



Bescheid

I. Spruch

1. Gemäß § 38b Abs. 1 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 61/2018 wird festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) dadurch, dass er am 01.12.2015 in seinem bundeslandweiten Hörfunkprogramm „Radio Tirol“

- 1.1. durch die Ausstrahlung von Sponsorhinweisen

- 1.1.1. während der von ca. 10:04:01 bis ca. 11:00:00 Uhr ausgestrahlten Sendung „Radio Tirol am Vormittag“

- a. um ca. 10:11:41 Uhr (Sanatorium Kettenbrücke),
- b. um ca. 10:15:05 Uhr (Sanatorium Kettenbrücke),

- 1.1.2. während der von ca. 11:04:13 bis ca. 12:00:00 Uhr ausgestrahlten Sendung „Radio Tirol am Vormittag“

- a. um ca. 11:11:43 Uhr (Sanatorium Kettenbrücke),
- b. um ca. 11:14:53 Uhr (Sanatorium Kettenbrücke),
- c. um ca. 11:46:51 Uhr (Industriellenvereinigung Tirol),

- 1.1.3. während der von ca. 15:04:08 bis ca. 16:00:00 Uhr ausgestrahlten Sendung „Radio Tirol am Nachmittag“

- a. um ca. 15:16:06 Uhr (Sanatorium Kettenbrücke),
- b. um ca. 15:19:35 Uhr (Sanatorium Kettenbrücke),
- c. um ca. 15:41:41 Uhr (Industriellenvereinigung Tirol),
- d. um ca. 15:45:01 Uhr (Industriellenvereinigung Tirol),

- 1.1.4. während der von ca. ca. 16:04:05 bis ca. 17:00 Uhr ausgestrahlten Sendung „Radio Tirol am Nachmittag“

- a. um ca. 16:08:21 Uhr (Sanatorium Kettenbrücke),
- b. um ca. 16:11:51 Uhr (Sanatorium Kettenbrücke)

jeweils die Bestimmung gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verletzt hat, wonach Sponsorhinweise während einer Sendung unzulässig sind, sowie

- 1.2. durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von ca. 6 Minuten und 57 Sekunden die Bestimmung gemäß § 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5

ORF-G verletzt hat, wonach in bundeslandweiten Programmen gesendete Werbung und Sponsorhinweise im Jahresdurchschnitt die tägliche Dauer von fünf Minuten nicht überschreiten dürfen, wobei Abweichungen von höchstens 20 vH pro Tag zulässig sind,

und dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von insgesamt **EUR 2.485,00,-** erlangt hat. Dieser wird gemäß § 38b Abs. 1 letzter Satz ORF-G für abgeschöpft erklärt.

2. Der Österreichische Rundfunk 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 1.850/19-045, zu überweisen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Bescheid vom 04.02.2016, KOA 1.850/16-005, stellte die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) fest, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) in seinem bundeslandweiten Hörfunkprogramm „Ö2 Radio Tirol“ am 01.12.2015 unter anderem durch Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während der laufenden Hörfunksendung die Bestimmung des § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G sowie durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von ca. 7 Minuten und 14 Sekunden die Bestimmung des § 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G verletzt hat.

Das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) gab der hiergegen erhobenen Beschwerde des ORF mit Erkenntnis vom 12.01.2018, W219 2123858-1/13E, insoweit statt, als sich dieses der Rechtsansicht anschloss, dass der Verkehrsservice des Radio Tirol der Allgemeinheit einen Dienst erweisen könne und damit als Sendung zugunsten sonstiger im öffentlichen Interesse liegender Zwecke im Sinne des § 17 Abs. 5 Satz 1 ORF-G zu qualifizieren sei. Infolge dessen wurde Spruchpunkt 1.D des angefochtenen Bescheides dahingehend abgeändert, dass jene Sponsorhinweise im Umfeld des Verkehrsservice, welche „nicht werblich gestaltet“ waren, nicht in die Werbezeit eingerechnet wurden. Im Ergebnis stellte das BVwG fest, dass der ORF durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von „ca. 6 Minuten und 57 Sekunden“ die Bestimmung des § 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G verletzt hat. Im Übrigen wies das BVwG die Beschwerde des ORF jedoch ab.

Mit Beschluss vom 19.12.2018, Ro 2018/03/0011, wies der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) die gegen das Erkenntnis des BVwG erhobene Revision des ORF zurück.

Im parallel geführten Verwaltungsstrafverfahren ist der VwGH mit Erkenntnis vom 29.01.2019, Ro 2018/03/0012 und 0013, ebenfalls von der Verwirklichung des oben dargestellten objektiven Tatbestandes durch den ORF ausgegangen und bestätigte insoweit das Straferkenntnis des BVwG vom 12.01.2018, W219 2141627-1/9E und W219 2176999-1/9E, mit dem über die Beschwerden gegen das Straferkenntnis der KommAustria vom 21.09.2016, KOA 1.850/16-036, entschieden worden ist. Der VwGH hat jedoch die Entscheidung im Hinblick auf die Strafbemessung und die Verfahrenskosten wegen Vorliegens eines fortgesetzten Deliktes an das BVwG zurückverwiesen. Dieses hat mit Straferkenntnis vom 26.04.2019, W219 2141627-1/21E und W219 2176999-1/22E, (2. Rechtsgang) neuerlich über die Beschwerden gegen das Straferkenntnis der KommAustria vom

21.09.2016, KOA 1.850/16-036, entschieden. Hiergegen wurde am 07.06.2019 eine außerordentliche Revision an den VwGH erhoben.

Mit Schreiben vom 29.03.2019 leitete die KommAustria ein Verfahren zur Abschöpfung der Bereicherung gemäß § 38b ORF-G ein und forderte den ORF auf, der KommAustria die Tarifbedingungen von Radio Tirol im Jahr 2015 darzulegen bzw. zu übermitteln, im konkreten Fall insbesondere die Durchschnittsrabatte für Sponsoring in Prozent, die durchschnittliche Agenturprovision für Sponsoring in Prozent sowie die Höhe des durchschnittlichen Skontos in Prozent.

Mit Schreiben vom 15.04.2019 legte der ORF gegenüber der KommAustria dar, dass im Landesstudio Tirol keine Rabatte für Sponsoring, Agenturprovisionen oder Skonti gewährt werden.

Die KommAustria bestellte daraufhin Dr. Roland Belfin zum Amtssachverständigen und beauftragte diesen mit der Berechnung der Höhe des aus der festgestellten Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen und aus der Überschreitung der höchstzulässigen Werbedauer erlangten wirtschaftlichen Vorteils.

Mit Schreiben vom 07.05.2019 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.

Seinem Gutachten legte der Amtssachverständige die Auswertungsergebnisse der KommAustria aus der Werbebeobachtung des Hörfunkprogramms Radio Tirol vom 01.12.2015 zugrunde, auf denen die im erstinstanzlichen Bescheid der KommAustria vom 04.02.2016, KOA 1.850/16-005, und die im Erkenntnis des BVwG vom 12.01.2018, W219 2123858-1/13E, festgestellten Rechtsverletzungen basierten. Zur Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils zog der Amtssachverständige daher elf während laufender Sendungen ausgestrahlte Sponsorhinweise sowie die vom BVwG festgestellte Überschreitung der in bundeslandweiten Hörfunkprogrammen zulässigen Werbedauer im Ausmaß von 57 Sekunden heran:

1. Sponsorhinweis um ca. 10:11:41 Uhr
2. Sponsorhinweis um ca. 10:15:05 Uhr
3. Sponsorhinweis um ca. 11:11:43 Uhr
4. Sponsorhinweis um ca. 11:14:53 Uhr
5. Sponsorhinweis um ca. 11:46:51 Uhr
6. Sponsorhinweis um ca. 15:16:06 Uhr
7. Sponsorhinweis um ca. 15:19:35 Uhr
8. Sponsorhinweis um ca. 15:41:41 Uhr
9. Sponsorhinweis um ca. 15:45:01 Uhr
10. Sponsorhinweis um ca. 16:08:21 Uhr
11. Sponsorhinweis um ca. 16:11:51 Uhr

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

1. Keine Doppelberechnung von überlappenden Zeiten:
Im gegebenen Mengengerüst besteht eine Überlappung, die sich daraus ergibt, dass die in den Entscheidungen der KommAustria und des BVwG aufgrund der Ausstrahlung während

laufender Sendungen beanstandeten Sponsorhinweise auch in die Berechnung der Tageswerbezeit eingeflossen sind. Damit die überlappenden Zeiten in der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils nicht doppelt berücksichtigt werden, bleiben bereits für die Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils berücksichtigte Zeiten der aufgrund der Ausstrahlung während laufender Sendungen beanstandeten Sponsorhinweise bei der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils aus der Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit unberücksichtigt. Somit wurde im Gutachten zunächst der aus der Sendung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen lukrierte wirtschaftliche Vorteil berechnet. Nachdem die Summe der Dauer aller beanstandeten Sponsorhinweise insgesamt 74 Sekunden beträgt, verbleibt nach dem Abzug von der festgestellten Überschreitung der täglich höchstzulässigen Werbedauer im Ausmaß von 57 Sekunden keine Zeitüberschreitung. Daher wurde im konkreten Fall nach der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils für die beanstandeten Sponsorhinweise kein wirtschaftlicher Vorteil mehr für die festgestellte Werbezeitenüberschreitung berechnet.

2. Berechnung von Näherungswerten für Sponsoring:

Die Tarifbandbreite für Sonderwerbformen im Hörfunkprogramm Radio Tirol findet sich in der „Tarifliste Radio Regionalwerbung und Sonderwerbformen der Landesstudios“ (Stand: November 2015) des ORF.

Tarifliste "kommerzielle Kommunikation" Landesstudio Tirol (ausgenommen Radiowerbung)

RADIO-LOKAL	EINHEIT	PREIS MINIMUM	PREIS MAXIMUM
Sponsoring "Sendung" werblich gestaltet	Schaltung	€ 350	€ 400
Sponsoring "Sendung"	Schaltung	€ 200	€ 350
Sponsoring "Wetter & Verkehr & Lawinenwarndienst"	Schaltung	€ 100	€ 150
Sponsoring "Veranstaltungskalender"	Schaltung	€ 100	€ 150
Produktplatzierung (Gewinnspiel)	Einbindung	€ 150	€ 250



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

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

Abweichend von den Rabatten (Staffel) können Rabatte innerhalb einer marktformen Bandbreite kundenindividuell, abhängig von folgenden Faktoren, angepasst werden: Kundenelatus, Distributionsgebiet, Buchungsbreite, Zielgruppenstruktur/größe, Buchungsperiode, Planungsgegnauigkeit, Bearbeitungsaufwand, Nachfragerzeitfaktor

Die Bandbreite für Sponsoring „Sendung“ liegt demnach zwischen EUR 200,- und EUR 350,-. Zu den Preisbandbreiten wird in dieser Quelle folgendes ausgeführt: „Die Preis-Bandbreiten sind bedingt durch die jeweilige Tageszeit und den Wochentag des Ausstrahlungszeitpunktes bzw. durch „Programm-Highlights“.

Für die Berechnung eines Näherungswertes für Sponsoring „Sendung“ wurde jeweils der Sekundentarif in diesem Zeitfenster für „klassische“ Werbung auf die im Tarifwerk angegebene Bandbreite für „Sponsoring Sendung“ linear extrapoliert. Dieser Berechnung liegt die Überlegung zugrunde, dass sich auch die Bandbreite für die „klassischen“ Werbetarife grundsätzlich an der Attraktivität des Ausstrahlungszeitpunktes orientiert und somit eine Näherungsrechnung möglich ist.

Die Tarife im Hörfunkprogramm Radio Tirol (Dezember 2015, Kategorie Mo-Fr), betragen (Angaben in Sekunden und €):

Werbezeit	Tarif in Sekunden und €
06.00-07.00	11,7
07.00-08.00	12,8
08.00-09.00	11,7
09.00-10.00	9,8
10.00-11.00	9,8
11.00-12.00	11,7
12.00-13.00	11,7
13.00-14.00	9,8
15.00-16.00	9,8
16.00-17.00	9,8
17.00-18.00	9,8

Quelle: ORF Enterprise, Tarife 2015 Radio, gültig ab 1.1.2015, S. 13

Der günstigste Tarif für „klassische“ Werbung liegt demnach bei EUR 9,8,-, der teuerste Tarif bei EUR 12,8,-. In den Zeitfenstern mit diesen Tarifen werden daher EUR 200,- bzw. EUR 350,- angesetzt. Die Extrapolation vom klassischen Tarif EUR 11,7,- ergibt EUR 295,- für das Sponsoring (Berechnung: $350 + (350-200) / (12,8-9,8) * (11,7-12,8)$).

3. Berücksichtigung von Durchschnittsrabatten, Skonto und Agenturprovision:
Für die gegenständliche Berechnung konnte bereits der Bruttowert („Summe Bruttotarife“) als wirtschaftlicher Vorteil herangezogen werden, da der ORF in seiner Stellungnahme vom 15.04.2019 ausgeführt hat, dass im Landesstudio Tirol für Sponsoring kein Rabatt, keine Agenturprovision und kein Skonto gewährt wird.

Im Ergebnis berechnete der Amtssachverständige einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von EUR 2.485,00,- für die beanstandeten 11 Sponsorhinweise:

Nr.	Datum	Beginn	Art	Nettodauer in s	Werbetarif pro s in €	Betrag berechnet in €
1	01.12.2015	10:11:41	Sponsorhinweis	5	9,8	200,00
2	01.12.2015	10:15:05	Sponsorhinweis	6	9,8	200,00
3	01.12.2015	11:11:43	Sponsorhinweis	6	11,7	295,00
4	01.12.2015	11:14:53	Sponsorhinweis	5	11,7	295,00
5	01.12.2015	11:46:51	Sponsorhinweis	11	11,7	295,00
6	01.12.2015	15:16:06	Sponsorhinweis	6	9,8	200,00
7	01.12.2015	15:19:35	Sponsorhinweis	5	9,8	200,00
8	01.12.2015	15:41:41	Sponsorhinweis	8	9,8	200,00
9	01.12.2015	15:45:01	Sponsorhinweis	10	9,8	200,00
10	01.12.2015	16:08:21	Sponsorhinweis	6	9,8	200,00
11	01.12.2015	16:11:51	Sponsorhinweis	6	9,8	200,00
12			Summe Bruttotarife	74		2.485,00

Mit Schreiben vom 08.05.2019 übermittelte die KommAustria das Gutachten dem ORF zur Stellungnahme binnen zwei Wochen. Der ORF teilte mit Schreiben vom 22.05.2019 mit, zu dem ihm übermittelten Gutachten des Amtssachverständigen keine Stellungnahme abzugeben.

2. Sachverhalt

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt fest:

2.1. Festgestellte Verletzungen von Werbebestimmungen

Mit Bescheid vom 04.02.2016, KOA 1.850/16-005, stellte die KommAustria unter anderem fest, dass der ORF am 01.12.2015 im bundeslandweiten Hörfunkprogramm Radio Tirol

1. durch die Ausstrahlung von Sponsorhinweisen
 - 1.1. während der von ca. 10:04:01 bis ca. 11:00:00 Uhr ausgestrahlten Sendung „Radio Tirol am Vormittag“
 - a. um ca. 10:11:41 Uhr (Sanatorium Kettenbrücke),
 - b. um ca. 10:15:05 Uhr (Sanatorium Kettenbrücke),
 - 1.2. während der von ca. 11:04:13 bis ca. 12:00:00 Uhr ausgestrahlten Sendung „Radio Tirol am Vormittag“
 - a. um ca. 11:11:43 Uhr (Sanatorium Kettenbrücke),
 - b. um ca. 11:14:53 Uhr (Sanatorium Kettenbrücke),
 - c. um ca. 11:46:51 Uhr (Industriellenvereinigung Tirol),
 - 1.3. während der von ca. 15:04:08 bis ca. 16:00:00 Uhr ausgestrahlten Sendung „Radio Tirol am Nachmittag“
 - a. um ca. 15:16:06 Uhr (Sanatorium Kettenbrücke),
 - b. um ca. 15:19:35 Uhr (Sanatorium Kettenbrücke),
 - c. um ca. 15:41:41 Uhr (Industriellenvereinigung Tirol),
 - d. um ca. 15:45:01 Uhr (Industriellenvereinigung Tirol),
 - 1.4. während der von ca. ca. 16:04:05 bis ca. 17:00 Uhr ausgestrahlten Sendung „Radio Tirol am Nachmittag“
 - a. um ca. 16:08:21 Uhr (Sanatorium Kettenbrücke),
 - b. um ca. 16:11:51 Uhr (Sanatorium Kettenbrücke),

jeweils die Bestimmung gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verletzt hat, wonach Sponsorhinweise während einer Sendung unzulässig sind, sowie

2. durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von ca. 7 Minuten und 14 Sekunden die Bestimmung gemäß § 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G verletzt hat, wonach in bundeslandweiten Programmen gesendete Werbung und Sponsorhinweise im Jahresdurchschnitt die tägliche Dauer von fünf Minuten nicht überschreiten dürfen, wobei Abweichungen von höchstens 20 vH pro Tag zulässig sind.

Mit Erkenntnis vom 12.01.2018, W219 2123858-1/13E, gab das BVwG der hiergegen erhobenen Beschwerde des ORF insoweit statt, als der Verkehrsservice des Radio Tirol als Sendung zugunsten sonstiger im öffentlichen Interesse liegender Zwecke qualifiziert und der angefochtene Bescheid der KommAustria dahingehend abgeändert wurde, dass jene Sponsorhinweise im Umfeld des Verkehrsservice, welche „nicht werblich gestaltet“ waren, nicht in die Werbezeit eingerechnet wurden. Im Ergebnis stellte das BVwG fest, dass der ORF durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von „ca. 6 Minuten und 57 Sekunden“ die Bestimmung des

§ 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G verletzt hat. Im Übrigen wies das BVwG die Beschwerde des ORF jedoch ab.

Die hiergegen erhobene Revision des ORF wurde vom VwGH mit Beschluss vom 19.12.2018, Ro 2018/03/0011, zurückgewiesen.

Im parallel geführten Verwaltungsstrafverfahren wurde derselbe oben dargestellte objektive Tatbestand zugrunde gelegt.

Es ist daher davon auszugehen, dass der ORF am 01.12.2015 in seinem bundeslandweiten Hörfunkprogramm „Radio Tirol“ insgesamt 11 Sponsorhinweise während laufender Sendungen ausgestrahlt und dadurch jeweils die Bestimmung gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verletzt hat, wonach Sponsorhinweise während einer Sendung unzulässig sind. Schließlich hat der ORF durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von ca. 6 Minuten und 57 Sekunden die höchstzulässige Werbedauer um 57 Sekunden überschritten und hierdurch die Bestimmung gemäß § 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G verletzt, wonach in bundeslandweiten Programmen gesendete Werbung und Sponsorhinweise im Jahresdurchschnitt die tägliche Dauer von fünf Minuten nicht überschreiten dürfen, wobei Abweichungen von höchstens 20vH pro Tag zulässig sind.

2.2. Zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils

Der aus den festgestellten Verstößen gegen die Werbebestimmungen des ORF-Gesetzes lukrierte wirtschaftliche Vorteil des ORF beträgt unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Überschreitung der in bundeslandweiten Hörfunkprogrammen höchstzulässigen Werbedauer pro Tag auch aus der Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen am jeweiligen Tag resultiert und daher im konkreten Fall kein zusätzlicher Vorteil aus der Werbezeitenüberschreitung entstanden ist, insgesamt EUR 2.485,00,-.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen hinsichtlich der Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen sowie hinsichtlich der Überschreitung der täglich höchstzulässigen Dauer von Werbung und Sponsorhinweisen im bundeslandweiten Hörfunkprogramm „Radio Tirol“ am 01.12.2015 beruhen auf dem Erkenntnis des BVwG vom 12.01.2018, W219 2123858-1/13E, welches sich im Wesentlichen auf die Feststellungen aus dem erstinstanzlichen Bescheid der KommAustria vom 04.02.2016, KOA 1.850/16-005, stützte, allerdings aufgrund der Qualifikation des Verkehrsservice von Radio Tirol als Sendung zugunsten sonstiger im öffentlichen Interesse liegender Zwecke und der daraus resultierenden Privilegierung eines (nicht werblich gestalteten) Sponsorhinweises eine geringere Überschreitung der höchstzulässigen täglichen Werbedauer feststellte.

Die Feststellungen zur Höhe des aus den festgestellten Verletzungen der Werbebestimmungen des ORF-G erlangten wirtschaftlichen Vorteils beruhen auf dem schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten des Amtssachverständigen vom 07.05.2019, der hierfür die Feststellungen zu den Werbeverstößen (insbesondere also zur Dauer der während laufender Sendungen ausgestrahlten Sponsorhinweise sowie zur Dauer der Überschreitungen der höchstzulässigen Werbezeit) im Erkenntnis des BVwG vom 12.01.2018, W219 2123858-1/13E, herangezogen hat.

Vor allem der methodische Ansatz des Amtssachverständigen, Mehrfachabschöpfungen für auch in die höchstzulässige Werbezeit einfließende, während laufender Sendungen ausgestrahlte

Sponsorhinweise zu vermeiden, wurde schlüssig und nachvollziehbar dargelegt. Gleichmaßen wurde die vom Amtssachverständigen anhand der Tarifbandbreite für Sonderwerbformen im Hörfunkprogramm Radio Tirol des Jahres 2015 durchgeführte Berechnung mittels Näherungswerten für Sponsoring und nicht zuletzt die hierbei angewandte Berechnungsformel, schlüssig und nachvollziehbar begründet. Dabei war auch in Betracht zu ziehen, dass sich der Amtssachverständige hierzu auf bereits früher rechtskräftig abgeschlossene Abschöpfungsverfahren bzw. diesen zugrundeliegende Berechnungen gestützt hat. Im Übrigen hat der ORF keine Einwendungen gegen das Gutachten vorgebracht.

Die Feststellung, dass bei Berechnung des konkreten wirtschaftlichen Vorteils Rabatte, Skonti und Agenturprovisionen nicht zu berücksichtigen waren, beruht auf der Mitteilung des ORF vom 15.04.2019, wonach im Landesstudio Tirol im Jahr 2015 Rabatte, Skonti und Agenturprovisionen nicht gewährt wurden.

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 Rundfunkgesetze*⁴, 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 § 38b Abs. 1 ORF-G selbst auch 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 Rundfunkgesetze*⁴, 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 Rundfunkgesetze*⁴, 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.

§ 1a ORF-G lautet auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 1a. Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet

[...]

5. „Sendung“

[...]

b) in Hörfunkprogrammen einen einzelnen, in sich geschlossenen und zeitlich begrenzten Bestandteil des Programms;

[...]

8. „Fernseh- oder Hörfunkwerbung (Werbung)“

a) jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern oder

b) jede Äußerung zur Unterstützung einer Sache oder Idee, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gesendet wird;

[...]

11. Sponsoring, wenn ein nicht im Bereich der Bereitstellung von audiovisuellen Mediendiensten, in der Produktion von audiovisuellen Werken oder von Hörfunkprogrammen oder -sendungen tätiges öffentliches oder privates Unternehmen einen Beitrag zur Finanzierung solcher Werke mit dem Ziel leistet, den Namen, die Marke, das Erscheinungsbild, die Tätigkeit oder die Leistungen des Unternehmens zu fördern.“

§ 14 ORF-G lautet auszugsweise:

„Fernseh- und Hörfunkwerbung, Werbezeiten

§ 14. (1) Werbung muss leicht als solche erkennbar und somit vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar sein. Sie ist durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig von anderen Programmteilen zu trennen.

[...]

(4) Eines der österreichweiten Programme des Hörfunks gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 hat von Werbung frei zu bleiben. In österreichweit verbreiteten Hörfunkprogrammen ist Werbung nur österreichweit zulässig. Hörfunkwerbung darf im Jahresdurchschnitt die tägliche Dauer von insgesamt 172 Minuten nicht überschreiten, wobei Abweichungen von höchstens 20 vH pro Tag zulässig sind. In einem Programm darf Werbung im Jahresdurchschnitt 8 vH der täglichen Sendezeit nicht überschreiten. Hörfunkwerbung, die in bundeslandweiten Programmen gesendet wird, ist nur einmal zu zählen und darf im Jahresdurchschnitt die tägliche Dauer von fünf Minuten nicht überschreiten, wobei Abweichungen von höchstens 20 vH pro Tag zulässig sind. Die Dauer von Werbung, die zeitgleich in mehr als einem bundeslandweiten Programm ausgestrahlt wird (Ringwerbung), ist jeweils in die fünfminütige Werbedauer des betreffenden bundeslandweiten Programms einzurechnen.

[...]“

§ 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. Das Verbot von Sponsorhinweisen während einer Sendung gilt nicht für die Einblendung von Hinweisen während der Übertragung von Veranstaltungen sowie während

deren Wiederholung oder zeitversetzter Ausstrahlung, sofern der Österreichische Rundfunk und seine Tochtergesellschaften keinen Einfluss auf die Platzierung der Hinweise haben und hierfür weder unmittelbar noch mittelbar ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung erhalten.

[...]

(5) Sofern es sich bei einer gesponserten Sendung nicht um eine solche zugunsten karitativer oder sonstiger im öffentlichen Interesse liegender Zwecke handelt, sind Sponsorhinweise – mit Ausnahme der in Abs. 1 Z 2 letzter Satz beschriebenen Hinweise – in die in § 14 geregelte Werbezeit einzurechnen. Die einzurechnende Dauer der Sponsorhinweise regionaler Sendungen im Fernsehen bestimmt sich nach dem Verhältnis des durch die regionale Sendung technisch erreichten Bevölkerungsanteils zur Gesamtbevölkerung Österreichs.“

Die KommAustria hat aufgrund der am 01.12.2015 durchgeführten Werbebeobachtung des bundeslandweiten Hörfunkprogramms Radio Tirol mit Bescheid vom 04.02.2016, KOA 1.850/16-005, unter anderem festgestellt, dass der ORF durch die Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während der von ca. 10:04:01 bis ca. 11:00:00 Uhr ausgestrahlten Sendung „Radio Tirol am Vormittag“ (um ca. 10:11:41 Uhr und um ca. 10:15:05 Uhr), während der von ca. 11:04:13 bis ca. 12:00:00 Uhr ausgestrahlten Sendung „Radio Tirol am Vormittag“ (um ca. 11:11:43 Uhr, um ca. 11:14:53 Uhr sowie um ca. 11:46:51 Uhr), während der von ca. 15:04:08 bis ca. 16:00:00 Uhr ausgestrahlten Sendung „Radio Tirol am Nachmittag“ (um ca. 15:16:06 Uhr, um ca. 15:19:35 Uhr, um ca. 15:41:41 Uhr und um ca. 15:45:01 Uhr) und während der von ca. 16:04:05 bis ca. 17:00 Uhr ausgestrahlten Sendung „Radio Tirol am Nachmittag“ (um ca. 16:08:21 Uhr und um ca. 16:11:51 Uhr), jeweils die Bestimmung gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G, sowie durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von ca. 7 Minuten und 14 Sekunden die Bestimmung gemäß § 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G verletzt hat.

Mit Erkenntnis vom 12.01.2018, W219 2123858-1/13E, gab das BVwG der hiergegen erhobenen Beschwerde des ORF insoweit statt, als der Verkehrsservice des Radio Tirol als Sendung zugunsten sonstiger im öffentlichen Interesse liegender Zwecke qualifiziert und der angefochtene Bescheid der KommAustria dahingehend abgeändert wurde, dass jene Sponsorhinweise im Umfeld des Verkehrsservice, welche „nicht werblich gestaltet“ waren, nicht in die Werbezeit eingerechnet wurden. Im Ergebnis stellte das BVwG fest, dass der ORF durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von „ca. 6 Minuten und 57 Sekunden“ die Bestimmung des § 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G verletzt hat. Im Übrigen wies das BVwG die Beschwerde des ORF jedoch ab.

Die hiergegen erhobene Revision des ORF wurde vom VwGH mit Beschluss vom 19.12.2018, Ro 2018/03/0011, zurückgewiesen. Die festgestellten Rechtsverletzungen sind damit in Rechtskraft erwachsen.

Dem parallel geführten Verwaltungsstrafverfahren wurde derselbe objektive Tatbestand zugrunde gelegt.

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 der rechtswidrigen Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen sowie im

Falle des Überschreitens der in bundeslandweiten Hörfunkprogrammen höchstzulässigen täglichen Werbezeit in der Sphäre des ORF ein wirtschaftlicher Vorteil eingetreten ist (vgl. dazu auch: *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, S. 374).

Somit hätte der ORF auf Grund der Bestimmungen gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G und § 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G weder die festgestellten Sponsorhinweise während laufender Sendungen ausstrahlen, noch die täglich höchstzulässige Werbezeit überschreiten dürfen. Hätte er sich rechtskonform verhalten, hätte er die daraus lukrierten Einnahmen nicht erzielen können. Der wirtschaftliche Vorteil liegt somit in den aus den unzulässiger Weise ausgestrahlten Spots und Hinweisen 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 des Amtssachverständigen vom 07.05.2019 (vgl. dazu oben Pkt. 1.) hat ergeben, dass der ORF aus den festgestellten Rechtsverletzungen einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von EUR 2.485,00,- erlangt hat. Dem Gutachten wurden unter anderem die Tarifliste „Radio Regionalwerbung und Sonderwerbformen der Landesstudios mit Stand November 2015“ zugrunde gelegt. Ferner beruht die Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils auf der Überlegung, dass Mehrfachabschöpfungen vermieden werden sollen und daher keine doppelte Berücksichtigung von Zeiten beanstandeter Sponsorhinweise bei der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils erfolgen soll, weil die Zeiten der aufgrund der Ausstrahlung während laufender Sendungen beanstandeten Sponsorhinweise auch in die Berechnung der Tageswerbezeit eingeflossen sind. Es wurde daher die Summe der Dauer der während laufender Sendungen ausgestrahlten elf Sponsorhinweise von insgesamt 74 Sekunden von der festgestellten Überschreitung der zulässigen Werbedauer von insgesamt 57 Sekunden abgezogen, sodass im Ergebnis keine Sekunden mehr zur Berechnung eines wirtschaftlichen Vorteils aus der Überschreitung der höchstzulässigen Werbedauer verblieben sind. Insoweit ist dem ORF im konkreten Fall aus der festgestellten Überschreitung der höchstzulässigen Werbedauer kein zusätzlicher wirtschaftlicher Vorteil entstanden, der abzuschöpfen wäre.

Im gegebenen Zusammenhang war auch zu berücksichtigen, dass bei Radio Tirol keine Rabatte, Skonti oder Agenturprovisionen vergeben wurden.

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 1.850/19-045“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtzahlung“ sind die Steuernummer/Abgabenkontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE – Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 17. Juli 2019

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)