

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus dem Vorsitzenden-Stellvertreter Dr. Florian Philapitsch, LL.M. als Senatsvorsitzenden sowie den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, über die Beschwerde der Sky Österreich Fernsehen GmbH gegen den Österreichischen Rundfunk wegen Verletzung des ORF-Gesetzes wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Der Beschwerdeantrag der Sky Österreich Fernsehen GmbH festzustellen, dass der ORF
 - a. am 16.01.2015, ab 16:50 Uhr
 - b. am 17.01.2015, ab 18:50 Uhr
 - c. am 19.01.2015, ab 18:50 Uhr
 - d. am 21.01.2015, ab 14:50 Uhr
 - e. am 23.01.2015, ab 16:50 Uhr und
 - f. am 25.01.2015, ab 16:30 Uhr

durch die Live-Übertragungen von Spielen der Handball-Weltmeisterschaft der Männer im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS gegen das Verbot der Übertragung von Premium-Sportbewerben verstoßen habe, wird gemäß § 4b Abs. 4 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 55/2014, iVm § 36 Abs. 3 ORF-G wegen Verspätung zurückgewiesen.

2. Der Beschwerdeantrag festzustellen, dass der ORF am 01.02.2015 ab 17:00 Uhr durch die Live-Übertragung eines Spieles der Handball-Weltmeisterschaft der Männer im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS gegen das Verbot der Übertragung von Premium-Sportbewerben verstoßen habe, wird gemäß § 4b Abs. 4 ORF-G iVm § 35, § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c und § 37 Abs. 1 ORF-G als unbegründet abgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

1.1. Beschwerde

Mit Schreiben vom 16.03.2015, eingelangt am 17.03.2015 (zur Post gegeben am 16.03.2015), stellte die Sky Österreich Fernsehen GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführerin) den Antrag, die KommAustria möge feststellen, dass der ORF (im Folgenden: Beschwerdegegner) am 16.01.2015 ab 16:50 Uhr, am 17.01.2015 ab 18:50 Uhr, am 19.01.2015 ab 18:50 Uhr, am 21.01.2015 ab 14:50 Uhr, am 21.01.2015 ab 14:50 Uhr, am 23.01.2015 ab 16:50 Uhr, am 25.01.2015 ab 16:30 Uhr und am 01.02.2015 ab 17:00 Uhr durch die Live-Übertragung von Spielen der Handball-Weltmeisterschaft der Männer im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS gegen das in § 4b Abs. 4 ORF-G normierte Verbot der Übertragung von Premium-Sport verstoßen hat.

Weiters wurde beantragt, die KommAustria möge dem ORF gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G auftragen, den stattgebenden Teil der Entscheidung innerhalb von vier Wochen ab Zustellung der Entscheidung im Fernsehprogramm ORF SPORT PLUS unmittelbar vor Beginn einer Live-Übertragung im Rahmen des Hauptabendprogramms durch Verlesung zu veröffentlichen.

Die Beschwerdeführerin stützte ihre Beschwerde auf § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G und brachte im Einzelnen Folgendes vor:

Die Beschwerdeführerin sei eine Rundfunkveranstalterin, die über eine österreichische Rundfunklizenz verfüge. Auf Basis dieser Lizenz verbreite sie in Österreich das Programm „Sky Sport Austria“. Es handle sich hierbei um verschlüsselt ausgestrahltes Pay-TV, das nur Kunden, die ein Abonnement abgeschlossen haben, empfangen können. Der Beschwerdegegner sei eine gemäß § 1 ORF-G eingerichtete Stiftung öffentlichen Rechts und strahle u.a. die Programme ORF eins, ORF2 und das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS bundesweit aus. Die Beschwerdeführerin habe die Übertragungsrechte für Österreich an sämtlichen Spielen der Handball-Weltmeisterschaft der Männer mit österreichischer Beteiligung erworben und die Spiele in ihrem Programm Sky Sport Austria ausgestrahlt. Der ORF habe ebenfalls Übertragungsrechte an den Spielen der Handball-WM der Männer 2015 erworben und sämtliche Begegnungen der österreichischen Mannschaft sowie das Finalspiel in ORF SPORT PLUS live übertragen. Es habe sich hierbei um folgende Spiele gehandelt:

- 1) 16.01.2015, 16:50 Uhr: Österreich – Kroatien (Gruppenphase)
- 2) 17.01.2015, 18:50 Uhr: Österreich – Bosnien-Herzegowina (Gruppenphase)
- 3) 19.01.2015, 18:50 Uhr: Österreich – Tunesien (Gruppenphase)
- 4) 21.01.2015, 14:50 Uhr: Österreich – Iran (Gruppenphase)
- 5) 23.01.2015, 16:50 Uhr: Österreich – Mazedonien (Gruppenphase)
- 6) 25.01.2015, 16:30 Uhr: Österreich – Katar (Achtelfinale)
- 7) 01.02.2015, 17:00 Uhr: Katar – Frankreich (Finale)

Da diese Spiele Premium-Sportbewerbe seien, denen in der österreichischen Medienberichterstattung breiter Raum zukomme, sei eine Übertragung in ORF SPORT PLUS gemäß § 4b Abs. 4 ORF-G unzulässig.

Zur Zulässigkeit der Beschwerde wurde vorgebracht, das letzte in ORF SPORT PLUS übertragene Spiel sei das Finale Katar gegen Frankreich am 01.02.2015 gewesen. Die sechswöchige Beschwerdefrist beginne mit diesem Spiel zu laufen, da bei Beschwerden, die

einen längeren Zeitraum inkriminieren, hinsichtlich der Fristberechnung vom letzten Tag des von ihr erfassten Zeitraums auszugehen sei (BKS 17.10.2008, 611.934/0016-BKS/2008); *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz³, 329). Die Beschwerdefrist ende somit am 16.03.2015. Die Beschwerde sei daher rechtzeitig erhoben worden.

Zur Beschwerdelegitimation wurde ausgeführt, dass gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c u.a. Unternehmen, deren rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch die behauptete Verletzung berührt werden, beschwerdelegitimiert seien. Die Parteien des Verfahrens stünden zueinander in vielerlei Hinsicht in einem Wettbewerbsverhältnis: Einerseits seien sie Wettbewerber auf dem Nachfragemarkt für Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen und andererseits stünden sie miteinander im Wettbewerb um Seher. Für die Beschwerdeführerin seien Seher deswegen von Bedeutung, da sie sich überwiegend aus Abonnementgebühren finanziere. Der ORF finanziere sich zumindest teilweise über kommerzielle Werbung und das damit erzielte Entgelt sei abhängig vom Marktwert der Sendefläche, die wiederum von den Seherzahlen der betreffenden Sendungen abhängige. Die beschwerdegegenständliche Rechtsverletzung des ORF berühre die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin, da sie selbst die Spiele der Handball-WM der Männer übertragen habe und die parallele Ausstrahlung auf ORF SPORT PLUS negative Auswirkungen auf ihre Seherzahlen habe. Dies sei umso schwerwiegender, als die Seher der Beschwerdeführerin für den Zugang zum Programm zahlen müssten. Würde das Programm auch im Free-TV gezeigt, halte dies potentielle Kunden der Beschwerdeführerin davon ab, ein Abonnement der Beschwerdeführerin zu erwerben. Dies wirke sich ganz unmittelbar auf die Einnahmen der Beschwerdeführerin aus und beeinträchtige daher ihre wirtschaftlichen Interessen in gravierender Weise.

Die Beschwerde wurde dem Beschwerdegegner mit Schreiben vom 23.03.2015 zugestellt und ihm die Möglichkeit eingeräumt sich binnen zwei Wochen hierzu zu äußern. Unter einem wurde dem Beschwerdegegner gemäß § 36 Abs. 4 ORF-G aufgetragen, Programmaufzeichnungen der verfahrensgegenständlichen Spiele der Handball-WM sowie die dazugehörigen Teletest-Daten vorzulegen.

1.2. Stellungnahme des ORF

Mit Schreiben vom 10.04.2015, eingelangt am selben Tag, nahm der Beschwerdegegner zum Vorbringen der Beschwerde Stellung und führte zunächst aus, dass die Beschwerde verfristet sei:

Der Beschwerdegegner gehe davon aus, dass das Schreiben auch am 16.03.2015 an die KommAustria übermittelt worden sei. Nach § 36 Abs. 3 ORF-G seien Beschwerden allerdings innerhalb von sechs Wochen gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung des ORF-G einzubringen. Wie die Beschwerdeführerin selbst festhalte, sei das letzte im Programm ORF SPORT PLUS übertragene Spiel das Finale „Katar gegen Frankreich“ am 01.02.2015 gewesen. Ausgehend von diesem Spiel ende die sechswöchige Beschwerdefrist somit am 16.03.2015. Die Beschwerde sei daher nur hinsichtlich dieses (Final-)Spiels rechtzeitig erhoben worden (sofern das Schreiben tatsächlich am 16.03.2015 den Postenlauf im Sinne des § 39 Abs. 3 KOG ausgelöst habe, was mangels Übermittlung des Briefumschlags einschließlich des Poststempels nicht nachvollzogen werden könne). Die Beschwerde sei daher hinsichtlich aller anderen Spiele verfristet und werde zurückzuweisen sein. Das gegenteilige Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die sechswöchige Beschwerdefrist für alle Spiele erst mit dem (Final-)Spiel zu laufen beginne, da bei Beschwerden, die einen längeren Zeitraum inkriminieren, hinsichtlich der Fristberechnung vom letzten Tag des von ihr erfassten Zeitraums auszugehen sei, gehe für die Ausstrahlung der inkriminierten Spiele ins Leere: Wie die Beschwerdeführerin selbst festhalte, sei nämlich unter „Sportbewerb“ iSd der inkriminierten Bestimmung des § 4b ORF-G „das konkrete Spiel zu verstehen, dh im gegenständlichen Fall einzelne Matches und nicht das gesamte Turnier“ (siehe Seite 4 der Beschwerde). Insoferne gehe es aber im gegenständlichen Verfahren

ausweislich des eigenen Beschwerdevorbringens nicht um eine Beschwerde, die einen längeren Zeitraum sondern um eine Beschwerde, die jeweils bestimmte Sendungen inkriminiere. Die hinsichtlich der „zeitraumbezogenen Verpflichtung“ ergangene Judikatur (vgl. VfGH 25.06.2003, G 304/01 und VwGH 21.04.2004, ZI. 2004/04/0009) könne nicht zur Anwendung gelangen, da es sich – anders als bei den dort gegenständlichen Sachverhalten – nicht um die in § 4 Abs. 3 ORF-G normierten „Jahres- und Monatsschemata“ und das in § 5 ORF-G geregelte „Jahressendeschema“ handelt. Schließlich sei auch die jüngere Rechtsprechung des BVwG (11.02.2015, W120 2008698-1/6E) zur Bereitstellung von Online-Angeboten und der diesbezüglichen Berechnung der Beschwerdefristen offensichtlich nicht anzuwenden, da es im gegenständlichen Verfahren nicht um die Bereitstellung von Online-Angeboten, sondern um die Ausstrahlung von Fernsehsendungen gehe. Die Beschwerde sei daher hinsichtlich aller Spiele, bis auf das Finalspiel, verfristet und zurückzuweisen.

Der behauptete Verstoß gegen § 4b Abs. 1 und 4 ORF-G liege aber auch materiell nicht vor, da es sich bei der Handball-WM 2015 um keinen Premium-Sportbewerb gehandelt und die Beschwerdeführerin die novellierte Fassung des ORF-G und die jüngere Rechtsprechung außer Betracht gelassen habe:

Eine Medienberichterstattung, der „breiter Raum“ zukommt, liege für das verfahrensgegenständliche Finalspiel nicht vor. Deutlich werde dies dadurch, dass die von der Beschwerdeführerin selbst vorgelegte Zeitungs-Berichterstattung ab dem Ausscheiden der österreichischen Mannschaft im Jahr 2015 und somit für den Ausgang des WM-Turniers entscheidenden KO-Phase (Viertel-, Halb- und Finalspiele) sogar noch einmal absinke und mehr oder weniger der bloßen Ergebnismitteilung entspreche. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Berichterstattung insgesamt auch in Verbindung mit den scheinbar unerschöpfbaren, finanziellen Ressourcen von Katar (neue Sportanlagen für die Handball WM 2015) und den dortigen klimatischen Verhältnissen stehe. Beide Merkmale und die kontroversielle Diskussion darüber seien markante Teile der der Beschwerde beigelegten Berichterstattung und hätten mit den sportlichen Hintergründen nichts zu tun (vgl zB Kurier vom 18.01.2015) „Bauwut statt Lebenslust“, Kurier vom 20.01.2015 „Zu Gast in der Wunderwelt des Sports“, Der Standard vom 24.01.2015 „Katar zahlt, Katar kauft“, Kleine Zeitung vom 31.01.2015 „Emir mit Geld und ohne Skrupel“). Nicht zuletzt habe auch das gleichzeitig zur Handball WM in Katar abgehaltene Trainingslager des FC Bayern München und der so zustande gekommene Besuch der Superstars David Alaba und Franck Ribery beim Österreichischen Handball Nationalteam für reich bebilderte Berichterstattung gesorgt. Auf den Punkt gebracht finde kaum ein Spieler des WM-Siegers namentliche Erwähnung, (wogegen etwa beim Fußballweltmeister Deutschland die Aufstellung des Innenverteidigers für journalistisches Aufsehen sorgte). In dieselbe Richtung gehe, dass das deutsche Handball-Team sich ursprünglich für die WM in Katar gar nicht qualifiziert habe und nur durch eine Sonderregelung daran teilnahm. Die Vergabe der TV-Rechte für Deutschland sei nach heftigen Diskussionen über die Verschlüsselung der Satellitenprogramme nicht an ZDF und ARD, sondern an den Pay-TV Sender Sky erfolgt. Im Übrigen habe der VwGH festgehalten, dass die Genauigkeit von spezifischen Annahmen für die Auslegung des § 4b ORF-G insbesondere zB bestimmter Prozentsätze der Zeitungsberichterstattung zu hoch sei, da sich übereinstimmende Grenzen im Ausmaß der Berichterstattung nach Ansicht des VwGH gar nicht ermitteln ließen (VwGH 26.06.2013, ZI. 2012/03/0105). Nach den Entscheidungen des VwGH sei eine „Prognoseentscheidung“ ausreichend, die sich an der Berichterstattung über vergleichbare Sportbewerbe in der Vergangenheit orientiere. Das inkriminierte Finalspiel sei ein Spiel ohne Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft, weswegen schon aus diesem Grund mit keinerlei medialer Aufmerksamkeit österreichischer Medien habe gerechnet werden müssen. Nachdem sich die österreichische Nationalmannschaft erstmals seit 2011 für eine Handball WM qualifizieren habe können, habe es zum Zeitpunkt der Programmplanung diesbezüglich auch keine aktuellen Erfahrungswerte gegeben und habe der Beschwerdegegner daher als Vergleichsmaßstab die Berichterstattung über die Österreich-Spiele der Handball EM 2014

herangezogen. Dabei habe sich gezeigt, dass der ORF in den Hauptprogrammen nur vereinzelte Kurzberichte ausgestrahlt habe. Auch diesbezüglich sei also von keinem – die Premium-Qualität begründenden – breiten Raum in der Medienberichterstattung auszugehen (vgl hierzu BKS 23.05.2012, 611.941/0004-BKS/2012).

Der ORF könne sich – unabhängig von Vorstehendem – aber auch auf die Ausnahmeregelung des § 4b Abs. 5 ORF-G stützen, wonach der ORF – abgesehen von ausdrücklich ausgeschlossenen (§ 4b Abs. 4 Z 1 bis 5 ORF-G) – jedenfalls jene Sportbewerbe auf ORF SPORT PLUS ausstrahlen dürfe, wenn private Rundfunkveranstalter die betreffenden Übertragungsrechte zeitgerecht, diskriminierungsfrei und transparent zu marktüblichen Konditionen erwerben hätten können. Der ORF habe die Übertragungsrechte an den verfahrensgegenständlichen Spielen von Pitch International LLP mit Vertrag vom 07.01.2015 zu günstigen und marktüblichen Konditionen erworben. Dabei habe diese Agentur, soweit der Beschwerdegegner wisse, bereits Kontakt zu anderen österreichischen Rundfunkveranstaltern gehabt, die sich für den Erwerb der Übertragungsrechte aber nicht interessiert hätten. In diesem Zusammenhang gehe der Beschwerdegegner im Übrigen auch davon aus, dass die Beschwerdeführerin für die Rechte an dem gegenständlichen Sportbewerb kein eigenständiges Angebot abgegeben habe, sondern erst durch den Rechteerwerb der Konzernmutter, Sky Deutschland (AG bzw Fernsehen GmbH & Co. KG), die, soweit der Beschwerdegegner wisse, üblicherweise neben medialen Nutzungsrechten für Deutschland diese Rechte auch für Österreich – gleichsam als Annex – zur Nutzung durch die österreichische Tochtergesellschaft mit erwerbe, im Wege der konzerninternen Weitergabe in die Lage versetzt wurde, die Spiele der Handball WM 2015 in Österreich im Pay-TV zu verwerten. Auch aus diesem Grund habe sich der ORF kurzfristig dazu entschlossen, die Übertragungsrechte zu erwerben. Bereits dies ermögliche also die Anwendung der Ausnahmeregelung des § 4b Abs. 5 ORF-G.

Um völlig sicher zu gehen habe der ORF dennoch sogar zusätzlich und umgehend, und zwar noch am 07.01.2015 (aktualisiert am 08.01.2015), auf der für Veröffentlichungen nach dem ORF-G vorgesehenen Webseite unter http://zukunft.orf.at/rte/upload/texte/_2015/veroeffentlichung/sportrechte_20150108.pdf, ein – derzeit dort noch immer ident abrufbares – Dokument veröffentlicht, das die Übertragungsrechte noch einmal zur (Sub-)Lizensierung angeboten habe. Österreichische Rundfunkveranstalter hätten also mehrfach die Möglichkeit gehabt, die Übertragungsrechte an der verfahrensgegenständlichen Handball WM zu erwerben, aber hiervon keinen Gebrauch gemacht. Zusammengefasst sei § 4b Abs. 4 ORF-G daher durch die Ausstrahlung der inkriminierten Sendung im Programm ORF SPORT PLUS nicht verletzt worden.

Die Stellungnahme wurde der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 15.04.2015 übermittelt. Mit Schreiben vom 06.05.2015 wurden zudem die vom Beschwerdegegner vorgelegten Sendungsaufzeichnungen an die Beschwerdeführerin übermittelt.

1.3. Stellungnahme des Public-Value-Beirats

Gemäß § 6c Abs. 3 ORF-G wurde dem Public-Value-Beirat Gelegenheit gegeben zum Beschwerdevorbringen und insbesondere zu der Frage Stellung zu nehmen, ob das gemäß § 3 Abs. 8 ORF-G veranstaltete Programm (ORF SPORT PLUS) dem durch die §§ 4b bis 4f ORF-G und dem durch das Angebotskonzept nach § 5a ORF-G gezogenen Rahmen entspricht. Mit Schreiben vom 13.04.2015, eingelangt am selben Tag, machte der Public-Value-Beirat von seiner Möglichkeit zur Stellungnahme Gebrauch und führte Folgendes aus:

Zu seinen Beratungen habe der Public-Value-Beirat auch das seit 21.07.2011 veröffentlichte Angebotskonzept des ORF zu ORF SPORT PLUS herangezogen. Es sei durch die KommAustria überprüft und nicht untersagt worden. Laut § 5a Abs. 4 ORF-G habe sich der ORF „bei der konkreten Ausgestaltung seiner Programme und Angebote vom jeweiligen Angebotskonzept leiten zu lassen und die dadurch gezogenen Grenzen einzuhalten.“ Die

Beschwerdeführerin bringe vor, dass der ORF durch Übertragung der Spiele der Handball-WM die Bestimmungen des § 4b ORF-G verletzt habe. Begründet werde die Verletzung der Bestimmungen des § 4b ORF-G mit der Behauptung, dass es sich bei den Spielen der Handball-WM mit österreichischer Beteiligung um eine „Premium-Sportart“ handle. Im § 4b Abs. 4 ORF-G seien jene Bewerbe und Sportarten genannt, die zweifelsfrei als Premium-Sport einzustufen sind. Handball sei in dieser Liste nicht enthalten. Dennoch interpretiere die Beschwerdeführerin die Begegnungen der österreichischen Handball-Mannschaft während der Handball-WM der Männer als eine „Premium-Sportart“ und setze sie damit den demonstrativ im ORF-G genannten Premium-Sportarten gleich. Dies mit dem Argument, dass die Berichterstattung den für eine „Premium-Sportart“ vergleichbaren „breiten Raum“ eingenommen habe, wofür Clippings von Medienberichten ebendieses Ereignisses vorgelegt worden seien. Tatsächlich werde im ORF-G als einziges Kennzeichen für „Premium-Sportereignisse“ folgende Definition angeführt: „Sportbewerbe, denen in der österreichischen Medienberichterstattung breiter Raum zukommt“ (§ 4b Abs. 4 ORF-G).

Eine Beurteilung, ob einem Sportbewerb üblicherweise in der österreichischen Medienberichterstattung „breiter Raum“ zukommt, erweise sich auf Grundlage der vorliegenden Informationen sowie der beigelegten Abdruckbelege als nicht möglich. Das habe mehrere Gründe, die der Public-Value-Beirat zum Teil bereits in seiner Stellungnahme vom 08.07.2011 dargelegt habe:

- Dass es einen Zusammenhang zwischen dem Nachrichtenwert eines Ereignisses und der Berichterstattung über dieses Ereignis gibt, sei wissenschaftlich unbestritten (vgl. dazu die zahlreichen empirischen Bestätigungen nach *Galtung/Ruge* beispielsweise bei *Staab* oder *Schulz*).
- Der Nachrichtenwert eines Sportereignisses sei nicht absolut (für alle Zeiten, Länder und alle Kontexte gültig), sondern er sei von mehreren Faktoren abhängig, deren Gegebenheit nicht immer im Vorhinein zweifelsfrei eruierbar sei (zB das allgemeine Nachrichtenangebot, die Prominenz der beteiligten Akteure, der vorausgegangene Erfolg oder Misserfolg eines Akteurs oder einer Mannschaft).

Unklar bleibe bei der Formulierung „breiter Raum“ in der Medienberichterstattung, mit der eine quantitative Aussage getroffen werde, der Maßstab, die Relation. Die logische Frage, was ein „breiter Raum“ sei und wieviel dieser „breite Raum“ in Bezug worauf sein soll, bleibe unbeantwortet. Erst ein Maßstab, eine Relation könne valide und seriöse Aussagen darüber ermöglichen, ob die Berichterstattung im konkreten Fall den behaupteten „breiten Raum“ einnehme oder – „üblicherweise“, also bei früheren gleich zu haltenden sportlichen Veranstaltungen – breiten Raum eingenommen habe. Der Public-Value-Beirat sehe im „breiten Raum der Berichterstattung“ ein geeignetes, wenngleich schwer zu quantifizierendes Kriterium, um über die Zugehörigkeit einer Sportart bzw. eines Sportereignisses zur „Premium“-Gruppe zu entscheiden. Natürlich könne eine solche Zuordnung nicht auf bloßer Behauptung beruhen, sondern müsse sich durch vergleichsweise unaufwändige Messverfahren nachweisen lassen.

Das bedeute konkret aus wissenschaftlicher Sicht: Wenn die Beschwerdeführerin die Spiele der Handball-WM als Wettbewerbe einer Premium-Sportart interpretiere und sie damit mit den demonstrativ im ORF-G genannten Premium-Sportarten gleichsetze, dann müsse der Vergleich auch mit der Berichterstattung eben dieser Premium-Sportarten durchgeführt werden, um in Bezug auf die Menge der Berichterstattung und die Prominenz der Platzierung überprüfbar Aussagen machen zu können. Der Begriff „breiter Raum“ könne – operationalisiert wie oben – am besten in Relation zur Berichterstattung über andere Premium-Ereignisse klarer definiert werden. In Frage kämen dabei einerseits einzelne echte Großereignisse (wie etwa das Hahnenkammrennen) und andererseits über einen längeren Zeitraum laufende Bewerbe (wie die Fußball-Bundesliga, über die Woche für Woche ausführlich berichtet werde). Beide Ereignisse bzw. Sportarten oder auch andere aus der

demonstrativ im ORF-G angeführten Premium-Liste könnten als empirische Benchmarks dienen. Es genüge nach Ansicht des Public-Value-Beirats nicht, Clippings und Medienberichte in Printprodukten schon als Beleg für „breiten Raum“ in der Berichterstattung ins Treffen zu führen.

Des Weiteren könne dem ORF nicht zugemutet werden, im Vorhinein auf Grund einer Prognose möglicher Medienberichterstattung (die dann vielleicht nicht eintrifft) Programmplanung zu betreiben bzw. Rechtekäufe durchzuführen. Schließlich könne die Dynamik eines über mehrere Tage verlaufenden Sportereignisses (zB unerwarteter Siegeslauf oder Niederlagenserie während eines Turniers) zu kurzfristigen Änderungen des Nachrichtenwertes führen, die zum Zeitpunkt der Programmplanung bzw. des Rechtekaufs nicht absehbar gewesen seien.

Zusammenfassend sei daher festzuhalten, dass der Public-Value-Beirat auf Grundlage der Ausführungen der Beschwerdeführerin, der zur Verfügung stehenden Unterlagen sowie der gesetzlichen Bestimmungen, der gegenständlichen Beschwerde nicht folgen könne und zum Schluss komme, dass die Übertragungen der Handball-WM im Programm ORF SPORT PLUS dem durch § 4b ORF-G gezogenen Rahmen entspreche.

Mit Schreiben vom 16.04.2014 übermittelte die KommAustria die Stellungnahme des Public-Value-Beirates an die Verfahrensparteien und räumte ihnen die Möglichkeit ein sich binnen zwei Wochen hierzu zu äußern.

1.4. Replik der Beschwerdeführerin

Mit Schreiben vom 05.05.2015, eingelangt am 06.05.2015, äußerte sich die Beschwerdeführerin zur Stellungnahme des Public-Value-Beirates und brachte Folgendes vor:

Der Public-Value-Beirat komme in seiner Stellungnahme zur Schlussfolgerung, dass der Beschwerde keine Berechtigung zukomme und begründe dies mit den folgenden zwei Argumenten:

1. Der Begriff „breiter Raum in der Medienberichterstattung“ könne nicht ohne Herstellung einer Relation zu anderen Premium-Ereignissen ausgelegt werden.
2. Dem ORF könne nicht zugemutet werden, im Vorhinein aufgrund einer Prognose möglicher Medienberichterstattung Programmplanung zu betreiben bzw Rechtekäufe durchzuführen.

Zu Pkt 1: Herstellung einer Relation zu anderen Premiumereignissen: Die Beschwerdeführerin habe nicht bloß Clippings über die Medienberichterstattung von der Handball WM 2011 vorgelegt, sondern auch eine Relation dieser Medienberichterstattung zur Berichterstattung über Premium-Sportbewerbe hergestellt. Hierzu habe sie zwar keine Belege vorgelegt, allerdings sei auf die aufgrund der Entscheidung des BKS vom 23.05.2012, 611.941/0004-BKS/2012, bestehenden Erfahrungswerte verwiesen worden. In der genannten Entscheidung habe der BKS die Berichterstattung von den Premium-Bewerben „Ski-Slalom der Damen in Zagreb am 04.01.2011“ (siehe § 4 b Abs. 4 Z 3 ORF-G), „Formel-1 Grand Prix in Istanbul am 08.05.2011“ (siehe § 4 b Abs. 4 Z 5 ORF-G) und „Spiel der UEFA Champions League zwischen FC Barcelona und AC Mailand am 13.09.2011“ (siehe § 4 b Abs 4 Z 2 ORF-G) in den Zeitungen Krone, Kleine Zeitung, Standard, Oberösterreichische Nachrichten und Tiroler Tageszeitung ermittelt und daraus folgende Vergleichswerte abgeleitet: Bei Premium-Sportbewerben werde am Vortag in ein bis drei Zeitungen im Ausmaß von ca 7 % berichtet, am Tag des Bewerbes im Ausmaß von 5,9 % bis 33 % in drei bis vier Zeitungen und am Tag nach dem Bewerb in ein bis fünf Zeitungen im Ausmaß von 8 % bis 33 %. Der VwGH habe in seinem Erkenntnis vom 26.06.2013, ZI 2012/03/0105, die dargestellte Herangehensweise bei der Beurteilung, ob ein

Ereignis üblicherweise „breiten Raum in der Medienberichterstattung“ findet, als grundsätzlich gesetzeskonform erachtet. Der VwGH habe in seinem Erkenntnis zwar die Bezugnahme auf konkrete Prozentsätze kritisiert, ziehe aber dann in Form einer typisierenden Betrachtung einen Vergleich zu anderen Premium-Sportbewerben und folge hier im Ergebnis der Einschätzung des BKS. Laut VwGH sei insbesondere darauf abzustellen, dass über Premium-Sportarten überregional in einer Vielzahl (auch reichweitenstarker) österreichischer Medien berichtet wird und zwar nicht nur am Tag des Bewerbes, sondern schon davor und danach (in Nachrichten, Analysen, Interviews und Kommentaren) und in einem Umfang und in einer Art und Weise, die das Publikum über das bloße Stattfinden des Bewerbes und sein Ergebnis hinaus informiert.

Wie vom BKS und vom VwGH vorgegeben, habe die Beschwerdeführerin zur Begründung ihrer Beschwerde zahlreiche, auch reichweitenstarke und überregionale Medien, nämlich Krone, Kleine Zeitung, Standard, Oberösterreichische Nachrichten und Tiroler Tageszeitung, herangezogen und ausführlich dargelegt, dass beginnend mit dem Tag vor dem ersten Spiel der österreichischen Mannschaft in der Gruppenphase bis zum Ende der Gruppenphase täglich in drei bis fünf Tageszeitungen in relevantem Umfang berichtet worden sei. Die Berichterstattung sei nicht nur am Spieltag selbst, sondern auch am Vortag bzw am Tag danach erfolgt und habe Analysen, Interviews und Kommentare umfasst (zb Porträt Viktor Szilágyi am 05.01.2011 in der Kleinen Zeitung, Interview Robert Weber am 08.01.2011 im Standard, Kommentar Andreas Dittert am 17.01.2011 in der Kronenzeitung, etc). Vom Finaleinzug der Franzosen sowie deren erfolgreicher Titelverteidigung berichteten ebenfalls vier Zeitungen, nämlich die Krone, die Kleine Zeitung, die Tiroler Tageszeitung und die Oberösterreichischen Nachrichten. Außerdem habe es im Zeitraum 05.01. bis 13.01.2011 umfangreiche Vorberichterstattung in insgesamt 22 Artikeln gegeben. Die Beschwerdeführerin ziehe aus diesem Berichterstattungsumfang die Schlussfolgerung, dass die Berichterstattung von den Spielen der österreichischen Mannschaft in der Gruppenphase sowie vom Finalspiel der Handball WM der Männer 2011 mit jener von Premium-Bewerben vergleichbar sei. Angesichts der in diesem Punkt sehr detaillierten Beschwerdeausführungen sei nicht nachvollziehbar, warum der Public-Value-Beirat bemängle, die Beschwerdeführerin habe keine Relation zur Berichterstattung über Premium-Sportbewerbe hergestellt.

Zu Pkt 2: Prognoseentscheidung: Das Abstellen auf einen „breiten Raum in der Medienberichterstattung“ in § 4b Abs 4 ORF-G sei bekanntlich eine Folge des von der Europäischen Kommission gegen die Republik Österreich betreffend die Finanzierung des ORF geführten Beihilfenverfahrens E2/2008. In diesem Verfahren habe die Kommission Bedenken gehabt, dass die Einführung von ORF SPORT PLUS und die damit verbundene Erhöhung der Sendekapazität des ORF diesem ermöglichen könnte, den österreichischen Markt für Premium-Rechte effektiv leer zu kaufen. Die Republik Österreich habe daraufhin der Kommission zugesichert, dass Sportbewerbe, denen in der österreichischen Berichterstattung breiter Raum zukommt (Premium-Sportarten), in ORF SPORT PLUS nicht ausgestrahlt werden dürfen, worauf es zur Einstellung des Verfahrens gekommen sei. Die Umsetzung der Anforderungen aus der Einigung im Beihilfenverfahren sei in der Folge mit der Novelle BGBl I Nr. 50/2010 die Bestimmung des § 4b ORF-G ergangen. Die Gesetzesmaterialien (Erl zur RV 611 BlgNR, 24 GP, Seite 30) führten hierzu aus: „Die Ergebnisse des Beihilfeverfahrens verlangen eine Veränderung und Konkretisierung des Programmauftrages für das Sportspartenprogramm. Dadurch soll der Charakter des Sportspartenprogramms als spezialisiertes Programm für Randsportarten – und gerade nicht als erweiterte Sendefläche für massenattraktive Sportübertragungen – gefestigt werden [...]“.

Vor diesem Hintergrund hätten es der BKS und ihm folgend der VwGH in seinem Erkenntnis vom 26.06.2013, ZI 2012/03/0105, für erforderlich gehalten, dass die Einschätzung, ob einem Sportbewerb üblicherweise breiter Raum in der österreichischen Medienberichterstattung zukommt, ex ante vorgenommen werden muss. Laut VwGH müsse der ORF vor Ausstrahlung eines Bewerbes in die Lage versetzt werden, zu beurteilen, ob er sich gesetzeskonform verhält. Bei dieser ex ante Beurteilung sei auf die österreichische

Medienberichterstattung über vergleichbare Sportbewerbe in der (näheren) Vergangenheit abzustellen. Kurzfristige Ereignisse, die (unübliche) Auswirkungen auf die Medienpräsenz eines Bewerbes haben, könnten außer Betracht bleiben. Vor diesem Hintergrund sei der Einwand des Public-Value-Beirates nicht ganz nachvollziehbar. Bei Vornahme einer ex ante Beurteilung sei für den ORF schon im Zeitpunkt des Rechtekaufes absehbar, ob einem Ereignis breiter Raum in der Medienberichterstattung zukomme oder nicht und er habe bei dieser Methode gerade nicht auf unerwartete Geschehnisse Bezug zu nehmen. Die Programmplanung sei für den ORF daher bei einer Prognoseentscheidung wesentlich einfacher als bei einer ex post Betrachtung. Hinzu komme, dass der ORF offenbar die Rechte für die beschwerdegegenständlichen Bewerbe erst sehr kurzfristig vor dem Bewerb, nämlich am 07.01.2015, erworben habe. Zu diesem Zeitpunkt sei es für den ORF leicht möglich gewesen, einzuschätzen, ob dem Ereignis breiter Raum in der Medienberichterstattung zukommt, da bereits festgestanden sei, dass die österreichische Mannschaft am Turnier teilnehmen werde, und er daher die Handball WM der Männer 2011 mit österreichischer Beteiligung als Vergleichsmaßstab heranziehen konnte.

Den Einwänden des Public-Value-Beirates komme damit keine Berechtigung zu, weswegen die Beschwerdeführerin die Beschwerdeanträge vollumfänglich aufrechterhalte.

Mit Schreiben vom 07.05.2015 übermittelte die KommAustria die Stellungnahme an den Beschwerdegegner.

1.5. Stellungnahme der Beschwerdeführerin

Mit Schreiben vom 15.05.2015, eingelangt am 18.05.2015, übermittelte die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme zum Schreiben des Beschwerdegegners vom 10.04.2015 und führte Folgendes aus:

Eingangs sei festgehalten, dass der Beschwerdegegner nicht bestreite, die beschwerdegegenständlichen Spiele in ORF SPORT PLUS live übertragen zu haben und dass die vorgelegten Sendungsaufzeichnungen dies auch belegten.

Weiters habe der Beschwerdegegner vorgebracht, die Beschwerde sei hinsichtlich der Spiele der österreichischen Mannschaft in der Gruppenphase sowie im Achtelfinale verfristet, da die Judikatur des VfGH nicht anwendbar sei, wonach bei Beschwerden, die einen längeren Zeitraum inkriminieren, hinsichtlich der Fristberechnung vom letzten Tag des von ihr erfassten Zeitraums auszugehen sei. Der Beschwerdegegner hätten sich hier insbesondere darauf gestützt, dass nicht das Turnier als solches, sondern die einzelnen Spiele als „Sportbewerb“ iSd § 4b Abs. 1 und 4 ORF-G gelten würden. Es treffe zwar zu, dass bei der Beurteilung, ob eine Rechtsverletzung vorliegt, auf das einzelne Spiel und nicht auf das Turnier in seiner Gesamtheit abzustellen sei. Das ändere aber nichts daran, dass die Beschwerde einen längeren Zeitraum, nämlich die Gruppenspiele der österreichischen Mannschaft vom 16.01.2015 bis zum 25.01.2015 sowie das Finalspiel am 01.02.2015, inkriminiere. § 4b Abs. 1 ORF-G spreche ausdrücklich von „Sportbewerben“ und meine damit sowohl einzelne Spiele als auch strukturierte Bewerbe wie etwa Handballturniere, die eben aus mehreren Wettbewerbsspielen bestünden. Auch wenn die Prognose der zu erwartenden Medienberichterstattung für jedes Spiel gesondert vorzunehmen sei und es daher sein könne, dass nur bestimmten Spielen ex ante betrachtet ein breiter Raum in der Medienberichterstattung zukomme, so würden jedoch für die Vornahme dieser Prognoseentscheidungen für die Dauer des gesamten Turniers dieselben Erwägungen gelten. Dies würden auch die Ausführungen in der Beschwerde zeigen.

Die Beschwerdeführerin habe für sämtliche Spiele einen einheitlichen Vergleichsmaßstab herangezogen, nämlich die Handball-WM der Männer 2011. Sie habe danach die mediale Berichterstattung der einzelnen Spiele der Gruppenphase und des Finalspiels der Handball WM 2011 mit jener der Spiele der Handball-WM 2015 verglichen. Sie habe außerdem die

Medienberichterstattung von der WM in ihrer Gesamtheit analysiert, mit jener von Premium-Bewerben verglichen und daraus Schlussfolgerungen für die beschwerdegegenständlichen Spiele gezogen. Natürlich wäre es der Beschwerdeführerin frei gestanden, für jedes einzelne der sieben beschwerdegegenständlichen Spiele eine separate Beschwerde einzubringen. Dies wäre aber aus verfahrensökonomischen Gründen wenig sinnvoll gewesen.

Folge man dem Argument der Beschwerdegegner, dass die Frist ab dem jeweiligen Spiel sechs Wochen beträgt und nicht ab dem Ende des Turniers, so hätte dies de facto eine Verkürzung der Beschwerdefrist um 17 Tage bewirkt, da die Beschwerde – um für sämtliche Spiele fristwährend zu sein – am 27.02.2015 eingebracht werden hätte müssen und nicht am 16.03.2015, welcher Tag sich bei einer Fristberechnung ab dem letzten Spiel des Zeitraums als Fristende ergibt. Dies sei insbesondere vor dem Hintergrund problematisch, dass die Beschwerdeführerin verpflichtet sei, ihre Beschwerde entsprechend zu substantiieren. Die nicht näher bescheinigte Behauptung, eine Sportart sei „Premium-Sport“ werde hierfür nicht ausreichend sein. Vielmehr müsse die Beschwerde Anhaltspunkte dafür enthalten, aus welchen konkreten Überlegungen ein Verstoß gegen § 4b ORF-G vermutet werde. Da die Entscheidungspraxis auf die Medienberichterstattung über vergleichbare Bewerbe in der Vergangenheit abstelle, werde die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde nur begründen können, wenn sie selbst eine Medienanalyse über die Berichterstattung in der Vergangenheit in Auftrag gebe und auswerte. Hierfür sei eine entsprechende Vorlaufzeit erforderlich, da die Ergebnisse der Medienanalyse durchaus sehr umfangreich sein könnten, wie die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Dokumente belegen würden. Für deren Auswertung und rechtliche Prüfung falle ein erheblicher Zeitaufwand an. Die Auswertung und Analyse könne sinnvoller Weise erst nach Ende des Turniers erfolgen, da erst zu diesem Zeitpunkt feststehe, welche Spiele der ORF konkret gesendet habe und welche in der Vergangenheit stattgefundenen Spiele am besten mit diesen vergleichbar seien.

Auch das Bundesverwaltungsgericht habe jüngst ausgesprochen, dass bei der zeitlich befristeten Bereitstellung eines Online-Angebots die Frist des § 36 Abs 3 ORF-G spätestens mit dem letzten Tag der Bereitstellung des Inhaltes zu laufen beginne (BVwG 11.02.2015, W120 2008698-1). Dies gelte ungeachtet der Tatsache, dass in solchen Fällen der Beschwerdeführer bereits am ersten Tag der Bereitstellung über sämtliche Informationen verfüge, die er zur Einbringung der Beschwerde benötige. Durch die zeitlich andauernde Bereitstellung des Angebots ändere sich inhaltlich für die Beschwerde nichts. Dennoch gewähre das Bundesverwaltungsgericht hier die sechswöchige Beschwerdefrist vom Ende des Bereitstellungszeitraumes an. Umso mehr müsse die Frist auch im gegenständlichen Fall vom letzten Spiel an berechnet werden, da im Verlauf des Turniers erst klar werde, welche Spiele der ORF zeige und welche Spiele somit als Vergleichsmaßstab für die Medienberichterstattung heranzuziehen seien. Unter diesen Umständen die Frist vom ersten Spiel an zu berechnen und damit de facto für die übrigen Spiele des Turniers die Beschwerdefrist zu verkürzen, würde die Rechtsverfolgung unangemessen erschweren und wäre daher nicht gesetzeskonform. Die Beschwerde sei somit hinsichtlich sämtlicher Spiele rechtzeitig.

Nach dem Erkenntnis des VwGH vom 26.06.2013, ZI. 2012/03/0105, sei bei der Beurteilung, ob einem Sportbewerb üblicherweise in der österreichischen Medienberichterstattung breiter Raum zukommt, eine ex ante Einschätzung vorzunehmen. Es sei auf die Medienberichterstattung über vergleichbare Sportbewerbe in der (näheren) Vergangenheit abzustellen. Welche Sportbewerbe dabei als Vergleichsmaßstab herangezogen werden, sei nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Kurzfristige Ereignisse, die (unübliche) Auswirkungen auf die Medienpräsenz eines Bewerbes haben können, hätten außer Betracht zu bleiben. Nur so werde laut VwGH der ORF vor Ausstrahlung eines Bewerbes in die Lage versetzt zu beurteilen, ob er sich gesetzeskonform verhält. Ob der Beschwerdegegner überhaupt eine solche Prognose angestellt habe, sei fraglich, da der Beschwerdegegner keinerlei Belege über die Medienberichterstattung in den Zeitungen über vergleichbare Bewerbe in der Vergangenheit vorgelegt hätte. Dies wäre aber erforderlich, um die

Beschwerde erfolgreich zu entkräften. Nach der Entscheidungspraxis habe nämlich die Behörde zu überprüfen, inwieweit die vom ORF vorgenommene Beurteilung – deren Stichhaltigkeit der ORF im Verfahren darzulegen hätte – auf sachlichen Beweggründen und korrekt wiedergegebenen Fakten beruhe. Die Beschwerdeführer hätten keinen konkreten Beweis für den behaupteten Verstoß und das exakte Ausmaß der Medienberichterstattung zu erbringen, sondern nur Anhaltspunkte dafür zu geben, aus welchen konkreten Überlegungen ein Verstoß gegen § 4b ORF-G vermutet wird (BKS 23.05.2012, 611.941/0004-BKS/2012).

Der ORF sei daher der ihn treffenden Behauptungs- und Beweispflicht über die nicht breiten Raum einnehmende Medienberichterstattung in Zeitungen nicht nachgekommen. Der ORF behauptet, er habe als Vergleichsmaßstab die Berichterstattung über die österreichischen Spiele der Handball-EM 2014 herangezogen. Über diese habe der ORF in den Hauptprogrammen nur vereinzelte Kurzberichte ausgestrahlt. Hierzu werde bezweifelt, dass die Handball EM 2014 ein tauglicher Vergleichsmaßstab sei, da bei einer Weltmeisterschaft aufgrund des weltweiten Teilnehmerkreises ein höheres mediales Interesse bestehe als bei einer Europameisterschaft. Da es auch eine Handball-Weltmeisterschaft mit österreichischer Beteiligung in der näheren Vergangenheit (2011) gegeben habe, sei diese als Vergleichsmaßstab besser geeignet als die Handball-EM 2014. Darüber hinaus reiche der (noch dazu unbelegte!) Verweis darauf, dass der ORF selbst nur Kurzberichte ausgestrahlt habe, nicht aus, um zu zeigen, dass einem Ereignis kein breiter Raum in der Medienberichterstattung zukomme. Nach der Entscheidungspraxis sei primär von der Zeitungsberichterstattung auszugehen und die Fernsehberichterstattung nur ergänzend, zur Bestätigung der schon aus der Betrachtung der Zeitungsberichterstattung gewonnenen Erkenntnisse heranzuziehen (BKS 23.05.2012, 611.941/0004-BKS/2012). Die Ausführungen des ORF zur Medienberichterstattung über die Handball WM 2015 und die vom ORF vorgelegten Teletestdaten zu den beschwerdegegenständlichen Sendungen seien vollkommen unerheblich und hätten bei der Behandlung der Beschwerde außer Betracht zu bleiben, da sie nicht die Medienberichterstattung in der Vergangenheit beträfen. Die Clips seien von der Beschwerdeführerin der Beschwerde lediglich beigelegt, um zu illustrieren, dass seit der WM 2011 das Interesse an Handball noch zugenommen habe, was sich aus dem Ansteigen der Zahl der Artikel von 97 auf 142 ergibt. Es sei außerdem unzutreffend, dass vom Finale im Jahr 2015 nur eine reine Ergebnismitteilung stattgefunden habe. So habe es etwa in der Tiroler Tageszeitung, in der Kleinen Zeitung und in der Krone sowohl eine umfangreiche Vorberichterstattung als auch eine ausführliche Berichterstattung über den Verlauf des Finalspiels gegeben. Auch die Überlegungen des ORF, die Berichterstattung habe sich nicht auf das sportliche Ereignis konzentriert, sondern den Veranstaltungsort, seien spekulativ und rechtlich unerheblich. Die Berichterstattung über Viertel- und Halbfinale sei nicht relevant, da nicht verfahrensgegenständlich. Auch die Teletestdaten seien wenig aussagekräftig, da neben dem ORF auch die Beschwerdeführerin die verfahrensgegenständlichen Spiele live übertragen habe, in den Daten aber nur die Seher von ORF SPORT PLUS ausgewiesen seien. Da der Beschwerdegegner somit dem Beschwerdevorbringen keine substantiierten Argumente entgegen gehalten hätte, verweise die Beschwerdeführerin zur Frage des Vorliegens eines breiten Raums in der Medienberichterstattung auf ihr ausführliches Beschwerdevorbringen.

Gemäß § 4b Abs. 5 ORF-G dürften in Abs. 4 Z 1 bis 5 nicht genannte Bewerbe in ORF SPORT PLUS jedenfalls dann gezeigt werden, wenn private Rundfunkveranstalter von der Möglichkeit, die Übertragungsrechte zu marktüblichen Konditionen zu erwerben, nicht Gebrauch gemacht haben. Um sich auf diese Bestimmung berufen zu können, habe der ORF glaubhaft zu machen, dass er das Übertragungsrecht privaten Rundfunkveranstaltern zeitgerecht, diskriminierungsfrei und transparent angeboten hat. Im konkreten Fall berufe sich der ORF auf ein solches Angebot auf seiner Website, das von keinem privaten Rundfunkveranstalter angenommen worden sei. Der Erwerb einer Sublizenz vom ORF sei aber nicht die einzige Möglichkeit, wie private Rundfunkveranstalter Übertragungsrechte erwerben könnten. So könnten sie beispielsweise selbst mit dem Rechteinhaber

Vereinbarungen abschließen oder Rechte im Wege einer Sublizenz von einem vom ORF verschiedenen Unternehmen erwerben. Der ORF könne sich nicht von seiner Verpflichtung, die zu erwartende Medienberichterstattung zu ermitteln, freikaufen, in dem er ein Anbot zur Erteilung einer Sublizenz auf seiner Website veröffentliche, wenn bereits private Rundfunkveranstalter Rechte an dem Ereignis erworben hätten. Dies treffe auch auf den gegenständlichen Fall zu, in dem die Beschwerdeführerin die Übertragungsrechte an den beschwerdegegenständlichen Spielen von ihrer Muttergesellschaft, der Sky Deutschland Fernsehen GmbH & Co KG, im Wege einer Sublizenz erworben habe. Die gesetzliche Vermutung des § 4b Abs. 5 ORF-G greife daher nicht, da ein anderer privater Rundfunkveranstalter, nämlich die Beschwerdeführerin, die Übertragungsrechte an den beschwerdegegenständlichen Spielen erworben habe. Der Beschwerdegegner könne sich daher nicht auf § 4b Abs. 5 ORF-G berufen, sondern müsse zeigen, dass den beschwerdegegenständlichen Spielen üblicherweise kein breiter Raum in der österreichischen Medienberichterstattung zukommt, was ihm nicht gelungen sei.

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das Anbot des ORF an die privaten Rundfunkveranstalter zur Sublizenzierung der Rechte auch nicht zeitgerecht gewesen sei, da es nach dem Vorbringen der Beschwerdegegner erst am 07.01.2015 auf der Website des ORF veröffentlicht worden sei, das erste Spiel der österreichischen Mannschaft aber bereits am 16.01.2015, also nur wenige Tage danach, stattgefunden habe. Andere Rundfunkveranstalter hätten daher keine realistische Chance, bei Interesse am Erwerb der Rechte die Spiele noch in ihre Programmplanung einzubauen, da diese in der Regel einige Zeit im Voraus feststehe. Aus den genannten Gründen halte die Beschwerdeführerin daher ihre Beschwerdeanträge vollumfänglich aufrecht.

Diese Stellungnahme wurde dem Beschwerdegegner mit Schreiben vom 19.05.2015 zugestellt.

Der Beschwerdegegner gab hierzu keine weitere Stellungnahme ab.

2. Sachverhalt

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

2.1. Beschwerdeführerin und Beschwerdegegner

Der Beschwerdeführerin wurde mit Bescheid der KommAustria vom 16.08.2012, KOA 2.135/12-016, die Zulassung zur Veranstaltung des digital und verschlüsselt ausgestrahlten Satellitenfernsehprogramms „Sky Sport Austria“ (ASTRA 19,2° Ost, Transponder 1.083, Frequenz 12,07050 GHz) erteilt. Aufgrund der Aufnahme des abgespaltenen Fernsehbetriebes der Sky Österreich GmbH (nunmehr: Sky Österreich Verwaltung GmbH) mit Wirkung zum 17.09.2013, ist nunmehr die Antragstellerin Inhaberin dieser Zulassung. Mit Bescheid vom 17.03.2014, KOA 2.150/14-005, wurde die Zulassung dahingehend geändert, dass bei erhöhtem Programmaufkommen zusätzlich bis zu zehn weitere Optionsfeeds mit programmbegleitendem Inhalt über den Satelliten ASTRA 19,2° Ost, Transponder 1.083, Frequenz 12.070 MHz, verbreitet werden dürfen. Dies betrifft insbesondere den Fall der parallelen Ausstrahlung mehrerer Spiele eines Bewerbes.

Der Beschwerdegegner ist gemäß § 1 Abs. 1 iVm Abs. 2 ORF-G eine Stiftung sui generis, deren Zweck die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages gemäß den §§ 3 bis 5 ORF-G darstellt. Der Versorgungsauftrag umfasst gemäß § 3 Abs. 8 iVm § 4b ORF-G u.a. die Veranstaltung eines Sport-Spartenprogramms, das unter dem Namen „ORF SPORT PLUS“ verbreitet wird.

2.2. Postlauf der Beschwerde

Die Beschwerde ist mit 16.03.2015 datiert und wurde von der rechtsfreundlichen Vertretung der Beschwerdeführerin am selben Tag an den Zustelldienst (Österreichische Post AG) übergeben. Sie langte am 17.03.2015 bei der KommAustria ein.

2.3. Handball-WM 2015

Vom Beschwerdegegner wurden im Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS folgende Spiele der Handball-WM der Herren 2015 in Katar live ausgestrahlt:

- 1) 16.01.2015, 16:50 Uhr: Österreich – Kroatien (Gruppenphase)
- 2) 17.01.2015, 18:50 Uhr: Österreich – Bosnien-Herzegowina (Gruppenphase)
- 3) 19.01.2015, 18:50 Uhr: Österreich – Tunesien (Gruppenphase)
- 4) 21.01.2015, 14:50 Uhr: Österreich – Iran (Gruppenphase)
- 5) 23.01.2015, 16:50 Uhr: Österreich – Mazedonien (Gruppenphase)
- 6) 25.01.2015, 16:30 Uhr: Österreich – Katar (Achtelfinale)
- 7) 01.02.2015, 17:00 Uhr: Katar – Frankreich (Finale)

Der Beschwerdegegner hat – nicht exklusiv – die deutschsprachigen Rechte zur Live-Übertragung der Spiele der 24. Handball-WM der Männer mit Vertrag vom 07.01.2015 von Pitch International LLP, einer Gesellschaft mit Sitz in London, erworben. Der räumliche Geltungsbereich der eingeräumten Lizenz umfasst das österreichische Staatsgebiet sowie Südtirol. Der Beschwerdegegner war nach dem Wortlaut des Vertrages berechtigt, alle Spiele mit Beteiligung der österreichischen Handball-Nationalmannschaft sowie das Finalspiel – dieses unabhängig von der Teilnahme der österreichischen Nationalmannschaft – live oder zeitverzögert zu übertragen und darüber im Rahmen einer Highlight-Berichterstattung zu berichten. Weiters wurde dem Beschwerdegegner ein Recht auf Kurzberichterstattung über alle Spiele der Handball-WM 2015 eingeräumt (auch diejenigen ohne österreichische Beteiligung), wobei der maximal zulässige Berichtszeitraum pro Spiel 90 Sekunden betrug. Für die Einräumung dieser Rechte war seitens des Beschwerdegegners eine Lizenzgebühr in der Gesamthöhe von EUR XX,- zu leisten.

Die österreichische Handball-Nationalmannschaft erreichte im Rahmen des Bewerbes das Achtelfinale und trug insgesamt sechs Spiele aus. Bei den ersten fünf Spielen im Zeitraum von 16.01.2015 bis 23.01.2015 handelte es sich um Gruppenspiele in der Gruppe B, im sechsten Spiel am 25.01.2015 schied die Mannschaft in Folge einer Niederlage gegen den Gastgeber Katar aus. Viertelfinale, Halbfinale und Finale fanden somit ohne Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft statt.

Neben dem Beschwerdegegner hat auch die Beschwerdeführerin die Rechte für die Übertragung der verfahrensgegenständlichen Spiele der Handball-WM 2015 erworben. Dies erfolgte im Rahmen der konzerninternen Weitergabe von der deutschen Muttergesellschaft. Die Matches wurden im Rahmen ihres verschlüsselt ausgestrahlten Pay-TV-Programmes „Sky Sport Austria“ übertragen (vgl. zu Sky Sport Austria die näheren Ausführungen unter Pkt. 2.1.).

2.4. Zeitungsberichterstattung über das Finale der Handball-WM 2011

Der von der Beschwerdeführerin vorgelegte Pressespiegel zur Zeitungsberichterstattung des Finales der Handball-WM 2011 am 30.01.2011 ergibt folgendes Bild (erfasst wurde der Spieltag sowie die Tage der Vor- sowie der Nachberichterstattung):

Vorberichterstattung:

1. 29.01.2011, Kleine Zeitung Steiermark: „WM-Finale Frankreich gegen Dänemark“. Dieser Zeitungsartikel erschöpft sich darin, das bloße Stattfinden des Finales sowie die teilnehmenden Mannschaften zu nennen.

Tag des Bewerbes:

2. 30.01.2011, Kleine Zeitung Steiermark: „Handball-WM“. Soweit sich der Artikel auf das Finale bezieht, erschöpft er sich in der bloßen Angabe der teilnehmenden Mannschaften.
3. 30.01.2011, Kleine Zeitung Steiermark: „Es ist das logische WM-Finale“

Nachberichterstattung:

4. 31.01.2011, Kronen Zeitung: „Der vierte große Triumph in Folge als neuer Meilenstein“
5. 31.01.2011, Kronen Zeitung: „Im WM-Finale fiebert Viktor gleich mit vier Klubkollegen“
6. 31.01.2011, OÖ Nachrichten: „Die Franzosen zittern sich zum WM-Titel“
7. 31.01.2011, Tiroler Tageszeitung: „Frankreich setzte mit WM-Gold neue Maßstäbe“

2.5. Angebotskonzept für ORF SPORT PLUS

Mit Schreiben vom 09.03.2011 übermittelte der Beschwerdegegner der KommAustria ein Angebotskonzept für das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS gemäß § 4b ORF-G (KOA 11.263/11-001). Mit Schreiben vom 04.05.2011 erfolgte durch die KommAustria ein Auftrag zur Ergänzung des Angebotskonzepts. Der Beschwerdegegner übermittelte mit Schreiben vom 26.05.2011 ein ergänztes Angebotskonzept für ORF SPORT PLUS. Mit Beschluss vom 20.07.2011 (KOA 11.263/11-002) wurde durch die KommAustria von einer Untersagung gemäß § 5a Abs. 2 ORF-G abgesehen. Der Beschwerdegegner veröffentlichte das Angebotskonzept am 28.07.2011 auf seiner Website.

Mit Schreiben vom 18.09.2013 übermittelte der Beschwerdegegner der KommAustria ein geändertes Angebotskonzept (KOA 11.263/13-008). Mit Beschluss vom 13.11.2013 (KOA 11.263/13-012) sah die KommAustria von einer Untersagung des geänderten Angebotskonzeptes ab. Der Beschwerdegegner veröffentlichte das geänderte Angebotskonzept am 14.01.2014 auf seiner Website.

Das Angebotskonzept führt unter Punkt 2.1. „*Inhaltskategorien*“ bei „*Live-Übertragungen mit österreichischer Beteiligung im Ausland*“ ganz allgemein „*Handball*“ 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 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.*“

2.6. Angebot des Beschwerdegegners zur Weitergabe der Übertragungsrechte

Der Beschwerdegegner weist auf seiner Website unter der Rubrik „*Veröffentlichungen gemäß ORF-G – Weitergabe von Sportrechten*“ diejenigen Übertragungsrechte an Sportbewerben aus, die zur potentiellen Weitergabe an Mitbewerber auf dem Rundfunkmarkt bestimmt sind: Dies umfasst zum einen jene Sportübertragungen, die er gemäß § 31b

ORF-G in seinen Programmen nach § 3 Abs. 1 und 8 ORF-G nicht selbst ausstrahlt. Zum anderen sind auch die Übertragungsrechte für jene Sportbewerbe enthalten, hinsichtlich derer der Beschwerdegegner von der Möglichkeit nach § 4b Abs. 5 ORF-G Gebrauch gemacht hat.

Unter der genannten Rubrik auf der Website findet sich ein Dokument in dem alle potentiell für die Weitergabe vorgesehenen Sportübertragungen gesammelt angeführt sind. Seit 07.01.2015 enthält das Dokument auch die Handball-WM der Männer 2015. Im Einzelnen sind folgende Informationen enthalten:

„HANDBALL WELTMEISTERSCHAFT

Handball WM der Männer 2015 (Fristende: 14.1.2015)

Es gelten insbesondere die von IHF und der zuständigen Agentur aufgestellten Bedingungen zur Sublizenzierung.“

Am Ende des Dokuments findet sich neben den Kontaktdaten folgender Hinweis:

„Sollte Interesse an einer Übertragung bestehen, laden wir Sie gerne ein, sich mit uns (ggf. bis zum angegebenen Termin) in Verbindung zu setzen. Wir werden Sie umgehend über sämtliche Rahmenbedingungen, insbesondere welche Verwertungsformen zur Verfügung stehen, informieren und erwarten dann gerne ihr konkretes Angebot [...]“

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Beschwerdeführerin sowie zum Beschwerdegegner ergeben sich aus den zitierten Akten der KommAustria sowie aus den maßgeblichen Bestimmungen des ORF-G.

Die Feststellungen zur Beschwerdeführerin und zum Beschwerdegegner sowie zu den von den Verfahrensparteien veranstalteten Sport-Spartenprogrammen ergeben sich aus den zitierten Gesetzesbestimmungen sowie aus der Einsichtnahme in die zitierten Akten der KommAustria. Die Feststellungen zum Postlauf der Beschwerde beruhen auf dem entsprechenden Vermerk am Kuvert (Poststempel).

Die Feststellungen zum Rechteerwerb an den verfahrensgegenständlichen Matches ergeben sich aus dem Vorbringen der Verfahrensparteien sowie aus dem vom Beschwerdegegner vorgelegten Lizenzvertrag mit dem Unternehmen Pitch International LLP.

Die Feststellungen zur Ausstrahlung der Sendungen in ORF SPORT PLUS ergeben sich aus der Einsichtnahme in die vom Beschwerdegegner vorgelegten Aufzeichnungen. Die Feststellungen zum Umfang der Medienberichterstattung über das Finalspiel der Handball-WM der Männer 2015 ergeben sich aus dem schriftlichen Vorbringen der Beschwerdeführerin, insbesondere auf der von ihr vorgelegten Auswertung der auf Medienbeobachtung spezialisierten Agentur Meta Communication International. Aus dem vorgelegten Pressespiegel ist insbesondere auch ersichtlich an welchen Tagen und in welchen Printmedien über das Finalspiel der Handball-WM 2015 berichtet wurde.

Die Feststellungen zum Angebotskonzept für das Sport-Spartenprogramm ORF SPORT PLUS, zur Nicht-Untersagung und zur Veröffentlichung des Angebotskonzepts ergeben sich aus den zitierten Akten der KommAustria sowie aus der Einsichtnahme in die Website des Beschwerdegegners, welche unter folgender Adresse abrufbar ist: http://zukunft.orf.at/show_content2.php?s2id=183.

Die Feststellung, dass der Beschwerdegegner die erworbenen Übertragungsrechte betreffend die Spiele der Handball-WM 2015 den anderen Marktteilnehmern am 07.01.2015 öffentlich angeboten hat, ergibt sich aus der Einsichtnahme in folgende Website: http://zukunft.orf.at/show_content2.php?s2id=173. Zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung war das Angebot unter der Rubrik „Weitergabe von Sportrechten“ noch einsehbar.

Die Feststellungen zur Berichterstattung über die Spiele zwischen dem 16.01.2015 und dem 23.01.2015 konnten aufgrund der Verfristung der Beschwerde (vgl. Punkt 4.3.) unterbleiben.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde und Beschwerdevoraussetzungen

Gemäß § 35 ORF-G obliegt die Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk der Regulierungsbehörde. Gemäß § 35 Abs. 3 ORF-G ist die Regulierungsbehörde die KommAustria.

§ 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

a. einer Person, die durch eine Rechtsverletzung unmittelbar geschädigt zu sein behauptet;

[...]

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.

(4) Der Österreichische Rundfunk hat von allen seinen Sendungen und Online-Angeboten Aufzeichnungen herzustellen und diese mindestens zehn Wochen aufzubewahren. Im Falle einer Aufforderung der Regulierungsbehörde hat er dieser die gewünschten Aufzeichnungen zur Verfügung zu stellen. Überdies hat er jeder Person, die daran ein rechtliches Interesse darzutun vermag, Einsicht in die Aufzeichnungen zu gewähren.“

4.2. Zur Beschwerdelegitimation

Die Beschwerdeführerin stützt ihre Beschwerdelegitimation auf § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G.

Während sich die Beschwerdemöglichkeit des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a auf Fälle beschränkt, in denen jemand durch eine Rechtsverletzung unmittelbar geschädigt zu sein behauptet, genügt aufgrund der lit. c der Verweis darauf, dass rechtliche oder wirtschaftliche Interessen berührt sind. Die Bestimmung wurde im Jahr 2001 als „Erweiterung“ der bestehenden

Beschwerdemöglichkeiten geschaffen (vgl. die Erl zur RV 634 BlgNR, 21. GP). Die Anforderungen an die Beschwerdebehauptung nach Z 1 lit. c bleiben dementsprechend hinter jenen der Individualbeschwerde nach Z 1 lit. a zurück (vgl. dazu BKS 19.04.2010, 611.980/0003-BKS/2010). Auf Grund der lit. c kann eine Beschwerde auch bei mittelbarer Schädigung (zB entgangener Gewinn, Ausbleiben eines Vorteils) oder selbst dann, wenn noch kein Schaden eingetreten ist, erhoben werden. Antragsvoraussetzung ist die Darlegung der Auswirkungen rechtlicher oder wirtschaftlicher Art. (BKS 14.12.2004, 611.933/0003-BKS/2004). Die Berührung rechtlicher oder wirtschaftlicher Interessen ist insbesondere dann gegeben, wenn zwischen dem Beschwerdeführer und dem ORF ein spezifisches Wettbewerbsverhältnis besteht (BKS 25.09.2006, 611.933/0006-BKS/2006). Für solche Wettbewerbssituationen sollte eine, gegenüber dem „Normalfall“ der Individualbeschwerde, erleichterte Zugangsmöglichkeit zum Rechtsschutz hinsichtlich des Erfordernisses der individuellen Betroffenheit eröffnet werden. Der „Konkurrentenbeschwerde“ ist ein spezieller Anwendungsbereich eröffnet, der durch die besonderen Bedingungen der Wettbewerbssituation, insbesondere von anderen Medienunternehmen zum ORF, aber auch allgemein von Unternehmen zueinander, begründet ist (BKS 18.06.2007, 611.960/0004-BKS/2007).

Die Beschwerdeführerin hat dazu ausgeführt, die Parteien des Verfahrens stünden zueinander in vielerlei Hinsicht in einem Wettbewerbsverhältnis: Einerseits seien sie Wettbewerber auf dem Nachfragemarkt für Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen und andererseits stünden sie miteinander im Wettbewerb um Seher. Für die Beschwerdeführerin seien Seher deswegen von Bedeutung, da sie sich überwiegend aus Abonnementgebühren finanziere. Der ORF finanziere sich zumindest teilweise über kommerzielle Werbung und das damit erzielte Entgelt sei abhängig vom Marktwert der Sendefläche, die wiederum von den Seherzahlen der betreffenden Sendungen abhängt. Die beschwerdegegenständliche Rechtsverletzung des ORF berühre die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin, da sie selbst die Spiele der Handball-WM der Männer übertragen habe und die parallele Ausstrahlung auf ORF SPORT PLUS negative Auswirkungen auf ihre Seherzahlen habe. Dies sei umso schwerwiegender, als die Seher der Beschwerdeführerin für den Zugang zum Programm zahlen müssten. Würde das Programm auch im Free-TV gezeigt, halte dies potentielle Kunden der Beschwerdeführerin davon ab, ein Abonnement der Beschwerdeführerin zu erwerben. Dies wirke sich ganz unmittelbar auf die Einnahmen der Beschwerdeführerin aus und beeinträchtige daher ihre wirtschaftlichen Interessen in gravierender Weise.

Ihrer Obliegenheitsverpflichtung zur Darlegung der konkreten Überlegungen des vermuteten Verstoßes gegen § 4b ORF-G ist die Beschwerdeführerin insoweit nachgekommen, als sie in nachvollziehbarer Weise dargetan hat, dass die behauptete Rechtsverletzung, sollte sie vorliegen, Auswirkungen auf die Abonnementzahlen der Beschwerdeführerin haben kann. Der Beschwerdeführerin ist unbeschadet der Tatsache, dass sie auf dem Pay-TV-Markt, der ORF jedoch auf dem Free-TV-Markt tätig ist, zuzugestehen, dass es zumindest im Bereich des Möglichen liegt, dass aufgrund der Übertragung von Premium-Sportbewerben im ORF-Sport-Spartenprogramm, Zuseher von der Beschwerdeführerin abwandern oder neue Zuseher nicht gewonnen werden können, was im Ergebnis zu einem Absinken oder Stagnieren der Einnahmen durch Abonnements führen und insoweit die wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigen würde. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Zweck von § 4b Abs. 4 ORF-G, auf den sich die Beschwerde stützt, darin besteht, die Wettbewerbsauswirkungen des Sport-Spartenprogramms auf andere Fernsehveranstalter, die ebenfalls über Sportereignisse berichten, auf ein verhältnismäßige Ausmaß zu beschränken (vgl. dazu die Erl zur RV 611 BlgNR 24. GP). Ein konkreter Schadenseintritt ist nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G nicht erforderlich und war daher von der Beschwerdeführerin auch nicht näher auszuführen.

Die Beschwerdeführerin hat somit hinreichend dargetan, dass die behauptete Verletzung des ORF-G geeignet ist die wirtschaftliche Position der Beschwerdeführerin negativ zu beeinträchtigen. Die Beschwerdelegitimation im Sinne des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G ist daher im vorliegenden Fall gegeben.

4.3. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde

Gemäß § 39 Abs. 3 KommAustria-Gesetz, BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 84/2013 (KOG), werden bei Beschwerden an die KommAustria die Tage des Postenlaufs in die Frist nicht eingerechnet. Diese ausdrückliche Anordnung, ist eine Ausnahme von der für materiellrechtliche Ausschlussfristen geltenden Berechnungsregel, dass das Aufgabedatum (Datum des Poststempels) bzw. der Transportweg mit der Post für die Berechnung der Frist irrelevant sind (mwN *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichisches Rundfunkgesetz³, 839).

Die Beschwerdeführerin vertritt die Rechtsansicht, dass die sechswöchige Beschwerdefrist mit dem letzten übertragenen Spiel am 01.02.2015 (Finale: Katar gegen Frankreich) beginne, da bei Beschwerden, die einen längeren Zeitraum inkriminieren, hinsichtlich der Fristberechnung vom letzten Tag des von ihr erfassten Zeitraumes auszugehen sei (BKS 17.10.2009, 611.934/0016-BKS/2008). Die Beschwerdefrist ende damit für alle inkriminierten Spiele am 16.03.2015. Die Beschwerde sei hinsichtlich aller Spiele rechtzeitig erhoben worden.

Sowohl die KommAustria als auch der Bundeskommunikationssenat haben bisher bei behaupteten Verstößen gegen § 4b Abs. 4 ORF-G die einzelnen Spiele (bzw. Wettkämpfe) im Rahmen eines sportlichen Turniers oder einer auf längere Zeit angesetzten Meisterschaft als gesondert zu beurteilende „Sportbewerbe“ im Sinne von § 4b Abs. 4 ORF-G qualifiziert (vgl. zB BKS 23.05.2012, 611.941/0004-BKS/2012). Diese Auslegung wurde auch vom VwGH bestätigt, welcher dazu ausführte, dass sie im Wortlaut der Norm Deckung finde und den Zielsetzungen des Gesetzes entspreche. Das mediale Interesse an einzelnen Bewerben eines Turniers oder einer Meisterschaft im Laufe der Veranstaltung kann nämlich sehr unterschiedlich gestaltet sein. Wäre das Verbot des § 4b Abs. 4 ORF-G so zu verstehen, dass ein Turnier oder eine Meisterschaft als einheitlicher Sportbewerb anzusehen ist, hätte dies zur Folge, dass auch über medial nicht oder wenig beachtete Bewerbe aus den Vorrunden der Turniere im Sport-Spartenprogramm des ORF nicht berichtet werden dürfte, wenn das Turnier insgesamt (etwa wegen der Bedeutung des Finalspiels) entsprechende mediale Präsenz aufweist (VwGH 26.06.2013, Zl. 2012/03/0105).

Zudem legt die Formulierung der gegenständlichen Beschwerde nahe, dass auch die Beschwerdeführerin selbst davon ausgeht, dass nicht der gesamte Zeitraum der Handball-WM 2015 als ein einziges, andauerndes Ereignis inkriminiert wird, sondern singuläre Spiele der Weltmeisterschaft. Der von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführte Verweis auf die Rechtsprechung (BKS 17.10.2009, 611.934/0016-BKS/2008) geht insofern ins Leere, als sich diese tatsächlich auf die Behauptung einer länger andauernden und kontinuierlichen Verletzung des Programmauftrages des ORF nach § 4 ORF-G bezog, welche nicht an einzelnen Sendungen festgemacht werden konnte, sondern die Programmgestaltung innerhalb eines bestimmten Zeitraumes inkriminierte. Dergleichen ist jedoch hier nicht der Fall: Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde im Einzelnen dargelegt, in welchen Fernsehübertragungen sie eine Verletzung von § 4b Abs. 4 ORF-G erblickt und es findet sich kein Anhaltspunkt dafür, dass in Wahrheit ein kontinuierlicher Zeitraum inkriminiert sein sollte. Wie der Beschwerdegegner zutreffend ausgeführt hat, legt die Beschwerdeführerin diese Rechtsansicht ihrer Beschwerde auch ausdrücklich zu Grunde (vgl. S. 4 der Beschwerde). Abzulehnen ist die Schlussfolgerung der Beschwerdeführerin

wonach bei der Beurteilung der Rechtzeitigkeit der Beschwerde davon auszugehen sei, dass ein „Sportbewerb“ das gesamte Turnier meine, während bei der Beurteilung des Vorliegens von Premium-Sport auf jedes einzelne Match abzustellen sei.

Die KommAustria sieht daher zusammengefasst keine rechtliche Grundlage dafür, von der bisherigen Rechtsprechung, dass jedes Einzelspiel einen „Sportbewerb“ iSd § 4b Abs. 4 ORF-G darstellt, abzuweichen.

Die Beschwerde wurde am 16.03.2015 eingebracht und bezieht sich auf die Spiele der Handball-WM vom 16.01.2015, 17.01.2015, 19.01.2015, 21.01.2015, 23.01.2015, 25.01.2015 und 01.02.2015. Auch wenn man gemäß § 39 Abs. 3 KOG zugrunde legt, dass für den Beginn des Fristenlaufes der Zeitpunkt der Übergabe an den Zustelldienst (Österreichische Post AG) maßgeblich ist und der Postlauf in die Frist nicht einzuberechnen ist, wurde die Beschwerde lediglich hinsichtlich des Finalspieles am 01.02.2015 (Frankreich gegen Katar) innerhalb der sechswöchigen Beschwerdefrist eingebracht. Dabei ist anzumerken, dass der 15.03.2015 ein Sonntag war und gemäß § 33 Abs. 2 AVG der folgende Montag als letzter Tag der Frist anzusehen war. Hinsichtlich der übrigen Matches war die Beschwerde wegen Verspätung zurückzuweisen (Spruchpunkt 1).

4.4. Stellungnahme des Public-Value-Beirats

Gemäß § 6c Abs. 3 ORF-G ist dem Public-Value-Beirat in jenen Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, in denen durch die Regulierungsbehörde von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde oder eines Antrags festzustellen ist, ob ein gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G bereitgestelltes Angebot oder ein gemäß § 3 Abs. 8 ORF-G veranstaltetes Programm dem durch die §§ 4b bis 4f ORF-G und die Angebotskonzepte (§ 5a ORF-G), einschließlich allfälliger nach § 6b Abs. 2 ORF-G erteilter Auflagen, gezogenen Rahmen entspricht. Aus dieser Bestimmung lässt sich ableiten, dass der Public-Value-Beirat im Hinblick auf die Einhaltung der genannten gesetzlichen Bestimmungen zu hören ist.

Im vorliegenden Verfahren wird von der Beschwerdeführerin eine Feststellung zur Zulässigkeit der Ausstrahlung bestimmter Sportbewerbe im Rahmen des Sport-Spartenprogrammes begehrt. Im Verfahren geht es somit um die Frage, ob und inwieweit das ausgestrahlte Programm im Sinne des § 3 Abs. 8 ORF-G dem durch § 4b ORF-G sowie dem durch das Angebotskonzept gezogenen gesetzlichen Rahmen entspreche. Die KommAustria hat daher dem Public-Value-Beirat Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt, von welcher dieser mit dem Schreiben vom 13.04.2015 Gebrauch gemacht hat.

Der Public-Value-Beirat gelangte auf Grundlage der Ausführungen der Beschwerdeführerin, der zur Verfügung stehenden Unterlagen sowie der gesetzlichen Bestimmungen in seiner Stellungnahme zu dem Ergebnis, dass der Argumentation in der Beschwerde nicht zu folgen sei und die Übertragung der Spiele der Handball-WM im ORF Sport-Spartenprogramm dem durch § 4b ORF-G gezogenen Rahmen entspricht. Begründend führte der Public-Value-Beirat aus, dass die Beschwerdeführerin es in ihrer Argumentation verabsäumt habe eine Relation zwischen der Medienberichterstattung über die Handball-WM und der Berichterstattung über solche Sportbewerbe und Sportarten, die aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung als Premium-Sport anzusehen sind, herzustellen. Nur ein derartiger Vergleich könne Aufschluss darüber geben, ob es sich bei den verfahrensgegenständlichen Spielen um Premium-Sport handelt.

4.5. Behauptete Verletzung der Bestimmungen des § 4b ORF-G

4.5.1. Rechtsgrundlage

Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde vor, der Beschwerdegegner verletze die Bestimmung des § 4b ORF-G, insbesondere dessen Abs. 4, welche ihm eine Ausstrahlung von Premium-Sportbewerben im Sport-Spartenprogramm (ORF SPORT PLUS) verbiete.

§ 4b ORF-G in der Fassung BGBl. I Nr. 55/2014 lautet auszugsweise wörtlich:

„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) Einem Sportbewerb, der in Österreich stattfindet oder an dem österreichische Sportler oder Mannschaften beteiligt sind, kommt jedenfalls dann kein breiter Raum in der österreichischen Medienberichterstattung zu, wenn private Rundfunkveranstalter das Übertragungsrecht, insbesondere nachdem der ORF dieses privaten Rundfunkveranstaltern zeitgerecht, diskriminierungsfrei und transparent angeboten hat, zu marktüblichen Konditionen erwerben hätten können und der ORF das Vorliegen dieser Voraussetzungen glaubhaft macht. Dies gilt nicht für die in Abs. 4 Z 1 bis 5 angeführten Sportbewerbe.

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

4.5.2. Angebotskonzept für ORF SPORT PLUS

Der Beschwerdegegner ist seiner Verpflichtung zur Veröffentlichung des nicht untersagten Angebotskonzeptes gemäß § 5a Abs. 2 ORF-G am 28.07.2011 nachgekommen. Gemäß § 5a Abs. 2 ORF-G darf das Programm oder Angebot beginnend mit der Veröffentlichung des Angebotskonzeptes veranstaltet werden. Ausweislich § 5a Abs. 1 ORF-G dienen Angebotskonzepte der Konkretisierung des gesetzlichen Auftrages der im öffentlich-rechtlichen Auftrag gelegenen Programme und Angebote. Das vom Beschwerdegegner gemäß § 4b Abs. 6 ORF-G gelegte Angebotskonzept für ORF SPORT PLUS dient folglich der Konkretisierung des Auftrages für ein öffentlich-rechtliches Sport-Spartenprogramm. Es ist daher zu prüfen, ob sich aus dem Angebotskonzept Anhaltspunkte für die Beurteilung, ob das vom Beschwerdegegner ausgestrahlte Finalspiel der Handball-WM 2015 einen Premium-Sportbewerb darstellt, ableiten lassen.

Das Angebotskonzept beinhaltet zwar nun bei der Beschreibung der Inhaltskategorien einen allgemeinen Hinweis auf Handball Live-Übertragungen. Aus den Angaben unter Punkt 2.9. zur Einhaltung der Vorgaben des ORF-Gesetzes, insbesondere zur Vereinbarkeit mit dem öffentlich-rechtlichen Kernauftrag, folgt jedoch, dass hinsichtlich konkreter Bewerbe auf eine Einzelfallentscheidung anhand der Medienberichterstattung abzustellen ist. Dies ist insoweit konsequent, als das Angebotskonzept einen vergleichsweise „starren“ Rahmen umschreiben muss, der nicht jede denkmögliche Konstellation, die sich aus der dynamischen Entwicklung von Sportarten ergeben – insbesondere der Möglichkeit des Entstehens von besonders außergewöhnlichen oder prestigeträchtigen Faktoren, und dem korrespondierenden medialen Interesse an ihnen ergeben kann – antizipieren kann, ohne in eine unüberschaubare Kasuistik auszuarten. Aus dem Angebotskonzept kann demnach nicht gefolgert werden, dass eine Festlegung, die zum Zeitpunkt der Nichtuntersagung den gesetzlichen Vorgaben des § 4b ORF-G entsprochen hat, für die Zukunft einer Neueinschätzung entzogen wäre. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass die im Angebotskonzept genannten Sportbewerbe und Sportarten automatisch als solche zu qualifizieren sind, denen kein breiter Raum in der Medienberichterstattung zukommt.

Die Nennung der Kategorie „Handball“ als möglicher Sendungsinhalt des Sport-Spartenprogramms lässt aus den genannten Gründen keinen Schluss darauf zu, dass es sich bei dem hier zu beurteilenden Finalspiel um einen bzw. keinen Premium-Sportbewerb handelt.

4.5.3. Prüfungsmaßstab des § 4b Abs. 4 ORF-G

Gemäß § 4b Abs. 1 ORF-G hat der Beschwerdegegner 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 in der österreichischen Medienberichterstattung üblicherweise kein breiter Raum zukommt. Ergänzend zum indikativen Katalog des § 4b Abs. 1 Z 1 bis 7 ORF-G hinsichtlich der „jedenfalls“-Inhalte des Sport-Spartenprogramms, enthält § 4b Abs. 4 ORF-G ein grundsätzliches Verbot der Ausstrahlung von Sportbewerben, denen in der österreichischen Medienberichterstattung breiter Raum zukommt (Premium-Sportbewerbe).

4.5.4. Grundsätze nach der Entscheidung des VwGH vom 26.06.2015, ZI. 2012/03/0105

Der Verwaltungsgerichtshof hatte sich aufgrund eines Beschwerdeverfahrens hinsichtlich der Zulässigkeit der Ausstrahlung bestimmter Sportbewerbe im Programm ORF SPORT PLUS mit der Auslegung von § 4b Abs. 4 ORF-G auseinanderzusetzen. Aus der maßgeblichen Entscheidung vom 26.06.2015, ZI. 2012/03/0105, ergeben sich demnach folgende Grundsätze:

Der VwGH relativierte zunächst die bisherige Praxis der KommAustria und des BKS, wonach bei der Beurteilung, ob es sich bei einzelnen Sportbewerben um Premium-Sport handelt, zu ermitteln ist, welches prozentuale Ausmaß die Berichterstattung in einzelnen Print- und Rundfunkmedien angenommen hat, um diesen Niederschlag sodann mit Referenzereignissen aus der Vergangenheit bzw. mit einzelnen Premium-Bewerben zu vergleichen. Dergestalt ermittelten Prozentsätzen soll – zumindest für sich genommen – keine entscheidungswesentliche Bedeutung zukommen.

Mehr Aussagekraft als vereinzelte Prozentsätze, kommt nach der Rechtsprechung des VwGH dem Umstand zu, dass Premium-Sportarten sich dadurch auszeichnen, dass über sie in einer Vielzahl von (auch österreichischen Medien) berichtet wird, und zwar in einem Umfang und in einer Art und Weise, die das (sportinteressierte) Publikum über das bloße Stattfinden des Bewerbes und sein Ergebnis hinaus informiert. Dabei kommt der Tatsache, dass über Premium-Sportbewerbe nicht nur am Tag des Bewerbes, sondern auch schon davor und danach (in Nachrichten, Analysen, Interviews und Kommentaren) berichtet wird, Bedeutung zu. Bei dieser Gesamtbetrachtung fallen Kurzberichte (etwa in Tageszeitungen oder in der Fernsehberichterstattung), nicht ins Gewicht, weil sich darin der erforderliche „breite Raum“ in der Medienberichterstattung gerade nicht zeigt.

Ob ein in der Liste des § 4b Abs. 4 Z 1 bis 5 ORF-G nicht angeführter Sportbewerb als Premium-Sportbewerb anzusehen ist, bedarf der Beurteilung jener Präsenz, die ihm üblicherweise in der österreichischen Medienberichterstattung zukommt. Diese Einschätzung muss ex ante vorgenommen werden, denn der ORF muss vor Ausstrahlung eines Bewerbes in die Lage versetzt sein, zu beurteilen, ob er sich gesetzeskonform verhält und sie hat unter Bedachtnahme auf die österreichische Medienberichterstattung der Vergangenheit zu erfolgen. Welche Sportbewerbe dabei als Vergleichsmaßstab herangezogen werden, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen. Durch die gesetzesimmanente Einschränkung auf die „übliche“ Medienpräsenz wird die im Einzelfall allenfalls schwierige Prognose insofern erleichtert, als kurzfristige Ereignisse, die (unübliche) Auswirkungen auf die Medienpräsenz eines Bewerbes haben können, außer Betracht bleiben können. Erst wenn sich für den ORF durch mehr als ein bloßes (außergewöhnliches) Einzelereignis beurteilen lässt, dass die bislang geringe mediale Berichterstattung über vergleichbare Sportbewerbe in Zukunft nicht mehr zu erwarten ist, hat er diesem Umstand iSd § 4b ORF-G Rechnung zu tragen.

4.5.5. Vergleichsmaßstab für das beschwerdegegenständliche Finalspiel

Da es sich bei dem konkret zu beurteilenden Sportbewerb um das Finalspiel der Handball-WM der Männer 2015 handelt und als Vergleichsmaßstab ein ähnlich gelagerter Bewerb heranzuziehen ist, stellt – wie auch von der Beschwerdeführerin nahe gelegt – das Finalspiel der Handball-WM 2011 einen geeigneten Referenzbewerb aus der (näheren) Vergangenheit dar. Für die Heranziehung dieses Bewerbes spricht, dass in beiden Fällen der Austragungsort nicht in Österreich, sondern im Ausland war sowie beide Matches ohne Beteiligung der österreichischen Mannschaft stattfanden. Für eine Vergleichbarkeit spricht auch, dass es sich um Spiele desselben Turniers und derselben Turnierphase, in welcher die beiden jeweils weltbesten Mannschaften gegeneinander antreten, handelt.

Bei der Analyse der Medienberichterstattung über das WM-Finale 2011 wurde die Berichterstattung in folgenden Printmedien berücksichtigt: Kronen Zeitung, Kleine Zeitung, Der Standard, Oberösterreichische Nachrichten und Tiroler Tageszeitung. Die KommAustria geht davon, dass diese fünf Medien einen repräsentativen gesellschaftlichen Querschnitt für die gesamtösterreichische Berichterstattung darstellen, wobei durch die Auswahl der Zeitungen auch auf die Verbreitung derselben in den verschiedenen geografischen Regionen Österreichs Bedacht genommen wurde (vgl. dazu auch BKS 611.941/0004-BKS/2012). Durch die getroffene Auswahl kann nach Ansicht der KommAustria sichergestellt werden, dass regionale Unterschiede in der Berichterstattung ausgeglichen werden. Weiters handelt es sich durchwegs um reichweitenstarke Medien, die einen guten Einblick in die „Massenattraktivität“ des zu beurteilenden Sportereignisses vermitteln.

Wie bereits in den Feststellungen ausgeführt (vgl. Pkt. 2.4.) wurde über das Finalspiel der Handball-WM 2011 am Tag vor dem Bewerb in lediglich einem Medium berichtet. Da dieser Beitrag als „Kurzbericht“ zu qualifizieren ist, der lediglich über das Stattfinden des Finales und die teilnehmenden Mannschaften informiert, ist er jedoch bei der Auswertung nicht zu berücksichtigen. Am Tag des Bewerbes wurde zwei Mal von der „Kleinen Zeitung“ berichtet, wobei einer der Berichte wiederum als „Kurzbericht“ zu qualifizieren ist. Am Tag nach dem Finale wurde in insgesamt vier Artikeln (in den Medien: Kronen Zeitung, OÖ Nachrichten, Tiroler Tageszeitung) in relevantem Ausmaß berichtet.

Unter Zugrundelegung der Maßstäbe des VwGH, wonach sich Premium-Sportbewerbe dadurch auszeichnen, dass über sie nicht nur am Tag des Bewerbes sondern auch davor und danach berichtet wird, ist festzustellen, dass hinsichtlich des Finalspieles 2011 Vorberichterstattung in relevantem Ausmaß gänzlich fehlt. Auch die Berichterstattung am Tag des Ereignisses fällt mit lediglich einem Artikel in der „Kleinen Zeitung“ äußerst gering aus. Lediglich die Nachberichterstattung erfolgte in drei der fünf untersuchten Medien. Die für Premiumsportarten typische Berichterstattung in Form von ausführlichen Analysen, Interviews oder Kommentaren findet sich in Hinblick auf das untersuchte Finalspiel nur sehr vereinzelt.

Aufgrund dieser überschaubaren Medienberichterstattung über das Finalspiel der Handball-WM 2011 musste der Beschwerdegegner im Rahmen der vorzunehmenden ex ante-Beurteilung nicht davon ausgehen, dass das Finale der Handball-WM 2015 in der österreichischen Medienberichterstattung breiten Raum einnehmen würde. Nicht relevant ist auch ein etwaiger Anstieg der Berichterstattung im Jahr 2015, da der Beschwerdegegner bereits vor Ausstrahlung des Bewerbes in die Lage versetzt sein muss, zu beurteilen, ob ein Bewerb als Premium-Sport zu qualifizieren ist. Dem Beschwerdegegner lagen zum Zeitpunkt des Rechteerwerbes für die Spiele der WM 2015 auch keine Hinweise auf eine Häufung unüblicher Umstände vor, die positive Auswirkungen auf die Medienpräsenz der Bewerbe hätten haben können. Vielmehr kam die österreichische Nationalmannschaft bei der

WM 2011 in Schweden (18. Platz) sowie bei der EM 2014 in Dänemark (11. Platz) nicht über die Gruppenphase hinaus und nahm bei der EM 2012 in Serbien und der WM 2013 in Spanien nicht teil, weshalb der Beschwerdegegner in seiner Prognoseentscheidung auch nicht von einem überdurchschnittlich guten Abschneiden im Jahr 2015 und somit von einem gesteigerten Medieninteresse ausgehen musste.

Nach den bisherigen Ausführungen geht die KommAustria davon aus, dass die Voraussetzungen des § 4b Abs. 4 ORF-G erfüllt sind und der Beschwerdegegner daher zu Recht davon ausgehen durfte, dass es sich bei den Spielen der Handball-WM 2015 nicht um Premium-Sportbewerbe handelt. Die Verletzung liegt aber auch aus einem anderen Grund nicht vor:

4.5.6. Zur Anwendbarkeit von § 4b Abs. 5 ORF-G

Im Zuge der Novelle BGBl. I Nr. 84/2013 wurde § 4b Abs. 5 ORF-G eingefügt, dem zufolge einem Sportbewerb, der in Österreich stattfindet oder an dem österreichische Sportler oder Mannschaften beteiligt sind, jedenfalls dann kein breiter Raum in der österreichischen Medienberichterstattung zukommt, wenn private Rundfunkveranstalter das Übertragungsrecht, insbesondere nachdem der ORF dieses privaten Rundfunkveranstaltern zeitgerecht, diskriminierungsfrei und transparent angeboten hat, zu marktüblichen Konditionen erwerben hätten können und der ORF das Vorliegen dieser Voraussetzungen glaubhaft macht. Nach den Gesetzesmaterialien soll dem ORF damit die Möglichkeit gegeben werden, Klarheit darüber zu bekommen, ob es sich bei dem in Rede stehenden Sportbewerb um einen Premium-Sportbewerb handelt (Erl zum IA 1975/A, 1669 BlgNR 24. GP zu § 4b Abs. 5 ORF-G). Zeitgerecht ist ein solches Angebot dann, wenn es so rechtzeitig erfolgt, dass den privaten Rundfunkveranstaltern eine kaufmännisch vertretbare Dispositionsmöglichkeit gegeben ist. Dass private Rundfunkveranstalter das Übertragungsrecht zu marktüblichen Konditionen erwerben hätten können, kann der ORF etwa glaubhaft machen, indem er die Informationen über das betreffende Übertragungsrecht rechtzeitig online zur Verfügung stellt; er dies also in ähnlicher Weise anbietet, wie er Sportrechte nach § 31b ORF-G an Dritte weitergibt. Der Begriff der Glaubhaftmachung ist so zu verstehen, dass kein „voller Beweis“, sondern die überwiegende Wahrscheinlichkeit gefordert ist. Der ORF muss die zur Weitergabe bestimmten Rechte jedoch nicht notwendigerweise selbst anbieten. Alternativ genügt auch der Nachweis, dass private Rundfunkveranstalter die betreffenden Übertragungsrechte auf andere Weise zu marktüblichen Konditionen hätten erwerben können.

Während das Vorbringen des Beschwerdegegners, dass das Unternehmen, von welchem er die Lizenzrechte erworben hat (Pitch International LLP), bereits mit anderen österreichischen Rundfunkveranstaltern in Kontakt bezüglich der Rechteeinräumung gestanden habe, nicht weiter substantiiert wurde und sich einer näheren Überprüfung durch die KommAustria entzieht, konnte der Beschwerdegegner glaubhaft machen, dass er die Information über die Möglichkeit der Sublizenzierung der von ihm erworbenen Übertragungsrechte online zur Verfügung gestellt hat. Er hat im Rahmen des Ermittlungsverfahrens nicht bloß behauptet, sondern durch entsprechende Nachweise auch glaubhaft gemacht, dass private Rundfunkveranstalter die Möglichkeit hatten, die Rechte an den Spielen der Handball-WM 2015 zu erwerben. Die Bereitstellung der Information über die zur Sublizenzierung vorgesehenen Übertragungsrechte auf der Website des Beschwerdegegners ab 07.01.2015 wurde im Verfahren auch nicht bestritten.

Hingegen wurde seitens der Beschwerdeführerin vorgebracht, der ORF könne sich nicht von seiner Verpflichtung, die zu erwartende Medienberichterstattung zu ermitteln, freikaufen, indem er ein Anbot zur Erteilung einer Sublizenz auf seiner Website veröffentliche, wenn

bereits private Rundfunkveranstalter Rechte an dem Ereignis erworben hätten. Dies treffe auch auf den gegenständlichen Fall zu, in dem die Beschwerdeführerin die Übertragungsrechte an den beschwerdegegenständlichen Spielen von ihrer Muttergesellschaft, der Sky Deutschland Fernsehen GmbH & Co KG, im Wege einer Sublizenz erworben habe. Die gesetzliche Vermutung des § 4b Abs. 5 ORF-G greife daher nicht, da ein anderer privater Rundfunkveranstalter, nämlich die Beschwerdeführerin, die Übertragungsrechte an den beschwerdegegenständlichen Spielen erworben habe.

In diesem Zusammenhang wirft § 4b Abs. 5 ORF-G die Frage auf, wie der Begriff des „Übertragungsrechts“ zu verstehen ist, wenn – wie vorliegend – weder der ORF noch die Beschwerdeführerin exklusive Übertragungsrechte an den in Frage stehenden Sportbewerben erworben haben. Tatsächlich schließen einander die unterschiedlichen von den Parteien erworbenen Ausstrahlungsrechte („PayTV“ und „FreeTV“) im vorliegenden Fall jedenfalls nicht aus.

Nach Auffassung der KommAustria ist dem § 4b Abs. 5 ORF-G ein Abstellen auf die Free-TV-Rechte schon insoweit immanent, als der Versorgungsauftrag nach § 3 iVm § 31 Abs. 1 Satz 1 ORF-G die Tätigkeit des ORF, soweit sie im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrages erfolgt, ausschließlich auf den Markt des frei empfangbaren Fernsehens beschränkt. Die Auffassung, dass der Erwerb von Pay-TV-Rechten an irgendeinem Sportbewerb durch einen Dritten eine Anwendbarkeit des § 4b Abs. 5 ORF-G für den verbleibenden Markt des frei zugänglichen Fernsehens *qua definitionem* ausschließen würde, ist nicht zuletzt deswegen zu verwerfen, als gerade auch das Anbieten von Sportübertragungen abseits des Mainstreams (zB Basketball, Golf, Extremsportarten etc.) einen typischen Bestandteil des Geschäftsmodells von Pay-TV-Anbietern darstellt. Damit wäre § 4b Abs. 5 ORF-G entgegen der Intention des Gesetzgebers in weiten Teilen der Anwendungsbereich entzogen. Umgekehrt kann aber der ORF in jenen Fällen, in denen Pay-TV-Rechte an einem Sportbewerb vergeben werden, die Möglichkeit dieses (Pay-TV-) Rechteerwerbs nicht einem privaten Mitbewerber am Free-TV-Markt iSd § 4b Abs. 5 ORF-G entgegenhalten.

Weiters ist dem Argument der Beschwerdeführerin entgegenzuhalten, dass der Tatsache des Erwerbes bestimmter Rechte an den Matches der Handball-WM 2015 durch die Beschwerdeführerin bei der Beurteilung des Vorliegens der Kriterien nach § 4b Abs. 5 ORF-G auch für sich genommen keine Relevanz zukommt. Entscheidend ist nämlich ausweislich der Gesetzesmaterialien nicht, ob ein einzelner privater Rundfunkveranstalter bestimmte Teile der Übertragungsrechte bereits erworben hat (Exklusivrechte für Free-TV können es ja faktisch nicht sein, da diesfalls keine Ausstrahlung durch den ORF erfolgen könnte), sondern ob eine repräsentative Anzahl der am Markt vertretenen Rundfunkveranstalter faktisch die Möglichkeit gehabt hat, die Rechte zu marktüblichen Konditionen zu erwerben (Erl zum IA 1669 BlgNR 24. GP zu § 4b Abs. 5 ORF-G). Zum Nachweis der Möglichkeit des Erwerbs der Übertragungsrechte durch private Rundfunkveranstalter bietet das Gesetz dem Beschwerdegegner insbesondere die Option die Übertragungsrechte selbst, etwa durch Veröffentlichung auf seiner Website, anzubieten. Hiervon hat der Beschwerdegegner im konkreten Fall auch Gebrauch gemacht. Da das Angebot über das Internet – und somit öffentlich – erfolgte, hat der Beschwerdegegner den Vorgaben der Diskriminierungsfreiheit und der Transparenz entsprochen und jedem potentiell interessierten Rundfunkveranstalter – einschließlich der Beschwerdeführerin – die Möglichkeit geboten mit dem Beschwerdegegner in Verhandlungen über die Sublizenzierung zu treten. Dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Ausrichtung auf den Pay-TV-Markt hieran kein Interesse gehabt haben wird, da sie bereits über die Sublizenzierung im Wege einer konzernverbundenen Gesellschaft über die für sie notwendigen Berechtigungen verfügte, vermag an der abstrakten Möglichkeit hierzu – und

nur diese kann Maßstab des § 4b Abs. 5 ORF-G sein – nichts zu ändern. Eine Prüfung, ob tatsächlich eine Nachfrage privater Free- oder Pay-TV-Veranstalter stattgefunden hat, ist dem § 4b Abs. 5 ORF-G dem Grunde nach fremd.

Weiters hat die Beschwerdeführerin ausgeführt, dass das Anbot des Beschwerdegegners an die privaten Rundfunkveranstalter zur Sublizenzierung der Rechte nicht zeitgerecht gewesen sei, da es nach dem Vorbringen der Beschwerdegegner erst am 07.01.2015 auf der Website des ORF veröffentlicht worden sei, das erste Spiel der österreichischen Mannschaft aber bereits am 16.01.2015, also nur wenige Tage danach, stattgefunden habe. Andere Rundfunkveranstalter hätten daher keine realistische Chance, bei Interesse am Erwerb der Rechte die Spiele noch in ihre Programmplanung einzubauen, da diese in der Regel einige Zeit im Voraus feststehe.

Nach dem Gesetzeswortlaut muss das Angebot „zeitgerecht“ erfolgen. Ob dies der Fall ist, kann mangels näherer gesetzlicher Determinierung nicht abstrakt, sondern nur anhand der besonderen Umstände des Einzelfalles, beurteilt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdegegner die Übertragungsrechte selbst erst mit Vertrag vom 07.01.2015 erworben und diese sodann ohne Verzug noch am selben Tag auf der Website zur Sublizenzierung angeboten hat. Als Fristende hat der Beschwerdegegner den 14.07.2015 angegebenen, sodass etwaige Interessenten eine Woche lang Zeit gehabt hätten, sich mit dem Beschwerdegegner in Verbindung zu setzen. Da der Beschwerdegegner die Rechte selbst erst neun Tage vor Beginn des ersten Spiels der österreichischen Handball-Nationalmannschaft erworben hat, kam ein längerer Angebotszeitraum in concreto nicht in Betracht. Dem Beschwerdegegner ist in diesem Zusammenhang zugute zu halten, dass die Veröffentlichung des Angebotes auf der Website unverzüglich, und zwar am Tag des Vertragsabschlusses, erfolgte.

Nicht gefolgt werden kann den Ausführungen der Beschwerdeführerin, der zufolge andere Rundfunkveranstalter keine realistische Chance gehabt hätten, bei Interesse am Erwerb der Rechte die Matches noch in ihre Programmplanung einzubauen. Nach Ansicht der KommAustria ist die Spanne von einer Woche zwar knapp bemessen, jedoch im Ergebnis gerade noch ausreichend um es interessierten Fernsehveranstaltern zu ermöglichen, den Beschwerdegegner zu kontaktieren, mit ihm in Verhandlungen zu treten und die Lizenzrechte zu erwerben. Auch ist davon auszugehen, dass für einen Rundfunkveranstalter die Integration kurzfristig erworbener Programminhalte in die Programmplanung faktisch nicht unmöglich ist. Das zeigt sich bereits daran, dass ein durchschnittlicher, überregional tätiger Fernsehveranstalter beim Eintreten überraschender und unvorhersehbarer Ereignisse durchaus in der Lage ist, seinen Sendeplan kurzfristig umzustellen und anstelle des ursprünglichen Programms eine Sondersendung zum aktuellen Thema einzuschieben. Gerade im Bereich der Sportberichterstattung kann es regelmäßig etwa witterungsbedingt zu Verschiebungen kommen, die eine Umplanung und damit einhergehend eine entsprechend flexible Programmgestaltung zum Regelfall machen. Tagesaktuelle Berichterstattung und die damit einhergehende Flexibilität in der Programmplanung wird vom Fernsehpublikum gerade in Zeiten, in denen der Nachrichtenwert von Ereignissen bereits am Folgetag deutlich abnimmt, auch erwartet. Zwar wird dadurch im Einzelfall die langfristige Programmplanung unterlaufen, jedoch zeigt die gängige Medienpraxis, dass dies durchaus möglich und erwünscht ist, um tagesaktuelle Berichterstattung zu gewährleisten.

Sofern die Beschwerdeführerin ausführt, der Beschwerdegegner könne sich von seiner Verpflichtung zur Prüfung ob ein Bewerb Premium-Sport darstellt nicht durch ein entsprechendes Angebot auf der Website „freikaufen“, ist ihr der – sich auch in den Gesetzesmaterialien manifestierende – Zweck von § 4b Abs. 5 ORF-G entgegenzuhalten:

Dieser besteht darin, dem ORF die Möglichkeit einzuräumen, Klarheit darüber zu bekommen, ob es sich bei einem bestimmten Sportbewerb (bzw mehreren Sportbewerb) um Premium-Sport handelt. Durch das zeitgerechte, diskriminierungsfreie und transparente Anbieten von erworbenen Übertragungsrechten, soll der ORF von der – ex ante oft überaus schwierigen – Einschätzung entlastet werden, ob ein Sportbewerb üblicherweise breiten Niederschlag in der Medienberichterstattung findet. Hiervon ausgenommen sind lediglich jene Bewerbe, die in § 4b Abs. 4 Z 1 bis Z 5 ORF-G ausdrücklich als Premium-Sport qualifiziert werden. In allen anderen Fällen soll der ORF vor Ausstrahlung des Bewerbes Rechtssicherheit darüber haben, dass die geplante Ausstrahlung auf ORF SPORT PLUS den Anforderungen nach § 4b ORF-G genügt.

Wie bereits in den Feststellungen ausgeführt, hat der Beschwerdegegner die Übertragungsrechte für alle Spiele mit Beteiligung der österreichischen Nationalmannschaft sowie für das Finalspiel erworben, wobei der Erfolg bzw. Misserfolg der österreichischen Nationalmannschaft im Vorhinein noch nicht absehbar war. Wenngleich das Finalspiel am 01.02.2015 zwischen den Nationalmannschaften von Frankreich und Katar ausgetragen wurde, bestand ex ante zumindest die theoretische Möglichkeit des Einzuges der österreichischen Nationalmannschaft in das Finale. Dem Turnierverlauf wohnt mithin ein aleatorisches Element inne, welches vom Beschwerdegegner nicht voraussagbar ist. Dass dem Beschwerdegegner zum Zeitpunkt des Rechteerwerbes noch nicht bekannt war, ob die österreichische Nationalmannschaft am Finalspiel teilnehmen wird, kann sich in Hinblick auf die Zielsetzung von § 4b Abs. 5 ORF-G nicht zu seinen Lasten auswirken. Somit ist festzuhalten, dass das Finalspiel zwar ohne österreichische Beteiligung stattgefunden hat, diese Tatsache jedoch von Umständen abhängig war, auf welche der Beschwerdegegner keinen Einfluss hatte. Es kann nicht ernsthaft gefordert werden, der Beschwerdegegner dürfe bereits erworbene Rechte für das Sport-Spartenprogramm dann (partiell) nicht verwerten, wenn sich nach dem Turnierverlauf herausstellt, dass österreichische Mannschaften oder Sportler bereits in einer frühen Phase ausgeschieden sind.

4.5.7. Conclusio

Für den beschwerdebezogenen Sportbewerb führt eine Untersuchung der in der Vergangenheit zu diesem Bewerb stattgefundenen Berichterstattung zusammengefasst zu dem Ergebnis, dass das verfahrensgegenständliche Spiel Frankreich gegen Katar am 01.02.2015 in Katar bei der gebotenen ex-ante-Betrachtung nicht als Premium-Sportbewerb einzustufen war und die Ausstrahlung auf ORF SPORT PLUS insoweit gesetzmäßig erfolgte (Spruchpunkt 2).

4.6. Veröffentlichung und Abschöpfung

Der Antrag der Beschwerdeführerin, die KommAustria möge dem Beschwerdegegner auftragen, ihre Entscheidung gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G zu veröffentlichen, bezieht sich erkennbar auf den Fall, dass der Beschwerde stattgegeben wird. Auf denselben Verfahrensausgang bezieht sich der Antrag, die KommAustria möge gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G wegen Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags die Abschöpfung von Einnahmen von Einnahmen aus Programmentgelt anordnen. Da die Beschwerde im gegenständlichen Fall abgewiesen wurde, erübrigt sich eine separate Entscheidung über diese Anträge.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG beim Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Kommunikationsbehörde Austria einzubringen. Die Beschwerde hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, ebenso wie die belangte Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren sowie die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde. Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Die Entrichtung der Gebühr ist im Zeitpunkt der Einbringung der Eingabe durch einen von einer Post-Geschäftsstelle oder einem Kreditinstitut bestätigten Zahlungsbeleg in Urschrift nachzuweisen.

Wien, am 30. Juni 2015

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Dr. Florian Philapitsch, LL.M.
(Vorsitzender-Stellvertreter)

Zustellverfügung:

1. Sky Österreich Fernsehen GmbH, z.Hd. CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gaurmannngasse 2, 1010 Wien, **per RSb**
 2. Österreichischer Rundfunk
 3. Generaldirektor Alexander Wrabetz
2. und 3. vertreten durch Dr. Klaus Kassai, LL.M., Würzburggasse 30, 1136 Wien, **per Rsb**