



KOA 1.850/23-002

Bescheid

I. Spruch

1. Gemäß § 38b Abs. 1 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 126/2022, wird festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk im Jahr 2016 im Hörfunkprogramm „Radio Burgenland“ durch Überschreitung der in § 14 Abs. 4 Satz 5 ORF-G festgelegten Werbezeitgrenze, wonach Hörfunkwerbung in bundeslandweiten Programmen im Jahresdurchschnitt die tägliche Dauer von fünf Minuten nicht überschreiten darf, wobei Abweichungen von höchstens 20 vH pro Tag zulässig sind, gegen die Bestimmungen gemäß § 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G verstoßen und dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von insgesamt **EUR 591,28,-** erlangt hat. Dieser Betrag 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 1.850/23-002, zu überweisen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Bescheid vom 28.07.2016, KOA 1.850/16-044, stellte die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) fest, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) in seinem bundeslandweiten Hörfunkprogramm „Ö2 Radio Burgenland“ am 10.05.2016 unter anderem durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von ca. 8 Minuten und 4 Sekunden die Bestimmung des § 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G verletzt hat.

Mit Erkenntnis vom 21.12.2018, W219 2135500-1/10E, hat das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) über die Beschwerde gegen den Bescheid der KommAustria entschieden. Der Spruch wurde hinsichtlich der Spruchpunkte 1.e und 2. abgeändert. Der ORF hat gegen das Erkenntnis des BVwG außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof (VwGH) erhoben.

Mit Erkenntnis vom 16.04.2021, Ra 2019/03/0016-7, hat der VwGH das angefochtene Erkenntnis des BVwG in dem Umfang, als damit über die Spruchpunkte 1.e und 2. des Bescheides der

KommAustria vom 28.07.2016 abgesprochen wurde, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben. Im Übrigen wurde die Revision als unbegründet abgewiesen.

In Folge des Erkenntnisses des VwGH hat das BVwG mit Erkenntnis vom 08.09.2021, W194 2135500-1/22E, der Beschwerde des ORF insoweit stattgegeben, als sich dieses der Rechtsansicht angeschlossen hat, dass das ORF-G selbst nicht vorsehe, dass „schwarze Sekunden“ im Hörfunk in die Werbezeit einzurechnen seien. Dadurch wurden die Spruchpunkte 1.e und 2. des angefochtenen Bescheides abgeändert. Im Ergebnis stellte daher das BVwG fest, dass der ORF durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von „ca. sieben Minuten und 28 Sekunden“ die Bestimmung des § 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G verletzt hat. Das Verfahren ist nunmehr rechtskräftig abgeschlossen.

Auch im parallel geführten Verwaltungsstrafverfahren ist das BVwG mit Erkenntnis vom 21.12.2018, W120 2197139-1/4E, von der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes ausgegangen und hat der Beschwerde lediglich im Hinblick auf das Strafausmaß stattgegeben.

Mit Schreiben vom 14.10.2022 leitete die KommAustria ein Verfahren zur Abschöpfung der Bereicherung gemäß § 38b ORF-G wegen Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit im bundeslandweiten Hörfunkprogramm „Ö2 Radio Burgenland“ am 10.05.2016 ein und forderte den ORF auf binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Schreibens Informationen hinsichtlich der Tarifbedingungen von Radio Burgenland im Jahr 2016 zu übermitteln.

Der ORF nahm mit Schreiben vom 24.10.2022 Stellung und übermittelte die angeforderten Informationen hinsichtlich der Tarifbedingungen.

Am 02.11.2022 wurde Dr. Roland Belfin von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) zum Amtssachverständigen bestellt und mit der Berechnung der Höhe des aus der festgestellten Werbezeitenüberschreitung erlangten wirtschaftlichen Vorteils des ORF beauftragt.

Am 28.11.2022 legte der Amtssachverständige ein Gutachten der KommAustria vor, welches dem ORF mit Schreiben vom 29.11.2022 zur Stellungnahme binnen zwei Wochen übermittelt wurde.

Es langte keine Stellungnahme des ORF ein.

2. Sachverhalt

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Festgestellte Verletzung von Werbebestimmungen (24h-Werbebeobachtung)

Im Rahmen des Rechtsverletzungsverfahrens wurde gemäß den §§ 35 ff ORF-G rechtskräftig festgestellt, dass der ORF am 10.05.2016 im regionalen Hörfunkprogramm Radio Burgenland durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von ca. sieben Minuten und 28 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 darf, wobei

Abweichungen von höchstens 20 vH pro Tag zulässig sind (BVwG vom 08.09.2021, W194 2135500-1/22E).

Auch im parallel geführten Verwaltungsstrafverfahren ist von der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes ausgegangen worden (BVwG vom 21.12.2018, W120 2197139-1/4E).

2.2. Zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils

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

Ausgangspunkt für die Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils waren die Tarife für kommerzielle Kommunikation des ORF im Jahr 2016. Die der Berechnung zugrunde gelegte Gesamtwerbezeit beläuft sich auf 446 Sekunden (Erkenntnis des BVwG vom 08.09.2021, W194 2135500-1/22E)). Abzüglich der Dauer der Sponsorhinweise von 31 Sekunden, in welcher ein Sponsoringtarif zur Anwendung kam, verbleiben 415 Sekunden. Davon wurden 139 Sekunden in der Zeit von 7:00 bis 8:00 Uhr ausgestrahlt. Aus diesen Angaben hat der Amtssachverständige einen Durchschnittstarif für den Tag errechnet.

In der Berechnung wurden schließlich ein Rabatt (Annahme anhand der Rabattstaffel des ORF) in der Höhe von 5 % und eine Agenturprovision (Mittlerrabatt) in der Höhe von 15 % anhand der Angaben im Schreiben vom 24.10.2022 berücksichtigt.

Im Ergebnis berechnete der Amtssachverständige einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von EUR 591,28,- für den festgestellten Werbeverstoß.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen hinsichtlich der Verletzung von Werbebestimmungen am 10.05.2016 im regionalen Hörfunkprogramm Radio Burgenland beruhen auf den Akten der KommAustria sowie dem Erkenntnis des BVwG vom 08.09.2021, W194 2135500-1/22E.

Die Feststellungen zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils beruhen auf dem schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten des Amtssachverständigen vom 28.11.2022, welches vom ORF auch nicht bestritten wurde.

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. Gleichmaßen kann die eine „Feststellung“ einer gegen die §§ 13 bis 17 ORF-G verstoßenden rechtswidrigen Handlung bedingende Abschöpfung auch auf die Ergebnisse eines Verwaltungsstrafverfahrens gestützt werden (vgl. *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, S. 373f).

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

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

4.2. Feststellung von Rechtsverletzungen

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

Hinsichtlich des Vorliegens einer rechtswidrigen Handlung des ORF stützt sich die KommAustria im gegenständlichen Fall auf die Ergebnisse des Rechtsaufsichtsverfahrens nach den §§ 35 ff ORF-G iVm § 14 Abs. 4 Satz 5 und § 17 Abs. 5 ORF-G (siehe auch Punkt 2.1. des Sachverhalts).

Die festgestellte Verletzung von Werbebestimmungen am 10.05.2016 im regionalen Hörfunkprogramm Radio Burgenland wird daher vollumfänglich dem gegenständlichen Abschöpfungsverfahren zugrunde gelegt.

4.3. Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils

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

Vor dem Hintergrund des bisher Gesagten hat die KommAustria keinen Zweifel daran, dass durch das Überschreiten der höchstzulässigen Werbezeit in der Sphäre des ORF ein wirtschaftlicher Vorteil eingetreten ist (vgl. dazu wiederum VwGH 22.11.2017, Ro 2017/03/001):

Im vorliegenden Fall hätte der ORF auf Grund der Bestimmung des § 14 Abs. 4 Satz 5 ORF-G die täglich höchstzulässige Werbezeit nicht überschreiten dürfen. Durch das Überschreiten der Werbezeitgrenze hat der ORF unzulässigerweise zusätzliche Einnahmen und somit einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt. Bei rechtskonformen Verhalten wäre diese positive Vermögensveränderung nicht eingetreten.

4.4. Zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils

Die Abschöpfung ist mit der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils begrenzt. Die konkrete Höhe des erzielten wirtschaftlichen Vorteils ist anhand eines Vergleichs der wesentlichen Tatbestandselemente der festgestellten rechtswidrigen Handlung (objektiver Maßstab) mit dem gesetzeskonformen Verhalten zu ermitteln. Anhaltspunkte dafür, dass hierbei auch „hypothetische rechtskonforme Handlungsweisen“ – etwa, dass ein verbotener Sponsorhinweis oder ein die zulässigen Werbezeiten überschreitender Werbespot an anderer Stelle im Programm rechtskonform hätten ausgestrahlt werden können – zu berücksichtigen wären, bietet der Gesetzeswortlaut des § 38b Abs. 1 ORF-G nicht. Dies führte überdies zu dem paradoxen Ergebnis, dass wesentliche Tatbestandsmerkmale festgestellter Rechtsverletzungen ausgeblendet würden und auf diese Weise aus rechtswidrigen Verhaltensweisen lukrierte wirtschaftliche Vorteile beim ORF verbleiben würden (vgl. hierzu: KommAustria 21.10.2014, KOA 3.500/14-045; *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, S. 374).

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

Das Gutachten vom 28.11.2022 (vgl. dazu oben Pkt. 2.2) hat ergeben, dass der ORF aus der festgestellten Rechtsverletzung einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von EUR 591,28,- erlangt hat.

Dem Gutachten wurden unter anderem die Tariflisten für kommerzielle Kommunikation des ORF im Jahr 2016 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. 58/2018, im Spruch zugleich auch eine angemessene Frist zur Ausführung der Leistung oder Herstellung zu bestimmen.

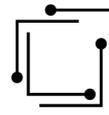
Im Verfahren haben sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der ORF nicht zeitnah nach Rechtskraft der Entscheidung zu der erforderlichen Überweisung in der Lage wäre. Insbesondere besteht im Lichte der im Verhältnis zu den sonstigen betrieblichen Kennzahlen des ORF vernachlässigbaren Größenordnung 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 Österreich (IBAN: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 1.850/23-002“, 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.



KommAustria
Kommunikationsbehörde Austria

Wien, am 02. August 2023

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)