



KOA 11.100/20-002

# Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat III, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden, der Vorsitzenden-Stellvertreterin Dr. Susanne Lackner und dem weiteren Mitglied Dr. Katharina Urbanek im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht wie folgt entschieden:

## I. Spruch

1. Aufgrund der am 24.10.2015 erfolgten Herausgabe des Druckwerks „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“, welches gemäß dem Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG) vom 01.08.2018, W219 2166661-1/7E und W219 2166838-1/7E, nicht überwiegend der Information über Programme und Sendeinhalte des Österreichischen Rundfunks (ORF) gedient hat und somit nicht von den Aufgaben des ORF oder seinen Tochtergesellschaften umfasst war, wodurch die Bestimmung gemäß § 8a Abs. 6 Z 1 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 24/2020, verletzt worden ist, wird gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 1 letzter Satz ORF-G die Abschöpfung der hierfür aufgewendeten Einnahmen aus Programmentgelt und diesen gleichzuhaltenden Mitteln in der Höhe von

**EUR 41.408,61**

angeordnet, da der ORF mit dieser Tätigkeit die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschritten hat.

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

## II. Begründung

### 1. Gang des Verfahrens

#### 1.1. Zum vorangegangenen Verwaltungsstrafverfahren

Mit Straferkenntnis vom 31.05.2017, KOA 11.100/17-001, stellte die KommAustria gemäß § 8a Abs. 6 Z 1 iVm § 38 Abs. 1 Z 6 letzter Fall ORF-G fest, dass der Generaldirektor des ORF als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufener, und damit für die Einhaltung jener Verwaltungsvorschriften, für die kein verantwortlicher Beauftragter im Sinne des § 9 Abs. 2 VStG bestellt worden war, strafrechtlich Verantwortlicher des ORF zu verantworten habe, dass der ORF am 24.10.2015 das Druckwerk „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ herausgegeben habe, welches nicht überwiegend der Information über dessen Programme und Sendeinhalte gedient habe.

Das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) wies die gegen dieses Straferkenntnis erhobenen Beschwerden mit Erkenntnis vom 01.08.2018, W219 2166661-1/7E und W219 2166838-1/7E, als unbegründet ab. Die dagegen erhobenen Revisionen wurden mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) vom 26.06.2019, Ro 2018/03/0047 bis 0048, ebenfalls als unbegründet abgewiesen.

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

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

Vor dem Hintergrund der Erkenntnisse des BVwG vom 01.08.2018, W219 2166661-1/7E und W219 2166838-1/7E, und des VwGH vom 26.06.2019, Ro 2018/03/0047 bis 0048, leitete die KommAustria mit Schreiben vom 19.09.2019 auf Grundlage von § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G ein Verfahren zur Abschöpfung der für die am 24.10.2015 erfolgte Herausgabe der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ aufgewendeten Mittel aus Programmentgelt ein. Zur Ermittlung des abzuschöpfenden Betrages forderte die KommAustria den ORF auf, binnen drei Wochen eine detaillierte Darstellung der in Bezug auf die Herausgabe und das Verbreiten des in Rede stehenden Druckwerks angefallenen Kosten zu übermitteln und dabei insbesondere folgende Positionen zu berücksichtigen:

- Kosten der Redaktion (z.B. Personalkosten der Redakteure) und Inhalte (z.B. für zugekaufte Fotos); Grafik, Foto, Text
- Kosten der Herstellung (z.B. Druck)
- Kosten des Vertriebs (z.B. Verteilung, Auslieferung)
- Kosten der Vermarktung (z.B. Werbemaßnahmen)
- zurechenbare Gemeinkosten

##### 1.2.2. Stellungnahme des ORF, Bestellung des Amtssachverständigen und Gutachtensauftrag

Mit Schreiben vom 09.10.2019 nahm der ORF Stellung zur Einleitung des Abschöpfungsverfahrens und übermittelte unter Anwendung der absoluten Brutto-Vollkostenrechnung eine Aufstellung jener Kosten, welche bei der ORF Marketing & Creation GmbH & Co KG als öffentlich-rechtlicher Tochtergesellschaft angefallen seien. Die hiervon erfassten Positionen betrafen im Wesentlichen



Kosten der Redaktion, der Vermarktung sowie die zurechenbaren Gemeinkosten. Die Druck- und Vertriebskosten für die beanstandete Ausgabe der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ legte der ORF hingegen mit der Begründung nicht offen, dass diese Kosten bei der kommerziellen Tochtergesellschaft ORF Enterprise GmbH & Co KG entstanden seien. Der Auffassung des ORF zufolge fände die Bestimmung über die Abschöpfung nach § 38a ORF-G gemäß § 2 Abs. 3 Satz 2 ORF-G auf kommerzielle Tochtergesellschaften oder verbundene Unternehmen keine Anwendung.

Mit Schreiben vom 22.10.2019 bestellte die KommAustria Dr. Roland Belfin zum Amtssachverständigen und beauftragte diesen einerseits mit der Prüfung der Vollständigkeit und Plausibilität der vom ORF mit Schreiben vom 09.10.2019 übermittelten Kostenaufstellung sowie andererseits mit der Berechnung der Höhe der für die Herstellung und den Vertrieb der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ vom 24.10.2015 aufgewendeten Mittel aus Programmengelt und diesen gleichzuhaltenden Mitteln.

### 1.2.3. Gutachten des Amtssachverständigen und Zustellung an den ORF

Am 04.12.2019 übermittelte der Amtssachverständige sein Gutachten zur Berechnung der für die Herausgabe der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ aufgewendeten Gesamtkosten und des daraus resultierenden Abschöpfungsbetrags.

#### 1.2.3.1. Kosten der Redaktion, der Vermarktung und zurechenbare Gemeinkosten

Im Hinblick auf die vom ORF mit Schreiben vom 09.10.2019 vorgelegten Positionen hinsichtlich der angefallenen Kosten der Redaktion, der Kosten der Vermarktung sowie der zurechenbaren Gemeinkosten kam das Gutachten zu nachstehendem Ergebnis:

Kostenart	Stunden/Anteil	Kosten	Kommentar
<b>Redaktion und Inhalte</b>		<b>10.423,10</b>	
Redaktion/Recherche	100	3.213,38	Personalkosten-Anteil incl. LNK (Anteil 100 Stunden)
Dienstreisen der Redaktion		155,36	SAP Auszug
Redaktion/Lektorat		1.554,36	SAP Auszug
Redaktion/Lektorat		350,00	SAP Auszug
Redaktion/Bildredaktion		500,00	SAP Auszug / Kostenanteil
Redaktion/CvD		950,00	SAP Auszug / Kostenanteil
Grafik/Layout		1.000,00	SAP Auszug / Kostenanteil
Grafik/Art Direktion		2.300,00	SAP Auszug / Kostenanteil
Fotokosten		400,00	SAP Auszug / Kostenanteil
<b>Vermarktung</b>		<b>3.567,93</b>	
Promotion		350,00	SAP Auszug
Promokosten		3.000,00	SAP Auszug / Kostenanteil
Kosten der Promotion/Druck		217,93	SAP Auszug
<b>zurechenbare Gemeinkosten (mit Schlüssel)</b>		<b>7.651,14</b>	
Chefredaktion	40	1.809,07	Personalkosten-Anteil incl. LNK (Anteil 40 Stunden)
Promotion Planung, Gestaltung/Textung und Vermarktung	40	1.258,35	Personalkosten-Anteil incl. LNK (Anteil 40 Stunden)
EDV Koordinator	25% Kosten Okt	56,90	25% EDV Rechnung Oktober 2015
EDV Abteilungsleitung	25% Kosten Okt	-	25% EDV Rechnung Oktober 2015
EDV Redakteurin	50% Kosten Okt	137,31	50% EDV Rechnung Oktober 2015
ILV		876,38	Gemeinkostenschlüssel
Mietkosten		1.867,60	Gemeinkostenschlüssel
Gestellungen GF+Haftungsentschädigung		269,47	Gemeinkostenschlüssel
Overhead OMC Finanz & Personal		1.376,07	Gemeinkostenschlüssel
<b>Kosten OMC</b>		<b>21.642,17</b>	

Quelle: ORF/OMC (9.10.2019)

Der Amtssachverständige führte nach Einsichtnahme in die der vorgelegten Tabelle (oben) zugrundeliegenden Unterlagen beim ORF aus, dass einige der angeführten Kostenpositionen direkt dem Kostenträger (die „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“) zurechenbar und andere Positionen mittels Verrechnungsschlüssel zugerechnet worden seien. Die direkt zugerechneten Kosten seien direkte Einzelkosten für das Produkt „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“, wobei all jene Positionen direkt zugerechnet würden, die nicht als „Kostenanteil“, „Schlüssel“ oder mit einem Prozentsatz in den Daten angeführt worden seien. Einigen Kostenpositionen seien Vereinbarungen (Verträge)

zugrunde gelegen, welche sich auf die „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ (Sonderedition) und die reguläre Ausgabe der ORF-Nachlese November 2015 (Hauptheft) bezogen haben. Für diese Kosten sei eine verursachungsgerechte Aufteilung der Beträge auf diese beiden Produkte vorgenommen worden.

Zu den einzelnen Positionen erläuterte der Amtssachverständige Nachstehendes:

**Redaktion/Recherche:** Der Stundenwert von 100 Stunden sei auf Basis langjähriger Erfahrungen für viele Ausgaben der ORF-Nachlese geschätzt worden. Der Personalkostenanteil umfasse das Monatsgrundgehalt (Redakteur) plus Remunerationen (Monatsgehalt \*14/12) plus durchschnittliche Lohnnebenkosten in Höhe von 34,5 Prozent.

**Dienstreisen der Redaktion:** Hier seien für die „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ die Reisekosten genau erfasst worden.

**Redaktion/Lektorat:** Diese Position sei als Einzelposition für die „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ erfasst worden und umfasse zwei Rechnungen für freie Mitarbeiter (Redaktion, Layout, Grafik). Es gebe dazu zwei Einzelhonorarnoten (EUR 1.554,- sowie EUR 350,-).

**Redaktion/Bildredaktion:** Die Honorarnote für die Bildredaktion in Höhe von insgesamt rund EUR 4.400,- sei anhand einer Aufwandschätzung (Basis sei der geschätzte Arbeitsumfang für das Hauptheft und die Sonderedition gewesen) aufgeteilt worden. Dabei sei berücksichtigt worden, dass das Bildmaterial für die Sonderedition bereits in direkt verarbeitbarer Qualität vorgelegen sei und geringere manuelle Adaptierungen als beim Bildmaterial des Haupthefts notwendig gewesen seien.

**Redaktion CvD:** Für die Tätigkeit Redaktion „Chef vom Dienst“ sei eine freie Mitarbeiterin zum Einsatz gekommen. Für diese Aktivität sei eine Honorarnote in Höhe von insgesamt EUR 1.900,- gelegt worden, wobei dieses Honorar sowohl für das Hauptheft als auch die Sonderedition angefallen sei. Aufgrund des ähnlich hohen Arbeitsaufwands für diese Kontrolltätigkeit, sei das Honorar mit 50/50 Prozent auf diese beiden Kostenträger aufgeteilt worden.

**Grafik/Layout:** Es sei hier eine Grafikerin zum Einsatz gekommen, welche für das Hauptheft und die Sonderedition tätig war. Aufgrund einer Aufwandschätzung sei vom Gesamthonorar von EUR 1.700,- ein Anteil von EUR 1.000,- der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ zugerechnet worden.

**Grafik/Art Direktion:** Die Zurechnung sei analog zur Position „Grafik/Layout“ erfolgt, allerdings mit einem höheren Basishonorar.

**Fotokosten:** Es habe einen Vertrag mit der Firma Buenos Dias gegeben, welche rund EUR 1.407,- in Rechnung gestellt habe. Dieser Betrag habe sowohl das Hauptheft als auch die Sonderedition umfasst. Der Sonderedition seien anhand der Fotoanzahl knapp 30 Prozent (EUR 400,-) zugerechnet worden.

**Promotion:** Für Promotion sei ein Promotionsprecher eingesetzt worden, wofür eine direkt zurechenbare Honorarnote in Höhe von EUR 350,- vorliege.

**Promokosten:** Die Promotionskosten der ORF Marketing & Creation GmbH & Co KG (OMC) seien zuerst anhand einer Kostenanalyse der 20 Abteilungen, sowohl für das Hauptheft als auch die Sonderedition ermittelt worden. Für beide Ausgaben seien unter dieser Position Kosten in Höhe von EUR 4.000,- angefallen, welche sich aus EUR 1.300,- für Personalkosten (Gestalter & Texter für die Spots), EUR 300,- für Schnitt, EUR 1.200,- für Grafikaufwand und EUR 200,- für Sonstiges zusammensetzen. Hiervon seien in einem zweiten Schritt EUR 3.000,- der Sonderedition zugerechnet worden. Dabei sei berücksichtigt worden, dass die Promotionskosten bei einer Sonderedition höher seien, als bei einem Hauptheft, weil für Sondereditionen extra Grafiken zur Vermarktung gestaltet werden müssen.

**Kosten der Promotion & Druck:** Es liege hierfür eine Rechnung für den Druck der Plakate auf Basis einer Einzelrechnung vor.

**Gemeinkosten Chefredaktion:** Hierunter fielen die Personalkosten der Chefredakteurin. Mit dieser Funktion seien neben den Hauptheften auch Aktivitäten, wie z.B. Kontakte, Sicherstellung der Präsenz der Nachlese, etc. verbunden. Es sei ein Anteil von 40 Stunden für die „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ geschätzt worden.

**Promotion Planung, Gestaltung/Textung und Vermarktung:** Hiefür sei ein Anteil von 40 Stunden für die „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ geschätzt worden.

**EDV Koordinator:** Die Schätzung des zugerechneten Prozentsatzes sei anhand von Erfahrungswerten vorgenommen worden.

**EDV Abteilungsleitung:** Diese Position sei deshalb mit EUR 0,- beziffert worden, da sie anteilmäßig im Verrechnungssatz der Personalkosten Chefredaktion enthalten seien. Grund für diese Darstellung sei, dass die Funktion vom ORF beigestellt und nicht direkt von der OMC erbracht werde.

**EDV Redakteurin:** Die Schätzung des zugerechneten Prozentsatzes sei auch hier anhand von Erfahrungswerten erfolgt.

**ILV:** Die Position „Interne Leistungsverrechnung“ decke klassische Gemeinkosten, wie z.B. Buchhaltung, Schulungen, Fuhrpark, etc. ab. Es erfolge eine Umlage auf die Abteilungen. Danach sei anhand der Seitenverhältnisse der zwölf Monatshefte und drei Sondereditionen eine Umlage auf die „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ durchgeführt worden.

**Mietkosten:** Die Umlage der Kosten sei anhand der Bürofläche (m<sup>2</sup>-Schlüssel) für die ORF-Nachlese erfolgt.

**Gestellungen GF:** Die Geschäftsführung sei beim ORF angestellt. Anteilmäßig fließe in die Berechnung auch eine Haftungsentschädigung ein.

**Overheads OMC Finanz & Personal:** Anhand des Gemeinkostenschlüssels (Basis Seiten) seien die Overheads OMC Finanz & Personal der Sonderedition zugerechnet worden.

Im Rahmen des Termins mit dem ORF am 18.11.2019 habe der Amtssachverständige auch Einsicht in Rechnungen genommen und diese seinem Gutachten beispielhaft im Anhang 1 beigefügt. Die

Rechnungen haben jeweils mit den in der Berechnung enthaltenen Werten übereingestimmt. Das Fazit des Amtssachverständigen nach Durchführung einer Plausibilitätsprüfung der vorgelegten redaktionellen Kosten, der Kosten der Vermarktung und der Gemeinkosten lautete wie folgt:

Fazit zu redaktionellen Kosten, Kosten der Vermarktung und Gemeinkosten:

Die Kosten für Redaktion, Vermarktung und die zurechenbaren Gemeinkosten sind nachvollziehbar und plausibel.

Die redaktionellen Kosten betragen EUR 10.423,10.

Die Kosten der Vermarktung betragen EUR 3.567,93.

Die zurechenbaren Gemeinkosten betragen EUR 7.651,14.

### 1.2.3.2. Kosten der Herstellung und des Vertriebs

Im Hinblick auf die nicht offengelegten Kosten der ORF Enterprise GmbH & Co KG für die Herstellung und den Vertrieb der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ habe der ORF dem Amtssachverständigen auf dessen Ersuchen mit Schreiben vom 20.11.2019 eine Kostenschätzung übermittelt:

Seitenanzahl Gesamt	84
Verkaufte Stückzahl	11.464
<b>Vertriebskosten Kalkulation</b>	
Verkaufspreis brutto	3,20
VP netto	2,91
Vertriebskosten als Prozentsatz des Verkaufspreis	35%
Vertriebskosten pro Stück	1,02
Anzahl verkaufter Stück	11.464,00
<b>Stück x Kosten/Stück = Vertriebskosten</b>	<b>11.672,44</b>
<b>Druckkosten Kalkulation</b>	
Verkaufte Auflage in Stück	11.672,4
Mehrdruck lt. Branchenerfahrung = Remmisionssatz	35%
Mehrdruck in Stück	4.085,4
<b>Summe = Gedruckte Auflage</b>	<b>15.757,8</b>
<b>Druckkosten</b>	
Format 21,5x29,5	
4 Seiten Umschlag 4/4 farbig	
80 Seiten Inhalt 4/4 farbig	
Klebebindung	
Auflage 16 Tsd. Stück / 84 Seiten	
Anzahl Seiten in Tsd. = 1.344 Tsd. Seiten	1.344
Preis p. Tsd. Seiten im Rollenoffsetdruck	6,0
<b>Druckpreis</b>	<b>8.064,0</b>
<b>Gesamtkosten Produktion und Vertrieb</b>	<b>19.736,44</b>

Kostenschätzung des ORF zu Herstellungs- und Vertriebskosten vom 20.11.2019

Diese Kostenschätzung basiere auf der verkauften Stückzahl der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ von 11.464 Stück. Eine Ausgabe dieser Sonderedition umfasse 84 Seiten.

Die Vertriebskosten seien anhand einer Rückrechnung vom Verkaufspreis (brutto EUR 3,20,- bzw. netto EUR 2,91) berechnet worden. Der ORF nehme hierbei einen Prozentsatz von 35 Prozent des Verkaufspreises für die Vertriebskosten an. Diesen Wert habe der ORF aufgrund von Erfahrungswerten bei Magazinen der Größe der ORF-Nachlese angesetzt.

Für die Schätzung der Druckkosten sei zuerst die gedruckte Auflage ermittelt worden. Dazu sei auf die verkaufte Auflage ein Prozentsatz von 35 Prozent aufgeschlagen worden. Aus der Erfahrung des ORF liege dieser Zuschlag üblicherweise in einem Bereich zwischen 15 Prozent und 40 Prozent je nach Magazin. Beim Hauptheft der ORF-Nachlese sei der Wert eher geringer, bei Editionen eher höher. In Summe ergebe sich aus dieser Rechnung eine gedruckte Auflage von 15.757,8 Stück. Die zu druckenden Seiten seien daher mit rund 16.000 Exemplaren mal 84 Seiten berechnet worden. Aus den zu druckenden Seiten im Umfang von 1.344.000 Seiten und einem auf Erfahrungswerten beruhenden Preis von EUR 6,00 für den Druck von 1.000 Seiten, resultiere ein Druckpreis (dieser entspreche den Herstellkosten) von EUR 8.064,00.

Die geschätzten Gesamtkosten für Produktion und Vertrieb würden daher in Summe EUR 19.736,44 betragen.

Der Amtssachverständige hielt hinsichtlich der Schätzung der Produktions- und Vertriebskosten des ORF fest, dass diese nachvollziehbar und rechnerisch richtig seien:

Fazit zur Schätzung des ORF der Produktions- und Vertriebskosten:

Die Schätzung des ORF ist nachvollziehbar und rechnerisch richtig. Eine Diskrepanz besteht bei den Angaben zur verkauften Stückzahl (11.464 gegenüber 11.672,4). Nachdem die Berechnung mit der ursprünglich angegebenen Stückzahl von 11.464 einheitlich durchgeführt wurde, hat die davon abweichende Angabe keine Auswirkung auf das Ergebnis.

In einem weiteren Schritt erfolgte seitens des Amtssachverständigen eine Plausibilisierung der Schätzung des ORF, die dieser für die Herstellungs- und Vertriebskosten angegeben hat. Zu diesem Zweck zog der Amtssachverständige Benchmarks aus öffentlichen Quellen heran. Aus unterschiedlichen Quellen wurden dazu Erfahrungswerte der Kostenverhältnisse zwischen redaktionellen Kosten und Kosten der Herstellung und des Vertriebs erhoben. Mit diesen Kostenverhältnissen wurden schließlich auf Basis der vom ORF angegebenen redaktionellen Kosten die Kosten der Herstellung und der Vertriebskosten geschätzt:

**Kostenanteile bei Tageszeitungen in „Westdeutschland“**

Bei Tageszeitungen in „Westdeutschland“ (vgl. Media Perspektiven 5/2018, S. 2019) liege der Anteil der redaktionellen Kosten an den Gesamtkosten der Zeitung im Bereich von rund 25 Prozent.

Tabelle: Kostenanteile bei Tageszeitungen in „Westdeutschland“

Position	2009	2011	2015	2016	2017
Redaktion	25,5%	25,9%	24,7%	25,3%	25,5%
Herstellung	27,0%	25,3%	23,8%	24,0%	20,1%
Vertrieb	23,2%	23,9%	27,8%	27,4%	29,4%
Rest (Anzeigen & Verwaltung)	24,3%	25%	23,7%	23,3%	25,0%

Quellen: 2009, 2015, 2016: BDZV, Jahrbuch Zeitung 2009, 2015, 2016 (Anmerkung: unter der Position Herstellung wurden die Positionen „Technische Herstellung“ und „Papier“ zusammengefasst); 2011: Statista; 2017: BDZV Zeitungen 2018/2019, S. 57

Als Kostenverhältnis würde sich zwischen den Kosten der Redaktion sowie den Kosten für Herstellung und des Vertriebs je nach Jahr Werte im Bereich von 1,90 bis 2,09 ergeben.

### Kostenanteile für Zeitungen und Zeitschriften nach Wirtz

In einer Publikation von Wirtz (vgl. Wirtz (Medien), S. 81f) seien typische Kostenanteile für Zeitungen und Zeitschriften nach den Kategorien „First copy costs“, Kosten der Produktion und Distribution sowie dem Gewinn ausgewiesen worden.

Unter den „First copy costs“ seien alle Kosten verstanden worden, die im Rahmen des ersten Exemplars eines Medienprodukts anfielen. In diesen Angaben seien neben den Kosten für die Erstellung der Inhalte (redaktionelle Kosten) auch die Kosten für Marketing und Verwaltung enthalten (vgl. Wirtz, S. 81).

#### Kostenanteile bei Wirtz 2009

Position	Wirtz 2009
First Copy Cost	42,0%
Herstellung & Vertrieb	48,0%
Gewinn	10%

Quelle: Wirtz (Medien), S. 82

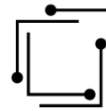
Demnach fielen rund 48 Prozent der Gesamtkosten bei Zeitungen und Zeitschriften für die Produktion und die Distribution an. Die „First Copy Costs“ (redaktionelle Kosten, Administration & Marketing) würden 42 Prozent betragen. Der restliche Anteil von 10 Prozent entfalle anhand dieser Erhebung auf den Gewinn.

Würde man diese Anteile mit den vom ORF angegebenen Zahlen für redaktionelle Kosten, administrative Kosten und Kosten der Vermarktung umrechnen, komme man auf ein Verhältnis von redaktionellen Kosten zu den Herstellungs- und Vertriebskosten von 2,38.

### Kostenanteile einer typischen Tageszeitung in Großbritannien

In Großbritannien seien im Jahr 2011 die Kostenanteile einer typischen Tageszeitung im Rahmen des sogenannten „Ender-Berichts“ erhoben worden (Quelle: <http://labour-uncut.co.uk/2015/03/10/enjoy-your-daily-paper-during-the-campaign-it-might-not-be-there-next-time-round/>, zuletzt abgerufen am 11.11.2019).





Kostenanteile bei einer typischen Tageszeitung in Großbritannien

Position	Angaben aus dem Ender-Bericht für 2011
Redaktion	27,0%
Herstellung	36,0%
Vertrieb	9,0%
Rest (Marketing & Verwaltung)	28,0%
	100,0%

Quelle: Ender-Bericht

Als Kostenverhältnis ergebe sich zwischen den Kosten der Redaktion sowie den Kosten für Herstellung und Vertrieb ein Wert von 1,67.

### **Herleitung der Kostenanteile für Herstellungskosten und Vertriebskosten anhand von Tarifunterschieden bei Zeitungen**

Diese Schätzung beruhe auf einem Vergleich von Print-Abo-Preisen österreichischer Tageszeitungen mit den entsprechenden Abo-Preisen für e-Papers. Die Tageszeitungen und die Preise seien dem Medien Handbuch Österreich 2018 entnommen worden. In die Aufstellung seien all jene Tageszeitungen aufgenommen worden, für die auch ein Tarif für ein e-Paper Abo angegeben sei.

Titel	Print-Abo-Preis	Abo e-Paper	Differenz
Kleine Zeitung	308	228	80
Die Presse	534	216	318
Vorarlberger Nachrichten	395	269	126
Tiroler Tageszeitung	378	214	164
Wiener Zeitung	210	107	103
Kurier	398	179	219
Krone	307	190	117
OÖNachrichten	315	180	135
DER STANDARD	470	252	218
Salzburger Nachrichten	378	287	91
NEUE Vorarlberger TZ	337	210	127
<b>11 Österreichische Zeitungen</b>	<b>4.029</b>	<b>2.330</b>	<b>1.699</b>

Quelle: Medien Handbuch Österreich 2018

In Summe würden die e-Paper Abos der Tageszeitungen um EUR 1.699,- pro Jahr weniger als Print-Abos kosten. Gehe man davon aus, dass diese Tarife jeweils kostendeckend seien, könne man annehmen, dass sich diese Differenz aus den Herstellkosten- und den Vertriebskosten zusammensetze.

Nehme ferner man an, dass die Tarife für das e-Paper-Abo jedenfalls die redaktionellen Kosten, die Vermarktungskosten und die Gemeinkosten abdecken und rechne man die Tariffdifferenz mit den vom ORF angegebenen Werten für Redaktionskosten, Vertriebskosten und Gemeinkosten auf einen Zuschlagsfaktor auf die Redaktionskosten um, erhalte man 1,52.

### Gesamtsicht zu den Kostenanteilen

In einer Gesamtsicht über verschiedene Optionen, Kostenanteile zu berechnen, könnte mit den ermittelten Faktoren eine Schätzung der Vertriebs- und Herstellkosten vorgenommen werden. Dazu habe der Amtssachverständige die vom ORF angegebenen Kosten der Redaktion mit den in den einzelnen Berechnungsvarianten ermittelten Faktoren multipliziert. Beispielsweise liege der niedrigste Faktor bei den Tageszeitungen in Westdeutschland (BDZV) bei 1,9. Durch die Multiplikation der Kosten der Redaktion in Höhe von EUR 10.423,10 mit dem Faktor 1,9 ergebe sich ein Benchmark für Herstell- und Vertriebskosten von EUR 19.803,69.

### Benchmarks anhand der Kostenanteile

Bezugsgröße	Betrag in €	Bezugsprodukt	Quelle	Faktor	Betrag in €
Redaktion	10.423,10	Tageszeitungen in Westdeutschland - niedrigster Wert	BDZV	1,90	19.803,89
Redaktion	10.423,10	Tageszeitungen in Westdeutschland - höchster Wert	BDZV	2,09	21.784,28
Redaktion	10.423,10	Zeitungen und Zeitschriften Deutschland	Wirtz	2,38	24.806,98
Redaktion	10.423,10	Tageszeitung in Großbritannien	Ender-Bericht	1,67	17.406,58
Redaktion	10.423,10	Tariffdifferenz Print & e-Paper österreichischer Tageszeitungen	eigene Berechnung	1,52	15.843,11
			<b>Schätzung ORF</b>		<b>19.736,44</b>

Die verschiedenen Berechnungsmethoden ergeben laut Amtssachverständigem eine Bandbreite von EUR 15.843,11 (Tariffdifferenz) bis EUR 24.806,98 (Zeitungen und Zeitschriften Deutschland). Der vom ORF berechnete Wert liege mit EUR 19.736,44 im mittleren Bereich dieser Bandbreite.

Der Amtssachverständige hielt hinsichtlich der Schätzung der Herstellungs- und Vertriebskosten des ORF fest, dass diese als plausibel angesehen werden können:

#### Fazit zur Schätzung des ORF der Herstell- und Vertriebskosten:

Mittels mehrerer Vergleiche von Kostenanteile für gedruckte Medien in Deutschland, Großbritannien und Österreich wurde eine Bandbreite für Herstell- und Vertriebskosten geschätzt. Die Schätzung des ORF liegt innerhalb dieser Bandbreite und kann daher als plausibel angesehen werden.

### 1.2.3.3. Gesamtwert und Ergebnis

Abschließend berechnete der Amtssachverständige anhand der bisher dargestellten Einzelpositionen die Gesamtkosten der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“. Die Positionen Kosten der Herstellung und Kosten des Vertriebs wurden gemeinsam berechnet.

Nr.	Position	Wert in €
01	Kosten der Redaktion (z.B. Personalkosten der Redakteure) und Inhalte (z.B. für zugekaufte Fotos); Grafik, Foto, Text	10.423,10 €
02	Kosten der Herstellung (z.B. Druck)	19.736,44 €
03	Kosten des Vertriebs (z.B. Verteilung, Auslieferung)	
04	Kosten der Vermarktung (z.B. Werbemaßnahmen)	3.597,93 €
05	zurechenbare Gemeinkosten	7.651,14 €
06	Gesamtkosten (Summe)	41.408,61 €

Quelle: ORF (9.10.2019)

Die Schätzung der Gesamtkosten für die „ORF-Nachlese Winterzeit Edition“ habe somit eine Summe in Höhe von EUR 41.408,61 ergeben.

Mit Schreiben vom 13.12.2019 übermittelte die KommAustria dem ORF das Gutachten des Amtssachverständigen vom 04.12.2019 zur Stellungnahme binnen einer Frist von drei Wochen.

Mit Schreiben vom 03.01.2020 äußerte sich der ORF dahingehend zum übermittelten Gutachten, dass angesichts des nachvollziehbaren Befundes des Sachverständigen von einer Stellungnahme abgesehen werde.

## **2. Sachverhalt**

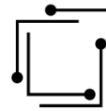
Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

### **2.1. Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags**

Am 24.10.2015 ist das Druckwerk „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ erschienen. Es handelte sich dabei um ein gebundenes, farbiges Magazin (Zeitschrift) mit einem Umfang von 84 Seiten, welches im Wesentlichen Artikel zu Wintersport- und Freizeitmöglichkeiten, zu Brauchtum und zu Adventmärkten in den neun Bundesländern sowie themenbezogene Werbeeinschaltungen beinhaltet.

Eine im vorangegangenen, rechtskräftig abgeschlossenen Verwaltungsstrafverfahren von der KommAustria durchgeführte quantitative Auswertung des im Druckwerk enthaltenen Umfangs bzw. Anteils an „Informationen über Programme und Sendeinhalte“ hat ergeben, dass – abgesehen von einzelnen „Sendeinweisen“ – kein Artikel (und damit auch umfangmäßig keine Seite) irgendeine Information über Programme oder Sendeinhalte zum Inhalt hatte. Wenn vorhanden, befanden sich die Sendeinweise zumeist im Mittelfalz des Heftes und waren kleingedruckt und quergeschrieben, sodass diese kaum lesbar waren. Bei keinem der Inhalte der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ ist somit im Text eine über den „Sendeinweis“ (so vorhanden) hinausgehende inhaltliche Bezugnahme auf eine ORF-Sendung oder ein ORF-Programm erfolgt. Im Ergebnis haben lediglich 0,48 % des Gesamtumfangs der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ Informationen über Programme und Sendeinhalte beinhaltet. Unter ausschließlicher Zugrundelegung der redaktionell gestalteten Inhalte, lag dieser Wert bei 0,66 % (vgl. dazu im Detail KommAustria vom 31.05.2017, KOA 11.100/17-001, dieser Bescheid wurde durch die Erkenntnisse des BVwG vom 01.08.2018, W219 2166661-1/7E und W219 2166838-1/7E, und des VwGH vom 26.06.2019, Ro 2018/03/0047 bis 0048, bestätigt).

Der ORF hat somit durch die Herausgabe und den Vertrieb des Druckwerks „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ am 24.10.2015 die Bestimmung gemäß § 8a Abs. 6 Z 1 ORF-G, wonach nicht zu den Aufgaben des ORF oder seiner Tochtergesellschaften die Herausgabe oder der Vertrieb von Produkten, insbesondere von periodischen Druckwerken, die nicht überwiegend der Information über Programme und Sendeinhalte dienen, zu zählen ist, verletzt.



## 2.2. Höhe der aufgewendeten Mittel aus Programmengeld und diesen gleichzuhaltenden Mitteln

Die Herstellung und der Vertrieb der Sonderedition „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ wurden von der ORF Marketing & Creation GmbH & Co KG und der ORF Enterprise GmbH & Co KG wahrgenommen. Unter Zugrundelegung einer absoluten Bruttovollkostenrechnung betragen die hierfür aufgewendeten Mittel insgesamt **EUR 41.408,61**.

Die Gesamtkosten lassen sich wie folgt aufschlüsseln:

Nr.	Position	Wert in €
01	Kosten der Redaktion (z.B. Personalkosten der Redakteure) und Inhalte (z.B. für zugekaufte Fotos); Grafik, Foto, Text	10.423,10 €
02	Kosten der Herstellung (z.B. Druck)	19.736,44 €
03	Kosten des Vertriebs (z.B. Verteilung, Auslieferung)	
04	Kosten der Vermarktung (z.B. Werbemaßnahmen)	3.597,93 €
05	zurechenbare Gemeinkosten	7.651,14 €
06	Gesamtkosten (Summe)	41.408,61 €

Quelle: Gutachten des Amtssachverständigen vom 04.12.2019

Der ORF gab zunächst nur jene Kosten (Positionen 1, 4 und 5) bekannt, welche bei der ORF Marketing & Creation GmbH & Co KG (OMC) angefallen sind. Es handelt sich hierbei um Kosten der Redaktion (z.B. Personalkosten, Inhalte, etwa Fotos, Grafiken und Text), Kosten der Vermarktung (z.B. Werbemaßnahmen) sowie die zurechenbaren Gemeinkosten.

Einzelne Kostenpositionen sind direkt auf den Kostenträger (die „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“) zurechenbar, andere Positionen wurden mittels Verrechnungsschlüssel zugerechnet. Bei den direkt zurechenbaren Kosten handelt es sich um direkte Einzelkosten für das Produkt „ORF Nachlese Edition Winterzeit“. Einigen Kostenpositionen liegen jeweils Vereinbarungen (Verträge) zugrunde, welche sich auf die „ORF-Nachlese Edition Winterzeit Edition“ sowie die „reguläre“ Ausgabe der ORF-Nachlese November 2015 (Hauptheft) bezogen haben. Für diese Kosten wurde eine verursachungsgerechte Aufteilung der Beträge auf diese beiden Produkte vorgenommen.

**Redaktion/Recherche:** Der Stundenwert von 100 Stunden wurde auf Basis langjähriger Erfahrungen für viele Ausgaben der ORF-Nachlese geschätzt. Der Personalkostenanteil umfasst das Monatsgrundgehalt (Redakteur) plus Remunerationen (Monatsgehalt \*14/12) plus durchschnittliche Lohnnebenkosten in Höhe von 34,5 Prozent.

**Dienstreisen der Redaktion:** Hierbei handelt es sich um Reisekosten für die „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“.

**Redaktion/Lektorat:** Hierbei handelt es sich um Einzelkosten für die „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“, die zwei Honorarnoten freier Mitarbeiter (Redaktion, Layout, Grafik) im Umfang von EUR 1.554,- und EUR 350,- umfassen.

**Redaktion/Bildredaktion:** Die Honorarnote für die Bildredaktion in Höhe von insgesamt rund EUR 4.400,- wurde anhand einer Aufwandschätzung (Basis war der geschätzte Arbeitsumfang für die

Ausgaben) zwischen dem Hauptheft und der Sonderedition aufgeteilt. Dabei wurde berücksichtigt, dass das Bildmaterial für die Sonderedition bereits in direkt verarbeitbarer Qualität vorlag und geringere manuelle Adaptierungen als beim Bildmaterial des Haupthefts notwendig waren.

**Redaktion CvD:** Für die Tätigkeit Redaktion „Chef vom Dienst“ sind Kosten in Höhe von insgesamt EUR 1.900,- entstanden. Dieses Honorar ist für das Hauptheft sowie die Sonderedition angefallen und wurde aufgrund des ähnlich hohen Arbeitsaufwands mit 50/50 Prozent auf diese beiden Kostenträger aufgeteilt.

**Grafik/Layout:** Diese Tätigkeit bezog sich auf das Hauptheft und die Sonderedition. Anhand einer Aufwandschätzung wurden EUR 1.000,- von insgesamt EUR 1.700,- der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ zugerechnet.

**Grafik/Art Direktion:** Die Zurechnung erfolgte analog zu Grafik/Layout, allerdings mit einem höheren Basishonorar.

**Fotokosten:** Diesen Kosten lag ein Vertrag mit der Firma Buenos Dias zugrunde, welche rund EUR 1.407,- in Rechnung gestellt hat. Dieser Betrag hat sich sowohl auf das Hauptheft als auch die Sonderedition bezogen. Der Sonderedition wurden anhand der Fotoanzahl knapp 30 Prozent der Kosten (EUR 400,-) zugerechnet.

**Promotion:** Diese Position umfasst die Kosten eines Promotionsprechers, der eine direkt zurechenbare Honorarnote in Höhe von EUR 350,- vorlegte.

**Promokosten:** Die Promotionskosten der OMC wurden zuerst anhand einer Kostenanalyse der 20 Abteilungen für das Hauptheft und die Sonderedition ermittelt.

Für beide Ausgaben fielen unter dieser Position Kosten in Höhe von EUR 4.000,- an, welche sich aus Personalkosten (Gestalter & Texter für die Spots) zu EUR 1.300,-, Schnitt zu EUR 300,-, Grafikaufwand zu EUR 1.200,- und EUR 200,- für Sonstiges zusammensetzen. Hiervon wurden in einem zweiten Schritt EUR 3.000,- der Sonderedition zugerechnet. Berücksichtigt wurde dabei, dass die Promotionskosten bei einer Sonderedition höher sind, als bei einem Hauptheft, weil für Sondereditionen extra Grafiken zur Vermarktung gestaltet werden müssen.

**Kosten der Promotion & Druck:** Hierfür liegt eine Rechnung für den Druck der Plakate auf Basis einer Einzelrechnung vor.

**Gemeinkosten Chefredaktion:** Hierunter fallen die Personalkosten der Chefredakteurin. Mit dieser Funktion sind neben den Hauptheften auch Aktivitäten wie z.B. Kontakte, Sicherstellung der Präsenz der Nachlese, etc. verbunden. Es wurde ein Anteil 40 Stunden für die „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ geschätzt.

**Promotion Planung, Gestaltung/Textung und Vermarktung:** Es wurde ein Anteil von 40 Stunden für die „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ geschätzt.

**EDV Koordinator:** Die Schätzung des zugerechneten Prozentsatzes erfolgte anhand von Erfahrungswerten.

**EDV Abteilungsleitung:** Diese Position ist deshalb mit EUR 0,- beziffert, da sie anteilmäßig im Verrechnungssatz der Personalkosten Chefredaktion enthalten ist. Diese Funktion wird vom ORF beigestellt und nicht direkt von der OMC erbracht.

**EDV Redakteurin:** Die Schätzung des zugerechneten Prozentsatzes erfolgte anhand von Erfahrungswerten.

**ILV:** Die Position „Interne Leistungsverrechnung“ deckt klassische Gemeinkosten, wie z.B. Buchhaltung, Schulungen, Fuhrpark, etc. ab. Es erfolgt eine Umlage auf die Abteilungen. Danach wurde anhand der Seitenverhältnisse der zwölf Monatshefte und drei Sondereditionen eine Umlage auf die „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ durchgeführt.

**Mietkosten:** Die Umlage der Kosten erfolgte anhand der Bürofläche (m<sup>2</sup> Schlüssel) für die ORF-Nachlese.

**Gestellungen GF:** Die Geschäftsführung ist beim ORF angestellt. Anteilmäßig fließt in die Berechnung auch eine Haftungsentschädigung ein.

**Overheads OMC Finanz & Personal:** Anhand des Gemeinkostenschlüssels (Basis Seiten) werden die Overheads OMC Finanz & Personal der Sonderedition zugerechnet.

Aus den bisher dargestellten Positionen resultieren redaktionelle Kosten in Höhe von **EUR 10.423,10**, Kosten der Vermarktung in Höhe von **EUR 3.567,93** und der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ zurechenbare Gemeinkosten in Höhe von **EUR 7.651,14**.

Die nicht offengelegten Kosten der ORF Enterprise GmbH & Co KG (Positionen 2 und 3) für die Herstellung (z.B. Druck) und den Vertrieb (Verteilung, Auslieferung) der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ belaufen sich auf insgesamt EUR 19.736,44. Diese Summe ergibt sich aus einer Schätzung der angefallenen Kosten anhand der verkauften Stückzahl der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ und der Seitenanzahl pro Ausgabe.

Die Vertriebskosten resultieren aus einer Rückrechnung vom Verkaufspreis (brutto EUR 3,20 bzw. netto EUR 2,91), wobei aufgrund von Erfahrungswerten des ORF ein Prozentsatz von 35 Prozent des Verkaufspreises für die Vertriebskosten angenommen wurde. Demnach betragen die Vertriebskosten pro Ausgabe etwa EUR 1,02, was bei 11.464 verkauften Ausgaben zu Vertriebskosten in Höhe von **EUR 11.672,-** führt.

Die Schätzung der Druckkosten wiederum resultiert aus einem Aufschlag von 35 Prozent auf die verkaufte Auflage. In Summe ergibt sich aus dieser Rechnung eine gedruckte Auflage von 15.757,8 Stück, also aufgerundet etwa 16.000 Exemplare. Bei rund 16.000 gedruckten Exemplaren mal 84 Seiten pro Ausgabe ergibt dies rund 1.344.000 zu druckende Seiten. Unter Zugrundelegung eines auf Erfahrungswerten beruhenden Preises in Höhe von EUR 6,00 für den Druck von 1.000 Seiten, resultiert daraus ein Druckpreis (dieser entspricht den Herstellkosten) von **EUR 8.064,00**.

Die geschätzten Gesamtkosten für die Herstellung und den Vertrieb betragen daher in Summe **EUR 19.736,44**.

Nachdem für die Herstellungs- und Vertriebskosten keine genauen Zahlen angegeben wurden, wurden diese Zahlen vom Amtssachverständigen einer Plausibilitätsprüfung unterzogen. Hierzu bediente sich der Amtssachverständige verschiedener Benchmarks aus öffentlichen Quellen.

Methodisch erfolgte die Plausibilisierung dergestalt, dass die auf Erfahrungswerten beruhenden Kostenverhältnisse zwischen redaktionellen Kosten einerseits und den Kosten der Herstellung und des Vertriebs andererseits von Tageszeitungen in verschiedenen Ländern erhoben wurden.

Im Anschluss wurden die so ermittelten Kostenrelationen auf die vom ORF angegebenen redaktionellen Kosten umgelegt, um so die geschätzten Kosten der Herstellung und des Vertriebs vergleichen zu können. Hierzu wurden die vom ORF angegebenen Kosten der Redaktion mit den in den einzelnen Berechnungsvarianten ermittelten Faktoren multipliziert.

Die erhobenen Benchmarks anhand der Kostenanteile stellen sich im Ergebnis wie folgt dar:

Bezugsgröße	Betrag in €	Bezugsprodukt	Quelle	Faktor	Betrag in €
Redaktion	10.423,10	Tageszeitungen in Westdeutschland - niedrigster Wert	BDZV	1,90	19.803,89
Redaktion	10.423,10	Tageszeitungen in Westdeutschland - höchster Wert	BDZV	2,09	21.784,28
Redaktion	10.423,10	Zeitungen und Zeitschriften Deutschland	Wirtz	2,38	24.806,98
Redaktion	10.423,10	Tageszeitung in Großbritannien	Ender-Bericht	1,67	17.406,58
Redaktion	10.423,10	Tariffdifferenz Print & e-Paper österreichischer Tageszeitungen	eigene Berechnung	1,52	15.843,11
			<b>Schätzung ORF</b>		<b>19.736,44</b>

Multipliziert man beispielsweise die vom ORF geschätzten Kosten der Redaktion in Höhe von EUR 10.423,10 mit dem Faktor 1,9, so ergibt sich daraus ein Wert für Herstellungs- und Vertriebskosten von EUR 19.803,69.

Die verschiedenen Berechnungsmethoden ergeben eine Bandbreite zwischen EUR 15.843,11 (Tariffdifferenz) und EUR 24.806,98 (Zeitungen und Zeitschriften Deutschland). Der vom ORF berechnete Wert liegt mit EUR 19.736,44 im mittleren Bereich dieser Bandbreite. Es konnte daher angenommen werden, dass die Schätzung der Herstellungs- und Vertriebskosten des ORF plausibel ist.

Im Ergebnis war daher davon auszugehen, dass die vom ORF für die „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ insgesamt aufgewendeten Mittel (Gesamtkosten) insgesamt EUR 41.408,61 betragen haben.

### 3. Beweiswürdigung

Die Feststellung, dass der ORF am 24.10.2015 das Druckwerk „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ herausgebracht und vertrieben hat, welches 84 Seiten umfasste und im Wesentlichen Artikel zu Wintersport- und Freizeitmöglichkeiten, zu Brauchtum und zu Adventmärkten in den neun Bundesländern sowie themenbezogene Werbeeinschaltungen beinhaltet, die nicht überwiegend der Information über dessen Programme und Sendeinhalte gedient haben, und dadurch die Bestimmung gemäß § 8a Abs. 6 Z 1 ORF-G verletzt hat, wonach solche Tätigkeiten nicht von den Aufgaben des ORF oder seinen Tochtergesellschaften umfasst sind, beruht auf dem mit Erkenntnis des VwGH vom 26.06.2019, Ro 2018/03/0047 bis 0048, rechtskräftig abgeschlossenen Verwaltungsstrafverfahren.

Die Feststellung, wonach die Herstellung und der Vertrieb der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ von der ORF Marketing & Creation GmbH & Co KG und der ORF Enterprise GmbH & Co KG wahrgenommen wurden, beruht auf dem Vorbringen des ORF in dessen Stellungnahme vom 09.10.2019.

Die Anwendbarkeit der absoluten Bruttovollkostenrechnung bei der Ermittlung der Höhe der abzuschöpfenden Mittel aus Programmengelt gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G gründet auf der Judikatur des VwGH und des BVwG (vgl. VwGH vom 06.04.2016, Ro 2015/03/0014; BVwG 10.08.2017, W249 2014641-1/15E), auf die ausdrücklich verwiesen wird. Die Annahme, dass auch im gegenständlichen Fall die Bruttovollkostenrechnung zur Anwendung gelangt, ergibt sich aus den Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung (vgl. dazu Punkt 4.3.).

Die Feststellungen zur Höhe der für die Herstellung und den Vertrieb der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ aufgewendeten Mittel beruhen auf den schlüssigen Ausführungen und Berechnungen des Amtssachverständigen in seinem Gutachten vom 04.12.2019, welche auch vom ORF nicht bestritten wurden.

Im Detail beruht die Feststellung der Höhe der Kosten für Redaktion, Vermarktung und der zurechenbaren Gemeinkosten auf den vom ORF übermittelten Daten, welche mittels Einsichtnahme des Amtssachverständigen in Honorarnoten und Rechnungen sowie durch eine Prüfung der rechnerischen Richtigkeit nachgeprüft wurden.

Die Feststellung der Höhe der Druck- und der Vertriebskosten basiert demgegenüber auf Schätzungen des ORF, welche vom Amtssachverständigen einer Plausibilitätsprüfung unterzogen wurden. Mittels Erhebung von auf Erfahrungswerten beruhenden Kostenverhältnissen zwischen redaktionellen Kosten einerseits und den Kosten der Herstellung und des Vertriebs andererseits von Tageszeitungen in verschiedenen Ländern, wurden dazu Kostenrelationen berechnet, die im Anschluss auf die geschätzten Kosten des ORF umgelegt wurden. Im Ergebnis zeigte sich hierbei, dass sich die Schätzungen des ORF innerhalb der so erhobenen Bandbreite bewegt haben und insoweit ebenfalls als plausibel und nachvollziehbar angesehen werden konnten.

## **4. Rechtliche Beurteilung**

### **4.1. Rechtsgrundlage**

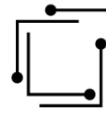
§ 38a ORF-G lautet:

#### ***„Abschöpfungsverfahren***

**§ 38a. (1)** Die Regulierungsbehörde hat unbeschadet einer Entscheidung gemäß §§ 37 oder 38 mit Bescheid die Abschöpfung von Einnahmen aus Programmengelt anzuordnen, wenn der Österreichische Rundfunk

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





2. durch ein Verhalten gemäß § 31c den Bedarf nach Finanzierung aus Programmengelt erhöht hat, ohne dass dies zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich gewesen wäre, im Ausmaß des erhöhten Programmengelts, oder
3. eine Bildung oder Dotierung einer Sonderrücklage entgegen den Bestimmungen des § 39a vorgenommen hat.

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

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

(3) Der Österreichische Rundfunk hat der Regulierungsbehörde auf Anfrage alle Informationen zur Verfügung zu stellen, ihr alle Auskünfte zu erteilen und ihr Einsicht in alle Aufzeichnungen und Bücher zu gewähren, soweit dies erforderlich ist, um den Abschöpfungsbetrag feststellen zu können. Soweit die Regulierungsbehörde den Abschöpfungsbetrag aus Informationen, Auskünften, Aufzeichnungen oder Büchern nicht ermitteln oder berechnen kann, hat sie ihn zu schätzen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind.

(4) Zu schätzen ist insbesondere, wenn der Österreichische Rundfunk Bücher oder Aufzeichnungen, die er nach den gesetzlichen Vorschriften zu führen hat, nicht vorlegt oder wenn die Bücher oder Aufzeichnungen sachlich unrichtig sind oder solche formellen Mängel aufweisen, die geeignet sind, die sachliche Richtigkeit der Bücher oder Aufzeichnungen in Zweifel zu ziehen.

(5) Nach Abs. 1 Z 2 ist nicht vorzugehen, wenn das Verhalten den Tatbestand des Art. 102 AEUV erfüllt.“

Die Bestimmungen zum Abschöpfungsverfahren nach § 38a ORF-G sind ausweislich der Materialien (vgl. Erl zur RV 611 BlgNR, 24. GP) vor dem Hintergrund zu sehen, dass mittels dieses Verfahrens eine rechtswidrige Mittelverwendung rückgängig gemacht werden soll: „Wenn nämlich der Österreichische Rundfunk Mittel, die ihm aus Programmengelt gewährt werden, für Zwecke heranzieht, die nicht im öffentlichen Auftrag liegen, so geht die Zweckwidmung der Mittel fehl und der Grund für die beihilfenrechtliche Privilegierung fällt weg. Ebenso wie im Fall einer unrechtmäßigen Gewährung einer Beihilfe an sich ist daher eine Rückzahlung dieser fehlerverwendeten Mittel vorzusehen.“

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

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

### **4.2.1. Überschreiten der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags**

Ausgehend von dem mit Erkenntnis des VwGH vom 26.06.2019, Ro 2018/03/0047 bis 0048, rechtskräftig abgeschlossenen Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 38 Abs. 1 Z 6 ORF-G, dessen Feststellungen zufolge der ORF dadurch gegen § 8a Abs. 6 Z 1 ORF-G verstoßen hat, dass er am

24.10.2015 das Druckwerk „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ herausgegeben und vertrieben hat, welches nicht überwiegend der Information über dessen Programme und Sendeinhalte gedient hat, und diese Tätigkeit somit nicht von den Aufgaben des ORF und seinen Tochtergesellschaften umfasst war, liegt im vorliegenden Fall für die KommAustria zweifellos ein Sachverhalt gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G vor.

Die Bestimmung des § 8a Abs. 6 Z 1 ORF-G steht systematisch mit den Bestimmungen über den Unternehmensgegenstand gemäß § 2 ORF-G, insbesondere § 2 Abs. 1 Z 4 ORF G, in Zusammenhang, die den zulässigen Tätigkeitsumfang des ORF und seiner Tochtergesellschaften umschreiben. Soweit dem ORF daher gemäß § 8a Abs. 6 Z 1 ORF-G die Herausgabe und der Vertrieb von Produkten, etwa periodischen Druckwerken erlaubt ist, kann sich eine solche Aktivität schon aus systematischen Erwägungen nur auf jene Maßnahmen beschränken, die vereinfacht ausgedrückt einen eindeutigen Konnex zu den Kerntätigkeiten des ORF aufweisen und somit im Sinne von § 2 Abs. 1 Z 4 ORF G für die Vermarktung der Rundfunk- oder Online-Tätigkeiten des ORF geboten sind bzw. „programmbezogene“ Materialien umfassen (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>4</sup>, S. 136f). Zum Verhältnis des § 8a Abs. 6 Z 1 ORF-G zu § 14 Abs. 6 Z 1 ORF-G (Begleitmaterialien) sei an dieser Stelle auf die ausführlichen Erwägungen im erstinstanzlichen Straferkenntnis der KommAustria vom 31.05.2017, KOA 11.100/17-001, verwiesen.

Für die KommAustria ergibt sich daher auch denklösig, dass Überschreitungen des erlaubten Tätigkeitsumfanges des ORF und seiner Tochtergesellschaften, wenn hierfür Mittel aus Programmengelt bzw. gleichzuhaltender Mittel verwendet wurden, schon aufgrund eines Größenschlusses vom Anwendungsbereich des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G umfasst sein müssen. Andernfalls ginge in einem solchen Fall, in dem der ORF oder eine seiner Tochtergesellschaften Mitteln aus dem Programmengelt oder gleichzuhaltende Mitteln verwendet, die Zweckwidmung der Mittel fehl und der Grund für die beihilfenrechtliche Privilegierung fiele weg. Oder anders gesagt: Eine Tätigkeit außerhalb des erlaubten Tätigkeitsumfanges des ORF bzw. seiner Tochtergesellschaften kann – zumal sie im gegenständlichen Fall sogar noch ausdrücklich durch das Gesetz untersagt ist – wohl schwerlich eine Tätigkeit innerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrages des ORF sein, für den eine Heranziehung der genannten Mittel gerechtfertigt wäre.

Auf den ersten Blick scheint zwar der Wortlaut des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G primär auf Fälle der Überschreitung des öffentlich-rechtlichen Auftrags abzustellen, in denen neue Angebote einer Auftragsvorprüfung gemäß den §§6 ff ORF-G zu unterziehen gewesen wären oder denen eine Genehmigung nach einer Auftragsvorprüfung versagt worden ist. Eine solch enge Sichtweise würde jedoch der dem § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G innewohnenden Absicht nicht Rechnung tragen, eine zweckwidrige Verwendung von Mitteln aus Programmengelt rückgängig zu machen (vgl. Erl zur RV 611 BlgNR, 24. GP, oben). Die Formulierung legt zudem nahe, dass die einer Auftragsvorprüfung zu unterziehenden Angebote nur beispielhaft erwähnt werden sollten (arg. „..., insbesondere für die eine Auftragsvorprüfung durchzuführen gewesen wäre...“).

Da das gegenständliche Druckwerk mangels überwiegender Informationen über die Programme und Sendeinhalte des ORF keinen eindeutigen Konnex zu den Kerntätigkeiten des ORF hatte und somit außerhalb des zulässigen Tätigkeitsbereichs gelegen ist, wurden daher auch die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschritten. Somit liegt auch gegenständlich ein Fall des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G vor.

#### **4.2.2. Heranziehung von Mitteln aus Programmengelt bzw. gleichzuhaltender Mittel**

Eine Abschöpfung gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G bedingt weiters, dass der ORF zur Finanzierung der die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreitenden Tätigkeiten Mittel aus Programmengelt herangezogen hat. Nach § 38a Abs. 1 Schlusssatz ORF-G sind den Mitteln aus Programmengelt jene Mittel gleichzuhalten, die bei der Festlegung des Programmengelts nach § 31 Abs. 3 ORF-G in Abzug zu bringen wären.

Gemäß § 31 Abs. 3 ORF-G sind bei Festlegung des Programmengelts Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, öffentliche Zuwendungen (wie jene des § 31 Abs. 11 ORF-G) sowie die in der Widmungsrücklage gebundenen Mittel von den Kosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Abzug zu bringen. Konzernbewertungen sind ebenfalls zu berücksichtigen. Für den Fall, dass der ORF stand-alone kommerzielle Erlöse in Form von Gewinnausschüttungen zum Bestandteil der Mischfinanzierung macht, unterliegen auch diese Mittel der Abschöpfung (vgl. dazu BKS 25.02.2013, 611.805/0001-BKS/2012, hierauf verweisend BVwG 21.12.2016, W120 2006750-1/15E; BVwG 10.08.2017, W249 2014641-1/15E).

Der ORF hat für die Herstellung und den Vertrieb der gegenständlichen „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ Mittel aus Programmengelt bzw. diesen gleichzuhaltenden Mittel herangezogen, sodass diese gesetzwidrige Mittelverwendung im Rahmen dieses Verfahrens rückabzuwickeln ist.

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

#### **4.3. Zur Berechnung und Höhe der abzuschöpfenden Mittel**

Hinsichtlich der anzuwendenden Berechnungsmethode und daraus folgend der Höhe der abzuschöpfenden Mittel ist nach der Rechtsprechung zunächst davon auszugehen, dass bei der Berechnung des abzuschöpfenden Betrages nach dem Prinzip der Vollkostenrechnung direkte Kosten, anteilige gemeinsame Kosten (etwa redaktionelle Tätigkeiten, Grafik und Layout, Fotos) sowie anteilige Gemeinkosten (z.B. Verwaltungskosten für Generaldirektion, Overheads Finanz & Personal der ORF Marketing & Creation GmbH & Co KG, Mietkosten, etc.) für die inkriminierte Tätigkeit und folglich nicht bloß die durch diese zusätzlich entstandenen Kosten zu berücksichtigen sind (vgl. VwGH 06.04.2016, Ro 2015/03/0014, hierauf verweisend: BVwG 21.12.2016, W120 2006750-1/15E und BVwG 10.08.2017, W249 2014641-1/15E). Dieser Ansatz folgt dem Gedanken, dass die mit öffentlichen Mitteln finanzierten gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten anteilig auch den zu Unrecht durchgeführten Tätigkeiten, wie der hier gegenständlichen Herausgabe der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ am 24.10.2015, die nicht überwiegend der Information über über die Programme und Sendeinhalte des ORF gedient hat, zuzurechnen sind, widrigenfalls dem Zweck der Abschöpfung, die durch den Einsatz von öffentlichen Finanzierungsmitteln und ihnen gleichzuhaltenden Mitteln erzielten wettbewerbsverzerrenden Vorteile für den ORF rückgängig zu machen, nicht Rechnung getragen würde.

Ebenso würde dem Ziel der Abschöpfung zweckwidrig verwendeter Mittel nicht entsprochen, würden (konnex-kommerzielle) Erlöse aus jener Tätigkeit, die der ORF bei Überschreitung des öffentlich-rechtlichen Auftrags unter Einsatz von Programmengelt erzielt hat, bei der Berechnung des Abschöpfungsbetrags in Abzug gebracht werden. Insoweit ist daher auch eine Bruttorechnung

anzustellen (vgl. VwGH 06.04.2016, Ro 2015/03/0014, hierauf verweisend: BVwG 21.12.2016, W120 2006750-1/15E und BVwG 10.08.2017, W249 2014641-1/15E).

Schließlich sind nach der Rechtsprechung bei Ermittlung der konkreten Höhe der verwendeten Mittel die absoluten Kosten (vgl. BKS vom 25.02.2013, 611.805/001-BKS/2012) heranzuziehen, sodass sich die Frage nach der allfälligen Berücksichtigung etwaiger rechtskonformer „Ersatzprodukte“ jedenfalls nicht stellt. Würden die relativen Kosten zu einer den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden ORF-Nachlese, der in der Regel die Eigenschaft als Begleitmaterial im Sinne von § 8a Abs. 6 Z 1 Satz 2 iVm § 14 Abs. 6 Z 1 ORF-G zukommt, zum Maßstab der Abschöpfung gemacht, wäre eine Abschöpfung auch nur bei jenen Rechtsverletzungen möglich, die absolut „teurer“ sind, als ein rechtskonformes Ersatzangebot. Maßgeblich sind somit nur die absoluten Kosten, die auf die Herstellung und den Vertrieb des in Rede stehenden Druckwerks „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ entfallen.

Im Sinne der bisher dargestellten absoluten Bruttovollkostenrechnung legte der ORF mit Schreiben vom 09.10.2019 nur die bei der ORF Marketing & Creation GmbH & Co KG, einer öffentlich-rechtliche Tochtergesellschaft, angefallenen Kosten vor. Darunter befanden sich etwa die Kosten der Redaktion (z.B. Personalkosten der Redakteure), Kosten für Grafik, Fotos und Text sowie die Marketing- und Promotionskosten.

Die Druck- und Vertriebskosten wurden hingegen mit der Begründung nicht offengelegt, dass diese bei der ORF Enterprise GmbH & Co KG, einer kommerziellen Tochtergesellschaft, angefallen seien. In diesem Zusammenhang brachte der ORF vor, dass seiner Auffassung nach die Abschöpfung gemäß § 38a ORF-G keine Anwendung auf kommerzielle Tochtergesellschaften oder verbundene Unternehmen finden könne, die gemäß § 2 Abs. 3 Satz 2 ORF-G keine Tätigkeiten wahrnehmen, die im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag stehen. Die Höhe dieser Kosten musste daher im Wege eines Gutachtens des Amtssachverständigen geschätzt werden.

Dem Vorbringen des ORF kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden. Weder ist die vom ORF zitierte Bestimmung des § 2 Abs. 3 Satz 2 ORF-G, wonach auf kommerzielle Tochtergesellschaften oder verbundene Unternehmen gewissen Regelungen des ORF-G keine Anwendung finden, für die vorliegende Konstellation einschlägig, noch könnte daraus abgeleitet werden, dass kommerzielle Tochtergesellschaften oder verbundene Unternehmen nicht vom Anwendungsbereich des § 38a ORF-G erfasst wären; vielmehr ergibt sich aus der genannten Bestimmung gerade das Gegenteil.

Die Bestimmung des § 2 Abs. 3 Satz 2 ORF-G lautet auszugsweise:

***„Unternehmensgegenstand und Finanzierung der Tätigkeiten***

**§ 2. [...]**

*(3) Auf die Tätigkeit von Tochtergesellschaften des Österreichischen Rundfunks und von mit ihm verbundenen Unternehmen finden die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes Anwendung, soweit nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt ist. Keine Anwendung finden die Bestimmungen der §§ 27, 39 bis 39c und 40 Abs. 1 bis 4 und 6 auf Tochtergesellschaften oder verbundene Unternehmen, die keine Tätigkeiten wahrnehmen, die im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag stehen.*

*[...].“*

Wie auch die Erläuterungen (vgl. Erl zur RV 632 BlgNR 25. GP) hierzu betonen, *„unterliegen auch Tochtergesellschaften, die ausschließlich kommerzielle Tätigkeiten in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag wahrnehmen (z.B. Werbezeitenverkauf, Mitbenutzung von Sendeanlagen), dem ORF-G und damit der Aufsicht der Regulierungsbehörde und der Prüfungskommission. Die Ausnahme hinsichtlich der Bestimmungen der §§ 27, 39 bis 39c und 40 Abs. 1 bis 4 und 6 bezieht sich nur auf Tochtergesellschaften, die so genannte „stand alone“ kommerzielle Tätigkeiten, d.h. solche ohne Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, ausüben (vgl. ident auch § 31 Abs. 3 und § 8a Abs. 5).“*

Zunächst ist daher festzuhalten, dass § 38a ORF-G von den in dieser Bestimmung zitierten Ausnahmetatbeständen für kommerzielle Tochtergesellschaften und verbundene Unternehmen nicht umfasst ist, sondern es gerade in Bezug auf die Bestimmung des § 38a ORF-G keine ausdrückliche Regelung gibt, die deren Anwendung auf die Tätigkeit von Tochtergesellschaften des ORF und von mit ihm verbundenen Unternehmen ausschließt. Darüber hinaus aber stellt die ORF Enterprise GmbH & Co KG geradezu den idealtypischen Fall einer Tochtergesellschaft dar, die kommerzielle Tätigkeiten in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag wahrnimmt (z.B. Werbezeitenverkauf für die öffentlich-rechtlichen Programme des ORF).

Entgegen der Ansicht des ORF stellt diese Bestimmung somit ausdrücklich klar, dass sich der ORF seiner öffentlich-rechtlichen Bindungen nicht dadurch entledigen kann, dass er bestimmte seiner Tätigkeiten in Tochtergesellschaften auslagert (vgl. dazu bereits Erl 611 BlgNR 24. GP zu § 2 Abs. 3 ORF-G idF BGBl I Nr. 50/2010 mwN: BKS 25.09.2006, 611.933/0006-BKS/2001, BKS 10.12.2007, 611.963/0006-BKS/2007; BKS 31.03.2008, GZ 611.009/0002-BKS/2008).

Umgelegt auf den gegenständlichen Fall eines Verstoßes gegen § 8a Abs. 6 Z 1 ORF-G, wonach die Möglichkeit zur Herausgabe und zum Vertrieb von periodischen Druckwerken auf jenen schmalen Bereich beschränkt sein soll, der überwiegend der Information über eigene Programme und Sendehalte des ORF dient und damit untrennbar mit der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags verbunden ist, kann daher die Auslagerung einzelner Tätigkeiten – etwa der Druck und der Vertrieb der ORF-Nachlese – an kommerzielle Tochtergesellschaften nicht dazu führen, dass die hierfür entstandenen Kosten bei einer Abschöpfung der aufgewendeten Mittel aus Programmentgelt außer Betracht zu bleiben haben.

Soweit der ORF mit seinem Vorbringen allenfalls darlegen wollte, dass die für die Herstellung und die Herausgabe der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ aufgewendeten Mittel zum Teil nicht aus öffentlich finanzierten Mitteln stammten, ist darauf zu verweisen, dass sich der ORF einer Abschöpfung nach § 38a ORF-G nicht mit dem Argument entziehen kann, dass eine rechtswidrige Aktivität aus kommerziellen Erlösen finanziert worden sei, wenn auch kommerzielle Erlöse zum Bestandteil der Mischfinanzierung gemacht werden (vgl. dazu VwGH 06.04.2016, Ro 2015/03/0014; *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>4</sup>, 368). Die Erläuterungen (vgl. RV 611 BlgNR 24. GP zu § 38a ORF-G) halten dazu unmissverständlich fest, dass *„Mitteln aus Programmentgelt im Lichte der komplementären Finanzierung jene Mittel gleichgehalten werden, die bei der Berechnung des Programmentgelts nach § 31 Abs. 3 in Abzug zu bringen wären. Dies betrifft insbesondere kommerzielle Erträge. Es ist daher irrelevant, aus welchem Titel die unrechtmäßig verwendeten Mittel stammen.“*

Diesem Gedanken folgend und angesichts des mit der Bestimmung nach § 38a ORF-G verfolgten Zieles, die Verwendung von Mitteln, die dem ORF aus Programmentgelt gewährt werden, für nicht

im öffentlichen Auftrag liegende Zwecke hintanzuhalten, ist es daher unerheblich, wenn der ORF solche Tätigkeiten teilweise in kommerzielle Tochtergesellschaften auslagert.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen war die Höhe der für die Herausgabe und den Vertrieb der „ORF-Nachlese Edition Winterzeit“ aufgewendeten Mittel aus Programmengelt oder diesen gleichzuhaltenden Mittel mit einem Betrag in Höhe von EUR 41.408, 61 festzulegen.

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

#### **4.4. Abführung auf das Sperrkonto**

Gemäß § 38a Abs. 2 ORF-G hat der ORF aufgrund einer mit Bescheid angeordneten Abschöpfung die Mittel in der angeordneten Höhe dem Sperrkonto gemäß § 39c ORF-G zuzuführen und gesondert auszuweisen.

Die bescheidmäßig angeordnete Abschöpfung verpflichtet den ORF daher zu einer Leistung bzw. zur Herstellung eines bestimmten Zustandes. In diesen Fällen ist nach § 59 Abs. 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 58/2018, im Spruch zugleich auch eine angemessene Frist zur Ausführung der Leistung oder Herstellung zu bestimmen.

Im Verfahren haben sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der ORF nicht zeitnah nach Rechtskraft der Entscheidung zu der erforderlichen Mittelumschichtung auf das bereits aufgrund früher ergangener Entscheidungen eingerichtete Sperrkonto in der Lage wäre. Insbesondere besteht im Lichte der im Verhältnis zu den sonstigen betrieblichen Kennzahlen des ORF vernachlässigbaren Größenordnung des Abschöpfungsbetrages kein Anlass, an der kurzfristigen Mittelverfügbarkeit zu zweifeln. Es erscheint daher eine Frist von zwei Wochen ab Rechtskraft des Bescheides für die Herstellung eines dem § 38a Abs. 2 ORF-G entsprechenden Zustandes angemessen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid steht der/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG beim Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Kommunikationsbehörde Austria einzubringen. Die Beschwerde hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, ebenso wie die belangte Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren sowie die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 11.100/20-002“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtzahlung“ sind die Steuernummer/Abgabenkontonummer 109999102, die

Abgabenart „EEE – Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 02. Juni 2020

**Kommunikationsbehörde Austria**  
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris  
(Vorsitzender)