



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Beck und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Lehofer, Mag. Nedwed und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die als Revision zu behandelnde Beschwerde des Österreichischen Rundfunks in Wien, vertreten durch Korn Rechtsanwälte OG in 1040 Wien, Argentinierstraße 20, gegen den Bescheid des Bundeskommunikationssenats vom 25. Februar 2013, GZ 611.805/0001-BKS/2012, betreffend ein Abschöpfungsverfahren nach dem ORF-Gesetz (weitere Partei: Bundesminister für Kunst und Kultur, Verfassung und Medien), zu Recht erkannt:

Die Revision wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

I. Sachverhalt und Revisionsverfahren:

- 1 Mit Bescheid vom 28. November 2012 ordnete die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) an, dass auf Grund der Live-Übertragungen der Spiele mit Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft bei der IIHF Eishockey-A-WM 2011 in der Slowakei im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS, die gemäß dem Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 23. Mai 2012 als die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreitend anzusehen seien, gemäß § 38a Abs 1 Z 1 iVm Abs 1 letzter Satz ORF-Gesetz, BGBl 379/1984 idF BGBl I 15/2012 (im Folgenden: ORF-G), Einnahmen aus Programmentgelt bzw diesen gleichzuhaltenden Mitteln in der Höhe von € 153.768,15 abzuschöpfen seien. Dem ORF wurde mit Spruchpunkt 2. gemäß § 38a Abs 2 ORF-G aufgetragen, die nach Spruchpunkt 1. abgeschöpften Mittel binnen zehn Wochen nach Rechtskraft des Bescheides dem Sperrkonto nach § 39c ORF-G zuzuführen und gesondert auszuweisen.
- 2 Begründend führte die KommAustria im Wesentlichen Folgendes aus:
„[...] Überschreiten der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages



Ausgehend von den Bescheiden der KommAustria vom 19.09.2011, KOA 11.260/11-013, bzw. des Bundeskommunikationssenates vom 23.05.2012, 611.941/0004-BKS/2012, mit denen die Live-Übertragungen der Spiele mit Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft bei der Eishockey-A-WM 2011 in ORF SPORT PLUS als Verletzung des § 4b Abs. 4 ORF-G qualifiziert wurden, ist festzuhalten, dass es sich bei dieser Norm zweifelsfrei um eine solche handelt, die die ‚Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages‘ iSd § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G festlegt. Diese Sichtweise ergibt sich insbesondere mit Blick auf die Genese des § 4b ORF-G, der in Umsetzung der Vorgaben der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 28.10.2009, K(2009)8113, im Beihilfverfahren E 2/2008, Eingang in das ORF-G in seiner durch BGBl. I Nr. 50/2010 novellierten Fassung gefunden hat:

In Rz 175 der Entscheidung bemängelte die Kommission nämlich insbesondere, dass es nach der vormaligen Rechtslage unklar wäre, inwieweit im Spartenprogramm ORF SPORT PLUS Premium-Sportinhalte ausgestrahlt werden dürften. Die in Rz 195 zitierten Zusagen Österreichs, wonach Sportbewerbe, denen in der österreichischen Medienberichterstattung breiter Raum zukommt (Premium-Sportarten), von ORF SPORT PLUS künftig nicht ausgestrahlt werden dürfen, wobei hierfür eine Liste mit Sportbewerben übermittelt wurde, die in jedem Fall den Premium-Sportarten zuzurechnen sind, ergeben in Zusammenschau mit der Würdigung dieser Zusagen in Rz 259 der zitierten Entscheidung, dass das Sport-Spartenprogramm nur unter den Bedingungen der Einhaltung dieses Verbots einer beihilfenrechtlichen Genehmigung zugeführt wurde. Die KommAustria geht daher davon aus, dass das in § 4b Abs. 4 ORF-G festgelegte Verbot von Premium-Sportbewerben im Sport-Spartenprogramm gerade einen typischen Fall der ‚Grenzziehung‘ des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Sinne des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G darstellt. Die durch die Live-Ausstrahlung der Spiele der Eishockey-A-WM 2011 mit Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft verwirklichte Überschreitung dieser Grenzen hat daher eine Abschöpfung nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G zur Folge.

[...]

Das Argument, der ORF hätte die Übertragungsrechte auch - gesetzeskonform - auf ORF eins oder ORF 2 nutzen können, ist [...] insoweit zu verwerfen, als dem § 38a ORF-G die Möglichkeit für eine solche ‚hypothetische Parallelrechnung‘ nicht zu entnehmen ist. Maßgeblich ist ausschließlich die tatsächlich erfolgte rechtswidrige Ausstrahlung im Sport-Spartenprogramm und die dieser Ausstrahlung nach anerkannten kostenrechnerischen Grundsätzen [...] zuzurechnenden Mittel.





[...] ‚Vertrauensschutz‘ wegen Nichtuntersagung des Angebotskonzepts für ORF SPORT PLUS

Der ORF behauptet einen ‚Vertrauensschutz‘ dahingehend, dass er im Rahmen des Angebotskonzepts für ORF SPORT PLUS die Eishockey-WM angeführt habe und dieses Angebotskonzept von der KommAustria nicht untersagt worden wäre. Daher sei nunmehr eine Abschöpfung unzulässig. Hierzu ist nach Auffassung der KommAustria auf Folgendes hinzuweisen:

[...]

Das gegenständliche Angebotskonzept wurde am 09.03.2011 erstmals eingebracht, jedoch erfolgte mit Schreiben vom 04.05.2011, KOA 11.263/11-001, ein Auftrag zur Ergänzung des Angebotskonzepts hinsichtlich der Bezugsgröße für die Erfüllung des § 4b Abs. 1 letzter Satz ORF-G, der Kriterien für die Ermittlung des angemessenen Zeitabstands zum Bewerb sowie zur überblicksmäßigen Berichterstattung über Ergebnisse von Premium-Bewerben in Sport-Nachrichten.

Der ORF übermittelte mit Schreiben vom 26.05.2011 ein entsprechend ergänztes und damit vollständiges Angebotskonzept für ORF SPORT PLUS. Die achtwöchige Untersagungsfrist endete dementsprechend am 21.07.2011. Die KommAustria beschloss am 20.07.2011, KOA11.263/11-002, von einer Untersagung des Angebotskonzepts abzusehen und die Untersagungsfrist ungenutzt verstreichen zu lassen.

Schon aus diesem zeitlichen Ablauf ist der KommAustria nicht ersichtlich, inwieweit aus einem Angebotskonzept, das zum Zeitpunkt der Ausstrahlung der verfahrensgegenständlichen Sendungen (zwischen 30.04. und 08.05.2011) noch unvollständig war, und dessen gesetzlich vorgesehene Prüfung auch noch gar nicht abgeschlossen war, irgendein ‚Vertrauensschutz‘ für den ORF abgeleitet werden könnte.

Der Einwand geht aber auch materiell ins Leere:

Das Angebotskonzept in der Fassung vom 26.05.2011, öffentlich zugänglich unter

http://zukunft.orf.at/rte/upload/texte/2011/20110526_a_k_orf_sport_plus.pdf, führt unter Punkt 2.1. ‚Inhaltskategorien‘ bei ‚Live-Übertragungen mit österreichischer Beteiligung im Ausland‘ ganz allgemein ‚Eishockey‘ an, ohne näher auf spezifische Bewerbe einzugehen. Unter Punkt 2.9. ‚Einhaltung der Vorgaben des ORF-G (insb. Vereinbarkeit mit dem öffentlich-rechtlichen Kernauftrag gem. § 4 ORF-G)‘ wird näher ausgeführt, dass ‚die gesetzlichen Vorgaben des § 4b Abs. 4 ORF-G [...] einen Rahmen für die Qualifikation als Premium-Sportbewerb [vorsehen]. Die Entscheidung, ob einem Sportbewerb in der österreichischen Medienberichterstattung breiter Raum zukommt bzw welcher Zeitabstand zum Bewerb eingehalten werden muss, dass die



Qualifikation als Premium-Sportbewerb nicht mehr besteht, kann dabei nur im Einzelfall getroffen werden. Hierbei wird insbesondere auf wettbewerbsrechtliche Auswirkungen Bedacht genommen, in deren Beurteilung auch eine allfällig bestehende Vermarktbarkeit einfließen kann. Dabei ist davon auszugehen, dass eine Wiederholung von ‚Premium-Sportbewerben‘ nicht am Tag des Bewerbs sondern frühestens nach Ablauf von 24 Stunden stattfindet.‘

Im Anhang unter Punkt 3. des Angebotskonzepts findet sich unter dem ‚möglichen Themenkatalog für Sendungen in ORF SPORT PLUS für das Jahr 2011‘ unter anderem ‚Eishockey: Eishockey Bundesliga, Eishockey WM mit österr. Beteiligung, Eishockey Länderspiele‘. Vergleicht man dies mit anderen Aufzählungen in diesem indikativen Themenkatalog, wie zum Beispiel ‚Handball: Handball Liga Austria, Handball Europa-Cup Spiele, Diverse EM und WM Qualifikationsspiele LIVE‘ oder ‚Basketball: Basketball Live Spiele Meisterschaft, Diverse EM + WM Qualifikationsspiele der Österreichischen Nationalmannschaften‘, wird deutlich, dass sich aus der Beschreibung der Eishockey-Spiele keinesfalls zwingend ableiten lässt, dass hier Live-Übertragungen in Aussicht genommen waren. Die Weglassung des Wortes ‚Live‘ in der Aufzählung deutet vielmehr in die Richtung, dass diese gerade nicht zwingend im Rahmen des Angebotskonzepts vorgesehen sind. Keinesfalls waren sie jedoch, vor allem im Lichte der oben dargestellten Ausführungen unter Punkt 2.9. des Angebotskonzepts, in einer Weise Bestandteil des Angebotskonzepts, die dazu führen hätte können, dass seitens der KommAustria ein Untersagungsbescheid iSd § 5a Abs. 2 ORF-G ergangen wäre, zumal eben ausdrücklich die Einzelfallbeurteilung zum Maßstab erhoben wird. Dementsprechend wird auch die Ausstrahlung von Spielen der Aufstiegsgruppen anders zu beurteilen sein, als jene bei der Eishockey-A-WM. Zusammengefasst ist daher weder aus dem zeitlichen Ablauf der Einreichung des Angebotskonzepts für ORF SPORT PLUS, noch aus dessen materiellem Inhalt ein Grund dafür ersichtlich, dass der ORF gewissermaßen ‚gutgläubig‘ die Ausstrahlung der in Frage stehenden Spiele hätte vornehmen können.

[...] Heranziehung von Mitteln aus Programmengelt bzw. gleichzuhaltender Mittel

§ 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G setzt zuletzt voraus, dass der ORF im Hinblick auf die in Frage stehende Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages Mittel aus Programmengelt für diese Tätigkeiten herangezogen hat. Nach § 38a Abs. 1 Schlusssatz ORF-G sind den Mitteln aus Programmengelt jene Mittel gleichzuhalten, die bei der Festlegung des Programmengelts nach § 31 Abs. 3 in Abzug zu bringen wären.

Eingangs ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber mit der Bezugnahme auf die ‚Heranziehung‘ von Mitteln für eine iSd § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G verbotene



Tätigkeit als Beurteilungsmaßstab unzweifelhaft jenen Zeitpunkt vorgibt, in dem das rechtswidrige Verhalten gesetzt wurde. Nach Auffassung der KommAustria kommt es daher (erst) bei dem Setzen der konkreten Aktivität - im vorliegenden Fall sohin der Ausstrahlung der Eishockey-Übertragungen auf ORF SPORT PLUS - zur Realisierung der in § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G angesprochenen Mittelverwendung. Daher ist etwa in Fällen, in denen seitens des ORF ‚bloß‘ Mittel für eine in Aussicht genommene gesetzwidrige Tätigkeit herangezogen werden (etwa Planungskosten, Rechteerwerb, etc.), diese Tätigkeit aber dann tatsächlich nicht gesetzt wird, in der Regel kein Anwendungsfall des Abschöpfungsverfahrens nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G gegeben und könnte dieser Tatbestand allenfalls unter dem Titel der Gesetzmäßigkeit der Führung der Geschäfte iSd § 40 Abs. dritter Satz ORF-G oder unter anderen gesetzlichen Bestimmungen releviert werden.

Umgekehrt folgt aus dem Bezugspunkt der konkreten Tathandlung in Bezug auf die Mittelverwendung aber auch, dass alle im Umfeld bzw. im Nachhang der Rechtsverletzung auftretende Umstände außer Betracht zu bleiben haben. Es betrifft dies insbesondere die Frage der Berücksichtigung von Erlösen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit den in Frage stehenden Tätigkeiten generiert werden, etwa weil im Umfeld der inkriminierten Ausstrahlungen Werbespots geschaltet oder für die Sendungen Sonderwerbformen angeboten werden. Der Wortlaut des Gesetzes stellt nach Auffassung der KommAustria ausdrücklich auf eine strikt kostenseitige Betrachtung im Sinne der Mittelverwendung ab. Eine ‚Gegenverrechnung‘ mit den im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Handlung stehenden Erlösen mag zwar aus kostenrechnerischer Sicht die Frage nach der ‚Rentabilität‘ einer Rechtsverletzung beantworten [...]. Sie führte aber zum Ergebnis, dass jene Konstellationen keiner Abschöpfung zugänglich wären, in denen die Rechtsverletzung durch entsprechende Erlöse ‚ausfinanziert‘ wäre. (Man denke etwa an den Fall des Anbietens von nach § 4f Abs. 2 ORF-G ausgeschlossenen Inhalten wie Glücksspiel, Partnerbörsen oder Erotikangeboten in den öffentlich-rechtlichen Online-Angeboten, die in aller Regel mehr Erlöse generieren als Kosten verursachen werden). Im Hinblick auf den eingangs [...] dargestellten wettbewerbsrechtlichen Hintergrund des Abschöpfungsverfahrens ist eine derartige Auslegung abzulehnen. Sie liefe im Ergebnis nämlich darauf hinaus, dass das Abschöpfungsverfahren nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G lediglich einen ‚Schaden‘ von den zur Zahlung des Programmentgelts Verpflichteten abwenden sollte. Diese Sichtweise stünde aber wiederum in einem systematischen Widerspruch innerhalb des § 38a Abs. 1 ORF-G: Während die Z 1 nämlich die Abschöpfung der rechtswidrig verwendeten Mittel anordnet, setzt die nachfolgende Z 2 gerade nicht bei den für eine Rechtsverletzung verwendeten Mittel, sondern dem aus einer Verletzung des § 31c ORF-G (Gebot des marktkonformen Verhaltens) entstehenden ‚Mehrbedarf‘ an Programmentgelt an. So es dem Gesetzgeber auch bei den



Fällen des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G auf diese rein ergebnisorientierte Betrachtungsweise im Sinne einer Nettobetrachtung angekommen wäre, hätte er auch in Abs. 1 Z 1 nur die Abschöpfung des durch die Rechtsverletzung erhöhten Programmentgelts angeordnet.

Dass damit - wie der ORF vermeint - § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G insgesamt einen ‚pönalen Charakter‘ erhalte, der vom Gesetzgeber nicht intendiert gewesen wäre, kann die KommAustria schon insoweit nicht erkennen, als die in kausalem Zusammenhang mit einer Rechtsverletzung iSd § 38a Abs. 1 Z 1 erwirtschafteten Erlöse selbst ja gerade nicht der Abschöpfung unterliegen. Insoweit werden mit dem Abstellen im Abschöpfungsverfahren auf die herangezogenen Mittel lediglich die gesetzwidrig getätigten Ausgaben rückabgewickelt, während die durch den Einsatz dieser Mittel allenfalls erzielten Einnahmen sogar beim ORF verbleiben.

Von diesen Prämissen ausgehend ist in einem weiteren Schritt der Bedeutungsgehalt der gesetzlichen Vorgabe zu klären, dass der Abschöpfung (nur) Mittel aus Programmentgelt und jene Mittel unterliegen, die bei der Festlegung des Programmentgelts nach § 31 Abs. 3 ORF-G in Abzug zu bringen wären (vgl. § 38a Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 1 Schlusssatz ORF-G):

§ 31 Abs. 3 ORF-G bestimmt, dass von den Kosten des öffentlich-rechtlichen Auftrages 1.) die Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, 2.) öffentliche Zuwendungen (wie jene des § 31 Abs. 11 ORF-G), sowie 3.) die in der Widmungsrücklage gebundenen Mittel in Abzug zu bringen sind. Konzernbewertungen sind zu berücksichtigen. Die Materialien (vgl. Erl zur RV 611 BlgNR 24. GP) legen ein detailliertes tabellarisches Schema für die konzernweite Berechnung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrages dar. Während die Punkte 2.) und 3.) keine besonderen Auslegungsschwierigkeiten bereiten, ist im Hinblick auf die unter 1.) genannten Erlöse aus kommerzieller Tätigkeit in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag eine Differenzierung nötig:

Der die kommerziellen Tätigkeiten des ORF regelnde § 8a ORF-G legt korrespondierend zu § 31 Abs. 3 ORF-G in seinem Abs. 5 fest, dass Erlöse aus kommerziellen Tätigkeiten, die in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag stehen, bei der Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags nach § 31 ORF-G zu berücksichtigen sind. Im Umkehrschluss und ausweislich der Materialien (Erl zur RV 611 BlgNR 24. GP, zu § 8a ORF-G) folgt daraus, dass es auch kommerzielle Aktivitäten ohne Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag geben kann (sog. ‚stand alone kommerzielle Aktivitäten‘). Auch für die nach § 38a Abs. 1 Schlusssatz ORF-G abzuschöpfenden Mittel bedarf daher nur dieser Bereich der kommerziellen Erlöse aus Tätigkeiten ohne Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag einer näheren Betrachtung:



Die Materialien zur Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 führen aus, dass Erträge aus diesen sogenannten ‚stand alone‘ kommerziellen Aktivitäten bei der Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags grundsätzlich außer Betracht bleiben (Erl zur RV 611 BlgNR 24. GP, zu § 31 ORF-G). Diese Erträge können - so die Materialien weiter - etwa zum Ausgleich von Verlusten oder zur Anlauffinanzierung weiterer derartiger stand-alone kommerzieller Aktivitäten herangezogen werden. Dem ORF wird damit ein weiterer Ermessensspielraum hinsichtlich dieser Mittelverwendung eingeräumt, der nicht unmittelbar zu einem Abzug der Mittel bei der Programmmentgeltfestsetzung führt, als dies bei den sogenannten ‚konnex-kommerziellen‘ Erträgen (also jene im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag) zwingend der Fall wäre (vgl. ErlRV 611 BlgNR 24. GP, zu § 31 ORF-G). So es jedoch tatsächlich zu einer Ausschüttung von derartigen stand alone kommerziellen Erträgen an die Stiftung kommt, sind nach der hM diese auch wiederum bei der Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Abzug zu bringen (vgl. Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetz³, S. 293). Dies überzeugt vor dem Hintergrund, dass es dem ORF nicht verwehrt sein kann, derartige stand alone kommerziellen Erträge in letzter Konsequenz auch für die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Auftrages zu verwenden, was sich wiederum mit der in den Materialien angesprochenen ‚Begünstigung der Allgemeinheit durch die Stiftung‘ deckt (vgl. Erl zur RV 611 BlgNR 24. GP, zu § 8a ORF-G). So daher eine solche ‚freiwillige‘ Ausschüttung stattfindet, ist sie aber bei der Nettokostenberechnung nach § 31 ORF-G entsprechend einzubeziehen, widrigenfalls das Programmmentgelt nach der Formel des § 31 Abs. 2 bis 5 ORF-G um genau diesen Betrag zu hoch angesetzt wäre.

Soweit nun der ORF im gegenständlichen Verfahren vorbringt, dass nicht klar sei, ob für die Ausstrahlung der Eishockey-WM überhaupt Mittel aus Programmmentgelt bzw. gleichzuhaltende Mittel herangezogen worden seien, oder aber eine Finanzierung aus Erlösen aus sogenannten stand alone kommerziellen Aktivitäten erfolgt sei, ist im Lichte der vorstehenden Ausführungen aus diesem Einwand nichts zu gewinnen: Wäre dies nämlich der Fall, so handelte es sich jedenfalls um eine dargestellte freiwillige Ausschüttung dieser Erträge aus dem stand alone kommerziellen in den öffentlich-rechtlichen Bereich. Eine solche Ausschüttung wäre aber - wie dargestellt - wiederum bei der Berechnung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags nach § 31 Abs. 3 ORF-G zu berücksichtigen, wie dies im Übrigen auch bei der zuletzt durchgeführten Programmmentgelt-Neufestsetzung (KOA 10.100/12-003) im Jahr 2012 tatsächlich der Fall war. Insoweit unterfielen diese Mittel auch dem Anwendungsbereich des § 38a Abs. 1 Schlusssatz ORF-G und damit der Abschöpfung.



Bei diesem Ergebnis kann dahingestellt bleiben, dass es im Jahr 2011 ausweislich des Jahres- und Konzernabschlusses des ORF zum 31.12.2011 real zu keiner entsprechenden Verwendung von stand alone kommerziellen Erlösen gekommen ist.

[...] Höhe des Abschöpfungsbetrages

Zur Ermittlung der Höhe des Abschöpfungsbetrages hat die KommAustria den Amtssachverständigen Dr. R B beauftragt, aus betriebswirtschaftlicher Sicht die Höhe der für die Ausstrahlungen der sechs Spiele der österreichischen Nationalmannschaft bei der Eishockey-A-WM 2011 verwendeten Mittel darzustellen.

In dem Gutachten werden unter Zugrundelegung einer schlüssigen Methodik und gestützt auf nachvollziehbare, überwiegend vom ORF zur Verfügung gestellte Daten, mehrere Szenarien berechnet, die - abhängig von der rein kostenrechnerischen Interpretation des Begriffs der ‚verwendeten Mittel‘ - zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Das Gutachten geht dabei davon aus, dass die betriebswirtschaftlich zu wählende Kostenrechnungsmethodik vor allem abhängig von dem mit ihr verfolgten Zweck ist, und aus wissenschaftlicher Sicht daher keine Methodik zwingend vorgegeben ist. Für den im Verfahren zur Abschöpfung nach § 38a ORF-G verfolgten Zweck muss - angesichts des Fehlens einer allgemein bekannten Kostenrechnungsmethode für ebendieses Verfahren - erst eine geeignete Methode hergeleitet werden. Die KommAustria geht davon aus, dass es sich bei der Frage der für die Zwecke des § 38a ORF-G von den dargestellten Varianten auszuwählenden Methode letztlich um eine Rechtsfrage handelt, die nachfolgend zu lösen ist:

[...] Vollkosten- oder Teilkostenrechnung

Neben der nicht weiter zu vertiefenden auch seitens des ORF unstrittigen Prämisse der Durchführung einer Istkostenrechnung, ist die erste Frage jene nach der zu wählenden Methode hinsichtlich des Sachbezugs der Kostenrechnung, in concreto also, ob § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G eine Vollkosten- oder eine Teilkostenrechnung verlangt.

Das Gutachten führt hierzu aus, dass mittels einer Vollkostenrechnung die Frage beantwortet werden kann, welche Mittel bei einer sonst vorgegebenen Produktpalette des ORF für die Übertragung der sechs Spiele der IIHF Weltmeisterschaften 2011 unter Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft auf ORF SPORT PLUS verwendet wurden, sodass unter Berücksichtigung aller anderen Produkte des Unternehmens alle entstandenen Kosten gedeckt wären. In dieser Betrachtung wird keine Priorisierung in bestehende Spiele und zusätzliche Spiele vorgenommen, sondern alle Übertragungen der Eishockey-Spiele werden rechnerisch gleich behandelt. Diese Betrachtung entspricht aus Sicht des Gutachtens am ehesten der realen Situation in der Planungs- und Realisierungsphase bezüglich der





Übertragungen zur IIHF Weltmeisterschaft 2011. Demgegenüber lässt sich mit einer inkrementellen Teilkostenrechnung einerseits die Frage beantworten, welche Mittel unter der Voraussetzung einer sonst vorgegebenen Produktpalette des ORF für die Übertragung von sechs Spielen der IIHF Weltmeisterschaft 2011 unter Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft auf ORF SPORT PLUS zusätzlich verwendet wurden, wobei alle nicht den sechs zusätzlichen Übertragungen direkt zurechenbaren Kosten bereits von den anderen Produkten (Übertragungen der anderen Spiele der IIHF Weltmeisterschaft 2011) getragen werden. Zum anderen lässt sich die umgekehrte Frage beantworten, welche Kosten direkt vermieden hätten werden können, wenn der ORF die sechs Spiele der IIHF Weltmeisterschaften 2011 unter Beteiligung der Österreichischen Nationalmannschaft auf ORF SPORT PLUS nicht übertragen hätte, wobei in diesem Fall davon ausgegangen wird, dass variable Kosten auch vollständig abbaubar sind. Das Gutachten kommt zum Schluss, dass - obwohl eine Priorisierung in bestehende Übertragungen und zusätzliche Übertragungen von bestimmten Eishockey-Spielen theoretisch sowohl bereits in der Planungs- als auch in der Realisierungsphase angestellt werden kann bzw. hätte werden können - sich die konkrete Unterscheidung in unterschiedliche Spiele erst ex-post aufgrund des Gutachtensauftrages und der zugrundeliegenden Entscheidung im Rechtsaufsichtsverfahren ergeben hat.

Die KommAustria geht in dieser Frage davon aus, dass nur eine Vollkostenrechnung dem Zweck des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G entspricht. Wie bereits oben unter 4.1.3. ausgeführt, stellt der Gesetzgeber mit der ‚Heranziehung von Mitteln‘ auf jenen Zeitpunkt ab, in dem die rechtswidrige Tätigkeit tatsächlich gesetzt und somit verwirklicht wird. In diesem Zeitpunkt kann aber - wie auch das Gutachten des Amtssachverständigen zutreffend ausführt - mangels Kenntnis über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit bestimmter Teilmengen der in Frage stehenden Tätigkeit keine ‚hypothetische‘ Teilkostenrechnung stattfinden, da diese stets von dem erst nachträglich feststellbaren Ausmaß der Überschreitung des öffentlich-rechtlichen Auftrages abhängig ist. Anders ausgedrückt wäre der ORF im Zeitpunkt der Ausstrahlung der in Frage stehenden Eishockey-Spiele zu einer Teilkostenrechnung deswegen nicht in der Lage, weil diese das Wissen über das genaue Ausmaß der Rechtswidrigkeit voraussetzt. Im maßgeblichen Zeitpunkt der Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages ist daher davon auszugehen, dass eine Aufteilung der gemeinsamen Kosten und der Gemeinkosten bloß auf die rechtskonform ausgestrahlten Spiele methodisch unzulässig, weil faktisch mangels Kenntnis dieser Unbekannten unmöglich ist. Eine Teilkostenrechnung stellt sich damit als eine ‚Was-wäre-Wenn‘-Rechnung dar, die in der verfahrensgegenständlichen Konstellation für die Beantwortung der Frage, welche Mittel für eine



bestimmte Tätigkeit im Zeitpunkt ihrer tatsächlichen Durchführung herangezogen werden, ungeeignet ist.

Demgegenüber beantwortet die Vollkostenrechnung schlüssig die Frage, welche Kosten einer einzelnen Ausstrahlung eines Spiels aus der Gesamtheit aller fraglichen Sendungen zuzurechnen sind, ohne dass dies die Kenntnis über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der in Frage stehenden Ausstrahlung voraussetzt. Auch der ORF ging im Zeitpunkt der Mittelverwendung von einer Zulässigkeit aller Ausstrahlungen aus; in diesem Zeitpunkt wurde daher zwischen den Spielen auch auf Kostenrechnungsebene nicht unterschieden.

Diese Sichtweise überzeugt auch vor dem Hintergrund, dass eine fiktive Aufteilung bestimmter Sendungen im Rahmen eines Gesamtprojekts zum Zwecke einer Teilkostenrechnung insoweit keine Option darstellt, als sie - zumindest aus kostenrechnerischer Sicht - die ‚rechtswidrige‘ Ausstrahlung bestimmter Sendungen der ‚rechtskonformen‘ Ausstrahlung als gleichwertige Alternative gegenüberstellt. Anders ausgedrückt stellt die programmplanerische Entscheidung, die Ausstrahlung der sechs Spiele der österreichischen Nationalmannschaft als ‚rechtswidrige Zusatzleistung‘ zu den übrigen Spielen zu definieren, für den ORF keine reale Auswahlmöglichkeit dar und ist daher auch dem § 38a ORF-G nicht als Methodik zu unterstellen. Bei einer Teilkostenrechnung wären zudem die für die unzulässigen Ausstrahlungen verwendeten Mittel immer davon abhängig, ob und inwieweit auch gesetzeskonforme Übertragungen stattgefunden haben oder in Zukunft stattfinden werden. Hätte aber der ORF beispielsweise nur die sechs inkriminierten Spiele ausgestrahlt, wären die gesamten Lizenzkosten diesen zurechenbar gewesen. In letzter Konsequenz würden dabei Teile der Beihilfe auch Tätigkeiten querfinanzieren, die außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrages liegen: Zum Beispiel würden im Wege einer Teilkostenrechnung die gesamten Lizenzkosten durch die gesetzeskonform ausgestrahlten Spiele getragen, obwohl auch für die gesetzeswidrigen Ausstrahlungen die Lizenz eine Voraussetzung war. Damit würde die Zweckwidmung der Beihilfe untergraben. An einem Extrembeispiel festgemacht: Erwirbt der ORF pauschal die Übertragungsrechte für die Olympischen Sommerspiele, so kann die (wohl gesetzeskonforme) Übertragung der Vorrunde im Luftpistolenschießen auf ORF SPORT PLUS nicht dazu führen, dieser Ausstrahlung die gesamten Lizenzkosten zuzurechnen, und für die (idR rechtswidrige) Ausstrahlung der Finalbewerbe der Leichtathletik- und Schwimmbewerbe nur mehr die Einzelkosten im Sinne einer Teilkostenrechnung zu erfassen.

Soweit der ORF der Vollkostenrechnung mit dem Argument entgegentritt, die gemeinsamen Kosten und die Gemeinkosten (Ausstrahlungskosten, Verwaltungskosten durch Generaldirektion und Kaufmännische Direktion etc.) dürften deswegen nicht einberechnet werden, weil die Ausstrahlung des



Sport-Spartenprogramms per se immer noch innerhalb der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages liege und insoweit ein Verstoß einzelner Sendungen gegen die Grenzen des § 4b ORF-G nicht zu einer Abschöpfung dieser Kosten führen könne, übersieht er dabei, dass damit keine Kostenwahrheit erzielbar ist. Legte man nämlich den theoretischen Fall zu Grunde, dass alle im Sport-Spartenprogramm ausgestrahlten Sendungen die Grenzen des § 4b Abs. 4 überschreiten, dürfte nach der Logik des ORF immer noch keine Abschöpfung der dem Sport-Spartenprogramm zuzurechnenden Gemeinkosten erfolgen, da das ORF-Gesetz an sich ja die Veranstaltung eines Sport-Spartenprogrammes vorsehe. In letzter Konsequenz wäre damit auch bei einer vollumfänglichen Auftragsüberschreitung des ORF nur auf Ebene der Einzelkosten abzuschöpfen, ohne dass der beispielsweise in Technik, Administration und Verwaltung anfallende Gemeinkostenanteil abgeschöpft werden könnte. Diese Konsequenz kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, da damit keine vollständige Rückzahlung, wie sie der Gesetzgeber ausweislich der Materialien zu § 38a ORF-G vor Augen hatte, bewirkt würde. Konsequenterweise muss den einzelnen Sendestunden der gesetzwidrigen Ausstrahlungen auch der entsprechende Anteil an gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten zugeordnet werden.

Es sind daher nach Auffassung der KommAustria jene im Gutachten dargestellten Szenarien aus der Betrachtung auszuschneiden, die von einer Teilkostenrechnung ausgehen.

Die in dem Gutachten für die Vollkostenrechnung gewählte Methode mit Nebenrechnungen für die gemeinsamen Kosten (insb. Ausstrahlungskosten) bzw. die Gemeinkosten, wurde vom ORF dem Grunde nach nicht bestritten. Hinsichtlich der vom ORF vorgebrachten Notwendigkeit einer Adaptierung des vom Gutachten im Wege einer Schätzung ermittelten Gemeinkostenzuschlages, wurde - wie oben unter Punkt 3. dargestellt - diesem Einwand Rechnung getragen und ist ein insoweit adaptierter Gemeinkostenzuschlag von 8,66 % heranzuziehen. Vor diesem Hintergrund ist ebenfalls die Berechnung der absoluten Bruttovollkosten zu adaptieren. Der Sachverständige berechnet die Vollkosten (brutto) ohne Produktvergleich (absolut) unter Anwendung eines Gemeinkostenzuschlages in Höhe von 11,42 %. Basiswert für die Anwendung des Zuschlages ist die Summe der direkten Kosten und gemeinsamen Kosten in Höhe von 141.513,11 €. Bei Anwendung des adaptierten Gemeinkostenzuschlagsatzes von 8,66 % auf diesen Basiswert, ergeben sich Vollkosten (brutto) ohne Produktvergleich (absolut) in Höhe von 153.768,15 € [...]

Hinsichtlich der Frage, inwieweit die Ausstrahlung der Sendungen im Wege eines Live-Streams im Internet auf ORF.at kostenrechnerisch gesondert zu erfassen wäre, ist auf die Ausführungen oben unter 3. zu verweisen. Da die Ausstrahlung eines derartigen Streams nicht unabhängig von der



Fernsehübertragung über Terrestrik und Satellit erfolgen kann (vgl. § 3 Abs. 4a ORF-G), entstehen die Kosten bereits für die Übertragung am Sport-Spartenprogramm und werden diesem in voller Höhe zugerechnet. Es ist daher - unbeschadet der zuzugestehenden wirtschaftlichen Bedeutung der Live-Streaming-Rechte - keine gesonderte Erfassung vorzunehmen. Dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass auch im Lizenzvertrag kein gesonderter Ausweis der Online-Lizenzkosten erfolgt ist.

[...] Bruttokosten- oder Nettokostenrechnung

Das Gutachten legt dar, dass sich aus kostenrechnerischer Sicht die Frage, welche Mittel im Sinne des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G für die in Frage stehenden Ausstrahlungen verwendet wurden, sowohl auf Mittel ohne Berücksichtigung von Erlösen (Bruttokosten), als auch auf Mittel unter Berücksichtigung von Erlösen (Nettokosten) beziehen kann, weswegen beide Berechnungen vorgenommen wurden.

Wie [...] ausführlich dargelegt wurde, liegt dem § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G eine strikt auf die Mittelverwendung bezogene Betrachtungsweise zu Grunde, die es ausschließt, Erlöse, die im Umfeld einer der Abschöpfung nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G unterliegenden Tätigkeit generiert werden, bei der Berechnung des Abschöpfungsbetrages in Abzug zu bringen.

Aus diesem Grund sind jene im Gutachten dargestellten Szenarien aus der Betrachtung auszuschneiden, die eine Nettokostenrechnung beinhalten, und ist jedenfalls eine Bruttokostenrechnung vorzunehmen. Dadurch wird auch die Möglichkeit ausgeschlossen, dass sich aus einer Rechtsverletzung negative Nettokosten ergeben und insoweit rechtswidriges Verhalten aus betriebswirtschaftlicher Sicht für den ORF eine Ergebnisverbesserung in einer Erfolgsrechnung zur Folge haben könnte. Gerade die ‚Rentabilität‘ einer Rechtsverletzung spielt im Rahmen des § 38a ORF-G keine Rolle, da sonst nur ‚unrentable‘ Rechtsverletzungen einer Abschöpfung unterlägen. Auch sind Erlöse stets eine Frage der Finanzierung (Mittelherkunft), nicht aber der Mittelverwendung. Die Gleichstellung der Finanzierungsquellen (Programmengelt und kommerzielle Erlöse) ist im § 38a Abs. 1 Schlusssatz ORF-G ohnedies ausdrücklich angeordnet.

[...] Produktvergleich (absolute oder relative Kosten)

Die letzte Frage betrifft die Möglichkeit, die Kosten für die Ausstrahlung der einzelnen inkriminierten Spiele absolut oder im Rahmen eines Produktvergleichs mit anderen Produkten oder Dienstleistungen relativ zu berechnen.

Das Gutachten führt dazu aus, dass durch einen solchen relativen Vergleich die Frage beantwortet werden kann, wie viel ein bestimmtes Produkt im Vergleich zur alternativen Bereitstellung eines anderen Produkts mehr oder weniger



kostet. In der Praxis kann eine derartige Rechnung die unternehmerische Entscheidung unterstützen, welches der beiden Vergleichsprodukte aus kostenrechnerischer Sicht angeboten bzw. hergestellt werden soll. Konzeptionell wird daher ein Produktvergleich grundsätzlich eher im Bereich der Planungsrechnung eingesetzt, kann aber auch nachträglich (ex-post) die Frage beantworten, ob es aus Sicht der relativen Kosten sinnvoll war, ein bestimmtes Produkt anstatt eines anderen Vergleichsprodukts angeboten zu haben. Die betriebswirtschaftliche Sinnhaftigkeit des Produktvergleichs ist allerdings immer davon abhängig, ob für das jeweilige Unternehmen auch real eine tatsächliche Auswahlmöglichkeit zwischen den zu vergleichenden Produkten besteht bzw. bestanden hat. Ausgehend von diesen Überlegungen kommt die KommAustria zum Ergebnis, dass ein Produktvergleich dahingehend, dass zu fragen wäre, welche Kosten ein an Stelle der verfahrensgegenständlichen Spiele ausgestrahltes gesetzmäßiges Programm auf ORF SPORT PLUS verursacht hätte, und nur der Differenzbetrag einer Abschöpfung unterläge, dem § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G nicht zu Grunde gelegt werden kann. Wie auch bereits bei der Frage der Vollkosten- oder der Teilkostenrechnung (oben 4.2.1.) ausgeführt, besteht für den ORF die ‚Alternative‘ einer rechtswidrigen Ausstrahlung von Sendungen im Sport-Spartenprogramm nur als hypothetischer Fall. Im Sinne einer Rückabwicklung einer tatsächlich erfolgten rechtswidrigen Mittelverwendung geht daher der dem Produktvergleich innewohnende Einwand, dass für ein rechtskonformes Verhalten ebenfalls Mittel aufgewendet hätten werden müssen, insoweit ins Leere, als dieses rechtmäßige Alternativverhalten tatsächlich nicht gesetzt wurde und insoweit auch keine berücksichtigungsfähigen Kosten eines Vergleichsproduktes entstanden sind. Da der Wortlaut des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G ausdrücklich auf die herangezogenen Mittel abstellt, verbietet sich auch an dieser Stelle eine auf einem hypothetischen Szenario aufbauende Vergleichsrechnung.

Würden die relativen Kosten zu einem Ersatzprogramm zum Maßstab der Abschöpfung gemacht, wäre eine Abschöpfung auch nur bei jenen Rechtsverletzungen möglich, die absolut ‚teurer‘ sind, als ein rechtskonformes Ersatzprogramm.

Dementsprechend sind auch jene im Gutachten dargestellten Szenarien auszuschneiden, die einen Produktvergleich beinhalten. Maßgeblich sind somit die absoluten Kosten, die auf die Ausstrahlung der in Frage stehenden Eishockey-Spiele entfallen.

[...] Ergebnis

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Überlegungen kommt die KommAustria daher zum Ergebnis, dass das aus dem Gutachten dargestellte Szenario einer Vollkostenrechnung (brutto) ohne Produktvergleich (absolut) für



die Ermittlung der Höhe der nach § 38 Abs. 1 Z 1 ORF-G abzuschöpfenden Mittel heranzuziehen ist.

Unter Berücksichtigung der Adaptierung des Gemeinkostenzuschlages [...] beträgt die Höhe der für die Ausstrahlung der verfahrensgegenständlichen sechs Spiele mit Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft auf ORF SPORT PLUS im Rahmen der IIHF Weltmeisterschaft 2011 herangezogenen Mittel aus Programmentgelt oder diesen gleichzuhaltender Mittel 153.768,15 €.

Es war daher spruchgemäß [...] die Abschöpfung dieser Mittel anzuordnen.“

- 3 Die Berufung des ORF gegen diesen Bescheid wurde mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid des Bundeskommunikationssenates (BKS) vom 25. Februar 2013 gemäß § 66 Abs 4 AVG iVm § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G als unbegründet abgewiesen.

Zur Begründung führte der BKS im Wesentlichen aus, dem Argument des Berufungswerbers, im vorliegenden Fall sei keine missbräuchliche Verwendung öffentlich-rechtlicher Mittel sowie keine Überschreitung formeller Grenzen gegeben, stehe der klare Wortlaut von § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G entgegen, der darauf abstelle, dass der Berufungswerber „Mittel aus Programmentgelt für Tätigkeiten herangezogen [habe], die die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreiten“. Bei den im Anschluss im Gesetz angeführten Beispielen, bei denen jedenfalls eine solche Überschreitung vorliege, handle es sich lediglich um eine demonstrative Aufzählung. Im Hinblick auf die Gesetzesmaterialien (Erläut zu RV 611 BlgNR) sei der gesetzgeberische Wille eindeutig und der Frage, ob die angeordnete Abschöpfung auf eine Entscheidung der Europäischen Kommission oder andere bei der Auslegung unbestimmter gesetzlicher Vorgaben möglicherweise zu beachtende Umstände „zurückgehe“, komme keine Bedeutung zu. Aus § 1 Abs 2 ORF-G ergebe sich vielmehr, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag die Aufträge der §§ 3 bis 5 umfasse. Der BKS sehe daher keinen Anlass, von der Auffassung der KommAustria abzuweichen, wonach das in § 4b Abs 4 ORF-G festgelegte Verbot von Premium-Sportbewerben im Sport-Spartenprogramm „gerade einen typischen Fall der ‚Grenzziehung‘ des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Sinne des § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G“ darstelle. Soweit vertrauensschutzrechtliche Aspekte geltend gemacht worden seien, sei der



KommAustria beizupflichten, dass das diesbezügliche Vorbringen des Berufungswerbers sowohl auf Grund des zeitlichen Ablaufs als auch aus materiellen Gründen ins Leere gehe.

Der ORF verweise zutreffend darauf, dass das ORF-G im Zusammenhang mit der Abschöpfung nicht darauf abstelle, ob diese unverhältnismäßige Auswirkungen entfalte. Dies sei aber gerade vor dem beschriebenen Hintergrund der Bestimmung (zweckwidrig verwendete Mittel sollen rückerstattet werden) auch vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollt, sodass kein Platz für eine „korrigierende“ Auslegung verbleibe. Im Übrigen liege keine Unverhältnismäßigkeit vor. Vor dem Hintergrund des eindeutigen Wortlautes von § 4b ORF-G sei nicht nachzuvollziehen, weshalb die Rechtsverletzung für den ORF nicht oder nicht leicht zu erkennen gewesen wäre. Der konkrete festgesetzte Abschöpfungsbetrag von € 153.768,15 sei auch nicht geeignet, ruinöse Auswirkungen auf den ORF zu entfalten.

Die KommAustria stütze ihre Entscheidung auf die Annahme, dass für die Ermittlung der Höhe der nach § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G abzuschöpfenden Mittel das im Gutachten des Amtssachverständigen dargestellte Szenario einer Vollkostenrechnung (brutto) ohne Produktvergleich (absolut) heranzuziehen sei. Es treffe zu, dass § 38a ORF-G auf eine strikt kostenseitige Betrachtung im Sinne der Mittelverwendung abstelle, was eine „Gegenverrechnung“ mit den im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Handlung stehenden Erlösen ausschließe. Die Bestimmung ordne ausdrücklich an, dass den Mitteln aus Programmentgelt im Sinne der Bestimmung Mittel gleichzuhalten seien, die bei der Festlegung des Programmentgelts nach § 31 Abs 3 ORF-G in Abzug zu bringen wären. Aus historischen Überlegungen und dem eindeutigen Wortlaut ergebe sich, dass kein Platz dafür bleibe, konnex-kommerzielle Erlöse oder Ähnliches bei der Bemessung des abzuschöpfenden Betrages zu berücksichtigen.

Mittels einer Vollkostenrechnung könne schlüssig die Frage beantwortet werden, welche Kosten einer einzelnen Ausstrahlung eines Spiels aus der Gesamtheit aller fraglichen Sendungen zurechenbar seien, ohne dass dabei die Kenntnis der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit vorausgesetzt sei. Daran



vermöge der Verweis des ORF auf die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl 2009 C-257/1, Rz 60 ff) nichts zu ändern, da sich die dort angestellten Überlegungen nicht auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen ließen. Es gehe ausschließlich um die Rückzahlung der fehlverwendeten Mittel, also jener Mittel, die konkret für Tätigkeiten herangezogen worden seien, die die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages überschritten hätten. Der BKS könne dem Gesetz nicht entnehmen, dass Kosten, die auch ohne diese Tätigkeiten für möglicherweise rechtskonforme Tätigkeiten angefallen wären, in Abzug zu bringen seien. Vielmehr habe eine finanzielle Bewertung sämtlicher für die konkrete Tätigkeit aufgewandter Ressourcen zu erfolgen. Es sei nicht vorgebracht worden, welche konkreten Kosten in diesem Sinn überhaupt in Abzug zu bringen wären. Die Ausstrahlung von Live-Streams im Internet könne nicht unabhängig von der Fernsehübertragung über Terrestrik und Satellit erfolgen, sodass die Kosten bereits für die Übertragung am Sport-Spartenprogramm entstünden und daher auch diesem in voller Höhe zuzurechnen seien. Es habe keine gesonderte Erfassung dieses Bereichs stattzufinden.

In Bezug auf das Berufungsvorbringen zu „stand-alone“ kommerziellen Erlösen ergebe sich aus den Gesetzesmaterialien zur Novelle BGBl I 50/2010 zu § 31 ORF-G unzweifelhaft, dass Erträge aus „stand-alone“ kommerziellen Aktivitäten bei der Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags grundsätzlich außer Betracht bleiben. Die KommAustria habe ausgeführt, dass die Mittelverwendung in diesem Zusammenhang nicht unmittelbar zu einem Abzug der Mittel bei der Programmentgeltfestsetzung führe, anders als dies bei den sogenannten konnex-kommerziellen Erträgen der Fall sei. Wenn tatsächlich eine Ausschüttung von „stand-alone“ kommerziellen Erträgen an die Stiftung erfolge, so sei diese wiederum bei der Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Abzug zu bringen. Daher sei eine solche „freiwillige“ Ausschüttung bei der Nettokostenberechnung nach § 31 ORF-G entsprechend einzubeziehen, widrigenfalls das Programmentgelt nach der Formel des § 31 Abs 2 bis 5 ORF-G um genau diesen Betrag zu hoch angesetzt wäre. Die gegenteilige Sichtweise hätte zur Folge, dass man



tatsächlich in den öffentlich-rechtlichen Bereich geflossene und damit verwendete Mittel bei der Gewinnermittlung herauszurechnen hätte. Dieses Ergebnis stünde aber im Widerspruch zur Zwecksetzung der Regelung, da § 31 ORF-G vor dem Hintergrund des Nettokostenprinzips im Sinne der Randziffern 70 ff der Rundfunkmitteilung zu sehen sei. Aus all dem werde im Zusammenhang mit „stand-alone“ kommerziellen Erträgen auch lediglich von einem, verglichen mit der Verwendung von kommerziellen Erträgen, die mit den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten in Verbindung stehen, weiteren Verwendungsspielraum des ORF gesprochen. Werde von diesem weiteren Verwendungsspielraum nicht Gebrauch gemacht und werden die Erträge für den öffentlich-rechtlichen Bereich verwendet, seien sie auch bei der Nettokostenberechnung zu berücksichtigen. Es sei daher irrelevant, ob bzw wie viel der im konkreten Fall verwendeten Mittel aus „stand-alone“ kommerziellen Erträgen stammen, da es sich auch bei einer freiwilligen Ausschüttung um Mittel handle, die bei der Festlegung des Programmentgelts nach § 31 Abs 3 ORF-G in Abzug zu bringen wären. Ein anderes Ergebnis würde dazu führen, dass der ORF es in der Hand hätte, durch entsprechende Zuordnung von Erlösen aus „stand-alone“ kommerziellen Tätigkeiten im Nachhinein ein Abschöpfungsverfahren zu umgehen. Eine solche Zuordnung dürfe erst im Zuge der Jahresabschlussarbeiten durchgeführt werden, wenn im Rahmen einer Nettokostenrechnung eine endgültige Zuordnung von Kosten und deren Finanzierung vorgenommen werde.

Eine mündliche Verhandlung sei unterblieben, da es nur um rechtliche Fragen betreffend die Auslegung von § 38a ORF-G gegangen sei und eine Klärung dieser Rechtsfragen in einer mündlichen Verhandlung nicht notwendig gewesen sei.

- 4 Gegen diesen Bescheid erhob der ORF zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, die mit Erkenntnis vom 29. November 2014, B 413/2013-10, abgewiesen und dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten wurde.





- 5 Über Aufforderung des Verwaltungsgerichtshofes vom 2. Februar 2015 führte der ORF zur Begründung seiner als Revision zu wertenden Beschwerde im Wesentlichen Folgendes aus:

Der ORF sei der von der KommAustria verfügten Abschöpfung in der Berufung auf zwei Ebenen begegnet:

Zum einen habe er darzulegen versucht, dass die Abschöpfung schon dem Grunde nach zu Unrecht verfügt wurde, weil es sich vorliegend um keinen Fall handle, der den in § 38a Abs 1 Z 1 bis 3 ORF-G aufgelisteten Abschöpfungsfällen gleichzuhalten sei, vertrauensschutzrechtliche Aspekte gegen die Abschöpfung sprächen und auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gegen die Abschöpfung spreche. Zum anderen sei er der Berechnungsmodalität der KommAustria entgegengetreten. Der BKS habe sämtliche Argumente für nicht durchschlagend erachtet. Dem werde jedoch wie folgt entgegengetreten:

§ 38a ORF-G diene als rechtsfolgenseitige Absicherung des beihilfenrechtlichen Aufsichtsverfahren, um missbräuchliche Verwendung öffentlich-rechtlicher Mittel zu sanktionieren. Um einen solchen Fall der missbräuchlichen Verwendung öffentlich-rechtlicher Mittel handle es sich hier aber nicht. Es liege kein Gesetzesverstoß vor, der den vom ORF-G in § 38a Abs 1 Z 1 bis Z 3 angeführten annähernd gleichzuhalten wäre.

Der ORF nehme zwar zur Kenntnis, dass bezogen auf die in Rede stehenden Eishockey-Spiele eine Rechtsverletzung rechtskräftig festgestellt worden sei. Gleichwohl könne dies aber nicht dazu führen, dass auch die hierfür eingesetzten Mittel abzuschöpfen seien. Denn der ORF habe aufgrund der Nicht-Untersagung des Angebotskonzepts für ORF SPORT PLUS darauf vertrauen dürfen, dass die in Rede stehenden Inhalte im genannten Sender gezeigt werden dürften. Die Eishockey WM 2011 habe Ende April 2011 begonnen, das heißt zu einem Zeitpunkt, zu dem das Angebotskonzept für ORF SPORT PLUS bereits eingereicht war. Dieses Angebotskonzept habe in seinem Anhang ausdrücklich auch die Übertragung der „Eishockey WM mit österr. Beteiligung“ angeführt. Die KommAustria habe zwar mit Schreiben





vom 4. Mai 2011 eine Ergänzung gefordert, allerdings habe sich diese nicht auf die geplanten Sportbewerbe und deren „Premium-Qualität“ bezogen.

Zur Berechnung der abzuschöpfenden Mittel führt der ORF aus, die Heranziehung der Bruttokosten lasse die beihilfenrechtliche „Natur“ des Abschöpfungsverfahrens außer Acht. Würden für eine Tätigkeit überhaupt keine Beihilfen herangezogen, weil sie über kommerzielle Erlöse „ausfinanziert“ sei, gebe es auch keinen beihilfenwidrigen Zustand. Konnex-kommerzielle Erlöse, die allein aufgrund einer (allenfalls verbotenen) Tätigkeit erzielt worden und direkt zuordenbar seien (wie Erlöse aus Sonderwerbformen oder Lizenzverkäufen - im Unterschied etwa zu Werbespots im Umfeld der Tätigkeit) hätten daher den abzuschöpfenden Betrag mindern müssen. Die Berechnung auf Basis der Vollkosten sei ebenfalls verfehlt, denn die dabei einbezogenen „gemeinsamen Kosten“ und „Gemeinkosten“ seien vom ORF jedenfalls zu finanzieren und dürften daher nicht in einer Vollkostenrechnung auf die Ausstrahlung von Einzelsendungen, die sich im Nachhinein als rechtswidrig herausstellen, umgelegt werden. Richtigerweise wäre daher eine Teilkostenrechnung zugrunde zu legen gewesen. Für den ORF sei auch nicht einsichtig, aus welchen Gründen Livestreams im Internet bei der Berechnung nicht erfasst worden seien. Ausgehend von einem aus Sicht des ORF unzutreffend angenommenen Zweck insbesondere von § 31 ORF-G seien die Aufsichtsbehörden schließlich verfehlt Weise davon ausgegangen, dass die sogenannten „stand-alone“ kommerziellen Erlöse nicht zu berücksichtigen seien. Das sei aber sehr wohl der Fall, weil es dem ORF frei stehe, diese in den Grenzen des ORF-G auch zur Finanzierung von Tätigkeiten auf ORF SPORT PLUS zu verwenden.

Als Verfahrensmangel rügt der ORF abschließend das Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung vor dem BKS. Die Verhandlung wäre nach Ansicht des ORF - aus näher dargestellten Gründen - erforderlich gewesen.

Der ORF regt auch an, ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union zu stellen, weil die in Rede stehende Abschöpfung die innerstaatliche Absicherung der beihilfenrechtlichen Rückforderungskonsequenz im Sinne der Art 108 AEUV iVm





Art 14 Beihilfe-VerfO sei und die Entscheidung der aufgeworfenen Fragen daher von der Auslegung des Unionsrechts (Art 107 ff AEUV) abhängen.

6 Das Bundesverwaltungsgericht, das gemäß Art 151 Abs 51 Z 9 B-VG an die Stelle des BKS getreten ist, nahm von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand und verwies auf die Begründung der angefochtenen Entscheidung.

7 Aufgrund des Antrags des ORF in der vorliegenden Revision wurde am 6. April 2016 eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof durchgeführt.

II. Rechtslage:

8 Die maßgeblichen Bestimmungen des BG über den Österreichischen Rundfunk (ORF-G), BGBl 379/1984 in der Fassung BGBl I 15/2012, lauten:

„Versorgungsauftrag

§ 3. (1) [bis] (3) [...]

(4) Nach Maßgabe der technischen Entwicklung und Verfügbarkeit von Übertragungskapazitäten, der wirtschaftlichen Tragbarkeit sowie nach Maßgabe des gemäß § 21 des Audiovisuelle Mediendienste-Gesetzes, BGBl. I Nr. 84/2001, erstellten Digitalisierungskonzeptes hat der Österreichische Rundfunk dafür zu sorgen, dass die Programme gemäß Abs. 1 unter Nutzung digitaler Technologie terrestrisch (unter Nutzung des Übertragungsstandards DVB-T im Hinblick auf die Programme gemäß Abs. 1 Z 2) verbreitet werden. Die Ausstrahlung von Programmen über Satellit hat nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit unter Nutzung digitaler Technologien zu erfolgen.

(4a) Der Österreichische Rundfunk kann nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit die Programme nach Abs. 1 Z 1 und 2 sowie nach Abs. 8 gleichzeitig mit der Ausstrahlung ohne Speichermöglichkeit online bereitstellen. [...]

Besonderer Auftrag für ein Sport- Spartenprogramm

§ 4b. (1) Der Österreichische Rundfunk hat nach Maßgabe der wirtschaftlichen Tragbarkeit ein Fernseh-Spartenprogramm zu veranstalten, das der insbesondere aktuellen Berichterstattung über Sportarten und Sportbewerbe - einschließlich der Ausstrahlung von Übertragungen von Sportbewerben - dient, denen üblicherweise in der österreichischen Medienberichterstattung



kein breiter Raum zukommt. In diesem Programm hat der Österreichische Rundfunk insbesondere:

1. die Bevölkerung umfassend über sportliche Fragen zu informieren (§ 4 Abs 1 Z 1);
2. das Interesse der Bevölkerung an aktiver sportlicher Betätigung zu fördern (§ 4 Abs 1 Z 15);
3. das Verständnis des Publikums für weniger bekannte Sportarten und ihre Ausübungsregeln zu fördern;
4. über Sportarten und -bewerbe zu berichten, die auch aus dem Blickwinkel des Breitensports von Interesse sind;
5. regionale Sportveranstaltungen zu berücksichtigen;
6. über gesundheitsbezogene Aspekte des Sports und die Gefahren des Dopings zu berichten;
7. Sportbewerbe zu übertragen, wenn eine solche Übertragung Voraussetzung für eine Veranstaltung von Sportbewerben in Österreich oder für das Antreten österreichischer Sportler oder Sportmannschaften bei internationalen Bewerben ist und eine solche Übertragung durch andere Fernsehveranstalter, deren Programme in Österreich empfangbar sind, nicht zu erwarten ist.

Es ist überwiegend über Sportarten und -bewerbe zu berichten, die in Österreich ausgeübt oder veranstaltet werden oder an denen österreichische Sportler oder Mannschaften teilnehmen.

(2) [...]

(3) [...]

(4) Sportbewerbe, denen in der österreichischen Medienberichterstattung breiter Raum zukommt (Premium-Sportbewerb), dürfen im Sport-Spartenprogramm nicht gezeigt werden. Zu diesen Sportbewerben zählen insbesondere:

1. Bewerbe der obersten österreichischen bundesweiten Herren-Profi-Fußballliga, soweit es sich nicht um Bewerbe der Nachwuchsklassen handelt;
2. Bewerbe europäischer grenzüberschreitender Herren-Profi-Fußballligen und Cup-Bewerben sowie Bewerbe von Herren-Profi-Fußballwelt- und Europameisterschaften, soweit es sich nicht um Bewerbe der Nachwuchsklassen oder um Qualifikationsspiele von geringem öffentlichen Interesse handelt;
3. Bewerbe des alpinen oder nordischen Schiweltcups und Bewerbe von alpinen oder nordischen Schiweltmeisterschaften;



4. Bewerbe von olympischen Sommer- und Winterspielen, sofern nicht ausnahmsweise diesen Bewerben in der österreichischen Medienberichterstattung kein breiter Raum zukommt;

5. Bewerbe der Formel 1.

Eine Ausstrahlung der im ersten Satz genannten Sportbewerbe in einem angemessenen Zeitabstand zum Bewerb, welcher dazu führt, dass die Qualifikation als Premium-Sportbewerb nicht mehr besteht, ist zulässig.

(5) [...]

(6) Für das Sport-Spartenprogramm ist ein Angebotskonzept (§ 5a) zu erstellen.

[...]

Kommerzielle Tätigkeiten

§ 8a. (1) [bis] (4) [...]

(5) Erlöse aus kommerziellen Tätigkeiten in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag sind bei der Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrages (§ 31) zu berücksichtigen. [...]

Programmngelt

§ 31. (1) [...]

(2) Die Höhe des Programmngelts ist so festzulegen, dass unter Zugrundelegung einer sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Verwaltung der öffentlich-rechtliche Auftrag erfüllt werden kann; hierbei ist auf die gesamtwirtschaftliche Entwicklung Bedacht zu nehmen. Die Höhe des Programmngelts ist mit jenem Betrag begrenzt, der erforderlich ist, um die voraussichtlichen Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags angesichts der zu erwartenden Zahl der zur Entrichtung des Programmngelts Verpflichteten in einem Zeitraum von fünf Jahren ab Festlegung des Programmngelts (Finanzierungsperiode) decken zu können. Der Berechnung der Höhe des Programmngelts zu Grunde liegende Annahmen über zu erwartende Entwicklungen haben begründet und nachvollziehbar zu sein.

(3) Die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags entsprechen den Kosten, die zur Erbringung des öffentlich-rechtlichen Auftrags anfallen, unter Abzug der erwirtschafteten Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlicher Tätigkeit, sonstiger öffentlicher Zuwendungen, insbesondere der Zuwendung nach Abs. 11, sowie der in der Widmungsrücklage (§ 39 Abs 2) gebundenen Mittel sowie unter Berücksichtigung allfälliger Konzernbewertungen. Verluste aus kommerziellen Tätigkeiten dürfen nicht eingerechnet werden.

[...]





Abschöpfungsverfahren

§ 38a. (1) Die Regulierungsbehörde hat [...] mit Bescheid die Abschöpfung von Einnahmen aus Programmentgelt anzuordnen, wenn der Österreichische Rundfunk

1. Mittel aus Programmentgelt für Tätigkeiten herangezogen hat, die die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreiten, insbesondere für die eine Auftragsvorprüfung durchzuführen gewesen wäre, aber nicht durchgeführt wurde oder bei denen die Behörde nach Durchführung der Auftragsvorprüfung eine negative Entscheidung erlassen hat, in der Höhe dieser Mittel, oder

2. durch ein Verhalten gemäß § 31c den Bedarf nach Finanzierung aus Programmentgelt erhöht hat, ohne dass dies zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich gewesen wäre, im Ausmaß des erhöhten Programmentgelts, oder

3. eine Bildung oder Dotierung einer Sonderrücklage entgegen den Bestimmungen des § 39a vorgenommen hat.

Mitteln aus Programmentgelt im Sinne dieser Bestimmung sind Mittel gleichzuhalten, die bei der Festlegung des Programmentgelts nach § 31 Abs. 3 in Abzug zu bringen wären.

(2) Aufgrund einer mit Bescheid angeordneten Abschöpfung hat der Österreichische Rundfunk die Mittel in der angeordneten Höhe dem Sperrkonto gemäß § 39c zuzuführen und gesondert auszuweisen. Übersteigen die derart abgeschöpften Mittel 0,5 vH der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrages, hat der Österreichische Rundfunk spätestens im darauffolgenden Jahr gemäß den Bestimmungen des § 31 das Programmentgelt neu festzulegen und die gemäß Abs. 1 abgeschöpften Mittel von den Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Abzug zu bringen (§ 31 Abs 5).

[...]“

- 9 Die Gesetzesmaterialien (Erläut zur RV 611 BlgNR, 24.GP) führen zu § 38a ORF-G aus:

„Zu § 38a:

Jene im vorliegenden Entwurf vorgeschlagenen gesetzlichen Regelungen, die darauf abzielen, eine Verwendung von Mitteln aus Programmentgelt für kommerzielle Zwecke hintanzuhalten, können nur wirksam sein, wenn ihre Durchsetzung auch entsprechend gesichert ist. Es bestehen einerseits entsprechende Sanktionsmöglichkeiten durch die Verhängung von Verwaltungsstrafen gemäß § 38. Im Sinne der Zielsetzung und gewöhnlichen Methodik des Beihilfenrechts, einen rechtswidrig gewährten finanziellen Vorteil wieder rückgängig zu machen, ist es aber auch im gegebenen



Zusammenhang erforderlich, das im ORF-G vorgesehene Sanktionssystem dadurch zu ergänzen, dass nicht-pönale Konsequenzen an eine untersagte Quersubventionierung dadurch geknüpft werden, dass ein[e] rechtswidrige Mittelverwendung rückgängig gemacht wird. Wenn nämlich der Österreichische Rundfunk Mittel, die ihm aus Programmengeld gewährt werden, für Zwecke heranzieht, die nicht im öffentlichen Auftrag liegen, so geht die Zweckwidmung der Mittel fehl und der Grund für die beihilfenrechtliche Privilegierung fällt weg. Ebenso wie im Fall einer unrechtmäßigen Gewährung einer Beihilfe an sich ist daher eine Rückzahlung dieser fehlverwendeten Mittel vorzusehen. Da es sich bei diesem Vorgang nicht um eine Sanktion handelt, sondern bloß um einen ‚Actus Contrarius‘, um eine beihilfenrechtskonforme Situation herzustellen, kommt es dabei auch nicht darauf an, ob den Österreichischen Rundfunk ein Verschulden trifft. Den Mitteln aus Programmengeld werden im Lichte der komplementären Finanzierung jene Mittel gleichgehalten, die bei der Berechnung des Programmengelds nach § 31 Abs 3 in Abzug zu bringen wären. Dies betrifft insbesondere kommerzielle Erträge. Es ist daher irrelevant, aus welchem Titel die unrechtmäßig verwendeten Mittel stammen.

§ 38a sieht aus den genannten Gründen für bestimmte Fälle eine Abschöpfung von Programmengeld vor. Diese Abschöpfung erfolgt aufgrund einer bescheidmäßigen Anordnung der Regulierungsbehörde durch Zuführung der Mittel auf das Sperrkonto gemäß § 39c.

Abs 1 normiert drei Tatbestände, die zu einer Abschöpfung von Einnahmen aus Programmengeld führen können. Z 1 erfasst alle jene Fälle, in denen Mittel aus Programmengeld für Tätigkeiten verwendet wurden, die die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreiten (siehe dazu auch § 8a Abs 2). Zu beachten ist dabei, dass nicht jeder Verstoß einer Tätigkeit gegen den öffentlich-rechtlichen Auftrag zu einer Abschöpfung führt. Eine solche Abschöpfung findet dann nicht statt, wenn die Tätigkeit an sich trotz des Verstoßes innerhalb der für den öffentlich-rechtlichen Auftrag gezogenen Grenzen liegt. So bedeutet beispielsweise eine Verletzung des Objektivitätsgebots in Fernsehnachrichten in einem gemäß § 3 Abs 1 ausgestrahlten Programm unzweifelhaft eine Verletzung des öffentlich-rechtlichen Auftrags; dessen Grenzen wurden durch eine solche Verletzung aber nicht überschritten. Jedenfalls eine solche Grenzüberschreitung liegt vor, wenn entgegen einer gesetzlichen Anordnung eine Auftragsvorprüfung nicht durchgeführt wurde oder ein Angebot entgegen einer negativ abgeschlossenen Auftragsvorprüfung eingeführt wurde.

Der zweite Tatbestand erfasst jene Fälle, in denen durch einen Verstoß gegen die Vorschriften des § 31c ein Mehrbedarf an öffentlichen Mitteln aus Programmengeld entstanden ist, der beihilfenrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann. Auch in diesem Fall geht es also darum, einen ungerechtfertigten



wirtschaftlichen Vorteil durch Abschöpfung des entsprechenden Betrages wieder rückgängig zu machen. Durch wettbewerbswidriges oder gegen die Transparenzvorschriften verstoßendes Verhalten wurde der Bedarf an Mitteln aus Programmengelt ungerechtfertigt erhöht (z.B. indem überhöhte Beträge für den Erwerb von Sportrechten entrichtet wurde[n], auf Werbeeinnahmen aufgrund von Werbeeinnahmen verzichtet wurde, unrechtmäßige Transferpreise im Verhältnis öffentlich-rechtlicher zu kommerzieller Tätigkeitsbereiche angesetzt wurden, kommerzielle Aktivitäten, die nicht den Grundsätzen des marktwirtschaftlich handelnden Investors entsprechen[,] aufgenommen wurden oder Programmengelt für kommerzielle Tätigkeiten zweckentfremdet wurde[]).

Der dritte Fall erfasst die rechtswidrige Bildung von Sonderrücklagen; die Regulierungsbehörde hat im Rahmen der Jahresprüfung hier entsprechend die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu überwachen. Zur Auflösung der Sonderrücklagen außerhalb der Zweckbindung auf das Sperrkonto vgl. auch § 39a.

Da eine Neufestsetzung des Programmengelts mit einem erheblichen Aufwand sowohl auf Seiten des ORF als auch auf Seiten der Regulierungsbehörde verbunden ist, ist eine ‚Bagatellgrenze‘ in Höhe von 0,5% der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrages vorgesehen. Nur wenn der aus dem Titel der Abschöpfung auf dem Sperrkonto ausgewiesene Betrag diese Prozentgrenze überschreitet, ist eine sofortige Neufestsetzung erforderlich. Ansonsten sind die Mittel aufgrund der allgemein geltenden Regel des § 31 Abs 5 bei der Neufestsetzung des Programmengelts ohnedies spätestens nach fünf Jahren in Abzug zu bringen.

Abs 2 sieht vor, dass der ORF der Regulierungsbehörde auf Anfrage alle Informationen zur Verfügung zu stellen bzw. Einsicht in alle Aufzeichnungen und Bücher zu gewähren hat, damit diese den Abschöpfungsbetrag feststellen kann. Erst durch diese Regelung kann die Vorschrift über die Abschöpfung wirksam gestaltet werden; ohne entsprechende Informationen wäre es der Regulierungsbehörde nicht möglich, einen Abschöpfungsbetrag festzulegen. Um dem Fall vorzubeugen, dass die vom ORF vorgelegten Informationen bzw. die Aufzeichnungen und Bücher die Berechnung des Abschöpfungsbetrags nicht ermöglichen, kann die Regulierungsbehörde diesen auch schätzen. Diese Regelung orientiert sich an der vergleichbaren Regelung in § 84 Bundesabgabenordnung. Entsprechend der Vorbildbestimmung enthält Abs 3 nähere (demonstrative) Regelungen darüber, in welchen Fällen die Behörde eine Schätzung vorzunehmen hat. Bei der Sonderrücklage ergibt sich die Höhe der Abschöpfung in der Regel aus dem dotierten Betrag.

Abs 4 trägt der Tatsache Rechnung, dass manche Tatbestände des § 31c, insb. dessen Abs 1, deckungsgleich mit dem Tatbestand des Art 82 EG sein können;



das kann dann der Fall sein, wenn dem ORF auf dem sachlich und örtlich relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Die Abschöpfung nach § 38a soll keine Sanktion sein, sondern ein bloßes Rückgängigmachen eines beihilfenrechtswidrig erlangten Vorteils. Nun zieht aber auch Art 82 EG erhebliche finanzielle Folgen für das betreffende Unternehmen nach sich, und zwar durch die Möglichkeit, eine Geldbuße zu verhängen. Diese Geldbuße verfolgt aufgrund ihrer Höhe u.a. den Zweck, den durch die Wettbewerbsverfälschung erzielten Vorteil rückgängig zu machen. Im Sinne der Sachlichkeit der Vorschrift soll die Abschöpfung gemäß § 38a daher dann nicht durchgeführt werden, wenn der Tatbestand des Art 82 EG erfüllt ist und daher die für diesen Fall vorgesehenen Rechtsfolgen eingreifen.“

III. Erwägungen:

- 10 Tritt der Verfassungsgerichtshof - wie im vorliegenden Fall - eine Bescheidbeschwerde gemäß Art 144 Abs 1 B-VG nach Ablauf des 31. Dezember 2013 an den Verwaltungsgerichtshof ab, ist nach ständiger Rechtsprechung in sinngemäßer Anwendung des § 4 VwGbk-ÜG vorzugehen (vgl etwa VwGH vom 6. Oktober 2015, Ro 2015/17/0019, und vom 29. Oktober 2015, Ro 2015/07/0028, jeweils mwN). Für die Behandlung der Revision gelten demnach grundsätzlich die Bestimmungen des VwGG in der bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Fassung (§ 4 Abs 1 VwGbk-ÜG). Die Revision gegen den Bescheid des BKS wäre aber unzulässig, wenn die Voraussetzungen des Art 133 Abs 4 B-VG nicht vorliegen. Die Revision hat gesondert die Gründe zu enthalten, warum die Voraussetzungen des Art 133 Abs 4 B-VG vorliegen (§ 4 Abs 5 VwGbk-ÜG).
- 11 Zur Zulässigkeit führt die vorliegende Revision im Wesentlichen aus, sie hänge von der Lösung einer Rechtsfrage ab, der grundsätzliche Bedeutung zukomme. Im gegenständlichen Verfahren sei erstmals eine Abschöpfung gemäß § 38a ORF-G angeordnet worden und das Verfahren habe gezeigt, dass mit der Anwendung dieser Bestimmung eine Fülle von Auslegungsproblemen verbunden sei, die einer Klärung durch den Verwaltungsgerichtshof bedürfen.
- 12 Mit diesem (zutreffenden) Vorbringen zeigt die Revision auf, dass sie von der Lösung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung abhängt. Die Revision ist daher zulässig; sie ist jedoch nicht begründet.



Zu den Voraussetzungen für eine Abschöpfung gemäß § 38a Abs 1
Z 1 ORF-G:

- 13 Nach § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G hat die Regulierungsbehörde die Abschöpfung von Einnahmen aus Programmengelt in der Höhe dieser Mittel anzuordnen, wenn der ORF diese Mittel für Tätigkeiten herangezogen hat, die die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreiten. Den Mitteln aus Programmengelt sind auch Mittel gleichzuhalten, die bei der Festlegung des Programmengelts nach § 31 Abs 3 ORF-G in Abzug zu bringen wären, wozu etwa erwirtschaftete Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlicher Tätigkeit gehören.
- 14 Damit sollen - wie den Gesetzesmaterialien zu entnehmen ist - „nicht-pönale“ Konsequenzen an eine untersagte Quersubventionierung dadurch geknüpft werden, dass eine rechtswidrige Mittelverwendung rückgängig gemacht wird. Wenn der ORF nämlich Mittel, die ihm aus Programmengelt (oder gleichzuhaltenden Einnahmen) gewährt werden, für Zwecke heranzieht, die nicht im öffentlichen Auftrag liegen, so geht die Zweckwidmung der Mittel fehl und der Grund für die beihilfenrechtliche Privilegierung unter dem Blickwinkel des Unionsrechts fällt weg. Die Abschöpfung dient somit dazu, eine unions- und nationalgesetzlich nicht gewünschte Verwendung von Programmengelten für Aufgaben, die außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF liegen, rückgängig zu machen. Für ihre Anordnung kommt es auch nicht darauf an, ob den ORF an dieser zweckwidrigen Verwendung der Mittel ein Verschulden trifft.
- 15 Nicht jeder Verstoß des ORF gegen den öffentlich-rechtlichen Auftrag soll zur Abschöpfung führen. Eine Abschöpfung hat vielmehr zu unterbleiben, wenn die Tätigkeit des ORF trotz des Verstoßes noch innerhalb der für den öffentlich-rechtlichen Auftrag gezogenen Grenzen liegt. Als Beispiel für einen die Abschöpfung nicht rechtfertigenden Verstoß wird in den Gesetzesmaterialien die Verletzung des Objektivitätsgebotes in Fernsehnachrichten des ORF angeführt. Dabei handle es sich - wie die Materialien darlegen - zwar unzweifelhaft um eine Verletzung des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF; dessen Grenzen würden dadurch aber nicht



überschritten. Die Anführung dieses Beispiels macht (erneut) deutlich, worum es bei der Abschöpfung nach § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G geht und in welchen Fällen von einer Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags auszugehen ist:

- 16 Die zweckwidrige Verwendung von Mitteln der öffentlichen Finanzierung des ORF für Tätigkeiten, die durch den öffentlich-rechtlichen Auftrag nicht gedeckt sind, führt zu wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen, denen durch die Abschöpfung entgegengewirkt werden soll. Verletzt der ORF das den öffentlich-rechtlichen Auftrag umschreibende ORF-G jedoch in einem Bereich, der keine wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen hat, ist eine Abschöpfung nach dieser Vorschrift nicht vorgesehen.
- 17 Der ORF gesteht in der Revision zu, dass in Bezug auf die Übertragung der strittigen Eishockey-Spiele ein Verstoß gegen § 4b Abs 4 ORF-G rechtskräftig festgestellt worden sei. Er macht jedoch geltend, dass es sich dabei aber um keinen Gesetzesverstoß gehandelt habe, der eine Abschöpfung im Sinne des bisher Gesagten rechtfertige.
- 18 Dem ist nicht zuzustimmen. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich mit dem in Rede stehenden Verstoß des ORF gegen § 4b Abs 4 ORF-G in seinem Erkenntnis vom 26. Juni 2013, 2012/03/0105, näher auseinandergesetzt. Auf die Begründung dieses Erkenntnisses wird gemäß § 43 Abs 2 VwGG verwiesen. Im Besonderen wurde in diesem Erkenntnis auf die Entstehungsgeschichte der Norm und auf den Zusammenhang mit dem von der Europäischen Kommission gegen die Republik Österreich betreffend die Finanzierung des ORF geführten Beihilfenverfahren E 2/2008 hingewiesen. In diesem Verfahren hatte die Kommission (unter anderem) die Finanzierung des Sport-Spartenkanals als bestehende Beihilfe qualifiziert und gleichzeitig den öffentlich-rechtlichen Auftrag für ORF SPORT PLUS als zu ungenau beanstandet. Es sei nicht erkennbar, welche Bedürfnisse der österreichischen Bevölkerung hier in welcher Art und Weise und in welchem Umfang bedient würden und weshalb diese Bedürfnisse nicht im Rahmen des bestehenden Programmauftrags gedeckt werden könnten. Außerdem gebe die Einführung von ORF SPORT PLUS zusätzlich zum Sportangebot von anderen



Programmen des ORF Anlass zu Bedenken, dass diese Erhöhung der Sendekapazität es dem ORF ermöglichen könnte, den österreichischen Markt für Premiumrechte effektiv leerzukaufen. In Bezug auf diese Bedenken bot die österreichische Regierung an klarzustellen, dass das Programm von ORF SPORT PLUS der Berichterstattung über Sportarten und Sportbewerbe diene, denen in der österreichischen Medienberichterstattung kein breiter Raum zukomme. Im öffentlich-rechtlichen Auftrag für diesen Sportkanal würden näher umschriebene qualitative Kriterien festgelegt. ORF SPORT Plus habe überwiegend Sportarten und -bewerbe zu zeigen, die in Österreich ausgeübt oder veranstaltet werden oder an denen österreichische Sportler oder Mannschaften teilnehmen. Sportbewerbe, denen in der österreichischen Medienberichterstattung breiter Raum zukomme (Premium-Sportarten), dürften von ORF SPORT PLUS nicht ausgestrahlt werden. Die österreichischen Zusicherungen wurden von der Kommission akzeptiert und das Beihilfenverfahren eingestellt (vgl zum Ganzen die Kommissionsentscheidung vom 28. Oktober 2009, K(2009)8113 endgültig). In Umsetzung der Anforderungen, welche sich aus dieser Einigung im Beihilfenverfahren ergaben, erging die mit der Novelle BGBl I Nr 50/2010 erlassene Bestimmung des § 4b ORF-G, gegen die der ORF durch die Live-Übertragung von Spielen der österreichischen Nationalmannschaft bei der Eishockey-A-WM in der Slowakei im Jahr 2011 - rechtskräftig festgestellt - verstoßen hat.

- 19 Der ORF hat damit eine Norm verletzt, die - wie ihre Entstehungsgeschichte zeigt - gerade dazu dient, die Grenzen seines öffentlich-rechtlichen Auftrags näher zu umschreiben und wettbewerbsverzerrende Auswirkungen durch den Einsatz öffentlich finanzierter Mittel für einen Sport-Spartenkanal zu verhindern. Der festgestellte Verstoß gegen § 4b Abs 4 ORF-G war daher ein solcher, durch den die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschritten wurden. Die Voraussetzungen für eine Abschöpfung nach § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G liegen daher im gegenständlichen Fall vor.
- 20 Daran vermag auch das Argument des ORF, im Angebotskonzept für ORF SPORT PLUS sei bereits auf die geplante Übertragung der Eishockey-WM mit österreichischer Beteiligung hingewiesen worden und dies



habe die KommAustria bei der Angebotsprüfung nicht beanstandet, nichts zu ändern. Ohne hier auf die gegenteiligen Argumente der KommAustria näher einzugehen (vgl die Ausführungen im erstinstanzlichen Bescheid im Kapitel „Vertrauensschutz wegen Nichtuntersagung des Angebotskonzepts für ORF SPORT PLUS“), reicht es darauf hinzuweisen, dass der Verstoß gegen § 4b Abs 4 ORF-G rechtskräftig festgestellt worden ist. Auch wenn der ORF davor in gutem Glauben gehandelt haben mag, zu einer Übertragung der strittigen Spiele berechtigt zu sein, steht das einer Abschöpfung nach § 38a ORF-G nicht entgegen, weil es - wie oben bereits dargestellt worden ist - auf ein Verschulden des ORF am festgestellten Verstoß gegen den öffentlich-rechtlichen Auftrag nicht ankommt.

Zur Höhe des abgeschöpften Betrags:

- 21 Der ORF wendet sich gegen die Berechnung der abzuschöpfenden Mittel zunächst mit dem Hinweis darauf, dass die Heranziehung der Bruttokosten die beihilfenrechtliche Natur des Abschöpfungsverfahrens außer Acht lasse. Seiner Ansicht nach hätten konnex-kommerzielle Erlöse den abzuschöpfenden Betrag mindern müssen.
- 22 Dem ist nicht zuzustimmen. Die Berechnung einer (unionsrechtlich zulässigen) staatlichen Beihilfe für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk hat zwar entsprechend der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl 2009/C 257/01, dem Nettokostenprinzip zu folgen. Um der Verhältnismäßigkeitsprüfung für zulässige Beihilfen zu genügen, darf der Betrag der öffentlichen Ausgleichszahlung grundsätzlich die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags auch unter Berücksichtigung anderer direkter oder indirekter Einnahmen aus diesem Auftrag nicht übersteigen. Daher werden bei der Berechnung der Nettokosten der öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen die Nettogewinne aus allen kommerziellen Tätigkeiten berücksichtigt, die mit den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten in Verbindung stehen (vgl Rz 71 der zitierten Mitteilung der Kommission). Dementsprechend



sehen § 8a Abs 5 ORF-G und insbesondere § 31 Abs 2 und 3 ORF-G für die Festlegung der Höhe des Programmentgelts das Nettokostenprinzip vor.

- 23 Die soeben behandelte Frage, wie die zulässige staatliche Beihilfe an den öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter berechnet werden muss, ist allerdings im vorliegenden Fall nicht maßgeblich. Hier geht es vielmehr darum, die durch den Einsatz von öffentlichen Finanzierungsmitteln und ihnen im Sinne des § 38a Abs 1 letzter Satz ORF-G gleichzuhaltenden Mitteln erzielten (wettbewerbsverzerrenden) Vorteile für den ORF rückgängig zu machen. Würden kommerziell-konexe Erlöse aus jener Tätigkeit, die der ORF bei Überschreitung des öffentlich-rechtlichen Auftrags unter Einsatz von Programmentgelt erzielt hat, bei der Berechnung des Abschöpfungsbetrags außer Betracht gelassen, wäre dieses Ziel nicht zu erreichen. In diesem Sinne ordnet § 38a Abs 1 letzter Satz ORF-G daher auch an, dass Mittel, die nach § 31 Abs 3 ORF-G bei der Festlegung des Programmentgelts in Abzug zu bringen wären (wozu etwa auch erwirtschaftete Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit im Zusammenhang mit der öffentlich-rechtlichen Tätigkeit gehören), dem Programmentgelt gleichzuhalten sind. Auch sie sind - wie das eingesetzte Programmentgelt - bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Abschöpfung nach § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G vom ORF abzufordern. Die Berechnung des Abschöpfungsbetrags unter Heranziehung der Bruttokosten erfolgte daher zu Recht.
- 24 Der ORF macht überdies geltend, dass Mittel, die für Tätigkeiten innerhalb der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags herangezogen wurden, nicht hätten abgeschöpft werden dürfen. Daraus folge zwingend, dass die gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten, etwa technische Ausstrahlungskosten, Verwaltungskosten durch Generaldirektion und Kaufmännische Direktion etc, nicht der Abschöpfung unterlägen. Entgegen der Rechtsansicht der KommAustria und des BKS hätte daher eine Berechnung des korrekten Abschöpfungsbetrags nicht mit einer Vollkostenrechnung, sondern mit einer Teilkostenrechnung erfolgen müssen.
- 25 Auch dieses Revisionsvorbringen führt nicht zum Erfolg. Die KommAustria und (ihr folgend) der BKS haben nachvollziehbar dargelegt, dass nur die von



ihnen herangezogene Vollkostenrechnung dem Zweck der Abschöpfung nach § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G entspricht. Eine andere Sichtweise würde dazu führen, dass der ORF - hypothetisch betrachtet - ein öffentlich finanziertes Programm in großem Umfang, allenfalls sogar zur Gänze, unter Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags senden könnte, die dabei aufgelaufenen und mit öffentlichen Mitteln finanzierten gemeinsamen Kosten bzw Gemeinkosten aber nicht abzuschöpfen wären. Ein solches Ergebnis wäre mit der Zielsetzung des § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G, wie sie zuvor näher dargelegt worden ist, nicht vereinbar. Anders als der ORF in seiner Revision somit vermeint, kann somit auch nicht davon ausgegangen werden, dass jener Anteil an gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten, der im Rahmen der Vollkostenrechnung den zu Unrecht auf ORF SPORT PLUS ausgestrahlten Sendungen zuzurechnen ist, innerhalb der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags aufgewendet worden ist. Das zur Abdeckung dieses Anteils aufgewendete Programmengelt und die ihnen gleichzuhaltenden Mittel unterliegen daher der Abschöpfung.

- 26 Der ORF bringt weiters vor, es sei für ihn nicht einsichtig, aus welchen Gründen bei der angestellten Berechnung der anteiligen Lizenzkosten für die Übertragung der strittigen Spiele die Auswertung mittels Livestreams im Internet keine Berücksichtigung gefunden habe.
- 27 Demgegenüber haben die KommAustria und (ihr folgend) der BKS aber darauf hingewiesen, dass die Ausstrahlung von Livestreams im Internet nach § 3 Abs 4a ORF-G nicht unabhängig von der Fernsehübertragung über Terrestrik und Satellit zulässig sei. Aus diesem Grund gingen die Behörden davon aus, dass die (pauschal verrechneten und Streaming-Rechte auch nicht gesondert ausweisenden) Lizenzkosten kostenmäßig nur der Übertragung im Sport-Spartenkanal zuzurechnen seien. Dem vermag der ORF in seiner Revision letztlich keine stichhaltigen Argumente entgegenzusetzen.
- 28 Abschließend wendet der ORF gegen die Berechnung des Abschöpfungsbetrags ein, die Behörden hätten zu Unrecht außer Acht gelassen, dass die im vorliegenden Verfahren strittigen Nettokosten durch sogenannte „stand-alone“ kommerzielle Erträge des ORF, also Erlöse aus kommerziellen



Aktivitäten ohne Zusammenhang zum öffentlich-rechtlichen Auftrag, gedeckt worden seien. Dazu legte er mit seiner Berufung eine „Trennungsrechnung“ des ORF für das Geschäftsjahr 2011 inklusive Darstellung des Abdeckungsgrads der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags durch das Programmentgelt vor.

- 29 Mit seinem Vorbringen will der ORF - zusammengefasst - darlegen, dass entgegen der Auffassung der Regulierungsbehörden keine öffentlich finanzierten Mittel für die Übertragung der strittigen Sendungen aufgewendet wurden, weshalb eine Abschöpfung nicht rechtens sei. Dazu reicht im gegebenen Zusammenhang die Erwiderung, dass der ORF die konkrete Abdeckung der Kosten der strittigen Sendungen aus Mitteln, die nicht öffentlich finanziert sind, nicht belegt hat. Der allgemeine Hinweis des ORF, die Gesamtkosten des öffentlichen-rechtlichen Auftrags würden zum Teil auch durch „stand alone“ kommerzielle Erträge gedeckt, reicht für sich betrachtet jedenfalls nicht aus, um eine Abschöpfung im Sinne des § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G zu umgehen. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich eine nähere Auseinandersetzung mit der strittigen Rechtsfrage, ob eine Verwendung von „stand alone“ kommerziellen Erlösen für die Abdeckung der Kosten der strittigen Sendungen an der Abschöpfung dieser Beträge überhaupt etwas hätte ändern können.
- 30 Soweit der ORF als Verfahrensmangel geltend macht, dass der BKS zu Unrecht keine mündliche Verhandlung durchgeführt habe, ist auf die nunmehr durchgeführte Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof zu verweisen (vgl dazu auch die Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes in seinem in der gegenständlichen Rechtssache ergangenen Erkenntnis vom 29. November 2014, B 413/2013-10).
- 31 Der Anregung des ORF, ein Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art 267 AEUV durch den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) einzuleiten, wird nicht gefolgt. Ungeachtet des - zuvor bereits näher dargestellten - beihilfenrechtlichen Hintergrunds des § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G ist die Frage, welche Beträge zurückgefordert und wie sie im Einzelnen berechnet werden, um die zweckwidrige Verwendung des Programmentgelts



oder gleichzuhaltender Mitteln durch Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF rückgängig zu machen, eine Angelegenheit des nationalen Gesetzes; die Festlegung des Abschöpfungsbetrags selbst ist wiederum Sache des nationalen Gerichts (vgl dazu auch die zum unionsrechtlichen Beihilferecht ergangene Rechtsprechung des EuGH, etwa das Urteil vom 13. Februar 2014, C-69/13 (Mediaset SpA). Wenn dabei von den nationalen Behörden - wie im vorliegenden Fall - ein strenger Maßstab angelegt wird, so steht dies mit den unionsrechtlichen Zielsetzungen jedenfalls nicht im Widerspruch.

- 32 Die Revision war daher gemäß § 42 Abs 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.
- 33 Eine Kostenentscheidung hatte mangels eines auf Kostenzuspruch gerichteten Antrags der obsiegenden Partei zu unterbleiben.

W i e n , am 6. April 2016

