



# 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. (07-30-SH-1) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Grafiksponsorring - Kurier) während einer Sendung am 30.07.2013 von ca. 17:59:23 bis ca. 17:59:32,
  - 1.2. (07-30-SH-2) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Grafiksponsorring - Kurier) während einer Sendung am 30.07.2013 von ca. 18:19:44 bis ca. 18:19:55,
  - 1.3. (07-30-SH-3) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Grafiksponsorring - Kurier) während einer Sendung am 30.07.2013 von ca. 18:24:50 bis ca. 18:25:00,
  - 1.4. (07-30-SH-4) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Grafiksponsorring - Kurier) während einer Sendung am 30.07.2013 von ca. 18:30:02 bis ca. 18:30:31,
  - 1.5. (07-30-SH-5) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Grafiksponsorring - Kurier) während einer Sendung am 30.07.2013 von ca. 18:40:53 bis ca. 18:41:04,
  - 1.6. (07-30-SH-6) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Grafiksponsorring - Kurier) während einer Sendung am 30.07.2013 von ca. 18:46:10 bis ca. 18:46:20,
  - 1.7. (07-30-SH-7) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Grafiksponsorring - Kurier) während einer Sendung am 30.07.2013 von ca. 19:01:25 bis ca. 19:01:31,

- 1.8. (07-30-SH-8) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Grafiksponsorring - Kurier) während einer Sendung am 30.07.2013 von ca. 19:11:27 bis ca. 19:11:36,
- 1.9. (07-30-SH-9) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Grafiksponsorring - Kurier) während einer Sendung am 30.07.2013 von ca. 19:21:31 bis ca. 19:21:38,
- 1.10. (07-30-SH-10) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Grafiksponsorring - Kurier) während einer Sendung am 30.07.2013 von ca. 19:32:25 bis ca. 19:32:33,
- 1.11. (07-30-SH-11) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Grafiksponsorring - Kurier) während einer Sendung am 30.07.2013 von ca. 19:42:09 bis ca. 19:42:16,
- 1.12. (07-30-SH-12) Ausstrahlung eines Sponsorhinweises (Grafiksponsorring - Kurier) während einer Sendung am 30.07.2013 von ca. 19:50:56 bis ca. 19:51:03,
- 1.13. (10-27-WT-13) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Tag von 00:50:24 am 27.10.2013 um ca. 00:00:42 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:51:06,
- 1.14. (11-29-WS-14) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:02 am 29.11.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:02 in der Zeit von ca. 18:00:00 bis ca. 18:59:59, und durch
- 1.15. (11-30-WS-15) Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:21 am 30.11.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:21 in der Zeit von ca. 21:00:00 bis ca. 21:59:59

die Bestimmungen gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G (1.1. bis 1.12.), § 14 Abs. 5 Satz 2 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G (1.13.) und § 14 Abs. 5 Satz 4 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G (1.14. bis 1.15.) verletzt und dadurch einen **wirtschaftlichen Vorteil** in Höhe von insgesamt **EUR 19.503,67,-** 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 3.500/18-069, zu überweisen.

## II. Begründung

### 1. Gang des Verfahrens

Mit Erkenntnis vom 25.11.2016, W249 20118650-1/18E, hat das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) über die Beschwerde gegen das Straferkenntnis der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 10.11.2015, KOA 3.500/15-061, entschieden. Das BVwG hat darin die Spruchpunkte 1. bis 13. des erstinstanzlichen Straferkenntnisses (Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen, Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Tag) gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 iVm § 31 Abs. 2 VStG wegen der zum Entscheidungszeitpunkt des BVwG eingetretenen Strafbarkeitsverjährung aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren insoweit eingestellt. Hinsichtlich der Spruchpunkte 14. und 15. des bekämpften Straferkenntnisses wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und eine Verletzung von Werbeterminen (Überschreitungen der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde) festgestellt. Die hiergegen erhobene Revision wurde mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) vom 01.09.2017, Ra 2017/03/007 und 0035, als unbegründet abgewiesen.

Soweit das erstinstanzliche Straferkenntnis infolge des Eintritts der Strafbarkeitsverjährung vom BVwG aufgehoben wurde, geht die KommAustria aufgrund der Auswertungsergebnisse der Jahreswerbebeobachtung des Fernsehprogramms ORFeins im Jahr 2013 davon aus, dass die von den behobenen Spruchpunkten umfassten Rechtsverletzungen durch die Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen sowie durch Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Tag auf objektiver Tatbestandsebene vollumfänglich verwirklicht worden sind. Es war daher im gegenständlichen Abschöpfungsverfahren insoweit (neuerlich) festzustellen, dass durch die Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen und durch die Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Tag (Spruchpunkt 1.1. bis 1.13.) die Werbebestimmungen gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF -G und § 14 Abs. 5 Satz 2 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G verletzt worden sind.

Mit Schreiben vom 23.08.2018 wurde Dr. Roland Belfin von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) zum Amtssachverständigen bestellt und mit der Berechnung der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils beauftragt, welchen der ORF aus der Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen und durch Werbezeitenüberschreitungen im Jahr 2013 erlangt hat. Zur gutachterlichen Berechnung zog der Amtssachverständige die Ergebnisse der Auswertung des Fernsehprogramms ORFeins im Jahr 2013 im Rahmen der Werbebeobachtung (Jahreswerbebeobachtung 2013 Teil II, inklusive Grafik-Sponsoring) heran, auf welchen auch die Feststellungen des erstinstanzlichen Straferkenntnisses der KommAustria vom 10.11.2015, KOA 3.500/15-061, gründeten.

Mit Schreiben vom 17.09.2018 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.

Grundlage der Berechnungen des wirtschaftlichen Vorteils durch den Amtssachverständigen waren die Tarife für kommerzielle Kommunikation des ORF im Jahr 2013 sowie hinsichtlich der Ausstrahlung von Grafik-Sponsorhinweisen (Kurier-Logos) während laufender Sendungen der

Vertrag zwischen der Kurier Redaktions GmbH & Co KG und dem Österreichischen Rundfunk vom 24.05.2013, dessen Gegenstand die Einspielung vergleichbarer Kurier-Logos während der Ausstrahlung der Österreichischen Fußball Bundesliga im Jahr 2013 war. Dieser Vertrag ist der KommAustria im Zuge des mit Erkenntnis des VwGH vom 05.05.2014, 2013/03/0122 abgeschlossenen Rechtsverletzungsverfahrens (vgl. KommAustria vom 02.08.2013, KOA 3.500/13-020) vorgelegt worden.

Zusammengefasst ging der Amtssachverständige bei seiner Berechnung von zwölf Sponsorhinweisen während laufender Sendungen, einer Tagesüberschreitung und zwei Stundenüberschreitungen aus:

Nr.	Datum	beginnend mit	Überschreitung	Sekunden
1	30.7.2013		Sponsorhinweise	-
2	27.10.2013	-	Tag	42
3	29.11.2013	18 Uhr	Stunde	2
4	30.11.2013	21 Uhr	Stunde	21

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

1. Keine Doppelberechnung von überlappenden Zeiten:

Durch den Umstand, dass die der Berechnung zugrunde gelegten Ereignisse an unterschiedlichen Tagen stattgefunden haben, war die Fragestellung der Doppelberechnung im gegenständlichen Gutachten nicht zu thematisieren.

2. Berechnung anhand von Durchschnittstarifen:

Ausgangspunkt für die Berechnung waren die Tarife für kommerzielle Kommunikation des ORF im Jahr 2013. Für Verletzungen aufgrund der Überschreitung der höchstzulässigen Werbedauer pro Tag 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 auf Basis der Nettosekunden:

Die Durchschnittstarife wurden mit der Nettodauer der festgestellten Werbezeitenüberschreitungen multipliziert.

4. Berücksichtigung von Rabatten, Agenturprovision und Skonto:

In der Berechnung wurden Rabatte, Agenturprovision 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%

Für die Agenturprovision (in der Form als „Agenturrabatt“ bezeichnet) wurde folgender Wert herangezogen:

- Agenturprovision „Klassische“ Werbung: 15,0 %

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 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.

Auf Basis dieser Annahmen berechnete der Amtssachverständige für die festgestellten Werbezeitenüberschreitungen zunächst einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von insgesamt EUR 9.798,07,-.

#### 5. Sponsorhinweise während laufender Sendungen:

Hinsichtlich der Sponsorhinweise (Grafik-Sponsoring) während laufender Sendungen hat der Amtssachverständige zur Berechnung bzw. Schätzung des lukrierten wirtschaftlichen Vorteils auf Informationen aus den rechtskräftigen Entscheidungen der KommAustria vom 02.08.2013, KOA 3.500/13-020 (Rechtsverletzungsverfahren „Fußball-Arena“) und vom 21.10.2014, KOA 3.500/14-045 (Abschöpfungsverfahren „Fußball-Arena“) zurückgegriffen. Darin wurde auf Basis des im Rahmen des Rechtsverletzungsverfahrens vorgelegten Vertrags zwischen der Kurier Redaktions GmbH & Co KG und dem ORF vom 24.05.2013 ein Wert für Sponsorhinweise für „Kurier“ in Höhe von netto EUR 10.000,- für den ORF ermittelt. Hierbei handelte es sich um einen Pauschalbetrag, unabhängig von der Anzahl der ausgestrahlten Sponsorhinweise (im konkreten Fall 14) oder deren Dauer (im konkreten Fall 115 Sekunden).

Der Amtssachverständige führte bezüglich der hier verfahrensgegenständlichen Sponsorhinweise (Grafik-Sponsoring für Kurier) aus, dass laut den Auswertungsergebnissen der KommAustria insgesamt zwölf Sponsorhinweise ausgestrahlt worden seien, welche eine Dauer von insgesamt 124 Sekunden aufwiesen. Diese Sponsorhinweise hätten ebenfalls den „Kurier“ betroffen und seien auch Mitte des Jahres 2013 ausgestrahlt worden. Ebenso sei die Ausstrahlung in einem ähnlichen Zeitraum von einer Stunde und 50 Minuten erfolgt. Darüber hinaus habe die Ausgestaltung und Größe jenen Sponsorhinweisen geähnelt, die bereits Gegenstand des oben erwähnten Vertrags vom 24.05.2013 gewesen seien. Der Amtssachverständige legte hierzu dar, dass es aus Sicht der Kostenberechnung bei vereinbarten Pauschalbeträgen nicht notwendig sei, eine Anpassung des Wertes aus dem erwähnten Vertrag an den gegenständlichen Fall vorzunehmen, überdies seien die Anzahl und die Dauer der Einblendungen des Kurier-Logos in beiden Fällen vergleichbar. Der Amtssachverständige erläuterte ferner, dass die Anzahl der Sponsorhinweise im Fall der dem

Vertrag vom 24.05.2013 zugrundeliegenden Sendung „Fußball-Arena“ mit 14 Einblendungen etwas höher liege, als im gegenständlichen Verfahren, dafür die Dauer der Einblendungen im gegenständlichen Verfahren mit 124 Sekunden etwas höher sei, als bei der Sendung „Fußball-Arena“. Daher bestehe auch aufgrund der mengenmäßigen Vergleichbarkeit kein Anpassungsbedarf des Pauschalbetrags und wurde dieser für das hier gegenständliche Verfahren somit mit einem Wert von EUR 10.000,- angenommen.

Für alle Ereignisse ermittelte der Amtssachverständige einen Gesamtwert von EUR 19.798,07,-.

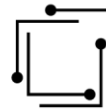
Mit Schreiben vom 26.09.2018 informierte die KommAustria den ORF über die Einleitung des Abschöpfungsverfahrens und übermittelte das Gutachten des Amtssachverständigen vom 17.09.2018 hinsichtlich des berechneten wirtschaftlichen Vorteils zur Stellungnahme binnen drei Wochen. Der ORF ersuchte in weiterer Folge um Fristerstreckung bis zum 25.10.2018, welche ihm gewährt wurde.

Mit Schreiben vom 24.10.2018 nahm der ORF zum Gutachten sowie zum eingeleiteten Abschöpfungsverfahren Stellung:

Zur Einleitung des Verfahrens der Abschöpfung der Bereicherung hielt der ORF fest, dass die geforderte Feststellung einer Gesetzesverletzung nicht erfolgt sei, da eine diesbezügliche Entscheidung der Regulierungsbehörde gemäß § 37 ORF-G nicht getroffen wurde. Die KommAustria stütze sich auf Feststellungen aus einem durchgeführten Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 38 ORF-G, welches mit Erkenntnis des BVwG vom 25.11.2016 eingestellt worden sei. Es bestehe keinerlei Rechtsgrundlage für eine bestehende oder nachträgliche Feststellung von Rechtsverletzungen, wie sie unter Punkt 1. bis 13. des Schreibens der KommAustria vom 26.09.2018 bzw. unter Punkt 1. (1. bis 13. im Gutachtensauftrag) des Gutachtens des Amtssachverständigen vom 17.09.2018 festgehalten werden. Eine andere Ansicht führe zu einer mit rechtsstaatlichen Prinzipien unvereinbaren Perpetuierung von Aufsichtskompetenzen auch über Sachverhalte, die bereits seit Jahren oder Jahrzehnten abgeschlossen seien.

Für den Fall, dass die KommAustria der Auffassung zur Unzulässigkeit der Einleitung eines Abschöpfungsverfahrens nicht folge, führte der ORF zu den im Gutachten angestellten Berechnungen des Amtssachverständigen aus, dass die unter Punkt 6.3. des Gutachtens bereitgestellten Informationen nicht mit jenen des seinerzeitigen Straferkenntnisses der KommAustria vom 10.11.2015, KOA 3.500/15-061, übereinstimmten. Demnach sei der Eintrag für 30.11. „34 Sekunden“ in der zweiten Zeile nicht erklärbar. Nach der Logik des Gutachters müsste sich der durchschnittliche Sekundenpreis auf EUR 280,89 bzw. nach Abzug der 34 Sekunden auf EUR 273,13 belaufen.

Aufgrund der Stellungnahme des ORF nahm der Amtssachverständige eine Korrektur bzw. Neuberechnung des wirtschaftlichen Vorteils vor und übermittelte der KommAustria am 02.11.2018 eine Berichtigung zum Gutachten vom 17.09.2018. Erläuternd führte der Amtssachverständige aus, dass im Anhang 6.3. irrtümlich ein Eintrag für einen Sponsorhinweis (Beginn 21:17:20, Dauer 34 Sekunden) für die Durchschnittswertberechnung des Sekundentarifs der Stunde beginnend mit 21:00 Uhr für den 30.11.2013 berücksichtigt worden sei. Die korrigierte Berechnung führe zu einem Durchschnittswert von EUR 273,13,- für diese Stunde, welche nunmehr mit der Stellungnahme des ORF vom 24.10.2018 übereinstimme:



**30.11.2013 Stunde ab 21:00**

Zeit Start	Dauer netto in Sekunden	Sekunden-Tarif in EUR lt. Tarifwerk
21:05:43	00:00:50	450
21:21:16	00:03:10	410
21:24:39	00:00:30	410
21:37:41	00:00:07	410
21:39:11	00:01:00	235
21:48:04	00:06:19	180
21:54:46	00:00:25	180
Stunde		273,13

Die Neuberechnung des aus den festgestellten Werbezeitenüberschreitungen lukrierten wirtschaftlichen Vorteils des ORF ergebe somit den Wert von EUR 9.503,67,-:

Datum	27.10.2013	29.11.2013	30.11.2013	
Überschreitung	Tag	Stunde	Stunde	
Anzahl Sekunden	42	2	21	
durchschnittlicher Sekundenerlös (Brutto) in €	189,28	156,62	273,13	
Bruttobetrag in €	7.949,76	313,24	5.735,73	
Rabatt in %	18,5%	18,5%	18,5%	
Rabatt in €	1.470,71	57,95	1.061,11	
Preis nach Rabatt in €	6.479,05	255,29	4.674,62	
Agenturprovision in %	15,0%	15,0%	15,0%	
Agenturprovision in €	971,86	38,29	701,19	
Preis nach Agenturprovision in €	5.507,20	217,00	3.973,43	
Skonto in %	2,0%	2,0%	2,0%	
Skonto in €	110,14	4,34	79,47	
				<b>Summe</b>
Wert in €	5.397,05	212,66	3.893,96	<b>9.503,67</b>

Der Gesamtwert des aus den Werbeverstößen lukrierten wirtschaftlichen Vorteils betrage daher unter Berücksichtigung des Pauschalbetrags von EUR 10.000,- für die Ausstrahlung der „Kurier-Logos“ EUR 19.503,67,-.

Mit Schreiben vom 02.11.2018 übermittelte die KommAustria dem ORF die richtig gestellte Berechnung des Amtssachverständigen.

## 2. Sachverhalt

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt fest:

### 2.1. Verletzungen von Werbebestimmungen (Jahreswerbebeobachtung 2013 mit Grafik-Sponsoring)

Im Fernsehprogramm ORF eins des ORF kam es im Jahr 2013 u.a. zu folgenden Ausstrahlungen:

- |                       |   |
|-----------------------|---|
| Zu 1.1. (07-30-SH-1): | Am 30.07.2013 wurde von ca. 17:59:23 bis ca. 17:59:32 ein Sponsorhinweis (Kurier - Grafiksponsoring während der laufenden Sportsendung) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:09. |
| Zu 1.2. (07-30-SH-2): | Am 30.07.2013 wurde von ca. 18:19:44 bis ca. 18:19:55 ein Sponsorhinweis (Kurier - Grafiksponsoring während der laufenden Sportsendung) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:11. |
| Zu 1.3. (07-30-SH-3): | Am 30.07.2013 wurde von ca. 18:24:50 bis ca. 18:25:00 ein Sponsorhinweis (Kurier - Grafiksponsoring während der laufenden Sportsendung) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:10. |
| Zu 1.4. (07-30-SH-4): | Am 30.07.2013 wurde von ca. 18:30:02 bis ca. 18:30:31 ein Sponsorhinweis (Kurier - Grafiksponsoring während der laufenden Sportsendung) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:29. |
| Zu 1.5. (07-30-SH-5): | Am 30.07.2013 wurde von ca. 18:40:53 bis ca. 18:41:04 ein Sponsorhinweis (Kurier - Grafiksponsoring während der laufenden Sportsendung) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:11. |
| Zu 1.6. (07-30-SH-6): | Am 30.07.2013 wurde von ca. 18:46:10 bis ca. 18:46:20 ein Sponsorhinweis (Kurier - Grafiksponsoring während der laufenden Sportsendung) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:10. |
| Zu 1.7. (07-30-SH-7): | Am 30.07.2013 wurde von ca. 19:01:25 bis ca. 19:01:31 ein Sponsorhinweis (Kurier - Grafiksponsoring während der laufenden Sportsendung) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:06. |
| Zu 1.8. (07-30-SH-8): | Am 30.07.2013 wurde von ca. 19:11:27 bis ca. 19:11:36 ein Sponsorhinweis (Kurier - Grafiksponsoring während der laufenden Sportsendung) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:09. |
| Zu 1.9. (07-30-SH-9): | Am 30.07.2013 wurde von ca. 19:21:31 bis ca. 19:21:38 ein Sponsorhinweis (Kurier - Grafiksponsoring während der laufenden Sportsendung) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:07. |



- Zu 1.10. (07-30-SH-10): Am 30.07.2013 wurde von ca. 19:32:25 bis ca. 19:32:33 ein Sponsorhinweis (Kurier - Grafiksponsoring während der laufenden Sportsendung) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:08.
- Zu 1.11. (07-30-SH-11): Am 30.07.2013 wurde von ca. 19:42:09 bis ca. 19:42:16 ein Sponsorhinweis (Kurier - Grafiksponsoring während der laufenden Sportsendung) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:07.
- Zu 1.12. (07-30-SH-12): Am 30.07.2013 wurde von ca. 19:50:56 bis ca. 19:51:03 ein Sponsorhinweis (Kurier - Grafiksponsoring während der laufenden Sportsendung) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:07.

Die vorgenannten Einblendungen stellten sich jeweils so dar, dass im Rahmen von Grafik-Inserts während der Live-Übertragung des Fußballspiels Austria Wien gegen FH Hafnarfjörður (Spielstand, Spielzeit, Torschützen etc.) zusätzlich das genannte Logo der Tageszeitung „Kurier“ eingeblendet wurde:

Abbildung 1 – Screenshot zu 1. (07-30-SH-1):



Abbildung 2 – Screenshot zu 10. (07-30-SH-10):



Der Ausstrahlung der Logos von „Kurier“ (1.1. bis 1.12.) liegt eine entgeltliche Vereinbarung zwischen dem ORF und der Kurier Redaktions GmbH & Co KG zu Grunde.

Zu 1.13. (10-27-WT-13):

Am 27.10.2013 wurden folgende Werbespots und Sponsorhinweise ausgestrahlt:

Von ca. 01:47:22 bis ca. 01:47:25 wurde ein Sponsorhinweis (Audi) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:03.

Von ca. 01:47:47 bis ca. 01:48:11 wurde ein Sponsorhinweis (Austria Ski Pool) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:24.

Von ca. 07:59:34 bis ca. 07:59:39 wurde ein Sponsorhinweis (Tiergarten Schönbrunn, S. Oliver) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:05.

Von ca. 08:55:41 bis ca. 08:56:53 wurden drei Werbespots (Mercedes-Benz, Apple Iphone 5/T-Mobile, Mercedes-Benz) ausgestrahlt. Die Bruttowerbezeit betrug ca. 00:01:12, die Dauer von zwei Schwarzblenden betrug ca. 00:00:02; sohin betrug die Nettowerbedauer ca. 00:01:10.

Von ca. 09:18:33 bis ca. 09:18:53 wurde ein Sponsorhinweis (Wüstenrot) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:20.

Von ca. 09:20:02 bis ca. 09:22:04 wurden sechs Werbespots (Raiffeisen Bank, Salzburger Land/Gastein, Sky, Coca Cola Zero/Playstation, Uniq, Österreich) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug ca. 00:02:02, die Dauer fünf Schwarzblenden betrug ca. 00:00:05; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:01:57.

Von ca. 09:22:10 bis ca. 09:22:25 wurde ein Werbespot (Schöffel) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:15.

Von ca. 09:52:15 bis ca. 09:52:50 wurde ein Werbespot (Spar Natur Pur) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:35.

Von ca. 10:01:33 bis ca. 10:02:29 wurden drei Werbespots (BWT, Howard Carpendale CD, BWT) ausgestrahlt. Die Bruttodauer betrug somit ca. 00:00:56, die Dauer von zwei Schwarzblenden ca. 00:00:02; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:00:54.

Von ca. 10:18:39 bis ca. 10:19:01 wurde ein Sponsorhinweis (Austria Ski Pool) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:22.

Von ca. 10:24:31 bis ca. 10:25:21 wurde ein Werbespot (Audi) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:50.

Von ca. 10:25:27 bis ca. 10:25:37 wurde ein Sponsorhinweis (Chanel) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:10.

Von ca. 12:27:23 bis ca. 12:27:31 wurde ein Sponsorhinweis (Chanel) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:08.

Von ca. 12:27:39 bis ca. 12:29:03 wurden drei Werbespots (Mazda, Salzburger Land/Obertauern, VW) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug daher ca. 00:01:24, die Dauer der zwei Schwarzblenden ca. 00:00:02; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:01:22.

Von ca. 12:37:20 bis ca. 12:37:25 wurde ein Sponsorhinweis (San Lucar) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:05.

Von ca. 12:37:33 bis ca. 12:39:36 wurden sechs Werbespots (XXXLutz, Raiffeisen Bank, XXXLutz, Erste Bank/Sparkasse, Sky, Erste Bank/Sparkasse) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug ca. 00:02:03, die Dauer von fünf Schwarzblenden ca. 00:00:05; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:01:58.

Von ca. 12:39:43 bis ca. 12:39:58 wurde ein Werbespot (Schöffel) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:15.

Von ca. 12:40:04 bis ca. 12:40:24 wurde ein Sponsorhinweis (Betsafe.com) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:20.

Von ca. 13:07:38 bis ca. 13:08:38 wurden zwei Werbespots (Audi quattro, Uniqa) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug daher ca. 00:01:00, die der Schwarzblende ca. 00:00:01; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:00:59.

Von ca. 13:19:40 bis ca. 13:19:59 wurde ein Werbespot (Red Bull Cola) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:19.

Von ca. 13:20:05 bis ca. 13:20:20 wurde ein Werbespot (Zillertal) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:15.

Von ca. 13:20:27 bis ca. 13:20:37 wurde ein Werbespot (Audi quattro) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:10.

Von ca. 13:40:01 bis ca. 13:40:11 wurde ein Sponsorhinweis (Raiffeisen) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:10.

Von ca. 13:40:17 bis ca. 13:41:08 wurden zwei Werbespots (Volvo, Tirol/Kitzbüheler Alpen All Star Card) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug daher ca. 00:00:51, die der Schwarzblende ca. 00:00:01; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:00:50.

Von ca. 13:45:31 bis ca. 13:45:50 wurde ein Sponsorhinweis (Wüstenrot) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:19.

Von ca. 13:46:56 bis ca. 13:49:19 wurden sechs Werbespots (Kinder Schoko Bons, A1, Salzburger Land/Gastein, XXXLutz, Mc Donalds, XXXLutz) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug daher ca. 00:02:23, jene von fünf Schwarzblenden ca. 00:00:05; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:02:18.

Von ca. 14:00:35 bis ca. 14:00:38 wurde ein Sponsorhinweis (Audi, Betsafe) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:03.

Von ca. 14:01:00 bis ca. 14:01:19 wurde ein Sponsorhinweis (Austria Ski Pool) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:19.

Von ca. 16:00:43 bis ca. 16:01:13 wurde ein Werbespot (Ja Natürlich) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:30.

Von ca. 16:01:24 bis ca. 16:01:29 wurde ein Sponsorhinweis (Samsung, Puma, T-Mobile, Toto) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:05.

Von ca. 16:25:19 bis ca. 16:26:15 wurden zwei Werbespots (Kelly's Chips, Mc Donalds) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug daher ca. 00:00:56, die der Schwarzblende ca. 00:00:01; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:00:55.

Von ca. 16:26:21 bis ca. 16:26:31 wurde ein Sponsorhinweis (William Hill) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:10.

Von ca. 17:16:42 bis ca. 17:16:46 wurde ein Sponsorhinweis (Samsung, Puma, T-Mobile, Toto) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:04.

Von ca. 17:26:45 bis ca. 17:27:04 wurde ein Sponsorhinweis (Wüstenrot) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:19.

Von ca. 17:28:49 bis ca. 17:31:10 wurden fünf Werbespots (Soletti Super Size, Medion/Hofer, Raiffeisen Bank, Schöffel, Volvo) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug daher ca. 00:02:21, jene der vier Schwarzblenden ca. 00:00:04; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:02:17.

Von ca. 17:31:17 bis ca. 17:31:27 wurde ein Sponsorhinweis (Bet-at-home.com) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:10.

Von ca. 18:38:18 bis ca. 18:38:22 wurde ein Sponsorhinweis (Bet-at-home.com, William Hill) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:04.

Von ca. 18:40:04 bis ca. 18:40:14 wurde ein Sponsorhinweis (Fussl Modestraße) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:10.

Von ca. 18:40:18 bis ca. 18:44:39 wurden zwölf Werbespots (Ergo Versicherung, Omni Biotic, Kinder Schoko Bons, Erste Bank/Sparkasse, Howard Carpendale CD, Erste Bank/Sparkasse, Sky, Coca Cola Zero/Playstation, Skoda, Nutella, GRAWE, Ferrero Rocher) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug daher ca. 00:04:21, jene von elf Schwarzblenden ca. 00:00:11; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:04:10.

Von ca. 18:44:45 bis ca. 18:45:10 wurde ein Werbespot (Bausparkasse) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:25.

Von ca. 19:06:18 bis ca. 19:06:22 wurde ein Sponsorhinweis (Samsung, Puma, T-Mobile, Toto) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:04.

Von ca. 19:06:46 bis ca. 19:07:06 wurde ein Sponsorhinweis (Wüstenrot) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:20.

Von ca. 19:09:03 bis ca. 19:09:54 wurden zwei Werbespots (Esmara/Lidl, Lagerhaus) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug daher ca. 00:00:51, die der Schwarzblende ca. 00:00:01; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:00:50.

Von ca. 19:10:00 bis ca. 19:10:10 wurde ein Sponsorhinweis (Jil Sander) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:10.

Von ca. 19:53:34 bis ca. 19:54:31 wurden drei Werbespots (Giotto, Mentadent white now, Iglo) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug daher ca. 00:00:57, die von zwei Schwarzblenden ca. 00:00:02; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:00:55.

Von ca. 19:54:37 bis ca. 19:54:44 wurde ein Sponsorhinweis (lieferservice.at) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:07.

Von ca. 19:56:03 bis ca. 19:59:57 wurden zwölf Werbespots (Diadermine, Salzburger Land/Zell am See Kaprun, Diadermine, Lätta, DeLonghi, DM, Maybelline Jade, Braun Cool Tec, Diadermine, Klipp Frisör, Christina Aguilera Parfum, Österreich Sticker Album) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug daher ca. 00:03:54, die Dauer von elf Schwarzblenden ca. 00:00:11; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:03:43.

Von ca. 20:00:03 bis ca. 20:00:18 wurde ein Werbespot (Kika) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:15.

Von ca. 20:08:09 bis ca. 20:11:30 wurden zehn Werbespots (Storck Merci, Casinos Austria, Dr. Oetker Pizza Tradizionale, Autoscout 24, Hipp, XXXLutz, Zipfer, XXXLutz, Kinder Überraschung, DM) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug daher ca. 00:03:21, die Dauer von neun Schwarzblenden ca. 00:00:09; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:03:12.

Von ca. 20:11:35 bis ca. 20:12:05 wurde ein Werbespot (A1) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:30.

Von ca. 20:12:49 bis ca. 20:14:58 wurden sieben Werbespots (Erste Bank/Sparkasse, Dr. Oetker Pizza Tradizionale, Erste Bank/Sparkasse, Casinos Austria, Drei, Storck Lach Gummi, Lagerhaus) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug daher ca. 00:02:09, die Dauer von sechs Schwarzblenden ca. 00:00:06; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:02:03.

Von ca. 20:15:05 bis ca. 20:15:25 wurde ein Werbespot (Red Bull Cola) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:20.

Von ca. 20:15:31 bis ca. 20:15:38 wurde ein Sponsorhinweis (Kinder Choco Fresh) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:07.

Von ca. 22:25:40 bis ca. 22:25:47 wurde ein Sponsorhinweis (Kinder Choco Fresh) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:07.

Von ca. 22:27:10 bis ca. 22:28:12 wurden drei Werbespots (Mazda, Coca Cola Zero/Playstation, Nivea) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug daher ca. 00:01:02, die Dauer von zwei Schwarzblenden ca. 00:00:02; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:01:00.

Von ca. 22:33:41 bis ca. 22:33:51 wurde ein Sponsorhinweis (Fussl Modestraße) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:10.

Von ca. 22:33:51 bis ca. 22:34:26 wurden zwei Werbespots (Afrika!Afrika!, Ö3 Zeitreise) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug daher ca. 00:00:35, die Dauer einer Schwarzblende ca. 00:00:01; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:00:34.

Von ca. 22:34:31 bis ca. 22:40:52 wurden 16 Werbespots (Nespresso, Mömax, Post, Storck Merci, Red Army Chor CD, KIK, D'arbo Honig, Christina Aguilera Parfum, Mc Donalds, Tempur/Leiner/Kika, Ferrero Rocher, Uniqa, Billa, Samsung Galaxy Note 3/Drei, Snickers, DM) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug daher ca. 00:06:21, die Dauer von 15 Schwarzblenden ca. 00:00:15; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:06:06.

Von ca. 22:40:58 bis ca. 22:41:12 wurde ein Werbespot (Kika) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:14.

Von ca. 23:24:49 bis ca. 23:25:09 wurde ein Werbespot (Kooza Cirque du Soleil) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:20.

Von ca. 23:25:14 bis ca. 23:29:09 wurden elf Werbespots (5 Gum, Mazda, Mister Muscle, Penny Markt, Yo Fruchtsäfte, Assassin's Creed IV, Dr. Oetker Pizza Tradizionale, Kika, DM, Kinder Pinguin, Skoda) ausgestrahlt. Die Bruttowerbedauer betrug daher ca. 00:03:55, die Dauer von zehn Schwarzblenden ca. 00:00:10; sohin betrug die Nettodauer ca. 00:03:45.

Die Dauer der Werbespots und Sponsorhinweise am 27.10.2013 betrug daher inklusive Schwarzblenden mit einer Dauer von ca. 00:02:58 insgesamt 00:54:04 (Bruttowerbezeit). Die daraus resultierende Überschreitung der täglich zulässigen Werbedauer von 00:50:24 betrug somit

inklusive Schwarzblenden 00:03:40. Unter Abzug der Dauer der Schwarzblenden betrug die Gesamtdauer der Werbezeit am 27.10.2013 ca. 00:51:06 (Nettowerbezeit). Die daraus resultierende Überschreitung der täglich (pro Kalendertag) zulässigen Werbedauer von 00:50:24 betrug daher netto 00:00:42.

Zu 1.14. (11-29-WS-14) und 1.15. (11-30-WS-15):

Mit Straferkenntnis vom 10.11.2015, KOA 3.500/15-061, 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 auch fest, dass dieser nachstehende Rechtsverletzungen gemäß § 14 Abs. 5 Satz 4 iVm 17 Abs. 5 ORF-G durch Überschreitungen der stündlich zulässigen Werbedauer im Fernsehprogramm ORFeins des Jahres 2013 zu verantworten hat:

- |                   |  |
|-------------------|--|
| 14. (11-29-WS-14) | Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:02 am 29.11.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:02 in der Zeit von ca. 18:00:00 bis ca. 18:59:59, sowie |
| 15. (11-30-WS-15) | Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:21 am 30.11.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:21 in der Zeit von ca. 21:00:00 bis ca. 21:59:59        |

Die gegen dieses Straferkenntnis erhobene Beschwerde hat das BVwG hinsichtlich der Spruchpunkte 14. und 15. mit Erkenntnis vom 25.11.2016, W249 20118650-1/18E, als unbegründet abgewiesen. Mit Erkenntnis vom 01.09.2017, Ra 2017/03/007 und 0035, hat der VwGH die hiergegen erhobene Revision ebenfalls als unbegründet abgewiesen.

## **2.2. Ergebnis der festgestellten Verletzungen**

Aufgrund der bisherigen Ausführungen kann festgehalten werden, dass am 30.07.2013 im Fernsehprogramm ORFeins zwölf Sponsorhinweise (Grafik-Sponsoring) während laufender Sendungen ausgestrahlt worden sind, sowie dass es am 27.10.2013 zu einer Überschreitung der im Jahresdurchschnitt täglich zulässigen Dauer von Werbung und Sponsorhinweisen und am 29.11.2013 sowie am 30.11.2013 zu je einer Überschreitung der stündlich zulässigen Dauer von Werbung und Sponsorhinweisen durch den ORF gekommen ist.

## **2.3. Zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils**

Der aus den festgestellten Verstößen gegen die Werbebestimmungen des ORF-Gesetzes lukrierte wirtschaftliche Vorteil des ORF beträgt unter Abzug von Rabatten, Agenturprovisionen und Skonti insgesamt EUR 19.503,67,-.

### **3. Beweiswürdigung**

Zu den Feststellungen hinsichtlich der Werbeverstöße gemäß den Spruchpunkten 1.1. bis 1.13.:

Die Sachverhaltsfeststellungen hinsichtlich der Ausstrahlung von zwölf Sponsorhinweisen (Grafik-Sponsoring) während laufender Sendungen am 30.07.2013 sowie hinsichtlich der Überschreitung der im Jahresdurchschnitt täglich zulässigen Dauer von Werbung und Sponsorhinweisen am 27.10.2013 beruhen auf den Ergebnissen der Auswertung des Fernsehprogramms ORFeins im Jahr 2013 (Jahreswerbebeobachtung 2013, Teil II, inklusive Grafik-Sponsoring) bzw. den entsprechenden Aufzeichnungen der Sendungen. Insoweit kann auch auf das (wegen Eintritts der Strafbarkeitsverjährung aufgehobene) Straferkenntnis der KommAustria vom 10.11.2015, KOA 3.500/15-061, verwiesen werden, wonach die Feststellungen zum Sendungsablauf auf den Aufzeichnungen der Sendungen beruhen. Der diesbezügliche Sachverhalt wurde auch im Rahmen des Verwaltungsstrafverfahrens vom damaligen Beschuldigten nicht bestritten. Soweit es im Zuge des Verfahrens zu Differenzen im Sekundenbereich bei der Dauer einzelner Werbeblöcke gekommen ist, wurde damals eine Nachprüfung vorgenommen und der vom damaligen Beschuldigten zugestandene Sachverhalt zu Grunde gelegt. Der ORF hat in seiner Stellungnahme vom 24.10.2018 zum Gutachten des Amtssachverständigen den diesbezüglichen Sachverhalt ebenfalls nicht bestritten, sondern lediglich in Zweifel gezogen, dass hinsichtlich der in den Spruchpunkten 1.1. bis 1.13. beschriebenen Werbeverletzungen keine für eine Abschöpfung eines wirtschaftlichen Vorteils erforderliche Feststellung von Rechtsverletzungen gemäß § 37 ORF-G vorliege, und dass für eine nachträgliche Feststellung keine Rechtsgrundlage bestehe.

Die Feststellung, dass den Ausstrahlungen der „Kurier“-Logos (Grafik-Sponsoring) eine entgeltliche Vereinbarung zu Grunde liegt, stützt sich auf das Vorbringen des damaligen Beschuldigten im zitierten Verwaltungsstrafverfahren in dessen Rechtfertigung vom 07.04.2014, sowie auf den Umstand, dass in einem weitgehend identen Fall eine entsprechende Vereinbarung über die Ausstrahlungen abgeschlossen worden war (vgl. diesbezüglich die Sachverhaltsfeststellungen im Bescheid der KommAustria vom 02.08.2013, KOA 3.500/13-020). Auch diesbezüglich erhob der ORF keine Einwendungen.

Die Feststellungen zur Dauer der Sponsorhinweise und Werbespots am 30.07.2013 und am 27.10.2013 sowie zur Dauer der Schwarzblenden beruhen ebenfalls auf den Ergebnissen der Auswertung der Aufzeichnungen des Fernsehprogramms ORFeins im Rahmen der Jahreswerbebeobachtung 2013. Die diesbezüglichen Feststellungen wurden dem ORF erstmals im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens (vgl. KommAustria vom 10.11.2015, KOA 3.500/15-061) und neuerlich im Zuge der Einleitung des gegenständlichen Abschöpfungsverfahrens vorgehalten. Der ORF hat auch diesen Sachverhalt in seiner Stellungnahme nicht bestritten.

Soweit sich der ORF generell gegen die Durchführung des Abschöpfungsverfahrens im Hinblick auf die wegen Eintritts der Strafbarkeitsverjährung aufgehobenen Feststellungen von Werbeverstößen wendet, handelt es sich dabei um rechtliches Vorbringen, auf das im Rahmen der rechtlichen Beurteilung eingegangen wird (vgl. dazu unten im Rahmen der Rechtlichen Beurteilung 4.1. und 4.2.). Dessen ungeachtet war der im gegenständlichen Abschöpfungsverfahren festgestellte Sachverhalt hinsichtlich der Spruchpunkte 1.1. bis 1.13. vollumfänglich den Berechnungen des wirtschaftlichen Vorteils zugrunde zu legen.



Zu den Feststellungen hinsichtlich der Werbeverstöße gemäß den Spruchpunkten 1.14. und 1.15.:

Die Sachverhaltsfeststellungen hinsichtlich der Überschreitungen der stündlich zulässigen Dauer von Werbung und Sponsorhinweisen im Fernsehprogramm ORFeins am 29. und am 30.11.2013 beruhen auf dem erstinstanzlichen Straferkenntnis der KommAustria vom 10.11.2015, KOA 3.500/15-061, welches hinsichtlich der in den Spruchpunkten 14. und 15. festgestellten Verwaltungsübertretungen mit Erkenntnis des VfGH vom 01.09.2017, Ra 2017/03/007 und 0035, bestätigt wurde und in Rechtskraft erwachsen ist. Die diesbezüglichen Feststellungen wurden im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens auch dem ORF vorgehalten.

Somit war auch der objektiv festgestellte Sachverhalt 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 4.1. und 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.

Zu den Feststellungen zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils:

Die Feststellungen zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils beruhen auf dem schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten des Amtssachverständigen vom 17.09.2018 sowie dessen Berichtigung vom 02.11.2018, welche aufgrund der Stellungnahme des ORF vom 24.10.2018 vorgenommen wurde. Ferner beruhen die Feststellungen zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils auf den Ergebnissen der Auswertung des Fernsehprogramms ORFeins im Rahmen der Jahreswerbebeobachtung 2013 und den darauf gegründeten Feststellungen von Werbeverstößen, insbesondere zu den während laufender Sendungen ausgestrahlten Sponsorhinweisen und der Dauer der Überschreitungen der höchstzulässigen Werbezeit.

Die getroffenen Feststellungen zur Höhe des aus der Ausstrahlung von Kurier-Logos (Grafik-Sponsorhinweise) während laufender Sendungen lukrierten wirtschaftlichen Vorteils beruhen auf den Erwägungen des Amtssachverständigen zum Vertrag zwischen der Kurier Redaktions GmbH & Co KG und dem ORF vom 24.05.2013, der weitgehend idente Grafik-Sponsorhinweise („Kurier-Logos“) zum Gegenstand hatte und einen Pauschalbetrag vorsah. Nicht zuletzt aufgrund der Vergleichbarkeit der Kurier-Logos hinsichtlich Ausstrahlungsjahr, Gestaltung, Häufigkeit, Einblendungsdauer und Sendungsdauer war der Schluss überzeugend, dass für die hier verfahrensgegenständlichen Kurier-Logos der gleiche Betrag zur Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils herangezogen werden konnte. Dies wurde auch seitens des ORF im Rahmen seiner Stellungnahme vom 24.10.2018 nicht bestritten.

Die vom Amtssachverständigen durchgeführte Berechnung des aus der Überschreitung der zulässigen Werbedauer (Tages- und Stundenüberschreitung) anhand von Durchschnittstarifen, auf Basis der Nettosekunden (exklusive Schwarzblenden) sowie unter Berücksichtigung durchschnittlicher Rabatte, und nicht zuletzt die hierbei angewandten Berechnungsformeln, wurden 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. Soweit nach Übermittlung des Gutachtens seitens des ORF Einwendungen gegen das Gutachten vorgebracht wurden, hat diese der Amtssachverständige

durch Korrektur seiner Berechnung berücksichtigt. Insoweit wurde der vom ORF vorgebrachte Sachverhalt den berichtigten Berechnungen des wirtschaftlichen Vorteils zu Grunde gelegt.

## **4. Rechtliche Beurteilung**

### **4.1. Rechtsgrundlage**

§ 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 des § 38b Abs. 1 ORF-G nach nicht zwingend vorausgesetzt wird (vgl. *Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>4</sup>, S. 373*). So nimmt die Bestimmung des § 38b Abs. 1 ORF-G nicht etwa auf ein vorangegangenes Feststellungsverfahren nach § 37 ORF-G Bezug (etwa: *„Hat die Regulierungsbehörde in einem Verfahren gemäß § 37 festgestellt...“*), sondern schafft durch die Formulierung im Präsens (*„Stellt die Regulierungsbehörde fest...“*) – wie auch die Bestimmung § 111 TKG 2003, dem § 38b ORF-G inhaltlich nachgebildet ist – eine selbständige Rechtsgrundlage für eine bescheidmäßige Feststellung.

Gleichermaßen 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 Rundfunkgesetze<sup>4</sup>, 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.)

Die Bestimmung gemäß § 38b Abs. 1 ORF-G schafft somit eine – von einer Feststellung gemäß § 37 ORF-G oder einer Feststellung im Rahmen eines Strafverfahrens nach § 38 ORF-G unabhängige – Rechtsgrundlage für die Feststellung einer gegen die §§ 13 bis 17 ORF-G verstoßenden rechtswidrigen Handlung im engen inhaltlichen Zusammenhang mit dem darauf aufbauenden Ausspruch der Abschöpfung (siehe dazu im Detail unter Pkt. 4.2.; vgl. 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 Rundfunkgesetze<sup>4</sup>, 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 Rundfunkgesetze<sup>4</sup>, S. 374).

## **4.2. Feststellung von Rechtsverletzungen**

Vor dem Hintergrund, dass das BVwG mit Erkenntnis vom 25.11.2016, W249 20118650-1/18E, die Spruchpunkte 1. bis 13. des erstinstanzlichen Straferkenntnisses der KommAustria vom 10.11.2015, KOA 3.500/15-061, gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 iVm § 31 Abs. 2 VStG wegen der zum Entscheidungszeitpunkt des BVwG eingetretenen Strafbarkeitsverjährung aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren insoweit eingestellt hat, hat die KommAustria von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Feststellung von Werbeverstößen im Hinblick auf die Spruchpunkte 1.1. bis 1.13. auf § 38b Abs. 1 ORF-G zu stützen.

Der ORF wendete dagegen in seiner Stellungnahme vom 24.10.2018 ein, dass die geforderte Feststellung einer Gesetzesverletzung nach § 37 ORF-G nicht erfolgt sei und sich die KommAustria auf Feststellungen aus einem Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 38 ORF-G stütze, welches

eingestellt worden sei. Für eine nachträgliche Feststellung von Rechtsverletzungen bestehe seiner Auffassung nach keinerlei Rechtsgrundlage und führe eine andere Ansicht zu einer mit rechtsstaatlichen Prinzipien unvereinbaren Perpetuierung von Aufsichtskompetenzen auch über schon längst abgeschlossene Sachverhalte.

Diesem Einwand ist vor allem entgegen zu halten, dass bei der Abschöpfung der Bereicherung nach § 38b ORF-G weder im Hinblick auf die Verfahrenseinleitung, noch in Bezug auf den Abschluss bzw. die Durchsetzung eine Verjährung vorgesehen ist (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz<sup>4</sup>, S. 373).

Darüber hinaus kann die KommAustria nicht erkennen, dass es für die Anwendung des § 38b ORF-G überhaupt eines vorangegangenen Feststellungsverfahrens bzw. einer Feststellung nach § 37 ORF-G (oder allenfalls § 38 ORF-G) bedürfte. § 38b ORF-G ist ausweislich der Gesetzesmaterialien dem § 111 TKG 2003 (in der Stammfassung gemäß BGBl. I Nr. 70/2003) nachgebildet bzw. orientiert sich inhaltlich an dieser Bestimmung (vgl. dazu Erl zur RV 611 BlgNR, XXIV. GP zu § 38b ORF-G).

§ 111 TKG 2003 lautete in der – insoweit weiterhin relevanten – Stammfassung:

#### ***„Abschöpfung der Bereicherung***

**§ 111.** (1) *Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass ein Unternehmen durch eine gegen dieses Bundesgesetz, gegen die Bestimmungen einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder gegen einen auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid verstoßende rechtswidrige Handlung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat, kann die Regulierungsbehörde beim Kartellgericht den Antrag stellen, einen Betrag festzusetzen und für abgeschöpft zu erklären. Das Kartellgericht ist dabei an die Feststellung der Regulierungsbehörde über das Vorliegen einer rechtswidrigen Handlung gebunden. Die Höhe der Abschöpfung richtet sich nach dem Ausmaß des wirtschaftlichen Vorteils und kann vom Kartellgericht mit bis zu 10% des Unternehmensumsatzes des Vorjahres festgesetzt werden. Die Regulierungsbehörde hat in diesem Verfahren Parteistellung.*

(2) *Der abgeschöpfte Betrag fließt der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH zu deren Finanzierung zu.“*

In den Erläuterungen (128 BlgNR XXII. GP, 21) heißt es zu dieser Bestimmung:

*„Der erlangte wirtschaftliche Vorteil muss nicht monetär bezifferbar sein, sondern kann auch in einem Wettbewerbsvorteil bestehen, der das Potenzial eines späteren Gewinnes umfasst. Die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde erstreckt sich auf die Feststellung, dass ein rechtswidriges Verhalten gesetzt wurde, welches einen wirtschaftlichen Vorteil hervorgerufen hat, sowie auf die Antragstellung an das Kartellgericht. Dieses entscheidet sodann ausschließlich über die Höhe des abzuschöpfenden Betrages.“*

[Hervorhebung nicht im Original]

§ 111 TKG 2003 sieht vor, dass die Regulierungsbehörde die Rechtswidrigkeit mit Bescheid festzustellen und sodann beim Kartellgericht die Abschöpfung zu beantragen hat (vgl. *Riesz/Schilchegger*, Kommentar zum TKG, § 111, Rz 7).

§ 38b ORF-G ist hinsichtlich der Frage der Feststellung einer Rechtsverletzung im Wesentlichen wortgleich mit § 111 TKG 2003, weist aber die Festlegung des Abschöpfungsbetrags – anders als § 111 TKG 2003 – ebenfalls der Regulierungsbehörde zu. Im Hinblick darauf, dass die Bestimmung des § 38b ORF-G ausweislich des ausdrücklichen Hinweises in den Gesetzesmaterialien dem § 111 TKG inhaltlich nachgebildet ist, ist davon auszugehen, dass auch § 38b Abs. 1 ORF-G eine – von einer Feststellung gemäß § 37 ORF-G oder auch von einer Feststellung im Rahmen eines anderen (etwa Straf-)Verfahrens unabhängige – Rechtsgrundlage für die Feststellung einer Rechtsverletzung im engen inhaltlichen Zusammenhang mit dem darauf aufbauenden Ausspruch der Abschöpfung gemäß § 38b Abs. 1 ORF-G normiert. Dies wird insbesondere auch durch den Wortlaut des § 38b Abs. 1 ORF-G selbst deutlich, der nicht etwa auf ein vorangegangenes Feststellungsverfahren nach § 37 ORF-G Bezug nimmt (z.B. „*Hat die Regulierungsbehörde in einem Verfahren gemäß § 37 festgestellt...*“), sondern durch die Formulierung im Präsens („*Stellt die Regulierungsbehörde fest...*“) – wie auch die Bestimmung § 111 TKG 2003, der diese nachgebildet ist – eine selbständige Rechtsgrundlage für eine bescheidmäßige Feststellung schafft. Für die KommAustria ergibt sich weder aus dem klaren Wortlaut, noch der Genese der Bestimmung aus § 111 TKG 2003 ein Hinweis, dass ein Verfahren nach § 38b ORF-G eine Feststellung nach § 37 ORF-G (oder § 38 ORF-G) voraussetzen würde. Vielmehr sieht auch § 36 Abs. 1 ORF-G in seinem Einleitungssatz ausdrücklich eine selbständige Entscheidung der KommAustria auch in „*anderen in diesem Bundesgesetz [...] genannten Fällen*“ vor, worunter nach Auffassung der KommAustria auch das selbständige Abschöpfungsverfahren nach § 38b ORF-G fällt.

Für dieses bei einer Wortinterpretation erzielte Ergebnis sprechen auch systematische Gründe. Vor allem das seit vielen Jahren bestehende Nebeneinander der Verwaltungsstrafverfahren nach § 38 ORF-G und den Feststellungs-/Beschwerdeverfahren nach §§ 36 und 37 ORF-G beweist, dass das Feststellungsverfahren gerade nicht Voraussetzung weiteren behördlichen Handelns ist. Die KommAustria kann insbesondere nicht erkennen, dass die zahlreichen „prozessualen“ Einschränkungen, die den Verfahren der §§ 36 bis 38 ORF-G immanent sind, den ausdrücklich in § 38b ORF-G eingeflossenen gesetzgeberischen Willen nach einer Rückabwicklung gesetzwidrig erlangter Vorteile aus Werbeverstößen determinieren sollten. Es erschiene beispielsweise wenig konsequent, eine Abschöpfung dann nicht vorzunehmen, wenn etwa klar rechtswidriges Verhalten auf Verschuldensebene zu einer Nicht-Bestrafung nach § 38 ORF-G führt, oder einer erstinstanzlich erfolgreichen Beschwerde nach § 36 ORF-G nachträglich – aus welchen Gründen auch immer – im Rechtsmittelweg die Beschwerdelegitimation versagt würde (vgl. hierzu bereits KommAustria 06.03.2014, KOA 3.500/14-010).

Dem Gedanken Rechnung tragend, dass sich rechtswidriges Verhalten für den ORF nicht lohnen soll (vgl. *Riesz/Schilchegger*, Kommentar zum TKG, § 111, Rz 2), ist es daher konsequent, unberechtigter Weise erlangte wirtschaftliche Vorteile auch dann noch abschöpfen zu können, wenn vorgelagerte Verfahren bereits abgeschlossen oder aber – etwa infolge Verjährung – eingestellt worden sind. Für den konkreten Fall ist zudem darauf hinzuweisen, dass mit dem gegenständlichen Verfahren der Abschöpfung der Bereicherung aufgrund der in den Spruchpunkten 1.1. bis 1.13. festgestellten Werbeverstöße keine Fortsetzung des mit Erkenntnis des BVwG vom 25.11.2016, W249 20118650-1/18E, eingestellten Verwaltungsstrafverfahrens beabsichtigt ist, zielte dieses doch darauf ab, subjektiv vorwerfbares Verhalten zu bestrafen. Es steht dem ORF daher auch frei, die dem Abschöpfungsverfahren zu Grunde liegende Feststellung rechtswidrigen Verhaltens in diesem Verfahren zu bestreiten (was nicht geschehen ist) bzw. im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens zu bekämpfen.

Hinsichtlich der Spruchpunkte 14. und 15. des Straferkenntnisses der KommAustria vom 10.11.2015, KOA 3.500/15-061, wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und insoweit eine Verletzung von Werb Bestimmungen (Überschreitungen der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde) rechtskräftig festgestellt. Die hiergegen erhobene Revision wurde mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) vom 01.09.2017, Ra 2017/03/007 und 0035, als unbegründet abgewiesen. Die Verwirklichung des objektiven Tatbestands durch den ORF steht insoweit somit außer Streit.

Im Lichte der vorhergehenden Ausführungen ist nunmehr im Hinblick auf die unter 2.1. dieses Bescheides getroffenen Feststellungen zu 1.1. bis 1.13. die Frage zu beantworten, ob im Sinne des § 38b Abs. 1 ORF-G gegen die Bestimmungen der §§ 13 bis 17 ORF-G verstoßende rechtswidrige Handlungen vorliegen, durch die der ORF einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat:

*„§ 1a. Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet*

*[...]*

*8. „Fernseh- oder Hörfunkwerbung (Werbung)“*

*a) jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern oder*

*b) jede Äußerung zur Unterstützung einer Sache oder Idee, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gesendet wird;*

*[...]*

*11. Sponsoring, wenn ein nicht im Bereich der Bereitstellung von audiovisuellen Mediendiensten, in der Produktion von audiovisuellen Werken oder von Hörfunkprogrammen oder -sendungen tätiges öffentliches oder privates Unternehmen einen Beitrag zur Finanzierung solcher Werke mit dem Ziel leistet, den Namen, die Marke, das Erscheinungsbild, die Tätigkeit oder die Leistungen des Unternehmens zu fördern. [...]*

§ 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. Das Verbot von Sponsorhinweisen während einer Sendung gilt nicht für die Einblendung von Hinweisen während der Übertragung von Veranstaltungen sowie während deren Wiederholung oder zeitversetzter Ausstrahlung, sofern der Österreichische Rundfunk und seine Tochtergesellschaften keinen Einfluss auf die Platzierung der Hinweise haben und hierfür weder unmittelbar noch mittelbar ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung erhalten.

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 – mit Ausnahme der in Abs. 1 Z 2 letzter Satz beschriebenen Hinweise – 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.“

Im Hinblick auf die „Kurier“-Logos (1.1. bis 1.12.) ist festzuhalten, dass diese jedenfalls den Tatbestand des Sponsorhinweises iSd § 17 Abs. 1 Z 2 iVm § 1a Z 11 ORF-G erfüllen. Der VwGH hat zum weitestgehend identen Sachverhalt der Ausstrahlung der Hinweise am 22.05.2013 festgestellt, dass es nicht darauf ankomme, „ob die Einblendung des Spielstandes oder der Spielzeit im Rahmen des im Fernsehen übertragenen Fußballspiels vom Zuseher als in die Sendung integrierter Teil der Handlung wahrgenommen wird. Im gegebenen Zusammenhang sind nämlich nicht diese Formen der Sendungsgestaltung zu diskutieren, sondern es ist zu fragen, ob die zusätzliche Einblendung eines Firmenlogos noch als Teil der in der Sendung gezeigten Handlung aufgefasst werden kann. Diese zuletzt angesprochene Frage ist zu verneinen. Anders als bei der (allenfalls auch computeranimierten) Bandenwerbung, bei der bei einem Zuseher der Eindruck entsteht, das Produkt sei Teil der Handlung, lassen die beanstandeten Einblendungen einen ausreichenden Bezug zur gezeigten Handlung vermissen. Die Behörde ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass es sich bei den Einblendungen des Logos einer Tageszeitung („Grafik-Overlays“) während des Fußballspiels um keine Produktplatzierung gehandelt hat.“ (VwGH 05.05.2014, 2013/03/0122; zu einer ähnlichen Konstellation: BVwG 11.05.2017, W219 2119110-1/5 E). Die mit BGBl. I Nr. 86/2015 erfolgte Neufassung der Bestimmung des § 17 Abs. 1 Z 2 spielt schon insoweit keine Rolle, als der ORF die Hinweise unter eigener Verantwortung (und damit Einflussnahme) sowie gegen Entgelt ausgestrahlt hat. Es ist daher festzuhalten, dass durch die Ausstrahlung von Grafik-Sponsorhinweisen während laufender Sendungen gegen § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verstoßen worden ist.

Im Hinblick auf Spruchpunkt 1.13. (Überschreitung der pro Tag zulässigen Werbedauer) erfüllen nach Auffassung der KommAustria alle jeweils im oben festgestellten Sachverhalt als Werbespots bezeichneten Ausstrahlungen den Tatbestand der Werbung iSd § 1a Z 8 ORF-G sowie alle als Sponsorhinweise bezeichneten Ausstrahlungen den Tatbestand der Sponsorhinweise iSd § 17 Abs. 5 iVm § 1a Z 11 ORF-G. Dies wurde seitens des ORF im Rahmen seiner Stellungnahme vom 24.10.2018 nicht bestritten. Selbst im eingestellten Verwaltungsstrafverfahren wurde dies vom damaligen Beschuldigten nicht bestritten.

Damit ergibt sich beim oben zu 1.13. dargestellten Sachverhalt, dass die sich aus § 14 Abs. 5 Satz 2 iVm § 17 Abs. 5 ORF G ergebende höchstzulässige Dauer der Werbung und der Sponsorhinweise von 00:50:24 pro Kalendertag am 27.10.2013 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:54:04 (zur Berücksichtigung der Schwarzblenden bei der Berechnung der Werbedauer: EuGH vom 17.02.2016, C-314/14) insgesamt um ca. 00:03:40 überschritten worden ist. Für die hier gegenständliche Abschöpfung der Bereicherung war jedoch auf die Überschreitung der täglich zulässigen Werbedauer exklusive Schwarzblenden abzustellen, zumal aus Schwarzblenden kein wirtschaftlicher Vorteil lukriert werden konnte. Demnach wurde die höchstzulässige Dauer der Werbung und der Sponsorhinweise von 00:50:24 pro Kalendertag am 27.10.2013, abzüglich der Schwarzblenden, um ca. 00:00:42 überschritten.

Im Hinblick auf die in den Spruchpunkten 1.14. bis 1.15. festgestellten Werbeverstöße kann wiederum auf das insoweit rechtskräftige Straferkenntnis der KommAustria vom 10.11.2015, KOA 3.500/15-061, verwiesen werden, welches hinsichtlich der genannten Spruchpunkte mit Erkenntnis des BVwG vom 25.11.2016, W249 20118650-1/18E, sowie mit Erkenntnis des VwGH vom 01.09.2017, Ra 2017/03/007 und 0035, bestätigt worden ist. Demnach wurde aufgrund der im Jahr 2013 durchgeführten Jahreswerbebeobachtung des Fernsehprogramms ORFeins rechtskräftig festgestellt, dass es am 29.11.2013 und am 30.11.2013 zu je einer Überschreitung der stündlich zulässigen Dauer von Werbung und Sponsorhinweisen gekommen ist, wobei entsprechend der zum damaligen Zeitpunkt bekannten Rechtslage von vorneherein die Nettoüberschreitung festgestellt worden ist (§ 2 Abs. 1 Z 9 KOG iVm § 1a, § 14 Abs. 5 Satz 4 iVm 17 Abs. 5 ORF-G; zu den einzelnen Verstößen siehe oben Sachverhalt 2.1.). Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang 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. Es ist daher festzuhalten, dass die in den Spruchpunkten 14. und 15. festgestellten Rechtsverletzungen des erstinstanzlichen Straferkenntnisses vollumfänglich dem gegenständlichen Abschöpfungsverfahren zugrunde gelegt werden.

### **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 der rechtswidrigen Ausstrahlung von Sponsorhinweisen während laufender Sendungen sowie des Überschreitens der höchstzulässigen Werbezeiten (sei dies die tägliche oder die stündliche Werbedauer) in der Sphäre des ORF ein wirtschaftlicher Vorteil eingetreten ist:

Im Hinblick auf die ausgestrahlten Grafik-Sponsorhinweise („Kurier-Logos“) ist festzuhalten, dass der ORF auf Grund der Bestimmung des § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G die rechtswidrigen Sponsorhinweise in dieser Form gar nicht hätte ausstrahlen und aus diesen daher auch keine



Einnahmen erzielen hätte dürfen. Der wirtschaftliche Vorteil liegt somit in den aus dem Vertragsverhältnis heraus bewirkten positiven Veränderungen im Vermögen des ORF (vgl. dazu VwGH 05.05.2014, 2013/03/0122 [Rechtsverletzung] und VwGH 24.04.2018, Ro 2018/03/0002 [Abschöpfung]).

Hinsichtlich der festgestellten Werbezeitenüberschreitungen hätte der ORF auf Grund der Bestimmungen gemäß § 14 Abs. 5 Satz 2 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G (1.13.) und § 14 Abs. 5 Satz 4 iVm 17 Abs. 5 ORF-G (1.14. bis 1.15.) weder die täglich noch die stündlich höchstzulässigen Werbezeiten überschreiten dürfen. Hätte er sich rechtskonform verhalten, hätte er die daraus lukrierten Einnahmen ebenfalls 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/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>4</sup>, 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 17.09.2018 hat unter Berücksichtigung der Korrektur vom 02.11.2018 (vgl. dazu oben 1.) ergeben, dass der ORF aus den festgestellten Rechtsverletzungen einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von insgesamt EUR 19.503,67,- erlangt hat. Dem Gutachten wurden unter anderem der im Rahmen eines Rechtsverletzungsverfahrens vorgelegte Vertrag zwischen der Kurier Redaktions GmbH & Co KG und dem ORF vom 24.05.2013 (vgl. dazu KommAustria 02.08.2013, KOA 3.500/13-020 – Rechtsverletzungsverfahren „Fußball-Arena“ und KommAustria 21.10.2014, KOA 3.500/14-045 – Abschöpfungsverfahren „Fußball-Arena“) hinsichtlich vergleichbarer Grafik-Sponsorhinweise zugrunde gelegt, sowie für die Werbezeitenüberschreitungen die Tariflisten des ORF für ORFeins aus dem Jahr 2013.

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 3.500/18-069“, 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 7. März 2019

**Kommunikationsbehörde Austria**

Mag. Michael Ogris  
(Vorsitzender)