



Bescheid

I. Spruch

1. Gemäß § 38b Abs. 1 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 116/2023, wird festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) dadurch, dass er am 18.11.2016 im Zuge des von ca. 22:41:58 bis ca. 22:54:10 Uhr im Fernsehprogramm ORF eins ausgestrahlten Sendungsteils „Die große Chance der Chöre – Die Entscheidung“ im Zuge der Präsentation der CD „Die große Chance der Chöre – Das Weihnachtsalbum“ Produktplatzierung ausgestrahlt und unmittelbar zum Kauf dieser Ware aufgefordert, gegen die Bestimmungen gemäß §16 Abs. 5 Z 2 ORF-verstoßen und dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von insgesamt **EUR 5.498,79,-** erlangt hat. Dieser Betrag 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 3.500/24-020, zu überweisen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Bescheid vom 29.05.2017, KOA 3.500/17-023, stellte die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) fest, dass der ORF am 18.11.2016 im Zuge des von ca. 22:41:58 bis ca. 22:54:10 Uhr im Fernsehprogramm ORF eins ausgestrahlten Sendungsteils „Die große Chance der Chöre – Die Entscheidung“ im Zuge der Präsentation der CD „Die große Chance der Chöre – Das Weihnachtsalbum“ die Bestimmung des § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G verletzt hat, wonach Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Waren oder Dienstleistungen auffordern dürfen, insbesondere nicht durch spezielle verkaufsfördernde Hinweise auf diese Waren oder Dienstleistungen.

Mit Erkenntnis vom 21.12.2021, W271 2165012-1/14E, hat das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) die Beschwerde gegen den o.g. Bescheid der KommAustria als unbegründet abgewiesen und die Unzulässigkeit der ordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof (VwGH) ausgesprochen.

Mit Schreiben vom 05.12.2022 leitete die KommAustria ein Verfahren zur Abschöpfung der Bereicherung gemäß § 38b ORF-G ein und forderte den ORF auf, die Tarifbedingungen von ORF eins im Jahr 2016 zu den Tarifen für Werbung und Produktplatzierung sowie die Verträge mit der Sony

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Mariahilfer Straße 77–79
1060 WIEN, ÖSTERREICH
www.rtr.at

E: rtr@rtr.at
T: +43 1 58058-0
F: +43 1 58058-9191

Music Entertainment Austria GmbH hinsichtlich der Produktion und Vermarktung der CD „Die große Chance der Chöre – Das Weihnachtsalbum“ vorzulegen.

Mit Schreiben vom 23.12.2022 nahm der ORF Stellung und führte im Wesentlichen aus, dass er für den inkriminierten Sachverhalt, insbesondere die Nennung der CD in der Sendung, keinerlei Entgelt (nach Tarif oder sonst) erhalten habe. Zur in den Verträgen mit der Sony Music Entertainment Austria GmbH genannten Erlösbeteiligung an CD-Verkäufen legt der ORF hinsichtlich des inkriminierten Sachverhalts offen, dass im Jahr 2016 5.018 Stück (physisch und digital) in den Handel gegeben worden seien und der diesbezügliche Erlös beim ORF bei EUR 5.642,61 netto betragen habe. Dabei nicht berücksichtigt seien die CD-Retouren (physisch) im Wert von EUR 143,82 (396 Stück), diese seien erst 2017 retour gekommen. Wenn man diese Retouren berücksichtige, liege der Erlös bei EUR 5.498,79. Aus der Sicht des ORF setze dieser Betrag den äußersten Rahmen eines konkreten wirtschaftlichen Vorteils, wobei klarerweise dieser Absatz nicht allein oder vorwiegend auf die inkriminierten Äußerungen zurückzuführen sei. Dem Schreiben wurden auch die Tarifbedingungen von ORF eins im Jahr 2016 sowie der Kooperationsvertrag der ORF-Enterprise GmbH & Co KG und der ORF Marketing & Creation GmbH & Co KG mit der Sony Music Entertainment Austria GmbH vom 01.12.2014 beigelegt.

2. Sachverhalt

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Festgestellte Verletzungen von Werbebestimmungen

Im Rahmen des Rechtsverletzungsverfahrens wurde gemäß den §§ 35 ff ORF-G rechtskräftig festgestellt, dass der ORF am 18.11.2016 im Zuge des von ca. 22:41:58 bis ca. 22:54:10 Uhr im Fernsehprogramm ORF eins ausgestrahlten Sendungsteils „Die große Chance der Chöre – Die Entscheidung“ im Zuge der Präsentation der CD „Die große Chance der Chöre – Das Weihnachtsalbum“ die Bestimmung des § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G verletzt hat, wonach Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Waren oder Dienstleistungen auffordern dürfen, insbesondere nicht durch spezielle verkaufsfördernde Hinweise auf diese Waren oder Dienstleistungen (BVwG vom 21.12.2021, W271 2165012-1/14E).

2.2. Zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils

Der ORF hat für die unzulässige Produktplatzierung (Nennung der CD in der Sendung am 18.11.2016 unter Hinzufügung von speziellen verkaufsfördernden Hinweisen) kein gesondertes Entgelt erhalten. Vielmehr wurde im Rahmen der Kooperationsvereinbarung der ORF-Enterprise GmbH & Co KG und der ORF Marketing & Creation GmbH & Co KG mit der Sony Music Entertainment Austria GmbH vom 01.12.2014 festgelegt, dass der ORF unter anderem auch für die Vermarktung der CD zuständig war:

Punkt 3.2. „Leistungen von ORF-E und OMC“ der Kooperationsvereinbarung der ORF-Enterprise GmbH & Co KG und der ORF Marketing & Creation GmbH & Co KG mit der Sony Music Entertainment Austria GmbH vom 01.12.2014 lautet wie folgt:

„ORF-E wird die Vermarktung der PRODUKTIONEN durch Bewerbung und Promotion nach Verfügbarkeit auf zielgruppenadäquaten Sendern des ORF in Absprache mit SONY betrieben. Die

PARTEIEN sind sich darüber einig, dass diese Maßnahmen einen entscheidenden Beitrag zu einer erfolgreichen Auswertung der PRODUKTIONEN leisten. [...]"

Dafür war der ORF im Gegenzug auch an den Erlösen der CD-Verkäufe beteiligt (vgl. dazu Punkt 4. der o.g. Kooperationsvereinbarung „4. Beteiligungen ORF-E erhält für jeden vertragsgegenständlichen und abzurechnenden Ton- oder Bildtonträger der an den Handel verkauft und nicht retourniert wurde, folgendes Absatzhonorar:“).

Der aus dem festgestellten Verstoß gegen die Werbebestimmungen des ORF-Gesetzes lukrierte wirtschaftliche Vorteil des ORF besteht also darin, dass der ORF an den Verkäufen der CD „Die große Chance der Chöre – das Weihnachtsalbum“ erlösbeteiligt war.

Der ORF hat diesbezüglich offengelegt, dass im Jahr 2016 5.018 Stück (physisch und digital) in den Handel gegeben wurden und der diesbezügliche Erlös beim ORF bei 5.642,61 netto lag. Dabei nicht berücksichtigt sind die CD-Retouren (physisch) im Wert von EUR 143,82 (396 Stück), diese kamen erst im Jahr 2017 retour.

Die Erlösbeteiligung des ORF abzüglich der Retouren betrug somit EUR 5.498,79.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen hinsichtlich der Verletzung von Werbebestimmungen am 18.11.2016 im Fernsehprogramm ORF eins ausgestrahlten Sendungsteils „Die große Chance der Chöre – Die Entscheidung“ beruhen auf den Akten der KommAustria sowie dem Erkenntnis des BVwG vom 21.12.2021, W271 2165012-1/14E.

Die Feststellungen zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils beruhen auf den schlüssigen und nachvollziehbaren Angaben des ORF in seinem Schreiben vom 23.12.2022 sowie der vorgelegten Kooperationsvereinbarung der ORF-Enterprise GmbH & Co KG und der ORF Marketing & Creation GmbH & Co KG mit der Sony Music Entertainment Austria GmbH vom 01.12.2014.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Rechtliche Grundlagen

§ 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/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, 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/Trainer/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 §16 Abs. 5 Z 2 ORF-G (siehe auch Punkt 2.1. des Sachverhalts).

Die festgestellte Verletzung von Werbebestimmungen am 18.11.2016 im Fernsehprogramm ORF eins 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 die unzulässige Produktplatzierung in der Sphäre des ORF ein wirtschaftlicher Vorteil eingetreten ist (vgl. dazu wiederum VwGH 22.11.2017, Ro 2017/03/001): Im vorliegenden Fall hat der ORF am 18.11.2016 von ca. 22:41:58 bis ca. 22:54:10 Uhr im Fernsehprogramm ORF eins den Sendungsteil „Die große Chance der Chöre – Die Entscheidung“ ausgestrahlt, der Produktplatzierungen enthielt. Während dieses Sendungsteils wurde im Zuge der Präsentation der CD „Die große Chance der Chöre – Das Weihnachtsalbum“ unmittelbar zum Kauf dieser Ware aufgefordert. Dadurch hat der ORF gegen das gesetzliche Verbot des § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G verstoßen, wonach Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Waren oder Dienstleistungen auffordern dürfen. Zwar hat der ORF für die Produktplatzierung selbst kein Entgelt erhalten, doch war er aufgrund der Kooperationsvereinbarung vom 01.12.2014 mit der Sony Music Entertainment Austria GmbH unter anderem auch für die Vermarktung der CD zuständig. Im Gegenzug war er an den Verkaufserlösen beteiligt und hat dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt.

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 (vgl. *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, S. 374f).

Im vorliegenden Fall hat der ORF im Rahmen seiner Stellungnahme vom 23.12.2022 ausgeführt, dass er für den inkriminierten Sachverhalt, insbesondere die Nennung der CD in der Sendung, keinerlei Entgelt (nach Tarif oder sonst) erhalten habe. Zur in den Verträgen mit der Sony Music Entertainment Austria GmbH genannten Erlösbeteiligung an CD-Verkäufen hat der ORF hinsichtlich des inkriminierten Sachverhalts offengelegt, dass im Jahr 2016 5.018 Stück (physisch und digital) in den Handel gegeben wurden und der diesbezügliche Erlös beim ORF bei 5.642,61 netto lag. Dabei nicht berücksichtigt sind die CD-Retouren (physisch) im Wert von EUR 143,82 (396 Stück), diese kamen erst im Jahr 2017 retour.

Die Erlösbeteiligung des ORF abzüglich der Retouren betrug somit EUR 5.498,79.

Der in der Sphäre des ORF aus der rechtswidrigen Handlung eingetretene wirtschaftliche Vorteil, beträgt daher nach Ansicht der KommAustria EUR 5.498,79,-. Dieser Betrag wird der Abschöpfung zu Grunde gelegt.

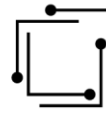
Der Betrag fließt dem Bund zu und ist zu diesem Zweck auf das Konto der Rundfunk und Telekom Regulierung-GmbH zu überweisen (Spruchpunkt 2.). Die bescheidmäßig angeordnete Abschöpfung verpflichtet den ORF daher zu einer Leistung bzw. zur Herstellung eines bestimmten Zustandes. In diesen Fällen ist nach § 59 Abs. 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 88/2023, 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 3.500/24-020“, 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 09. April 2024

Kommunikationsbehörde Austria

Wählen Sie ein Element aus.

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)