



Bescheid

I. Spruch

1. Gemäß § 38b Abs. 1 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 32/2018 wird festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) im Jahr 2013 im Fernsehprogramm ORFeins durch
 - 1.1. (02-22-WS-1) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:05 am 22.02.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:05 in der Zeit von ca. 19:00:00 bis ca. 19:59:59;
 - 1.2. (03-04-WS-2) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:11 am 04.03.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:11 in der Zeit von ca. 21:00:00 bis ca. 21:59:59;
 - 1.3. (03-30-WS-3) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:03 am 30.03.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:03 in der Zeit von ca. 22:00:00 bis ca. 22:59:59;
 - 1.4. (05-04-WT-4) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Tag von 00:50:24 um ca. 00:00:12 am 04.05.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:50:36;
 - 1.5. (05-04-WS-5) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:09 am 04.05.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:09 in der Zeit von ca. 22:00:00 bis ca. 22:59:59;
 - 1.6. (05-05-WT-6) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Tag von 00:50:24 um ca. 00:00:38 am 05.05.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:51:02;

- 1.7. (05-05-WS-7) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:17 am 05.05.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:17 in der Zeit von ca. 19:00:00 bis ca. 19:59:59;
- 1.8. (05-05-SH-8) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Sprehe Feinkost) während einer Sendung am 05.05.2013 von ca. 10:24:57 bis ca. 10:25:04;
- 1.9. (05-05-SH-9) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Tchibo) während einer Sendung am 05.05.2013 von ca. 10:25:12 bis ca. 10:25:18;
- 1.10. (05-12-SH-11) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Tchibo) während einer Sendung am 12.05.2013 von ca. 11:43:46 bis ca. 11:43:54;
- 1.11. (05-26-SH-12) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (PIBERSTEIN.at) während einer Sendung am 26.05.2013 von ca. 11:58:35 bis ca. 11:58:40;
- 1.12. (06-01-WS-13) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:08 am 01.06.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca.00:12:08 in der Zeit von ca. 19:00:00 bis ca. 19:59:59;
- 1.13. (06-02-SH-14) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Sport.Land. NÖ) während einer Sendung am 02.06.2013 von ca. 10:52:54 bis ca. 10:53:01;
- 1.14. (06-02-SH-15) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Haugschlag Golfresort, Euram Bank) während einer Sendung am 02.06.2013 von ca. 10:53:01 bis ca. 10:53:08;
- 1.15. (06-06-WS-16) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro von 00:12:00 um ca. 00:00:09 Stunde am 06.06.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:09 in der Zeit von ca. 19:00:00 bis ca. 19:59:59;
- 1.16. (06-07-WS-17) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:20 am 07.06.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:20 in der Zeit von ca. 19:00:00 bis ca. 19:59:59;
- 1.17. (06-09-SH-18) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Tchibo) während einer Sendung am 09.06.2013 von ca. 11:40:19 bis ca. 11:40:24;
- 1.18. (06-23-SH-19) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (golf.at) während einer Sendung am 23.06.2013 von ca. 11:58:41 bis ca. 11:58:49;
- 1.19. (07-07-SH-20) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (golf.at) während einer Sendung am 07.07.2013 von ca. 12:04:52 bis ca. 12:04:57;

- 1.20. (07-21-SH-21) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Sport.Land. NÖ) während einer Sendung am 21.07.2013 von ca. 11:04:49 bis ca. 11:04:54;
- 1.21. (08-25-SH-22) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Tchibo) während einer Sendung am 25.08.2013 von ca. 12:15:15 bis ca. 12:15:23;
- 1.22. (09-08-SH-23) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Simacek Facility GmbH) während einer Sendung am 08.09.2013 von ca. 11:42:18 bis ca. 11:42:24;
- 1.23. (09-15-SH-24) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (golf.at) während einer Sendung am 15.09.2013 von ca. 11:33:19 bis ca. 11:33:26;
- 1.24. (09-22-WT-25) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Tag von 00:50:24 um ca. 00:00:01 am 22.09.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:50:25;
- 1.25. (09-22-SH-26) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Tchibo) während einer Sendung am 22.09.2013 von ca. 10:30:11 bis ca. 10:30:18;
- 1.26. (09-22-SH-27) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Novomatic) während einer Sendung am 22.09.2013 von ca. 10:30:19 bis ca. 10:30:26;
- 1.27. (10-10-WS-28) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:15 am 10.10.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:15 in der Zeit von ca. 19:00:00 bis ca. 19:59:59;
- 1.28. (10-19-WT-29) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Tag von 00:50:24 um ca. 00:00:45 am 19.10.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:51:09,

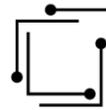
gegen die Bestimmungen gemäß § 14 Abs. 5 und 6 sowie § 17 Abs. 1 und 5 ORF-G verstoßen und dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von insgesamt **EUR 20.927,11,-** erlangt hat. Dieser wird gemäß § 38b Abs. 1 letzter Satz ORF-G für **abgeschöpft** erklärt.

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 3.500/18-048, zu überweisen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Erkenntnis vom 09.08.2017, W194 2016273-1/25E, hat das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) über die Beschwerde gegen das Straferkenntnis der Kommunikationsbehörde Austria



(KommAustria) vom 06.11.2014, KOA 3.500/14-049, im zweiten Rechtsgang entschieden. In dem erwähnten Straferkenntnis hat die KommAustria aufgrund der im Jahr 2013 durchgeführten Jahreswerbebeobachtung festgestellt, dass es im Fernsehprogramm ORFeins zu mehrfachen Überschreitungen sowohl der im Jahresdurchschnitt täglich zulässigen Dauer, als auch der stündlich zulässigen Dauer von Werbung und Sponsorhinweisen sowie zur Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen gekommen ist („Jahreswerbebeobachtung 2013“). Mit Erkenntnis des BVwG vom 09.08.2017, W194 2016273-1/25E, wurde das Verwaltungsstrafverfahren rechtskräftig abgeschlossen.

Am 01.06.2018 wurde Dr. Roland Belfin von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) zum Amtssachverständigen bestellt und mit der Berechnung der Höhe des aus den festgestellten Werbezeitenüberschreitungen und aus der Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen erlangten wirtschaftlichen Vorteils des ORF beauftragt.

Mit Schreiben vom 19.06.2018 übermittelte der Amtssachverständige ein Gutachten an die KommAustria, in dem er darlegte, welche Anteile der durch die festgestellten Rechtsverletzungen lukrierten Erlöse aus kommerzieller Kommunikation dem ORF als wirtschaftlicher Vorteil verblieben sind. Rabatte, Agenturprovisionen und Skonti wurden nicht als wirtschaftlicher Vorteil gesehen. Seinen Berechnungen legte der Amtssachverständige die im erstinstanzlichen Straferkenntnis der KommAustria vom 06.11.2014, KOA 3.500/14-049, festgestellten Überschreitungen der täglich und/oder stündlich höchstzulässigen Werbedauer, sowie die festgestellten Ausstrahlungen von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen im Programm ORFeins zugrunde.

Zusammengefasst ging der Amtssachverständige somit von neun Stundenüberschreitungen, vier Tagesüberschreitungen sowie 15 Sponsorhinweisen während laufender Sendungen aus:

	Datum	beginnend mit	Überschreitung	Sekunden	Werbespots & Sponsorhinweise	Sponsorhinweis
1	22.02.2013	19 Uhr	Stunde	5	ja	
2	04.03.2013	21 Uhr	Stunde	11	ja	
3	30.03.2013	22 Uhr	Stunde	3	ja	
4	04.05.2013		Tag	12	ja	
5	04.05.2013	22 Uhr	Stunde	9	ja	
6	05.05.2013		Tag	38	ja	
7	05.05.2013	19 Uhr	Stunde	17	ja	
8	05.05.2013	10:24:57	Sponsorhinweis während einer Sendung	7		ja
9	05.05.2013	10:25:12	Sponsorhinweis während einer Sendung	6		ja
10	12.05.2013	11:43:46	Sponsorhinweis während einer Sendung	8		ja
11	26.05.2013	11:58:35	Sponsorhinweis während einer Sendung	5		ja
12	01.06.2013	19 Uhr	Stunde	8	ja	
13	02.06.2013	10:52:54	Sponsorhinweis während einer Sendung	6		ja
14	02.06.2013	10:53:01	Sponsorhinweis während einer Sendung	7		ja
15	06.06.2013	19 Uhr	Stunde	9	ja	
16	07.06.2013	19 Uhr	Stunde	20	ja	
17	09.06.2013	11:40:19	Sponsorhinweis während einer Sendung	5		ja
18	23.06.2013	11:58:41	Sponsorhinweis während einer Sendung	8		ja
19	07.07.2013	12:04:52	Sponsorhinweis während einer Sendung	5		ja
20	21.07.2013	11:04:49	Sponsorhinweis während einer Sendung	5		ja
21	25.08.2013	12:15:15	Sponsorhinweis während einer Sendung	8		ja
22	08.09.2013	11:42:18	Sponsorhinweis während einer Sendung	6		ja
23	15.09.2013	11:33:19	Sponsorhinweis während einer Sendung	7		ja
24	22.09.2013		Tag	1	ja	
25	22.09.2013	10:30:11	Sponsorhinweis während einer Sendung	7		ja
26	22.09.2013	10:30:19	Sponsorhinweis während einer Sendung	7		ja
27	10.10.2013	19 Uhr	Stunde	15	ja	
28	19.10.2013		Tag	45	ja	

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

1. Keine Doppelberechnung von überlappenden Zeiten:
Im Falle von „Überlappungen“, sprich mehreren festgestellten Überschreitungen der zulässigen Werbedauer und Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen innerhalb eines Tages, erfolgte keine Doppelberechnung von einander überlappenden Zeiten. Dementsprechend wurden an Tagen mit einer Tagesüberschreitung die Dauer einer Stundenüberschreitung und bei Sponsorhinweisen während einer Sendung die Dauer des Sponsorhinweises von der ursprünglichen Dauer der Tagesüberschreitung abgezogen, um eine mehrfache Abschöpfung zu vermeiden.
2. Berechnung anhand von Durchschnittstarifen:
Ausgangspunkt für die Berechnung waren die Tarife für kommerzielle Kommunikation des ORF im Jahr 2013. Für die Überschreitungen der täglich zulässigen Werbedauer wurden nach der Werbedauer gewichtete Durchschnittstarife für den betreffenden Tag gebildet. Für die Stundenüberschreitungen wurden nach der Werbedauer gewichtete Durchschnittstarife für die betreffende Stunde gebildet.
3. Berechnung von Näherungswerten für Sponsoring Standard:
Das zum Zeitpunkt der Ausstrahlung der gegenständlichen Hinweise in Geltung stehende Tarifwerk des ORF (§ 31 Abs. 19 ORF-G) beinhaltete für Sonderwerbformen („Special Advertising“) unter anderem folgende Bestimmungen:

SPECIAL ADVERTISING	EINHEIT	PREIS MINIMUM	PREIS MAXIMUM *)
Sponsoring Standard	Schaltung	€ 212	€ 3.795
Sponsoring De Luxe	Schaltung	€ 488	€ 8.730

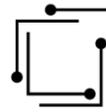
[...]

*) Erklärungen zur Preis-Bandbreite entnehmen Sie bitte dem Arbeitsblatt "Zuordnung der Sendungen innerhalb der Tarif-Bandbreite"
Agenturprovision 2,5%

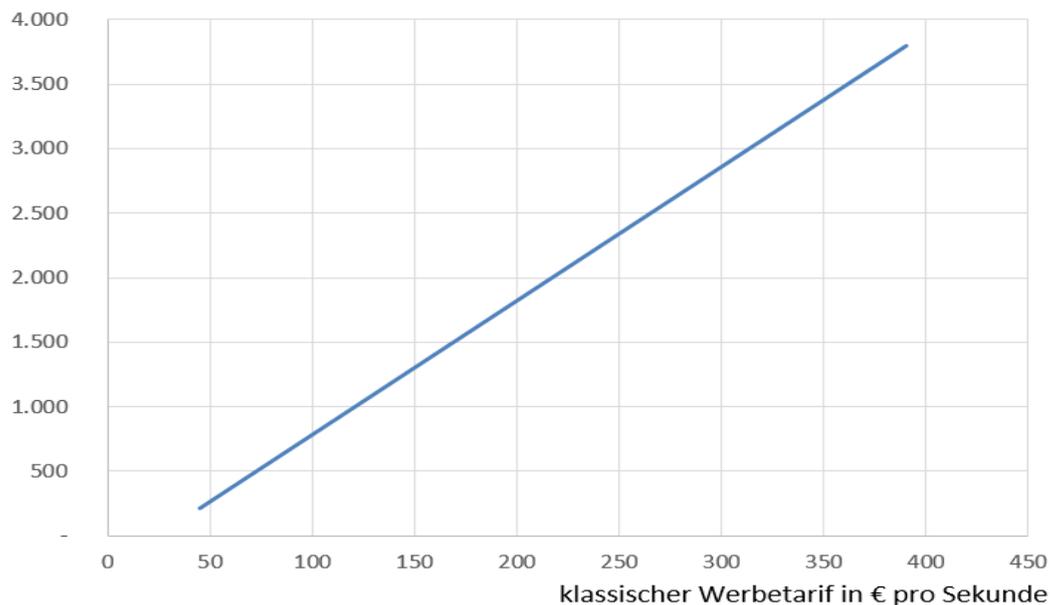
[...]

Preis-Bandbreiten sind bedingt durch die jeweilige Tageszeit und den Wochentag des Ausstrahlungszeitpunktes bzw. durch „Programm-Highlights“. Für die Berechnung eines Näherungswertes für Sponsoring Standard wurde jeweils der Sekundentarif in diesem Zeitfenster für „klassische“ Werbung auf die im Tarifwerk angegebene Bandbreite für „Sponsoring Standard“ linear extrapoliert. Dieser Annahme liegt die Überlegung zugrunde, dass sich auch die Bandbreite für die „klassischen“ Werbetarife an der Attraktivität des Ausstrahlungszeitpunkts orientiert.

Als Tarifliste wurden die „Werbeblock-Preise 2013/ORFeins – Stand 22.03.2013“ herangezogen und jeweils der minimale sowie der maximale Tarif im Jahr 2013 übernommen. Die Bandbreite (X-Achse des unteren Diagramms) für „klassische“ Spots bewegte sich im Jahr 2013 zwischen EUR 45,- und EUR 390,-. Die Bandbreite für Sponsoring Standard (Y-Achse) bewegte sich im Jahr 2013 in einer Bandbreite von EUR 212,- und EUR 3.795,-:



Sponsoring Standard in € pro Schaltung (extrapoliert)



Mit dieser dargestellten Funktion erfolgte die Umrechnung des konkreten Tarifs für Sponsoring Standard.

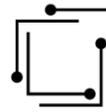
Die genaue Berechnungsformel lautet:

$$\begin{aligned} \text{Werbetarif Sponsoring} &= \text{Werbetarif Sponsoring max} + (\text{Werbetarif Sponsoring max} \\ &\quad - \text{Werbetarif Sponsoring min}) / (\text{Werbetarif klassisch max} \\ &\quad - \text{Werbetarif klassisch min}) * (\text{Werbetarif klassisch} \\ &\quad - \text{Werbetarif klassisch max}) \end{aligned}$$

Werte für die Variablen:

Werbetarif Sponsoring min = 212 €
Werbetarif Sponsoring max = 3.795 €
Werbetarif klassisch min = 45 €
Werbetarif klassisch max = 390 €

4. Berechnung auf Basis der Nettosekunden:
Die Durchschnittstarife wurden im Anschluss mit der im erstinstanzlichen Straferkenntnis der KommAustria vom 06.11.2014, KOA 3.500/14-049, festgestellten Dauer der Überschreitung bzw. der Dauer des Sponsorhinweises multipliziert.
5. Berücksichtigung eines Durchschnittsrabatts:
In der Berechnung wurden schließlich Rabatte, Agenturprovisionen und Skonto anhand der bereits im Bescheid der KommAustria vom 06.03.2014, KOA 3.500/14-010 („Wir sind Kaiser“), angewandten Formel berücksichtigt:



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

Der Listenpreis entspricht dem bisherigen Zwischenergebnis des Bruttowerbeerlöses.

Für den Durchschnittsrabatt wurden folgende Annahmen getroffen, die auf vom ORF übermittelten Daten beruhen:

- Durchschnittsrabatt „Klassische“ Werbung: 18,5%
- Durchschnittsrabatt Sponsoring: 7,5%

6. Berücksichtigung von Rabatten, Agenturprovision und Skonto:

Für die Agenturprovision (oben in der Formel „Agenturrabatt“) wurden folgende Werte herangezogen:

- Agenturprovision „Klassische“ Werbung: 15,0%
- Agenturprovision Sponsoring: 2,5%

Die Agenturprovision „Klassische“ Werbung ergibt sich aus den Angaben in den „AGB der ORF Enterprise gültig ab 01.01.2013 - Weiterführende Informationen ORFeins und ORF 2 – gültig ab 01.01.2013“.

Die Agenturprovision für Sponsoring Standard in Höhe von 2,5% ergibt sich aus dem bereits zitierten Tarifwerk für Special Advertising im Jahr 2013.

Die Höhe des Skontos wurde auf Basis der den „AGB der ORF Enterprise gültig ab 01.01.2013 – Weiterführende Informationen ORFeins und ORF 2 – gültig ab 01.01.2013“ mit 2% berücksichtigt.

Im Ergebnis berechnete der Amtssachverständige einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von EUR 20.927,11,- für alle 28 festgestellten Werbeverstöße.

Mit Schreiben vom 21.06.2018 übermittelte die KommAustria das Gutachten dem ORF zur Stellungnahme binnen drei Wochen.

Der ORF machte von der ihm eingeräumten Möglichkeit zur Stellungnahme zum Gutachten des Amtssachverständigen keinen Gebrauch.

2. Sachverhalt

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt fest:

2.1. Festgestellte Verletzungen von Werbebestimmungen (Jahreswerbebeobachtung 2013)

Mit Straferkenntnis vom 06.11.2014, KOA 3.500/14-049, stellte die KommAustria gegenüber dem für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), verantwortlichen Beauftragten für den gesamten Bereich des ORF für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G, fest, dass dieser nachstehende Rechtsverletzungen durch Überschreitungen der im Jahresdurchschnitt täglich zulässigen Werbedauer und der stündlich zulässigen Werbedauer sowie durch Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen im Fernsehprogramm ORFeins des Jahres 2013 zu verantworten hat:

1. (02-22-WS-1) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:05 am 22.02.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:05 in der Zeit von ca. 19:00:00 bis ca. 19:59:59;
2. (03-04-WS-2) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:11 am 04.03.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:11 in der Zeit von ca. 21:00:00 bis ca. 21:59:59;
3. (03-30-WS-3) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:03 am 30.03.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:03 in der Zeit von ca. 22:00:00 bis ca. 22:59:59;
4. (05-04-WT-4) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Tag von 00:50:24 um ca. 00:00:12 am 04.05.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:50:36;
5. (05-04-WS-5) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:09 am 04.05.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:09 in der Zeit von ca. 22:00:00 bis ca. 22:59:59;
6. (05-05-WT-6) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Tag von 00:50:24 um ca. 00:00:38 am 05.05.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:51:02;
7. (05-05-WS-7) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:17 am 05.05.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:17 in der Zeit von ca. 19:00:00 bis ca. 19:59:59;

8. (05-05-SH-8) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Sprehe Feinkost) während einer Sendung am 05.05.2013 von ca. 10:24:57 bis ca. 10:25:04;
9. (05-05-SH-9) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Tchibo) während einer Sendung am 05.05.2013 von ca. 10:25:12 bis ca. 10:25:18;
10. (05-12-SH-11) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Tchibo) während einer Sendung am 12.05.2013 von ca. 11:43:46 bis ca. 11:43:54;
11. (05-26-SH-12) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (PIBERSTEIN.at) während einer Sendung am 26.05.2013 von ca. 11:58:35 bis ca. 11:58:40;
12. (06-01-WS-13) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:08 am 01.06.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca.00:12:08 in der Zeit von ca. 19:00:00 bis ca. 19:59:59;
13. (06-02-SH-14) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Sport.Land. NÖ) während einer Sendung am 02.06.2013 von ca. 10:52:54 bis ca. 10:53:01;
14. (06-02-SH-15) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Haugschlag Golfresort, Euram Bank) während einer Sendung am 02.06.2013 von ca. 10:53:01 bis ca. 10:53:08;
15. (06-06-WS-16) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro von 00:12:00 um ca. 00:00:09 Stunde am 06.06.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:09 in der Zeit von ca. 19:00:00 bis ca. 19:59:59;
16. (06-07-WS-17) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:20 am 07.06.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:20 in der Zeit von ca. 19:00:00 bis ca. 19:59:59;
17. (06-09-SH-18) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Tchibo) während einer Sendung am 09.06.2013 von ca. 11:40:19 bis ca. 11:40:24;
18. (06-23-SH-19) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (golf.at) während einer Sendung am 23.06.2013 von ca. 11:58:41 bis ca. 11:58:49;
19. (07-07-SH-20) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (golf.at) während einer Sendung am 07.07.2013 von ca. 12:04:52 bis ca. 12:04:57;
20. (07-21-SH-21) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Sport.Land. NÖ) während einer Sendung am 21.07.2013 von ca. 11:04:49 bis ca. 11:04:54;
21. (08-25-SH-22) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Tchibo) während einer Sendung am 25.08.2013 von ca. 12:15:15 bis ca. 12:15:23;

22. (09-08-SH-23) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Simacek Facility GmbH) während einer Sendung am 08.09.2013 von ca. 11:42:18 bis ca. 11:42:24;
23. (09-15-SH-24) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (golf.at) während einer Sendung am 15.09.2013 von ca. 11:33:19 bis ca. 11:33:26;
24. (09-22-WT-25) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Tag von 00:50:24 um ca. 00:00:01 am 22.09.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:50:25;
25. (09-22-SH-26) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Tchibo) während einer Sendung am 22.09.2013 von ca. 10:30:11 bis ca. 10:30:18;
26. (09-22-SH-27) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Novomatic) während einer Sendung am 22.09.2013 von ca. 10:30:19 bis ca. 10:30:26;
27. (10-10-WS-28) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:15 am 10.10.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:15 in der Zeit von ca. 19:00:00 bis ca. 19:59:59;
28. (10-19-WT-29) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Tag von 00:50:24 um ca. 00:00:45 am 19.10.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:51:09.

Die gegen dieses Straferkenntnis erhobene Beschwerde hat das BVwG mit Erkenntnis vom 16.02.2016, W194 2016273-1/13E, als unbegründet abgewiesen. Aufgrund der hiergegen erhobenen Revision hat der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) mit Erkenntnis vom 21.06.2017, Ro 2016/03/0011, das angefochtene Erkenntnis des BVwG im Umfang der Entscheidung über die Spruchpunkte 12. und 15. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben, die Revision im Übrigen aber zurückgewiesen. 26 der insgesamt 28 im (erstinstanzlichen) Straferkenntnis festgestellten Verwaltungsübertretungen wurden somit bestätigt und rechtskräftig.

Die aufgehobenen Spruchpunkte 12. und 15. betrafen im Fernsehprogramm ORF eins ausgestrahlte (werblich gestaltete) Hinweise auf CD's mit der Bezeichnung „FM4 Sound Selection Volume 28“, die der VwGH entgegen der vom BVwG vertretenen Rechtsmeinung durchaus als Begleitmaterialien zur Hörfunksendung „Sound Selection“ einstuft (dazu im Detail VwGH 21.06.2017, Ro 2016/03/0011, Rn. 30 ff, wonach es darauf ankomme, dass das Produkt direkt von einer Sendung abgeleitet sei und unmittelbar darauf zurückgehe). Im Hinblick auf die werbezeitliche Privilegierung derartiger Hinweise führte der VwGH hingegen aus, dass eine richtlinienkonforme (Art 23 Abs. 2 AVMD-Richtlinie) Auslegung des § 14 Abs. 6 Z 1 ORF-G dazu führe, dass mit Hinweisen eines Fernsehveranstalters auf eigene Sendungen bzw. auf Begleitmaterialien, die direkt von diesen Sendungen abgeleitet sind, nur solche auf „Sendungen seiner Programme“ gemeint seien, also nur Fernsehsendungen in einem Fernsehprogramm des ORF erfasst seien, nicht aber Hörfunksendungen in einem Hörfunkprogramm des ORF. Hinweise in einem Fernsehprogramm des ORF auf Hörfunksendungen des ORF oder Begleitmaterialien, die direkt von diesen

Hörfunksendungen abgeleitet sind, fielen daher nicht unter die Ausnahmeregelung des § 14 Abs. 6 Z 1 ORF-G, weshalb deren Dauer in die höchstzulässige Werbedauer einzurechnen sei (dazu im Detail VwGH 21.06.2017, Ro 2016/03/0011, Rn. 34 ff). Somit wurde die Rechtsverletzung – die Überschreitung der höchstzulässigen stündlichen Werbezeit – auf objektiver Tatbestandsebene verwirklicht. Zum Verschulden äußerte sich der VwGH dahingehend, dass die vom Revisionswerber – nur nach nationalem Recht – vorgenommene Auslegung der Bestimmung diesem nun nicht vorwerfbar (entschuldbarer Verbotsirrtum) sei, weil zum Tatzeitpunkt noch keine klarstellende Rechtsprechung zum unionsrechtlich gebotenen, einschränkenden Verständnis der Bestimmung existiert habe.

Mit Erkenntnis vom 09.08.2017, W194 2016273-1/25E, hat das BVwG in der Folge neuerlich über die insoweit offenen beiden Punkte der Beschwerde entschieden und dieser nunmehr hinsichtlich der Spruchpunkte 12. und 15. des Straferkenntnisses der KommAustria vom 06.11.2014, KOA 3.500/14-049) stattgegeben. Das BVwG führte hierzu im Sinne des VwGH aus, dass die zweifelhafte Auslegung der Bestimmung des § 14 Abs. 6 Z 1 ORF-G im spezifisch zugrundeliegenden Fall dem verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen nicht vorwerfbar und insoweit daher von einer Verwaltungsstrafe abzusehen war. Somit erfolgte die Aufhebung der beiden Spruchpunkte aufgrund der fehlenden subjektiven Vorwerfbarkeit auf Verschuldensebene, hingegen nicht auf Ebene des objektiv verwirklichten Tatbestandes (also der Überschreitung der höchstzulässigen Werbedauer).

Es ist daher davon auszugehen, dass es im Jahr 2013 im Fernsehprogramm ORFeins zu vier Überschreitungen der im Jahresdurchschnitt täglich zulässigen Dauer von Werbung und Sponsorhinweisen, zu neun Überschreitungen der stündlich zulässigen Dauer von Werbung und Sponsorhinweisen sowie zur Ausstrahlung von 15 Sponsorhinweisen während laufender Sendungen durch den ORF gekommen ist.

2.2. Zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils

Der aus den festgestellten Verstößen gegen die Werbebestimmungen des ORF-Gesetzes lukrierte wirtschaftliche Vorteil des ORF beträgt unter Berücksichtigung des Umstandes, dass Überschreitungen der täglich zulässigen Werbedauer zum Teil auch aus Überschreitungen der stündlich zulässigen Werbedauer sowie aus der Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen am jeweiligen Tag resultieren, sowie unter Abzug von Rabatten, Agenturprovisionen und Skonti insgesamt EUR 20.927,11,-.

3. Beweiswürdigung

Die Sachverhaltsfeststellungen hinsichtlich der Überschreitungen der im Jahresdurchschnitt täglich höchstzulässigen Dauer von Werbung und Sponsorhinweisen, der Überschreitungen der stündlich zulässigen Dauer von Werbung und Sponsorhinweisen sowie der Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen im Fernsehprogramm ORFeins im Zeitraum 2013 beruhen auf dem erstinstanzlichen Straferkenntnis der KommAustria vom 06.11.2014, KOA 3.500/14-049, welches hinsichtlich 26 der insgesamt 28 festgestellten Verwaltungsübertretungen mit Erkenntnis des VwGH vom 21.06.2017, Ro 2016/03/0011, bestätigt wurde und in Rechtskraft erwachsen ist. Die diesbezüglichen Feststellungen wurden im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens auch dem ORF vorgehalten.

Hinsichtlich der beiden übrigen, in den Spruchpunkten 12. und 15. des erstinstanzlichen Straferkenntnisses festgestellten Verstöße gegen Werbebestimmungen des ORF-Gesetzes beruhen die Feststellungen auf dem Erkenntnis des BVwG vom 09.08.2017, W194 2016273-1/25E, welches in Umsetzung des Erkenntnisses des VwGH vom 21.06.2017, Ro 2016/03/0011, ergangen ist. Demnach waren zwar die beiden betroffenen Hinweise im Fernsehprogramm ORFeins auf Begleitmaterialien zur Hörfunksendung FM4 in Einklang mit Art 23 AVMD-RL in die höchstzulässige Werbezeit einzurechnen und die hierdurch bewirkte Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde auf Tatbestandsebene festzustellen. Hingegen war die zweifelhafte Auslegung der Bestimmung des § 14 Abs. 6 Z 1 ORF-G in den beiden Fällen dem verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen nicht vorwerfbar und daher insoweit von einer Strafe abzusehen.

Somit war der objektiv festgestellte Sachverhalt – auch hinsichtlich dieser beiden Spruchpunkte – vollumfänglich den Berechnungen des wirtschaftlichen Vorteils im hier gegenständlichen Abschöpfungsverfahren zugrunde zu legen (vgl. dazu unten im Rahmen der Rechtlichen Beurteilung 4.2.). Der Sachverhalt (das Vorliegen von gegen die §§ 13 bis 17 ORF-G verstoßenden rechtswidrigen Handlungen) wurde insoweit vom ORF auch nicht im Zuge der ihm eingeräumten Möglichkeit zur Stellungnahme zum Gutachten des Amtssachverständigen bestritten.

Die Feststellungen zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils beruhen auf dem schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten des Amtssachverständigen vom 19.06.2018, der hierfür die Feststellungen zu den Werbeverstößen (insbesondere also zur Dauer der Überschreitungen der höchstzulässigen Werbezeit sowie zur Dauer der während laufender Sendungen ausgestrahlten Sponsorhinweise) im erstinstanzlichen Straferkenntnis herangezogen hat. Vor allem der methodische Ansatz des Amtssachverständigen, Mehrfachabschöpfungen einander überlappender Werbezeitenüberschreitungen zu vermeiden, wurde schlüssig und nachvollziehbar dargelegt. Gleichermäßen wurde die vom Amtssachverständigen durchgeführte Berechnung anhand von Durchschnittstarifen, auf Basis der Nettosekunden sowie unter Berücksichtigung durchschnittlicher Rabatte, und nicht zuletzt die hierbei angewandten Berechnungsformeln, schlüssig und nachvollziehbar begründet. Dabei war auch in Betracht zu ziehen, dass sich der Amtssachverständige hierzu auf bereits früher rechtskräftig abgeschlossene Abschöpfungsverfahren bzw. diesen zugrundeliegende Berechnungen sowie auf vom ORF übermittelte Daten gestützt hat. Im Übrigen hat der ORF keine Einwendungen gegen das Gutachten vorgebracht.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Rechtliche Grundlage

§ 38b ORF-G lautet:

„Abschöpfung der Bereicherung

§ 38b. (1) *Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass der Österreichische Rundfunk durch eine gegen die Bestimmungen der §§ 13 bis 17 verstoßende rechtswidrige Handlung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat oder die Einnahmengrenze nach § 18 Abs. 1 überschritten wurde, kann sie einen Betrag in der Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils festsetzen und für abgeschöpft erklären.*

(2) Der Österreichische Rundfunk hat der Regulierungsbehörde auf Anfrage alle Informationen zur Verfügung zu stellen, ihr alle Auskünfte zu erteilen und ihr Einsicht in alle Aufzeichnungen und Bücher zu gewähren, soweit dies erforderlich ist, um den Abschöpfungsbetrag feststellen zu können. Soweit die Regulierungsbehörde den Abschöpfungsbetrag aus Informationen, Auskünften, Aufzeichnungen oder Büchern nicht ermitteln oder berechnen kann, hat sie ihn zu schätzen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind.

(3) Der abgeschöpfte Betrag fließt dem Bund zu.“

Die Bestimmung wurde mit der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 eingeführt. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (611 BlgNR 24. GP, 56) heißt es zu der Bestimmung:

„Zu § 38b:

Mit den Bestimmungen des § 38b wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass der ORF aus Rechtsverletzungen keinen wirtschaftlichen Vorteil lukrieren darf. Die Bestimmung orientiert sich inhaltlich an § 111 TKG 2003. Es handelt sich um keine Strafe.“

Eine Abschöpfung gemäß § 38b ORFG hat drei kumulative Voraussetzungen:

Als erste Voraussetzung wird das Vorliegen einer gegen die Bestimmungen der §§ 13 bis 17 ORF-G verstoßenden rechtswidrigen Handlung oder das Überschreiten der Einnahmengrenze nach § 18 Abs. 1 Satz 3 ORF-G durch den ORF bestimmt.

Im Hinblick auf das Vorliegen einer rechtswidrigen Handlung des ORF kann sich die Regulierungsbehörde etwa auf die Ergebnisse eines Rechtsaufsichtsverfahrens nach §§ 35 ff ORF-G stützen, wobei dieser Konnex schon dem Wortlaut nach nicht zwingend vorausgesetzt wird. 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.; dazu, dass auch § 38b Abs. 1 ORF-G selbst eine – von einer Feststellung gemäß § 37 ORF-G oder auch von einer Feststellung im Rahmen eines anderen (z.B. Straf-)Verfahrens unabhängige – Rechtsgrundlage für die Feststellung einer Rechtsverletzung normiert: KommAustria 21.10.2014, KOA 3.500/14-045; KommAustria 06.11.2014, KOA 3.500/14-010).

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

§ 14 ORF-G lautet auszugsweise:

„Fernseh- und Hörfunkwerbung, Werbezeiten

§ 14. [...]

(5) In Fernsehprogrammen ist Werbung nur österreichweit zulässig. Österreichweite Fernsehwerbung darf im Jahresdurchschnitt die Dauer von 42 Minuten pro Tag pro Programm nicht überschreiten, wobei Abweichungen von höchstens 20 vH pro Tag zulässig sind. Nicht in die nach dem vorstehenden Satz oder nach § 4b Abs. 2 vierter Satz und § 4c Abs. 2 fünfter Satz höchstzulässige Werbezeit einzurechnen ist Werbung für vom Österreichischen Rundfunk finanzierte oder mitfinanzierte Kinofilme. Innerhalb einer vollen Stunde darf der Anteil der Fernsehwerbung 20 vH nicht überschreiten. Unter Stunden sind die 24 gleichen Teile eines Kalendertages zu verstehen.

[...]

(6) Nicht in die jeweilige höchstzulässige Werbedauer einzurechnen ist die Dauer von

1. Hinweisen des Österreichischen Rundfunks auf Sendungen seiner Programme und auf Begleitmaterialien, die direkt von diesen Sendungen abgeleitet sind und

2. Produktplatzierungen.“

§ 17 ORF-G lautet auszugsweise:

„Sponsoring

§ 17. (1) Gesponserte Sendungen müssen folgenden Anforderungen genügen:

1.[...]

2. Sie sind durch den Namen oder das Firmenemblem oder ein anderes Symbol des Sponsors, etwa einen Hinweis auf seine Produkte oder Dienstleistungen oder ein entsprechendes unterscheidungskräftiges Zeichen am Anfang oder am Ende eindeutig als gesponserte Sendung zu kennzeichnen (Sponsorhinweise). Sponsorhinweise während einer Sendung sind unzulässig.

3.[...]

(5) Sofern es sich bei einer gesponserten Sendung nicht um eine solche zugunsten karitativer oder sonstiger im öffentlichen Interesse liegender Zwecke handelt, sind Sponsorhinweise in die in § 14

geregelte Werbezeit einzurechnen. Die einzurechnende Dauer der Sponsorhinweise regionaler Sendungen im Fernsehen bestimmt sich nach dem Verhältnis des durch die regionale Sendung technisch erreichten Bevölkerungsanteils zur Gesamtbevölkerung Österreichs.“

Die KommAustria hat aufgrund der im Jahr 2013 durchgeführten Jahreswerbebeobachtung des Fernsehprogramms ORFeins mit Straferkenntnis vom 06.11.2014, KOA 3.500/14-049, festgestellt, dass es zu vier Überschreitungen der im Jahresdurchschnitt täglich zulässigen Dauer von Werbung und Sponsorhinweisen, zu neun Überschreitungen der stündlich zulässigen Dauer von Werbung und Sponsorhinweisen sowie zur Ausstrahlung von 15 Sponsorhinweisen während laufender Sendungen gekommen ist (§ 2 Abs. 1 Z 9 KOG iVm § 1a, § 14 Abs. 5 und 6 Z 1 und 2 sowie § 17 Abs. 1 Z 2 und Abs. 5 iVm § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G; zu den einzelnen Verstößen siehe oben Sachverhalt 2.1.)

Dieses Straferkenntnis vom 06.11.2014, KOA 3.500/14-049, erging gegenüber dem zu dieser Zeit für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), verantwortlichen Beauftragten für den gesamten Bereich des ORF für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G. Die gegen dieses Straferkenntnis erhobene Beschwerde hat das BVwG mit Erkenntnis vom 16.02.2016, W194 2016273-1/13E, als unbegründet abgewiesen. Aufgrund der hiergegen erhobenen Revision hat der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) mit Erkenntnis vom 21.06.2017, Ro 2016/03/0011, das angefochtene Erkenntnis des BVwG im Umfang der Entscheidung über die Spruchpunkte 12. und 15. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben und die Revision im Übrigen zurückgewiesen. 26 der im erstinstanzlichen Straferkenntnis insgesamt festgestellten 28 Rechtsverletzungen (bzw. Verwaltungsübertretungen) sind damit in Rechtskraft erwachsen.

Hinsichtlich der aufgehobenen Spruchpunkte 12. und 15. sprach der VwGH aus, dass die Bestimmung gemäß § 14 Abs. 6 Z 1 ORF-G betreffend die werbezeitliche Privilegierung von Hinweisen auf Sendungen des ORF in seinem Programm bzw. auf Begleitmaterialien, die direkt von diesen Sendungen abgeleitet sind, in Einklang mit der Richtlinie über Audiovisuelle Mediendienste (2010/13/EU) so zu verstehen sei, dass dort mit „Sendungen seiner Programme“ nur Fernsehsendungen in einem Fernsehprogramm des ORF erfasst seien, nicht aber Hörfunksendungen in einem Hörfunkprogramm des ORF. Somit fielen Hinweise in einem Fernsehprogramm auf Begleitmaterialien, die direkt von Hörfunksendungen abgeleitet seien, nicht unter die dort normierte Ausnahmeregelung. Damit hat der VwGH die Verwirklichung des objektiven Tatbestands durch den ORF bejaht bzw. aufgrund der Verneinung der werbezeitlichen Privilegierung (Ausnahme von der Einrechnung der Dauer von Hinweisen auf Begleitmaterialien in die Werbedauer) von Hinweisen im Fernsehprogramm ORFeins auf CD's des Hörfunkprogramms FM4 („Sound Selection Volume 28“) die rechtswidrige Überschreitung der stündlich zulässigen Werbedauer in den konkreten Fällen bestätigt.

Allerdings räumte der VwGH ein, dass die laut den Spruchpunkten 12. und 15. verwirklichten Tatbestände mangels Rechtsprechung zur unionsrechtlich gebotenen Auslegung der Bestimmung des § 14 Abs. 6 Z 1 ORF-G im Tatzeitpunkt dem verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen auf Verschuldensebene nicht vorwerfbar seien und in den spezifischen Fällen somit ein entschuldbarer Verbotsirrtum vorgelegen habe. Insoweit sei daher von einer Verwaltungsstrafe abzusehen (dazu im Detail: VwGH 21.06.2017, Ro 2016/03/0011, Rn. 27 ff).

Mit Erkenntnis vom 09.08.2017, W194 2016273-1/25E, hat das BVwG neuerlich über die Beschwerde entschieden und im Sinne des o.z. Erkenntnisses des VwGH der Beschwerde gegen die Spruchpunkte 12. und 15. Folge gegeben.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Aufhebung der beiden Spruchpunkte aufgrund der fehlenden subjektiven Vorwerfbarkeit (also lediglich auf Verschuldensebene), hingegen nicht auf Ebene der objektiv verwirklichten Tatbestände erfolgte. Insoweit konnten daher sämtliche 28 festgestellten Rechtsverletzungen des erstinstanzlichen Straferkenntnisses vollumfänglich dem gegenständlichen Abschöpfungsverfahren zugrunde gelegt werden. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass im Rahmen eines Abschöpfungsverfahrens gemäß § 38b ORF-G Fragen des Verschuldens oder der Verhältnismäßigkeit keine Rolle spielen (vgl. dazu VwGH 22.11.2017, Ro 2017/03/001; *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, S. 373).

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass in das o.z. Straferkenntnis der KommAustria ein Ausspruch nach § 9 Abs. 7 VStG aufgenommen wurde und dieses dem ORF und dessen Generaldirektor zur Wahrnehmung allfälliger Parteirechte zugestellt wurde.

4.3. Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils

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

Vor dem Hintergrund des bisher Gesagten hat die KommAustria keinen Zweifel daran, dass im Falle des Überschreitens der höchstzulässigen Werbezeiten (sei dies die tägliche oder/und stündliche Werbedauer) sowie der rechtswidrigen Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen 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 Bestimmungen gemäß § 14 Abs. 5 und 6 Z 1 und 2 sowie § 17 Abs. 1 Z 2 und Abs. 5 ORF-G weder die täglich und stündlich höchstzulässigen Werbezeiten überschreiten, noch die festgestellten Sponsorhinweise während laufender Sendungen ausstrahlen dürfen. Hätte er sich rechtskonform verhalten, hätte er die daraus lukrierten Einnahmen nicht erzielen können. Der wirtschaftliche Vorteil liegt somit in den aus den unzulässiger Weise ausgestrahlten Spots und Hinweisen erzielten positiven Veränderungen im Vermögen des ORF.

4.4. Zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils

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

ORF verbleiben würden (vgl. hierzu: KommAustria 21.10.2014, KOA 3.500/14-045; *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz⁴, S. 374).

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

Das Gutachten vom 19.06.2018 (vgl. dazu oben Pkt. 1.) hat ergeben, dass der ORF aus den festgestellten Rechtsverletzungen einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von EUR 20.927,11,- erlangt hat. Dem Gutachten wurden unter anderem die Tariflisten des ORF für ORFeins aus dem Jahr 2013 zugrunde gelegt.

Der Betrag fließt dem Bund zu und ist zu diesem Zweck auf das Konto der Rundfunk und Telekom Regulierung-GmbH zu überweisen (Spruchpunkt 2.). Die bescheidmäßig angeordnete Abschöpfung verpflichtet den ORF daher zu einer Leistung bzw. zur Herstellung eines bestimmten Zustandes. In diesen Fällen ist nach § 59 Abs. 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 161/2013, im Spruch zugleich auch eine angemessene Frist zur Ausführung der Leistung oder Herstellung zu bestimmen.

Im Verfahren haben sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der ORF nicht zeitnah nach Rechtskraft der Entscheidung zu der erforderlichen Überweisung in der Lage wäre. Insbesondere besteht im Lichte der im Verhältnis zu den sonstigen betrieblichen Kennzahlen des ORF vernachlässigbaren Größenordnung des Abschöpfungsbetrages kein Anlass, an der kurzfristigen Mittelverfügbarkeit zu zweifeln. Es erscheint daher eine Frist von zwei Wochen ab Rechtskraft des Bescheides für die Überweisung angemessen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 3.500/18-048“, 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 07. August 2018

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

1. Österreichischer Rundfunk
2. Generaldirektor Dr. Alexander Wrabetz,
beide z.Hd. Dr. Klaus Kassai, LL.M., Würzburggasse 30, 1136 Wien, **per RSb**