



# Bescheid

## I. Spruch

1. Gemäß § 38b Abs. 1 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 108/2021 wird festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) dadurch, dass er am 07.04.2016 im Zuge der von ca. 06:05 bis ca. 08:59 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Sendung „Guten Morgen Österreich“ durch
  - 1.1. die Ausstrahlung von Werbespots für „Vamed Vitality World“ (um ca. 06:59 Uhr und ca. 07:59 Uhr) und für „ADEG“ (um ca. 07:05 Uhr und ca. 08:05 Uhr), sowie durch
  - 1.2. die Ausstrahlung von werblich gestalteten Sponsorhinweisen für das Produkt „Die Ohne“ (um ca. 06:29 Uhr, ca. 07:29 Uhr und ca. 08:29 Uhr)jeweils § 15 Abs. 2 Satz 1 ORF-G verletzt hat, wonach das Unterbrechen von Fernsehsendungen in Programmen nach § 3 durch Werbung, mit Ausnahme von Sportübertragungen und ähnlich strukturierten Ereignissen mit Pausen unzulässig ist, sowie durch
  - 1.3. die Ausstrahlung von Sponsorhinweisen in Gestalt von Logoeinblendungen (um ca. 06:59 Uhr und ca. 07:59 Uhr) jeweils § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verletzt hat, wonach Sponsorhinweise während einer Sendung unzulässig sind,einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von insgesamt **EUR 2.322,65,-**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: GIBAATWWXXX, Verwendungszweck: KOA 3.500/21-055, zu überweisen.

## II. Begründung

### 1. Gang des Verfahrens

Mit Bescheid vom 14.07.2016, KOA 3.500/16-032, stellte die KommAustria im Rahmen der ihr obliegenden Werbebeobachtung unter anderem fest, dass der ORF in der am 07.04.2016 von ca. 06:05 bis ca. 08:59 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Sendung „Guten Morgen Österreich“ durch die Ausstrahlung von Werbespots und werblich gestalteten Sponsorhinweisen die Sendung unterbrochen und dadurch § 15 Abs. 2 Satz 1 ORF-G verletzt hat, sowie durch die

Ausstrahlung von Sponsorhinweisen in Gestalt von Logoeinblendungen während der Sendung gegen § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verstoßen hat.

Mit Erkenntnis vom 11.09.2018, W271 2136058-1/13E, hat das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) die Beschwerde des Österreichischen Rundfunks (ORF) gegen den Bescheid der KommAustria als unbegründet abgewiesen.

Mit Erkenntnis vom 30.01.2019, Ro 2018/03/0055-3, hat der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) die Revision des ORF gegen das Erkenntnis des BVwG als unbegründet abgewiesen.

Auch das hierzu geführte Verwaltungsstrafverfahren wurde zwischenzeitig mit Erkenntnis des BVwG vom 27.03.2019, W271 2196047-1/25E und W271 2196195-1/25E, rechtskräftig abgeschlossen.

Es war daher ein Verfahren gemäß § 38b ORF-G zur Abschöpfung der Bereicherung einzuleiten.

Mit Schreiben vom 23.03.2021 wurde Dr. Roland Belfin von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) zum Amtssachverständigen bestellt und mit der Berechnung der Höhe des aus den festgestellten Werbeverletzungen erlangten wirtschaftlichen Vorteils des ORF beauftragt.

Mit Schreiben vom 11.05.2021 übermittelte der Amtssachverständige ein Gutachten an die KommAustria, in dem er darlegte, welche Anteile der durch die festgestellten Rechtsverletzungen lukrierten Erlöse aus kommerzieller Kommunikation dem ORF als wirtschaftlicher Vorteil verblieben sind. Rabatte, Agenturprovisionen und Skonti wurden nicht als wirtschaftlicher Vorteil gesehen.

Seinen Berechnungen legte der Amtssachverständige die Auswertungsergebnisse der KommAustria aus der Werbebeobachtung zugrunde, auf denen die im erstinstanzlichen Bescheid der KommAustria vom 14.07.2016, KOA 3.500/16-032, festgestellten Rechtsverletzungen basierten. Für nachstehende Werbeverletzungen erfolgte die Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils:

1. Werbespots für
  - 1.1. „Vamed Vitality World“ um ca. 06:59 Uhr,
  - 1.2. „ADEG“ um ca. 07:05 Uhr,
  - 1.3. „Vamed Vitality World“ um ca. 07:59 Uhr, und
  - 1.4. „ADEG“ um ca. 08:05 Uhr, sowie
2. werblich gestaltete Sponsorhinweise, jeweils für das Produkt „Die Ohne“ um
  - 2.1. ca. 06:29 Uhr,
  - 2.2. ca. 07:29 Uhr und
  - 2.3. ca. 08:29 Uhr, sowie
3. Sponsorhinweise in Form von Logoeinblendungen
  - 3.1. um ca. 06:59 Uhr und
  - 3.2. um ca. 07:59 Uhr.

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

## 1. Berechnung Werbespots

Mangels Tarifwerk für den Zeitraum der erfolgten Ausstrahlung in ORF 2 für 2016 wurde eine Schätzung anhand des zeitlich zur Ausstrahlung nächstliegenden Tarifs für Spots in Höhe von EUR 60,- pro Sekunde angenommen, wobei Rabatte, Agenturrabatt und Skonto anhand der im Bescheid KOA 3.500/14-010 („Wir sind Kaiser“) vom 06.03.2014 angewandten Formel berücksichtigt wurden:

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

Für die Agenturprovision (oben in der Formel „Agenturrabatt“ wurde folgender Wert herangezogen, der sich aus den Angaben in den „AGB der ORF Enterprise - Weiterführende Informationen ORF eins und ORF 2“ ergibt:

- Agenturprovision „Klassische“ Werbung: 15,0%

Die Höhe des Skontos wurde auf Basis der den „AGB der ORF Enterprise - Weiterführende Informationen ORF eins und ORF 2“ mit 2% berücksichtigt.

Für den Rabatt wurden Angaben des ORF aus dem Verfahren KOA 10.300/16-002 (Stellungnahme des ORF vom 06.09.2016, S. 6) herangezogen.

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

Anhand der bereits beschriebenen Formel für die Berechnung des Werts für einen Spot mit einer Dauer von 10 Sekunden kam der Amtssachverständige zu folgendem Ergebnis:

Listenpreis = 10 Sekunden \* 60 € = 600 €

Rabatt = 18,5%

Agenturrabatt = 15%

Skonto 2%

Daraus wurde ein Wert für einen Spot von EUR 421,77,- ermittelt. Für vier Spots ergab sich ein Wert von EUR 1.687,08,-.

## 2. Berechnung Sponsoring

Die Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils aus der Ausstrahlung der werblich gestalteten Sponsorhinweise erfolgte anhand der Tarifliste „Special Advertising Fernsehen ORF eins und ORF 2“ für 2016. Darin wird eine Bandbreite für Sponsoring Standard pro Schaltung zwischen EUR 290,- und EUR 3.800,- ausgewiesen. Der konkrete Tarif wurde vom Amtssachverständigen in Abhängigkeit von der konkreten Zeit und Reichweite zu dieser Zeit ermittelt. Mit der Tarifstruktur der „klassischen“ Werbung wurde ein Tarif für Sponsoring näherungsweise ermittelt.

Die Tarifbandbreite für klassische Werbung auf ORF 2 habe im Jahr 2016 EUR 45,- bis EUR 420,- pro Sekunde betragen. Der zeitlich zum Ausstrahlungszeitpunkt des Sponsorings nächstliegende Tarif für klassische Werbung liege bei EUR 60,- pro Sekunde.

Der Amtssachverständige ermittelte den Sponsoring-Tarif mit diesen Werten anhand einer linearen Interpolation:

$$y = y_1 + (y_2 - y_1) / (x_2 - x_1) * (x - x_1) = 290 + (3800 - 290) / (420 - 45) * (60 - 45) = 430,40\text{€}$$

Listenpreis pro Sponsoring = 430,40 €

Rabatt = 7,5%

Agenturrabatt = 15%

Skonto 2%

Im Ergebnis wurde mittels obiger Formel ein Wert für Sponsoring in Höhe von EUR 333,51,- berechnet. Für drei Sponsorings resultierte daraus ein Wert von EUR 1.000,53,-.

### 3. Berechnung Sponsoring in Gestalt von Logoeinblendungen

Die Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils aus Sponsorhinweisen in Form von Logoeinblendungen erfolgte mangels veröffentlichter Tarife ebenfalls anhand einer Näherungsrechnung. Zu diesem Zweck wurde auf Informationen aus dem Bescheid der KommAustria vom 21.10.2014, KOA 3.500/14-045, zurückgegriffen. In diesem Verfahren wurde ein Wert für Sponsorhinweise für „Kurier“ auf Basis des damals vorgelegten Vertrages zwischen der Kurier Redaktions GmbH & Co KG und dem ORF (datiert mit 24.05.2013) in Höhe von pauschal EUR 10.000,- netto ermittelt. In der dem Verfahren zugrundeliegenden Sendung wurden am 22.05.2013 14 Sponsorhinweise für „Kurier“ im Zeitraum von 20:30:08 bis ca. 22:19:26 Uhr ausgestrahlt.

Im Durchschnitt habe sich anhand der 14 Grafiksponsorings ein Wert von EUR 714,29,- pro Grafiksponsoring ergeben. Mittels der Bandbreite für Sponsoring, welche laut den Tarifen des ORF zwischen EUR 290,- und EUR 3.800,- gelegen habe, der Tarifbandbreite für klassische Werbung auf ORF 2 von EUR 45,- bis EUR 420,- pro Sekunde, sowie dem Tarif für klassische Werbung am 22.05.2016 um 21:00 Uhr in Höhe von EUR 215,- pro Sekunde wurde ein Tarif für Sponsoring mittels linearer Interpolation ermittelt:

$$y = y_1 + (y_2 - y_1) / (x_2 - x_1) * (x - x_1) = 290 + (3800 - 290) / (420 - 45) * (215 - 45) = 1881,20\text{ €}$$

Daraus resultierte ein Wert für ein Sponsoring zum Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sponsorhinweise in Form von Logoeinblendungen von EUR 1.881,20,-. Der Wert eines Sponsorhinweises in Form einer Logoeinblendung betrug anhand des Pauschalvertrages daher rund 38 Prozent des Preises für ein Sponsoring Standard.

Für die Schätzung des Werts der Logoeinblendungen im gegenständlichen Verfahren wurde vom Amtssachverständigen in weitere Folge der ermittelte Prozentsatz auf den Wert eines Sponsorings

von EUR 333,51,- angewendet. Hieraus resultierte ein Wert von EUR 126,73,-. Für zwei Sponsorhinweise in Form von Logoeinblendungen ergab sich daher ein Wert von EUR 253,46,-.

#### 4. Gesamtsumme

In der abschließenden Gesamtaufstellung listete der Amtssachverständige nochmals die Einzelwerte und die Summe für die im Gutachtensauftrag zu berechnenden Ausstrahlungen auf:

Nr.	Ausstrahlung	Wert in €
1	4 Stück 10 Sekunden Werbespots zu je 421,77 €	1.687,08 €
2	3 Stück Sponsoring zu je 333,51 €	1.000,53 €
3	2 Stück Sponsoring in Form von Logoeinblendungen zu je 126,73 €	253,46 €
4	Gesamtwert	2.941,07 €

Im Ergebnis kam der Amtssachverständige auf einen wirtschaftlichen Vorteil von insgesamt EUR 2.941,07,-.

Mit Schreiben vom 21.05.2021 übermittelte die KommAustria dem ORF das Gutachten des Amtssachverständigen mit der Berechnung des aus den festgestellten Werbeverletzungen ermittelten wirtschaftlichen Vorteils zur Stellungnahme binnen drei Wochen.

Mit Schreiben vom 10.06.2021 nahm der ORF zur Einleitung des Abschöpfungsverfahrens sowie zum Gutachten des Amtssachverständigen Stellung. Eingangs äußerte sich der ORF kritisch zur langen Zeitspanne zwischen den Ausgangsverfahren (Rechtsverletzungsverfahren und Verwaltungsstrafverfahren wegen Werbeverletzungen) und dem nunmehrigen Abschöpfungsverfahren. Zum Gutachten führte der ORF grundsätzlich aus, dass die Berechnungen des Amtssachverständigen nachvollziehbar gestaltet seien. Soweit marginale Abweichungen zwischen den tatsächlich verrechneten Entgelten und den errechneten Entgelten bestünden, sehe der ORF daher von der Aushebung und Vorlage konkreter Rechnungen ab.

Lediglich hinsichtlich der Punkte 1 und 2 (Nr. 1 und 2) des Gutachtens wolle der ORF Vorbringen erstatten:

Demnach handelte es sich hierbei um sogenannte „De Luxe Produkte“, für die der vom Gutachter angeführte Rabatt in Höhe von 18,5% nicht zur Anwendung gekommen sei. Zudem habe es 2016 kein Skonto mehr gegeben und sei auch eine Agenturprovision nicht mehr zur Anwendung gelangt. Zum Nachweis legte der ORF in der Beilage zu seiner Stellungnahme die entsprechenden Rechnungen aus dem April 2016 vor, die dies einerseits belegen sollten und aus denen sich andererseits andere Spot-Preise ergeben. Die tatsächlichen Einnahmen stellten sich laut ORF daher in den beanstandeten Punkten des Gutachtens wie folgt dar:

**VAMED: pro Spot 287,96 €  $\rightarrow$  x 2 = 575,92 €**

**ADEG: pro Spot 353,96 €  $\rightarrow$  x 2 = 707,93 €**

**LANDHOF: pro Spot 261,78 €  $\rightarrow$  x 3 = 785,35 €**

In Summe resultiere laut Verrechnung für die Werbespots und die werblich gestalteten Sponsorhinweise ein Wert von EUR 2.069,-. Demgegenüber habe der Amtssachverständige hierfür einen Wert von EUR 2.687,- berechnet.

## **2. Sachverhalt**

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt fest:

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

Mit Bescheid vom 14.07.2016, KOA 3.500/16-032, stellte die KommAustria im Rahmen der ihr obliegenden Werbebeobachtung unter anderem fest, dass der ORF in der am 07.04.2016 von ca. 06:05 bis ca. 08:59 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Sendung „Guten Morgen Österreich“ durch die Ausstrahlung von

1. Werbespots für
  - 1.1. „Vamed Vitality World“ um ca. 06:59 Uhr,
  - 1.2. „ADEG“ um ca. 07:05 Uhr,
  - 1.3. „Vamed Vitality World“ um ca. 07:59 Uhr, und
  - 1.4. „ADEG“ um ca. 08:05 Uhr, sowie
2. durch die Ausstrahlung von werblich gestalteten Sponsorhinweisen, jeweils für das Produkt „Die Ohne“ um
  - 2.1. ca. 06:29 Uhr,
  - 2.2. ca. 07:29 Uhr und
  - 2.3. ca. 08:29 Uhr,

diese von ca. 06:05 bis ca. 08:59 Uhr dauernde Sendung unterbrochen und dadurch jeweils § 15 Abs. 2 Satz 1 ORF-G verletzt hat.

Darüber hinaus wurde festgestellt, dass der ORF während dieser Sendung

3. durch die Ausstrahlung von Sponsorhinweisen in Form von Logoeinblendungen
  - 3.1. um ca. 06:59 Uhr und
  - 3.2. um ca. 07:59 Uhr,

gegen § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verstoßen hat.

Mit Erkenntnis vom 11.09.2018, W271 2136058-1/13E, hat das BVwG die Beschwerde des ORF gegen den Bescheid der KommAustria als unbegründet abgewiesen. Mit Erkenntnis vom 30.01.2019, Ro 2018/03/0055-3, hat der VwGH die Revision des ORF gegen das Erkenntnis des BVwG als unbegründet abgewiesen. Auch das hierzu geführte Verwaltungsstrafverfahren wurde mit Erkenntnis des BVwG vom 27.03.2019, W271 2196047-1/25E und W271 2196195-1/25E, rechtskräftig abgeschlossen.

Es ist daher davon auszugehen, dass der ORF am 07.04.2016 im Rahmen des Fernsehprogramms ORF 2 die Sendung „Guten Morgen Österreich“ durch die Ausstrahlung von vier Werbespots und drei werblich gestalteten Sponsorhinweisen unterbrochen hat und dadurch die Bestimmung gemäß

§ 15 Abs. 2 Satz 1 ORF-G verletzt hat, wonach das Unterbrechen von Fernsehsendungen in Programmen nach § 3 durch Werbung, mit Ausnahme von Sportübertragungen und ähnlich strukturierten Ereignissen mit Pausen unzulässig ist. Darüber hinaus wurden im Rahmen dieser Sendung zwei Sponsorhinweise in Gestalt von Logos eingeblendet und dadurch jeweils § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verletzt hat, wonach Sponsorhinweise während einer Sendung unzulässig sind.

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

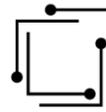
Der aus den festgestellten Verstößen gegen die Werbebestimmungen des ORF-Gesetzes lukrierte wirtschaftliche Vorteil des ORF beträgt unter Berücksichtigung der seitens des ORF vorgelegten Rechnungen und – soweit die Logoeinblendungen betroffen sind – unter Heranziehung des Gutachtens des Amtssachverständigen insgesamt EUR 2.322,65,-.

## **3. Beweiswürdigung**

Die Sachverhaltsfeststellungen hinsichtlich der Ausstrahlung von Unterbrecherwerbung durch Werbespots und werblich gestaltete Sponsorhinweise sowie der Einblendung von Sponsorhinweisen (Logos) während der am 07.04.2016 von ca. 06:05 bis ca. 08:59 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Sendung „Guten Morgen Österreich“ und der dadurch verwirklichten Verletzungen von Werbebestimmungen des ORF-G beruhen auf dem Bescheid der KommAustria vom 14.07.2016, KOA 3.500/16-032, welcher mit Erkenntnis des BVwG vom 11.09.2018, W271 2136058-1/13E, und mit Erkenntnis des VwGH vom 30.01.2019, Ro 2018/03/0055-3, bestätigt wurde und in Rechtskraft erwachsen ist.

Die Feststellungen zur Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils beruhen einerseits auf den vom ORF mit Schreiben vom 10.06.2021 vorgelegten Rechnungen. Diese Rechnungen konnten zur Berechnung des vom ORF im konkreten Fall erlangten wirtschaftlichen Vorteils herangezogen werden, zumal die darin genannten Vertragspartner mit den in der verfahrensgegenständlichen Sendung ausgestrahlten Spots und Sponsorhinweisen übereinstimmten und die verfahrensgegenständliche Sendung in den jeweils vereinbarten Leistungszeitraum fiel. Weitere Berechnungen, etwa Abschläge für Rabatte, Agenturprovisionen und Skonti waren nicht mehr erforderlich, als in den vorgelegten Rechnungen bereits Nettobeträge ausgewiesen wurden und der ORF zudem ausführte, dass Agenturprovisionen und Skonti nicht mehr zur Anwendung gelangt seien. Die Feststellungen zu dem durch die Unterbrechung der Sendung „Guten Morgen Österreich“ mit Werbung erlangten wirtschaftlichen Vorteil gründen sich daher nicht auf das Gutachten des Amtssachverständigen, sondern konnten insoweit auf die vorgelegten Rechnungen des ORF gestützt werden.

Soweit andererseits das Gutachten des Amtssachverständigen Berechnungen zu dem aus der Einblendung von Logos (Sponsoring) lukrierten wirtschaftlichen Vorteil enthielt, war dieses schlüssig und nachvollziehbar und daher insoweit den Feststellungen zugrunde zu legen. Diesbezüglich hat der ORF auch keine Einwände gegen die vom Amtssachverständigen angestellten Berechnungen vorgebracht und keine Rechnung über die diesbezüglich erbrachte Leistung vorgelegt.



## 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...*“).

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.

§ 15 ORF-G lautet auszugsweise:

### **„Unterbrecherwerbung**

*§ 15. (1) Fernsehwerbung ist in Blöcken zwischen einzelnen Sendungen auszustrahlen. Einzel gesendete Werbespots müssen außer bei der Übertragung von Sportveranstaltungen die Ausnahme sein.*

*(2) Das Unterbrechen von Fernsehsendungen in Programmen nach § 3 durch Werbung ist mit Ausnahme der folgenden beiden Sätze unzulässig. Bei Sportsendungen, die aus eigenständigen Teilen bestehen, darf die Werbung nur zwischen die eigenständigen Teile eingefügt werden, wobei die Sportsendung für jeden vollen Zeitraum von 15 Minuten (berechnet nach der programmierten Sendedauer der Sendung ohne Einrechnung der Dauer der Werbung) einmal unterbrochen werden darf und innerhalb jeder vom Beginn der Sendung an gerechneten vollen Stunde höchstens vier Unterbrechungen zulässig sind. Bei Sportübertragungen und Sendungen über ähnlich strukturierte Ereignisse und Darbietungen mit Pausen darf die Werbung nur in die Pausen eingefügt werden.*

*(3) ...“.*

§ 17 ORF-G lautet auszugsweise:

### **„Sponsoring**

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

*1.[...]*

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

*3.[...].“*

Die KommAustria hat aufgrund der am 07.04.2016 durchgeführten Werbebeobachtung des Fernsehprogramms ORF 2 mit Bescheid vom 14.07.2016, KOA 3.500/16-032, festgestellt, dass der ORF am 07.04.2016 im Zuge von ca. 06:05 bis ca. 08:59 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Sendung „Guten Morgen Österreich“ durch die Ausstrahlung von

1. Werbespots für
  - 1.1. „Vamed Vitality World“ um ca. 06:59 Uhr,
  - 1.2. „ADEG“ um ca. 07:05 Uhr,
  - 1.3. „Vamed Vitality World“ um ca. 07:59 Uhr, und
  - 1.4. „ADEG“ um ca. 08:05 Uhr, sowie
2. von werblich gestalteten Sponsorhinweisen, jeweils für das Produkt „Die Ohne“ um
  - 2.1. ca. 06:29 Uhr,
  - 2.2. ca. 07:29 Uhr und
  - 2.3. ca. 08:29 Uhr,

diese von ca. 06:05 bis ca. 08:59 Uhr dauernde Sendung unterbrochen und dadurch jeweils § 15 Abs. 2 Satz 1 ORF-G verletzt hat.

Darüber hinaus wurde festgestellt, dass der ORF während dieser Sendung

3. durch die Ausstrahlung von Sponsorhinweisen in Form von Logoeinblendungen
  - 3.1. um ca. 06:59 Uhr und
  - 3.2. um ca. 07:59 Uhr,

gegen § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verstoßen hat.

Die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde des ORF hat das BVwG mit Erkenntnis vom 11.09.2018, W271 2136058-1/13E, als unbegründet abgewiesen. Mit Erkenntnis vom 30.01.2019, Ro 2018/03/0055-3, hat der VwGH die Revision des ORF gegen das Erkenntnis des BVwG als unbegründet abgewiesen. Die festgestellten Rechtsverletzungen sind damit in Rechtskraft erwachsen. Auch das hierzu geführte Verwaltungsstrafverfahren wurde mit Erkenntnis des BVwG vom 27.03.2019, W271 2196047-1/25E und W271 2196195-1/25E, rechtskräftig abgeschlossen.

### **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 unzulässigen Unterbrechung einer Fernsehsendung durch Werbung und im Falle der unzulässigen Ausstrahlung von Sponsorhinweisen (Logoeinblendungen) während laufender Sendungen in der Sphäre des ORF ein wirtschaftlicher Vorteil eingetreten ist.

Im vorliegenden Fall hätte der ORF die Fernsehsendung „Guten Morgen Österreich“ auf Grund der Bestimmung gemäß § 15 Abs. 2 ORF-G nicht durch Werbespots und werblich gestaltete Sponsorhinweise unterbrechen dürfen, zumal es sich bei der gegenständlichen Sendung weder um eine Sportsendung, noch um eine Sportübertragung oder eine Sendung über ähnlich strukturierte Ereignisse, für welche § 15 Abs. 2 ORF-G Ausnahmen vorsieht, gehandelt hat. Somit war eine

Unterbrechung der Sendung durch Werbung unzulässig. Ebenso wenig hätte der ORF gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G Sponsorhinweise (Logos) während dieser Sendung einblenden dürfen.

Mit anderen Worten, hätte sich der ORF bei Gestaltung der gegenständlichen Sendung rechtskonform verhalten, hätte er die daraus lukrierten Einnahmen nicht erzielen können. Der wirtschaftliche Vorteil liegt somit in den aus der unzulässigen Unterbrecherwerbung und den unzulässiger Weise ausgestrahlten Sponsorhinweisen 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.

Hinsichtlich der Werbespots für „Vamed Vitality World“ und für „ADEG“ sowie der werblich gestalteten Sponsorhinweise für „Die Ohne“ (jeweils Unterbrecherwerbung) war der dem ORF konkret erwachsene wirtschaftliche Vorteil auf Grundlage der vorgelegten Rechnungen sowie der Ausführungen zur Agenturprovision und zum Skonto in der Stellungnahme vom 10.06.2021 zu berechnen. Daraus resultierte für die Spots zugunsten von „Vamed Vitality World“ ein Spotpreis in Höhe von EUR 287,96,-, für zwei Spots sohin ein Betrag in Höhe von EUR 575,92,-. Hinsichtlich der Spots für „ADEG“ konnte aus der vorgelegten Rechnung ein Spotpreis in Höhe von EUR 353,96,- errechnet werden, woraus für zwei Spots ein Betrag in Höhe von EUR 707,93,- resultiert. Für die werblich gestalteten Sponsorhinweise zugunsten von „Die Ohne“ von Landhof ergaben die Rechnungen einen Spotpreis von EUR 261,78,-, woraus für drei Spots ein Betrag von EUR 785,35,- resultiert. In Summe ergibt sich daraus ein Betrag in Höhe von EUR 2.069, 20,-.

Hinsichtlich der Logoeinblendungen beruht die Ermittlung des dem ORF konkret erwachsenen wirtschaftlichen Vorteils aus der Näherungsrechnung des Amtssachverständigen in dessen Gutachten vom 11.05.2021. Der Amtssachverständige stützte sich insoweit mangels veröffentlichter Tarife auf Informationen aus dem Bescheid der KommAustria vom 21.10.2014, KOA 3.500/14-045 (Grafiksponsorings für „Kurier“) und die bereits mehrfach zur Anwendung gelangte Näherungsrechnung mittels linearer Interpolation anhand vergleichbarer Tarife. Der daraus errechneten Prozentsatz wurde in weitere Folge auf den Wert eines Sponsorings in Höhe von EUR 333,51,- angewendet, woraus letztlich ein Betrag von EUR 126,73,- resultierte. Für zwei Sponsorhinweise in Form von Logoeinblendungen ergab sich daher ein Betrag von EUR 253,46,-.

Der wirtschaftliche Vorteil beträgt sohin insgesamt EUR 2.322,65,-.

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.

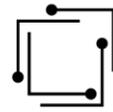
Im Verfahren haben sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der ORF nicht zeitnah nach Rechtskraft der Entscheidung zu der erforderlichen Überweisung in der Lage wäre. Insbesondere besteht im Lichte der im Verhältnis zu den sonstigen betrieblichen Kennzahlen des ORF vernachlässigbaren Größenordnung 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: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 3.500/21-055“, 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 18. August 2021

**Kommunikationsbehörde Austria**

Mag. Michael Ogris  
(Vorsitzender)