

# TE Bvg Erkenntnis 2021/7/26 W194 2222578-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.07.2021

## Entscheidungsdatum

26.07.2021

## Norm

B-VG Art133 Abs4

EMRK Art6 Abs1

KOG §36

ORF-G §17 Abs1

ORF-G §38b Abs1

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W194 2222578-1/13E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Daniela Sabetzer als Vorsitzende und den Richter Mag. Eduard Hartwig Paulus als Beisitzer sowie die Richterin Dr. Margret Kronegger als Beisitzerin über die Beschwerde des Österreichischer Rundfunks (ORF) gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 05.07.2019, KOA 3.500-19-045, (weitere Verfahrenspartei: XXXX , Generaldirektor des ORF), betreffend Abschöpfung der Bereicherung gemäß § 38b ORF-Gesetz, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid vom 05.07.2019, KOA 3.500/19-045, der dem ORF (beschwerdeführende Partei) und dessen Generaldirektor (weitere Verfahrenspartei) am 10.07.2019 zugestellt wurde, entschied die KommAustria (belangte Behörde) wie folgt:

„1. Gemäß § 38b Abs. 1 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 61/2018 wird festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) dadurch, dass er am 05.11.2014 im Rahmen der von ca. 21:48 bis ca. 21:54 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Sendung „XXXX“ durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf die präsentierten XXXX die Bestimmung des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G verletzt hat, wonach gesponserte Sendungen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Sponsors oder eines Dritten anregen dürfen, einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von insgesamt EUR XXXX,- 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 [...] zu überweisen.“

2. Gegen diesen Bescheid wendet sich die vorliegende Beschwerde vom 06.08.2019, die am 07.08.2019 bei der belangten Behörde einlangte. Mit der Beschwerde wird der Bescheid „insbesondere wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts angefochten“, und es werden die Anträge gestellt, das Bundesverwaltungsgericht möge:

„a.) eine mündliche Verhandlung durchführen und

b.) in der Sache selbst erkennen und den angefochtenen Bescheid vom 05.07.2019, KOA 3.500/19-045 aufheben und das Verfahren einstellen, in eventu

c.) den Abschöpfungsbetrag deutlich reduzieren“.

3. Die belangte Behörde übermittelte dem Bundesverwaltungsgericht mit hg. am 20.08.2019 eingelangerter Beschwerdevorlage den gegenständlichen Verwaltungsakt und verzichtete auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

4. Am 21.04.2021 führte das Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der ein Vertreter der beschwerdeführenden Partei sowie der weiteren Verfahrenspartei und ein Vertreter der belangten Behörde teilnahmen. In der Verhandlung wurden der gegenständliche Sachverhalt und die rechtlichen Standpunkte der Parteien erörtert.

5. Am 06.05.2021 übermittelte die beschwerdeführende Partei – wie in der Verhandlung aufgetragen – eine ergänzende Stellungnahme vom 05.05.2021. Diese wurde der belangten Behörde am 10.05.2021 zur Kenntnis gebracht. Eine Stellungnahme der belangten Behörde langte nicht ein.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die belangte Behörde legte dem angefochtenen Bescheid die folgenden Feststellungen zugrunde (vgl. die Seiten 3f des angefochtenen Bescheides):

„2.1. Festgestellte Verletzungen von Werbebestimmungen

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

Mit rechtskräftigem Straferkenntnis vom 17.11.2015, KOA 3.500/15-046, stellte die KommAustria gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G gegenüber dem für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlichen Beauftragten des ORF fest, dass dieser zu verantworten habe, dass der ORF am 05.11.2014 im Rahmen der von ca.

21:48 bis ca. 21:54 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Sendung „ XXXX “ durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf die präsentierten XXXX die Bestimmung des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G verletzt hat, wonach gesponserte Sendungen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Sponsors oder eines Dritten anregen dürfen.

## 2.2. Zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils

Die am 05.11.2014 ausgestrahlte Sendung „ XXXX “ wurde vom XXXX durch werblich gestaltete Sponsorhinweise finanziell unterstützt. In der Sendung selbst wurden die präsentierten XXXX in absatzfördernder Weise dargestellt.

Die erwähnten Sponsorhinweise waren Gegenstand eines XXXX Sponsoring-Vertrags vom 30.04.2015 [Anm. des BVwG: richtig ist 2014], in dem insgesamt zwölf Produktionen der Sendereihe „ XXXX “ im Zeitraum 2014/2015 umfassenden Sponsoring-Vertrag wurde ein Entgelt in Höhe von EUR XXXX vereinbart. Leistungsgegenständlich waren

36 Programm-Promotion-Trailer (à EUR XXXX , in Summe daher EUR XXXX ) sowie

zwölf Sponsoring-Hinweise De Luxe bzw. je zwölf Opener und Closer (à EUR XXXX , in Summe daher EUR XXXX ),

woraus ein Betrag von insgesamt rund EUR XXXX resultierte.

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

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

Summe im Vertrag in € XXXX

Sendungen 12

Tarif pro Sendung in € XXXX

Rabatt in % XXXX

Rabatt in € XXXX

Gesamtbetrag mit Rabatt im Vertrag in € XXXX

Tarif pro Sendung mit Rabatt im Vertrag in € XXXX

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

## 1.2. Das Bundesverwaltungsgericht stellt darüber hinaus fest:

1.2.1. Das von der belangten Behörde zitierte rechtskräftige Straferkenntnis vom 17.11.2015, KOA 3.500/15-046, enthält auszugsweise die folgenden Feststellungen:

„[...] Vor dem eigentlichen Sendungsbeginn wird ein werblich gestalteter Sponsorhinweis auf den XXXX ausgestrahlt, der am Anfang durch einen sogenannten „Reminder“ und an seinem Ende durch einen Werbetrenner in Gestalt des ORF 2 Logos von der nachfolgenden Sendung „ XXXX “ getrennt wird. Während der Einblendung der beweglichen Tafel ist eine männliche Stimme mit folgenden Worten zu hören: XXXX

XXXX XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

Nach einem Abspann der Sendung, in dem nochmals zwei der Modelle fahrend gezeigt werden, endet „XXXX“ um ca. 21:53:59 Uhr. Auf den Abspann folgen ein Werbetrenner und danach die Ausstrahlung des werblich gestalteten Sponsorhinweises des XXXX auf die bereits beschriebene Art und Weise.“

1.2.2. Die Sendung vom 05.11.2014 war eine von zwölf Sendungen im Rahmen einer von der beschwerdeführenden Partei in den Jahren 2014 und 2015 ausgestrahlten Sendereihe. Der in Rede stehende Sponsoring-Vertrag vom 30.04.2014 wurde für diese Sendereihe abgeschlossen.

Der gegenständlichen Sendung sind bezogen auf dieses Sponsoring-Verhältnis ein gesendeter Sponsoring-Hinweis De Luxe (bestehend aus einem Opener und einem Closer) sowie drei (im Zusammenhang mit diesem Sendetermin ausgestrahlte) Programm-Promotion-Trailer zuzurechnen, für welche sich auf der Basis des Sponsoring-Vertrages ein an die beschwerdeführende Partei zu leistendes Entgelt in der Höhe von insgesamt XXXX Euro errechnet.

Der gegenständliche Sponsoring-Vertrag wurde zur Gänze erfüllt und der Gesamtpreis vom Auftraggeber geleistet.

Die Sendung bzw. Sendereihe „XXXX“ wird von der beschwerdeführenden Partei bis heute ausgestrahlt. Ebenfalls bis dato ist der XXXX Sponsoring-Partner der beschwerdeführenden Partei betreffend diese Sendung.

## 2. Beweiswürdigung:

### 2.1. Zu den Feststellungen der belannten Behörde im angefochtenen Bescheid:

Die zitierten von der belannten Behörde getroffenen Feststellungen werden in der Beschwerde nicht bestritten und können in dieser Form daher auch dem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zugrunde gelegt werden. Soweit die beschwerdeführende Partei das Vorliegen eines „Tariff[s] pro Sendung“ bestreitet, wird auf die präzisierende Feststellung des Bundesverwaltungsgerichtes unter II.1.2.2. sowie die Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung unter II.3.4. verwiesen.

Zur Hinzufügung der Anmerkung des Bundesverwaltungsgerichtes, dass der Sponsoring-Vertrag vom 30.04.2014 (und nicht vom 30.04.2015) datiert, ist auf die übereinstimmenden Angaben der Parteien in der Verhandlung (vgl. Seite 4 der Niederschrift) sowie auf Seite 2 des angefochtenen Bescheides hinzuweisen.

### 2.2. Zu den weiters getroffenen Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichtes:

Die zitierten Feststellungen des Straferkenntnisses vom 17.11.2015, KOA 3.500/15-046, wurden diesem wörtlich entnommen.

Dass die gegenständliche Sendung vom 05.11.2014 eine von zwölf Sendungen im Rahmen einer Sendereihe war, wird vom Vertreter der beschwerdeführenden Partei in der Verhandlung bestätigt (vgl. Seite 4 der Niederschrift). Dass diese Sendereihe in den Jahren 2014 und 2014 von der beschwerdeführenden Partei ausgestrahlt wurde und der gegenständliche Sponsoring-Vertrag hierfür abgeschlossen wurde, ist im Verfahren nicht strittig (vgl. die von der belannten Behörde getroffenen Feststellungen sowie II.2.1.).

Der Feststellung, wonach der gegenständlichen Sendung bezogen auf das vorliegende Sponsoring-Verhältnis ein Sponsoring-Hinweis De Luxe (bestehend aus einem Opener und einem Closer) sowie drei Programm-Promotion-Trailer zuzurechnen sind, für welche sich ein Entgelt in der Höhe von insgesamt XXXX Euro errechnet, traten die Parteien in der Verhandlung nicht entgegen (vgl. Seite 5 der Niederschrift). Hierbei war zu berücksichtigen, dass auch der Vertreter der beschwerdeführenden Partei davon ausgeht, dass die vereinbarten 36 Programm-Promotion-Trailer gleichmäßig im Programm der beschwerdeführenden Partei verteilt und damit je dreimal im Zusammenhang mit einem Sendetermin gesendet wurden (vgl. Seite 5 der Niederschrift).

Dass der gegenständliche Sponsoring-Vertrag vom 30.04.2014 zur Gänze erfüllt und der Gesamtpreis vom Auftraggeber geleistet wurde, bestätigte der Vertreter der beschwerdeführenden Partei in der Verhandlung (vgl. Seite 4 der Niederschrift).

Die Feststellungen zur weiteren Ausstrahlung der Sendung bzw. Sendereihe „XXXX“ im Programm der beschwerdeführenden Partei sowie zum diesbezüglich fortgesetzten Sponsoring-Verhältnis mit demselben Auftraggeber gründen sich auf die Angaben des Vertreters der beschwerdeführenden Partei in der Verhandlung (vgl. Seite 4 der Niederschrift) in Verbindung mit den Angaben in seiner Stellungnahme vom 05.05.2021.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

### 3.1. Zu den gesetzlichen Grundlagen:

Die verfahrensgegenständlich relevanten §§ 17 und 38b ORF-Gesetz (ORF-G) lauten:

„Sponsoring

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

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

2. Sie sind durch den Namen oder das Firmenemblem oder ein anderes Symbol des Sponsors, etwa einen Hinweis auf seine Produkte oder Dienstleistungen oder ein entsprechendes unterscheidungskräftiges Zeichen am Anfang oder am Ende eindeutig als gesponserte Sendung zu kennzeichnen (Sponsorhinweise). Sponsorhinweise während einer Sendung sind unzulässig. Das Verbot von Sponsorhinweisen während einer Sendung gilt nicht für die Einblendung von Hinweisen während der Übertragung von Veranstaltungen sowie während deren Wiederholung oder zeitversetzter Ausstrahlung, sofern der Österreichische Rundfunk und seine Tochtergesellschaften keinen Einfluss auf die Platzierung der Hinweise haben und hierfür weder unmittelbar noch mittelbar ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung erhalten.

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

(2) Sponsoring von natürlichen oder juristischen Personen, deren Haupttätigkeit die Herstellung oder der Verkauf von Erzeugnissen oder die Erbringung von Dienstleistungen, für die kommerzielle Kommunikation gemäß § 13 oder nach anderen gesetzlichen Bestimmungen verboten ist, ist untersagt. Beim Sponsoring durch Unternehmen, deren Tätigkeit die Herstellung oder den Verkauf von Arzneimitteln und medizinischen Behandlungen umfasst, darf auf den Namen oder das Erscheinungsbild des Unternehmens hingewiesen werden, nicht jedoch auf bestimmte Arzneimittel oder medizinische Behandlungen, die nur auf ärztliche Verordnung erhältlich sind.

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

(4) Auf Sponsorhinweise zugunsten von Medieninhabern periodischer Druckwerke findet § 14 Abs. 8 sinngemäß Anwendung.

(5) Sofern es sich bei einer gesponserten Sendung nicht um eine solche zugunsten karitativer oder sonstiger im öffentlichen Interesse liegender Zwecke handelt, sind Sponsorhinweise – mit Ausnahme der in Abs. 1 Z 2 letzter Satz beschriebenen Hinweise – in die in § 14 geregelte Werbezeit einzurechnen. Die einzurechnende Dauer der Sponsorhinweise regionaler Sendungen im Fernsehen bestimmt sich nach dem Verhältnis des durch die regionale Sendung technisch erreichten Bevölkerungsanteils zur Gesamtbevölkerung Österreichs.

(6) Die Gestaltung von Sendungen oder Sendungsteilen nach thematischen Vorgaben Dritter gegen Entgelt ist unzulässig. Die Ausstrahlung einer Sendung darf nicht von der Bedingung abhängig gemacht werden, dass ein Beitrag zur Finanzierung der Sendung geleistet wird.“

„Abschöpfung der Bereicherung

§ 38b. (1) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass der Österreichische Rundfunk durch eine gegen die Bestimmungen der §§ 13 bis 17 verstößende 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.“

### 3.2. Zum angefochtenen Bescheid:

3.2.1. Mit dem angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde zusammengefasst fest, dass die beschwerdeführende Partei dadurch, dass sie am 05.11.2014 im Rahmen der von ca. 21:48 bis ca. 21:54 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Sendung „XXXX“ durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf die präsentierten XXXX die Bestimmung des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G verletzt habe, einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von insgesamt XXXX Euro erlangt habe. Gleichzeitig erklärte die belangte Behörde diesen Betrag gemäß § 38b Abs. 1 ORF-G für abgeschöpft.

3.2.2. Begründend wurde zum Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils darin im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

„[...]

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

Die Verwirklichung des Tatbestandes nach § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G setzt also zum einen die Unterstützung einer Sendung durch Sponsoring voraus, sowie zum anderen absatzfördernde Hinweise oder Darstellungen auf die Erzeugnisse oder Dienstleistungen des Sponsors oder eines Dritten während dieser Sendung. Anders formuliert, würden absatzfördernde Hinweise und Darstellungen in einer Sendung ohne das Vorliegen von Sponsoring nicht nach den Regelungen gemäß § 17 ORF-G, sondern vielmehr nach anderen gesetzlichen Bestimmungen über die kommerzielle Kommunikation beurteilt werden, beispielsweise nach § 13 Abs. 1 ORF-G oder nach § 16 ORF-G.

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

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

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

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

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

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

Insofern erweist sich die dem Vorbringen des ORF innewohnende Aussage, dass aus der festgestellten rechtswidrigen Handlung kein wirtschaftlicher Vorteil lukriert worden sei, als haltlos (vgl. dazu Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze4, S. 374).

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

### 3.3. Zur vorliegenden Beschwerde:

Die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde ist rechtzeitig und zulässig.

Sie wendet sich in erster Linie gegen das Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils. Ihr zentrales Argument lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass die beschwerdeführende Partei aus der in den Bescheiden vom 27.04.2015 und 17.11.2015 festgestellten Rechtsverletzung, welche „in bestimmten, abgegrenzten Darstellungen und Aussagen in der Sendung“ liege (vgl. Seite 6 der Beschwerde), keinen wirtschaftlichen Vorteil erlangt habe, weshalb eine Abschöpfung, insbesondere eine Abschöpfung von rechtmäßiger kommerzieller Kommunikation, unzulässig sei. Darüber hinaus macht sie geltend, dass zwischen der Ausstrahlung der Sendung und der Erlassung des gegenständlichen angefochtenen Abschöpfungsbescheides knapp fünf Jahre vergangen seien. Dies stelle eine Verletzung im Recht auf ein faires Verfahren – ua. betreffend das darin enthaltene Recht auf Entscheidung innerhalb angemessener Frist – gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 GRC dar. Die belangte Behörde habe ihr diesbezüglich wahrgenommenes Ermessen im Bescheid auch nicht begründet.

### 3.4. Zu den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichtes:

3.4.1. § 38b ORF-G fand im Zuge der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 Eingang in das ORF-G. Nach den Gesetzesmaterialien sollte damit dem Gedanken Rechnung getragen werden, dass der ORF aus Rechtsverletzungen keinen wirtschaftlichen Vorteil lukrieren darf. Ferner sollte sich § 38b ORF-G inhaltlich an § 111 TKG 2003 orientieren (ErläutRV 611 BlgNR 24. GP 56). Auch nach dieser Bestimmung richtet sich die Höhe der Abschöpfung nach dem Ausmaß des erlangten wirtschaftlichen Vorteils, der nicht monetär bezifferbar sein muss und auch in einem Wettbewerbsvorteil bestehen kann, der das Potenzial eines späteren Gewinnes umfasst (ErläutRV 128 BlgNR 22. GP 21). Im Unterschied zur Rechtslage nach § 38b ORF-G erfolgt die Festsetzung und Abschöpfung des Betrages nach § 111 TKG 2003 allerdings nicht durch die Regulierungsbehörde selbst; diese kann vielmehr beim Kartellgericht den Antrag stellen, einen Betrag festzusetzen und für abgeschöpft zu erklären (§ 111 Abs. 1 erster Satz TKG 2003). In ihrer Ausführung nachgebildet wurde diese Bestimmung ihrerseits der Geldbuße nach § 142 KartG 1988, die mit BGBl. I Nr. 62/2002 eingeführt wurde (vgl. VwGH 22.11.2017, Ro 2017/03/0011).

3.4.2. Die Bestimmung des § 38b Abs. 1 ORF-G legt für die Abschöpfung der Bereicherung drei kumulative Voraussetzungen fest: Erstens muss eine rechtswidrige Handlung des ORF gegen eine der Bestimmungen der §§ 13 bis 17 ORF-G vorliegen oder die Einnahmengrenze des § 18 Abs. 1 Satz 3 ORF-G überschritten werden. Zweitens muss der ORF durch den Verstoß einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt haben. Drittens ist die Abschöpfung mit der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils begrenzt (vgl. Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze4 [2018] 373f).

### 3.4.3. Zur ersten Voraussetzung des § 38b Abs. 1 ORF-G:

Im Beschwerdefall ist zunächst unbestritten, dass eine rechtswidrige Handlung der beschwerdeführenden Partei gegen eine der Bestimmungen der §§ 13 bis 17 ORF-G bzw. konkret eine rechtskräftig festgestellte Verletzung des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G hinsichtlich der am 05.11.2014 im Programm ORF 2 ausgestrahlten Sendung „XXXX“ vorliegt.

So wurde mit Bescheid der (im vorliegenden Verfahren) belangten Behörde vom 27.04.2015, KOA 3.500/15-020, festgestellt, dass die (im vorliegenden Verfahren) beschwerdeführende Partei im Rahmen dieser Sendung durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf die präsentierten XXXX die Bestimmung des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G verletzt habe, wonach gesponserte Sendungen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Sponsors oder eines Dritten anregen dürfen. Dieser Bescheid wurde von der beschwerdeführenden Partei nicht bekämpft (vgl. II.1.1.). Auch gegen das in derselben Angelegenheit gemäß § 38

Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G gegenüber dem für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlichen Beauftragten der beschwerdeführenden Partei ergangene Straferkenntnis der belannten Behörde vom 17.11.2015, KOA 3.500/15-046, wurde keine Beschwerde erhoben (vgl. auch II.1.1.).

In der gegenständlichen Beschwerde wird dazu festgehalten (vgl. Seite 5 aE), dass im gegenständlichen Fall nicht strittig sei, dass die beschwerdeführende Partei „in der verfahrensgegenständlichen Sendung durch die visuelle Darstellung sowie durch bestimmte Aussagen von (unabhängigen) Dritten im Hinblick auf die Darstellung von XXXX „absatzfördernde“ Inhalte ausgestrahlt“ habe, die gegen eine Bestimmung der §§ 13 bis 17 ORF-G verstößen hätten.

#### 3.4.4. Zur zweiten Voraussetzung des § 38b Abs. 1 ORF-G:

3.4.4.1. Hingegen ist vorliegend strittig, ob die beschwerdeführende Partei durch die festgestellte Verletzung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat.

3.4.4.2. So seien – wie die Beschwerde anführt – die von der belannten Behörde abgeschöpften Erlöse nicht aus den (festgestellten) Rechtsverletzungen erlangt worden. Vielmehr würden sie aus der Ausstrahlung von Sponsorhinweisen vor der inkriminierten Sendung stammen, die rechtmäßig ausgestaltet, dh. als Werbung erkennbar gewesen und von der Sendung getrennt worden seien. Dies mache auch die belannte Behörde deutlich, wenn sie im angefochtenen Bescheid ausführe, dass ein Sponsoring dieser Sendung für sich genommen grundsätzlich nicht zu beanstanden sei (vgl. die Seiten 5f der Beschwerde mit Hinweis auf Seite 8 des angefochtenen Bescheides).

Die Beschwerde bestreitet insoweit, dass die beschwerdeführende Partei konkret durch die festgestellte rechtswidrige Handlung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt habe. Dies hat die belannte Behörde im angefochtenen Bescheid dagegen bejaht und insbesondere dargelegt, dass ohne den zwingenden Zusammenhang zwischen dem Sponsoring der inkriminierten Sendung und der spezifisch produktbezogenen Absatzförderung der in der Sendung dargestellten XXXX der Tatbestand des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G im vorliegenden Fall nicht verwirklicht worden wäre (vgl. zu ihren Erwägungen im Detail II.3.2.2.).

Die Beschwerde hält dem entgegen, dass die Bestimmung des§ 38b ORF-G keine Geldbuße darstelle, sondern auf die Erlangung von Vorteilen durch rechtswidrige Handlungen abstelle. Hingegen scheide eine Abschöpfung von Vorteilen aus, die für rechtmäßige Tätigkeiten erlangt worden seien. Die belannte Behörde vernachlässige den Umstand, dass die beschwerdeführende Partei die abgeschöpften Erlöse für bestimmte „Sponsorhinweise“ erhalten habe. Solche seien gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 ORF-G ausdrücklich geboten. Die von der belannten Behörde in den Bescheiden vom 27.04.2015 und vom 17.11.2015 festgestellte Rechtsverletzung liege in bestimmten Darstellungen und Aussagen in der Sendung vor, für die die beschwerdeführende Partei keinen wirtschaftlichen Vorteil erlangt habe. Jedoch seien die Sponsorhinweise, die Anlass der Abschöpfung seien, (auch dem Inhalt nach) unbeanstandet geblieben. Im Ergebnis schöpfe die belannte Behörde also Erlöse für rechtmäßige Tätigkeiten bzw. für gesetzlich gebotene Verhaltensweisen ab.

Darüber hinaus seien mit dem angefochtenen Bescheid nicht nur Vorteile für (rechtmäßige) Sponsorhinweise vor der Sendung, sondern auch für rechtmäßige Werbung im Umfeld von Programmhinweisen entzogen worden, die an anderen Tagen ausgestrahlt worden seien. Diese Werbung sei durch das Sponsoring der Sendung nicht berührt worden. Es gebe vorliegend auch keinen untrennbares Zusammenhang zwischen den Programmhinweisen und den inkriminierten Darstellungen in der verfahrensgegenständlichen Sendung. So wäre der Schluss falsch, dass die Programmhinweise ohne die inkriminierten Aussagen in der Sendung nicht ausgestrahlt und somit damit verbundene Erlöse nicht lukriert worden wären.

Insgesamt sei es aus Sicht der beschwerdeführenden Partei daher nicht angezeigt, auch Erlöse von (einheitig) gesetzeskonformen Tätigkeiten abzuschöpfen. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass zwischen den inkriminierten Aussagen und den Sponsorhinweisen bzw. Werbung keinerlei Kausalzusammenhang bestehe, der Boden einer gesamthaften Betrachtung sein könnte. Wie bei § 38a ORF-G sei eine Abschöpfung von Erlösen nicht vorzunehmen, wenn eine Tätigkeit an sich innerhalb der gesetzlichen Grenzen liege. Die Ansicht der belannten Behörde führe hingegen dazu, dass sie rechtswidrige Handlungen zum Anlass nehme, um eine Geldbuße zu verhängen, deren Höhe sie auf Basis aller – in mehr oder weniger starkem Zusammenhang stehenden – Erlöse bemesse. Dies widerspreche dem ORF-G.

#### 3.4.4.3. Dieser Argumentation der beschwerdeführenden Partei ist nicht zu folgen:

3.4.4.4. Dabei ist auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes Bedacht zu nehmen, der im Zusammenhang mit einer Verletzung des § 17 Abs. 2 Z 2 ORF-G in einem Verfahren betreffend § 38b ORF-G Folgendes ausgesprochen hat (VwGH 24.04.2018, Ro 2018/03/0002):

„14 B. Nach § 38b Abs. 1 ORF-G kann die Regulierungsbehörde einen Betrag in der Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils u. a. dann festsetzen und für abgeschöpft erklären, wenn sie feststellt, dass der ORF durch eine gegen die Bestimmungen der §§ 13 bis 17 ORF-G verstoßende rechtswidrige Handlung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat.“

15 Der Begriff des erlangten wirtschaftlichen Vorteils umfasst jede in der Sphäre des ORF eingetretene „Bereicherung“ (vgl. insbesondere die Überschrift des § 38b ORF-G). Unter wirtschaftlichem Vorteil ist jede wirtschaftlich positive Wirkung zu verstehen, namentlich die Erzielung eines geldlichen Gewinnes, aber auch sonstige den Geschäftszielen dienliche positive Effekte, wie z.B. die Festigung bestehender Geschäftsverbindungen, die Vergrößerung des Kreises der Geschäftskunden, die Steigerung des Bekanntheitsgrades oder die Verbesserung der Kreditwürdigkeit. Der wirtschaftliche Vorteil muss „erlangt“, also in der Sphäre des ORF eingetreten sein. Weiters liegt § 38b ORF-G ein „allgemeiner“ Gedanke zugrunde, nämlich dass einem Unternehmer der „wirtschaftliche Vorteil“ nicht verbleiben soll, den er durch ein Verhalten erlangt hat, das durch das Gesetz verpönt ist. Die Höhe der Abschöpfung richtet sich dabei nach dem Ausmaß des erlangten wirtschaftlichen Vorteils, der nicht monetär bezifferbar sein muss und auch in einem Wettbewerbsvorteil bestehen kann, der das Potenzial eines späteren Gewinnes umfasst (vgl. zum Ganzen VwGH vom 22.11.2017, Ro 2017/03/0011).

16 C. Unstrittig hat die revisionswerbende Partei mit Agenturen Sponsorverträge, in welchen „b“ und „W“ als Sponsoren genannt sind, abgeschlossen und für die darin bestimmten Leistungen Pauschalbeträge erhalten. Der Ansicht der revisionswerbenden Partei, dass kein Teil des jeweils vereinbarten Pauschalbetrags auf den gesetzlich vorgeschriebenen Sponsorhinweis entfalle und durch diesen daher kein wirtschaftlicher Vorteil erlangt werden habe können, ist nicht zu folgen, da das vertraglich vereinbarte Sponsoring als einheitliche Gesamtleistung den gesetzlich vorgeschriebenen Sponsorhinweis auch dann mitumfasst, wenn kein konkret auf diesen Hinweis entfallender Betrag ausdrücklich vereinbart wurde. Dies schon deshalb, weil die Ausstrahlung einer Sendung ohne die Inkludierung eines Sponsorhinweises nicht dem Kennzeichnungsgebot des § 17 Abs. 1 ORF-G entsprechen würde und Sponsorhinweise schon dem Wortlaut nach nur im Zusammenhang mit einer gesponserten Sendung ausgestrahlt werden dürfen. Einer separaten Betrachtungsweise von Sponsorhinweisen zur Beurteilung des Vorliegens eines wirtschaftlichen Vorteils steht daher kein Raum offen. Es entfällt demnach zwangsläufig ein Teil des für das Sponsoring geleisteten Betrages auch auf den in diesem Zusammenhang ausgestrahlten Sponsorhinweis.

17 Aus der Rechtsprechung zur Beurteilung der Entgeltlichkeit von Sponsoring, wonach ein objektiver Maßstab anzulegen ist, es also entscheidend ist, ob für die Ausstrahlung des jeweils konkret zu beurteilenden (Sponsor-)Hinweises nach dem üblichen Verkehrsgebrauch ein Beitrag zur Finanzierung zu leisten wäre, ergibt sich, dass Sponsorleistungen generell ein wirtschaftlicher Wert zukommt (vgl. etwa VwGH 26.2.2016, Ra 2015/03/0087). Gegenständlich wurde zudem – wie erwähnt – unstrittig ein Entgelt für die vereinbarten Sponsorleistungen an die revisionswerbende Partei geleistet. Diese hat demnach durch die rechtswidrige Ausstrahlung der Sponsorhinweise einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt.

18 Liegt ein wirtschaftlicher Vorteil vor, ist dieser schon nach dem Wortlaut des § 38b Abs. 1 ORF-G losgelöst von einem etwaigen rechtskonformen Verhalten zu betrachten. Eine Aufrechnung mit jenem wirtschaftlichen Vorteil, der sich im Vergleich dazu bei gesetzmäßiger Durchführung der Kennzeichnung (hypothetisch) ergeben würde, kommt nicht in Betracht.

19 In der Sphäre der revisionswerbenden Partei ist daher schon durch die rechtswidrige Ausstrahlung des Sponsorhinweises ein wirtschaftlicher Vorteil eingetreten und damit die Voraussetzung der Abschöpfung der Bereicherung gemäß § 38b ORF-G erfüllt.“

3.4.4.5. Auch wenn dem gegenständlichen Verfahren ein rechtskräftig festgestellter Verstoß gegen § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G zugrunde liegt, geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass die vom Verwaltungsgerichtshof (in einem Abschöpfungsverfahren auf der Grundlage einer Verletzung des § 17 Abs. 1 Z 2 ORF-G) aufgestellten Grundsätze – unter Bedachtnahme auf den unterschiedlichen Regelungsgehalt der Z 2 und 3 leg.cit. sowie die den beiden Fällen zugrundeliegenden jeweils unterschiedlich ausgestalteten Sponsorverträge – für die vorliegende Konstellation zu beachten sind.

3.4.4.6. Im Beschwerdefall steht fest, dass die beschwerdeführende Partei den verfahrensgegenständlichen Sponsorvertrag abgeschlossen und für die darin beschriebenen Leistungen (36 Programm-Promotion-Trailer sowie zwölf Sponsoring-Hinweise, dh. konkret je zwölf Opener und Closer, für insgesamt zwölf Sendungen der Reihe „XXXX“) die vereinbarten Beträge erhalten hat. Ebenfalls wurde (in zwei vom gegenständlichen Abschöpfungsverfahren verschiedenen Verfahren) unstrittig betreffend einer dieser Sendungen (nämlich jene, die am 05.11.2014 ausgestrahlt wurde) eine Verletzung des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G, wonach gesponserte Sendungen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Sponsors oder eines Dritten anregen dürfen, festgestellt.

Nun trifft es zwar zu, dass im konkreten Fall (anders als in dem vom Verwaltungsgerichtshof beurteilten Fall) betreffend die Ausstrahlung von Programm-Promotion-Trailern und Sponsoring-Hinweisen keine Rechtsverletzung festgestellt wurde, es bewirkte aber – wie die belangte Behörde zutreffend hervorhebt – gerade der Zusammenhang zwischen dem Sponsoring der Sendung durch den XXXX und der produktbezogenen Absatzförderung der in der Sendung dargestellten XXXX die Rechtswidrigkeit des Sponsorings dieser Sendung. Umgekehrt formuliert, käme – ohne tatsächliches Sponsoring der Sendung – jedenfalls eine Verletzung des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G durch die inkriminierten bzw. verkaufsfördernden Aussagen in der Sendung nicht in Frage, da diese Bestimmung gemäß dem Wortlaut des Abs. 1 leg.cit. eben nur für gesponserte Sendungen anzuwenden ist.

Für eine, wie es die Beschwerde anstrebt, isolierte Betrachtung des Inhaltes der gesponserten Sendung – dh. losgelöst von der vertraglich vereinbarten Gesamtleistung und den im Sponsorvertrag konkret vereinbarten Leistungen – zur Beurteilung des Vorliegens eines wirtschaftlichen Vorteils besteht vor diesem Hintergrund sowie im Lichte der zitierten Judikatur fallbezogen kein Raum. Dass zwischen der Sendung und den vereinbarten Sponsoring- und Programmhinweisen bloß „irgendein loser“ Zusammenhang bestehen würde (vgl. Seite 8 der Beschwerde), vermag das Bundesverwaltungsgericht im konkreten Fall auch angesichts des Umstandes, dass der Sponsor der Sendung die Herstellung und den Vertrieb genau jener Erzeugnisse fördert, die in der Sendung behandelt wurden, keineswegs zu erkennen. Soweit die beschwerdeführende Partei in der Verhandlung einen thematischen Zusammenhang anerkennt, diesen aber für nicht ausreichend bewertet, um Erlöse für Sponsoring abzuschöpfen, und darauf hinweist, dass es womöglich auch thematische Zusammenhänge im sonstigen Umfeld der Sendung gegeben habe (vgl. Seite 6 der Niederschrift), ist ihr zu entgegnen, dass sonstige Zusammenhänge im angefochtenen Bescheid in keiner Weise angeführt oder für die Begründung herangezogen werden, weshalb schon aus diesem Grund nicht näher auf dieses Vorbringen einzugehen ist.

Nur ergänzend ist anzumerken, dass die Ausstrahlung einer Sendung entgegen den Anforderungen des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G zumindest das Potenzial eines späteren Gewinns, zB in Form einer neuerlichen Sponsoring-Vereinbarung zwischen dem Auftraggeber und der beschwerdeführenden Partei in sich trägt (zu welchen es gemäß den getroffenen Feststellungen auch tatsächlich kam; vgl. II.1.2.2.), zumal nicht angenommen werden kann, dass die beschwerdeführende Partei unmittelbar verkaufsfördernde Anreize, welche in Zusammenhang mit Produkten des Auftraggebers stehen, in eine Sendung inkludiert, ohne dafür eine Gegenleistung zu vereinbaren bzw. eine solche wenigstens mit einer gewissen Sicherheit zu erwarten.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt Sponsorleistungen generell ein wirtschaftlicher Wert zu. Im gegenständlichen Fall wurde zudem unstrittig ein Entgelt für die vereinbarten Sponsorleistungen an die beschwerdeführende Partei geleistet. Ein Teil des für das gesamte Sponsoring der Sendereihe an die beschwerdeführende Partei geleisteten Betrages muss daher auch auf die in diesem Rahmen ausgestrahlte Sendung vom 05.11.2014 entfallen (vgl. zur konkreten Höhe auch sogleich II.3.4.5.). Die beschwerdeführende Partei hat demnach durch die Ausstrahlung einer gesponserten Sendung entgegen den Anforderungen des § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt.

Soweit die beschwerdeführende Partei in ihrer Argumentation mehrfach darauf verweist, dass sowohl die (vertraglich ausdrücklich vereinbarten) Sponsorhinweise als auch die (ebenfalls vereinbarten) werblichen Programmhinweise rechtmäßig ausgestrahlt worden seien, was schon aus diesem Grund eine Abschöpfung ausschließe, ist sie darauf hinzuweisen, dass bei Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils „dieser schon nach dem Wortlaut des § 38b Abs. 1 ORF-G losgelöst von einem etwaigen rechtskonformen Verhalten zu betrachten“ ist (vgl. die Rz 18 im zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes).

Dass im Beschwerdefall durch eine Rechtsverletzung im Zusammenhang mit einer gesponserten Sendung ein wirtschaftlicher Vorteil in der Sphäre der beschwerdeführenden Partei eingetreten ist, steht für das Bundesverwaltungsgericht vor dem Hintergrund dieser Überlegungen fest. Auch die zweite Voraussetzung für eine Abschöpfung der Bereicherung gemäß § 38a Abs. 1 ORF-G liegt damit vor.

Das Bundesverwaltungsgericht hat bei dieser Würdigung die von der beschwerdeführenden Partei in ihrer Stellungnahme vom 05.05.2021 angesprochenen – sich aus den verschiedenen Sachverhaltskonstellationen ergebenden – Unterschiede zwischen dem hier zu beurteilenden Fall und dem vom Verwaltungsgerichtshof in der zitierten Entscheidung (VwGH 24.04.2018, Ro 2018/03/0002) zu beurteilenden Fall entsprechend berücksichtigt. Wenn die beschwerdeführende Partei zu dem vom Verwaltungsgerichtshof zu beurteilenden Fall auf die erforderliche Herausrechnung jener Erlöse, die sich auf zulässige Hinweise bezogen hätten, hinweist, ist anzuführen, dass auch im Beschwerdefall jene vereinbarten Erlöse, die nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der gegenständlichen Sendung vom 05.11.2014 stehen, bei der Beurteilung des wirtschaftlichen Vorteils nicht berücksichtigt wurden (siehe dazu sogleich unter II.3.4.5.).

### 3.4.5. Zur dritten Voraussetzung des § 38b Abs. 1 ORF-G:

Die Beschwerde macht dazu geltend, dass im angefochtenen Bescheid unbegründet bleibe, warum der festgesetzte Abschöpfungsbetrag pauschal mit der Höhe des ermittelten wirtschaftlichen Vorteils zu bestimmen gewesen sei. Der wirtschaftliche Vorteil sei bei der Festsetzung des Abschöpfungsbetrages zu berücksichtigen, was nicht bedeute, dass die beiden Beträge jedenfalls deckungsgleich sein müssten und daher eine Begründung der Höhe des abzuschöpfenden Betrags entfallen könne.

Gemäß § 38b Abs. 1 ORF-G ist die Abschöpfung mit der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils begrenzt. Diese Grenze hat die belangte Behörde im Beschwerdefall jedenfalls nicht überschritten.

Wie festgestellt, sind der gegenständlichen Sendung bezogen auf das vorliegende Sponsoring-Verhältnis ein gesendeter Sponsoring-Hinweis De Luxe (bestehend aus einem Opener und einem Closer) sowie drei (im Zusammenhang mit diesem Sendetermin ausgestrahlte) Programm-Promotion-Trailer zuzurechnen. Für diese fünf Einschaltungen erhielt die beschwerdeführende Partei auf der Basis des Sponsoring-Vertrages vom 30.04.2014 unbestritten einen Betrag in der Höhe von insgesamt XXXX Euro (die belangte Behörde kommt im angefochtenen Bescheid auf denselben Betrag, indem sie die vertraglich vereinbarte Gesamtsumme [minus Rabatt] durch die Anzahl der Sendungen dividiert).

Schon vor diesem Hintergrund ist es für das Bundesverwaltungsgericht keineswegs unschlüssig, dass die belangte Behörde die Höhe des konkreten wirtschaftlichen Vorteils mit XXXX Euro beziffert hat. Soweit die beschwerdeführende Partei beanstandet, dass die belangte Behörde neben Opener und Closer auch die Erlöse aus den drei Programm-Promotion-Trailern im Umfeld der Sendung in den wirtschaftlichen Vorteil inkludiert hat, muss berücksichtigt werden, dass diese ebenfalls Teil der vereinbarten Gesamtleistung sind, unter einem abgeschlossen wurden und insoweit in engem Zusammenhang stehen bzw. Teil des vereinbarten Sponsorings sind. Zudem wurden genau und ausschließlich drei der (insgesamt 36 vereinbarten) Programm-Promotion-Trailer einbezogen, nämlich jene, die – wie es auch die beschwerdeführende Partei grundsätzlich nicht bestreitet (vgl. II.2.2.) – konkret im Umfeld der hier zu beurteilenden Sendung ausgestrahlt wurden.

Im Lichte der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist es aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes damit im konkreten Fall insgesamt nicht zu beanstanden, dass – vor dem Hintergrund einer festgestellten Rechtsverletzung betreffend eine gesponserte Sendung – die im Zusammenhang mit der konkreten Sendung stehenden Sponsoring-Erlöse die Grundlage für die Abschöpfung der Bereicherung gemäß § 38b ORF-G bilden und die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils bestimmen.

Die dritte (und letzte) Voraussetzung für eine Abschöpfung der Bereicherung gemäß 38a Abs. 1 ORF-G ist im Beschwerdefall aus diesem Grund ebenfalls erfüllt.

### 3.4.6. Zum weiteren Beschwerdevorbringen:

Die Beschwerde macht weiters eine Verletzung des Rechtes auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 GRC geltend. Hieraus würden sich insbesondere Anforderungen an die Begründung von Entscheidungen ableiten lassen. Ein strengerer Maßstab sei an die Begründungspflicht vor allem dann anzulegen, wenn (wie hier)

erhebliche Ermessensspielräume bestehen würden. Ebenfalls ergebe sich daraus ein Recht auf Entscheidung innerhalb angemessener Frist.

Im vorliegenden Fall sei die Begründung zur Wahrnehmung des Ermessens zur Durchführung einer Abschöpfung, wo „bereits knapp fünf Jahre“ zwischen dem Zeitpunkt der Ausstrahlung der in Rede stehenden Inhalte und der Erlassung des Abschöpfungsbescheides vergangen gewesen seien, nicht vorhanden. Zwar sei das Verfahren nach § 38b ORF-G erst mit Schreiben der belangten Behörde vom 22.02.2019 eingeleitet worden, rechne man jedoch ab dem Rechtsverletzungsbescheid vom 27.04.2015, so liege die Gesamtdauer gegenwärtig bei knapp fünf Jahren. Diese „ungewöhnliche Verfahrenslänge“ sei der belangten Behörde zuzuschreiben. Auch dies belaste den Bescheid mit Rechtswidrigkeit.

Die belangte Behörde verwies in der Verhandlung dazu auf einen Zuständigkeitswechsel innerhalb der belangten Behörde sowie darauf, dass das ORF-Gesetz keine Verjährungsfristen kenne. Der Vertreter der beschwerdeführenden Partei führte dazu aus, dass es für Abschöpfungsverfahren anders als für Rechtsverletzungsverfahren keine Fristen gebe, was im Hinblick auf die Rechtssicherheit zu berücksichtigen sei, wenn Abschöpfungsverfahren unabhängig von Rechtsverletzungsverfahren durchgeführt werden würden (vgl. die Seiten 7f der Niederschrift).

Der Beschwerde ist auch in diesem Punkt nicht zu folgen, zumal das gegenständliche Abschöpfungsverfahren auf einem rechtskräftigen Rechtsverletzungsverfahren sowie einem rechtskräftigen Strafverfahren basiert und dem ORF-G eine Frist zur Einleitung eines Abschöpfungsverfahrens im Anschluss an ein Rechtsverletzungs- oder Strafverfahren nicht zu entnehmen ist.

### 3.5. Ergebnis:

Die vorliegende Beschwerde war aus alledem als unbegründet abzuweisen.

Zu B)

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine einzelfallbezogene Beurteilung grundsätzlich nicht revisibel, wenn diese Beurteilung auf einer verfahrensrechtlich einwandfreien Grundlage in vertretbarer Weise vorgenommen wurde (siehe zB VwGH 23.09.2020, Ra 2020/02/0209).

Die Revision ist vorliegend nicht zulässig.

Es liegt weder einer der vorgenannten Fälle, noch liegen sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor, zumal die gegenständliche Entscheidung eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Beurteilung auf der Grundlage der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes beinhaltet.

### Schlagworte

Abschöpfungsverfahren Begründungspflicht Berechnung Bereicherung Ermessen mündliche Verhandlung objektiver Maßstab Sponsoring Voraussetzungen Werbung Wertermittlung wirtschaftlicher Vorteil

### European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:W194.2222578.1.00

### Im RIS seit

22.11.2021

### Zuletzt aktualisiert am

22.11.2021

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)