

TE Bvwg Erkenntnis 2017/8/10 W249 2014641-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.08.2017

Entscheidungsdatum

10.08.2017

Norm

B-VG Art.133 Abs4

KOG §36

ORF-G §3 Abs5 Z2

ORF-G §31 Abs2

ORF-G §31 Abs3

ORF-G §38 Abs1 Z1

ORF-G §38a Abs1 Z1

ORF-G §38a Abs2

ORF-G §39c

ORF-G §4b Abs4

ORF-G §4f Abs1

ORF-G §4f Abs2 Z28

ORF-G §6 Abs2

VwGVG §24 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
-
1. KOG § 36 heute
 2. KOG § 36 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2013

3. KOG § 36 gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

1. ORF-G § 3 heute

2. ORF-G § 3 gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023

3. ORF-G § 3 gültig von 09.09.2023 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023

4. ORF-G § 3 gültig von 01.10.2010 bis 08.09.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

5. ORF-G § 3 gültig von 01.08.2007 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 52/2007

6. ORF-G § 3 gültig von 01.01.2006 bis 31.07.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 159/2005

7. ORF-G § 3 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001

8. ORF-G § 3 gültig von 06.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 1/1999

9. ORF-G § 3 gültig von 29.09.1984 bis 05.01.1999

1. ORF-G § 31 heute

2. ORF-G § 31 gültig ab 01.01.2027 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2026

3. ORF-G § 31 gültig von 24.04.2026 bis 31.12.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 20/2026

4. ORF-G § 31 gültig von 01.08.2025 bis 23.04.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2025

5. ORF-G § 31 gültig von 19.04.2025 bis 31.07.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 16/2025

6. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2024 bis 18.04.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023

7. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2024 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2022

8. ORF-G § 31 gültig von 01.08.2014 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 55/2014

9. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2012 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2011

10. ORF-G § 31 gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

11. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2002 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001

12. ORF-G § 31 gültig von 29.09.1984 bis 31.12.2001

1. ORF-G § 31 heute

2. ORF-G § 31 gültig ab 01.01.2027 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2026

3. ORF-G § 31 gültig von 24.04.2026 bis 31.12.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 20/2026

4. ORF-G § 31 gültig von 01.08.2025 bis 23.04.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2025

5. ORF-G § 31 gültig von 19.04.2025 bis 31.07.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 16/2025

6. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2024 bis 18.04.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023

7. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2024 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2022

8. ORF-G § 31 gültig von 01.08.2014 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 55/2014

9. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2012 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2011

10. ORF-G § 31 gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

11. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2002 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001

12. ORF-G § 31 gültig von 29.09.1984 bis 31.12.2001

1. ORF-G § 38 heute

2. ORF-G § 38 gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023

3. ORF-G § 38 gültig von 01.01.2021 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 150/2020

4. ORF-G § 38 gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

5. ORF-G § 38 gültig von 01.08.2007 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 52/2007

6. ORF-G § 38 gültig von 01.01.2002 bis 31.07.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001

1. ORF-G § 38a heute

2. ORF-G § 38a gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023

3. ORF-G § 38a gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

1. ORF-G § 38a heute

2. ORF-G § 38a gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023

3. ORF-G § 38a gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

1. ORF-G § 39c heute

2. ORF-G § 39c gültig ab 01.08.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 55/2014

3. ORF-G § 39c gültig von 01.10.2010 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

1. ORF-G § 4b heute
2. ORF-G § 4b gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023
3. ORF-G § 4b gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2013
4. ORF-G § 4b gültig von 28.03.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2012
5. ORF-G § 4b gültig von 01.10.2010 bis 27.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

1. ORF-G § 4f heute
2. ORF-G § 4f gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023
3. ORF-G § 4f gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2018
4. ORF-G § 4f gültig von 01.04.2017 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2016
5. ORF-G § 4f gültig von 06.08.2013 bis 31.03.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 169/2013
6. ORF-G § 4f gültig von 28.03.2012 bis 05.08.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2012
7. ORF-G § 4f gültig von 01.10.2010 bis 27.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

1. ORF-G § 4f heute
2. ORF-G § 4f gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023
3. ORF-G § 4f gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2018
4. ORF-G § 4f gültig von 01.04.2017 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2016
5. ORF-G § 4f gültig von 06.08.2013 bis 31.03.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 169/2013
6. ORF-G § 4f gültig von 28.03.2012 bis 05.08.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2012
7. ORF-G § 4f gültig von 01.10.2010 bis 27.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

1. ORF-G § 6 heute
2. ORF-G § 6 gültig ab 01.10.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010
3. ORF-G § 6 gültig von 01.01.2002 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001
4. ORF-G § 6 gültig von 29.09.1984 bis 31.12.2001

1. VwGVG § 24 heute
2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W249 2014641-1/15

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Ingrid ZEHETNER als Vorsitzende und die Richter Dr. Christian EISNER und Mag. Walter TOLAR als Beisitzer über die Beschwerde des ÖSTERREICHISCHEN RUNDFUNKS (ORF) gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 15.10.2014, KOA 11.260/14-017 zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G als unbegründet abgewiesen. Die Beschwerde wird gemäß Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Mit dem angefochtenen Bescheid sprach die belangte Behörde am 15.10.2014, GZ KOA 11.260/14-017, wie folgt aus:

"1. Aufgrund des vom Österreichischen Rundfunk (ORF) im Zeitraum vom 01.02.2013 bis zum 21.02.2013 bereitgestellten eigens für mobile Endgeräte gestalteten Online-Angebotes zur XXXX in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android-Geräte ("mobile App"), das gemäß dem rechtskräftigen Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 11.11.2013, GZ 611.812/0001 BKS/2013, als die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreitend anzusehen ist, wird gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 1 letzter Satz ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idFBGBl. I Nr. 55/2014, die Abschöpfung von Einnahmen aus Programmentgelt bzw. diesen gleichzuhaltenden Mitteln in der Höhe von EUR 140.930,84 angeordnet."1. Aufgrund des vom Österreichischen Rundfunk (ORF) im Zeitraum vom 01.02.2013 bis zum 21.02.2013 bereitgestellten eigens für mobile Endgeräte gestalteten Online-Angebotes zur römisch 40 in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android-Geräte ("mobile App"), das gemäß dem rechtskräftigen Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 11.11.2013, GZ 611.812/0001 BKS/2013, als die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreitend anzusehen ist, wird gemäß Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Absatz eins, letzter Satz ORF-Gesetz (ORF-G), Bundesgesetzblatt Nr. 379 aus 1984, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 55 aus 2014,, die Abschöpfung von Einnahmen aus Programmentgelt bzw. diesen gleichzuhaltenden Mitteln in der Höhe von EUR 140.930,84 angeordnet.

2. Dem ORF wird gemäß § 38a Abs. 2 ORF-G aufgetragen, die nach Spruchpunkt 1. abgeschöpften Mittel binnen vier Wochen nach Rechtskraft dieses Bescheides dem Sperrkonto nach § 39c ORF-G zuzuführen und gesondert auszuweisen."2. Dem ORF wird gemäß Paragraph 38 a, Absatz 2, ORF-G aufgetragen, die nach Spruchpunkt 1. abgeschöpften Mittel binnen vier Wochen nach Rechtskraft dieses Bescheides dem Sperrkonto nach Paragraph 39 c, ORF-G zuzuführen und gesondert auszuweisen."

2. Begründend führte die belangte Behörde insbesondere aus, dass die Anwendbarkeit der Bruttovollkostenrechnung bei der Ermittlung der Höhe der abzuschöpfenden Einnahmen aus Programmentgelt gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G prinzipiell auf den Bescheiden der KommAustria vom 28.11.2012, KOA 11.263/12-021, (bestätigt mit Bescheid des BKS vom 25.02.2013, GZ 611.805/001-BKS/2012) sowie vom 19.02.2014, KOA 11.263/14-001, beruhe. Die Feststellung zur Gesamthöhe der für die Bereitstellung der inkriminierten "mobilen App" verwendeten Mittel ergebe sich aus den schlüssigen Ausführungen und Berechnungen des Amtssachverständigen in seinem Gutachten vom 22.09.2014, die sich mit den vom ORF mit Schreiben vom 06.06.2014 und 11.07.2014 vorgelegten Unterlagen sowie den adaptierten Berechnungen der Höhe der für die Bereitstellung verwendeten Mittel des ORF in seinem Schreiben vom 05.08.2014 deckten.2. Begründend führte die belangte Behörde insbesondere aus, dass die Anwendbarkeit der Bruttovollkostenrechnung bei der Ermittlung der Höhe der abzuschöpfenden Einnahmen aus Programmentgelt gemäß Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G prinzipiell auf den Bescheiden der KommAustria vom 28.11.2012, KOA 11.263/12-021, (bestätigt mit Bescheid des BKS vom 25.02.2013, GZ 611.805/001-BKS/2012) sowie vom 19.02.2014, KOA 11.263/14-001, beruhe. Die Feststellung zur Gesamthöhe der für die Bereitstellung der inkriminierten "mobilen App" verwendeten Mittel ergebe sich aus den schlüssigen Ausführungen und Berechnungen des Amtssachverständigen in seinem Gutachten vom 22.09.2014, die sich mit den vom ORF mit Schreiben vom 06.06.2014 und 11.07.2014 vorgelegten Unterlagen sowie den adaptierten Berechnungen der Höhe der für die Bereitstellung verwendeten Mittel des ORF in seinem Schreiben vom 05.08.2014 deckten.

2.1. Überschreiten der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags

Ausgehend vom zugrundeliegenden Bescheid des BKS sei festzuhalten, dass es sich bei § 4f Abs. 2 ORF-G zweifelsfrei um eine Norm handelt, die die "Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags" iSd § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G festlege. Diese Sichtweise ergebe sich insbesondere mit Blick auf die Erläuterungen zu § 4f Abs. 2 ORF-G (Erl zur RV 611 BlgNR, 24. GP), in denen unter anderem festgehalten werde, dass "die Ausschlussliste des Abs. 2 in umfassender Weise Angebote auf[zählt], die und deren Erbringung daher bereits nach geltender Rechtslage nicht zulässig wäre; jene in der Liste enthaltenen Angebote, die im Rahmen des Unternehmensgegenstandes liegen, können gegebenenfalls als kommerzielle Aktivität gemäß § 8a bei entsprechender organisatorischer und rechnerischer Trennung bereitgestellt

werden."Ausgehend vom zugrundeliegenden Bescheid des BKS sei festzuhalten, dass es sich bei Paragraph 4 f, Absatz 2, ORF-G zweifelsfrei um eine Norm handelt, die die "Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags" iSd Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G festlege. Diese Sichtweise ergebe sich insbesondere mit Blick auf die Erläuterungen zu Paragraph 4 f, Absatz 2, ORF-G (Erl zur Regierungsvorlage 611 BlgNR, 24. GP), in denen unter anderem festgehalten werde, dass "die Ausschlussliste des Absatz 2, in umfassender Weise Angebote auf[zählt], die und deren Erbringung daher bereits nach geltender Rechtslage nicht zulässig wäre; jene in der Liste enthaltenen Angebote, die im Rahmen des Unternehmensgegenstandes liegen, können gegebenenfalls als kommerzielle Aktivität gemäß Paragraph 8 a, bei entsprechender organisatorischer und rechnerischer Trennung bereitgestellt werden."

Die belangte Behörde gehe daher davon aus, dass das in § 4f Abs. 2 Z 28 ORF-G festgelegte Verbot von der Bereitstellung von eigens für mobile Endgeräte gestalteten Angeboten gerade einen typischen Fall der "Grenzziehung" des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Sinne des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G darstelle. Die durch die Bereitstellung eines eigens für mobile Endgeräte gestalteten Online-Angebotes XXXX in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android-Geräte ("mobile App") verwirklichte Überschreitung dieser Grenze habe daher eine Abschöpfung nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G zur Folge. Die belangte Behörde gehe daher davon aus, dass das in Paragraph 4 f, Absatz 2, Ziffer 28, ORF-G festgelegte Verbot von der Bereitstellung von eigens für mobile Endgeräte gestalteten Angeboten gerade einen typischen Fall der "Grenzziehung" des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Sinne des Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G darstelle. Die durch die Bereitstellung eines eigens für mobile Endgeräte gestalteten Online-Angebotes römisch 40 in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android-Geräte ("mobile App") verwirklichte Überschreitung dieser Grenze habe daher eine Abschöpfung nach Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G zur Folge.

2.2. Heranziehung von Mitteln aus Programmentgelt bzw. gleichzuhaltender Mittel

§ 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G setze weiters voraus, dass der ORF im Hinblick auf die in Frage stehende Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags Mittel aus Programmentgelt für diese Tätigkeiten herangezogen habe. Nach § 38a Abs. 1 Schlusssatz ORF-G seien den Mitteln aus Programmentgelt jene Mittel gleichzuhalten, die bei der Festlegung des Programmentgelts nach § 31 Abs. 3 in Abzug zu bringen wären. Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G setze weiters voraus, dass der ORF im Hinblick auf die in Frage stehende Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags Mittel aus Programmentgelt für diese Tätigkeiten herangezogen habe. Nach Paragraph 38 a, Absatz eins, Schlusssatz ORF-G seien den Mitteln aus Programmentgelt jene Mittel gleichzuhalten, die bei der Festlegung des Programmentgelts nach Paragraph 31, Absatz 3, in Abzug zu bringen wären.

§ 31 Abs. 3 ORF-G bestimme, dass von den Kosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags 1.) die Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, 2.) öffentliche Zuwendungen (wie jene des § 31 Abs. 11 ORF-G) sowie 3.) die in der Widmungsrücklage gebundenen Mittel in Abzug zu bringen seien. Konzernbewertungen seien zu berücksichtigen. Paragraph 31, Absatz 3, ORF-G bestimme, dass von den Kosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags 1.) die Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, 2.) öffentliche Zuwendungen (wie jene des Paragraph 31, Absatz 11, ORF-G) sowie 3.) die in der Widmungsrücklage gebundenen Mittel in Abzug zu bringen seien. Konzernbewertungen seien zu berücksichtigen.

Der BKS habe in diesem Zusammenhang die Rechtsauffassung der KommAustria geteilt und klargestellt, dass Erlöse aus kommerziellen Aktivitäten, die in keinem Zusammenhang mit dem öffentlich rechtlichen Auftrag stehen (sog. "stand alone kommerzielle Aktivitäten") zwar bei der Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags grundsätzlich außer Betracht zu bleiben hätten. Eine Mittelverwendung führe in diesem Zusammenhang nicht unmittelbar zu einem Abzug bei der Nettokostenberechnung nach § 31 ORF-G, sondern erst dann, wenn es zu einer freiwilligen Ausschüttung dieser Erträge komme und diese für den öffentlich-rechtlichen Bereich verwendet würden. Es sei daher davon auszugehen, dass auch unter dem Gesichtspunkt des § 38a ORF-G kein Unterschied bestehe, ob derartige Erträge für die konkret zur Beurteilung anstehende Bereitstellung verwendet wurden, da sie in diesem Fall bei der Nettokostenberechnung in Abzug zu bringen wären (vgl. BKS 18.04.2013, GZ 611.941/0005-BKS/2013). Der BKS habe in diesem Zusammenhang die Rechtsauffassung der KommAustria geteilt und klargestellt, dass Erlöse aus kommerziellen Aktivitäten, die in keinem Zusammenhang mit dem öffentlich rechtlichen Auftrag stehen (sog. "stand alone kommerzielle Aktivitäten") zwar bei der Ermittlung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags grundsätzlich außer Betracht zu bleiben hätten. Eine Mittelverwendung führe in diesem Zusammenhang nicht unmittelbar zu einem Abzug bei der Nettokostenberechnung nach Paragraph 31, ORF-G, sondern erst dann, wenn es

zu einer freiwilligen Ausschüttung dieser Erträge komme und diese für den öffentlich-rechtlichen Bereich verwendet würden. Es sei daher davon auszugehen, dass auch unter dem Gesichtspunkt des Paragraph 38 a, ORF-G kein Unterschied bestehe, ob derartige Erträge für die konkret zur Beurteilung anstehende Bereitstellung verwendet wurden, da sie in diesem Fall bei der Nettokostenberechnung in Abzug zu bringen wären (vergleiche BKS 18.04.2013, GZ 611.941/0005-BKS/2013).

Der ORF habe für die Bereitstellung der inkriminierten mobilen App unstrittig Mittel aus Programmengelt bzw. diesen gleichzuhaltende Mittel herangezogen, sodass diese gesetzwidrige Mittelverwendung im Rahmen dieses Verfahrens rückabzuwickeln sei.

2.3. Bruttovollkostenrechnung

Mit Bescheid des BKS vom 25.02.2013, GZ 611.805/0001-BKS/2012, sei die von der KommAustria angenommene Anwendbarkeit einer absoluten Bruttovollkostenrechnung zur Ermittlung der Höhe der nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G abzuschöpfenden Mittel bestätigt worden. Mit Bescheid des BKS vom 25.02.2013, GZ 611.805/0001-BKS/2012, sei die von der KommAustria angenommene Anwendbarkeit einer absoluten Bruttovollkostenrechnung zur Ermittlung der Höhe der nach Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G abzuschöpfenden Mittel bestätigt worden.

Mit der Bezugnahme auf die "Heranziehung" von Mitteln für eine iSd § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G verbotene Tätigkeit habe der Gesetzgeber als Beurteilungsmaßstab jenen Zeitpunkt vorgegeben, in dem das rechtswidrige Verhalten gesetzt worden sei. Mit der Bezugnahme auf die "Heranziehung" von Mitteln für eine iSd Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G verbotene Tätigkeit habe der Gesetzgeber als Beurteilungsmaßstab jenen Zeitpunkt vorgegeben, in dem das rechtswidrige Verhalten gesetzt worden sei.

Diesem Gedanken Rechnung tragend sei zunächst festzuhalten, dass eine Teilkostenrechnung als mögliches Berechnungsszenario nicht zur Anwendung gelange.

Soweit der ORF meine, dass die vom BKS und der KommAustria in ihren Vorentscheidungen bei der Ermittlung der Höhe des Abschöpfungsbetrages gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G angewandte Vollkostenrechnung nicht 1:1 auf den Online-Bereich übertragen werden könne und nur die Kosten für die strukturierte Neuzusammenstellung und nicht für die Erstellung der Inhalte als solche abgeschöpft werden können, könne ihm vor dem Hintergrund, dass die KommAustria auch im vorliegenden Zusammenhang davon ausgehe, dass nur eine Vollkostenrechnung dem Zweck des § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G entspreche, nicht gefolgt werden. Der Gesetzgeber stelle mit der "Heranziehung von Mitteln" auf jenen Zeitpunkt ab, in dem die rechtswidrige Tätigkeit tatsächlich gesetzt und somit verwirklicht werde. In diesem Zeitpunkt könne aber mangels Kenntnis über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit bestimmter Teilmengen der in Frage stehenden Tätigkeit keine "hypothetische" Teilkostenrechnung stattfinden, da diese stets von dem erst nachträglich feststellbaren Ausmaß der Überschreitung des öffentlich-rechtlichen Auftrags abhängig sei. Anders ausgedrückt, wäre der ORF im Zeitpunkt der Bereitstellung der inkriminierten "mobilen App" zu einer Teilkostenrechnung deswegen nicht in der Lage, weil diese das Wissen über das genaue Ausmaß der Rechtswidrigkeit voraussetze. Im maßgeblichen Zeitpunkt der Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags sei daher davon auszugehen, dass eine Aufteilung der gemeinsamen Kosten und der Gemeinkosten bloß auf das rechtskonform bereitgestellte Online-Angebot methodisch unzulässig, weil faktisch mangels Kenntnis dieser Unbekannten unmöglich sei. Eine Teilkostenrechnung stelle sich als eine "Was-wäre-Wenn"-Rechnung dar, die in der verfahrensgegenständlichen Konstellation für die Beantwortung der Frage, welche Mittel für eine bestimmte Tätigkeit im Zeitpunkt ihrer tatsächlichen Durchführung herangezogen werden, ungeeignet sei. Soweit der ORF meine, dass die vom BKS und der KommAustria in ihren Vorentscheidungen bei der Ermittlung der Höhe des Abschöpfungsbetrages gemäß Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G angewandte Vollkostenrechnung nicht 1:1 auf den Online-Bereich übertragen werden könne und nur die Kosten für die strukturierte Neuzusammenstellung und nicht für die Erstellung der Inhalte als solche abgeschöpft werden können, könne ihm vor dem Hintergrund, dass die KommAustria auch im vorliegenden Zusammenhang davon ausgehe, dass nur eine Vollkostenrechnung dem Zweck des Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G entspreche, nicht gefolgt werden. Der Gesetzgeber stelle mit der "Heranziehung von Mitteln" auf jenen Zeitpunkt ab, in dem die rechtswidrige Tätigkeit tatsächlich gesetzt und somit verwirklicht werde. In diesem Zeitpunkt könne aber mangels Kenntnis über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit bestimmter Teilmengen der in Frage stehenden Tätigkeit keine "hypothetische" Teilkostenrechnung stattfinden, da diese stets von dem erst nachträglich feststellbaren Ausmaß der Überschreitung des öffentlich-rechtlichen Auftrags abhängig sei. Anders

ausgedrückt, wäre der ORF im Zeitpunkt der Bereitstellung der inkriminierten "mobilen App" zu einer Teilkostenrechnung deswegen nicht in der Lage, weil diese das Wissen über das genaue Ausmaß der Rechtswidrigkeit voraussetze. Im maßgeblichen Zeitpunkt der Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags sei daher davon auszugehen, dass eine Aufteilung der gemeinsamen Kosten und der Gemeinkosten bloß auf das rechtskonform bereitgestellte Online-Angebot methodisch unzulässig, weil faktisch mangels Kenntnis dieser Unbekannten unmöglich sei. Eine Teilkostenrechnung stelle sich als eine "Was-wäre-Wenn"-Rechnung dar, die in der verfahrensgegenständlichen Konstellation für die Beantwortung der Frage, welche Mittel für eine bestimmte Tätigkeit im Zeitpunkt ihrer tatsächlichen Durchführung herangezogen werden, ungeeignet sei.

Demgegenüber beantworte die Vollkostenrechnung schlüssig die Frage, welche Kosten der Bereitstellung der inkriminierten "mobilen App" aus der Gesamtheit aller im Zusammenhang mit der XXXX bereitgestellten Inhalte zuzurechnen sind, ohne dass dies die Kenntnis über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der in Frage stehenden Bereitstellung voraussetze. Ausweislich der Materialien zu § 38a ORF-G habe der Gesetzgeber eine vollständige Rückzahlung vor Augen. Konsequenterweise müsse der Bereitstellung der gesetzwidrigen "mobilen App" auch der entsprechende Anteil an gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten zugeordnet werden. Da es im Zusammenhang mit § 38a ORF-G zudem ausschließlich um eine Rückzahlung "fehlverwendeter Mittel" - worunter sämtliche Mittel zu verstehen seien, die konkret für die Tätigkeit herangezogen wurden, welche die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschritten haben - gehe, seien in diesem Zusammenhang auch "gemeinsame Kosten" und "Gemeinkosten" zu berücksichtigen. Bloß auf die Kosten der "Neuzusammenstellung" des Contents für die mobile App abzustellen, greife insoweit zu kurz, als diese Neuzusammenstellung bloß (rechtswidrig) den Zugang zum – auch an anderer Stelle rechtskonform – verwendeten Content ermöglicht habe. Sie stelle sich daher bloß als ein untergeordnetes, unselbständiges Element dar, welches für sich alleine genommen auch gar keinen Zweck erfüllt hätte. Tatsächlich hätten nämlich die Nutzer der mobilen App auch nur über diesen (rechtswidrigen) Weg den Content in Anspruch genommen und müsse daher nach kostenrechnerischen Grundsätzen auch eine Berücksichtigung der "gemeinsamen Kosten" des über die mobile App vermittelten Contents im Wege der Vollkostenrechnung erfolgen. Demgegenüber beantworte die Vollkostenrechnung schlüssig die Frage, welche Kosten der Bereitstellung der inkriminierten "mobilen App" aus der Gesamtheit aller im Zusammenhang mit der römisch 40 bereitgestellten Inhalte zuzurechnen sind, ohne dass dies die Kenntnis über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der in Frage stehenden Bereitstellung voraussetze. Ausweislich der Materialien zu Paragraph 38 a, ORF-G habe der Gesetzgeber eine vollständige Rückzahlung vor Augen. Konsequenterweise müsse der Bereitstellung der gesetzwidrigen "mobilen App" auch der entsprechende Anteil an gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten zugeordnet werden. Da es im Zusammenhang mit Paragraph 38 a, ORF-G zudem ausschließlich um eine Rückzahlung "fehlverwendeter Mittel" - worunter sämtliche Mittel zu verstehen seien, die konkret für die Tätigkeit herangezogen wurden, welche die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschritten haben - gehe, seien in diesem Zusammenhang auch "gemeinsame Kosten" und "Gemeinkosten" zu berücksichtigen. Bloß auf die Kosten der "Neuzusammenstellung" des Contents für die mobile App abzustellen, greife insoweit zu kurz, als diese Neuzusammenstellung bloß (rechtswidrig) den Zugang zum – auch an anderer Stelle rechtskonform – verwendeten Content ermöglicht habe. Sie stelle sich daher bloß als ein untergeordnetes, unselbständiges Element dar, welches für sich alleine genommen auch gar keinen Zweck erfüllt hätte. Tatsächlich hätten nämlich die Nutzer der mobilen App auch nur über diesen (rechtswidrigen) Weg den Content in Anspruch genommen und müsse daher nach kostenrechnerischen Grundsätzen auch eine Berücksichtigung der "gemeinsamen Kosten" des über die mobile App vermittelten Contents im Wege der Vollkostenrechnung erfolgen.

Nach der Entscheidungspraxis des BKS und der KommAustria sei, da dem § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G eine strikt auf die Mittelverwendung bezogene Betrachtungsweise zu Grunde liege, zudem ausgeschlossen, dass Erlöse, die im Umfeld einer der Abschöpfung nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G unterliegenden Tätigkeit generiert werden, bei der Berechnung des Abschöpfungsbetrages in Abzug zu bringen seien (Nettokostenmethode). Vielmehr sei eine Berechnung der Bruttokosten vorzunehmen. Dies schließe u.a. aus, dass sich aus einer Rechtsverletzung negative Nettokosten ergäben und sich insoweit rechtswidriges Verhalten aus betriebswirtschaftlicher Sicht durch eine "Gegenverrechnung" mit den im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Handlung stehenden Erlösen "rechne". Nach der Entscheidungspraxis des BKS und der KommAustria sei, da dem Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G eine strikt auf die Mittelverwendung bezogene Betrachtungsweise zu Grunde liege, zudem ausgeschlossen, dass Erlöse, die im Umfeld einer der Abschöpfung nach Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G unterliegenden Tätigkeit generiert werden, bei der Berechnung des Abschöpfungsbetrages in Abzug zu bringen seien (Nettokostenmethode). Vielmehr sei eine

Berechnung der Bruttokosten vorzunehmen. Dies schließe u.a. aus, dass sich aus einer Rechtsverletzung negative Nettokosten ergäben und sich insoweit rechtswidriges Verhalten aus betriebswirtschaftlicher Sicht durch eine "Gegenverrechnung" mit den im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Handlung stehenden Erlösen "rechne".

Auch im vorliegenden Zusammenhang gehe die KommAustria davon aus, dass zur Ermittlung der Höhe der nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G abzuschöpfenden Mittel eine Bruttovollkostenrechnung zur Anwendung gelange. Im Hinblick auf die Berechnung der Bruttokosten könne daher in Bezug auf die inkriminierte "mobile App" dahingestellt bleiben, ob und in welchem Ausmaß auch Erlöse generiert wurden. Auch im vorliegenden Zusammenhang gehe die KommAustria davon aus, dass zur Ermittlung der Höhe der nach Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G abzuschöpfenden Mittel eine Bruttovollkostenrechnung zur Anwendung gelange. Im Hinblick auf die Berechnung der Bruttokosten könne daher in Bezug auf die inkriminierte "mobile App" dahingestellt bleiben, ob und in welchem Ausmaß auch Erlöse generiert wurden.

Im Hinblick auf die vom BKS und der KommAustria im Zusammenhang mit der Ermittlung der konkreten Höhe der verwendeten Mittel angenommenen absoluten Kosten sei darüber hinaus festzuhalten, dass sich im vorliegenden Zusammenhang, wo ein zusätzliches Angebot bereitgestellt wurde, die Frage nach der allfälligen Berücksichtigung etwaiger "Ersatzprodukte" (zum Füllen einer Lücke) jedenfalls nicht stelle und insoweit keine Unterscheidung zwischen einer "absoluten" und "relativen" Bruttovollkostenrechnung zu treffen sei.

Im Ergebnis sei daher entsprechend der Rechtsprechung des BKS und der KommAustria im vorliegenden Fall – entgegen den Ausführungen des ORF – von der Anwendbarkeit einer Bruttovollkostenrechnung auszugehen.

2.4. Aufteilung der Kosten

Da die Aufteilung der Kosten zwischen der "mobilen App" und der "Web App" vom ORF nachvollziehbar dargelegt worden sei, es sich im konkreten Einzelfall um eine mögliche Art der Kostenzurechnung handle und für die KommAustria keine Anhaltspunkte erkennbar seien, die Anlass zu Zweifel an der Richtigkeit der vom ORF vorgenommenen Kostenaufteilung ergeben hätten, sei dem ORF hinsichtlich seiner vorgenommenen Kostenaufteilung zu folgen.

3. Gegen diesen Bescheid wendet sich die vorliegende Beschwerde, mit welcher der Bescheid "insbesondere wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts im gesamten Umfang angefochten" wird und die Anträge gestellt werden, das Bundesverwaltungsgericht möge "a.) eine mündliche Verhandlung durchführen und

b.) in der Sache selbst erkennen und den angefochtenen Bescheid aufheben und das Verfahren einstellen, in eventu

c.) in der Sache selbst erkennen und den angefochtenen Bescheidspruch durch Reduktion des Abschöpfungsbetrags reduzieren, in eventu

d.) den angefochtenen Bescheid aufheben und die Verwaltungssache zur Verfahrensergänzung an die Behörde zurückverweisen.

In eventu ergeht die Anregung, das BVwG möge dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorlegen, ob und wenn ja in welcher Höhe in vergleichbaren Fällen eine Rückzahlung von Beihilfen beihilfenrechtlich erforderlich ist."

In der Beschwerde wird im Wesentlichen vorgebracht, dass eine Abschöpfung überhaupt zu unterbleiben habe, da eine (relevante) Überschreitung einer Grenze des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht vorgelegen sei und Mittel aus Programmentgelt nicht herangezogen worden seien. In eventu sei eine Abschöpfung nicht in der von der KommAustria angenommenen Höhe anzuordnen.

In der Beschwerde wird auf eine vom Beschwerdeführer anhängig gemachte Beschwerde gemäß Art. 144 Abs. 2 B-VG an den Verfassungsgerichtshof wegen Verletzung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte zu einer gleichgelagerten Fragestellung verwiesen (zu BKS-Bescheid vom 25.02.2013, GZ 611.805/0001-BKS/2012). In der Beschwerde wird auf eine vom Beschwerdeführer anhängig gemachte Beschwerde gemäß Artikel 144, Absatz 2, B-VG an den Verfassungsgerichtshof wegen Verletzung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte zu einer gleichgelagerten Fragestellung verwiesen (zu BKS-Bescheid vom 25.02.2013, GZ 611.805/0001-BKS/2012).

3.1. Beihilfenrechtlicher Hintergrund

Die Abschöpfung sei zwar beihilfenrechtlich bedingt (vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission vom 28.10.2009, K(2009)8113 im Beihilfenverfahren E 2/2008), mit der Abschöpfung solle eine beihilfenrechtskonforme Situation

hergestellt werden. Allerdings sei damit noch nicht gesagt, ob jeder einzelne – auch nicht absehbare oder geringfügige – Verstoß gegen einen beihilfenrechtfertigenden Auftrag automatisch zur Rückzahlung der "Bruttovollkosten" führen müsse, die – unmittelbar, mittelbar oder auch nur ganz theoretisch – mit einem Verstoß in Verbindung stünden, obwohl sich die fragliche Tätigkeit in keiner Weise auf den Wettbewerb (spürbar verzerrend) auswirke. Vielmehr gehe es der Kommission um die "[m]issbräuliche Verwendung öffentlich-rechtlicher Mittel", die "durch Anordnung zur Rückzahlung dieser Mittel zu sanktionieren" sei. Die Abschöpfung sei zwar beihilfenrechtlich bedingt vergleiche Entscheidung der Europäischen Kommission vom 28.10.2009, K(2009)8113 im Beihilfenverfahren E 2 aus 2008, mit der Abschöpfung solle eine beihilfenrechtskonforme Situation hergestellt werden. Allerdings sei damit noch nicht gesagt, ob jeder einzelne – auch nicht absehbare oder geringfügige – Verstoß gegen einen beihilfenrechtfertigenden Auftrag automatisch zur Rückzahlung der "Bruttovollkosten" führen müsse, die – unmittelbar, mittelbar oder auch nur ganz theoretisch – mit einem Verstoß in Verbindung stünden, obwohl sich die fragliche Tätigkeit in keiner Weise auf den Wettbewerb (spürbar verzerrend) auswirke. Vielmehr gehe es der Kommission um die "[m]issbräuliche Verwendung öffentlich-rechtlicher Mittel", die "durch Anordnung zur Rückzahlung dieser Mittel zu sanktionieren" sei.

Beim vorliegenden Fall handle es sich nicht um eine "[m]issbräuliche Verwendung öffentlich-rechtlicher Mittel" und fehle sogar der beihilfenrechtlich bedingte Hintergrund, da die als verletzt erachtete Gesetzesbestimmung § 38 Abs. 1 Z 1 ORF-G auf eine rein nationale Entscheidung des österr. Gesetzgebers zurückgehe. Nur die Überschreitung formeller Grenzen (zB Nichtvorliegen einer Genehmigung durch die KommAustria im Rahmen einer Auftragsvorprüfung) könne aber unter § 38 Abs. 1 Z 1 ORF-G subsumiert werden (vgl. Kogler/Traimer/Truppe, Österr. Rundfunkgesetz 3, S. 353 und die Erläuterungen 611 BlgNR 24. GP). Da eine solche Überschreitung formeller Grenzen gegenständlich nicht vorliege, sei eine Abschöpfung folgerichtig nicht vorzunehmen. Beim vorliegenden Fall handle es sich nicht um eine "[m]issbräuliche Verwendung öffentlich-rechtlicher Mittel" und fehle sogar der beihilfenrechtlich bedingte Hintergrund, da die als verletzt erachtete Gesetzesbestimmung Paragraph 38, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G auf eine rein nationale Entscheidung des österr. Gesetzgebers zurückgehe. Nur die Überschreitung formeller Grenzen (zB Nichtvorliegen einer Genehmigung durch die KommAustria im Rahmen einer Auftragsvorprüfung) könne aber unter Paragraph 38, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G subsumiert werden vergleiche Kogler/Traimer/Truppe, Österr. Rundfunkgesetz 3, S. 353 und die Erläuterungen 611 BlgNR 24. Gesetzgebungsperiode Da eine solche Überschreitung formeller Grenzen gegenständlich nicht vorliege, sei eine Abschöpfung folgerichtig nicht vorzunehmen.

3.2. Verhältnismäßigkeit

Auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sei eine Abschöpfung auf formelle bzw. grobe Gesetzesverletzungen zu beschränken. Anders als vergleichbare Fälle nicht-pöner Sanktionen, die der "Wiederherstellung" eines wettbewerbskonformen Zustand dienen, normiere das ORF-G keine "Obergrenze" des Abschöpfungsbetrags oder sonstige Kriterien, die bei der Bemessung zu berücksichtigen wären; weiters keine Verjährung. Nur bei einer Beschränkung der Abschöpfung auf grobe Gesetzesverletzungen könnten unverhältnismäßige und/oder ruinöse Auswirkungen vermieden werden.

Sollte das Bundesverwaltungsgericht dieser Ansicht nicht folgen, sei es erforderlich, die Einschränkungen der Verhängung von Geldbußen nach §§ 29 ff KartellG entsprechend auf die Fälle der Abschöpfung nach § 38 ORF-G anzuwenden (vgl. § 38a Abs. 5 ORF-G und die Erläuterungen dazu). Sollte das Bundesverwaltungsgericht dieser Ansicht nicht folgen, sei es erforderlich, die Einschränkungen der Verhängung von Geldbußen nach Paragraphen 29, ff KartellG entsprechend auf die Fälle der Abschöpfung nach Paragraph 38, ORF-G anzuwenden vergleiche Paragraph 38 a, Absatz 5, ORF-G und die Erläuterungen dazu).

Zur Schwere der Rechtsverletzung: Zur Auslegung des ggstl. Verbots könnten durchaus unterschiedliche Rechtsauffassungen vertreten werden, von einer missbräulichen Verwendung öffentlicher Mittel könne daher nicht die Rede sein. Die von der KommAustria letztlich vorgenommene unbeschränkte Erfolgshaftung sei daher unverhältnismäßig.

3.3. Heranziehung von Mitteln aus Programmengelt für auftragslose Tätigkeiten

3.3.1. Brutto- oder Nettokosten bzw. Einbeziehung von direkt zuordenbaren Erlösen

Dem Gesetzgeber komme es als "Actus Contrarius" - im Sinne einer finanziellen "Wiederherstellung" der Situation, wie sie ohne auftragslose Tätigkeit bestanden hätte - darauf an, einen beihilfenrechtskonformen Zustand herzustellen;

und nicht darauf, bestimmte Gesetzesverstöße jedenfalls als "Abschreckung" bzw. "Strafe" mit hohen Beträgen zu sanktionieren (vgl. ErlRV 611 BlgNR 24 GP). Dem Gesetzgeber komme es als "Actus Contrarius" - im Sinne einer finanziellen "Wiederherstellung" der Situation, wie sie ohne auftragslose Tätigkeit bestanden hätte - darauf an, einen beihilfenrechtskonformen Zustand herzustellen; und nicht darauf, bestimmte Gesetzesverstöße jedenfalls als "Abschreckung" bzw. "Strafe" mit hohen Beträgen zu sanktionieren (vergleiche ErlRV 611 BlgNR 24 GP).

Die gesetzliche Gleichbehandlung bestimmter konnex-kommerzieller Erlöse, wie das Programmentgelt, betreffe die Frage der Herkunft der Mittel, lasse aber die Frage unberührt, in welcher Höhe der ORF Mittel herangezogen habe. Konnex-kommerzielle Erlöse, die allein aufgrund einer (allenfalls zB nach § 4f ORF-G) verbotenen Tätigkeit erzielt worden und der Tätigkeit direkt zuordenbar seien (wie zB Erlöse aus der Vermarktung, die die KommAustria gegenständlich nicht ermittelt habe), würden daher den abzuschöpfenden Betrag mindern. Die gesetzliche Gleichbehandlung bestimmter konnex-kommerzieller Erlöse, wie das Programmentgelt, betreffe die Frage der Herkunft der Mittel, lasse aber die Frage unberührt, in welcher Höhe der ORF Mittel herangezogen habe. Konnex-kommerzielle Erlöse, die allein aufgrund einer (allenfalls zB nach Paragraph 4 f, ORF-G) verbotenen Tätigkeit erzielt worden und der Tätigkeit direkt zuordenbar seien (wie zB Erlöse aus der Vermarktung, die die KommAustria gegenständlich nicht ermittelt habe), würden daher den abzuschöpfenden Betrag mindern.

3.3.2. Vollkosten- oder Teilkostenrechnung

Aus den Erläuterungen von § 38 a ORF-G folge, dass die Heranziehung von Mitteln für Tätigkeiten nicht der Abschöpfung unterliegen solle, die per se innerhalb der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags lägen. Daraus folge aus Sicht des Beschwerdeführers zwingend, dass die "gemeinsamen Kosten" und "Gemeinkosten" nicht der Abschöpfung unterlägen. Die Strukturen des ORF seien jedenfalls zu finanzieren und dürften daher nicht in einer Vollkostenrechnung auf die Online-Bereitstellungen, die sich im Nachhinein als rechtswidrig herausstellten, umgelegt werden, zumal dies insoweit auch den Wettbewerb nicht verzerre. Aus den Erläuterungen von Paragraph 38, a ORF-G folge, dass die Heranziehung von Mitteln für Tätigkeiten nicht der Abschöpfung unterliegen solle, die per se innerhalb der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags lägen. Daraus folge aus Sicht des Beschwerdeführers zwingend, dass die "gemeinsamen Kosten" und "Gemeinkosten" nicht der Abschöpfung unterlägen. Die Strukturen des ORF seien jedenfalls zu finanzieren und dürften daher nicht in einer Vollkostenrechnung auf die Online-Bereitstellungen, die sich im Nachhinein als rechtswidrig herausstellten, umgelegt werden, zumal dies insoweit auch den Wettbewerb nicht verzerre.

Zunächst sei die Frage zu beantworten, welche Tätigkeiten welche Grenze des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschritten. In einem zweiten Schritt sei gegebenenfalls die Frage zu beantworten, welche Kosten deshalb angefallen seien, weil die Grenze überschritten wurde.

Das ggstl. Verbot sei § 4f Abs. 2 Z 28 ORF-G, das verbotene Verhalten sei laut zugrunde liegendem Bescheid der KommAustria, (an sich rechtmäßig produzierte) Inhalte als "strukturierte Neuzusammenstellung" zu präsentieren (im Wesentlichen drei Web-Angebote in einer App zusammenzufassen). Die Kosten für redaktionelle ORF-Mitarbeiter oder technisches Equipment, die auch ohne Neuzusammenstellung angefallen wären, seien nicht abzuschöpfen. Das ggstl. Verbot sei Paragraph 4 f, Absatz 2, Ziffer 28, ORF-G, das verbotene Verhalten sei laut zugrunde liegendem Bescheid der KommAustria, (an sich rechtmäßig produzierte) Inhalte als "strukturierte Neuzusammenstellung" zu präsentieren (im Wesentlichen drei Web-Angebote in einer App zusammenzufassen). Die Kosten für redaktionelle ORF-Mitarbeiter oder technisches Equipment, die auch ohne Neuzusammenstellung angefallen wären, seien nicht abzuschöpfen.

Im Zusammenhang mit § 38a ORF-G gehe es ausschließlich um eine Rückzahlung "fehlverwendeter Mittel": Es sei nicht verständlich, dass Inhalte, die für ein (zulässiges Web-) Online Angebot gestaltet und dort rechtmäßig bereitgestellt wurden, nur weil sie auch (diesbezüglich ohne Zusatzkosten) an anderen Stellen (dort unzulässigerweise) abrufbar gewesen seien, teilweise "fehlverwendet" seien. Dies gehe auch aus der Mitteilung der Europäischen Kommission hervor (ABl 2009 C 257/1, Rz 60 ff): Würden in bestimmten Fällen ein und dieselben Ressourcen sowohl für öffentlich-rechtliche als auch für sonstige Tätigkeiten eingesetzt, sollten die gemeinsamen Input-Kosten anhand der Differenz zwischen den Gesamtkosten des Unternehmens mit den und ohne die sonstigen Tätigkeiten zugewiesen werden. Im Zusammenhang mit Paragraph 38 a, ORF-G gehe es ausschließlich um eine Rückzahlung "fehlverwendeter Mittel": Es sei nicht verständlich, dass Inhalte, die für ein (zulässiges Web-) Online Angebot gestaltet und dort rechtmäßig bereitgestellt wurden, nur weil sie auch (diesbezüglich ohne Zusatzkosten) an anderen Stellen (dort unzulässigerweise)

abrufbar gewesen seien, teilweise "fehlverwendet" seien. Dies gehe auch aus der Mitteilung der Europäischen Kommission hervor (Amtsblatt 2009 C 257/1, Rz 60 ff): Würden in bestimmten Fällen ein und dieselben Ressourcen sowohl für öffentlich-rechtliche als auch für sonstige Tätigkeiten eingesetzt, sollten die gemeinsamen Input-Kosten anhand der Differenz zwischen den Gesamtkosten des Unternehmens mit den und ohne die sonstigen Tätigkeiten zugewiesen werden.

3.3.3. Unvollständige Feststellung des Sachverhalts

Aufgrund ihrer Rechtsansicht habe die KommAustria nicht ermittelt bzw. nicht unterschieden, welche Kosten im Sinne einer Voll- und welche Kosten im Sinne einer Teilkostenrechnung zu gelten hätten, welche Erlöse erzielt worden und welche Mittel zur Finanzierung der inkriminierten App herangezogen worden seien.

4. Die Beschwerde wurde dem Bundesverwaltungsgericht mit Beschwerdevorlage vom 25.11.2014 übermittelt; dabei wurde von der belangten Behörde ausdrücklich auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

Gleichzeitig übermittelte die belangte Behörde eine Stellungnahme, in der sie insbesondere festhielt, dass für den Beschwerdeführer aus seinem Vorbringen betr. Fehlen eines beihilfenrechtlichen Hintergrunds nichts zu gewinnen sei:

Die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags sei schon aufgrund des "Protokolls von Amsterdam" (ABl. C 1997/340, S. 109) eine Aufgabe der Mitgliedsstaaten und nicht der Kommission. Sogar habe letztlich jede den öffentlich-rechtlichen Auftrag des ORF beschreibende oder einschränkende Norm einen "beihilfenrechtlichen Hintergrund", und eine Überschreitung dieses Rahmens habe zu einer Rückführung der als Beihilfe gewährten Mittel zu führen. Die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags sei schon aufgrund des "Protokolls von Amsterdam" (Amtsblatt C 1997/340, S. 109) eine Aufgabe der Mitgliedsstaaten und nicht der Kommission. Sogar habe letztlich jede den öffentlich-rechtlichen Auftrag des ORF beschreibende oder einschränkende Norm einen "beihilfenrechtlichen Hintergrund", und eine Überschreitung dieses Rahmens habe zu einer Rückführung der als Beihilfe gewährten Mittel zu führen.

Aus der Beihilfeentscheidung der Kommission vom 28.10.2011, Zl. K(2009)81113, ergebe sich, dass der ORF auch ohne den Verbotstatbestand des § 4f Abs. 2 Z 28 ORF-G das ggstl. Angebot einer "App" beihilferechtlich nicht hätte anbieten dürfen und auch insoweit eine Abschöpfung zwingend vorgegeben sei. Aus der Beihilfeentscheidung der Kommission vom 28.10.2011, Zl. K(2009)81113, ergebe sich, dass der ORF auch ohne den Verbotstatbestand des Paragraph 4 f, Absatz 2, Ziffer 28, ORF-G das ggstl. Angebot einer "App" beihilferechtlich nicht hätte anbieten dürfen und auch insoweit eine Abschöpfung zwingend vorgegeben sei.

Weiters stehe es auch ohne zwingende beihilferechtliche Vorgaben im Ermessen des Gesetzgebers, die für die Rückführung fehlverwendeter Mittel vorgesehenen Instrumentarien zur Anwendung zu bringen. Die KommAustria könne auch keinerlei Bedarf einer Befassung des EuGH erkennen.

Angesichts des klaren gesetzlichen Wortlauts des § 38a ORF-G sei keinerlei Kalkül hinsichtlich der Schwere des Verstoßes bzw. hinsichtlich der Wettbewerbsauswirkungen zu berücksichtigen. Die in § 38a Abs. 5 angeordnete Subsidiarität des Verfahrens nach § 38a ORF-G gegenüber Art. 102 AEUV sei nur hinsichtlich des § 38a Abs. 1 Z 2 ORF-G angeordnet, nicht aber hinsichtlich des ggstl. § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G. Angesichts des klaren gesetzlichen Wortlauts des Paragraph 38 a, ORF-G sei keinerlei Kalkül hinsichtlich der Schwere des Verstoßes bzw. hinsichtlich der Wettbewerbsauswirkungen zu berücksichtigen. Die in Paragraph 38 a, Absatz 5, angeordnete Subsidiarität des Verfahrens nach Paragraph 38 a, ORF-G gegenüber Artikel 102, AEUV sei nur hinsichtlich des Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer 2, ORF-G angeordnet, nicht aber hinsichtlich des ggstl. Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G.

Bei gemeinsam genutzten Ressourcen habe eine Zurechnung zum jeweiligen Angebot nach anerkannten kostenrechnerischen Methoden zu erfolgen, wobei alle Leistungspositionen, die Voraussetzung für die Erbringung des letztlich als rechtswidrig anerkannten Angebots waren, in die Betrachtung miteinzubeziehen seien (Bruttovollkostenrechnung). Eine Teilkostenrechnung würde zu einer willkürlichen Zuordnung gemeinsamer Kosten in den Bereich "legaler" Angebote führen.

5. Die Stellungnahme der belangten Behörde wurde dem Beschwerdeführer am 19.12.2014 übermittelt. Im Rahmen des Parteiengehörs erstattete der Beschwerdeführer am 19.01.2015 eine Stellungnahme, in der er im Wesentlichen seine mit der Beschwerde vorgebrachten Argumente bekräftigte. Insbesondere fehle jedweder Anhaltspunkt, dass der

Gesetzgeber eine Abschöpfung auch für Fälle angeordnet hätte, die nach dem Beihilfenrecht nicht "rückabzuwickeln" wären.

Weiters seien die angebotenen Inhalte grundsätzlich vom öffentlich-rechtlichen Auftrag und den Angebotskonzepten umfasst gewesen, und kein - wie die Behörde unrichtig behaupte - "neues" Angebot. Wie aus dem rechtskräftigen Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 11.11.2013, GZ 611.812/0001-BKS/2013, zur Feststellung einer Rechtsverletzung hervorgehe, habe sich der BKS mit dem Vorbringen des ORF auseinandergesetzt, dass bei der Auslegung, ob eine App "eigens" für mobile Endgeräte gestaltet wurde, der systematische Zusammenhang zu § 6 Abs. 2 ORF-G zu berücksichtigen wäre. Es sei nicht davon auszugehen, dass die bloße Zusammenfassung dreier Teilangebote bei ansonsten unveränderter Bereitstellung eine Auftragsvorprüfung nach § 6 ORF-G erfordere. Weiters seien die angebotenen Inhalte grundsätzlich vom öffentlich-rechtlichen Auftrag und den Angebotskonzepten umfasst gewesen, und kein - wie die Behörde unrichtig behaupte - "neues" Angebot. Wie aus dem rechtskräftigen Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 11.11.2013, GZ 611.812/0001-BKS/2013, zur Feststellung einer Rechtsverletzung hervorgehe, habe sich der BKS mit dem Vorbringen des ORF auseinandergesetzt, dass bei der Auslegung, ob eine App "eigens" für mobile Endgeräte gestaltet wurde, der systematische Zusammenhang zu Paragraph 6, Absatz 2, ORF-G zu berücksichtigen wäre. Es sei nicht davon auszugehen, dass die bloße Zusammenfassung dreier Teilangebote bei ansonsten unveränderter Bereitstellung eine Auftragsvorprüfung nach Paragraph 6, ORF-G erfordere.

6. Zur dieser Stellungnahme, die der belangten Behörde am 26.04.2016 vom Bundesverwaltungsgericht im Rahmen des Parteiengehörs übermittelt wurde, erfolgte keine weitere Stellungnahme.

7. Mit Schreiben vom 01.06.2017 wurden die Parteien vom Bundesverwaltungsgericht zu einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 07.07.2017 geladen.

8. Am 06.07.2017 wurde seitens des Beschwerdeführers der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurückgezogen. Dies wurde der belangten Behörde am selben Tag mitgeteilt, die schriftlich ihre Zustimmung in Hinblick auf eine Abberaumung erteilte. Mit Schreiben vom 06.07.2017 beraumte das Bundesverwaltungsgericht die mündliche Verhandlung ab.

9. Am 10.07.2017 erstattete die belangte Behörde eine Stellungnahme, in der sie im Wesentlichen auf die seit Einbringung der Beschwerde ergangene höchstgerichtliche Rechtsprechung verwies (VwGH vom 06.04.2017, Ro 2015/03/0014 sowie VfGH vom 11.11.2014, B 413/2013), daher die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen sei. Am 10.07.2017 erstattete die belangte Behörde eine Stellungnahme, in der sie im Wesentlichen auf die seit Einbringung der Beschwerde ergangene höchstgerichtliche Rechtsprechung verwies (VwGH vom 06.04.2017, Ro 2015/03/0014 sowie VfGH vom 11.11.2014, B 413 aus 2013,), daher die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen sei.

10. Die Stellungnahme wurde dem Beschwerdeführer im Rahmen des Parteiengehörs am 18.07.2017 übermittelt. Es erfolgte keine Stellungnahme seitens des Beschwerdeführers.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid (Seiten 12f) die folgenden Feststellungen getroffen:

"Bereitstellung durch ein eigens für mobile Endgeräte gestaltetes Online-Angebot XXXX in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android- Geräte ("mobile App") die Bestimmungen des § 3 Abs. 5 Z 2 iVm § 4f Abs. 2 Z 28 ORF-G verletzt, wonach eigens für mobile Endgeräte gestaltete Angebote vom ORF im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht bereitgestellt werden dürfen." Bereitstellung durch ein eigens für mobile Endgeräte gestaltetes Online-Angebot römisch 40 in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android- Geräte ("mobile App") die Bestimmungen des Paragraph 3, Absatz 5, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 4 f, Absatz 2, Ziffer 28, ORF-G verletzt, wonach eigens für mobile Endgeräte gestaltete Angebote vom ORF im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht bereitgestellt werden dürfen.

Unter Zugrundelegung einer Bruttovollkostenrechnung betragen die Vollkosten für die Bereitstellung des eigens für mobile Endgeräte gestalteten Online-Angebotes zur XXXX in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android-Geräte ("mobile App") vom 01.02.2013 bis zum 21.02.2013 durch den ORF insgesamt EUR XXXX. Unter Zugrundelegung einer Bruttovollkostenrechnung betragen die Vollkosten für die Bereitstellung des eigens für mobile Endgeräte gestalteten Online-Angebotes zur römisch 40 in Form einer Software-Applikation für iOS- und Android- Geräte ("mobile

App") vom 01.02.2013 bis zum 21.02.2013 durch den ORF insgesamt EUR römisch 40 .

Diese Kosten setzen sich aus folgenden Einzelpositionen zusammen:

Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular) ~~XXXX~~Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular) römisch 40

Fremdleistung Online und Teletext GmbH Konzeption, Implementierung und operative Betreuung ~~XXXX~~Fremdleistung Online und Teletext GmbH Konzeption, Implementierung und operative Betreuung römisch 40

Redaktionelle Betreuung durch Sportredaktion (Besprechungen, Texte für Sportdatenbank) ~~XXXX~~Redaktionelle Betreuung durch Sportredaktion (Besprechungen, Texte für Sportdatenbank) römisch 40

Redaktionelle Betreuung twitterfeed second screen (Media Brothers OG) ~~XXXX~~Redaktionelle Betreuung twitterfeed second screen (Media Brothers OG) römisch 40

Personalaufwand TO (technische Leistungen - Regie Second Screen, Monitoring, Bug-Fixing, EPG-Pflege) ~~XXXX~~Personalaufwand TO (technische Leistungen - Regie Second Screen, Monitoring, Bug-Fixing, EPG-Pflege) römisch 40

EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Tests) ~~XXXX~~EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Tests) römisch 40

Implementierung JSON-Web-Schnittstelle für Video-on-demand-Feed (eb-Marketing) ~~XXXX~~Implementierung JSON-Web-Schnittstelle für Video-on-demand-Feed (eb-Marketing) römisch 40

Lizenzkosten für Videos (VOD) - kalk. nach Ausschnittsrechten ~~XXXX~~Lizenzkosten für Videos (VOD) - kalk. nach Ausschnittsrechten römisch 40

Herstellung Videos für APP (APA, Schnittkosten) ~~XXXX~~Herstellung Videos für APP (APA, Schnittkosten) römisch 40

Streaming Kosten (APA-Einrichtungskosten, GbitStd.-Verbrauch und PocketScience Accountbetreuung) ~~XXXX~~Streaming Kosten (APA-Einrichtungskosten, GbitStd.-Verbrauch und PocketScience Accountbetreuung) römisch 40

Essenseinladung, Dienstreisen, Taxikosten ~~XXXX~~Essenseinladung, Dienstreisen, Taxikosten römisch 40

Promotiontrailer (Herstellung) für APP ~~XXXX~~Promotiontrailer (Herstellung) für APP römisch 40

Anteilige Ausgaben für Werbung (Print) - Anteil für APP-Button und QR-Code ~~XXXX~~Anteilige Ausgaben für Werbung (Print) - Anteil für APP-Button und QR-Code römisch 40

Redaktionelle Betreuung durch Online und Teletext GmbH ~~XXXX~~Redaktionelle Betreuung durch Online und Teletext GmbH römisch 40

APA - Bildrechte und ÖWA-Zählung (Sachkosten inkl. anteiliger GK-Aufschlagssatz) ~~XXXX~~APA - Bildrechte und ÖWA-Zählung (Sachkosten inkl. anteiliger GK-Aufschlagssatz) römisch 40

Die Gesamtkosten der Position "Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular)" für die Bereitstellung der "mobilen App" und der "Web App" betragen EUR XXXX . Diese setzen sich aus den Setupkosten der "Phase 1 (Konzeption, Designvorschläge, Workshop)" in Höhe von EUR XXXX und der "Phase 2 (technische Implementierung)" in Höhe von EUR XXXX sowie den "operativen Kosten" in Höhe von EUR XXXX zusammen. Die Setupkosten der Phase 1 beinhalten Kosten für das "Konzept", das "Design", das "Development" und den "Workshop", die jeweils im Verhältnis 50:50 zwischen der "mobilen App" und der "Web App" aufgeteilt werden. Die Setupkosten der Phase 2 beinhalten Kosten für die "Konzeptfinalisierung", das "Design", die "Entwicklung Web App", die "Entwicklung iOS", die "Entwicklung Android", "PM" und "QA", wobei die Kosten für die Positionen "Entwicklung iOS" und "Entwicklung Android" zur Gänze der "mobilen App" angelastet und die übrigen Kosten jeweils im Verhältnis 50:50 zwischen der "mobilen App" und der "Web App" aufgeteilt werden. Die Position "operative Kosten" setzt sich aus den im Verhältnis 50:50 zwischen der "mobilen App" und der "Web App" aufgeteilten Kosten für "Cashing/Hosting Sportdatenbank" und der zu 100 % der "mobilen App" angelasteten Position "android http Streaming" zusammen. Im Ergebnis werden EUR XXXX der Position "Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular)" der Bereitstellung der "mobilen App" zugerechnet. Die Gesamtkosten der Position "Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular)" für die Bereitstellung der "mobilen App" und der "Web App" betragen

EUR römisch 40 . Diese setzen sich aus den Setupkosten der "Phase 1 (Konzeption, Designvorschläge, Workshop)" in Höhe von EUR römisch 40 und der "Phase 2 (technische Implementierung)" in Höhe von EUR römisch 40 sowie den "operativen Kosten" in Höhe von EUR römisch 40 zusammen. Die Setupkosten der Phase 1 beinhalten Kosten für das "Konzept", das "Design", das "Development" und den "Workshop", die jeweils im Verhältnis 50:50 zwischen der "mobilen App" und der "Web App" aufgeteilt werden. Die Setupkosten der Phase 2 beinhalten Kosten für die "Konzeptfinalisierung", das "Design", die "Entwicklung Web App", die "Entwicklung iOS", die "Entwicklung Android", "PM" und "QA", wobei die Kosten für die Positionen "Entwicklung iOS" und "Entwicklung Android" zur Gänze der "mobilen App" angelastet und die übrigen Kosten jeweils im Verhältnis 50:50 zwischen der "mobilen App" und der "Web App" aufgeteilt werden. Die Position "operative Kosten" setzt sich aus den im Verhältnis 50:50 zwischen der "mobilen App" und der "Web App" aufgeteilten Kosten für "Caching/Hosting Sportdatenbank" und der zu 100 % der "mobilen App" angelasteten Position "android http Streaming" zusammen. Im Ergebnis werden EUR römisch 40 der Position "Fremdleistung Konzeption, Implementierung u. Operative Kosten (cellular)" der Bereitstellung der "mobilen App" zugerechnet.

Die Kosten für die Positionen "Fremdleistung Online und Teletext GmbH Konzeption, Implementierung und operative Betreuung", "Redaktionelle Betreuung durch Sportredaktion (Besprechungen, Texte für Sportdatenbank)", "Redaktionelle Betreuung twitterfeed second screen (Media Brothers OG)", "EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Tests)", "Implementierung JSON-Web-Schnittstelle für Video-on-demand-Feed (eb-Marketing)", "Essenseinladung, Dienstreisen, Taxikosten" sowie "Redaktionelle Betreuung durch Online und Teletext GmbH" werden im Verhältnis 50:50 zwischen der "mobilen App" und der "Web App" aufgeteilt.

Die Kosten für die Position "Personalaufwand TO (technische Leistungen – Regie Second Screen, Monitoring, Bug-Fixing, EPG-Pflege)" werden hinsichtlich der Kosten für die "technischen Leistungen – Regie Second Screen" im Verhältnis 50:50 zwischen der "mobilen App" und der "Web App" aufgeteilt und im Übrigen zu 100 % der "mobilen App" angelastet. Insgesamt ergibt sich dadurch ein Kostenbeitrag in Höhe von EUR XXXX für die "mobile App". Die Kosten für die Position "Personalaufwand TO (technische Leistungen – Regie Second Screen, Monitoring, Bug-Fixing, EPG-Pflege)" werden hinsichtlich der Kosten für die "technischen Leistungen – Regie Second Screen" im Verhältnis 50:50 zwischen der "mobilen App" und der "Web App" aufgeteilt und im Übrigen zu 100 % der "mobilen App" angelastet. Insgesamt ergibt sich dadurch ein Kostenbeitrag in Höhe von EUR römisch 40 für die "mobile App".

Die Kosten für die Position "EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Tests)" setzen sich aus Kosten für die Austria Presse Agentur eG in Höhe von EUR XXXX sowie der Seqis Software Testing GmbH in Höhe von EUR XXXX und EUR XXXX , dem Basiswert für die Abschreibung in Höhe von EUR XXXX und dem Personalaufwand in Höhe von EUR XXXX zusammen. Im Ergebnis werden EUR XXXX der Position "EDVtechnischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Tests)" der Bereitstellung der "mobilen App" zugerechnet. Die Kosten für die Position "EDV-technischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Tests)" setzen sich aus Kosten für die Austria Presse Agentur eG in Höhe von EUR römisch 40 sowie der Seqis Software Testing GmbH in Höhe von EUR römisch 40 und EUR römisch 40 , dem Basiswert für die Abschreibung in Höhe von EUR römisch 40 und dem Personalaufwand in Höhe von EUR römisch 40 zusammen. Im Ergebnis werden EUR römisch 40 der Position "EDVtechnischer Aufwand (Afa, Serverbetrieb und Tests)" der Bereitstellung der "mobilen App" zugerechnet.

Die Kosten für die Position "Herstellung Videos für APP (APA, Schnittkosten)" werden hinsichtlich der Schnittkosten im Verhältnis 50:50 zwischen der "mobilen App" und der "Web App" aufgeteilt und die "APA-Kosten (VOD)" zu 15 % der "mobilen App" angelastet. Insgesamt ergibt sich dadurch ein Kostenbeitrag in Höhe von EUR XXXX für die "mobile App". Die Kosten für die Position "Herstellung Videos für APP (APA, Schnittkosten)" werden hinsichtlich der Schnittkosten im Verhältnis 50:50 zwischen der "mobilen App" und der "Web App" aufgeteilt und die "APA-Kosten (VOD)" zu 15 % der "mobilen App" angelastet. Insgesamt ergibt sich dadurch ein Kostenbeitrag in Höhe von EUR römisch 40 für die "mobile App".

Die Kosten für die Position "Streaming Kosten (APA-Einrichtungskosten, GbitStd.-Verbrauch und PocketScience Accountbetreuung)" werden hinsichtlich der Accountbetreuung zu 100 % und in Bezug auf die Streamingkosten zu 15 % der "mobilen App" zugerechnet. Im Ergebnis werden EUR XXXX der Position "Streaming Kosten (APA-Einrichtungskosten, GbitStd.- Verbrauch und PocketScience Accountbetreuung)" der Bereitstellung der "mobilen App" zugerechnet. Die Kosten für die Position "Streaming Kosten (APA-Einrichtungskosten, GbitStd.-Verbrauch und PocketScience Accountbetreuung)" werden hinsichtlich der Accountbetreuung zu 100 % und in Bezug auf die

Streamingkosten zu 15 % der "mobilen App" zugerechnet. Im Ergebnis werden EUR römisch 40 der Position "Streaming Kosten (APA-Einrichtungskosten, GbitStd.- Verbrauch und PocketScience Accountbetreuung)" der Bereitstellung der "mobilen App" zugerechnet.

Die Kosten für die Positionen "Promotiontrailer (Herstellung) für App" in Höhe von EUR XXXX und "APA – Bildrechte und ÖWA-Zählung (Sachkosten inkl. anteiliger GKAufschlagssatz)" in Höhe von EUR XXXX werden jeweils zu 100 % der "mobilen App" angelastet. Die Kosten für die Positionen "Promotiontrailer (Herstellung) für App" in Höhe von EUR römisch 40 und "APA – Bildrechte und ÖWA-Zählung (Sachkosten inkl. anteiliger GKAufschlagssatz)" in Höhe von EUR römisch 40 werden jeweils zu 100 % der "mobilen App" angelastet.

Die Kosten für die Position "Anteilige Ausgaben für Werbung (Print) – Anteil für APP-Button und QR-Code" werden hinsichtlich der Printwerbung nach Fläche der "mobilen App" zugerechnet, wodurch sich ein Gesamtbetrag von EUR XXXX für die "mobile App" ergibt. Die Kosten für die Position "Anteilige Ausgaben für Werbung (Print) – Anteil für APP-Button und QR-Code" werden hinsichtlich der Printwerbung nach Fläche der "mobilen App" zugerechnet, wodurch sich ein Gesamtbetrag von EUR römisch 40 für die "mobile App" ergibt.

Der Zuschlagssatz für die Gemeinkosten ist mit 8,52 % in die Berechnung einzubeziehen. Somit sind in den genannten Vollkosten EUR XXXX an Gemeinkosten enthalten. "Der Zuschlagssatz für die Gemeinkosten ist mit 8,52 % in die Berechnung einzubeziehen. Somit sind in den genannten Vollkosten EUR römisch 40 an Gemeinkosten enthalten."

2. Beweiswürdigung:

Die dem angefochtenen Bescheid entnommenen Feststellungen wurden in der Beschwerde der Höhe nach nicht bestritten und können insoweit auch dieser Entscheidung zugrunde gelegt werden.

3. Rechtliche Beurteilung:

1. Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Die entsprechende Anordnung einer Senatszuständigkeit enthält § 36 KOG, wonach das Bundesverwaltungsgericht über Beschwerden in jenen Fällen, in denen die KommAustria belangte Behörde ist (§ 9 Abs 2 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG, BGBl I Nr 33/2013), durch Senat entscheidet. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. 1. Gemäß Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Die entsprechende Anordnung einer Senatszuständigkeit enthält Paragraph 36, KOG, wonach das Bundesverwaltungsgericht über Beschwerden in jenen Fällen, in denen die KommAustria belangte Behörde ist (Paragraph 9, Absatz 2, des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 33 aus 2013,), durch Senat entscheidet. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

2. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. 2. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013, geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes – AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 – DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961, des Agrarverfahrensgesetzes – AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 – DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 1984, und im Übrigen jene

verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

3. § 28 VwGVG lautet, soweit vorliegend relevant: 3. Paragraph 28, VwGVG lautet, soweit vorliegend relevant:

"Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen. Paragraph 28, (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn (2) Über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

[]"

Zu A)

4. Die relevanten Bestimmungen des ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. BGBl. I Nr. 115/2017, lauten auszugsweise wie folgt: 4. Die relevanten Bestimmungen des ORF-G, Bundesgesetzblatt Nr. 379 aus 1984, zuletzt geändert durch BGBl. römisch eins Nr. Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 115 aus 2017,, lauten auszugsweise wie folgt:

"Versorgungsauftrag

§ 3. [] Paragraph 3, []

(5) Zum Versorgungsauftrag zählt auch []

2. die Bereitstellung von mit Rundfunkprogrammen nach Abs. 1 und Abs. 8 im Zusammenhang stehenden Online-Angeboten gemäß § 4e und § 4f. [] 2. die Bereitstellung von mit Rundfunkprogrammen nach Absatz eins und Absatz 8, im Zusammenhang stehenden Online-Angeboten gemäß Paragraph 4 e und Paragraph 4 f, []"

"Bereitstellung weiterer Online-Angebote

§ 4f. (1) Der Österreichische Rundfunk hat nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit über das Angebot nach § 4e hinaus weitere Online-Angebote bereitzustellen, die einen wirksamen Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags (§ 4) leisten. Darunter fallen auch Abrufdienste. Solche Angebote dürfen nur nach Erstellung eines Angebotskonzepts (§ 5a) erbracht werden; sind die Voraussetzungen des § 6 erfüllt, ist eine Auftragsvorprüfung (§§ 6 bis 6b) durchzuführen. Paragraph 4 f, (1) Der Österreichische Rundfunk hat nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit über das Angebot nach Paragraph 4 e, hinaus weitere Online-Angebote bereitzustellen, die einen wirksamen Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags (Paragraph 4,) leisten. Darunter fallen auch Abrufdienste. Solche Angebote dürfen nur nach Erstellung eines Angebotskonzepts (Paragraph 5 a,) erbracht werden; sind die Voraussetzungen des Paragraph 6, erfüllt, ist eine Auftragsvorprüfung (Paragraphen 6 bis 6 b) durchzuführen.

(2) Folgende Online-Angebote dürfen nicht im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags bereitgestellt werden:

[]

28.-eigens für mobile Endgeräte gestaltete Angebote.

[]"

"Abschöpfungsverfahren

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

(1) Die Regulierungsbehörde hat unbeschadet einer Entscheidung gemäß Paragraphen 37, oder 38 mit Bescheid die Abschöpfung von Einnahmen aus Programmentgelt anzuordnen, wenn der Österreichische Rundfunk

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

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

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

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

(2) Aufgrund einer mit Bescheid angeordneten Abschöpfung hat der Österreichische Rundfunk die Mittel in der angeordneten Höhe dem Sperrkonto gemäß § 39c zuzuführen und gesondert auszuweisen. Übersteigen die derart abgeschöpften Mittel 0,5 vH der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrages, hat der Österreichische Rundfunk spätestens im darauffolgenden Jahr gemäß den Bestimmungen des § 31 das Programmentgelt neu festzulegen und die gemäß Abs. 1 abgeschöpften Mittel von den Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Abzug zu bringen (§ 31 Abs. 5). (2) Aufgrund einer mit Bescheid angeordneten Abschöpfung hat der Österreichische Rundfunk die Mittel in der angeordneten Höhe dem Sperrkonto gemäß Paragraph 39 c, 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 Paragraph 31, das Programmentgelt neu festzulegen und die gemäß Absatz eins, abgeschöpften Mittel von den Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Abzug zu bringen (Paragraph 31, Absatz 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 formelle 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. (5) Nach Absatz eins, Ziffer 2, ist nicht vorzugehen, wenn das Verhalten den Tatbestand des Artikel 102, AEUV erfüllt."

"Sperrkonto

§ 39c. Der Österreichische Rundfunk hat ein Sperrkonto zur Erfassung der gemäß § 31 Abs. 6, § 31 Abs. 17a, § 38a, § 39 Abs. 2a sowie § 39a Abs. 5 zufließenden Mittel zu führen und diese jeweils gesondert auszuweisen. Die Verwendung der Mittel des Sperrkontos erfolgt nach Maßgabe der Bestimmungen der § 31 Abs. 5, § 38a Abs. 2 und § 39b Abs. 4. "Paragraph 39 c, Der Österreichische Rundfunk hat ein Sperrkonto zur Erfassung der gemäß Paragraph 31, Absatz 6,, Paragraph 31, Absatz 17 a,, Paragraph 38 a,, Paragraph 39, Absatz 2 a, sowie Paragraph 39 a, Absatz 5, zufließenden Mittel zu führen und diese jeweils gesondert auszuweisen. Die Verwendung der Mittel des Sperrkontos erfolgt nach Maßgabe der Bestimmungen der Paragraph 31, Absatz 5,, Paragraph 38 a, Absatz 2 und Paragraph 39 b, Absatz 4,

5. Die Erläuterungen zu § 4f ORF-G halten fest (vgl. RV 611 BlgNr, XXIV. GP) 5. Die Erläuterungen zu Paragraph 4 f, ORF-

G halten fest vergleiche Regierungsvorlage 611 BlgNr, römisch 24 . GP):

"Entsprechend den Ergebnissen des Beihilfeverfahrens wird dem ORF ein Auftrag für die Bereitstellung weiterer öffentlich-rechtlicher Online-Angebote erteilt, die jedoch nur nach Vorlage eines Angebotskonzepts (§ 5a) bereitgestellt werden dürfen und, soweit die Voraussetzungen des § 6 erfüllt sind, einer Auftragsvorprüfung (§§ 6 bis 6b) zu unterziehen sind. Das Gemeinschaftsrecht erfordert eine verpflichtende Betrauung eines Unternehmens mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen (vgl. Rz 50 der Rundfunkmitteilung)."Entsprechend den Ergebnissen des Beihilfeverfahrens wird dem ORF ein Auftrag für die Bereitstellung weiterer öffentlich-rechtlicher Online-Angebote erteilt, die jedoch nur nach Vorlage eines Angebotskonzepts (Paragraph 5 a,) bereitgestellt werden dürfen und, soweit die Voraussetzungen des Paragraph 6, erfüllt sind, einer Auftragsvorprüfung (Paragraphen 6 bis 6 b) zu unterziehen sind. Das Gemeinschaftsrecht erfordert eine verpflichtende Betrauung eines Unternehmens mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vergleiche Rz 50 der Rundfunkmitteilung).

Abs. 1 legt fest, dass Angebote gemäß § 4f bereitzustellen sind, soweit sie im Unternehmensgegenstand des ORF (§ 2) liegen und die technische Entwicklung und wirtschaftliche Tragbarkeit es erlauben; zentrale Voraussetzung ist ferner, dass diese Angebote einen wirksamen Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags (§ 4) leisten. Die nähere Determinierung und Konkretisierung des öffentlich-rechtlichen Auftrags für diese Angebote erfolgt durch das Angebotskonzept sowie gegebenenfalls durch die Auftragsvorprüfung. Durch die Auftragsvorprüfung wird ferner sichergestellt, dass nur jene Angebote erbracht werden dürfen, deren öffentlich-rechtlicher Mehrwert allfällige negative Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation überwiegt. Absatz eins, legt fest, dass Angebote gemäß Paragraph 4 f, bereitzustellen sind, soweit sie im Unternehmensgegenstand des ORF (Paragraph 2,) liegen und die technische Entwicklung und wirtschaftliche Tragbarkeit es erlauben; zentrale Voraussetzung ist ferner, dass diese Angebote einen wirksamen Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags (Paragraph 4,) leisten. Die nähere Determinierung und Konkretisierung des öffentlich-rechtlichen Auftrags für diese Angebote erfolgt durch das Angebotskonzept sowie gegebenenfalls durch die Auftragsvorprüfung. Durch die Auftragsvorprüfung wird ferner sichergestellt, dass nur jene Angebote erbracht werden dürfen, deren öffentlich-rechtlicher Mehrwert allfällige negative Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation überwiegt.

[]

Eine Eingrenzung der unter § 4f zulässigerweise zu erbringenden öffentlich-rechtlichen Angebote erfolgt (zusätzlich zu den Kriterien des Abs. 1) durch die Negativliste des Abs. 2, die gewisse Angebote grundsätzlich von der Erbringung im öffentlich-rechtlichen Auftrag ausschließt. Bei den ausgeschlossenen Angeboten geht der Entwurf davon aus, dass sie nicht der Erfüllung von demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft, wie sie im öffentlich-rechtlichen Kernauftrag abgebildet sind, dienen und hat somit gleichsam eine negative Auftragsvorprüfung vorweg genommen. Die ausgeschlossenen Angebote können jedoch, sofern sie im Unternehmensgegenstand (§ 2) des ORF liegen, als kommerzielle Tätigkeit nach Maßgabe des § 8a bereitgestellt werden. Eine Eingrenzung der unter Paragraph 4 f, zulässigerweise zu erbringenden öffentlich-rechtlichen Angebote erfolgt (zusätzlich zu den Kriterien des Absatz eins,) durch die Negativliste des Absatz 2,, die gewisse Angebote grundsätzlich von der Erbringung im öffentlich-rechtlichen Auftrag ausschließt. Bei den ausgeschlossenen Angeboten geht der Entwurf davon aus, dass sie nicht der Erfüllung von demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft, wie sie im öffentlich-rechtlichen Kernauftrag abgebildet sind, dienen und hat somit gleichsam eine negative Auftragsvorprüfung vorweg genommen. Die ausgeschlossenen Angebote können jedoch, sofern sie im Unternehmensgegenstand (Paragraph 2,) des ORF liegen, als kommerzielle Tätigkeit nach Maßgabe des Paragraph 8 a, bereitgestellt werden.

Die Ausschlussliste des Abs. 2 zählt in umfassender Weise Angebote auf, die der ORF im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags keinesfalls erbringen darf. Die Liste enthält teilweise Angebote, die außerhalb des Unternehmensgegenstands des ORF liegen und deren Erbringung daher bereits nach geltender Rechtslage nicht zulässig wäre; jene in der Liste enthaltenen Angebote, die im Rahmen des Unternehmensgegenstandes liegen, können gegebenenfalls als kommerzielle Aktivität gemäß § 8a bei entsprechender organisatorischer und rechnerischer Trennung bereitgestellt werden. Die Ausschlussliste des Absatz 2, zählt in umfassender Weise Angebote auf, die der ORF im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags keinesfalls erbringen darf. Die Liste enthält teilweise Angebote, die außerhalb des Unternehmensgegenstands des ORF liegen und deren Erbringung daher bereits nach geltender Rechtslage nicht zulässig wäre; jene in der Liste enthaltenen Angebote, die im Rahmen des Unternehmensgegenstandes liegen, können gegebenenfalls als kommerzielle Aktivität gemäß Paragraph 8 a, bei

entsprechender organisatorischer und rechnerischer Trennung bereitgestellt werden.

[]"

Die Erläuterungen zu § 38a ORF-G lauten wie folgt (vgl. RV 611 BlgNr, XXIV. GP) Die Erläuterungen zu Paragraph 38 a, ORF-G lauten wie folgt vergleiche Regierungsvorlage 611 BlgNr, römisch 24 . GP):

"Jene im vorliegenden Entwurf vorgeschlagenen gesetzlichen Regelungen, die darauf abzielen, eine Verwendung von Mitteln aus Programmentgelt für kommerzielle Zwecke hintanzuhalten, können nur wirksam sein, wenn ihre Durchsetzung auch entsprechend gesichert ist. Es bestehen einerseits entsprechende Sanktionsmöglichkeiten durch die Verhängung von Verwaltungsstrafen gemäß § 38. Im Sinne der Zielsetzung und gewöhnlichen Methodik des Beihilfenrechts, einen rechtswidrig gewährten finanziellen Vorteil wieder rückgängig zu machen, ist es aber auch im gegebenen Zusammenhang erforderlich, das im ORF-G vorgesehene Sanktionssystem dadurch zu ergänzen, dass nicht-pönale Konsequenzen an eine untersagte Quersubventionierung dadurch geknüpft werden, dass ein rechtswidrige Mittelverwendung rückgängig gemacht wird. Wenn nämlich der Österreichische Rundfunk Mittel, die ihm aus Programmentgelt gewährt werden, für Zwecke heranzieht, die nicht im öffentlichen Auftrag liegen, so geht die Zweckwidmung der Mittel fehl und der Grund für die beihilfenrechtliche Privilegierung fällt weg. Ebenso wie im Fall einer unrechtmäßigen Gewährung einer Beihilfe an sich ist daher eine Rückzahlung dieser fehlverwendeten Mittel vorzusehen. Da es sich bei diesem Vorgang nicht um eine Sanktion handelt, sondern bloß um einen "Actus Contrarius", um eine beihilfenrechtskonforme Situation herzustellen, kommt es dabei auch nicht darauf an, ob den Österreichischen Rundfunk ein Verschulden trifft. Den Mitteln aus Programmentgelt werden im Lichte der komplementären Finanzierung jene Mittel gleichgehalten, 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." Jene im vorliegenden Entwurf vorgeschlagenen gesetzlichen Regelungen, die darauf abzielen, eine Verwendung von Mitteln aus Programmentgelt für kommerzielle Zwecke hintanzuhalten, können nur wirksam sein, wenn ihre Durchsetzung auch entsprechend gesichert ist. Es bestehen einerseits entsprechende Sanktionsmöglichkeiten durch die Verhängung von Verwaltungsstrafen gemäß Paragraph 38, Im Sinne der Zielsetzung und gewöhnlichen Methodik des Beihilfenrechts, einen rechtswidrig gewährten finanziellen Vorteil wieder rückgängig zu machen, ist es aber auch im gegebenen Zusammenhang erforderlich, das im ORF-G vorgesehene Sanktionssystem dadurch zu ergänzen, dass nicht-pönale Konsequenzen an eine untersagte Quersubventionierung dadurch geknüpft werden, dass ein rechtswidrige Mittelverwendung rückgängig gemacht wird. Wenn nämlich der Österreichische Rundfunk Mittel, die ihm aus Programmentgelt gewährt werden, für Zwecke heranzieht, die nicht im öffentlichen Auftrag liegen, so geht die Zweckwidmung der Mittel fehl und der Grund für die beihilfenrechtliche Privilegierung fällt weg. Ebenso wie im Fall einer unrechtmäßigen Gewährung einer Beihilfe an sich ist daher eine Rückzahlung dieser fehlverwendeten Mittel vorzusehen. Da es sich bei diesem Vorgang nicht um eine Sanktion handelt, sondern bloß um einen "Actus Contrarius", um eine beihilfenrechtskonforme Situation herzustellen, kommt es dabei auch nicht darauf an, ob den Österreichischen Rundfunk ein Verschulden trifft. Den Mitteln aus Programmentgelt werden im Lichte der komplementären Finanzierung jene Mittel gleichgehalten, die bei der Berechnung des Programmentgelts nach Paragraph 31, Absatz 3, in Abzug zu bringen wären. Dies betrifft insbesondere kommerzielle Erträge. Es ist daher irrelevant, aus welchem Titel die unrechtmäßig verwendeten Mittel stammen.

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

Abs. 1 normiert drei Tatbestände, die zu einer Abschöpfung von Einnahmen aus Programmentgelt führen können. Z 1 erfasst alle jene Fälle, in denen Mittel aus Programmentgelt für Tätigkeiten verwendet wurden, die die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreiten (siehe dazu auch § 8a Abs. 2). Zu beachten ist dabei, dass nicht jeder Verstoß einer Tätigkeit gegen den öffentlich-rechtlichen Auftrag zu einer Abschöpfung führt. Eine solche Abschöpfung findet dann nicht statt, wenn die Tätigkeit an sich trotz des Verstoßes innerhalb der für den öffentlich-rechtlichen Auftrag gezogenen Grenzen liegt. So bedeutet beispielsweise eine Verletzung des Objektivitätsgebots in Fernsehnachrichten in einem gemäß § 3 Abs. 1 ausgestrahlten Programm unzweifelhaft eine Verletzung des öffentlich-

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

[]

Abs. 4 trägt der Tatsache Rechnung, dass manche Tatbestände des § 31 c, insb. dessen Abs. 1, deckungsgleich mit dem Tatbestand des Art. 82 EG sein können; das kann dann der Fall sein, wenn dem ORF auf dem sachlich und örtlich relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Die Abschöpfung nach § 38a soll keine Sanktion sein, sondern ein bloßes Rückgängigmachen eines beihilfenrechtswidrig erlangten Vorteils. Nun zieht aber auch Art. 82 EG erhebliche finanzielle Folgen für das betreffende Unternehmen nach sich, und zwar durch die Möglichkeit, eine Geldbuße zu verhängen. Diese Geldbuße verfolgt aufgrund ihrer Höhe u.a. den Zweck, den durch die Wettbewerbsverfälschung erzielten Vorteil rückgängig zu machen. Im Sinne der Sachlichkeit der Vorschrift soll die Abschöpfung gemäß § 38a daher dann nicht durchgeführt werden, wenn der Tatbestand des Art. 82 EG erfüllt ist und daher die für diesen Fall vorgesehenen Rechtsfolgen eingreifen." Absatz 4, trägt der Tatsache Rechnung, dass manche Tatbestände des Paragraph 31 c, insb. dessen Absatz eins, deckungsgleich mit dem Tatbestand des Artikel 82, EG sein können; das kann dann der Fall sein, wenn dem ORF auf dem sachlich und örtlich relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Die Abschöpfung nach Paragraph 38 a, soll keine Sanktion sein, sondern ein bloßes Rückgängigmachen eines beihilfenrechtswidrig erlangten Vorteils. Nun zieht aber auch Artikel 82, EG erhebliche finanzielle Folgen für das betreffende Unternehmen nach sich, und zwar durch die Möglichkeit, eine Geldbuße zu verhängen. Diese Geldbuße verfolgt aufgrund ihrer Höhe u.a. den Zweck, den durch die Wettbewerbsverfälschung erzielten Vorteil rückgängig zu machen. Im Sinne der Sachlichkeit der Vorschrift soll die Abschöpfung gemäß Paragraph 38 a, daher dann nicht durchgeführt werden, wenn der Tatbestand des Artikel 82, EG erfüllt ist und daher die für diesen Fall vorgesehenen Rechtsfolgen eingreifen."

6. Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde im Wesentlichen vor, dass eine Abschöpfung überhaupt zu unterbleiben habe, da eine (relevante) Überschreitung einer Grenze des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht vorgelegen sei und Mittel aus dem Programmentgelt nicht herangezogen worden seien; in eventu sei eine Abschöpfung nicht in der von der belangten Behörde angenommenen Höhe anzuordnen gewesen. Der Beschwerdeführer verweist weiters auf einen anderen Abschöpfungsfall, bei dem dieselben Vorbringen vom Beschwerdeführer in einer Beschwerde gemäß Art. 144 Abs. 1 B-VG an den Verfassungsgerichtshof geltend gemacht worden seien (Beschwerde gegen den Bescheid des BKS vom 25.02.2013, GZ. 611/805/0001-BKS/2012). 6. Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde im Wesentlichen vor, dass eine Abschöpfung überhaupt zu unterbleiben habe, da eine (relevante) Überschreitung einer Grenze des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht vorgelegen sei und Mittel aus dem Programmentgelt nicht herangezogen worden seien; in eventu sei eine Abschöpfung nicht in der von der belangten Behörde angenommenen Höhe anzuordnen gewesen. Der Beschwerdeführer verweist weiters auf einen anderen Abschöpfungsfall, bei dem dieselben Vorbringen vom Beschwerdeführer in einer Beschwerde gemäß Artikel 144, Absatz eins, B-VG an den Verfassungsgerichtshof geltend gemacht worden seien (Beschwerde gegen den Bescheid des BKS vom 25.02.2013, GZ. 611/805/0001-BKS/2012).

7. Das Bundesverwaltungsgericht hält fest, dass der Verfassungsgerichtshof zu dem vom Beschwerdeführer angeführten Abschöpfungsfall ausgesprochen hat (Erkenntnis vom 29.11.2014, B413/2013), dass "die beschwerdeführende Partei durch den angefochtenen Bescheid weder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten

Recht noch wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in ihren Rechten verletzt worden" sei. Die Beschwerde wurde abgewiesen und dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung darüber abgetreten, ob die beschwerdeführende Partei durch den angefochtenen Bescheid in einem sonstigen Recht verletzt worden sei.

Der Verwaltungsgerichtshof wies die Revision am 06.04.2016 mit Ro 2015/03/0014 als unbegründet ab.

8. Insoweit der Beschwerdeführer nun im verfahrensgegenständlichen Fall vorbringt, dass keine "missbräuliche Verwendung öffentlich-rechtlicher Mittel" vorgelegen habe und sogar der beihilfenrechtlich bedingte Hintergrund fehle (s. unter I.3.1.), da nur die Überschreitung formeller Grenzen unter § 38 Abs. 1 Z 1 ORF-G subsumiert werden könne, kann dazu auf die nunmehr vorliegende Rechtsprechung des VwGH verwiesen werden, der folgendes ausgesprochen hat (06.04.2016, Ro 2015/03/0014): 8. Insoweit der Beschwerdeführer nun im verfahrensgegenständlichen Fall vorbringt, dass keine "missbräuliche Verwendung öffentlich-rechtlicher Mittel" vorgelegen habe und sogar der beihilfenrechtlich bedingte Hintergrund fehle (s. unter römisch eins.3.1.), da nur die Überschreitung formeller Grenzen unter Paragraph 38, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G subsumiert werden könne, kann dazu auf die nunmehr vorliegende Rechtsprechung des VwGH verwiesen werden, der folgendes ausgesprochen hat (06.04.2016, Ro 2015/03/0014):

"Zu den Voraussetzungen für eine Abschöpfung gemäß § 38a Abs 1 Z 1" Zu den Voraussetzungen für eine Abschöpfung gemäß Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins

ORF-G:

Nach § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G hat die Regulierungsbehörde die Abschöpfung von Einnahmen aus Programmentgelt in der Höhe dieser Mittel anzuordnen, wenn der ORF diese Mittel für Tätigkeiten herangezogen hat, die die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreiten. Den Mitteln aus Programmentgelt sind auch Mittel gleichzuhalten, die bei der Festlegung des Programmentgelts nach § 31 Abs 3 ORF-G in Abzug zu bringen wären, wozu etwa erwirtschaftete Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlicher Tätigkeit gehören. Nach Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G hat die Regulierungsbehörde die Abschöpfung von Einnahmen aus Programmentgelt in der Höhe dieser Mittel anzuordnen, wenn der ORF diese Mittel für Tätigkeiten herangezogen hat, die die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreiten. Den Mitteln aus Programmentgelt sind auch Mittel gleichzuhalten, die bei der Festlegung des Programmentgelts nach Paragraph 31, Absatz 3, ORF-G in Abzug zu bringen wären, wozu etwa erwirtschaftete Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlicher Tätigkeit gehören.

Damit sollen - wie den Gesetzesmaterialien zu entnehmen ist - "nicht-pönale" Konsequenzen an eine untersagte Quersubventionierung dadurch geknüpft werden, dass eine rechtswidrige Mittelverwendung rückgängig gemacht wird. Wenn der ORF nämlich Mittel, die ihm aus Programmentgelt (oder gleichzuhaltenden Einnahmen) gewährt werden, für Zwecke heranzieht, die nicht im öffentlichen Auftrag liegen, so geht die Zweckwidmung der Mittel fehl und der Grund für die beihilfenrechtliche Privilegierung unter dem Blickwinkel des Unionsrechts fällt weg. Die Abschöpfung dient somit dazu, eine unions- und nationalgesetzlich nicht gewünschte Verwendung von Programmentgelten für Aufgaben, die außerhalb des öffentlichrechtlichen Auftrags des ORF liegen, rückgängig zu machen. Für ihre Anordnung kommt es auch nicht darauf an, ob den ORF an dieser zweckwidrigen Verwendung der Mittel ein Verschulden trifft.

Nicht jeder Verstoß des ORF gegen den öffentlichrechtlichen Auftrag soll zur Abschöpfung führen. Eine Abschöpfung hat vielmehr zu unterbleiben, wenn die Tätigkeit des ORF trotz des Verstoßes noch innerhalb der für den öffentlichrechtlichen Auftrag gezogenen Grenzen liegt. Als Beispiel für einen die Abschöpfung nicht rechtfertigenden Verstoß wird in den Gesetzesmaterialien die Verletzung des Objektivitätsgebotes in Fernsehnachrichten des ORF angeführt. Dabei handle es sich - wie die Materialien darlegen - zwar unzweifelhaft um eine Verletzung des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF; dessen Grenzen würden dadurch aber nicht überschritten. Die Anführung dieses Beispiels macht (erneut) deutlich, worum es bei der Abschöpfung nach § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G geht und in welchen Fällen von einer Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags auszugehen ist: Nicht jeder Verstoß des ORF gegen den öffentlichrechtlichen Auftrag soll zur Abschöpfung führen. Eine Abschöpfung hat vielmehr zu unterbleiben, wenn die Tätigkeit des ORF trotz des Verstoßes noch innerhalb der für den öffentlichrechtlichen Auftrag gezogenen Grenzen liegt. Als Beispiel für einen die Abschöpfung nicht rechtfertigenden Verstoß wird in den Gesetzesmaterialien die Verletzung des Objektivitätsgebotes in Fernsehnachrichten des ORF angeführt. Dabei handle es sich - wie die Materialien darlegen - zwar unzweifelhaft um eine Verletzung des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF; dessen

Grenzen würden dadurch aber nicht überschritten. Die Anführung dieses Beispiels macht (erneut) deutlich, worum es bei der Abschöpfung nach Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G geht und in welchen Fällen von einer Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags auszugehen ist:

Die zweckwidrige Verwendung von Mitteln der öffentlichen Finanzierung des ORF für Tätigkeiten, die durch den öffentlichrechtlichen Auftrag nicht gedeckt sind, führt zu wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen, denen durch die Abschöpfung entgegengewirkt werden soll. Verletzt der ORF das den öffentlichrechtlichen Auftrag umschreibende ORF-G jedoch in einem Bereich, der keine wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen hat, ist eine Abschöpfung nach dieser Vorschrift nicht vorgesehen. []"

9. In Bezug auf § 4b Abs. 4 ORF-G hat der VfGH im Weiteren ausgesprochen, dass diese Norm - wie ihre Entstehungsgeschichte zeige - gerade dazu diene, die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF näher zu umschreiben und wettbewerbsverzerrende Auswirkungen durch den Einsatz öffentlich finanzierter Mittel für einen Sport-Spartenkanal zu verhindern. Der festgestellte Verstoß gegen § 4b Abs. 4 ORF-G sei daher ein solcher, durch den die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschritten wurden. Die Voraussetzungen für eine Abschöpfung nach § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G seien daher vorgelegen.⁹ In Bezug auf Paragraph 4 b, Absatz 4, ORF-G hat der VfGH im Weiteren ausgesprochen, dass diese Norm - wie ihre Entstehungsgeschichte zeige - gerade dazu diene, die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF näher zu umschreiben und wettbewerbsverzerrende Auswirkungen durch den Einsatz öffentlich finanzierter Mittel für einen Sport-Spartenkanal zu verhindern. Der festgestellte Verstoß gegen Paragraph 4 b, Absatz 4, ORF-G sei daher ein solcher, durch den die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschritten wurden. Die Voraussetzungen für eine Abschöpfung nach Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G seien daher vorgelegen.

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts gilt das Ausgeführte auch für § 4f Abs. 1 Z 28 ORF-G, wofür folgende Überlegungen sprechen: Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts gilt das Ausgeführte auch für Paragraph 4 f, Absatz eins, Ziffer 28, ORF-G, wofür folgende Überlegungen sprechen:

Schon der Gesetzeswortlaut nimmt eindeutig auf den Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags Bezug ("Folgende Online-Angebote dürfen nicht im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags bereitgestellt werden: [] 28. eigens für mobile Endgeräte gestaltete Angebote."), wobei der VfGH mit Erkenntnis vom 26.03.2014 mit Zl. 2013/03/0155 bestätigte, dass im vorliegenden Fall eine Verletzung von § 4f Abs. 2 Z 28 ORF-G gegeben war. Wie die belangte Behörde zutreffend ausführt, wird diese Ansicht durch die Erläuterungen bestätigt: "Die Ausschlussliste des Abs. 2 zählt in umfassender Weise Angebote auf, die der ORF im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags keinesfalls erbringen darf." Schon der Gesetzeswortlaut nimmt eindeutig auf den Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags Bezug ("Folgende Online-Angebote dürfen nicht im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags bereitgestellt werden: [] 28. eigens für mobile Endgeräte gestaltete Angebote."), wobei der VfGH mit Erkenntnis vom 26.03.2014 mit Zl. 2013/03/0155 bestätigte, dass im vorliegenden Fall eine Verletzung von Paragraph 4 f, Absatz 2, Ziffer 28, ORF-G gegeben war. Wie die belangte Behörde zutreffend ausführt, wird diese Ansicht durch die Erläuterungen bestätigt: "Die Ausschlussliste des Absatz 2, zählt in umfassender Weise Angebote auf, die der ORF im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags keinesfalls erbringen darf."

Die Voraussetzungen für eine Abschöpfung gemäß § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G lagen im gegenständlichen Fall vor dem Lichte der VfGH-Rechtsprechung und den weiteren Überlegungen des Bundesverwaltungsgerichts demnach vor. Die Voraussetzungen für eine Abschöpfung gemäß Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G lagen im gegenständlichen Fall vor dem Lichte der VfGH-Rechtsprechung und den weiteren Überlegungen des Bundesverwaltungsgerichts demnach vor.

10. Ebenso kann zum Vorbringen des Beschwerdeführers zur Brutto- bzw. Nettokostenrechnung (s. unter I.3.3.1.) auf die nun vorliegende Rechtsprechung des VfGH verwiesen werden (06.04.2016, Ro 2015/03/0014);¹⁰ Ebenso kann zum Vorbringen des Beschwerdeführers zur Brutto- bzw. Nettokostenrechnung (s. unter römisch eins.3.3.1.) auf die nun vorliegende Rechtsprechung des VfGH verwiesen werden (06.04.2016, Ro 2015/03/0014):

"Zur Höhe des abgeschöpften Betrags:

Der ORF wendet sich gegen die Berechnung der abzuschöpfenden Mittel zunächst mit dem Hinweis darauf, dass die Heranziehung der Bruttokosten die beihilfenrechtliche Natur des Abschöpfungsverfahrens außer Acht lasse. Seiner Ansicht nach hätten konnex-kommerzielle Erlöse den abzuschöpfenden Betrag mindern müssen.

Dem ist nicht zuzustimmen. Die Berechnung einer (unionsrechtlich zulässigen) staatlichen Beihilfe für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk hat zwar entsprechend der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl 2009/C 257/01, dem Nettokostenprinzip zu folgen. Um der Verhältnismäßigkeitsprüfung für zulässige Beihilfen zu genügen, darf der Betrag der öffentlichen Ausgleichszahlung grundsätzlich die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags auch unter Berücksichtigung anderer direkter oder indirekter Einnahmen aus diesem Auftrag nicht übersteigen. Daher werden bei der Berechnung der Nettokosten der öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen die Nettogewinne aus allen kommerziellen Tätigkeiten berücksichtigt, die mit den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten in Verbindung stehen (vgl Rz 71 der zitierten Mitteilung der Kommission). Dementsprechend sehen § 8a Abs 5 ORF-G und insbesondere § 31 Abs 2 und 3 ORF-G für die Festlegung der Höhe des Programmentgelts das Nettokostenprinzip vor.

Dem ist nicht zuzustimmen. Die Berechnung einer (unionsrechtlich zulässigen) staatlichen Beihilfe für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk hat zwar entsprechend der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, Amtsblatt 2009/C 257/01, dem Nettokostenprinzip zu folgen. Um der Verhältnismäßigkeitsprüfung für zulässige Beihilfen zu genügen, darf der Betrag der öffentlichen Ausgleichszahlung grundsätzlich die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags auch unter Berücksichtigung anderer direkter oder indirekter Einnahmen aus diesem Auftrag nicht übersteigen. Daher werden bei der Berechnung der Nettokosten der öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen die Nettogewinne aus allen kommerziellen Tätigkeiten berücksichtigt, die mit den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten in Verbindung stehen (vergleiche Rz 71 der zitierten Mitteilung der Kommission). Dementsprechend sehen Paragraph 8 a, Absatz 5, ORF-G und insbesondere Paragraph 31, Absatz 2 und 3 ORF-G für die Festlegung der Höhe des Programmentgelts das Nettokostenprinzip vor.

Die soeben behandelte Frage, wie die zulässige staatliche Beihilfe an den öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter berechnet werden muss, ist allerdings im vorliegenden Fall nicht maßgeblich. Hier geht es vielmehr darum, die durch den Einsatz von öffentlichen Finanzierungsmitteln und ihnen im Sinne des § 38a Abs 1 letzter Satz ORF-G gleichzuhaltenden Mitteln erzielten (wettbewerbsverzerrenden) Vorteile für den ORF rückgängig zu machen. Würden kommerziell-konexe Erlöse aus jener Tätigkeit, die der ORF bei Überschreitung des öffentlich-rechtlichen Auftrags unter Einsatz von Programmentgelt erzielt hat, bei der Berechnung des Abschöpfungsbetrags außer Betracht gelassen, wäre dieses Ziel nicht zu erreichen. In diesem Sinne ordnet § 38a Abs 1 letzter Satz ORF-G daher auch an, dass Mittel, die nach § 31 Abs 3 ORF-G bei der Festlegung des Programmentgelts in Abzug zu bringen wären (wozu etwa auch erwirtschaftete Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit im Zusammenhang mit der öffentlichrechtlichen Tätigkeit gehören), dem Programmentgelt gleichzuhalten sind. Auch sie sind - wie das eingesetzte Programmentgelt - bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Abschöpfung nach § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G vom ORF abzufordern. Die Berechnung des Abschöpfungsbetrags unter Heranziehung der Bruttokosten erfolgte daher zu Recht.

Die soeben behandelte Frage, wie die zulässige staatliche Beihilfe an den öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter berechnet werden muss, ist allerdings im vorliegenden Fall nicht maßgeblich. Hier geht es vielmehr darum, die durch den Einsatz von öffentlichen Finanzierungsmitteln und ihnen im Sinne des Paragraph 38 a, Absatz eins, letzter Satz ORF-G gleichzuhaltenden Mitteln erzielten (wettbewerbsverzerrenden) Vorteile für den ORF rückgängig zu machen. Würden kommerziell-konexe Erlöse aus jener Tätigkeit, die der ORF bei Überschreitung des öffentlich-rechtlichen Auftrags unter Einsatz von Programmentgelt erzielt hat, bei der Berechnung des Abschöpfungsbetrags außer Betracht gelassen, wäre dieses Ziel nicht zu erreichen. In diesem Sinne ordnet Paragraph 38 a, Absatz eins, letzter Satz ORF-G daher auch an, dass Mittel, die nach Paragraph 31, Absatz 3, ORF-G bei der Festlegung des Programmentgelts in Abzug zu bringen wären (wozu etwa auch erwirtschaftete Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit im Zusammenhang mit der öffentlichrechtlichen Tätigkeit gehören), dem Programmentgelt gleichzuhalten sind. Auch sie sind - wie das eingesetzte Programmentgelt - bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Abschöpfung nach Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G vom ORF abzufordern. Die Berechnung des Abschöpfungsbetrags unter Heranziehung der Bruttokosten erfolgte daher zu Recht."

Damit steht fest, dass die Berechnung des Abschöpfungsbetrags unter Heranziehung der Bruttokosten zu erfolgen hat, was die belangte Behörde im vorliegenden Fall getan hat. Aus diesem Grund hat die belangte Behörde den Sachverhalt auch ausreichend ermittelt, da konnex-kommerzielle Erlöse, die "allein aufgrund einer (allenfalls zB nach § 4f ORF-G) verbotenen Tätigkeit erzielt worden und der Tätigkeit direkt zuordenbar sind (wie zB Erlöse aus der Vermarktung)", den abzuschöpfenden Betrag nicht mindern. Damit steht fest, dass die Berechnung des Abschöpfungsbetrags unter Heranziehung der Bruttokosten zu erfolgen hat, was die belangte Behörde im vorliegenden Fall getan hat. Aus diesem

Grund hat die belangte Behörde den Sachverhalt auch ausreichend ermittelt, da konnex-kommerzielle Erlöse, die "allein aufgrund einer (allenfalls zB nach Paragraph 4 f, ORF-G) verbotenen Tätigkeit erzielt worden und der Tätigkeit direkt zuordenbar sind (wie zB Erlöse aus der Vermarktung)", den abzuschöpfenden Betrag nicht mindern.

11. Zum Vorbringen des Beschwerdeführers zur Vollkosten- oder Teilkostenrechnung (s. unter I.3.3.2.), dass "gemeinsame Kosten" und "Gemeinkosten" nicht der Abschöpfung unterlägen, kann ebenso auf das Erkenntnis des VwGH verwiesen werden (06.04.2016, Ro 2015/03/0014): 11. Zum Vorbringen des Beschwerdeführers zur Vollkosten- oder Teilkostenrechnung (s. unter römisch eins.3.3.2.), dass "gemeinsame Kosten" und "Gemeinkosten" nicht der Abschöpfung unterlägen, kann ebenso auf das Erkenntnis des VwGH verwiesen werden (06.04.2016, Ro 2015/03/0014):

"Der ORF macht überdies geltend, dass Mittel, die für Tätigkeiten innerhalb der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags herangezogen wurden, nicht hätten abgeschöpft werden dürfen. Daraus folge zwingend, dass die gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten, etwa technische Ausstrahlungskosten, Verwaltungskosten durch Generaldirektion und Kaufmännische Direktion etc, nicht der Abschöpfung unterlägen. Entgegen der Rechtsansicht der KommAustria und des BKS hätte daher eine Berechnung des korrekten Abschöpfungsbetrags nicht mit einer Vollkostenrechnung, sondern mit einer Teilkostenrechnung erfolgen müssen.

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

Hieraus ergibt sich auch für den vorliegenden Fall, dass die belangte Behörde die Vollkostenrechnung zu Recht durchgeführt hat.

12. Der Beschwerdeführer bringt weiters vor, dass auch aus Verhältnismäßigkeitsgründen eine Abschöpfung auf formelle bzw. grobe Gesetzesverletzungen zu beschränken sei (s. unter I.3.2.). Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts gibt es dafür im Gesetzeswortlaut des § 38a ORF-G jedoch keinerlei Deckung, insofern den Ausführungen der belangten Behörde zu folgen ist, dass nach dem Wortlaut des § 38a ORF-G "keinerlei Kalkül hinsichtlich der Schwere des Verstoßes bzw. hinsichtlich der Wettbewerbsauswirkungen zu berücksichtigen" sei. Ebenso ist die in § 38a Abs. 5 angeordnete Subsidiarität des Verfahrens nach § 38a ORF-G gegenüber Art. 102 AEUV nur hinsichtlich des § 38a Abs. 1 Z 2 ORF-G angeordnet, nicht aber hinsichtlich des ggstl. § 38a Abs. 1 Z 1 ORF-G; aus diesem Grund sind die Einschränkungen der Verhängung von Geldbußen nach §§ 29 ff KartellG nicht entsprechend auf die Fälle der Abschöpfung nach § 38 ORF-G anzuwenden. 12. Der Beschwerdeführer bringt weiters vor, dass auch aus Verhältnismäßigkeitsgründen eine Abschöpfung auf formelle bzw. grobe Gesetzesverletzungen zu beschränken sei (s.

unter römisch eins.3.2.). Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts gibt es dafür im Gesetzeswortlaut des Paragraph 38 a, ORF-G jedoch keinerlei Deckung, insofern den Ausführungen der belangten Behörde zu folgen ist, dass nach dem Wortlaut des Paragraph 38 a, ORF-G "keinerlei Kalkül hinsichtlich der Schwere des Verstoßes bzw. hinsichtlich der Wettbewerbsauswirkungen zu berücksichtigen" sei. Ebenso ist die in Paragraph 38 a, Absatz 5, angeordnete Subsidiarität des Verfahrens nach Paragraph 38 a, ORF-G gegenüber Artikel 102, AEUV nur hinsichtlich des Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer 2, ORF-G angeordnet, nicht aber hinsichtlich des ggstl. Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G; aus diesem Grund sind die Einschränkungen der Verhängung von Geldbußen nach Paragraphen 29, ff KartellG nicht entsprechend auf die Fälle der Abschöpfung nach Paragraph 38, ORF-G anzuwenden.

13. Zum Vorbringen des Beschwerdeführers zur Schwere der Rechtsverletzung, dass nämlich zur Auslegung des ggstl. Verbots durchaus unterschiedliche Rechtsauffassungen vertreten werden könnten und von einer missbräuchlichen Verwendung öffentlicher Mittel daher nicht die Rede sein könne, die unbeschränkte Erfolgshaftung daher unverhältnismäßig sei, ist auf die bereits gemachten Ausführungen zu verweisen (s. unter III.3.8. und 12.).13. Zum Vorbringen des Beschwerdeführers zur Schwere der Rechtsverletzung, dass nämlich zur Auslegung des ggstl. Verbots durchaus unterschiedliche Rechtsauffassungen vertreten werden könnten und von einer missbräuchlichen Verwendung öffentlicher Mittel daher nicht die Rede sein könne, die unbeschränkte Erfolgshaftung daher unverhältnismäßig sei, ist auf die bereits gemachten Ausführungen zu verweisen (s. unter römisch drei.3.8. und 12.).

14. Der Anregung des Beschwerdeführers, "das BVwG möge dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorlegen, ob und wenn ja in welcher Höhe in vergleichbaren Fällen eine Rückzahlung von Beihilfen beihilfenrechtlich erforderlich ist", wird nicht gefolgt. Schon der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 06.04.2016, Ro 2015/03/0014, ausgesprochen, kein Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art 267 AEUV durch den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) einzuleiten und festgehalten, dass "ungeachtet des - zuvor bereits näher dargestellten - beihilfenrechtlichen Hintergrunds des § 38a Abs 1 Z 1 ORF-G die Frage, welche Beträge zurückgefordert und wie sie im Einzelnen berechnet werden, um die zweckwidrige Verwendung des Programmentgelts oder gleichzuhaltender Mitteln durch Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF rückgängig zu machen, eine Angelegenheit des nationalen Gesetzes [ist]; die Festlegung des Abschöpfungsbetrags selbst ist wiederum Sache des nationalen Gerichts (vgl dazu auch die zum unionsrechtlichen Beihilferecht ergangene Rechtsprechung des EuGH, etwa das Urteil vom 13. Februar 2014, C-69/13 (Mediaset SpA)). Wenn dabei von den nationalen Behörden - wie im vorliegenden Fall - ein strenger Maßstab angelegt wird, so steht dies mit den unionsrechtlichen Zielsetzungen jedenfalls nicht im Widerspruch."14. Der Anregung des Beschwerdeführers, "das BVwG möge dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorlegen, ob und wenn ja in welcher Höhe in vergleichbaren Fällen eine Rückzahlung von Beihilfen beihilfenrechtlich erforderlich ist", wird nicht gefolgt. Schon der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 06.04.2016, Ro 2015/03/0014, ausgesprochen, kein Vorabentscheidungsverfahren gemäß Artikel 267, AEUV durch den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) einzuleiten und festgehalten, dass "ungeachtet des - zuvor bereits näher dargestellten - beihilfenrechtlichen Hintergrunds des Paragraph 38 a, Absatz eins, Ziffer eins, ORF-G die Frage, welche Beträge zurückgefordert und wie sie im Einzelnen berechnet werden, um die zweckwidrige Verwendung des Programmentgelts oder gleichzuhaltender Mitteln durch Überschreitung der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF rückgängig zu machen, eine Angelegenheit des nationalen Gesetzes [ist]; die Festlegung des Abschöpfungsbetrags selbst ist wiederum Sache des nationalen Gerichts vergleiche dazu auch die zum unionsrechtlichen Beihilferecht ergangene Rechtsprechung des EuGH, etwa das Urteil vom 13. Februar 2014, C-69/13 (Mediaset SpA)). Wenn dabei von den nationalen Behörden - wie im vorliegenden Fall - ein strenger Maßstab angelegt wird, so steht dies mit den unionsrechtlichen Zielsetzungen jedenfalls nicht im Widerspruch."

Aus diesem Grund ergeht auch im vorliegenden Fall kein Vorabentsuchungsersuchen.

14. Aus den dargelegten Überlegungen war die vorliegende Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer

Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die gegenständliche Entscheidung folgt der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH vom 06.04.2016, Ro 2015/03/0014). Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die gegenständliche Entscheidung folgt der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vergleiche VwGH vom 06.04.2016, Ro 2015/03/0014). Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Abschöpfungsverfahren, Berechnung, contrarius actus,
Einnahmenerzielung, Grenzverlauf, Gutachten, Kostenschätzung,
Kostenteilung, Missbrauch, Nachvollziehbarkeit, öffentlich -
rechtlicher Auftrag, Online - Angebot, Rückerstattung, Rückzahlung,
Verhältnismäßigkeit, Wettbewerb

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W249.2014641.1.00

Zuletzt aktualisiert am

29.08.2017

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at