



KOA 3.500/18-070

Bescheid

I. Spruch

1. Gemäß § 38b Abs. 1 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 32/2018 wird festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) dadurch, dass er am 08.04.2014 im Zuge der von ca. 19:00 Uhr bis ca. 19:19 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 Kärnten ausgestrahlten Sendung „Kärnten Heute“ durch
 - 1.1. Ausstrahlung von Sponsorhinweisen für „Ranacher“ (ca. 19:17 Uhr und ca. 19:19 Uhr), „Kärntner Konditoren“ (ca. 19:17 Uhr), „Otto Graf“ (ca. 19:19 Uhr) und „Natursteine Bogensperger“ (ca. 19:19 Uhr) jeweils § 17 Abs. 3 ORF-G verletzt hat, wonach Nachrichtensendungen und Sendungen zur politischen Information nicht finanziell unterstützt werden dürfen, sowie durch
 - 1.2. Ausstrahlung der Sponsorhinweise für „Ranacher“ (ca. 19:17 Uhr) und „Kärntner Konditoren“ (ca. 19:17 Uhr) jeweils § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verletzt hat, wonach Sponsorhinweise während einer Sendung unzulässig sind, sowie durch
 - 1.3. Ausstrahlung des Sponsorhinweises für „Sonja Kleindienst ausgestattet von [Logo] Otto Graf“ (ca. 19:19 Uhr) § 13 Abs. 2 ORF-G verletzt hat, wonach in der kommerziellen Kommunikation keine Personen auftreten dürfen, die regelmäßig Nachrichtensendungen und Sendungen zum politischen Zeitgeschehen vorstellen

einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von insgesamt **EUR 1.539,40,-** erlangt hat. Dieser wird gemäß § 38b Abs. 1 letzter Satz ORF-G für **abgeschöpft** erklärt.

2. Der ORF hat den Abschöpfungsbetrag gemäß Spruchpunkt 1. binnen zwei Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides auf das Konto der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, IBAN: AT932011129231280909, BIC: GIBAATWWXXX, Verwendungszweck: KOA 3.500/18-070, zu überweisen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Bescheid vom 23.09.2014, KOA 3.500/14-034, stellte die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) im Rahmen der Werbebeobachtung fest, dass der ORF am 08.04.2014 in der von ca. 19:00 bis ca. 19:19 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 Kärnten ausgestrahlten Sendung „Kärnten

heute“ durch die Ausstrahlung von Sponsorhinweisen gegen die Bestimmungen gemäß §§ 17 Abs. 3, 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 und 13 Abs. 2 ORF-G verstoßen hat.

Mit Erkenntnis vom 19.02.2016, W194 2013491-1/7E, hat das Bundesverwaltungsgerichtes (BVwG) die Beschwerde des Österreichischen Rundfunks (ORF) gegen den Bescheid der KommAustria als unbegründet abgewiesen.

Mit Erkenntnis vom 13.09.2016, Ra 2016/03/0047-8, hat der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) die Revision des ORF gegen das Erkenntnis des BVwG als unbegründet abgewiesen.

Es war daher ein Verfahren gemäß § 38b ORF-G zur Abschöpfung der Bereicherung einzuleiten.

Mit Schreiben vom 23.08.2018 wurde Dr. Roland Belfin von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) zum Amtssachverständigen bestellt und mit der Berechnung der Höhe des aus den festgestellten Werbeverletzungen erlangten wirtschaftlichen Vorteils des ORF beauftragt.

Mit Schreiben vom 24.09.2018 übermittelte der Amtssachverständige ein Gutachten an die KommAustria, in dem er darlegte, welche Anteile der durch die festgestellten Rechtsverletzungen lukrierten Erlöse aus kommerzieller Kommunikation dem ORF als wirtschaftlicher Vorteil verblieben sind. Rabatte, Agenturprovisionen und Skonti wurden nicht als wirtschaftlicher Vorteil gesehen. Seinen Berechnungen legte der Amtssachverständige die Auswertungsergebnisse der KommAustria aus der Werbebeobachtung zugrunde, auf denen die im erstinstanzlichen Bescheid der KommAustria vom 23.09.2014, KOA 3.500/14-034, festgestellten Rechtsverletzungen basierten. Seiner Berechnung legte der Amtssachverständige zunächst fünf Sponsorhinweise zugrunde:

1. Sponsorhinweis für „Ranacher“ (ca. 19:17)
2. Sponsorhinweis für „Kärntner Konditoren“ (ca. 19:17)
3. Sponsohinweis für „Ranacher“ (ca. 19:19)
4. Sponsorhinweis für „Natursteine Bogensperger“ (ca. 19:19)
5. Sponsorhinweis „Sonja Kleindienst ausgestattet von [Logo] Otto Graf“ (ca. 19:19)

Zur Methode der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils führte der Amtssachverständige im Wesentlichen Folgendes aus:

1. Die Berechnung erfolgte anhand von Näherungswerten für Sponsoring, wobei die Tarifbandbreite für Sonderwerbformen der aktuell gültigen Tarifliste für „Kommerzielle Kommunikation TV des Landesstudios Kärnten“ mit Stand 22.06.2016 entnommen wurde. Ausgehend davon, dass diese Tarife einer geringen Dynamik unterworfen seien, zog der Amtssachverständige diese Tarife für 2014 heran:



Nr.	TV-Lokal	Einheit	Preis Minimum in €*)	Preis Maximum in € *)
1	Sponsoring „Sendung“	Schaltung	400	1.000
2	Sachsponsorring „Bekleidung & Ausstattung“	Schaltung	150	150

**) Die Preis-Bandbreiten sind bedingt durch die jeweilige Tageszeit und den Wochentag des Ausstrahlungszeitpunktes bzw. durch „Programm-Highlights“.*

Der Amtssachverständige ging des Weiteren davon aus, dass die Sendung „Kärnten Heute“ nicht als Programmhightlight, sondern als klassische Standardsendung des Programms zu qualifizieren sei, sodass als Näherungswert für den Tarif „Sponsoring Sendung“ der Durchschnitt der Tarifbandbreite, nämlich EUR 700,- herangezogen wurde.

2. In der Folge wurden auf Basis von Informationen des ORF Durchschnittsrabatte für Sponsoring in Höhe von 7,5 % zur Anwendung gebracht. Schließlich erfolgte die konkrete Berechnung – auch unter Berücksichtigung von Agenturprovisionen und Skonti – anhand der bereits im Bescheid der KommAustria vom 06.03.2014, KOA 3.500/14-010 („Wir sind Kaiser“), angewandten Formel:

$$\text{Wert} = \left(\frac{\text{Listenpreis (inkl. Zuschläge)}}{100 \% + \text{Rabatt}} \right) \times (100 \% - \text{Agenturrabatt}) \times (100 \% - \text{Skonto})'$$

Der Listenpreis entspricht dem bisherigen Zwischenergebnis des Bruttowerbeerlöses.

Für die Agenturprovision (in der Formel als „Agenturrabatt“ bezeichnet) wurde für Sponsoring ein Wert von 2,5 % herangezogen, welche sich aus den Angaben in den „AGB der ORF Enterprise gültig ab 1.1.2013 – Weiterführende Informationen ORFeins und ORF2 – gültig ab 1.1.2013“ ergibt.

Die Agenturprovision für Sponsoring Standard in Höhe von 2,5 % beruht auf dem Tarifwerk für Sonderwerbformen „Special Advertising“.

Die Höhe des Skontos wurde ebenfalls auf Basis der den „AGB der ORF Enterprise gültig ab 01.01.2013 – Weiterführende Informationen ORFeins und ORF 2 – gültig ab 01.01.2013“ mit 2% berücksichtigt.

Im Ergebnis berechnete der Amtssachverständige einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von EUR 2.580,81,-.



		Sachsponsorring „Bekleidung & Ausstattung“	
Überschreitung	Sponsoring "Sendung"		
Bruttobetrag in €	700,00	120,00	
Rabatt in %	7,5%	7,5%	
Rabatt in €	52,50	9,00	
Preis nach Rabatt in €	647,50	111,00	
Agenturprovision in %	2,5%	2,5%	
Agenturprovision in €	16,19	2,78	
Preis nach Agenturprovision in €			
	631,31	108,23	
Skonto in %	2,0%	2,0%	
Skonto in €	12,63	2,16	
Wert in € pro Schaltung	618,69	106,06	
Anzahl der Schaltungen	4	1	Summe
Wert in € gesamt	2.474,75	106,06	2.580,81

Mit Schreiben vom 26.09.2018 übermittelte die KommAustria das Gutachten dem ORF zur Stellungnahme binnen drei Wochen; die Stellungnahmefrist wurde über Ersuchen des ORF bis zum 25.10.2018 verlängert. Mit Schreiben vom 25.10.2018 nahm der ORF zum Gutachten des Amtssachverständigen dahingehend Stellung, dass er der Heranziehung der Tarifbandbreite „Sponsoring Sendung“ für vier der berücksichtigten Sponsorhinweise (also abgesehen vom Ausstattungshinweis für Sonja Kleindienst) nicht folgen könne und seiner Auffassung nach in diesen Fällen von dem vom ORF verwirklichten Vorhaben, die Wettersehung zu sponsern, auszugehen sei. Die Bandbreite aus dem Tarifwerk 2016 für „Sponsoring Wetter“ liege zwischen EUR 300,- und 500,- pro Schaltung. Der Näherungswert liege der Logik des Amtssachverständigen folgend daher bei ca. EUR 400,-. Bei Anwendung der in Kapitel 4 des Gutachtens beschriebenen Berechnungsschritte ergebe sich daher ein Wert von ca. EUR 353,53 pro Schaltung und ein Gesamtwert von ca. EUR 1.414,12 für vier Schaltungen. Seiner Stellungnahme legte der ORF die zitierte Tarifliste bei:

TARIFE 2016 – ORF-LANDESSTUDIO KÄRNTEN



TV-LOKAL	EINHEIT	PREIS MINIMUM	PREIS MAXIMUM
Regionalwerbung	Sekunde	€ 20	€ 50
Sponsoring „Trailer“	Schaltung	€ 400	€ 1.000
Sponsoring „Sendung“	Schaltung	€ 400	€ 1.000
Sponsoring „Wetter“ *	Schaltung	€ 300	€ 500
Sachsponsorring „Bekleidung & Ausstattung“	Schaltung	€ 150	€ 150

ANZAHL DER GESCHALTETEN MONATE INNERHALB VON 12 MONATEN	1 MONAT	2 MONATE	6 MONATE
* Rabattstaffelung Sponsoring "Wetter" in % pro Auftrag	5%	10%	15%

REGIONAL PRODUZIERTE SENDUNG BEI ÖSTERREICHWEITER AUSSTRAHLUNG	EINHEIT	PREIS MINIMUM	PREIS MAXIMUM
Sponsoring – Kategorie A	Schaltung	€ 1.200	€ 10.000
Sponsoring – Kategorie B	Schaltung	€ 10.001	€ 37.000

Preis-Bandbreiten sind bedingt durch die jeweilige Tageszeit und den Wochentag des Ausstrahlungszeitpunktes bzw. durch „Programm-Highlights“

kostenlose Produktbestellung nach redaktionellem Bedarf

Druckfehler vorbehalten. Sämtliche Preise verstehen sich als Schallpreise in Euro zuzüglich gesetzlicher Abgaben und Steuern.

Abweichend von den Rabatten lt. Staffel, können Rabatte innerhalb einer marktkonformen Bandbreite kundenindividuell, abhängig von folgenden Faktoren, angepasst werden: Kundenstatus, Distributionsgebiet, Buchungstreu, Zielgruppenstruktur/größe, Buchungsperiode, Planungsgenauigkeit, Bearbeitungsaufwand, Nachfrage/Zeitfaktor

Aufgrund dieses Vorbringens forderte die KommAustria den ORF mit Schreiben vom 02.11.2018 zum Nachweis der tatsächlich lukrierten Erlöse auf, binnen einer Woche konkrete Unterlagen für die in Rechnung gestellten Leistungen vorzulegen.

Mit Schreiben vom 09.11.2018 legte der ORF Rechnungen (Beilagen 1 bis 3) für Sponsorhinweise für „Ranacher“, für „Kärntner Konditoren“ der Wirtschaftskammer Kärnten und für „Natursteine Bogensberger“ vor, die seitens des Landesstudios Kärnten jeweils für einen längeren Leistungszeitraum in Rechnung gestellt worden waren.

Im Hinblick auf die Sponsorhinweise für „Ranacher“ legte der ORF näher dar, dass am 05.05.2014 seitens des ORF Kärnten ein Betrag von netto EUR 3.750,- für „Sponsoring TV lokal“ im Leistungszeitraum 31.03.2014 bis 11.12.2014 (Beilage 1) in Rechnung gestellt worden sei. Die verfahrensgegenständlichen, am 08.04.2014 um 19:17 und 19:19 Uhr ausgestrahlten Sponsorhinweise seien in dieser Rechnung erfasst, welche für insgesamt neun gleichwertige Schaltungen ausgestellt worden sei. Dies ergebe einen Betrag von gerundet EUR 416,67,- pro Schaltung.

Im Hinblick auf den Sponsorhinweis für „Kärntner Konditoren“ der Wirtschaftskammer Kärnten sei ebenfalls am 05.05.2014 ein Betrag von netto EUR 1.500,- für „Sponsoring TV lokal“ im Leistungszeitraum 06.04.2014 bis 10.04.2014 (Beilage 2) in Rechnung gestellt worden, wobei auch der am 08.04.2014 um 19:17 Uhr ausgestrahlte Sponsorhinweis für „Kärntner Konditoren“ darin erfasst sei. Die in der Rechnung ausgewiesene Summe sei für insgesamt fünf gleichwertige Schaltungen ausgestellt worden, sodass sich daraus ein Betrag von EUR 300,- pro Schaltung ergebe.

Schließlich sei auch im Hinblick auf den Sponsorhinweis für „Natursteine Bogensberger“ am 05.05.2014 ein Betrag von netto EUR 9.600,- für „Sponsoring TV lokal“ im Leistungszeitraum 03.03.2014 bis 14.09.2014 (Beilage 3) in Rechnung gestellt worden. Auch dieser, am 08.04.2014 um 19:19 Uhr ausgestrahlte Sponsorhinweis sei in dieser Rechnung erfasst. Die in der Rechnung ausgewiesene Summe sei für insgesamt 32 gleichwertige Schaltungen ausgestellt worden, sodass sich daraus ein Betrag von EUR 300,- pro Schaltung ergebe.

Für den Sponsorhinweis (Sachsponsor „Bekleidung & Ausstattung“) für „Sonja Kleindienst ausgestattet von [Logo] Otto Graf“ wurde seitens des ORF keine Rechnung vorgelegt.

2. Sachverhalt

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt fest:

2.1. Festgestellte Verletzungen von Werbebestimmungen

Mit Bescheid vom 23.09.2014, KOA 3.500/14-034, stellte die KommAustria fest, dass der ORF am 08.04.2014 im Zuge der von ca. 19:00 Uhr bis ca. 19:19 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 Kärnten ausgestrahlten Sendung „Kärnten Heute“

1. durch die Ausstrahlung von Sponsorhinweisen für
 - a.) „Ranacher“ (ca. 19:17 Uhr und ca. 19:19 Uhr),
 - b.) „Kärntner Konditoren“ (ca. 19:17 Uhr),
 - c.) „Otto Graf“ (ca. 19:19 Uhr) und

d.) „Natursteine Bogensperger“ (ca. 19:19 Uhr)

jeweils § 17 Abs. 3 ORF-G verletzt hat, wonach Nachrichtensendungen und Sendungen zur politischen Information nicht finanziell unterstützt werden dürfen;

2. gegen ca. 19:17 Uhr Sponsorhinweise für
 - a.) „Ranacher“ und
 - b.) „Kärntner Konditoren“

während der laufenden Sendung „Kärnten Heute“ ausgestrahlt und dadurch jeweils 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verletzt hat, wonach Sponsorhinweise während einer Sendung unzulässig sind;

3. gegen ca. 19:19 Uhr einen Sponsorhinweis „Sonja Kleindienst ausgestattet von [Logo] *Otto Graf*“ ausgestrahlt und dadurch § 13 Abs. 2 ORF-G verletzt hat, wonach in der kommerziellen Kommunikation keine Personen auftreten dürfen, die regelmäßig Nachrichtensendungen und Sendungen zum politischen Zeitgeschehen vorstellen.

Mit Erkenntnis vom 19.02.2016, W194 2013491-1/7E, wies das BVwG die hiergegen erhobene Beschwerde des ORF als unbegründet ab. Mit Erkenntnis vom 13.09.2016, Ra 2016/03/0047-8, wies der VwGH die gegen das Erkenntnis des BVwG erhobene Revision des ORF als unbegründet ab.

Es ist daher davon auszugehen, dass der ORF in der im Rahmen des Fernsehprogramms ORF 2 am 08.04.2014 ausgestrahlten Sendung „Kärnten heute“ durch Ausstrahlung von fünf Sponsorhinweisen einerseits die Bestimmung gemäß § 17 Abs. 3 ORF-G verletzt hat, wonach Nachrichtensendungen und Sendungen zur politischen Information nicht finanziell unterstützt werden dürfen. Andererseits wurde im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Sendung durch Ausstrahlung von zwei Sponsorhinweisen während der laufenden Sendung jeweils die Bestimmung gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verletzt, wonach Sponsorhinweise während einer Sendung unzulässig sind. Schließlich hat der ORF dadurch, dass er den Sponsorhinweis „Sonja Kleindienst ausgestattet von [Logo] *Otto Graf*“ ausgestrahlt hat die Bestimmung des § 13 Abs. 2 ORF-G verletzt, wonach in der kommerziellen Kommunikation keine Personen auftreten dürfen, die regelmäßig Nachrichtensendungen und Sendungen zum politischen Zeitgeschehen vorstellen.

2.2. Zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils

Aufgrund des Umstandes, dass durch zwei der insgesamt fünf beanstandeten Sponsorhinweise, die in der verfahrensgegenständlichen Sendung zur Ausstrahlung gelangt sind, je zwei Normen des ORF-G verletzt bzw. zugleich zwei verschiedene Rechtsverletzungen verwirklicht worden sind, waren vor dem Hintergrund des im gegenständlichen Verfahren intendierten Ziels, die unrechtmäßig erlangte Bereicherung abzuschöpfen, insgesamt fünf Sponsorhinweise zur Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils heranzuziehen.

Der aus den festgestellten Verstößen gegen die Werbebestimmungen des ORF-Gesetzes lukrierte wirtschaftliche Vorteil des ORF beträgt somit unter Berücksichtigung der seitens des ORF vorgelegten Rechnungen und – soweit der Ausstattungshinweis für Sonja Kleindienst betroffen ist – unter Heranziehung des Gutachtens des Amtssachverständigen insgesamt EUR 1.539,40,-.

3. Beweiswürdigung

Die Sachverhaltsfeststellungen hinsichtlich der Ausstrahlung von Sponsorhinweisen zur Unterstützung der am 08.04.2014 im Fernsehprogramm ORF 2 zwischen ca. 19:00 und 19:19 Uhr ausgestrahlten Sendung „Kärnten heute“ und der dadurch verwirklichten Verletzungen von Werbebestimmungen des ORF-G beruhen auf dem Bescheid der KommAustria vom 23.09.2014, KOA 3.500/14-034, welcher mit Erkenntnis des BVwG vom 19.02.2016, W194 2013491-1/7E, und mit Erkenntnis des VwGH vom 13.09.2016, Ra 2016/03/0047-8, bestätigt wurde und in Rechtskraft erwachsen ist.

Die Feststellungen zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils beruhen einerseits auf den vom ORF mit Schreiben vom 09.11.2018 vorgelegten Rechnungen des Landesstudios Kärnten. Diese Rechnungen wurden über Aufforderung der KommAustria vorgelegt, nachdem der ORF Einwendungen gegen die dem Gutachten des Amtssachverständigen zur Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils zum Teil zugrunde gelegten Tarife für Sponsoring erhoben hat. Die Rechnungen enthielten Nettobeträge für mehrere in unterschiedlichen Leistungszeiträumen ausgestrahlte Sponsorhinweise. Die Rechnungen konnten zur Berechnung des vom ORF im konkreten Fall erlangten wirtschaftlichen Vorteils herangezogen werden, zumal die darin genannten Vertragspartner mit den in der verfahrensgegenständlichen Sendung ausgestrahlten Sponsoren übereinstimmten und die verfahrensgegenständliche Sendung in den jeweils vereinbarten Leistungszeitraum fiel. Weitere Berechnungen, etwa Abschläge für Rabatte, Agenturprovisionen und Skonti waren insofern nicht mehr erforderlich, als in den vorgelegten Rechnungen bereits Nettobeträge ausgewiesen wurden. Hinsichtlich der Menge der jeweils in Rechnung gestellten Leistungen pro Rechnung, konnte auf die glaubwürdigen Ausführungen des ORF in seiner Stellungnahme vom 09.11.2018 hinsichtlich der jeweils auftragsgegenständlichen Anzahl von Schaltungen abgestellt werden.

Soweit andererseits das Gutachten des Amtssachverständigen Berechnungen zu dem aus der Ausstrahlung des Sponsorhinweises (Sachsponsor „Bekleidung & Ausstattung“) für „Sonja Kleindienst ausgestattet von [Logo] Otto Graf“ lukrierten wirtschaftlichen Vorteil enthielt, war dieses schlüssig und nachvollziehbar und daher den Feststellungen zugrunde zu legen. Insoweit hat der ORF auch keine Einwände gegen den herangezogenen Tarif vorgebracht und auch keine Rechnung über die diesbezüglich erbrachte Leistung vorgelegt.

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 verstoßende 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.“

Eine Abschöpfung gemäß § 38b ORFG hat drei kumulative Voraussetzungen:

Als erste Voraussetzung wird das Vorliegen einer gegen die Bestimmungen der §§ 13 bis 17 ORF-G verstoßenden rechtswidrigen Handlung oder das Überschreiten der Einnahmengrenze nach § 18 Abs. 1 Satz 3 ORF-G durch den ORF bestimmt.

Im Hinblick auf das Vorliegen einer rechtswidrigen Handlung des ORF kann sich die Regulierungsbehörde etwa auf die Ergebnisse eines Rechtsaufsichtsverfahrens nach §§ 35 ff ORF-G stützen, wobei dieser Konnex schon dem Wortlaut nach nicht zwingend vorausgesetzt wird (arg.: „Stellt die Regulierungsbehörde fest ...“ anstelle von „Hat die Regulierungsbehörde in einem Verfahren gemäß § 37 festgestellt...“). Gleichmaßen kann die eine „Feststellung“ einer gegen die §§ 13 bis 17 ORF-G verstoßenden rechtswidrigen Handlung bedingende Abschöpfung auch auf die Ergebnisse eines Verwaltungsstrafverfahrens gestützt werden (vgl. Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, S. 373f). Es ist daher zulässig, wenn die Regulierungsbehörde der Abschöpfung den in einem Straferkenntnis festgestellten objektiven Tatbestand zugrunde legt, der vom ORF als juristische Person (durch Verletzung einer den ORF als solchen treffenden Rechtspflicht) verwirklicht wurde, für den aber aufgrund der dem Verwaltungsstrafverfahren innewohnenden Systematik (Erfordernis der subjektiven Vorwerfbarkeit) der verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Beauftragte gemäß § 9 Abs. 2 VStG – wenn es einen solchen nicht gibt, die nach außen vertretungsbefugte Person gemäß § 9 Abs. 1 VStG – auf Verschuldensebene einzustehen hat (vgl. BVwG 15.01.2015, W194 2007700-1/7E. Pkt. 3.9.; dazu, dass auch § 38b Abs. 1 ORF-G selbst eine – von einer Feststellung gemäß § 37 ORF-G oder auch von einer Feststellung im Rahmen eines anderen (z.B. Straf-)Verfahrens unabhängige – Rechtsgrundlage für die Feststellung einer Rechtsverletzung normiert: KommAustria 21.10.2014, KOA 3.500/14-045; KommAustria 06.11.2014, KOA 3.500/14-010).

Als zweite Voraussetzung gilt, dass der ORF durch den Verstoß einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt haben muss. Somit ist im Einzelfall zu prüfen, inwieweit ein vermögenswerter Vorteil auf Seiten des ORF eingetreten ist. Dies ist bei Verstößen gegen quantitative und qualitative Beschränkungen, etwa dem Überschreiten von Werbezeiten, dem Anbieten von Produktplatzierung in ausgeschlossenen Sendungen, der verbotenen Absatzförderung in gesponserten Sendungen oÄ unzweifelhaft zu bejahen (vgl. Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, S. 374).

Drittens ist die Abschöpfung mit der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils begrenzt. Dies bedeutet, dass die Regulierungsbehörde anhand des dargestellten objektiven Maßstabs zu ermitteln hat, wie hoch der im Vergleich zum gesetzeskonformen Verhalten durch den Verstoß bewirkte Vorteil auf Seiten des ORF ist. Der Gesetzeswortlaut bietet dabei keinerlei Anhaltspunkte dafür, 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. Der wirtschaftliche Vorteil umfasst jede in der Sphäre des ORF eingetretene „Bereicherung“ (vgl. zu letzterem VwGH 22.11.2017, Ro 2017/03/0011, m.w.V.; *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, S. 374).

4.2. Feststellung von Rechtsverletzungen

Im Sinne der bisherigen Ausführungen ist zunächst die Frage zu beantworten, ob im Sinne des § 38b Abs. 1 ORF-G eine gegen die Bestimmungen der §§ 13 bis 17 ORF-G verstoßende rechtswidrige Handlung vorliegt.

§ 13 Abs. 2 ORF-G lautet:

„(2) In der kommerziellen Kommunikation dürfen weder im Bild noch im Ton Personen auftreten, die regelmäßig Nachrichtensendungen und Sendungen zum politischen Zeitgeschehen vorstellen oder die regelmäßig als programmgestaltende und journalistische Mitarbeiter des Österreichischen Rundfunks sonstige Sendungen moderieren.“

§ 17 ORF-G lautet auszugsweise:

„Sponsoring

§ 17. (1) Gesponserte Sendungen müssen folgenden Anforderungen genügen:

1.[...]

2. Sie sind durch den Namen oder das Firmenemblem oder ein anderes Symbol des Sponsors, etwa einen Hinweis auf seine Produkte oder Dienstleistungen oder ein entsprechendes unterscheidungskräftiges Zeichen am Anfang oder am Ende eindeutig als gesponserte Sendung zu kennzeichnen (Sponsorhinweise). Sponsorhinweise während einer Sendung sind unzulässig.

3.[...]

(3) Nachrichtensendungen und Sendungen zur politischen Information dürfen nicht im Sinne von Abs. 1 finanziell unterstützt werden.“

Die KommAustria hat aufgrund der am 08.04.2014 durchgeführten Werbebeobachtung des Fernsehprogramms ORF 2 mit Bescheid vom 23.09.2014, KOA 3.500/14-034, festgestellt, dass der ORF am 08.04.2014 im Zuge der von ca. 19:00 Uhr bis ca. 19:19 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 Kärnten ausgestrahlten Sendung „Kärnten Heute“ durch

1.1. Ausstrahlung von Sponsorhinweisen für „Ranacher“ (ca. 19:17 Uhr und ca. 19:19 Uhr), „Kärntner Konditoren“ (ca. 19:17 Uhr), „Otto Graf“ (ca. 19:19 Uhr) und „Natursteine Bogensperger“ (ca. 19:19 Uhr) jeweils § 17 Abs. 3 ORF-G verletzt hat, wonach Nachrichtensendungen und Sendungen zur politischen Information nicht finanziell unterstützt werden dürfen, sowie durch

- 1.2. Ausstrahlung der Sponsorhinweise für „Ranacher“ (ca. 19:17 Uhr) und „Kärntner Konditoren“ (ca. 19:17 Uhr) jeweils § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verletzt hat, wonach Sponsorhinweise während einer Sendung unzulässig sind, sowie durch
- 1.3. Ausstrahlung des Sponsorhinweises für „Sonja Kleindienst ausgestattet von [Logo] Otto Graf“ (ca. 19:19 Uhr) § 13 Abs. 2 ORF-G verletzt hat, wonach in der kommerziellen Kommunikation keine Personen auftreten dürfen, die regelmäßig Nachrichtensendungen und Sendungen zum politischen Zeitgeschehen vorstellen (vgl. oben Sachverhalt 2.1.)

Die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde des ORF hat das BVwG mit Erkenntnis vom 19.02.2016, W194 2013491-1/7E, als unbegründet abgewiesen. Mit Erkenntnis vom 13.09.2016, Ra 2016/03/0047-8, wies der VwGH die gegen das Erkenntnis des BVwG erhobene Revision des ORF als unbegründet ab. Die festgestellten Rechtsverletzungen sind damit in Rechtskraft erwachsen.

4.3. Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils

Die zweite Voraussetzung für eine Abschöpfung bedingt, dass der ORF durch die festgestellten Verstöße einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt haben muss.

Vor dem Hintergrund des bisher Gesagten hat die KommAustria keinen Zweifel daran, dass im Falle einer unzulässigen finanziellen Unterstützung von Nachrichtensendungen und Sendungen zur politischen Information durch Ausstrahlung von Sponsorhinweisen, sowie im Falle einer Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen in der Sphäre des ORF ein wirtschaftlicher Vorteil eingetreten ist. Ebenso ist davon auszugehen, dass durch die Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Ausstattungshinweis) für die Kleidung der Moderatorin, die regelmäßig Nachrichtensendungen und Sendungen zum politischen Zeitgeschehen vorstellt (vgl. dazu VwGH 13.09.2016, Ra 2016/03/0047, Rz 18ff) in der Sphäre des ORF ein wirtschaftlicher Vorteil eingetreten ist (vgl. dazu wiederum VwGH 22.11.2017, Ro 2017/03/001):

Im vorliegenden Fall hätte der ORF auf Grund der Bestimmungen gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 und Abs. 3 sowie § 13 Abs. 2 ORF-G weder Sponsorhinweise zur finanziellen Unterstützung der Sendung „Kärnten heute“, noch Sponsorhinweise während dieser Sendung ausstrahlen dürfen, noch hätte die Moderatorin dieser Sendung in der kommerziellen Kommunikation (Ausstattungshinweis) auftreten dürfen. Hätte sich der ORF bei Gestaltung der gegenständlichen Sendung rechtskonform verhalten, hätte er die daraus lukrierten Einnahmen nicht erzielen können. Der wirtschaftliche Vorteil liegt somit in den aus den unzulässiger Weise ausgestrahlten Sponsorhinweisen erzielten positiven Veränderungen im Vermögen des ORF.

4.4. Zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils

Die Abschöpfung ist mit der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils begrenzt. Die konkrete Höhe des erzielten wirtschaftlichen Vorteils ist anhand eines Vergleichs der wesentlichen Tatbestandselemente der festgestellten rechtswidrigen Handlung (objektiver Maßstab) mit dem gesetzeskonformen Verhalten zu ermitteln. Anhaltspunkte dafür, dass hierbei auch „hypothetische rechtskonforme Handlungsweisen“ – etwa, dass ein verbotener Sponsorhinweis oder ein die zulässigen Werbezeiten überschreitender Werbespot an anderer Stelle im Programm rechtskonform hätten ausgestrahlt werden können – zu berücksichtigen wären, bietet der Gesetzeswortlaut des § 38b Abs. 1 ORF-G nicht. Dies führte überdies zu dem paradoxen Ergebnis, dass wesentliche Tatbestandsmerkmale festgestellter Rechtsverletzungen ausgeblendet würden und auf diese Weise aus rechtswidrigen Verhaltensweisen lukrierte wirtschaftliche Vorteile beim

ORF verbleiben würden (vgl. hierzu: KommAustria 21.10.2014, KOA 3.500/14-045; *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, S. 374).

§ 38b Abs. 2 ORF-G räumt der Regulierungsbehörde umfassende Ermittlungsmöglichkeiten zur Feststellung des Abschöpfungsbetrages ein, wobei insbesondere auf das Tarifwerk zurückgegriffen werden kann.

Das Gutachten vom 24.09.2018 (vgl. dazu oben Pkt. 1.) hat hinsichtlich des Ausstattungshinweises (Sachsporing „Bekleidung & Ausstattung“) ergeben, dass der ORF aus der festgestellten Rechtsverletzung einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von EUR 106,06,- erlangt hat. Dem Gutachten wurden diesbezüglich die Tariflisten des ORF Kärnten für ORF 2 aus dem Jahr 2016 zugrunde gelegt.

Hinsichtlich der übrigen vier Sponsorhinweise war der dem ORF konkret erwachsene wirtschaftliche Vorteil auf Grundlage der vorgelegten Rechnungen sowie der Ausführungen zur Anzahl der Schaltungen in der Stellungnahme vom 09.11.2018 zu berechnen. Daraus resultierte für die von „Ranacher“ bezahlten Sponsorhinweise ein Betrag von netto EUR 416,67 pro Sponsorhinweis, für die von den „Kärntner Konditoren“ seitens der Wirtschaftskammer Kärnten bezahlten Sponsorhinweise ein Betrag von netto EUR 300,- pro Schaltung und für die von „Natursteine Bogensperger“ bezahlten Sponsorhinweise ein Betrag von netto EUR 300,- pro Schaltung. In Summe ergibt dies einen Betrag von EUR 1.433,34,-.

Der wirtschaftliche Vorteil beträgt sohin insgesamt EUR 1.539,40,-.

Soweit der ORF in seiner Stellungnahme vom 25.10.2018 ausführte, dass zur Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils von dem vom ORF verwirklichten Vorhaben, die Wettersendung zu sponsern, auszugehen sei, ist festzuhalten, dass gemäß § 38b Abs. 1 ORF-G zwar auf den konkret erlangten wirtschaftlichen Vorteil abzustellen ist, dies jedoch nicht dazu führen kann, dass über diesen Umweg die Frage nach einer „hypothetischen“ rechtskonformen Handlungsweise zu stellen wäre. Maßgeblich ist vielmehr, ob die konkret anhand ihrer wesentlichen Tatbestandselemente beschriebene rechtswidrige Handlung einen wirtschaftlichen Vorteil bewirkt hat.

Der Betrag fließt dem Bund zu und ist 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.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht /KOA 3.500/18-070“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ sind die Steuernummer/Abgabenkontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE – Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 28. Jänner 2019

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)