

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat III, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden, dem Vorsitzenden-Stellvertreter Dr. Florian Philapitsch, LL.M. und dem weiteren Mitglied Mag. Michael Truppe, im Rahmen eines Verfahrens zur Abschöpfung der Bereicherung gemäß § 38b ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 55/2014, wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Gemäß § 38b Abs. 1 ORF-G wird
 - a. festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk durch die Ausstrahlung des Gewinnspiels „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“, welches gemäß dem Bescheid des Bundeskommunikationssenates (BKS) vom 11.11.2013, GZ 611.804/0010-BKS/2013, gegen das Verbot der Schleichwerbung gemäß § 1a Z 7 und 8 iVm § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verstoßen hat, einen wirtschaftlichen Vorteil in der Höhe von EUR 506.550,- erlangt hat, und
 - b. dieser Betrag in Höhe von **EUR 506.550,-** für abgeschöpft erklärt.
2. Dem Österreichischen Rundfunk wird aufgetragen, den Abschöpfungsbetrag gemäß Spruchpunkt 1. binnen vier Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides auf das Konto der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH), IBAN: AT932011129231280909, BIC: GIBAATWWXXX, Verwendungszweck: KOA 11.210/14-018, zu überweisen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 27.01.2014 leitete die KommAustria ein Verfahren zur Abschöpfung der Bereicherung gemäß § 38b ORF-G gegen den Österreichischen Rundfunk (ORF) ein und verwies hierzu auf den rechtskräftigen Bescheid des BKS vom 11.11.2013, GZ 611.804/0010-BKS/2013, mit welchem dieser festgestellt hat, dass der ORF durch die vom 12.09.2011 bis 16.09.2011, jeweils zwischen 06:00 und 19:00 Uhr ausgestrahlten, auf das Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“ bezogenen Sendungssequenzen (Ziehungen der Zusatzzahl, Moderationen, Dialoge unter den Moderatoren und mit den Gewinnern sowie Jingles) gegen das Verbot der Schleichwerbung gemäß § 1a Z 7 und 8 iVm § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verstoßen habe.

Der ORF wurde in diesem Schreiben weiters aufgefordert, zur Ermittlung des erlangten wirtschaftlichen Vorteils aus der Ausstrahlung der als Schleichwerbung qualifizierten Sequenzen des Gewinnspiels eine Aufstellung der erzielten Einnahmen sowie die zugrunde liegenden Verträge und Rechnungen vorzulegen, und gegebenenfalls zur Einleitung des Abschöpfungsverfahrens binnen zwei Wochen Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 11.02.2014 legte der ORF eine vom 14.10.2011 datierende Rechnung an die Österreichische Lotterien GmbH (im Folgenden: Österreichische Lotterien) vor, welche abgesehen von der Position „HF – Gewinnspiel Einbindung (PP)“ im Wert von netto EUR 206.550,- eine weitere, allerdings geschwärzte Position beinhaltete. Darüber hinaus legte der ORF eine an ihn adressierte Rechnung der Österreichischen Lotterien vom 03.11.2011 für Sachleistungen bzw. die „Einbindung von Ö3 auf Drucksorten“ über einen Betrag von netto EUR XXX vor. In der Sache äußerte sich der ORF unter Hinweis auf die vorgelegten Rechnungen dahingehend, dass der in der Gegenrechnung der Österreichischen Lotterien für Sachleistungen ausgewiesene Betrag von dem in Rechnung gestellten Betrag des ORF in Abzug zu bringen sei und hieraus eine Summe von netto EUR XXX resultiere. Ferner wies der ORF darauf hin, dass sich der in der Rechnung vom 14.10.2011 ausgewiesene Betrag von EUR 206.550,- auf den gesamten Leistungszeitraum von 05.09.2011 bis 16.09.2011 (12 Tage) beziehe, der im Bescheid des BKS inkriminierte Zeitraum jedoch lediglich fünf Tage umfasse, nämlich vom 12.09.2011 bis zum 16.09.2011.

Mit Schreiben vom 28.02.2014 wurde der ORF aufgefordert, der KommAustria eine ungeschwärzte Kopie der an die Österreichischen Lotterien ausgestellten Rechnung vom 14.10.2011 vorzulegen, da nicht auszuschließen sei, dass die geschwärzten Stellen zur Beurteilung der im gegenständlichen Abschöpfungsverfahren maßgeblichen Umstände bzw. für die Ermittlung des abzuschöpfenden Betrags erforderlich seien. Darüber hinaus forderte die KommAustria den ORF neuerlich zur Vorlage der der Ausstrahlung des Gewinnspiels zugrunde liegenden Kooperationsvereinbarung sowie zur Spezifikation der im Leistungszeitraum zwischen dem 05.09.2011 und dem 11.09.2011 erfassten Leistungen bzw. deren konkreten Leistungsumfangs und der Art der Leistung binnen zwei Wochen auf.

Mit Schreiben vom 17.03.2014 übermittelte der ORF eine ungeschwärzte Kopie der an die Österreichischen Lotterien ausgestellten Rechnung vom 14.10.2011 sowie die dieser zugrunde liegende Vereinbarung. Darüber hinaus legte der ORF dar, dass sich seine zeitliche Betrachtungsweise aus der Vereinbarung erhellte, wobei er zur Erläuterung seiner Betrachtungsweise auf einen – der Behörde wiederum nicht vorgelegten, jedoch auszugsweise im Schreiben wiedergegebenen – „Sideletter“ zur übermittelten Vereinbarung verwies. In diesem sei vereinbart worden, dass das Gewinnspiel („Das große Lotto Zusatzzahlenspiel“) von 05.09.2011 bis 11.09.2011 mit insgesamt 30 Ö3-Items angekündigt

werden sollte und während des Spiels von 12.09.2011 bis 16.09.2011 zwischen 07:00 und 19:00 Uhr 12 Ö3-Items pro Spieltag eingesetzt werden sollten. Täglich sollte eine Spielrunde im Ö3-Wecker stattfinden, sodass allein während der Spieldurchführung 60 Ö3-Items zur Ausspielung gelangen sollten. Die Österreichischen Lotterien sollten pro Item jeweils mindestens einmal namentlich eingebunden werden.

2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Zum festgestellten Verstoß gegen das Verbot der Schleichwerbung

Mit rechtskräftigem Bescheid vom 11.11.2013, GZ 611.804/0010-BKS/2013, stellte der BKS fest, dass der ORF durch die vom 12.09.2011 bis 16.09.2011, jeweils zwischen 06:00 und 19:00 Uhr ausgestrahlten, auf das Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“ bezogenen Sendungssequenzen (Ziehungen der Zusatzzahl, Moderationen, Dialoge unter den Moderatoren und mit den Gewinnern sowie Jingles) gegen das Verbot der Schleichwerbung gemäß § 1a Z 7 und 8 iVm § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verstoßen habe.

Diesem Bescheid des BKS wurde der von der KommAustria im Rahmen der erstinstanzlichen Entscheidung vom 14.08.2012, KOA 11.210/12-015, ermittelte Sachverhalt zum Ablauf des in Beschwerde gezogenen Gewinnspiels „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“ zugrunde gelegt.

Die KommAustria hatte darin im Wesentlichen festgestellt, dass in der Zeit vom 12.09.2011 bis zum 16.09.2011 täglich 12 Mal, jeweils zur vollen Stunde ab 07:00 Uhr vor den Ö3-Nachrichten und im Anschluss an diese nach den Wettermeldungen und dem Verkehrsservice, das Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“ ausgestrahlt wurde. Das Gewinnspiel selbst gliederte sich in zwei Teile, wobei der erste Teil vor den Nachrichten zur vollen Stunde (z.B. vor 07:00 Uhr) stattfand, in welchem die Ziehung der Zusatzzahl präsentiert und der Hörer zur Teilnahme am Gewinnspiel animiert wurde. Diese Präsentation erfolgte zudem im Rahmen mehrerer Ankündigungen während des Programms. Im zweiten Teil, welcher im Anschluss an die Nachrichten zur vollen Stunde bzw. nach dem Wetter- und dem Verkehrsservice ausgestrahlt wurde, erfolgte die eigentliche Ausspielung des Preises bzw. die Ermittlung des jeweiligen Gewinners. Der 33-te Anrufer mit der richtigen Zusatzzahl wurde dabei jeweils in die Sendung geschaltet.

Weiters hatte die KommAustria in ihrem erstinstanzlichen Bescheid festgestellt, dass stündlich EUR 5.000,- gewonnen werden konnten und dass insgesamt eine Gewinnspielsumme in Höhe von EUR 300.000,- (12 Mal täglich, in einem Zeitraum von fünf Tagen, somit 60 x EUR 5.000) zur Ausspielung gelangte.

2.2. Zum Inhalt der Vereinbarung zwischen dem ORF und der Österreichische Lotterien GmbH

Die wesentlichen Bedingungen der für den Zeitraum vom 05.09.2011 bis zum 16.09.2011 geplanten Gewinnspielaktion wurden zwischen den Österreichischen Lotterien und der ORF-Enterprise GmbH & Co KG mit Kooperationsvereinbarung vom 25.07.2011 festgelegt.

Die Vereinbarung hat im Original folgenden Wortlaut:

„DAS GROSSE LOTTO-ZUSATZZAHLENSPIEL

Unter Bezugnahme auf unsere Vorgespräche halten wir nachstehende

VEREINBARUNG

zwischen

ÖSTERREICHISCHE LOTTERIEN GmbH, Rennweg 44, 1038 Wien, im folgenden „Vertragspartner“ genannt,

und

der ORF-ENTERPRISE GMBH & CO KG und dem von der ORF-ENTERPRISE GMBH & CO KG, vertretenden Österreichischen Rundfunks, Würzburggasse 30, 1136 Wien, im Folgenden „ORF“ genannt, fest:

1. Vereinbarungsgegenstand:

Gegenstand der vorliegenden Vereinbarung ist die Kooperation mit dem Vertragspartner und dem ORF für die o.e. Aktion, insbesondere die Durchführung einer vom Vertragspartner veranstalteten Zusatzausspielung „DAS GROSSE LOTTO-ZUSATZZAHLENSPIEL“, wie im Sideletter, der einen integrierenden Bestandteil dieser Vereinbarung darstellt, beschrieben – sowie die Bezahlung eines Pauschalbetrags – Rechnungslegung durch den Österreichischen Rundfunk – nach Maßgabe folgender Bestimmungen.

2. Projektbeschreibung:

Der ÖSTERREICHISCHE RUNDfunk/Ö3 plant im Zeitraum 5. - 16. September 2011 die Aktion „DAS GROSSE LOTTO-ZUSATZZAHLENSPIEL“.

Über den Verlauf der Aktion (Umsetzung & Ablauf) herrscht Einvernehmen zwischen dem ORF und dem Vertragspartner.

3. Leistungen des ORF:

Der ORF veranlasst, auf eigene Kosten, nach Maßgabe dieser Vereinbarung, die Erbringung sämtlicher mit der Konzeption und Herstellung dieser Aktion verbundenen organisatorischen, journalistischen, künstlerischen und technischen Leistungen.

Die Einbindung des Vertragspartners ist wie folgt geplant:

Medium	Bereich	Start	Ende	Produkt/Leistung	Einbindung
Hörfunk	OnAir Ö3	05.09.2011	16.09.2011	Produktplatzierung	90
Internet	Online Ö3				

4. Leistungen des Vertragspartners:

Der Vertragspartner entrichtet an den ORF für die unter Punkt 3 näher definierten Leistungen einen einmaligen Betrag in der Höhe von

Produkt/Leistung	Betrag	EVSt	GSpA	Rabatt	AP	Betrag netto	WA	Betrag brutto
Produktplatzierung	€ 219.734,-	-	-	6%	-	€ 206.550,-	3,5%	€ 213.779,25

(GSpA=Glücksspielerabgabe, EVSt=Eigenverbrauchssteuer, AP=Agenturprovision, WA=Werbeabgabe)

zuzüglich Umsatzsteuer in gesetzlicher Höhe.

Bei dieser Kooperation handelt es sich um ein Spiel der Österreichischen Lotterien. Die Bereitstellung des Preisgeldes in der Höhe von € 300.000,- für die Gewinner erfolgt daher direkt durch den Vertragspartner, zuzüglich eventuell anfallender gesetzlicher Abgaben. Die Gewinne werden vom Vertragspartner direkt an die Gewinner ausgeschüttet.

Der Vertragspartner stellt Sachleistungen (Einbindung auf Drucksorten) im Gegenwert von € XXX zur Verfügung.

5. Rechnungslegung:

Die Rechnungslegung erfolgt durch den ORF. Der Vertragspartner erhält eine Rechnung lt. Pkt. 4. Gleichzeitig stellt der Vertragspartner dem ORF (Österreichischer Rundfunk, Rechnungserledigung, Würzburggasse 30, 1136 Wien, ATU 16263102) eine Rechnung in Höhe der Sachleistung des Vertragspartners (Einbindung auf Drucksorten im Gegenwert von € XXX.) zuzüglich Steuern in gesetzlicher Höhe. Der Differenzbetrag ist auf das Konto des ORF bei der XXX spesen- und abzugsfrei zur Zahlung fällig. Durch Gesetz oder Bescheid begründete Nachforderungen des ORF sind nach Ausstellen einer entsprechenden Rechnung fällig. Bei verspäteter Zahlung werden 12 % Verzugszinsen jährlich in Anrechnung gebracht. Soweit dem ORF die vorerwähnten Abgaben und Steuern durch Verwaltungsakt festgesetzt werden, bleibt dem ORF die Weiterverrechnung an den Vertragspartner auch bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens (also auch bis zur Erlassung eines Ersatzbescheides) vorbehalten.

6. Rechte:

Durch den vom Vertragspartner zu leistenden Pauschalbetrag erwirbt dieser keine wie auch immer gearteten Rechte am Hörfunkprogramm Ö3. Die inhaltliche Gestaltung und Ausrichtung der Produktion obliegt ausschließlich dem ORF. Eine Produktions- und/oder Sendeverpflichtung des ORF hinsichtlich der Aktion besteht nicht. Im Falle der Nichtsendung der Aktion hat der Vertragspartner allerdings das Recht auf aliquote Rückerstattung des Betrages. Weitere Forderungen, aus welchem Rechtsgrunde immer, insbesondere Schadenersatzforderungen, werden ausgeschlossen. Die Nennung des Vertragspartners im Hörfunkprogramm Ö3 versteht sich ausschließlich als gesetzliche Offenlegungspflicht gemäß § 26 Mediengesetz.

7. Sonstige Bestimmungen:

Änderungen und/oder Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform. Mündliche Nebenabreden wurden nicht getroffen.

Für allfällige Streitigkeiten aus diesem Vertrag wird die ausschließliche Zuständigkeit des die Handelsgerichtsbarkeit ausübenden Gerichtes in Wien vereinbart.

Sollte der Vertrag aufgrund einer gesetzlichen Änderung bzw. einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung nicht oder nicht vollständig erfüllt werden können, so wird der Vertrag an die geänderte Rechtslage angepasst, um dem von den Vertragspartnern gewollten Inhalt am nächsten zu kommen, oder in beiderseitigem Einvernehmen aufgelöst und rückabgewickelt. In jedem Fall bestehen in diesem Zusammenhang keinerlei Ansprüche des Vertragspartners gegen den ORF.“

Der, in der Vereinbarung als integrierender Bestandteil derselben erwähnte, Sideletter wurde der Behörde nicht vorgelegt. Auszugsweise wurde im Schreiben des ORF vom 17.03.2014 jedoch folgende Passage dieses Sideletters wiedergegeben:

„Das Gewinnspiel („Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel“) wird von 5. bis 11. September 2011 mit insgesamt 30 Ö3-Items angekündigt. Während des Spiels von 12. bis 16. September 2011 werden zwischen 7 und 19 Uhr 12 Ö3-Items pro Spieltag eingesetzt. Täglich findet eine Spielrunde im Ö3-Wecker statt. Das ergibt 60 Ö3-Items während der Spieldurchführung. LOTTO bzw. die ÖSTERREICHISCHEN LOTTERIEN werden pro Item jeweils mindestens einmal namentlich eingebunden.“

Gegenstand der zwischen dem ORF bzw. der ORF-Enterprise GmbH & Co KG und den Österreichischen Lotterien abgeschlossenen Vereinbarung war somit die Einbindung der Österreichischen Lotterien und ihres Produktes (Lottoscheine) bzw. des großen Lotto-Zusatzzahlenspiels in das Hörfunkprogramm Ö3 und darüber hinaus in die Website von Ö3. Die hier verfahrensgegenständliche Einbindung in das Hörfunkprogramm Ö3 sollte über einen Zeitraum von zwei Wochen, konkret zwischen dem 05.09.2011 und dem 16.09.2011, erfolgen und insgesamt 90 Einbindungen bzw. 90 sogenannte „Ö3-Items“ umfassen.

30 Einbindungen bzw. Ö3-Items wurden in der Woche vor dem eigentlichen Gewinnspiel, somit vom 05.09.2011 bis zum 11.09.2011 eingesetzt, um dieses im Hörfunkprogramm Ö3 anzukündigen. Weitere 60 Ö3-Items kamen darüber hinaus in der Woche vom 12.09.2011 bis zum 16.09.2011 während der Durchführung des Gewinnspiels zum Einsatz.

Für die Einbindung der Österreichischen Lotterien bzw. ihres Produktes (Lottoscheine) in das Hörfunkprogramm Ö3 stellte der ORF unter Abzug eines Rabatts in Höhe von 6 % insgesamt einen Betrag in Höhe von netto EUR 206.550,- in Rechnung.

Darüber hinaus wurde vereinbart, dass die Österreichischen Lotterien dem ORF Sachleistungen im Gegenwert von EUR XXX zur Verfügung stellen, die als „Einbindung von Ö3 auf Drucksorten“ bezeichnet wurden. Der Gegenwert dieser Sachleistungen sollte gemäß der Kooperationsvereinbarung von der vom ORF in Rechnung gestellten Gesamtsumme in Abzug gebracht werden. Eine Rechnung der Österreichischen Lotterien über diese Sachleistungen wurde der Behörde vorgelegt.

Nicht festgestellt werden konnte jedoch, in welchem Zusammenhang oder Verhältnis diese Sachleistungen mit der Durchführung der Gewinnspielaktion standen.

Die Österreichischen Lotterien stellten für die Gewinnspieldurchführung im Hörfunkprogramm Ö3 ein Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR 300.000,- zur Verfügung; die einzelnen Gewinnbeträge wurden jedem Gewinner von den Österreichische Lotterien GmbH direkt ausgeschüttet.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“ bzw. zur konkreten Gewinnspieldurchführung im Hörfunkprogramm Ö3 beruhen auf dem Bescheid der KommAustria vom 14.08.2012, KOA 11.210/12-015, und den Bezug habenden Akten bzw. den Auswertungen der im damaligen Beschwerdeverfahren vorgelegten Aufzeichnungen des Hörfunkprogramms. Die Feststellungen zum Verstoß des gegenständlichen Gewinnspiels gegen das Verbot der Schleichwerbung beruhen auf dem Bescheid des BKS vom 11.11.2013, GZ 611.804/0010-BKS/2013, und den Bezug habenden Akten.

Die Feststellungen zum Inhalt der Kooperationsvereinbarung über das große Lotto-Zusatzzahlenspiel zwischen den Österreichischen Lotterien und der ORF Enterprise GmbH & Co KG bzw. dem ORF beruhen auf der mit Schreiben des ORF vom 17.03.2014 vorgelegten Vereinbarung. In dieser Kooperationsvereinbarung wurden vor allem die von den Österreichischen Lotterien für deren Einbindung in das Hörfunkprogramm Ö3 und in dessen Online-Angebot zu leistenden Entgelte sowie die geplante Dauer der Gewinnspielaktion – beginnend mit 05.09.2011 und endend am 16.09.2011 – festgelegt. Auf dieser Kooperationsvereinbarung basiert auch die Feststellung, dass der ORF Sachleistungen im Wert von EUR XXX bezogen hat. Nicht nachvollzogen werden konnte

jedoch, in welchem Verhältnis die bezogenen Sachleistungen zum veranstalteten Gewinnspiel standen, da die Kooperationsvereinbarung hierzu keine näheren Regelungen beinhaltete.

Auf dem Bescheid der KommAustria vom 14.08.2012, KOA 11.210/12-015, und den Bezug habenden Akten sowie der Kooperationsvereinbarung gründen darüber hinaus die Feststellungen, dass die Österreichischen Lotterien Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR 300.000,- zur Verfügung gestellt haben.

Die Feststellung, dass die Gewinnspielaktion vom 05.09.2011 bis zum 11.09.2011 mit insgesamt 30 Ö3-Items im Hörfunkprogramm von Ö3 angekündigt wurde und weitere 60 Einbindungen bzw. Ö3-Items in der Woche vom 12.09.2011 bis zum 16.09.2011 während der eigentlichen Gewinnspieldurchführung zum Einsatz kamen, beruht auf den Ausführungen des ORF in seinem Schreiben vom 17.03.2014, die sich auf den nicht vorgelegten Sideletter zur Kooperationsvereinbarung bezogen.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Rechtsgrundlage

§ 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.“

Die Abschöpfung gemäß § 38b ORFG hat somit 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. Die Regulierungsbehörde wird sich hier regelmäßig auf die Ergebnisse eines Rechtsaufsichtsverfahrens nach §§ 35 ff stützen; zwingend vorausgesetzt ist dieser Konnex

vom Wortlaut aber nicht. 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 Rundfunkgesetz³, 355)

4.2. Feststellung einer Rechtsverletzung im Rahmen des § 38b ORF-G

Im Hinblick auf die erste Voraussetzung für eine Abschöpfung der Bereicherung gemäß § 38b ORF-G ist auf den Bescheid des BKS vom 11.11.2013, GZ 611.804/0010-BKS/2013, zu verweisen. Darin hat der BKS entschieden, dass das vom 12.09.2011 bis zum 16.09.2011 veranstaltete Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“ bzw. dessen konkrete Umsetzung gegen das Verbot der Schleichwerbung verstoßen hat. Dieser Bescheid ist rechtskräftig.

Dieser Entscheidung des BKS ist ein Beschwerdeverfahren vor der KommAustria vorausgegangen, die die inkriminierten, zum großen Lotto-Zusatzzahlenspiel Bezug habenden Sendungssequenzen im Hörfunkprogramm Ö3 als Produktplatzierungen qualifiziert hatte, welche jedoch nicht eindeutig im Sinne des § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G gekennzeichnet waren, weshalb es zur Feststellung einer Rechtsverletzung gekommen war (vgl. dazu KommAustria vom 12.08.2012, KOA 11.210/12-015). Die hiergegen von den Beschwerdeführern und dem Beschwerdegegner erhobenen Berufungen an den BKS sind in weiterer Folge abgewiesen worden (vgl. BKS 05.11.2012, GZ 611.804/0002-BKS/2012). Dagegen ist schließlich von den Beschwerdeführern Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof (VwGH) erhoben worden, der den Bescheid des BKS mit Erkenntnis vom 18.09.2013, ZI 2012/03/0162, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben hat.

Der VwGH hat hierbei im Wesentlichen ausgesprochen, dass *„sich Produktplatzierung im Hörfunk auf relativ neutral gehaltene akustische Bezugnahmen und Hinweise auf das betreffende Produkt zu beschränken hat, während im Rahmen von Werbung diese „Neutralität“ der Darstellung nicht mehr gegeben ist. Gewinnspiele fallen dann unter den Begriff der Produktplatzierung, solange die Darstellung der Preise nicht die Grenze zur Werbung überschreitet. Würden diese Grundsätze im vorliegenden Fall angewandt, so könne von einer mangelnden Eignung zur Absatzförderung und einer ausreichend neutralen Gestaltung nicht mehr gesprochen werden. Die Präsentation des Gewinnspiels im Hörfunkprogramm des ORF sei in einer Art und Weise erfolgt, dass damit die (Werbe)Botschaft vermittelt worden sei, Lottospielen könne sich auch dann auszahlen, wenn die getippten Zahlen zu keinem unmittelbaren Lottogewinn geführt hätten. Dass diese über mehrere Tage inszenierte und durch die Präsentation von glücklichen Gewinnern unterstützte Werbebotschaft nicht geeignet gewesen sein solle, die Kaufabsichten des uninformierten oder unentschlossenen Publikums hinsichtlich des Erwerbs von Lottoscheinen zu beeinflussen, lasse sich für den VwGH nicht nachvollziehen. [...]“*

Der VwGH ließ in seinem Erkenntnis jedoch offen, ob die werbliche Gestaltung offensichtlich (im Sinne von Werbung) oder irreführend (im Sinne von Schleichwerbung) gewesen sei. Zu letzterem Ergebnis ist – wie eingangs festgestellt – der BKS mit seinem Ersatzbescheid vom 11.11.2013, GZ 611.804/0010-BKS/2013, gelangt. Unter Zugrundelegung der Rechtsansicht des VwGH hat der BKS in diesem Bescheid erwogen, dass für den durchschnittlich informierten und aufmerksamen Hörer der Eindruck entstehen musste, er habe es mit redaktionellem Inhalt in Form von Studiogesprächen rund um ein Gewinnspiel zu tun, weshalb er von der grundsätzlichen Irreführungseignung der Sendungsgestaltung ausging und den Tatbestand der Schleichwerbung als erfüllt betrachtete.

Zwar geht die KommAustria davon aus, dass im Rahmen eines Verfahrens nach § 38b ORF-G Raum für eine Feststellung betreffend einer gegen die Bestimmungen des §§ 13 bis

17 verstoßenden rechtswidrigen Handlung ist, doch hat diese unter Berücksichtigung des Bescheides des BKS vom 11.11.2013, GZ 611.804/0010-BKS/2013, im gegenständlichen Verfahren zu unterbleiben.

4.3. Zum erlangten wirtschaftlichen Vorteil und dessen Höhe

Die zweite Voraussetzung für eine Abschöpfung der Bereicherung gemäß § 38b ORF-G besteht darin, dass der ORF durch den Verstoß einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt haben muss.

Sieht man vom Fall der Überschreitung der Einnahmengrenzen des § 18 Abs. 1 Satz 3 ORF-G ab, bei dessen Vorliegen der wirtschaftliche Vorteil gesetzlich angenommen wird, ist in allen übrigen Fällen zu prüfen, inwieweit ein vermögenswerter Vorteil auf Seiten des ORF eingetreten ist.

Im gegenständlichen Fall steht schon aufgrund der Art der diesem Verfahren zugrundeliegenden rechtswidrigen Handlung für die KommAustria fest, dass der ORF durch Ausstrahlen der festgestellten Schleichwerbung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat. Ein Vergleich mit einem hypothetisch möglichen (rechtskonformen) Alternativverhalten stellt sich im gegenständlichen Verfahren gar nicht, da dem ORF das Ausstrahlen von Schleichwerbung von Gesetzes wegen verboten ist.

Vor dem Hintergrund, dass den Österreichischen Lotterien eine Rechnung in Höhe von netto EUR 206.550,- ausgestellt worden ist und zudem ein Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR 300.000,- ausgespielt wurde, darf angenommen werden, dass – nach dem üblichen Verkehrsgebrauch – eine „werbliche“ Gestaltung des Gewinnspiels in der inkriminierten Form erwünscht bzw. gerade Gegenstand der zugrunde liegenden Vereinbarung war. Anders formuliert, erscheint es unwahrscheinlich, dass die Österreichischen Lotterien dem ORF für die Einbindung in dessen Hörfunkprogramm ein Entgelt in Höhe von netto EUR 206.550,- leisten, und zusätzlich ein Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR 300.000,- ausspielen, ohne dabei die Absicht zu haben, den Absatz des eigenen Produktes (in diesem Fall den Erwerb von Lottoscheinen) zu fördern bzw. fördern zu lassen.

Mangels Vorlage des Sideletters zur Kooperationsvereinbarung, in welchem die näheren Modalitäten der Einbindung der Österreichischen Lotterien in das Hörfunkprogramm vereinbart wurden, ist zur Feststellung des erlangten wirtschaftlichen Vorteils auf den üblichen Verkehrsgebrauch abzustellen. Anhand dieses objektiven Maßstabs erscheint es nicht unplausibel, dass die Höhe des für die Einbindung der Österreichischen Lotterien in das Hörfunkprogramm Ö3 in Rechnung gestellten Betrags sowie die Höhe des von diesen ausgespielten Preisgeldes in unmittelbarem Zusammenhang mit der konkret erfolgten Art der Einbindung in das Hörfunkprogramm standen. Es ist daher davon auszugehen, dass diese Art der Präsentation jenem (Werbe)Wert entspricht, der aus der Summe des in Rechnung gestellten Betrags und des Preisgeldes resultiert (zur konkreten Höhe des wirtschaftlichen Vorteils auch noch unten).

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass eine gesetzeskonforme Durchführung der Maßnahme objektiv nicht möglich gewesen wäre und der ORF durch die rechtswidrige Umsetzung des Gewinnspiels „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“ einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat. Im vorliegenden Fall hätte der ORF das Gewinnspiel in der von ihm durchgeführten Weise nicht ausstrahlen und daraus keinen wirtschaftlichen Vorteil erzielen dürfen.

Hinsichtlich der konkreten Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils brachte der ORF vor, dass einerseits die von den Österreichischen Lotterien im Wert von EUR XXX erbrachten Sachleistungen vom in Rechnung gestellten Pauschalbetrag für die Einbindung in das Hörfunkprogramm in Abzug zu bringen seien und andererseits auch nur der aliquote, d.h. der für den im Rahmen des zugrunde liegenden Beschwerdeverfahrens inkriminierten Zeitraum von fünf Tagen (12.09.2011 bis 16.09.2011) lukrierte Betrag abzuschöpfen sei. Der vom ORF angestellten Rechnung zufolge wären somit von dem für 90 Ö3-Items in Rechnung gestellten Nettobetrag in Höhe von EUR 206.550,- die seitens der Österreichischen Lotterien verrechneten Sachleistungen im Wert von EUR XXX abzuziehen und sodann vom verbleibenden Betrag der dem im Rechtsverletzungsbescheid inkriminierten Zeitraum von fünf Tagen entsprechende Anteil $[(206.550:12) \times 5]$ abzuschöpfen.

Im Hinblick auf die in der Rechnung der Österreichischen Lotterien in Höhe von EUR XXX ausgewiesenen Sachleistungen ist zunächst anzumerken, dass der konkrete Konnex zum Gewinnspiel fraglich blieb, dieser aber jedenfalls nicht ausreichend dargelegt wurde. Zwar weist die Rechnung über Sachleistungen („Einbindung von Ö3 auf Drucksorten“) durch deren Erwähnung in der Kooperationsvereinbarung vom 25.07.2011 einen formalen Konnex zur Gewinnspielaktion auf; aus der Vereinbarung erschließt sich jedoch nicht, ob die „Einbindung von Ö3 auf Drucksorten“ derart mit der gegenständlichen Gewinnspielaktion verbunden war, dass die Erbringung dieser Sachleistungen ohne die Durchführung des großen Lotto-Zusatzzahlenspiels im Hitradio Ö3 keinen Sinn gemacht hätte.

Ungeachtet des fraglichen Zusammenhangs zwischen den Sachleistungen und dem Gewinnspiel konnte jedoch das Vorbringen des ORF, dass der für die Erbringung der Sachleistungen durch die Österreichischen Lotterien in Rechnung gestellte Betrag von dem vom ORF für die Durchführung des Gewinnspiels in Rechnung gestellten Betrag in Abzug zu bringen sei, schon aus methodischen Erwägungen nicht überzeugen. Unterstellt man nämlich, dass für die Einbindung von Ö3 auf Drucksorten ein marktüblicher Preis angesetzt wurde, so hat der ORF von den Österreichischen Lotterien Sachleistungen im Wert von EUR XXX erhalten und wurde ihm hierfür eine entsprechende Rechnung gelegt. Der Umstand, dass zwei eigenständige, einander gegenüberstehende – und vertraglich miteinander verknüpfte – Leistungen bzw. die daraus resultierenden Forderungen saldiert wurden, ändert jedoch nichts daran, dass dem ORF für die Durchführung der Gewinnspielaktion ein wirtschaftlicher Vorteil in Höhe des hierfür von ihm in Rechnung gestellten Betrags von EUR 206.550,- zugeflossen ist. Weshalb eine Saldierung dieser wechselseitigen Forderungen dazu führen sollte, dass der aus der rechtswidrigen Durchführung eines Gewinnspiels erlangte wirtschaftliche Vorteil um diesen Betrag gemindert werden müsse, erschließt sich der Behörde nicht.

Auch das weitere Argument des ORF, dass eine Aliquotierung des in Rechnung gestellten Betrags anhand des im Rechtsverletzungsverfahren inkriminierten Zeitraums stattzufinden hätte und somit nur der für fünf Tage (12.09.2011 bis 16.09.2011) gebührende Betrag abzuschöpfen sei, geht nach Auffassung der Behörde ins Leere.

Nach Ansicht des ORF dürfte der aus der Ankündigung einer als rechtswidrig qualifizierten Maßnahme lukrierte „wirtschaftliche Vorteil“ deswegen nicht abgeschöpft werden, weil es an einer darauf (i.e. Ankündigungen des Gewinnspiels) bezugnehmenden Feststellung im vorangegangenen Rechtsverletzungsverfahren mangelt. Trägt man allerdings dem der Bestimmung gemäß § 38b Abs. 1 ORF-G innewohnenden Gedanken Rechnung, dass der ORF aus Rechtsverletzungen keinen wirtschaftlichen Vorteil lukrieren darf, so verbietet sich die Sichtweise des ORF geradezu (vgl. 611 BlgNR 24. GP, 56: *„Mit den Bestimmungen des § 38b wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass der ORF aus Rechtsverletzungen keinen wirtschaftlichen Vorteil lukrieren darf. [...]“*), da die in der Woche vom 05.09.2011 bis

zum 11.09.2011 eingesetzten Ö3-Items allein den Zweck hatten, das große Lotto-Zusatzzahlenspiel anzukündigen und für die Teilnahme am Gewinnspiel zu werben. Folglich haben die betreffenden Ankündigungen und der hieraus erzielte, anteilige wirtschaftliche Vorteil keinen Alleinstellungswert, sondern stehen in untrennbarem Zusammenhang mit dem angekündigten und als rechtswidrig qualifizierten Gewinnspiel.

Anders formuliert, wären diese Ankündigungen ohne das nachfolgende Gewinnspiel gar nicht ausgestrahlt und der hierauf anteilig entfallende Erlös ohne das Gewinnspiel auch nicht lukriert worden. Eine gesonderte Feststellung darüber, ob auch die Ankündigungen selbst gegebenenfalls als Schleichwerbung zu qualifizieren wären ist daher entbehrlich. Der zu Unrecht erlangte wirtschaftliche Vorteil beruht vielmehr auf der gesamten Aktion des Lotto-Zusatzzahlenspiels, inklusive der bezahlten Ankündigungen des Gewinnspiels, weshalb der hieraus erzielte Erlös entgegen der vom ORF vertretenen Rechtsansicht in den abzuschöpfenden Betrag einzuberechnen ist.

In weiterer Folge ist noch der Frage nachzugehen, ob auch das von den Österreichischen Lotterien ausgespielte Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR 300.000,- als wirtschaftlicher Vorteil des ORF aus dem rechtswidrig präsentierten Gewinnspiel zu betrachten und somit dem abzuschöpfenden Betrag hinzu zu rechnen ist.

Der Vereinbarung zwischen ORF und Österreichischen Lotterien ist zu entnehmen, dass letztere das Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR 300.000,- bereitstellten und auch direkt an die jeweiligen Gewinner ausschütteten. Dies legt den Schluss nahe, dass die getroffene Vereinbarung über die Nennung bzw. Einbindung der Österreichischen Lotterien und ihres Produktes (Lottoschein) im Hörfunkprogramm des ORF diesen zusätzlich EUR 300.000,- wert war. Auch ist nicht anzunehmen, dass ein Unternehmen nach dem üblichen Verkehrsgebrauch „ein Entgelt“ (Rechnungsbetrag plus Preisgeld) für die Förderung des Absatzes seiner Produkte bezahlt, das den durch die Einbindung in das Rundfunkprogramm erzielten Werbewert übersteigen würde. Dabei war auch zu berücksichtigen, dass das gegenständliche Gewinnspiel ausschließlich im Zuge der rechtswidrigen Ausstrahlung im Hitradio Ö3 stattgefunden hat, es somit auch keine „off Air“-Teilnahmemöglichkeit gegeben hat. Wie auch bereits oben ausgeführt wurde, geht die Behörde daher davon aus, dass die inkriminierte Gestaltung des Gewinnspiels und der Präsentation der Österreichischen Lotterien jenem (Werbe)Wert entspricht, der aus der Summe des in Rechnung gestellten Betrags und des Preisgeldes resultiert.

Dieses Ergebnis wird auch bei einer Betrachtung aus Sicht der Produktionskostensparnis auf Seiten des ORF bestätigt: Die Planung des in Frage stehenden Gewinnspiels und die Entscheidung über dessen Durchführung oblag aufgrund der Bestimmungen des § 14 Abs. 10 ORF-G, wonach ein Auftraggeber kommerzieller Kommunikation keinen Einfluss auf den Programminhalt ausüben darf, ausschließlich und letztverantwortlich dem ORF. Auch § 17 Abs. 6 ORF-G verbietet es ausdrücklich, dass die Ausstrahlung einer Sendung von der Bedingung abhängig gemacht wird, dass ein Beitrag zur Finanzierung der Sendung geleistet wird. Dies deckt sich insoweit auch mit Punkt 2 und 6 des vorliegenden Vertrags, wonach *„der ÖSTERREICHISCHE RUNDfunk/Ö3 [...] im Zeitraum 5. - 16. September die Aktion 'DAS GROSSE LOTTO-ZUSATZZAHLENSPIEL' [plant]“, aber keine „Produktions- und oder Sendeverpflichtung des ORF hinsichtlich der Aktion besteht [...]“*. Es ist daher davon auszugehen, dass die Auspielung des Preisgeldes zwingender Bestandteil der Plankosten der in Frage stehenden Sendung sein musste. Gerade diesen Teil der Kosten des Gewinnspiels (EUR 300.000,- Preisgeld), den der ORF sonst durch den Einsatz eigener Mittel hätte aufbringen müssen, hat sich der ORF nun durch die in concreto rechtswidrig erfolgte Einbindung der Österreichischen Lotterien (in Form von Schleichwerbung) erspart, indem die Österreichischen Lotterien dieses Preisgeld zur Verfügung gestellt haben, wozu

sie auch vertraglich ausdrücklich verpflichtet waren. Diese Ersparnis gegenüber den sonst vom ORF zu gewärtigenden Kosten ist jedenfalls als wirtschaftlicher Vorteil iSd § 38b ORF-G anzusehen. Hinzu treten die zusätzlich von den Österreichischen Lotterien geleisteten EUR 206.550,-, sodass der durch die rechtswidrige Handlung in Summe auf Seiten des ORF bewirkte wirtschaftliche Vorteil EUR 506.550,- beträgt. Die Frage, ob das Gewinnspiel ohne Beteiligung der Lotterien in dieser Form und mit demselben Preisgeld vom ORF veranstaltet worden wäre, kann demgegenüber dahinstehen, da § 38b ORF-G auf die tatsächlich erfolgte Ausstrahlung und damit Rechtsverletzung abstellt.

In der Bereitstellung des Preisgeldes durch die Österreichischen Lotterien liegt daher zugleich ein wirtschaftlicher Vorteil für den ORF in eben dieser Höhe, da sich der ORF die Auszahlung eines Preisgeldes im gleichen Umfang erspart (vgl. zum ähnlichen Grundgedanken VwGH 01.07.2009, Zl. 2009/04/0079; OGH 10.06.2008, 4 Ob 56/08a).

Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass Gewinnspiele eine effektive Maßnahme der Hörerbindung darstellen, deren Attraktivität und Massenwirksamkeit gerade auch über die Höhe des zu gewinnenden Preises gesteuert wird. Die Kosten einer solchen Maßnahme müssen im Fall der Zurverfügungstellung von Preisen durch ein anderes Unternehmen nicht vom Rundfunkveranstalter selbst aufgebracht werden. Offensichtlicher ist dies im Fall der Zurverfügungstellung von Markenprodukten (etwa Autos oder Reisegutscheinen), deren Anschaffung sich ein Rundfunkunternehmen erspart. Es kann jedoch keinen Unterschied machen, ob dem ORF ein Markenprodukt von einem Unternehmen als Gewinnspielpreis zur Verfügung gestellt wird, dessen Anschaffung sich der ORF erspart, oder ob sich der ORF erspart, für das Preisgeld für die Durchführung eines Gewinnspieles selbst aufkommen zu müssen. In beiden Fällen liegen eine Ersparnis und damit ein wirtschaftlicher Vorteil des Rundfunkunternehmens vor.

Insgesamt war daher der aus der festgestellten Rechtsverletzung erzielte wirtschaftlichen Vorteile spruchgemäß festzusetzen und dieser Betrag 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. Im Lichte der im Verhältnis zu den sonstigen betrieblichen Kennzahlen des ORF gegebenen Größenordnung des Abschöpfungsbetrages scheint eine Frist von vier 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: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Die Entrichtung der Gebühr ist im Zeitpunkt der Einbringung der Eingabe durch einen von einer Post-Geschäftsstelle oder einem Kreditinstitut bestätigten Zahlungsbeleg in Urschrift nachzuweisen.

Wien, am 22. Oktober 2014

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

1. Österreichischer Rundfunk
2. Generaldirektor Dr. Alexander Wrabetz,
beide z.Hd. Dr. Klaus Kassai, LL.M., Würzburggasse 30, 1136 Wien, **per RSb**