Bestimmung des nicht überhöhten, nach kaufmännischen Grundsätzen rechtfertigbaren Preises gemäß § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G für den Erwerb von Premium-Sportrechten der UEFA Champions League“ von Dr. Alexander Zuser MBA, PRO – Professionals für Policy and Regulation, vor.

Darin werde eine gegenüber der Beschwerde verfeinerte Modellrechnung zur Ermittlung eines kaufmännisch gerechtfertigten Preises angestellt.

Zusammengefasst komme das Gutachten von Dr. Zuser zu den Ergebnissen (zur näheren Auseinandersetzungen mit dessen Argumenten siehe ausführlich im Rahmen der Beweiswürdigung), dass im Hinblick darauf, dass sich die Übertragung der UEFA Champions League aus Sicht der Nachfrager nicht durch alternative TV-Inhalte substituieren lasse, die sachlich relevanten Märkte, auf denen die Beurteilung eines kaufmännisch gerechtfertigten Preises zu erfolgen habe, jener für die territorial beschränkte Übertragung der UEFA Champions League sowie die diesem nachgelagerten Märkte für Endkunden und Werbetreibende seien. Der freie Wettbewerb sei dann verzerrt, wenn der vom Beschwerdegegner gebotene Preis aus kaufmännischer (kommerzieller) Sicht nicht rechtfertigbar sei. Dabei seien weder ein Vergleich von bisher in Österreich für die Übertragungsrechte an der UEFA Champions League bezahlten Lizenzpreise noch internationales Benchmarking taugliche Methoden der Bestimmung eines kaufmännisch gerechtfertigten Preises. Dasselbe gelte für einen Vergleich mit den Kosten alternativer Programme, zumal diese keine geeigneten Substitute für die Übertragung der UEFA Champions League darstellen könnten. Die am besten geeignete Methode zur Überprüfung des „kaufmännisch gerechtfertigten Preises“ sei daher eine konkret auf den Einzelfall abstellende Wirtschaftlichkeitsrechnung anhand eines abstrakten Rechenmodells, wobei aus beihilferechtlicher Sicht eine Orientierung an den Kosten und Erlösen eines „durchschnittlichen, gut geführten Marktteilnehmers“ geboten sei. Damit sei auch dem Argument des Beschwerdegegners, das Erfordernis einer direkten Refinanzierung würde Programmengelte an sich entbehrlich machen, die Grundlage entzogen. Denn solange beim Rechteerwerb ein – abstrakt gerechneter – kaufmännisch gerechtfertigter Preis nicht überschritten werde, könne und müsse der ORF im Regelfall zur Gesamtfinanzierung auch Programmengelt heranziehen, um seine in der Regel höhere Kosten zu decken. Die reichlich konstruierte Befürchtung, der ORF könnte durch eine Überprüfung seines Bieterverhaltens gleichsam nachhaltig vom Erwerb von Premiumrechten ausgeschlossen werden, sei somit ganz und gar unberechtigt.

Die im Gutachten angestellte Berechnung komme aufgrund von genau erläuterten Modellannahmen im Rahmen ihrer Wirtschaftlichkeitsrechnung auf Basis der Kosten und Erlöse eines durchschnittlichen, gut geführten Free-TV-Wettbewerbers zu dem Ergebnis,

dass der angenommene Preis für die gegenständlichen Senderechte von EUR 4 Mio. pro Saison kommerziell nicht gerechtfertigt sei, da er sich (einschließlich der sonstigen zuzurechnenden Kosten für Produktion und Vermarktung) nicht durch entsprechende Erlöse aus klassischer Werbung und Sonderwerbformen decken lasse. Beim angenommenen Lizenzpreis ergebe die Wirtschaftlichkeitsrechnung – je nachdem, welches Rabattniveau und welcher Aufschlag für indirekte Kosten als angemessen erachtet würden – eine negative Investitionsrendite (Return on Sales) in der Bandbreite von -82,5 % und -52,4 % bzw. betrage der kaufmännisch rechtfertigbare Lizenzpreis pro Jahr bestenfalls EUR 2,03 Mio. und im schlechtesten Fall EUR 1,27 Mio., und zwar unabhängig davon, zu welchem Ergebnis eine konkret an Kosten und Erlöswerten des ORF orientierte Rechnung gekommen wäre. Nur ein Preis innerhalb dieser Bandbreite sei als wettbewerbsneutral einzustufen, womit der vom Beschwerdeführer gebotene Preis von EUR 4 Mio. den (Beihilfe-)Test nach Maßgabe eines „durchschnittlichen, gut geführten Free-TV-Anbieters in Österreich“ nicht bestehe.

#### **1.10. Mündliche Verhandlung vom 14.07.2014**

Mit Schreiben vom 18.06.2014 beraumte die KommAustria eine mündliche Verhandlung für den 14.07.2014 an und teilte den Verfahrensparteien mit, dass Gegenstand der Verhandlung insbesondere die Frage der Rechtzeitigkeit der Beschwerde sein werde. Darüber hinaus werde sich die KommAustria ein Bild über den chronologischen Ablauf des Verfahrens zur Vergabe der Rechte machen und noch offene Fragen zum genauen Vertragsinhalt behandeln.

In Vorbereitung der Verhandlung ersuchte die KommAustria TEAM mit Schreiben vom 18.06.2014 zur Stellungnahme zu mehreren, im Wesentlichen den Ablauf der Rechtevergabe betreffenden Fragen. Mit Schreiben vom 08.07.2014 gab TEAM an, dass neben den Verfahrensparteien noch mindestens ein Free-to-Air-Sender ein Angebot für A1 abgegeben habe, man aufgrund von Verschwiegenheitspflichten aber weder Angaben zu dessen Identität noch zur Höhe des Angebots machen könne. Dieses sei aber deutlich über jenem der Beschwerdeführerin gelegen. Darüber hinaus gab TEAM an, allen interessierten Bietern die Bandbreite des erwarteten Preises als unverbindliche Einschätzung mitgeteilt zu haben und die Identität des erfolgreichen Bieters gegenüber der Beschwerdeführerin nicht bekannt gegeben zu haben.

Die mündliche Verhandlung vom 14.07.2014 widmete sich den oben genannten Themen. Zu diesem Zweck wurden die Zeugen A (Berater und Vertreter der Beschwerdeführerin im Verfahren zur Vergabe der gegenständlichen Übertragungsrechte) und Mag. Richard Grasl (kaufmännischer Direktor des ORF), der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin Mag. Markus Breitenecker und der Generaldirektor des Beschwerdegegners Dr. Alexander Wrabetz befragt.

Zu dem den Verfahrensparteien übermittelten Tonbandprotokoll der Verhandlung vom 14.07.2014 brachte die Beschwerdeführerin vor, dass die Befragung des Zeugen Mag. Grasl an einer Stelle missverständlich protokolliert worden sei. Richtig sei, dass dieser auf Befragung durch Mag. Truppe dahingehend, wie die Aussage, er habe mit Mag. Breitenecker am 09.12.2013 telefoniert, mit dem Vorbringen des Beschwerdegegners zu vereinbaren sei, wonach das Gespräch am 03.12.2013 stattgefunden habe, ausgesagt habe, dass er nicht ausschließen könne, dass Mag. Breitenecker erst am 09.12.2013 vom Erwerb der Rechte durch den Beschwerdegegner Kenntnis erlangt habe.

#### **1.11. Gutachten von Dr. Roland Belfin**

Mit Schreiben vom 23.09.2014 bestellte die KommAustria Dr. Roland Belfin zum Amtssachverständigen und beauftragte ihn mit der Erstellung eines Gutachtens zur Frage, ob für die Übertragungsrechte an der UEFA Champions League für die Saisonen 2015/16

bis 2017/18 ein objektiver Marktpreis feststellbar ist und wenn ja, in welchem Preiskorridor ein solcher gelegen wäre, wobei im Rahmen der gutachterlichen Prüfung insbesondere auf die zugrunde liegende Marktstruktur und die in Frage kommenden Methoden der Preisfindung einzugehen sei.

Am 12.11.2014 legte der Amtssachverständige sein Gutachten vor, in dem im Rahmen einer Modellrechnung ein Preiskorridor für einen an Entscheidungsparametern privater Bieter orientierten simulierten Wettbewerbspreis für den speziellen Fall des Erwerbs der verfahrensgegenständlichen Übertragungsrechte errechnet wird. Dabei wird im Wesentlichen simuliert, dass der höchst bietende private Anbieter unter Beibehaltung seiner eigenen Entscheidungsvariablen, aber unter der Annahme der (höheren) Reichweiten und Werbetarife des ORF, zu einem (je nach berechnetem Szenario um 17,5 % bis 24,1 %) höheren maximalen Gebotspreis kommen hätte können. Das Modell bildet ab, dass jeder Veranstalter, der den Wert seines Gebots nach üblichen Entscheidungsparametern privater Bieter bestimmt, mit dem relativ höheren Reichweitenniveau und dem relativ höheren Werbetarifniveau des ORF selbst zu einer ähnlichen Markteinschätzung bezüglich des angemessenen Preises kommen kann, wie sie sich aus der Simulation ergibt. Aus wettbewerbsökonomischer Sicht stelle der so berechnete Wettbewerbspreis den maximalen Preis dar, der unter Berücksichtigung der üblichen Entscheidungsparameter privater Bieter sowie unter Berücksichtigung von Reichweitevorteilen des ORF und einem höheren Werbetarifniveau des ORF gerechtfertigt werden kann.

Der Amtssachverständige führt dazu in seinem Gutachten näher aus wie folgt (die wörtliche Wiedergabe des Gutachtens ist in der Folge grau hinterlegt hervorgehoben):

#### 1.11.1. Marktsituation und Methoden zur Ermittlung eines Wettbewerbspreises

##### 1.11.1.1. Marktstrukturen

Ausgangspunkt für die Analyse wettbewerbsorientierter Preise ist die Betrachtung der Marktsituation für den Erwerb von Übertragungsrechten für die Spiele der UEFA Champions League für die Saisons 2015/2016, 2016/2017 und 2017/2018. Den theoretischen Hintergrund für die Analyse bietet die „Mikroökonomie“, in welcher das ökonomische Verhalten und die Entscheidungen einzelwirtschaftlicher Akteure im Vordergrund stehen, sowie Fragen, welche Marktergebnisse Konkurrenzprozesse hervorbringen, betrachtet werden. Einen wesentlichen Einfluss auf das Marktergebnis (z.B. auf den Preis) hat dabei die Anbieter- bzw. Nachfragerstruktur für ein Produkt.

Setzt ein Unternehmen den Preis vor den anderen fest, so nennt man es Preisführer, die anderen Unternehmen, für welche der Preis nun fixiert ist, sind demnach Mengenanpasser. Für die Situation, dass ein Anbieter den Preis setzen kann, unterscheidet man zwischen dem Fall des Polypolisten (viele kleine Konkurrenten, vollkommene Konkurrenz), des Oligopolisten (mehrere Konkurrenten, aber nicht so viele, dass jeder von ihnen eine vernachlässigbar kleine Wirkung auf den Preis hätte) und des Monopolisten (nur ein Unternehmen am Markt). Auch bei der Nachfrageseite spricht man von reinen Mengenanpassern, wenn der Preis für die Nachfrager fixiert ist. Können die Nachfrager den Preis jedoch beeinflussen, so unterscheidet man wiederum zwischen Polypsonist (viele Nachfrager), Monopsonist (nur ein Käufer am Markt) und jener Form, welche zwischen diesen beiden Extremen liegt, dem Oligopsonist (vgl. dazu zum Beispiel *Schleicher (Mikroökonomie), Kapitel 7, S. 1f*). In der folgenden Darstellung werden die möglichen Anbieter- und Nachfragerkonstellationen dargestellt.

## Marktstrukturen

		Nachfrager		
		einer	wenige ( $<5$ pro Land)	viele
An- bieter	einer (TEAM)	bilaterales Monopol	beschränktes Monopol	<b>Monopol</b>
	wenige	beschränktes Monopson	bilaterales Oligopol	<b>Oligopol</b>
	viele	Monopson	Oligopson	<b>(bilaterales) Polypol</b>

**Abbildung 1 Marktstrukturen**

Einzigster Anbieter für Übertragungsrechte für die Spiele der UEFA Champions League ist TEAM (*T.E.A.M. - Television Event and Media Marketing AG*), welcher exklusiv die Rechte als Vertreter der UEFA (*Union of European Football Associations*) vermarktet. Diesem Anbieter stehen auf der Nachfrageseite in jedem Land wenige (üblicherweise weniger als fünf) Nachfrager gegenüber. Im gegenständlichen Fall liegt daher die Marktconstellation eines „beschränkten Monopols“ vor.

Hat ein betrachteter Markt sehr viele Anbieter und Nachfrager (oben als „Polypol“ bezeichnet), sodass niemand einen wesentlichen Einfluss auf den Marktpreis hat, so bezeichnet man die Situation als einen „vollkommenen Konkurrenzmarkt“ oder „Wettbewerbsmarkt“ (vgl. hierzu zum Beispiel *Stiassny (Mikro- und Makroökonomik)*, S. 17).

In einem idealen Wettbewerbsmarkt gelten folgende Annahmen (vgl. zum Beispiel *Mansfield (Managerial Economics)*, Chapter 6-7):

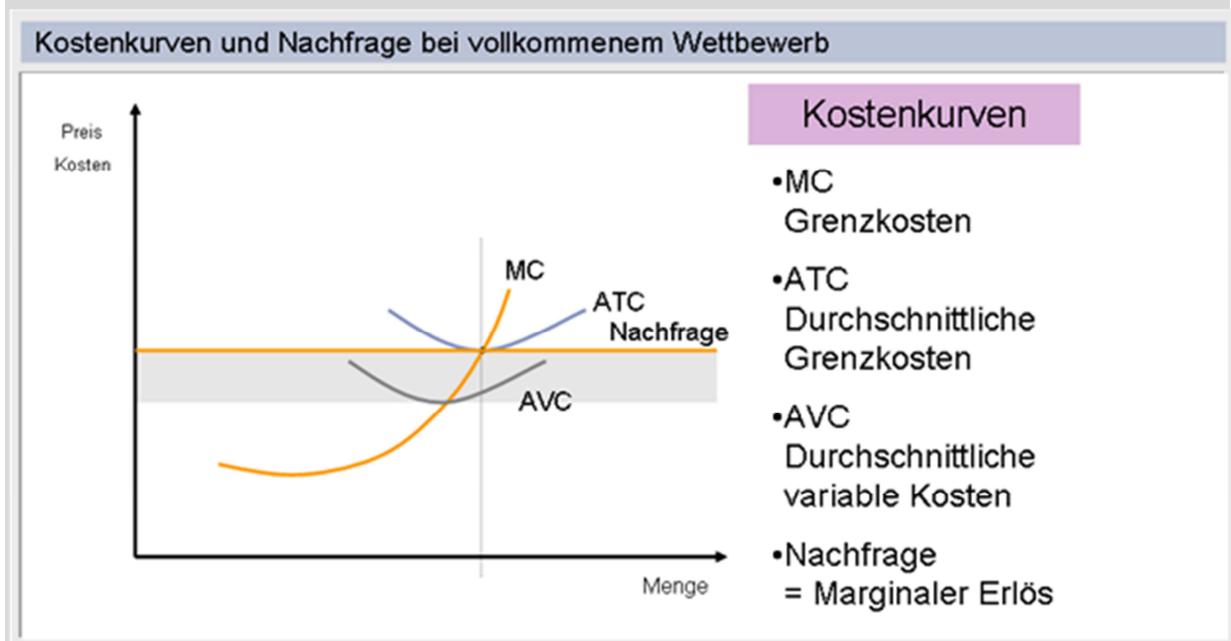
- Aktivitäten einzelner Anbieter oder Nachfrager beeinflussen die Entscheidungen der übrigen Marktteilnehmer nicht,
- es liegen homogene (standardisierte) Produkte vor,
- Zwischen den verschiedenen Marktpartnern und deren Leistungen gibt es keine zeitlichen, räumlichen, persönlichen oder sachlichen Präferenzen (homogene Konkurrenz),
- beim Marktein- und -austritt gibt es keine Barrieren,
- Anpassungsprozesse erfolgen „sofort“ und ohne Transaktionskosten,
- der Markt verfügt über vollständige Marktinformation (vollständige Markttransparenz).

Aus diesen Annahmen folgt, dass in einem Wettbewerbsmarkt alle Marktteilnehmer als Mengenanpasser handeln, d.h. dass jeder ökonomische Akteur den Preis als außerhalb seiner oder ihrer Einflussmöglichkeit als gegeben ansieht. Dies wird damit begründet, dass jeder Konsument oder Produzent nur ein kleiner Teil des gesamten Marktes ist und daher nur eine vernachlässigbare Wirkung auf den Marktpreis haben kann. Der Marktpreis wird durch die Summe der Handlungen aller Akteure bestimmt. Das heißt, der Marktgleichgewichtspreis bildet sich auf dem Markt.

### 1.11.1.2. Wettbewerbspreis in einem Wettbewerbsmarkt

In einem (hier nicht vorliegenden) Wettbewerbsmarkt bildet sich der Preis als Schnittpunkt der Angebotskurve mit der Nachfragekurve am Markt. Solche Wettbewerbspreise wirken wohlfahrtsmaximierend (vgl. *Mansfield (Microeconomics)*, S. 283), indem sie auch für Anbieter das richtige Preissignal für effiziente Investitionen zum Zwecke des Markteintritts bzw. für Erweiterungs- oder Ersatzinvestitionsentscheidungen geben. Der einzelne Anbieter sieht sich jedoch theoretisch (bei perfektem Wettbewerb) einer vollkommen elastischen Nachfragekurve gegenüber, d.h. es ist ihm nicht möglich, mittels einer Veränderung der Ausbringungsmenge den Preis zu beeinflussen – es handelt sich um einen reinen Preisnehmer. Seine kurzfristige Angebotskurve ist durch die dem Anbieter entstehenden Grenzkosten gegeben. Bei Preisen unter den kurzfristigen Grenzkosten ist ein positiver Deckungsbeitrag nicht möglich. Da langfristig jedoch nur solche Unternehmen am Markt überleben werden, die zumindest ihre gesamten Kosten, damit aber auch ihre Fixkosten verdienen können, muss der Preis langfristig die Durchschnittskosten decken. Erzielt ein Unternehmen „Übergewinne“ (mehr als die Durchschnittskosten), so stellt dies (bei Fehlen von Markteintrittsbarrieren) für ähnlich effiziente Unternehmen einen Anreiz zum Markteintritt dar. Umgekehrt führen dauerhafte Verluste für nicht ausreichend effiziente Unternehmen zum Marktaustritt, des weiteren können Unternehmen langfristig ihre Produktionskapazitäten (gewinnmaximierend) anpassen.

Damit setzt der Wettbewerbspreis das wohlfahrtsökonomisch richtige Signal für eine (ex-ante) Investitionsentscheidung, ob Leistungen selbst bereitgestellt oder zugekauft werden („Make-or-Buy“), indem Investitionen in effiziente Produktionskapazitäten getätigt und Marktaustritt für ineffiziente Unternehmen bewirkt wird. Ein langfristiges Gleichgewicht stellt sich somit in einem Wettbewerbsmarkt bei dem Minimum der langfristigen Durchschnittskosten ein. Der gerade beschriebene Zusammenhang wird in der folgenden Abbildung nochmals grafisch gezeigt.



**Abbildung 2 Kostenkurven und Nachfrage bei vollkommenem Wettbewerb**

Auf das einzelne Produkt bezogen bedeutet das, dass es langfristig zumindest seine Grenzkosten sowie die produktspezifischen Fixkosten verdienen muss (inkrementelle Kosten). Haben mehrere Produkte gemeinsame Kosten, so sind diese von der gesamten Produktgruppe abzudecken.

Der Kostenmaßstab der langfristigen zusätzlichen Kosten, also der Kosten, die einem Unternehmen entstehen, wenn es eine Leistung zusätzlich zu einem Portfolio anderer Leistungen erbringt, ist der Maßstab, der im Wettbewerb bei der Entscheidung darüber angelegt wird, ob eine bestimmtes Produkt am Markt angeboten werden soll oder nicht (in der vorigen Abbildung ATC, durchschnittliche Grenzkosten).

In Bezug auf den Rechteerwerb der UEFA Champions League bedeutet das, dass es im Falle des Vorliegens eines Wettbewerbsmarktes möglich wäre, einen eindeutigen Wettbewerbspreis anhand langfristiger zusätzlicher Kosten unter Zugrundelegung von im Markt nachgefragten Mengen zu berechnen. In der Regulierungspraxis kommen derartige Berechnungen für die Beseitigung von Wettbewerbsproblemen bei marktbeherrschender Stellung im Zusammenhang mit Zugangsgewährung zu Infrastruktur zur Anwendung. Die Anforderungen an derartige Kostenberechnungen können klar definiert und überprüft werden (vgl. zum Beispiel KOA – *Überprüfung der Kostenrechnungsmethode von ORS/ORS comm 2012 (KOA 6.300/14-008 und 009)*). Würde ein derartiger Wettbewerbspreis existieren, wäre auch eine Annäherung dieses Wertes mittels Benchmarking möglich, wie dies zum Beispiel mehrere Jahre von der Europäischen Kommission für den Netzzugangsdienst der Festnetzterminierung praktiziert wurde (vgl. *Europäische Kommission (Empfehlung 98/195/EG)*).

#### 1.11.1.3. Angebotsseitiger Wettbewerbspreis

Wie bereits dargestellt wurde, existiert bezüglich der UEFA Champions League Rechte ein Anbieter (TEAM) und es gibt wenige Nachfrager, so dass bereits aufgrund dieser Struktur nicht von einem Wettbewerbsmarkt, sondern von einem beschränkten Monopol auszugehen ist. Die Marktsituation kann durch folgende Eigenschaften weiter charakterisiert werden:

Das Angebotsmonopol durch TEAM bestimmt die zu vergebenden Produkte (Rechtepakete), das Vergabeverfahren, die Bedingungen und kann erwartete Preisbänder festlegen. Der grundsätzliche Ablauf des Vergabeverfahrens ist für alle teilnehmenden Anbieter transparent. Die Teilnehmer am Verfahren, die Gebote sowie Details zur Zuschlagserteilung werden nicht kommuniziert. TEAM optimiert die Erlöse aus dem Rechteverkauf (siehe dazu auf der Website von TEAM: „*we develop innovative commercial concepts, deliver market leading sales results and work collaboratively with customers to optimise the value of their right*“ (vgl. <http://www.team.ch>).

Der gebotene Preis ist eines von insgesamt neun Zuschlagskriterien (vgl. *UEFA (ISO), S. 6*) und es besteht keine Preistransparenz im Vergabeverfahren bzw. danach. Konkret stellt UEFA in der Ausschreibungsunterlage klar dass das preisliche Höchstgebot nicht automatisch den Zuschlag erhält: „*For the sake of clarity, it is confirmed that UEFA is not under any obligation to accept the highest financial bid for the media rights*“ (vgl. *UEFA (ISO), S. 6*). Aus diesem Grund wird das Vergabeverfahren in diesem Gutachten als „auktionsähnlich“ bezeichnet.

Bezüglich des Preises gibt der Vermarkter gar keinen Angebotspreis vor, sondern lädt zur Angebotsabgabe durch die Nachfrager ein. Entsprechen die abgegebenen Angebote nicht den Preisvorstellungen des Anbieters, hat dieser die Möglichkeit, die Übertragungsrechte für die UEFA Champions League nicht zu vergeben, sodass in diesem Fall überhaupt kein Marktpreis zustande kommt.

Für das Vorliegen eines Wettbewerbsmarktes wäre eine Voraussetzung, dass ein homogenes und austauschbares Produkt vorliegt. Die Europäische Kommission geht in einer Entscheidung (vgl. *Europäische Kommission (K(2003) 2627), S. L 291/36*) davon aus, dass die Fernsehrechte zur UEFA Champions League bestenfalls mit anderen Fernsehrechten für ganzjährig regelmäßig ausgetragene Fußballwettbewerbe als substituierbar angesehen werden können, sodass auch dieses Kriterium für einen Wettbewerbsmarkt nicht erfüllt ist.

Diese Charakteristika führen dazu, dass aus Sicht der Anbieterseite kein Wettbewerbspreis berechnet werden kann, da der Monopolanbieter sämtliche Parameter zur Festlegung des Vergabeverfahrens bestimmt, kein homogenes Produkt besteht und somit kein Wettbewerbsmarkt vorliegt, auf welchem ein angebotsseitiger Marktpreis berechnet werden könnte.

#### 1.11.1.4. Nachfrageseitiger Wettbewerbspreis

Auf der Nachfrageseite beteiligen sich üblicherweise wenige Unternehmen am auktionenähnlichen Bietprozess für die Vergabe von UEFA Champions League Übertragungsrechten. Das Verfahren ähnelt einer Auktion. Eine Auktion ist nach McAfee und McMillan (vgl. *McAfee/McMillan (Auctions)*, S. 700), eine Markttransaktion auf der Basis expliziter Regeln, die eine Ressourcenallokation und Preise aufgrund eines Vergleichs von Geboten der Marktteilnehmer vornimmt. Die Höhe der Gebote korrespondiert gemeinhin mit der Höhe der Zahlungsbereitschaft und diese wiederum mit der ökonomischen Wertschätzung des Nutzers für die versteigerte Ressource. Der zu zahlende Preis wird durch das höchste abgegebene und vom Anbieter akzeptierte Gebot bestimmt.

Wären im Vergabeverfahren ausschließlich miteinander vergleichbare private Nachfrager beteiligt, würde das reale Auktionsergebnis einem nachfrageseitigen Wettbewerbspreis entsprechen. Im gegenständlichen Vergabeverfahren treten einerseits private Nachfrager und andererseits der öffentlich-rechtliche Nachfrager als Bieter auf. Zusätzlich zu den bei privaten Veranstaltern üblichen Entscheidungsparametern über die Höhe eines angemessenen Gebots berücksichtigt der öffentlich-rechtliche Veranstalter weitere Überlegungen bezüglich des öffentlich-rechtlichen Auftrags und er verfügt über eine privilegierte Finanzierungssituation. In einer solchen Nachfragerkonstellation stellt sich ex post die Frage, ob ein öffentlich-rechtlicher Anbieter Mittel aus der privilegierten Finanzierung herangezogen hat, um über einen Wettbewerbspreis, der ausschließlich auf den für private Mitbewerber üblichen Entscheidungsparametern basiert, mit seinem eigenen Gebot hinauszugehen. Um diese Frage beantworten zu können, muss als Referenzwert die Höhe dieses Wettbewerbspreises bekannt sein, wie sie sich im Wettbewerb zwischen privaten Nachfragern ergeben kann.

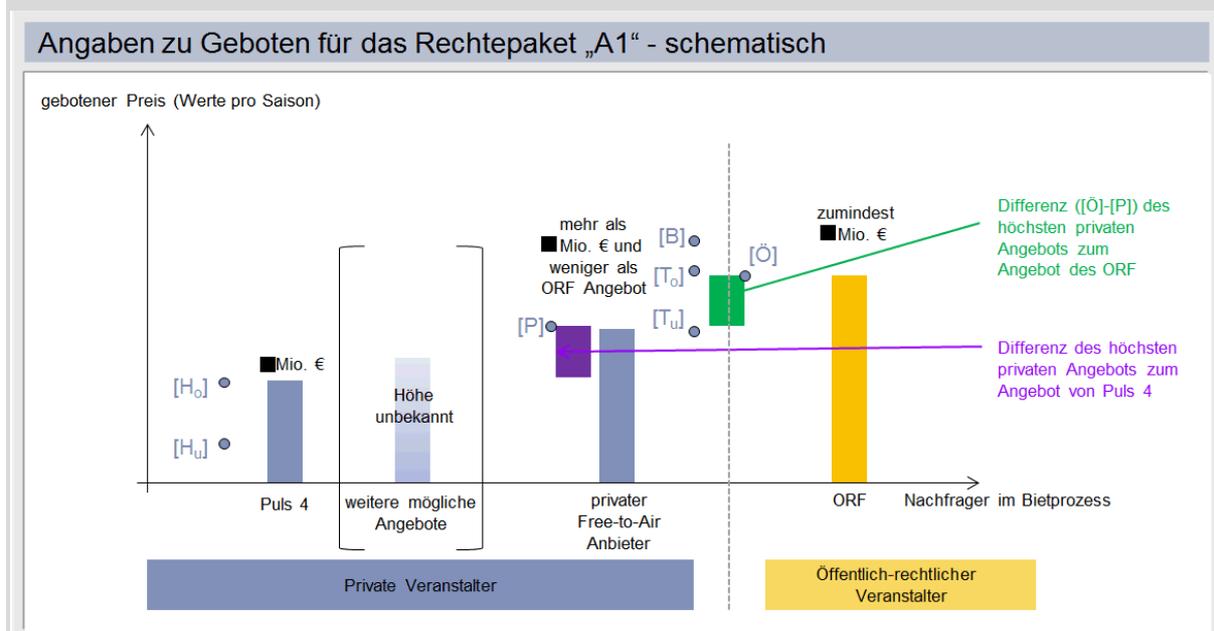
Im gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligten sich zumindest drei Nachfrager am Bietprozess. Sie stehen einem vordefinierten Angebot von fixen Rechtepaketen gegenüber. Der Zugang zum Vergabeverfahren ist prinzipiell nicht eingeschränkt.

Jeder Bieter legt individuell sein Angebot anhand seines eigenen Business Case. Den Zuschlag erhält das von TEAM als bestes erachtetes Gebot. Als Bewertungskriterien werden neben dem gebotenen Preis noch andere Parameter, wie zum Beispiel das Sendekonzept sowie erwartete Reichweiten, herangezogen. Die Nachfrager haben keine Kenntnis über die Angebote der Mitbewerber. Aus Sicht des Bietverfahrens ergibt sich daher ein nachfrageseitiger Wettbewerbspreis in Höhe des von der Vermarktungsgesellschaft akzeptierten besten Gebots.

Der für das Rechtpaket „A1“ durchgeführte Vergabeprozess und dazugehörige Punkte für Gebotspreise kann schematisch wie folgt anhand der Informationen aus dem Akt der KommAustria charakterisiert werden:

- Auf Basis der Berechnung eines hypothetischen effizienten Veranstalters wurde im Gutachten von PRO (vgl. *PRO (Gutachten)*, S. 61) ein maximaler Listenpreis in einer Bandbreite von 1,37 Mio. € (unten als Punkt  $[H_1]$  dargestellt) bis 2,03 Mio. € (unten als Punkt  $[H_0]$ ) dargestellt berechnet. Dieses Preisband berücksichtigt auf der Erlösseite ausschließlich direkte Werbeerlöse im Umfeld der UEFA Champions League.

- Der von Puls 4 gebotene Betrag liegt laut mehreren Quellen (vgl. z.B. *Beschwerde (20.1.2014)*, S. 8) bei xx Mio. €.
- Die Teilnahme weiterer Bieter wurde nicht explizit ausgeschlossen, über die Höhe allfälliger Gebote ist nichts bekannt.
- Aus den Stellungnahmen von TEAM (vgl. *TEAM (8.7.2014)*, S. 2 und *TEAM (4.3.2014)*, S. 2) geht hervor, dass mindestens noch ein anderer Free-to-Air Anbieter ein Gebot abgegeben hat, welches deutlich höher als jenes von Puls 4 gelegen ist. Die Höhe dieses Preises wird in der Darstellung mit [P] bezeichnet.
- Als erwartetes Preisband hat der Vermarkter TEAM während des Vergabeverfahrens einen „Korridor“ von xx bis xx Mio. € genannt (vgl. *Ergänzung (12.2.2014)*, S. 2). Diese Preispunkte werden in der Darstellung mit [T<sub>u</sub>] und [T<sub>o</sub>] bezeichnet.
- Für Preisvergleiche kann auf Vergleichswerte (Benchmarks) zurückgegriffen werden. Ein indikativer Benchmarkingpunkt wird schematisch mit [B] bezeichnet.
- Laut der Beschwerde (vgl. *Beschwerde (20.1.2014)*, S. 12) liegt nach Angaben von Puls 4 der seitens des ORF gebotene Preis bei mindestens 4 Mio. €. Dieser Punkt des öffentlich-rechtlichen Anbieters wird mit [Ö] markiert.
- Die folgende Darstellung fasst die genannten Größen grafisch zusammen und markiert mit Großbuchstaben mehrere Preispunkte in eckigen Klammern.



**Abbildung 3** Angaben zu Geboten für das Rechtepakett „A1“

Die weitere Analyse legt den Schwerpunkt auf Entscheidungsparameter bezüglich des höchsten privaten Gebots und simuliert unter Heranziehung üblicher privater Entscheidungskriterien andere mögliche maximale Gebote.

### 1.11.2. Methoden zur Ermittlung eines Wettbewerbspreises

Im folgenden Teil werden unterschiedliche Methoden zur Ermittlung eines Wettbewerbspreises hinsichtlich deren Anwendbarkeit auf den Rechteerwerb zur UEFA Champions League dargestellt und evaluiert. Ausgangspunkt für die Evaluierung der möglichen Methoden ist die in Kapitel [1.11.1.1] beschriebene Marktsituation, welche in der folgenden Darstellung nochmals zusammengefasst ist.

Marktsituation für die Vergabe der UEFA Champions League Übertragungsrechte		
	„klassischer“ Wettbewerbsmarkt	Vergabe UEFA Champions League Rechte
Produkt	homogenes Massenprodukt	exklusives Einzelprodukt
Anbieter	viele	Monopolist (TEAM für UEFA)
Nachfrager	viele	wenige (< 5 je Land)
Markttransparenz	hoch	nicht gegeben (Preise, Bieter & Ergebnis geheim)
Preismechanismus	am Markt nachgefragte Menge wird von effizienten Anbietern zu möglichst geringen langfristigen Durchschnittskosten angeboten	Monopolist führt eine auktionsähnliche Vergabe durch, Nachfrager bieten anhand ihrer individuellen Zahlungsbereitschaft
Marktpreis	langfristige Durchschnittskosten	„Bestes“ Gebot des Vergabeverfahrens
Methoden zur Ermittlung des Marktpreises	Benchmarking Analyse von Zeitreihen Kostenmodelle zur Berechnung der langfristigen Durchschnittskosten <ul style="list-style-type: none"> <li>• anhand von Kostenmodellen von Unternehmen (Top-Down Ansatz)</li> <li>• Anhand analytischer Kostenmodelle für hypothetische Unternehmen (Bottom-Up Ansatz)</li> </ul>	Analyse der Entscheidungsparameter für die Höhe der individuellen Zahlungsbereitschaft & Simulation eines höchst möglichen Gebots <ul style="list-style-type: none"> <li>• anhand branchenüblicher Entscheidungsparameter privater Bieter</li> <li>• für öffentlich-rechtliche Bieter können weitere Entscheidungsparameter hinzukommen</li> </ul>

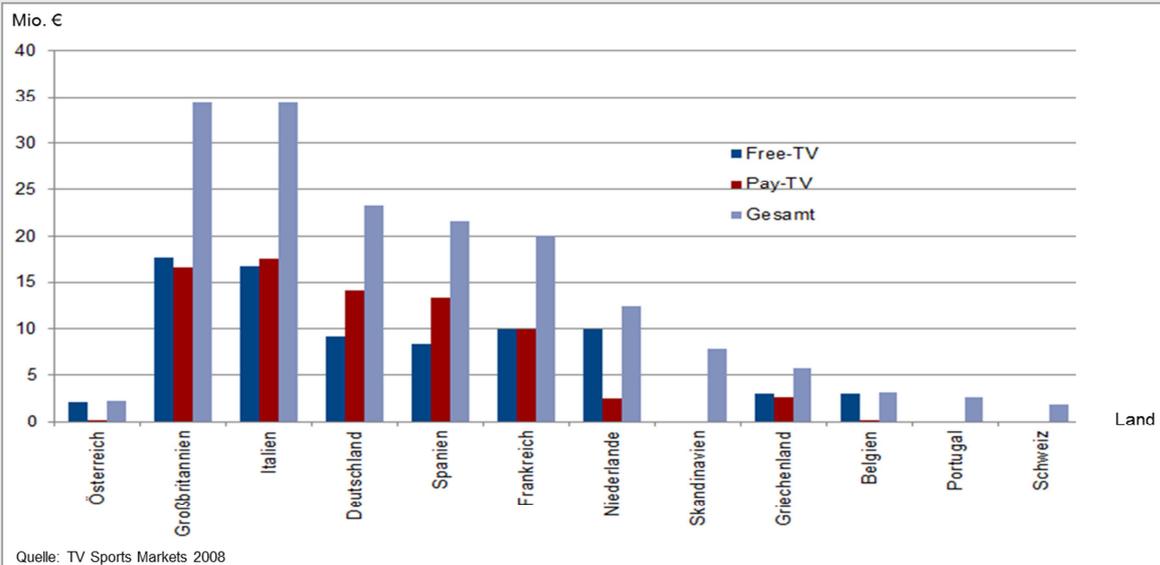
**Abbildung 4 Marktsituation für die Vergabe der UEFA Champions League Übertragungsrechte**

In der obigen Darstellung wird die für die Vergabe der UEFA Champions League Rechte spezifische Marktsituation mit jener in einem „klassischen“ Wettbewerbsmarkt verglichen. Aufgrund der speziellen Charakteristika bezüglich Anbieter, Nachfrager, Markttransparenz sowie dem Preismechanismus auf Basis eines intransparenten auktionsähnlichen Vergabeverfahrens sind Methoden der Ermittlung eines Wettbewerbspreises, wie sie üblicherweise für einen „klassischen“ Wettbewerbsmarkt anwendbar sind, im vorliegenden Fall nicht für diesen Zweck geeignet. Auf die einzelnen Methoden wird nun näher eingegangen.

#### 1.11.2.1. Benchmarking

Benchmarking kann in einem Wettbewerbsmarkt dann für einen validen Vergleichswert eines wettbewerbsorientierten Angebotspreises herangezogen werden, wenn zumindest vergleichbare Produkte und vergleichbare Märkte existieren und die zugrundeliegenden Zahlenwerte valide und transparent sind. Wenn ein Benchmark für die Feststellung eines Wettbewerbspreises herangezogen wird, muss sichergestellt sein, dass es sich bei den zugrundeliegenden Vergleichswerten um Wettbewerbspreise handelt. Alle diese Voraussetzungen sind in Bezug auf den Erwerb von UEFA Champions League Rechten nicht gegeben. Es existieren zwar Zusammenstellungen von Vergleichen für Rechtekosten der UEFA Champions League (vgl. z.B. *Hoehn/Kastrinaki (Broadcasting)*, S. 10) aus der Vergangenheit – diese Übersichten sind allerdings ohne genaue Kenntnis der verglichenen Rechtepakete, der Marktsituation und der rechtlichen Rahmenbedingungen in den jeweiligen Ländern wenig aussagekräftig. Dies wird durch die grafische Darstellung des gerade zitierten Dokuments, welches auf die Datenquelle „TV Sports Markets 2008“ verweist, deutlich.

## Lizenzkosten 2006/2007 bis 2008/2009 für die UEFA Champions League



**Abbildung 5 Beispiel für einen Vergleich von Rechtekosten zur UEFA Champions League**

Aktuelle Daten sind überhaupt nur über unbestätigte Pressemitteilungen für einige wenige Länder (wie z.B. Deutschland, Frankreich, Großbritannien) verfügbar und können nur als Hintergrundinformation herangezogen werden.

Ein Vergleich mit Übertragungsrechten anderer Premium-Sportbewerbe aus anderen Sportarten bzw. anderen Fußball-Bewerben ist aufgrund der Besonderheit und Attraktivität des Produkts „UEFA Champions League“ ebenfalls nur als Zusatzinformation aber nicht als Benchmark sinnvoll.

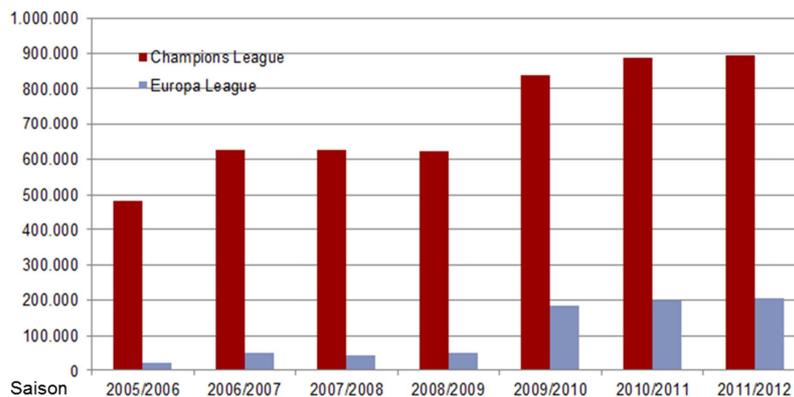
### 1.11.2.2. Analyse von Zeitreihen

Hätte man eine Zeitreihe mit regelmäßigen Datenpunkten bezüglich Lizenzkosten für die UEFA Champions League zur Verfügung und wären bei den Datenpunkten die wesentlichsten Marktfaktoren jeweils miteinander vergleichbar, könnte man eine Zeitreihenanalyse durchführen. Damit wäre es möglich, „Ausreißer“ im Preis – z.B. über dem üblichen Wettbewerbsniveau – mathematisch nachzuweisen. Im gegenständlichen Fall liegt eine geringe Anzahl an Datenpunkten im Abstand von drei Jahren (übliches Zeitintervall einer Vergabe) vor. In diesem Zeitraum haben sich viele Rahmenbedingungen (sowohl am Markt, also auch bei der Veranstaltung der UEFA Champions League) selbst geändert, sodass eine derartige Analyse nicht sinnvoll durchgeführt werden kann.

Auf dieser sehr groben Datengrundlage, können sich daher bestenfalls Tendenzen für Preise ableiten lassen. Aus den jährlichen Finanzberichten der UEFA sind zum Beispiel die Gesamtumsätze aus dem Rechteverkauf zur UEFA Champions League sowie der UEFA Europa League verfügbar.

## Entwicklung der Umsätze aus Übertragungsrechten (UEFA Champions & Europa League)

Umsatz in 1.000 € pro Saison



Quelle: diverse Financial Reports der UEFA, eigene Zusammenstellung

- Umsatz Champions League: Saison 2011/2012: 892 Mio. €
- größte Steigerung mit 34% von 2008/2009 auf 2009/2010
- Drei-Jahres-Mittelwert von 2006/2007 bis 2008/2009 beträgt 624 Mio. €
- Drei Jahres-Mittelwert von 2009/2010 bis 2011/2012 beträgt 871 Mio. €
- Der Drei-Jahres-Mittelwert stieg somit um 39,5% im Drei-Jahres-Zeitfenster.
- Der Drei-Jahres-Mittelwert für die Europa League vervierfachte sich im gleichen Zeitraum.

**Abbildung 6 Umsatzentwicklung der UEFA aus dem Rechteverkauf**

Man kann bei dieser Betrachtung erkennen, dass die jährlichen Umsätze kontinuierlich und teils signifikant steigen. Ein Rückschluss auf einzelne Länder ist aber aufgrund dieser globalen Zahlen daraus nicht möglich.

### 1.11.2.3. Hypothetischer „durchschnittlicher“ Nachfrager

Auf der linken Seite von Abbildung 3 sind schematisch mit  $[H_u]$  und  $[H_o]$  Werte enthalten, wie sie sich auf Basis einer Modellrechnung eines „durchschnittlichen, gut geführten Free-TV-Anbieters in Österreich“ ergeben (vgl. *PRO (Gutachten)*, S. 60).

Im Bereich der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikationsdienstleistungen werden derartige Ansätze der Modellierung „effizienter und hypothetischer Anbieter“ verwendet, um in Märkten, in denen eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, auf Anbieterseite Wettbewerbspreise für stark standardisierte Leistungen (z.B. Mobilterminierung) zu simulieren. Die hier zu behandelnde Fragestellung unterscheidet sich in folgenden wesentlichen Punkten vom erwähnten üblichen Anwendungsbereich derartiger Modelle:

Nr.	Thema	Methode: „Effizienter hypothetischer Anbieter“	Methode „Simulation eines Wettbewerbspreises für die Vergabe von UEFA Champions League Rechten“
1	Zweck der Methode	Ex-ante Berechnung eines simulierten Wettbewerbspreises für ein marktbeherrschendes Unternehmen, um dem Wettbewerbsproblem überhöhter Tarife entgegenzuwirken.	Berechnung eines simulierten Wettbewerbspreises zur ex-post Kontrolle, ob das Gebot eines öffentlich-rechtlichen Anbieters über jenem Niveau liegt, welches sich durch die Anwendung rein privatwirtschaftlicher Überlegungen ergeben kann. Es handelt sich daher im vorliegenden Fall nicht um die Frage von „Marktbeherrschung“.
2	Fokus der Betrachtung	Kosten eines Anbieters (marktbeherrschendes Unternehmen) für ein reguliertes Standardprodukt	nachfrageseitiger Angebotspreis (Zahlungsbereitschaft) von privaten und öffentlich-rechtlichen Nachfragern
3	Produkteigenschaften	Betrachtet wird ein standardisiertes Massenprodukt (z.B. Mobilterminierung im Telekommunikationsbereich)	exklusives und schwer substituierbares Einzelprodukt der UEFA Champions League Übertragungsrechte
4	Marktstruktur	Simuliert wird eine Situation, in welcher sich marktbeherrschende Unternehmen wie Unternehmen in einem effektiven Wettbewerb verhalten müssen.	Simuliert wird das theoretisch maximale Höchstgebot eines anhand für private Anbieter üblicher Entscheidungskriterien im Vergleich mit dem tatsächlichen Gebot eines öffentlich-rechtlichen Anbieters
5	Ausgangsbasis für Modellierungen	angebotsseitige Kosten effizienter Leistungsbereitstellung ohne Erlösseite	Zahlungsbereitschaft der Nachfrager: Vielzahl von Entscheidungsparametern

**Tabelle 1 Anwendungsbereich der Methode „effizienter hypothetischer Anbieter“**

Die vorige Tabelle zeigt, dass die Methode eines „effizienten hypothetischen Anbieters“ für gänzlich andere Fragestellungen als der hier zu behandelnden Aufgabe konzipiert ist und daher zur Lösung der gegenständlichen Fragestellung ungeeignet ist. Auch wäre bei einer Versteigerung, bei welcher mehrere private Anbieter teilnehmen können, bei Heranziehung eines „durchschnittlichen privaten Anbieters“ für einen „angemessenen Wettbewerbspreis“ in der Regel zu erwarten, dass dieser durchschnittliche Anbieter vom meistbietenden privaten Anbieter wettbewerbskonform überboten werden würde. Somit würde sich systematisch immer ein höherer Wettbewerbspreis durch das Vergabeverfahren ergeben, als mit dieser Methode errechnet werden könnte. Aus diesen Gründen wird dieser Ansatz hier nicht weiter verfolgt.

#### 1.11.2.4. Simulation anhand des höchsten privaten Gebots

Betrachtet man ausschließlich den linken Bereich von Abbildung 3 und blendet man den öffentlich-rechtlichen Bereich aus, so ergibt sich ein Wettbewerbspreis, welcher sich aus den Einzelbewertungen aller am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Veranstaltern als höchstes Gebot (in der Darstellung Punkt [P]) ergibt. Dieser Punkt ist insofern interessant, als die Lage von [P] nicht durch einen öffentlich-rechtlichen Anbieter verzerrt sein kann, weil im „privaten“ linken Bereich der Darstellung keine öffentlich-rechtliche privilegierte Finanzierung relevant sein kann. In die Einzelgebote privater Veranstalter fließen mehrere Entscheidungskriterien ein, die zum Beispiel Kruse (vgl. *Kruse (Konsequenzen)*, S. 3) wie folgt grob zusammenfasst:

- das Erlöspotential (Werbung),
- Image-Effekte für das Programm,
- Marktstrukturen und Verhaltensweisen im Markt, sowie
- Strategien der Medienunternehmen.

In einem mit dem gegenständlichen Verfahren nicht in Zusammenhang stehenden Verfahren zur gemeinsamen Vermarktung der gewerblichen Rechte an der UEFA Champions League führte die Europäische Kommission auch Marktbefragungen durch, in welchen es um die Einflussfaktoren von Medienunternehmen zum Rechteerwerb ging. Im folgenden Teil werden einige Aussagen aus der veröffentlichten Entscheidung der Europäischen Kommission (vgl. *Europäische Kommission (K(2003) 2627)*) dazu herausgegriffen:

- Vlaamse Media Maatschappij (Belgien): Aussage, dass „*der Erwerb von Sportrechten und die Ausstrahlung von Sportprogrammen im Allgemeinen für sich genommen unrentabel sind. Die Ausstrahlung von Sportprogrammen und insbesondere die Übertragung populärer Sportarten wie Fußball und Radsport sind aber für das Image und das Profil eines Fernsehprogramms von großer Bedeutung*“ (vgl. *Europäische Kommission (K(2003) 2627)*, S. L 291/36).
- RTL: Aussage, dass „*die Preise für Fußball-Übertragungsrechte derzeit so hoch liegen, dass sie durch die Einnahmen aus der Übertragung der entsprechenden Spiele nicht gedeckt werden. Wenn die Rechte dennoch erworben werden, dürfte dies an ihrer Rolle für die Heranbildung eines Programmprofils liegen*“ (vgl. *Europäische Kommission (K(2003) 2627)*, S. L 291/37).
- NOS (Niederlande): Aussage, „*... und auch andere Sportsendungen dank des Fußballs Einschaltquoten erzielen, die sie ohne Fußball nie erreichen würden*“ (vgl. *Europäische Kommission (K(2003) 2627)*, S. L 291/37).
- OnDigital (Großbritannien) hatte TV-Rechte an der UEFA Champions League erworben. Das Unternehmen betont in seiner Antwort an die Europäische Kommission, dass „*in der Anlaufphase unserer Programmplattform die Heranbildung eines Abonnentenstamms wichtiger ist als reiner Gewinn*“. An späterer Stelle fügt das Unternehmen hinzu, dass nach seiner Auffassung „*das Markenimage und der Wert*

*unseres Angebots an die Verbraucher direkt mit den angebotenen Sportprogrammen verbunden sind“ (vgl. Europäische Kommission (K(2003) 2627), S. L 291/37).*

Diese Aussagen zeigen, dass neben einer reinen Betrachtung von Werbeerlösen im direkten Umfeld der UEFA Champions League Übertragungen auch noch andere wesentliche Entscheidungskriterien, Werbeerlöseffekte im sonstigen Programm, Positionierung, Markenbildung, Seherbindung, Marktstrategie, etc. im Wettbewerb der Veranstalter eine wesentliche Rolle bei der Abgabe von Geboten für derartige Übertragungsrechte bei privaten Unternehmen spielen.

Aus diesem Grund, greift eine ausschließliche Analyse von mit der UEFA Champions League direkt in Zusammenhang stehenden Werbeerlösen für die Berechnung eines angebotsseitigen Wettbewerbspreises im Rahmen eines Bieterverfahrens zu kurz. Daher stellt sich die Frage, welche konkreten Einflussfaktoren bei einer derartigen Preisfindung von privaten Marktteilnehmern üblicherweise von Wettbewerbern berücksichtigt werden.

Eine detaillierte Sammlung von Einfluss- und Entscheidungskriterien für die Abgabe eines Angebots in einem Bieterverfahren für die UEFA Champions League ergibt sich aus diversen Ausführungen im gegenständlichen Verfahrensakt, Aussagen der Europäischen Kommission sowie Kommentaren zum Erwerb derartiger Übertragungsrechte in anderen Ländern.

**Erlöse und Vermarktungsmöglichkeiten:** Welche Übertragungs-, Nutzungs- und Vermarktungsmöglichkeiten ergeben sich durch ein bestimmtes Rechtspaket (vgl. z.B. *Beschwerde (20.1.2014)*, S. 7ff oder *ORF (Management Info)*, S. 1f)? Einflussfaktoren sind beispielsweise Anzahl der Live-Spiele, zeitliche Lage der Spiele, erwartete Attraktivität für die Zuseher, erwartete Zuschauerreichweiten, Exklusivität des Angebots, Alternativoptionen der Zuseher (z.B. „Einstrahlungen“ aus Deutschland) sowie vergleichbare Pay-TV Angebote. Die maximalen individuellen Vermarktungsmöglichkeiten der Bieter sind durch den jeweiligen gesetzlichen Rahmen gedeckelt. Nachdem die Übertragung der UEFA Champions League Spiele auch positive Effekte auf das sonstige Programm haben kann, fließen auch diese „indirekten“ Zusatzerlöse in die Entscheidung ein. Die Erlös und Vermarktungsmöglichkeiten sind wesentlich von der Reichweite sowie dem Werbetarifniveau abhängig.

**Redaktionelle Kriterien:** Bewertet werden hier journalistische Kriterien, wie die sportliche Wertigkeit der Veranstaltung, Beteiligung österreichischer Sportler bzw. Teams, Erfolgsaussichten, Nachrichtenwert, mögliche Sendeplanung, Sendungskonzept sowie das erwartete Publikumsinteresse (vgl. *ORF (Konzept)*, S. 3) und *ORF (Management Info)*, S. 3).

**Kosten (exklusive Lizenzkosten):** Welche Kosten werden durch die Übertragungen verursacht? Berücksichtigt werden üblicherweise Herstellungs- und Produktionskosten, anteilige gemeinsame Kosten sowie Gemeinkosten. Einflussfaktoren sind zum Beispiel Zahlungsbedingungen sowie Annahmen bezüglich einer angemessenen Kapitalverzinsung (vgl. z.B. *Beschwerde (20.1.2014)*, S. 16f), *Estimation (15.1.2014)*). In die Kapitalverzinsung fließen auch Risikoüberlegungen und Unsicherheiten mit ein.

**Positionierung/Strategie/Image:** Puls 4 formuliert den Einfluss von Senderechten für die UEFA Champions League zum Beispiel so: *„Private kommerzielle Fernsehveranstalter können solche prestigeträchtigen Programminhalte auch als „Marketinginstrument“ nutzen, um die Bekanntheit des Senders (und damit den Marktwert des Senders) nachhaltig zu erhöhen (vgl. Beschwerde (20.1.2014), S. 13)“*. Puls 4 bezeichnet das als „indirekte Effekte“.

Die UEFA verweist in ihrer Präsentation zur UEFA Champions League (vgl. *UEFA (Presentation)*, Slide 3) auf die massive Reichweite und positiven Auswirkungen auf Marktanteile („*boost for channel share*“). Der ORF geht in seinem Konzept über die Kriterien zur Sport-Sendeauswahl (vgl. *ORF (Konzept)*, S. 1) davon aus, dass mit Premium-Angeboten, wie der UEFA Champions League „*publikumswirksame und massenattraktive*

*Sportinhalte transportiert werden können, die die Bedeutung und das Image einer jeden TV-Station unterstreichen und sehr positive Effekte auf die Gesamtgestaltung der angebotenen TV-Programme erreicht werden können“.*

British Telecom, welche für Großbritannien die Rechte für UEFA Champions League und Europa League im Jahr 2013 erworben hat, erwartet sich durch den kostenintensiven Rechteerwerb eine Stärkung seiner Marktposition. Der CEO von BT TV formuliert dies so: *„We have been able to afford some pretty eye-watering sums because it drives a position in a big and lucrative market, and we are in a position to invest more.“* (Quelle: <http://www.theguardian.com/football/2013/nov/19/bt-eye-watering-sums-tv-rights>).

SBS (Free-TV Anbieter in Australien) betont nach dem Rechteerwerb zur UEFA Champions League den langfristigen positiven strategischen Wert. *„Football has a long-term strategic value to SBS and the UEFA Champions League is considered the pre-eminent European football competition“* (vgl. <http://www.sbs.com.au/aboutus/news-media-releases/view/id/385/h/SBS-Secures-Three-Year-Deal-For-Prestigious-Football-Tournaments>).

Ein zusätzliches Beispiel eines öffentlich-rechtlichen Anbieters für Deutschland zeigt, dass die für private Anbieter gültigen Annahmen bezüglich eines positiven Einflusses der UEFA Champions League Übertragungen auf Strategie, Image und Kundenbindung genauso auch bei öffentlich-rechtlichen Anbietern in ihrer Betrachtung einfließen. In Deutschland hat das ZDF im Jahr 2012 Sat.1 als UEFA Champions-League-Sender abgelöst. Nach dem ersten Jahr der Übertragungen zog das ZDF folgende Bilanz: *„Das erste Jahr war sehr erfolgreich, nicht nur bei den Live-Spielen selber, sondern auch bei der Strahlkraft auf andere Sendungen“.* (Quelle: <http://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/fussball-tv-rechte-zdf-bietet-wieder-fuer-champions-league-12647714.html>). Als das ZDF im Dezember 2013 das Rechtepakete für weitere drei Jahre für die UEFA Champions League erwarb, gab der Intendant als Mitentscheidungsgrund an: *„Attraktive Fußball-Übertragungen sind ein wichtiger Bestandteil unseres Sportangebots und ein wesentlicher Faktor für die Zuschauerakzeptanz – auch bei den jüngeren Zuschauern“.* (Quelle: [http://www.focus.de/sport/fussball/championsleague/produkt-bei-uns-etabliert-das-zdf-uebertraegt-die-fussball-koenigsklasse-bis-2018\\_id\\_3477657.html](http://www.focus.de/sport/fussball/championsleague/produkt-bei-uns-etabliert-das-zdf-uebertraegt-die-fussball-koenigsklasse-bis-2018_id_3477657.html)).

Als British Telekom im November 2013 für die britischen UEFA Champions League sowie UEFA Europa League Übertragungsrechte für drei Jahre (ab der Saison 2015/2016) für 299 Mio. £ pro Saison den Zuschlag bekam, äußerten sich mehrere Analysten zu den Entscheidungsfaktoren von British Telekom. Es wurde erwartet, dass British Telekom zusätzliche Erlöse, etwa durch zusätzliche Kunden von Triple-Play (Breitband, Telefon, Fernsehen) Angeboten oder Zusatzerlöse durch die Einführung neuer kostenpflichtiger Angebote für Fußball der UEFA generieren kann.

*„BT has many plans to extract value directly from the UEFA rights. These are:*

- *Win extra retail volumes: extra broadband, telephony and TV retail customers + extra broadband and fibre lines wholesaled by Openreach.*
- *Introduce an extra retail charge for UEFA football.*
- *Earn extra retail revenue from commercial premises. UEFA content is sought after TV by pubs and clubs.*
- *Earn extra wholesale revenue.*
- *Earn extra from advertising.“*

(vgl.

<http://www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/mediatechnologyandtelecoms/media/10440549/BTs-Champions-League-win-What-the-analysts-say.html>)

Auch der strategische Beitrag zur Positionierung von BT Sports als Fußball-Programm wurde im gleichen Artikel als ein wesentlicher Einflussfaktor für den Erwerb der Rechte genannt.

*„This will be the first time that a single UK broadcaster has obtained all the rights to both tournaments [Anmerkung: Champions League und Europa League] and will promote BT Sport from a 'nice to have' to a 'must have' for many homes.“*

Die Europäische Kommission beschreibt positive Effekte in Zusammenhang mit der UEFA Champions League für Veranstalter so: *„Die Rundfunkanbieter können mit Fußballrechten ein besonderes Markenimage für ihre Fernsehprogramme prägen und einen bestimmten Zuschauerkreis erreichen, der mit anderen Programmangeboten nicht angesprochen werden kann.“* .... *„Wenn Rundfunkanstalten regelmäßig bestimmte Wettbewerbe wie die UEFA-Champions League, die schon für sich genommen ein bekanntes Markenprodukt ist, übertragen, veranlassen sie die Zuschauer dazu, beim Einschalten des Fernsehgeräts aus Gewohnheit zuerst ihr Programm anzuklicken. Diese „Markenloyalität“ besteht also darin, dass die Zuschauer dieses Programm beim Einschalten des Fernsehapparats zum Ausgangspunkt nehmen. Davon profitieren auch andere Sendungen, die im gleichen Programm ausgestrahlt werden“* (vgl. Europäische Kommission (K(2003) 2627), S. L 291/36).

An anderer Stelle der oben zitierten Entscheidung streicht die Europäische Kommission den Wert der UEFA Champions League Übertragungen zur Imagebildung eines Programms heraus. *„Als besonders wertvoll für die Imagebildung eines Programms schätzen die Rundfunkunternehmen beim Fußball die Regelmäßigkeit des Angebots. Im Gegensatz zu vielen anderen Sportereignissen werden Fußballspiele im Rahmen nationaler und europäischer Ligawettbewerbe regelmäßig über einen Großteil des Jahres ausgetragen. Die Champions League nimmt unter diesen Wettbewerben einen herausragenden Platz ein und hat ein starkes eigenes Markenimage entwickelt. Damit können kontinuierlich hohe Einschaltquoten erreicht werden, sofern die entsprechenden Rechte zugänglich sind“* (vgl. Europäische Kommission (K(2003) 2627), S. L 291/37).

RTL verweist in seiner Aussage im Zusammenhang mit dem Verfahren vor der Europäischen Kommission, dass der Sender *„Werbeeinnahmen verlieren würde, wenn er die UEFA Champions League durch andere Fußball- oder Sportübertragungen ersetzen würde. Selbst wenn das Zuschauerprofil das gleiche wäre, würden die Einschaltquoten zurückgehen, da die anderen Sportereignisse nicht so attraktiv sind“* (vgl. Europäische Kommission (K(2003) 2627), S. L 291/38). Daher spielt auch in den Überlegungen zu einem UEFA Champions League Rechteerwerb eine Rolle, welche Werbeerlöse entgehen würden, falls die UEFA Champions League nicht im eigenen Programm sondern in einem fremden Programm gezeigt werden würde. Diese vermeidbaren entgangenen Erlöse können somit in der monetären Bewertung des positiven strategischen Werts der UEFA Champions League einberechnet werden.

Diese Beispiele zeigen, dass von Veranstaltern durchwegs positive Auswirkungen der UEFA Champions League Übertragungen auf das restliche Programm erwartet werden und in die Entscheidungsfindung zur Abgabe eines Gebots einfließen. Letztlich haben alle oben genannten strategischen Faktoren langfristig auch das Ziel, die Erlöspotentiale des jeweiligen Programms insgesamt zu erhöhen, sodass diese positiven Effekte auch monetär (z.B. als „fiktiver kalkulatorischer Erlös“) betrachtet werden können. Die Europäische Kommission fasst dies so zusammen: *„Die Untersuchung der Kommission hat bestätigt, dass die Rundfunkunternehmen die Entwicklung eines Programmimages bei ihrer Entscheidung über den Kauf von Fußball-Übertragungsrechten besonders berücksichtigen“* (vgl. Europäische Kommission (K(2003) 2627), S. L 291/37).

**Rechtsituation für andere Sport-Übertragungen:** Welche anderen Rechte für die Übertragung von Sportereignissen bestehen bereits (vgl. z.B. *Beschwerde (20.1.2014)*, S. 4f)? In der Schweiz kommentierte die SRG SSR die Ergänzung des eigenen Sport-Rechteportfolios durch die Vertragsverlängerung im Jahr 2012 für die UEFA Champions League und für die UEFA Europa League so: *„Dieses Angebot rundet die umfassende*

*Berichterstattung über das nationale und internationale Fußballgeschehen perfekt ab.*“ (vgl. <http://www.srgssr.ch/de/medien/archiv/single/date/2012/srg-ssr-uebertraegt-die-uefa-champions-league-und-die-uefa-europa-league-bis-20142015/>). Obwohl SRG SSR ein öffentlich-rechtlicher Anbieter ist, gilt die gleiche Überlegung auch für private Anbieter. Ein Einflussfaktor für das Bietverhalten ist daher, wie sehr es „Überschneidungen“ mit dem bereits bestehenden Programm gibt, da die Erlöserwartung auch davon abhängig ist, in wie weit konkret vorhandene Zielgruppen des jeweiligen Programms auch die Übertragungen der UEFA Champions League nutzen werden und es dadurch zu stärkeren Synergieeffekten kommen kann.

**Kosten und Erlöse eines Alternativprogramms:** Berücksichtigt werden die wegfallenden Kosten und Erlöse eines statt der UEFA Champions League auszustrahlenden Alternativprogramms (vgl. z.B. *ORF (Management Info)*, S. 5).

**Erfahrungswerte:** Aus der Vergangenheit existieren in den Unternehmen eigene Erfahrungen oder Werte von anderen Unternehmen bezüglich der Kosten und Vermarktungsmöglichkeiten von Premium-Sportrechten, welche in den Entscheidungsprozess einfließen. Etwa lag der Lizenzpreis für Puls 4 für die Übertragungsrechte der UEFA Champions League Saisonen 2012/13 bis 2014/15 bei xx Mio. € pro Jahr (vgl. *Beschwerde (20.1.2014)*, S. 8).

**Erwartung anderer Gebote:** Erwartungen über die Anzahl, Art und Strategie von potentiell mitbietenden Unternehmen fließen in die Entscheidung ein (vgl. z.B. *ORF (Management Info)*, S. 10).

**Erwartete Bandbreite des Vermarkters:** Der Rechtevermarkter TEAM hat während des Vergabeprozesses zumindest einem Interessenten gegenüber einen „Preiskorridor“ zwischen xx Mio. € und xx Mio. € für das Rechtepakät „A1“ genannt (vgl. *Ergänzung (12.2.2014)*, S. 3)). Dieser Preiskorridor ist zwar unverbindlich, fließt aber in die Angebotserstellung als Information ein. Außerdem hat TEAM auch die Möglichkeit, die Rechte überhaupt nicht zu vergeben, wenn die abgegebenen Angebote nicht deren Erwartungen entsprechen. Konkret formuliert UEFA das so: *„After any round of bidding, UEFA may, in its absolute discretion, take such action as it deems appropriate, including to ... [Anmerkung: neben anderen Punkten] ... decide not to award the rights and/or terminate the bidding process“* (vgl. *UEFA (ISO)*, S. 7)). Es bestünde für alle mitbietenden Unternehmen theoretisch daher das Risiko, dass im Falle einer Abweichung vom „Preiskorridor“ das konkrete Rechtepakät überhaupt nicht zur Vergabe gelangt.

**Vergleichswerte:** In die Entscheidung fließen Vergleiche mit anderen Top-Sportevents sowie bezahlte Preise aus anderen Ländern für die UEFA Champions League Rechte ein (vgl. z.B. *ORF (10.3.2014)*, S. 8f, *ORF (13.6.2014)*, S. 10) und *ORF (Management Info)*, S. 8). Ebenso werden Trends bezüglich der Entwicklungen von Lizenzkosten berücksichtigt (vgl. z.B. *ORF (Management Info)*, S. 10).

In einer Modellbetrachtung ist bei rational handelnden Akteuren davon auszugehen, dass alle mitbietenden Unternehmen diese Kriterien grundsätzlich in die eigene Angebotsabgabe preislich einbeziehen. Unter dieser Voraussetzung, spiegelt daher der Preispunkt [P] – das höchste Gebot eines privaten Anbieters – jenen Punkt wider, welcher unter Berücksichtigung aller relevanten Bewertungskriterien (inklusive Strategie, Kundenbindung, etc.) unter privaten Anbietern einen unverzerrten „Wettbewerbspreis“ darstellen würde. Dieser Preis basiert auf den individuellen Annahmen des konkreten Unternehmens und wurde auf Basis dessen konkreten Annahmen ermittelt.

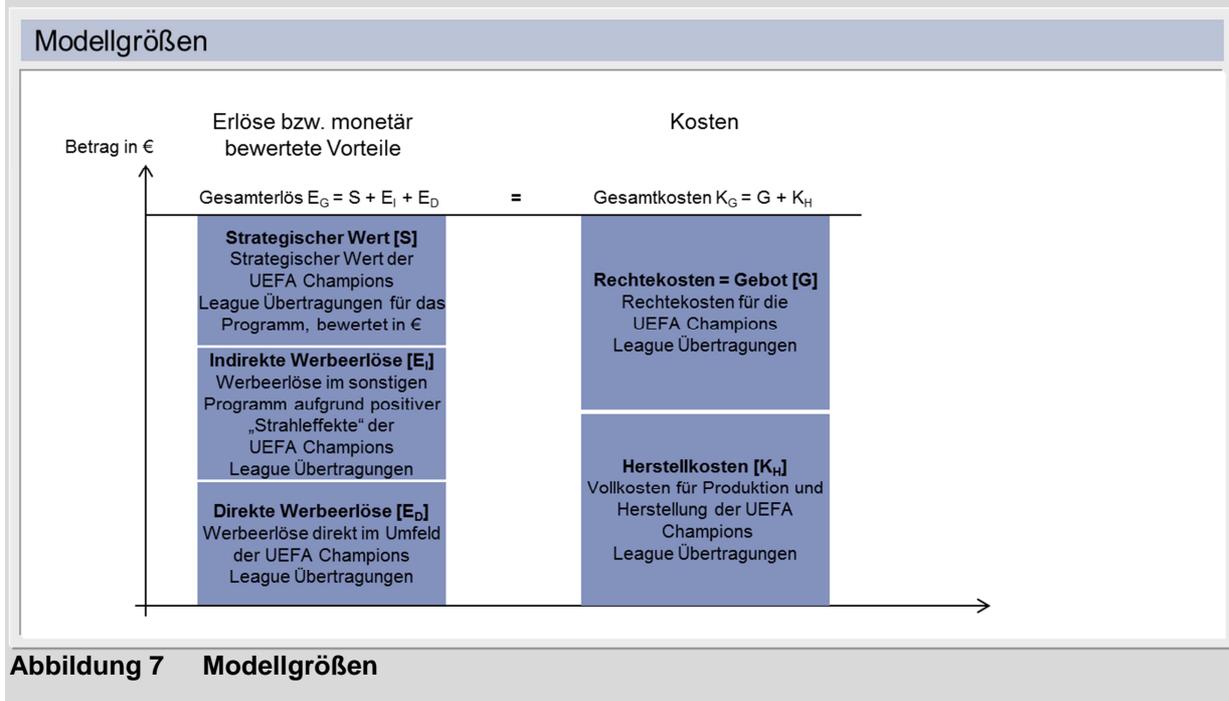
Aus den bisher beschriebenen Einflussfaktoren wird nun ein Preismodell entwickelt. Für die Erlös- und Kostenseite im Zusammenhang mit UEFA Champions League Übertragungen sind folgende Größen relevant:

- Strategischer Wert [S]: In diesen Wert fließen Entscheidungsparameter ein, welche vorher unter dem Punkt Positionierung/Strategie/Image genannt wurden. Diese erwarteten positiven Beiträge für ein Unternehmen können monetär bewertet werden. Die Bewertung in € entspricht dem Wert [S].
- Indirekte Werbeerlöse [E<sub>i</sub>]: Durch erwartete positive Effekte der Übertragungen der UEFA Champions League auf das sonstige Programm, entsteht im restlichen Programm ein zusätzliches Werbeerlöspotential in Höhe des Werts [E<sub>i</sub>].
- Direkte Werbeerlöse [E<sub>D</sub>]: Im Umfeld der UEFA Champions League Übertragungen entstehen direkte Werbeerlöse im Ausmaß von [E<sub>D</sub>].
- Herstellkosten [K<sub>H</sub>]: Durch die Produktion und Herstellung der Übertragungen der UEFA Champions League entstehen Kosten, welche mit dem Wert [K<sub>H</sub>] ins Modell einfließen.
- Rechtekosten [G]: Die Rechtekosten entstehen durch die Höhe des Gebots für die Übertragungsrechte der UEFA Champions League und sind im Modell mit [G] bezeichnet.

Im Modell wird davon ausgegangen, dass die gesamte Kostenseite durch Erlöse bei privaten Veranstaltern gedeckt sein muss. Diese Bedingung beschreibt zum Beispiel Kruse in einem Beitrag zu „Ökonomische Konsequenzen des Spitzensports im öffentlich-rechtlichen und im privaten Fernsehen“ wie folgt: „Grundsätzlich und abgesehen von den genannten strategischen Aspekten kann die Zahlungsbereitschaft eines privaten werbefinanzierten Programmes für ein bestimmtes Sportfernsehrecht nur so weit gehen, wie die Kosten ihrerseits auf der Erlösseite refinanzierbar sind“ (vgl. Kruse (Konsequenzen), S. 7).

Die Summe aller Erlöse ergibt den Gesamterlös [E<sub>G</sub>] welcher den Gesamtkosten [K<sub>G</sub>] entspricht. Die Gesamtkosten ergeben sich als Summe von Herstellkosten [K<sub>H</sub>] und dem Gebot [G].

Die beschriebenen Modellgrößen werden in der folgenden Darstellung nochmals gezeigt.



Das vorher angenommene Gleichgewicht zwischen den Erlösen und Kosten schließt bei einer Simulation eines privaten Wettbewerbspreises aus, dass zusätzlich zu den dargestellten Erlösen noch Mittel aus einer privilegierten Finanzierung zufließen. Bei einem öffentlich-rechtlichen Veranstalter wie dem ORF sind dies Mittel aus dem Programmertgelt (§ 31 ORF-G). Auch bei privaten Veranstaltern kann der Fall einer privilegierten Finanzierung außerhalb des nationalen gewöhnlich zu erwartenden Erlöspotentials auftreten. Als Beispiel sei ein Rechteerwerb aus dem Jahr 2011 für die französischen UEFA Champions League Rechte durch Al Jazeera genannt. Obwohl die näheren Details dieser Transaktion nicht bekannt sind, geht aus einem Bericht der *Financial Times* hervor, dass der Rechteerwerb bezüglich des Preises die Analystenerwartungen wesentlich übertroffen hat und der Kauf in einem größeren Zusammenhang mit anderen Expansionsplänen von Katar im Bereich Fußball in Vorbereitung auf die FIFA Fußball WM 2022 steht. Konkret kommentiert *Financial Times* den Rechteerwerb so (Auszug):

*„The financial details of the deal were undisclosed, but a person close to the talks said the Qatari broadcaster had offered twice as much as the amount Canal Plus was paying for the four packages, which include the rights to televise 133 matches per season. Al Jazeera will pay about €60m each year, compared with the €31m a year paid currently by Canal Plus for the games.*

*The move highlights an aggressive push into the French football market by Al Jazeera, which also trumped Canal Plus recently by agreeing to pay €90m a year for the rights to screen many of France’s top domestic football matches from next year.*

*Earlier this year, a Qatari fund linked to the Gulf state’s royal family also took a 70 per cent stake in Paris St-Germain, a Ligue 1 club. Qatar is boosting its position in world football after the surprise decision by Fifa, football’s world governing body, to award it the 2022 World Cup.*

*The person close to the rights talks said: “Al Jazeera still doesn’t seem to have a clear business model [for football coverage in France] and we are waiting to see what their offering will be as they haven’t yet set up their channel, **but they are willing to pay whatever it takes**”* (vgl. <http://www.ft.com/cms/s/0/4554fc22-201c-11e1-8462-00144feabdc0.html#axzz3Ggeo2l8V>).

Wäre im hier zu behandelnden österreichischen Fall das höchste private Gebot von einem Bieter mit offensichtlich privilegierter Finanzierung abgegeben worden, dürfte dieses Gebot nicht in der Simulation eines privaten Wettbewerbspreises berücksichtigt werden, weil bereits dieser Referenzpreis um einen systematischen Finanzierungsvorteil verzerrt wäre. Nach den aus dem Verfahrensakt verfügbaren Informationen geht der Gutachter davon aus, dass dieser Fall beim gegenständlichen Vergabeverfahren nicht vorlag und daher das höchste private Gebot als Referenzwert für die Simulation herangezogen werden kann.

Im nächsten Schritt wird analysiert, welche Zusammenhänge zwischen Modellgrößen und Annahmen von Entscheidungsparametern bestehen.

### 1.11.3. Entscheidungsparameter von privaten Bietern

Wie gezeigt wurde, existiert für die Unternehmen kein einheitliches und standardisiertes Entscheidungs- und Bewertungsschema zur Berechnung seines individuellen Angebotspreises sondern jedes Unternehmen geht im Rahmen des Bieterprozesses anhand eigener Gewichtungen der Kriterien, eigener Erwartungen, eigener Daten sowie der eigenen Unternehmenssituation dabei vor. Dies zeigt sich auch anhand der Vorsicht der Unternehmen bei der Vorlage von Unterlagen (siehe z.B. *ORF (19.5.2014), S. 2f*) im gegenständlichen Verfahren. Als Konsequenz dieser Gegebenheit können in diesem Gutachten daher nicht die individuellen Berechnungen der an dem Bieterprozess

teilnehmenden Unternehmen für die Evaluierung eines Wettbewerbspreises herangezogen werden, sondern es ist eine **abstrakte Vorgangsweise** notwendig.

Das bisherige Zwischenergebnis zur Berechnung eines Marktpreises aus Kapitel [1.11.1.2] zeigt, dass sich ohne Teilnahme eines öffentlich-rechtlichen Anbieters an einer Rechtevergabe ein Marktpreis in Höhe des privaten Meistgebots ergeben würde. Dieses Meistgebot basiert auf den individuellen Annahmen und der Größenverhältnisse des konkreten privaten Veranstalters und berücksichtigt theoretisch alle wesentlichen Entscheidungsparameter (Erlöspotential, Herstellung- und Produktionskosten, strategische Faktoren, Kundenbindung, Imagegewinn, etc.) in der Preisfestsetzung. Die Entscheidungsparameter eines privaten Bieters zur Höhe eines Gebots sind in folgender Tabelle nochmals um Variablen sowie Erläuterungen ergänzt dargestellt und werden in den weiteren Abschnitten dieses Dokuments insgesamt als „*Entscheidungsparameter von privaten Bietern*“ bezeichnet.

Nr.	Entscheidungsparameter	Variablen	Erläuterungen zu Abhängigkeiten
01	<p>Erlös- und Vermarktungsmöglichkeiten</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• direkt im Umfeld der UEFA Champions League Übertragungen</li> <li>• indirekt im sonstigen Programm</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• absolute Reichweite</li> <li>• relative Reichweite</li> </ul>	<p>In der absoluten Reichweite sind die Annahmen bezüglich des Marktanteils bei den UEFA Champions League Übertragungen sowie die Reichweitensteigerung im sonstigen Programm berücksichtigt. Wenn Unternehmen mit gleicher absoluter Reichweite während der UEFA Champions League Übertragungen sowie einer gleich hohen positiven Wirkung auf das restliche Programm kalkulieren, wird die Höhe der Erlös- und Vermarktungsmöglichkeiten bei einem einheitlichen Werbentarifniveau gleich sein.</p> <p>Die <b>relative Reichweite</b> bezieht sich auf das Verhältnis eines Bieters im Vergleich zu einem anderen Bieter. Rechnet ein Bieter zum Beispiel damit, dass bei den eigenen Übertragungen der UEFA Champions League im Schnitt 15% mehr Seher erreicht werden können, als bei den Mitbewerbern, so erhöht sich dadurch relativ auch sein eigenes Erlöspotential. Dieser Effekt tritt jedenfalls unmittelbar bei den <b>direkten Werbeerlösen [E<sub>D</sub>]</b> auf.</p> <p>Ein wesentlicher Parameter für die erwarteten direkten Erlöse [E<sub>D</sub>] ist das <b>relative Werbentarifniveau</b>. Kann ein Bieter im Vergleich zu den Mitbewerbern höhere Werbentarife im Umfeld der UEFA Champions League Übertragungen durchsetzen, so steigen damit relativ zu den Mitbietern die <b>direkten Werbeerlöse [E<sub>D</sub>]</b>.</p> <p>Angenommen wird hier, dass die Übertragungen der UEFA Champions League für das jeweilige Programm positive Effekte im sonstigen Programm bewirkt, was dort zu höheren Reichweiten und somit zu höheren „indirekten“ Werbeerlöspotentialen [E<sub>I</sub>] führt. Die konkrete „Strahlkraft“ ist vom jeweiligen Programmprofil sowie den Reichweiten der UEFA Champions League Übertragungen abhängig. Die genaue Annahme für das Simulationsmodell wird in Abschnitt 1.11.3.3 erläutert.</p>
02	Redaktionelle Kriterien	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Wertigkeit der Veranstaltung</li> <li>• Beteiligung österreichischer Sportler bzw. Teams</li> <li>• Erfolgsaussichten</li> <li>• Nachrichtenwert</li> <li>• mögliche Sendeplanung</li> <li>• Sendungskonzept</li> <li>• erwartetes Publikumsinteresse</li> </ul>	<p>Wenn die inhaltliche Attraktivität (links: Wertigkeit bis Nachrichtenwert) von Bietern gleich eingeschätzt wird, ergibt sich daraus kein Unterschied bei der Festlegung eines Gebotspreises.</p> <p>Je nach sonstigem Programm und Zielgruppe können sich bei den Bietern unterschiedliche Einschätzungen dadurch ergeben, ob die UEFA Champions League eine größere Übereinstimmung mit dem bestehenden Programmprofil ergibt oder nicht. Bessere Synergieeffekte und eine bessere Abstimmung auf bestehende Zielgruppen, könnten zu einer höheren relativen Bewertung dieses Kriteriums führen.</p>
03	Kosten (exklusive Lizenzkosten)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Herstellungs- und Produktionskosten</li> <li>• anteilige gemeinsame Kosten</li> </ul>	<p>Die genauen Kosten werden im Detail vom jeweiligen Unternehmen abhängen.</p> <p>Die wesentlichen Kostentreiber, nämlich die Anzahl und Art (z.B. als Host-Broadcaster) der möglichen</p>

Nr.	Entscheidungsparameter	Variablen	Erläuterungen zu Abhängigkeiten
		<ul style="list-style-type: none"> <li>Gemeinkosten</li> <li>Zahlungsbedingungen</li> <li>Annahmen bezüglich einer angemessenen Kapitalverzinsung</li> </ul>	<p>Übertragungen der UEFA Champions League sind aufgrund des fix vorgegebenen Rechtepakets „A1“ starr, sodass vereinfacht die Annahme getroffen werden kann, dass keine relativen Kostenunterschiede bei <math>K_H</math> existieren und daher kein Einfluss auf Unterschiede in den gebotenen Preisen daraus abgeleitet werden kann. Anders wäre es zu sehen, wenn ein Bieter im Vergleich zum Wettbewerb signifikant niedrigere Kosten aufweisen würde. Dann könnte sich dieser relative Kostenvorteil in einem relativ höheren Gebot dieses Unternehmens niederschlagen.</p>
04	Positionierung/ Strategie/Image	<ul style="list-style-type: none"> <li>Strahlkraft auf das restliche Programm und Angebot</li> </ul>	<p>Durch den Erwerb der UEFA Champions League Rechte, können diese Rechte generell für das Programm als Marketinginstrument eingesetzt werden. Es können Image-Vorteile (z.B. gegenüber Werbekunden) sowie eine höhere Zuschauerakzeptanz erreicht werden. Dadurch das das Premium-Event UEFA Champions League im jeweiligen Programm angeboten wird, kann es zu einer Verbesserung des generellen Programm-Image bei den Sehern kommen.</p> <p>Diese Effekte sind vor allem davon abhängig, ob man die UEFA Champions League in seinem Programmportfolio hat oder nicht als von den konkreten Reichweiten der UEFA Champions League Übertragungen selbst. Daher wird ein monetär bewerteter positiver strategischer Beitrag der UEFA Champions League zwar grundsätzlich in die Ermittlung der Höhe des Gebots bei allen am Bietverfahren teilnehmenden Unternehmen einfließen, dessen relative Höhe wird aber nicht von konkreten Reichweiten oder direkten Werbeerlöspotentialen bei den UEFA Champions League Übertragungen abhängen.</p> <p>Die konkrete Annahme für das Simulationsmodell wird in Abschnitt 1.11.3.4 erläutert.</p>
05	Rechtesituation für andere Sport-Übertragungen	<ul style="list-style-type: none"> <li>Umfang und Art der bestehenden Sportrechte</li> </ul>	<p>Wenn eine ähnliche Sportrechtesituation unter den Bietern besteht, wird dieses Kriterium nicht zu unterschiedlichen Geboten beitragen.</p> <p>Es könnte sich die Situation ergeben, dass für einen Bieter die UEFA Champions League Rechte die bestehenden Sport-Rechte wesentlich besser ergänzen, als bei den Mitbietern. Damit können Vorteile bei der Fokussierung auf bereits bestehende Zielgruppen sowie der Programmplanung auftreten. Besonders über die Vorteile bei den Zielgruppen sind dadurch relativ höhere Reichweiten bei der UEFA Champions League möglich, was wiederum zu einem relativ höheren direkten Werbeerlöspotential führt. Aufgrund dieses Entscheidungskriteriums könnte es daher zu Unterschieden in den gebotenen Beträgen kommen (siehe Modellannahmen in Kapitel [1.11.3.3.]).</p>
06	Kosten und Erlöse eines Alternativprogramms	<ul style="list-style-type: none"> <li>Kosten eines Alternativprogramms</li> <li>Erlöse eines Alternativprogramms</li> </ul>	<p>Wenn ein Programmveranstalter die UEFA Champions League überträgt, so entfallen die Kosten eines Alternativprogramms und es entfallen auch die Erlöse im Umfeld eines Alternativprogramms.</p> <p>Die absolute Höhe der Kosten und Erlöse sind zwischen den einzelnen Mitbietern größenabhängig. In einer Durchschnittsbetrachtung gleichen sich wegfallende Erlöse und Kosten eines Alternativprogramms dann aus, wenn angenommen wird, dass sich die „Nettoerlöse“ und „kalkulatorischen Kosten“ (inklusive enthaltenem marktüblichen Gewinnaufschlag) in der gleichen Höhe bewegen. Einem Anbieter mit geringem Marktanteil würden zwar geringere Erlöse in einem Alternativprogramm entgehen als einem größeren Anbieter, dieser Nachteil gleicht sich aber dadurch aus, dass auch die durchschnittlichen Programmkosten niedriger sein werden. Aus diesem Grund kann für die Simulation der Entscheidung privater Anbieter angenommen werden, dass die relativen Kosten und Erlöse eines Alternativprogramms unter den Bietern relativ</p>

Nr.	Entscheidungsparameter	Variablen	Erläuterungen zu Abhängigkeiten
			keinen Einfluss auf Unterschiede bei den Geboten haben werden.
07	Erfahrungswerte	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Kosten und Erlöse eigener oder fremder vergleichbarer Rechtepakete</li> </ul>	Man kann davon ausgehen, dass in der Entscheidungsvorbereitung für die Abgabe eines Gebots bei allen mitbietenden Unternehmen ähnliche Brancheninformationen und Einschätzungen vorliegen und daher die systematische Betrachtung von Erfahrungswerten zu keinen relativen Unterschieden bei den Geboten führen wird. Diese Annahme ist auch damit begründet, dass am Markt unternehmensexterne Experten verfügbar sind, welche bei Bedarf von jedem mitbietenden Unternehmen für den eigenen Entscheidungsprozess herangezogen werden können.
08	Erwartung anderer Gebote	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Anzahl der Bieter</li> <li>• Wer sind die Bieter?</li> <li>• Höhe der Gebote aller Bieter</li> <li>• maximale Höhe der Gebote aller Bieter</li> </ul>	<p>Man kann davon ausgehen, dass in der Entscheidungsvorbereitung für die Abgabe eines Gebots bei allen mitbietenden Unternehmen ähnliche Brancheninformationen und Einschätzungen vorliegen und daher die systematische Betrachtung von potentiellen Geboten zu keinen relativen Unterschieden bei den Geboten führen wird.</p> <p>Falls dies nicht der Fall ist, kann allerdings kaum abgeschätzt werden, wie die unterschiedlichen Erwartungen letztlich das eigene Bietverhalten beeinflussen, weil das Vergabeverfahren von TEAM bzw. der UEFA nicht ermöglicht, auf abgegebene Gebote von Mitbewerbern während des Vergabeverfahrens zu reagieren. Dafür wäre ein transparentes Vergabeverfahren mit Informationen zu den Mitbietern und deren Gebotshöhe notwendig, was im gegebenen Fall aber nicht vorliegt.</p>
09	Erwartete Bandbreite des Vermarkters	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Erwartungswert, ab welchem es bei einem eigenen Gebot tatsächlich zur Vergabe der Rechte durch UEFA kommen würde</li> </ul>	Die erwartete Bandbreite durch den Vermarkter legt einen Erwartungswert fest, bei dessen Überschreitung durch ein eigenes Gebot mit der Zuteilung der Übertragungsrechte durch die UEFA zu rechnen wäre. Unter diesem Erwartungswert könnte man auch im Falle des Höchstgebots nicht fix mit der Zuteilung durch die UEFA rechnen. Es ist davon auszugehen, dass für alle Mitbieter die Möglichkeit besteht, die gleiche Information zu diesem Preisband durch den Vermarkter zu erhalten, sodass sich daraus keine relativen Unterschiede in den Geboten ergeben wird.
10	Vergleichswerte	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Werte aus anderen Ländern zu vergleichbaren Rechtevergaben</li> <li>• Werte aus Österreich zu am ehesten vergleichbaren Rechtevergaben</li> </ul>	Man kann davon ausgehen, dass in der Entscheidungsvorbereitung für die Abgabe eines Gebots bei allen mitbietenden Unternehmen ähnliche Brancheninformationen und Einschätzungen vorliegen und daher die systematische Betrachtung von Vergleichswerten zu keinen relativen Unterschieden bei den Geboten führen wird. Auch diese Informationsgrundlage kann prinzipiell von allen Mitbietern frei am Markt zugekauft bzw. bezogen werden.

**Tabelle 2 Entscheidungsparameter von privaten Bietern**

In der vorangegangenen Darstellung der Entscheidungsparameter von privaten Bietern haben sich zwei Variablen gezeigt, welche je nach der konkret getroffenen Annahme des bietenden Unternehmens signifikanten Einfluss auf die Höhe des Gebots haben. Es handelt sich dabei um

1. die angenommene relative Reichweite bei UEFA Champions League Übertragungen, sowie
2. das angenommene relative Tarifniveau bei den Werbetarifen im Umfeld der UEFA Champions League Übertragungen.

Die branchenüblichen Entscheidungsparameter privater Veranstalter werden in der folgenden Darstellung nochmals zusammengefasst. Ergänzend dazu wird für den öffentlich-rechtlichen Anbieter auch der Zusatzparameter „Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags“ dargestellt, welcher aber für die Simulation eines „privaten“ Gebots nicht einbezogen wird.

Branchenübliche Entscheidungsparameter privater Bieter für das Gebot [G]		
1. Erlös- und Vermarktungsmöglichkeiten		
• direkt im Umfeld der UEFA Champions League Übertragungen	[E <sub>D</sub> ]	abhängig von • erwarteter Reichweite • Werbetarifniveau
• indirekt im sonstigen Programm	[E <sub>I</sub> ]	Annahme: Wirkung in gleicher Höhe berücksichtigt
2. Redaktionelle Kriterien (Attraktivität)		Annahme: gleiche Einschätzung=keine Abweichung im Gebot
3. Herstellungs- und Produktionskosten	[K <sub>H</sub> ]	Annahme: Größenordnung der Kosten vom Bieter unabhängig
4. Positionierung, Image & Strategie	[S]	Annahme: Wirkung in gleicher Höhe berücksichtigt
5. Rechte von anderen Sportereignissen		Annahme: unterschiedlich, in indirekten Erlösen berücksichtigt
6. Kosten und Erlöse eines Alternativprogramms		Annahme: gleicht sich für jeden Bieter aus =keine Abweichung im Gebot
7. Erfahrungswerte		
8. Erwartung anderer Gebote		
9. Erwartete Bandbreite des Vermarkters		Annahme: theoretisch bieterunabhängig
10. Vergleichswerte		
11. Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags		durch ORF berücksichtigt, aber für Simulation irrelevant

**Abbildung 8 Branchenübliche Entscheidungsparameter privater Bieter für das Gebot**

Die für eine Simulation eines nach üblichen privaten Entscheidungskriterien gerechtfertigten Höchstgebots notwendigen Modellannahmen werden nun im folgenden Teil näher erläutert.

### 1.11.3.1. Annahme: Reichweite bei UEFA Champions League Übertragungen

Für die Berechnung der Reichweite (oder Seherbeteiligung) wird berücksichtigt, wie viele Personen in einer ausgewählten Gruppe (repräsentativ für die Grundgesamtheit) ein Programm innerhalb eines bestimmten Zeitraumes wie lange genutzt haben. Es wird die konkrete Sehdauer innerhalb eines bestimmten Zeitraumes gemessen. Reichweitenmessungen werden in Österreich durch die Arbeitsgemeinschaft TELETTEST (vgl. <http://www.teletest.at>) durchgeführt. Der für die Werbeplanung relevante Tausende-Kontakt-Preis (TKP) gibt an, welcher Geldbetrag bei einer Werbemaßnahme eingesetzt werden muss, um 1.000 Personen zu erreichen. Dabei wird üblicherweise von der Brutto-Reichweite eines Mediums ausgegangen.

$$\text{TKP} = \text{Werbetarif} / \text{Brutto-Reichweite} * 1.000$$

$$\text{Werbeerlöspotential} = \text{TKP} / 1.000 * \text{Brutto-Reichweite}$$

Die absolute Höhe des TKP variiert in Abhängigkeit je nach Programm und unterschiedlichem Tarif- und Werbeblockschema. Unter anderem sind die Preise von der Tageszeit, Saison und dem Programmumfeld abhängig. Je höher der TKP und die Reichweite in einem bestimmten Werbefenster sind, desto höher ist das Werbeerlöspotential.

Nimmt man im Umfeld der UEFA Champions League Übertragungen einen konstanten TKP in einem bestimmten Programm an, so ergibt sich aufgrund des oben beschriebenen Zusammenhangs ( $\text{TKP} = \text{Werbetarif} / \text{Brutto-Reichweite} * 1.000$ ) bei einer zum Beispiel 15%-igen höheren Reichweite ein 15%-iger höherer Werbetarif und daher ein um diesen Prozentsatz höheres Werbeerlöspotential.

### Szenario 1: Absolut konstante Reichweite der UEFA Champions League Übertragungen

In diesem unrealistischen Szenario wird angenommen, dass die Zuseherzahl für alle UEFA Champions League Übertragungen völlig unabhängig vom ausstrahlenden Programmveranstalter ist. Die UEFA Champions League Fans sehen sich daher auf jeden

Fall die Fußball-Übertragungen an, unabhängig davon, welcher Programmveranstalter sie überträgt.

Im Ergebnis sind die „direkten“ Erlöse  $[E_D]$  durch die UEFA Champions League vom konkreten Programmveranstalter unabhängig, weil in dieser Betrachtung die Reichweite der UEFA Champions League fix und senderunabhängig ist. Daher ergeben sich bei gleich angenommenen Reichweiten der UEFA Champions League Übertragungen (unter der weiteren Annahme gleicher Werbetarife) für alle Bieter die gleichen Werbeerlöspotentiale.

### Szenario 2: Relativ höhere Reichweite der UEFA Champions League Übertragungen

Ein anderes Ergebnis liefert ein zweites Szenario. In dieser Betrachtung erwartet ein Unternehmen, dass die Übertragungen der UEFA Champions League in seinem eigenen Programm höhere Reichweiten erzielen werden, als wenn diese Spiele in Programmen anderer Anbieter gezeigt würden. Die relativ höhere Reichweite bei diesen Übertragungen erhöht relativ die direkten Werbeerlöse im Umfeld dieser Sendungen.

Im Ergebnis führt die Annahme einer im Vergleich zu anderen Anbietern höheren Reichweite bei der Übertragung der UEFA Champions League zu einem relativ höheren Werbeerlöspotential für direkt mit diesen Sendungen vermarktete Werbung.

Dieser Effekt soll nun quantitativ gezeigt werden. Ein Unternehmen geht zum Beispiel davon aus, um 15% mehr Reichweite bei der Übertragung der UEFA Champions League zu erreichen als die Wettbewerber. Die erwartete durchschnittliche Reichweite des Wettbewerbers wird bei 354.000 (Erwachsene 12+), oder einem Marktanteil von 14% für eine Spielsaison angenommen (vgl. *ORF (Management Info)*, S. 7). Ein Unternehmen rechnet für sich mit einer um 15% höheren Reichweite, daher 407.100 (Erwachsene 12+) oder einem absoluten Marktanteil von 16,1%. Mögliche Gründe für eine derartige Annahme eines Unternehmens könnten zum Beispiel Erfahrungswerte aus der Vergangenheit bezüglich der Zuschauerakzeptanz derartiger Übertragungen oder ein Vorteil aufgrund des bereits vorhandenen sonstigen Programmprofils sein. Eine Rolle kann dabei spielen, zu welchen bestehenden anderen Programmelementen (z.B. andere Fußballübertragungen) die UEFA Champions League Übertragungen hinzukommen würde.

Eine um 15% relativ höhere Reichweite führt bei konstantem Preisniveau (TKP) aufgrund des direkt proportionalen Zusammenhangs mit dem Werbeerlös zu einem um relativ 15% höheren direkten Werbeerlöspotential  $[E_D]$ . Aus dieser Sicht könnte ein Unternehmen, welches davon ausgeht, um 15% mehr Reichweite bei der Übertragung der UEFA Champions League zu haben als die Mitbewerber, zusätzliche direkte Erlöse  $[E_D]$  in Höhe von 15% im direkten Zusammenhang mit der UEFA Champions League in seinem Gebot berücksichtigen als die Mitbewerber.

Bezüglich konkreter Reichweiten bzw. Marktanteile liegt ein Vergleich zwischen UEFA Champions League 2011/2012 auf ORFeins sowie für UEFA Champions League 2012/2013 auf Puls 4 vor (*ORF (Management Info)*, S. 7).

	ORFeins Saison 2011/2012	Puls 4 Saison 2012/2013	Abweichung ORFeins zu Puls 4 relativ in %
Marktanteil Gruppenphase Erwachsene 12+	14%	11%	27,3%
Marktanteil Gruppenphase Erwachsene 12-49	13%	10%	30,0%
Marktanteil Gruppenphase Erwachsene 12 bis 29	15%	11%	36,4%
Marktanteil Frühjahr bis inkl. Halbfinale Erwachsene 12+	18%	17%	5,9%
Marktanteil Frühjahr bis inkl. Halbfinale Erwachsene 12-49	19%	18%	5,6%
Marktanteil Frühjahr bis inkl. Halbfinale Erwachsene 12 bis 29	22%	21%	4,8%

**Tabelle 3 Marktanteilsvergleich: UEFA Champions League auf ORFeins und Puls 4**

Quelle: *ORF (Management Info)*, S. 7

Auch wenn unterschiedliche Saisonen der UEFA Champions League Spiele nur bedingt vergleichbar sind und der konkrete Marktanteil bei jedem einzelnen Spiel von vielen Faktoren abhängig ist, so ergibt sich aus der obigen Durchschnittsbetrachtung ein deutlich höherer Marktanteil für ORFeins im Vergleich mit Puls 4. Die Bandbreite des höheren Marktanteils liegt je nach Zusehergruppe und Phase des Turniers zwischen 4,8% und 36,4%, wobei hier größere Rundungsfehler aufgrund der groben Basisdaten (Angaben auf ganzen %-Punkten) enthalten sein können. Betrachtet man die größte Grundgesamtheit des Seher (Erwachsene 12+) und gewichtet man die obigen Zahlen mit der Anzahl der Spiele (Gruppenphase bestand aus sechs Spielen und das Frühjahr bis inklusive Halbfinale bestand aus drei Spielen, so ergibt sich aus dieser Sicht ein höherer Durchschnittswert beim ORF von rund 18%.

Betrachtet man einen Vergleich von Reichweiten für die UEFA Europa League Übertragungen auf ORFeins und die UEFA Champions League Übertragungen auf Puls 4 im Zeitraum von Juli 2013 bis März 2014 (vgl. *Puls 4 (8.10.2014), S. 13*) so liegt die durchschnittliche Reichweite für 23 Spiele der UEFA Europa League auf ORFeins bei rund 434.520. Puls 4 kommt bei acht Spielen der UEFA Champions League bei der gleichen Kenngröße auf eine Reichweite von rund 367.250.

ORFeins - UEFA Europa League				Puls 4 - UEFA Champions League			
Datum	Europa League	Spiel	Reichweite in 1.000	Datum	Champions League	Spiel	Reichweite in 1.000
20.03.2014	EL KO-Phase	Salzburg vs Basel	784	27.08.2013	CL Quali	Austria vs Zagreb	561
13.03.2014	EL KO-Phase	Basel vs Salzburg	653	18.09.2013	CL Gruppenphase	Austria vs Porto	476
27.02.2014	EL KO-Phase	Salzburg vs Ajax	632	26.11.2013	CL Gruppenphase	Porto vs Austria	401
20.02.2014	EL KO-Phase	Ajax vs Salzburg	599	21.08.2013	CL Quali	Zagreb vs Austria	387
07.11.2014	EL Gruppenphase	Rapid vs Genk	485	22.10.2013	CL Gruppenphase	Austria vs Atletico	344
12.12.2013	EL Gruppenphase	Kiew vs Rapid	477	01.10.2013	CL Gruppenphase	Zenti vs Austria	275
24.10.2013	EL Gruppenphase	Salzburg vs Lüttich	459	06.11.2013	CL Gruppenphase	Atletico vs Austria	247
22.08.2013	EL Quali	Rapid vs Dila Gori	452	11.12.2013	CL Gruppenphase	Austria vs Zenit	247
19.09.2013	EL Gruppenphase	Thun vs Rapid	441				
03.10.2013	EL Gruppenphase	Esbjerg vs Salzburg	433				
03.10.2013	EL Gruppenphase	Rapid vs Kiew	412				
08.08.2013	EL Quali	Rapid vs Tripolis	403				
28.11.2013	EL Gruppenphase	Rapid vs Thun	398				
07.11.2013	EL Gruppenphase	Lüttich vs Salzburg	391				
28.11.2013	EL Gruppenphase	Elfsborg vs Salzburg	390				
19.09.2013	EL Gruppenphase	Salzburg vs Elfsborg	387				
12.12.2013	EL Gruppenphase	Salzburg vs Esbjerg	383				
22.08.2013	EL Quali	Salzburg vs Zalgiris	368				
29.08.2013	EL Quali	Dila Gori vs Rapid	342				
24.10.2013	EL Gruppenphase	Genk vs Rapid	339				
29.08.2013	EL Quali	Zalgiris vs Salzburg	318				
01.08.2013	EL Quali	Tripolis vs Rapid	264				
25.07.2013	EL Quali	Sturm vs Bredablik	184				
	Anzahl		23		Anzahl		8
	Mittelwert		434,52		Mittelwert		367,25
			118,3%				100,0%

**Tabelle 4 Reichweitenvergleich: UEFA Europa League auf ORFeins und UEFA Champions League auf Puls 4**

Quelle: *Puls 4 (8.10.2014), S. 13*

Alle oben betrachteten Spiele fanden unter Beteiligung einer österreichischen Mannschaft statt und sind aus dieser Sicht miteinander vergleichbar. Die Spiele auf ORFeins der – im allgemeinen als unattraktiver wahrgenommenen – UEFA Europa League erreichten damit in diesem Zeitraum eine um rund 18,3% höhere Reichweite als die Spiele der – im allgemeinen als attraktiver wahrgenommenen – UEFA Champions League auf Puls 4 im gleichen Zeitraum.

Somit zeigt sowohl der Saisonvergleich des gleichen Bewerbs – nämlich der UEFA Champions League – auf ORFeins und Puls 4 als auch der Vergleich einer gleichen Saison von UEFA Europa League bei ORFeins und UEFA Champions League auf Puls 4, dass es plausibel ist anzunehmen, dass bei einem bestimmten Programmveranstalter die Reichweiten bzw. Marktanteile höher sind.

Ein weiterer möglicher Vergleich um unterschiedliche Reichweiten in Abhängigkeit des jeweiligen ausstrahlenden Programmveranstalters sind die Länderspiele der österreichischen Nationalmannschaft im Rahmen der WM Qualifikation für die FIFA WM 2014. Zwischen Oktober 2012 und Oktober 2013 übertrug ATV fünf Auswärtsspiele der Nationalmannschaft. Es handelte sich dabei um Spiele gegen Kasachstan, Irland, Deutschland, Schweden und die Färöer Inseln. Gegen die gleichen Gegner und im gleichen Qualifikationsturnier übertrug ORFeins die dazugehörigen Heimspiele. Obwohl diese Qualifikationsspiele nicht direkt mit der UEFA Champions League und UEFA Europa League vergleichbar sind, kann ein relativer Vergleich der Reichweiten zwischen ATV und ORFeins weitere Hinweise auf Reichweitenunterschiede der Programme liefern. Auf Basis von Daten des Teletests wurden Reichweiten dieser Spiele jeweils für Halbzeit 1 und 2 miteinander verglichen.

Spiel (Gegner von Österreich)	Reichweiten in 1.000		Verhältnis ORFeins zu ATV	Abweichung ORFeins zu ATV in %
	ORFeins Heimspiel	ATV Auswärtsspiel		
Deutschland 1. HZ	1.137	661	1,72	72%
Deutschland 2. HZ	1.185	697	1,70	70%
Kasachstan 1. HZ	912	439	2,08	108%
Kasachstan 2. HZ	1.006	538	1,87	87%
Irland 1. HZ	958	778	1,23	23%
Irland 2. HZ	1.020	838	1,22	22%
Färöer 1. HZ	683	529	1,29	29%
Färöer 2. HZ	798	519	1,54	54%
Schweden 1. HZ	1.019	787	1,29	29%
Schweden 2. HZ	1.056	900	1,17	17%
Mittelwert	977	669	1,46	46%

**Tabelle 5 Reichweitenvergleich: Spiele der österreichischen Nationalmannschaft auf ORFeins und ATV**

Quelle: veröffentlichte Daten des Teletests und Teletest Daten aus Anhang 2

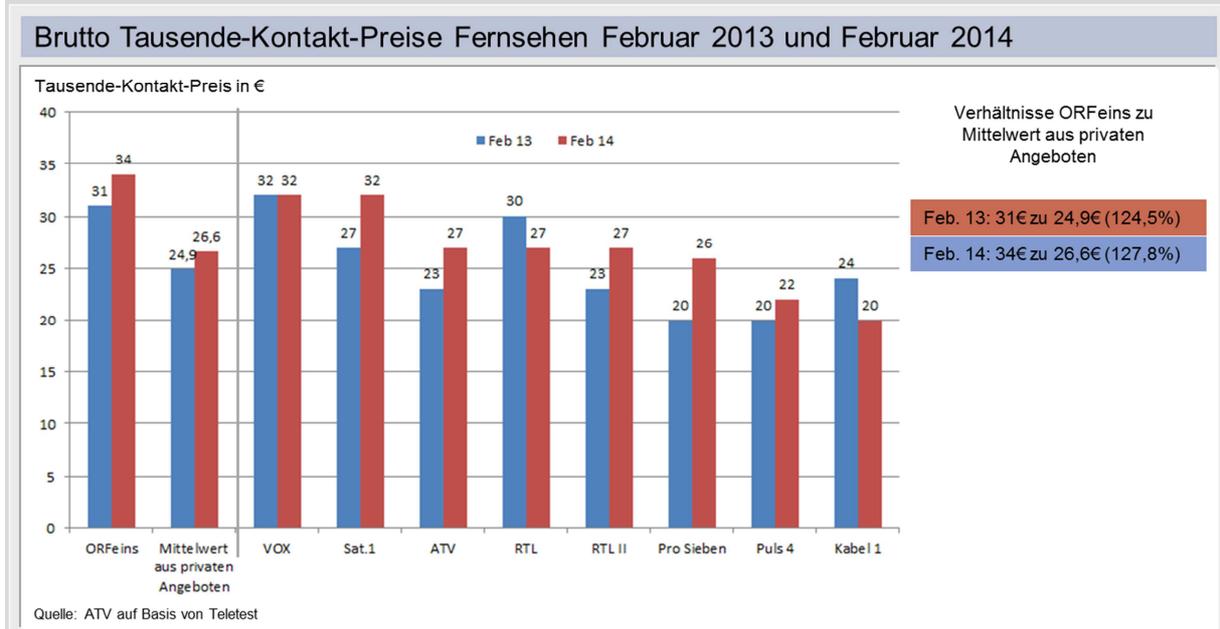
Die obige Tabelle zeigt, dass die Reichweite bei den Heimspielen auf ORFeins im Bereich von 17% bis 108% höher ist, als bei den Übertragungen der Auswärtsspiele dieser Begegnungen auf ATV. Im Durchschnitt über alle Daten ergibt sich eine relative Differenz von rund 46%. Da nicht ausgeschlossen ist, dass Heimspiele einer Mannschaft programmunabhängig jedenfalls eine höhere Reichweite als Auswärtsspiele erzielen können, liegt für die Interpretation der Zahlen die Grundaussage weniger im konkreten Prozentwert, sondern dass ORFeins auch im Vergleich zu ATV systematisch – nämlich ausnahmslos für alle Spiele und alle Halbzeiten – wesentlich höhere Reichweiten erzielt hat. Somit sind die zuerst durchgeführten Vergleiche zwischen ORFeins und Puls 4 zumindest auch für ATV in ihrer Tendenz valide.

### 1.11.3.2. Annahme: Werbetarifniveau im Umfeld von UEFA Champions League Übertragungen

Als nächste entscheidungsrelevante Annahme erfolgt nun die Betrachtung des Tarifniveaus für Fernsehwerbung. Hätte ein Bieter die Möglichkeit höhere Werbetarife als die Mitbewerber am Markt durchzusetzen, würde dies seine Erlösmöglichkeiten im direkten Umfeld der UEFA

Champions League Übertragungen erhöhen und er wäre in der Lage, durch dieses Zusatzerlöspotential höhere Gebote als die Mitbewerber abzugeben.

Zum Beispiel zeigen Daten des Teletests aus Februar 2013 und Februar 2014, dass die Tausende-Kontakt-Preise bei den verschiedenen Programmveranstaltern erheblich variieren.



**Abbildung 9 Brutto Tausende-Kontakt-Preise Fernsehen Februar 2013 und Februar 2014**

Quelle: ATV (ATV HD), S. 3

Errechnet man einen Mittelwert über die dargestellten privaten Anbieter, ergibt sich für Februar 2013 ein Preis von 24,9€ sowie für Februar 2014 ein Preis von 26,6€. Im Vergleich dazu liegt ORFeins bei 31€ (Februar 2013) bzw. 34€ (Februar 2014). Dies entspricht im Vergleich zum privaten Mittelwert einem höheren Preisniveau von 24,5% (Februar 2013) bzw. von 27,8% (Februar 2014).

Tausende-Kontakt-Preise (abgekürzt TKP) eignen sich für einen Vergleich des Werbetarifniveaus, weil in diesen Preisen Reichweitenunterschiede bereits berücksichtigt sind. Die Bundeswettbewerbsbehörde hat sich im Zusammenhang mit einem Auftragsvorprüfungsverfahren zur „ORF III - Information und Kultur“ vor der Kommunikationsbehörde Austria im Jahr 2011 im Rahmen einer Stellungnahme (Quelle: *BWB (Stellungnahme)*, S. 24) mit der Entwicklung der Tausende-Kontakt-Preise im Fernsehen auseinandergesetzt und hat festgestellt, dass im Zeitraum von 2002 bis 2010 Unterschiede im Preisniveau in der Größenordnung von 100% zwischen ORFeins und Programmen privater Anbieter bestehen. Obwohl diese Daten mittlerweile nicht mehr aktuell sind, lässt sich daraus ableiten, dass in den TKPs erhebliche Unterschiede von mehr als 100% auftreten können.

Im nächsten Schritt wird nun geprüft, in wieweit Unterschiede im Werbetarifniveau auch im direkten Umfeld der Übertragungen der UEFA Champions League bestehen können. Aufgrund der bereits vorher beschriebenen Problematik, dass Reichweiten von Fußballspielen von vielen Einzelfaktoren abhängig sind und reale Daten nur für grob miteinander vergleichbare Spiele vorliegen, werden kürzlich stattgefunden Übertragungen von Spielen herangezogen. Konkret liegen valide Daten für folgende Spiele und Übertragungen vor:

Am 24.7.2014 wurde das Qualifikationsspiel der zweiten Runde der UEFA Europa League Qualifikation zwischen St. Pölten und Plowdiw auf ORFeins übertragen. Laut Daten des

Teletests betrug die Reichweite 268.000 Seher in der zweiten Halbzeit, 260.000 in der Pause sowie 232.000 in der ersten Halbzeit.

Am 31.7.2014 wurde das Qualifikationsspiel der dritten Runde der UEFA Europa League Qualifikation zwischen Grödig und Chisinau auf ORFeins übertragen. Laut Daten des Teletests betrug die Reichweite 280.000 Seher in der Pause, 279.000 in der ersten Halbzeit sowie 259.000 beim dazugehörigen Vorbericht.

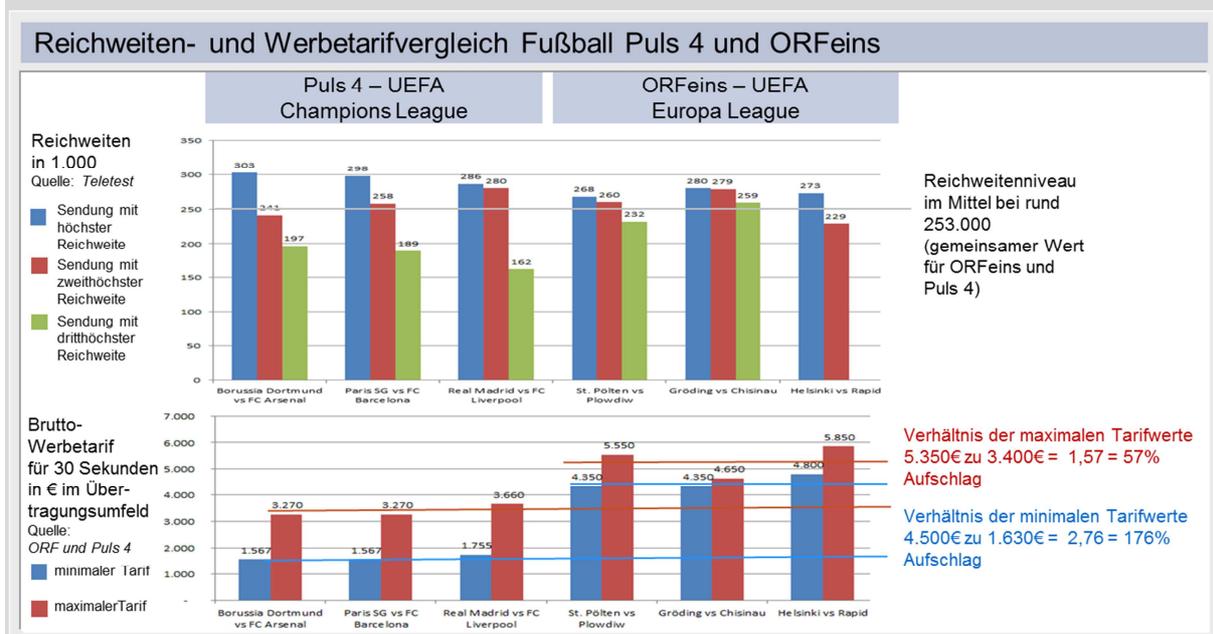
Am 21.8.2014 wurde das Play Off der UEFA Europa League Qualifikation zwischen Helsinki und Rapid auf ORFeins übertragen. Laut Daten des Teletests betrug die Reichweite 273.000 Seher in der ersten Halbzeit sowie 229.000 in der Halbzeitpause.

Am 16.9.2014 übertrug Puls 4 das UEFA Champions League Gruppenspiel zwischen Borussia Dortmund und FC Arsenal. Die Reichweite laut Teletest betrug in der zweiten Halbzeit 303.000, in der ersten Halbzeit 241.000 sowie beim Nachbericht 197.000.

Am 30.9.2014 erfolgte die Übertragung des UEFA Champions League Gruppenspiels zwischen Paris SG und FC Barcelona auf Puls 4. Die Reichweite betrug laut Teletest in der zweiten Halbzeit 298.000, in der ersten Halbzeit 256.000 sowie während des Nachberichts 189.000.

Am 4.11.2014 übertrug Puls 4 das UEFA Champions League Gruppenspiel zwischen Real Madrid und dem FC Liverpool. Die Reichweite betrug laut Teletest in der zweiten Halbzeit 286.000, in der ersten Halbzeit 280.000 und beim Nachbericht 162.000 Seher.

In einem ersten Vergleich, werden nun die oben erwähnten Spiele miteinander verglichen, welche über verschiedene Sendungsphasen hinweg eine ähnliche Reichweite erzielt haben. Bei der ausgewählten Stichprobe ergibt sich insgesamt ein Mittelwert von rund 253.000 für die Reichweite über alle sechs betrachteten Spiele. In der folgenden Darstellung sind die Reichweiten der Sendungen im Zusammenhang mit den sechs Spielen ersichtlich. Im unteren Bereich sieht man die entsprechenden Brutto-Werbetarife im Umfeld dieser Übertragungen pro Spiel jeweils als minimalen und maximalen Listenpreis laut Eigenangaben der Unternehmen.



**Abbildung 10 Reichweiten- und Werbetarifvergleich: Fußball Puls 4 und ORFeins**

Es zeigt sich, dass bei ähnlicher Reichweite der Übertragungen auf Puls 4 und ORFeins die Brutto-Werbetarife wesentlich voneinander abweichen. Puls 4 bietet Werbemöglichkeiten in einer Bandbreite von 1.567€ bis 3.660€ für einen 30-Sekunden-Spot an. Beim ORF beträgt die Bandbreite für die gleiche Spotlänge 4.350€ bis 5.850€. Quellen für die Tarife sind Angaben von Puls 4 (vgl. *Puls 4 (Tarife)*, siehe Anhang 1) und für ORFeins das von ORF Enterprise veröffentlichte Preisblatt „*Termine 2014 Sport Werbeblöcke auf ORFeins*“ (vgl. *ORF (Termine 2014)*, *Blatt Fußball 2014*, Anhang 3). Setzt man jeweils den Durchschnitt der Minimaltarife bzw. maximalen Tarife von ORFeins und Puls 4 in Relation, so ergeben sich Werte von 57% (Maximalwerte) bzw. 176% (Minimalwerte).

In einem zweiten Vergleich, wird die bislang letzte Übertragung der UEFA Champions League auf Puls 4 mit einzelnen Sendungen auf ORFeins verglichen, welche eine ähnliche Reichweite erzielt haben. Ein Gesamtvergleich mit dem vollständigen Übertragungsablauf bei den Spielen auf ORFeins wurde deswegen nicht vorgenommen, weil die anderen Teile der Übertragungen wesentlich höhere Reichweiten erzielt haben und daher eine Vergleichbarkeit nicht gegeben ist.

Am 21.10.2014 wurde auf Puls 4 das Gruppenspiel der UEFA Champions League zwischen AS Rom und FC Bayern München Live übertragen. Die Reichweite betrug nach Daten des Teletests 407.000 in der zweiten Halbzeit, 351.000 in der ersten Halbzeit sowie 297.000 während des Nachberichts. Die dazugehörigen Brutto-Werbetarife bewegten sich nach Angaben von Puls 4 (siehe Anhang 1) für 30 Sekunden in einer Bandbreite von 1.755€ bis 3.660€. Bezüglich der UEFA Europa League Übertragungen auf ORFeins liegt kein gesamtes Spiel vor, welches sich in einer Reichweite zwischen 300.000 bis 400.000 Seher bewegte. Am ehesten ist die Halbzeitpause des UEFA Europa League Play Off Spiels zwischen Salzburg und Glasgow am 16.9.2014 mit einer Reichweite von 386.000 zu vergleichen. Im dazugehörigen Werbefenster betrug der Bruttowerbetarif laut Tariffliste des ORF (vgl. *ORF (Termine 2014)*, *Blatt Fußball 2014*) für 30 Sekunden 6.750€. Eine andere Fußballübertragung in diesem Reichweitenbereich ist der Vorbericht zum UEFA Europa League Gruppenspiel zwischen Astra Giurgiu und Salzburg vom 2.10.2014, welcher eine Reichweite von 409.000 erreichte. Der dazugehörige Werbetarif im Anschluss an diesen Vorbericht liegt laut Tariffliste des ORF (vgl. *ORF (Termine 2014)*, *Blatt Fußball 2014*) für 30 Sekunden bei 7.500€. Setzt man die Tarife von ORFeins von 6.750€ bzw. 7.500€ ins Verhältnis mit dem höchsten Werbetarif auf Puls 4 von 3.660€, so ergeben sich Werte von 1,84 (+84%) bzw. 2,04 (+104%).

Die obigen Vergleiche zeigen, dass auch im Umfeld von ähnlichen Fußballübertragungen wesentliche Unterschiede im Werbetarifniveau zwischen dem ORF und dem privaten Veranstalter Puls 4 von 57% bis teilweise weit mehr als 100% bestehen.

#### 1.11.3.3. Annahme: Indirekte Werbeerlöse

Im Modell wird das indirekte Werbeerlöspotential [E], welches durch die UEFA Champions League Übertragungen im restlichen Programm entsteht als Konstante angenommen.

Bezüglich der relativen Höhe der „Strahlkraft“ in den unterschiedlichen Programmen sind mehrere Sichtweisen möglich.

- Die „Strahlkraft“ kann bei Programmen, welche vergleichsweise neu am Markt sind relativ höher sein als bei etablierten Programmen, weil sich hier die UEFA Champions League im Vergleich zu den sonstigen Sendungen relativ stark abhebt.
- Die positive Wirkung der UEFA Champions League Übertragungen auf das sonstige Programm kann höher sein, wenn im betreffenden Programm regelmäßig ähnlicher Live-Premiumsport angeboten wird. Im Vergleich der Bieter untereinander könnte der positive Effekt auf das sonstige Programm somit relativ höher sein, falls ein

Unternehmen über eine vergleichsweise hohe Zahl an ähnlichen Sportrechten (z.B. Bundesliga, Spiele der österreichischen Nationalmannschaft) verfügt, weil hier ähnliche Zielgruppen wie bei der UEFA Champions League angesprochen werden.

- Der „Strahleffekt“ kann auch teilweise von der tatsächlichen Reichweite bei den UEFA Champions League Übertragungen abhängen. Dies ist dann der Fall, wenn man davon ausgehen würde, dass der „Stahleffekt“ nur auf Seher wirkt, welche tatsächlich die Übertragungen der UEFA Champions League verfolgen und alle anderen Seher davon nicht berührt werden. In diesem Fall wäre der indirekte zusätzliche Werbeerlös im sonstigen Programm relativ höher, wenn die relative Reichweite des Bieters bei UEFA Champions League Übertragungen höher ist.
- Der „Stahleffekt“ kann zu höheren relativen Erlösen im sonstigen Programm führen, wenn das Werbetarifniveau im sonstigen Programm höher ist.

Nachdem der ORF eine relativ höhere Reichweite bei UEFA Champions League Übertragungen, ein höheres Werbetarifniveau im sonstigen Programm als auch ein umfangreiches die UEFA Champions League ergänzendes Sport-Rechteportfolio besitzt, könnte der indirekte Werbeerlös für ein Unternehmen wie den ORF auch höher als bei privaten Bietern angenommen werden.

Für das vorliegende Modell wird angenommen, dass es zur Simulation eines „privaten“ Wettbewerbspreises angemessen ist, wenn für ein Unternehmen mit der Reichweite von ORF ein branchenüblicher „Strahleffekt“ genau in jener Größe berücksichtigt wird, so wie er auch im höchsten privaten Gebot eingeflossen ist. Aus diesem Grund wurde das indirekte Erlöspotential  $[E_i]$  im Modell im Vergleich zum höchsten privaten Anbieter als Konstante angenommen. Mit dieser Annahme wird daher genau ein branchenüblicher indirekter Werbeerlös eines privaten Anbieters im Modell berücksichtigt.

#### 1.11.3.4. Annahme: Positionierung, Image & Strategie

Im Modell wird der strategische Wert  $[S]$ , welcher durch die UEFA Champions League Übertragungen entsteht als Konstante angenommen. Der konkrete strategische Wert für einen Bieter hinsichtlich Positionierung, Imagebildung und Kundenbindung der UEFA Champions League Rechte ist vom bestehenden Programmprofil des jeweiligen Programms abhängig. Die abstrakte Nutzungsmöglichkeit der UEFA Champions League Übertragungen als Marketinginstrument und wesentlichen Faktor zur Erhöhung der Zuschauerakzeptanz sowie als Mittel um das Markenimage für das Programm prägen zu können ist für alle Bieter im gleichen Ausmaß gegeben.

Durch die Annahme eines konstanten strategischen Werts  $[S]$  ist gewährleistet, dass die Simulation eines „privaten“ Wettbewerbspreises genau jenen absoluten Betrag einbezieht, welcher sich aufgrund branchenüblicher Überlegungen privater Anbieter ergibt. Dieser Betrag ist jedenfalls nicht durch Einbeziehung öffentlich-rechtlicher Überlegungen verzerrt und somit für eine Simulation anhand üblicher privater Entscheidungskriterien geeignet.

#### 1.11.3.5. Annahme: Herstellkosten

Im Modell werden die Herstellkosten  $[K_H]$ , welcher durch die UEFA Champions League Übertragungen entstehen, als Konstante angenommen. Die tatsächlichen Kosten sind vor allem von der im Recht paket fix vorgegebenen Anzahl der Übertragungen sowie der Verpflichtung zum Host-Broadcasting und weniger von Unterschieden in der Kostenstruktur der Bieter abhängig, sodass vereinfacht für die Simulation von konstanten Kosten für alle Bieter ausgedrückt werden kann.

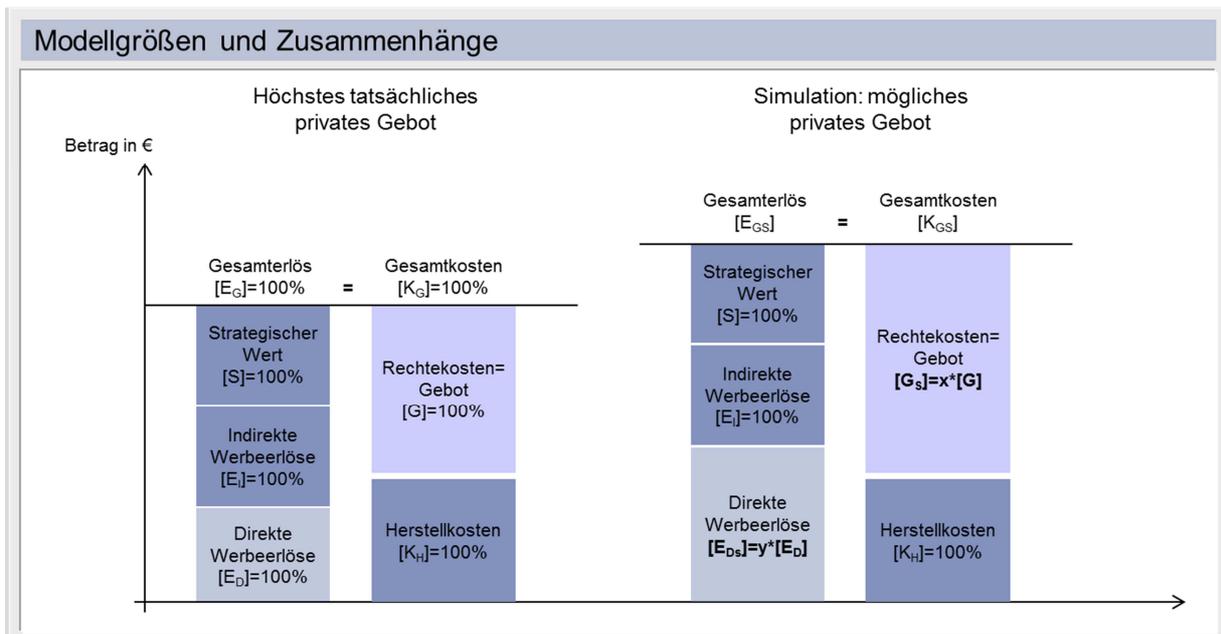
#### 1.11.4. Simulation eines Wettbewerbspreises

Anhand der in Kapitel [1.11.3] gezeigten Einzelparameter wird nun durch die Kombination dieser Einflussfaktoren ein Marktpreis für die Höhe eines Gebots simuliert, welches sich ausschließlich auf den üblichen Entscheidungsparametern von privaten Bietern stützt. Die Überlegung dahinter ist, für den öffentlich-rechtlichen Anbieter jenen Referenzwert zu simulieren, welcher sich ausschließlich aufgrund der Entscheidungsparameter von privaten Bietern – aber unter der Berücksichtigung einzelner Abweichungen in bestimmten Variablen – ergeben würde. Dieser Ansatz wird zum Beispiel in einem wissenschaftlichen Beitrag (vgl. *Schellhaaß (Heft 242), S. 7*) im Zusammenhang mit dem Erwerb von Sportrechten durch öffentlich-rechtliche Veranstalter in Deutschland als prinzipiell geeignete Methode dargestellt. Konkret wird in dieser Publikation beschrieben, dass *„eine wettbewerbskonforme Überbietung von privaten Bietern durch den öffentlich-rechtlichen Anbieter beispielsweise dann vorläge, wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch die Qualität seines Programms mehr Zuschauer attrahieren und dadurch höhere tatsächliche oder potentielle Werbeeinnahmen generieren würde.“* Genau diese Situation wird mit dem hier gewählten Ansatz der Simulation eines Wettbewerbspreises abgebildet.

Mit der in diesem Gutachten angestellten Simulation eines Wettbewerbspreises wird daher ein durch die Entscheidungskriterien privater Bieter rechtfertigbarer maximaler Gebotspreis berechnet. Es wird nicht die Frage beantwortet, ob der ORF konkret für die Höhe seines tatsächlichen Gebots den öffentlich-rechtlichen Auftrag in seiner individuellen Entscheidung berücksichtigt und somit gedanklich auch öffentlich-rechtliche Mittel herangezogen hat. Der hier simulierte Wettbewerbspreis liefert einen Referenzwert, mit welchem verglichen werden kann, ob das Gebot des öffentlich-rechtlichen Anbieters über einem nach den Entscheidungskriterien privater Bieter berechneten Wert liegt.

Ausgangspunkt für die Simulation ist das höchste reale Gebot eines privaten Anbieters, dessen absolute Höhe als nicht wettbewerbsverzerrend angesehen wird, weil in dieses Gebot ausschließlich die Entscheidungskriterien privater Bieter einfließen. Auf dieses Gebot werden nun prozentuelle Aufschläge errechnet, welche sich – ebenfalls anhand der Entscheidungskriterien privater Bieter – aufgrund veränderter Annahmen für Variablen bei den Entscheidungsparametern ergeben.

Im Modell sind fünf Ausgangsgrößen quantitativ zu berücksichtigen. Auf der Erlösseite sind dies der monetär bewertete strategische Wert [S], indirekte Werbeerlöse [E<sub>I</sub>] sowie direkte Werbeerlöse [E<sub>D</sub>]. In Summe ergeben diese Werte den Gesamterlös [E<sub>G</sub>]. Auf der Kostenseite fließen die Vollkosten für die Übertragungen der UEFA Champions League, ohne die Kosten des Rechteerwerbs ein, welche hier als Herstellkosten [K<sub>H</sub>] bezeichnet werden sowie die Rechtekosten [G]. Die Gesamtkosten ergeben sich als Summe der Herstellkosten und Rechtekosten und entsprechen dem Gesamterlös.



**Abbildung 11 Modellgrößen und Zusammenhänge**

Das höchste tatsächlich abgegebene Gebot  $[G]$  eines privaten Anbieters bietet die Basis für die Simulation eines Wettbewerbspreises. Dieses Gebot wurde unter der Annahme von bestimmten Erlöserwartungen  $[E_D]$  und  $[E_I]$  sowie einem bestimmten strategischen Wert  $[S]$  abgegeben und es wird davon ausgegangen, dass in diesem Gebot die branchenüblichen Entscheidungsparameter von privaten Anbietern, wie sie in Kapitel [1.11.3] dargestellt wurden, eingeflossen sind. Alle Werte betragen relativ 100% für das höchste tatsächliche private Gebot.

Im Modell entspricht sowohl für das höchste tatsächliche Gebot und auch für das simulierte private Gebot jeweils der Gesamterlös den Gesamtkosten. Der Gesamterlös ergibt sich jeweils aus Summe des bewerteten strategischen Vorteils, den indirekten Erlösen sowie den direkten Erlösen. Der bewertete strategische Vorteil  $[S]$  sowie die indirekten Erlöse  $[E_D]$  sind konstant. Variabel sind die direkten Werbeerlöse  $[E_D]$ . Sie haben einen Ausgangswert  $[E_D]$ , welcher durch veränderte Annahmen in der Simulation auf  $[E_{DS}]$  um den Faktor  $[y]$  steigt. Durch die Steigerung der direkten Erlöse in der Simulation, steigt das Gebot  $[G]$  um den Faktor  $[x]$  auf das simulierte private Gebot in Höhe von  $[G_S]$ .

Annahme bezüglich der Refinanzierbarkeit des Gebots durch direkte Erlöse

Wie in den Kapiteln [1.11.2.4.] und [1.11.3.] gezeigt wurde, gehen private (und auch öffentlich-rechtliche) Veranstalter üblicherweise nicht davon aus, dass das Gebot für die UEFA Champions League mit den direkten Werbeerlösen im Umfeld der UEFA Champions League gedeckt werden kann. Der ORF rechnet zum Beispiel im Rahmen der Vorbereitung für seine Angebotsabgabe zur UEFA Champions League (vgl. *ORF (Management Info)*, S. 8) dass zu erwarten ist, „dass ungefähr ein Drittel der Lizenzkosten durch Erlöse kommerzieller Kommunikation unmittelbar im Rahmen der UEFA Champions League Übertragungen gedeckt werden können.“

Wie die Entwicklung der Umsätze aus Übertragungsrechten für UEFA Champions League und UEFA Europa League (vgl. Abbildung 6) gezeigt hat, sind die Preise für derartige Rechte in den letzten Jahren substantiell gestiegen. Im gleichen Zeitraum sind die generellen Werbeerlöse auf einer annähernd gleichen Größenordnung geblieben. Aus dieser Entwicklung ergibt sich, dass der relative Finanzierungsanteil direkter Werbeerlöse für die Rechtekosten im Zeitverlauf sinkt.

Für ITV und Sky, welche nach der Neuvergabe der Übertragungsrechte im Jahr 2013 an BT in Großbritannien in den nächsten Saisons nicht mehr die UEFA Champions League übertragen werden, wird die Größenordnung der im Umfeld der UEFA Champions League generierten Werbeerlöse auf insgesamt rund 50 Mio. £ pro Jahr geschätzt. *“ITV and Sky are set to lose around £40m and £10m respectively in annual advertising revenue following their loss of UEFA rights to BT”* (vgl. <http://www.broadcastnow.co.uk/ad-agencies-count-cost-of-itv-and-skys-football-loss/5063587.article>). Dies entspricht bei bisherigen jährlichen Rechtenkosten für ITV und Sky von rund 131,7 Mio. £ (vgl. *Analysys Mason (Rights)*, S. 1) einem Refinanzierungsanteil von rund 38% aus direkten Werbeerlösen im Umfeld der UEFA Champions League. Die Entwicklung der Rechtenkosten für die UEFA Champions League in Großbritannien unterlag in den letzten Jahren substantiellen Steigerungen, wie aus folgender Darstellung ersichtlich ist.



**Abbildung 12 Entwicklung der UEFA Champions League Rechtenkosten in Großbritannien**

Nachdem sich die Rechtenkosten in Großbritannien für die Saisons 2015/2016 bis 2017/2018 im Vergleich zur Vorperiode praktisch verdoppelt haben (allerdings mit mehr Spielen sowie UEFA Europa League im Rechtepakete), kann bei einem von der Größenordnung ungefähr gleichbleibenden Werbeerlöspotential mit einem Absinken des bestehenden relativen Finanzierungsanteils für die Rechtenkosten durch direkte Werbeerlöse im Umfeld der UEFA Champions League für die nächsten Jahre im Vergleich zum aktuellen Wert von 38% in Großbritannien gerechnet werden.

Um im gegenständlichen Simulationsmodell für Österreich die Rückwirkung eines höheren direkten Werbeerlöspotentials auf das Gebot berechnen zu können, ist eine marktüblich Annahme bezüglich des maximalen Refinanzierungsanteils dieser Werbeerlöse an den Rechtenkosten erforderlich. Bei einem Unternehmen, wie dem ORF, welches über hohe Reichweiten verfügt und ein relativ hohes Werbepotential im Umfeld der UEFA Champions League hat, wird dieser Finanzierungsanteil real höher sein können, als bei anderen Unternehmen. Aus diesem Grund wird in der Simulation vom Maximalwert des ORF als Obergrenze für die Refinanzierungsmöglichkeit ausgegangen. Das Modell berechnet daher unter der Nebenbedingung, dass maximal 1/3 der simulierten Rechtenkosten  $[G_S]$  durch die simulierten direkten Werbeerlöse  $[E_{DS}]$  gedeckt werden können, eine unter dieser Nebenbedingung mögliche maximale Gebotshöhe.

## Strategischer Wert

Der monetär bewertete positive Beitrag der UEFA Champions League zur Strategie [S] wird als konstant angenommen. Damit ist gewährleistet, dass für die Simulation eines maximalen Gebots außer den marktüblichen Überlegungen privater Anbieter der strategische Wert (z.B. durch Einbeziehung öffentlich-rechtlicher Überlegungen durch den ORF) in der Simulation nicht höher bewertet wird als beim tatsächlich abgegebenen höchsten privaten Gebot.

Die soeben beschriebenen Zusammenhänge werden nun in Formeln dargestellt und bezüglich folgender Frage aufgelöst: Um welchen Faktor [x] steigt das Gebot [G], wenn die direkten Erlöse [E<sub>D</sub>] um den Faktor [y] steigen?

Höchstes tatsächliches privates Gebot:

$$E_G = K_G$$

$$E_G = S + E_I + E_D$$

$$K_G = G + K_H$$

Simuliertes Gebot:

$$E_{GS} = K_{GS}$$

$$E_{GS} = S + E_I + E_{DS} \text{ (konstanter strategischer Effekt und indirekte Erlöse)}$$

$$K_G = G_S + K_H$$

Relative Steigerung des Gebots und der direkten Erlöse:

$$G_S = G * x$$

$$E_{DS} = E_D * y$$

Nebenbedingung: Die Lizenzkosten (das Gebot) können maximal zu 1/3 über direkte Werbeerlöse refinanziert werden.

$$E_{DS} = G_S / 3$$

Auflösung der Gleichungen nach x:

$$E_D * y = G * x / 3 \quad \text{[auflösen nach } E_D \text{]}$$

$$E_D = G * x / (3 * y)$$

$$S + E_I + E_D = G + K_H \quad \text{[auflösen nach } K_H \text{]}$$

$$K_H = S + E_I + E_D - G$$

$$S + E_I + E_{DS} = G_S + K_H \quad S + E_I + E_D * y = G * x + K_H \quad \text{[auflösen nach } x \text{]}$$

$$x = (S + E_I + E_D * y - K_H) / G \quad \text{[} K_H \text{ ersetzen]}$$

$$x = (S + E_I + E_D * y - S - E_I - E_D + G) / G \quad \text{[minus } S \text{ und minus } E_I \text{]}$$

$$x = (E_D * y - E_D + G) / G = E_D * (y - 1) + G / G = E_D * (y - 1) / G + 1$$

$$E_D * y = G * x + E_D - G$$

$$x = (E_D * y - E_D + G) / y = E_D * (y - 1) / G + 1 \quad \text{[} E_D \text{ ersetzen]}$$

$$x = G * x / (3 * y) * (y - 1) / G + 1$$

$$x = x * (y - 1) / (3 * y) + 1 \quad \text{[auflösen nach } x \text{]}$$

$$x = 3 * y / (2 * y + 1)$$

#### 1.11.4.1. Annahmen von Modellparametern

Im nächsten Schritt müssen nun Annahmen darüber getroffen werden, in welchem Ausmaß [y] in der Simulation höhere direkte Erlöse angenommen werden. Wenn in der Simulation die gleichen direkten Erlöse [y=1] eingesetzt werden, wie beim höchsten tatsächlichen Gebot, so ergibt sich das gleich Gebot, weil keine relative Steigerung des Gebots [x=1] vorliegt.

Nun können Annahmen bezüglich eines höheren direkten Erlöspotentials [y] getroffen werden, um die damit verbundene Auswirkung auf um den Faktor [x] höhere mögliche Gebote zu berechnen.

##### Annahmen bezüglich einer relativ höheren Reichweite der UEFA Champions League Übertragungen

Bezüglich der höheren Reichweite der UEFA Champions League Übertragungen für ein Unternehmen wie den ORF können folgende Annahmen getroffen werden:

Szenario	Reichweitevorteil	Kommentar	Quelle
RW1	+ 15%	Annahme des ORF in den Vorbereitungen zum Ausschreibungsverfahren	ORF (13.6.2014), S. 8
RW2	+ 18%	Empirische Daten	siehe Kapitel [1.11.3.1.]
RW3	+ 20%	Der Generaldirektor des ORF hat im Rahmen eines Berichts zum Rechteerwerb der UEFA Champions League im Ausschuss für Finanzen und Technik des Stiftungsrates ein Szenario von höheren Reichweiten im Bereich von +20 bis +30% dargestellt.	ORF (25.7.2014), Beilage 3, S. 14

**Tabelle 6 Annahmen bezüglich Reichweitevorteilen im Umfeld der UEFA Champions League Übertragungen**

Durch den in Kapitel [1.11.3.1.] gezeigten direkt proportionalen Zusammenhang wirken die Annahmen bezüglich des Werbetarifniveaus relativ in gleicher prozentueller Höhe unmittelbar auf das direkte Erlöspotential.

##### Annahme bezüglich eines relativ höheren Tarifniveaus bei Werbetarifen im Umfeld der UEFA Champions League Übertragungen

Bezüglich eines höheren Tarifniveaus bei Werbetarifen im Umfeld der UEFA Champions League Übertragungen für ein Unternehmen wie den ORF können folgende Annahmen getroffen werden:

Szenario	Werbetarifniveau	Kommentar	Quelle
WT1	+ 57%	Empirische Daten (geringster Wert des Vergleichs)	siehe Kapitel [1.11.3.2.]
WT2	+ 100%	Empirische Daten (nicht unüblicher Bereich)	siehe Kapitel [1.11.3.2.]

**Tabelle 7 Annahmen bezüglich dem relativen Werbetarifniveau im Umfeld der UEFA Champions League Übertragungen**

Die Annahmen bezüglich des Werbetarifniveaus haben einen direkt proportionalen Effekt auf das direkte Erlöspotential.

#### 1.11.4.2. Ergebnisse des Modells

Mit den nun definierten Annahmen kann die Simulation für alle Szenarien durchgeführt werden. Nachdem der Effekt der höheren Reichweite und der Effekt des höheren Werbetarifniveaus gleichzeitig wirken, müssen die Einzeleffekte miteinander multipliziert werden, um den Faktor [y] zu ermitteln. In der folgenden Tabelle werden alle oben definierten Szenarien und Kombinationen berechnet.

Szenario	RW1	RW2	RW3	WT1	WT2	RW1 und WT1	RW2 und WT1	RW3 und WT1	RW1 und WT2	RW2 und WT2	RW3 und WT2
Basisannahmen	1,150	1,180	1,200	1,570	2,000						
Steigerung der direkten Erlöse [y]						1,806	1,853	1,884	2,300	2,360	2,400
Steigerung des Gebots [x]						1,175	1,181	1,185	1,232	1,238	1,241
Steigerung des Gebots in %						17,5%	18,1%	18,5%	23,2%	23,8%	24,1%

**Tabelle 8 Ergebnisse der Simulationen**

Die Simulationen liefern eine Bandbreite für ein im Vergleich zum tatsächlichen privaten Gebot höheres rechtfertigbares Gebot, welches je nach Szenario mit höheren Reichweiten sowie einem höheren Werbetarifniveau kalkuliert. Das Ergebnis ist ein Faktor [x] um welchen das so simulierte ausschließlich auf Entscheidungsparametern von privaten Bietern basierende Gebot höher als das tatsächliche höchste private Gebot liegen könnte. Die Bandbreite liegt dabei im konservativsten Szenario bei 1,175 (dies entspricht einem Aufschlag auf das tatsächlich höchste private Gebot von 17,5%) und beim aus Sicht des Bieters optimistischsten und offensivsten Szenario bis 1,241 (bzw. 24,1%).

Das Ergebnis zeigt einen Bereich, um wieviel ein nach Entscheidungsparametern von privaten Bietern handelnder Veranstalter sein Angebot erhöhen könnte, wenn mit den gleichen Reichweitenvorteilen und Vorteilen im Werbetarifniveau des ORF seinen Gebotspreis kalkulieren könnte. Dieses Angebot ist daher ein Vergleichsmaßstab für einen rein wettbewerbsorientierten „privaten“ Preis, weil er Sonderentscheidungskriterien eines öffentlich-rechtlichen Anbieters, wie zum Beispiel den öffentlich-rechtlichen Auftrag und dessen Erfüllung nicht berücksichtigt.

#### 1.11.4.3. Sensitivitäten des Modells

Für das Modell sind wie für jede Modellierung einige Vereinfachungen notwendig. Im folgenden Teil wird auf diese Vereinfachungen und deren mögliche Auswirkung auf die Ergebnisse näher eingegangen.

**Bruttowerte:** Das Modell basiert auf Relationen zwischen Bruttowerbetarifen. In der realen Kalkulation eines Unternehmens werden Rabatte zu berücksichtigen sein, welche zu Nettowerbetarifen und damit verbundenen realen Erlösen führen. Ein das Ergebnis verzerrender Effekt tritt dann nicht auf, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Brutto-Netto-Relationen bei Werbetarifen im Umfeld der UEFA Champions League bei allen Bietern in einem marktüblichen Bereich liegen. Der Gutachter geht davon aus, dass der ORF mit keinen marktüblich hohen Rabatten rechnet, zumal auch das ORF-Gesetz (§ 31c Abs 1 ORF-G) Tarife für kommerzielle Kommunikation für den ORF relativ nach unten beschränkt.

**Gesetzliche Rahmenbedingungen im Bereich kommerzieller Kommunikation:** Der ORF unterliegt im Vergleich zu privaten Anbietern anderen gesetzlichen Beschränkungen bezüglich der Möglichkeiten kommerzieller Kommunikation. Der gegenständliche Fall der UEFA Champions League weist diesbezüglich zwei Besonderheiten auf. Einerseits sind Vermarktungsmöglichkeiten im Rahmen der UEFA Champions League Übertragungen bereits durch die Ausschreibung von TEAM (vgl. *UEFA (ISO), S. 19, S. 22 und Appendix 1, S. 10 bis S. 17*) in wesentlichen Teilen für alle Bieter zusätzlich zum geltenden rechtlichen Rahmen beschränkt und andererseits sind gesetzliche Verbote wie zum Beispiel „Unterbrecherwerbung“ bei Live-Fußballspielen praktisch nicht relevant. Daher wird die Bedeutung unterschiedlicher gesetzlicher Rahmenbedingungen im Bereich der kommerziellen Kommunikation im vorliegenden Fall als gering und nicht das Ergebnis verzerrend eingestuft. Außerdem wäre eine explizite Berücksichtigung von besonderen Werbebeschränkungen eines öffentlich-rechtlichen Anbieters ohne Berücksichtigung einer allfälligen Kompensation durch öffentliche Mittel im Widerspruch zur Simulation eines „privaten“ Marktpreises.

**Finanzierungsvorteile aufgrund der „Größe“ eines Programmveranstalters:** Die Bieter am Vergabeverfahren können nach der „Größe“ des Programms klassifiziert werden. Von „großen Programmen“ kann man sprechen, wenn diese im Vergleich zu anderen Programmen über einen relativ hohen Marktanteil, hohe Reichweiten und daher über entsprechend höhere Programmbudgets und Werbeerlöspotentiale als die Mitbewerber verfügen. ORFeins kann als „großes Programm“ eingeordnet werden, weil der Marktanteil laut Daten des Teletests im Jahr 2013 mit 12,4% im relativen Vergleich mit den größten privaten Programmen Sat.1 und RTL (5,4%) um den Faktor von rund 2,3 „größer“ ist.

Wie bereits in Szenario 1 in Kapitel [1.11.3.1.] gezeigt wurde, spielt die „Größe“ eines Programms bei der Annahme gleicher Reichweiten für die Übertragungen der UEFA Champions League in einer isolierten Modellbetrachtung keine Rolle beim Erlöspotential. Ein Vorteil kann aber für „große“ Programmveranstalter durch bessere Finanzierungsmöglichkeiten für relativ kostenintensive Anschaffungen wie den UEFA Champions League Übertragungsrechten bestehen. Dieser Effekt wird zwar bei einem Größenverhältnis von ORFeins zu privaten Programmen in Höhe von rund 2,3 zwar vorhanden sein, lässt sich aber konkret kaum abstrakt quantifizieren. Der Gutachter geht davon aus, dass man modellhaft für diesen Finanzierungsvorteil prinzipiell ein höheres Finanzierungspotential für den Erwerb der UEFA Champions League Übertragungsrechte ansetzen könnte. Bei der Berücksichtigung eines derartigen „Finanzierungsvorteils“ würde man bezüglich des ORF allerdings generell die öffentlich-rechtliche Gebühren-Finanzierung mitberücksichtigen müssen, was aber gerade für die hier angestrebte Simulation eines „privaten“ Wettbewerbspreises nicht zielführend wäre. Aus diesem Grund wird ein gegebenenfalls vorliegender „Finanzierungsvorteil“ aufgrund der reinen relativen Größe nicht in der Simulation abgebildet.

#### 1.11.4.4. Interpretation der Ergebnisse

Das in diesem Gutachten beschriebene Modell liefert anhand von objektiven Kriterien einen Preiskorridor für einen nach Entscheidungsparametern privater Bieter orientierten simulierten Wettbewerbspreis für den speziellen Fall des Erwerbs der Übertragungsrechte an der UEFA Champions League. Dieser Preis liegt als Zuschlag auf das höchste tatsächlich abgegebene private Gebot im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Übertragungsrechte an der „UEFA Champions League“ in einer Höhe von 17,5% bis 24,1%.

Das Ergebnis setzt nicht voraus, dass der ORF den genauen Preis des höchsten privaten Gebots hätte kennen müssen. Das Modell bildet vielmehr ab, dass jeder Veranstalter, welcher nach üblichen Entscheidungsparametern privater Bieter den Wert seines Gebots bestimmt, mit Reichweitenannahmen und Werbetarifniveauannahmen des ORF zur ähnlichen Markteinschätzung bezüglich eines angemessenen Gebotspreises wie sie sich aus der Simulation ergibt, selbst kommen kann. Umgekehrt wird simuliert, dass der höchst bietende private Anbieter unter der Beibehaltung seiner eigenen Grundsätze und Entscheidungsvariablen aber unter der Annahme einer relativ höheren Reichweite sowie einem höheren Werbetarifniveau zum in der Simulation höheren maximalen Gebotspreis kommen hätte können.

Aus rein wettbewerbsökonomischer Sicht stellt der so berechnete Wettbewerbspreis den maximalen Preis dar, der unter Berücksichtigung der üblichen Entscheidungsparameter privater Bieter sowie unter Berücksichtigung von Reichweitenvorteilen des ORF und einem höheren Werbetarifniveau des ORF gerechtfertigt sein kann.

Ob es zulässig wäre, dass der ORF mit seinem tatsächlichen Gebot gegebenenfalls über diesen Wert aufgrund einer besonderen Berücksichtigung der Erfüllung seines öffentlich-rechtlichen Auftrags hinausgehen könnte, ist eine juristische Frage bzw. Frage der rechtlichen Rahmenbedingungen und war daher nicht im Rahmen dieses Gutachtens zu klären.

### 1.11.5. Zusammenfassung

Zum Produkt Übertragungsrechte an der „UEFA Champions League“ existieren kaum vergleichbare Produkte, womit diese Premium-Sport-Übertragungen für Veranstalter schwer austauschbar sind. Die Rechte werden üblicherweise jeweils für drei Jahre in einem nicht transparenten Vergabeverfahren eines Exklusiv-Vermarkters unter anderem auf Basis des gebotenen Preises an einen Bieter vergeben. Die wesentlichen Eckpunkte der Vergabe- und Vertragsbedingungen werden fix durch einen Angebotsmonopolisten vorgegeben. Die Nachfrager nach nationalen Übertragungsrechten sind wenige private Veranstalter sowie der öffentlich-rechtliche Österreichische Rundfunk.

Unter den in diesem Fall vorliegenden besonderen Charakteristika des Produktes, des Marktes und des Vergabeverfahrens können Methoden zur Ermittlung eines Wettbewerbspreises (z.B. kostenbasierte Verfahren, Benchmarking oder die Analyse von Zeitreihen), wie sie in anderen Marktkonstellationen üblicherweise verwendet werden, nicht zur Anwendung kommen.

Im speziellen Fall der UEFA Champions League Übertragungsrechte wird der Marktpreis ausschließlich über nachfrageseitige Gebote in einem auktionenähnlichen Vergabeverfahren bestimmt. Wären im Vergabeverfahren ausschließlich miteinander vergleichbare private Nachfrager beteiligt, würde das reale Auktionsergebnis einem nachfrageseitigen Wettbewerbspreis entsprechen.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren treten einerseits private Nachfrager und andererseits der öffentlich-rechtliche Nachfrager als Bieter auf. Zusätzlich zu den bei privaten Bietern üblichen Entscheidungsparametern über die Höhe eines angemessenen Gebots, berücksichtigt der öffentlich-rechtliche Veranstalter weitere Überlegungen bezüglich des öffentlich-rechtlichen Auftrags und er verfügt über eine privilegierte Finanzierungssituation.

In einer solchen Nachfragerkonstellation stellt sich ex-post die Frage, ob ein öffentlich-rechtlicher Anbieter Mittel aus der privilegierten Finanzierung herangezogen hat, um über einen Wettbewerbspreis, der ausschließlich auf Entscheidungsparametern privater Bieter basiert, mit seinem eigenen Gebot hinauszugehen. Um diese Frage beantworten zu können, muss als Referenzwert der maximale Wettbewerbspreis bekannt sein, der aufgrund der Entscheidungsparameter privater Bieter in diesem Vergabeverfahren gerechtfertigt sein kann. Dieser Wettbewerbspreis wird im Rahmen einer Simulation anhand objektiver und nachvollziehbarer Kriterien berechnet.

Zur Berechnung eines nicht durch einen öffentlich-rechtlichen Anbieter verzerrten Wettbewerbspreises sind dabei zwei Werte für die Höhe von Geboten von besonderer Bedeutung.

1. Das höchste reale private Gebot stellt den Bezugspunkt dar, in welchem anzunehmen ist, dass in die Entscheidung zur Festlegung dieser konkreten Gebotshöhe alle üblichen Entscheidungsparameter von privaten Bietern eingeflossen sind und daher dieser Wert nicht durch öffentlich-rechtliche Entscheidungskriterien wettbewerblich verzerrt sein kann.
2. Die zweite (simulierte) Gebotshöhe basiert auf dem gerade genannten Referenzwert, berücksichtigt aber innerhalb der Entscheidungsparameter von privaten Bietern die Möglichkeit, vom tatsächlichen Höchstgebot abweichende Annahmen im Bereich einer höheren relativen Reichweite sowie eines höheren relativen Werbetarifniveaus im Umfeld der UEFA Champions League Übertragungen zu treffen.

Mittels einer Simulation kann unter der Annahme plausibilisierter Werte für Unterschiede in Reichweiten und Werbetarifniveau ein maximaler Zuschlag auf das höchste reale private Gebot berechnet werden. Aus rein wettbewerbsökonomischer Sicht stellt dieser berechnete

Wettbewerbspreis den maximalen Preis dar, der unter Anwendung der üblichen Entscheidungsparameter von privaten Bietern im konkreten Fall gerechtfertigt sein kann.

Die Berechnungen für den Wettbewerbspreis wurden mit den empirisch beim ORF relativ zum Markt vorliegenden Größenordnungen der Parameter Reichweite und Werbetarifniveau im Umfeld der UEFA Champions League Übertragungen durchgeführt. Die Simulation ergibt einen möglichen maximalen prozentuellen Zuschlag auf das höchste tatsächlich abgegebene private Gebot in einer Höhe von 17,5% bis 24,1%.

Ob es zulässig wäre, dass der ORF mit seinem tatsächlichen Gebot gegebenenfalls über diesen Wert aufgrund einer besonderen Berücksichtigung der Erfüllung seines öffentlich-rechtlichen Auftrags hinausgehen könnte, ist eine juristische Frage bzw. eine Frage der rechtlichen Rahmenbedingungen und war daher nicht im Rahmen dieses Gutachtens zu klären.

### **1.12. Ermittlungen zum höchsten Gebot eines privaten Fernsehveranstalters**

Nach Einlangen des Gutachtens des Amtssachverständigen forderte die KommAustria TEAM sowie die in Betracht kommenden österreichischen Fernsehveranstalter mit Schreiben jeweils vom 18.11.2014 auf, Angaben zu den für die gegenständlichen Übertragungsrechte abgegebenen Geboten zu machen.

Dazu langten ein Schreiben von TEAM Marketing vom 25.11.2014 mit Verweis auf die Verschwiegenheitspflichten gegenüber den Bietern, ein Schreiben der B Gesellschaft vom 25.11.2014, in dem diese angibt, kein Gebot abgegeben zu haben, und ein Schreiben der C Gesellschaft vom 26.11.2014, in dem diese Angaben zu ihrem abgegebenen Gebot macht, ein.

Mit Schreiben der KommAustria vom 05.12.2014 wurde den Verfahrensparteien das Gutachten des Amtssachverständigen sowie das Schreiben der C Gesellschaft zur Kenntnis und Stellungnahme übermittelt. Gleichzeitig wurde der ORF aufgefordert, den von ihm bezahlten Preis für die Übertragungsrechte an der UEFA Champions League für die Saisonen 2015/16 bis 2017/18 zu nennen und dies durch die Vorlage entsprechender Unterlagen nachzuweisen.

Mit am 09.12.2014 bei der KommAustria eingelangter, (offenbar irrtümlich) mit 08.10.2014 datierter Stellungnahme brachte die Beschwerdeführerin dazu vor, gemäß dem Gutachten des Amtssachverständigen sei offenbar das höchste Gebot eines privaten Bieters für die Simulation eines auch für den ORF rechtskonformen Gebots von entscheidender Bedeutung. Dies könne allerdings nur dann zutreffen, wenn die Angebote auch inhaltlich – also den Rechteleumfang betreffend – übereinstimmten. In diesem Zusammenhang entspreche es den Erfahrungen der Marktteilnehmer, dass mitunter auch von der ursprünglichen Ausschreibung abweichende Gebote zugeschlagen würden, wenn dies für die UEFA attraktiv sei. Die Rechtelepakete seien daher – entgegen der Unterstellung des Amtssachverständigen – nicht uneingeschränkt „vordefiniert und fix“. Aus den übermittelten Angaben ergebe sich, dass C für ein individuell zugeschnittenes Paket und insbesondere für im Free-TV exklusive Übertragungsrechte geboten habe, während der ORF das Rechtelepaket A1 auf ko-exklusiver Basis erworben habe. Eine Einschränkung der Free-TV-Exklusivität würde selbstverständlich einen substantiellen Abschlag rechtfertigen. Für eine erschöpfende Beurteilung sei es daher unerlässlich zu erheben, inwieweit die Rechtelepakete und damit die Höhe der Gebote tatsächlich vergleichbar seien. Die Beschwerdeführerin beantragte daher, C zur näheren Erläuterung des individuell zugeschnittenen Rechtelepakets aufzufordern, sowie eine mündliche Verhandlung zur Gutachtenserörterung anzuberaumen und behielt sich eine weitere inhaltliche Stellungnahme zum Sachverständigen Gutachten vor.

Auf Aufforderung der KommAustria wurden die Angaben der C Gesellschaft mittels E-Mail vom 16.12.2014 und Telefonat vom 17.12.2014 ergänzt. Diese Angaben wurden den Verfahrensparteien mit Schreiben vom 17.12.2014 zur Stellungnahme übermittelt.

### **1.13. Stellungnahmen zum Gutachten und den Angaben zum höchsten Gebot eines privaten Bieters**

#### 1.13.1. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 23.12.2014

Mit Schreiben vom 23.12.2014 erstattete die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme zum Gutachten des Amtssachverständigen und zu den Angaben der C Gesellschaft und brachte darin im Wesentlichen vor, dem Sachverständigen sei insofern zuzustimmen, als er die Marktdefinition zutreffend vorgenommen und die Marktverhältnisse weitgehend richtig dargestellt habe, sowie soweit er davon ausgehe, dass weder internationales Benchmarking noch die Analyse von Zeitreihen geeignete Methoden zur Ermittlung eines Wettbewerbspreises darstellten. Aus ihrer Sicht sei aber die Zielsetzung des Gesetzgebers, mit § 31c ORF-G das Marktverhalten des ORF zu regulieren, anhand der im Gutachten vorgenommenen „Simulation anhand des höchsten Gebots“, womit geradezu systemimmanent ausschließlich eine „ex-post“ Betrachtung der Angemessenheit des Wettbewerbspreises vorgenommen werde, nicht umsetzbar. Sehe man § 31c ORF-G als wettbewerbsregelnde Norm, sei das vom Sachverständigen erzielte Ergebnis, wonach der ORF immer signifikant mehr bieten dürfe als das Höchstgebot eines privaten Mitbewerbers, unbefriedigend, zumal der ORF dazu langfristig nur aufgrund seiner privilegierten Finanzsituation in der Lage sei. Die Betrachtung ex-post führe also dazu, dass ein privater Anbieter in einer theoretischen Betrachtung nie erfolgreich um Sportrechte bieten könne, weil der ORF ohne Verletzung von Wettbewerbsvorschriften deutlich mehr bieten und sich dies durch die Verwendung von Gebührengeldern auch leisten könne.

Bei dieser Betrachtung bleibe unberücksichtigt, ob ein Gebot im Einzelfall für den ORF nach kaufmännischen Grundsätzen gerechtfertigt sei. Damit profitiere der ORF aber strukturell von seiner durch die privilegierte Finanzierung erworbenen Marktposition, ohne dass gleichzeitig auch die strukturellen Nachteile (etwa die historisch gewachsene ungünstigere Kostenstruktur) berücksichtigt werden könne.

Zum höchsten Gebot eines privaten Bieters als vom Sachverständigen angenommene Preisbasis und den angenommenen Entscheidungsparametern führt die Beschwerdeführerin aus, langfristig müssten nicht nur die inkrementellen Kosten eines Produkts verdient werden, sondern auch Investitionsentscheidungen, die isoliert betrachtet kaufmännisch unvernünftig seien, kaufmännisch sinnvoll sein. Die vom Gutachter in seinem Modell als konstant angenommene „strategische Komponente“ sei daher in Wahrheit der wesentlichste Faktor für Unterschiede in der Höhe der Gebote privater Bieter. Dürfte aber der ORF auf einen solchen, kaufmännisch nur in einer langfristigen Perspektive gerechtfertigten Preis noch einen Aufschlag zahlen, könnten private Bieter nicht einmal mehr theoretisch zum Zug kommen. Im Gutachten bleibe eine zeitliche Komponente unberücksichtigt, was dazu führe, dass der ORF sogar mehr bieten dürfe als ein Privater, der mit einer langfristigen Perspektive und bestimmt durch strategische Überlegungen ein besonders hohes Gebot abgebe, dessen Kosten bei langfristiger Aufrechterhaltung zur Pleite führen würden.

Im Rahmen seiner Modellannahmen nehme der Sachverständige den Großteil der Faktoren, die erlös- und kostenseitig in die Berechnung einfließen, als konstant an, sodass im Wesentlichen bloß die direkten Vermarktungserlöse variabel blieben. Diese müssten aber bei den in Österreich in Betracht kommenden privaten Anbietern weitgehend übereinstimmen, da diese nur geringfügig unterschiedliche Reichweiten erzielen könnten. Damit müssten aber – die Richtigkeit des Modells vorausgesetzt – die Angebote der privaten Bieter immer nahezu gleich hoch sein. Starke Abweichungen der Gebote könnten somit nur dadurch erklärt werden, dass ein Bieter – isoliert betrachtet jenseits des kaufmännisch

Darstellbaren – bestimmte strategische Aspekte in den Vordergrund gestellt habe. Ein solches Gebot würde allerdings ein – nach dem Gutachten in der Simulation nicht zu berücksichtigendes – privates Gebot mit einer privilegierten Finanzierung darstellen, weil der Bieter bereit sei, das Produkt im Rahmen seines strategischen Gesamtkonzepts quer zu subventionieren. Ein sachgerechtes Ergebnis könne daher – wie dies etwa im Telekommunikationsbereich üblich sei – nur dadurch erzielt werden, dass für die Berechnung des Wettbewerbspreises entweder das höchste Gebot ausgeschieden werde oder als Basis für den dem ORF aufgrund seiner besseren Erlössituation zugebilligten Zuschlag ein Durchschnitt aller vorliegenden Gebote, allenfalls unter Einbeziehung des Gebots des ORF, herangezogen werde. Ein solches Abstellen auf den Durchschnitt komme auch der Modellannahme des Sachverständigen, wonach alle wesentlichen preisbestimmenden Faktoren konstant angenommen werden, am Nächsten.

Zur Vergleichbarkeit der Gebote, die Voraussetzung dafür sei, dass ein Gebot für die Berechnung eines Wettbewerbspreises herangezogen werden könne, bringt die Beschwerdeführerin vor, dass C für die Free-TV-Pakete A1, C1 und C2 auf exklusiver Basis geboten habe, während der ORF (wie die Beschwerdeführerin selbst) einer Ko-Exklusivität mit A2 im Free-TV zugestimmt hätte und nicht für die Highlight-Pakete C1 und C2 geboten habe. Eine Vergleichbarkeit des Gebots von C mit jenem des ORF könne allenfalls dadurch erreicht werden, dass es durch Abschläge (für die Rechtspakete C1 und C2 und den Verzicht auf die Free-TV-Exklusivität) um die über die Gebote des ORF und der Beschwerdeführerin hinausgehenden Faktoren reduziert werde. So habe die Beschwerdeführerin für die laufende Periode für jedes der beiden Highlight-Pakete einen Lizenzpreis von EUR xx bezahlt, woraus sich im Verhältnis der Gebote ein Abschlag auf das Gebot von C ergeben würde. Ein Verzicht auf die Exklusivität im Free-TV rechtfertige einen Abschlag in Höhe von 15 bis 20 % des Lizenzpreises, weil die exklusiven Sponsoren der UEFA mit einem zweiten Partner im Territorium „geteilt“ werden müssten und die strategische Erlösquelle „Strahlkraft“ bei Fehlen der Exklusivität wesentlich geringer sei. So habe die Beschwerdeführerin kürzlich in einer vergleichbaren Situation (Erwerb der Übertragungsrechte für die UEFA Europa League) für den Fall, dass das Paket A2 an einen Free-TV-Anbieter vergeben werden sollte, einen Abschlag von 15 % angeboten. Ein weiterer, für eine valide Vergleichbarkeit der Angebote zu berücksichtigender Faktor seien zudem die mit TEAM vereinbarten Nebenbedingungen, etwa Zahlungsbedingungen.

Zu den Modellannahmen des Gutachtens kritisierte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen die Annahme von Herstellkosten und strategischem Wert als für alle Anbieter konstant. Die konkrete Kostensituation des ORF sei – etwa hinsichtlich der direkten Personalkosten, oder etwa auch bei den nach Ansicht der Beschwerdeführerin ebenfalls zu berücksichtigenden indirekten Herstellkosten – höchst unterschiedlich zu jener eines typischen privaten Anbieters. Signifikante Unterschiede in der Kostenstruktur hätten aber eine direkte Auswirkung auf die (ohne negative) Rentabilität des Produkts UEFA Champions League. Hinsichtlich des strategischen Werts der Champions-League wird ausgeführt, dass sich die Ausstrahlung der UEFA Champions League zwar (insbesondere für Marktneueinsteiger) positiv auf die Bekanntheit des Senders und damit auf die zukünftigen Werbeerlöse auswirken könne, der durch die Übertragung eines bestimmten Ereignisses tatsächlich erzielbare zusätzliche Nutzen jedoch geringer werde, je höher die Bekanntheit eines Senders im gegebenen Zeitpunkt sei. Der zusätzlich erzielbare Wert für Marke, Image und Positionierung sei für einen verhältnismäßig kleinen Sender (wie PULS 4 oder C) weitaus größer als für den marktdominierenden ORF.

Zu den vom Sachverständigen angenommenen Variablen bringt die Beschwerdeführerin vor, die als Basis für die Schätzung der Reichweitenunterschiede herangezogene unbelegte Schätzung des Geschäftsführers in einer Sitzung des ORF Stiftungsrates werde mangels konkreten Substrats auszuschneiden sein. Soweit der Sachverständige das höhere Erlöspotential des ORF gegenüber privaten Bietern ausschließlich mit Unterschieden in den Bruttopreisen für Werbespots im Umfeld von Fußballübertragungen argumentiere, bleibe

unberücksichtigt, dass private Anbieter über zusätzliche Werbemöglichkeiten verfügten und sich aus den konkreten, belegten Annahmen, die der Modellrechnung der Beschwerdeführerin (Dr. Zuser) zugrunde lägen, ergebe, dass ein effizienter Privater sogar höhere Erlöse erzielen könne als der ORF (obwohl darin im Wesentlichen ähnliche Preisannahmen getroffen worden seien wie im Gutachten des Sachverständigen).

#### 1.13.2. Stellungnahme des ORF vom 23.12.2014

Mit Schreiben vom 23.12.2014 machte der Beschwerdegegner Angaben zum abgegebenen Gebot und nahm ebenfalls zum Gutachten des Amtssachverständigen und den Angaben der C Gesellschaft Stellung.

Der Beschwerdegegner sei nach wie vor der Ansicht, dass die von der KommAustria geforderten Angaben im Verhältnis zur Beschwerdeführerin als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse einzuordnen seien, da die Kenntnis des genauen Bietverhaltens des ORF es der Beschwerdeführerin ermögliche, bei Ausschreibungen von Übertragungsrechten treffsicherere und erfolgreichere Gebote abgeben zu können. Fordere man vom ORF entsprechende Angaben, ermögliche man es Konkurrenten, in Verfahren nach § 36 ORF-G Behauptungen in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse aufzustellen, zu deren Entkräftung der Beschwerdegegner seine Geschäftsgeheimnisse aufgeben müsse. Die KommAustria werde daher von Amts wegen auch andere Beweismittel heranziehen müssen, um die berechtigten Interessen des Beschwerdegegners nicht in einem solchen Ausmaß zu beeinträchtigen. So sei es etwa – sofern man dem Gutachten inhaltlich folge – möglich, Mitarbeiter des ORF zeugenschaftlich zur Frage zu vernehmen, ob dieser die vom Sachverständigen errechnete „Preisbandbreite“ überschritten habe.

*„Um das Verfahren tunlichst zu beschleunigen“* übermittle der Beschwerdeführer dennoch die gewünschte Information (in Form eines Ausschnitts [„Key Terms“] aus dem Vertrag zwischen ORF und UEFA zum Erwerb der gegenständlichen Übertragungsrechte), durch welche *„die Beurteilung erleichtert und die möglichst zweckmäßige, rasche und kostensparende Abweisung der Anträge [...] ermöglicht“* werde. Diese Übermittlung erfolge unpräjudiziell für weitere Verfahren und nur für die Behörde, weshalb der Beschwerdeführer beantrage, die entsprechende Beilage zur Stellungnahme von der Akteneinsicht auszunehmen, da die Kenntnisnahme der darin enthaltenen Informationen durch die Beschwerdeführerin zu einer Schädigung der berechtigten Interessen des Beschwerdegegners führen würde.

Zum Gutachten des Amtssachverständigen führte der Beschwerdegegner aus, dieser habe bereits die ihm gestellte Frage, ob für die Übertragungsrechte an der UEFA Champions League ein objektiver Marktpreis feststellbar ist, verneint. Vor dem Hintergrund der Marktkonstellation und des Umstandes, dass die Übertragungsrechte an der Champions League nicht mit anderen Sportrechten vergleichbar seien, existiere kein „Wettbewerbspreis“ im engeren Sinn. Ausgehend davon sei die Beschwerde schon deshalb abzuweisen, weil der ORF – mangels Marktpreises – auch nicht in der Lage gewesen sei, einen „überhöhten“ Preis zu zahlen. Die Ansicht zum fehlenden Marktpreis sei allerdings aus Sicht des Beschwerdegegners in dieser Form nicht haltbar, da sehr wohl eine Vergleichbarkeit mit Übertragungsrechten anderer Premium-Sportbewerbe bzw. anderen Fußball-Bewerben vorliege, zumal die vom Sachverständigen angenommene fehlende Homogenität der Produkte auf den Erwerb sämtlicher „Senderechte“ iSd § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G zutreffen und dem Gesetz damit ein sinnloser Gehalt unterstellt würde. Der vom Sachverständigen entwickelten „Modellrechnung“ bzw. „Simulation“ sei aus diesem Grund (und wegen der fehlenden Verallgemeinerungsfähigkeit für zukünftige Fälle) dem Grunde nach entgegenzutreten.

Gleichwohl sei das Ergebnis des Amtssachverständigen erfreulich und zeige, dass der ORF die errechnete Bandbreite der „Modellrechnung“ eingehalten habe und die

Übertragungsrechte somit zu einem nach kaufmännischen Grundsätzen gerechtfertigten Preis erworben bzw. sein Gebot nach marktkonformen Gesichtspunkten gestaltet habe. Für zukünftige Verfahren sei jedoch festzuhalten, dass die – vom Sachverständigen auch transparent gemachten – Sensitivitäten des Modells erheblich seien. Das Modell führe insbesondere dann ins Leere, wenn – wie in Österreich häufig – kein privater Mitbewerber ein substantielles Gebot abgegeben habe.

Hinsichtlich des Umfanges der erworbenen Übertragungsrechte gibt der Beschwerdegegner an, er habe auf das Paket A1 „ko-exklusiv“ geboten bzw. dieses erworben. Damit sei die UEFA in die Lage versetzt worden, dass die Livespiele nur im ORF Free-TV, aber zeitgleich auch im Pay-TV verwertet werden („ko-exklusiv“). Ebenso sei durch das Gebot des ORF nicht die Verwertung anderer Rechtepakete (insbesondere A2), auch im Free-TV, oder die Empfangbarkeit von UEFA Champions League Übertragungen, insbesondere deutscher Programme, ausgeschlossen worden. Zusätzlich habe der ORF News-Rechte für die Zusammenfassung und die Möglichkeit der Wiederholung der Spiele und der Magazinsendungen auf ORF Sport+ innerhalb der gesamten Lizenzperiode erworben sowie werblich-kommerzielle Verpflichtungen – soweit möglich – reduziert. Die Highlights-Rechte in den Paketen C1 und C2 seien für den ORF nicht interessant gewesen. Es handle sich dabei um „Annexrechte“ zu den Rechtepaketen für die Live-Verwertung. Da keine Einschränkung der „Free-TV-Exklusivität“ vorliege, sei der von der Beschwerdeführerin für diesen Fall geforderte „substantielle Abschlag“ nicht angebracht.

#### 1.13.3. Übermittlung der Stellungnahmen und Anberaumung einer mündlichen Verhandlung

Mit Schreiben vom 30.12.2014 übermittelte die KommAustria die Stellungnahmen vom 23.12.2014 wechselseitig, wobei die Stellungnahme des ORF der Beschwerdeführerin zur Gänze (also samt Beilage) zur Kenntnis gebracht wurde.

Mit Schreiben vom 09.01.2015 beraumte die KommAustria eine mündliche Verhandlung zum Zweck der Gutachtenserörterung für den 29.01.2015 an.

#### 1.13.4. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 21.01.2015

Am 21.01.2015 erstattete die Beschwerdeführerin – in Vorbereitung der mündlichen Verhandlung – eine weitere Stellungnahme zum Gutachten samt Vorlage einer Stellungnahme von Dr. Zuser.

Darin wurde vorgebracht, die Stellungnahme von Dr. Zuser zeige wesentliche strukturelle Defizite des Modells des Amtssachverständigen auf, insbesondere die mangelnde Eignung, Wettbewerbsverzerrungen hintanzuhalten, die durch die Finanzierungsvorteile des ORF herbeigeführt werden und die gerade durch die Bestimmung des § 31c ORF-G verhindert werden sollten. Das Gutachten fingiere einen „abstrakten privaten“ Marktteilnehmer mit dem Reichweiten- und Erlöspotential des konkreten ORF, den es aber nicht gebe, weil sowohl die höheren Reichweiten als auch die höheren absoluten Preise des ORF das Ergebnis seiner konkreten Marktposition seien, die wiederum auch auf der durch die Gebühren bewirkten privilegierten Finanzierungssituation beruhe. Im Ergebnis gewähre das Gutachten dem Beschwerdegegner daher durch die einseitige Berücksichtigung seiner Marktvorteile (ohne Berücksichtigung seiner kaufmännischen Nachteile) gerade jenen wettbewerbsverzerrenden Vorteil, den § 31c ORF-G verhindern solle. Zudem würden die vom Amtssachverständigen vorgenommenen Vereinfachungen zum Teil von falschen Voraussetzungen ausgehen und von der Realität des Marktes abweichen.

Im Hinblick auf den vom Amtssachverständigen angenommenen Reichweitenvorteil kritisiert die Beschwerdeführerin (unter Vorlage entsprechender eigener Auswertungen), dass insofern nicht die vorhandenen, überprüfbaren Daten aus dem Teletest, sondern statistisch unzulässige kleine Stichproben und teilweise in anderem Zusammenhang gemachte

Angaben der Verfahrensparteien herangezogen worden seien. Mache man etwa die Spiele der UEFA Champions League und der UEFA Europa League dadurch miteinander eher vergleichbar, dass man die vier Spiele der KO-Phase in der Europa League ausscheide (da es keine entsprechende Vergleichsbasis in der Champions League gebe), ändere sich das Ergebnis signifikant. Die Beschwerdeführerin teile allerdings die Ansicht des Sachverständigen, dass die Reichweiten bei jedem einzelnen Spiel zusätzlich von verschiedenen generalisierbaren Faktoren, wie ob es sich um ein Heim- oder ein Auswärtsspiel handle, der Attraktivität der Paarungen oder die parallele bzw. alternative Übertragung von Spielen im deutschsprachigen Free-TV („ZDF-Effekt“) abhängen.

Bei der Ermittlung der Werbetarife vergleiche der Amtssachverständige einerseits nicht TKP (Tausenderkontaktpreise), obwohl er dies selbst als geeignete Methode darstelle, sondern einzelne Werbeblöcke, die nach Ansicht der Beschwerdeführerin nicht direkt vergleichbar seien, weil sie auf unterschiedlichen Reichweitenannahmen basierten. Zu berücksichtigen sei in diesem Zusammenhang, dass eine Multiplikation der Einzeleffekte „höhere Reichweite“ und „höheres Werbetarifniveau“ zu einer doppelten Berücksichtigung der Reichweite führen würde, weil diese in den vom Gutachter verglichenen absoluten Preisen bereits enthalten sei. Damit hätte der Amtssachverständige gleich den TKP als Vergleichsbasis heranziehen und dafür auf von allen Marktteilnehmern anerkannte Daten zurückgreifen können. Zudem sei eine isolierte Betrachtung von Werbetarifen einzelner Werbeblöcke wenig sinnvoll, da die im Vergleich zu Privaten relativ höheren TKP des ORF dem Marktprinzip von Angebot und Nachfrage folgten. Da das tatsächliche Mengenangebot von Werbespots im Umfeld der UEFA Champions League beim ORF geringer sei als bei Privaten, erhöhe sich für die geringere Menge an verfügbaren Werbezeiten der Preis. Indem der Gutachter jeweils Werbeblöcke mit ähnlichen Reichweiten vergleiche, schalte er diesen für den tatsächlichen Preis wesentlichen Faktor weitgehend aus. Der einzig valide Vergleich sei einer, der die tatsächlichen TKP im Umfeld der UEFA Champions League über die gesamte Saison betrachte, da sich nur daraus ableiten lasse, welche konkreten höheren Erlösannahmen für einen Anbieter mit der Marktgröße des ORF gerechtfertigt seien. Eine solche Analyse, die der Gutachter anhand der verfügbaren Teletestdaten hätte erstellen können, führe zu einem geringeren TKP-Vorteil des ORF sowohl bei einem Vergleich UEFA Champions League 2011/2012 auf ORF vs. UEFA Champions League 2013/2014 auf PULS 4 als auch bei einem Vergleich UEFA Champions League 2013/2014 auf PULS 4 vs. UEFA Europa League 2013/2014 auf ORF.

Aus den vorgelegten Daten zu tatsächlichen Erlösen ergebe sich, dass die im Gutachten getroffenen Annahmen, wonach der ORF und Private im gleichen Umfang werben dürfen und auch werben, unrichtig seien. Zum einen unterliege der ORF im Hinblick auf die Dauer der erlaubten Werbung stärkeren Beschränkungen als private Anbieter, was in einem realen Marktumfeld zu berücksichtigen sei. Hinzu komme, dass private Anbieter faktisch zusätzlich Sonderwerbformen nutzen (Single Split, Pre-Split, Trailer-Split), die dem ORF zwar theoretisch offen stünden, die er tatsächlich aber (aus strategischen Erwägungen) bisher nicht genutzt habe. Die tatsächlich erzielten direkten Erlöse seien daher ein zusätzlicher Beleg für die Unrichtigkeit der Simulation: So habe die Beschwerdeführerin in der stabilisierten UEFA Champions League Saison 2013/14 insgesamt Bruttoerlöse von EUR 3.433.263,- erzielt, während der ORF in der Saison 2011/12 nur EUR 2.984.115,- erlöste. Mit der Europa League habe der Beschwerdegegner in der Saison 2013/14 insgesamt EUR 3.394.715,- erlöst. Die Beschwerdeführerin habe somit trotz niedrigerem durchschnittlichen TKP in Wahrheit höhere Bruttoerlöse erzielt als der ORF.

#### **1.14. Mündliche Verhandlung vom 29.01.2015**

Die mündliche Verhandlung vor der KommAustria vom 29.01.2015 diene im Wesentlichen der Erörterung des Gutachtens des Amtssachverständigen Dr. Roland Belfin (vgl. zur umfangreichen Auseinandersetzung mit der Kritik am Gutachten und den von der Beschwerdeführerin und Dr. Zuser vorgeschlagenen alternativen Methoden zur Ermittlung

eines Wettbewerbspreises die entsprechenden Abschnitte der Beweiswürdigung sowie – soweit davon das Verständnis der Bestimmung des § 31c ORF-G berührt ist – der rechtlichen Beurteilung).

#### **1.15. Einvernahme des Zeugen D und weitere Stellungnahmen zur Vergleichbarkeit der Gebote**

Am 11.02.2015 wurde D, Geschäftsführer der C Gesellschaft, vor der KommAustria als Zeuge einvernommen und machte dabei Angaben zum Umfang der Rechtepakete, auf die sich das Gebot der C Gesellschaft bezogen hat, die Bedeutung der Highlight-Berichterstattung aufgrund der Rechtepakete C1 und C2 und deren angenommenen Wert, sowie die Annahmen der C Gesellschaft hinsichtlich der konkreten Zahlungsmodalitäten gegenüber UEFA/TEAM.

Das Tonbandprotokoll der Einvernahme wurde den Verfahrensparteien mit Schreiben der KommAustria jeweils vom 17.02.2015, gleichzeitig mit der Übermittlung der Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vom 29.01.2015 gemäß § 14 Abs. 7 AVG, zur Kenntnis übermittelt.

Mit Stellungnahme vom 13.03.2015 gab die Beschwerdeführerin dazu an, auch anhand der Zeugeneinvernahme bleibe das Ausmaß der von C mit dem Angebot verlangten Exklusivität sowie die Frage, welcher Teilbetrag auf die Highlight-Pakete C1 und C2 allokiert worden sei, unklar. Das durchschnittliche Gebot von C müsse reduziert werden, um eine Vergleichbarkeit mit dem Gebot des ORF zu erzielen.

Mit Stellungnahme vom 27.03.2015 führte der Beschwerdegegner aus, die Angaben des Zeugen seien sowohl im Hinblick auf die geforderte Exklusivität als auch im Hinblick auf den Wert der Pakete C1 und C2 unmissverständlich. Die Exklusivität entspreche der auch vom Beschwerdegegner geforderten, die Pakete C1 und C2 hätten keinen eigenständigen Wert, insbesondere da „Limited Highlights“ im Paket A1 enthalten und mit der Ausstrahlung von Highlights auch Zusatzkosten verbunden seien. Darüber hinaus werde auch der vom Beschwerdegegner bezahlte Preis zum Zweck der Vergleichbarkeit mit dem Gebot von C zu reduzieren sein, da dieser die Verpflichtungen zur Ausstrahlung von kommerzieller Kommunikation gemäß der „Invitation to Submit Offers“ nicht im vollen Umfang akzeptiert habe. Insgesamt seien „Commercial Obligations“ („Trailer“ und „Bumper“) mit einem wirtschaftlichen Wert – auf Basis eines angenommenen Preises pro Werbesekunde – von insgesamt über EUR 1,6 Mio. ausgeschlossen worden.

#### **1.16. Ergänzendes Gutachten von Dr. Roland Belfin**

Mit Schreiben vom 24.02.2015 beauftragte die KommAustria den Amtssachverständigen Dr. Roland Belfin, sein Gutachten vom 12.11.2014 im Anschluss an die mündliche Verhandlung vom 29.01.2015 dahingehend zu ergänzen, dass 1.) unter Zugrundelegung der von der Beschwerdeführerin vorgelegten Daten aus dem Teletest weitere Szenarien gemäß der im Gutachten entwickelten Formel berechnet werden, und 2.) ausgeführt wird, ob und inwieweit der tatsächliche Umfang der im Umfeld der Übertragung der UEFA Champions League gesendeten Werbung Auswirkungen auf die im Gutachten angenommene Differenz der Werbetarifniveaus haben könnte. Dieser Gutachtensauftrag wurde den Verfahrensparteien mit Schreiben vom 02.03.2015 zur Kenntnis übermittelt.

Am 27.03.2015 legte der Amtssachverständige Dr. Roland Belfin der KommAustria das Ergänzungsgutachten „Wettbewerbspreis für Übertragungsrechte an der UEFA Champions League“ vor. Darin wurden zunächst unter Zugrundelegung der von der Beschwerdeführerin vorgelegten Daten aus dem Teletest weitere Szenarien gemäß der im Gutachten vom 12.11.2014 entwickelten Formel berechnet, wobei insgesamt sechs Vergleiche angestellt wurden. Dabei wurden vom Amtssachverständigen Abweichungen der Vergleichsbasis soweit möglich eliminiert bzw. im Übrigen offengelegt. Die durchgeführten Vergleiche haben

in der Simulation Werte für den möglichen Zuschlag auf das höchste tatsächlich abgegebene private Gebot in Prozent im Bereich von 17,6 % bis 30,5 % ergeben und sind somit im Bereich der Bandbreite aus dem Gutachten vom 12.11.2014 (17,5 % bis 24,1 %) gelegen.

Zum Zusammenhang von Werbetarifniveau und Menge der Werbung erachtete der Amtssachverständige eine Anpassung des Werbetarifniveaus in der Simulation nach unten aufgrund höherer in das Modell einfließender Werbemengen nicht für angezeigt. Die Analyse der Daten zeige, dass das Werbemengenpotenzial des ORF im Umfeld von Übertragungen der UEFA Champions League bzw. der UEFA Europa League in einer mit realen Werbemengen privater Anbieter vergleichbaren Größenordnung liege. Anhand der vorliegenden Daten sei bei steigender Werbemenge kein sinkender (sondern eher ein steigender) Werbetarif zu erkennen.

Das Ergänzungsgutachten wurde der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner mit Schreiben der KommAustria jeweils vom 27.03.2015 übermittelt.

Der nähere Inhalt des Ergänzungsgutachtens stellt sich dar wie folgt (die wörtliche Wiedergabe des Gutachtens ist wiederum grau hinterlegt hervorgehoben):

#### 1.16.1. Datenanalyse

Puls 4 legte am 21. Jänner 2015 Datenauswertungen aus dem Teletest für Übertragungen der UEFA Champions League Saison 2011/2012 auf ORFeins, 2013/2014 auf Puls 4 sowie der UEFA Europa League Saison 2013/2014 auf ORFeins vor.

Aus den Daten wird zuerst für jeden Spieltag die Summe der Werbezeit in Sekunden, der durchschnittliche Werbetarif für 30 Sekunden in €, die durchschnittliche Reichweite (DRW) in 1.000 sowie der durchschnittliche Tausende-Kontakt-Preis (TKP) in € berechnet. Sämtliche Reichweiten beziehen sich auf die Reichweiten während der Werbeblöcke.

Die folgenden Tabellen zeigen den Übertragungstag mit Datum, die Gegner des Fußballspiels, die Turnierphase (Qualifikation bis Finale), die Werbedauer in Sekunden am Übertragungstag im Umfeld der Fußballübertragungen, die Reichweite (DRW), den Durchschnittswerbetarif, den Tausende-Kontakt-Preis (TKP) sowie den Umsatz für den Übertragungstag im Umfeld der Fußballübertragungen.

Die von Puls 4 zur Verfügung gestellten Daten (vgl. Puls 4 (21.1.2015) enthalten teilweise Auswertungen für die Zielgruppe „Erwachsene 12 bis 49 (E12-49)“ sowie Auswertungen für die Zielgruppe „Erwachsene über 12 Jahre (E12+)“. Die unterschiedlichen Auswertungen über diese beiden Zielgruppen führen dazu, dass einerseits die Reichweite (DRW) und andererseits der Tausende-Kontakt-Preis je nach Auswertung für das gleiche Spiel variieren können. Die Werbedauer, der Durchschnittstarif sowie der sich daraus errechnende Umsatz sind in den Analysen unabhängig von der jeweils betrachteten Zielgruppe.

#### *UEFA Champions League Saison 2011/2012 auf ORFeins*

ORFeins übertrug in der Saison 2011/2012 die UEFA Champions League. In der folgenden Tabelle sind die entsprechenden Spiele ersichtlich.

Nr	Datum	Spiel
1	13.7.2011	Qualifikation, 2. Runde: Puntigamer Sturm Graz - Videoton Szekesfehervar
2	20.7.2011	Qualifikation, 2. Runde: Videoton Szekesfehervar - Puntigamer Sturm Graz
3	26.7.2011	Qualifikation, 3. Runde: FC Sestaponi - Puntigamer Sturm Graz
4	3.8.2011	Qualifikation, 3. Runde: Puntigamer Sturm Graz - FC Sestaponi
5	16.8.2011	Qualifikation, Play off: BATE Borisow – Puntigaber Sturm Graz

6	24.8.2011	Qualifikation, Play off: Puntigamer Sturm Graz - BATE Borisow
7	14.9.2011	Gruppenspiel: Villareal - Bayern München
8	28.9.2011	Gruppenspiel: Marseille - Dortmund
9	19.10.2011	Gruppenspiel: Leverkusen - Valencia
10	2.11.2011	Gruppenspiel: Bayern München - Napoli
11	23.11.2011	Gruppenspiel: Arsenal - Dortmund
12	7.12.2011	Gruppenspiel: Basel - Manchester United
13	15.2.2012	1/8 Finale: Milan - Arsenal
14	22.2.2012	1/8 Finale: Basel - Bayern München
15	7.3.2012	1/8 Finale: Barcelona - Leverkusen
16	14.3.2012	1/8 Finale: Chelsea - Napoli
17	28.3.2012	1/4 Finale: Milan - Barcelona
18	4.4.2012	1/4 Finale: Chelsea - Benfica
19	17.4.2012	1/2 Finale: Bayern München - Real Madrid
20	25.4.2012	1/2 Finale: Real Madrid - Bayern München
21	19.5.2012	Finale: Bayern München - Chelsea

**Tabelle 9 UEFA Champions League Übertragungen Saison 2011/2012 auf ORFeins**

Quelle: <http://www.tv-media.at>

Die folgende Tabelle zeigt die Ergebnisse der Auswertungen der zu den Spielen dazugehörigen Teletest-Daten.

Nr	Datum	Turnierphase	Werbedauer in Sekunden	DRW E12-49 in 1.000	Durchschnittstarif in €	TKP E12-49 in €	Umsatz in €
1	13.07.2011	Qualifikation	816	112	3.400	30,28	
2	20.07.2011	Qualifikation	785	138	3.309	24,01	
3	26.07.2011	Qualifikation	136	66	2.365	35,64	
4	03.08.2011	Qualifikation	584	118	3.832	32,51	
5	16.08.2011	Qualifikation	603	140	4.059	28,93	
6	24.08.2011	Qualifikation	556	113	3.718	32,89	
7	14.09.2011	Gruppe	1.233	87	3.983	45,67	
8	28.09.2011	Gruppe	1.178	87	4.165	47,85	
9	19.10.2011	Gruppe	1.408	86	4.727	54,89	
10	02.11.2011	Gruppe	1.347	114	4.687	40,98	
11	23.11.2011	Gruppe	1.418	87	4.708	54,00	
12	07.12.2011	Gruppe	1.117	109	3.970	36,56	
13	15.02.2012	1/8 Finale	1.070	110	3.754	34,08	
14	22.02.2012	1/8 Finale	1.028	123	3.723	30,24	
15	07.03.2012	1/8 Finale	982	128	4.604	35,86	
16	14.03.2012	1/8 Finale	974	124	4.279	34,45	
17	28.03.2012	1/4 Finale	1.134	151	4.144	27,40	
18	04.04.2012	1/4 Finale	1.109	150	4.652	30,93	
19	17.04.2012	1/2 Finale	1.279	176	4.915	27,88	
20	25.04.2012	1/2 Finale	1.170	180	4.634	25,91	
21	19.05.2012	Finale	843	191	6.028	31,59	
		<b>Summe</b>	<b>20.770</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>2.984.115</b>
		<b>Durchschnitt pro Tag</b>	<b>989</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>142.101</b>
		<b>Durchschnitt gesamt</b>	<b>-</b>	<b>124</b>	<b>4.310</b>	<b>34,68</b>	<b>-</b>

**Tabelle 10 Auswertung UEFA Champions League Übertragungen Saison 2011/2012 auf ORFeins**

Quelle: Daten von Puls 4 (21.1.2015), eigene Auswertung

### UEFA Europa League Spiele 2011/2012 auf Puls 4

Puls 4 übertrug aus der UEFA Europa League in der Saison 2011/2012 insgesamt acht Spiele. Es handelte sich dabei jeweils um Begegnungen mit österreichischer Beteiligung. In der folgenden Tabelle sind die entsprechenden Spiele ersichtlich.

Nr	Datum	Spiel
1	15.09.2011	Gruppenspiel: Puntigamer Sturm Graz - Lok Moskau
2	29.9.2011	Gruppenspiel: Salzburg - Slovan
3	20.10.2011	Gruppenspiel: Alkmaar - Austria Wien
4	3.11.2011	Gruppenspiel: Austria Wien - Alkmaar
5	1.12.2011	Gruppenspiel: Salzburg - Paris SG
6	14.12.2011	Gruppenspiel: Slovan - Salzburg
7	16.2.2012	1/16 Finale: Salzburg - FC Metalist Kharkiv
8	23.2.2012	1/16 Finale: FC Metalist Kharkiv - Salzburg

**Tabelle 11 UEFA Europa League Übertragungen: Spiele der Saison 2011/2012 auf Puls 4**

Quelle: <http://www.tv-media.at>

Die folgende Tabelle zeigt die Ergebnisse der Auswertungen der zu den Spielen dazugehörigen Teletest-Daten.

Nr	Datum	Turnierphase	Werbedauer in Sekunden	DRW E12+ in 1.000	Durchschnittstarif in €	TKP E12+ in €	Umsatz in €
1	15.09.2011	Gruppe	820	142	1.297,5	9,16	35.465
2	29.09.2011	Gruppe	1.118	125	1.297,5	10,38	48.354
3	20.10.2011	Gruppe	580	125	1.425,0	11,42	27.550
4	03.11.2011	Gruppe	980	111	1.425,0	12,85	46.550
5	01.12.2011	Gruppe	969	147	1.177,5	8,02	38.033
6	14.12.2011	Gruppe	551	157	1.177,5	7,52	21.627
7	16.02.2012	1/16 Finale	615	106	1.177,5	11,06	24.139
8	23.02.2012	1/16 Finale	807	91	1.177,5	12,92	31.675
		<b>Summe</b>	<b>6.440</b>	-	-	-	<b>273.392</b>
		<b>Durchschnitt pro Tag</b>	<b>805</b>	-	-	-	<b>34.174</b>
		<b>Durchschnitt gesamt</b>	-	<b>125</b>	<b>1.273,6</b>	<b>10,19</b>	-

**Tabelle 12 Auswertung UEFA Europa League Übertragungen Spiele der Saison 2011/2012 auf Puls 4**

Quelle: Teletest (10.3.2015), eigene Auswertung

### UEFA Champions League Saison 2013/2014 auf Puls 4

Puls 4 übertrug in der Saison 2013/2014 die UEFA Champions League. In der folgenden Tabelle sind die entsprechenden Spiele ersichtlich.

Nr	Datum	Spiel
1	07.08.2013	3. Runde, Rückspiel: FH Hafnarfjörður - FK Austria
2	21.08.2013	Play-off, Hinspiel: GNK Dinamo Zagreb - Austria
3	27.08.2013	Play-off-Rückspiel: Austria - GNK Dinamo Zagreb
4	18.09.2013	Gruppe G, 1. Spieltag: Austria - FC Porto
5	01.10.2013	Gruppe G, 2. Spieltag: Zenit St. Petersburg - Austria
6	22.10.2013	Gruppe G, 3. Spieltag: Austria - Atlético Madrid
7	06.11.2013	Gruppe G, 4. Spieltag: Atlético Madrid - Austria
8	26.11.2013	Gruppe G, 5. Spieltag: FC Porto - Austria
9	11.12.2013	Gruppe G, 6. Spieltag: Austria - FC Zenit St. Petersburg
10	18.02.2014	Achtelfinale, Hinspiel: Manchester City FC - FC Barcelona

11	25.02.2014	Achtelfinale, Rückspiel: Olympiakos Piräus - Manchester United
12	11.03.2014	Achtelfinale, Rückspiel: FC Bayern München - FC Arsenal
13	18.03.2014	Achtelfinale, Rückspiel: FC Chelsea - Galatasaray Istanbul
14	01.04.2014	Viertelfinale, Hinspiel: Manchester United - Bayern München
15	09.04.2014	Viertelfinale, Rückspiel: Bayern München - Manchester United
16	22.04.2014	Halbfinale, Hinspiel: Atlético Madrid - FC Chelsea London
17	29.04.2014	Halbfinale, Rückspiel: FC Bayern München - Real Madrid
18	24.05.2014	Finale: Real Madrid - Atlético Madrid

**Tabelle 13 UEFA Champions League Übertragungen: Saison 2013/2014 auf Puls 4**

Quelle: <http://www.tv-media.at>

Die folgenden beiden Tabellen zeigen die Ergebnisse der Auswertungen der zu den Spielen dazugehörigen Teletest-Daten. Die erste Tabelle enthält „klassische“ Werbung sowie Sonderwerbformen und bezieht sich auf die Zielgruppe E12-49.

			Werbedauer	DRW E12-49	Durchschnittstarif	TKP E12-49	Umsatz
Nr	Datum	Turnierphase	in Sekunden	in 1.000	in €	in €	in €
1	07.08.2013	Qualifikation	1.150	42	235	5,58	9.008
2	21.08.2013	Qualifikation	1.808	112	1.195	10,65	71.990
3	27.08.2013	Qualifikation	2.157	120	1.182	9,81	84.958
4	18.09.2013	Gruppe	2.148	103	1.870	18,09	133.913
5	01.10.2013	Gruppe	1.792	59	2.111	35,75	126.086
6	22.10.2013	Gruppe	1.797	91	2.086	22,95	124.943
7	06.11.2013	Gruppe	1.605	76	2.240	29,58	119.866
8	26.11.2013	Gruppe	1.862	111	2.279	20,50	141.443
9	11.12.2013	Gruppe	1.642	58	1.816	31,29	99.373
10	18.02.2014	1/8 Finale	1.660	66	2.544	38,79	140.772
11	25.02.2014	1/8 Finale	1.593	37	2.641	70,44	140.224
12	11.03.2014	1/8 Finale	1.796	79	3.217	40,49	192.584
13	18.03.2014	1/8 Finale	1.835	52	3.186	61,73	194.884
14	01.04.2014	1/4 Finale	1.953	123	3.238	26,23	210.811
15	09.04.2014	1/4 Finale	1.898	89	3.250	36,67	205.637
16	22.04.2014	1/2 Finale	1.779	91	4.298	47,44	254.885
17	29.04.2014	1/2 Finale	1.773	95	4.087	43,00	241.565
18	24.05.2014	Finale	2.449	93	4.702	50,32	383.817
		<b>Summe</b>	<b>32.697</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>2.876.761</b>
		<b>Durchschnitt pro Tag</b>	<b>1.817</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>159.820</b>
		<b>Durchschnitt gesamt</b>	<b>-</b>	<b>86</b>	<b>2.639</b>	<b>30,82</b>	<b>-</b>

**Tabelle 14 Auswertung UEFA Champions League Übertragungen Saison 2013/2014 auf Puls 4 - Auswertung für „klassische“ Werbung inklusive Sonderwerbformen**

Quelle: Daten Puls 4 (21.1.2015), eigene Auswertung

Die folgende Tabelle enthält ausschließlich „klassische“ Werbung und bezieht sich auf die Zielgruppe E12+.

Nr	Datum	Turnierphase	Werbedauer in Sekunden	DRW E12+ in 1.000	Durchschnittstarif in €	TKP E12+ in €	Umsatz in €
1	07.08.2013	Qualifikation	958	79	226	2,88	
2	21.08.2013	Qualifikation	1.513	213	1.068	5,02	
3	27.08.2013	Qualifikation	1.866	201	995	4,96	
4	18.09.2013	Gruppe	1.804	199	1.693	8,52	
5	01.10.2013	Gruppe	1.481	137	1.963	14,31	
6	22.10.2013	Gruppe	1.489	179	1.884	10,54	
7	06.11.2013	Gruppe	1.311	131	2.075	15,86	
8	26.11.2013	Gruppe	1.581	212	2.132	10,03	
9	11.12.2013	Gruppe	1.389	114	1.709	15,01	
10	18.02.2014	1/8 Finale	1.402	129	2.278	17,69	
11	25.02.2014	1/8 Finale	1.262	78	2.334	29,95	
12	11.03.2014	1/8 Finale	1.434	169	2.863	16,96	
13	18.03.2014	1/8 Finale	1.469	108	2.861	26,56	
14	01.04.2014	1/4 Finale	1.633	242	2.928	12,08	
15	09.04.2014	1/4 Finale	1.567	156	2.888	18,52	
16	22.04.2014	1/2 Finale	1.454	182	3.796	20,91	
17	29.04.2014	1/2 Finale	1.460	163	3.549	21,81	
18	24.05.2014	Finale	2.022	141	4.330	30,72	
		<b>Summe</b>	<b>27.095</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>2.143.251</b>
		<b>Durchschnitt pro Tag</b>	<b>1.505</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>119.070</b>
		<b>Durchschnitt gesamt</b>	<b>-</b>	<b>163</b>	<b>2.373</b>	<b>14,54</b>	<b>-</b>

**Tabelle 15 Auswertung UEFA Champions League Übertragungen Saison 2013/2014 auf Puls 4 - Auswertung für „klassische“ Werbung**

Quelle: Daten Puls 4 (21.1.2015), eigene Auswertung

#### UEFA Europa League Saison 2013/2014 auf ORFeins

ORFeins übertrug in der Saison 2013/2014 die UEFA Europa League. In der folgenden Tabelle sind die entsprechenden Spiele ersichtlich.

Nr	Datum	Spiel
1	25.07.2013	2. Runde: Puntigamer Sturm Graz - Breidablik
2	01.08.2013	3. Runde: Asteras Tripolis - Rapid Wien
3	08.08.2013	3. Runde, Rückspiel: Rapid Wien - Asteras Tripolis
4	22.08.2013	Play-off, Hinspiel: Salzburg - VMFD Žalgiris
5	22.08.2013	Play-off, Hinspiel: Rapid Wien - FC Dila Gori
6	29.08.2013	Play-off, Rückspiel: FC Dila Gori - Rapid
7	29.08.2013	Play-off, Rückspiel Konferenz VMFD Žalgiris - Salzburg, Pasching - Estoril Praia
8	19.09.2013	Gruppe C, 1. Spieltag: Salzburg - IF Elfsborg
9	19.09.2013	Gruppe G, 1. Spieltag: FC Thun - Rapid
10	03.10.2013	Gruppe G, 2. Spieltag: Rapid - Dynamo Kiew
11	03.10.2013	Gruppe C, 2. Spieltag: Esbjerg fB - Salzburg
12	24.10.2013	Gruppe C, 3. Spieltag: Salzburg - R. Standard de Liège
13	24.10.2013	Gruppe G, 3. Spieltag: KRC Genk - Rapid
14	07.11.2013	Gruppe G, 4. Spieltag: Rapid - KRC Genk
15	07.11.2013	Gruppe C, 4. Spieltag: R. Standard de Liège - Salzburg
16	28.11.2013	Gruppe C, 5. Spieltag: IF Elfsborg - Salzburg
17	28.11.2013	Gruppe G, 5. Spieltag: Rapid - FC Thun
18	12.12.2013	Gruppe G, 6. Spieltag: Dynamo Kiew - Rapid
19	12.12.2013	Gruppe C, 6. Spieltag: Salzburg - Esbjerg fB

20	20.02.2014	Sechzehntelfinale, Hinspiel: Ajax Amsterdam - Salzburg
21	27.02.2014	Sechzehntelfinale: Salzburg - Ajax Amsterdam
22	13.03.2014	Achtelfinale, Hinspiel: FC Basel - Salzburg
23	20.03.2014	Achtelfinale, Rückspiel: Salzburg - FC Basel
24	03.04.2014	Viertelfinale, Hinspiel: Olympique Lyon - Juventus Turin
25	10.04.2014	Viertelfinale, Rückspiel: Valencia CF - FC Basel
26	24.04.2014	Halbfinale, Hinspiel: Benfica Lissabon - Juventus Turin
27	01.05.2014	Halbfinale, Rückspiel: Juventus Turin - Benfica Lissabon
28	14.05.2014	Finale: FC Sevilla - Benfica Lissabon

**Tabelle 16 UEFA Europa League Übertragungen Saison 2013/2014 auf ORFeins**

Quelle: <http://www.tv-media.at>

Die folgende Tabelle zeigt die Ergebnisse der Auswertungen der zu den Spielen dazugehörigen Teletest-Daten. Die Tabelle enthält „klassische“ Werbung und bezieht sich auf die Zielgruppe E12-49.

Nr	Datum	Turnierphase	Werbedauer in Sekunden	DRW E12-49 in 1.000	Durchschnittstarif in €	TKP E12-49 in €	Umsatz in €
1	25.07.2013	Qualifikation	329	52	3.212	61,63	
2	01.08.2013	Qualifikation	770	71	3.620	50,81	
3	08.08.2013	Qualifikation	967	117	4.427	37,95	
4	22.08.2013	Qualifikation	927	124	4.530	36,50	
5	29.08.2013	Qualifikation	1.208	102	4.114	40,42	
6	19.09.2013	Gruppe	1.884	125	4.624	37,05	
7	03.10.2013	Gruppe	1.827	97	5.398	55,53	
8	24.10.2013	Gruppe	1.649	102	5.387	52,89	
9	07.11.2013	Gruppe	1.748	114	4.807	42,22	
10	28.11.2013	Gruppe	1.737	112	4.775	42,47	
11	12.12.2013	Gruppe	1.684	116	3.946	34,08	
12	20.02.2014	1/16 Finale	721	197	4.492	22,84	
13	27.02.2014	1/16 Finale	1.097	156	3.975	25,42	
14	13.03.2014	1/8 Finale	1.400	128	4.906	38,38	
15	20.03.2014	1/8 Finale	1.201	195	5.056	25,98	
16	03.04.2014	1/4 Finale	975	77	5.870	76,49	
17	10.04.2014	1/4 Finale	1.018	66	6.011	91,42	
18	24.04.2014	1/2 Finale	964	83	5.878	70,81	
19	01.05.2014	1/2 Finale	977	119	6.032	50,55	
20	14.05.2014	Finale	1.161	134	6.116	45,56	
		<b>Summe</b>	<b>24.244</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>3.988.420</b>
		<b>Durchschnitt pro Tag</b>	<b>1.212</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>199.421</b>
		<b>Durchschnitt gesamt</b>	<b>-</b>	<b>116</b>	<b>4.935</b>	<b>42,54</b>	<b>-</b>

**Tabelle 17 Auswertung UEFA Europa League Übertragungen Saison 2013/2014 auf ORFeins**

Quelle: Daten Puls 4 (21.1.2015), eigene Auswertung

### 1.16.2. Vergleiche

Im folgenden Teil werden sechs Vergleiche durchgeführt. In den Vergleichen werden die Anzahl der Spiele, die Anzahl der Übertragungstage sowie die Anzahl der Spiele mit österreichischer Beteiligung für alle Phasen des Turniers ausgewiesen. Ausgewertet wurden die Verhältnisse zwischen dem ORF und Puls 4 für die Reichweite (DRW), Durchschnittstarif, Werbedauer sowie den Umsatz. Die Berechnungen basieren auf den in Kapitel [1.16.1.] dargestellten Zahlen.

Die Vergleichbarkeit aller durchgeführten Analysen ist durch folgende Faktoren eingeschränkt:

- Teilweise werden Spiele unterschiedlicher Bewerbe – nämlich die UEFA Champions League mit UEFA Europa League – miteinander verglichen. Von der sportlichen Attraktivität ist Grundsätzlich ist die UEFA Champions League höher einzustufen als die UEFA Europa League.
- Teilweise werden Spiele aus unterschiedlichen Saisonen miteinander verglichen.
- Die Gesamtzahl der übertragenen Spiele, welche in eine Analyse einfließen kann variieren.
- Die Anzahl der Spiele mit Beteiligung österreichischer Mannschaften variiert. Es ist davon auszugehen, dass Österreich-Spiele für die österreichischen Fernsehseher eine höhere Attraktivität haben.
- Teilweise wurden vom ORF an einem Spieltag zwei Spiele hintereinander übertragen. In einigen Vergleichen führt dies dazu, dass das erste Spiel auf ORF eins vor der Prime-Time mit Spielen in der Prime-Time verglichen wird.

Weil die Vergleichbarkeit durch die oben genannten Einflussfaktoren eingeschränkt ist, wird bei jedem Vergleich nochmals auf die konkreten Vor- bzw. Nachteile hingewiesen. Durch Adaptierungen in den Analysen (durch Weglassen von Spielen) wurde in einigen Gegenüberstellungen die Vergleichbarkeit erhöht.

Die Auswertungen enthalten Verhältniszahlen für Reichweite (DRW), Durchschnittstarife, Werbemengen sowie Umsätze. Die Verhältniszahlen für die Reichweite sind von der jeweilig betrachteten Zielgruppe abhängig. Alle anderen Verhältniszahlen sind unabhängig von der betrachteten Zielgruppe.

Für das Simulationsmodell sind in weiterer Folge die Verhältniszahlen der Durchschnittstarife relevant. Der Durchschnittstarif ergibt multipliziert mit der Werbedauer den Umsatz (vgl. Berechnungen in den Excel Sheets von Puls 4 vom 21. Jänner 2015).

Im Gutachten vom 12. November 2014 (vgl. Belfin (Gutachten)) wird das relative Werbetarifniveau durch Vergleiche von Übertragungen mit ähnlicher Reichweite ermittelt. Um das relative Werbeerlöspotential zu erhalten, war es im ursprünglichen Gutachten notwendig, dieses festgestellte relative Werbetarifniveau mit dem relativen Reichweitenunterschied (durch Multiplikation) kombiniert zu betrachten. Im diesem Gutachten werden relative Durchschnittstarife herangezogen, welche bereits durchschnittliche Reichweitenunterschiede aus gleicher Datenquelle enthalten. Daher müssen diese Relationen für die Simulation nicht noch zusätzlich mit Reichweitenunterschieden multipliziert werden. Ein Vergleich der Tausende-Kontakt-Preise variiert in Abhängigkeit von der betrachteten Zielgruppe (im gegenständlichen Fall E12+ bzw. E12-49) und hat in den hier angestellten Gegenüberstellungen eine geringe Aussagekraft. Die Tausende-Kontakt-Preise ergeben sich erst ex-post aufgrund der real erzielten Reichweite, während die ex-ante festgelegten Werbetarife aufgrund der Formel  $\text{Umsatz} = \text{Werbetarif} * \text{Werbedauer}$  direkte (und planbare) Auswirkungen auf das Werbeerlöspotential haben. Für das im Simulationsmodell relevante direkte Werbeerlöspotential ist daher das Verhältnis der Durchschnittswerbetarife relevant.

Somit können die Relationen der Durchschnittstarife direkt als Variable „[y] Steigerung der direkten Erlöse“ in das Simulationsmodell (vgl. Belfin (Gutachten), S. 40) für die Berechnung von Szenarien herangezogen werden. In den folgenden Kapiteln werden anhand unterschiedlicher Vergleiche mögliche Eingangsgrößen für [y] berechnet.

### 1.16.2.1. Vergleich 1

Im ersten Vergleich werden die gesamten Übertragungen in der Saison 2013/2014 gegenübergestellt. Der ORF übertrug in 20 Tagen 28 Spiele (darunter 23 mit österreichischer Beteiligung) der UEFA Europa League. Auf Puls 4 waren an 18 Tagen 18 Spiele (darunter 9 mit österreichischer Beteiligung) der UEFA Champions League zu sehen.

In den Auswertungen von Puls 4 existieren Angaben von Puls 4 mit „klassischer“ Werbung sowie „klassischer“ Werbung inklusive Sonderwerbformen. Für die Übertragungen auf ORFeins stellte Puls 4 Auswertungen für „klassische“ Werbeformen zur Verfügung. Sonderwerbformen sind zum Beispiel Splits, Cut-Ins, Single Spots (vgl. Puls 4 (Übersicht)). Diese Werbeformen existieren in den Daten für den ORF nicht.

Um einen relevanten Eingangswert für das Simulationsmodell zu erhalten, ist ein Vergleich von gleichen Werbeformen notwendig, weil es sonst zu Verzerrungen der Vergleichsergebnisse durch die Betrachtung von unterschiedlichen zugrunde liegenden Werbeformen kommt. Daher wäre ein Vergleich von „klassischen“ Werbeformen mit „klassischen“ Werbeformen inklusive Sonderwerbformen nicht geeignet, um eine relevante Eingangsgröße für das Simulationsmodell zu liefern.

Daher enthält der erste Vergleich sowie alle weiteren Vergleiche bei ORFeins „klassische“ Werbeformen und bei Puls 4 „klassische“ Werbeformen.

Vergleich 1				
Turnierphase	UEFA Europa League 2013/2014		UEFA Champions League 2013/2014	
	ORF	Österreich-Beteiligung	PULS 4	Österreich-Beteiligung
Qualifikation	-	-	-	-
1. Runde	-	-	-	-
2. Runde	1 Spiel	(1)	-	-
3. Runde	2 Spiele	(2)	1 Spiel	(1)
Play-Off	4 Spiele, 2 Tage	(4)	2 Spiele	(2)
Gruppe	12 Spiele, 6 Tage (12)		6 Spiele (6)	
Finalphase	1/16	2 Spiele (2)	-	-
	1/8	2 Spiele (2)	4 Spiele (-)	(-)
	1/4	2 Spiele (-)	2 Spiele (-)	(-)
	1/2	2 Spiele (-)	2 Spiele (-)	(-)
	Finale	1 Spiel (-)	1 Spiel (-)	(-)
Gesamt	28 Spiele, 20 Tage (23)		18 Spiele, 18 Tage (9)	

Basis: ORF: „klassische“ Werbung Puls 4: „klassische“ Werbung		
<b>Verhältnis ORF zu Puls 4</b>		
DRW (E12-49) In 1.000	$\frac{116}{86}$	= 1,3488 = 134,88%
Durchschnittstarif In €	$\frac{4.935}{2.373}$	= <b>2,0796</b> = 207,96%
Werbedauer in Sekunden	$\frac{24.244}{27.095}$	= 0,8948 = 89,48%
Umsatz in €	$\frac{3.988.420}{2.143.251}$	= 1,8609 = 186,09%

**Abbildung 13 Vergleich 1**

Das Reichweitenverhältnis (DRW) von 134,88 Prozent ergibt sich durch die Division der durchschnittlichen Reichweite auf ORFeins über die gesamte Saison (vgl. Tabelle 17, Spalte DRW E12-49, unten) sowie der durchschnittlichen Reichweite auf Puls 4 über die gesamte Saison (vgl. Tabelle 14, Spalte DRW E12-49, unten). Das Verhältnis der Durchschnittstarife ergibt sich aus Tabelle 17 (für ORFeins) sowie Tabelle 15 (für Puls 4). Aus diesen gerade genannten Tabellen ergeben sich auch die Werte für die Werbedauer sowie den Umsatz.

Der Vergleich zeigt, dass bei Puls 4 die Werbedauer höher als beim ORF ist. Der ORF erreichte eine größere Reichweite und hatte einen höheren Durchschnittstarif. Aus dem Gesamteffekt aus Menge und dem Durchschnittstarif ergibt sich der Umsatz. Für die Simulation ist das Verhältnis des Durchschnittstarifs relevant, weil dieses Verhältnis in der

Simulation durch die Anwendung einer konstanten Werbedauer das Umsatzpotential für die direkten Erlöse abbildet.

Die Analyse ergibt einen Faktor für die Durchschnittstarifrelation zwischen ORF und Puls 4 von 2,0796. Dieser Wert kann als Variable „[y] Steigerung der direkten Erlöse“ in das Simulationsmodell eingesetzt werden.

Diese Gegenüberstellung unterliegt folgenden Einschränkungen in der Vergleichbarkeit:

- Verglichen werden Übertragungen der UEFA Champions League (Puls 4) mit Übertragungen der UEFA Europa League (ORFeins).
- Der ORF sendete mit 28 Spielen wesentlich mehr Spiele als Puls 4 (18 Spiele) in dieser Saison. Bei Puls 4 begann die Berichterstattung mit einem Spiel der dritten Qualifikationsrunde. ORFeins stieg in der zweiten Qualifikationsrunde in die Übertragungen ein.
- Der ORF übertrug mit 20 Tagen um zwei Tage mehr als Puls 4.
- An acht Spieltagen übertrug der ORF zwei Live-Spiele hintereinander, während Puls 4 jeweils ein Spiel pro Tag ausstrahlte. Zum Beispiel begann am 22.8.2013 die Übertragung der ersten Begegnung (Play-off, Hinspiel: Salzburg - VMFD Žalgiris) auf ORFeins um 18 Uhr 55. Ab 20 Uhr 55 wurde das zweite Spiel (Play-off, Hinspiel: Rapid Wien - FC Dila Gori) ausgestrahlt. In der Pause um 21 Uhr 50 folgte die Sendung „ZIB Flash“. Von 22 Uhr 55 bis 23 Uhr 15 gab es die Analyse zur Qualifikation zu sehen. Von 23 Uhr 15 bis 0 Uhr wurde die Sendung „Europa-League-Qualifikation – Highlights“ ausgestrahlt, womit die Fußball-Berichterstattung an diesem Tag auf ORFeins endete. Insgesamt erstreckte sich die Übertragung daher auf einen Zeitraum auf ORFeins auf 5 Stunden und 5 Minuten. Einen Tag vorher, den 21.8.2013 übertrug Puls 4 zwischen 20 Uhr 15 und 23 Uhr ein Spiel der UEFA Champions-League-Qualifikation (Play-off, Hinspiel: GNK Dinamo Zagreb – Austria). Von 23 Uhr bis 23 Uhr 50 wurden Highlights der UEFA Champions League Qualifikation ausgestrahlt. Aus diesen Sendezeiten ergibt sich eine Gesamtdauer für Fußball auf Puls 4 an diesem Tag von 3 Stunden und 35 Minuten.
- Die Anzahl der Spiele mit österreichischer Beteiligung war mit 23 auf ORFeins wesentlich höher als bei Puls 4, wo bei neun Begegnungen österreichische Vereine beteiligt waren.

In Vergleich 3 wird die unterschiedliche Anzahl an Übertragungstagen sowie die unterschiedliche Beginn der Übertragungen (zweite bzw. dritte Qualifikationsrunde) durch das Ausscheiden von Spielen auf ORFeins vereinheitlicht.

#### 1.16.2.2. Vergleich 2

Puls 4 ermittelte auf Basis von den bereitgestellten Teletest-Daten vom 21. Jänner 2015 Verhältnisse zwischen den Umsätzen verschiedener Saisonen zwischen dem ORF und Puls 4.

Komplette Saison	CL 13/14 auf PULS 4	CL 11/12 auf ORF	EL 13/14 auf ORF
<b>Bruttoumsätze</b>	3.433.263,0	2.984.115,0	3.394.715,0
<b>TKP brutto E12+</b>	14,5	17,2	20,3
<b>Komplette Saison</b>	<b>C13/14 auf PULS 4</b>	<b>CL 11/12 auf ORF vs. CL13/14 auf PULS 4</b>	<b>EL 13/14 auf ORF vs. CL13/14 auf PULS 4</b>
<b>% Delta ORF vs. PULS 4, Bruttoumsätze</b>		-13,1%	-1,1%
<b>% Delta ORF vs. PULS 4, TKP E12+</b>		18,5%	39,6%
<b>Bruttoumsätze nach Kategorien</b>			
Klassische Werbeblöcke	2.143.251	2.984.115	3.394.715
Sonderwerbformen (Splits, Cut-Ins, Single Spots)	733.504		
AdFactory (Product Placement, Gewinnspiele)	556.508		
<b>Summe</b>	<b>3.433.263</b>	<b>2.984.115</b>	<b>3.394.715</b>

**Tabelle 18 Berechnungen von Puls 4**

Quelle: Puls 4 (Übersicht)

Für die Übertragung der gesamten UEFA Champions League Saison 2013/2014 wird ein Umsatz für Puls 4 von 3.433.263 € ausgewiesen. Dieser Wert entspricht der Summe aus „klassischer Werbung“ (vgl. Tabelle 15, Spalte Umsatz, unten) von 2.143.251€ plus Sonderwerbformen in Höhe von 733.504€ (gemeinsam 2.876.855€, dies entspricht dem berechneten Wert von 2.876.761€ aus Tabelle 14, Spalte Umsatz, unten) plus Erlöse für „AdFactory (Product Placement, Gewinnspiele)“ in Höhe von 556.508€.

Für den ORF berechnet Puls 4 für die Saison 2013/2014 der UEFA Europa League Übertragungen einen Umsatz von 3.394.715€. Dieser Umsatz ergibt sich aus „klassischen“ Werbeblöcken. Der Umsatz für die Gesamtsaison der UEFA Europa League auf ORFeins aus „klassischer“ Werbung beträgt 3.988.420€ (vgl. Tabelle 17, Spalte Umsatz, unten). Der Unterschied zwischen dem von Puls 4 um 593.705€ niedriger ausgewiesenen Wert ergibt sich dadurch, dass in der Auswertung von Puls 4 die auf ORFeins gezeigten Spiele der Qualifikation nicht enthalten sind. Tatsächlich übertragen wurden auf ORFeins sieben Spiele der Qualifikation in dieser Saison. Durch die von Puls 4 gewählte Darstellung ergibt sich, dass das Verhältnis der Gesamtumsätze – bezeichnet mit „% Delta ORF vs. PULS 4, Bruttoumsätze“ einen für Puls 4 im Vergleich mit ORFeins um 1,1% höheren Wert ergibt.

Um eine bessere Vergleichbarkeit bezüglich der Qualifikationsphase herzustellen, müsste Vergleich 1 dahingehend adaptiert werden, dass die Anzahl der Spiele auf ORFeins von sieben auf drei reduziert wird. Diese Vorgangsweise wird in Vergleich 3 gewählt.

Aus Gründen der Vollständigkeit wird in Vergleich 2 anhand von Puls 4 gewählten Ansatzes eine Gegenüberstellung zwischen den UEFA Europa League Übertragungen auf ORFeins ohne Qualifikation mit den UEFA Champions League Übertragungen auf Puls 4 für die Saison 2013/2014 angestellt.

Vergleich 2					
Turnierphase	UEFA Europa League 2013/2014		UEFA Champions League 2013/2014		Basis: ORF: „klassische“ Werbung Puls 4: „klassische“ Werbung
	ORF	Österreich-Beteiligung	PULS	Österreich-Beteiligung	
Qualifikation 1. Runde	-	-	-	-	<b>Verhältnis ORF zu Puls 4</b>  DRW (E12-49) In 1.000 $\frac{119}{86} = 1,3837 = 138,37\%$  Durchschnittstarif In € $\frac{5.081}{2.373} = 2,1412 = 214,12\%$  Werbedauer in Sekunden $\frac{20.073}{27.095} = 0,7397 = 73,97\%$  Umsatz in €: $\frac{3.394.715}{2.143.251} = 1,5839 = 158,39\%$
2. Runde	1 Spiel	(1)	-	-	
3. Runde	2 Spiele	(2)	1 Spiel	(1)	
Play-Off	4 Spiele, 2 Tage	(4)	2 Spiele	(2)	
Gruppe	12 Spiele, 6 Tage	(12)	6 Spiele	(6)	
Finalphase 1/16	2 Spiele	(2)	-	-	
1/8	2 Spiele	(2)	4 Spiele	(-)	
1/4	2 Spiele	(-)	2 Spiele	(-)	
1/2	2 Spiele	(-)	2 Spiele	(-)	
Finale	1 Spiel	(-)	1 Spiel	(-)	
Gesamt	21 Spiele, 15 Tage (16)		18 Spiele, 18 Tage (9)		

**Abbildung 14 Vergleich 2**

Der obige Vergleich zeigt eine übereinstimmende Zahl beim Umsatz von ORFeins mit der Darstellung von Puls 4 (vgl. Puls 4 (Übersicht)). Im Ergebnis liefert der Vergleich bei der Durchschnittstarifrelation einen Wert von 2,1412 welcher in das Simulationsmodell als Größe [y] eingesetzt werden kann.

Diese Gegenüberstellung unterliegt folgenden Einschränkungen in der Vergleichbarkeit:

- Verglichen werden Übertragungen der UEFA Champions League (Puls 4) mit Übertragungen der UEFA Europa League (ORFeins).
- Der ORF sendete mit 21 Spielen mehr Spiele als Puls 4 (18 Spiele).
- Puls 4 übertrug mit 18 Tagen um drei Tage mehr als der ORF.
- Bei Puls 4 begann die Berichterstattung mit einem Spiel der dritten Qualifikationsrunde. Bei ORFeins werden erst Spiele der Gruppenphase berücksichtigt. Der Vergleich enthält somit drei Qualifikationsspiele auf Puls 4 und kein Qualifikationsspiel auf ORFeins.
- An sechs Spieltagen übertrug der ORF zwei Live-Spiele hintereinander, während Puls 4 jeweils ein Spiel pro Tag ausstrahlte.
- Die Anzahl der Spiele mit österreichischer Beteiligung war mit 16 auf ORFeins wesentlich höher als bei Puls 4, wo bei neun Begegnungen österreichische Vereine beteiligt waren.

### 1.16.2.3. Vergleich 3

Betrachtet man die Übertragungen der Qualifikationsphase von UEFA Champions League auf Puls 4 sowie UEFA Europa League auf ORFeins, so hat Puls 4 mit einem Spiel in der 3. Qualifikationsrunde seine Ausstrahlungen begonnen, während auf ORFeins davor bereits ein Spiel aus der 2. Qualifikationsrunde sowie ein Spiel aus der 3. Qualifikationsrunde zu sehen war. Puls 4 hat daher in einer späteren Turnierphase mit seinen Übertragungen begonnen als ORFeins.

Um diesen späteren Beginn bei Puls 4 in einem Vergleich zu berücksichtigen, werden die beim ORF bereits vorher gezeigten Qualifikationsspiele in dieser Gegenüberstellung ausgeblendet. Konkret werden zwei Spiele, welche der ORF real übertragen hat in Vergleich 3 nicht berücksichtigt.

Vergleich 3					
Turnierphase	UEFA Europa League 2013/2014		UEFA Champions League 2013/2014		Basis: ORF: „klassische“ Werbung Puls 4: „klassische“ Werbung
	ORF	Österreich-Beteiligung	PULS	Österreich-Beteiligung	
Qualifikation	-	-	-	-	<b>Verhältnis ORF zu Puls 4</b>  DRW (E12-49) $\frac{118}{86} = 1,3721 = 137,21\%$ In 1.000  Durchschnittstarif $\frac{4.981}{2.373} = 2,0990 = 209,90\%$ In €  Werbedauer $\frac{23.145}{27.095} = 0,8542 = 85,42\%$ in Sekunden  Umsatz $\frac{3.843.025}{2.143.251} = 1,7931 = 179,31\%$ in €
1. Runde	-	-	-	-	
2. Runde	<del>1 Spiel</del> (1)	-	-	-	
3. Runde	<del>2 Spiele</del> 1 Spiel (1)	-	1 Spiel (1)	(1)	
Play-Off	4 Spiele, 2 Tage (4)	-	2 Spiele (2)	(2)	
Gruppe	12 Spiele, 6 Tage (12)	-	6 Spiele (6)	(6)	
Finalphase	2 Spiele (2)	-	-	-	
1/16	2 Spiele (2)	-	4 Spiele (-)	(-)	
1/8	2 Spiele (-)	-	2 Spiele (-)	(-)	
1/4	2 Spiele (-)	-	2 Spiele (-)	(-)	
1/2	2 Spiele (-)	-	2 Spiele (-)	(-)	
Finale	1 Spiel (-)	-	1 Spiel (-)	(-)	
Gesamt	26 Spiele, 18 Tage (21)	-	18 Spiele, 18 Tage (9)	(9)	

**Abbildung 15 Vergleich 3**

Durch die Adaptierung der Spiele um zwei Qualifikationsspiele verbessert sich die Vergleichsmöglichkeit gegenüber den bisherigen Auswertungen dahingehend, dass nun die Anzahl der Übertragungstage sowie die Lage der Ausstrahlungen in den Kalenderwochen für ORFeins und Puls 4 gleich sind. Für das Simulationsmodell liefert die Gegenüberstellung eine Durchschnittstarifrelation von 2,099 für den Wert [y].

Diese Gegenüberstellung unterliegt folgenden Einschränkungen in der Vergleichbarkeit:

- Verglichen werden Übertragungen der UEFA Champions League (Puls 4) mit Übertragungen der UEFA Europa League (ORFeins).
- Der ORF sendete mit 26 Spielen mehr Spiele als Puls 4 (18 Spiele).
- An sechs Spieltagen übertrug der ORF zwei Live-Spiele hintereinander, während Puls 4 jeweils ein Spiel pro Tag ausstrahlte.
- Die Anzahl der Spiele mit österreichischer Beteiligung war mit 21 auf ORFeins wesentlich höher als bei Puls 4, wo bei neun Begegnungen österreichische Vereine beteiligt waren.

#### 1.16.2.4. Vergleich 4

In den von Puls 4 am 25. Jänner 2015 übermittelten Daten wird ein Vergleich der UEFA Champions League Übertragungen auf ORFeins der Saison 2011/2012 mit den Ausstrahlungen auf Puls 4 der UEFA Champions League der Saison 2013/14 angestellt.

Der ORF begann seine Berichterstattung in der zweiten Runde der Qualifikation mit zwei Spielen und setzte diese bis zum Finale fort. Insgesamt wurden 21 Spiele an 21 Tagen übertragen.

Puls 4 stieg in der dritten Qualifikationsrunde mit einem Spiel in die Saison 2013/2014 ein und zeigte insgesamt 18 Spiele an 18 Tagen. Bei neun gezeigten Begegnungen nahmen österreichische Mannschaften teil.

Vergleich 4					
Turnierphase	UEFA Champions League 2011/2012		UEFA Champions League 2013/2014		Basis: ORF: „klassische“ Werbung Puls 4: „klassische“ Werbung
	ORF	Österreich-Beteiligung	PULS	Österreich-Beteiligung	
Qualifikation	-	-	-	-	<b>Verhältnis ORF zu Puls 4</b>  DRW (E12+) In 1.000: $\frac{250}{163} = 1,5337 = 153,37\%$  Durchschnittstarif In €: $\frac{4.310}{2.373} = 1,8163 = 181,63\%$  Werbedauer in Sekunden: $\frac{20.770}{27.095} = 0,7666 = 76,66\%$  Umsatz in €: $\frac{2.984.115}{2.143.251} = 1,3923 = 139,23\%$
1. Runde	-	(-)	-	(-)	
2. Runde	2 Spiele	(2)	-	(-)	
3. Runde	2 Spiele	(2)	1 Spiel	(1)	
Play-Off	2 Spiele	(2)	2 Spiele	(2)	
Gruppe	6 Spiele	(-)	6 Spiele	(6)	
Finalphase	-	-	-	-	
1/8	4 Spiele	(-)	4 Spiele	(-)	
1/4	2 Spiele	(-)	2 Spiele	(-)	
1/2	2 Spiele	(-)	2 Spiele	(-)	
Finale	1 Spiel	(-)	1 Spiel	(-)	
Gesamt	21 Spiele, 21 Tage (6)		18 Spiele, 18 Tage (9)		

**Abbildung 16 Vergleich 4**

Ein Vorteil dieses Vergleichs ist, dass hier ausschließlich die UEFA Champions League miteinander verglichen wird. Im Vergleich zu den UEFA Europa League Übertragungen aus 2013/2014 auf ORFeins wurden an keinem Übertragungstag zwei Spiele hintereinander gezeigt. Aus dieser Sicht ist die Vergleichbarkeit mit Puls 4 besser als bei den Vergleichen 1 bis 3, weil jeweils ein Spiel an einem Tag gezeigt wurde. Im Ergebnis liefert diese Analyse eine Durchschnittstarifrelation von 1,8163, welche in das Simulationsmodell als Variable [y] eingesetzt werden kann.

Diese Gegenüberstellung unterliegt folgenden Einschränkungen in der Vergleichbarkeit:

- Verglichen wird die Saison 2011/2012 mit der „übernächsten“ Saison 2013/2014.
- Der ORF sendete mit 21 Spielen mehr Spiele als Puls 4 (18 Spiele).
- Die Anzahl der Spiele mit österreichischer Beteiligung war mit neun auf Puls 4 höher als bei ORFeins, wo bei sechs Begegnungen österreichische Vereine beteiligt waren.

#### 1.16.2.5. Vergleich 5

In Analogie zu Vergleich 3 kann man auch bei der UEFA Champions League Saison 2011/2012 die Lage und Anzahl der Spiele vergleichbarer machen, indem man die bereits vor dem Übertragungsstart auf Puls 4 real gesendeten Spiele auf ORFeins eliminiert.

Konkret werden zu diesem Zweck zwei Spiele auf ORFeins der zweiten Qualifikationsrunde sowie das erste Spiel aus der dritten Qualifikationsrunde ausgeblendet.

Vergleich 5				
Turnierphase	UEFA Champions League 2011/2012		UEFA Champions League 2013/2014	
	ORF	Österreich- Beteiligung	PULS	Österreich- Beteiligung
Qualifikation	-	-	-	-
1. Runde	-	-	-	-
2. Runde	<del>2 Spiele</del>	(2)	-	-
3. Runde	<del>2 Spiele</del>	1 Spiel (1)	1 Spiel	(1)
Play-Off	2 Spiele	(2)	2 Spiele	(2)
Gruppe	6 Spiele	(-)	6 Spiele	(6)
Finalphase	-	-	-	-
1/8	4 Spiele	(-)	4 Spiele	(-)
1/4	2 Spiele	(-)	2 Spiele	(-)
1/2	2 Spiele	(-)	2 Spiele	(-)
Finale	1 Spiel	(-)	1 Spiel	(-)
Gesamt	18 Spiele, 18 Tage (3)		18 Spiele, 18 Tage (9)	

Basis: ORF: „klassische“ Werbung Puls 4: „klassische“ Werbung		
<b>Verhältnis ORF zu Puls 4</b>		
DRW (E12+) In 1.000	$\frac{252}{163}$	= 1,5460 = 154,60%
Durchschnittstarif In €	$\frac{4.404}{2.373}$	= 1,8559 = 185,59%
Werbedauer in Sekunden	$\frac{19.033}{27.095}$	= 0,7025 = 70,25%
Umsatz in €:	$\frac{2.794.325}{2.143.251}$	= 1,3038 = 130,38%

**Abbildung 17 Vergleich 5**

Im Ergebnis ist nun die Anzahl der Spiele, die Lage der Spiele auf Wochenbasis sowie die Anzahl der Übertragungstage gleich. Durch die Nichtberücksichtigung von drei Qualifikationsspielen auf ORFeins, bei welchem jeweils eine österreichische Mannschaft mitwirkte, verschiebt sich die Relation der Österreich-Spiele auf 9 (Puls 4) zu 3 (ORFeins). Dieser Vergleich liefert eine Durchschnittstarifrelation von 1,8559 für die Variable [y] im Simulationsmodell.

Diese Gegenüberstellung unterliegt folgenden Einschränkungen in der Vergleichbarkeit:

- Verglichen wird die Saison 2011/2012 mit der „übernächsten“ Saison 2013/2014.
- Die Anzahl der Spiele mit österreichischer Beteiligung war mit neun auf Puls 4 wesentlich höher als bei ORFeins, wo bei drei Begegnungen österreichische Vereine beteiligt waren.

#### 1.16.2.6. Vergleich 6

In der Saison 2011/2012 übertrug der ORF ab der 2. Qualifikationsrunde bis zum Finale die UEFA Champions League. Auf Puls 4 waren aus der Saison 2011/2012 acht Spiele der UEFA Europa League zu sehen. Es handelte sich dabei um sechs Gruppenspiele sowie zwei Spiele des 1/16-Finales. Bei allen acht Spielen auf Puls 4 waren österreichische Mannschaften beteiligt. Um eine Vergleichbarkeit in Analogie zu Vergleich 3 bzw. Vergleich 5 herzustellen, fließen in Vergleich 6 jene Spiele auf ORFeins nicht ein, bei welchem es keine entsprechende Übertragung auf Puls 4 gab.

Der folgende Vergleich zeigt daher acht Spiele auf ORFeins der UEFA Champions League Saison ohne österreichischer Beteiligung mit den jeweils in der entsprechenden Turnierphase vergleichbaren Spiele auf Puls 4.

Vergleich 6					
Turnierphase	UEFA Champions League 2011/2012		UEFA Europa League 2011/2012		Basis: ORF: „klassische“ Werbung Puls 4: „klassische“ Werbung
	ORF	Österreich-Beteiligung	PULS	Österreich-Beteiligung	
Qualifikation 1. Runde	-	-	-	-	<b>Verhältnis ORF zu Puls 4</b>  DRW (E12+) $\frac{204}{125} = 1,632 = 163,2\%$ In 1.000  Durchschnittstarif $\frac{4.259}{1.273} = 3,3456 = 334,56\%$ in €  Werbedauer $\frac{9.799}{6.440} = 1,5216 = 152,16\%$ in Sekunden  Umsatz $\frac{1.391.330}{273.293} = 5,0910 = 509,1\%$ in €
2. Runde	2 Spiele	(2)	-	-	
3. Runde	2 Spiele	(2)	-	-	
Play-Off	2 Spiele	(2)	-	-	
Gruppe	6 Spiele	(-)	6 Spiele	(6)	
Finalphase 1/16	-	-	2 Spiele	(2)	
1/8	<del>4 Spiele</del> 2 Spiele	(-)	-	-	
1/4	2 Spiele	(-)	-	-	
1/2	2 Spiele	(-)	-	-	
Finale	1 Spiel	(-)	-	-	
Gesamt	8 Spiele, 8 Tage	(-)	8 Spiele, 8 Tage	(8)	

**Abbildung 18 Vergleich 6**

Dieser Vergleich beinhaltet die gleiche Anzahl von Spielen der gleichen Saison. Während bei der UEFA Champions League keine Österreich-Spiele enthalten sind, spielten in allen acht Begegnungen in der UEFA Europa League österreichische Mannschaften. Für die Simulation ergibt der Vergleich einen Wert von 3,3456 als mögliche Eingangsgröße für [y].

Diese Gegenüberstellung unterliegt folgenden Einschränkungen in der Vergleichbarkeit:

- Verglichen wird die UEFA Champions League mit der UEFA Europa League.
- Jedes Spiel der acht Übertragungen auf Puls 4 fand unter Beteiligung eines österreichischen Vereins statt. Bei den acht Spielen auf ORFeins war kein österreichischer Verein beteiligt.

#### 1.16.2.7. Berechnung im Simulationsmodell

Aus den Vergleichen 1 bis 6 haben sich Werte für die Variable [y] ergeben, welche für die Simulation herangezogen werden können. Mit diesen Ergebnissen können die im ursprünglichen Gutachten bereits berechneten Szenarien ergänzt werden.

Die Berechnung wird anhand der im Gutachten (vgl. Belfin (Gutachten), S. 38) hergeleiteten Formel vorgenommen.

Formel

$$x = 3 \cdot y / (2 \cdot y + 1)$$

Der mit [x] ermittelte Wert ist der Zuschlag auf das höchste tatsächlich abgegebene private Gebot.

Nr.	Vergleich	[y] Verhältnis der Durchschnittstarife	[x] Zuschlag auf das höchste tatsächlich abgegebene private Gebot	Zuschlag auf das höchste tatsächlich abgegebene private Gebot in %
1	ORF: UEFA Europa League, 2013/2014, 28 Spiele (davon 23 mit österreichischer Beteiligung), 20 Tage Puls 4: UEFA Champions League 2013/2014, 18 Spiele (davon 9 mit österreichischer Beteiligung), 18 Tage	2,0796	1,209	20,9%
2	ORF: UEFA Europa League ohne Qualifikation, 2013/2014, 21 Spiele (davon	2,1412	1,216	21,6%

	23 mit österreichischer Beteiligung), 15 Tage Puls 4: UEFA Champions League 2013/2014, 18 Spiele (davon 9 mit österreichischer Beteiligung), 18 Tage			
3	<b>ORF: UEFA Europa League ohne 3 Qualifikationsspiele, 2013/2014, 26 Spiele (davon 21 mit österreichischer Beteiligung), 18 Tage</b> Puls 4: UEFA Champions League 2013/2014, 18 Spiele (davon 9 mit österreichischer Beteiligung), 18 Tage	2,0990	1,211	21,1%
4	ORF: UEFA Champions League 2011/2012, 21 Spiele (davon 6 mit österreichischer Beteiligung), 21 Tage Puls 4: UEFA Champions League 2013/2014, 18 Spiele (davon 9 mit österreichischer Beteiligung), 18 Tage	1,8163	1,176	17,6%
5	<b>ORF: UEFA Champions League ohne 3 Qualifikationsspiele 2011/2012, 18 Spiele (davon 3 mit österreichischer Beteiligung), 18 Tage</b> Puls 4: UEFA Champions League 2013/2014, 18 Spiele (davon 9 mit österreichischer Beteiligung), 18 Tage	1,8559	1,182	18,2%
6	<b>ORF: UEFA Champions League Spiele, 2011/2012, 8 Spiele (davon keines mit österreichischer Beteiligung), 8 Tage</b> Puls 4: UEFA Europa League 2011/2012, 8 Spiele (davon 8 mit österreichischer Beteiligung), 8 Tage	3,3456	1,305	30,5%

**Tabelle 19 Ergebnisse des Simulationsmodells**

Die durchgeführten Vergleiche ergeben in der Simulation Werte für den Zuschlag auf das höchste tatsächlich abgegebene private Gebot in Prozent im Bereich von 17,6% (aus Vergleich 4) bis 30,5% (aus Vergleich 6).

In den Vergleichen 3, 5 und 6 führen die getroffenen Adaptierungen dazu, dass mögliche Verzerrungen hinsichtlich einer unterschiedlichen Anzahl von Übertragungstagen eliminiert wurden. Bei den Vergleichen 5 und 6 ist aufgrund der gleichen Anzahl der Spiele in der jeweiligen Gegenüberstellung eine Beeinflussung des Ergebnisses durch eine unterschiedliche Anzahl an Spielen nicht möglich. Die Vergleiche 1,2 und 4 können zusätzlich zu allen anderen Einschränkungen der Vergleichbarkeit durch die unterschiedliche Anzahl von Spielen bzw. Übertragungstagen geprägt sein.

Der Vergleich 3 kann dadurch charakterisiert werden, dass Puls 4 zwar die attraktivere UEFA Champions League, allerdings mit wesentlich geringerer österreichischer Beteiligung im Vergleich zur UEFA Europa League auf ORFeins übertragen hat. Während in der Qualifikations- sowie der Gruppenphase noch an jedem Spieltag sowohl auf Puls 4 als auch auf ORFeins österreichische Mannschaften zu sehen waren, waren in der Finalphase Spiele mit österreichischer Beteiligung ausschließlich auf ORFeins im Programm. Konkret wurden jeweils zwei Spiele des 1/16-Finales sowie zwei Spiele das 1/8 Finales mit Österreich-Beteiligung ORFeins gezeigt, während auf Puls 4 zur gleichen Turnierphase keine österreichischen Vereine mehr vertreten waren. Es könnte daher sein, dass der Vorteil des an sich attraktiveren Bewerbs UEFA Champions League auf Puls 4 durch die aus österreichischer Sicht attraktiveren Österreich-Spiele auf ORFeins (zumindest teilweise) kompensiert wird.

Vergleich 5 kann nicht durch verschiedene Attraktivität des Bewerbs verzerrt sein, da hier UEFA Champions League mit UEFA Champions League verglichen wird. Während auf Puls 4 50 Prozent der übertragenen Spiele mit österreichischer Beteiligung stattfanden, waren es bei ORFeins 16,6 Prozent (insgesamt drei Spiele, alle in der Qualifikation). In der Gruppenphase fand bei Puls 4 jedes der sechs Spiele mit österreichischer Beteiligung statt. Beim ORF waren ab der Gruppenphase keine österreichischen Vereine mehr zu sehen. Aufgrund der höheren Attraktivität der Spiele mit Österreich-Beteiligung, kann das Ergebnis

dahingehend verzerrt sein, dass der Turnierverlauf das Zuschauerinteresse zugunsten von Puls 4 gesteigert hat. Bei „neutralem“ Turnierverlauf – daher gleicher Anzahl an Österreich-Spielen beim ORFeins sowie Puls 4 – könnte die Tarifrelation auch höher als hier ausgewiesen liegen.

Auch Vergleich 6 hat den Vorteil, dass keine Beeinflussungen der Ergebnisse durch unterschiedliche Bewerbe vorliegen können. Zur Interpretation des Ergebnisses ist zu berücksichtigen, dass auf Puls 4 jedes der acht betrachteten Spiele mit österreichischer Beteiligung stattfand, während auf ORFeins kein einziges Spiel einer österreichischen Mannschaft enthalten ist. Ähnlich wie in Vergleich 5 könnte bei „neutralem“ Turnierverlauf die Tarifrelation auch höher als hier ausgewiesen liegen.

Bei jenen Vergleichen, wo eine relativ geringe strukturelle Abweichung der Vergleichsbasis und daher eine relativ hohe Vergleichbarkeit besteht (Vergleiche 3, 5 und 6) ergeben sich Werte von 21,1%, 18,2% und 30,5%. Im Sinne einer Zusammenführung der Einzelvergleiche, kann aus diesen Werten ein Mittelwert gebildet werden, welcher bei 23,27% liegt.

Im Gutachten vom 12. November 2014 (vgl. Belfin (Gutachten), S. 40) ergab sich mit den dort verwendeten Daten und Vergleichen eine entsprechende Bandbreite von 17,5% bis 24,1%). Die hier durchgeführte ergänzende Datenanalyse und Berechnung weiterer Szenarien zeigt, dass es plausibel ist, für den ORF im Simulationsmodell ein relativ höheres direktes Erlöspotential als ein privater Höchstbieter anzunehmen. Die im Ergänzungsgutachten berechneten Werte liegen im Bereich der im Gutachten vom 12. November 2014 bereits dargestellten Ergebnisse.

### 1.16.3. Werbemenge und Werbetarifniveau

In der Simulation im Gutachten vom 12. November 2014 (vgl. Belfin (Gutachten)) wird mittels mehrerer Szenarien jeweils ein maximales Gebot berechnet, welches unter Berücksichtigung üblicher privater Entscheidungskriterien gerechtfertigt ist. In die Simulation fließt als variable Größe das im Vergleich zum tatsächlichen privaten Höchstbieter indirekte Werbeerlöspotential ein. Dieses relative Werbeerlöspotential ergibt sich aus den Komponenten „relative Reichweite“ und „relatives Werbetarifniveau“.

Bezüglich der Werbemenge wird im Modell von der Menge des privaten Höchstbieters ausgegangen. Diese Annahme resultiert daraus, dass durch das Simulationsmodell ein nicht durch den öffentlich-rechtlichen Auftrag beeinflusstes mögliches Maximalgebot berechnet werden soll.

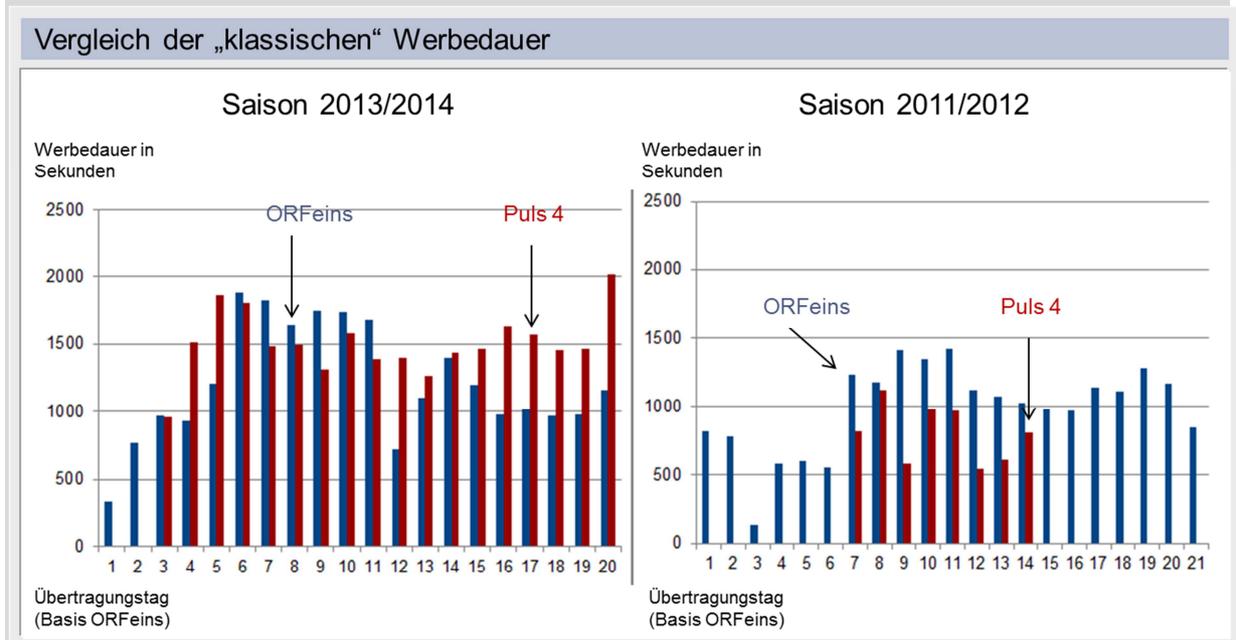
#### 1.16.3.1. Werbemengenpotential

Wie die in Kapitel [1.16.2.] vorgenommenen Vergleiche 1 bis 5 gezeigt haben, liegt die Werbemenge im Umfeld von UEFA Champions League bzw. UEFA Europa League Übertragungen – ohne Berücksichtigung von Sonderwerbformen – des ORF real in einer Bandbreite von 70,25% bis 89,48% im Vergleich zu Puls 4 (Referenzwert = 100%). In Vergleich 6 lag die Werbemenge des ORF mit 152,16% über jener von Puls 4. Für die Simulation ist nicht die reale Werbemenge entscheidend, sondern ob es bezüglich der Berechnung des simulierten ORF gerechtfertigt sein kann, die gleiche Menge wie jene des privaten Höchstbieters anzunehmen. Daher wird im folgenden Teil die Frage analysiert, ob für den ORF ein gleiches Werbemengenpotential angenommen werden kann, wie für einen privaten Bieter.

Die Auswertungen in den Kapiteln [1.16.1. und 1.16.2.] zeigen, dass in der Realität Unterschiede in den Werbemengen bei Puls 4 und ORFeins im Umfeld von Fußball-Übertragungen an einzelnen Übertragungstagen vorliegen:

- Vergleich 6 zeigt, dass der ORF insgesamt eine höhere Werbedauer als Puls 4 für die betrachteten acht Spiele hatte, welche sich daraus ergibt, dass der ORF an jedem der einzelnen Tage eine höhere Werbedauer aufweist. Daher zeigt dieser Vergleich, dass der ORF bezüglich des Werbemengenpotentials in Einzelvergleichen auch über den Werten eines privaten Anbieters liegen kann.
- Bei den Vergleichen 1 bis 5 weist Puls 4 eine höhere Werbemenge als [der ORF] aus. Auf Tagessicht gibt es in diesen Vergleichen einen gewissen „Überschneidungsbereich“, in welchem sowohl ORFeins als auch Puls 4 Werbesekunden in ähnlicher Menge anbieten. Dieser Bereich liegt zum Beispiel im Vergleich UEFA Champions League 2013/2014 auf Puls 4 sowie UEFA Europa League 2013/2014 auf ORFeins in der Größenordnung von rund 950 bis 1.884 Sekunden pro Tag. In diesem Überschneidungsbereich ist daher das Werbemengenpotential in diesen Vergleichen zwischen dem ORF und Puls 4 gleich groß.
- Der Maximalwert pro Übertragungstag der realen Werbemenge des ORF vom 19.9.2013 liegt bei 1.884 Sekunden (UEFA Europa League Saison 2013/2014). Dieser Maximalwert ist – mit Ausnahme der Übertragung des Finales der UEFA Champions League 2013/2014 am 24.5.2014 auf Puls 4 (2.022 Werbesekunden) höher als alle einzelnen Tageswerbemengen bei Puls 4. Daher ist davon auszugehen, dass auf Tagesbasis grundsätzlich ein ähnliches Werbemengenpotential beim ORF, wie bei privaten Anbietern besteht.

In der folgenden Darstellung sind die einzelnen Übertragungstage sowie die dazugehörige „klassische“ Werbemenge ersichtlich. Auf der linken Seite wird die Saison 2013/2014 (Puls 4 UEFA Champions League, ORFeins UEFA Europa League) dargestellt. Auf der rechten Seite wird die Saison 2011/2012 (ORFeins UEFA Champions League, Puls 4 UEFA Europa League) dargestellt.



**Abbildung 19 Vergleich der „klassischen“ Werbedauer**  
 Datenquelle: Auswertungen aus Kapitel [1.16.1.]

Die Balken in den Diagrammen zeigen die Werbemengen in Sekunden an den zeitlich vergleichbaren Übertragungstagen. Im Vergleich der Saison 2013/2014 sind 18 Tage vergleichbar, an welchen sowohl bei Puls 4 als auch auf ORFeins Übertragungen stattfanden. Von diesen 18 Tagen lag bei 11 Tagen eine höhere Werbemenge auf Puls 4 sowie an sieben Tagen eine höhere „klassische“ Werbemenge beim ORF vor. An jenen acht

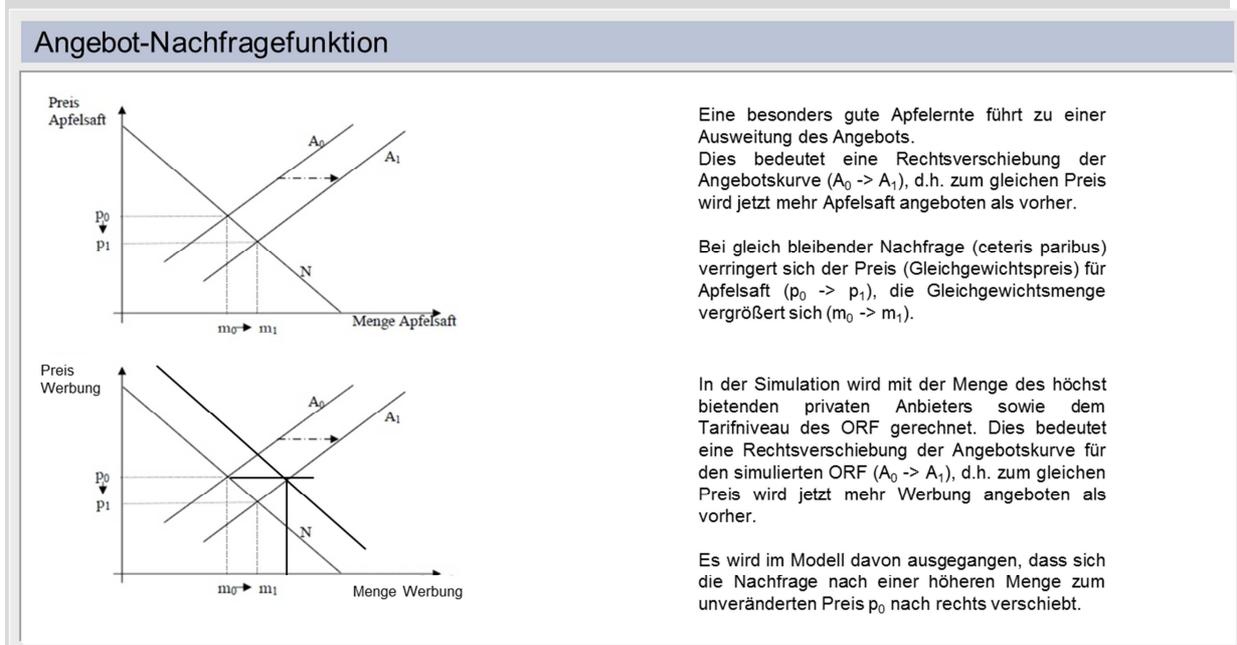
Übertragungstagen (Tage 4 bis 11), wo der ORF zwei Spiele hintereinander übertrug, hatte der ORF in sechs Fällen eine höhere Werbemenge. Betrachtet man die Saison 2011/2012 ergibt sich, dass an allen acht vergleichbaren Übertragungstagen die Werbemenge beim ORF höher lag.

Die Daten zeigen, dass kein systematischer Zusammenhang einer generell höheren Tageswerbemenge eines privaten Anbieters im Vergleich zum ORF vorliegt. Betrachtet man die für das Werbemengenpotential relevanten Höchstwerte, ist In Abbildung 19 nochmals ersichtlich, dass die Höchstwerte des ORF pro Tag in einer ähnlichen Größenordnung wie jene von Puls 4 liegen.

Die Analyse der Daten zeigt somit, dass das Werbemengenpotential des ORF im Umfeld von UEFA Champions League bzw. UEFA Europa League Übertragungen in einer mit realen Werbemengen privater Anbieter vergleichbaren Größenordnung liegt.

### 1.16.3.2. Preiselastizität

In der Mikroökonomie wäre auf Basis einer allgemeinen Angebots-Nachfragefunktion zu erwarten, dass bei steigendem Angebot und gleichbleibender Nachfrage die Preise sinken. Folgendes Lehrbeispiel soll diesen Zusammenhang darstellen.



**Abbildung 20 Angebot-Nachfragefunktion**

Bei einem Gut ist für die Abhängigkeit der Nachfrage von einem Preis die Preiselastizität der Nachfrage entscheidend. In einschlägigen „Mikroökonomie“-Lehrbüchern (vgl. z.B. Kortmann (Mikroökonomik), S. 89ff) werden mehrere Möglichkeiten der Preiselastizität der Nachfrage – je nach Gut – kategorisiert.

Sinkt die Nachfrage (so wie im obigen Beispiel in Abbildung 20) in Abhängigkeit vom Preis, spricht man von einer „elastischen Nachfrage“. Ist die nachgefragte Menge (wie im Simulationsmodell angenommen) in einem betrachteten Bereich unabhängig vom Preis, liegt eine „unelastische Nachfrage“ vor. Als „anormal elastische Nachfrage“ bezeichnet man, wenn die Elastizität positiv ist. In diesem Fall liegt eine steigende Nachfrage bei steigenden Preisen in einem gewissen Preisbereich vor. Ein Beispiel für eine „anormal elastische Nachfrage“ ist der sogenannte „Snobeffekt“, bei dem die Erhöhung des Preises zu einer steigenden Exklusivität des Gutes führt.

Im folgenden Teil wird diese im Gutachten (vgl. Belfin (Gutachten)) getroffene Annahme genauer erläutert.

Ein Adaptierungsbedarf der Preise nach unten bei steigenden Werbemengen wäre dann gegeben, wenn ein eindeutiger Zusammenhang zwischen einer Ausdehnung der Werbemenge und sinkenden Werbetarifen für einen einzelnen Anbieter im Umfeld von Premium-Fußballspielen vorläge („elastische Nachfrage“).

### 1.16.3.3. Gesamtsicht im Markt für Fernsehwerbung

In Deutschland hat sich im Jahr 2014 die „Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF)“ mit der Frage der Werbemengen im öffentlich-rechtlichen Rundfunk beschäftigt und dazu einen Sonderbericht (vgl. KEF (Sonderbericht)) veröffentlicht.

Im Kern ging es in diesem Bericht darum, wie sich Reduktionen von Werbemengen sowie von Sponsoring auf den Finanzbedarf deutscher öffentlich-rechtlicher Anstalten auswirken würden. Im Rahmen dieser Analysen wurden auch Aussagen darüber getroffen, wie sich eine Reduktion der Werbezeiten auf Werbepreise auswirken würde.

Im Sonderbericht der KEF wird von Media-Agenturen erwartet, dass ein kompletter Wegfall der gesamten Werbemenge im öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland „tendenziell zu einem Anstieg der Netto-Tausenderkontaktpreise der privaten Sender führen würde“ (vgl. KEF (Sonderbericht), S. 27). In der Stellungnahme des „Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V. (VPRT)“ wird davon ausgegangen, dass es bei einer Reduktion der Werbezeit im öffentlich-rechtlichen Fernsehen um 50% zu einem dynamischen Effekt kommen würde, „beispielsweise wären preisstabilisierende Effekte für kleinere private Sender wahrscheinlich“ (vgl. VPRT (Stellungnahme), S. 23).

Die britische Regulierungsbehörde „Office of Communications (OFCOM)“ hat sich im Jahr 2011 mit der Frage auseinandergesetzt, ob bestehende Werbebeschränkungen in Großbritannien im Fernsehen adaptiert werden sollen und hat dazu einen Bericht (vgl. OFCOM (Quantity)) verfasst. Im Kern ging es dabei um die Frage, ob die Werbebestimmungen für öffentlich-rechtliche Anbieter und private Anbieter harmonisiert werden sollen oder nicht. Öffentlich-rechtliche Anbieter unterliegen in Großbritannien strengeren Werbebestimmungen als private Anbieter. Diskutiert wurden im Bericht von OFCOM zwei Szenarien:

- „Levelling Down“: Anpassung der Bestimmungen für private Anbieter auf das Niveau für öffentlich-rechtliche Anstalten (zusätzliche Einschränkung der Möglichkeiten zur kommerziellen Kommunikation für private Anbieter), sowie
- „Levelling Up“: Anpassung der Bestimmungen für öffentlich-rechtliche Anbieter auf das Niveau für private Anbieter (Ausdehnung der Möglichkeiten zur kommerziellen Kommunikation für öffentlich-rechtlichen Rundfunk).

OFCOM kam in seiner Analyse zu Schluss, dass es derzeit keine verlässlichen Informationen darüber gibt, wie sich ein „Levelling Down“ – daher eine Beschränkung der Werbemöglichkeiten privater Anbieter – auswirken würde und empfahl daher keine Änderungen im bestehenden System. Grundsätzlich geht OFCOM langfristig von einem höheren Tarifniveau im Fernsehwerbemarkt bei stärkeren Werbebeschränkungen aus (daher von einer elastischen Nachfrage). Bei einer substantiellen Ausdehnung der Werbezeiten ging OFCOM für den Gesamtmarkt von sinkenden Werbetarifen aus. „If the supply of advertising was increased then prices would be likely to reduce and our analysis suggests that the overall effect would be a reduction in total advertising revenues.“ (vgl. OFCOM (Quantity), S. 3).

Die Berichte aus Deutschland und Großbritannien gehen in einer Gesamtsicht für den Fernsehwerbemarkt eher davon aus, dass eine Ausdehnung von Werbezeiten mittel- bis langfristig zu einem sinkenden Werbetarifniveau führt. Bei der gegenständlichen Simulation geht es um die Betrachtung der Bietmöglichkeit eines einzelnen Unternehmens und daher ist die Wirkung auf den Gesamtmarkt für die gegenständliche Fragestellung nicht relevant. Es müssen daher die Auswirkungen auf das einzelne Unternehmen – und nicht auf den Gesamtmarkt – betrachtet werden.

#### 1.16.3.4. Einzelsicht für einen Anbieter

Für die Simulation relevant ist die Einzelsicht für einen Anbieter, weil das Simulationsmodell für ein Unternehmen und nicht für den gesamten Fernsehwerbemarkt angewendet wird. Im Sonderbericht der KEF (vgl. KEF (Sonderbericht)) wurde die Frage untersucht, wie sich Veränderungen bei den Werbemengen auf öffentlich-rechtliche Anstalten auswirken würden.

*„Für den Fall einer festen Kürzung der Werbezeiten (z.B. Fernsehwerbung: Halbierung auf 10 Minuten je Werktag) gehen die Vertriebsbereiche von ARD und ZDF davon aus, dass der damit verbundene Rückgang der verfügbaren Werbefläche sowie der Zahl der Kontakte zu der Zielgruppe z.B. Einbußen bei der Kampagnenfähigkeit auslösen und zu einem Preisrückgang je Werbeminute in Höhe von 20 bis 30% führen werden (Quelle: KEF (Sonderbericht), S. 18f).*

Die obige Aussage zeigt, dass für die hier relevante Einzelbetrachtung eines Rundfunkunternehmens ein steigendes Werbeangebot nicht zwingend zu niedrigeren Werbetarifen bzw. ein sinkendes Werbeangebot nicht zwingend zu höheren Werbepreisen führen muss, weil im Werbemarkt auch die Kampagnenfähigkeit sowie die mögliche Zahl der Kontakte mit der Zielgruppe eine besondere Rolle spielt. Die im Sonderbericht der KEF getätigten Aussagen gehen sogar vom umgekehrten Effekt – nämlich höherer Werbetarife bei höheren Werbemengen bei einem bestimmten Unternehmen („daher von einer anormal elastischen Nachfrage“) – aus.

#### 1.16.3.5. Einzelsicht im Umfeld von Fußball-Übertragungen

Nachdem für Österreich bisher keine ähnlichen Untersuchungen vorliegen, wird im folgenden Teil anhand der in Kapitel [1.16.1.] ausgewerteten Daten analysiert, ob im Falle von Übertragungen der UEFA Champions League sowie der UEFA Europa League ein Zusammenhang zwischen den angebotenen Werbemengen und den Werbetarifen besteht. Für die gegenständliche Fragestellung ist dieser Fall relevant.

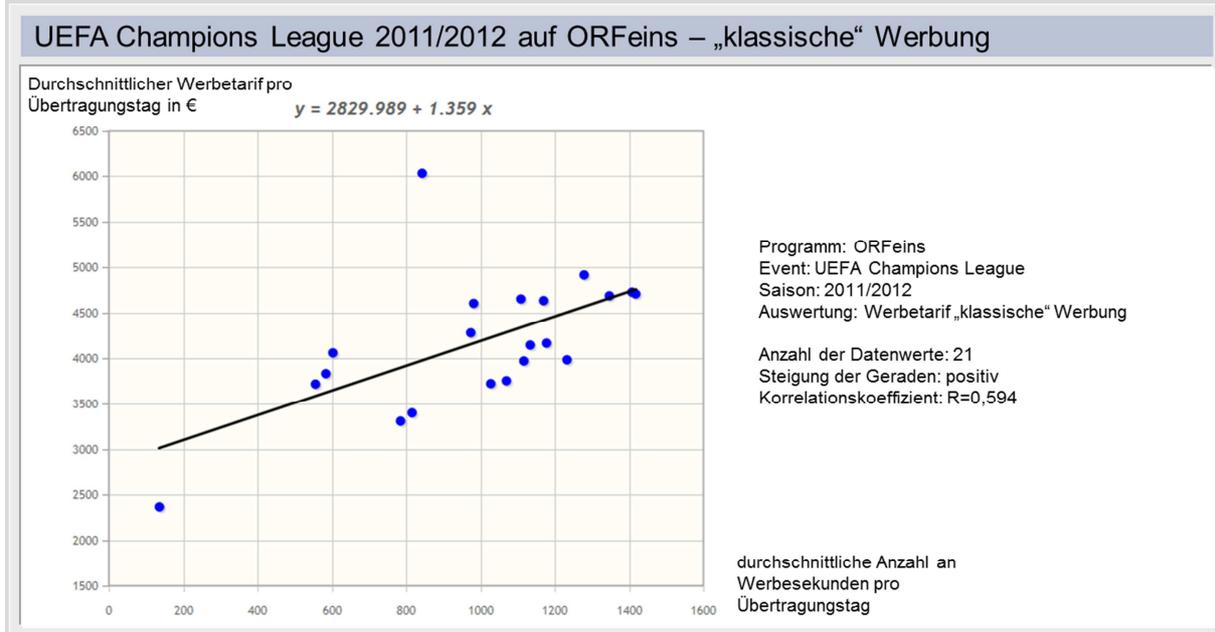
Stellt man die bisher angestellten Auswertungen als X-Y-Diagramm dar, wobei die X-Achse die durchschnittlichen Werbesekunden im Umfeld der Fußball-Übertragungen und die Y-Achse der durchschnittliche Werbetarif ist, wird der Zusammenhang zwischen Werbesekunden und Tarif ersichtlich. Jeder Datenpunkt in der Darstellung entspricht dabei einem Übertragungstag in einem bestimmten Programm.

Durch eine „einfache lineare Regression“ kann dieser Zusammenhang mathematisch beschrieben werden. Die Grundidee dabei ist, eine Gerade zu suchen, die den Zusammenhang zwischen dem Merkmal „Werbesekunden“ und „Werbetarif“ möglichst gut beschreibt. In den folgenden Darstellungen werden diese Berechnungen durchgeführt. Als Ergebnis der linearen Regression erhält man die Formel der Regressionsgeraden sowie den Korrelationskoeffizient „r“. Ein Korrelationskoeffizient („R“) von 1 würde einen 100%-igen linearen Zusammenhang bedeuten. Je geringer der Korrelationskoeffizient ist, desto „schlechter“ ist Annäherung mittels der Korrelationsgeraden.

Um in der Analyse auch einzubeziehen, ob die Berücksichtigung von Sonderwerbformen zu einem anderen Ergebnis bezüglich des Zusammenhangs Werbemenge-Webetarif führen

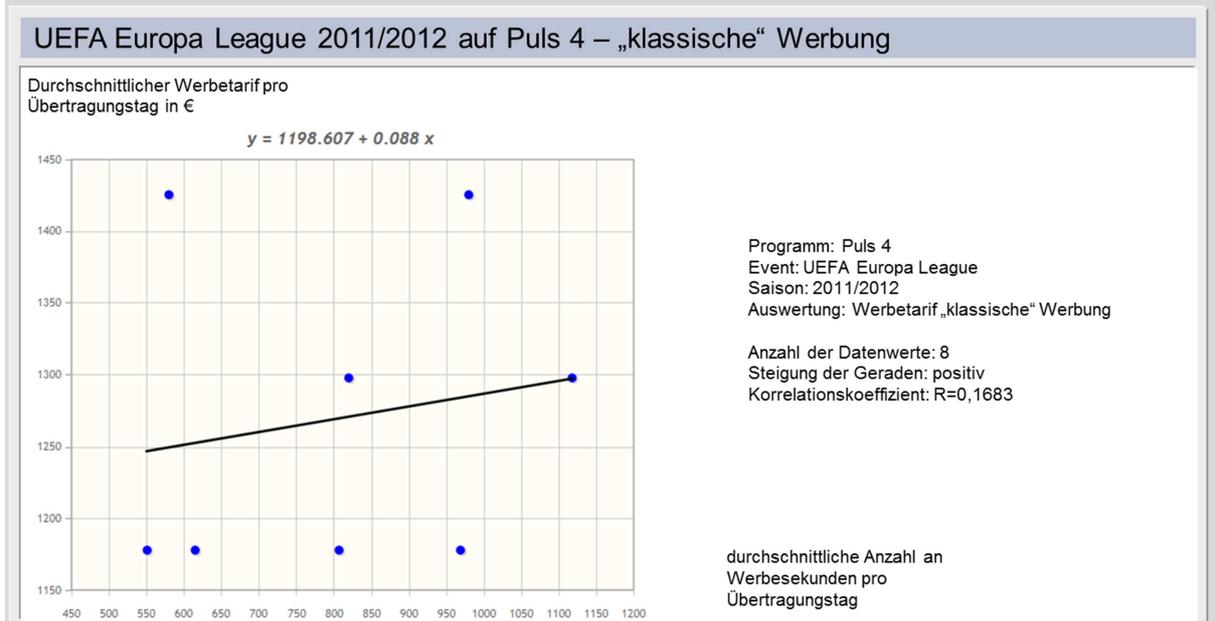
würde, als die Auswertungen von „klassischer“ Werbung, wurden für diesen Zweck auch Auswertungen inklusive Sonderwerbformen durchgeführt. Im Gegensatz zu Kapitel [1.16.2.], wo für die Ermittlung der Relation des Werbetarifniveaus die Vergleichbarkeit der zugrundeliegenden Werbeformen notwendig war und deshalb „klassische“ Werbung mit „klassischer“ Werbung verglichen wurde, ist es hier möglich für Puls 4 auch Auswertungen mit Sonderwerbformen vorzunehmen.

Im folgenden Teil sind die Ergebnisse der Auswertungen dargestellt.



**Abbildung 21 Regression 1**

Quelle: Daten von Puls 4 (21.1.2015), eigene Auswertung

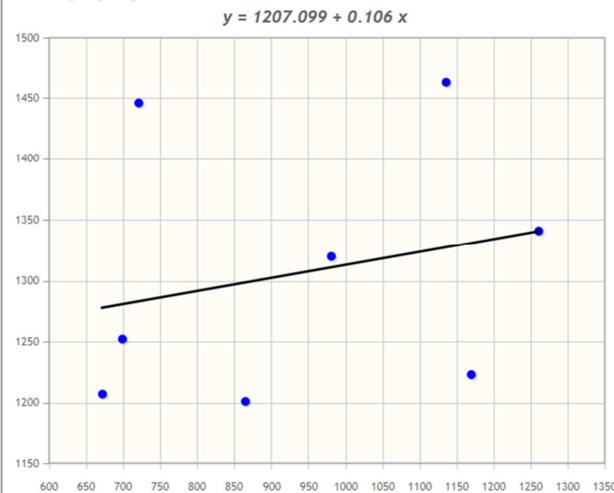


**Abbildung 22 Regression 2**

Quelle: AGTT (10.3.2015), eigene Auswertung

### UEFA Europa League 2011/2012 auf Puls 4 – „klassische“ Werbung inkl. „Sowefo“

Durchschnittlicher Werbetarif pro Übertragungstag in €



Programm: Puls 4  
Event: UEFA Europa League  
Saison: 2011/2012  
Auswertung: Werbetarif „klassische“ Werbung inklusive Sonderwerbeformen („Sowefo“)

Anzahl der Datenwerte: 8  
Steigung der Geraden: positiv  
Korrelationskoeffizient:  $R=0,2366$

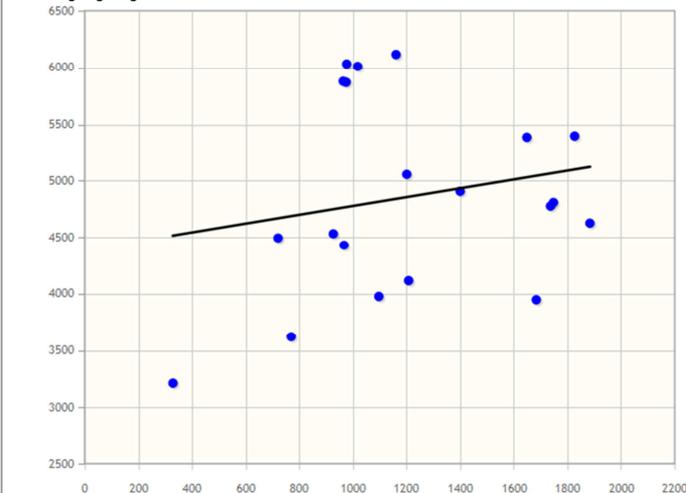
durchschnittliche Anzahl an Werbesekunden pro Übertragungstag

**Abbildung 23 Regression 3**

Quelle: AGTT (10.3.2015), eigene Auswertung

### UEFA Europa League 2013/2014 auf ORFeins – „klassische“ Werbung“

Durchschnittlicher Werbetarif pro Übertragungstag in €



Programm: ORFeins  
Event: UEFA Europa League  
Saison: 2013/2014  
Auswertung: Werbetarif „klassische“ Werbung

Anzahl der Datenwerte: 20  
Steigung der Geraden: positiv  
Korrelationskoeffizient:  $R=0.1943$

durchschnittliche Anzahl an Werbesekunden pro Übertragungstag

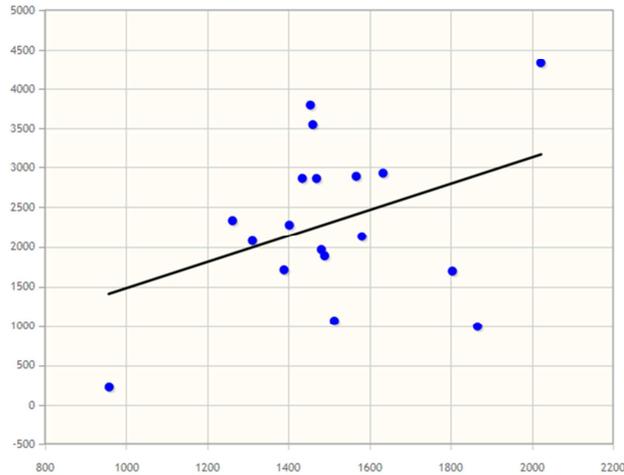
**Abbildung 24 Regression 4**

Quelle: Daten von Puls 4 (21.1.2015), eigene Auswertung

## UEFA Champions League 2013/2014 auf Puls 4 – „klassische“ Werbung

Durchschnittlicher Werbetarif pro Übertragungstag in €

$$y = -165.98 + 1.645 x$$



Programm: Puls 4  
Event: UEFA Champions League  
Saison: 2013/2014  
Auswertung: Werbetarif „klassische“ Werbung

Anzahl der Datenwerte: 18  
Steigung der Geraden: positiv  
Korrelationskoeffizient: R=0,3779

durchschnittliche Anzahl an Werbesekunden pro Übertragungstag

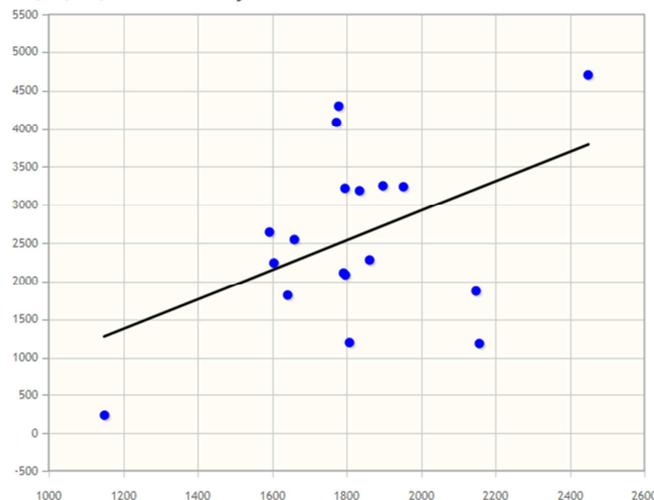
**Abbildung 25 Regression 5**

Quelle: Daten von Puls 4 (21.1.2015), eigene Auswertung

## UEFA Champions League 2013/2014 auf Puls 4 – „klassische“ Werbung inkl. „Sowefo“

Durchschnittlicher Werbetarif pro Übertragungstag in €

$$y = -949.172 + 1.935 x$$



Programm: Puls 4  
Event: UEFA Champions League  
Saison: 2013/2014  
Auswertung: Werbetarif „klassische“ Werbung inklusive Sonderwerbformen („Sowefo“)

Anzahl der Datenwerte: 18  
Steigung der Geraden: positiv  
Korrelationskoeffizient: R=0,4563

durchschnittliche Anzahl an Werbesekunden pro Übertragungstag

**Abbildung 26 Regression 6**

Quelle: Daten von Puls 4 (21.1.2015), eigene Auswertung

Alle Regressionen zeigen, dass es keinen festen Zusammenhang gibt, dass bei steigender Werbemenge im Umfeld der Fußball-Übertragungen an einem Übertragungstag der durchschnittliche Werbetarif geringer sein muss. Wäre dies der Fall, müsste eine negative Steigung der Regressionsgeraden vorliegen. Ein derartiger Verlauf der Geraden würde auf eine „elastische Nachfrage“ hindeuten.

In allen betrachteten Fällen liegt eine positive Steigung vor – daher ist davon auszugehen, dass bei steigender Werbemöglichkeit im relevanten Mengenbereich im Umfeld der Übertragungen der Durchschnittstarif sogar höher liegen kann („anormal elastische Nachfrage“). Dies würde auch die im Sonderbericht der KEF dargestellte Sichtweise einer höheren Kampagnenfähigkeit bei einem konkreten Programm durch eine größere verfügbare Werbemenge unterstreichen.

Aufgrund der Auswertungsergebnisse für Puls 4 und den ORF im Umfeld von UEFA Champions League sowie UEFA Europa League Übertragungen ist daher bei einer theoretischen Ausweitung der Werbemenge in einer Simulation keine Anpassung des Werbetarifniveaus nach unten erforderlich.

#### 1.16.4. Zusammenfassung

##### **Ergänzung von Szenarien mittels Teletest-Daten**

Laut Gutachtensauftrag wurden unter Zugrundelegung der von Puls 4 vorgelegten Daten aus dem Teletest weitere Szenarien gemäß der im Gutachten entwickelten Formel berechnet. Insgesamt wurden sechs Vergleiche und Berechnungen angestellt.

Die durchgeführten Vergleiche ergeben in der Simulation Werte für den Zuschlag auf das höchste tatsächlich abgegebene private Gebot in Prozent im Bereich von 17,6% bis 30,5%. Bei jenen Vergleichen, wo eine relativ geringe strukturelle Abweichung der Vergleichsbasis und daher eine relativ hohe Vergleichbarkeit besteht (Vergleiche 3, 5 und 6) ergeben sich Werte von 21,1%, 18,2% und 30,5%. Der Mittelwert aus diesen drei Vergleichen liegt bei 23,27%.

Im Gutachten vom 12. November 2014 ergab sich mit den dort verwendeten Daten und Vergleichen eine entsprechende Bandbreite von 17,5% bis 24,1%. Die hier durchgeführte ergänzende Datenanalyse und Berechnung weiterer Szenarien zeigt, dass es plausibel ist, für den ORF im Simulationsmodell ein relativ höheres direktes Erlöspotential als ein privater Höchstbieter anzunehmen. Die im Ergänzungsgutachten berechneten Werte liegen im Bereich der im Gutachten vom 12. November 2014 bereits dargestellten Ergebnisse.

##### **Untersuchung des Zusammenhangs von Werbetarifniveau und Menge der Werbung**

Laut Gutachtensauftrag wurde untersucht, inwieweit der tatsächliche Umfang der im Umfeld der Übertragung der UEFA Champions League gesendeten Werbung Auswirkungen auf die im Gutachten angenommene Differenz der Werbetarifniveaus haben könnte.

**Werbemengenpotential:** Die Analyse der Daten zeigt, dass das Werbemengenpotential des ORF im Umfeld von UEFA Champions League bzw. UEFA Europa League Übertragungen in einer mit realen Werbemengen privater Anbieter vergleichbaren Größenordnung liegt.

Die Untersuchung der Abhängigkeit zwischen Werbemenge und Tarifniveau wurde auf drei Ebenen – nämlich dem gesamten Fernsehwerbemarkt, auf Ebene eines einzelnen Unternehmens sowie auf Ebene eines einzelnen Unternehmens im Umfeld von Fußball-Übertragungen – durchgeführt. Für die Simulation ist die Betrachtungsebene eines einzelnen Unternehmens im Umfeld von Fußball-Übertragungen relevant.

**Gesamtmarkt:** Einschlägige Berichte aus Deutschland und Großbritannien gehen in einer Gesamtsicht für den Fernsehwerbemarkt davon aus, dass eine Ausdehnung von Werbezeiten mittel- und langfristig zu einem sinkenden Werbetarifniveau führt.

**Einzelnes Unternehmen:** Auf der Ebene von Einzelunternehmen ist der Zusammenhang sinkender Werbetarife bei steigendem Angebot nicht zwingend gegeben. Die Betrachtung von Einzelunternehmen ergibt, dass eine Erhöhung der Werbemenge eher zu steigenden durchschnittlichen Werbetarifen für diesen Anbieter führen kann. Diese Sichtweise ergibt sich zum Beispiel aus einem Sonderbericht der KEF aus Deutschland.

**Einzelnes Unternehmen im Umfeld von Fußball-Übertragungen:** Bei der gegenständlichen Simulation geht es konkret um relative Werbetarifniveaus im Umfeld von UEFA Champions League Übertragungen und nicht um Tarifniveaus des gesamten Fernsehwerbemarkts. Aus diesem Grund wurde der Zusammenhang zwischen angebotener Werbemenge und dem Werbetarifniveau im Umfeld von Fußball-Übertragungen anhand der

vorliegenden Daten analysiert. Alle diesbezüglich durchgeführten Berechnungen zeigen, dass eher ein Zusammenhang von steigenden Werbetarifen bei steigender Werbemenge existiert. Auf Basis dieser Ergebnisse ist daher in der Simulation keine Anpassung des Werbetarifniveaus nach unten aufgrund höherer in das Modell einfließender Werbemengen notwendig.

## **1.17. Stellungnahmen zum Ergänzungsgutachten sowie weiteres Vorbringen**

### 1.17.1. Stellungnahmen der Beschwerdeführerin

Mit Stellungnahme vom 29.04.2015 bringt die Beschwerdeführerin zunächst vor, der Amtssachverständige habe den Gutachtensauftrag überschritten, indem er für die von ihm erstellten Szenarien selbst erhobene Daten (betreffend die Übertragung von acht Spielen der UEFA Europa League auf PULS 4 in der Saison 2011/12) verwendet habe. Diese Daten seien als Vergleichsbasis ungeeignet und führten zu verzerrten Ergebnissen, da die Ausstrahlung damals jeweils von einer kurzfristigen Einigung mit Sky Austria abhängig gewesen sei, der dadurch bewirkte kurze Vorlauf von regelmäßig weniger als zwei Wochen Auswirkungen auf die Möglichkeiten der Kapitalisierung gehabt habe und die Beschwerdeführerin damals auch keine eigene Fußball-Sendung produziert, sondern das von Sky Austria als Host-Broadcaster produzierte Signal übernommen habe. Daher sei die Möglichkeit zur Vermarktung limitiert und die tatsächliche Werbedauer verhältnismäßig niedrig gewesen. Darüber hinaus seien die Vergleiche des Amtssachverständigen – im Hinblick auf die einbezogenen Werbeblöcke – in einigen Punkten unvollständig und somit falsch.

Soweit der Amtssachverständige als relevanten Faktor für das „direkte Werbeerlöspotential“ das Verhältnis der über die ganze Saison ermittelten durchschnittlichen Werbetarife qualifiziert habe, sei zu berücksichtigen, dass auch die Werbedauer direkte und planbare Auswirkungen auf der Werbeerlöspotential habe, womit die „Anwendung einer konstanten Werbedauer“ nicht in Übereinstimmung zu bringen sei. Darüber hinaus kritisiert die Beschwerdeführerin, dass der Amtssachverständige die in den von ihr vorgelegten Auswertungen als „Sonderwerbformen“ ausgewiesenen Werbezeiten und die damit verbundenen Umsätze weglasse. Soweit der Amtssachverständige dies damit begründe, dass diese Werbeformen in den Daten für den ORF nicht existieren, setze er sich inhaltlich nicht mit der Einordnung auseinander, handle es sich bei den genannten Sonderwerbformen („*Splits, Cut-Ins und Single Spots*“) doch gleichermaßen um klassische Werbespots, die bloß anders gestaltet seien und von der Beschwerdeführerin mit Aufschlägen verkauft würden. So habe auch der Vertreter des ORF Dr. Kassai in der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2015 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auch aus der Sicht des ORF alle diese Sonderwerbformen im Wesentlichen Werbespots seien und vom ORF in vergleichbarer Art und Weise (best positioning, Erst- und Letztplatzierung) und mit Tarifaufschlägen angeboten würden

Soweit im Ergänzungsgutachten keine Notwendigkeit erkannt wird, die für den simulierten ORF angenommene Werbemenge (im Umfang jener des höchsten privaten Bieters) nach unten zu korrigieren, kritisiert die Beschwerdeführerin, dass die Gegenüberstellung der Werbemengen von ORF und PULS 4 an den zum Vergleich herangezogenen Tagen mit Fußball-Übertragungen keine Rückschlüsse auf das Werbemengenpotenzial des ORF bzw. den Zusammenhang von Werbeumfang und Werbetarif, wobei zudem nicht berücksichtigt worden sei, dass der ORF an manchen der einbezogenen Tage zwei Spiele hintereinander übertragen habe. Maßgeblich für den Werbetarif sei vielmehr die Werbeblockreichweite, die wiederum – aufgrund des sogenannten „Zapping-Faktors“ – im Zusammenhang mit der Dauer eines Werbeblocks stehe, womit Anbieter von Werbezeiten entweder mit geringer Werbemenge hohe Tarife im Markt durchsetzen können, oder niedrigere Tarife verlangen und unter Inkaufnahme von niedrigeren Werbeblockreichweiten eben mehr Werbung

anbieten. Die Formel im Gutachten des Amtssachverständigen sei daher um einen zusätzlichen Faktor, nämlich die tatsächliche Werbemenge, zu ergänzen.

Auch aus den Ausführungen des Amtssachverständigen zur Gesamtsicht im Markt für Fernsehwerbung und zur Einzelsicht für einen Anbieter sei für die Fragestellung nichts zu gewinnen. Für die Einzelsicht im Umfeld von Fußball-Übertragungen sei zu berücksichtigen, dass die angenommene (negative) Korrelation zwischen Werbemenge und Werbetarif nichts über eine allfällige Kausalität aussage. Aus Sicht der Beschwerdeführerin sei die festgestellte Korrelation zwischen Preis und Menge so zu erklären, dass sowohl die Höhe des Werbetarifs als auch die absetzbare Werbemenge von der Attraktivität des zugrunde liegenden TV-Ereignisses abhängen, der Veranstalter bei attraktiven Spielen also eine größere Preissetzungsmacht habe. Die erwartete Attraktivität des gezeigten Spiels beeinflusse also sowohl Preis als auch Menge, was gleichermaßen für Beschwerdegegner wie Beschwerdeführerin gelte. Auch daraus lasse sich aber für die Frage des Ergänzungsgutachtens nichts gewinnen.

Zum Vorbringen des Beschwerdegegners vom 27.03.2015, wonach auch sein Gebot um nicht akzeptierte kommerzielle Kommunikation zu reduzieren sei, führt die Beschwerdeführerin aus, es bestehe kein Anhaltspunkt, dass der ORF die Reduktion der geforderten Trailer (bzw. deren Ausstrahlung auf ORF Sport+ statt auf ORF eins) durch eine Erhöhung des Gebots ausgleichen musste. Zudem sei Ziel der Bestimmung des § 31c ORF-G, das Marktverhalten des ORF im Verhältnis zu seinen Mitbewerbern zu determinieren, nicht aber gegenüber der UEFA bzw. Partnern der UEFA. Schließlich handle es sich bei „Match Bumper Sequenzen“ nicht um kommerzielle Kommunikation, sondern um Programmtrailer und zum Programm zählende Trennelemente.

Mit Schreiben vom 12.05.2015 legte die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme von E, Geschäftsführer der F, vor. Bei der F handle es sich um eine Dachgesellschaft von Mediaagenturen, sodass davon auszugehen sei, dass ihr Geschäftsführer über eine umfassende Kenntnis des österreichischen Marktes für Fernsehwerbung verfüge. Aus der Stellungnahme ergebe sich, dass die im Verhältnis zu privaten Mitbewerbern hohen Tarife des ORF im Umfeld von Premium Sportübertragungen das Ergebnis einer durch geringes angebotenes Inventar hoch gehaltenen Werbeblockreichweite seien, sodass ein Vergleich des relativen Werbetarifniveaus ohne Berücksichtigung der Werbemenge nicht sinnvoll sei.

#### 1.17.2. Stellungnahme des Beschwerdegegners

Mit Schreiben vom 01.06.2015 erstattete der Beschwerdegegner eine weitere Stellungnahme und führte darin aus, weiterhin den grundsätzlichen Erwägungen des Amtssachverständigen entgegenzutreten und dessen Ansicht zur fehlenden Sinnhaftigkeit eines Vergleichs mit Übertragungsrechten an anderen Premium-Sportbewerben bzw. anderen Fußball-Bewerben nicht zu teilen. Ein solcher Vergleich zeige, dass die dafür bezahlten Lizenzpreise kontinuierlich und jeweils im zweistelligen Prozentbereich jährlich steigen und das inkriminierte Gebot des ORF somit im Bereich der marktüblichen Preise für Nutzungsrechte an Top-Fußballübertragungen liegen würde. Ungeachtet dessen würde auch unter Zugrundelegung der Modellrechnung des Amtssachverständigen – sogar in der von der Beschwerdeführerin in der Stellungnahme vom 29.04.2015 zu Ungunsten des ORF adaptierten Version – kein Verstoß gegen § 31c ORF-G aufgezeigt, werde doch auch selbst dort im Ergebnis von einem zulässigen Gebot von EUR xx Mio. ausgegangen, was der ORF nicht überschritten habe.

Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Modellrechnung zur Simulation eines Wettbewerbspreises ausdrücklich eine ex-post Betrachtung aufgrund von Informationen darstelle, über die der ORF bei Abgabe des Gebots nicht verfüge. Wolle man dem ORF den Erwerb von Sportrechten im Rahmen von Versteigerungen nicht unmöglich machen, müsse der simulierte Wettbewerbspreis in der rechtlichen Würdigung als Orientierungsgröße

verstanden werden, seien unterschiedliche Einschätzungen der Marktverhältnisse doch – wie sich auch aus dem Bietverhalten der Beschwerdeführerin ergebe – augenscheinlich „marktkonform“.

Zum konkreten Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihren vorangegangenen Stellungnahmen führt der Beschwerdegegner aus, eine allfällige Notwendigkeit der kurzfristigen Vermarktung sei im Rahmen von Sportübertragungen kein Ausnahmefall und keine Seltenheit. Die Nichtberücksichtigung von Sonderwerbformen durch den Amtssachverständigen sei konsequent, da es andernfalls zu Verzerrungen kommen würde. Soweit die Beschwerdeführerin Zuschläge für die besondere Platzierung von Werbespots als „Sonderwerbform“ anspreche, sei festzuhalten, dass der Amtssachverständige diese weder bei der Beschwerdeführerin noch beim ORF, der dies ebenfalls anbiete, berücksichtigt habe. In den ausgewerteten Teletest-Daten seien diese Zuschläge auch beim ORF nicht berücksichtigt. Entgegen der Angaben der Beschwerdeführerin sei auch völlig unklar, welche Werbformen sich hinter den angeführten Sonderwerbformen verbergen und ob diese dem ORF gesetzlich überhaupt offenstehen würden.

Zur verlangten Reduktion des eigenen Gebots aufgrund des Ausschlusses bestimmter kommerzieller Verpflichtungen bringt der Beschwerdegegner vor, dass die Vorgaben der „Invitation to Submit Offers“ eine kommerzielle Einbindung unmissverständlich vorsehen würden, das Gebot daher als Gesamtangebot bewertet werde und eine Reduktion von unbaren Leistungen zu einer Erhöhung von baren Leistungen führen müsse.

Die vorgelegte Stellungnahme von E könne aus Sicht des Beschwerdegegners nichts zur Ermittlung des Sachverhalts beitragen und trete dem Gutachten des Amtssachverständigen nicht auf dem gleichen fachlichen Niveau entgegen. Entgegen dieser Stellungnahme sei in Fernsehmärkten die Nettoreichweite entscheidend, sodass jene Sender, die es schaffen, mit wenigen Spots eine sehr hohe Nettoreichweite (also viele verschiedene Menschen) zu erreichen, diesen Vorteil in Form eines höheren Preises kapitalisieren können. Zusätzliche Qualitätskriterien, die auch kapitalisiert werden könnten, seien das qualitativ bessere Programmumfeld sowie der Einsatz von Werbeblöcken in Programmnähten. Die Aussage, dass bei längerer Werbung mehr Menschen „wegzappen“, sei daher für die Primetime nicht unterscheidungskräftig. Im Übrigen fixiere die „ORF Enterprise“ die Werbepreise unabhängig von Blocklängen, die für Sportübertragungen erst bei Bekanntsein des Programmablaufs festgelegt würden.

## **2. Sachverhalt**

Auf Grund der Beschwerde sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

### **2.1. Zur Beschwerdelegitimation**

Die PULS 4 TV GmbH & Co KG (FN 310081 b beim Handelsgericht Wien) ist aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 02.05.2007, KOA 2.100/07-046, Veranstalterin des über den Satelliten ASTRA 1H 19,2° Ost, Transponder 82, verbreiteten Satellitenfernsehprogramms „PULS 4“. Das Programm wird von der PULS 4 TV GmbH & Co KG aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 16.08.2012, KOA 2.120/12-008, über den Satelliten Astra 19,2° Ost, Transponder 31, 11.671 GHz, Polarisation: horizontal, in HD, aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 04.05.2015, KOA 4.470/15-003, berichtigt mit Bescheid der KommAustria vom 08.05.2015, KOA 4.470/15-004, in HD über die der ORS comm GmbH & Co KG mit Bescheid der KommAustria vom 28.03.2013, KOA 4.270/13-001, zugeordnete Multiplex-Plattform für terrestrischen Rundfunk „MUX F“ sowie in SD im Standard DVB-T2 über die der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG mit Bescheid der KommAustria vom 23.02.2008, KOA 4.200/06-002, geändert mit Bescheid vom

20.04.2015, KOA 4.200/15-013, zugeordnete Multiplex-Plattform für terrestrischen Rundfunk „MUX B (DVB-T2)“ sowie österreichweit in Kabelnetzen weiterverbreitet. Darüber hinaus ist die PULS 4 TV GmbH & Co KG Veranstalterin mehrerer anzeigepflichtiger audiovisueller Mediendienste.

Die PULS 4 TV GmbH & Co KG verfügt für die Saisons 2012/13 bis 2014/15 über exklusive Übertragungsrechte an den Live-Spielen der UEFA Champions League für Österreich und hat zum Erwerb der gegenständlichen Übertragungsrechte an der UEFA Champions League für die Saisons 2015/16 bis 2017/18 gegenüber UEFA/TEAM ein Gebot abgegeben.

## **2.2. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde**

Die von der UEFA mit der Rechtevergabe befasste Agentur TEAM informierte A, der ihr gegenüber im Bieterverfahren betreffend die verfahrensgegenständlichen Übertragungsrechte an den Spielen der UEFA Champions League als Berater sowie Vertreter der Beschwerdeführerin fungierte, am 05.12.2013 dahingehend, dass diese den Zuschlag für die gegenständlichen Übertragungsrechte nicht erhalten habe. Gleichzeitig wurde ihm mitgeteilt, dass der obsiegende Bieter Anfang der darauf folgenden Woche nach Vertragsunterzeichnung öffentlich bekanntgegeben würde.

Am 09.12.2013 informierte der Beschwerdegegner die Öffentlichkeit in Form einer Presseaussendung darüber, dass er die Übertragungsrechte für die UEFA Champions League für die Saisons 2015/16 bis 2017/18 erworben hat.

Vor der genannten Presseaussendung fand am Vormittag des 09.12.2013 ein Telefongespräch zwischen dem Geschäftsführer der Beschwerdeführerin Mag. Markus Breitenecker und dem Kaufmännischen Direktor des ORF Mag. Richard Grasl statt, in dem Mag. Breitenecker aufgrund der Vermutung, dass der Beschwerdegegner die Rechte erworben habe, Mag. Grasl für den Fall, dass PULS das Rechtepakete A2 erworben hat, einen Vorschlag zur gemeinsamen Kommunikation dieses Rechteerwerbs machte.

Nicht festgestellt werden konnte, dass die Organe der Beschwerdeführerin bereits vor dem 09.12.2013 gesicherte Kenntnis vom Rechteerwerb durch den Beschwerdegegner hatten. Insbesondere konnte nicht festgestellt werden, dass der Erwerb der gegenständlichen Übertragungsrechte durch den Beschwerdegegner bereits am 03.12.2013 Thema eines Gesprächs zwischen dem Geschäftsführer der Beschwerdeführerin und einem „Mitglied der ORF-Geschäftsführung“ gewesen wäre.

## **2.3. Zum Inhalt der abgegebenen Gebote**

Die Übertragungsrechte für Österreich für die Spiele UEFA Champions League in den Saisons 2015/16 bis 2017/18 wurden von der Agentur TEAM Marketing AG (TEAM) für die UEFA vergeben. Für die Rechte für Österreich haben die Fernsehveranstalter C Gesellschaft, PULS 4 TV GmbH & Co KG (Beschwerdeführerin) und ORF (Beschwerdegegner) Gebote abgegeben.

Die Rechte wurden von TEAM im Rahmen der an die interessierten Fernsehveranstalter übermittelten, in englischer Sprache gehaltenen „Invitation to Submit Offers“ (ISO) in unterschiedlichen Paketen angeboten. Das Paket A1 beinhaltet jeweils ein Live-Spiel pro Spielrunde nach Wahl („first pick“). Dabei besteht im Fall der Beteiligung einer österreichischen Mannschaft die Wahl auch hinsichtlich des Wochentags (Dienstag oder Mittwoch), wodurch jeweils deren Spiel übertragen werden kann („follow your team“). Das Paket A1 beinhaltet als einziges Paket das Recht zur Übertragung des Finalspiels. Daneben beinhaltet das Paket A1 das Recht (und die Verpflichtung) zur Ausstrahlung von Highlights von bis zu vier Spielen im Anschluss an das Live-Spiel im Umfang von maximal vier Minuten pro Spiel und maximal zehn Minuten insgesamt („limited highlights“).

Der das Paket A1 erwerbende Fernsehveranstalter hat die Verpflichtung, als „Host Broadcaster“ für Spiele österreichischer Teilnehmer aufzutreten und als solcher die Übertragung nach definierten Vorgaben zu produzieren und der UEFA bzw. den übrigen Rechteinhabern zur Verfügung zu stellen.

Darüber hinaus wurden – soweit für das gegenständliche Verfahren von Interesse – ein Paket A2, das ebenfalls eine Live-Übertragung pro Runde („second pick“) zuzüglich „limited highlights“ beinhaltet (nicht aber Finale und Supercup sowie das jeweils vom Rechteinhaber des Pakets A1 gewählte Spiel), sowie die Pakete C1 („Tuesday Highlights“) und C2 („Wednesday Highlights“) angeboten. Die Pakete C1 und C2 berechtigen (und verpflichten) zur Ausstrahlung einer Highlight-Sendung vom jeweiligen Spieltag (Dienstag oder Mittwoch), wobei deren Beginnzeit (frühestens 22:45 Uhr), Dauer (mindestens 24 Minuten) und Inhalt (Berichte über sämtliche Spiele des jeweiligen Spieltags) vorgegeben sind.

Die „Invitation to Submit Offers“ enthält umfangreiche Vorgaben zur Übertragung (Dauer und Inhalt, Einschränkungen der kommerziellen Verwertung, Vorgaben zur Ausstrahlung von Magazin-Programmen, Logos, Sponsorhinweisen und Trailern), zur Tätigkeit des Host-Broadcasters, insbesondere den technischen Produktions- und Übertragungsstandards, sowie zu den Zahlungsbedingungen. Sämtliche dieser Vorgaben können von den Fernsehveranstaltern bei Abgabe ihrer Gebote abgeändert bzw. eingeschränkt werden, wobei diese Einschränkungen bei der Bewertung der abgegebenen Gebote durch TEAM berücksichtigt werden und somit allenfalls den Wert des jeweiligen Gebots schmälern.

Die Abgabe der Gebote gegenüber TEAM erfolgte über ein standardisiertes Verfahren, wonach neben der Angabe der Pakete, auf die geboten wurde, sowie des dafür gebotenen Preises, vom Fernsehveranstalter jeweils anzugeben war, ob ein Paket „exklusiv“ oder „ko-exklusiv“ erworben werden soll. Im Fall des exklusiven Erwerbs können von UEFA/TEAM keinem weiteren Free-TV-Anbieter Rechte am Inhalt des jeweiligen Pakets, also etwa im Fall des Pakets A1 das Recht zur Live-Übertragung eines Spiels eines österreichischen Teams oder des sonstigen „first pick“, gewährt werden. Die Vergabe von Pay-TV Rechten wird aber dadurch nicht ausgeschlossen.

Der Beschwerdegegner hat für das Paket A1 auf exklusiver Basis einen Preis von EUR xx Mio. für die Saison 2015/16, EUR xx Mio. für die Saison 2016/17 und EUR xx Mio. für die Saison 2017/18 (insgesamt somit EUR xx Mio.) geboten. Erwerb auf exklusiver Basis bedeutet in diesem Fall, dass weitere Free-TV-Veranstalter vom Paket A1 ausgeschlossen sind, Übertragungsrechte für dieselben Spiele aber parallel an Pay-TV-Anbieter vergeben werden können. Für den Fall der Vergabe des Pakets A2 an einen anderen Free-TV-Veranstalter wurde seitens des Beschwerdegegners ein bedingter Preisabschlag hinsichtlich seines Gebots für das Paket A1 vorgesehen. Der Beschwerdegegner hat kein Gebot für die Pakete C1 und C2 abgegeben. Diese waren für den Beschwerdegegner nicht von Interesse, da die Möglichkeit zur Highlight-Berichterstattung in eingeschränktem Umfang bereits im Paket A1 enthalten ist und man sich von den Paketen C1 und C2 daher – aufgrund der dafür bestehenden Vorgaben (Verpflichtung zur Gestaltung einer Sendung mit vorgegebener Dauer und zu einer vergleichsweise späten Sendezeit, Verpflichtung zur Ausstrahlung von Highlights sämtlicher Spiele des jeweiligen Tages) – keinen Mehrwert versprochen hat.

Die Ausgestaltung der Rechtepakete zur Highlight-Berichterstattung weicht von jener für die Lizenzperiode 2012/13 bis 2014/15 ab, in der die Beschwerdeführerin die Spiele der UEFA Champions League für Österreich exklusiv überträgt. Die Beschwerdeführerin als Rechteinhaberin für diesen Zeitraum hat hierfür ein Paket betreffend die Übertragung der Live-Spiele und eines für die Highlight-Berichterstattung der übrigen Spiele erworben, wobei im Paket für die Live-Spiele keine (etwa mit den „Limited Highlights“ für die verfahrensgegenständliche Lizenzperiode vergleichbare) Rechte für Highlights enthalten waren.

Neben dem Beschwerdegegner haben auch die Beschwerdeführerin und die C Gesellschaft Gebote für die Free-TV-Rechte an der UEFA Champions League für die Saisonen 2015/16 bis 2017/18 abgegeben, wobei das Gebot der C Gesellschaft das höchste eines privaten

Fernsehveranstalters (und damit insgesamt das zweithöchste nach jenem des Beschwerdegegners) war.

Die Beschwerdeführerin hat für das Paket A1 einen Preis von EUR xx Mio. pro Saison (2015/16 bis 2017/18) geboten. Dies ebenfalls auf exklusiver Basis hinsichtlich Free-TV ohne Ausschluss der Verwertung im Pay-TV. Das Gebot hätte also die gleichzeitige Ausstrahlung des von der Beschwerdeführerin gezeigten Live-Spiels im (österreichischen) Pay-TV, nicht aber durch einen anderen (österreichischen) Free-TV-Veranstalter ermöglicht. Der Erwerb der Pakete A2, C1 und C2 durch andere Fernsehveranstalter wurde von der Beschwerdeführerin nicht ausgeschlossen. Für die Pakete C1 und C2 wurden EUR xx pro Saison geboten. Für den Fall der Vergabe des Pakets A2 an einen anderen Free-TV-Veranstalter wurde wie vom Beschwerdegegner ein Preisabschlag hinsichtlich des Gebots für A1 vorgesehen.

Dem gegenüber hat die Beschwerdeführerin für die Lizenzperiode 2012/13 bis 2014/15 einen Preis von EUR xx Mio. pro Saison für die Live-Spiele (zuzüglich jeweils EUR xx für zwei Highlights-Pakete) bezahlt.

Die C Gesellschaft hat ein Gebot für die Pakete A1 sowie C1 und C2 abgegeben und dafür einen Gesamtpreis von EUR xx Mio. für die Saison 2015/16, EUR xx Mio. für die Saison 2016/17 und EUR xx Mio. für die Saison 2017/18, in Summe also EUR xx Mio. geboten, wobei durch das Gebot für A1 andere Free-TV-Anbieter ausgeschlossen werden sollten, andere Pay-TV-Anbieter jedoch nicht. Das Gebot erfolgte also wie im Fall von Beschwerdeführerin und Beschwerdegegner auf exklusiver Basis hinsichtlich Free-TV und ko-exklusiv gegenüber Pay-TV. Für die Rechtepakete C1 und C2 allein (also ohne das Paket A1) wurde nicht geboten. In der Gesamtsicht – also innerhalb des Gesamtgebotes – hat die C Gesellschaft den Paketen C1 und C2 keinen bzw. kaum eigenständigen Wert beigemessen, sondern ist vielmehr davon ausgegangen, dass die Ausstrahlung der ausführlichen Highlights auf Basis der Pakete C1 und C2 ihr primär auf das Paket A1 gerichtetes Gebot aufwertet, da dadurch dem Produkt UEFA Champions League im Programm von C mehr Präsenz eingeräumt wird.

Der Beschwerdegegner hat die Rechte an der UEFA Champions League für die Saisonen 2015/16 bis 2017/18 im dargestellten Umfang und um den oben genannten Preis erworben. Die Beschwerdeführerin und die C Gesellschaft waren mit ihren Geboten nicht erfolgreich. Daneben wird „Sky Sport Austria“ der Sky Österreich Fernsehen GmbH (wie auch schon in den Saisonen 2012/13 bis 2014/15) sämtliche Spiele der UEFA Champions League in den Saisonen 2015/16 bis 2017/18 in Österreich im Pay-TV ausstrahlen. Der vom Beschwerdeführer vorgesehene Abschlag für den Fall der Vergabe des Pakets A2 an einen Free-TV-Anbieter ist nicht schlagend geworden.

Nicht festgestellt werden konnte, dass in den Geboten des Beschwerdegegners und der C Gesellschaft substanzielle Änderungen der in der „Invitation to Submit Offers“ vorgegebenen Zahlungsbedingungen vorgesehen wurden, vielmehr ist C bei seinem Gebot von dem in der „Invitation to Submit Offers“ vorgesehenen Zahlungsplan ausgegangen. Auch konnte – mangels Konkretisierung – nicht festgestellt werden, dass Zu- oder Abschläge zu den abgegebenen Geboten (etwa im Hinblick auf den teilweisen Ausschluss kommerzieller Verpflichtungen) vorgenommen bzw. angeboten wurden, womit die Vergleichbarkeit der festgestellten Gebote gegeben ist.

#### **2.4. Zur Abgabe des Gebots durch den Beschwerdegegner**

Das Gebot zum Erwerb der gegenständlichen Übertragungsrechte wurde für den Beschwerdegegner durch den Generaldirektor abgegeben. Eine vorherige Zustimmung des Stiftungsrates wurde nicht eingeholt.

## 2.5. Zur Höhe des maximalen wettbewerbsneutralen Gebots

Zum Produkt Übertragungsrechte an der UEFA Champions League existieren kaum vergleichbare Produkte, womit diese Premium-Sport-Übertragungen für Veranstalter schwer austauschbar sind. Die Nachfrager nach nationalen Übertragungsrechten sind wenige private Veranstalter sowie der öffentlich-rechtliche Österreichische Rundfunk.

Unter den in diesem Fall vorliegenden besonderen Charakteristika des Produktes, des Marktes und des Vergabeverfahrens können Methoden zur Ermittlung eines Wettbewerbspreises (z.B. kostenbasierte Verfahren, Benchmarking oder die Analyse von Zeitreihen), wie sie in anderen Marktconstellations üblicherweise verwendet werden, nicht zur Anwendung kommen. Im speziellen Fall der UEFA Champions League Übertragungsrechte wird der Marktpreis ausschließlich über nachfrageseitige Gebote in einem auktionenähnlichen Vergabeverfahren bestimmt. Wären im Vergabeverfahren ausschließlich miteinander vergleichbare private Nachfrager beteiligt, würde das reale Auktionsergebnis einem nachfrageseitigen Wettbewerbspreis entsprechen.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren treten einerseits private Nachfrager und andererseits der öffentlich-rechtliche Nachfrager als Bieter auf. In einer solchen Nachfragerconstellation stellt sich ex-post die Frage, ob ein öffentlich-rechtlicher Anbieter Mittel aus der privilegierten Finanzierung herangezogen hat, um über einen Wettbewerbspreis, der ausschließlich auf Entscheidungsparametern privater Bieter basiert, mit seinem eigenen Gebot hinauszugehen. Um diese Frage beantworten zu können, muss als Referenzwert der maximale Wettbewerbspreis bekannt sein, der aufgrund der Entscheidungsparameter privater Bieter in diesem Vergabeverfahren gerechtfertigt sein kann. Dieser Wettbewerbspreis wird im Rahmen einer Simulation anhand objektiver und nachvollziehbarer Kriterien berechnet.

Das höchste reale private Gebot stellt den Bezugspunkt dar, in welchem anzunehmen ist, dass in die Entscheidung zur Festlegung dieser konkreten Gebotshöhe alle üblichen Entscheidungsparameter von privaten Bietern eingeflossen sind und daher dieser Wert nicht durch öffentlich-rechtliche Entscheidungskriterien wettbewerbslich verzerrt sein kann. Die simulierte Gebotshöhe basiert auf dem gerade genannten Referenzwert, berücksichtigt aber innerhalb der Entscheidungsparameter von privaten Bietern die Möglichkeit, vom tatsächlichen Höchstgebot abweichende Annahmen im Bereich einer höheren relativen Reichweite sowie eines höheren relativen Werbetarifniveaus im Umfeld der UEFA Champions League Übertragungen zu treffen.

Mittels einer Simulation kann unter der Annahme plausibilisierter Werte für Unterschiede in Reichweiten und Werbetarifniveau ein maximaler Zuschlag auf das höchste reale private Gebot berechnet werden. Aus rein wettbewerbsökonomischer Sicht stellt dieser berechnete Wettbewerbspreis den maximalen Preis dar, der unter Anwendung der üblichen Entscheidungsparameter von privaten Bietern im konkreten Fall gerechtfertigt sein kann. Die Berechnungen für den Wettbewerbspreis wurden mit den empirisch beim ORF relativ zum Markt vorliegenden Größenordnungen der Parameter Reichweite und Werbetarifniveau im Umfeld der UEFA Champions League Übertragungen durchgeführt. Die Simulation ergibt einen möglichen maximalen prozentuellen Zuschlag auf das höchste tatsächlich abgegebene private Gebot in einer Höhe von 17,5 % bis 24,1 %.

Weitere, im Rahmen des Ergänzungsgutachtens aufgrund von Vollerhebungen der AGTT (Arbeitsgemeinschaft Teletest) berechnete Szenarien, für die die Durchschnittstarife für Übertragungen von Spielen der UEFA Europa League bzw. UEFA Champions League auf PULS 4 bzw. ORF eins in unterschiedlichen Saisonen herangezogen wurden, führen zu einem maximalen Zuschlag auf das höchste tatsächlich abgegebene private Gebot in der Höhe von 21,1 %, 18,2 % und 30,5 %.

## **2.6. Zu den behaupteten Geheimhaltungsinteressen**

Die Beschwerdeführerin machte in der Beschwerde Angaben zur Höhe des von ihr für die gegenständlichen Übertragungsrechte abgegebenen Gebots sowie zum Preis, zu dem sie die Übertragungsrechte an der UEFA Champions League für die Saisons 2012/13 bis 2014/15 erworben hat, legte gleichzeitig eine um diese Informationen geschwärzte Version der Beschwerde vor und beantragte, dem Beschwerdegegner nur die „nicht vertrauliche“ Version der Beschwerde zu übermitteln, bzw. die „vertrauliche“ Version gemäß § 17 Abs. 3 AVG von der Akteneinsicht auszunehmen.

Der Beschwerdegegner verweist im Hinblick auf mit seinem Gebot verbundene Informationen ebenfalls auf das Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, weil die Kenntnis seines genauen Bietverhaltens wie auch die Kenntnis der diesbezüglich vorgelagerten Prozesse es der Beschwerdeführerin ermögliche, bei zukünftigen Ausschreibungen von Übertragungsrechten treffsicherere und erfolgreichere Gebote abgeben zu können. Gestützt auf diese Argumentation legte der Beschwerdegegner Unterlagen „nur für die Behörde“ vor bzw. beantragte, diese von der Akteneinsicht auszunehmen, und zwar einerseits mit seinem Schreiben vom 13.06.2014 („Konzept des ORF über die Kriterien für die Sendeauswahl sowie über die Evaluierung von ORF Sport-Produktionen“, „Management Info zur UCL-Ausschreibung 2015-2018“) und andererseits mit Schreiben vom 23.12.2014 („Ausschnitt aus dem ORF-UEFA Vertrag zum Erwerb der Übertragungsrechte für die UEFA Champions League“).

Sämtliche Akteninhalte – also auch diejenigen, auf die sich die dargestellten Anträge der Beschwerdeführerin und des Beschwerdegegners auf Ausnahme von der Akteneinsicht bezogen – wurden der jeweils anderen Verfahrenspartei von der KommAustria zur Kenntnis gebracht.

## **3. Beweiswürdigung**

### **3.1. Zur Beschwerdelegitimation**

Die Feststellung zur Tätigkeit der Beschwerdeführerin als Veranstalterin eines terrestrisch und über Satellit verbreiteten Fernsehprogramms sowie von anzeigepflichtigen audiovisuellen Mediendiensten beruht auf den zitierten Bescheiden und den zugrunde liegenden Akten der KommAustria.

### **3.2. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde**

Die Feststellung, wonach der Beschwerdegegner die Öffentlichkeit am 09.12.2013 durch eine Presseaussendung darüber informierte, dass er die Übertragungsrechte für die Saisons 2015/16 bis 2017/18 erworben habe, beruht auf den übereinstimmenden Angaben der Verfahrensparteien in ihren Schriftsätzen sowie der der Beschwerde beigelegten APA-OTS-Meldung „UEFA Champions League ab 2015 wieder im ORF“ von diesem Tag.

Die Feststellung, wonach die Beschwerdeführerin von der Agentur TEAM am 05.12.2013, nur über die Erfolglosigkeit ihres eigenen Gebotes im Bieterverfahren, nicht aber von der Vergabe des Rechtepakets A1 an den Beschwerdegegner informiert wurde, beruht auf ihrem nachvollziehbaren Vorbringen und den glaubwürdigen Angaben ihres Vertreters A in einer mündlichen Verhandlung vor der KommAustria am 14.07.2014, die sich auch mit den Verschwiegenheitspflichten der Agentur TEAM gegenüber den teilnehmenden Bietern im gegenständlichen Bieterverfahren in Übereinstimmung bringen lassen.

Dass die Beschwerdeführerin – bzw. deren vertretungsbefugte Organe – bereits vor dem 09.12.2013 Kenntnis vom gegenständlichen Rechteerwerb durch den Beschwerdegegner

hatten, konnte somit – entgegen der Behauptung des Beschwerdegegners im Verfahren – aus folgenden Gründen nicht festgestellt werden:

Der Beschwerdegegner bringt vor, die Beschwerdeführerin habe bereits vor dem 09.12.2013 Kenntnis vom Rechteerwerb durch den ORF gehabt, und behauptet dazu, diese sei „bereits vor dem 9.12.2013 von TEAM direkt mündlich über die Erfolglosigkeit ihres Gebots bzw vom Rechteerwerb des ORF [...] informiert“ worden. Er begründet dies mit der strikten Einhaltung von Verpflichtungen und Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs bei Vergaben hochwertiger Sportrechte. Dem gegenüber bringt die Beschwerdeführerin vor, sie habe im Rahmen von Kontakten vor dem 09.12.2013 eben nicht vom Rechteerwerb durch den Beschwerdegegner, sondern lediglich von der Erfolglosigkeit des eigenen Gebotes erfahren, und verweist dazu auf die Vertraulichkeitsregeln in den Ausschreibungsbedingungen für die gegenständlichen Rechte. Entgegen der Behauptung des Beschwerdegegners entspreche es vielmehr den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs, die Information Dritter und der Öffentlichkeit über das erfolgreiche Gebot dem Erwerber der Rechte zu überlassen.

In diesem Zusammenhang war das Vorbringen der Beschwerdeführerin als glaubwürdig anzusehen, weil damit sowohl der Inhalt der Ausschreibungsbedingungen hinsichtlich der geforderten Verschwiegenheit („Invitation to Submit Offers“, Punkt 13.12 des Appendix, S. 25) als auch die Aussagen des Zeugen A in der mündlichen Verhandlung sowie die Angaben von TEAM in Übereinstimmung zu bringen sind. TEAM hat hierzu auf Frage der KommAustria mit Schreiben vom 08.07.2014 angegeben, dass PULS 4 am 05.12.2013 über die Erfolglosigkeit des eigenen Gebots informiert worden sei, nicht allerdings über die Identität des erfolgreichen Bieters, zumal es noch zu keiner Vertragsunterzeichnung gekommen sei. Dem entspricht die Aussage von A, Vertreter der Beschwerdeführerin gegenüber TEAM, als Zeuge, wonach er von TEAM am 05.12.2013 darauf hingewiesen worden sei, dass die entsprechenden Verträge erst in der darauffolgenden Woche unterschrieben würden und der erfolgreiche Bieter erst dann veröffentlicht würde.

Soweit der Beschwerdegegner darauf verweist, dass es bei professionellen Sportverbänden und Agenturen (im gegenständlichen Fall UEFA und TEAM) üblich sei, alle Verpflichtungen und Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs strikt einzuhalten, spricht dies – ausgehend von den Angaben von TEAM und den in der „Invitation to Submit Offers“ angeführten Verschwiegenheitspflichten – somit gerade für die Behauptungen der Beschwerdeführerin, wonach es üblich sei und im konkreten Fall auch so gehandhabt wurde, es ausdrücklich dem erfolgreichen Bieter zu überlassen, über den Erwerb der Rechte zu informieren. Das Vorbringen des Beschwerdegegners erschließt sich der KommAustria vor diesem Hintergrund nicht. Dass entsprechende Verschwiegenheitsverpflichtungen seitens TEAM gebrochen worden seien, behauptet er eben gerade nicht. Das bedeutet aber bei mehr als zwei (möglichen) Bietern, dass die Beschwerdeführerin vor dem 09.12.2013 zwar allenfalls eine Vermutung, aber keine „Kenntnis“ vom Rechteerwerb durch den Beschwerdegegner hatte.

In Übereinstimmung damit führte der Berater der Beschwerdeführerin in Sachen Sportrechte, A, in der mündlichen Verhandlung vor der KommAustria als Zeuge nachvollziehbar aus, dass er am 05.12.2013 von TEAM (lediglich) darüber informiert worden sei, dass PULS 4 das Rechtepakett A1 nicht bekommen habe, und dass der obsiegende Bieter Anfang der darauf folgenden Woche bekanntgegeben würde. Die Angaben des Zeugen erscheinen der KommAustria insgesamt nachvollziehbar, wenn dieser etwa auch ausführt, dass ihm die Vorgehensweise, vor Unterzeichnung des Vertrages keine Angaben zum Rechteerwerber zu machen, aus anderen Verfahren bekannt war, oder dass man zwar konkrete Vorstellungen über die weiteren Bieter gehabt und Vermutungen angestellt habe, dass der ORF der erfolgreiche Bieter gewesen sei, aber eben keine gesicherte Kenntnis davon gehabt habe. Auch die weiteren Angaben des Zeugen, wonach es durchaus realistisch gewesen sei, dass es auch andere Bieter als den ORF gegeben habe, und dass man etwa B ebenfalls die

finanzielle Potenz zugetraut habe, um die Rechte zu erwerben, erscheinen durchaus nachvollziehbar und wurden vom Beschwerdegegner auch nicht in Frage gestellt.

Soweit der Beschwerdegegner in seiner Stellungnahme vom 13.06.2014 auf ein von der Geschäftsführung der Beschwerdeführerin ausgehendes Gespräch mit einem Mitglied der ORF-Geschäftsführung betreffend eine „akkordierte Vorgehensweise“ vom 03.12.2013 verweist, ist in der mündlichen Verhandlung hervorgekommen, dass damit offenbar ein Gespräch (erst) vom 09.12.2013, wenn auch vor der Presseaussendung des ORF betreffend den Rechteerwerb, zwischen dem Kaufmännischen Direktor des ORF, Mag. Richard Grasl, und dem Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, Mag. Markus Breitenecker, gemeint war. Nach übereinstimmenden Angaben der beiden Gesprächsteilnehmer in der Verhandlung vor der KommAustria vom 14.07.2014 war Thema des – von Mag. Breitenecker gesuchten – Gesprächs der Wunsch von PULS 4 nach einer gemeinsamen Kommunikationsstrategie über den Rechteerwerb. Aufgrund der Angaben in der Verhandlung, wonach das betreffende Gespräch nicht am 03.12.2013, sondern erst am 09.12.2013 stattgefunden hat, verbleibt vom Vorbringen des Beschwerdegegners, die Beschwerdeführerin habe jedenfalls vor dem 09.12.2013 Kenntnis vom Rechteerwerb des Beschwerdegegners gehabt, nur noch der in der Verhandlung geäußerte Eindruck von Mag. Grasl aus diesem Telefonat, dass die Beschwerdeführerin „schon länger“ Kenntnis vom Erwerb der Rechte durch den ORF gehabt habe. Insgesamt reicht aber auch diese Aussage aus Sicht der KommAustria nicht für eine Feststellung dahingehend aus, dass die Beschwerdeführerin bereits vor dem 09.12.2013 Kenntnis vom Rechteerwerb durch den Beschwerdegegner hatte, zumal dieser „Eindruck“ von Mag. Grasl nicht näher spezifiziert wurde und somit auch darin kein konkreter Hinweis auf eine Verletzung der oben dargestellten Verschwiegenheitspflichten von TEAM zu erkennen ist. Dem gegenüber stellt sich die Erklärung von Mag. Breitenecker, wonach er hinsichtlich der Abstimmung der Pressekommunikation zuerst beim ORF angerufen habe, weil man einen Rechteerwerb durch den ORF für das wahrscheinlichste Szenario gehalten habe, und dies durch den Inhalt des Gespräches endgültig ersichtlich geworden sei, vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen zum Zeitpunkt der Kenntnis der Beschwerdeführerin über den Rechteerwerb plausibel dar. Weiters scheint auch ein Irrtum über den Zeitpunkt des betreffenden Gesprächs ausgeschlossen, da der Kaufmännische Direktor Mag. Grasl dazu in der Verhandlung nachvollziehbar angab, er könne sich deshalb daran erinnern, dass dieses am Vormittag des 09.12.2013 stattgefunden habe, weil an diesem Tag der Finanzausschuss (des Stiftungsrates des ORF) getagt habe. Dies wiederum ist mit dem im Akt befindlichen Protokoll, wonach eine derartige Sitzung am Nachmittag des 09.12.2013 stattgefunden hat, in Übereinstimmung zu bringen.

Ausgehend von den übereinstimmenden Angaben in der mündlichen Verhandlung, wonach das – im vorangegangenen Schriftsatz des Beschwerdegegners mit 03.12.2013 datierte – Telefonat zwar vor der Presseaussendung durch den ORF, jedoch (erst) am 09.12.2013 stattfand, ist somit jedenfalls nicht hervorgekommen, dass die Beschwerdeführerin vor diesem Tag durch den Beschwerdegegner von dessen Rechteerwerb erfahren habe, selbst wenn der Erwerb der Rechte durch den ORF für Mag. Breitenecker – wie in der mündlichen Verhandlung vom 14.07.2014 ausgeführt – vor diesem Gespräch wahrscheinlich erschienen und im Rahmen des Telefonats endgültig ersichtlich geworden sein sollte. Nachdem die Beschwerdeführerin zudem nachvollziehbar dargestellt hat, dass sie auch von der vergebenden Agentur TEAM über den Ausgang des Bieterverfahrens nur im Hinblick auf das eigene Gebot, nicht jedoch hinsichtlich des siegreichen Bieters informiert wurde (siehe bereits oben), kann von einer gesicherten Kenntnis vom Rechteerwerb des Beschwerdegegners vor dem 09.12.2013 nicht ausgegangen werden, zumal auch der Beschwerdegegner an anderer Stelle seines Vorbringens – und in Übereinstimmung mit den Angaben der TEAM Marketing AG – auf die Beteiligung zumindest eines weiteren konkurrenzfähigen Bieters verweist.

### 3.3. Zum Inhalt der abgegebenen Gebote

Die Feststellungen zur Ausgestaltung des Bieterprozesses, zum Inhalt der Rechtepakete und zu den für die Bieter bestehenden Vorgaben sowie der Möglichkeit, diese abzuändern, beruhen auf der „Invitation to Submit Offers“ in Zusammenschau mit den insoweit übereinstimmenden Angaben der Parteien im Verfahren.

Die Feststellungen, wonach die Ausgestaltung der Rechtepakete für die Highlights-Berichterstattung von jener in der vergangenen Lizenzperiode insofern abweicht, als im Fall der gegenständlichen Übertragungsrechte im Gegensatz zu jenen für die Saisonen 2012/13 bis 2014/15 das Recht zur Ausstrahlung sogenannter „Limited Highlights“ vom Paket A1 umfasst ist, zum Umfang der „Limited Highlights“ sowie zu den sich aus den Paketen C1 und C2 ergebenden Verpflichtungen beruhen auf der nachvollziehbaren Darstellung des im ORF mit dem Erwerb von Sportrechten befassten Mag. G in der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2015, der die Beschwerdeführerin insofern nicht widersprochen hat.

Die Feststellung, wonach neben dem Beschwerdegegner (nur) die C Gesellschaft und die Beschwerdeführerin Gebote für die Free-TV-Rechte an der UEFA Champions League für die Saisonen 2015/16 bis 2017/18 abgegeben haben und damit – ausgehend von den festgestellten Geboten dieser Veranstalter – das Gebot der C Gesellschaft das höchste Gebot eines privaten Fernsehveranstalters darstellt, beruht auf den Angaben von TEAM, der Befragung der B Gesellschaft, den Angaben der Verfahrensparteien und der Einvernahme des Zeugen D am 11.02.2015.

In diesem Zusammenhang hat TEAM auf schriftliche Anfrage der KommAustria mit Schreiben vom 08.07.2014 angegeben, dass *„neben dem ORF und Puls4 [...] mindestens noch ein anderer Free-to-Air-Sender ein Angebot für A1 abgegeben [hat]“*, man aber aufgrund der gegenüber allen teilnehmenden Bietern bestehenden Verschwiegenheitsverpflichtung keine Angaben zur Identität des Bieters sowie zur Höhe von dessen Gebot machen könne, das Gebot jedoch deutlich höher als jenes der Beschwerdeführerin ausgefallen sei. In einem weiteren Schreiben vom 25.11.2014 hat TEAM unter Bezugnahme auf das obige Schreiben nochmals darauf hingewiesen, dass *„noch ein anderer Free-to-Air Sender ein Angebot für das Paket A1 abgegeben hatte“*. Schon diese Formulierung legt nahe, dass es sich – ungeachtet jener im ersten Schreiben (*„mindestens noch ein anderer Free-to-Air-Sender“*) – tatsächlich nur um einen einzigen weiteren Bieter gehandelt hat. Nach Übermittlung des Gutachtens des Amtssachverständigen wurde aber von der KommAustria neben der C Gesellschaft auch die B Gesellschaft zur Höhe eines allfälligen Gebotes befragt, diese hat dazu aber mit Schreiben vom 25.11.2014 angegeben, kein Gebot für die gegenständlichen Rechte abgegeben zu haben. Weitere Fernsehveranstalter, die auf dem österreichischen (Free-)TV-Markt tätig sind, ein Interesse hätten, verfahrensgegenständliche Übertragungsrechte zu erwerben und über die entsprechenden finanziellen Mittel verfügen, sodass ausgehend von den Angaben von TEAM die Abgabe eines konkurrenzfähigen Gebots (TEAM: *„deutlich höher [...] als das Gebot von Puls 4“*) für die gegenständlichen Übertragungsrechte nahe liegen würde, bestehen nach der Einschätzung der KommAustria nicht. Auch die Beschwerdeführerin selbst ist offenbar (nur) von „B“ (der B Gesellschaft) als weiterer potenzieller Konkurrenz auf dem Free-TV-Markt ausgegangen. In diesem Zusammenhang hat ihr Berater (und Vertreter im Verfahren um die Rechtevergabe) A in der mündlichen Verhandlung vom 14.07.2014 zur Frage der Kenntnis vom Zuschlag an den ORF angegeben, er habe zum Zeitpunkt der Information über die Erfolglosigkeit des eigenen Gebots durch TEAM zwar keine konkrete Kenntnis über die beteiligten Bieter gehabt, aber doch konkrete Vorstellungen, wonach „B“ und „C“ im Gespräch gewesen seien oder allenfalls „Sky“ als Pay-TV-Anbieter sämtliche Rechte erworben haben könnte, was in der Vergangenheit schon vorgekommen sei. Für die Abgabe eines Gebots durch einen Marktteilnehmer, der bislang noch nicht als Fernsehveranstalter in Österreich tätig ist, besteht nach den im Verfahren getätigten Angaben kein Hinweis. Aufgrund dieser Erwägungen besteht somit kein Grund daran zu zweifeln, dass es sich bei dem der KommAustria bekannten Gebot der C Gesellschaft um das höchste Gebot eines privaten Fernsehveranstalters handelt.

Die Feststellungen zu den von der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner abgegebenen Geboten ergeben sich aus deren Angaben im Verfahren (in der Beschwerde bzw. im Rahmen der Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 23.12.2014) und sind hinsichtlich ihrer Höhe unstrittig. Umstritten blieb zwischen den Verfahrensparteien, ob sich die Gebote der C Gesellschaft und des Beschwerdegegners – insbesondere im Hinblick auf die geforderte Exklusivität – auf denselben Rechteleumfang beziehen und ob den Rechten für die Pakete C1 und C2 im Rahmen des Gebots der C Gesellschaft ein eigenständiger Wert zukommt.

Die Feststellungen zur Höhe des Gebots der C Gesellschaft ergeben sich aus deren (in Beantwortung einer entsprechenden Anfrage der KommAustria ergangenen) schriftlicher Stellungnahme vom 26.11.2014, dem E-Mail von H vom 16.12.2014 sowie der Einvernahme ihres Geschäftsführers D als Zeuge durch die KommAustria.

Die Feststellung, wonach das Gebot der C Gesellschaft für das Paket A1 hinsichtlich der Exklusivität der Rechte jenem von Beschwerdeführerin und Beschwerdegegner entspricht, also mit dem Gebot für das Paket A1 weitere Free-TV-Veranstalter von den von diesem Paket beinhalteten Rechten ausgeschlossen werden sollten, Pay-TV-Anbieter jedoch nicht, ergibt sich aus den für die KommAustria insoweit unzweifelhaften Angaben ihres Geschäftsführers D als Zeuge. Diese sind schon deshalb nachvollziehbar, als es notorisch ist, dass zahlreiche Fußballübertragungen – darunter auch die UEFA Champions League in der Periode 2012/13 bis 2014/15 sowie wiederum in der Periode 2015/16 bis 2017/18 – parallel in Free-TV und Pay-TV gezeigt werden, Sportübertragungen eine wichtige Geschäftsgrundlage für Veranstalter von Pay-TV darstellen und davon ausgehend – insbesondere auch aufgrund des gebotenen Betrages – keine Hinweise bestehen, dass das Gebot der C Gesellschaft für die gegenständlichen Rechte ein Abgehen der Rechteinhaberin von dieser Parallelität vorausgesetzt hätte. Zwar könnte die Formulierung von Geschäftsführer D im Vernehmungsprotokoll („Für die Pay-TV Rechte wurde nicht geboten.“) wörtlich auch dahingehend verstanden werden, dass damit (nur) ausgesagt werden sollte, dass die C Gesellschaft anlässlich der Vergabe der gegenständlichen Rechte kein eigenes Pay-TV-Angebot plant. Dies erscheint aber einerseits schon aufgrund der Gepflogenheiten beim Rechteerwerb ausgeschlossen, da der Umstand, dass ein langjähriger Veranstalter von (ausschließlich) Free-TV auch angesichts der Vergabe der UEFA Champions League-Rechte für 2015/16 bis 2017/18 kein zusätzliches Pay-TV-Angebot plant, keiner gesonderten Betonung bedarf. Weiters ist zu bedenken, dass sich die Befragung des Zeugen D ausdrücklich auf das Gebot der C Gesellschaft im gegenständlichen Verfahren zur Rechtevergabe bezogen hat, das in Konkurrenz zu jenen von Beschwerdeführerin und Beschwerdegegner (also weiterer Free-TV-Anbieter) abgegeben wurde. Weiters ist darauf hinzuweisen, dass auch die Beschwerdeführerin selbst in ihrem Anbot an TEAM bei der Sparte „Exklusivität“ keine weitere Einschränkung vorgenommen hat, aber im Rahmen des Verfahrens klargestellt hat, dass es sich hierbei um Exklusivität hinsichtlich der Free-TV-Rechte handelt. Dies spricht dafür, dass die Beschwerdeführerin selbst davon ausgegangen ist, dass von der Bezeichnung „exklusiv“ lediglich die Free-TV-Rechte (und nicht auch die Pay-TV-Rechte) erfasst sind. Auch die Angaben von Mag. G in der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2015 sprechen dafür, dass die Gepflogenheiten von Free-TV Veranstaltern beim Rechteerwerb für Fußballübertragungen im Allgemeinen dahin gehen, für Exklusivität nur hinsichtlich Free-TV zu bieten. Es war daher festzustellen, dass mit den abgegebenen Geboten für das Paket im Hinblick auf die Exklusivität der sich aus dem Paket A1 ergebenden Rechte derselbe Rechteleumfang erworben werden sollte.

Zu den Paketen C1 und C2 war aufgrund der jeweiligen Angaben der Bieter festzustellen, dass der Beschwerdegegner für diese nicht geboten hat, dass die Beschwerdeführerin neben ihrem Gebot für A1 ein zusätzliches Gebot für C1 abgegeben und dafür EUR xx pro Saison geboten hat, sowie dass die C Gesellschaft für die Pakete A1, C1 und C2 ein einheitliches Gebot zu einem (näher dargestellten) Gesamtpreis abgegeben hat.

Die Feststellung, wonach die C Gesellschaft auf die Pakete C1 und C2 nur in Verbindung mit dem Paket A1 geboten hat und den Highlights-Paketen im Rahmen des gebotenen Preises keinen eigenständigen Wert beigemessen hat, beruht auf der nachvollziehbaren

Zeugenaussage ihres Geschäftsführers D. Die Einschätzung des Wertes des Pakets A1 durch C entspricht auch jener des Beschwerdegegners, wie sie in der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2015 von Mag. G dargestellt wurde, wonach die Highlight-Rechte – aufgrund der Verpflichtung zur Ausstrahlung in vorgegebener Dauer (mindestens 24 Minuten sowie über sämtliche Spiele des jeweiligen Tages) und zu einer wenig attraktiven Uhrzeit (jedenfalls zum Teil nach 23:00 Uhr) in Verbindung mit den anfallenden Produktionskosten – nur geringen Zusatznutzen böten. Dass der ORF und C aus dieser Einschätzung für ihre Gebote unterschiedliche Schlüsse gezogen haben, nämlich Absehen von einem Gebot für C1 oder C2 seitens des ORF bzw. Aufnahme von C1 und C2 in ein Gesamtgebot, um dem Rechteinhaber eine höhere Präsenz des Produkts Champions League zu bieten und damit insgesamt ein attraktiveres Anbot (für A1) zu legen, seitens C, ändert nichts an der Nachvollziehbarkeit dieser Einschätzung. Dass insoweit seitens UEFA/TEAM Interesse an möglichst hoher Präsenz besteht, ergibt sich schon aus den Vorgaben der „Invitation to Submit Offers“, wonach für Erwerber der Pakete C1 und C2 Vorgaben zur Mindestdauer der Sendung sowie eine Verpflichtung, Ausschnitte sämtlicher Spiele des jeweiligen Tages auszustrahlen, bestehen. Diese Einschätzung wird auch nicht dadurch erschüttert, dass im Angebot der Beschwerdeführerin das Paket C1 mit EUR xx bewertet wurde. Diese Summe erscheint nämlich schon deshalb vergleichsweise willkürlich gewählt, als damit seitens der Beschwerdeführerin – den Angaben ihres Geschäftsführers DI Albrecht in der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2015 zufolge – bei gleichzeitiger Reduktion des Gesamtgebotes ein Highlight-Paket gleich (bezogen auf den absoluten Preis, relativ zum Paket A1 sogar höher) bewertet wurde als im Rahmen des Gebots für die Lizenzperiode 2012/13 bis 2014/15, obwohl nunmehr im Gegensatz zur letzten Lizenzperiode das Paket A1 „Limited Highlights“ beinhaltet hätte, also ein sinkender Wert der Pakete C1 und C2 im Verhältnis zu A1 zu erwarten wäre.

Die Feststellung zur Ausstrahlung sämtlicher Spiele der UEFA Champions League auf „Sky Sport Austria“ in der Periode 2015/16 bis 2017/18 beruht auf der Presseaussendung von „Sky Österreich“ vom 19.12.2013, OTS 0232.

Die (Negativ-)Feststellung, wonach der Beschwerdegegner und die C Gesellschaft in ihren Geboten keine maßgeblichen Abweichungen von den Vorgaben der „Invitation to Submit Offers“ hinsichtlich der Zahlungsbedingungen vorgesehen haben, beruht auf den Angaben in der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2015 bzw. der Zeugenaussage von Geschäftsführer D. Für den Beschwerdegegner ergibt sich die Schlussfolgerung, dass allfällige Abweichungen von den Vorgaben nicht wertbestimmend für das Gebot waren, schon daraus, dass nach Angaben von Mag. G grundsätzlich von den vorgegebenen Bedingungen ausgegangen wurde und erst nach Abschluss des Vertrages Änderungen hinsichtlich der Zahlungsmodalitäten vereinbart worden sind, es dadurch aber zu keiner nachträglichen Anpassung des Preises laut Gebot gekommen ist. Für die C Gesellschaft wurde seitens ihres Geschäftsführers ebenfalls primär auf den vorgegebenen Zahlungsplan verwiesen.

Es war auch nicht erforderlich, das nach Saisonen gestaffelte Gebot der C Gesellschaft (EUR xx Mio. für die Saison 2015/16, EUR xx Mio. für die Saison 2016/17 und EUR xx Mio. für die Saison 2017/18) im Hinblick auf die Vergleichbarkeit mit dem Gebot des Beschwerdegegners „abzuzinsen“. Zur Staffelung des Gebots über die dreijährige Lizenzperiode wurde von D als Zeuge auf „Cash flow Überlegungen“ und die herrschende Praxis auch anderer Bieter verwiesen. In diesem Zusammenhang erscheint es zumindest nicht unplausibel, wenn ein Fernsehveranstalter im Rahmen einer Lizenzvergabe für drei Saisonen mit im Laufe dieser Periode steigenden Einnahmen rechnet und daher auch das Gebot entsprechend anpasst. Ausgehend davon, dass auch der Beschwerdegegner eine (wenn auch weniger stark) gestaffelte Gebotshöhe vorgesehen hat, die vorgeschlagenen Zahlungsprofile also ähnlich sind, und angesichts des notorisch niedrigen Zinsniveaus, ist nicht ersichtlich, dass für das von der C Gesellschaft abgegebene Gebot – insbesondere im Verhältnis zu jenem des Beschwerdegegners – aus Sicht der Rechteinhaberin ein merkbar niedrigerer Wert anzusetzen wäre als jener, wie er durch einfache Addition der Beträge für die einzelnen Saisonen ermittelt werden kann.

Ebensowenig war – entgegen dem Vorbringen des Beschwerdegegners in seiner Stellungnahme vom 27.03.2015, wo insofern auf die Reduktion kommerzieller Verpflichtungen gegenüber UEFA/TEAM verwiesen wurde – das Gebot des Beschwerdegegners im Vergleich zu jenem der C Gesellschaft zu reduzieren. Der Beschwerdegegner verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass mit dem Rechteerwerb auch „kommerzielle Verpflichtungen“ (etwa die Ausstrahlung von Sponsorhinweisen für Partner der UEFA Champions League) verbunden seien, wobei man die diesbezüglichen Vorgaben – zum Teil aus gesetzlichen Gründen – nicht im vollen Umfang akzeptiert habe. Konkret sei die Anzahl der auszustrahlenden „Trailer“ insofern reduziert worden, als von den 30 vorgesehenen Trailern (gemeint offenbar: pro Spiel) nur zehn im Programm ORFeins und die übrigen 20 im Programm ORF Sport+ ausgestrahlt würden, wodurch sich bei einem angenommenen Preis von EUR 350,- pro Werbesekunde auf ORFeins und EUR 20,- pro Werbesekunde auf ORF Sport+ (bei 17 Spielen und jeweils 12 Sekunden Länge) eine Reduktion des wirtschaftlichen Werts dieser Trailer von EUR 2.142.000,- auf EUR 795.600,- ergebe. Weiters würde die vorgesehene „Partnereinbindung bei Match- und Breakbumper“ nicht vorgenommen, wobei sich ausgehend von 8 Bumpers (pro Spiel), 17 Spielen, einer Dauer von jeweils 6 Sekunden und einem Preis von EUR 350,- pro Werbesekunde ein wirtschaftlicher Wert von EUR 285.600,- ergebe.

Diesem Vorbringen war im Hinblick auf die zum Teil auf ORF Sport+ (statt im Programm ORFeins) ausgestrahlten Trailer schon deshalb nicht zu folgen, als es sich dabei erkennbar um Programmtrailer (also Ankündigungen der Übertragung der Spiele der UEFA Champions League im eigenen Programm, nicht aber etwa um Werbung oder Sponsorhinweise, vgl. Punkt 5.1. des Appendix zum ISO, „Terms and Conditions“) handelt, deren Bewertung zum Preis von Werbesekunden durch den Beschwerdegegner schon dem Grunde nach nicht nachvollziehbar ist. Aber auch im Hinblick auf die „Match- und Breakbumper“, bei denen laut Vorbringen des Beschwerdegegners auf die Einbindung der Werbepartner der Champions League verzichtet wird, ist ausgehend vom vorliegenden ISO (vgl. Punkt 6.4. des Appendix) und dem veröffentlichten Tarifwerk des ORF nicht nachvollziehbar, welche Leistungen der Beschwerdegegner hier tatsächlich ausgeschlossen hat und wie er (aus Sicht des Rechteinhabers) zu einer Bewertung dieser Leistungen mit über 5 % des Gesamtwertes der erworbenen Rechte gelangt. Konkrete vertragliche Vereinbarungen wurden nicht vorgelegt.

### **3.4. Zur Abgabe des Gebots durch den Beschwerdegegner**

Die Feststellung, wonach die Zustimmung des Stiftungsrates zum gegenständlichen Erwerbsvorgang nicht eingeholt wurde, beruht auf den entsprechenden Angaben des Beschwerdegegners. In der mündlichen Verhandlung vom 14.07.2014 wurde dazu seitens des Beschwerdegegners angegeben, dass die Freigabe des konkreten Angebots am 27.11.2014 durch den Generaldirektor erfolgt ist. Die KommAustria hat den Beschwerdegegner zur Vorlage von Protokollen über die Sitzungen, in denen sich der Stiftungsrat mit dem gegenständlichen Rechteerwerb beschäftigt hat, sowie allfälliger Beschlüsse darüber aufgefordert. Die daraufhin vom Beschwerdegegner vorgelegten Sitzungsprotokolle enthalten keinen Hinweis auf eine entsprechende Beschlussfassung. In diesem Sinn wurde vom Beschwerdegegner auch der Ablauf der Gebotsabgabe dahingehend dargestellt, dass die Freigabe des Gebots durch den Generaldirektor erfolgt ist (vgl. zum ORF-internen Ablauf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 14.07.2014, S. 3 und 6). Soweit die vorgelegten Protokolle nur geschwärzt vorgelegt wurden, ist nach Ansicht der KommAustria davon auszugehen, dass die Schwärzungen hier tatsächlich nur für das Verfahrensthema irrelevante Stellen betreffen. Dies steht auch in Übereinstimmung mit der seitens des Beschwerdegegners vertretenen Rechtsansicht, dass eine Zustimmung des Stiftungsrates für Rechtsgeschäfte wie den gegenständlichen Erwerb von Senderechten nicht erforderlich ist (siehe dazu ausführlich im Rahmen der rechtlichen Beurteilung).

### **3.5. Zur Höhe des maximalen wettbewerbsneutralen Gebots**

Die Feststellungen zum maximal zulässigen wettbewerbsneutralen Gebot beruhen auf dem nachvollziehbaren und schlüssigen Gutachten des Amtssachverständigen Dr. Roland Belfin

vom 12.11.2014 sowie dem Ergänzungsgutachten vom 27.03.2015, und zwar sowohl im Hinblick auf den zulässigen Wettbewerbspreis als auch im Hinblick auf das der Berechnung zugrunde liegende Simulationsmodell.

Soweit die Beschwerdeführerin die Unschlüssigkeit des Gutachtens behauptet (zur Eignung des Gutachtens zur Feststellung einer Wettbewerbsverletzung im Sinn des § 31c Abs. 1 ORF-G siehe auch die Ausführungen im Rahmen der rechtlichen Beurteilung, Abschnitt 4.4.3), ist dem – im Wesentlichen anschließend an die nachvollziehbaren Ausführungen des Amtssachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2015 – im Einzelnen Folgendes zu entgegnen:

### 3.5.1. Simulation anhand des höchsten privaten Gebots

Das vom Amtssachverständigen entwickelte Simulationsmodell geht davon aus, dass zur Berechnung eines zulässigen Wettbewerbspreises im Sinn des § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G ein hypothetischer privater Fernsehveranstalter zu simulieren ist, indem für den Erwerb der gegenständlichen Übertragungsrechte durch den ORF jene Kriterien eliminiert werden, die durch den öffentlich-rechtlichen Auftrag bzw. die Gebührenfinanzierung des ORF beeinflusst sind. Der zulässige Preis errechnet sich somit in Form eines (prozentuellen) Zuschlags auf das höchste tatsächlich abgegebene private Gebot im gegenständlichen Vergabeverfahren, der dann (und in der entsprechenden Höhe) gerechtfertigt ist, wenn der ORF aufgrund höherer Reichweiten und aufgrund höherer Werbetarife in der Lage ist, höhere direkte Erlöse durch die Übertragung der UEFA Champions League zu erwirtschaften. Dieser Zugang folgt einem klaren Konzept, wonach zur Ermittlung eines Wettbewerbspreises für die hier gegenständliche Fragestellung von der Gebührenfinanzierung des ORF (und dem damit verbundenen öffentlich-rechtlichen Auftrag) zu abstrahieren ist und der ORF nur aufgrund jener Kriterien einen höheren Preis für Senderechte bezahlen darf, die auch ein privater Bieter in seine Kalkulation einbezieht. Das Gutachten ist somit seinem grundsätzlichen Zugang nach schlüssig und nachvollziehbar.

Die Beschwerdeführerin kritisiert insbesondere die Methode des Amtssachverständigen, den maximalen Wettbewerbspreis durch Simulation eines privaten, nicht gebührenfinanzierten Fernsehveranstalters in der Situation des ORF als maximalen (prozentuellen) Zuschlag auf das höchste tatsächlich abgegebene Gebot im Rahmen der gegenständlichen Vergabe der Übertragungsrechte an der UEFA Champions League zu ermitteln. Dabei bringt sie in ihrer Beschwerde zunächst vor, dass ein marktkonformes Verhalten des Beschwerdegegners im Sinne des § 31c ORF-G nur dann vorliegen könne, wenn er sich im Rahmen jener Grenzen bewege, die ein ausschließlich aus dem Markt finanzierter Mitbewerber wirtschaftlich vertreten könnte. Weiters bringt sie vor, dass jene zusätzlichen Ressourcen, über die der öffentlich-rechtliche Rundfunk aufgrund der staatlichen Beihilfen verfügt, aus der Marktbetrachtung ausgeklammert werden müssen. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Methode des Amtssachverständigen genau auf diesen Überlegungen beruht.

Die Beschwerdeführerin – insoweit in Übereinstimmung mit dem Amtssachverständigen – vertritt selbst die Ansicht, dass Benchmarking und die Analyse von Zeitreihen zur Ermittlung eines Wettbewerbspreises im hier gegenständlichen Fall nicht geeignet sind. Unbestritten ist ebenfalls, dass kein Wettbewerbspreis aus Sicht der Anbieterseite berechnet werden kann, weil die gegenständlichen Übertragungsrechte von einem Monopolanbieter (TEAM für die UEFA) vergeben werden, der auch die Parameter zur Festlegung des Vergabeverfahrens selbst bestimmt (vgl. zur näheren Begründung das Gutachten des Amtssachverständigen, S. 10 ff). Sowohl der Amtssachverständige als auch die Beschwerde und das von der Beschwerdeführerin vorgelegte Gutachten von Dr. Zuser gehen somit im Ergebnis davon aus, dass ein Wettbewerbspreis für die Übertragungsrechte an der UEFA Champions League nur anhand eines „Simulationsmodells“ (auch wenn Dr. Zuser seine Wirtschaftlichkeitsrechnung aus Sicht eines abstrakten Marktteilnehmers nicht

„Simulationsmodell“ nennt) aus Sicht des Nachfragers berechnet werden kann, der Wettbewerbspreis also anhand eines „abstrakten“ Marktteilnehmers anzunähern ist.

Soweit der Beschwerdegegner in diesem Zusammenhang (zusammengefasst etwa in seiner Stellungnahme vom 01.06.2015) vorbringt, die Ansicht des Amtssachverständigen zur fehlenden Sinnhaftigkeit eines Vergleichs mit Übertragungsrechten an anderen Premium-Sportbewerben nicht zu teilen, da ein solcher Vergleich zeige, dass die dafür bezahlten Lizenzpreise kontinuierlich steigen, wird damit die Schlüssigkeit des Gutachtens nicht erschüttert. Mit diesem Vorbringen wird nämlich nicht aufgezeigt, inwiefern – entgegen der Ausführungen des Amtssachverständigen zur konkreten Marktsituation – für die dem gegenständlichen Verfahren zugrunde liegende Frage ein Wettbewerbspreis anhand internationalen Benchmarkings ermittelt werden könnte. Gleichzeitig fließen Erwägungen des Fernsehveranstalters zur internationalen Entwicklung der Preise für Sportrechte (wie etwa auch solche zu den Kosten allfälliger Alternativprogramme) ohnehin in das Simulationsmodell ein, für die Berechnung des für den ORF maximal zulässigen Preises aber eben nur in genau jener Höhe, in der diese Kriterien auch vom privaten Höchstbieter als Teil seiner Entscheidungsparameter berücksichtigt werden (vgl. zur Berücksichtigung indirekter Erlöse und strategischer Effekte sogleich, Abschnitt 3.5.2).

Soweit die Beschwerdeführerin (etwa in ihrer Stellungnahme vom 23.12.2014, S. 2) gleichzeitig die vom Amtssachverständigen vorgenommene „ex-post“-Betrachtung kritisiert, ist dazu auf das im Rahmen der rechtlichen Beurteilung (vgl. unten, Abschnitt 4.4.3) Gesagte zu verweisen, wonach dies dem Gutachtensauftrag (Frage nach einem „objektiven Marktpreis“) entspricht, der seinerseits wiederum von der nach § 31c Abs. 1 ORF-G maßgeblichen Problemstellung ausgeht. Die im Nachhinein anzustellende Überprüfung, ob sich der im Rahmen eines bestimmten Erwerbsvorganges vom ORF bezahlte Preis als „wettbewerbsverzerrend“ im Sinn dieser Bestimmung darstellt, also nur durch Heranziehung von Mitteln aus dem Programmengelt erreicht werden könnte, kann schon denklösig nur durch einen nachträglichen Vergleich mit dem (hypothetischen) Gebot eines Anbieters, der nicht über die privilegierte Finanzierung des ORF verfügt, vorgenommen werden. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist somit eine „ex-post“-Überprüfung einer bereits getroffenen Entscheidung, nicht aber etwa eine „Vorab-Genehmigung“ für den ORF, wobei auch die Entscheidung des ORF für die Zukunft getroffen wurde und im Gutachten überprüft wird, ob die dafür getätigten Annahmen aufgrund der Erfahrungen aus der Vergangenheit plausibel sind bzw. sein können.

Ebenso spricht die Kritik der Beschwerdeführerin in derselben Stellungnahme, wonach der ORF anhand der Vorgehensweise des Amtssachverständigen „immer signifikant mehr bieten“ dürfe als das Höchstgebot eines privaten Mitbewerbers und daher dem Ziel der Wettbewerbsregulierung nicht entsprochen werde, primär eine Frage der rechtlichen Beurteilung an (vgl. daher auch dort, Abschnitt 4.4). Hier ist aber auch darauf zu verweisen, dass die Reichweite der Simulation, wonach diese sich – entsprechend dem Gutachtensauftrag – auf den konkreten Einzelfall (Erwerbsvorgang) bezieht, vom Amtssachverständigen durchwegs klargestellt wurde, und diese Einzelfallbezogenheit sich auch inhaltlich aus der Errechnung verschiedener, konkreter aufgezeigter Szenarien ergibt. Kern der Simulation ist es dem entsprechend, zur Berechnung eines Wettbewerbspreises den ORF für den konkreten Erwerbsvorgang als (nicht von öffentlich-rechtlichem Auftrag und Gebührenfinanzierung beeinflussten) Privaten zu simulieren. Vom tatsächlichen privaten Höchstgebot kann er damit aber nur dann abweichen, wenn er im Rahmen der gegenständlichen bzw. von vergleichbaren Fußballübertragungen von konkreten höheren Reichweitevorteilen und/oder höheren Werbetarifen ausgehen kann. Kann ein solcher Vorteil gegenüber den konkurrierenden Bietern im Zusammenhang mit bestimmten Programminhalten nicht plausibel dargestellt werden, weicht auch das zulässige (wettbewerbskonforme) Höchstgebot des ORF nicht von deren Geboten ab. Die von der Beschwerdeführerin befürchtete Generalisierung ist dem Gutachten somit nicht zu entnehmen.

Soweit die Beschwerdeführerin die „Manipulationsanfälligkeit“ des Gutachtens behauptet, ist darauf zu verweisen, dass darin ausschließlich von rational handelnden Teilnehmern am Verfahren zur Rechtevergabe ausgegangen wird, im Rahmen des vom Amtssachverständigen entwickelten Modells eine Manipulation also nicht in Betracht kommt. Für die vorgenommene Simulation ist aber auch nicht ersichtlich, dass das konkrete private Höchstgebot (gegenständlich jenes der C Gesellschaft) nicht auf rationalen Erwägungen beruhen (oder eine privilegierte Finanzierung aufweisen) und damit auszuschließen wäre. Während für eine privilegierte Finanzierung keine Hinweise bestehen, würde ein „bewusst zu hohes Gebot“ nämlich – wie auch in der Stellungnahme von Dr. Zuser erkannt – im Fall, dass es zum Zug kommt, zur Eigengefährdung des privaten Anbieters führen und stellt daher kein realistisches Szenario dar. Dem gegenüber käme ein „bewusst zu niedriges“ Gebot im (vorliegenden) Fall, wonach mehrere Gebote vorliegen, nicht als maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Simulation in Betracht.

In weiterer Folge stellt die Beschwerdeführerin dem Zugang des Amtssachverständigen eine Reihe von – einander zum Teil widersprechenden – Modellen gegenüber, die aus ihrer Sicht besser zur Berechnung eines Wettbewerbspreises geeignet wären. Diese haben im Wesentlichen gemeinsam, dass dem Gebot des ORF nicht das höchste Gebot eines Privaten als „Referenzwert“ im Rahmen der Simulation gegenübergestellt wird, sondern ein auf andere Weise „simulierter“ Wert.

Diese Vorschläge der Beschwerdeführerin vermögen die Schlüssigkeit des Gutachtens aus Sicht der KommAustria aus folgenden Gründen nicht in Frage zu stellen:

Zunächst ist auch in diesem Zusammenhang auf die rechtliche Beurteilung (vgl. unten, Abschnitt 4.4.4.1) zu verweisen, wonach „Wettbewerbspreis“ als „zulässiger Höchstpreis“ für den ORF im Sinn des § 31c Abs. 1 ORF-G jener Preis ist, der sich bei Ausklammerung der Gebührenfinanzierung des ORF (§ 31c Abs. 1: „aus Programmentgelt zufließende Mittel“) ergeben würde, nicht aber jener, der sich bei gänzlicher Abwesenheit des ORF aufgrund der übrigen Gebote bildet.

Dem Zweck der Berechnung eines solchen Wettbewerbspreises dient aber das Modell des Amtssachverständigen in schlüssiger Weise, wenn dort ausgehend von dem – von öffentlich-rechtlichen Erwägungen nicht beeinflussten – privaten Höchstgebot erwogen wird, inwiefern für den ORF aufgrund der Kriterien Reichweite und Werbetarif, bei denen es sich ebenfalls um (nicht vom öffentlich-rechtlichen Auftrag des ORF abhängige) Marktergebnisse bzw. um Parameter, die nicht reguliert sind, handelt, eine Abweichung von diesem Gebot möglich ist.

Die von der Beschwerdeführerin dem Modell des Amtssachverständigen gegenüber gestellten eigenen Vorschläge erweisen sich bei näherer Betrachtung auch in sich als widersprüchlich und können schon deshalb keine Zweifel an der Konsistenz des Gutachtens aufzeigen. Zusammengefasst lassen sich die Ansätze der Beschwerdeführerin aus Sicht der KommAustria nämlich in drei unterschiedliche Vorschläge zur Berechnung eines Wettbewerbspreises trennen. Zum einen scheint (in der Beschwerde, S. 9) eine Wettbewerbsverzerrung schon dann angenommen zu werden, wenn das Gebot des ORF das – für diese allein kaufmännisch gerechtfertigte – Gebot der Beschwerdeführerin übersteigt. In diesem Fall wäre bereits das höchste private Gebot, welches wesentlich über jenem der Beschwerdeführerin gelegen ist, „wettbewerbsverzerrend“. Diese Annahme wird aber schon in der Beschwerde selbst relativiert, wenn die in der Folge angestellte, der Beschwerde beigelegte „einfache Investitionsrechnung“ einen „fiktiven ORF“ (anhand von für den ORF angenommenen Werbemengen, Tarifen, Kosten und Zinsen, aber ohne Berücksichtigung indirekter Effekte oder eines strategischen Werts) simuliert. Diese kommt zu dem Ergebnis, dass für den ORF – bei Annahme einer Rentabilität von 0 % – ein Gebot in der Höhe von lediglich maximal EUR 1,15 Mio. zulässig wäre, wobei die Beschwerdeführerin selbst EUR xx Mio. geboten hat. Davon weicht wiederum das – in der Folge offenbar von der Beschwerdeführerin präferierte – Modell im Gutachten von Dr. Zuser vom 30.05.2014 ab,

wonach der Wettbewerbspreis anhand eines hypothetischen durchschnittlichen Nachfragers herzuleiten ist. Dabei handelt es sich nach dem Verständnis der KommAustria auch nicht um eine gegenüber der Beschwerde „verfeinerte“ (vgl. die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 16.06.2015) Modellrechnung, sondern um ein gegenüber dem bis dahin erstatteten Vorbringen neues Modell insofern, als nunmehr ein fiktiver privater Anbieter (anhand der Werbemenge eines privaten Fernsehveranstalters, fiktiven Tarifen, Kosten sowie indirekten Kosten eines „durchschnittlich großen, gut geführten Free-TV-Anbieters“, etc.) simuliert wird. Abgelehnt wird aber weiterhin die Einrechnung von indirekten und strategischen Effekten, da diese nach Ansicht der Beschwerdeführerin und von Dr. Zuser („für den ORF“) nicht zu berücksichtigen seien. Dieses Modell liefert – je nach Annahmen – eine Bandbreite für das zulässige Maximalgebot von lediglich EUR 1,37 Mio. bis 2,03 Mio. (zum Vergleich: wie nunmehr festgestellt wurde, hat der tatsächliche private Höchstbieter im Durchschnitt pro Saison EUR xx Mio. geboten), obwohl darin sogar eine höhere Werbemenge als gesetzlich zulässig (nämlich 12 Minuten pro Stunde zuzüglich Sonderwerbeformen) angenommen wird. Hier ist auch anzumerken, dass das Modell von Dr. Zuser für seine Simulation eines durchschnittlichen privaten Anbieters auch von einem rund doppelt so hohen durchschnittlichen Werbetarif ausgeht, als ihn die Beschwerdeführerin anbietet.

Im Ergebnis unterscheidet sich das Modell des Amtssachverständigen von jenem der Beschwerdeführerin (Dr. Zuser) also im Wesentlichen durch die Heranziehung des privaten Höchstgebots, statt des Gebots eines fiktiven durchschnittlichen Fernsehveranstalters, als Referenzwert und die Berücksichtigung eines indirekten bzw. strategischen Nutzens der Übertragung der UEFA Champions League. Der ORF wird also mit seiner eigenen „Größe“ (Reichweite, Werbetarifniveau) berücksichtigt und nicht als „durchschnittlicher“ Anbieter.

Soweit die Beschwerdeführerin insofern kritisiert, dass es den im Modell des Amtssachverständigen simulierten abstrakten privaten Marktteilnehmer mit dem Reichweiten- und Erlöspotenzial des ORF nicht gebe (Stellungnahme vom 21.01.2015, S. 2), kann dies die Schlüssigkeit des Gutachtens schon insofern nicht erschüttern, als es das Wesen der Simulation darstellt, einen hypothetischen maximalen Preis als Referenzwert für den ORF zu bestimmen, und insofern auch gegenüber dem Modell der Beschwerdeführerin einzuwenden wäre, dass der von ihr angenommene „durchschnittliche“ Free-TV-Anbieter in der Realität nicht existiert. Entscheidend ist vielmehr, dass die Simulation des Amtssachverständigen in sich konsistent und nachvollziehbar ist, als sie im Gegensatz zu jenem der Beschwerdeführerin einem klaren und offengelegten Konzept folgt, wonach der „simulierte“ Bieter (ORF in der Situation eines Privaten) durch „Wegdenken“ sämtlicher von Gebührenfinanzierung und öffentlich-rechtlichem Auftrag beeinflusster Kriterien zu bilden ist. Im Modell des Amtssachverständigen werden alle üblicherweise von privaten Veranstaltern herangezogenen Entscheidungsparameter (z.B. indirekte Erlöse, strategischer Wert) in die Modellierung einbezogen. Dem gegenüber ist das Modell der Beschwerdeführerin etwa dort inkonsequent, wo – abweichend vom grundsätzlich abstrakten Zugang, einen Wettbewerbspreis anhand der Situation eines durchschnittlichen privaten Anbieters herzuleiten – die Berücksichtigung einer durch die Übertragung der Champions League erzielbaren Imageverbesserung konkret „auf den ORF bezogen“ verneint wird (vgl. Gutachten Dr. Zuser, S. 56 f). In diesem Ansatz soll der ORF zwar als Privater simuliert werden, aber es werden eben nicht alle Entscheidungskriterien eines privaten Bieters in die Berechnung einbezogen. Dasselbe gilt für die – insbesondere in der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2015 geäußerte (vgl. etwa S. 15 f des Verhandlungsprotokolls) – Kritik der Beschwerdeführerin, wonach der Amtssachverständige konkrete Daten mit Annahmen vermengt habe: Dass einerseits Annahmen getroffen werden, andererseits aber schlussendlich die Berechnung eines Wettbewerbspreises durch Einfügung konkreter Werte durchgeführt wird, liegt in der Natur des herausgearbeiteten Simulationsmodells und ist dem Grunde nach nicht zu kritisieren. Entscheidend ist vielmehr, dass der Amtssachverständige in sich konsistent – nämlich vor dem Hintergrund des Zwecks der Simulation (ORF „als Privater“) – und im Einzelnen nachvollziehbar (siehe dazu sogleich) begründet hat, welche

Annahmen er trifft, sowie dass die herangezogenen – überwiegend von der Beschwerdeführerin vorgelegten – konkreten Daten entsprechend nachvollziehbar bzw. plausibilisiert sind. Ausgehend vom vorliegenden Gutachten kann anhand des realen privaten Höchstbieters als Basis sowie klar nachvollziehbarer Reichweiten- und Tarifniveauunterschiede für den ORF ein maximaler Wettbewerbspreis berechnet werden.

Auch mit dem Hinweis, wonach „Telekom-Regulierungsansätze“ das Abstellen auf einen „durchschnittlichen“ Anbieter erfordern würden, kann die Beschwerdeführerin keine Unschlüssigkeit des Gutachtens aufzeigen. Dazu ist zum einen wiederum auf die rechtliche Beurteilung zu verweisen, wonach auch das hier einschlägige europäische Beihilferecht keine derartige Herangehensweise verlangt (vgl. Abschnitt 4.4.4.2). Darüber hinaus hat der Amtssachverständige sowohl im Gutachten (S. 16) als auch in der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2015 (vgl. S. 6 des Verhandlungsprotokolls) nachvollziehbar dargelegt, dass sein Modell der hier maßgeblichen Fragestellung besser gerecht wird und die Unterschiede zu den im Rahmen der Telekom-Regulierung (bzw. weiter: Netzzugangsregulierung) regelmäßig zu beurteilenden Sachverhalten dargestellt. Entscheidend ist hier vor allem, dass die Heranziehung eines effizienten hypothetischen Anbieters einem völlig anderen Zweck dient, nämlich der (ex-ante) Regulierung des Preises, zu dem ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Nachfragern ein standardisiertes Massenprodukt anbieten muss, wobei die Berechnung des zulässigen Preises anhand der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung erfolgt. Dem gegenüber ist Ausgangspunkt der gegenständlichen Fragestellung, nämlich des § 31c ORF-G, nicht ein überhöhter Tarif eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht, sondern die duale Finanzierung des ORF, der diese in seiner Position als Nachfrager von Übertragungsrechten nicht dadurch ausnützen soll, dass er in einem auktionsähnlichen Verfahren einen für private Anbieter nicht vertretbaren Preis bezahlt.

Wenn die Beschwerdeführerin – ebenfalls mit Hinweis auf die Praxis der Regulierung des Telekom-Sektors, hier aber bezogen auf Lizenz-Versteigerungen – vorschlägt, im Rahmen des Simulationsmodells des Amtssachverständigen das höchste Gebot auszuscheiden, und insofern nicht, wie sonst von der Beschwerdeführerin verlangt, ein durchschnittliches, sondern das zweithöchste private Gebot als Ausgangswert der Simulation heranzuziehen, widerspricht dies dem „Auktionsdesign“ bei der Vergabe der gegenständlichen Übertragungsrechte. Dieser Überlegung der Beschwerdeführerin liegt nämlich (wie von Dr. Zuser im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2015 bestätigt wurde, vgl. S. 6 f des Verhandlungsprotokolls) das Bild von sogenannten – im Bereich von Frequenzauktionen zum Teil angewandten – „Vickrey-Auktionen“ zugrunde, wo zwar der Zuschlag aufgrund des höchsten Gebots erteilt wird, der Höchstbieter aber in der Folge nur den vom zweiten Bieter gebotenen Preis bezahlt (vgl. dazu die Ausführungen des Amtssachverständigen ebd.). Eine solche Auktion wurde gegenständlich gerade nicht durchgeführt, ergibt sich aus der zugrunde liegenden „Invitation to Submit Offers“ doch unzweifelhaft, dass die Vergabe der Übertragungsrechte an der UEFA Champions League an einen Bieter erfolgt und dieser den von ihm gebotenen Preis (und nicht einen niedrigeren Preis) zu bezahlen hat. Damit wäre es aber inkonsequent, gegenständlich das zweithöchste Gebot eines privaten Bieters heranzuziehen, obwohl, wie bereits ausgeführt, die an der Vergabe teilnehmenden Fernsehveranstalter davon ausgegangen sind und ihr Bietverhalten darauf ausgerichtet haben, dass das Höchstgebot zum Zug kommt und dieser Preis auch zu bezahlen ist. Im Ergebnis ist es somit nicht nachvollziehbar und kann die Schlüssigkeit des Gutachtens des Amtssachverständigen nicht in Frage stellen, wenn die Beschwerdeführerin das Ergebnis einer Höchstgebotsauktion, wo der Höchstpreis auch tatsächlich zu zahlen ist, im Rahmen der ex-post Kontrolle des Verhaltens des ORF an den Maßstäben einer „Vickrey-Auktion“ überprüfen möchte.

### 3.5.2. Berücksichtigung indirekter Erlöse und strategischer Effekte der UEFA Champions League

Die Beschwerdeführerin kritisiert – mit unterschiedlichen Zugängen – die Berücksichtigung indirekter Effekte bzw. des strategischen Werts der Übertragung der UEFA Champions League auf der Erlösseite der durchgeführten Simulation. Dass die Beschwerdeführerin zwischen diesen Effekten nicht exakt unterscheidet – der Amtssachverständige versteht unter „indirekten Erlösen“ solche, die durch Reichweitensteigerungen aufgrund der Übertragung der UEFA Champions League im sonstigen Programm des Veranstalters entstehen, unter „strategischen Effekten“ Auswirkungen auf Image-, Profilgewinn und erhöhte Kundenbindung des Programms – ist im vorliegenden Zusammenhang nicht wesentlich. Soweit diese Kritik darauf beruht, dass eine solche Berücksichtigung für den ORF nicht zulässig sei, wurde bereits ausgeführt, dass dies dem eigenen Modell der Beschwerdeführerin widerspricht, einen durchschnittlichen privaten Anbieter zu simulieren, sie also im Ergebnis unterschiedliche Zugänge vermischt. Dem gegenüber ist die Berücksichtigung strategischer Effekte im Gutachten des Amtssachverständigen dann (und in der entsprechenden Höhe) konsequent, wenn diese von privaten Anbietern in ihrer Kalkulation berücksichtigt werden, würde man doch andernfalls gerade nicht den ORF „als Privaten“ simulieren.

Dass dies der Fall ist, indirekte Erlöse und strategische Effekte der Übertragung von exklusiven Inhalten von Fernsehveranstaltern also regelmäßig ihrer Kalkulation zugrunde gelegt werden, wurde im Gutachten (unter Bezugnahme auf eine Reihe auch internationaler Quellen, vgl. S. 17 f des Gutachtens) nachvollziehbar dargelegt und wird offenbar auch von der Beschwerdeführerin insofern anerkannt, als sie deren erlösseitige Berücksichtigung nur „für den ORF“ ausschließen“ will. Im Übrigen spricht etwa auch die Preisentwicklung der letzten Jahre in Form signifikanter Preissteigerungen für exklusive Fußball-Übertragungsrechte auf nationaler wie internationaler Ebene (vgl. etwa die Ausführungen zu Zeitreihen im Gutachten, S. 5 f) für die Relevanz dieser Aspekte, ist doch nicht ersichtlich, dass auch die Werbetarife (und damit die Erlös-Möglichkeiten) im gleichen Zeitraum eine entsprechende Steigerung erfahren hätten. Vor diesem Hintergrund ist auch das ursprüngliche, später modifizierte Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach sich ein derartiger Rechteerwerb aus „direkten“, also im Umfeld der Sendung generierten Werbeerlösen refinanzieren muss, nicht nachvollziehbar, dies auch vor dem Hintergrund der langjährigen Tätigkeit der Beschwerdeführerin am Sportrechtmarkt und insbesondere des Erwerbs der UEFA Champions League Rechte für die Saisons 2012/13 bis 2014/15.

Damit ist die Berücksichtigung indirekter Erlöse und strategischer Effekte in der Kalkulation aber insbesondere von nicht rationalen Geboten abzugrenzen, die ihrerseits auf einer privilegierten Finanzierung beruhen. Letztere werden auch vom Amtssachverständigen als Referenz für die Simulation ausgeschlossen. Die Berücksichtigung strategischer Effekte (Image, Bekanntheit, Positionierung, etc.) durch einen nicht privilegiert finanzierten privaten Anbieter kann aber als Teil einer unternehmerischen Entscheidung mit dem Ziel, die Gesamtperformance des privaten Fernsehveranstalters auf dem Fernsehmarkt zu verbessern, nicht als „irrational“ angesehen werden. Sofern ein Bieter bereit ist, „*das Produkt im Rahmen eines strategischen Gesamtkonzepts quer zu subventionieren*“ (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 23.12.2014, S. 4), stellt sich dies als rational dar und beruht auch nicht auf einer privilegierten Finanzierung in dem im Gutachten ausgeschlossenen Sinn. Die „Querfinanzierung“ bestimmter Inhalte durch eigene kommerzielle Erlöse, die mit anderen Inhalten erwirtschaftet werden, stellt ein geradezu typisches, nachvollziehbares Verhalten eines privaten Fernsehveranstalters dar, das nach dem Konzept des Simulationsmodells zwingend auch auf den als Privaten simulierten ORF zu übertragen ist.

Ebenso nicht nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang der Einwand der Beschwerdeführerin, im Gutachten bliebe die „zeitliche Komponente“ unberücksichtigt, wodurch der ORF mehr bieten könne als ein Privater, dessen hohes Gebot auf einer

langfristigen Perspektive beruhe (Stellungnahme vom 23.12.2014, S. 4), ist diese doch insofern als konstant angenommen, als dem ORF dieselben mittel- und langfristigen Überlegungen zugestanden werden wie dem privaten Höchstbieter, aber eben auch keine längere zeitliche Perspektive, die sich nur aufgrund der privilegierten Finanzierung aus Gebührengeldern ermöglichen ließe. Soweit mit diesem Vorbringen gemeint sein sollte, dass dem ORF eben keine mittel- und langfristigen Überlegungen zuzugestehen seien, ist auf das bisher Gesagte zu verweisen, wonach es der vorliegenden Fragestellung nicht gerecht würde, in der Simulation nicht nur die Gebührenfinanzierung des ORF als Kriterium zu eliminieren, sondern auch solche Erwägungen für den ORF auszuschließen, deren Einbeziehung im Rahmen der Kalkulation privater Anbieter legitim ist. Eine allfällige Möglichkeit des ORF, einen aufgrund strategischer Überlegungen hoch angesetzten Preis eines privaten Bieters zu überbieten, kann nach dem Simulationsmodell niemals auf einer abweichenden „zeitlichen Komponente“ beruhen, da der zu berücksichtigende „strategische Effekt“ mit jenem gleichgesetzt wird, den der private Höchstbieter annimmt.

### 3.5.3. Im Modell angenommene Konstanten

Die Beschwerdeführerin kritisiert, dass für die Simulation des Amtssachverständigen bestimmte Entscheidungskriterien (im Wesentlichen indirekte Erlöse, strategische Effekte und Herstellkosten) als konstant angenommen werden, andere (Reichweite und Werbetarif) jedoch als variabel.

Dem ist zunächst (wiederum) zu entgegnen, dass das Gutachten insofern schlüssig und nachvollziehbar ist, als ihm die klare Fragestellung zugrunde liegt, wonach ein Wettbewerbspreis unter Außerachtlassung der Gebührenfinanzierung des ORF zu berechnen, also der ORF „als Privater“ zu simulieren ist. Davon ausgehend sind jene Positionen, die von der Gebührenfinanzierung und dem mit dieser korrespondierenden öffentlich-rechtlichen Auftrag des ORF beeinflusst sind, konstant, und nur jene, bei denen es sich um „reine Marktergebnisse“ handelt, als variabel angenommen. Damit wird erreicht, dass die Positionen um das Privileg der öffentlichen Finanzierung wie auch um die Verpflichtungen aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag in der Simulation bereinigt bzw. neutralisiert werden. Eine derart konsistente Herangehensweise fehlt den von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Alternativen.

Indem die Werte für indirekte und strategische Effekte sowie Herstellkosten konstant gesetzt werden, wird nicht bestritten, dass sich diese für jeden einzelnen Bieter in der Realität unterschiedlich, in die eine oder andere Richtung abweichend darstellen können. So mag beim privaten Anbieter hinsichtlich der Herstellkosten ein Vorteil in den niedrigeren Personalkosten liegen, andererseits können beim ORF möglicherweise Synergien aus den laufenden Kosten zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags generiert werden. Nur indem man den jeweiligen Wert für den ORF mit jenem für den privaten Höchstbieter gleichsetzt ist aber gewährleistet, dass das Modell „wettbewerbsneutral“ ist, also der ORF in der Simulation weder besser noch schlechter gestellt ist als ein privater Marktteilnehmer, bei dem naturgemäß die „Vor“- und „Nachteile“ aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag nicht einfließen.

Das reale Höchstgebot eines privaten Bieters stellt also grundsätzlich einen Wettbewerbspreis dar, der der Simulation zugrunde zu legen ist, und von dem nur abgewichen werden kann, wenn der ORF im Einzelnen aufgrund von Vorteilen, die auch für einen privaten Bieter bestehen könnten (höheres Werbetarifniveau, höhere Reichweite), höhere Erlöse erzielen kann.

Im Gutachten des Amtssachverständigen werden aus den Entscheidungsparametern privater Bieter nachvollziehbar die Modellgrößen direkte Werbeerlöse, indirekte Werbeerlöse, strategischer Wert, Herstellkosten und Rechtekosten (= Gebot) definiert, wobei

das Gutachten zu jeder Modellgröße eine detaillierte Analyse enthält, warum diese als konstant oder variabel angenommen wird.

Dabei folgt das Gutachten dem nachvollziehbaren Unterscheidungskriterium, wonach (nur) jene Modellparameter als variabel anzusetzen sind, die nicht von den Vorgaben des ORF-G, also dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, der Gebührenfinanzierung und der sich daraus ergebenden behördlichen Regulierung, beeinflusst sind, nämlich die direkten Werbeerlöse, die sich aus Reichweite und Werbetarifniveau ergeben. Im Gegensatz dazu sind die anderen Modellgrößen vom öffentlich-rechtlichen Auftrag abhängig und werden zur Simulation als konstant zum privaten Höchstgebot definiert (siehe oben). Einen derart nachvollziehbaren Zugang, der gleichermaßen auf die in Österreich tätigen privaten Anbieter (durch die sich das private Höchstgebot ergibt) wie auf den ORF (der zu diesen aufgrund seiner tatsächlichen Größe in ein Verhältnis gesetzt wird) zurückzuführen ist, fehlt es an den Zugängen der Beschwerdeführerin, die einen gänzlich abstrakten Anbieter simulieren, dessen Kosten- und Erlössituation sich weder von jener der beteiligten privaten Bieter noch von jener des ORF ableiten lässt.

Die Beeinflussung einzelner Kosten- und Erlöspositionen des ORF durch den öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie sie vom Gutachter dargelegt wurde, hat die Beschwerdeführerin auch nicht substantiell bestritten. Sie ergibt sich beispielsweise für die indirekten Werbeerlöse daraus, dass diese vom sonstigen Programm außerhalb der gegenständlichen Fußballübertragungen abhängig sind, für das die Zulässigkeit der Finanzierung aus Programmengelt nicht in Frage steht, für die Position Image und Strategie daraus, dass sonstige Programmangebote des ORF (auch im Sportbereich) stark durch den öffentlich-rechtlichen Auftrag determiniert sind, sowie für die Herstellkosten daraus, dass insbesondere aufgrund der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Ausstrahlung von Sportsendungen (vgl. etwa § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 sowie § 4b ORF-G) die dafür notwendige (auch personelle) Infrastruktur in hohem Maße vorhanden ist. In diesem Zusammenhang wird wiederum die Widersprüchlichkeit des Vorbringens der Beschwerdeführerin deutlich, wenn einerseits (etwa in der Stellungnahme von Dr. Zuser vom 19.01.2015, S. 25) kritisiert wird, dass die Annahme einer konstanten Kostenbasis aller Bieter angesichts der tatsächlichen Marktgegebenheiten eine unzulässige Vereinfachung darstelle, andererseits (im Gutachten von Dr. Zuser, S. 48) eine Bemessung der Herstellungskosten mit den konkreten Kosten des ORF für die eigene Simulation mit der Argumentation ausgeschlossen wird, dass dadurch das Ergebnis in die eine oder andere Richtung verzerrt würde. Die Argumentation im Gutachten von Dr. Zuser entspricht insofern jener des Amtssachverständigen, wobei dessen Ergebnis insofern abweicht, als – wie bereits mehrfach dargestellt und im Ergebnis verworfen – nicht der private Höchstbieter, sondern ein durchschnittlicher privater Anbieter als relevant erachtet wird. Es erscheint daher nur folgerichtig, zur Herstellung der Vergleichbarkeit zwischen ORF und Privaten mit dem Ziel der Festlegung eines Wettbewerbspreises jene Parameter, die von jedem Bieter in seine Kalkulation einbezogen werden, im Fall des ORF aber durch den öffentlich-rechtlichen Auftrag beeinflusst sind (strategischer Wert, Herstellungskosten, indirekte Werbeerlöse), insofern auszuklammern, als sie zwischen dem privaten Höchstgebot und dem ORF gleichgesetzt werden.

#### 3.5.4. Angenommene Reichweiten- und Werbetarifvorteile

Als unbeeinflusst vom öffentlich-rechtlichen Auftrag wurden vom Amtssachverständigen die direkten Werbeerlöse im Umfeld der Übertragungen der UEFA Champions League identifiziert, die sich aus erwarteten Reichweiten und Werbetarifen ergeben. So sind etwa die Werbetarife des ORF in § 31c Abs. 1 Z 2 ORF-G ausdrücklich nur „nach unten“ reguliert. Die Positionen werden im Rahmen der Simulation variabel gesetzt. Ein Überbieten des privaten Höchstgebotes durch den ORF ist also wettbewerbsneutral dann (und nur dann) zulässig, wenn dieser im Vergleich zu diesem mit höheren direkten Werbeerlösen im Umfeld der Übertragungen der Spiele der UEFA Champions League rechnen kann.

Diese Annahme entspricht schlüssig dem grundsätzlichen Zugang des Gutachtens und wird auch von der Beschwerdeführerin nicht prinzipiell in Frage gestellt. Die Beschwerdeführerin kritisiert jedoch, neben dem Anknüpfungspunkt „Höchstgebot“ für die Simulation, die konkret angenommenen Differenzen sowohl im Hinblick auf die Werbetarife als auch auf die Reichweitenvorteile.

In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Annahmen zu Werbetarif- und Reichweitenvorteilen lediglich der Erstellung von (plausiblen und konkreten) Szenarien dienen, nicht aber zur Berechnung eines fixen Vorteils des ORF, beruht doch auch die Kalkulation eines Gebots des ORF wie eines privaten Veranstalters auf einer Einschätzung zukünftiger Erlösmöglichkeiten (u.a.) aufgrund von Erfahrungen aus der Vergangenheit (hinsichtlich UEFA-Fußballübertragungen). So wurden im Gutachten des Amtssachverständigen Reichweitenvorteile des ORF von 15 bis 20 % plausibilisiert. Insofern schadet es auch nicht, dass der Großteil der Vergleiche zwischen dem ORF und PULS 4 angestellt wurde, obwohl sich letztlich herausgestellt hat, dass das private Höchstgebot, das den Vergleichsmaßstab für die Simulation darstellt, von der C Gesellschaft abgegeben wurde. Einerseits verfügen nämlich PULS 4 und C über eine vergleichbare Marktstellung, sodass ein ähnlicher „Größenvorteil“ des ORF angenommen werden kann, und andererseits zeigt der im Gutachten zwischen dem ORF und ATV vorgenommene Vergleich im Hinblick auf Übertragungen von Spielen des österreichischen Fußball-Nationalteams (zumindest) eine ähnliche Tendenz, nämlich einen deutlichen Reichweitenvorteil des ORF. Die Plausibilität der schließlich berechneten Szenarien ergibt sich insbesondere daraus, dass alle angestellten Vergleiche ähnliche Ergebnisse – nämlich Reichweiten- und Tarifniveauvorteile des ORF – ergeben. Dies widerspricht der – unbelegten – Behauptung im Gutachten von Dr. Zuser (S. 46), wonach die Zahl der Zuseher der UEFA Champions League unabhängig vom ausstrahlenden Sender sei.

Damit erweist es sich – entgegen der Kritik der Beschwerdeführerin – auch nicht als problematisch, dass als ein Ausgangswert für die vom Amtssachverständigen berechneten Szenarien eine diesbezügliche Angabe des Generaldirektors des ORF gegenüber dem Stiftungsrat herangezogen wurde, stellt diese doch nur die Grundlage für eines von mehreren Szenarien dar, während gleichzeitig, einerseits aus Sicht des Generaldirektors, andererseits aufgrund der vorliegenden weiteren Daten, nicht ersichtlich ist, dass diese Einschätzung nicht auf bestehenden Erfahrungswerten beruhen würde.

Soweit die Beschwerdeführerin hinsichtlich der angenommenen Reichweiten- und Werbetarifvorteile in ihrer Stellungnahme vom 21.01.2015 sowie im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2015 insbesondere die Datenbasis für die Annahmen des Amtssachverständigen als zu klein kritisiert und dazu Daten aus dem Teletest vorgelegt hat, hat die KommAustria dies zum Anlass genommen, den Amtssachverständigen mit der Erstellung eines Ergänzungsgutachtens unter Zugrundelegung der vorgelegten Daten zu beauftragen. Dieses bestätigt die Annahmen des ursprünglichen Gutachtens, liegen doch alle dort zusätzlich (und unter näher begründeter Ausblendung verzerrender Unterschiede der verglichenen Spiele) berechneten Szenarien im Rahmen der schon zuvor vorliegenden Ergebnisse. In diesem Zusammenhang hat der Amtssachverständige auch nochmals nachvollziehbar dargelegt (vgl. dazu das Ergänzungsgutachten, S. 14 f), dass aufgrund der Problematik der eingeschränkten Vergleichbarkeit unterschiedlicher Fußballübertragungen in zeitlicher oder inhaltlicher Hinsicht kein bestimmter Einzelvergleich einen allgemeingültigen Wert liefert, und die Schwächen der Vergleiche auch im Einzelnen offengelegt. Insgesamt wurde jedoch auf eine Reihe von Vergleichen zurückgegriffen, wodurch sich ein „sicherer Bereich“ ergibt, innerhalb dessen mögliche Verzerrungen, wie sie sich bei der Heranziehung eines Einzelvergleichs ergeben können, vernachlässigbar sind.

Die von der Beschwerdeführerin in Vorbereitung der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2015 vorgelegten Daten umfassen Reichweiten-, Tarif- und darauf aufbauend Erlöswerte aus dem Teletest für Fußballübertragungen in ORF eins und auf PULS 4 (UEFA

Champions League auf ORFeins in der Saison 2011/12, UEFA Europa League auf ORFeins in der Saison 2013/14, UEFA Champions League auf PULS 4 in der Saison 2013/14), wobei hinsichtlich der Zahlen von PULS 4, nicht aber für den ORF, zwischen Einnahmen aus „klassischer“ Werbung und solchen „inklusive Sonderwerbformen“ unterschieden wird. Der Amtssachverständige hat zur Berechnung der Szenarien im Ergänzungsgutachten im Hinblick auf die Werbetarife jeweils die Werte für „klassische“ Werbeformen herangezogen, weil nur ein Vergleich von gleichen Werbeformen einen relevanten, nicht verzerrten Eingangswert für das Simulationsmodell ergibt.

Dagegen bringt die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 29.04.2015 vor, dass die Daten für klassische Werbeformen des ORF mit jenen „inklusive Sonderwerbformen“ von PULS 4 zu vergleichen seien, weil es sich bei den genannten Sonderwerbformen („*Splits, Cut-Ins und Single Spots*“) gleichermaßen um „klassische“ Werbespots handle, die bloß etwas anders gestaltet seien und von der Beschwerdeführerin mit Aufschlägen verkauft würden. So habe auch der ORF (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2015, S. 22) zugestanden, dass alle diese Sonderwerbformen im Wesentlichen Werbespots seien und vom ORF in vergleichbarer Art und Weise („best positioning“, Erst- und Letztplatzierung) und mit beträchtlichen Tarifaufschlägen angeboten würden. Damit wird aber nicht aufgezeigt – und nur dann wäre hier eine Anpassung erforderlich –, dass bestimmte werbliche Inhalte, die für die Beschwerdeführerin in der Auswertung „inklusive Sonderwerbformen“ erfasst sind, auch vom ORF in gleicher Weise angeboten werden, dort aber in der Auswertung für „klassische“ Werbung enthalten sind. Es ist nämlich gerade nicht ersichtlich, dass es sich bei den genannten Sonderwerbformen von PULS 4 – auch wenn sie die Dauer von klassischen Werbespots aufweisen – um bloße Erst- und Letztplatzierungen innerhalb eines (als „klassische“ Werbung erfassten) Werbeblocks handeln würde. Die Auswertungen beziehen sich immer auf ganze Werbeblöcke. Davon scheint auch der ORF auszugehen, wenn er vorbringt, dass Zuschläge für Platzierungen im Rahmen der Teletest-Auswertung weder für ihn noch für die Beschwerdeführerin erfasst seien. Vielmehr ergibt sich schon aus der Bezeichnung dieser Werbeformen als „*Splits, Cut-Ins und Single Spots*“, dass es sich um eigene (Sonder-)Werbeformen handelt, die nicht lediglich auf „best positioning“ beruhen. Darüber hinaus umfasst die Auswertung „inklusive Sonderwerbformen“ auch noch sogenanntes „Formatsponsoring“ (vgl. die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 29.04.2015, S. 21). Diese Ansicht wird dadurch erhärtet, dass der ORF die genannten Sonderwerbformen in seiner Tarifliste gar nicht ausweist. Zudem ist nicht anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin nicht auch (zusätzlich) für die Erst- und Letztplatzierung innerhalb von Werbeblocks Zuschläge verlangt, betont sie doch selbst das Absinken der Reichweite während eines Werbeblocks. Ein Abweichen des Gutachtens von der übereinstimmenden Darstellung der Verfahrensparteien liegt somit entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht vor.

Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 29.04.2015 insbesondere den „Vergleich 6“ des Ergänzungsgutachtens kritisiert, ist es zunächst unproblematisch, dass der Amtssachverständige neben den von der Beschwerdeführerin vorgelegten noch weitere Daten in seine Untersuchung einbezogen hat. Zwar war der Auftrag zur Erstattung des Ergänzungsgutachtens dahingehend formuliert, weitere Szenarien „*unter Zugrundelegung der von der Beschwerdeführerin vorgelegten Daten aus dem Teletest*“ zu berechnen, er ist aber unzweifelhaft darauf gerichtet, die (von der Beschwerdeführerin als zu eng kritisierte) Datenbasis für die im ursprünglichen Gutachten berechneten Szenarien zu verbreitern, und ist zudem jedenfalls in Verbindung mit dem ursprünglichen Gutachtensauftrag zu lesen, womit schon grundsätzlich jede Tätigkeit des Sachverständigen, die zur Plausibilisierung eines „Wettbewerbspreises“ dient, als vom Gutachtensauftrag gedeckt anzusehen ist. Die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Daten enthielten Werte für die Übertragung der UEFA Champions League 2011/12 durch den ORF. Daten für die in der gleichen Saison auf PULS 4 übertragenen Spiele der UEFA Europa League waren dem gegenüber in der Datenübermittlung der Beschwerdeführerin nicht enthalten. Es scheint somit nachvollziehbar,

wenn der Amtssachverständige diese selbst und über die gleiche Datenquelle (AGTT) beschafft hat.

Der weiteren Kritik, wonach dieser Vergleich zudem inhaltlich unbrauchbar sei, ist zu entgegnen, dass der Amtssachverständige ganz allgemein auf im Einzelnen bestehende Probleme hinsichtlich der Vergleichbarkeit hingewiesen und daher auch nicht einen einzelnen Vergleich absolut gesetzt, sondern mehrere Vergleiche zur Plausibilisierung seines Ergebnisses herangezogen hat (vgl. zum Umstand, dass der genannte Vergleich auch keine maßgeblichen Auswirkungen auf das inhaltliche Ergebnis hatte, im Rahmen der rechtlichen Beurteilung, Abschnitt 4.4.5). Schließlich ist zur Kritik, die herangezogenen Daten seien „falsch“, darauf zu verweisen, dass durch die eigene Auswertung der Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Übertragungen der Europa League in der Saison 2011/12 (ausgehend von dessen Anhang 1) jedenfalls keine rechnerische Unrichtigkeit des Ergänzungsgutachtens aufgezeigt wird, sondern allenfalls Differenzen im Hinblick auf die einzubeziehenden Werbeblöcke bestehen, wobei nicht ersichtlich ist, dass diese im Ergebnis etwas an der (auch) durch diesen Vergleich nachgewiesenen Tendenz ändern könnten. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die damalige Vereinbarung mit Sky habe keine langfristige Vermarktungsstrategie ermöglicht, wurde zudem nicht dargelegt, inwiefern sich diese Situation von den bei Sportübertragungen üblichen Kurzfristigkeiten, etwa im Hinblick auf die Ansetzung von Spielpaarungen, unterscheidet.

Im Rahmen des Ergänzungsgutachtens wurde auch auf den Einwand der Beschwerdeführerin eingegangen, wonach die Herangehensweise des Gutachtens, für den als Privater „simulierten“ ORF die Werbemenge eines privaten Anbieters anzunehmen, wie es dem dargestellten grundsätzlichen Zugang des Gutachtens entspricht, nicht haltbar sei.

Auch insofern kommt das Ergänzungsgutachten zu dem empirisch nachvollziehbaren Ergebnis, dass eine Korrektur der Annahme, wonach für den simulierten ORF von der Werbemenge eines privaten Bieters ausgegangen werden kann, nicht angezeigt ist, zeigt doch die angestellte Analyse von Fußballübertragungen auf ORF und Puls 4 in den Saisonen 2011/12 und 2013/14 keine negative, sondern sogar eine leicht positive Korrelation zwischen angebotener Werbemenge und Tarif. Mit anderen Worten: Bei Spielen, für die ein hoher Tarif angesetzt wurde, konnte von beiden Veranstaltern nicht weniger, sondern sogar regelmäßig mehr Werbung verkauft werden. Dies scheint auch die Beschwerdeführerin anzuerkennen, wenn sie in ihrer Stellungnahme zum Ergänzungsgutachten vom 29.04.2015 (S. 17 f) ausführt, dass eine festgestellte Korrelation nicht mit einer kausalen Beziehung zwischen den untersuchten Merkmalen gleichgesetzt werden darf und die vom Gutachter festgestellte Korrelation zwischen (hoher) Werbemenge und (hohem) Tarif dahingehend zu interpretieren ist, dass sowohl die Höhe des Werbetarifs als auch die absetzbare Werbemenge naheliegender Weise von der Attraktivität des zugrunde liegenden TV-Ereignisses abhängen, und somit der Fernsehveranstalter bei attraktiven Spielen über eine höhere Preissetzungsmacht verfügt. Mit dieser Interpretation wird aber gerade nicht die von der Beschwerdeführerin behauptete (negative) Korrelation belegt, wonach der Werbetarif des ORF im Fall der Annahme einer steigenden Werbemenge jedenfalls sinken müsste. Soweit die Beschwerdeführerin dazu, etwa durch Vorlage einer Stellungnahme von E, Geschäftsführer einer Dachgesellschaft mehrerer österreichischer Mediaagenturen (mit Schreiben vom 12.05.2015), überdies auf sinkende Reichweiten (und damit Tarife) innerhalb von längeren Werbeblöcken verweist („Werbeblockreichweite“), lässt sich der damit suggerierte (zwingende) Zusammenhang zwischen Werbedauer und Werbetarif nach dem soeben Gesagten eben nicht mit den empirischen Darstellungen des Sachverständigen sowie Teilen des eigenen Vorbringens der Beschwerdeführerin in Übereinstimmung bringen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass höhere Werbemengen sich – je nach Programmgestaltung – nicht zwingend ausschließlich in längeren Werbeblöcken niederschlagen müssen. Auch in der genannten Stellungnahme der Beschwerdeführerin wird zudem zum Niveau der Werbetarife des ORF im Umfeld von Premium-Sportübertragungen

(auch) auf dessen „besondere Marktposition“ verwiesen, ohne aber näher auszuführen, worin diese gelegen wäre.

Nicht nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang die Kritik der Beschwerdeführerin an den Ausführungen des Sachverständigen zu möglichen Auswirkungen der Veränderung der Werbemenge im gesamten TV-Markt bzw. für einen Anbieter, wird darin doch lediglich dargelegt, dass auch Überlegungen zu Veränderungen auf diesen Ebenen nicht zwingend für eine negative Korrelation zwischen Werbemenge und Werbetarif sprechen. Als relevant wird in der Folge jedoch die Werbemenge im Umfeld von Fußballübertragung erachtet, wobei die zu anderen Ebenen angestellten Betrachtungen darauf nicht übertragen werden können.

Im Ergebnis ist somit keine Korrektur der Annahme vorzunehmen, wonach der „als Privater“ simulierte ORF (auch) hinsichtlich der Werbemenge über dieselben Möglichkeiten verfügt wie jener private Fernsehveranstalter, dessen Gebot die Bezugsgröße für die Berechnung des maximal zulässigen Preises darstellt (vgl. bereits oben zur diesbezüglichen Vergleichbarkeit von PULS 4 und C).

### **3.6. Zu den behaupteten Geheimhaltungsinteressen**

Die Feststellung, wonach sämtliche Akteninhalte, also auch diejenigen, deren Geheimhaltung gegenüber der jeweils anderen Verfahrenspartei beantragt wurde, allen Verfahrensparteien zur Kenntnis gebracht wurden, beruht auf den Akten der KommAustria zum gegenständlichen Verfahren.

## **4. Rechtliche Beurteilung**

### **4.1. Beschwerdelegitimation**

§ 36 ORF-G lautet auszugsweise:

#### **„Rechtsaufsicht**

**§ 36.** (1) Die Regulierungsbehörde entscheidet neben den anderen in diesem Bundesgesetz und im KommAustria-Gesetz genannten Fällen – soweit dafür nicht eine andere Verwaltungsbehörde oder ein Gericht zuständig ist – über die Verletzung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes mit Ausnahme der Bestimmungen des 5a. Abschnittes oder über die Verletzung des Umfangs eines Angebotskonzepts einschließlich allfälliger nach § 6b Abs. 2 erteilten Auflagen

1. auf Grund von Beschwerden

[...]

c. eines Unternehmens, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch die behauptete Verletzung berührt werden.

[...]

(3) Beschwerden sind innerhalb von sechs Wochen, Anträge sind innerhalb von sechs Monaten, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen. Offensichtlich unbegründete Beschwerden und Anträge sind ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen.

[...]

Die Beschwerdeführerin stützt ihre Beschwerdelegitimation auf § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G und verweist dazu auf ihre Tätigkeit als Fernsehveranstalterin nach dem AMD-G und den Umstand, dass sie als solche mit dem Beschwerdegegner sowohl auf dem Zuseher- als auch auf dem Werbemarkt im Wettbewerb stehe.

Der Bundeskommunikationssenat (BKS) hat zur mit § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G idGF gleichlautenden Bestimmung des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 ausgesprochen, dass für die Beschwerdelegitimation nach dieser Bestimmung die Behauptung des durch die Rechtsverletzung bedingten Eingriffs in wirtschaftliche oder rechtliche Interessen eines Unternehmens genügt. Auf Grund dieser Bestimmung kann eine Beschwerde auch bei mittelbarer Schädigung (entgangener Gewinn, Ausbleiben eines Vorteils) oder selbst dann, wenn noch kein Schaden eingetreten ist, erhoben werden. Beschwerdevoraussetzung ist die Darlegung der Auswirkungen rechtlicher oder wirtschaftlicher Art (vgl. BKS 14.12.2004, GZ 611.933/0003-BKS/2004).

Für das Vorliegen einer Beschwerdelegitimation nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G reicht die Darlegung von zumindest im Bereich des Möglichen liegenden Berührungen rechtlicher oder wirtschaftlicher Interessen des beschwerdeführenden Unternehmens aus (vgl. z.B. BKS 29.01.2007, GZ 611.956/0002-BKS/2007, ebenfalls zu § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010). Voraussetzung dafür, dass durch eine behauptete Verletzung des ORF-G wirtschaftliche Interessen eines gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G beschwerdeführenden Unternehmens berührt werden, ist das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem beschwerdeführenden Unternehmen und dem ORF (vgl. etwa BKS 25.09.2006, GZ 611.933/0006-BKS/2006, wiederum zu § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010).

Damit ist die Legitimation der Beschwerdeführerin zur Erhebung der gegenständlichen Beschwerde jedenfalls zu bejahen, steht diese mit dem Beschwerdegegner doch sowohl grundsätzlich (als Fernsehveranstalterin nach dem AMD-G) als auch im Speziellen (als Inhaberin von Übertragungsrechten an der UEFA Champions League für die Saisons 2012/13 bis 2014/15, die auch für die verfahrensgegenständlichen Rechte für die Saisons 2015/16 bis 2017/18 geboten hat) mit dem ORF im Wettbewerb auf dem Seher- und Werbemarkt. Durch die behauptete Verletzung des § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G – Erwerb von attraktiven Übertragungsrechten zu einem überhöhten und damit rechtswidrigen Preis – könnte der ORF im Zusammenhang mit Übertragungen der UEFA Champions League einen Vorteil auf dem Seher- und Werbemarkt erlangen, der auch Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation der Beschwerdeführerin hätte.

In diesem Zusammenhang kann es nicht darauf ankommen, ob die Beschwerdeführerin bei Außerachtlassung des Gebotes des ORF, dessen Rechtswidrigkeit behauptet wird, mit ihrem konkurrierenden Gebot zum Zug gekommen wäre. Eine Einschränkung der Beschwerdelegitimation für Fälle der behaupteten Verletzung von § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G dahingehend, wonach nur jener Konkurrent zur Beschwerde legitimiert wäre, der bei Wegfall des (behauptet) überhöhten Gebots die betreffenden Übertragungsrechte erworben hätte, kann einerseits den die Beschwerdelegitimation regelnden Bestimmungen des ORF-G nicht unterstellt werden, und würde andererseits den Anwendungsbereich des § 31c ORF-G in einer Weise verkürzen, die dessen Intention, nämlich eine effektive Wettbewerbskontrolle des ORF auf bestimmten Märkten sicherzustellen, zuwiderläuft. Damit ist davon auszugehen, dass auch zwischen dem ORF und anderen Fernsehveranstaltern als demjenigen, der das zweihöchste Gebot abgegeben hat, ein Wettbewerbsverhältnis anzunehmen ist, das nach der Rechtsprechung eine Beschwerdelegitimation gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G begründet, da auch ein solcher Veranstalter durch die auf einem Erwerb, dessen Rechtswidrigkeit behauptet wird, beruhende Übertragung im ORF in seinen wirtschaftlichen Interessen berührt sein kann.

Somit ist die die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G zu bejahen.

## 4.2. Rechtzeitigkeit der Beschwerde

Gemäß § 36 Abs. 3 ORF-G sind Beschwerden innerhalb von sechs Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen.

Die Beschwerdeführerin bringt zu ihrer Beschwerde vom 20.01.2014 primär vor, die Beschwerdefrist sei aufgrund eines zum Zeitpunkt der Einbringung der Beschwerde (und darüber hinaus) noch andauernden Rechtsverletzung noch aufrecht. Der Abschluss der Vereinbarung mit dem Rechteinhaber stelle den Beginn eines rechtswidrigen Dauerzustandes dar, der erst nach Ablauf der UEFA Champions League-Saison 2017/18 enden würde.

Hilfsweise wird vorgebracht, die Beschwerde sei auch dann rechtzeitig, wenn man das Eingehen einer verbindlichen Vereinbarung über die Verwendung der Mittel durch den Generaldirektor des Beschwerdegegners als fristauslösendes Ereignis ansehen wollte. Selbst dann käme es nämlich auf die Bekanntgabe des Erwerbs der Rechte durch den ORF am 09.12.2013 an, womit die Beschwerde am letzten Tag der sechswöchigen Beschwerdefrist am 20.01.2014 eingebracht worden sei. Andernfalls könne der Beschwerdegegner die Verfolgung von Gesetzesverstößen dadurch verhindern, dass er sie während der Dauer der Beschwerdefrist des § 36 Abs. 3 ORF-G nicht bekannt mache.

Der Beschwerdegegner wendet die Verspätung der Beschwerde ein und bringt dazu zusammengefasst vor, eine andauernde Rechtsverletzung könne nicht vorliegen, da sich die Beschwerde gegen den „Erwerb“ der Übertragungsrechte bzw. das überhöhte „Gebot“ des Beschwerdegegners richte. Dem gegenüber beziehe sich die Rechtsprechung zur Fristwahrung bei andauernden Rechtsverletzungen auf Fälle, in denen der ORF einem über einen längeren Zeitraum zu erfüllenden Auftrag in seinen Programmen nicht nachkomme.

Somit sei entweder auf die Unterfertigung des Angebots des ORF durch den Generaldirektor oder – richtiger – auf die Erklärung von TEAM über die Annahme dieses Gebots als fristauslösendes Ereignis abzustellen, wobei diese Ereignisse vor dem 09.12.2013 stattgefunden hätten. Selbst wenn man in diesem Zusammenhang auf die Erkennbarkeit durch die Beschwerdeführerin abstelle, sei die Beschwerde verfristet, da die Beschwerdeführerin bereits vor dem 09.12.2013 von TEAM direkt mündlich „über die Erfolglosigkeit ihres Gebots bzw. vom Rechteerwerb des ORF sowie die Durchführung einer 2. Bieterrunde über alle übrigen Rechtepakete“ informiert worden sei.

Die Beschwerde wurde rechtzeitig innerhalb der sechswöchigen Frist gemäß § 36 Abs. 3 ORF-G erhoben:

Die Bestimmung des § 36 Abs. 3 ORF-G stellt ihrem Wortlaut zufolge primär auf jene Fälle ab, in denen die behauptete Verletzung des ORF-G in der Ausstrahlung einer Sendung bzw. in der Bereitstellung eines Angebotes gelegen ist. Daneben wurden in der bisherigen Rechtsprechung Lösungen für die Berechnung der Beschwerdefrist in unterschiedlichen Konstellationen herausgearbeitet, in denen eine Rechtsverletzung durch andere Umstände bzw. Handlungen behauptet wird.

Eine Fallgruppe bilden dabei jene Konstellationen, in denen Verletzungen des gesetzlichen Programmauftrages des ORF (vgl. §§ 4 und 5 ORF-G) über einen längeren, zum Zeitpunkt der Einbringung der Beschwerde noch andauernden Zeitraum behauptet wurden. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor, ist doch hinsichtlich der behaupteten Verletzung auf den vorgebrachten Sachverhalt in Verbindung mit der Norm, deren Verletzung behauptet wird, abzustellen (vgl. bereits RFK 17.06.1996, 596/5-RFK/96, RfR 1996, 9, wo zur insoweit gleichlautenden Bestimmung des § 27 RFG ausgesprochen wurde, dass Beschwerden innerhalb von sechs Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten – gesetzesspezifischen – Verletzung einzubringen sind). Maßgeblich ist demnach der Zeitpunkt, an dem die inkriminierte Gesetzesverletzung tatsächlich gesetzt wird. § 31c Abs. 1

ORF-G stellt insofern unzweifelhaft auf die unzulässige Mittelverwendung durch den ORF, im Fall der Z 1 durch den Erwerb von Senderechten, ab. Die behauptete Rechtsverletzung wäre also (bereits) im Erwerb der Senderechte, nicht aber (erst) in der Ausstrahlung der Sendungen, wenn auch allenfalls die dafür erforderlichen Rechte unter Verletzung von § 31c ORF-G erworben wurden, gelegen. Auf diesen Zeitpunkt ist somit auch als fristauslösendes Ereignis für die Beschwerdefrist gemäß § 36 Abs. 3 ORF-G abzustellen.

Ausgehend von den vorliegenden Unterlagen zum Bieterverfahren und den Angaben des Beschwerdegegners liegt es nahe, den fristauslösenden „Erwerb“ der Übertragungsrechte durch den ORF mit Annahme der „Key Terms“ durch UEFA/TEAM am 05.12.2013 anzunehmen. Es kann aber letztlich dahingestellt bleiben, zu welchem Zeitpunkt der zivilrechtliche Vertrag zwischen dem Beschwerdegegner und UEFA/TEAM betreffend den Erwerb der verfahrensgegenständlichen Rechte konkret zustande gekommen ist. Im Hinblick auf den fristauslösenden Zeitpunkt ist nämlich der Ansicht der Beschwerdeführerin zu folgen, wonach es für den Lauf der Beschwerdefrist auf die Kenntnis des Beschwerdeführers von den fristauslösenden Umständen, d.h. im gegenständlichen Fall vom Erwerb der Übertragungsrechte durch den Beschwerdegegner, ankommt. Eine andere Ansicht führte, wie die Beschwerdeführerin zutreffend darlegt, zu dem Ergebnis, dass durch „Verheimlichung“ eines Rechteerwerbs eine Beschwerde nach § 31c ORF-G ausgeschlossen werden könnte.

Insofern ist die vorliegende Konstellation, in der die behauptete Rechtsverletzung nicht in einer Sendung, sondern in einem sonstigen Akt eines ORF-Organs (hier: Erwerb der Übertragungsrechte durch Vertragsschluss mit UEFA/TEAM) gelegen ist, etwa mit jenen vergleichbar, in denen Beschwerde gegen Stellenbesetzungen im ORF erhoben wurde. Hier ist als Zeitpunkt der behaupteten Gesetzesverletzung primär jener heranzuziehen, in dem das entscheidende Organ den Beschluss gefasst hat, der Gegenstand der Rechtsverletzung ist. Dass für den Beginn der Beschwerdefrist auf die gesetzesspezifische Verletzung abzustellen ist, ist aber insoweit einzuschränken, als diese etwa im Fall von Stellenbesetzungen nicht an die Öffentlichkeit tritt. Zusammengefasst wurde daher zu derartigen Konstellationen ausgesprochen, dass bei Sendungen das fristauslösende Ereignis die Ausstrahlung derselben ist, es bei sonstigen Akten wie Entscheidungen eines ORF-Organs aber darauf ankommt, wann der Akt gesetzt wurde bzw. wann dieser – so er konkrete Personen betrifft – den Betroffenen zur Kenntnis gelangte, um insoweit einer Verkürzung des Rechtsschutzes durch Verzögerung in der Bekanntgabe entgegenzuwirken (vgl. KommAustria 01.06.2012, KOA 11.400/12-011, mit Verweis auf RFK 17.06.1996, 596/5-RFK/96, RfR 1996, 9).

In Anwendung dieser Grundsätze wurde beispielsweise mit Bescheid vom 01.06.2012, KOA 11.400/12-011, eine am 10.02.2012 eingebrachte Beschwerde als verspätet zurückgewiesen, weil das fristauslösende Ereignis – die Beschlussfassung des Stiftungsrates über die Bestellung einzelner Landesdirektoren und des technischen Direktors – bereits am 15.09.2011 erfolgt war und bereits am selben Tag in der Medienberichterstattung in der Öffentlichkeit ausreichend dokumentiert wurde, womit die Beschwerdeführer bereits zu diesem Zeitpunkt Kenntnis von der behaupteten Verletzung haben konnten.

Ausgehend davon, dass der Vertragsabschluss über den Erwerb von Übertragungsrechten nicht unmittelbar an die Öffentlichkeit tritt, ist der Grundsatz, dass es für den Beginn der Beschwerdefrist auf die behauptete – gesetzesspezifische – Verletzung ankommt, also auch im gegenständlichen Fall dahingehend zu relativieren, dass es der Kenntnis der Beschwerdeführer über die die Beschwerdefrist auslösenden Umstände bedarf, wobei es nach der bisherigen (soeben zitierten) Rechtsprechung der KommAustria etwa ausreicht, dass die Beschwerdeführer aufgrund der Medienberichterstattung Kenntnis vom fristauslösenden Ereignis haben konnten.

Die Kenntnis der Organe der Beschwerdeführerin vom Erwerb der Übertragungsrechte an der UEFA Champions League vor dem 09.12.2013 konnte im Verfahren – entgegen dem Vorbringen des Beschwerdegegners – nicht festgestellt werden (vgl. die ausführlichen

Ausführungen hierzu im Rahmen der Beweiswürdigung). Anzumerken ist in diesem Zusammenhang nur, dass, wie im gegenständlichen Fall, die bloße Kenntnis von dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin selbst den Zuschlag im Bieterverfahren nicht erhalten hat, nicht automatisch der „Kenntnis“ vom Erwerb der Übertragungsrechte durch den ORF entsprochen hat. Dies kommt schon aufgrund der Möglichkeit der Teilnahme weiterer Bieter (tatsächlich hat sich herausgestellt, dass es neben der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner einen dritten konkurrenzfähigen Bieter gegeben hat) nicht in Betracht, mag der erfolgte Zuschlag an den ORF aus Sicht der Beschwerdeführerin auch nahe gelegen („ein sehr wahrscheinliches Szenario“) sein. Eine Beschwerdeführung „auf Vorrat“, wenn zwar die Vermutung, aber noch keine Kenntnis vom behaupteten rechtswidrigen Erwerb von Senderechten durch den ORF besteht, ist von Konkurrenten aufgrund der dargestellten Judikatur nicht zu verlangen.

Zusammenfassend wird festgehalten, dass der Anfang der Beschwerdefrist mit Kenntnisnahme des inkriminierten Rechteerwerbs durch die Beschwerdeführerin am 09.12.2013 festzusetzen ist, und sohin die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

#### **4.3. Zulässigkeit der Abgabe des Gebots des Beschwerdegegners**

§ 21 ORF-G lautet:

##### *„Aufgaben des Stiftungsrates*

§ 21. (1) Dem Stiftungsrat obliegt, abgesehen von den sonstigen ihm durch dieses Bundesgesetz übertragenen Aufgaben,

1. die Überwachung der Geschäftsführung;
2. die Bestellung und Abberufung des Generaldirektors;
3. die Festlegung der Zahl der Direktoren sowie der Geschäftsverteilung gemäß § 24

Abs. 2;

4. die Vertretung des Österreichischen Rundfunks gegenüber dem Generaldirektor, insbesondere die Geltendmachung von Haftungsansprüchen;

5. die Bestellung und Abberufung der Direktoren und Landesdirektoren auf Vorschlag des Generaldirektors;

6. die Genehmigung der langfristigen Pläne für das Inhaltsangebot in Übereinstimmung mit den Kriterien des Qualitätssicherungssystems sowie der langfristigen Pläne für Technik und Finanzen und von Stellenplänen;

6a. die Genehmigung des Qualitätssicherungssystems (§ 23 Abs. 1 Z 1a);

6b. die Beschlussfassung über die für die audiovisuelle kommerzielle Kommunikation geltenden Richtlinien insbesondere im Hinblick auf an Minderjährige gerichtete audiovisuelle kommerzielle Kommunikation;

6c. die Beschlussfassung über die von der Geschäftsführung vorgelegten Pläne über den Ausbau des barrierefreien Angebots für hör- und sehbehinderte Menschen;

7. die Beschlussfassung über die Festsetzung des Programmentgeltes (§ 23 Abs. 2 Z 8 und § 31) sowie die Genehmigung von Tarifwerken der kommerziellen Kommunikation (§ 23 Abs. 2 Z 8);

8. die Genehmigung des Abschlusses von Kollektivverträgen, Vertragswerken mit kollektivvertragsähnlicher Wirkung und des Redakteurstatus;

9. die Beschlussfassung über eine Dienstordnung für den Österreichischen Rundfunk;

10. die Beschlussfassung über Maßnahmen, die auf Grund von Prüfungsberichten zu ergreifen sind, einschließlich der Veröffentlichung von Prüfungsberichten soweit diese nicht nach § 39 zu veröffentlichen sind;

11. die Prüfung und Genehmigung des Jahresabschlusses, die Prüfung des Konzernabschlusses sowie die Entlastung des Generaldirektors;

12. die Beratung von grundsätzlichen Problemen des Rundfunks und seiner Programmgestaltung sowie der Einführung von Qualitätssicherungssystemen im Zusammenwirken mit der Geschäftsführung für Programme, die Entgegennahme von Berichten des Generaldirektors sowie die Beschlussfassung über Empfehlungen hierzu;

13. die Beschlussfassung über Beschränkungen bei der Werbung und der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation gemäß § 13 Abs. 8 und 9 sowie § 14 Abs. 3;

14. die Beschlussfassung über den Jahresbericht (§ 7);

15. auf Vorschlag des Generaldirektors die Festlegung des Umfangs und der Art der Verbreitung des Hörfunkprogramms gemäß § 3 Abs. 6 sowie die Beschlussfassung über kommerzielle Aktivitäten im Sinne der §§ 9 bis 9b.

(2) Weiters ist die Zustimmung des Stiftungsrates in den nachstehend angeführten Fällen notwendig:

1. zu den vom Generaldirektor zu erlassenden allgemeinen Richtlinien für die Programmgestaltung, Programmerstellung und Programmkoordination in Hörfunk und Fernsehen sowie im Online-Angebot (§ 23 Abs. 2 Z 1);

2. zu den unter Beachtung der langfristigen Programmpläne und der Programmrichtlinien (Z 1) vom Generaldirektor zu erstellenden und dem Stiftungsrat bis zum 15. November jeweils für das folgende Kalenderjahr vorzulegenden Sende- und Angebotsschemen für Hörfunk und Fernsehen (Jahressendeschemen) und das Online-Angebot (Jahresangebotsschemen) in Übereinstimmung mit den Kriterien des Qualitätssicherungssystems, sowie zur Veranstaltung von Spartenprogrammen (§ 9 Abs. 2), zur Festlegung des Werbeumfangs gemäß § 18 sowie zur Veranstaltung von mobilem terrestrischem Fernsehen (§ 9a);

3. zum Erwerb, zur Veräußerung oder Belastung von Liegenschaften, wenn der Verkehrswert der Liegenschaft den Betrag von 500 000 € übersteigt;

4. zur Übernahme von Bürgschaften oder sonstigen Haftungen zu Gunsten Dritter;

5. zur Vornahme aller Geschäfte, die eine dauernde Belastung oder eine über den Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes hinausgehende Verpflichtung mit sich bringen, soweit diese nicht ohnehin im Rahmen der jährlichen Finanzpläne genehmigt wurden;

6. zur Festsetzung der für jedes Geschäftsjahr aufzustellenden und dem Stiftungsrat bis zum 15. November vorzulegenden Ausgabenetats und Stellenpläne für das folgende Kalenderjahr und seiner Bedeckung (Finanz- und Stellenplan);

7. zu Investitionsprogrammen und zur Vornahme von Neubauten, Umbauten, Neuanschaffungen und sonstigen Investitionen außerhalb der genehmigten und in Kraft befindlichen Investitionsprogramme, soweit sie nicht laufende Betriebsausgaben darstellen und ihr Wert im Einzelfall 1 Million Euro bzw. im Geschäftsjahr insgesamt 2 Millionen Euro übersteigt;

8. zur Einführung bleibender sozialer Maßnahmen;

9. zur Umwidmung der Widmungsrücklage gemäß § 39b Abs. 2;

10. zur Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten über 2 Millionen Euro;

11. zum Erwerb und zur Veräußerung von Patent- und von Verwertungsrechten an Urheberrechten, deren Wert im Einzelfall 1 Million Euro übersteigt;

12. zur Gewährung von Darlehen und Krediten, soweit sie nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören;

13. zum Erwerb, zur Veräußerung und zur Belastung von Beteiligungen (§ 228 UGB) sowie zum Erwerb, zur Veräußerung und zur Stilllegung von Unternehmen und Betrieben;

14. zur Errichtung und zur Schließung von Zweigniederlassungen sowie zur Gründung von Tochtergesellschaften;

15. zur Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten;

16. zur Erteilung von Prokura und Handlungsvollmacht an Direktoren und leitende Angestellte;

17. zur Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik;

18. zur Ausübung des Stimmrechtes in Gesellschafterversammlungen von verbundenen Unternehmen, sofern in der Gesellschafterversammlung ein Beschluss gefasst werden soll, der nach Gesetz oder Gesellschaftsvertrag einer Zustimmung von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen bedarf oder die Bestellung von Geschäftsführern, Vorstandsmitgliedern oder Aufsichtsratsmitgliedern zum Inhalt hat;

19. zum Abschluss von Verträgen mit Medienunternehmen (§ 1 Abs. 1 Z 6 Mediengesetz) periodischer Druckwerke unter Offenlegung der Vertragstexte.

(3) Der Generaldirektor hat überdies die Zustimmung des Stiftungsrates einzuholen, falls er bei verbundenen Unternehmen an Geschäften der in Abs. 2 bestimmten Art durch Weisung, Zustimmung oder Stimmabgabe mitwirkt.

(4) Der Generaldirektor hat dem Stiftungsrat wie ein Vorstand dem Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft zu berichten, hiefür gelten die §§ 81 und 95 Abs. 2 Aktiengesetz, BGBl. Nr. 98/1965, sinngemäß. Die Mitglieder des Stiftungsrates sind ferner befugt, den Generaldirektor, die Direktoren und die Landesdirektoren im Rahmen der Sitzungen des Stiftungsrates über alle von ihnen zu besorgenden Aufgaben des Österreichischen Rundfunks zu befragen und alle einschlägigen Auskünfte zu verlangen. § 95 Abs. 3 AktG gilt sinngemäß.“

Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob der Erwerb der Übertragungsrechte an der UEFA Champions League, deren Preis unbestritten sowohl insgesamt als auch für jeweils eine Saison EUR 1 Mio. überschritten hat, gemäß § 21 Abs. 2 Z 11 ORF-G der Zustimmung des Stiftungsrates bedurft hätte. Nach dieser Bestimmung ist zum Erwerb und zur Veräußerung von Patent- und von Verwertungsrechten an Urheberrechten, deren Wert im Einzelfall EUR 1 Million übersteigt, die Zustimmung des Stiftungsrates notwendig. Eine derartige Zustimmung wurde seitens des Generaldirektors unbestritten nicht eingeholt.

Der Beschwerdegegner bringt dazu vor, der Erwerb von Übertragungsrechten an Sportereignissen und damit auch der UEFA Champions League unterfalle nicht der Bestimmung gemäß § 21 Abs. 2 Z 11 ORF-G und bedürfe somit keiner speziellen Beschlussfassung des Stiftungsrates, und legt zur Untermauerung dieser Rechtsansicht eine Stellungnahme von RA Dr. Stefan Korn vom 27.02.2012 vor.

Zusammengefasst wird in der genannten Stellungnahme argumentiert, dass einerseits sportliche Darbietungen keinen urheberrechtlichen Schutz genießen könnten, weil insofern kein Werkcharakter im Sinne des UrhG gegeben sei, und andererseits, soweit im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen Übertragungsrechte an Filmwerken erworben würden, deren Wert lediglich untergeordnet sei und diese Fälle zudem nicht von § 21 Abs. 2 Z 11 ORF-G umfasst seien.

Davon ausgehend ist zur Frage, ob der gegenständliche Erwerb der (iSd § 21 Abs. 2 Z 11 ORF-G vorherigen, ausdrücklichen, über die Genehmigung von Jahressendeschema bzw. Finanz- und Stellenplan hinausgehenden) Zustimmung des Stiftungsrates bedurft hätte, Folgendes auszuführen:

Zunächst ist es auch für die KommAustria unzweifelhaft, dass weder die Leistung des Sportveranstalters noch Sportdarbietungen an sich urheberrechtlichen Schutz genießen, da beide keine schutzfähigen Werke im Sinn von § 1 UrhG darstellen. Insbesondere wird die sportliche Darbietung nach herrschender Ansicht nicht als Werk der Literatur oder Kunst angesehen und es besteht nach österreichischer Rechtslage auch weder zum Schutz des einzelnen Wettkampfteilnehmers noch zugunsten des Veranstalters ein entsprechendes Sonderschutzrecht (vgl. etwa *M. Walter*, Der Schutz von sportlichen Leistungen und Sportveranstaltungen nach österreichischen Recht, MR 1995, 206 f). Das bloße Recht, als Fernsehveranstalter eine Sportveranstaltung zu übertragen, stellt somit jedenfalls kein Verwertungsrecht an Urheberrechten im Sinn des § 21 Abs. 2 Z 11 ORF-G dar.

Dem gegenüber liegt sehr wohl ein Werk im Sinne des UrhG vor, wenn von einem Fernsehveranstalter nicht das bloße Recht, von einer sportlichen Darstellung eine Übertragung herzustellen, sondern ein bereits vorproduziertes Signal erworben wird, dem Fernsehveranstalter also die Übertragung an einer Sportveranstaltung bereitgestellt wird (bzw. er diese „mitkauft“). Tatsächlich handelt es sich bei Aufzeichnungen von Sportereignissen um Filmwerke gemäß § 4 UrhG, wenn etwa die Kameraführung, Bildregie (einschließlich Wiederholungen, Einblenden von Grafiken und andere Gestaltungsmittel) und gegebenenfalls auch der Kommentar eine individuelle Zuordnung zum (jeweiligen) Schöpfer erlauben (vgl. zur Einordnung von Übertragungen von Fußballspielen in diesem Sinne ausführlich OGH 17.12.2013, 4 Ob 184/13g, mwN). Eine bestimmte „Werkhöhe“ ist für das Greifen des urheberrechtlichen Schutzes nicht erforderlich, eine schutzauslösende „Eigentümlichkeit“ liegt bereits dann vor, wenn die Übertragung unterscheidbar gestaltet wird. Als Rechteinhaber kommt im Fall von Sportveranstaltungen einerseits (gemäß § 38

Abs. 1 UrhG) der Filmhersteller, andererseits aber etwa auch – bei entsprechender vertraglicher Regelung – der Veranstalter in Betracht, der die Aufzeichnung veranlasst.

Von den Verwertungsrechten gemäß §§ 14 ff UrhG ist hier das Senderecht gemäß § 17 UrhG von besonderer Bedeutung. Dieses Ausschließungsrecht, das Werk (z.B. die Übertragung eines Fußballspiels) durch Rundfunk oder auf eine ähnliche Art zu senden, steht grundsätzlich alleine dem Urheber zu. Dieses Recht kann der Rechteinhaber jedoch anderen Personen (z.B. Rundfunkunternehmern) im Rahmen einer Werknutzungsbewilligung (nicht-exklusiv) oder eines Werknutzungsrechts (exklusiv) einräumen.

In diesem Zusammenhang kommt es nach Ansicht der KommAustria auch – entgegen der Ansicht der vom Beschwerdegegner vorgelegten Stellungnahme, wonach im dargestellten Fall zwar von einem Erwerb von Verwertungsrechten an Urheberrechten gesprochen werden könne, deren Wert jedoch nicht bestimmbar und auch nur untergeordnet sei (gemeint offenbar: im Vergleich zum bloßen, nicht urheberrechtlich geschützten „Übertragungsrecht“ an der Sportveranstaltung ohne diese zusätzliche Leistung) – nicht auf den Wert der urheberrechtlich geschützten Leistung an. Liegt ein urheberrechtlich geschütztes Werk vor, kommt eine Differenzierung hinsichtlich des Wertes der in dieses Werk eingeflossenen Elemente (urheberrechtlicher- bzw. nicht urheberrechtlicher Natur) nicht mehr in Betracht.

Damit stellt sich die Frage, ob Fälle wie der vorliegende, nämlich Erwerb von Senderechten an einer Sportveranstaltung, wobei große Teile des entsprechenden Sendesignals vom Rechteinhaber zur Verfügung gestellt werden, wobei die Verpflichtung besteht, bestimmte Übertragungen als „Host-Broadcaster“ selbst herzustellen und das Signal daran wiederum dem Rechteinhabern bzw. den anderen übertragenden Fernsehveranstaltern zur Verfügung zu stellen, vom Zustimmungserfordernis des Stiftungsrates gemäß § 21 Abs. 2 Z 11 ORF-G umfasst sind. Dabei handelt es sich nicht um eine urheberrechtliche, sondern allein um eine rundfunkrechtliche Beurteilung anhand der entsprechenden Bestimmung des ORF-G, zumal die urheberrechtliche Einordnung der erworbenen „Senderechte“ aus Sicht der KommAustria wie dargestellt eindeutig ist.

Dem Wortlaut zufolge fordert § 21 Abs. 2 Z 11 ORF-G die Zustimmung des Stiftungsrates zum Erwerb und zur Veräußerung von Patent- und von Verwertungsrechten an Urheberrechten, wobei wie dargestellt vorgebracht wird, dass der gegenständliche Erwerb von „Sendelizenzen“ nicht unter diese Bestimmung zu subsumieren ist.

Dazu ist – insofern der vom Beschwerdegegner vorgelegten Stellungnahme folgend und ausgehend von der Formulierung „zum Erwerb und zur Veräußerung von Patent- und von Verwertungsrechten an Urheberrechten“ (und eben nicht von bloßen Werknutzungsrechten) – zunächst auf die (eingeschränkte) Möglichkeit zur Veräußerung urheberrechtlicher Positionen unter Lebenden einzugehen.

Im Unterschied zu Patenten, die gemäß § 33 PatG auch unter Lebenden übertragbar (veräußerlich) sind, können Urheberrechte und die einzelnen urheberrechtlichen Verwertungsrechte gemäß § 23 UrhG nur von Todes wegen auf einzelne Sondernachfolger übertragen werden. Einzige Ausnahme von diesem Grundsatz ist die Möglichkeit des Filmherstellers, die ihm zustehenden Verwertungsrechte (auch unter Lebenden) zu veräußern, gemäß § 40 UrhG.

Der Beschwerdegegner vertritt nun die Ansicht, die Bestimmung des § 21 Abs. 2 Z 11 ORF-G sei (insofern streng ihrem Wortlaut folgend) dahingehend auszulegen, dass vom Zustimmungserfordernis des Stiftungsrates nur solche Geschäfte erfasst sind, in denen „Verwertungsrechte an Urheberrechten“ (iSd §§ 14 ff UrhG) zur Gänze erworben oder veräußert werden, nicht aber Fälle des Erwerbs oder der Veräußerung von (bloßen) Werknutzungsrechten.

Davon ausgehend, dass im Tätigkeitsbereich des ORF die Verwertungsrechte an Filmwerken regelmäßig die (zahl- und wertmäßig) bedeutendste Form der Urheberrechte sein wird, insofern also die im UrhG für Filmrechte bestehende Ausnahme gerade für

Fernsehveranstalter einschlägig sein wird, erscheint es jedenfalls vertretbar, die Bestimmung des § 21 Abs. 2 Z 11 ORF-G in diesem Sinne eng zu verstehen, sodass davon tatsächlich nur der Erwerb und die Veräußerung von Patent- und von Verwertungsrechten an Urheberrechten (im Fall von Urheberrechten demnach lediglich von Filmrechten), nicht aber der bloße Erwerb von Sendelizenzen umfasst ist. Ausgehend von der Tätigkeit des ORF würde nämlich auch diese enge Auslegung der Bestimmung des § 21 Abs. 2 Z 11 ORF-G – selbst im Hinblick auf „Urheberrechte“ (nämlich jenen an Filmwerken) – einen gewissen Anwendungsbereich belassen.

Auch die Systematik des § 21 ORF-G gebietet keine weite Auslegung des Begriffs „Verwertungsrechte an Urheberrechten“: Dazu ist auszuführen, dass die in § 21 ORF-G geregelten Aufgaben des Stiftungsrates grundsätzlich mit der Position des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft vergleichbar sind, die einzelnen Kompetenzen des angeführten Kataloges jedoch deutlich von jenen des § 95 AktG abweichen (vgl. ErlRV 634 BlgNR 21. GP: *„Die Aufgaben und Befugnisse des Stiftungsrates werden an jene des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft angenähert. Primäre Aufgabe des Stiftungsrates ist die Überwachung der Geschäftsführung [...]“*).

Der Katalog gemäß § 21 Abs. 1 und 2 ORF-G enthält eine Reihe von unterschiedlichen Aufgaben und Kompetenzen, wobei es schwer fällt, diese – über den grundsätzlichen Zweck der „Kontrolle der Geschäftsführung“ hinaus – zu systematisieren. Aus Sicht der KommAustria können jedoch immerhin jene Teile des Katalogs gemäß Abs. 2, die ein Zustimmungserfordernis des Stiftungsrates zu einzelnen Geschäftsführungsmaßnahmen statuieren, dahingehend verstanden werden, dass davon keine Tätigkeiten des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes umfasst sind, sondern nur solche, die aufgrund ihrer Art bzw. Häufigkeit Ausnahmen im täglichen Betrieb des Österreichischen Rundfunks darstellen. Eine Generalbestimmung, wonach sämtliche Investitionen des ORF, die bestimmte Anschaffungskosten (im Einzelnen oder innerhalb eines Geschäftsjahres) übersteigen, enthält das ORF-G (im Gegensatz zum AktG) nicht. Programmliche Entscheidungen sind grundsätzlich nur im Hinblick auf die langfristige Programmplanung von der Zustimmungspflicht des Stiftungsrates umfasst (vgl. § 21 Abs. 2 Z 1 und 2 ORF-G), nicht aber im Hinblick auf einzelne Programminhalte. Es sprechen also auch systematische Überlegungen dagegen, über eine extensive Interpretation des § 21 Abs. 2 Z 11 ORF-G ein Zustimmungserfordernis des Stiftungsrates zu einzelnen Programmentscheidungen zu statuieren, die eben den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb eines Rundfunkveranstalters darstellen und nicht nur ausnahmsweise auftreten. Zudem erschiene auch die mit einem solchen Verständnis einher gehende Differenzierung, wonach – innerhalb des Bereichs der Programmentscheidungen – zwar der Erwerb von Sendelizenzen ab einem Betrag von 1 Mio. EUR, nicht aber die Entscheidung für Eigenproduktionen mit vergleichbaren Kosten, der Zustimmung des Stiftungsrates bedürfte, wenig sachgerecht.

Schließlich spricht im Ergebnis auch der Aufbau der Bestimmung gemäß § 21 ORF-G für dieses Ergebnis, ist das Zustimmungserfordernis des Stiftungsrates *„zum Erwerb und zur Veräußerung von Patent- und von Verwertungsrechten an Urheberrechten“* (Z 11) doch nicht im Zusammenhang mit der Programmplanung (§ 21 Abs. 2 Z 1 und 2 ORF-G), wo eben kein Zustimmungserfordernis zu einzelnen Entscheidungen statuiert wird, sondern im weitesten Sinn im Bereich der „Investitionsentscheidungen“ (vgl. etwa § 21 Abs. 2 Z 10: *„Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten“*, bzw. Z 13: *„Erwerb, Veräußerung und Belastung von Beteiligungen“*) zu finden.

Auch eine historische Interpretation legt eine abweichende Interpretation, wonach vom Zustimmungserfordernis gemäß § 21 Abs. 2 Z 11 ORF-G auch der Erwerb bloßer Sendelizenzen (Werknutzungsrechte) umfasst sei, nicht nahe, zumal eine vergleichbare Bestimmung – mit einer Wertgrenze von 1 Mio. Schilling – bereits in der Stammfassung des Rundfunkgesetzes (RFG), BGBl. Nr. 397/1974, in § 8 Abs. 2 Z 9 – systematisch im Zusammenhang mit „Investitionsentscheidungen“ – enthalten war, die Zustimmungserfordernisse des (damaligen) Kuratoriums zu programmlichen Entscheidungen bis zur Rundfunkgesetznovelle 1984, BGBl. Nr. 246/1984, aber noch enger gefasst waren. So wurde das Erfordernis der Zustimmung des Kuratoriums zu den vom Generalintendanten

zu erstellenden Jahressendeschemen gemäß § 8 Abs. 2 Z 1a RFG erst mit der RFG-Novelle 1984, BGBl. Nr. 246/1984, eingefügt. Nichts für das Verständnis der Bestimmung zu gewinnen ist aus der (erst- und einmaligen) Erhöhung der Wertgrenze von 1 Mio. Schilling auf 1 Mio. EUR mit BGBl. Nr. 83/2001, zumal sich das Verhältnis der derzeitigen Wertgrenze zu jener in der Stammfassung in einer ähnlichen Größenordnung bewegt wie bei anderen Tatbeständen des § 21 ORF-G (vgl. etwa betreffend die Aufnahme von Krediten „2 Millionen Euro“ in § 21 Abs. 2 Z 10 ORF-G im Vergleich zu „drei Millionen Schilling“ in § 8 Abs. 2 Z 8 RFG).

Im Ergebnis ist somit der vom Beschwerdegegner vorgelegten Stellungnahme zu folgen, wonach für den hier verfahrensgegenständlichen Erwerb von Übertragungsrechten an Spielen der UEFA Champions League keine Zustimmung des Stiftungsrates gemäß § 21 Abs. 2 Z 11 ORF-G erforderlich war. Ein Zustimmungserfordernis nach dieser Bestimmung im Fall des Rechteerwerbs besteht vielmehr immer nur dann, wenn entweder Patentrechte oder Verwertungsrechte an Filmrechten im Wert von mehr als 1 Mio. EUR erworben werden (und von diesem auch wiederum veräußerbar sind), nicht aber im Fall des Erwerbs von Werknutzungsrechten (Sendelizenzen), der zum Bereich der Programmplanung gehört und demnach nur im Rahmen des § 21 Abs. 2 Z 2 ORF-G der Zustimmung des Stiftungsrates bedürfen.

Der Beschwerdegegner hat die gegenständlichen Übertragungsrechte somit nicht unter Verletzung von § 21 Abs. 2 Z 11 ORF-G erworben.

#### **4.4. Behauptete Verletzung von § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G**

##### 4.4.1. Gesetzestext und rechtlicher Kontext

§ 31c ORF-G lautet:

##### **„Marktkonformes Verhalten**

**§ 31c.** (1) Dem Österreichischen Rundfunk aus Programmengeldt zufließende Mittel dürfen nicht in einer zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht erforderlichen wettbewerbsverzerrenden Weise verwendet werden. Insbesondere darf der Österreichische Rundfunk diese Mittel nicht dazu verwenden:

1. Senderechte zu überhöhten, nach kaufmännischen Grundsätzen nicht gerechtfertigten Preisen zu erwerben;

2. Kommerzielle Kommunikation zu Preisen zu vergeben, die gemessen an kaufmännischen Grundsätzen zu niedrig sind und lediglich dazu dienen, den Marktanteil am Werbemarkt zu Lasten der Mitbewerber anzuheben.

(2) Geschäftliche Beziehungen innerhalb des Österreichischen Rundfunks, zwischen dem Österreichischen Rundfunk und seinen Tochtergesellschaften (§ 2 Abs. 2) oder zwischen den Tochtergesellschaften haben, soweit es sich um Beziehungen zwischen Unternehmensbereichen, die Tätigkeiten im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags einerseits, und Unternehmensbereichen, die kommerzielle Tätigkeiten wahrnehmen andererseits, handelt, dem Grundsatz des Fremdvergleichs zu entsprechen. Diesem Grundsatz ist entsprochen, wenn diese geschäftlichen Beziehungen zu Bedingungen erfolgen, die wirtschaftlich handelnde dritte Personen in ihrem Geschäftsgebaren untereinander zu Grunde legen würden.

(3) Kommerzielle Tätigkeiten des Österreichischen Rundfunks, seiner Tochtergesellschaften oder der mit ihm verbundenen Unternehmen haben dem Grundsatz des wirtschaftlich handelnden Privatinvestors im Sinne des Art. 107 AEUV zu entsprechen. Insbesondere darf eine Investition zur Anfangsfinanzierung neuer kommerzieller Tätigkeiten nur dann vorgenommen werden, wenn eine Rentabilität dieser Investition zu erwarten ist, aufgrund der auch ein wirtschaftlich handelnder Privatinvestor die Investition vornehmen würde.“

Die Bestimmung des § 31c ORF-G beruht auf dem „Beihilfenkompromiss“ betreffend die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Österreich. Die Erläuternden Bemerkungen (ErlRV 611 BlgNR 24. GP, S. 52 f) führen zu § 31c Abs. 1 ORF-G aus: *„Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag erklärt Abweichungen vom Vertrag nur in jenem Ausmaß für zulässig, das für die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erforderlich ist. Insbesondere für die Finanzierung solcher Dienstleistungen bedeutet dies: Werden durch die öffentliche Finanzierung Wettbewerbsverzerrungen verursacht, die über jenes Maß hinausgehen, das erforderlich ist, um die Erbringung der beauftragten Dienstleistung sicherzustellen, so ist dies beihilfenrechtlich nicht gedeckt: Eine solche überschießende Finanzierung ist daher unzulässig. § 31c Abs. 1 enthält eine Regelung, die diesen beihilfenrechtlichen Grundsatz umsetzt. Im Zusammenhang mit der Abschöpfung gemäß § 38a wird sichergestellt, dass im Falle nicht notwendiger Wettbewerbsverzerrungen dem ORF die dem öffentlich-rechtlichen Auftrag gewidmeten, aber widmungswidrig verwendeten Mittel entzogen werden und er daher letztlich keinen wirtschaftlichen Vorteil aus seinem Verhalten zieht. Welche Verhalten von § 31c Abs. 1 erfasst sind, kann aufgrund der beihilfenrechtlichen Anforderungen, die jede nicht gemäß Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag (bzw. dem Amsterdamer Protokoll) gerechtfertigte Wettbewerbsverzerrung ausschließen, zwangsläufig nur abstrakt geregelt werden. Aus der bisherigen beihilfenrechtlichen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission ist aber ableitbar, dass unter das Verbot insb. das Werbedumping (zur Steigerung seines Werbemarktanteils drückt ein öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter seine Werbepreise und kompensiert den Einnahmefall durch öffentliche Finanzierung) und der Sendungsrechteerwerb zu überhöhten Kosten (ein öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter nutzt den ihm zukommenden Finanzierungsvorteil durch die öffentliche Finanzierung, um höhere Beträge für Senderechte zu bieten, als nach kaufmännischen Gesichtspunkten gerechtfertigt wäre, und verzerrt damit den Wettbewerb zu privaten Interessenten um diese Senderechte) zu subsumieren sein werden.“*

#### 4.4.2. Inhalt und Vergleichbarkeit der abgegebenen Gebote

Aus dem im Gutachten des Amtssachverständigen entwickelten Simulationsmodell ergibt sich, dass das erfolgreiche Gebot des Beschwerdegegners, dessen Rechtswidrigkeit die Beschwerde behauptet, dem höchsten Gebot eines privaten Fernsehveranstalters, also den Feststellungen zufolge jenem der C Gesellschaft, gegenüberzustellen und davon ausgehend zu prüfen ist, ob die Differenz zwischen den beiden Geboten aufgrund der im Gutachten herausgearbeiteten Kriterien objektiv gerechtfertigt werden kann. Falls dies nicht der Fall wäre, erwiese sich der vom Beschwerdegegner bezahlte Preis als „überhöht“ im Sinn des § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G.

Festgestellt wurde, dass das höchste Gebot eines privaten Fernsehveranstalters (im konkreten Fall der C Gesellschaft) für die Übertragungsrechte an der UEFA Champions League für die Saisonen 2015/16 bis 2017/18 insgesamt EUR xx Mio. betragen (EUR xx Mio. für die Saison 2015/16, EUR xx Mio. für die Saison 2016/17 und EUR xx Mio. für die Saison 2017/18) und der Beschwerdegegner diese Rechte um EUR xx Mio. (EUR xx Mio. für die Saison 2015/16, EUR xx Mio. für die Saison 2016/17 und EUR xx Mio. für die Saison 2017/18) erworben hat. Das Gesamtgebot des Beschwerdegegners lag also um 17,4 % über jenem der C Gesellschaft als höchstem eines privaten Fernsehveranstalters.

Einschränkungen hinsichtlich der Vergleichbarkeit der Gebote waren – wie im Rahmen der Beweiswürdigung ausgeführt – nicht zu treffen.

#### 4.4.3. Prüfmaßstab des § 31c Abs. 1 ORF-G, Gutachtensauftrag und „Simulationsmodell“

Der für das gegenständliche Verfahren maßgebliche § 31c Abs. 1 ORF-G statuiert, dass der ORF die ihm aus Programmengelt zufließenden Mittel nicht in einer zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht erforderlichen wettbewerbsverzerrenden Weise verwenden darf. Beispielhaft (arg.: „insbesondere“) wird in diesem Zusammenhang u.a.

angeführt (Z 1), dass der ORF Senderechte nicht zu überhöhten, nach kaufmännischen Grundsätzen nicht gerechtfertigten Preisen erwerben darf.

Daraus ergeben sich nach Ansicht der KommAustria folgende Anforderungen:

Die Bestimmung des § 31c Abs. 1 ORF-G geht von der bestehenden dualen Finanzierung des ORF aus, die diesen potenziell in die Lage versetzt, durch die Verwendung der ihm aus Programmengeld zufließenden Mittel den Wettbewerb mit anderen Rundfunkveranstaltern, die sich allein aus Werbung finanzieren, zu verzerren. Aus dem Wortlaut und Aufbau von § 31c Abs. 1 erster Satz ORF-G ergibt sich zunächst, dass dem ORF wettbewerbsverzerrendes Verhalten nicht generell verboten wird, sondern nur insoweit, als dies nicht zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich ist. Dies ergibt sich etwa daraus, dass in der Folge mit den Fällen des Sendungsrechteerwerbs zu überhöhten Kosten und des Werbedumpings lediglich Beispiele genannt („insbesondere“), aber keine Sonderregelungen für diese als (besonders) einschlägig erachteten Fälle getroffen werden.

§ 31c Abs. 1 ORF-G verlangt also eine zweistufige Prüfung, wonach zunächst zu untersuchen ist, ob der ORF durch eine bestimmte Mittelverwendung den Wettbewerb verzerrt hat. Ist diese Frage zu bejahen, ist im Anschluss zu beurteilen, ob die festgestellte Wettbewerbsverzerrung zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich war. Ist dies der Fall, kommt eine Verletzung des § 31c Abs. 1 ORF-G nicht in Betracht.

Als Beispiel für das Vorliegen einer Wettbewerbsverzerrung – nicht aber bereits für das Vorliegen einer Verletzung des § 31c Abs. 1, die dazu noch die Nicht-Erforderlichkeit für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags bedingt (der Wortlaut der Bestimmung würde auch ein solches Verständnis zulassen; siehe dazu aber sogleich) – wird in Z 1 der Fall genannt, dass der ORF Senderechte zu überhöhten, nach kaufmännischen Grundsätzen nicht gerechtfertigten Preisen erwirbt. Im Rahmen des genannten Erwerbs von Senderechten stellen Sportrechte zweifelsohne einen wirtschaftlich bedeutenden Bereich dar (vgl. auch *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>3</sup>, S. 309 f).

In diesem Zusammenhang ist zu beurteilen, ob den in Form einer Aufzählung angeführten Tatbestandselementen „überhöht“ und „nach kaufmännischen Grundsätzen nicht gerechtfertigt“ in § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G eine jeweils eigenständige Bedeutung neben dem Element „wettbewerbsverzerrend“ in § 31c Abs. 1 erster Satz zukommt. Dies liegt zunächst schon deshalb nicht nahe, als die in Z 1 und 2 genannten Fälle wie dargestellt lediglich Beispiele für die allgemeine Regel des § 31 Abs. 1 ORF-G bilden, das Tatbestandsmerkmal „wettbewerbsverzerrend“ also jedenfalls der zentrale Anknüpfungspunkt für die Beurteilung einer Verletzung dieser Bestimmung bleibt. Damit ist nach Ansicht der KommAustria zunächst davon auszugehen, dass „überhöht“ im Fall des Erwerbs von Senderechten eben jener Preis ist, der zu einer Wettbewerbsverzerrung führt. Sinngemäß gleichlautend ist auch der Fall der Z 2 aufgebaut, wo die Wettbewerbsverzerrung im „Werbedumping“, also in der Vergabe von kommerzieller Kommunikation zu Preisen gelegen ist, die „zu niedrig“ sind. „Überhöht“ bzw. „zu niedrig“ beschreibt also nur näher, wodurch die Wettbewerbsverzerrung im konkreten (Beispiel-)Fall bewirkt ist, es kommt diesen Tatbestandselementen aber kein eigenständiger normativer Gehalt zu.

Der Begriff der Wettbewerbsverzerrung wird aber auch noch durch die Formulierung „nach kaufmännischen Grundsätzen nicht gerechtfertigt“ weiter determiniert. In weiterer Folge ist also zu fragen, ob die Beurteilung dieses Tatbestandselements in Bezug auf die konkrete Situation des ORF zu verstehen, das kaufmännische Handeln also anhand der dem konkreten Erwerbsvorgang zugrunde liegenden Kalkulation zu prüfen ist, oder die Bindung an „kaufmännische Grundsätze“ den ORF lediglich in Beziehung zu den privaten („kaufmännisch“ handelnden) Fernsehveranstaltern setzen soll, mit denen er in Konkurrenz steht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die konkrete Kalkulation (z.B. einer programmlichen Entscheidung) im Fall des ORF, dessen gesamtes programmliches Handeln durch den öffentlich-rechtlichen Kernauftrag gemäß § 4 ORF-G gesetzlich determiniert ist, nicht von der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags und der dualen Finanzierung abstrahiert werden kann, und dass durch § 31c Abs. 1 ORF-G doch gerade nicht bestimmte Tätigkeiten (etwa

die Übertragung von Premium-Sportbewerben) vom öffentlich-rechtlichen Auftrag des ORF ausgenommen und etwa (allein) privaten Fernsehveranstaltern überantwortet werden. Vielmehr werden dem ORF (lediglich) im Rahmen der Erfüllung seines öffentlich-rechtlichen Auftrags – und unter Bezugnahme auf das Faktum der Gebührenfinanzierung – finanzielle Grenzen gesetzt, sofern durch sein Verhalten der Wettbewerb mit privaten Fernsehveranstaltern verzerrt wird.

Dass die Übertragung von Premium-Sportbewerben prinzipiell vom öffentlich-rechtlichen Auftrag umfasst ist, ergibt sich unzweifelhaft aus § 4 Abs. 1 Z 1, Abs. 1 letzter Satz und Abs. 2 iVm § 4b Abs. 1 und 4 ORF-G. Die Frage, ob eine bestimmte Tätigkeit (abstrakt) vom öffentlich-rechtlichen Auftrag umfasst ist, ist jedoch von jener zu trennen, ob sie (konkret) im Sinn des § 31c Abs. 1 ORF-G zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich war, was aber, wie erwähnt, erst dann zu prüfen ist, wenn eine Wettbewerbsverzerrung festgestellt wurde.

Damit eignet sich die Betrachtung der vom ORF zu einem konkreten Erwerbsvorgang angestellten Kalkulation aber nicht, ihn zu seinen nicht an einen derartigen gesetzlichen Auftrag gebundenen privaten Konkurrenten in ein Verhältnis zu setzen. Vielmehr liegt es nahe, den gesetzlichen Auftrag auch für einen der Z 1 unterfallenden Sachverhalt nicht bereits bei der Beurteilung, ob eine Wettbewerbsverzerrung vorliegt, sondern erst bei der Frage, ob eine solche zur Erfüllung des gesetzlichen Auftrags erforderlich ist, einfließen zu lassen. Die Bejahung des Umstandes, dass ein bestimmtes Verhalten des ORF sich nach kaufmännischen Grundsätzen nicht rechtfertigen lässt, führt also – wofür wie oben dargestellt bereits die beispielhafte Aufzählung besonders maßgeblicher Fälle in Z 1 und 2 spricht – ebenso nur zur Annahme einer Wettbewerbsverzerrung, nicht aber bereits zur Annahme einer Verletzung des § 31c Abs. 1 ORF-G. Dies jedenfalls im Fall der Z 1, wo weiter zu prüfen ist, ob der Erwerb der Senderechte zu überhöhten Preisen aufgrund des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich war, wobei aber beispielsweise auch für den Fall der Z 2 der Fall in Betracht kommt, wonach etwa verbilligte Werbetarife für soziale oder karitative Zwecke (vgl. den im Tarifwerk des ORF vorgesehenen reduzierten Werbetarif) aufgrund des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF geboten sein können.

Soweit der Begriff des „kaufmännischen“ Handelns in der österreichischen Rechtsordnung auch an anderen Stellen vorkommt, spricht dies nach Ansicht der KommAustria ebenfalls nicht für ein Verständnis, wonach die Frage, ob ein Preis „kaufmännisch gerechtfertigt“ ist, anhand der konkreten Kalkulation des ORF im Einzelfall zu prüfen ist. Auch daraus ist nämlich kein konkreter Handlungsmaßstab im Hinblick auf den Erwerb von Senderechten zu gewinnen. Soweit nämlich einerseits die „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“ einen Maßstab zur Beurteilung unternehmerischen Handelns in Bezug auf Kridadelikte darstellt (vgl. etwa die Judikatur zu § 159 StGB), kann der Bestimmung des § 31c ORF-G nicht unterstellt werden, dass deren Verletzung erst dann anzunehmen ist, wenn der konkrete Erwerb von Senderechten strafrechtlich verpönten Verhalten nahe kommt. Ebenso wenig bildet – vor dem Hintergrund des für jegliche programmliche Tätigkeit maßgeblichen gesetzlichen Auftrags – die „Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns“ als zivilrechtlicher Haftungsmaßstab einen Anhaltspunkt dafür, welcher Erwerb von Senderechten gemäß § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G nach kaufmännischen Grundsätzen gerechtfertigt werden kann.

Darüber hinaus kommt die Wendung „nach kaufmännischen Grundsätzen“ in der österreichischen Rechtsordnung als Handlungsmaßstab im Fall der Ausgliederung staatlicher Tätigkeiten in privatrechtliche Gesellschaften vor, wenn etwa in § 14 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Gesundheit Österreich GmbH angeordnet wird, dass die Gesellschaft nach kaufmännischen Grundsätzen, insbesondere jenen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit, zu führen ist (vgl. in ähnlicher Form etwa auch § 11 des Bundesgesetzes zur Errichtung einer Bundesbeschaffung GmbH, § 38 Bundesstatistikgesetz 2000, § 8 Buchhaltungsagenturgesetz, § 12 IEF-Service-GmbH-Gesetz, § 10 Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetz, u.a.). Ein spezieller Maßstab zum Verhalten im Wettbewerb ist aus derartigen Anordnungen nicht zu entnehmen, handelt es sich dabei doch nach dem Verständnis der KommAustria lediglich um einen allgemeinen Sparsamkeits- und Sorgfaltsmaßstab, dem in vergleichbarer Form auch der ORF bei der

Führung seiner Geschäfte – unabhängig von deren wettbewerblichen Konsequenzen – unterliegt (vgl. zur Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit § 40 Abs. 3 ORF-G).

Die KommAustria versteht die Bestimmung gemäß § 31c Abs. 1 ORF-G im Ergebnis also dahingehend, dass dabei immer die oben dargestellte zweistufige Prüfung gemäß Abs. 1 erster Satz vorzunehmen ist, wobei die Bezugnahme auf „kaufmännische Grundsätze“ in den beispielhaft genannten Fällen der Z 1 und 2 es nahe legt, das Vorliegen einer Wettbewerbsverzerrung durch die Frage nach einem Wettbewerbspreis, wie er sich bei Beteiligung lediglich privater Anbieter ergeben würde, zu messen. So kann das Verbot gemäß § 31c Abs. 1 Z 2, wonach der ORF kommerzielle Kommunikation nicht zu Preisen vergeben darf, die gemessen an kaufmännischen Grundsätzen zu niedrig sind und lediglich dazu dienen, den Marktanteil am Werbemarkt zu Lasten der Mitbewerber anzuheben, nur so verstanden werden, dass der ORF verpflichtet ist, für kommerzielle Kommunikation am Markt jenen Preis zu verlangen, der für ihn zu einer Gewinnmaximierung führt (was sich auch, wie erwähnt, aus § 40 Abs. 3 ORF-G ergibt).

Soweit die Bestimmung des § 31c Abs. 1 ORF-G also verlangt, dass der ORF sich beim Erwerb von Senderechten nicht von „kaufmännischen Grundsätzen“ entfernen darf, ist dies nach dem Gesagten so zu verstehen, dass sein Handeln an jenem eines privaten Fernsehveranstalters – in der Situation des ORF (siehe dazu sogleich) – zu messen ist. „Wettbewerbsverzerrend“ ist demnach ein Verhalten, das ein privater, zwingend allein „kaufmännisch“ handelnder Fernsehveranstalter nicht setzen könnte. Ein solcher Privater setzt somit auch den Maßstab für das Vorliegen eines wettbewerbskonformen Gebots.

Aus diesem Verständnis ergibt sich auch der Gutachtensauftrag der KommAustria an den Amtssachverständigen Dr. Roland Belfin, der eben auf die Möglichkeit der Berechnung eines „objektiven“ – vom konkreten, (auch) durch den öffentlich-rechtlichen Auftrag und die damit verbundene Gebührenfinanzierung determinierten Gebot des ORF unabhängigen – Marktpreises gerichtet war.

Die Formulierung des Gutachtensauftrages war im Hinblick darauf, auf welche Weise der Gutachter zu einem derartigen Markt- bzw. Wettbewerbspreis kommt, bewusst offen formuliert („Frage [...], ob für die genannten Übertragungsrechte ein objektiver Marktpreis feststellbar ist“, „Im Rahmen der gutachterlichen Prüfung wird insbesondere auch auf [...] die in Frage kommenden Methoden der Preisfindung einzugehen sein.“), da schon zur Frage, wie überhaupt für die verfahrensgegenständlichen Übertragungsrechte ein Wettbewerbspreis ermittelt werden kann die Heranziehung gutachterlichen Sachverständes erforderlich war.

Die Entwicklung eines „Simulationsmodells“ für einen hypothetischen privaten Anbieter mit den Möglichkeiten des ORF betreffend Reichweite und Werbetarif, wonach der zulässige Preis in Form eines (prozentuellen) Zuschlages auf das höchste tatsächlich abgegebene private Gebot im gegenständlichen Vergabeverfahren zu berechnen ist, liegt somit jedenfalls im Rahmen des Gutachtensauftrages an den Amtssachverständigen und widerspricht auch nicht dem durch § 31c ORF-G zur Beurteilung der Wettbewerbskonformität des Verhaltens des ORF vorgegebenen rechtlichen Rahmen, setzt die Bestimmung des § 31c ORF-G die Einbeziehung hypothetischer Sachverhalte in die Beurteilung doch geradezu voraus. Im hier vorliegenden Fall der nachträglichen behördlichen Überprüfung der Einhaltung dieser Bestimmungen ist es nämlich erforderlich, zunächst einen „hypothetischen“ Sachverhalt festzustellen, sich zu diesem Zweck allenfalls des Sachverständes eines Sachverständigen zu bedienen und diesen dann dem tatsächlich gesetzten Verhalten gegenüber zu stellen. Die Formulierung in § 31c Abs. 1 ORF-G, wo das Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens daran zu messen ist, welches Gebot ein mit dem ORF – ohne Berücksichtigung von dessen spezieller Situation, soweit sie sich aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag ergibt – vergleichbarer privater Fernsehveranstalter abgeben könnte.

Dies erscheint schon deshalb konsequent, als auch der ORF im Zeitpunkt der Gebotsabgabe vor der Situation steht, ein nicht wettbewerbsverzerrendes Höchstgebot ausgehend von hypothetischen Überlegungen – „Ausblenden“ von Gebührenfinanzierung und öffentlich-

rechtlichem Auftrag – festzulegen, zumal die Prüfung der Einhaltung der Bestimmung des § 31c ORF-G iVm § 36 Abs. 1 ORF-G jedenfalls nur ex-post erfolgen kann.

Zu diesem Zweck ist es aber nicht geboten, einen bestimmten privaten Fernsehveranstalter bzw. einen privaten Fernsehveranstalter von bestimmter Größe („hypothetischer durchschnittlicher Veranstalter“) zum Vergleich heranzuziehen. Der Bestimmung des § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G ist nämlich nicht zu unterstellen, dass sie dem ORF (auch) dazu verhalten würde, sich im Hinblick auf den Erwerb von Senderechten wie ein abstrakter, nicht seiner tatsächlichen Größe entsprechender privater Fernsehveranstalter zu verhalten. Die tatsächliche Größe des ORF wird von § 31c Abs. 1 ORF-G, der – wie oben ausgeführt – eine konkrete Antwort auf das Beihilfeverfahren betreffend die Finanzierung des ORF war, ebenso wie das Bestehen der dualen Finanzierung und des öffentlich-rechtlichen Auftrags vorausgesetzt. Sie mag zwar historisch bedingt sein, eine Berücksichtigung dieses Umstandes bei der Feststellung eines Wettbewerbspreises ist in § 31c Abs. 1 ORF-G aber nicht vorgesehen, da es sich um eine beihilfenrechtliche Norm handelt, die auf die Verhinderung einer Verzerrung des Wettbewerbs aufgrund des Einsatzes öffentlicher Mittel abzielt. Das wiederholte Vorbringen der Beschwerdeführerin, es gäbe (in Hinblick auf die vom Gutachter entwickelte Simulation) keinen dem ORF hinsichtlich Reichweiten und Werbetarife vergleichbaren Privaten, geht damit insofern ins Leere, als für die Zwecke dieser Bestimmung von einer solchen Fiktion ausgegangen werden muss, geht es doch darum, einen Wettbewerbspreis für ein Unternehmen der Größe des ORF zu ermitteln. Die Bestimmung des § 31c Abs. 1 ORF-G geht erkennbar von dem tatsächlichen Wettbewerb auf dem österreichischen Fernsehmarkt aus, ohne bereits die bloße Existenz des ORF (in seiner historisch gewachsenen Größe) als wettbewerbsverzerrend einzustufen. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass es sich insofern auch nicht um eine (Sonderwettbewerbs)Norm handelt, die auf eine Regulierung der Marktmacht des ORF abzielt (womit sich etwa auch ein an der Regulierung marktmächtiger Unternehmen im Telekommunikationsbereich orientiertes Verständnis als ungeeignet zur Auslegung des § 31c ORF-G erweist). In dieser Hinsicht müsste auf die einschlägigen kartellrechtlichen Vorschriften zurückgegriffen werden.

„Wettbewerbspreis“ im Sinn des § 31c Abs. 1 ORF-G ist demnach jener Preis, der sich bei Ausklammerung der Gebührenfinanzierung des ORF (§ 31c Abs. 1: „aus Programmengelt zufließende Mittel“) ergeben würde, nicht aber jener, der sich bei gänzlicher Abwesenheit des ORF aufgrund der Gebote der verbleibenden Fernsehveranstalter ergeben würde. Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist nämlich nicht jedes vom ORF abgegebene Gebot als wettbewerbsverzerrend anzusehen, sondern nur ein Preis, den der ORF lediglich unter Heranziehung von Gebührengeld zu zahlen in der Lage ist. Damit kann aber auch zwingend nur ein als privater Veranstalter simulierter ORF den Vergleichsmaßstab für das hypothetische Höchstgebot darstellen, nicht aber „irgendein“ – etwa durchschnittlicher – privater Bieter.

Das vom Amtssachverständigen gewählte Simulationsmodell, wonach eine Wettbewerbsverzerrung dann nicht vorliegt, wenn der für Senderechte bezahlte Preis maximal dem entspricht, den auch ein privater Fernsehveranstalter von der Größe des ORF aufgrund dessen eigener Kalkulation hätte bezahlen können, erfüllt somit die rechtlichen Anforderungen des § 31c ORF-G an die Bestimmung eines „Wettbewerbspreises“.

#### 4.4.4. Kritik der Beschwerdeführerin am Simulationsmodell

Die Kritik der Beschwerdeführerin am Gutachten des Amtssachverständigen ist im Rahmen der gegenständlichen Bescheidbegründung insofern in zwei Teilen abzuhandeln, als diese einerseits die (innere) Schlüssigkeit des Gutachtens in Frage stellt (auf diese Teile war im Rahmen der Beweiswürdigung einzugehen, vgl. in diesem Zusammenhang etwa die Ausführungen zur Berücksichtigung indirekter Erlöse und strategischer Effekte sowie zur Schlüssigkeit der vorgenommenen Modellrechnung, insbesondere der konstant bzw. variabel angenommenen Elemente der Kalkulation), andererseits aber auch die Eignung des vom Sachverständigen entwickelten Simulationsmodells zur Beurteilung der Frage, ob eine Wettbewerbsverzerrung im Sinn des § 31c ORF-G vorliegt, in Frage gestellt wird. Soweit der

Kritik der Beschwerdeführerin am Gutachten also ein grundsätzlich abweichendes Verständnis von „Wettbewerbsverzerrung“ gemäß § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G zugrunde liegt, betrifft dies (auch) die rechtliche Beurteilung, da das Gutachten im Fall des Zutreffens dieses Teils der Kritik nicht als Grundlage für die Subsumtion durch die KommAustria dienen könnte.

#### 4.4.4.1. Maßstab eines „durchschnittlichen“ privaten Fernsehveranstalters

Der Kritik am Gutachten des Amtssachverständigen, der den zulässigen Preis in Form eines Zuschlages auf das höchste im Rahmen der gegenständlichen Rechtevergabe tatsächlich abgegebene private Gebot bestimmt, ist nach dem oben Gesagten entgegenzuhalten, dass die vorgeschlagenen Modelle, in denen einerseits auf die eigene Kalkulation der Beschwerdeführerin bzw. andererseits auf einen „durchschnittlichen“ Anbieter abgestellt wird, von einem unrichtigen Verständnis der zugrunde liegenden Bestimmung ausgehen, wonach der ORF durch § 31c ORF-G dazu verhalten werden sollte, im Wettbewerb wie ein „kleinerer“ privater Fernsehveranstalter zu agieren. Eine solche Einschränkung ist, wie bereits erwähnt, dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Dies betrifft einerseits die in der Beschwerde angestellte „einfache Investitionsrechnung“, in der nicht nur die eigene „Business Case Logik“ der Beschwerdeführerin, wonach indirekte und strategische Effekte der Übertragung der UEFA Champions League in der Kalkulation eines Fernsehveranstalters nicht berücksichtigt werden können, zugrunde gelegt, sondern auch von deren eigenen Erfahrungen und Schätzungen betreffend Kosten und Erlösen in Kombination mit Annahmen zu den Kosten und Erlösen des ORF ausgegangen wird, und andererseits die in der Stellungnahme von Dr. Zuser angestellte Modellrechnung für einen durchschnittlich gut geführten privaten Anbieter (zu den Widersprüchen zwischen den von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Modellen vgl. die Ausführungen im Rahmen der Beweiswürdigung).

Sofern die Beschwerdeführerin das Gebot des ORF mit dem eines fiktiven „durchschnittlichen“ Anbieters vergleicht, findet eine solche Maßgröße nach dem Gesagten keine Deckung im Gesetz, geht diese Berechnung doch nicht vom bestehenden – von § 31c ORF-G vorausgesetzten – Wettbewerb auf dem österreichischen Fernsehmarkt aus. Wenn die Beschwerdeführerin – etwa in ihrem Schriftsatz vom 21.01.2015 (unter Bezugnahme auf die beiliegende Stellungnahme von Dr. Zuser vom 19.01.2015) – kritisiert, dass das Gutachten einen abstrakten privaten Marktteilnehmer mit dem konkreten Reichweiten- und Erlösvorteil des ORF fingiere, den es tatsächlich nicht gebe, ist dem zu entgegen, dass dieser hypothetische Anbieter nach dem Gesagten gerade den von § 31c Abs. 1 ORF-G geforderten Vergleich ermöglicht. Gleichzeitig gibt es auch den von Dr. Zuser fingierten „durchschnittlich großen, erfolgreichen privaten Free-TV-Anbieter“ in der Realität nicht, wobei diese Maßfigur zudem der vorliegenden Fragestellung, wonach der „Erwerb“ von Übertragungsrechten im Rahmen eines auktionsähnlichen Verfahrens, wo das Höchstgebot den Zuschlag erhält, zu überprüfen ist, nicht gerecht wird. Werden nämlich – wie von Dr. Zuser (u.a.) vorgeschlagen – die Reichweitenvorteile des ORF gegenüber einem „durchschnittlichen“ privaten Anbieter simuliert, dient einerseits als Ausgangspunkt der Simulation ein fiktiver Anbieter, der im Rahmen eines auktionsähnlichen, auf den Höchstbieter abzielenden Vergabedesigns nicht zum Zuge kommen könnte. Dieser wäre auch im Rahmen der gegenständlichen Rechtevergabe durch TEAM nicht zum Zuge gekommen, weil das tatsächlich abgegebene höchste private Gebot den von Dr. Zuser errechneten „durchschnittlichen“ Wert substantziell überschritten hat. Andererseits ist nicht ersichtlich, welcher Marktteilnehmer den Anknüpfungspunkt für eine solche Vorgehensweise darstellen soll, während das Gutachten des Amtssachverständigen von der eindeutigen Prämisse ausgeht, dass zur Berechnung des zulässigen Wettbewerbspreises der ORF „als Privater“ auf Basis des höchsten realen privaten Gebots (hier der C Gesellschaft, vgl. dazu die Feststellungen) zu simulieren ist, womit erst eine Bestimmung des (für den ORF) zulässigen Preises ermöglicht wird.

Deutlich wird diese Entfernung der Ansicht der Beschwerdeführerin vom Gehalt des § 31c Abs. 1 ORF-G etwa in der Stellungnahme von Dr. Zuser vom 19.01.2015 (S. 5 ff), wenn dort

kritisiert wird, dass das Modell des Gutachtens eine (verbotene) Quersubventionierung der UEFA Champions League durch Erlöse aus anderen Dienstleistungsbereichen des ORF („Zuseher des sonstigen TV-Programms“ vs. „Zuseher der UCL“) erlaube. In diesem Zusammenhang wird einerseits angenommen, dass ein „Marktpreis“ nur unter gänzlicher Außerachtlassung des ORF anhand der Gebote privater Bieter zu bilden sei, und andererseits bereits in der Ausnützung der Größenvorteile des ORF (gegenüber diesem „Marktniveau“) eine verbotene Quersubventionierung erkannt. Beide Annahmen sind mit § 31c Abs.1 ORF-G, nach dessen Wortlaut eindeutig (allein) jener Vorteil als wettbewerbsverzerrend in Betracht kommt, der sich aus der Gebührenfinanzierung ergibt, nicht in Übereinstimmung zu bringen. Auch wird impliziert, dass der ORF für die Übertragung von Premium-Sportbewerben eine Trennungsrechnung zu führen habe. Die einzige einschlägige Vorschrift für den ORF (vgl. dazu § 8a ORF-G) im Hinblick auf die Führung getrennter Rechnungen für unterschiedliche Geschäftsbereiche ist aber jene, die eine Trennung nach öffentlich-rechtlichen, konnex-kommerziellen und stand-alone kommerziellen Bereichen anordnet.

Soweit die Beschwerdeführerin ihr Modell eines hypothetischen effizienten Anbieters mit Verweis auf Regulierungsansätze im Telekommunikationsbereich begründet (vgl. etwa Gutachten Dr. Zuser, S. 48), erweisen sich die genannten Ansätze schon aufgrund der Fragestellung als ungeeignet zur Übertragung auf den vorliegenden Sachverhalt, dient die Modellierung eines hypothetischen effizienten Anbieters doch im Rahmen der Netzzugangs-Regulierung regelmäßig der Beantwortung der Frage, zu welchen Tarifen ein marktbeherrschendes Unternehmen anderen seine Leistungen anbieten muss, während gegenständlich der Erwerb von Übertragungsrechten, im Fall der UEFA Champions League im Rahmen eines auktionsähnlichen Verfahrens, zu überprüfen ist. Gegenstand der Beurteilung gemäß § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G ist die Frage, ob ein tatsächlich bezahlter Preis (also jener Preis, zu dem der ORF bei der Rechtevergabe zum Zug gekommen ist) auch ohne Heranziehung von Mitteln aus dem Programmentgelt gerechtfertigt werden könnte.

#### 4.4.4.2. Maßstab des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Ein anderes Verständnis ergibt sich – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, die insofern auf die beihilfenrechtlichen „Altmark-Kriterien“ des EuGH verweist – auch nicht aus Art. 107 Abs. 1 AEUV: Die zur Konkretisierung der „Altmark-Kriterien“ (vgl. das Urteil des EuGH vom 23.07.2003, Rs C-280/00, „Altmark“) ergangene „DAWI-Mitteilung“ der Europäischen Kommission betreffend „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, wonach die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf Grundlage einer Kostenanalyse eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens zu berechnen ist [Mitteilung der Kommission, Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011) (2012/C 8/03)], kann nämlich schon deshalb keinen Maßstab für die Überprüfung gemäß § 31c Abs. 1 ORF-G bilden, als es gegenständlich – im Gegensatz zu dem der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Altmark“ – nicht darum geht, die „Beihilfefreiheit“ eines Entgelts (des „Ausgleichs“) für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinn des Art. 107 Abs. 1 AEUV nachzuweisen, stellt die Finanzierung des ORF durch Programmentgelt doch gerade den Anknüpfungspunkt für § 31c ORF-G dar. Die Bestimmung dient vielmehr der von der Europäischen Kommission im Hinblick auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk geforderten Sicherung der Verhältnismäßigkeit betreffend die Ausnahme einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse von den Wettbewerbsvorschriften im Sinn des Art. 106 Abs. 2 AEUV (vgl. zum Ganzen *Höllbacher*, Aktuelle Entwicklungen in den Bereichen öffentlich-rechtlicher Rundfunk/audiovisuelle Mediendienste, Jahrbuch Beihilferecht 2011, 295 [297 ff]). In diesem Zusammenhang ist aber darauf zu verweisen, dass die Prüfung gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nach eigenen, in der „Rundfunkmitteilung“ der Europäischen Kommission näher konkretisierten Kriterien erfolgt (vgl. Rundfunkmitteilung 2009, ABI 2009 C 257/01) und der „DAWI-Rahmen“ auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ausdrücklich nicht anwendbar ist (vgl. Randziffer 8 der Mitteilung zum DAWI-Rahmen, sowie Ziffer 155

der Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen vom 29.4.2013 – Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, SWD(2013) 53 final/2).

Im Rahmen der vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung wird untersucht, ob die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmens den gemeinsamen Markt nicht in unverhältnismäßig hohem Maße beeinträchtigt, was nicht bereits durch eine Mischfinanzierung aus Gebühren und Werbung ausgeschlossen wird. Dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung, wonach neben dem grundsätzlichen Verbot der Quersubventionierung zwischen öffentlich-rechtlichen und kommerziellen Aktivitäten und der Überkompensierung die Sicherstellung eines adäquaten Marktverhaltens der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sicherzustellen ist, dient u.a. die Bestimmung des § 31c ORF-G, die insofern in engem Zusammenhang mit dem Verbot der Überkompensierung steht (vgl. *Höllbacher*, a.a.O., 299 f u. 308).

Damit ist aber wiederum nicht ersichtlich, dass das vom Amtssachverständigen entwickelte Simulationsmodell anhand eines privaten Bieters in der Größe des ORF (und eben nicht eines durchschnittlichen privaten Bieters) dem Zweck des § 31c ORF-G nicht gerecht würde, kann doch nicht angenommen werden, dass jegliches Marktverhalten eines Rundfunkveranstalters in der Größe des ORF wettbewerbswidrig im Sinn des Art. 106 Abs. 2 AEUV und der Rundfunkmitteilung der Europäischen Kommission wäre.

Auch aus dem europäischen Beihilferecht ergibt sich somit im Ergebnis nicht, dass eine Wettbewerbsverzerrung im Sinn des § 31c Abs. 1 ORF-G schon dann vorliegen würde, wenn die vom ORF aufgewandten Kosten jene übersteigen, die für einen „durchschnittlichen“ Anbieter, wie ihn die Beschwerdeführerin aus dem DAWI-Rahmen ableitet, vertretbar erscheinen.

#### 4.4.4.3. Manipulationsanfälligkeit

Schließlich können auch Praktikabilitätsabwägungen insofern, als die Beschwerdeführerin das Modell des Amtssachverständigen für „manipulationsanfällig“ hält und deshalb ihr eigenes Modell bevorzugt wissen möchte, schon grundsätzlich nicht dazu führen, das Simulationsmodell des Sachverständigen durch einen gänzlich anderen Ansatz zu ersetzen, der nach dem bisher Gesagten zur Beantwortung der maßgeblichen Frage nach dem Vorliegen einer Wettbewerbsverzerrung weniger geeignet ist.

Die von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang geäußerten Bedenken treffen aber auch inhaltlich schon dem Grunde nach nicht zu: Soweit die Beschwerdeführerin die Anwendung ihres eigenen Ansatzes mit der „Manipulationsanfälligkeit“ des Gutachtens durch „bewusst zu hohe“ oder „bewusst zu niedrige“ Gebote begründet (Stellungnahme Dr. Zuser vom 19.01.2015, S. 9 ff), verkennt sie, dass die Prüfung der Einhaltung des § 31c Abs. 1 ORF-G zwingend die hier durchgeführte ex-post-Betrachtung anhand des bestehenden Marktes um die gegenständlichen Rechte sowie eines hypothetischen (unter Außerachtlassung der Gebührenfinanzierung des ORF ermittelten) Gebots darstellt. Dass die übrigen am Markt abgegebenen Gebote auf den tatsächlichen Erwerb von Übertragungsrechten gerichtet sind, und nicht allein der Manipulation einer allenfalls nachträglich erfolgenden Überprüfung durch die KommAustria dienen sollen, kann (und muss) ein solches Modell voraussetzen, wollte man nicht die Vollziehbarkeit der zugrunde liegenden Bestimmung insgesamt in Frage stellen.

Davon unabhängig ist freilich – etwa auch im Fall zukünftiger Beschwerden gemäß § 31c Abs. 1 ORF-G – im Einzelfall zu beurteilen, ob das vom Sachverständigen entwickelte Modell zur Beurteilung der jeweils behaupteten Verletzung geeignet ist oder der Wettbewerbspreis auf andere Weise besser ermittelt werden kann (vgl. wiederum den – insofern offen formulierten – Gutachtensauftrag im gegenständlichen Verfahren).

Das Gutachten des Amtssachverständigen geht somit ausschließlich von rational handelnden Teilnehmern am Verfahren zur Rechtevergabe aus, womit eine „Manipulation“ innerhalb des Modells des Gutachtens gar nicht denkbar ist. Darüber hinaus ist es eine Frage der Beweiswürdigung, zu beurteilen, ob ein für das Simulationsmodell heranzuziehendes Gebot allenfalls von einem „irrational“ handelnden Marktteilnehmer stammt und insofern auszuschließen wäre.

#### 4.4.5. Anwendung des Simulationsmodells auf den gegenständlichen Rechteerwerb

Die Frage, ob durch den gegenständlichen Rechteerwerb des ORF eine Wettbewerbsverzerrung bewirkt wurde, ist also in Anwendung des vom Amtssachverständigen entwickelten Simulationsmodells zu beantworten, indem der vom ORF bezahlte Preis dem höchsten Gebot eines privaten Bieters (dabei handelt es sich den Feststellungen zufolge um jenes der C Gesellschaft) gegenüber gestellt und geprüft wird, ob die Überzahlung durch die bestehenden Reichweiten- und Tarifvorteile des ORF gerechtfertigt werden kann (also in Rahmen des vom Sachverständigen als zulässig ermittelten maximalen Zuschlags auf das höchste tatsächlich abgegebene private Gebot im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren liegt).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den vom Amtssachverständigen entwickelten „Szenarien“ nicht um fixe Obergrenzen für ein Gebot anhand unveränderlicher Kriterien handelt, sondern um Annahmen für zukünftige Erlöse (die Rechtevergabe ist für die kommenden drei Saisonen der UEFA Champions League erfolgt) anhand von Erfahrungen aus der Vergangenheit, die (lediglich) plausibel erscheinen müssen. Dies entspricht auch der Vorgehensweise von Rundfunkveranstaltern bei der Abgabe ihrer Gebote, die ihren Annahmen im Hinblick auf die mit der Übertragung der UEFA Champions League zu erzielenden Erlöse ebenfalls Erfahrungswerte aus der Vergangenheit zugrunde legen (müssen).

Damit kann das Simulationsmodell aber keine fixe Grenze für ein zulässiges Gebot dahingehend liefern, wonach etwa das niedrigste von mehreren – allesamt als plausibel erachteten – Szenarien eine absolute Obergrenze darstellt. Vielmehr ist die vom Sachverständigen errechnete „Bandbreite“ dahingehend zu verstehen, dass damit – nur dies wird nämlich nach Ansicht der KommAustria der ex-post-Prüfung eines Gebots gerecht, das seinerseits zwingend auf Annahmen für die Zukunft (anhand von Erfahrungen aus der Vergangenheit) beruht – ein Bereich abgesteckt wird, innerhalb dessen keine Wettbewerbsverzerrung anzunehmen ist, da auch ein privater Anbieter in der Situation des ORF ein derartiges Angebot aufgrund plausibler Annahmen hätte abgeben können.

Die Gegenüberstellung der Gebote ergibt im vorliegenden Fall, dass das Gebot des ORF in Höhe von insgesamt EUR xx Mio. für drei Saisonen um 17,39 % über dem Gebot der C Gesellschaft in Höhe von EUR xx Mio. für drei Saisonen gelegen ist (zur Vergleichbarkeit der Gebote siehe oben, Abschnitte 2.3 und 4.4.2). Damit liegt die Differenz zum höchsten privaten Gebot am untersten Ende jenes Bereichs von 17,5 % bis 24,1 %, der vom Amtssachverständigen in seinem Gutachten als Preiskorridor definiert wurde, innerhalb dessen ein höheres Gebot aufgrund plausibler, an Entscheidungsparametern privater Bieter orientierter Annahmen vertretbar erscheint. Weiters liegt diese Differenz auch unter dem Wert von 18,2 %, der sich aufgrund des untersten der im Ergänzungsgutachten berechneten, auf Basis von Daten aus dem Teletext empirisch weiter abgesicherten Szenarien ergibt.

Somit ist das Vorliegen einer Wettbewerbsverzerrung im Sinn des § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G zu verneinen und die Beschwerde schon deshalb abzuweisen.

#### 4.4.6. Berücksichtigung des öffentlich-rechtlichen Auftrags

Bei diesem Ergebnis kann dahingestellt bleiben, inwiefern der Erwerb der gegenständlichen Übertragungsrechte zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags „erforderlich“ im Sinn

des § 31c Abs. 1 erster Satz ORF-G war (vgl. zur Abgrenzung dieser Prüfung von der Frage, was vom öffentlich-rechtlichen Auftrag des ORF umfasst ist, bereits oben) und insofern eine Wettbewerbsverzerrung rechtfertigen könnte.

#### **4.5. Zu den behaupteten Geheimhaltungsinteressen**

Seitens der KommAustria wurde den Anträgen sowohl der Beschwerdeführerin als auch des Beschwerdegegners, bestimmte Aktenteile von der Akteneinsicht auszunehmen, bzw. der jeweils anderen Verfahrenspartei nicht zur Kenntnis zu bringen, nicht nachgekommen.

Zur Begründung dieses Vorgehens ist Folgendes auszuführen:

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage des Parteiengehörs (vgl. etwa VwGH 25.02.2004, ZI. 2002/03/0273, und VwGH 17.06.2004, 2003/03/0157) darf es in einem rechtsstaatlichen Verfahren keine geheimen Beweismittel geben, wobei es unerheblich ist, ob Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse vorliegen. Wenn sich die Behörde auf ein Beweismittel stützt, hat sie den Verfahrensparteien zuvor hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Andernfalls sind die Parteien in der Verfolgung ihrer Parteirechte gehindert und in ihrem Recht auf Parteiengehör gemäß § 45 Abs. 3 AVG verletzt.

Gemäß § 45 Abs. 3 AVG ist den Parteien des Verwaltungsverfahrens Gelegenheit zu geben, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen (Parteiengehör). Gegenstand des Parteiengehörs sind nach der Rechtsprechung des VwGH die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, es ist also grundsätzlich nur zu Sachverhaltsfragen und nicht auch zu Rechtsfragen zu gewähren, dies jedoch von Amts wegen, ausdrücklich und in förmlicher Weise. Die bloße Möglichkeit, Akteneinsicht zu nehmen, entspricht diesen Anforderungen nicht (vgl. *Eisner/Schiffkorn*, Geheimhaltung von Beweisen zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen?, ZVB 2010/43, 145, und die dort zitierte Judikatur des VwGH).

Welcher Sachverhalt für die Entscheidung maßgeblich ist, hängt von den anzuwendenden Vorschriften ab (*Hengstschläger/Leeb*, AVG, § 45 Rz 24 [Stand 1.7.2005, rdb.at]).

Dem Parteiengehör unterliegt dabei nicht nur eine von der Behörde getroffene Auswahl jener Ergebnisse des Beweisverfahrens, welche die Behörde zur Untermauerung der von ihr getroffenen Tatsachenfeststellungen für erforderlich hält, sondern der gesamte Inhalt der als Basis für die Entscheidung herangezogenen Ergebnisse der Beweisaufnahme. Darüber hinaus muss der Partei auch die Beweisquelle bekannt gemacht werden, um ihr diesbezüglich Einwände (etwa hinsichtlich der Glaubwürdigkeit eines Zeugen) zu ermöglichen (vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG, § 45 Rz 28 [Stand 1.7.2005, rdb.at], und die dort zitierte Judikatur des VwGH).

Eine Ausnahme bestimmter Beweisergebnisse vom Parteiengehör für den Fall, dass davon Geheimhaltungsinteressen einer Verfahrenspartei (gegenüber einer anderen Partei) berührt würden, ist im AVG nicht statuiert.

Die oben zitierte Judikatur lässt die klare Wertung des VwGH erkennen, keine Behördenentscheidung zuzulassen, die auf Beweismittel gestützt wird, deren Inhalt – z.B. aufgrund der Berufung auf die Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen – nur der Behörde, nicht aber sämtlichen Parteien bekannt ist (vgl. *Eisner/Schiffkorn*, a.a.O., 147). So führt der VwGH im Erkenntnis vom 17.06.2004, 2003/03/0157, bezogen auf Verfahren der zuständigen Regulierungsbehörde nach dem Telekommunikationsgesetz wörtlich aus: „Der belangten Behörde kann nicht darin gefolgt werden, dass den Verfahrensparteien (bloß) „grundsätzlich“ das Recht gemäß § 45 Abs. 3 AVG zukomme, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen, im Einzelfall jedoch eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse einer Partei auf Stellungnahme zum Beweisergebnis einerseits und dem Interesse der anderen Partei auf Geheimhaltung andererseits vorzunehmen wäre [...]. Es ist mit den ein rechtsstaatliches

*Verwaltungsverfahren tragenden Grundsätzen des Parteiengehörs und der freien Beweiswürdigung unvereinbar, einen Bescheid auf Beweismittel zu stützen, welche der Partei nicht zugänglich gemacht worden sind (vgl. das hg. Erkenntnis vom 13. Dezember 1990, Zl. 89/06/0018). Wenn sich die belangte Behörde in ihren Feststellungen auf ein Beweismittel stützt, hat sie den Verfahrensparteien zuvor hiezu Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. [...] Da der Beschwerdeführerin nur ein unvollständiges Gutachten übermittelt wurde, war es ihr nicht möglich, sich mit für das Ergebnis des Gutachtens wesentlichen Ausgangswerten auseinander zu setzen; sie war damit in der Verfolgung ihrer Parteienrechte gehindert und in ihrem Recht auf Parteiengehör gemäß § 45 Abs. 3 AVG verletzt.“*

Aus dieser Judikatur ergibt sich für die Rechtslage nach dem AVG aber weiters, dass die im gegenständlichen Verfahren von beiden Verfahrensparteien angestrebte Einschränkung des Parteiengehörs für die jeweils andere Partei auch nicht aus dem Verhältnis des Rechts auf Parteiengehör zum Recht auf Akteneinsicht gemäß § 17 Abs. 3 AVG – wo eine Interessenabwägung im Hinblick auf den Geheimnisschutz vorgesehen ist – abgeleitet werden kann.

Denkbar erschiene es allenfalls, den Parteien solche Beweismittel, aus denen sich zwar ein „maßgebender Sachverhalt“ iSd § 37 AVG ergibt, die jedoch nicht notwendigerweise verwertet werden müssen, um die für die Subsumtion erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen treffen zu können, geheim zu halten, wobei eine derartige Vorgehensweise jedoch die Gefahr einer unzulässigen vorgreifenden Beweiswürdigung in sich birgt (vgl. *Eisner/Schiffkorn*, a.a.O., 146 f). Ein solcher Fall, dass nämlich jene Beweismittel, deren Geheimhaltung beantragt wurde, nicht notwendigerweise verwertet werden müssen, um den maßgebenden Sachverhalt festzustellen, liegt nach Ansicht der KommAustria aber gegenständlich jedenfalls nicht vor (siehe dazu sogleich).

Ein vom Gesagten abweichender Beurteilungsmaßstab hinsichtlich der Geheimhaltung von Akteninhalten gegenüber den Verfahrensparteien ist nach Ansicht der KommAustria auch aufgrund des Urteils des EuGH vom 14.02.2008, Rs C-450/06, „Varec SA“, nicht gefordert. Darin hat der EuGH im Hinblick auf ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren ausgesprochen, dass *„der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens den Parteien im Rahmen einer Klage gegen eine Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers betreffend ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags keinen Anspruch auf unbegrenzten und uneingeschränkten Zugang zu allen bei der Nachprüfungsinstanz eingereichten und dieses Vergabeverfahren betreffenden Informationen verleiht. Vielmehr ist dieses Zugangsrecht gegen das Recht anderer Wirtschaftsteilnehmer auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse abzuwägen. Der Grundsatz des Schutzes von vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnissen muss so ausgestaltet sein, dass er mit den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes und der Wahrung der Verteidigungsrechte der am Rechtsstreit Beteiligten im Einklang steht [...] und dass – im Fall einer Klage oder eines Rechtsbehelfs bei einer Stelle, die Gericht im Sinne von Art. 234 EG ist – sichergestellt ist, dass in dem Rechtsstreit insgesamt das Recht auf ein faires Verfahren beachtet wird. Hierzu muss die Nachprüfungsinstanz über sämtliche Informationen verfügen können, die erforderlich sind, um in voller Kenntnis der Umstände entscheiden zu können, also auch über vertrauliche Informationen und Geschäftsgeheimnisse [...]“* (EuGH Rs C 450/06, „Varec SA“, Rz 51 ff).

Unabhängig von der Frage, inwieweit diese auf vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren bezogene Judikatur des EuGH auch Auswirkungen auf sämtliche anderen Verfahren nach dem AVG hat, wäre im gegenständlichen Verfahren im Fall des Ausschlusses der Verfahrensparteien von den von der jeweils anderen Partei als vertraulich erachteten Informationen jedenfalls nicht sichergestellt, dass, wie vom EuGH gefordert, *„in dem Rechtsstreit insgesamt ein faires Verfahren beachtet wird.“* Die vom EuGH in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren als notwendig erachtete Interessenabwägung könnte nämlich nur dann zugunsten der Geheimhaltungsinteressen einer Partei ausschlagen, wenn die Begründung des Bescheides auch ohne die geheim gehaltenen Beweise tragfähig und die andere Partei dadurch nicht gehindert wäre, ihre Rechte und

rechtlichen Interessen iSd § 37 AVG geltend zu machen. Bilden Beweismittel, deren Geheimhaltung gefordert wird, also eine wesentliche Grundlage für die behördliche Entscheidung und wäre eine Partei durch die Geheimhaltung daran gehindert, eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung zu betreiben, überwiegt im Rahmen der vom EuGH geforderten Interessenabwägung das Recht auf Wahrung des Parteiengehörs. Eine andere Vorgangsweise entspräche nicht den Erfordernissen eines wirksamen Rechtsschutzes und die Verteidigungsrechte der anderen Parteien wären nicht gewahrt (vgl. wiederum *Eisner/Schiffkorn*, a.a.O. 150).

Sowohl bei den Angaben der Beschwerdeführerin zu dem von ihr gebotenen bzw. in der vergangenen Lizenzperiode bezahlten Preis, als auch bei zwei der vom Beschwerdegegner vorgelegten Unterlagen („Management Summary“, Auszug aus dem Vertrag mit UEFA/TEAM) handelt es sich um zentrale Beweisergebnisse im gegenständlichen Verfahren, dessen Kern darin besteht, zu beurteilen, ob sich der vom Beschwerdegegner für die Übertragungsrechte an der UEFA Champions League für die Saisonen 2015/16 bis 2017/18 bezahlte Preis als „überhöht“ darstellt. Dem gegenüber ist hinsichtlich des vom Beschwerdegegner vorgelegten „Konzepts zur Sendeauswahl“ schon nicht ersichtlich, und wurde vom Beschwerdegegner auch nicht konkret dargelegt, aufgrund welcher Inhalte dieser Unterlage eine Verletzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vorliegen könnte.

Die Kenntnis sämtlicher preisrelevanter Informationen war für die KommAustria jedenfalls verfahrenserheblich, insbesondere vor dem Hintergrund, dass im gegenständlichen Verfahren die erstmalige Auslegung der Bestimmung des § 31c ORF-G gefordert ist. Eine Anwendung des § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G erscheint geradezu denkunmöglich, ohne dass der vom Beschwerdegegner bezahlte Preis offengelegt wird, da sich eine allfällige Rechtsverletzung nach dieser Bestimmung nur an der Höhe eines bezahlten „Preises“ messen kann. Wichtig war weiters die Angabe der Beschwerdeführerin zu dem von ihr gebotenen Preis, diente diese doch der Untermauerung der zentralen verfahrenseinleitenden Behauptung, wonach der vom ORF bezahlte Preis überhöht war, die von der Beschwerdeführerin zu diesem Zeitpunkt ja gerade anhand des Vergleichs mit der eigenen Einschätzung des Wertes der Rechte begründet wurde. Dasselbe gilt für die Angaben/Unterlagen, deren Geheimhaltung der Beschwerdegegner fordert (also die seinem Gebot zugrunde liegende „Management Summary“ sowie den Auszug aus dem Vertrag mit UEFA/TEAM, aus dem der Umfang der erworbenen Rechtepakete sowie die dafür bezahlten Summen – nach Saisonen – hervorgehen): Die Kenntnis des Gebots und des genauen Umfangs der erworbenen Rechtepakete ist tragend für die Entscheidung der KommAustria in der Sache, die Einschätzung der in das Gebot einfließenden Überlegungen, wie sie aus der „Management Summary“ hervorgeht, ist bereits – wie aus dem Gutachten ersichtlich – maßgeblich in die Überlegungen des Sachverständigen zur Preisbildung im Hinblick auf Fußball-Übertragungsrechte und damit die den Kern des Gutachtens bildende Simulation eingeflossen.

Die zur Erledigung der verfahrensgegenständlichen Beschwerde notwendigen Feststellungen waren für die KommAustria auch nicht (allein) aufgrund anderer, im Hinblick auf die behaupteten Geheimhaltungsinteressen unproblematischer Beweismittel zu treffen. Soweit der Beschwerdegegner die Ausnahme des vorgelegten Auszugs aus dem Vertrag mit UEFA/TEAM von der Akteneinsicht beantragt und dazu angeregt hat, zur Sachverhaltsfeststellung alternativ Mitarbeiter des ORF (beispielsweise Mag. I) als Zeugen zur Frage einzuvernehmen, ob der Beschwerdegegner die vom Amtssachverständigen errechnete Preisbandbreite überschritten habe, entspricht dies schon nicht den für die Entscheidung erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen. Die bloße Feststellung, ob der Beschwerdegegner das Preisband gemäß dem Sachverständigengutachten überschritten hat, erscheint nämlich schon deshalb nicht ausreichend, als sich die KommAustria mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinandersetzen muss, wonach sich die maßgeblichen Gebote (von ORF, C und Puls 4) auf unterschiedliche Rechtepakete bezogen haben und daher unterschiedlich zu gewichten sind. Es sind daher sowohl der exakte Preis als auch die Angaben zum Inhalt der erworbenen Rechtepakete entscheidungswesentlich. Der bezahlte Preis und der Umfang der Rechteerräumung können aber durch die

Einvernahme von Zeugen nicht ermittelt werden, ohne die vom Beschwerdegegner gegen die Vorlage von Unterlagen angeführten Geheimhaltungsinteressen zu berühren.

Insgesamt scheint es im Hinblick auf die Angreifbarkeit der behördlichen Beweiswürdigung nicht denkbar, diese allein auf eine Zeugenaussage eines Mitarbeiters des Beschwerdegegners zu stützen, der Beschwerdeführerin aber gleichzeitig eine der Behörde bekannte, sichere Beweisquelle, nämlich den Auszug aus dem Vertrag über den Erwerb der Übertragungsrechte, vorzuenthalten.

Ähnliches gilt für die Heranziehung von Angaben der Agentur TEAM: Zum einen hat sich diese auf schriftliche Fragen der KommAustria zum Verhältnis der Höhe der abgegebenen Gebote ihrerseits auf das Bestehen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bzw. (vertragliche) Verschwiegenheitspflichten berufen und kommt eine Ladung von Mitarbeitern der Agentur als Zeugen schon aufgrund deren Sitzes in der Schweiz nicht in Betracht. Zum anderen gilt auch hier, dass die nach Ansicht der KommAustria erforderlichen Feststellungen allein aufgrund von Angaben von TEAM nicht getroffen werden könnten, ohne die behaupteten Geheimhaltungsinteressen zu berühren.

Damit liegt aber weder ein Fall vor, nach dem Beweismittel, die für die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen nicht notwendigerweise verwertet werden müssen, gegenüber den Parteien geheim gehalten werden können, noch könnte eine Interessenabwägung im Sinn des Urteils des EuGH vom 14.02.2008, Rs C-450/06, „Varec SA“, zugunsten der geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen ausschlagen, da in einem solchen Fall im Hinblick auf die Verfolgung der Parteirechte nicht *„insgesamt ein faires Verfahren beachtet“* würde.

Für die von der C Gesellschaft geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen gilt das bisher Gesagte, wonach der Inhalt der Vernehmung ihres Geschäftsführers sowie der übermittelten Informationen den Verfahrensparteien in jenem Umfang zu übermitteln waren, als sie sich als potenziell entscheidungswesentlich dargestellt haben. Im Übrigen wird von der KommAustria auf die geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen insbesondere im Rahmen der Veröffentlichung der vorliegenden Entscheidung gemäß § 19 Abs. 1 KOG Bedacht genommen. Darüber hinaus bestehen entsprechende Geheimhaltungspflichten der Verfahrensparteien über ihnen von der KommAustria nach den oben dargestellten Maßstäben bekannt gegebene Informationen gegenüber nicht am Verfahren beteiligten Dritten.

Im Ergebnis waren somit beiden Verfahrensparteien zur Wahrung eines rechtsstaatlichen Verfahrens sämtliche Akteninhalte zur Kenntnis zu bringen, was in Form förmlicher Gewährung von Parteiengehör durch die KommAustria erfolgt ist.

### 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 24. Juni 2015

**Kommunikationsbehörde Austria**  
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris  
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

1. PULS 4 TV GmbH & Co KG, z.Hd. ploil krepp boesch Rechtsanwälte GmbH, Stadiongasse 4, 1010 Wien, **amtssigniert per E-Mail an boesch@pkpart.at**
2. Österreichischer Rundfunk,
3. Generaldirektor Dr. Alexander Wrabetz,  
2. und 3. z.H. Dr. Klaus Kassai, LL.M., Würzburggasse 30, 1136 Wien, **amtssigniert per E-Mail an gra@orf.at**

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Gang des Verfahrens</b> .....	<b>1</b>
1.1. Beschwerde vom 20.01.2014 .....	1
1.1.1. Zur Begründung der Beschwerde.....	2
1.1.2. Zur Beschwerdelegitimation und Rechtzeitigkeit der Beschwerde.....	5
1.2. Aufforderung zur Konkretisierung der Beschwerde und Ergänzung der Beschwerde vom 12.02.2014 .....	5
1.3. Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 10.03.2014 .....	6
1.3.1. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde .....	6
1.3.2. Zum Beschwerdevorbringen.....	6
1.4. Übermittlung an die Beschwerdeführerin und Stellungnahme vom 28.03.2014 .....	9
1.5. Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 08.04.2014 .....	11
1.6. Ergänzendes Vorbringen der Beschwerdeführerin vom 10.04.2014 .....	12
1.7. Schriftwechsel zu Fragen von Geheimhaltung und Akteneinsicht.....	14
1.8. Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 13.06.2014 .....	14
1.9. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 16.06.2014 .....	16
1.10. Mündliche Verhandlung vom 14.07.2014 .....	17
1.11. Gutachten von Dr. Roland Belfin .....	17
1.11.1. Marktsituation und Methoden zur Ermittlung eines Wettbewerbspreises .....	18
1.11.1.1. Marktstrukturen.....	18
1.11.1.2. Wettbewerbspreis in einem Wettbewerbsmarkt .....	20
1.11.1.3. Angebotsseitiger Wettbewerbspreis.....	21
1.11.1.4. Nachfrageseitiger Wettbewerbspreis .....	22
1.11.2. Methoden zur Ermittlung eines Wettbewerbspreises .....	23
1.11.2.1. Benchmarking.....	24
1.11.2.2. Analyse von Zeitreihen .....	25
1.11.2.3. Hypothetischer „durchschnittlicher“ Nachfrager .....	26
1.11.2.4. Simulation anhand des höchsten privaten Gebots .....	27
1.11.3. Entscheidungsparameter von privaten Bietern .....	33
1.11.3.1. Annahme: Reichweite bei UEFA Champions League Übertragungen.....	37
1.11.3.2. Annahme: Werbetarifniveau im Umfeld von UEFA Champions League Übertragungen.....	40
1.11.3.3. Annahme: Indirekte Werbeerlöse.....	43
1.11.3.4. Annahme: Positionierung, Image & Strategie.....	44
1.11.3.5. Annahme: Herstellkosten.....	44
1.11.4. Simulation eines Wettbewerbspreises.....	45
1.11.4.1. Annahmen von Modellparametern .....	49
1.11.4.2. Ergebnisse des Modells.....	49
1.11.4.3. Sensitivitäten des Modells .....	50
1.11.4.4. Interpretation der Ergebnisse.....	51
1.11.5. Zusammenfassung.....	52
1.12. Ermittlungen zum höchsten Gebot eines privaten Fernsehveranstalters .....	53
1.13. Stellungnahmen zum Gutachten und den Angaben zum höchsten Gebot eines privaten Bieters .....	54
1.13.1. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 23.12.2014 .....	54
1.13.2. Stellungnahme des ORF vom 23.12.2014.....	56
1.13.3. Übermittlung der Stellungnahmen und Anberaumung einer mündlichen Verhandlung.....	57
1.13.4. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 21.01.2015 .....	57
1.14. Mündliche Verhandlung vom 29.01.2015 .....	58
1.15. Einvernahme des Zeugen D und weitere Stellungnahmen zur Vergleichbarkeit der Gebote .....	59
1.16. Ergänzendes Gutachten von Dr. Roland Belfin .....	59

1.16.1.	Datenanalyse .....	60
1.16.2.	Vergleiche .....	65
1.16.2.1.	Vergleich 1 .....	67
1.16.2.2.	Vergleich 2 .....	68
1.16.2.3.	Vergleich 3 .....	70
1.16.2.4.	Vergleich 4 .....	71
1.16.2.5.	Vergleich 5 .....	72
1.16.2.6.	Vergleich 6 .....	73
1.16.2.7.	Berechnung im Simulationsmodell .....	74
1.16.3.	Werbemenge und Werbetarifniveau .....	76
1.16.3.1.	Werbemengenpotential .....	76
1.16.3.2.	Preiselastizität .....	78
1.16.3.3.	Gesamtsicht im Markt für Fernsehwerbung .....	79
1.16.3.4.	Einzelsicht für einen Anbieter .....	80
1.16.3.5.	Einzelsicht im Umfeld von Fußball-Übertragungen .....	80
1.16.4.	Zusammenfassung .....	84
1.17.	Stellungnahmen zum Ergänzungsgutachten sowie weiteres Vorbringen .....	85
1.17.1.	Stellungnahmen der Beschwerdeführerin .....	85
1.17.2.	Stellungnahme des Beschwerdegegners .....	86
<b>2.</b>	<b>Sachverhalt .....</b>	<b>87</b>
2.1.	Zur Beschwerdelegitimation .....	87
2.2.	Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde .....	88
2.3.	Zum Inhalt der abgegebenen Gebote .....	88
2.4.	Zur Abgabe des Gebots durch den Beschwerdegegner .....	90
2.5.	Zur Höhe des maximalen wettbewerbsneutralen Gebots .....	91
2.6.	Zu den behaupteten Geheimhaltungsinteressen .....	92
<b>3.</b>	<b>Beweiswürdigung .....</b>	<b>92</b>
3.1.	Zur Beschwerdelegitimation .....	92
3.2.	Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde .....	92
3.3.	Zum Inhalt der abgegebenen Gebote .....	95
3.4.	Zur Abgabe des Gebots durch den Beschwerdegegner .....	98
3.5.	Zur Höhe des maximalen wettbewerbsneutralen Gebots .....	98
3.5.1.	Simulation anhand des höchsten privaten Gebots .....	99
3.5.2.	Berücksichtigung indirekter Erlöse und strategischer Effekte der UEFA Champions League .....	104
3.5.3.	Im Modell angenommene Konstanten .....	105
3.5.4.	Angenommene Reichweiten- und Werbetarifvorteile .....	106
3.6.	Zu den behaupteten Geheimhaltungsinteressen .....	110
<b>4.</b>	<b>Rechtliche Beurteilung .....</b>	<b>110</b>
4.1.	Beschwerdelegitimation .....	110
4.2.	Rechtzeitigkeit der Beschwerde .....	112
4.3.	Zulässigkeit der Abgabe des Gebots des Beschwerdegegners .....	114
4.4.	Behauptete Verletzung von § 31c Abs. 1 Z 1 ORF-G .....	119
4.4.1.	Gesetzestext und rechtlicher Kontext .....	119
4.4.2.	Inhalt und Vergleichbarkeit der abgegebenen Gebote .....	120
4.4.3.	Prüfmaßstab des § 31c Abs. 1 ORF-G, Gutachtensauftrag und „Simulationsmodell“ .....	120
4.4.4.	Kritik der Beschwerdeführerin am Simulationsmodell .....	124
4.4.4.1.	Maßstab eines „durchschnittlichen“ privaten Fernsehveranstalters .....	125
4.4.4.2.	Maßstab des Art. 107 Abs. 1 AEUV .....	126
4.4.4.3.	Manipulationsanfälligkeit .....	127
4.4.5.	Anwendung des Simulationsmodells auf den gegenständlichen Rechteerwerb .. .....	128
4.4.6.	Berücksichtigung des öffentlich-rechtlichen Auftrags .....	128
4.5.	Zu den behaupteten Geheimhaltungsinteressen .....	129

