



# Bescheid

## I. Spruch

1. Gemäß § 38b Abs. 1 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 126/2022 wird festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) dadurch, dass am 15.04.2017 im Rahmen der von ca. 19:29:59 bis ca. 19:47:18 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Nachrichtensendung „ZIB 1“
  - 1.1. durch die Unterstützung des von ca. 19:40:46 bis ca. 19:42:24 Uhr ausgestrahlten Beitrags „AUA setzt auf US-Flüge“ durch die Austrian Airlines AG (im Folgenden: AUA) unzulässiger Weise eine Nachrichtensendung finanziell unterstützt und dadurch gegen die Bestimmung gemäß § 17 Abs. 3 ORF-G verstoßen wurde, wonach Nachrichtensendungen und Sendungen zur politischen Information nicht finanziell unterstützt werden dürfen, und
  - 1.2. durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf Dienstleistungen der AUA im Rahmen dieses Beitrags unmittelbar zur Inanspruchnahme der Dienstleistungen der AUA angeregt und dadurch gegen die Bestimmung gemäß § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G verstoßen wurde, wonach gesponserte Sendungen nicht unmittelbar zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Auftraggebers oder eines Dritten, insbesondere durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf diese Dienstleistungen anregen dürfen,einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von insgesamt **EUR 2.133,33,-** erlangt hat, welcher gemäß § 38b Abs. 1 letzter Satz ORF-G für **abgeschöpft** erklärt wird.
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: GIBAAWXXXX, Verwendungszweck: KOA 3.500/22-057, zu überweisen.

## II. Begründung

### 1. Gang des Verfahrens

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) stellte mit Straferkenntnis vom 05.06.2018, KOA 3.500/18-024, gegenüber dem für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften bestellten verantwortlichen Beauftragten gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 3 ORF-G und § 17 Abs. 1 Z 3

ORF-G fest, dieser habe zu verantworten, dass am 15.04.2017 im Zuge der von ca. 19:29:59 bis 19:47:18 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Nachrichtensendung „ZIB 1“

1. durch die Unterstützung des von ca. 19:40:46 bis ca. 19:42:24 Uhr ausgestrahlten Beitrags „AUA setzt auf US-Flüge“ durch die AUA unzulässiger Weise eine Nachrichtensendung finanziell unterstützt wurde, und
2. im Zuge dieses Beitrags durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf Dienstleistungen der AUA unmittelbar zur Inanspruchnahme dieser Dienstleistungen angeregt wurde.

Im Rahmen des Straferkenntnisses stellte die KommAustria fest, dass die finanzielle Unterstützung der AUA im vorliegenden Fall darin bestanden hat, dass diese im Rahmen einer Pressereise von 10.04.2017 bis 14.04.2017 für bestimmte Journalist:innen, darunter auch eine ORF-Redakteurin, den AUA-Flug, die Übernachtungen im AUA-Crewhotel sowie den Besuch von organisierten Pressevents u.a. zum gegenständlichen Thema kostenlos ermöglicht hat.

Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG) vom 09.07.2019, W249 2201135-1/6E und W249 2201223-1/6E, wurde den gegen das Straferkenntnis der KommAustria erhobenen Beschwerden hinsichtlich des Ausspruchs über die verhängte Strafe teilweise stattgegeben, in der Sache wurden die Beschwerden jedoch als unbegründet abgewiesen.

Mit Beschluss vom 21.06.2021, Ra 2020/03/0109, wies der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) die hiergegen erhobene Revision zurück.

Am 23.05.2022 ersuchte die KommAustria den Amtssachverständigen der Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH), jenen Teil der Kosten zu ermitteln, den sich der ORF für die Teilnahme an der von der AUA organisierten Pressereise erspart hat, in deren Rahmen der ZIB-Beitrag produziert worden ist.

Mit Schreiben vom 03.06.2022 leitete die KommAustria ein Verfahren zur Abschöpfung der Bereicherung gemäß § 38b ORF-G ein und forderte den ORF auf, sich zur gutachterlichen Stellungnahme des Amtssachverständigen vom 01.06.2022 zu äußern, in welcher dieser Kostenvarianten für Economy- und Businessflüge zwischen Wien und Los Angeles sowie für Hotelnchtigungen in einem 3 bis 4 Sterne Hotel im Zeitraum der Pressereise berechnet hat, die der ORF ohne Teilnahme an der Pressereise der AUA selbst aufbringen hätte müssen.

Mit Schreiben vom 15.06.2022 äußerte sich der ORF dahingehend, dass es sich bei den von der AUA für die Pressereise angebotenen Flügen um Businessflüge gehandelt habe, wobei der ORF seinen Journalist:innen üblicherweise Economyflüge zur Verfügung stellen würde. Hinsichtlich der Unterkunft in Los Angeles habe es sich entgegen der Annahme des Gutachters jedoch nicht um ein 3 bis 4 Sterne Business Hotel gehandelt, sondern um ein Crew- bzw. Flughafenhotel am Rand von Los Angeles. Daher seien zum damaligen Zeitpunkt hierfür lediglich Kosten in Höhe von EUR 120,- pro Nacht von Dritten zu bezahlen gewesen. Ferner sei aus Sicht des ORF die Mehrwertsteuer bei der Abschöpfung herauszurechnen, da der ORF diese Kosten im Wege des Vorsteuerabzuges geltend machen könne und zurückerhalte.

## **2. Sachverhalt**

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt fest:

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

Mit Straferkenntnis vom 05.06.2018, KOA 3.500/18-024, stellte die KommAustria gegenüber dem für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften bestellten verantwortlichen Beauftragten gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 3 ORF-G und § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G fest, dieser habe zu verantworten, dass am 15.04.2017 im Zuge der von ca. 19:29:59 bis 19:47:18 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Nachrichtensendung „ZIB 1“

3. durch Unterstützung des von ca. 19:40:46 bis ca. 19:42:24 Uhr ausgestrahlten Beitrags „AUA setzt auf US-Flüge“ durch die AUA unzulässiger Weise eine Nachrichtensendung finanziell unterstützt, und
4. im Zuge dieses Beitrags durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf Dienstleistungen der AUA unmittelbar zur Inanspruchnahme dieser Dienstleistungen angeregt wurde.

Die finanzielle Unterstützung der AUA bestand darin, dass diese im Rahmen einer Pressereise den AUA-Flug für eine ORF-Redakteurin, Übernachtungen im AUA-Crewhotel sowie den Besuch von organisierten Pressevents u.a. zum gegenständlichen Thema kostenlos ermöglicht hat.

Mit Erkenntnis des BVwG vom 09.07.2019, W249 2201135-1/6E und W249 2201223-1/6E, wurde den gegen das Straferkenntnis der KommAustria erhobenen Beschwerden hinsichtlich des Ausspruchs über die verhängte Strafe teilweise stattgegeben, in der Sache wurden die Beschwerden jedoch als unbegründet abgewiesen.

Mit Beschluss vom 21.06.2021, Ra 2020/03/0109, wies der VwGH die hiergegen erhobene Revision zurück.

Die Verwirklichung des Tatbestandes der unzulässigen finanziellen Unterstützung einer Nachrichtensendung sowie der unzulässigen Anregung zur Inanspruchnahme der Dienstleistungen des die finanzielle Unterstützung gewährenden Unternehmens (AUA) im Rahmen der oben genannten Sendung wurde damit rechtskräftig festgestellt.

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

Der aus den festgestellten Verstößen gegen die Werbebestimmungen des ORF-Gesetzes lukrierte wirtschaftliche Vorteil des ORF besteht darin, dass sich der ORF durch die Teilnahme an der von der AUA organisierten Pressereise jene Kosten erspart hat, die er sonst durch den Einsatz eigener Mittel für eine solche Reise nach Los Angeles zur Herstellung eines redaktionellen Beitrags hätte aufbringen müssen.

Die Ersparnis setzt sich aus den Kosten für den Flug von Wien nach Los Angeles und retour sowie für drei Übernachtungen in einem Hotel in Los Angeles zusammen.

Die kostengünstigsten Economy-Direktflüge von Wien nach Los Angeles, die die AUA an einem Wochentag mit einem drei Tage später stattfindenden Rückflug zum Zeitpunkt der Recherchen des Amtssachverständigen am 27.05.2022 angeboten hat, waren für ca. EUR 688,- erhältlich. Ein vergleichbarer Flug zum Business Tarif war ab ca. EUR 2.200,- verfügbar. Drei Nächtigungen in einem 3 bis 4 Sterne Business Hotel in Los Angeles kosten im Schnitt ca. EUR 200,- pro Tag, sohin bei drei Nächtigungen ca. EUR 600,-.

Der ORF hat im Rahmen seiner Stellungnahme hierzu ausgeführt, dass es sich bei dem Flug um einen Businessflug und beim Hotel um ein Crewhotel am Rande von Los Angeles gehandelt habe. Für eine Hotelnacht hätte ein Dritter rund EUR 120,- (inkl. MwSt) aufbringen müssen.

In einem ersten Schritt ist daher festzustellen, dass der ORF für einen Businessflug ca. EUR 2.200,- (inkl. MwSt) sowie für drei Nächtigungen in einem Crewhotel ca. EUR 360,- (inkl. MwSt), sohin insgesamt ca. EUR 2.560,- (inkl. MwSt) selbst aufbringen hätte müssen, wenn er zur Herstellung des in Rede stehenden ZiB-Beitrags nicht an der Pressereise der AUA teilgenommen hätte.

Aufgrund des Umstandes, dass der ORF selbst vorsteuerabzugsberechtigt ist, war die in den Preisen inkludierte Mehrwertsteuer in weiterer Folge herauszurechnen:

Nettobetrag + Mehrwertsteuer = Bruttobetrag

Nettobetrag \* (1 + Mehrwertsteuersatz) = Bruttobetrag

Bruttobetrag / (1 + Mehrwertsteuersatz) = Nettobetrag

$2.560 / (1 + 0,2) = 2.133,33$

Im Ergebnis hat sich der ORF somit Kosten in Höhe von ca. EUR 2.133,33,- erspart.

Der aus den festgestellten Verstößen gegen die Werbebestimmungen des ORF-Gesetzes lukrierte wirtschaftliche Vorteil des ORF beträgt somit unter Abzug der Mehrwertsteuer insgesamt EUR 2.133,33,-.

### **3. Beweiswürdigung**

Die Feststellung, dass am 15.04.2017 im Rahmen der von ca. 19:29:59 bis 19:47:18 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Nachrichtensendung „ZiB 1“ durch die Unterstützung des von ca. 19:40:46 bis ca. 19:42:24 Uhr ausgestrahlten Beitrags „AUA setzt auf US-Flüge“ eine Nachrichtensendung durch die AUA finanziell unterstützt und im Zuge dieses Beitrags durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf Dienstleistungen der AUA unmittelbar zur Inanspruchnahme dieser Dienstleistungen angeregt wurde, beruht auf dem Straferkenntnis des BVwG vom 09.07.2019, W249 2201135-1/6E und W249 2201223-1/6E, welches sich hinsichtlich des objektiven Tatbestandes auf die Feststellungen aus dem erstinstanzlichen Straferkenntnis der KommAustria vom 05.06.2018, KOA 3.500/18-024, stützte. Auch die hiergegen erhobene Revision wurde mit Beschluss des VwGH vom 21.06.2021, Ra 2020/03/0109, zurückgewiesen.

Die Feststellung, dass die finanzielle Unterstützung des in den ZiB-Nachrichten gesendeten Beitrags über neue Flugdestinationen der AUA in den USA darin bestanden hat, dass eine ORF-Redakteurin

kostenlos an einer von der AUA von 10.04.2017 bis 14.04.2017 organisierten Pressereise teilnehmen konnte, beruht auf den im Straferkenntnis der KommAustria vom 05.06.2018, KOA 3.500/18-024, getroffenen Feststellungen. In dem Strafverfahren wurde von Seiten des strafrechtlich Verantwortlichen des ORF ausgeführt, dass im gegenständlichen Fall kein Sponsorverhältnis zur AUA vorgelegen habe, sondern die AUA anlässlich der neuen Flüge nach Los Angeles von 10.04. bis 14.04.2017 zu einer Pressereise eingeladen habe. Bei dieser habe die AUA den Flug für eine ORF-Redakteurin, Übernachtungen im AUA Crewhotel sowie den Besuch von organisierten Presseevents u.a. zum gegenständlichen Thema kostenlos ermöglicht.

Die Feststellungen zur Höhe des aus den festgestellten Verletzungen der Werbebestimmungen des ORF-G erlangten wirtschaftlichen Vorteils beruhen einerseits auf den schlüssigen und nachvollziehbaren Recherchen des Amtssachverständigen zu den Kosten für eine Flugreise mit der AUA nach Los Angeles und zu den Hotelkosten, andererseits auf der Stellungnahme des ORF vom 15.06.2022. Darin hat der ORF glaubwürdig ausgeführt, dass es sich bei dem Flug im Rahmen der Pressereise um einen Businessflug gehandelt habe, die Unterbringung in Los Angeles jedoch nicht in einem 3 bis 4 Sterne Hotel, sondern in einem Crewhotel der AUA erfolgt sei. Der ORF führte weiters glaubwürdig aus, dass für eine Nacht im Crewhotel rund 120,- (inkl. MwSt) zu zahlen gewesen wären. Auch der Umstand, dass die Mehrwertsteuer im abzuschöpfenden Betrag keine Berücksichtigung finden dürfe, beruht auf den insoweit plausiblen Ausführungen des ORF, wonach er bei eigener Aufbringung der Mittel einen Vorsteuerabzug in Anspruch hätte nehmen können.

Im Übrigen hat der ORF die vom Amtssachverständigen ermittelte Höhe der Kosten für einen AUA Businessflug nicht bestritten.

## **4. Rechtliche Beurteilung**

### **4.1. Rechtliche Grundlagen**

§ 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.; dazu, dass § 38b Abs. 1 ORF-G selbst auch eine – von einer Feststellung gemäß § 37 ORF-G oder auch von einer Feststellung im Rahmen eines anderen (z.B. Straf-)Verfahrens unabhängige – Rechtsgrundlage für die Feststellung einer Rechtsverletzung normiert: KommAustria 21.10.2014, KOA 3.500/14-045; KommAustria 06.11.2014, KOA 3.500/14-010).

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

2. [...]

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.*

(3) *Nachrichtensendungen und Sendungen zur politischen Information dürfen nicht im Sinne von Abs. 1 finanziell unterstützt werden.*

[...].“

Die KommAustria hat mit Straferkenntnis vom 05.06.2018, KOA 3.500/18-024, gegenüber dem für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften bestellten verantwortlichen Beauftragten gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 3 ORF-G und § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G festgestellt, dieser habe zu verantworten, dass am 15.04.2017 im Zuge der von ca. 19:29:59 bis 19:47:18 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Nachrichtensendung „ZIB 1“

5. durch Unterstützung des von ca. 19:40:46 bis ca. 19:42:24 Uhr ausgestrahlten Beitrags „AUA setzt auf US-Flüge“ durch die AUA unzulässiger Weise eine Nachrichtensendung finanziell unterstützt, und
6. im Zuge dieses Beitrags durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf Dienstleistungen der AUA unmittelbar zur Inanspruchnahme dieser Dienstleistungen angeregt wurde.

Den gegen dieses Straferkenntnis erhobenen Beschwerden hat das BVwG mit Erkenntnis des BVwG vom 09.07.2019, W249 2201135-1/6E und W249 2201223-1/6E, hinsichtlich des Ausspruchs über die verhängte Strafe teilweise stattgegeben; in der Sache wurden die Beschwerden jedoch als unbegründet abgewiesen. Mit Beschluss vom 21.06.2021, Ra 2020/03/0109, wies der VwGH die hiergegen erhobene Revision zurück.

Die Verwirklichung des Tatbestandes der unzulässigen finanziellen Unterstützung einer Nachrichtensendung sowie der unzulässigen Anregung zur Inanspruchnahme der Dienstleistungen des die finanzielle Unterstützung gewährenden Unternehmens (AUA) im Rahmen der oben genannten Sendung ist damit rechtskräftig festgestellt worden.

### **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.

Der ORF hat in dem diesem Verfahren vorangegangenen Strafverfahren dargelegt, dass es keine Sponsoringvereinbarung mit der AUA gegeben habe, diese jedoch anlässlich der Ankündigung der neuen Flugdestination von 10.04.2017 bis 14.04.2017 zu einer Pressereise nach Los Angeles eingeladen habe. Eine Redakteurin des ORF konnte an dieser Pressereise kostenlos teilnehmen, in deren Rahmen der ZIB-Beitrag gestaltet worden ist.

Nach dem bisher Gesagten ist somit davon auszugehen, dass der aus den festgestellten Verstößen gegen die Werbebestimmungen des ORF-G resultierende wirtschaftliche Vorteil des ORF darin besteht, dass sich dieser durch die Teilnahme an der von der AUA organisierten Pressereise die Kosten für Flüge, für Hotelübernachtungen und organisierte Presseevents erspart hat, die er sonst durch den Einsatz eigener Mittel zur Herstellung des redaktionellen Beitrags hätte aufbringen müssen.

Der in der Sphäre des ORF eingetretene wirtschaftliche Vorteil setzt sich somit im Wesentlichen aus der Kostenersparnis für den Flug von Wien nach Los Angeles und retour sowie für drei Übernachtungen in einem Hotel in Los Angeles zusammen.

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

Die Abschöpfung ist mit der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils begrenzt. Die konkrete Höhe des erzielten wirtschaftlichen Vorteils ist anhand eines Vergleichs der wesentlichen Tatbestandselemente der festgestellten rechtswidrigen Handlung (objektiver Maßstab) mit dem gesetzeskonformen Verhalten zu ermitteln. Die Regelung des § 38b Abs. 2 ORF-G eröffnet der Regulierungsbehörde die Möglichkeit, alle relevanten Informationen einzuholen, um den Abschöpfungsbetrag feststellen zu können. Für den Fall, dass die Regulierungsbehörde den abzuschöpfenden Betrag aus Informationen, Auskünften, Aufzeichnungen oder Büchern nicht ermitteln oder berechnen kann, sieht § 38b Abs. 2 Satz 2 und 3 ORF-G vor, dass eine Schätzung des wirtschaftlichen Vorteils unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu erfolgen hat (vgl. *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>4</sup>, S. 374f).

Nach den Recherchen des Amtssachverständigen ist ein Economy-Direktflug der AUA von Wien nach Los Angeles an einem Wochentag mit einem drei Tage später stattfindenden Rückflug für ca. EUR 688,- erhältlich. Ein vergleichbarer Flug zum Business Tarif ist ab ca. EUR 2.200,- verfügbar. Drei Nächtingungen in einem 3 bis 4 Sterne Business Hotel in Los Angeles kosten im Schnitt ca. EUR 200,- pro Tag, sohin bei drei Nächtingungen ca. EUR 600,-. Drei Nächtingungen in einem Crew- bzw. Flughafenhotel sind nach den Ausführungen des ORF für ca. EUR 120,- pro Nacht, sohin für insgesamt ca. EUR 360,- erhältlich.

Im vorliegenden Fall hat der ORF im Rahmen seiner Stellungnahme vom 15.06.2022 ausgeführt, dass es sich bei dem zur Verfügung gestellten AUA Flug um einen Businessflug und beim Hotel um ein Crewhotel am Rande von Los Angeles gehandelt habe. Für eine Hotelnacht hätte ein Dritter demnach rund EUR 120,- (inkl. MwSt) aufbringen müssen.

Insofern setzt sich die Kostenersparnis daher aus den Kosten eines Businessflugs und den Kosten für drei Nächte in einem Crewhotel zusammen. Soweit der ORF vorgebracht hat, dass er seinen Redakteuren üblicherweise keine Businessflüge, sondern nur Economyflüge ermögliche, war darauf nicht weiter einzugehen, zumal er selbst eingeräumt hat, dass im vorliegenden Fall von der AUA ein Businessflug zur Verfügung gestellt worden ist. Daher ist dem ORF eine Kostenersparnis in der Höhe des Tarifs für einen Businessflug erwachsen.

Aufgrund des Umstandes, dass der ORF selbst vorsteuerabzugsberechtigt ist, war die in den Preisen inkludierte Mehrwertsteuer in weiterer Folge herauszurechnen:

$$2.560 / (1 + 0,2) = 2.133,33$$

Im Ergebnis hat sich der ORF somit Kosten in Höhe von ca. EUR 2.133,33,- erspart.

Der in der Sphäre des ORF aus der rechtswidrigen Handlung eingetretene wirtschaftliche Vorteil, den er bei rechtskonformem Verhalten nicht erlangt hätte, beträgt daher EUR 2.133,33,-. Dieser Betrag ist der Abschöpfung zu Grunde zu legen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

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

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 3.500/22-057“, 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 18. August 2022

**Kommunikationsbehörde Austria**

Mag. Michael Ogris  
(Vorsitzender)