



Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus der Vorsitzenden-Stellvertreterin Dr. Susanne Lackner als Senatsvorsitzende und den weiteren Mitgliedern Dr. Martina Hohensinn und Dr. Katharina Urbanek, im Verfahren zur Abschöpfung der Bereicherung gemäß § 38b ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 108/2021, wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Gemäß § 38b Abs. 1 ORF-G wird festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) dadurch, dass er am 04.04.2017 im Zuge der von ca. 19:00 Uhr bis ca. 19:23 Uhr im Fernsehprogramm „ORF 2 Steiermark“ ausgestrahlten Sendung „Steiermark Heute“ Schleichwerbung zugunsten der Energie Steiermark AG gesendet hat, die Bestimmung gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-G, wonach Schleichwerbung und unter der Wahrnehmungsgrenze liegende kommerzielle Kommunikation in Programmen und Sendungen untersagt sind, verletzt und hierdurch einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von insgesamt **EUR 289,-** erlangt hat. Dieser wird gemäß § 38b Abs. 1 letzter Satz ORF-G für **abgeschöpft** erklärt.
2. Der ORF hat den Abschöpfungsbetrag gemäß Spruchpunkt 1. binnen zwei Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides auf das Konto der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, IBAN: AT932011129231280909, BIC: GIBAATWWXXX, Verwendungszweck: KOA 3.500/21-090, zu überweisen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

1.1. Feststellungs- und Verwaltungsstrafverfahren

Mit Bescheid vom 24.10.2017, KOA 12.042/17-007, stellte die KommAustria fest, dass der ORF die Bestimmung gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-G dadurch verletzt hat, dass der am 04.04.2017 im Fernsehprogramm „ORF 2 Steiermark“ im Rahmen der von ca. 19:00 Uhr bis ca. 19:23 Uhr ausgestrahlten Sendung „Steiermark Heute“ von Minute 12':33" bis 15':11" gesendete Beitrag „Zukunftsmacher Energie Steiermark“ Schleichwerbung zugunsten des Unternehmens Energie Steiermark AG enthalten hat.

Mit Erkenntnis vom 07.05.2019, W120 2179063-1/5E und W120 2179674-1/5E, hat das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) die gegen den Bescheid der KommAustria erhobene Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) vom 30.04.2021, Ra 2019/03/0087 und 0088, wurde die gegen das Erkenntnis des BVwG erhobene außerordentliche Revision zurückgewiesen.

Mit Straferkenntnis vom 14.06.2018, KOA 3.500/18-025, wurde über den für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften bestellten verantwortlichen Beauftragten des ORF eine Verwaltungsstrafe verhängt, weil der am 04.04.2017 im Fernsehprogramm „ORF 2 Steiermark“ im Rahmen der von ca. 19:00 Uhr bis ca. 19:23 Uhr ausgestrahlten Sendung „Steiermark Heute“ gesendete Beitrag „Zukunftsmacher Energie Steiermark“ Schleichwerbung zugunsten des Unternehmens Energie Steiermark AG enthalten hat. Auch dieses Verfahren wurde mit Beschluss des VwGH vom 30.04.2021, Ra 2019/03/0085 bis 0086, durch Zurückweisung der außerordentlichen Revision gegen das Erkenntnis des BVwG vom 07.05.2019, W120 2201910-1/7E und W120 2201907-1/7E, abgeschlossen.

1.2. Zum Abschöpfungsverfahren nach § 38b ORF-G

Mit Schreiben vom 04.08.2021 leitete die KommAustria ein Verfahren gemäß § 38b ORF-G zur Abschöpfung der aus der gegen § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verstoßenden rechtswidrigen Handlung erlangten Bereicherung ein und forderte den ORF gemäß § 38b Abs. 2 ORF-G zwecks Feststellung des abzuschöpfenden wirtschaftlichen Vorteils auf, binnen zwei Wochen

1. die aus der Ausstrahlung der Schleichwerbung erzielten Einnahmen oder geldwerten Unterstützungsleistungen unter gleichzeitiger Vorlage der zugrundeliegenden Vereinbarungen und Rechnungen offenzulegen, oder
2. für den Fall, dass solche nicht vorhanden seien, darzulegen, unter welchen Bedingungen und zu welchem Zeitpunkt dem ORF die Möglichkeit zur Nutzung des besagten Imagevideos von der Energie Steiermark AG eingeräumt worden sei, und
3. diesfalls darzulegen, welche Kosten der ORF für die Herstellung der inkriminierten Sequenzen über die „Urban Box“ selbst hätte aufwenden müssen, wäre ihm das Imagevideo nicht von der Energie Steiermark AG zur Verfügung gestellt worden.

Darüber hinaus wurde dem ORF die Gelegenheit zur Stellungnahme zur Einleitung des Abschöpfungsverfahrens gemäß § 38b ORF-G binnen zwei Wochen eingeräumt.

Mit Schreiben vom 18.08.2021 nahm der ORF die ihm eingeräumte Möglichkeit zur Stellungnahme wahr und erklärte, dass die Ausstrahlung des von der KommAustria als Schleichwerbung eingestuften Beitrags keine Einnahmen oder sonstige geldwerte Unterstützungen seitens der Energie Steiermark AG zur Folge gehabt habe. Der Redakteur habe das Material (Imagevideo), wie bereits im Verfahren vor dem BVwG angegeben worden sei, aus einem bereits vorhandenen Beitrag aus dem ORF Archiv genommen. Die Rechtlage und die Herkunft dieses Ausschnittes seien im vorliegenden Fall im Archiv nicht ausgewiesen oder sonst ersichtlich oder rekonstruierbar gewesen.

Da dem ORF das Imagevideo somit gerade nicht für die Herstellung des inkriminierten Beitrags zur Verfügung gestellt worden sei, sondern das Material aus dem ORF Archiv stammte, gehe die Frage nach den Alternativkosten in diesem konkreten Fall ins Leere und sei eine Abschöpfung mangels wirtschaftlichen Vorteils nicht vorzunehmen.

Sollte die Behörde diesem Vorbringen nicht folgen, gehe der ORF (nur) im Interesse der Verfahrensbeschleunigung davon aus, dass die Behörde das Ziel verfolge, die entsprechenden Filmsequenzen im Beitrag mit einem Durchschnittspreis pro Sekunde von „Stock Videos“ (z.B. Shutter Stock, etc.) zu errechnen.

In weiterer Folge bestellte die KommAustria mit Schreiben vom 27.08.2021 Dr. Roland Belfin von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) zum Amtssachverständigen und beauftragte diesen mit der Berechnung der Höhe des aus der festgestellten Werbeverletzung erlangten wirtschaftlichen Vorteils des ORF.

Am 30.09.2021 übermittelte der Amtssachverständige der KommAustria sein Gutachten. Seinen Berechnungen legte der Amtssachverständige die rechtskräftigen Feststellungen der KommAustria im erstinstanzlichen Rechtsverletzungsbescheid vom 24.10.2017, KOA 12.042/17-007, zugrunde, wonach in zwei Sequenzen des inkriminierten Beitrags auf Videomaterial aus einem vorhandenen Imagevideo zurückgegriffen worden sei. Demnach handle es sich um eine Sequenz zwischen Minute 14':15" und 14':23" sowie um eine Sequenz zwischen Minute 14':30" und 14':50".

Die Sequenzen, die laut Bescheid der KommAustria vom 24.10.2017, KOA 12.042/17-007 aus einem Imagevideo der Website der Energie Steiermark AG über das Produkt „Urban Box“ stammen würden, würden eine Gesamtlänge von ca. 01':44" Minuten aufweisen. Die Dauer der im ausgestrahlten Beitrag verwendeten Ausschnitte habe insgesamt neun Sekunden betragen und rund acht verschiedene Motive bzw. Kameraeinstellungen umfasst.

Ausgehend davon ermittelte der Amtssachverständige zunächst Vergleichswerte für die Übernahme von bereits vorliegendem Videomaterial für eine eigene Produktion, wobei diese am ehesten mit dem Zukauf von sogenannten „Stock Videos“ vergleichbar sei. Anschließend erläuterte der Amtssachverständige die Struktur von „Stock Videos“, die typischerweise den Zugriff auf Videoclips aus einem bestehenden Portfolio erlauben würden. Ein einzelner Videoclip von „Stock Video“-Anbietern widme sich üblicherweise einem bestimmten Thema (z.B. Landschaftsaufnahmen). Ein Clip könne aus einer oder mehreren Kameraeinstellungen oder verschiedenen Szenen bestehen. Je nach konkreter inhaltlicher Struktur eines „Stock Video“-Clips könne es notwendig sein, für ein daraus zu erstellendes Video in einer bestimmten Länge eine unterschiedliche Anzahl von Videoclips zu kaufen. Die Tarifierung derartiger Videos hänge vor allem von der Qualität (Auflösung), der Lizenz (z.B. kommerzielle oder unkommerzielle Nutzung) sowie von der Länge ab.

Darauf aufbauend stellte der Amtssachverständige einige Vergleichswerte von größeren und bekannteren Anbietern von „Stock Videos“ zum Zwecke der Herstellung einer Vergleichsbasis dar. Hierzu ermittelte er bei allen untersuchten Anbietern jeweils den niedrigsten Gesamtpreis ohne Abonnement für den Bezug von Videos, mit welchem Inhalte mit acht Einstellungen und einer Dauer von neun Sekunden produziert werden können. Bezüglich der Struktur der Videos setzte er als Annahme voraus, dass mit mindestens vier Videos acht Einstellungen umsetzbar seien.

Shutterstock (<https://www.shutterstock.com/de/video/>):

Bei Shutterstock könne man als geringste Menge fünf HD-Clips aus deren Portfolio zu einem Preis von EUR 269,- erhalten. Die meisten Videos würden eine Länge zwischen zehn und 30 Sekunden aufweisen.

Adobe Stock (<https://stock.adobe.com/at/plans>):

Bei Adobe Stock benötigt man für ein HD-Video acht „Credits“ mit einer Premium Lizenz. Die kleinste Einheit an „Credits“, die man kaufen könne, umfasse 40 Stück zu einem Preis von EUR 269,99. Mit 40 „Credits“ könne man fünf Videos erwerben. Die Länge der Videos betrage zwischen zehn und 30 Sekunden.

Gettyimages (<https://www.gettyimages.at/optionen-und-preise>):

Beim Anbieter Gettyimages koste ein Einzelvideo EUR 475,- ohne Mindestabnahmemenge. Die meisten Videos hätten eine Länge von zehn bis 30 Sekunden. Für acht Kameraeinstellungen würden unter der obigen Annahme vier Videos benötigt. Demnach würden die Gesamtkosten bei diesem Anbieter EUR 1.900,- betragen.

Alami (www.alamy.de/):

Beim Anbieter Alami könne man diverse Videos mit einer Lizenz „TV Programm“ zu einem Einzelpreis pro Video in Höhe von EUR 379,99 beziehen. Diese Videos seien typischerweise zehn Sekunden lang. Für vier Videos würden sich Kosten in Höhe von EUR 1.519,96 ergeben.

Depositphotos (<https://de.depositphotos.com/>):

Beim Anbieter Depositphotos koste das kleinste Paket mit fünf Videos EUR 289,-. Die Länge der Videos betrage typischerweise rund zehn bis 30 Sekunden.

Mit den erhobenen Tarifen und Videolängen ermittelte der Amtssachverständige schließlich eine Bandbreite der Kosten:

Mit einem Budget von EUR 269,- bzw. EUR 269,99 könne bei zwei Anbietern (Shutterstock und Adobe Stock) jedenfalls mit den verfahrensgegenständlichen Sequenzen vergleichbares Videomaterial im Umfang von ca. neun Sekunden und acht Einstellungen erworben werden. Eine ähnliche Größenordnung von EUR 289,- bestehe beim Anbieter Depositphotos. Bei den Anbietern Alami und Gettyimages resultiere aus jeweils vier Einzelvideos eine Summe von EUR 1.519,96 bzw. EUR 1.900,-.

Die Kosten für Filmmaterial aus „Stock Videos“ würden sich im angestellten Vergleich daher in einer Bandbreite von EUR 269,- bis EUR 1.900,- bewegen. Mit einem Budget von EUR 289,- könne die erforderliche Auswahl von Videos bereits bei drei Anbietern (Shutterstock, Adobe Stock und Depositphotos) erfolgen. Somit bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit, entsprechendes Material in einem dieser Angebote zu finden. Im Ergebnis seien somit aus gutachterlicher Sicht die Kosten für das dem ORF zur Verfügung gestellte Videomaterial, mit einer Dauer von neun Sekunden und acht Motiven bzw. Einstellungen, mit rund EUR 289,- zu schätzen.

Mit Schreiben vom 04.10.2021 übermittelte die KommAustria dem ORF das Gutachten des Amtssachverständigen zur Stellungnahme binnen zwei Wochen. Der ORF nahm zum Gutachten des Amtssachverständigen nicht Stellung. Es langte auch sonst keine weitere Stellungnahme des ORF ein.

2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt fest:

2.1. Festgestellte Verletzung von Werbebestimmungen

Mit Bescheid vom 24.10.2017, KOA 12.042/17-007, stellte die KommAustria fest, dass der ORF die Bestimmung des § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-G dadurch verletzt hat, dass der am 04.04.2017 im Fernsehprogramm „ORF 2 Steiermark“ im Rahmen der von ca. 19:00 Uhr bis ca. 19:23 Uhr ausgestrahlten Sendung „Steiermark Heute“ von Minute 12':33“ bis 15':11“ gesendete Beitrag „Zukunftsmacher Energie Steiermark“ Schleichwerbung zugunsten des Unternehmens Energie Steiermark AG enthalten hat.

In diesem Beitrag wurde ein aus Holz-Modulen bestehendes Bürohaus namens „Urban Box“ als Innovationsprodukt der Energie Steiermark AG präsentiert, in dem verschiedene Kleinfirmen, Start-Ups oder Einzel-Unternehmer zusammenarbeiten können. Dargestellt wurde etwa auch, dass die Module innerhalb eines Tages aufgebaut und in zwei Wochen bezogen werden können. Die die festgestellte Schleichwerbung enthaltenden Sequenzen des Beitrags über die „Urban Box“ enthielten Aufnahmen dieses Bürohauses aus verschiedenen Blickwinkeln (acht Einstellungen) im Ausmaß von ca. neun Sekunden, die einem Imagefilm bzw. Werbespot glichen.

Die KommAustria stellte in ihrem Bescheid zudem fest, dass sich die als Schleichwerbung qualifizierten Ausschnitte des Beitrags über die „Urban Box“ mit Sequenzen aus einem im Zeitraum von 25.03.2017 bis 09.07.2017 auf der Website der Energie Steiermark AG bereitgestellten Imagevideo zur „Urban Box“ deckten.

Das BVwG hat mit Erkenntnis vom 07.05.2019, W120 2179063-1/5E und W120 2179674-1/5E, die gegen den Bescheid der KommAustria erhobene Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Der VwGH hat mit Beschluss vom 30.04.2021, Ra 2019/03/0087 und 0088, die gegen das Erkenntnis des BVwG erhobene außerordentliche Revision zurückgewiesen.

Mit Straferkenntnis vom 14.06.2018, KOA 3.500/18-025, wurde über den für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften bestellten verantwortlichen Beauftragten des ORF eine Verwaltungsstrafe verhängt, weil der am 04.04.2017 im Fernsehprogramm „ORF 2 Steiermark“ im Rahmen der von ca. 19:00 Uhr bis ca. 19:23 Uhr ausgestrahlten Sendung „Steiermark Heute“ gesendete Beitrag „Zukunftsmacher Energie Steiermark“ Schleichwerbung zugunsten des Unternehmens Energie Steiermark AG enthalten hat. Auch dieses Verfahren wurde mit Beschluss des VwGH vom 30.04.2021, Ra 2019/03/0085 bis 0086, durch die Zurückweisung der außerordentlichen Revision gegen das Erkenntnis des BVwG vom 07.05.2019, W120 2201910-1/7E und W120 2201907-1/7E, abgeschlossen.

Die Verwirklichung des Tatbestandes der Schleichwerbung im Rahmen der oben genannten Sendung wurde damit rechtskräftig festgestellt.

2.2. Zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils

Für die Gestaltung des am 04.04.2017 in der von ca. 19:00 Uhr bis ca. 19:23 Uhr ausgestrahlten Sendung „Steiermark Heute“ gesendeten Beitrags „Zukunftsmacher Energie Steiermark“ wurde

Filmmaterial aus dem ORF Archiv verwendet, das sich mit Filmsequenzen eines unternehmenseigenen Image- bzw. Werbefilms der Energie Steiermark AG über die „Urban Box“ deckte.

Der ORF vermochte weder die genaue Herkunft der für den inkriminierten Beitrag verwendeten Ausschnitte noch die Rechtlage darzulegen, da diese seiner Auskunft zufolge im ORF Archiv nicht ausgewiesen oder rekonstruierbar wären. Es kann somit nicht festgestellt werden, wann und unter welchen rechtlichen Bedingungen dem ORF das Imagevideo über die „Urban Box“ von der Energie Steiermark AG ursprünglich zur Verfügung gestellt worden ist. Es handelt sich dabei jedenfalls um von der Energie Steiermark AG bereitgestelltes und nicht vom ORF eigenproduziertes Filmmaterial.

Der inkriminierte Beitrag enthielt eine Sequenz in der Zeit von Minute 14':15“ und 14':23“ sowie eine Sequenz in der Zeit von Minute 14':30“ bis 14':50“ bei denen auf Videomaterial aus dem bereits vorhandenen Imagevideo zurückgegriffen worden ist, wobei diese Sequenzen acht verschiedene Einstellungen bzw. Motive beinhalteten. Die Dauer der aus vorhandenem Videomaterial verwendeten Einstellungen bzw. Motive hat im ausgestrahlten Beitrag ca. neun Sekunden betragen.

Die Übernahme von bereits vorliegendem Videomaterial für eine eigene Produktion ist mit dem Zukauf von Videomaterial von sogenannten „Stock Videos“ vergleichbar. Bei „Stock Videos“ kann aus einem bestehenden Portfolio auf Videos zurückgegriffen werden, wobei deren Tarifierung von der Qualität (Auflösung), der Lizenz (z.B. kommerzielle oder unkommerzielle Nutzung) sowie von der Länge abhängig ist. Für den Zukauf von inhaltlich mit den inkriminierten Ausschnitten vergleichbarem Videomaterial – mit acht Kameraeinstellungen und einer Dauer von neun Sekunden – sind in der Regel mindestens vier Videos erforderlich. „Stock Videos“ werden von unterschiedlichsten Anbietern online bereitgestellt.

Shutterstock (<https://www.shutterstock.com/de/video/>):

Bei Shutterstock erhält man als geringste Menge fünf HD-Clips aus deren Portfolio zu einem Preis von EUR 269,-. Die meisten Videos haben eine Länge zwischen zehn und 30 Sekunden.

Adobe Stock (<https://stock.adobe.com/at/plans/>):

Bei Adobe Stock benötigt man für ein HD Video acht „Credits“ mit einer Premium Lizenz. Die kleinste Einheit an „Credits“, die zu kaufen ist, umfasst 40 Stück zu einem Preis von EUR 269,99. Mit den 40 „Credits“ kann man fünf Videos kaufen. Die Länge der Videos beträgt zwischen zehn und 30 Sekunden.

Gettyimages (<https://www.gettyimages.at/options-und-preise/>):

Beim Anbieter Gettyimages kostet ein Einzelvideo EUR 475,- ohne Mindestabnahmemenge. Die meisten Videos weisen eine Dauer von zehn bis 30 Sekunden auf. Für acht Kameraeinstellungen werden unter der obigen Annahme vier Videos benötigt. Demnach betragen die Gesamtkosten bei diesem Anbieter EUR 1.900,-.

Alami (www.alamy.de/):

Beim Anbieter Alami kann man diverse Videos mit einer Lizenz „TV Programm“ zu einem Einzelpreis pro Video in Höhe von EUR 379,99 beziehen. Diese Videos sind typischerweise rund zehn Sekunden lang. Für vier Videos ergeben sich Kosten in Höhe von EUR 1.519,96.

Depositphotos (<https://de.depositphotos.com/>):

Beim Anbieter Depositphotos kostet das kleinste Paket mit fünf Videos EUR 289,-. Die Länge der Videos beträgt typischerweise rund zehn bis 30 Sekunden.

Die Kosten für vergleichbares Filmmaterial aus „Stock Videos“ bewegen sich im angestellten Vergleich in einer Bandbreite von EUR 269,- bis EUR 1.900,-. Mit einem Budget von EUR 269,- bzw. EUR 269,99 kann bei zwei Anbietern (Shutterstock und Adobe Stock) jedenfalls mit den verfahrensgegenständlichen Sequenzen vergleichbares Videomaterial im Umfang von neun Sekunden und acht Einstellungen erworben werden. Eine ähnliche Größenordnung von EUR 289,- besteht beim Anbieter Depositphotos. Bei den Anbietern Alami und Gettyimages sind hingegen für vier Einzelvideos zwischen EUR 1.519,96 und EUR 1.900,- zu bezahlen.

Im Ergebnis kann daher mit einem Budget von EUR 289,- die erforderliche Auswahl von Videos bereits bei drei Anbietern (Shutterstock, Adobe Stock und Depositphotos) erfolgen. Es besteht somit eine hohe Wahrscheinlichkeit, entsprechendes Material in einem dieser Angebote zu finden, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass sich die Kosten für das dem ORF zur Verfügung gestellte Videomaterial, mit einer Dauer von neun Sekunden und acht Einstellungen, auf rund EUR 289,- belaufen. Diese Kosten hat sich der ORF aufgrund der Zurverfügungstellung von Filmmaterial seitens des Unternehmens Energie Steiermark AG erspart.

Der aus dem festgestellten Verstoß gegen das Schleichwerbeverbot lukrierte wirtschaftliche Vorteil des ORF beträgt somit EUR 289,-.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellung, dass der ORF in der am 04.04.2017 im Fernsehprogramm „ORF 2 Steiermark“ von ca. 19:00 Uhr bis ca. 19:23 Uhr ausgestrahlten Sendung „Steiermark heute“ durch Ausstrahlung eines Beitrags über ein aus Holz-Modulen bestehendes Bürohaus namens „Urban Box“, in dem dieses in der Dauer von ca. neun Sekunden mit acht verschiedenen Einstellungen bzw. Motiven als Innovationsprodukt der Energie Steiermark AG präsentiert wurde, Schleichwerbung zugunsten der Energie Steiermark AG ausgestrahlt und dadurch die Bestimmung des § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verletzt hat, beruht auf dem mit Erkenntnis des BVwG vom 07.05.2019, W120 2179063-1/5E und W120 2179674-1/5E, und mit Beschluss des VwGH vom 30.04.2021, Ra 2019/03/0087 und 0088, rechtskräftig abgeschlossenen Rechtsverletzungsverfahren. Diese Feststellung wurde überdies im parallel geführten und ebenfalls rechtskräftig abgeschlossenen Verwaltungsstrafverfahren bestätigt.

Die Feststellung, dass sich die als Schleichwerbung eingestuftten Ausschnitte des Beitrags über die „Urban Box“ mit Sequenzen aus einem im Zeitraum von 25.03.2017 bis 09.07.2017 auf der Website der Energie Steiermark AG bereitgestellten Imagevideos über die „Urban Box“ deckten, beruht ebenfalls auf dem mit Erkenntnis des BVwG vom 07.05.2019, W120 2179063-1/5E und W120

2179674-1/5E, und mit Beschluss des VwGH vom 30.04.2021, Ra 2019/03/0087 und 0088, rechtskräftig abgeschlossenen Rechtsverletzungsverfahren.

Die Feststellung, dass der zuständige Redakteur des ORF zur Gestaltung des inkriminierten Beitrags auf Aufnahmen aus dem ORF Archiv zurückgegriffen hat, beruht auf dem glaubwürdigen Vorbringen des ORF in seiner im gegenständlichen Abschöpfungsverfahren eingebrachten Stellungnahme vom 18.08.2021, die sich insofern mit den entsprechenden Aussagen des verantwortlichen Redakteurs als Zeugen im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG im vorangegangenen Verwaltungsstrafverfahren decken.

Nicht festgestellt werden konnte hingegen, wann und unter welchen rechtlichen Bedingungen dem ORF das Imagevideo über die „Urban Box“ von der Energie Steiermark AG ursprünglich zur Verfügung gestellt worden ist, da der ORF in seiner im gegenständlichen Abschöpfungsverfahren eingebrachten Stellungnahme erklärte, dass mangels Hinweise im ORF Archiv weder die genaue Herkunft noch die Rechtelage der für den inkriminierten Beitrag verwendeten Einstellungen bzw. Motive rekonstruiert werden können.

Die Feststellung, dass die Übernahme von bereits vorliegendem Filmmaterial für eine eigene Produktion am ehesten mit dem Zukauf von Videomaterial von sogenannten „Stock Videos“ vergleichbar ist, beruht auf den nachvollziehbaren und schlüssigen Ausführungen des Amtssachverständigen in dessen Gutachten vom 30.09.2021.

Ebenso beruht die Feststellung, dass für den Zukauf von inhaltlich mit den inkriminierten Ausschnitten vergleichbarem Videomaterial in der Dauer von neun Sekunden und mit acht verschiedenen Einstellungen bzw. Motiven rund EUR 289,- aufgewendet werden müssen, auf dem nachvollziehbaren und schlüssigen Gutachten des Amtssachverständigen vom 30.09.2021:

Ausgehend von der Annahme, dass für vergleichbares Filmmaterial mit einer Dauer von neun Sekunden und acht verschiedenen Einstellungen bzw. Motiven zumindest vier Videoclips benötigt werden, ermittelte der Amtssachverständige die niedrigsten Gesamtpreise bzw. Tarife für online und ohne Abonnement angebotene Videos von großen bzw. bekannten Anbietern sogenannter „Stock Videos“. Er legte anhand typischer Angebote nachvollziehbar dar, dass die erforderliche Menge an Video-Clips mit einem Budget in der Bandbreite von EUR 269,- bis EUR 1.900,- gekauft werden kann. Da das benötigte Videomaterial bereits mit einem Budget von EUR 289,- bei drei der fünf betrachteten Angebote bezogen werden kann, kam der Amtssachverständige zu dem nachvollziehbaren Ergebnis, dass dieser Betrag jedenfalls die dem ORF entstandene Kostenersparnis (den wirtschaftlichen Vorteil) widerspiegelt. Dies und die der Berechnung des Amtssachverständigen zugrundeliegende Methode wurde vom ORF im Übrigen nicht bestritten.

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:

„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 auf die Ergebnisse eines Rechtsaufsichtsverfahrens nach §§ 35 ff ORF-G stützen, wobei dieser Konnex schon dem Wortlaut nach nicht zwingend vorausgesetzt wird (arg.: „Stellt die Regulierungsbehörde fest ...“ anstelle von „Hat die Regulierungsbehörde in einem Verfahren gemäß § 37 festgestellt...“). Gleichmaßen kann die eine „Feststellung“ einer gegen die §§ 13 bis 17 ORF-G verstoßenden rechtswidrigen Handlung bedingende Abschöpfung auch auf die Ergebnisse eines Verwaltungsstrafverfahrens gestützt werden (vgl. *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, 373f).

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 durch einen Vergleich der tatsächlichen wirtschaftlichen Situation des ORF, mit der Situation, die eingetreten wäre, wenn der ORF rechtskonform gehandelt hätte, zu ermitteln. 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 ist dies unzweifelhaft zu bejahen (vgl. *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, 374).

Drittens ist die Abschöpfung mit der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils begrenzt. Dies bedeutet, dass die Regulierungsbehörde anhand des dargestellten objektiven Maßstabs zu ermitteln hat, wie hoch der im Vergleich zum gesetzeskonformen Verhalten durch den Verstoß bewirkte Vorteil auf Seiten des ORF ist. Der Gesetzeswortlaut bietet dabei keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Frage nach hypothetischen rechtskonformen Handlungsweisen zu stellen wäre. Maßgeblich ist vielmehr, ob die konkret anhand ihrer wesentlichen Tatbestandselemente beschriebene rechtswidrige Handlung einen wirtschaftlichen Vorteil bewirkt hat. Der wirtschaftliche Vorteil umfasst jede in der Sphäre des ORF eingetretene „Bereicherung“ (vgl. zu letzterem VwGH 22.11.2017, Ro 2017/03/0011, m.w.V.; *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, 374ff).

4.2. Feststellung einer Rechtsverletzung

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 Z 7 ORF-G lautet:

„Begriffsbestimmungen

§ 1a. *Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet [...]*

7. „Schleichwerbung“ die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen, wenn sie vom Österreichischen Rundfunk oder einer seiner Tochtergesellschaften absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zweckes dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt;“

§ 13 Abs. 1 ORF-G lautet:

„Inhaltliche Anforderungen und Beschränkungen

§ 13. *(1) Kommerzielle Kommunikation muss als solche leicht erkennbar sein. Schleichwerbung und unter der Wahrnehmungsgrenze liegende kommerzielle Kommunikation in Programmen und Sendungen sind untersagt.“*

Mit Bescheid vom 24.10.2017, KOA 12.042/17-007, stellte die KommAustria unter anderem fest, dass der ORF durch Ausstrahlung eines Beitrags über ein aus Holz-Modulen bestehendes Bürohaus namens „Urban Box“, in dem dieses in der Dauer von ca. neun Sekunden mit acht verschiedenen Einstellungen bzw. Motiven als Innovationsprodukt der Energie Steiermark AG präsentiert wurde, Schleichwerbung zugunsten der Energie Steiermark AG ausgestrahlt und dadurch die Bestimmung gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verletzt hat. Mit Erkenntnis des BVwG vom 07.05.2019, W120 2179063-1/5E und W120 2179674-1/5E, wurde die dagegen erhobene Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Mit Beschluss des VwGH vom 30.04.2021, Ra 2019/03/0087 und 0088, wurde die gegen das Erkenntnis des BVwG erhobene außerordentliche Revision als unzulässig zurückgewiesen.

Auch in dem parallel geführten Verwaltungsstrafverfahren gegenüber dem für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften bestellten verantwortlichen Beauftragten des ORF wurde mit Erkenntnis des BVwG vom 07.05.2019, W120 2201910-1/7E und W120 2201907-1/7E, rechtskräftig festgestellt, dass durch den inkriminierten Beitrag Schleichwerbung zugunsten der Energie Steiermark AG ausgestrahlt und dadurch die Bestimmung gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verletzt worden ist. Mit Beschluss des VwGH vom 30.04.2021, Ra 2019/03/0085 bis 0086, wurde die außerordentliche Revision gegen das Erkenntnis des BVwG zurückgewiesen.

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.

In Zusammenhang mit der diesem Verfahren zugrundeliegenden rechtswidrigen Handlung (Verstoß gegen das Verbot der Schleichwerbung) ergeben sich bei der Prüfung, inwieweit auf Seiten des ORF ein vermögenswerter Vorteil eingetreten ist, regelmäßig Beweisschwierigkeiten, da auf Ebene eines Rechtsverletzungs- oder Verwaltungsstrafverfahrens die „Entgeltlichkeit“ einer (Schleich-)Werbung lediglich an Hand eines objektiven Maßstabs zu beurteilen ist. Demnach kommt es nach ständiger Rechtsprechung des VwGH nur darauf an, ob für die Ausstrahlung des jeweils konkret zu beurteilenden Hinweises nach dem üblichen Verkehrsgebrauch ein Entgelt oder eine Gegenleistung zu leisten wäre (vgl. VwGH 30.06.2011, 2011/03/0140; VwGH 18.09.2013, 2011/03/0156; ebenso: EuGH 09.06.2011, *Alter Channel*, C-52/10, Rz 34, zu den unionsrechtlichen Vorgaben für § 14 Abs. 2 ORF-G, BGBl. I Nr. 83/2001, nunmehr § 1a Z 7 ORF-G).

Der ORF bestreitet, dass für die Ausstrahlung des von der KommAustria als Schleichwerbung eingestuften Beitrags seitens der Energie Steiermark AG ein Entgelt oder eine sonstige geldwerte Unterstützung an den ORF geleistet worden sei. Da der zuständige Redakteur das Filmmaterial aus einem bereits vorhandenen Beitrag aus dem ORF Archiv genommen habe, dessen Herkunft und Rechtlage im Archiv nicht ausgewiesen oder sonst rekonstruierbar wären, sei das besagte Imagevideo gerade nicht für die Herstellung des inkriminierten Beitrags zur Verfügung gestellt worden. Daher gehe im vorliegenden Fall die Frage nach den Alternativkosten ins Leere und sei eine Abschöpfung mangels wirtschaftlichen Vorteiles nicht vorzunehmen.

Wie der ORF jedoch in seiner Stellungnahme implizit bestätigt (arg. Imagevideo), stammt das für den inkriminierten Beitrag verwendete Filmmaterial von einem Imagevideo der Energie Steiermark AG. Dass dieses dem ORF offenbar schon zu einem früheren, vor der Produktion des am 04.04.2017 ausgestrahlten Beitrags „Zukunftsmacher Energie Steiermark“ liegenden, Zeitpunkt zur Verfügung gestellt worden war, ergibt sich zweifelsfrei aus dem Umstand, dass es im ORF Archiv bereits Archivmaterial mit Szenen des Imagevideos zur „Urban Box“ gegeben hat, auf welches der Redakteur zugreifen konnte. Der ORF hat im Übrigen auch nie behauptet, die entsprechenden Filmsequenzen über die „Urban Box“ selbst produziert zu haben.

Nur weil die Zurverfügungstellung des Imagevideos allenfalls schon in Zusammenhang mit einer früheren bzw. anderen Sendung des ORF erfolgt ist, bedeutet dies nicht, dass dem ORF daraus keine Kostenersparnis bzw. kein wirtschaftlicher Vorteil entstanden ist. Auch die Gestaltung des inkriminierten Beitrags konnte aufgrund vorhandenen Videomaterials ohne eigene Aufwendungen, die der ORF für selbst produzierte Filmaufnahmen aufbringen hätte müssen, erfolgen. Es ist somit unzweifelhaft, dass dem ORF ein wirtschaftlicher Vorteil erwachsen ist, der sich daraus ergibt, dass er sich jene Kosten erspart hat, die er anderenfalls für die Dreharbeiten vor Ort und den Filmschnitt aufwenden hätte müssen, um die entsprechenden Szenen im Umfang von ca. neun Sekunden mit acht Einstellungen bzw. Motiven zu produzieren.

Dem zur Nutzung überlassenen Videomaterial ist daher ein wirtschaftlicher Wert zuzurechnen, der als wirtschaftlicher Vorteil (Kostenersparnis) aus der rechtswidrigen Handlung iSd § 38b ORF-G abzuschöpfen ist.

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. Die Regelung des § 38b Abs. 2 ORF-G eröffnet der

Regulierungsbehörde die Möglichkeit, alle relevanten Informationen einzuholen, um den Abschöpfungsbetrag feststellen zu können. Für den Fall, dass die Regulierungsbehörde den abzuschöpfenden Betrag aus Informationen, Auskünften, Aufzeichnungen oder Büchern nicht ermitteln oder berechnen kann, sieht § 38b Abs. 2 Satz 2 und 3 ORF-G vor, dass eine Schätzung des wirtschaftlichen Vorteils unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu erfolgen hat (siehe *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, 374f).

Diese Voraussetzungen liegen hier vor, da der ORF keine schriftliche Vereinbarung mit der Energie Steiermark AG vorgelegt hat und lediglich vorbrachte, dass die im Beitrag verwendeten Ausschnitte aus dem ORF Archiv stammten und weder deren Herkunft noch deren Rechtelage ausgewiesen oder rekonstruierbar seien.

Wie bereits unter Punkt 4.3. ausgeführt, kann den Ausführungen des ORF nicht gefolgt werden, dass ihm deshalb kein wirtschaftlicher Vorteil entstanden sei, weil das im Beitrag verwendete Filmmaterial aus dem ORF Archiv stammte, zumal unzweifelhaft feststeht, dass das Imagevideo der Energie Steiermark AG dem ORF zur Verfügung gestellt worden ist; im vorliegenden Fall aber offenbar zu einem früheren Zeitpunkt. Der VwGH hat vor einem vergleichbaren Hintergrund (Schleichwerbung) festgehalten, dass der Begriff des erlangten wirtschaftlichen Vorteils nach § 38b ORF-G *„jede in der Sphäre des ORF eingetretene Bereicherung umfasst und unter wirtschaftlichem Vorteil jede wirtschaftlich positive Wirkung zu verstehen sei, namentlich die Erzielung eines geldlichen Gewinnes, aber auch sonstige den Geschäftszielen dienliche positive Effekte“* (VwGH 22.11.2017, Ro 2017/03/0011).

Es war daher anhand eines mit der Übernahme von bereits vorliegenden Videomaterial für eine eigene Produktion am ehesten vergleichbaren Zukaufs von Filmmaterial von „Stock Videos“ zu ermitteln, welcher Preis der durch Überlassung vorhandenen Filmmaterials der Energie Steiermark AG mit einer Länge von ca. neun Sekunden und acht Einstellungen bzw. Motiven eingetretenen Kostenersparnis entspricht.

Hierzu kann auf Tarife von Anbietern sogenannter „Stock Videos“ zurückgegriffen werden. „Stock Videos“ können online aus einem bestehenden Portfolio für eine eigene Produktion gekauft werden. Die Tarife sind dabei von der Qualität (Auflösung), der Lizenz (z.B. kommerzielle oder unkommerzielle Nutzung) sowie von der Länge abhängig.

Für den Zukauf von inhaltlich mit den inkriminierten Ausschnitten vergleichbarem Videomaterial – mit acht Kameraeinstellungen und einer Dauer von ca. neun Sekunden – sind in der Regel mindestens vier Videos erforderlich. „Stock Videos“ werden von unterschiedlichsten Anbietern online bereitgestellt.

Die Kosten für vergleichbares Filmmaterial aus „Stock Videos“ bewegen sich im angestellten Vergleich der bekanntesten und größten Anbieter Shutterstock, Adobe Stock, Gettyimages, Alami und Depositphotos in einer Bandbreite von EUR 269,- bis EUR 1.900,-. Mit einem Budget von EUR 269,- bzw. EUR 269,99 kann bei zwei Anbietern (Shutterstock und Adobe Stock) jedenfalls mit den verfahrensgegenständlichen Sequenzen vergleichbares Videomaterial im Umfang von neun Sekunden und acht Einstellungen erworben werden. Eine ähnliche Größenordnung von EUR 289,- besteht beim Anbieter Depositphotos. Bei den Anbietern Alami und Gettyimages sind hingegen für vier Einzelvideos zwischen EUR 1.519,96 und EUR 1.900,- zu bezahlen.

Im Ergebnis kann daher mit einem Budget von EUR 289,- die erforderliche Auswahl von Videos bereits bei drei Anbietern (Shutterstock, Adobe Stock und Depositphotos) erfolgen. Somit ergibt sich ein Preis in Höhe von EUR 289,-, der der Höhe der durch Überlassung vorhandenen Filmmaterials der Energie Steiermark AG in der Länge von ca. neun Sekunden eingetretenen Kostenersparnis entspricht.

Der dem ORF aus der rechtswidrigen Handlung zugeflossene wirtschaftliche Vorteil, den er bei rechtskonformem Verhalten nicht erlangt hätte, beträgt daher EUR 289,-. Dieser Betrag ist der Abschöpfung zu Grunde zu legen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 3.500/21-090“, 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 22. Dezember 2021

Kommunikationsbehörde Austria
Die Senatsvorsitzende

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)