



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 04.11.2015 in seinem bundeslandweiten Hörfunkprogramm „Radio Wien“ durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von ca. 6 Minuten und 22 Sekunden die Bestimmung des § 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 291,16,-** 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 1.850/19-062, zu überweisen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Bescheid vom 07.12.2015, KOA 1.850/15-015, stellte die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) fest, dass der ORF in seinem bundeslandweiten Hörfunkprogramm „Ö2 Radio Wien“ am 04.11.2015 unter anderem durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von ca. 6 Minuten und 22 Sekunden die Bestimmung des § 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G verletzt hat.

Das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) hat die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde des ORF mit Erkenntnis vom 13.03.2019, W249 2119625-1/10E, hinsichtlich der Überschreitung der höchstzulässigen Werbedauer als unbegründet abgewiesen und im Übrigen das Verfahren aufgrund der teilweisen Zurückziehung der Beschwerde durch den ORF eingestellt.

Das parallel geführte Verwaltungsstrafverfahren wurde mit Straferkenntnis der KommAustria vom 21.09.2016, KOA 1.850/16-037, abgeschlossen und ist in Rechtskraft erwachsen.

Mit Schreiben vom 05.06.2019 leitete die KommAustria ein Verfahren gemäß § 38b ORF-G zur Abschöpfung der aus der rechtskräftig festgestellten Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit erlangten Bereicherung ein. Darin wurde der ORF im Hinblick auf das Hörfunkprogramm „Radio Wien“ um Informationen zu den Durchschnittsrabatten für Werbung und Sponsoring, Agenturprovisionen sowie Skonti für das Jahr 2015 ersucht. Mit Schreiben vom 25.06.2019 übermittelte der ORF eine Stellungnahme mit den entsprechenden Informationen und erklärte ferner, dass für Hörfunkwerbung auf Radio Wien eine Agenturprovision in Höhe von 15% gewährt worden sei, hingegen keine für Sponsoring. Ferner sei kein Skonto für Hörfunkwerbung und Sponsoring gewährt worden.

Mit Schreiben vom 01.07.2019 bestellte die KommAustria Dr. Roland Belfin zum Amtssachverständigen und beauftragte diesen mit der Berechnung der Höhe des aus der festgestellten Überschreitung der höchstzulässigen Werbedauer im Umfang von 22 Sekunden erlangten wirtschaftlichen Vorteils.

Mit Schreiben vom 20.09.2019 übermittelte der Amtssachverständige ein Gutachten an die KommAustria, in dem er darlegte, welche Anteile der durch die festgestellte Rechtsverletzung 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 Wien vom 04.11.2015 zugrunde, auf denen die im erstinstanzlichen Bescheid der KommAustria vom 07.12.2015, KOA 1.850/15-015, unter anderem rechtskräftig festgestellte Überschreitung der höchstzulässigen Werbedauer im Ausmaß von 22 Sekunden basierte. Zur Methode der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils führte der Amtssachverständige zusammengefasst Folgendes aus:

1. Zur Anwendung gelangt die bereits im Bescheid der KommAustria vom 06.03.2014, KOA 3.500/14-010, angewandte Formel:

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

2. Listenpreis

Die Listenpreise für Hörfunkwerbung auf Radio Wien im Jahr 2015 resultieren aus den vom ORF veröffentlichten Tarifen mit Stand 24.11.2015:

| Werbezeit | November Mo-Fr |
|-------------|-------------------|
| 06.00-07.00 | 17,6 |
| 07.00-08.00 | 17,6 |
| 08.00-09.00 | 17,6 |
| 09.00-10.00 | 17,1 |
| 11.00-12.00 | |
| 12.00-13.00 | 15,3 |
| 15.00-16.00 | 15,3 |
| 16.00-17.00 | 15,3 |
| 17.00-18.00 | 15,3 |

Hieraus errechnete der Amtssachverständige ohne Mengengewichtung einen Durchschnitt von EUR 16,39,- für den gesamten betroffenen Tag (Mittwoch, 04.11.2015).

Ferner berücksichtigte der Amtssachverständige laut Tarifliste des ORF vom 24.11.2015 mögliche Zuschläge von 10 bis 30 Prozent (vgl. untenstehende Tabelle) für bestimmte Platzierungen und Kurzspots:

| Extras | Zuschläge |
|---|-----------|
| Single-Spot | 30% |
| Erstplatzierung | 25% |
| Best Position* | 30% |
| Letztplatzierung | 25% |
| Speed Ad** | 30% |
| Tandemspots*** | 10% |
| Kurzspot-Zuschlag Hitradio Ö3, radio FM4 5-19 Sekunden | 30% |
| Kurzspot-Zuschlag ORF-Regionalradios 5-9 Sekunden | 30% |

3. Rabatt

Hinsichtlich der Rabatte auf Radio Wien zog der Amtssachverständige die vom ORF mit Stellungnahme vom 25.06.2019 übermittelte Rabatttabelle heran, die eine progressive Rabattstaffelung beinhaltet.

| RABATTABELLE | |
|--------------------------|--------|
| Mengenrabatt Umsatz (ab) | RABATT |
| 6.000 | 2% |
| 20.000 | 4% |
| 50.000 | 5% |
| 125.000 | 6% |
| 300.000 | 7% |
| 700.000 | 8% |
| 1.500.000 | 9% |
| 3.000.000 | 10% |
| 5.000.000 | 12% |

Aus diesen Informationen ermittelte der Amtssachverständige einen Durchschnittswert von fünf Prozent, inklusive möglicher Zuschläge für Platzierungen und Kurzspots. Aus der Anwendung dieses Durchschnittsrabattes auf den Durchschnittstarif von EUR 16,39,- resultiert ein Durchschnittstarif von EUR 15,57,-.

4. Agenturrabatt

Im nächsten Schritt wandte der Amtssachverständige den vom ORF genannten Agenturrabatt von 15 Prozent an ($EUR\ 15,57 \cdot 0,15 = EUR\ 2,34$), woraus ein Durchschnittstarif pro Sekunde von EUR 13,23,- resultierte ($EUR\ 15,57 - EUR\ 2,34$). Ein Skonto fand keine Anwendung.

Umgelegt auf die festgestellte Sekundenüberschreitung von 22 Sekunden, ergibt sich hieraus ein Durchschnittserlös von EUR 291,16,-, welcher dem ORF als wirtschaftlicher Vorteil verblieben sei.

Mit Schreiben vom 30.09.2019 übermittelte die KommAustria das Gutachten des Amtssachverständigen zur Stellungnahme binnen zwei Wochen.

Mit Schreiben vom 11.10.2019 teilte der ORF der KommAustria mit, von einer Stellungnahme zum Gutachten abzusehen.

2. Sachverhalt

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Festgestellte Verletzungen von Werbebestimmungen

Mit Bescheid vom 07.12.2015, KOA 1.850/15-015, stellte die KommAustria unter anderem fest, dass der ORF in seinem bundeslandweiten Hörfunkprogramm „Radio Wien“ am 04.11.2015 durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von 6 Minuten und 22 Sekunden die Bestimmung des § 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 13.03.2019, W249 2119625-1/10E, hat das BVwG die hiergegen erhobene Beschwerde des ORF hinsichtlich der festgestellten Überschreitung der höchstzulässigen Werbedauer als unbegründet abgewiesen und hinsichtlich der weiteren Beschwerdepunkte das Verfahren aufgrund der teilweisen Zurückziehung der Beschwerde durch den ORF eingestellt.

Das parallel geführte Verwaltungsstrafverfahren wurde mit Straferkenntnis vom 21.09.2016, KOA 1.850/16-037, abgeschlossen und ist in Rechtskraft erwachsen. Diesem Straferkenntnis wurde derselbe – oben dargestellte – objektive Tatbestand zugrunde gelegt.

Der ORF hat daher am 04.11.2015 in seinem bundeslandweiten Hörfunkprogramm „Radio Wien“ durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von ca. 6 Minuten und 22 Sekunden die höchstzulässige Werbedauer um 22 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 20 vH pro Tag zulässig sind.

2.2. Zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils

Der aus dem festgestellten Verstoß gegen die Werbebestimmungen des ORF-Gesetzes lukrierte wirtschaftliche Vorteil des ORF beträgt insgesamt EUR 291,16,-.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellung hinsichtlich der Überschreitung der täglich höchstzulässigen Dauer von Werbung und Sponsorhinweisen im bundeslandweiten Hörfunkprogramm „Radio Wien“ am 04.11.2015 im Gesamtausmaß von 22 Sekunden beruht auf dem rechtskräftigen Bescheid der KommAustria vom

07.12.2015, KOA 1.850/15-015, welcher insoweit mit Erkenntnis des BVwG vom 13.03.2019, W249 2119625-1/10E, bestätigt worden ist.

Die Feststellungen zur Höhe des aus der festgestellten Verletzung der Werbebestimmungen des ORF-G erlangten wirtschaftlichen Vorteils beruhen auf dem schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten des Amtssachverständigen vom 20.09.2019, der hierfür die Feststellungen zu den Werbeverstößen (insbesondere zur Dauer der Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit) im Bescheid der KommAustria vom 07.12.2015, KOA 1.850/15-015, herangezogen hat. 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.

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 Rundfunkgesetz*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 Rundfunkgesetz*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 Rundfunkgesetz*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:

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 04.11.2015 durchgeführten Werbebeobachtung des bundeslandweiten Hörfunkprogramms Radio Wien mit Bescheid vom 07.12.2015, KOA 1.850/15-015, unter anderem rechtskräftig festgestellt, dass der ORF durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von ca. 6 Minuten und 22 Sekunden die Bestimmung gemäß § 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G verletzt hat.

Mit Erkenntnis vom 13.03.2019, W249 2119625-1/10E, hat das BVwG die hiergegen erhobene Beschwerde des ORF hinsichtlich der festgestellten Überschreitung der höchstzulässigen Werbedauer als unbegründet abgewiesen und hinsichtlich der weiteren Beschwerdepunkte das Verfahren aufgrund der teilweisen Zurückziehung der Beschwerde durch den ORF eingestellt.

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 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 § 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G die täglich höchstzulässige Werbezeit nicht 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/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz⁴, 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 20.09.2019 hat ergeben, dass der ORF aus der festgestellten Rechtsverletzung einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von EUR 291,16,- erlangt hat. Dem Gutachten wurden unter anderem die Tarifliste für Hörfunkwerbung auf Radio Wien mit Stand 24.11.2015 sowie die vom ORF in dessen Stellungnahme vom 25.06.2019 vorgelegte Rabatttabelle zugrunde gelegt. Zu berücksichtigen war zudem ein Agenturrabatt von 15% sowie der Umstand, dass kein Skonto vergeben wurde. Der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils wurde die im Rahmen des Rechtsverletzungsverfahrens der KommAustria festgestellte Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit im Ausmaß von 22 Sekunden zugrunde gelegt.

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: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 1.850/19-062“, 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 12. November 2019

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)