



Bescheid

I. Spruch

1. Gemäß § 38b Abs. 1 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 10/2021, wird festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) dadurch, dass er am 11.02.2017 im Zuge der von ca. 15:57:39 Uhr bis ca. 16:19:54 Uhr im Fernsehprogramm ORF III ausgestrahlten Sendung „Besser Reisen: Inselurlaub in Dalmatien“ durch Schleichwerbung zugunsten des „BRETANIDE Sport & Wellness Resorts“ 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 559,05,-** 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: GIBAAWWXXX, Verwendungszweck: KOA 3.500/21-006, zu überweisen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Straferkenntnis vom 27.03.2018, KOA 3.500/18-011, stellte die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) gegenüber dem für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften bestellten verantwortlichen Beauftragten des ORF gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-G fest, dieser habe zu verantworten, dass die am 11.02.2017 im Fernsehprogramm ORF III von ca. 15:57:39 Uhr bis ca. 16:19:54 Uhr ausgestrahlte Sendung „Besser Reisen: Inselurlaub in Dalmatien“ Schleichwerbung zugunsten des „BRETANIDE Sport & Wellness Resorts“ (im Folgenden: Bretanide Resort) enthalten habe.

Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG) vom 17.12.2018, W120 2194303-1/10E und W120 2194403-1/9E, wurden die gegen das Straferkenntnis der KommAustria erhobenen Beschwerden, soweit sich diese gegen den Schuldspruch gerichtet haben, als unbegründet abgewiesen. Soweit sich die Beschwerden gegen den Ausspruch über die Strafe, die Verfahrenskosten und die Haftung wendeten, wurde das erstinstanzliche Erkenntnis abgeändert. Das Erkenntnis des BVwG wurde in weiterer Folge nicht mehr bekämpft. Die Verwirklichung des Tatbestandes der Schleichwerbung im Rahmen der oben genannten Sendung wurde damit rechtskräftig festgestellt.

Mit Schreiben vom 05.06.2019 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 hinsichtlich der Feststellung des abzuschöpfenden wirtschaftlichen Vorteils auf, binnen zwei Wochen die der Gestaltung der inkriminierten Sendung zugrundeliegenden Verträge des ORF mit dem Bretagne Resort vorzulegen und Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom selben Tag 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 Werbeverletzung erlangten wirtschaftlichen Vorteils des ORF beauftragt.

Mit Schreiben vom 25.06.2019 äußerte sich der ORF zur Einleitung des Abschöpfungsverfahrens und verwies in rechtlicher Hinsicht auf seine im vorangegangenen Strafverfahren erstattete Stellungnahme vom 21.06.2017. Er erklärte, dass es zwischen dem ORF und dem Bretagne Resort keinerlei Vereinbarungen gegeben habe, insbesondere auch nicht dahingehend, dass das Resort für eine (wie auch immer geartete) Darstellung in der inkriminierten Sendung ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung versprochen hätte. Nach den Informationen der Auftragsproduzentin, Filmproduktion G.E.U.S. TV, habe das Bretagne Resort aufgrund des Umstandes, dass bei den Dreharbeiten zum Teil schlechtes Wetter geherrscht habe, Videosequenzen zur Verfügung gestellt, insbesondere Flugaufnahmen. Dies sei im Abspann der Sendung offengelegt worden. Es habe jedoch keine wie immer geartete sonstige Kooperation mit dem Resort gegeben, sondern lediglich die mündliche Zusage des Resorts an die Auftragsproduzentin zur Materialverwendung. In Bezug auf die Einräumung der entsprechenden Rechte an den Videoaufnahmen bzw. -ausschnitten ergänzte der ORF, dass diesen als solches kein nennenswerter Geldwert beizumessen sei. Dies ergebe sich aus der fehlenden Exklusivität und insbesondere aus dem Umstand, dass die in der Sendung verwendeten Szenen bereits in vielfältigem anderen Zusammenhang (z.B. auf YouTube oder in Werbespots) öffentlich Verwendung gefunden hätten. Es sei zudem marktüblich, veröffentlichte „PR-Inhalte“ (wie Presstexte, Audio- und Videomaterial) auszugsweise und nicht-exklusiv ohne Entgelt zu lizenzieren bzw. lizenziert zu erhalten. Daraus folge, dass der ORF für die am 11.02.2017 im Fernsehprogramm ORF III von ca. 15:57:39 Uhr bis ca. 16:19:54 Uhr ausgestrahlte Sendung „Besser Reisen: Inselurlaub in Dalmatien“ und die darin enthaltene Schleichwerbung keinen wirtschaftlichen Vorteil erlangt habe. Eine Abschöpfung sei daher nicht angezeigt. Der ORF beantragte die Einstellung des Verfahrens.

Am 01.10.2019 legte der Amtssachverständige ein Gutachten vor. Zur Berechnung des aus der Sendung von Schleichwerbung erlangten wirtschaftlichen Vorteils wurde darin ein üblicher Verkehrswert für Schleichwerbung ermittelt. Dies erfolgte anhand jener Methode, welche bereits in Verfahren vor dem Bundeskommunikationssenat (BKS 18.6.2007, GZ 612.923/0004-BKS/2007 sowie BKS 31.3.2008, GZ 611.009/0031-BKS/2007) zur Berechnung des im Verkehr üblichen Wertes für Produktplatzierungen herangezogen wurde. Zur Berechnung wurden Annahmen, wie die Dauer der Darstellung, der Tarif zum Zeitpunkt rund um die gegenständliche Ausstrahlung (nach dem Tarifwerk des ORF), ein Reichweitenadjustierungsfaktor sowie Durchschnittswerte für Rabatte, Skonti und Agenturprovision getroffen. Das Gutachten kam zu dem Ergebnis, dass der wirtschaftliche Vorteil mit EUR 3.030,45,- zu bewerten sei.

Mit Schreiben vom 3.10.2019 übermittelte die KommAustria dem ORF das wirtschaftliche Gutachten des Amtssachverständigen zur Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 17.10.2019 äußerte sich der ORF zum übermittelten Gutachten des Amtssachverständigen und erklärte darin, dass das Gutachten für das vorliegende Abschöpfungsverfahren und die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes ungeeignet sei, da es keine Aussage darüber enthalte, welchen wirtschaftlichen Vorteil der ORF erlangt habe, sondern festzustellen versuche, welches Entgelt der ORF nach der Verkehrsauffassung üblicher Weise hätte erlangen können und/oder was der Werbewert bestimmter Darstellungen für ein werbewilliges Unternehmen hätte sein können („üblicher Wert für Produktplatzierungen“, S. 3 des Gutachtens). Dieser Ansatz sei aber in Anwendung des § 38b ORF-G offenkundig verfehlt, denn die Bestimmung stelle auf die Höhe des „erlangten“ und nicht des „erlangbaren“ wirtschaftlichen Vorteils ab. Solange der ORF keinen Vorteil erlangt habe, sei es völlig irrelevant, was dieser „nach der Verkehrsauffassung üblicher Weise“ erlangen „hätte können“. Der Gutachter hätte somit – etwa durch Einsichtnahme in die Bücher des ORF – Befund aufnehmen müssen, ob dem ORF ein wirtschaftlicher Vorteil zugekommen sei. Diese Feststellung wäre als Beurteilungsgrundlage für das gegenständliche Verfahren, anders als das vorliegende Gutachten, geeignet. Der ORF lade daher die Behörde bzw. den Amtssachverständigen ein, Einsicht in alle Aufzeichnungen und Bücher zu nehmen. Dabei werde sich zeigen, dass der ORF für eine (wie auch immer geartete) Darstellung in der inkriminierten Sendung kein Entgelt und keine sonstige Gegenleistung erhalten habe. Daher sei auch keine (anders gelagerte) „Arbeitsdefinition“ des „wirtschaftlichen Vorteils“ im Zusammenhang mit den verfahrensgegenständlichen Inhalten zweckmäßig (S. 2 des Gutachtens: *„Die Arbeitsdefinition des wirtschaftlichen Vorteils besagt nicht, dass der ORF tatsächlich den Vorteil in Form einer Einzahlung erhalten haben muss, sondern stellt auf einen üblichen Verkehrswert des gegenständlich zu berechnenden Ereignisses ab.“*). Eine Abschöpfung sei daher nach Auffassung des ORF nicht angezeigt, weshalb dieser um Einstellung des Verfahrens ersuchte.

Am 13.11.2019 beauftragte die KommAustria den Amtssachverständigen, in die Bücher des ORF Einsicht zu nehmen. Am 16.12.2019 übermittelte der Amtssachverständige ein Protokoll über die am 10.12.2019 in den Räumlichkeiten des ORF durchgeführte Einsichtnahme. Der Amtssachverständige legte darin dar, dass einerseits ein eigener Kostenträger für das Programm ORF III existiere, auf welchem alle Aufwände und Erlöse verbucht würden, andererseits ein Kostenträger, auf dem alle Erlöse der Vermarktungstochter ORF Enterprise GmbH & Co KG für das Programm ORF III über alle Sendungen verbucht würden. Er habe daher in diese Kostenträger Einsicht genommen und festgestellt, dass auf beiden Kostenträgern keine Erlösbuchungen im Zusammenhang mit der verfahrensgegenständlichen Sendung „Besser Reisen“ erfolgt seien.

Mit Schreiben vom 9.10.2020 ersuchte die KommAustria den ORF abermals unter Bezugnahme auf konkrete Feststellungen (Nennungen im Abspann der Sendung) in dem dem gegenständlichen Abschöpfungsverfahren vorangegangenen Straferkenntnis vom 27.03.2018, KOA 3.500/18-011, darzulegen, in welcher Höhe von den im Abspann zur inkriminierten Sendung „Besser Reisen“ ausgewiesenen Unternehmen jeweils geldwerte Unterstützungsleistungen an den ORF geflossen seien und die diesbezüglichen Vereinbarungen vorzulegen.

Mit Schreiben vom 22.10.2020 kam der ORF der Aufforderung zur Stellungnahme nach und erklärte zunächst, seine bisherigen Ausführungen aufrecht zu erhalten. Demnach sei nach den Angaben der Auftragsproduzentin der Hintergrund einer Absprache mit dem Bretanide Resort jener gewesen, dass bei den Dreharbeiten zum Teil schlechtes Wetter geherrscht habe. Daher habe das Resort Videosequenzen zur Verfügung gestellt, insbesondere Flugaufnahmen, was im Abspann offengelegt worden sei. Es habe keine wie immer geartete sonstige Kooperation mit dem Resort gegeben. Diesbezüglich habe es also eine mündliche Zusage des Resorts zur Materialverwendung an die

Filmproduktionsfirma gegeben. Ferner wiederholte der ORF, dass der Einräumung der entsprechenden Rechte an den Videoaufnahmen bzw. -ausschnitten als solches kein nennenswerter Geldwert beizumessen sei. Dies ergebe sich aus der fehlenden Exklusivität und besonders aus dem Umstand, dass die in der Sendung verwendeten Szenen bereits in vielfältigem anderen Zusammenhang öffentlich Verwendung gefunden haben. Zudem sei es nach der Erfahrung des ORF marktüblich, veröffentlichte „PR-Inhalte“ (wie Presstexte, Audio- und Videomaterial) auszugsweise und nicht-exklusiv ohne Entgelt zu lizenzieren bzw. lizenziert zu erhalten. Daraus folge, dass der ORF (oder der Produzent) für die Darstellung des Resorts auch keinen wirtschaftlichen Vorteil erlangt habe. Eine Abschöpfung sei daher nicht angezeigt.

Zudem ergänzte der ORF, dass die gegenständliche Sendung „Besser Reisen“ im Rahmen eines Lizenzkaufs erworben worden sei. Der ORF habe sohin für einen bestimmten Kaufpreis (lediglich) drei Ausstrahlungen (d.h. das Senderecht für drei Ausspielungen) in ORF III innerhalb von drei Jahren erworben. Etwaige Sponsoringleistungen Dritter seien im Produktionsplan bzw. in den Kaufpreis nicht einberechnet worden. Dies bedeute, dass etwaige Vereinbarungen der Produzentin mit Dritten sich nicht mindernd auf den Kaufpreis ausgewirkt haben und daher auch in dieser Hinsicht kein wirtschaftlicher Vorteil des ORF entstanden sei. Unbeschadet dessen, könne der ORF angeben, dass ein Zukauf von inhaltlich vergleichbarem Material, das im Unterschied zu vorliegendem PR-Material exklusiv oder im Auftrag produziert worden wäre, einen Preis von ca. EUR 500,- bis EUR 1.000,- (je nach Umfang und journalistischer Qualität der Bilder) haben würde.

Hinsichtlich der Nennung von „Gruber Reisen“ im Abspann erläuterte der ORF, dass es von dieser Seite eine (wiederum laut Angaben mündliche) Vereinbarung gegeben habe, der zufolge Transportleistungen (Busfahrten) für das Produktionsteam gestellt würden, in deren Zusammenhang Boots- und Landfahrten (u.a. nach Split) erfolgt seien. Die Filmproduzentin habe hier den Betrag von EUR 4.000,- angegeben. Diese Vereinbarung stehe jedoch in keinerlei Zusammenhang mit einer werblichen oder irreführend werblichen Darstellung des Bretanide Resorts. Stylezonked habe laut Angaben der Produktionsfirma Badehosen im Wert von EUR 80,- zur Verfügung gestellt. Auch diese Vereinbarung habe in keinerlei Zusammenhang mit einer werblichen oder irreführend werblichen Darstellung des Bretanide Resorts gestanden.

Am 3.11.2020 beauftragte die KommAustria den Amtssachverständigen mit der rechnerischen Überprüfung der Plausibilität der Angaben des ORF zur Preisspanne für den Zukauf von Videomaterial in dessen Schreiben vom 22.10.2020.

Am 27.11.2020 übermittelte der Amtssachverständige der KommAustria sein Gutachten, in dem er die rechnerische Prüfung und Plausibilisierung der vom ORF in dessen Stellungnahme vom 22.10.2020 erwähnten Preisspanne für den Zukauf von Videomaterial durchführte. Darin ermittelte er zunächst Vergleichswerte für die Übernahme von bereits vorliegendem Videomaterial für eine eigene Produktion. Hierfür zog er sogenannte „Stock Videos“ heran, auf die aus einem bestehenden Portfolio von Videos zurückgegriffen werden kann. In Bezug auf die Tarifierung derartiger Videos führte der Amtssachverständige aus, dass diese vor allem von der Qualität (Auflösung), der Lizenz (z.B. kommerzielle oder unkommerzielle Nutzung) sowie von der Länge abhängig sei. Daran anschließend erläuterte der Amtssachverständige anhand der Beispiele von Anbietern, wie Adobe Stock, Gettyimages, Alami und Depositphotos, verschiedene Tarife und Videodauern:

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

Bei Shutterstock könne man 10 HD-Clips aus deren Portfolio zu einem Preis von EUR 499,- oder 25 HD-Clips für EUR 1.199,- kaufen. Die meisten Videos haben eine Länge zwischen 10 und 30 Sekunden.

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

Bei Adobe Stock benötige man für ein HD-Video acht „Credits“. Zu einem Preis von EUR 499,- erhalte man 80 Credits und kann demnach 10 HD-Videoclips mit einer Premium Lizenz kaufen. Die Länge der Videos betrage zwischen 10 und 30 Sekunden.

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

Beim Anbieter Gettyimages erhält man für EUR 400,- Zugriff auf 10 HD-Videos. Die meisten Videos haben eine Länge von 10 bis 30 Sekunden.

Alami (<https://www.alamy.de/>)

Beim Anbieter Alami könne man diverse Videos von Swimming-Pools mit einer Lizenz „Redaktionelle Sendung“ zu einem Einzelpreis pro Video in Höhe von EUR 189,- beziehen. Diese Videos seien typischerweise 10 Sekunden lang.

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

Beim Anbieter „Depositphotos“ kosten 25 HD-Videos EUR 499,-. Die Länge der Videos betrage typischerweise 10 bis 30 Sekunden.

Aufbauend darauf ermittelte der Amtssachverständige anhand der vom ORF angegebenen Preisbandbreite, in welchen Umfang Videos mit dem vorgegebenen Budget beschafft werden können.

	A	B	C	D
	Anzahl Clips	Anzahl Clips	Länge min	Länge max
Anbieter	Budget 500 €	Budget 1.000 €	in s	in s
Shutterstock	10,00	20,00	100,00	600,00
Adobe Stock	10,00	20,00	100,00	600,00
Gettyimages	12,50	25,00	125,00	750,00
Alami	2,65	5,29	26,46	52,91
Depositphotos	25,00	50,00	200,00	1.500,00
Durchschnitt	12,03	24,06	110,29	700,58

Der Amtssachverständige kam zu dem Ergebnis, dass mit den vom ORF angegebenen Preisen von EUR 500,- bis EUR 1000,- vergleichbares Videomaterial im Längenbereich von 110 Sekunden bis 700 Sekunden beschafft werden könne. Anhand der vom ORF angegebenen Bandbreite könnten

somit im Durchschnitt rund 12 bis 24 Video-Clips beschafft werden, welche je nach Auswahl mit einem Budget von EUR 500,- eine Gesamtlänge von rund 110 Sekunden und mit einem Budget von EUR 1.000,- eine Gesamtlänge von rund 700 Sekunden ergeben können.

Basierend auf diesen Vergleichswerten berechnete der Amtssachverständige anschließend mittels linearer Interpolation den Wert für den in der Sendung „Besser Reisen“ verwendeten „Imagefilm“ mit einer Länge von rund 180 Sekunden. Hierfür kam nachfolgende Formel zur Anwendung:

$$y_i = y_1 + (y_2 - y_1) * (x_i - x_1) / (x_2 - x_1)$$

x₁ unterer Punkt auf der X-Achse = 110,29
x₂ höherer Wert auf der X-Achse = 700,58
x_i zu interpolierender Punkt auf der X-Achse = 180

y₁ unterer Punkt auf der Y-Achse = 500
y₂ oberer Punkt auf der Y-Achse = 1000
y_i zu interpolierender Punkt auf der Y-Achse = Wert des Filmmaterials

$$\text{Wert des Filmmaterials} = 500 + (1000 - 500) * (180 - 110,29) / (700,58 - 110,29) = 559,05$$

Im Ergebnis ermittelte der Amtssachverständige einen Wert von EUR 559,05,- für das Videomaterial des Bretanide Resorts.

Mit Schreiben vom 30.11.2020 übermittelte die KommAustria dem ORF das Gutachten des Amtssachverständigen zur Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 14.12.2020 nahm der ORF Stellung. Er bekräftigte erneut seine bisherigen Angaben und äußerte sich zur Berechnung des Wertes des zur Verfügung gestellten Filmmaterials durch den Amtssachverständigen. Im Wesentlichen wiederholte der ORF, dass es für die Zurverfügungstellung des Videomaterials eine mündliche Zusage des Resorts zur Materialverwendung an die Auftragsproduzentin gegeben habe, der Einräumung der entsprechenden Rechte an den Videoaufnahmen bzw. -ausschnitten jedoch kein nennenswerter Geldwert beizumessen sei. Dies ergebe sich aus der fehlenden Exklusivität, der geringen technischen bzw. journalistischen Qualität und aus dem Umstand, dass die in der Sendung verwendeten Szenen bereits in vielfältigem anderen Zusammenhang (z.B. auf YouTube oder in Werbespots) öffentlich Verwendung gefunden hätten. Es sei nach der Erfahrung des ORF somit marktüblich, veröffentlichte „PR-Inhalte“ (wie Presstexte, Audio- und Videomaterial) auszugsweise und nicht-exklusiv ohne Entgelt zu lizenzieren bzw. lizenziert zu erhalten. Daraus folge, dass der ORF (oder der Produzent) für die Darstellung des Resorts auch keinen wirtschaftlichen Vorteil erlangt habe. Demgegenüber habe der Gutachter nicht die marktüblichen Kosten von PR-Material, sondern von „Stock Videos“ erhoben. Es sei für die Frage eines Marktpreises aber entscheidend, wie sich die Qualität der Bilder darstelle, die bei PR-Material (technisch und von der Aufbereitung her, wie auch im konkreten Fall) deutlich geringer ausfalle, als bei „Stock Videos“. Es verstehe sich von selbst, dass bei der Bemessung der Abschöpfung nicht auf „Hollywood-Material“ abgestellt werden dürfe, wenn es um „Handy Videos“ gehe, da ansonsten weit überhöhte Beträge abgeschöpft würden. Entscheidend sei zudem, dass die gegenständliche Sendung im Rahmen eines Lizenzkaufs erworben worden sei. Der ORF habe sohin für einen bestimmten Kaufpreis (lediglich) drei Ausstrahlungen (d.h. das Senderecht für drei Ausstrahlungen)

in ORF III innerhalb von drei Jahren erworben. Dies bedeute, dass etwaige Vereinbarungen des Produzenten mit Dritten sich nicht mindernd auf den Kaufpreis ausgewirkt haben und daher auch in dieser Hinsicht kein wirtschaftlicher Vorteil des ORF entstanden sei. Eine vom Amtssachverständigen errechnete „Kostensparnis“ sei daher dem Grunde nach nur bei der Auftragsproduzentin (und das nicht in der festgestellten Höhe, siehe zuvor) eingetreten. Abermals ersuchte der ORF abschließend um Einstellung des Abschöpfungsverfahrens.

2. Sachverhalt

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt fest:

2.1. Festgestellte Verletzungen von Werbebestimmungen

Mit Straferkenntnis vom 27.03.2018, KOA 3.500/18-011, stellte die KommAustria gegenüber dem für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften bestellten verantwortlichen Beauftragten des ORF fest, dieser habe zu verantworten, dass die am 11.02.2017 im Fernsehprogramm ORF III von ca. 15:57:39 Uhr bis ca. 16:19:54 Uhr ausgestrahlte Sendung „Besser Reisen: Inselurlaub in Dalmatien“ Schleichwerbung zugunsten des „BRETANIDE Sport & Wellness Resorts“ enthalten hat und dadurch die Bestimmung gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verletzt wurde.

Die die festgestellte Schleichwerbung enthaltenden Filmsequenzen in der Dauer von ca. 3 Minuten zeigten das touristische Angebot des Bretanide Resorts, etwa die Sportanlage am Strand, den großzügigen Poolbereich (vor dem außerdem das Interview geführt wurde), den Wellnessbereich, das Buffet und weitere Angebote des Resorts in sehr ansprechender Weise. Darüber hinaus wurden auch mehrfach Panoramabilder und Luftaufnahmen der Anlage präsentiert.

Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG) vom 17.12.2018, W120 2194303-1/10E und W120 2194403-1/9E, wurden die gegen das Straferkenntnis der KommAustria erhobenen Beschwerden, soweit sich diese gegen den Schuldspruch gerichtet haben, als unbegründet abgewiesen. Soweit sich die Beschwerden gegen den Ausspruch über die Strafe, die Verfahrenskosten und die Haftung wendeten, wurde das erstinstanzliche Erkenntnis abgeändert. Das Erkenntnis des BVwG wurde in weiterer Folge nicht mehr bekämpft. Die Verwirklichung des Tatbestandes der Schleichwerbung im Rahmen der oben genannten Sendung wurde damit rechtskräftig festgestellt.

2.2. Zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils

Die am 11.02.2017 im Fernsehprogramm ORF III von ca. 15:57:39 Uhr bis ca. 16:19:54 Uhr ausgestrahlte Sendung „Besser Reisen: Inselurlaub in Dalmatien“ wurde im Auftrag des ORF von der Filmproduktionsfirma G.E.U.S. TV hergestellt und vom ORF im Rahmen eines Lizenzkaufs, der drei Ausstrahlungen innerhalb von drei Jahren im Programm ORF III beinhaltete, erworben.

Der Auftragsproduzentin wurde zur Herstellung der Sendung „Besser Reisen: Inselurlaub in Dalmatien“ von Seiten des Bretanide Resorts bestehendes Videomaterial in der Länge von rund 180 Sekunden zur Verfügung gestellt. Der Verwendung des Videomaterials für die Produktion der Sendung lag eine mündliche Vereinbarung des Resorts mit der Auftragsproduzentin Filmproduktion G.E.U.S. TV zugrunde. Die verwendeten Videosequenzen stammen aus einem Imagevideo des Resorts, welches auch auf dessen Website (<https://www.bretanide.at/impressionen/hotelvideo/>)

bereitgestellt wird. Während des diesem Verfahren vorangegangenen Strafverfahrens wurde der Imagefilm ferner als TV-Werbespot im Umfeld der Sendereihe „Besser Reisen“ auf ORF III ausgestrahlt.

Der Zukauf von inhaltlich vergleichbarem, exklusivem oder im Auftrag produziertem Videomaterial hat – je nach Umfang und journalistischer Qualität der Bilder – einen Preis zwischen ca. EUR 500,- und EUR 1.000,-.

Die Übernahme von bereits vorliegendem Videomaterial für eine eigene Produktion ist mit dem Zukauf von Material 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. „Stock Videos“ werden von unterschiedlichsten Anbietern online bereitgestellt:

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

Bei Shutterstock kann man 10 HD-Clips aus deren Portfolio zu einem Preis von EUR 499,- oder 25 HD-Clips für EUR 1.199,- kaufen. Die meisten Videos haben eine Länge zwischen 10 und 30 Sekunden.

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

Bei Adobe Stock benötigt man für ein HD-Video acht „Credits“. Zu einem Preis von EUR 499,- erhält man 80 Credits und kann demnach 10 HD-Videoclips mit einer Premium Lizenz kaufen. Die Länge der Videos beträgt zwischen 10 und 30 Sekunden.

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

Beim Anbieter Gettyimages erhält man für EUR 400,- Zugriff auf 10 HD-Videos. Die meisten Videos haben eine Länge von 10 bis 30 Sekunden.

Alami (<https://www.alamy.de/>)

Beim Anbieter Alami kann man diverse Videos von Swimming-Pools mit einer Lizenz „Redaktionelle Sendung“ zu einem Einzelpreis pro Video in Höhe von EUR 189,- beziehen. Diese Videos sind typischerweise 10 Sekunden lang.

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

Beim Anbieter „Depositphotos“ kosten 25 HD-Videos EUR 499,-. Die Länge der Videos beträgt typischerweise 10 bis 30 Sekunden.

Mit den dargestellten Beispielen für Tarife und Videolängen lässt sich ermitteln, in welchem Umfang Videos mit der vom ORF angegebenen Kostenspanne von EUR 500,- bis EUR 1.000,- erworben werden könnten.

	A	B	C	D
	Anzahl Clips	Anzahl Clips	Länge min	Länge max
Anbieter	Budget 500 €	Budget 1.000 €	in s	in s
Shutterstock	10,00	20,00	100,00	600,00
Adobe Stock	10,00	20,00	100,00	600,00
Gettyimages	12,50	25,00	125,00	750,00
Alami	2,65	5,29	26,46	52,91
Depositphotos	25,00	50,00	200,00	1.500,00
Durchschnitt	12,03	24,06	110,29	700,58

In Spalte A ist zu sehen, wie viele Video-Clips mit dem jeweiligen Tarif des Anbieters mit einem Budget von EUR 500,- (=Untergrenze des vom ORF angegebenen Wertes) beschafft werden können.

In Spalte B ist ersichtlich, wie viele Video-Clips mit dem jeweiligen Tarif des Anbieters mit einem Budget von EUR 1.000,- (=Obergrenze des vom ORF angegebenen Wertes) beschafft werden können.

In Spalte C wird mit der Clipanzahl aus Spalte A und dem unteren Wert der typischen Videolänge des Anbieters eine minimale Sekundenanzahl berechnet, die mit dem unteren Budgetwert von EUR 500,- beschafft werden können.

In Spalte D wird mit der Clipanzahl aus Spalte B und dem oberen Wert der typischen Videolänge des Anbieters eine maximale Sekundenanzahl berechnet, die mit dem oberen Budgetwert von EUR 1.000,- beschafft werden können.

Mit den vom ORF angegebenen Preisen zwischen EUR 500,- und EUR 1000,- kann vergleichbares Videomaterial im Längenbereich von 110 Sekunden bis 700 Sekunden gekauft werden. Mit der angegebenen Bandbreite können im Durchschnitt 12 bis 24 Video-Clips beschafft werden, welche je nach Auswahl mit einem Budget von EUR 500,- eine Gesamtlänge von rund 110 Sekunden und mit einem Budget von EUR 1.000,- eine Gesamtlänge von rund 700 Sekunden ergeben können. Mittels linearer Interpolation kann auf Basis der so ermittelten Werte der Preis für das in der Sendung „Besser Reisen“ verwendete Videomaterial mit einer Länge von 180 Sekunden berechnet werden. Hierbei kommt nachstehende Formel zur Anwendung:

$$y_i = y_1 + (y_2 - y_1) * (x_i - x_1) / (x_2 - x_1)$$

- x1 unterer Punkt auf der X-Achse = 110,29
- x2 höherer Wert auf der X-Achse = 700,58
- x_i zu interpolierender Punkt auf der X-Achse = 180

- y1 unterer Punkt auf der Y-Achse = 500
- y2 oberer Punkt auf der Y-Achse = 1000
- y_i zu interpolierender Punkt auf der Y-Achse = Wert des Filmmaterials

Wert des Filmmaterials = $500 + (1000 - 500) * (180 - 110,29) / (700,58 - 110,29) = 559,05$

Somit ergibt sich, der Wert des in der Sendung „Besser Reisen“ verwendeten Videomaterials mit einer Länge von 180 Sekunden einem Preis in Höhe von EUR 559,05,- entspricht. Der aus dem festgestellten Verstoß gegen das Schleichwerbeverbot lukrierte wirtschaftliche Vorteil des ORF beträgt somit EUR 559,05,-.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellung, dass der ORF in der am 11.02.2017 im Fernsehprogramm ORF III von ca. 15:57:39 Uhr bis ca. 16:19:54 Uhr ausgestrahlten Sendung „Besser Reisen: Inselurlaub in Dalmatien“ durch Filmsequenzen in der Dauer von ca. 3 Minuten, in denen das touristische Angebot des Bretanide Resorts, etwa die Sportanlage am Strand, der Poolbereich, der Wellnessbereich und weitere Angebote sowie Panoramabilder und Luftaufnahmen der Anlage, präsentiert wurde, Schleichwerbung zugunsten des Bretanide Resorts ausgestrahlt und dadurch die Bestimmung gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verletzt hat, beruht auf dem mit Erkenntnis des BVwG vom 17.12.2018, W120 2194303-1/10E und W120 2194403-1/9E, rechtskräftig abgeschlossenen Verwaltungsstrafverfahren.

Die Feststellung, dass die verfahrensgegenständliche Sendung im Auftrag des ORF von der Filmproduktionsfirma G.E.U.S. TV hergestellt und vom ORF im Rahmen eines Lizenzkaufs für drei Ausstrahlungen innerhalb von drei Jahren im Programm ORF III erworben wurde, beruht auf den insoweit glaubwürdigen Angaben des ORF in dessen Stellungnahmen vom 25.06.2019, vom 22.10.2020 und vom 14.12.2020.

Die Feststellung, dass das Bretanide Resort der Auftragsproduzentin G.E.U.S. TV mündlich das Recht eingeräumt hat, bestehendes Videomaterial über das Resort zur Herstellung der gegenständlichen Sendung zu verwenden, beruht ebenfalls auf den insoweit glaubwürdigen Angaben des ORF in dessen Stellungnahme vom 25.06.2019, die dieser in seinen späteren Stellungnahmen vom 22.10.2020 und vom 14.12.2020 wiederholte.

Die Feststellungen, dass die für die Herstellung der gegenständlichen Sendung zur Verfügung gestellten Videosequenzen in der Länge von rund 180 Sekunden aus einem „Imagevideo“ des Bretanide Resorts stammen, das auch auf dessen Website (<https://www.bretanide.at/impressionen/hotelvideo/>) bereitgestellt und im Rahmen von TV-Werbespots ausgestrahlt wurde, beruhen vor allem auf den im Zuge des erstinstanzlichen Strafverfahrens durchgeführten Einsichtnahmen und darauf basierenden Feststellungen der KommAustria in deren Straferkenntnis vom 27.03.2018, KOA 3.500/18-011, die vom BVwG bestätigt wurden. Diese Feststellungen finden zudem Deckung in den Ausführungen des ORF bezüglich des Wertes des verwendeten Filmmaterials, insbesondere in seiner Stellungnahme vom 25.06.2019, wonach es sich dabei um nicht-exklusives PR-Material handele, dem aufgrund der „Verwendung in vielfältigem anderen Zusammenhang“ kein nennenswerter Geldbetrag beizumessen sei.

Die Feststellung, dass der Zukauf von inhaltlich vergleichbarem, wenn auch exklusivem oder im Auftrag produziertem Videomaterial, je nach Länge und Qualität in einer Preisspanne zwischen EUR 500,- und EUR 1.000,- liegt, beruht auf den Angaben des ORF in dessen Stellungnahme vom 22.10.2020.

Die Feststellung, dass der marktübliche Preis für inhaltlich mit dem vom Bretanide Resort zur Verfügung gestellten, vergleichbaren Videomaterial mit einer Länge von 180 Sekunden einem Wert von EUR 559,05,- entspricht, beruht auf dem schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten des Amtssachverständigten vom 27.11.2020. Ausgehend von der vom ORF bekannt gegebenen Preisspanne für exklusives bzw. im Auftrag produziertes Filmmaterial, berechnete der Amtssachverständige, in welchem Umfang mit damit inhaltlich vergleichbares, nicht-exklusives Videomaterial gekauft werden kann. Hierzu legte er anhand typischer Angebote für „Stock Videos“ nachvollziehbar dar, dass mit einem Budget von EUR 500,- bis EUR 1.000,- Videomaterial in der Länge zwischen 110 Sekunden bis 700 Sekunden bzw. im Durchschnitt 12 bis 24 Video-Clips gekauft werden könnte. Umgelegt auf das in der Sendung verwendete Videomaterial in der Länge von 180 Sekunden konnte daraus ein Durchschnittswert von EUR 559,05,- ermittelt werden.

Der vom ORF am Gutachten geübten Kritik, dass der Amtssachverständige statt der marktüblichen Kosten von nicht-exklusivem PR-Material solche von qualitativ und technisch hochwertigerem Filmmaterial aus „Stock Videos“ erhoben und zur Plausibilisierung der von ihm angegebenen Preisspanne herangezogen hätte, konnte nicht gefolgt werden. Weder beinhalten die vom Amtssachverständigen herangezogenen Angebote für „Stock Videos“ exklusives Videomaterial, noch ist dieses in technischer Hinsicht (Qualität der Bilder und Aufbereitung) hochwertiger als jenes, das in der Sendung „Besser Reisen: Inselurlaub in Dalmatien“ Verwendung gefunden hat. Dies wurde im Gutachten schlüssig dargelegt.

Auch in inhaltlicher Hinsicht finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die herangezogenen Angebote für „Stock Videos“ nicht mit den in der Sendung verwendeten Filmsequenzen vergleichbar wären (vgl. Poolaufnahmen des Anbieters Alami). Der weitere Einwand des ORF, die vom Gutachter berechnete „Kostensparnis“ sei in der festgestellten Höhe nicht eingetreten, erscheint schon deshalb widersprüchlich, als dem Gutachten die vom ORF angegebene Preisspanne zugrunde gelegt wurde. Im Gutachten wurde die Preisspanne rechnerisch plausibilisiert und anhand der verglichenen Angebote von „Stock Videos“ errechnet, dass vorhandenes Videomaterial in der Länge von 180 Sekunden im Schnitt EUR 559,05,- kostet.

Die Feststellung, dass das in der Sendung „Besser Reisen: Inselurlaub in Dalmatien“ verwendete Videomaterial mit einer Länge von 180 Sekunden einen Wert von EUR 559,05,- hat und dieser dem vom ORF erlangten wirtschaftlichen Vorteil entspricht, beruht daher auf dem schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten des Amtssachverständigen vom 27.11.2020. 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:

„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 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, 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.).

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, 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. 374ff).

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 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 ORF-G lautet auszugsweise:

„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 Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG) vom 17.12.2018, W120 2194303-1/10E und W120 2194403-1/9E, wurde im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens rechtskräftig festgestellt, dass in der am 11.02.2017 im Fernsehprogramm ORF III von ca. 15:57:39 Uhr bis ca. 16:19:54 Uhr ausgestrahlten Sendung „Besser Reisen: Inselurlaub in Dalmatien“ durch Filmsequenzen in der Dauer von ca. 3 Minuten, in denen das touristische Angebot des Bretanide Resorts, etwa die Sportanlage am Strand, der Poolbereich, der Wellnessbereich und weitere Angebote sowie Panoramabilder und Luftaufnahmen der Anlage, präsentiert wurde, Schleichwerbung zugunsten des Bretanide Resorts ausgestrahlt und dadurch die Bestimmung gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verletzt worden ist.

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).

Dass es Unterstützungsleistungen des Bretanide Resorts zur Herstellung der Sendung gegeben hat, resultiert nicht zuletzt aus der Offenlegung derselben im Abspann der inkriminierten Sendung. Der ORF bestreitet jedoch im vorliegenden Fall, hieraus einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt zu haben. Er erklärte zur Aufforderung der Regulierungsbehörde, die der Ausstrahlung der festgestellten Schleichwerbung zugrundeliegenden Vereinbarungen vorzulegen, dass es keine Absprache zwischen dem ORF und dem Bretanide Resort gegeben habe, in der „für eine (wie auch immer geartete) Darstellung in der inkriminierten Sendung ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung vereinbart worden sei. Der Amtssachverständige bestätigte nach Einsichtnahme in die entsprechenden Kostenträger, dass es keine Erlösbuchungen im Zusammenhang mit der verfahrensgegenständlichen Sendung „Besser Reisen“ gegeben hat.

Dennoch ist unzweifelhaft, dass dem ORF ein wirtschaftlicher Vorteil erwachsen ist, der sich daraus ergibt, dass die Auftragsproduzentin G.E.U.S. TV vorhandene Videosequenzen des Bretanide Resorts, inklusive Luft- und Panoramaaufnahmen der Örtlichkeiten, zur Herstellung der Sendung verwenden konnte. Dadurch hat sich die Produzentin jene Kosten erspart, die sie anderenfalls für die Dreharbeiten vor Ort, etwa den dafür notwendigen (allenfalls längeren) Aufenthalt an Ort und Stelle, die Filmaufnahmen und den Filmschnitt aufwenden hätte müssen, um die entsprechenden Szenen im Umfang von drei Minuten zu produzieren.

Es ist nun aber nicht anzunehmen, dass sich eine Verringerung der Produktionskosten nicht mindernd auf den Preis für den Lizenzwerb des ORF ausgewirkt hat. Selbst wenn es sich aufgrund der Verwendung in anderem Zusammenhang (Impressionen auf der Website des Resorts, TV-Werbespots) gegenständlich um nicht-exklusives Videomaterial handelte, ist nicht davon auszugehen, dass der ORF für die Senderechte einen Lizenzpreis gezahlt hat, der jene (höheren) Kosten widerspiegelt, die der Produzentin bei Beauftragung mit einer exklusiven Produktion der Sendung entstanden wären, die sie jedoch aufgrund der Nutzung vorhandenen bzw. zur Verfügung gestellten Filmmaterials nicht aufwenden musste. Der ORF hat selbst ausgeführt, dass für den Zukauf inhaltlich vergleichbaren, exklusiv bzw. im Auftrag produzierten Filmmaterials ein Preis zwischen EUR 500,- und EUR 1.000,- zu zahlen sei. Wenn daher der ORF meint, dass eine Kostenersparnis nur bei der Auftragsproduzentin eingetreten sei (und das nicht in der festgestellten Höhe), kann diesem Argument schon vor dem Hintergrund der Finanzierung des ORF, die gemäß § 31 Abs. 2 ORF-G eine sparsame, wirtschaftliche und zweckmäßige Mittelverwendung gebietet, nicht gefolgt werden.

Es ist somit davon auszugehen, dass Kostenersparnisse, die bei der Produktionsfirma dadurch entstehen, dass auf vorhandenes Videomaterial zurückgegriffen wird, im Lizenzvertrag

Berücksichtigung finden und sich im Lizenzpreis für eine bestimmte Anzahl von Ausstrahlungen niederschlagen.

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

4.4. Zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils

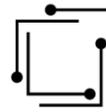
Die Abschöpfung ist mit der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils begrenzt. Die konkrete Höhe des erzielten wirtschaftlichen Vorteils ist anhand eines Vergleichs der wesentlichen Tatbestandselemente der festgestellten rechtswidrigen Handlung (objektiver Maßstab) mit dem gesetzeskonformen Verhalten zu ermitteln. 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/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, S. 374f).

Diese Voraussetzungen liegen hier vor, da der ORF keine schriftliche Vereinbarung, etwa jene über den Lizenzerwerb mit der Produzentin, vorgelegt hat und primär vorbrachte, dass den in der Sendung verwendeten Videoaufnahmen bzw. -ausschnitten kein nennenswerter Geldwert beizumessen sei, da diese bereits in vielfältigem anderen Zusammenhang öffentlich Verwendung gefunden haben. Es sei seinem Vorbringen zufolge zudem marktüblich, veröffentlichte „PR-Inhalte“ auszugsweise und nicht-exklusiv ohne Entgelt zu lizenzieren bzw. lizenziert zu erhalten.

Wie bereits unter Pkt. 4.3. ausgeführt, kann den Ausführungen des ORF darin nicht gefolgt werden, dass ihm aus einer zunächst bei der Produzentin eingetretenen Kostensparnis kein wirtschaftlicher Vorteil entstanden sei. 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 der vom ORF für exklusives oder im Auftrag produziertes Filmmaterial angegebenen Preisspanne von EUR 500,- bis EUR 1.000,- zu ermitteln, welcher Preis der durch Überlassung vorhandenen Filmmaterials des Bretanide Resorts mit einer Länge von 180 Sekunden eingetretenen Kostensparnis 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.



	A	B	C	D
	Anzahl Clips	Anzahl Clips	Länge min	Länge max
Anbieter	Budget 500 €	Budget 1.000 €	in s	in s
Shutterstock	10,00	20,00	100,00	600,00
Adobe Stock	10,00	20,00	100,00	600,00
Gettyimages	12,50	25,00	125,00	750,00
Alami	2,65	5,29	26,46	52,91
Depositphotos	25,00	50,00	200,00	1.500,00
Durchschnitt	12,03	24,06	110,29	700,58

Mit der vom ORF angegebenen Bandbreite (EUR 500,- bis EUR 1.000,-) können im Durchschnitt 12 bis 24 Video-Clips beschafft werden, die je nach Auswahl mit einem Budget von EUR 500,- eine Gesamtlänge von rund 110 Sekunden und mit einem Budget von EUR 1.000,- eine Gesamtlänge von rund 700 Sekunden ergeben können. Aus diesen Tarifbandbreiten lässt sich der Wert für das in der Sendung „Besser Reisen“ verwendete Videomaterial mit einer Länge von 180 Sekunden berechnen.

Hierbei kommt nachstehende Formel zur Anwendung: $y_i = y_1 + (y_2 - y_1) * (x_i - x_1) / (x_2 - x_1)$

x_1 unterer Punkt auf der X-Achse = 110,29

x_2 höherer Wert auf der X-Achse = 700,58

x_i zu interpolierender Punkt auf der X-Achse = 180

y_1 unterer Punkt auf der Y-Achse = 500

y_2 oberer Punkt auf der Y-Achse = 1000

y_i zu interpolierender Punkt auf der Y-Achse = Wert des Filmmaterials

$$(500 + [1000 - 500] * [180 - 110,29] / [700,58 - 110,29]) = 559,05$$

Somit ergibt sich ein Preis in Höhe von EUR 559,05,-, der der Höhe der durch Überlassung vorhandenen Filmmaterials des Bretanide Resorts in der Länge von 180 Sekunden eingetretenen Kostenersparnis entspricht.

Zur Kritik des ORF an den vom Amtssachverständigen herangezogenen Angeboten von „Stock Videos“, die hinsichtlich ihrer Qualität und Exklusivität nicht mit PR-Material vergleichbar wären, wird auf die diesbezüglichen Ausführungen in der Beweiswürdigung verwiesen. Soweit der ORF andeutet, dass der ermittelte Wert über dem marktüblichen Preis für PR-Material liege, ist festzuhalten, dass der errechnete Preis am untersten Ende der von ihm genannten Kostenspanne liegt.

Der dem ORF aus der rechtswidrigen Handlung zugeflossene wirtschaftliche Vorteil, den er bei rechtskonformem Verhalten nicht erlangt hätte, beträgt daher EUR 559,05,-. 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 3.500/21-006“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtzahlung“ sind die Steuernummer/Abgabenkontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE – Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 23. März 2021

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)