

## Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat III, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden sowie den Mitgliedern Dr. Florian Philipitsch, LL.M. und Mag. Michael Truppe, über die Beschwerde der

1. KRONEHIT Radio BetriebsgmbH
2. Regionalradio Tirol GmbH
3. Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG
4. Antenne Kärnten Regionalradio GmbH & Co KG
5. Vorarlberger Regionalradio GmbH
6. Radio Arabella GmbH
7. U1 Tirol Medien GmbH
8. N & C Privatrado Betriebs GmbH
9. Superfly Radio GmbH
10. Life Radio GmbH & Co KG
11. Entspannungsfunk GmbH
12. Welle Salzburg GmbH & Co KG
13. Radio Stephansdom Kirchliche Stiftung
14. RMS Radio Marketing Service GmbH

gegen den Österreichischen Rundfunk wegen Verletzung des ORF-Gesetzes wie folgt entschieden:

### I. Spruch

Die Beschwerde wird gemäß §§ 35, 36 Abs. 1 Z 1 lit. a und c iVm § 31 Abs. 19 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 15/2012, als unbegründet abgewiesen.

## II. Begründung

### 1. Gang des Verfahrens

#### 1.1. Beschwerde

Mit Schreiben vom 16.11.2012, bei der KommAustria am selben Tag eingelangt, erhoben die Beschwerdeführer gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a und c ORF-G Beschwerde gegen den Österreichischen Rundfunk (in der Folge: Beschwerdegegner).

Die Beschwerdeführer brachten im Wesentlichen vor, der Verband Österreichischer Privatsender, auf dessen Initiative die vorliegende Beschwerde zurückgehe, habe am 11.10.2012 Kenntnis über eine an diesem Tag an die Mitglieder eines Klubs von Wirtschaftstreibenden ergangene E-Mail-Nachricht des Geschäftsführers der Firma A nachstehenden Inhaltes erlangt:

*Liebe ... Mitglieder:*

*Falls es sich noch nicht herum gesprochen hat: Der ORF hat uns gestern darüber informiert, dass wir für alle Zubuchungen in Ö3 bis zum 15. Dezember einen On Top Rabatt von 25% erhalten. Für Zubuchungen im Oktober erhalten wir sogar 30% On Top Rabatt. Und für Buchungen über die Firma A gibt es A-Sonderkonditionen.*

*Ich denke, dass dieses Angebot mehr als attraktiv ist Und Ihr dies vielleicht nützen wollt. Für Rückfragen stehe ich Euch gerne persönlich zur Verfügung.*

*Beste Grüße*

*XX*

*Firma A*

Diese E-Mail-Nachricht sei keine Erfindung von XX, sondern die Weiterleitung der vom Beschwerdegegner genannten und auch tatsächlich gewährten Sonderkonditionen.

Die erstbeschwerdeführende Partei habe über Anfrage von der ORF Enterprise Unterlagen über das so genannte „Herbst Special 2012“ erhalten.

Die Eckpfeiler der Aktion des Beschwerdegegners hätten wie folgt gelautet:

„Bis 15. Dezember 2012 bietet die ORF-Enterprise herbstlich schöne Rabatte für Neu- und Zubuchungen!

Bei einer Buchung von mindestens € 20.000,-- auf Hitradio Ö3 und/oder FM4 bietet die ORF-Enterprise einen Paket-Naturalrabatt von 25 %.

Auslieferungszeitraum: längstens 4 Wochen bis 15. Dezember 2012.

Platzierung der Naturalrabatt-Spots innerhalb der genannten 4 Wochen.“

Das vom Beschwerdegegner veröffentlichte Tarifwerk sehe für Werbung in ORF-Radios 2012 folgende Rabattstaffel vor:

„Mengenrabatt 2012 (progressiv)	Rabatt
8.000 – 40.000	5,0 %
40.000 – 150.000	7,0 %
150.000 – 600.000	9,0 %
600.000 – 1.500.000	11,0 %
1.500.000 – 3.500.000	12,0 %
3.500.000 – 5.000.000	13,5 %
5.000.000 – restlicher Umsatz	15,0 %

Abweichend von den Rabatten lt. Staffel können Rabatte innerhalb einer marktkonformen Bandbreite kundenindividuell, abhängig von folgenden Faktoren, angepasst werden: Kundenstatus, Distributionsgebiet, Buchungstreue, Zielgruppenstruktur/größe, Buchungsperiode, Planungsgenauigkeit, Bearbeitungsaufwand, Nachfrage/Zeifaktor.

Um gezielte Verkaufsimpulse zu setzen, können pro Sender innerhalb eines Kalenderjahres bis zu 4 Sonderpakete, die einen maximalen Rabatt von zusätzlichen 10 Prozentpunkten zur obersten Rabattstufe gewähren, angeboten werden.

Buchungszeitraum/Auslieferungszeitraum: längstens 4 Wochen.“

Zur Beschwerdelegitimation führten die Beschwerdeführer im Wesentlichen aus: Die Beschwerdeführer seien mit Ausnahme der vierzehnten Beschwerdeführerin Privatradoveranstalter in Österreich. Sie seien direkte Konkurrenten der Radioprogramme des Beschwerdegegners. Die vierzehnte Beschwerdeführerin besorge den nationalen Werbezeitenverkauf der Österreichischen Privatsender als Kommissionärin. Alle Beschwerdeführer stünden mit dem Beschwerdegegner am Hörfunkwerbemarkt im direkten Wettbewerb.

Die mit der vorliegenden Beschwerde inkriminierte gesetzwidrige Werbeaktion des Beschwerdegegners ziehe Werbevolumina, deren Platzierung in den Radios der Beschwerdeführer vorgesehen gewesen wären, zulasten der Radios der Beschwerdeführer und zugunsten der Radios des Beschwerdegegners ab. Die Beschwerdeführer würden dadurch unmittelbar geschädigt. Die Schädigung der vierzehnten Beschwerdeführerin liege in entgangenen Kommissionsentgelten. Die inkriminierte Werbekampagne schädige auch die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführer.

In rechtlicher Hinsicht führten die Beschwerdeführer im Wesentlichen weiter aus: Gemäß § 31 Abs. 19 ORF-G sei die Vergabe anderer als der im Tarifwerk geregelten kommerziellen Kommunikation unzulässig. Diese Bestimmung diene auch dem Schutz der Mitbewerber.

Das „Herbst Special“ des Beschwerdegegners verstoße gegen das bestehende Tarifwerk, weil die Bestimmungen über Sonderpakete einen maximalen Rabatt von zusätzlichen 10 Prozentpunkten zur obersten Rabattstaffel vorsähen, die inkriminierte Sonderaktion aber im Ergebnis zu einer höheren Rabattierung als 25 % (Höchstrabatt laut Staffel 15 % zzgl 10 % Rabatt bei viermal im Jahr möglichen Sonderpaketen) führe. Dies zeige sich etwa an Hand des folgenden Beispiels:

*Ein Werbekunde bucht für November 2012 im Programm von Ö3 Werbung in Höhe von € 200.000,- neu oder zu. Laut Rabattstaffel des ORF wird ihm ein Mengenrabatt in Höhe von 9 % eingeräumt (bei angenommener Jahreswerbung zwischen € 150.000,- und € 600.000,-). Er bezahlt daher € 182.000,-. Weiters erhält er durch das „Herbst-Spezial“ einen Naturalrabatt von 25 % on Top, das heißt, er platziert im Ergebnis Werbevolumen im Wert von brutto € 250.000,-. Im Vergleich zur tatsächlichen Zahlung von € 182.000,- entspricht dies einem Gesamtrabatt von 27,2 %, der den höchstzulässigen Rabatt von 25 % überschreitet.*

Besonders krass zeige sich die Überschreitung bei einer Neubuchung im November 2012 in den Radios Ö3 und FM4 im Ausmaß von angenommenen € 6.000.000,-. In diesem Fall würde der Novemberrabatt, der gleichzeitig auch dem Jahresrabatt entspräche, 32 % betragen.

Die offenbar nicht in Publikationen, aber den Werbeagenturen bekanntgegebene Sonderaktion für Oktober 2012 im Ausmaß von Naturalrabatten von 30 % on Top verstoße in einem noch höheren Ausmaß gegen das öffentliche Tarifwerk des Beschwerdegegners. In

diesem Fall komme noch dazu, dass der Auslieferungszeitraum entgegen den Angaben im Tarifwerk 4 Wochen überschreite.

Der Beschwerdegegner verstoße durch die aufgezeigten Sonderaktionen insbesondere gegen § 31 Abs.19 ORF-G.

Mit Schreiben vom 22.11.2012 übermittelte die KommAustria dem Beschwerdegegner die Beschwerde und ersuchte zugleich um Stellungnahme binnen einer Frist von zwei Wochen.

## **1.2. Replik des Beschwerdegegners**

Mit Schreiben vom 07.12.2012 nahm der Beschwerdegegner zur übermittelten Beschwerde Stellung.

Zur Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführer führte der Beschwerdegegner im Wesentlichen aus, diese inkriminierten mit ihrer Beschwerde eine „gesetzwidrige Werbeaktion“ bzw. hiermit angebotene Sonderkonditionen insbesondere durch versendete oder veröffentlichte Unterlagen („Herbst Special“), die dem Tarifwerk und somit § 31 Abs.19 ORF-G widersprechen würden.

Als Zulässigkeitsvoraussetzung einer Beschwerde fordere § 36 Abs.1 Z 1 (lit a oder c) ORF-G die Behauptung einer Rechtsverletzung, die freilich nicht von vornherein ausgeschlossen sein dürfe, vielmehr den Umständen nach zumindest im Bereich der Möglichkeit liegen müsse, um die Beschwerdelegitimation zu begründen.

Die Rechtsverletzung, die die Beschwerdeführer ansprächen, betreffe § 31 Abs. 19 ORF-G. Nach dieser Bestimmung sei die „Vergabe anderer als der im Tarifwerk geregelten kommerziellen Kommunikation [...] unzulässig“. Die Beschwerdeführer behaupteten also nicht, dass der Beschwerdegegner bzw. die ORF-Enterprise GmbH & Co KG auch kommerzielle Kommunikation entgegen den Bestimmungen des Tarifwerks vergeben hätten, sondern nur, dass ein (angeblich) tarifwerkswidriges Anbieten vorliege. Sie führten auch nur hypothetische (und teilweise mit der Realität auch schwer vereinbare) Rechenbeispiele ins Feld (eine Neubuchung „im Ausmaß von angenommenen € 6.000.000,-“ sei in einem Auslieferungszeitraum von 4 Wochen in einem Hörfunkprogramm kaum „unterzubringen“).

Nur durch das Anbieten bestimmter – (angeblich) tarifwerkswidriger – Konditionen könne § 31 Abs.19 ORF-G denkunmöglich verletzt werden. Aus diesem Grund liege die behauptete Rechtsverletzung nicht im Bereich der Möglichkeit und werde die Beschwerde zurückzuweisen sein.

Weiters führte der Beschwerdegegner aus, er bzw. die ORF-Enterprise habe im Zusammenhang mit dem Herbst Special weder schriftlich noch mündlich Konditionen in der Höhe von 30 % On-Top-Rabatt angeboten oder vergeben. Die von den Beschwerdeführern vorgelegte E-Mail von XX, die einen On-Top-Naturalrabatt iHv 30 % ankündige, möge tatsächlich versendet worden sein, zumal ein solcher Rabatt von der Agentur tatsächlich gefordert bzw. darüber verhandelt worden sei.

Dieser Forderung sei seitens des Beschwerdegegners bzw. der ORF-Enterprise nicht entsprochen worden. Der Beschwerdegegner bzw. die ORF-Enterprise hätten auch keine On-Top-Rabatte in Höhe von 26 % oder mehr vergeben. Ebenso sei der Buchungszeitraum/Auslieferungszeitraum von längstens 4 Wochen wie auch die im Sonderpaket veröffentlichte Angebotsdauer bis 15.12.2012 bei der Vergabe nicht überschritten worden.

Die Rechenbeispiele in der Beschwerde ließen unberücksichtigt, dass sich der Mengenrabatt laut Tarifwerk aufgrund einer „progressiven“ Mengenrabatt-Staffel errechne. Auf eines der Beispiele der Beschwerdeführer angewendet bedeute das beispielsweise bei einer isolierten Einzelbuchung von € 200.000 ein Mengenrabatt in der Höhe von 6,9 % – im Unterschied zu den von den Beschwerdeführern angenommenen 9 %, womit selbst unter Zugrundelegung des Verständnisses der Beschwerdeführer keine Rechtsverletzung vorliege.

Die Beschwerdeführer missachteten zudem, dass die Mengenrabatt-Staffel auf das Kalenderjahr abstelle und daher schon aus diesem Grund unabhängig von punktuellen Sonderaktionen zu sehen sei. Hierbei verweise man auf die veröffentlichten „Tarife 2012 Radio“ in denen es heiße, „Die Feststellung des [...] Mengenrabatts sowie die entsprechende Abrechnung (Gutschrift oder Nachbelastung) erfolgt per 31.12. des betreffenden Kalenderjahres“.

Die Auslegung des Tarifwerks durch die Beschwerdeführer, die eine Grenze von 25 % für einen „Gesamt-Rabatt“ (Mengen- und Naturalrabatt) behauptete, sei praktisch – aufgrund der Jahresdurchrechnung des Mengenrabatts – kaum handhabbar. Das Tarifwerk solle – um „Verkaufsimpulse“ zu setzen – neben dem (ohnehin geltenden) Mengenrabatt also einen zusätzlichen (On-Top insbesondere Natural)Rabatt von im Ergebnis bis zu 25 % maximal viermal pro Kalenderjahr zulassen. Diese Regel sei nicht verletzt worden, zumal der Beschwerdegegner bzw. die ORF-Enterprise weder schriftlich noch mündlich Konditionen in der Höhe von 30 % On-Top-Rabatt angeboten (oder vergeben) hätten.

Die inkriminierten Rabatte seien im Übrigen transparent, nicht diskriminierend und marktkonform gestaltet und – abgesehen von der Veröffentlichung im Tarifwerk (v.a. natürlich aus Vermarktungsgründen) eigens als „Herbst-Special-Dokument“ – leicht, unmittelbar und ständig zugänglich veröffentlicht worden. Auch aus diesen Gründen scheide eine diskriminierende Vergabe der Rabatte aus, was die Beschwerdeführer aber ohnehin nicht behauptet hätten. Eine Verletzung des ORF-G liege daher nicht vor.

Die Stellungnahme wurde den Beschwerdeführern mit Schreiben vom 13.12.2012 zur Kenntnis übermittelt und diesen zugleich die Möglichkeit eingeräumt, zum Vorbringen des Beschwerdegegners binnen drei Wochen Stellung zu nehmen.

### **1.3. Stellungnahme der Beschwerdeführer**

Mit Schreiben vom 07.01.2013 nahmen die Beschwerdeführer in Erwiderung der Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 07.12.2012 Stellung.

Darin führten sie zur Bestreitung der Beschwerdelegitimation im Wesentlichen aus, der Beschwerdegegner verweise auf die ständige Spruchpraxis des Bundeskommunikationssenates und der Höchstgerichte, der zu Folge die behauptete Rechtsverletzung zumindest im Bereich der Möglichkeit liegen müsse, um die Beschwerdelegitimation zu begründen.

Der Beschwerdegegner argumentiere nun, das Anbieten bestimmter Werbetarife indiziere nicht deren Vergabe. Aus dem bloßen Anbieten bestimmter Werbetarife könne denkunmöglich die konkrete Vergabe anderer als der im Tarifwerk angebotenen kommerziellen Kommunikation abgeleitet werden. Wenn in diesem Zusammenhang etwas denkunmöglich sei, dann sei es die Argumentation des Beschwerdegegners:

Der Beschwerdegegner biete in seinem veröffentlichten Tarifwerk bestimmte Konditionen an. Unbestritten sei weiters die vom Beschwerdegegner angebotene Sonderaktion „Herbst

Special 2012“. Der Beschwerdegegner unterliege bei der vertraglichen Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen gemäß § 2 Abs. 4 ORF-G dem Diskriminierungsverbot. Die Vergabe anderer als der im Tarifwerk geregelten kommerziellen Kommunikation sei gemäß § 31 Abs.19 ORF-G unzulässig.

Nach den Behauptungen der Beschwerde verstoße die Aktion des Beschwerdegegners „Herbst Special 2012“ gegen das veröffentlichte Tarifwerk. Die Aktion des Beschwerdegegners „Herbst Special 2012“ stelle ein Angebot des Beschwerdegegners gegenüber der werbetreibenden Wirtschaft dar, an das er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, aber auch auf Grund des Diskriminierungsverbotes gebunden sei.

Der Geschäftsführer der Vermarktungsgesellschaft des Beschwerdegegners habe sich im Vorfeld der Beschwerde ausdrücklich auf das „Herbst Special 2012“ und seine vermeintliche Übereinstimmung mit dem Tarifwerk des Beschwerdegegners berufen.

Es stehe also fest, dass der Beschwerdegegner die Sonderaktion nicht nur angeboten, sondern auch konkret umgesetzt habe, wozu er auf Grund der Bindungswirkung des Angebotes auch verpflichtet war.

In den Raum zu stellen, die in der Aktion angebotenen Rabatte wären nur angeboten, nicht aber auch gewährt worden, sei mit den Denkgesetzen der Logik, der Stellungnahme des Geschäftsführers der Vermarktungsgesellschaft des Beschwerdegegners und letztlich auch nicht mit der Stellungnahme des Beschwerdegegners in Einklang zu bringen, zumal diese ausdrücklich auf die angebliche Zulässigkeit der Sonderaktion Bezug nehme.

Zum Einwand des Beschwerdegegners zu der angeblich mit dem Tarifwerk im Einklang stehenden Vergabe kommerzieller Kommunikation führten die Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, der Beschwerdegegner wende ein, dass das in der Beschwerde angeführte Beispiel einer auf Grund der Aktion „Herbst Special 2012“ erfolgten Neubuchung mit einem Werbevolumen von € 250.000,- rechnerisch unrichtig dargestellt sei, weil die progressive Rabattstaffel außer Betracht gelassen wurde.

Der Beschwerdegegner verweise oberhalb der Rabattstaffel im Tarifwerk auf ein „bis zu 15 % Ersparnis“. Ein Ersparnis von 15 % könne nur dann vorliegen, wenn sich der Rabatt auf das gesamte Werbevolumen und nicht nur auf den über € 1 Mio. liegenden Teil beziehe.

Für den Beschwerdegegner sei aber selbst bei Zugrundelegung seines Verständnisses der progressiven Rabattstaffel nichts gewonnen: In diesem Fall wäre für ein Werbevolumen von € 250.000,- ein Betrag von € 186.200,- zu bezahlen, dies entspreche einem Gesamtrabatt von 25,5 %, also einen 25 % übersteigenden Rabatt.

Auch der weitere Einwand, die im Tarifwerk vorgesehenen Sonderpakete müssten von der Mengenrabattstaffel losgelöst gesehen werden, sei leicht widerlegbar: Die Erläuterungen zum Herbst Special 2012 verwiesen ausdrücklich darauf, dass die Zu- und Neubuchungen hinsichtlich Mengenstaffel volumenbildend und rabattfähig seien. Damit werde eine eindeutige Verknüpfung zwischen der Mengenstaffel und den Sonderaktionen hergestellt.

Der Beschwerdegegner verstoße mit der Sonderaktion „Herbst Special 2012“ aber auch aus einem ganz anderen sehr einfach nachvollziehbaren Grund gegen die Vergabe der im Tarifwerk veröffentlichten kommerziellen Kommunikation:

Nach dem Tarifwerk dürfe im Rahmen von bis zu 4 Sonderpaketen ein maximaler Rabatt von zusätzlichen 10 Prozentpunkten zur obersten Rabattstufe gewährt werden. Die oberste

Rabattstufe betrage 15 Prozentpunkte, der Maximalrabatt liege daher bei einem der Sonderpakete bei 25 %.

Das Sonderpaket „Herbst Special 2012“ sehe nun einen On-Top-Rabatt von 25 % vor. Ein On-Top-Rabatt von 25 % entspreche einem Cashrabatt von 20 %. Das Herbst Special 2012 des Beschwerdegegners sei gemäß seinen Erläuterungen ausdrücklich hinsichtlich der Mengenstaffel volumenbildend und rabattfähig. Dies habe zur Folge, dass dem Werbekunden zunächst der einem Cash-Rabatt von 20 % entsprechende On-Top-Rabatt von 25 % gewährt wird und dann noch einmal der nach der Rabattstaffel jeweils anwendbare Rabatt von 5 % bis 15 %. Selbst bei der Auslegung des Beschwerdegegners zur progressiven Rabattstaffel werde in der überwiegenden Anzahl von Neu- und Zubuchungen der Maximalrabatt von 25 % überschritten.

Die Sonderaktion „Herbst Special 2012“ verstoße daher ganz eindeutig gegen die im Tarifwerk geregelte kommerzielle Kommunikation.

Die Stellungnahme wurde dem Beschwerdegegner mit Schreiben vom 11.01.2013 zur Kenntnis übermittelt.

#### **1.4. Stellungnahme des Beschwerdegegners**

Mit Schreiben vom 29.01.2013 nahm der Beschwerdegegner neuerlich Stellung.

Inhaltlich führte der Beschwerdegegner im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführer blieben weiterhin die Angabe einer konkreten (und gesetzwidrigen) Vergabe von kommerzieller Kommunikation schuldig und beschränkten sich auf Mutmaßungen und das Anbieten von Erkundungsbeweisen. Sogar nach dem eigenen Vorbringen werde (nur) in der „überwiegenden Anzahl“ von hypothetischen Neu- und Zubuchungen ein (behaupteter) Gesamtrabatt von 25 % überschritten, es bestehe also selbst nach dem Vorbringen der Beschwerdeführer die Möglichkeit, dass nur (auch nach Meinung der Beschwerdeführer) zulässige konkrete Buchungen erfolgt seien.

Die Beschwerdeführer wollten glauben machen, das Tarifwerk gäbe Anlass zu Zweifeln, ob die darin enthaltene Mengenrabattstaffel progressiv wäre. Dies sei jedoch ganz offenkundig nicht der Fall, da die Mengenrabattstaffel im Tarifwerk ausdrücklich und sogar zweifach als „progressiv“ bezeichnet werde. Deutlicher könne man diesen Umstand also nicht zum Ausdruck bringen, womit selbst unterdurchschnittlich aufmerksame bzw. intelligente Personen bei flüchtigster Betrachtung darüber Klarheit erlangen könnten.

Dieses Vorbringen der Beschwerdeführer solle offenbar dazu dienen, Unklarheiten zu erzeugen, die in Wahrheit nicht vorlägen. Aus diesem Grund dürften auch erneut in der Stellungnahme enthaltene Rechenbeispiele von den Beschwerdeführern erneut falsch durchgeführt worden sein: Ein „Gesamtrabatt“ (der sich aus Cash- bzw. Mengenrabatt und Natural- bzw. Paketrabatt zusammensetze), sei nicht mit 25 % festgelegt. Selbst wenn dies der Fall wäre: Die Beschwerdeführer zeigten mit ihrem hypothetischen Beispiel keine Überschreitung auf.

Man berechne wie folgt:

- Einzelbuchung von € 200.000,- (beabsichtigtes/geplantes Investment netto vor Mengenrabatt);
- sodann werde der Cash- bzw. Mengenrabatt laut Staffel berücksichtigt, das seien laut progressiver Mengenrabattstaffel bei diesem Investment 6,9 %. Dies ergebe € 186.200,- (zahlbar netto nach Mengenrabatt);
- sodann werde der („Herbst Special 2012“) Natural- bzw. Paketrabatt von 25 % (daher auch mit „ON TOP“ bezeichnet) gewährt, der also vom Nettobetrag (abzüglich Mengenrabatt) errechnet werde (25 % von € 186.200,- = € 46.550,-);
- der Werbewert betrage € 246.550,-, tatsächlich gezahlt seien € 186.200,- worden.

Mit anderen Worten erhöhe der Naturalrabatt den Wert der vom Beschwerdegegner bereitgestellten Leistung, während der Mengen- bzw. Cashrabatt den Betrag der vom Kunden bereitzustellenden Leistung senke. (Oder nochmals anders: Naturalrabatt werde „von unten nach oben“, Mengenrabatt „von oben nach unten“ gerechnet). Zunächst sei bei der Berechnung der Mengenrabatt laut Staffel in Abzug zu bringen und in einem nächsten Schritt „on top“ der Naturalrabatt zu gewähren.

Daraus folge:

- Der Natural- bzw. Paketrabatt liege bei 25 %.
- Der Cash- bzw. Mengenrabatt (laut Staffel) liege bei obigem Beispiel bei 6,9 %.
- Der (fiktive) Gesamtrabatt liege bei obigem Beispiel bei 24,5 %.

Die Beschwerdeführer verschlössen sich dem leicht verständlichen Hinweis, dass das Tarifwerk neben dem (ohnehin geltenden und letztlich auf das Kalenderjahr abstellenden) Mengenrabatt einen zusätzlichen (On-Top insbesondere Natural-) Rabatt von im Ergebnis 25 % maximal viermal pro Kalenderjahr zulasse. Diese Regel sei nicht verletzt worden, zumal der Beschwerdegegner bzw. die ORF-Enterprise weder schriftlich noch mündlich Konditionen in der Höhe von 30 % On-Top-Natural- bzw. Paketrabatt angeboten (oder vergeben) hätten; zu dieser Behauptung hätten die Beschwerdeführer in ihrer Stellungnahme auch inhaltlich kein neues Vorbringen erstattet.

Diese Stellungnahme wurde mit Schreiben vom 05.02.2013 den Beschwerdeführern zur Kenntnis übermittelt.

### **1.5. Stellungnahme der Beschwerdeführer**

Mit Schreiben vom 20.02.2013 nahmen die Beschwerdeführer abermals Stellung.

Inhaltlich führten die Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, die Rabattstaffel im Tarifwerk des Beschwerdegegners sei tatsächlich progressiv, weil sich der Rabatt in Abhängigkeit zum Umsatz erhöhe. Dies bedeute aber noch lange nicht, dass der Rabatt innerhalb jeder Rabattstufe einzeln berechnet und daraus der Gesamtrabatt ermittelt werde. Das Gegenteil sei der Fall, weil die im Tarifwerk des ORF ausdrücklich angesprochene Ersparnis von bis zu 15 % nur dann erzielt werden könne, wenn sich der Rabatt auf den Gesamtumsatz und nicht auf die einzelnen Rabattstufen beziehe.



Wäre die Rabattstaffel gemäß den Stellungnahmen des Beschwerdegegners zu begreifen, müsste in das Tarifwerk zu jeder Rabattstufe eine eigene Formel hinzugefügt werden, so wie dies etwa in § 33 EstG bei der Berechnung der Einkommensteuer der Fall sei.

Der Sachverhalt sei eigentlich relativ einfach: Laut Tarifwerk des Beschwerdegegners dürfe ein vier Mal im Jahr zulässiges Sonderpaket einen Gesamtrabatt von bis zu 25 % vorsehen. Ein Naturalrabatt von 25 % entspreche einem Cashrabatt von 20 %. In den meisten Fällen werde der Maximalrabatt von 25 % überschritten, weil noch der Mengenrabatt abgezogen werde.

Laut Stellungnahmen des ORF in diesem Verfahren werde der Mengenrabatt nach dem Cashrabatt gewährt, der Cashrabatt nach Progressionsstufen, wobei die Rabatte innerhalb der Progressionsstufen separat berechnet werden (analog § 33 EstG). Selbst wenn dies der Fall wäre, würde der Beschwerdegegner gegen die ihm selbst auferlegte Gesamtrabattgrenze von 25 % bei Sonderaktionen verstoßen.

Die Stellungnahme wurde dem Beschwerdegegner mit Schreiben vom 21.02.2013 zur Kenntnis übermittelt.

## **2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt**

Auf Grund der Schriftsätze der Parteien sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

### **2.1. Beschwerdeführer und Beschwerdegegner**

Die Beschwerdeführer sind – mit Ausnahme der RMS Radio Marketing Service GmbH – Privatradoveranstalter nach dem Privatrado-Gesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010. Sie verfügen jeweils über Zulassungen der KommAustria zur Verbreitung der von ihnen veranstalteten Radioprogramme in Österreich. Die einzelnen Beschwerdeführer betreiben auf Dauer selbstständig und wirtschaftlich tätige Unternehmen, welche mit dem Beschwerdegegner sowohl auf dem Zuhörer-, als auch auf dem Werbemarkt im Wettbewerb stehen.

Die RMS Radio Marketing Service GmbH ist als Vermarkterin von Werbezeiten von privaten Rundfunkveranstaltern tätig. Sie besorgt den nationalen Werbezeitenverkauf der Österreichischen Privatradios als Kommissionärin.

Der Beschwerdegegner ist gemäß § 1 Abs. 1 iVm Abs. 2 ORF-G eine Stiftung sui generis, deren Zweck die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags gemäß den §§ 3 bis 5 ORF-G darstellt. Auf dem Werbemarkt wird der Beschwerdegegner durch seine 100-prozentige Tochter ORF-Enterprise GmbH & Co KG (ORF-Enterprise) tätig, die exklusiv die Werbezeiten und -angebote aller Medien und Marken des Beschwerdegegners vermarktet.

### **2.2. Beschwerdegegenstand**

Das Tarifwerk „Tarife 2012 Radio“ des Beschwerdegegners sieht unter der Überschrift „Progressive Rabattstaffel“ folgende Rabattierungen bzw. Konditionen vor:

*„Progressive Rabattstaffel*

- *Mit unverändert attraktivem Mengenrabatt bereits ab 8.000 Euro Bruttovolumen*
- *Bis zu 15 % Erparnis*

Mengenrabatt 2012 (progressiv)	Rabatt
8.000 – 40.000	5,0 %
40.000 – 150.000	7,0 %
150.000 – 600.000	9,0 %
600.000 – 1.500.000	11,0 %
1.500.000 – 3.500.000	12,0 %
3.500.000 – 5.000.000	13,5 %
5.000.000 – restlicher Umsatz	15,0 %

Abweichend von den Rabatten lt. Staffel können Rabatte innerhalb einer marktkonformen Bandbreite kundenindividuell, abhängig von folgenden Faktoren, angepasst werden: Kundenstatus, Distributionsgebiet, Buchungstreue, Zielgruppenstruktur/größe, Buchungsperiode, Planungsgenauigkeit, Bearbeitungsaufwand, Nachfrage/Zeitfaktor. Um gezielte Verkaufsimpulse zu setzen, können pro Sender innerhalb eines Kalenderjahres bis zu 4 Sonderpakete, die einen maximalen Rabatt von zusätzlichen 10 Prozentpunkten zur obersten Rabattstufe gewähren, angeboten werden. Buchungszeitraum/ Auslieferungszeitraum: längstens 4 Wochen.“

Im Oktober 2012 veröffentlichte der Beschwerdegegner unter dem Titel „Ein toller Herbst mit Hitradio Ö3 und radio FM4“ eine Information zum „Herbst Special 2012“, in der folgende Konditionen beschrieben werden:

„Bis 15. Dezember 2012 bietet die ORF-Enterprise herbstlich schöne Rabatte für Neu- und Zubuchungen!

Bei einer Buchung von mindestens € 20.000,- auf Hitradio Ö3 und/oder FM4 bietet die ORF-Enterprise einen Paket-Naturalrabatt von 25 %.

Auslieferungszeitraum: längstens 4 Wochen bis 15. Dezember 2012

Platzierung der Naturalrabatt-Spots innerhalb der genannten 4 Wochen.“

Weiters heißt es unter der Überschrift „Herbst-Special 2012- Konditionen“:

„Beim Herbst Special handelt es sich um ein Sonderpaket mit zeitlicher Begrenzung.

Das Herbst Special gilt nur für Neu- und Zubuchungen. Es ist nicht auf bestehende Buchungen oder Umbuchungen reservierter oder gebuchter Kampagnen anwendbar.

Platzierung der Naturalrabatt-Spots durch die ORF-Enterprise unter Berücksichtigung des Streuplans und nach Maßgabe freier Werbepplätze. Bei Belegung von Hitradio Ö3 und radio FM4 erfolgt die Vergabe der Naturalrabatt-Spots aliquot zum jeweils eingesetzten Buchungsvolumen.

Die Aktion gilt für Buchungen von klassischen Werbeblöcken jedoch nicht für Kooperationen und Sponsoring.

Das Herbst Special ist hinsichtlich der Mengenrabattstaffel volumenbildend und rabattfähig. Agenturprovision wird berücksichtigt.

Alle Preise in Euro zuzüglich Abgaben und Steuern in gesetzlicher Höhe. Druckfehler vorbehalten. Im Übrigen gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Werbung im ORF-TV und in den ORF Radios in der jeweils gültigen Fassung, veröffentlicht unter enterprise.ORF.at.“

Das Tarifwerk „Tarife 2012 Radio“ wurde auf der Webseite der ORF-Enterprise unter der Adresse

[http://enterprise.orf.at/typo3conf/ext/up\\_downloadcluster/pi1/downloadfile.php?filename=ORF E TARIFE RADIO 2012 V4.pdf](http://enterprise.orf.at/typo3conf/ext/up_downloadcluster/pi1/downloadfile.php?filename=ORF_E_TARIFE_RADIO_2012_V4.pdf) veröffentlicht.

Das beschwerdegegenständliche „Herbst Special 2012“ wurde im Oktober 2012 auf der Webseite der ORF-Enterprise unter der Adresse [http://enterprise.orf.at/typo3conf/ext/up\\_downloadcluster/pi1/downloadfile.php?filename=Hitradio\\_OE3\\_und\\_radio\\_FM4-Herbst\\_Special\\_2012\\_20121001.pdf](http://enterprise.orf.at/typo3conf/ext/up_downloadcluster/pi1/downloadfile.php?filename=Hitradio_OE3_und_radio_FM4-Herbst_Special_2012_20121001.pdf) veröffentlicht und war bis zum 15.12.2012 gültig.

Nicht festgestellt werden konnte, dass der Beschwerdegegner gegenüber Dritten On-Top-Rabatte iHv 30 % zugesagt oder gewährt hat und der Auslieferungszeitraum in diesem Zusammenhang die Dauer von vier Wochen überschritten hat.

### **3. Beweiswürdigung**

Die Feststellungen zu den Beschwerdeführern ergeben sich aus den Akten der KommAustria, mit Ausnahme der RMS Radio Marketing Service GmbH insbesondere aus den Zulassungsbescheiden zu den jeweiligen Privatrundfunkveranstaltern.

Die Feststellungen zur Beschwerdeführerin RMS Radio Marketing Service GmbH ergeben sich aus den glaubhaften Angaben aus der Beschwerde sowie den über die Beschwerdeführerin öffentlich abrufbaren Informationen auf deren Internetpräsenz [www.rms-austria.at](http://www.rms-austria.at).

Die Feststellungen zum Tarifwerk „Tarife 2012 Radio“ und dem „Herbst Special 2012“ ergeben sich aus den von den Beschwerdeführern vorgelegten Dokumenten die vom Beschwerdegegner unwidersprochen blieben und aus der Einsichtnahme der Behörde in die zum Beschwerdezeitpunkt online unter <http://enterprise.orf.at/> im Bereich „Downloads/Tarife“ abrufbaren Dokumente.

Die (Nicht)Feststellung zur Zusage und Gewährung von Rabatten iHv 30 % und der Erstreckung des Auslieferungszeitraumes über vier Wochen hinaus gründet darauf, dass die Beschwerdeführerin hierzu keinen Beweis erbringt. Die zur Glaubhaftmachung dieses Vorwurfs zitierte E-Mail des XX beruft sich lediglich auf eine im Weiteren nicht dokumentierte angebliche Zusage des Beschwerdegegners. Dieser Behauptung tritt der Beschwerdegegner entgegen. Die Beschwerdeführer bringen – auch in ihrer Stellungnahme vom 07.01.2013 – darüber hinaus nichts vor, was den Vorwurf, der Beschwerdegegner habe Rabatte iHv 30 % zugesagt oder gewährt bzw. der Auslieferungszeitraum sei unzulässig erstreckt worden, plausibel machen könnte, sodass es bei einer reinen Vermutung bleibt.

### **4. Rechtliche Beurteilung**

#### **4.1. Zuständigkeit der Behörde**

Gemäß § 35 ORF-G obliegt die Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk der Regulierungsbehörde. Gemäß § 35 Abs. 3 ORF-G ist die Regulierungsbehörde die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria).

#### **4.2. Beschwerdevoraussetzungen**

§ 36 ORF-G lautet auszugsweise:

##### *Rechtsaufsicht*

§ 36. (1) Die Regulierungsbehörde entscheidet neben den anderen in diesem Bundesgesetz und im KommAustria-Gesetz genannten Fällen – soweit dafür nicht eine andere

*Verwaltungsbehörde oder ein Gericht zuständig ist – über die Verletzung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes mit Ausnahme der Bestimmungen des 5a. Abschnittes oder über die Verletzung des Umfangs eines Angebotskonzepts einschließlich allfälliger nach § 6b Abs. 2 erteilten Auflagen*

*1. auf Grund von Beschwerden*

*a. einer Person, die durch eine Rechtsverletzung unmittelbar geschädigt zu sein behauptet;*

*b. ...*

*c. eines Unternehmens, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch die behauptete Verletzung berührt werden.*

*2. – 3. ...*

*(2) ...*

*(3) Beschwerden sind innerhalb von sechs Wochen, Anträge sind innerhalb von sechs Monaten, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen. Offensichtlich unbegründete Beschwerden und Anträge sind ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen.*

*(4) ...“*

#### **4.2.1. Zur Beschwerdelegitimation**

Die Beschwerdeführer stützen ihre Beschwerdelegitimation auf § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a und c ORF-G ohne hierbei nach einzelnen Beschwerdeführern zu differenzieren.

Tatsächlich ist die Beschwerdelegitimation aller Beschwerdeführer bereits nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c gegeben.

##### **4.2.1.1. Zur Beschwerdelegitimation der Privatrundfunkveranstalter**

Für das Vorliegen einer Beschwerdelegitimation nach dieser Bestimmung reicht die Darlegung von zumindest im Bereich des Möglichen liegenden berührten rechtlichen oder wirtschaftlichen Interessen des beschwerdeführenden Unternehmens aus (vgl. z.B. BKS 29.01.2007, GZ 611.956/0002-BKS/2007, zum wortidenten § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010). Im Unterschied zur Beschwerdemöglichkeit gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G kann gemäß lit. c leg.cit. Beschwerde auch bei bloß mittelbarer Schädigung oder selbst dann, wenn noch kein Schaden eingetreten ist, erhoben werden (vgl. BKS 12.12.2004, GZ 611.933/0003-BKS/2004, sowie *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>3</sup>, 327).

Eine weitere Voraussetzung dafür, dass durch eine behauptete Verletzung des ORF-G wirtschaftliche Interessen eines gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G beschwerdeführenden Unternehmens berührt werden, ist das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den beschwerdeführenden Unternehmen und dem Beschwerdegegner. Ein solches Wettbewerbsverhältnis ist dann anzunehmen, wenn sich die beschwerdeführenden Unternehmen am selben oder auf einem vor- oder nachgelagerten Markt in einer Wettbewerbssituation zum Beschwerdegegner oder zu einem seiner Tochterunternehmen befindet (vgl. etwa BKS 25.09.2006, GZ 611.933/0006-BKS/2006, wiederum zu § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010; *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>3</sup>, 327).

Mit Ausnahme der RMS Radio Marketing Service GmbH befinden sich alle Beschwerdeführer auf dem österreichischen Rundfunkmarkt in einem direkten Wettbewerbsverhältnis mit dem Beschwerdegegner.

Es ist davon auszugehen, dass sich die KRONEHIT Radio BetriebsgmbH, Regionalradio Tirol GmbH, Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG, Antenne Kärnten

Regionalradio GmbH & Co KG, Vorarlberger Regionalradio GmbH, Radio Arabella GmbH, U1 Tirol Medien GmbH, N & C Privatrado Betriebs GmbH, Superfly Radio GmbH, Life Radio GmbH Co KG, Spannungsfunk GmbH, Welle Salzburg GmbH & Co KG sowie die Radio Stephansdom Kirchliche Stiftung die allesamt Hörfunkveranstalterinnen sind, mit dem Beschwerdegegner in einem Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G befinden, und dass sie mit dem Beschwerdegegner im Wettbewerb sowohl um Marktanteile am Zuhörermarkt als auch – damit korrelierend – um Werbeaufträge am Werbemarkt stehen. Die behaupteten Rechtsverletzungen könnten insofern Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführer haben, als der Beschwerdegegner durch das Anbieten von besonders attraktiven Konditionen für die Schaltung von Werbung, Werbevolumina, deren Platzierung in den Radios der Beschwerdeführer vorgesehen gewesen wäre, zulasten der Radios der Beschwerdeführer abziehen könnte, was im Ergebnis zu einem Abfluss der Werbeeinnahmen führt und insoweit die wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt werden. Es könnte bereits durch das Anbieten besonders attraktiver Konditionen erheblicher Preisdruck auf die Mitbewerber ausgeübt und somit eine Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen ermöglicht werden.

Es ist daher im Sinne der zitierten Entscheidungspraxis nicht ausgeschlossen, dass durch die behaupteten Rechtsverletzungen bzw. den inkriminierten Sachverhalt eine (zumindest) mittelbare Schädigung der Beschwerdeführer und somit ein Eingriff in deren wirtschaftliche Interessen im Sinne des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G gegeben sein kann, weshalb die Beschwerdelegitimation gegeben ist.

Die Beschwerdelegitimation gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G ist daher gegeben.

#### **4.2.1.2. Zur Beschwerdelegitimation der RMS Radio Marketing Service GmbH**

Die RMS Radio Marketing Service GmbH ist als Vermarkterin von Werbezeiten von privaten Rundfunkveranstaltern tätig. Sie besorgt den nationalen Werbezeitenverkauf der Österreichischen Privatradiosender als Kommissionärin.

Nach der Spruchpraxis des BKS kann auch ein Unternehmen, welches als Werbezeitenvermarkter privater Hörfunkveranstalter tätig ist durch Verstöße des ORF gegen die die Kennzeichnung kommerzieller Kommunikation betreffenden Vorschriften in seinen rechtlichen, vor allem aber in seinen wirtschaftlichen Interessen im Sinne von § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G berührt sein (BKS 05.11.2012, GZ 611.804/0002-BKS/2012).

An dieser Beurteilung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass auch der Beschwerdegegner Werbung in seinen Programmen nicht im Rahmen der Stiftung Österreichischer Rundfunk selbst vermarktet, sondern die Werbezeitenvermarktung durch seine Tochtergesellschaft ORF Enterprise GmbH & Co KG besorgen lässt. Es erschließt sich aus § 8a Abs. 4 iVm Abs. 3 ORF-G, dass der Vertrieb und die Vermarktung kommerzieller Kommunikation in den gemäß § 3 ORF-G bereit gestellten Programmen durch Tochtergesellschaften des Beschwerdegegners in dessen Namen und auf dessen Rechnung wahrzunehmen sind (vgl. ausdrücklich die Erläuterungen zu § 8a ORF-G zur RV 611 BlgNR XXIV. GP).

Die gesetzlichen Regelungen über den Unternehmensgegenstand des Beschwerdegegners bzw. seiner Tochtergesellschaften grenzen deren zulässige Tätigkeit unter anderem auch im Hinblick auf das Wettbewerbsverhältnis zu anderen Unternehmen ein und haben daher Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Interessen solcher, in einem entsprechenden Wettbewerbsverhältnis stehenden Unternehmer (vgl. dazu BKS 25.09.2006, GZ 611.933/0006-BKS/2006). Die RMS Radio Marketing Service GmbH ist als Vermarkterin

von Werbezeiten von privaten Rundfunkveranstaltern tätig und steht somit mit dem Beschwerdegegner (auch wenn dieser die Werbevermarktung durch seine Tochtergesellschaft besorgen lässt) auf dem Werbemarkt im Wettbewerb. Es ist daher im Sinne der zitierten Rechtsprechung nicht ausgeschlossen, dass durch die behaupteten Rechtsverletzungen eine (zumindest) mittelbare Schädigung der RMS Radio Marketing Service GmbH und somit ein Eingriff in deren wirtschaftliche Interessen im Sinne des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G gegeben sein kann, weshalb auch in diesem Fall die Beschwerdelegitimation bereits nach Z 1 lit. c leg.cit. zu bejahen ist. Daher war auf das Vorbringen hinsichtlich § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G nicht weiter einzugehen.

#### **4.2.1.3. Zur Möglichkeit des Vorliegens einer Rechtsverletzung**

§ 31 ORF-G Abs. 19 ORF-G lautet auszugsweise:

*„Tarifwerke zur kommerziellen Kommunikation sind auf der Website des Österreichischen Rundfunks leicht, unmittelbar und ständig zugänglich zu machen. Die Tarifwerke haben Bestimmungen über Preis, Leistung, Form, Skonti und Rabatte für die kommerzielle Kommunikation zu enthalten. Die Vergabe anderer als der im Tarifwerk geregelten kommerziellen Kommunikation ist unzulässig. [...]“*

Im Hinblick auf den Wortlaut der Bestimmung bringt der Beschwerdegegner vor, nur durch das Anbieten bestimmter Konditionen könne § 31 Abs. 19 ORF-G „denkunmöglich“ verletzt werden weshalb die Beschwerde zurückzuweisen sei.

Diese Argumentation kann nicht überzeugen. Auch wenn es sich bei dem Tarifwerk des Beschwerdegegners mangels erkennbaren Bindungswillens um kein Angebot iSd § 862 ABGB handelt (vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup>, 122 mwN), diesem also die (zivilrechtliche) Bindungswirkung fehlt, kann im vorliegenden Fall bereits das Anbieten anderer als der im Tarifwerk geregelten kommerziellen Kommunikation der Vergabe derselben gleich gehalten werden. Laut der eindeutigen Bestimmung des § 31 Abs. 19 ORF-G ist dem Beschwerdegegner eine Vergabe anderer als der im Tarifwerk geregelten kommerziellen Kommunikation untersagt. Hierdurch entfaltet das veröffentlichte Tarifwerk und die auf seiner Grundlage angebotenen „Sonderpakete“ insofern bindende Wirkung, als ein Abweichen davon automatisch eine Rechtsverletzung darstellen würde.

Darüber hinaus soll eine Verletzung dieser Vorgabe durch Beschwerde an die Regulierungsbehörde aufgegriffen werden können (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>3</sup>, 301). Wäre für eine Beschwerde jedoch eine bereits erfolgte, rechtswidrige, Vergabe kommerzieller Kommunikation erforderlich, stellte dies für einen potentiellen Beschwerdeführer ein beträchtliches Hindernis dar, da diese Vergabe bzw. der ihr zugrunde liegende Vertragsschluss nur den Vertragsparteien bekannt wäre. Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, die Geltendmachung einer Verletzung des § 31 Abs. 19 in diesem Ausmaße erschweren haben zu wollen. Tatsächlich lässt auch der Beschwerdegegner die Differenzierung zwischen Angebot und Vergabe vermissen, wenn er in seinem Tarifwerk die Möglichkeit festhält, dass *„bis zu 4 Sonderpakete, die einen maximalen Rabatt von zusätzlichen 10 Prozentpunkten zur obersten Rabattstufe gewähren, angeboten werden.“* Selbst bei strenger Trennung von Vergabe und Angebot würde daher der Beschwerdegegner bereits dann die Grenzen des Tarifwerks überschreiten, wenn er Sonderpakete anbieten würde, die die genannten Merkmale nicht aufwiesen.

Da bereits das Anbieten von bestimmten Konditionen, die im Tarifwerk des Beschwerdegegners keine Deckung finden, eine Verletzung des § 31 Abs. 19 ORF-G

darstellen kann, ist die Möglichkeit einer Rechtsverletzung durchaus denkmöglich und die Beschwerde als zulässig zu erachten.

#### **4.2.2. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde**

Gemäß § 36 Abs. 3 ORF-G sind Beschwerden innerhalb von sechs Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen.

Nach der Entscheidungspraxis des BKS ist bei Beschwerden, die einen längeren Zeitraum inkriminieren, hinsichtlich der Fristberechnung vom letzten Tag des von ihr erfassten Zeitraums auszugehen (vgl. BKS 27.06.2008, GZ 611.922/0003-BKS/2008, BKS 20.10.2008, GZ 611.934/0016-BKS/2008).

Das beschwerdegegenständliche „Herbst Special 2012“ wurde im Oktober 2012 auf der Webseite der ORF-Enterprise veröffentlicht und war bis zum 15.12.2012 gültig.

Die mit Schreiben vom 16.11.2012 am selben Tag bei der KommAustria eingebrachte Beschwerde war daher jedenfalls rechtzeitig.

#### **4.3. Zur behaupteten Verletzung des ORF-G**

Die Beschwerdeführer sehen das ORF-G im Wesentlichen dadurch verletzt, dass der Beschwerdegegner durch das Anbieten des „Herbst Special 2012“ die Grenzen des Tarifwerks „Tarife Radio 2012“ überschritten und hierdurch die Bestimmungen des § 31 Abs. 19 ORF-G verletzt hat.

§ 31 ORF-G Abs. 19 ORF-G lautet auszugsweise:

*„Tarifwerke zur kommerziellen Kommunikation sind auf der Website des Österreichischen Rundfunks leicht, unmittelbar und ständig zugänglich zu machen. Die Tarifwerke haben Bestimmungen über Preis, Leistung, Form, Skonti und Rabatte für die kommerzielle Kommunikation zu enthalten. Die Vergabe anderer als der im Tarifwerk geregelten kommerziellen Kommunikation ist unzulässig. [...]“*

Das Verbot der Vergabe anderer als der im Tarifwerk geregelten kommerziellen Kommunikation bezieht sich auf sämtliche der genannten und im Tarifwerk zu führenden Kriterien: Preis, Leistung, Form, Skonti und Rabatte (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>3</sup>, 301). Das beschwerdegegenständliche „Herbst Special 2012“ beinhaltete lediglich Angaben zum Kriterium der Rabatte. Es ist daher zu prüfen, ob der Beschwerdegegner im Rahmen des „Herbst Special 2012“ Rabatte angeboten hat, die im Tarifwerk zur kommerziellen Kommunikation „Tarife Radio 2012“ keine Deckung finden.

Die Rabatte für Verträge über kommerzielle Kommunikation in den Radioprogrammen des Beschwerdegegners werden im Tarifwerk „Tarife Radio 2012“ wie folgt festgelegt:

<i>„Mengenrabatt 2012 (progressiv)</i>	<i>Rabatt</i>
<i>8.000 – 40.000</i>	<i>5,0 %</i>
<i>40.000 – 150.000</i>	<i>7,0 %</i>
<i>150.000 – 600.000</i>	<i>9,0 %</i>
<i>600.000 – 1.500.000</i>	<i>11,0 %</i>
<i>1.500.000 – 3.500.000</i>	<i>12,0 %</i>
<i>3.500.000 – 5.000.000</i>	<i>13,5 %</i>
<i>5.000.000 – restlicher Umsatz</i>	<i>15,0 %“</i>

Weiters sieht das Tarifwerk „Tarife Radio 2012“ folgenden Zusatz vor:

*„Abweichend von den Rabatten lt. Staffel können Rabatte innerhalb einer marktconformen Bandbreite kundenindividuell, abhängig von folgenden Faktoren, angepasst werden: Kundenstatus, Distributionsgebiet, Buchungstreue, Zielgruppenstruktur/größe, Buchungsperiode, Planungsgenauigkeit, Bearbeitungsaufwand, Nachfrage/Zeitfaktor. Um gezielte Verkaufsimpulse zu setzen, können pro Sender innerhalb eines Kalenderjahres bis zu 4 Sonderpakete, die einen maximalen Rabatt von zusätzlichen 10 Prozentpunkten zur obersten Rabattstufe gewähren, angeboten werden. Buchungszeitraum/Auslieferungszeitraum: längstens 4 Wochen.“*

Der erste Absatz dieser Zusatzbestimmungen kann auf das „Herbst Special 2012“ keine Anwendung finden: das beschwerdegegenständliche Angebot ist nicht kundenindividuell angepasst sondern, insbesondere durch die Zurverfügungstellung auf der Webseite des ORF, an einen größeren Kreis unbekannter potentieller Vertragspartner gerichtet.

Wie bereits aus der Bezeichnung als „Special“ erkennbar ist, handelt es sich beim beschwerdegegenständlichen Angebot daher um ein Sonderpaket, das mit einem „Paket-Naturalrabatt von 25 %“ einen Rabatt anbietet, der in der veröffentlichten Rabattstaffel, die in ihrer höchsten Stufe Rabatte in einer maximalen Höhe von 15 % vorsieht, nicht zu subsumieren ist.

Nach den Bestimmungen über Sonderpakete im zweiten Absatz des Zusatzes zur Mengenrabattstaffel des Beschwerdegegners dürfen diese einen „maximalen Rabatt von zusätzlichen 10 Prozentpunkten zur obersten Rabattstufe gewähren“. Die oberste Rabattstufe der Mengenrabattstaffel sieht einen Rabatt von 15 % vor. Der nach den Bestimmungen des Tarifwerks maximal erlaubte Rabatt beträgt daher 25 %. Diese Grenze wird vom beschwerdegegenständlichen Sonderpaket jedoch nicht überschritten.

Durch die Kombination der Mengenrabattstaffel des regulären Tarifwerks „Tarife Radio 2012“ und den Naturalrabatt des Sonderpakets „Herbst Special 2012“ kann es freilich im Ergebnis zu einem „Gesamtrabatt“ für Neu- und Zubuchungen kommen, der über 25 % liegt. Dies sei anhand eines theoretischen Beispiels dargestellt:

- Bei einer Neubuchung iHv € 1.000.000 netto wird zuerst der Mengenrabatt nach Rabattstaffel berechnet. Durch die progressive Berechnungsmethode beträgt der endgültige Durchschnittsrabatt 9,38 %, dies ergibt einen Nettopreis von € 906.200. Im Hinblick auf die wiederholt falsche Berechnung des progressiven Mengenrabatts durch die Beschwerdeführer sei darauf hingewiesen, dass bei einer progressiven Rabattierung die Rabattstufen der Reihe nach „zu durchlaufen“ sind, mit anderen Worten: für den auf die erste Rabattstufe entfallenden Betrag (hier € 8.000 - € 40.000) ist der entsprechende Rabatt (hier 5 %) zu berechnen, für den auf die zweite Rabattstufe entfallenden Betrag (hier € 40.000 bis € 150.000) ist der dieser entsprechende Rabatt (hier 7 %) zu berechnen, usw. bis die jeweils oberste Rabattstufe erreicht ist, die „ersten“ € 8.000 sind gänzlich unrabattiert.
- Ausgehend vom ermittelten Preis iHv € 906.200 ist „on top“ der Paket-Naturalrabatt von 25 % zu berechnen. Der Naturalrabatt besteht, anders als der Mengenrabatt bei dem der Kunde „weniger dafür bezahlt, als er bekommt“ in „Gratis-Spots“, wobei in diesem Fall also der Kunde „mehr dafür bekommt, als er bezahlt“. Dennoch lässt sich dieser Naturalrabatt bewerten: 25 % von € 906.200 sind € 226.550.
- Der Kunde erwirbt in diesem Fall kommerzielle Kommunikation im Wert von € 1.226.550 (€ 1.000.000 Auftragswert + € 226.550 Naturalrabatt). Für diese Leistung



zahlt er € 906.200. Dieser Preis stellt einen „Gesamtrabatt“ iHv 26,12 % gegenüber dem Werbewert dar.

Für diesen „Gesamtrabatt“ findet sich im Tarifwerk „Tarife Radio 2012“ jedoch keine festgelegte Grenze. Die im Tarifwerk spezifizierte Grenze von 25 % gilt unmissverständlich nur für Sonderpakete, nicht jedoch für die sich aus der Kombination von Mengenrabatten und Sonderpaketen ergebenden Gesamtersparnis. Als ebenfalls unproblematisch erachtet die KommAustria daher eine Verknüpfung des „Herbst Special 2012“ mit der Mengenrabattstafel des „normalen“ Tarifwerks insofern als, ausweislich der Bestimmungen zum „Herbst Special 2012“, dieses hinsichtlich der Mengenrabattstafel volumenbildend und rabattfähig ist.

Der Ansicht der Beschwerdeführer, das Tarifwerk erlaube Sonderpakete mit einem „Gesamtrabatt von bis zu 25 %“ kann nicht gefolgt werden. Ein Gesamtrabatt wird im betreffenden Zusatz zur Mengenrabattstafel weder explizit benannt noch kann darauf geschlossen werden, dass die Bestimmung wonach die Sonderpakete *„einen maximalen Rabatt von zusätzlichen 10 Prozentpunkten zur obersten Rabattstufe gewähren“* mehr als die Rabatthöhe eben dieser Sonderpakete beschränken will. Eine Gesamtrabattgrenze hat sich der Beschwerdegegner im verfahrensgegenständlichen Tarifwerk erkennbar nicht auferlegt.

Zuzustimmen ist den Beschwerdeführern dahingehend, dass eine Ersparnis von 15 % unter richtiger Anwendung der Mengenrabattstafel des Beschwerdegegners rechnerisch unmöglich erreicht werden kann. Selbst bei einer, freilich theoretischen, Neubuchung iHv € 100 Mio. ergibt sich lediglich ein durchschnittlicher Rabatt von 14,84 %. Für das gegenständliche Verfahren ist diese Ankündigung jedoch irrelevant. Selbst wenn sie in ihrem ganzen Ausmaß nicht ausgeschöpft werden kann, beträgt die oberste Rabattstufe 15 % und errechnet sich daraus ein maximaler Rabatt von 25 %, für das Sonderpaket besteht also diesbezüglich kein Widerspruch zwischen Sonderpaket und Tarifwerk.

Aus der Ankündigung der *„Ersparnis bis zu 15 %“* kann aber nicht auf die Berechnung des Mengenrabattes geschlossen werden. Wie der progressive Rabatt zu berechnen ist, ergibt sich aus den nachvollziehbaren Angaben des Beschwerdegegners. Darüber hinaus ist die Berechnung des progressiven Rabattes anhand des auf der Webseite der ORF-Enterprise verfügbaren Rabattrechners überprüfbar. Es erschließt sich nicht, warum die Mengenrabattstafel jedenfalls in Formeln ausgedrückt werden muss – die Tabelle in § 33 Abs. 1 Einkommensteuergesetz (EStG) weist zwar Berechnungsformeln für jede einzelne Steuerstufe aus, tatsächlich können diese Stufen jedoch auch in Prozent ausgedrückt werden (36,5 %, 43,2143 % und 50 %). Im – etwa durch den erwähnten Rabattrechner der ORF-Enterprise überprüfbaren – Ergebnis sind keine Unterschiede feststellbar.

Unklar bleibt darüber hinaus, warum, nach mehrfach geäußerter Meinung der Beschwerdeführer, ein Naturalrabatt von 25 % einem Cashrabatt von 20 % entspricht.

Dabei übersieht die Behörde nicht, dass der Beschwerdegegner im zweiten Absatz des Zusatzes zu den Regeln über die progressive Rabattstafel im Tarifwerk „Tarife Radio 2012“ nicht zwischen Mengenrabatten und Naturalrabatten differenziert. Hier wäre eine Unterscheidung in diese beiden jeweils unterschiedlich zu berücksichtigenden Rabatt-Arten im Sinne der Transparenz wünschenswert. Da die Gewährung von 25 % Naturalrabatt mangels genauerer Festlegung im entsprechenden, das Angebot von Sonderpaketen betreffenden, Zusatz zur Mengenrabattstafel im Tarifwerk „Tarife Radio 2012“ Deckung findet, stellt das „Herbst Special 2012“ als Angebot von im Tarifwerk geregelter kommerzieller Kommunikation keinen Verstoß gegen das Verbot des § 31 Abs. 19 ORF-G dar.

Die Beschwerde war daher spruchgemäß abzuweisen.

### III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegrafisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten.

Wien, am 27. Februar 2013

Kommunikationsbehörde Austria  
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris  
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

1. KRONEHIT Radio BetriebsgmbH, Regionalradio Tirol GmbH, Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG, Antenne Kärnten Regionalradio GmbH & Co KG, Vorarlberger Regionalradio GmbH, Radio Arabella GmbH, U1 Tirol Medien GmbH, N & C Privatradio Betriebs GmbH, Superfly Radio GmbH, Life Radio GmbH & Co KG, Entspannungsfunk GmbH, Welle Salzburg GmbH & Co KG, Radio Stephansdom Kirchliche Stiftung und RMS Radio Marketing Service GmbH,  
alle vertreten durch die Dr. Michael Krüger Rechtsanwalt GmbH, Seilergasse 4/15, 1010 Wien, per **RSb**
2. Österreichischer Rundfunk,
3. Generaldirektor Dr. Alexander Wrabetz,  
2. und 3. vertreten durch Dr. Klaus Kassai, LL.M., Würzburggasse 30, 1136 Wien, per **RSb**