

Bescheid

I. Spruch

1. Gemäß § 38b Abs. 1 iVm Abs. 2 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 55/2014, wird festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) im Zuge der am 22.05.2013 während der von ca. 20:16 Uhr bis ca. 23:34 Uhr im Fernsehprogramm ORF eins ausgestrahlten Sendung „Fußball-Arena“
 - a. durch die Ausstrahlung von insgesamt 14 Sponsorhinweisen zu Gunsten der Tageszeitung „Kurier“ im Rahmen der Übertragung des Fußballspiels „Austria Wien gegen Mattersburg“ in der Zeit von ca. 20:30:08 bis ca. 22:19:26 Uhr, durch die gemäß dem Bescheid des Bundeskommunikationssenats vom 11.09.2013, GZ 611.009/0004-BKS/2013, jeweils § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verletzt wurde, einen wirtschaftlichen Vorteil in der Höhe von EUR 10.000,- erlangt hat; sowie
 - b. durch die am Ende des Sendungsteils „Fußball-Arena“ mit der Live-Übertragung der Meisterfeier aus der Generali-Arena von ca. 22:54:32 bis ca. 22:54:38 Uhr im Abspann erfolgte Aussstrahlung von Sponsorhinweisen zu Gunsten von „bet-at-home“ und „William Hill“, durch die gemäß dem Bescheid der KommAustria vom 02.08.2013, KOA 3.500/13-020, jeweils § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verletzt wurde, einen wirtschaftlichen Vorteil in der Höhe von EUR 882,75 bzw. EUR 718,96, in Summe daher EUR 1.601,71, erlangt hat.

Dieser jeweilige festgesetzte wirtschaftliche Vorteil wird gemäß § 38b Abs. 1 letzter Satz ORF-G für abgeschöpft erklärt.

2. Dem ORF wird aufgetragen, die Abschöpfungsbeträge gemäß Spruchpunkt 1.a. und 1.b. binnen zwei Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides auf das Konto der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, IBAN: AT932011129231280909, BIC: GIBAATWWXXX, Verwendungszweck: KOA 3.500/14-045, zu überweisen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 04.10.2013, KOA 3.500/13-032, teilte die KommAustria dem Österreichischen Rundfunk (im Folgenden: ORF) mit, dass mit rechtskräftigem Bescheid der KommAustria vom 02.08.2013, KOA 3.500/13-020, bzw. des Bundeskommunikationssenats (BKS) vom 11.09.2013, GZ 611.009/0004-BKS/2013, festgestellt worden sei, dass

1. der ORF am 22.05.2013 während der von ca. 20:16 Uhr bis ca. 23:34 Uhr im Fernsehprogramm ORF eins ausgestrahlten Sendung „Fußball-Arena“ im Rahmen der Übertragung des Fußballspiels „Austria Wien gegen Mattersburg“ zwischen ca. 22:30 Uhr [richtig: 20:30 Uhr] und ca. 22:19 Uhr insgesamt 14 Sponsorhinweise zu Gunsten der Tageszeitung „Kurier“ ausgestrahlt hat;
2. der ORF am 22.05.2013 während der von ca. 20:16 Uhr bis ca. 23:34 Uhr im Fernsehprogramm ORF eins ausgestrahlte Sendung „Fußball-Arena“ am Ende des Sendungsteils „Fußball-Arena“ mit der Live-Übertragung der Meisterfeier aus der Generali-Arena von ca. 22:54:32 bis ca. 22:54:38 Uhr im Abspann Sponsorhinweise zu Gunsten von „bet-at-home“ und „William Hill“ ausgestrahlt hat,

wodurch jeweils § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verletzt wurde, wonach Sponsorhinweise während einer Sendung unzulässig sind. Es liegen daher die Voraussetzungen vor, unter denen von der KommAustria iSd § 38b Abs. 1 ORF-G eine Abschöpfung der Bereicherung vorzunehmen sei. Die KommAustria gehe dabei davon aus, dass alle aus den rechtswidrigerweise ausgestrahlten Sponsorhinweisen zu Gunsten von „Kurier“ bzw. „bet-at-home“ und „William Hill“ erzielten Einnahmen einen wirtschaftlichen Vorteil des ORF darstellen, der für abgeschöpft zu erklären sei.

Zur Ermittlung des Abschöpfungsbetrages wurde der ORF aufgefordert, eine Aufstellung der aus der Ausstrahlung der Sponsorhinweise für „bet-at-home“ und „William Hill“ erzielten Einnahmen vorzulegen; dies unter gleichzeitiger Vorlage der zugrundeliegenden Verträge bzw. der Rechnungen. Hinsichtlich der Sponsorhinweise für „Kurier“ teilte die KommAustria mit, dass sie davon ausgehe, dass der Abschöpfung jener Betrag zu Grunde zu legen sein werde, der in dem im Rechtsverletzungsverfahren vorgelegten Vertrag vom 24.05.2013 (Beilage zum Schreiben des ORF vom 18.07.2013) zwischen dem ORF und der Kurier Redaktions GmbH & Co KG vereinbart worden war.

Mit Schreiben vom 21.10.2013 nahm der ORF zur Verfahrenseinleitung Stellung und führte im Wesentlichen aus, dass in Bezug auf die unter Punkt 2. angeführten Rechtsverletzungen (Sponsorhinweise für „bet-at-home“ und „William Hill“ die Voraussetzungen einer Abschöpfung nach § 38b ORF-G nicht vorlägen:

Einerseits sei (vgl. *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, 355) nämlich zu prüfen, inwieweit ein vermögenswerter Vorteil auf Seiten des ORF eingetreten ist. Als Methode biete sich ein Vergleich anhand eines objektiven Maßstabs zum rechtskonformen Zustand an: Die Frage laute daher, ob eine gesetzeskonforme Durchführung der Maßnahme im Vergleich zum festgestellten Verstoß nach dem Verkehrsgebrauch überhaupt möglich gewesen wäre und wenn ja, inwieweit diese objektiv weniger wert gewesen wäre. Bereits im Rahmen des Rechtsverletzungsverfahrens sei vorgebracht worden, dass eine Buchung eines Sponsorhinweises durch „bet-at-home“ oder „William Hill“ zum Zeitpunkt der tatsächlichen Einblendung nicht vorgelegen habe. Es habe im konkreten Fall zwei Abspänne gegeben (neben dem Abspann am Ende der Sendung einen am Ende der vollständig live abgewickelten Strecke aus dem Stadion). Geplant gewesen sei die gesetzeskonforme Aufnahme der beiden Sponsorhinweise in den Abspann am Ende der Sendung, aus Versehen seien die Sponsorhinweise aber bereits im ersten Abspann ausgestrahlt worden. Die beiden Sponsorhinweise wären an diesem Abend daher jedenfalls ausgestrahlt worden,

zwar nicht um ca. 22:54 Uhr, aber 40 Minuten später um ca. 23:34 Uhr. Eine gesetzeskonforme Durchführung der Maßnahme im Vergleich zum festgestellten Verstoß wäre daher nach dem Verkehrsgebrauch möglich gewesen (und sei auch so geplant gewesen). Zudem wären sie objektiv nicht weniger wert gewesen (gleiche Zeitschiene, gleicher Sportbewerb).

Zum anderen liege auch aus einem zweiten Grund kein wirtschaftlicher Vorteil vor. Wie aus den vorgelegten Verträgen mit UM PanMedia Kommunikationsberatung und Mediaeinkauf GmbH und Mediaedge:Cia GmbH zu ersehen sei, wäre Gegenstand jeweils ein „TVSponsoring De Luxe Opener“, also ein werblich gestalteter Sponsorhinweis. Diese beiden Sponsorhinweise seien vertragsgemäß innerhalb von Werbeblöcken zwischen den Sendungsteilen ausgestrahlt worden (vor der 1. und vor der 2. Halbzeit). Da nach der Judikatur auch die in einer Werbung enthaltenen Sponsorhinweise die Annahme einer „Patronanzsendung“ zu begründen vermögen und damit auch die Pflicht zur Kennzeichnung der Sendung (§ 17 Abs. 1 Z 2 erster Satz ORF-G) bestehe (BKS 12.10.2011, GZ 611.009/0004-BKS/2011 mwN), hätten die beiden als Verstoß georteten Sponsorhinweise im Abspann lediglich der Erfüllung dieser Kennzeichnungsverpflichtung gedient. Wie die Verträge zeigten, seien die beiden Sponsorhinweise im Abspann auch nicht betragsmäßig bewertet worden. Der ORF habe aus diesen Aspannennungen keine Einnahmen erzielt.

Da der ORF durch die Ausstrahlung der Sponsorhinweise für „bet-at-home“ und „William Hill“ im Abspann um ca. 22:54 Uhr keinen wirtschaftlichen Vorteil erlangt habe, habe auch eine Abschöpfung zu unterbleiben. Die Abschöpfung sei mit der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils begrenzt (Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze³, 355). Da im konkreten Fall der im Vergleich zum gesetzeskonformen Verhalten durch den Verstoß bewirkte Vorteil Null sei, sei keine Abschöpfung vorzunehmen.

2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Rechtswidrige Handlungen im Rahmen der am 22.05.2014 von ca. 20:16 bis ca. 23:34 Uhr im Fernsehprogramm ORF eins ausgestrahlten Sendung „Fußball Arena“

Mit Bescheid der KommAustria vom 02.08.2013, KOA 3.500/13-020, bzw. des BKS vom 11.09.2013, GZ 611.009/0004-BKS/2013, wurde festgestellt, dass

1. der ORF am 22.05.2013 während der von ca. 20:16 Uhr bis ca. 23:34 Uhr im Fernsehprogramm ORF eins ausgestrahlten Sendung „Fußball-Arena“ im Rahmen der Übertragung des Fußballspiels „Austria Wien gegen Mattersburg“ zwischen ca. 20:30 und ca. 22:19 Uhr insgesamt 14 Sponsorhinweise zu Gunsten der Tageszeitung „Kurier“ ausgestrahlt hat;

2. der ORF am 22.05.2013 während der von ca. 20:16 Uhr bis ca. 23:34 Uhr im Fernsehprogramm ORF eins ausgestrahlte Sendung „Fußball-Arena“ am Ende des Sendungsteils „Fußball-Arena“ mit der Live-Übertragung der Meisterfeier aus der Generali-Arena von ca. 22:54:32 bis ca. 22:54:38 Uhr im Abspann Sponsorhinweise zu Gunsten von „bet-at-home“ und „William Hill“ ausgestrahlt hat,

wodurch jeweils § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF G verletzt wurde, wonach Sponsorhinweise während einer Sendung unzulässig sind.

Die Feststellungen der Rechtsverletzungen wurden hinsichtlich der unter 1. genannten Verstöße mit Abweisung der dagegen erhobenen Berufung durch den Bescheid des BKS vom 11.09.2013, GZ 611.009/0004-BKS/2013, rechtskräftig; die dagegen erhobene Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof (VwGH) wurde mit Erkenntnis vom 05.05.2014, Zl. 2013/03/0122, abgewiesen. Hinsichtlich der unter 2. genannten Verstöße ist die

Rechtsverletzungsfeststellung der KommAustria mit Ablauf der Rechtsmittelfrist am 20.08.2013 in Rechtskraft erwachsen.

2.2. Zugrundeliegende vertragliche Vereinbarungen bzw. tatsächliche Zahlungsflüsse der werbetreibenden Unternehmen

Folgende vertraglichen Vereinbarungen stehen in unmittelbarem Zusammenhang zu den rechtswidrigen Ausstrahlungen:

2.2.1. Sponsorhinweise für „Kurier“

Seitens des ORF wurde in Bezug auf die unter 2.1.1 dargestellten Sponsorhinweise für „Kurier“ eine Vereinbarung mit der Kurier Redaktions GmbH & Co KG abgeschlossen. Der auf den 24.05.2013 datierende Vertrag beinhaltet u.a. folgende wesentlichen Bestimmungen:

„1. Vertragsgegenstand:

Gegenstand des vorliegenden Vertrages ist die Kooperation des Vertragspartners mit dem ORF für die o.e. Produktion, insbesondere die Bezahlung eines Pauschalbetrages durch den Vertragspartner an den ORF nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen.

[...]

3. Leistungen des ORF

3.1 Der ORF beabsichtigt nachstehende Leistungen zu erbringen:

Produkt	Sender	Start	Ende	Art
Fernsehen	ORF eins	22.05.2013	22.05.2013	TV – Product Placement Kurier

3.2 Zur Erfüllung der gesetzlichen Offenlegungspflicht wird der Vertragspartner mit der Wortfolge „mit freundlicher Unterstützung von“ in ORF CI Schrift im Abspann der o.a. Produktion genannt.

4. Leistungen des Vertragspartners

4.1 Der Vertragspartner bezahlt dem ORF einen einmaligen Pauschalbetrag in Höhe von

EUR 10.000,00
(in Worten Euro Zehntausend)
zzgl. Werbeabgabe, zzgl. USt. in gesetzlicher Höhe

[...]

Der ORF hat für die Ausstrahlung der Sponsorhinweise sohin ein Entgelt von EUR 10.000,- erhalten.

2.2.2. Sponsorhinweise für „bet-at-home“ und „William Hill“

Seitens des ORF wurde in Zusammenhang mit den unter 2.1.2 dargestellten Sponsorhinweisen für „bet-at-home“ und „William Hill“ zwei im Wesentlichen gleichartige Verträge mit Werbemittlern (Agenturen) abgeschlossen.

Der Vertrag hinsichtlich „bet-at-home“ (abgeschlossen mit der UM PanMedia Kommunikationsberatung und Mediaeinkauf GmbH) vom 20.11.2012 beinhaltet u.a. folgende wesentlichen Bestimmungen:

„1. Vertragsgegenstand“

Gegenstand des vorliegenden Vertrages ist die Kooperation des Vertragspartners für den Kunden Jonsden Properties Limited mit dem ORF für die o. e. Produktion, insbesondere die Bezahlung eines Pauschalbetrages durch den Vertragspartner an den ORF nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen.

2. Produktion

2.1 Der ORF beabsichtigt, vom 16.02.2013 bis 26.05.2013 in ORF eins 16 Produktionen unter dem Titel „Fußball Österreichische Fußball Bundesliga (2012/13)“ auszustrahlen

[...]

3. Leistungen des ORF

3.1 Der ORF beabsichtigt nachstehende Leistungen zu erbringen:

Produkt	Sender	Start	Ende	Art	Anz.
Fernsehen	ORF eins	16.02.2013	26.05.2013	TV Sponsoring De Luxe Opener betathome	16

4. Leistungen des Vertragspartners

4.1 Der Vertragspartner bezahlt dem ORF einen einmaligen Pauschalbetrag in Höhe von

EUR 47.804,00

(in Worten Euro Siebenundvierzigtausendachthundertvier)
zzgl. Werbeabgabe, zzgl. USt. in gesetzlicher Höhe

wobei von diesem Betrag, mit Ausnahme einer allfälligen Provision keinerlei Abzüge erfolgen.

Der Vertragspartner kann sich vom Geldbetrag lt. 4.1 eine PROVISION in Höhe von 2,50 % einbehalten.

[...]"

Der Vertrag hinsichtlich „William Hill“ (abgeschlossen mit der Mediaedge:Cia GmbH) vom 09.01.2013 beinhaltet u.a. folgende wesentlichen Bestimmungen:

„1. Vertragsgegenstand“

Gegenstand des vorliegenden Vertrages ist die Kooperation des Vertragspartners für den Kunden WHG (International) Ltd. mit dem ORF für die o. e. Produktion, insbesondere die Bezahlung eines Pauschalbetrages durch den Vertragspartner an den ORF nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen.

2. Produktion

2.1 Der ORF beabsichtigt, vom 17.02.2013 bis 26.05.2013 in ORF eins 16 Produktionen unter dem Titel „Fußball Österreichische Fußball Bundesliga (Frühjahr 2013)“ auszustrahlen.

[...]

3. Leistungen des ORF

3.1 Der ORF beabsichtigt nachstehende Leistungen zu erbringen:

Produkt	Sender	Start	Ende	Art	Anz.
Fernsehen	ORF eins	17.02.2013	26.05.2013	TV Sponsoring De Luxe Opener William Hill	16

4. Leistungen des Vertragspartners

4.1 Der Vertragspartner bezahlt dem ORF einen einmaligen Pauschalbetrag in Höhe von

EUR 38.934,40

(in Worten Euro achtunddreißigtausendneunhundertvierunddreißig)
zzgl. Werbeabgabe, zzgl. USt. in gesetzlicher Höhe

wobei von diesem Betrag, mit Ausnahme einer allfälligen Provision keinerlei Abzüge erfolgen.

Der Vertragspartner kann sich vom Geldbetrag lt. 4.1 eine PROVISION in Höhe von 2,50 % einbehalten.

[...]"

Es liegen jeweils Ausgangsrechnungen des ORF für die genannten Leistungen an die Vertragspartner vor, die in Summe einen Nettobetrag von EUR 46.608,88 („bet-at-home“) bzw. EUR 37.961,04 („William Hill“) ausweisen. Die Summen entsprechen den vertraglich vereinbarten Beträgen abzüglich der Agenturprovision iHv 2,5 %.

Es konnten auf Basis der vorliegenden Unterlagen (Verträge und Rechnungen) keine Feststellungen hinsichtlich eines konkreten Entgelts bzw. Entgeltanteils für die (rechtswidrigen) Sponsorhinweise am 22.05.2014 getroffen werden (vgl. aber hierzu die ein einem solchen Fall vorzunehmende Schätzung unter 4.4.2).

2.3. Tarifwerk des ORF hinsichtlich Sonderwerbeformen

Das zum Zeitpunkt der Ausstrahlung der verfahrensgegenständlichen Spots in Geltung stehende Tarifwerk des ORF (§ 31 Abs. 19 ORF-G) beinhaltet hinsichtlich der Sonderwerbeformen („Special Advertising“) u.a. folgende Bestimmungen:

"

Tarifliste Special Advertising Fernsehen | ORF eins und ORF 2

SPECIAL ADVERTISING	EINHEIT	PREIS MINIMUM	PREIS MAXIMUM *)
Sponsoring Standard	Schaltung	€ 212	€ 3.795
Sponsoring De Luxe	Schaltung	€ 488	€ 8.730

[...]

*) Erklärungen zur Preis-Bandbreite entnehmen Sie bitte dem Arbeitsblatt "Zuordnung der Sendungen innerhalb der Tarif-Bandbreite"
Agenturprovision 2,5%

[...]

***) Zuordnung der Sendungen innerhalb der Tarif-Bandbreite**

Die tarifliche Zuordnung der Sendungen innerhalb der angeführten Bandbreite richtet sich nach folgenden Kriterien:

1. Zeitschienen bzw. Sportbewerbe

ORF eins	ORF 2	Sportbewerbe
00.00 - 09.00 Uhr	00.00 - 09.00 Uhr	Ski Alpin
09.00 - 13.00 Uhr	09.00 - 13.00 Uhr	Ski Nordisch
13.00 - 17.00 Uhr	13.00 - 17.00 Uhr	Fußball
17.00 - 20.00 Uhr	17.00 - 19.00 Uhr	Formel 1
20.00 - 22.00 Uhr	19.00 - 20.10 Uhr	
22.00 - 00.00 Uhr	20.10 - 22.00 Uhr	
	22.00 - 00.00 Uhr	

2. Kategorien

Innerhalb der oben angeführten Zeitschienen bzw. Sportbewerbe wird der Tarif nochmals nach Kategorien differenziert. Die Kategorien richten sich nach der zu erwartenden Performance der Sendungen.

Die Zuordnung der Sendungen zu den Kategorien erfolgt zeitnah im Voraus.

[...]"

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen hinsichtlich der rechtswidrigen Handlungen durch Ausstrahlung der Sponsorhinweise im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Sendungen ergeben sich aus den zitierten Bescheiden der KommAustria vom 02.08.2013, KOA 3.500/13-020, des BKS vom 11.09.2013, GZ 611.009/0004-BKS/2013, sowie dem Erkenntnis des VwGH vom 05.05.2014, Zl. 2013/03/0122. Sie wurden vom ORF nicht bestritten.

Die Feststellungen zu den vertraglichen Vereinbarungen mit Bezug zu den rechtswidrigen Sponsorhinweisen ergeben sich hinsichtlich des „Kurier“ aus dem vom ORF im zitierten Feststellungsverfahren mit Schreiben vom 18.07.2013 vorgelegten Vertrag vom 24.05.2013 (erfasst unter KOA 3.500/13-035). Die Feststellung, dass der ORF ein Entgelt in der genannten Höhe tatsächlich erhalten hat, gründet sich auf den unwidersprochen gebliebenen Vorhalt in dem das Abschöpfungsverfahren einleitenden Schreiben der KommAustria vom 04.10.2013, KOA 3.500/13-032.

Hinsichtlich der Sponsorhinweise für „bet-at-home“ und „William Hill“ ergeben sich die getroffenen Feststellungen aus den vom ORF mit Schreiben vom 21.10.2013 vorgelegten Rechnungen und Verträgen.

Die Feststellungen zum Tarifwerk hinsichtlich der Sonderwerbeformen ergeben sich aus den durch den ORF der Regulierungsbehörde gemäß § 31 Abs. 19 ORF-G übermittelten und auf enterprise.ORF.at veröffentlichten Tariflisten.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Rechtliche Grundlage

§ 38b ORF-G lautet:

„Abschöpfung der Bereicherung“

§ 38b. (1) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass der Österreichische Rundfunk durch eine gegen die Bestimmungen der §§ 13 bis 17 verstößende rechtswidrige Handlung einen

wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat oder die Einnahmengrenze nach § 18 Abs. 1 überschritten wurde, kann sie einen Betrag in der Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils festsetzen und für abgeschöpft erklären.

(2) 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.

(3) Der abgeschöpfte Betrag fließt dem Bund zu.“

Die Bestimmung wurde mit der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 eingeführt. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (611 BlgNR 24. GP, 56) heißt es zu der Bestimmung:

„Zu § 38b:

Mit den Bestimmungen des § 38b wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass der ORF aus Rechtsverletzungen keinen wirtschaftlichen Vorteil lukrieren darf. Die Bestimmung orientiert sich inhaltlich an § 111 TKG 2003. Es handelt sich um keine Strafe.“

Die Abschöpfung gemäß § 38b ORF-G hat drei kumulative Voraussetzungen: Erstens muss eine rechtswidrige Handlung gegen eine Bestimmung der §§ 13 bis 17 ORF-G vorliegen oder die Einnahmengrenze nach § 18 Abs. 1 ORF-G überschritten werden. Zweitens muss der ORF durch den Verstoß einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt haben. Drittens ist die Abschöpfung mit der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils begrenzt (vgl. Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze³, 355).

4.2. Vorliegen rechtswidriger Handlungen

Im Hinblick auf die erste Voraussetzung für eine Abschöpfung der Bereicherung gemäß § 38b ORF-G ist im Hinblick auf Spruchpunkt 1.a („Kurier“) auf den Bescheid des BKS 11.09.2013, GZ 611.009/0004-BKS/2013, zu verweisen, mit dem eine rechtskräftige Feststellung von 14 näher bezeichneten Verstößen gegen das Verbot der Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während der Sendung (§ 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G) erfolgte. Hinsichtlich Spruchpunkt 1.b („bet-at-home“ und „William Hill“) erfolgte die Feststellung von Verstößen gegen § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G mit Bescheid der KommAustria vom 02.08.2013, KOA 3.500/13-020; hiergegen wurde kein Rechtsmittel ergriffen.

Zwar geht die KommAustria davon aus, dass im Rahmen eines Verfahrens nach § 38b ORF-G grundsätzlich selbständig Feststellungen hinsichtlich einer gegen die Bestimmungen des §§ 13 bis 17 verstörenden rechtswidrigen Handlung getroffen werden können; in Fällen wie dem vorliegenden, wo die Feststellung bereits in einem Verfahren nach § 36 f rechtskräftig getroffen wurde, hat eine derartige neuerliche Feststellung aber zu unterbleiben.

4.3. Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils

Durch den festgestellten Verstoß muss der ORF einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt haben. Dies ist durch einen Vergleich der tatsächlichen wirtschaftlichen Situation des ORF, mit der Situation, die eingetreten wäre, wenn der ORF rechtskonform gehandelt hätte, zu ermitteln (vgl. in diesem Sinne Kogler/Traimer/Truppe, aaO, 355).

Im Hinblick auf Spruchpunkt 1.a („Kurier“) ist festzuhalten, dass der ORF auf Grund der Bestimmung des § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G die rechtswidrigen Sponsorhinweise in dieser Form gar nicht hätte ausstrahlen dürfen und aus diesen daher auch keine Einnahmen

erzielen hätte können. Der wirtschaftliche Vorteil liegt somit in den aus dem Vertragsverhältnis heraus bewirkten positiven Veränderungen im Vermögen des ORF.

Im Hinblick auf Spruchpunkt 1.b („bet-at-home“ und „William Hill“) bestreitet der ORF das Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils unter Hinweis darauf, dass die in Frage stehenden Hinweise nur an der „falschen Stelle“ ausgestrahlt worden seien, und bezieht sich auf die in der Literatur vertretene Auffassung, dass ein Vergleich zu einem rechtskonformen Zustand herzustellen sei (Kogler/Traimer/Truppe, aaO, 355). Auch aus Sicht der KommAustria ist der Vergleich mit dem rechtskonformen Zustand Maßstab der Abschöpfung. Der Gesetzeswortlaut bietet – entgegen der Ansicht des ORF – nun aber keinerlei Anhaltspunkt dahingehend, dass die Frage nach *hypothetischen* rechtskonformen Handlungsweisen zu stellen wäre. Maßgeblich ist vielmehr, ob die konkret anhand ihrer wesentlichen Tatbestandselemente beschriebene rechtswidrige Handlung einen wirtschaftlichen Vorteil bewirkt hat. Die Frage, ob die Sponsorhinweise daher an einer anderen Stelle rechtskonform hätten ausgestrahlt werden können, stellt sich vor dem Hintergrund, dass damit das wesentliche Tatbestandsmerkmal der festgestellten Verletzung ausgeblendet würde, ebensowenig wie die Frage, ob beispielsweise verbotene Unterbrecherwerbung oder zeitlich die Werbezeitgrenzen überschreitende Werbespots an anderer Stelle im Programm rechtskonform ausgestrahlt hätten werden können. Tatsächlich ist daher – entsprechend der auch in der zitierten Lit angesprochenen Prüfung – für den vorliegenden Fall festzustellen, dass eine gesetzeskonforme Durchführung der Maßnahme im Vergleich zum festgestellten Verstoß gar nicht möglich gewesen wäre, da dem ORF Sponsorhinweise während der Sendung eben aufgrund des § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verboten sind. Anderes könnte vielleicht für den Fall der Unterlassung der Kennzeichnung von Werbung angenommen werden, wo sich aus der Rechtsverletzung nicht zwingend ein wirtschaftlicher Vorteil im Vergleich zum rechtskonformen Zustand ergeben muss.

Ebenso zu verwerfen ist das Argument des ORF, ein wirtschaftlicher Vorteil sei deswegen nicht eingetreten, weil die Offenlegung im Abspann – wenngleich an „falscher“ Stelle – der Erfüllung der Kennzeichnungsverpflichtung nach § 17 Abs. 1 Z 2 ORF-G im Hinblick auf die gesponserte Sendung gedient habe, deren Notwendigkeit sich aus den Verträgen hinsichtlich eines werblich gestalteten „De Luxe“-Sponsoring der genannten Unternehmen vor Beginn der 1. bzw. der 2. Halbzeit ergäbe, und insoweit auch keine gesonderte Verrechnung stattgefunden habe.

Aufgrund des festgestellten Sachverhalts ist unstrittig, dass der ORF und die betroffenen Werbekunden (bzw. die von ihnen beauftragten Agenturen) eine Vereinbarung über ein sogenanntes „Sponsoring De Luxe“ abgeschlossen haben. Es handelt sich hierbei um eine Sonderform des Sponsorings, bei der im Rahmen einer werblich gestalteten (sohin absatzfördernden) An- oder Absage (üblicherweise im Umfeld eines Werbeblocks) eine Patronanz hinsichtlich der betreffenden Sendung erfolgt. Im vorliegenden Fall betraf dies die vor der 1. bzw. der 2. Halbzeit erfolgende Einblendung von Wettquoten in Bezug auf das Fußballspiel. Die Rechtsprechung hat diese Form des Sponsorings grundsätzlich als mit dem Gesetz vereinbar anerkannt und auch die Zulässigkeit der Ausstrahlung im Rahmen von Werbeunterbrechungen bestätigt, allerdings auch das Erfordernis einer Kennzeichnung der gesamten Sendung am Beginn oder an ihrem Ende iSd § 17 Abs. 1 Z 2 ORF-G durch einen (weiteren) Sponsorhinweis betont (vgl. zuletzt etwa BKS 21.10.2011, 611.009/0004-BKS/2011, mwN). Dass diese Offenlegung des Sponsoringverhältnisses sich auch mit dem Interesse des sponsernden Unternehmens deckt, durch Nennung seines Namens oder seiner Marken einen „Imagewerbeeffekt“ zu erzielen, erschließt sich bereits aus der Definition der kommerziellen Kommunikation in § 1a Z 6 ORF-G, die den „Sponsorhinweis“ ausdrücklich als Teil der kommerziellen Kommunikation nennt (vgl. zur identen Bestimmung des § 2 Z 32 AMD-G auch Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze³, 421, wonach es „dem sponsernden Unternehmen [...] im Regelfall auch gerade auf diese nach außen hin in Erscheinung tretende An- bzw Absage ankommen [wird], sodass letztendlich

der Informationscharakter der Kennzeichnungsverpflichtung [...] gegenüber dem Zuseher mit der Förderungsabsicht des Unternehmers zusammentrifft.“).

Nach Auffassung der KommAustria steht es (zumindest in werberechtlicher Hinsicht) nicht in der Disposition der Vertragsparteien, einzelne Teilleistungen eines Vertrags über die Durchführung kommerzieller Kommunikation – mögen diese auch der Erfüllung gesetzlicher Vorschriften dienen – von ihrem Anwendungsbereich auszunehmen, wenn diese in unmittelbarem Zusammenhang zueinander stehen. So hat der BKS bereits zum vergleichbaren Fall der Hinweise nach § 52 Abs. 2 Z 3 Arzneimittelgesetz, BGBI. Nr.185/1983 idF BGBI. I Nr. 162/2013, festgestellt, dass diese gesetzlich verpflichtenden Hinweise als Bestandteil der Werbung in die Werbezeit einzurechnen sind (BKS 02.05.2006, GZ 611.009/0004-BKS/2006). Nichts anderes kann für die in Frage stehenden Sponsorhinweise für „bet-at-home“ und „William Hill“ während der Sendung „Fußball Arena“ gelten. Zu berücksichtigen ist dabei insbesondere, dass unzweifelhaft auch die in Frage stehenden Hinweise für sich alleine einen Werbewert besitzen und iSd Rechtsprechung des VwGH „üblicherweise gegen Entgelt“ ausgestrahlt werden (VwGH 21.10.2011, 2009/03/0173; 22.05.2013, 2010/03/0008, 28.02.2014, 2012/03/0019 mwN). Diese Annahme stützt sich insbesondere auf den Umstand, dass das Tarifwerk des ORF auch für ungestaltete Sponsorhinweise („Sponsoring Standard“) entsprechende Entgelte vorsieht. Der Sponsorenennennung im Abspann des Sendungsteils ist daher nach Auffassung der KommAustria ein wirtschaftlicher Wert zuzurechnen und dieser als wirtschaftlicher Vorteil aus der rechtswidrigen Handlung iSd § 38b ORF-G abzuschöpfen (zur Höhe sogleich unten).

4.4. Höhe des wirtschaftlichen Vorteils

Zur Feststellung der Höhe des erzielten wirtschaftlichen Vorteils hat die Regulierungsbehörde die tatsächliche wirtschaftliche Situation des ORF mit der Situation des ORF bei rechtskonformem Verhalten zu vergleichen. Die Höhe des abzuschöpfenden wirtschaftlichen Vorteils entspricht somit denjenigen positiven Veränderungen im Vermögen des ORF, für welche die gegenständliche Rechtsverletzung kausal war.

4.4.1. Sponsorhinweise für „Kurier“

Aus dem im Rahmen des Rechtsverletzungsverfahrens vom ORF vorgelegten Vertrag ergibt sich, dass für die Erbringung der verfahrensgegenständlichen Leistungen der Sponsorhinweise ein Netto-Entgelt iHv EUR 10.000,- (zuzüglich Werbeabgabe und USt) vereinbart wurde. Weitere Abzüge wurden vertraglich ausgeschlossen.

Der dem ORF aus der rechtswidrigen Handlung zugeflossene wirtschaftliche Vorteil, den er bei rechtskonformem Verhalten nicht erlangt hätte, beträgt daher EUR 10.000,- und ist dieser Betrag der Abschöpfung zu Grunde zu legen. Der ORF ist dieser Annahme im Verfahren auch nicht entgegengetreten.

4.4.2. Sponsorhinweise für „bet-at-home“ und „William Hill“

Wie bereits unter 4.3 ausgeführt ist im vorliegenden Fall nicht anzunehmen, dass die Frage des wirtschaftlichen Vorteils auf Seiten des ORF ausschließlich anhand der von den Parteien geschlossenen Vereinbarung zu beantworten ist. Vielmehr ergibt sich aus dem Umstand, dass Hauptinhalt der zugrundeliegenden Verträge ein Sponsoringverhältnis in Bezug auf die Sendung „Fußball Arena“ ist, dass auch sämtliche unmittelbar damit zusammenhängenden Kommunikationsleistungen des ORF in Form der Ausstrahlung der Sponsorhinweise – ob nun werblich gestaltet oder nicht – von diesen Verträgen und dem seitens der Vertragspartner geleisteten Entgelte umfasst sein müssen.

Für den Fall, dass die Regulierungsbehörde den abzuschöpfenden Betrag aus Informationen, Auskünften, Aufzeichnungen oder Büchern nicht ermitteln oder berechnen

kann, sieht § 38b Abs. 2 Satz 2 und 3 ORF-G vor, dass eine Schätzung des wirtschaftlichen Vorteils unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu erfolgen hat. Diese Voraussetzungen liegen hier vor, da die vorgelegten Verträge und Rechnungen tatsächlich lediglich das „Sponsoring De Luxe“ beinhalten, nicht aber die – ebenfalls erbrachte – Kommunikationsleistung der Ausstrahlung der ungestalteten Sponsorhinweise gemäß Spruchpunkt 1.b. Ihr Wert ist daher zu schätzen.

Ausgehend von der dargestellten Prämisse, dass auch diese Hinweise notwendiger und entgeltwerter Bestandteil des „Gesamtvertrages“ sind, kommt nach Auffassung der KommAustria für die Schätzung des auf sie entfallenden Wertes vor allem dem Tarifwerk für Sonderwerbeformen („Special Advertising“) Bedeutung zu. Dieses sieht nun sowohl für gestaltete („De Luxe“) Sponsorhinweise als auch für ungestaltete Sponsorhinweise („Standard“) eine Tarifbandbreite vor:

Der Tarif für „Sponsoring Standard“ ist demnach pro Schaltung zwischen EUR 212,- (Preis Minimum) und EUR 3.795,- (Preis Maximum) festgelegt. Für „Sponsoring De Luxe“ beträgt die Preisbandbreite EUR 488,- (Preis Minimum) und EUR 8.730,- (Preis Maximum). Aus den Erläuterungen hinsichtlich der tariflichen Zuordnung innerhalb der Bandbreite ergibt sich, dass insbesondere die zeitliche Lage (z.B. 22:00 bis 00:00 Uhr) sowie die Art des Sportbewerbs (Fußball, Formel 1, Skifahren...) für die konkrete Einordnung innerhalb der Bandbreite maßgeblich sind.

Aus diesen Tarifbandbreiten lässt sich hinsichtlich des Preises (P_x) eines „Sponsoring De Luxe“ gegenüber einem Preis (P_y) für ein „Sponsoring Standard“ ein Aufschlagsfaktor (A) in Form einer Verhältniszahl ermitteln:

$$\frac{P_x \text{ (Sponsoring De Luxe)}}{P_y \text{ (Sponsoring Standard)}} = A$$

Sowohl das Einsetzen der jeweiligen Mindestpreise als auch der jeweiligen Maximalpreise laut Tarifliste ergibt dabei einen Aufschlagsfaktor (A) von rund 2,30 ($488 : 212 = 8.730 : 3.795 = 2,30 : 1$), sodass vom Vorliegen einer linearen Funktion auszugehen ist. Anders ausgedrückt steht daher bei gleichen sonstigen Umfeldbedingungen der Preis (P_x) eines „Sponsoring De Luxe“ zu einer bestimmten Zeit immer im Verhältnis 2,30 : 1 zum Preis (P_y) eines zur selben Zeit ausgestrahlten „Sponsoring Standard“.

Unter der dargestellten Annahme, dass der Gesamtpreis P (gesamt) der jeweiligen Leistung sowohl das „Sponsoring De Luxe“ als auch das „Sponsoring Standard“ umfassen muss, ergibt sich folgende Formel (nx bzw. ny bezeichnen jeweils die Zahl der „Sponsoring De Luxe“ bzw. der „Sponsoring Standard“):

$$P \text{ (gesamt)} = (nx \times P_x) + (ny \times P_y)$$

Mit Einsetzen der bekannten Variablen bzw. der Verhältniszahl A der beiden Sponsoringleistungen zueinander, lässt sich der jeweilige Wert ermitteln:

$$P \text{ (gesamt)} = P_x + P_y \quad [\text{Substitutionsmethode; } nx=1; ny=1]$$

$$P \text{ (gesamt)} = (2,30 \times P_y) + P_y$$

$$P \text{ (gesamt)} = 3,30 \times P_y$$

$$P_y = \frac{P \text{ (gesamt)}}{3,30}$$

und vice versa:

$$P(\text{gesamt}) = Px + Py \quad [\text{Substitutionsmethode; } nx=1; ny=1]$$

$$P(\text{gesamt}) = Px + \frac{P(\text{gesamt})}{3,30}$$

$$Px = P(\text{gesamt}) - \frac{P(\text{gesamt})}{3,30}$$

Die vorliegenden Verträge bzw. Rechnungen beinhalten nun jeweils ein pauschales Entgelt für insgesamt je 16 Ausstrahlungen von Sponsorhinweisen im Umfeld von Übertragungen von Spielen der Frühjahrs-Runde 2013 der Fußball-Bundesliga zugunsten von „bet-at-home“ und „William Hill“. Relevant ist aber nur der jeweilige Preis für die Ausstrahlung am 22.05.2014. Die vorgenommene Pauschalierung und der lange vor Bekanntwerden spezifischer „Performance-Erwartungen“ einzelner Sendungen liegende Zeitpunkt des Vertragsschlusses legen im konkreten Fall die Schätzung eines gleichermaßen auf alle 16 Ausstrahlungen zu dividierenden Entgelts nahe, wenngleich dabei der Umstand, dass es sich vorliegend um das „Meisterschafts-Finale“ gehandelt hat, keine Berücksichtigung findet. Unter Zugrundelegung dieser Division sind den Ausstrahlungen am 22.05.2013 daher als $P(\text{gesamt})$ EUR 2.913,06 („bet-at-home“; EUR 46.608,88 : 16) bzw. EUR 2.372,57 („William Hill“; EUR 37.961,04 : 16) zuzurechnen.

Eingesetzt in die obenstehende Formel entfallen bei „bet-at-home“ daher auf das in Frage stehende „Sponsoring Standard“ (Py) EUR 882,75 und auf das „Sponsoring De Luxe“ (Px) EUR 2.030,31. Bei „William Hill“ entfallen auf das „Sponsoring Standard“ (Py) EUR 718,96 und auf das „Sponsoring De Luxe“ (Px) EUR 1.653,61.

Bei dieser Berechnung anhand des Gesamtbetrags fließen die konkret für den Kunden „bet-at-home“ bzw. „William Hill“ gewährten Rabattstaffeln und der Agenturrabatt bereits in die Berechnung mit ein, sodass hier keine gesonderte Berücksichtigung mehr erforderlich ist. Auch ist davon auszugehen, dass alle Sponsorhinweise im unmittelbaren Nahebezug zur selben Sendung ausgestrahlt wurden und sich insoweit keine wesentlichen Änderungen aus ihrer Lage am Beginn oder am Ende ergeben (in diese Richtung auch das Vorbringen des ORF in seiner Stellungnahme vom 21.10.2013, wonach auch bei einer 40 Minuten späteren rechtskonformen Ausstrahlung die inkriminierten Sponsorhinweise nicht weniger wert gewesen wären).

Die KommAustria schätzt daher iSd § 38b Abs. 2 Satz 2 und 3 ORF-G, dass der wirtschaftliche Vorteil in Bezug auf die nach Spruchpunkt 1.b rechtswidrigen Sponsorhinweise für „bet-at-home“ in Höhe von EUR 882,75 und für „William Hill“ in Höhe von EUR 718,96 anzunehmen ist. Der dem ORF aus der rechtswidrigen Handlung zugeflossene wirtschaftliche Vorteil, den er bei rechtskonformem Verhalten nicht erlangt hätte, beträgt daher in Summe EUR 1.601,71, und ist dieser Betrag der Abschöpfung zu Grunde zu legen.

4.5. Ergebnis

Insgesamt waren daher die aus den festgestellten Rechtsverletzungen erzielten wirtschaftlichen Vorteile spruchgemäß festzusetzen und diese Beträge für abgeschöpft zu erklären (Spruchpunkt 1.).

Die Beträge fließen dem Bund zu und sind zu diesem Zweck auf das Konto der Rundfunk und Telekom Regulierung-GmbH zu überweisen (Spruchpunkt 2.). Die bescheidmäßig angeordnete Abschöpfung verpflichtet den ORF daher zu einer Leistung bzw. zur Herstellung eines bestimmten Zustandes. In diesen Fällen ist nach § 59 Abs. 2 Allgemeines

Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 161/2013, im Spruch zugleich auch eine angemessene Frist zur Ausführung der Leistung oder Herstellung zu bestimmen.

Im Verfahren haben sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der ORF nicht zeitnah nach Rechtskraft der Entscheidung zu der erforderlichen Überweisung in der Lage wäre. Insbesondere besteht im Lichte der im Verhältnis zu den sonstigen betrieblichen Kennzahlen des ORF vernachlässigbaren Größenordnung des Abschöpfungsbetrages kein Anlass, an der kurzfristigen Mittelverfügbarkeit zu zweifeln. Es erscheint daher eine Frist von zwei Wochen ab Rechtskraft des Bescheides für die Überweisung angemessen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG beim Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Kommunikationsbehörde Austria einzubringen. Die Beschwerde hat den Bescheid gegen den sie sich richtet ebenso wie die belangte Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren sowie die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde. Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Die Entrichtung der Gebühr ist im Zeitpunkt der Einbringung der Eingabe durch einen von einer Post-Geschäftsstelle oder einem Kreditinstitut bestätigten Zahlungsbeleg in Urschrift nachzuweisen.

Wien, am 21. Oktober 2014

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Michael Truppe
(Mitglied)

Zustellverfügung:

1. Österreichischer Rundfunk
2. Generaldirektor Dr. Alexander Wrabetz,
beide z.H. Mag. Sonja Müller-Wiedermann, Würzburggasse 30, 1136 Wien, **per RSb**