



# Bescheid

## I. Spruch

1. Gemäß § 38b Abs. 1 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 61/2018 wird festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) dadurch, dass er am 05.11.2014 im Rahmen der von ca. 21:48 bis ca. 21:54 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Sendung „Autofocus“ durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf die präsentierten Fahrzeugmodelle die Bestimmung des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G verletzt hat, wonach gesponserte Sendungen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Sponsors oder eines Dritten anregen dürfen, einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von insgesamt **EUR 19.500,-** erlangt hat. Dieser wird gemäß § 38b Abs. 1 letzter Satz ORF-G für **abgeschöpft** erklärt.
2. Der ORF hat den Abschöpfungsbetrag gemäß Spruchpunkt 1. binnen zwei Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides auf das Konto der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, IBAN: AT932011129231280909, BIC: GIBAAWWXXX, Verwendungszweck: KOA 3.500/19-045, zu überweisen.

## II. Begründung

### 1. Gang des Verfahrens

Mit Bescheid vom 27.04.2015, KOA 3.500/15-020, stellte die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) fest, dass der ORF am 05.11.2014 im Rahmen der von ca. 21:48 bis ca. 21:54 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Sendung „Autofocus“ durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf die präsentierten Fahrzeugmodelle die Bestimmung des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G verletzt hat, wonach gesponserte Sendungen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Sponsors oder eines Dritten anregen dürfen. Gegen diesen Bescheid hat der ORF keine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) erhoben.

Mit Straferkenntnis vom 17.11.2015, KOA 3.500/15-046 stellte die KommAustria ferner gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G gegenüber dem für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlichen Beauftragten des ORF fest, dass dieser zu verantworten habe, dass die am 05.11.2014 von ca. 21:48 Uhr bis ca. 21:54 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlte und gesponserte Sendung „Autofocus“ durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf die präsentierten Fahrzeugmodelle unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Sponsors oder eines Dritten

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Mariahilfer Straße 77–79  
1060 WIEN, ÖSTERREICH  
[www.rtr.at](http://www.rtr.at)

E: [rtr@rtr.at](mailto:rtr@rtr.at)  
T: +43 1 58058-0  
F: +43 1 58058-9191

angeregt hat. Gegen dieses Straferkenntnis wurde ebenfalls keine Beschwerde erhoben. Beide Entscheidungen der KommAustria sind somit rechtskräftig geworden.

Mit Schreiben vom 22.02.2019 leitete die KommAustria ein Verfahren gemäß § 38b ORF-G zur Abschöpfung der aus der gegen § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G verstoßenden rechtswidrigen Handlung erlangten Bereicherung ein. Als wirtschaftlicher Vorteil wurde der auf die gegenständliche Sendung entfallende Anteil des aus dem zwischen der ORF Enterprise GmbH & Co KG und dem Arbeitskreis der Automobilimporteure in Zusammenhang mit der Sendereihe „Autofocus“ geschlossenen Sponsoring-Vertrag vom 30.04.2014 vereinbarten Entgelts herangezogen.

Demnach hat der vom 30.04.2014 datierende Sponsoring-Vertrag den Zeitraum 2014/2015 umfasst, wobei dem Arbeitskreis der Automobilimporteure bzw. dessen Vermarktungsagentur ideenbox marketing solutions GmbH für das Sponsoring von zwölf Produktionen der Sendereihe „Autofocus“ ein Betrag in Höhe von insgesamt EUR 234.000 in Rechnung gestellt wurde. Leistungsgegenständlich waren 36 Programm-Promotion-Trailer (à EUR 3.424, in Summe daher EUR 123.264) sowie zwölf Sponsoring-Hinweise De Luxe bzw. je zwölf Opener und Closer (à EUR 4.613, in Summe daher EUR 110.712), woraus ein Betrag von insgesamt rund EUR 234.000 resultierte. Das Tarifwerk des ORF für Sonderwerbformen im Fernsehen hat für den in Rede stehenden Zeitraum – neben einem Tarif für Programm Promotion Trailer Sponsoring de Luxe – für ein aus Programm-Promotion-Trailer samt Opener und Closer bestehendes „Sponsoring De Luxe Paket Automagazin“ pro Sendung einen Betrag von EUR 30.000 ausgewiesen, welcher bei angenommenen zwölf Sendungen eine Summe von insgesamt EUR 360.000 ergeben hat. Dieser Betrag hat im vorliegenden Sponsoring-Vertrag insofern Deckung gefunden, als darin ein Rabatt von 35 % bereits eingepreist worden ist. Unter Berücksichtigung dieses Rabattes bei dem auf Basis des Tarifwerks ermittelten Gesamtbetrag, ergibt sich daraus eine Summe von ebenfalls EUR 234.000.

Aus dem Sponsoring-Vertrag und dem darin vereinbarten Rabatt ergibt sich für die gegenständliche Sendung vom 05.11.2014 nachstehender Teilbetrag:

<b>Summe im Vertrag in €</b>	<b>360.000</b>
<b>Sendungen</b>	<b>12</b>
<b>Tarif pro Sendung in €</b>	<b>30.000</b>
<b>Rabatt in %</b>	<b>35%</b>
<b>Rabatt in €</b>	<b>126.000</b>
<b>Gesamtbetrag mit Rabatt im Vertrag in €</b>	<b>234.000</b>
<b>Tarif pro Sendung mit Rabatt im Vertrag in €</b>	<b>19.500</b>

Dem ORF wurde mit diesem Schreiben die Möglichkeit eingeräumt, sich hierzu binnen zwei Wochen zu äußern.

Mit Schreiben vom 11.03.2019 nahm der ORF zur Einleitung des Abschöpfungsverfahrens gemäß § 38b ORF-G Stellung, wobei er zunächst die Formulierung im Einleitungsschreiben der KommAustria als unkorrekt bezeichnete, der zufolge der Sendereihe „Autofocus“ ein Sponsoring-Vertrag zwischen der ORF Enterprise GmbH & Co KG und dem Arbeitskreis der Automobilimporteure der Industriellenvereinigung bzw. dessen Vermarktungsagentur zugrunde gelegen habe. Vielmehr habe es einen Sponsoring-Vertrag gegeben, der für die Ausstrahlung von Sponsorhinweisen (bei Sendungen der Sendereihe „Autofocus“ und bei Programmpromotion-

Trailern) insgesamt EUR 234.000 vorgesehen habe (36 Programm-Promotion-Trailer à EUR 3.424, in Summe daher EUR 123.264, sowie zwölf Sponsoring-Hinweise De Luxe bzw. je zwölf Opener und Closer à EUR 4.613, in Summe daher EUR 110.712).

Hieraus folgte der ORF weiter, dass die von der KommAustria vorgelegte Berechnung eines „Tarifs pro Sendung“, welcher sodann abgeschöpft werden könnte, unrichtig sei. In diesem Zusammenhang wies der ORF darauf hin, dass weder die gegenständliche Sendereihe als solche, noch die Sponsorhinweise (sondern eben spezifische Aussagen in der Sendung) inkriminiert worden seien. Es sei von Gesetzes wegen nicht angezeigt, auch Erlöse von solchen (eindeutig) gesetzeskonformen Sponsorhinweisen abzuschöpfen. Auch die bisherige Vollzugspraxis lege nichts anderes nahe, zumal zwischen den inkriminierten Aussagen und den (erlösbedingenden) Sponsorhinweisen keinerlei Kausalzusammenhang bestehe, der Boden einer gesamthaften Betrachtung sein könnte (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Rundfunkgesetz<sup>4</sup>, 374 zum anderen Fall des Lottozahlen-Zusatzspiels, bei dem das ganze Gewinnspiel strukturell als rechtswidrig erkannt worden sei).

Der ORF brachte weiters vor, dass wie bei § 38a ORF-G eine Abschöpfung von Erlösen nicht vorzunehmen sei, wenn eine Tätigkeit an sich innerhalb der gesetzlichen Grenzen liege (vgl. ErlRV 611 BlgNR 24.GP zu § 38a Abs. 1 ORF-G). Eine andere Ansicht führte dazu, dass die Behörde nicht „rechtswidrige Bereicherungen“ abschöpfe, sondern bloß rechtswidrige Handlungen zum Anlass nehme, um alle – in mehr oder weniger starkem Zusammenhang stehende – Erlöse zu entziehen. Dies entspräche u.E. nicht dem ORF-G.

## **2. Sachverhalt**

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

### **2.1. Festgestellte Verletzungen von Werbebestimmungen**

Mit rechtskräftigem Bescheid vom 27.04.2015, KOA 3.500/15-020, stellte die KommAustria fest, dass der ORF am 05.11.2014 im Rahmen der von ca. 21:48 bis ca. 21:54 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Sendung „Autofocus“ durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf die präsentierten Fahrzeugmodelle die Bestimmung des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G verletzt hat, wonach gesponserte Sendungen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Sponsors oder eines Dritten anregen dürfen.

Mit rechtskräftigem Straferkenntnis vom 17.11.2015, KOA 3.500/15-046, stellte die KommAustria gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G gegenüber dem für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlichen Beauftragten des ORF fest, dass dieser zu verantworten habe, dass der ORF am 05.11.2014 im Rahmen der von ca. 21:48 bis ca. 21:54 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Sendung „Autofocus“ durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf die präsentierten Fahrzeugmodelle die Bestimmung des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G verletzt hat, wonach gesponserte Sendungen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Sponsors oder eines Dritten anregen dürfen.

## 2.2. Zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils

Die am 05.11.2014 ausgestrahlte Sendung „Autofocus“ wurde vom Arbeitskreis der österreichischen Automobilimporteure der Industriellenvereinigung durch werblich gestaltete Sponsorhinweise finanziell unterstützt. In der Sendung selbst wurden die präsentierten Fahrzeugmodelle in absatzfördernder Weise dargestellt.

Die erwähnten Sponsorhinweise waren Gegenstand eines zwischen der ORF Enterprise GmbH & Co KG und dem Arbeitskreis der Automobilimporteure der Industriellenvereinigung bzw. dessen Vermarktungsagentur ideenbox marketing solutions GmbH abgeschlossenen Sponsoring-Vertrags vom 30.04.2015. In dem insgesamt zwölf Produktionen der Sendereihe „Autofocus“ im Zeitraum 2014/2015 umfassenden Sponsoring-Vertrag wurde ein Entgelt in Höhe von EUR 234.000 vereinbart. Leistungsgegenständlich waren 36 Programm-Promotion-Trailer (à EUR 3.424, in Summe daher EUR 123.264) sowie zwölf Sponsoring-Hinweise De Luxe bzw. je zwölf Opener und Closer (à EUR 4.613, in Summe daher EUR 110.712), woraus ein Betrag von insgesamt rund EUR 234.000 resultierte.

Das Tarifwerk des ORF für Sonderwerbformen im Fernsehen wies für den in Rede stehenden Zeitraum – neben einem Tarif für Programm Promotion Trailer Sponsoring de Luxe – für ein aus Programm-Promotion-Trailer samt Opener und Closer bestehendes „Sponsoring De Luxe Paket Automagazin“ pro Sendung einen Betrag von EUR 30.000 aus, welcher bei angenommenen zwölf Sendungen eine Summe von insgesamt EUR 360.000 ergeben hätte. Dieser Betrag fand im vorliegenden Sponsoring-Vertrag insofern Deckung, als darin ein Rabatt von 35 % bereits eingepreist wurde. Unter Berücksichtigung dieses Rabattes bei dem auf Basis des Tarifwerks ermittelten Gesamtbetrag, ergibt sich daraus eine Summe von ebenfalls EUR 234.000.

Aus dem Sponsoring-Vertrag und dem darin vereinbarten Rabatt ergibt sich für die gegenständliche Sendung vom 05.11.2014 nachstehender Teilbetrag:

Summe im Vertrag in €	360.000
Sendungen	12
Tarif pro Sendung in €	30.000
Rabatt in %	35%
Rabatt in €	126.000
Gesamtbetrag mit Rabatt im Vertrag in €	234.000
Tarif pro Sendung mit Rabatt im Vertrag in €	19.500

Der aus dem festgestellten Verstoß gegen die Sponsoring-Bestimmungen des ORF-Gesetzes (absatzfördernde Darstellung von Produkten bzw. Hinweise auf Produkte des Sponsors bzw. eines Dritten) lukrierte wirtschaftliche Vorteil des ORF beträgt insgesamt EUR 19.500,-.

## 3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zu den im Rahmen der am 05.11.2014 von ca. 21:48 bis ca. 21:54 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Sendung „Autofocus“ vorkommenden, absatzfördernden Darstellungen der präsentierten Fahrzeugmodelle und der dadurch verwirklichten Verletzung der Sponsoring-Bestimmung gemäß § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G beruhen auf dem rechtskräftigen Bescheid der KommAustria vom 27.04.2015, KOA 3.500/15-020, sowie dem rechtskräftigen Straferkenntnis

der KommAustria vom 17.11.2015, KOA 3.500/15-046, welches sich hinsichtlich des objektiven Tatbestandes mit dem Rechtsverletzungsbescheid deckt.

Die Feststellungen zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils beruhen auf dem rechtskräftigen Bescheid der KommAustria vom 27.04.2015, KOA 3.500/15-020 bzw. den Ergebnissen des diesem vorangegangenen Ermittlungsverfahrens, in dessen Rahmen der ORF den zwischen der ORF Enterprise GmbH & Co KG und dem Arbeitskreis der Automobilimporteure der Industriellenvereinigung bzw. dessen Vermarktungsagentur ideenbox marketing solutions GmbH abgeschlossenen Sponsoring-Vertrag vom 30.04.2014 vorgelegt hat. Die konkrete Höhe des wirtschaftlichen Vorteils resultiert aus dem Teilbetrag des in diesem Vertrag vereinbarten Entgelts, der auf die verfahrensgegenständliche Sendung entfällt.

Die Feststellungen zum Zustandekommen des Sponsoring-Vertrags sowie, dass das darin vereinbarte Entgelt aufgrund des vom ORF gewährten Rabatts Deckung im für den damaligen Zeitraum geltenden Tarifwerk des ORF für Sonderwerbformen im Fernsehen fand („Sponsoring De Luxe Paket Automagazin“) und dem daraus resultierenden wirtschaftlichen Vorteil des ORF in Bezug auf die gegenständlichen Rechtsverletzungen beruhen vor allem auf den Ergebnissen der am 27.03.2015 bei der KommAustria durchgeführten mündlichen Verhandlung sowie Zeugenbefragungen, welche Eingang in den Bescheid der KommAustria vom 27.04.2015, KOA 3.500/15-020, gefunden haben.

Soweit der ORF in seiner Stellungnahme vom 11.03.2019 die Heranziehung des auf die Sendung „Autofocus“ vom 05.11.2014 entfallenden Anteils des im Sponsoring-Vertrag vom 30.04.2014 für insgesamt zwölf Produktionen der Sendereihe „Autofocus“ vereinbarten Entgelts beanstandet, weil weder gegenständliche Sendereihe als solche, noch die Sponsorhinweise (sondern eben nur spezifische Aussagen in der Sendung) inkriminiert worden seien und folglich die Berechnung eines „Tarifs pro Sendung“ als abzuschöpfender wirtschaftlicher Vorteil unrichtig sei, stellt dies rechtliches Vorbringen dar. Hierauf wird daher im Rahmen der rechtlichen Beurteilung näher eingegangen.

## **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 (arg.: „*Stellt die Regulierungsbehörde fest ...*“ anstelle von „*Hat die Regulierungsbehörde in einem Verfahren gemäß § 37 festgestellt...*“). 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.).

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**

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.

§ 17 ORF-G lautet auszugsweise:

### **„Sponsoring**

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

*1. Ihr Inhalt und bei Fernseh- oder Hörfunkprogrammen ihr Programmplatz dürfen vom Sponsor auf keinen Fall in der Weise beeinflusst werden, dass die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit in Bezug auf die Sendungen angetastet werden.*

*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. Sie dürfen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Auftraggebers oder eines Dritten, insbesondere durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf diese Erzeugnisse oder Dienstleistungen, anregen.*

*[...].“*

Die KommAustria hat aufgrund einer am 05.11.2014 durchgeführten Werbebeobachtung des Fernsehprogramms ORF 2 mit Bescheid vom 27.04.2015, KOA 3.500/15-020, festgestellt, dass der ORF im Rahmen der von ca. 21:48 Uhr bis ca. 21:54 Uhr ausgestrahlten Sendung „Autofocus“ durch die spezifische verkaufsfördernde Darstellung der präsentierten Fahrzeugmodelle die Bestimmung des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G verletzt hat, wonach gesponserte Sendungen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Sponsors oder eines Dritten anregen dürfen. Hiergegen hat der ORF keine Beschwerde an das BVwG erhoben. Auch gegen das in derselben Angelegenheit gegenüber dem für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlichen Beauftragten des ORF erlassene Straferkenntnis der KommAustria vom 17.11.2015, KOA 3.500/15-046, wurde keine Beschwerde erhoben.

Die festgestellte Rechtsverletzung gemäß § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G ist damit in Rechtskraft erwachsen.

### **4.3. Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils**

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

In diesem Zusammenhang ist zunächst auf den mit den gesetzlichen Bestimmungen über Sponsoring (Patronanzsendungen) beabsichtigten Regelungszeck einzugehen. Gemäß § 1a Z 11 ORF-G kann das Sponsoring einer Sendung mit dem Ziel erfolgen, den Namen, die Marke, das Erscheinungsbild, die Tätigkeit oder die Leistungen des Unternehmens zu fördern. Das Gesetz trägt damit dem Umstand Rechnung, dass Unternehmen einen Finanzierungsbeitrag zu Sendungen im typischen Fall nur dann leisten, wenn sie sich von der Ausstrahlung der Sendung einen Vorteil für ihr Unternehmen erwarten können. Diese Voraussetzung kann auf ganz unterschiedliche Konstellationen zutreffen. Sie kann schon dadurch vorliegen, dass die Förderung der im Mittelpunkt der Sendung stehenden Ereignisse Märkte unterstützt, auf denen das Unternehmen tätig ist; sie kann auch dahin gehen, dass sich das Image der in der Sendung gezeigten Ereignisse in positiver Weise auf das patronisierende Unternehmen überträgt. Sie kann auch darin liegen, dass die Darstellung und Verbreitung der Vorzüge einer Tourismusregion den (auch) vom Tourismus lebenden Unternehmen dieser Region zugutekommt (vgl. BKS 25.02.2008, 611.009/0034-BKS/2007 zur gleichlautenden Vorgängerbestimmung gemäß § 17 Abs. 1 und 2 Z 3 ORF-G).

Vor diesem Hintergrund unterliegen Patronanzsendungen zur Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks (*Grabenwarter*, Inhaltliche und zeitliche Beschränkungen der Rundfunkwerbung, in: *Berka/Grabenwarter/Holoubek* [Hrsg.], Medienfreiheit versus Inhaltsregulierung, 2006, 33 [56]) relativ strikten Beschränkungen, deren Zielsetzung insbesondere darin liegt, jeglichen Einfluss des Sponsors auf Inhalt und Platzierung einer patronisierten Sendung auszuschließen. In diesem Zusammenhang sichern die gesetzlichen Beschränkungen für Patronanzsendungen die inhaltliche Gestaltungsfreiheit des Rundfunkunternehmens auch dahingehend ab, dass Patronanzsendungen eigengestaltete Sendungen bleiben und nicht zu Werbesendungen werden. Auch und gerade Patronanzsendungen sind inhaltlich redaktionell gestaltete Rundfunksendungen und keine medialen „Kaffeefahrten“. Das sicherzustellen dient insbesondere auch das Verbot des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G, demzufolge Patronanzsendungen „nicht zu Kauf, Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Auftraggebers oder eines Dritten, insbesondere durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf diese Erzeugnisse oder Dienstleistungen“, anregen dürfen (ebenfalls: BKS 25.02.2008, 611.009/0034-BKS/2007).

In der inkriminierten Sendung „Autofocus“ vom 05.11.2014 wurden mehrere Fahrzeugmodelle dargestellt, deren Absatzförderung zum Aufgabengebiet des bei der Industriellenvereinigung angesiedelten Arbeitskreises der Automobilimporteure gehört. Nach dem bisher Gesagten wäre ein Sponsoring dieser Sendung für sich genommen, wie auch der ORF betont, grundsätzlich nicht zu beanstanden. Der Umstand allerdings, dass die im Rahmen der gesponserten Sendung präsentierten Fahrzeugmodelle in spezifisch absatzfördernder Weise dargestellt wurden, hat zu einer Verletzung der Bestimmung gemäß § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G geführt.

Die Verwirklichung des Tatbestandes nach § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G setzt also zum einen die Unterstützung einer Sendung durch Sponsoring voraus, sowie zum anderen absatzfördernde Hinweise oder Darstellungen auf die Erzeugnisse oder Dienstleistungen des Sponsors oder eines Dritten während dieser Sendung. Anders formuliert, würden absatzfördernde Hinweise und Darstellungen in einer Sendung ohne das Vorliegen von Sponsoring nicht nach den Regelungen gemäß § 17 ORF-G, sondern vielmehr nach anderen gesetzlichen Bestimmungen über die



kommerzielle Kommunikation beurteilt werden, beispielsweise nach § 13 Abs. 1 ORF-G oder nach § 16 ORF-G.

Bezogen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass ohne den zwingenden Zusammenhang zwischen dem Sponsoring der inkriminierten Sendung durch den Arbeitskreis der Automobilimporteure und der spezifisch produktbezogenen Absatzförderung der in der Sendung dargestellten Fahrzeuge der Tatbestand des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G nicht verwirklicht worden wäre.

Es ist daher nicht nur naheliegend, sondern vielmehr logische Folge dieses Zusammenhangs, den auf die gegenständliche Sendung vom 05.11.2014 entfallenden Anteil des mit dem Arbeitskreis der Automobilimporteure im Sponsoring-Vertrag vom 30.04.2014 vereinbarten Entgelts als abzuschöpfenden wirtschaftlichen Vorteil heranzuziehen.

Wenn sich der ORF hiergegen mit der Argumentation wendet, dass „zwischen den inkriminierten spezifischen absatzfördernden Aussagen und den (erlösbedingenden) Sponsorhinweisen keinerlei Kausalzusammenhang bestehe, der Boden einer gesamthaften Betrachtung sein könnte“, so ist ihm nach dem bisher Gesagten entgegenzuhalten, dass gerade dieser Zusammenhang zur Feststellung einer Verletzung des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G geführt hat. Folgte man seiner Argumentation, wonach zwischen absatzfördernden Hinweisen und Sponsorhinweisen strikt zu trennen sei, hätten die verpönten absatzfördernden Hinweise und Darstellungen – wie bereits ausgeführt – nach anderen gesetzlichen Bestimmungen beurteilt werden müssen.

Anders als daher der ORF vermeint, wurden die „spezifischen Aussagen in der Sendung“ nicht für sich genommen als gegen § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G verstoßend qualifiziert, sondern vielmehr aufgrund des Umstands, dass als Sponsor der Sendung eine Interessensvereinigung auftrat, die die Herstellung und den Vertrieb genau jener Erzeugnisse fördert, die Gegenstand der Sendung waren.

Die vordergründige Logik des Einwands des ORF, dass weder die gegenständliche Sendereihe als solche, noch die Sponsorhinweise (sondern eben spezifische Aussagen in der Sendung) inkriminiert worden seien und es daher von Gesetzes wegen nicht angezeigt sei, Erlöse von solchen (eindeutig) gesetzeskonformen Sponsorhinweisen abzuschöpfen, soll nun offenbar darüber hinwegtäuschen, dass gerade der Zusammenhang zwischen dem Sponsoring durch den Arbeitskreis der Automobilimporteure und der produktbezogenen Absatzförderung der in der Sendung dargestellten Fahrzeuge das Sponsoring dieser Sendung mit Rechtswidrigkeit belastet hat. Mit anderen Worten, es wäre ein Sponsoring dieser Sendung, wie im gegenständlichen Fall, aufgrund der Bestimmung gemäß § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G gar nicht erlaubt gewesen.

Auch das weitere Argument des ORF, wonach wie bei § 38a ORF-G eine Abschöpfung von Erlösen nicht vorzunehmen sei, wenn eine Tätigkeit an sich innerhalb der gesetzlichen Grenzen liege, geht vor dem Hintergrund des mit § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G verfolgten Regelungszwecks ins Leere.

Insofern erweist sich die dem Vorbringen des ORF innewohnende Aussage, dass aus der festgestellten rechtswidrigen Handlung kein wirtschaftlicher Vorteil lukriert worden sei, als haltlos (vgl. dazu *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>4</sup>, S. 374).

Somit ist durch die festgestellte Verletzung der Sponsoring-Bestimmung gemäß § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G auf Seiten des ORF ein vermögenswerter Vorteil eingetreten, den dieser bei rechtskonformer Sendungsgestaltung nicht erlangt hätte.

#### 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. Im gegenständlichen Verfahren konnte auf die Ermittlungsergebnisse im Rechtsverletzungsverfahren zurückgegriffen werden (vgl. dazu KommAustria 27.04.2015, KOA 3.500/15-020).

Wie bereits unter Pkt. 4.3. ausgeführt wurde, kann sich die KommAustria der vom ORF vertretenen Rechtsansicht, dass zwischen den inkriminierten spezifischen absatzfördernden Aussagen und den (erlösbedingenden) Sponsorhinweisen keinerlei Kausalzusammenhang bestehe, weshalb eine Abschöpfung von Erlösen aus solchen (eindeutig) gesetzeskonformen Sponsorhinweisen nicht angezeigt sei, nicht anschließen. Diese Argumentation führt nämlich zu dem paradoxen Ergebnis, dass aus verbotenen Absatzförderungen in gesponserten Sendungen unrechtmäßig erlangte wirtschaftliche Vorteile durch eine künstliche Trennung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G negiert würden.

Aufgrund des Zusammenhangs zwischen Sponsoring und absatzfördernden Darstellungen besteht der aus der verbotenen Absatzförderung in einer gesponserten Sendung unrechtmäßig erlangte wirtschaftliche Vorteil des ORF somit in dem auf die gegenständliche Sendung vom 05.11.2014 entfallenden Anteil des nach dem Sponsoring-Vertrag vom 30.04.2014 dem Arbeitskreis der Automobilimporteure in Rechnung gestellten Betrags:

Summe im Vertrag in €	360.000
Sendungen	12
Tarif pro Sendung in €	30.000
Rabatt in %	35%
Rabatt in €	126.000
Gesamtbetrag mit Rabatt im Vertrag in €	234.000
Tarif pro Sendung mit Rabatt im Vertrag in €	19.500

Der wirtschaftliche Vorteil beträgt sohin insgesamt EUR 19.500,-.

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.

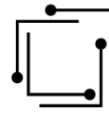
Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 3.500/19-045“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung 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 05. Juli 2019

**Kommunikationsbehörde Austria**

Mag. Michael Ogris  
(Vorsitzender)





**Zustellverfügung:**

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