jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE Vwgh Erkenntnis 2017/11/22 Ro 2017/03/0011

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.11.2017

**Index**

001 Verwaltungsrecht allgemein;
16/02 Rundfunk;
22/02 Zivilprozessordnung;
26/01 Wettbewerbsrecht;
40/01 Verwaltungsverfahren;
50/01 Gewerbeordnung;
91/01 Fernmeldewesen;

**Norm**

AVG §52;
GewO 1994 §1 Abs2;
KartG 1988 §142;
KartG 1988 §21;
ORF-G 2001 §38b Abs1;
ORF-G 2001 §38b Abs2;
ORF-G 2001 §38b;
TKG 2003 §111 Abs1;
TKG 2003 §111 Abs1a;
TKG 2003 §111;
VwRallg;
ZPO §273 Abs1;
ZPO §273;

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Lehofer, Mag. Nedwed und Mag. Samm als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Revision der Kommunikationsbehörde Austria gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Dezember 2016, W120 2016274- 1/10E, betreffend Abschöpfung nach § 38b ORF-Gesetz (mitbeteiligte Partei: Österreichischer Rundfunk in Wien, vertreten durch die Korn Rechtsanwälte OG in 1040 Wien, Argentinierstraße 20/1/3; weitere Partei: Bundesminister für Kunst und Kultur, Verfassung und Medien), zu Recht erkannt:

**Spruch**

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

**Begründung**

1 Mit Bescheid vom 22. Oktober 2014 stellte die revisionswerbende Verwaltungsbehörde fest, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) durch die Ausstrahlung des Gewinnspiels "Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3", welches gemäß dem Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 11. November 2013, 611.804/0010-BKS/2013, gegen das Verbot der Schleichwerbung gemäß § 1a Z 7 und 8 iVm § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-Gesetz (ORF-G) verstoßen habe, einen wirtschaftlichen Vorteil in der Höhe von EUR 506.550,-- erlangt habe. Gleichzeitig erklärte sie gemäß § 38b Abs. 1 ORF-G diesen Betrag in Höhe von EUR 506.550,-- für abgeschöpft.

Die revisionswerbende Verwaltungsbehörde stellte als Sachverhalt im Wesentlichen fest, dass der Bundeskommunikationssenat mit genanntem Bescheid festgestellt habe, dass der ORF durch die vom 12. September 2011 bis 16. September 2011, jeweils zwischen 6:00 und 19:00 Uhr ausgestrahlten, auf das Gewinnspiel "Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3" bezogenen Sendungssequenzen (Ziehungen der Zusatzzahl, Moderationen, Dialoge unter den Moderatoren und mit den Gewinnern sowie Jingles) gegen das Verbot der Schleichwerbung verstoßen habe. Diesem Bescheid sei der von der revisionswerbenden Verwaltungsbehörde im Rahmen der erstinstanzlichen Entscheidung ermittelte Sachverhalt zum Ablauf des in Beschwerde gezogenen Gewinnspiels zugrunde gelegt worden. Die revisionswerbende Verwaltungsbehörde habe darin im Wesentlichen festgestellt, dass in der Zeit von 12. September 2011 bis zum 16. September 2011 täglich 12 Mal, jeweils zur vollen Stunde ab 7:00 Uhr vor den Ö3-Nachrichten und im Anschluss an diese nach den Wettermeldungen und dem Verkehrsservice das genannte Gewinnspiel ausgestrahlt worden sei. Das Gewinnspiel selbst habe sich in zwei Teile gegliedert, wobei der erste Teil vor den Nachrichten zur vollen Stunde stattgefunden habe (z.B. vor 7:00 Uhr), in welchem die Ziehung der Zusatzzahl präsentiert und der Hörer zur Teilnahme am Gewinnspiel animiert worden sei. Diese Präsentation sei zudem im Rahmen mehrerer Ankündigungen während des Programms erfolgt. Im zweiten Teil, welcher im Anschluss an die Nachrichten zur vollen Stunde bzw. nach dem Wetter- und dem Verkehrsservice ausgestrahlt worden sei, sei die eigentliche Ausspielung des Preises bzw. die Ermittlung des jeweiligen Gewinners erfolgt. Der dreiunddreißigste Anrufer mit der richtigen Zusatzzahl sei dabei jeweils in die Sendung geschaltet worden. Es hätten stündlich EUR 5.000,-- gewonnen werden können, insgesamt sei eine Gewinnspielsumme von EUR 300.000,-- (zwölf Mal täglich, in einem Zeitraum von fünf Tagen, somit 60 x EUR 5.000,--) zur Ausspielung gelangt.

Die wesentlichen Bedingungen der für den Zeitraum von 5. September 2011 bis zum 16. September 2011 geplanten Gewinnspielaktion seien zwischen den Ö L und der O GmbH & Co KG mit Kooperationsvereinbarung vom 25. Juli 2011 festgelegt worden. Im Bescheid wurde der Originalwortlaut dieser Vereinbarung wiedergegeben. Daraus ist u.a. ersichtlich, dass unter dem Titel

"4. Leistungen des Vertragspartners" (gemeint ist damit die Ö L GmbH) die Leistung "Produktplatzierung" mit einem "Betrag netto" von EUR 206.550,-- festgehalten wurde und der Vertragspartner "Sachleistungen (Einbindung auf Drucksorten)" zu einem näher genannten Gegenwert zur Verfügung stelle. Auszugsweise wiedergegeben wurde im Bescheid der revisionswerbenden Verwaltungsbehörde eine Passage des in der Vereinbarung als integrierender Bestandteil derselben erwähnten "Sideletters", wonach das Gewinnspiel von 5. bis 11. September 2011 mit insgesamt 30 sogenannten "Ö3-Items" angekündigt werde; während des Spiels von 12. bis 16. September 2011 würden zwischen 7:00 und 19:00 Uhr zwölf Ö3-Items pro Spieltag eingesetzt; täglich finde eine Spielrunde im Ö3-Wecker statt, was 60 Ö3-Items während der Spieldurchführung ergebe; L bzw. die Ö L würden pro Item jeweils mindestens einmal namentlich eingebunden. Der Sideletter sei der Behörde nicht vorgelegt worden, die eben dargelegte Passage aus dem Sideletter sei von der mitbeteiligten Partei in einem Schreiben an die Behörde wiedergegeben worden.

Gegenstand der zwischen dem ORF bzw. der O GmbH & Co KG und den Ö L abgeschlossenen Vereinbarung sei somit die Einbindung der Ö L und ihres Produktes (Lottoscheine) bzw. des "großen Lotto-Zusatzzahlenspiels" in das Hörfunkprogramm Ö3 (und darüber hinaus in die Website von Ö3) gewesen. Die verfahrensgegenständliche Einbindung in das Hörfunkprogramm Ö3 sollte über einen Zeitraum von zwei Wochen, konkret zwischen dem 5. September 2011 und dem 16. September 2011, erfolgen und insgesamt 90 Einbindungen bzw. 90 Ö3-Items umfassen. 30 Einbindungen bzw. Ö3-Items seien in der Woche vor dem eigentlichen Gewinnspiel, somit vom 5. September 2011 bis zum 11. September 2011 eingesetzt worden, um dieses im Hörfunkprogramm Ö3 anzukündigen. Weitere 60 Ö3-Items seien darüber hinaus in der Woche vom 12. September 2011 bis zum

16. September 2011 während der Durchführung des Gewinnspiels zum Einsatz gekommen. Für die Einbindung der Ö L bzw. ihres Produktes (Lottoscheine) in das Hörfunkprogramm Ö3 habe der ORF unter Abzug eines näher ausgewiesenen Rabatts insgesamt einen Betrag in Höhe von netto EUR 206.550,-- in Rechnung gestellt. Darüber hinaus sei vereinbart worden, dass die Ö dem ORF näher genannte Sachleistungen zur Verfügung stellten. Der Gegenwert dieser Sachleistungen sollte gemäß der Kooperationsvereinbarung von der vom ORF in Rechnung gestellten Gesamtsumme in Abzug gebracht werden. Es habe jedoch nicht festgestellt werden können, in welchem Zusammenhang oder Verhältnis diese Sachleistungen mit der Durchführung der Gewinnspielaktion gestanden seien. Die Ö L hätten für die Gewinnspieldurchführung im Hörfunkprogramm Ö3 ein Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR 300.000,-- zur Verfügung gestellt; die einzelnen Gewinnbeiträge seien jedem Gewinner von der Ö L GmbH direkt ausgeschüttet worden.

In rechtlicher Hinsicht verwies die revisionswerbende Verwaltungsbehörde zunächst auf die vom Bundeskommunikationssenat im eingangs erwähnten Bescheid festgestellte Rechtsverletzung. Sodann folgerte sie zusammengefasst und soweit im gegenständlichen Revisionsverfahren wesentlich, dass vor dem Hintergrund der von den Ö L über einen Betrag von netto EUR 206.550,-- gestellten Rechnung und dem ausgespielten Preisgeld in Höhe von EUR 300.000,--

davon ausgegangen werden dürfe, dass - nach dem üblichen Verkehrsgebrauch - eine "werbliche" Gestaltung des Gewinnspiels in der inkriminierten Form erwünscht bzw. gerade Gegenstand der zugrunde liegenden Vereinbarung gewesen sei. Mangels Vorlage des "Sideletters" zur Kooperationsvereinbarung sei zur Feststellung des erlangten wirtschaftlichen Vorteils auf den üblichen Verkehrsgebrauch abzustellen. Anhand dieses objektiven Maßstabs erscheine es nicht unplausibel, dass die Höhe des für die Einbindung der Ö L in das Hörfunkprogramm Ö3 in Rechnung gestellten Betrags sowie die Höhe des von diesen ausgespielten Preisgeldes in unmittelbarem Zusammenhang mit der konkret erfolgten Art der Einbindung in das Hörfunkprogramm gestanden seien. Es sei daher davon auszugehen, dass diese Art der Präsentation jenem (Werbe-)Wert entspreche, der aus der Summe des in Rechnung gestellten Betrags und des Preisgelds resultiere. Eine gesetzeskonforme Durchführung des Gewinnspiels wäre objektiv nicht möglich gewesen, der ORF habe damit durch die rechtswidrige Umsetzung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt.

Im Hinblick auf die in der Rechnung der Ö L ausgewiesenen Sachleistungen sei anzumerken, dass der konkrete Konnex zum Gewinnspiel fraglich geblieben sei. So erschließe sich aus der Vereinbarung nicht, ob die "Einbindung von Ö3 auf Drucksorten" derart mit der gegenständlichen Gewinnspielaktion verbunden gewesen sei, dass die Erbringung dieser Sachleistung ohne die Durchführung des Gewinnspiels keinen Sinn gemacht hätte.

Die Ankündigungen des Gewinnspiels wären ohne das nachfolgende Gewinnspiel nicht ausgestrahlt und der hierauf anteilig entfallende Erlös ohne das Gewinnspiel nicht lukriert worden. Eine gesonderte Feststellung darüber, ob auch die Ankündigungen selbst gegebenenfalls als Schleichwerbung zu qualifizieren wären, sei daher entbehrlich. Der zu Unrecht erlangte wirtschaftliche Vorteil beruhe vielmehr auf der gesamten Aktion des "Lotto-Zusatzzahlenspiels", weshalb der hieraus erzielte Erlös in den abzuschöpfenden Betrag einzuberechnen sei.

Der Vereinbarung zwischen ORF und Ö L sei zu entnehmen, dass letztere das Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR 300.000,-- bereitgestellt und auch direkt an die jeweiligen Gewinner ausgeschüttet hätten. Dies lege den Schluss nahe, dass die getroffene Vereinbarung über die Nennung bzw. Einbindung der Ö L und ihres Produkts (Lottoschein) im Hörfunkprogramm des ORF diesen zusätzlich EUR 300.000,-- wert gewesen sei. Auch sei nicht anzunehmen, dass ein Unternehmen nach dem üblichen Verkehrsgebrauch "ein Entgelt" (Rechnungsbetrag plus Preisgeld) für die Förderungen des Absatzes seiner Produkte bezahlt habe, das den durch die Einbindung in das Rundfunkprogramm erzielten Werbewert übersteigen würde. Dabei sei zu berücksichtigen gewesen, dass das gegenständliche Gewinnspiel ausschließlich im Zuge der rechtswidrigen Ausstrahlung im Hitradio Ö3 stattgefunden habe, es somit auch keine "off Air"-Teilnahmemöglichkeit gegeben habe. Dieses Ergebnis werde auch bei einer Betrachtung aus Sicht der Produktionskostenersparnis auf Seiten des ORF bestätigt. Die Planung des in Frage stehenden Gewinnspiels und die Entscheidung über dessen Durchführung sei aufgrund der Bestimmung des § 14 Abs. 10 ORF-G, wonach ein Auftraggeber kommerzieller Kommunikation keinen Einfluss auf den Programminhalt ausüben dürfe, ausschließlich und letztverantwortlich dem ORF oblegen. Auch § 17 Abs. 6 ORF-G verbiete es ausdrücklich, dass die Ausstrahlung einer Sendung von der Bedingung abhängig gemacht werde, dass ein Beitrag zur Finanzierung der Sendung geleistet werde. Dies decke sich insoweit auch mit Punkt 2 und 6 des vorliegenden Vertrages, wonach "der ÖSTERREICHISCHE RUNDFUNK/Ö3 (...) im Zeitraum 5. - 16. September die Aktion ‚DAS GROSSE LOTTO-ZUSATZZAHLENSPIEL' (plant)", aber

keine "Produktions- und oder Sendeverpflichtung des ORF hinsichtlich der Aktion besteht (...)" (Hervorhebungen im Original). Es sei daher davon auszugehen, dass die Ausspielung des Preisgelds zwingender Bestandteil der Plankosten der in Frage stehenden Sendung gewesen sein musste; gerade diesen Teil der Kosten habe sich der ORF nun durch die rechtswidrig erfolgte Einbindung der Ö L erspart. In der Bereitstellung des Preisgeldes liege zugleich ein wirtschaftlicher Vorteil für den ORF in eben dieser Höhe, da sich der ORF die Auszahlung des Preisgeldes im gleichen Umfang erspare (Hinweis auf VwGH 1.7.2009, 2009/04/0079; OGH 10.6.2008, 4 Ob 56/08a).

Diese Ersparnis gegenüber den sonst vom ORF zu gewärtigenden Kosten sei jedenfalls als wirtschaftlicher Vorteil im Sinne des § 38b ORF-G anzusehen. Hinzu würden die zusätzlich von den Ö L geleisteten EUR 206.550,-- treten, sodass der durch die rechtswidrige Handlung in Summe auf Seiten des ORF bewirkte wirtschaftliche Vorteil EUR 506.550,-- betrage.

Zu berücksichtigen sei dabei auch, dass Gewinnspiele eine effektive Maßnahme der Hörerbindung darstellten, deren Attraktivität und Massenwirksamkeit gerade auch über die Höhe des zu gewinnenden Preises gesteuert werde.

2 Der dagegen gerichteten Beschwerde des ORF gab das Bundesverwaltungsgericht (im Folgenden: Verwaltungsgericht) mit dem nunmehr angefochtenen Erkenntnis insoweit statt, als der Bescheid der revisionswerbenden Verwaltungsbehörde in Spruchpunkt 1.a. "in der Höhe von EUR 206.550,-- (...)" und in Spruchpunkt 1.b. "in Höhe von EUR 206.550,-- (...)" zu lauten habe. Im Übrigen wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde ab. Mit gesondertem Spruchpunkt erklärte das Verwaltungsgericht eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof für zulässig und führte dazu in den Entscheidungsgründen aus, dass es zu § 38b ORF-G bislang an Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehle und die Rechtslage nicht eindeutig sei.

Auf dem Boden des von der revisionswerbenden Verwaltungsbehörde festgestellten Sachverhaltes, der im angefochtenen Erkenntnis im Wortlaut wiedergegeben wird, führte das Verwaltungsgericht in rechtlicher Hinsicht zusammengefasst aus, dass § 38b Abs. 1 ORF-G für die Abschöpfung der Bereicherung drei kumulative Voraussetzungen bestimme: Erstens müsse eine rechtswidrige Handlung des ORF im Hinblick auf einen Verstoß gegen eine der Bestimmungen der §§ 13 bis 17 ORF-G vorliegen oder die Einnahmengrenze des § 18 Abs. 1 dritter Satz ORF-G überschritten werden; zweitens müsse der ORF durch den Verstoß einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt haben; drittens sei die Abschöpfung mit der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils begrenzt. Unbestritten sei im vorliegenden Fall, dass eine Verletzung des § 13 Abs. 1 zweiter Satz ORF-G zwischen dem 12. und 16. September 2011 mit Bescheid des Bundeskommunikationssenats vom 11. November 2013 festgestellt worden sei und dass damit die erste Voraussetzung jedenfalls im Hinblick auf diesen Zeitraum erfüllt sei. Aus Sicht des Verwaltungsgerichtes müsse von einer Gewinnspielaktion ausgegangen werden, die "für den Zeitraum vom 5.9.2011 bis zum 16.9.2011 (12 Tage) geplant" (Hervorhebung im Original) gewesen sei. Deren maßgeblicher Teil (60 Ö3-Items während der Spieldurchführung) sei unstrittiger Weise als Schleichwerbung qualifiziert worden. Die Vereinbarung mit den Ö L (der bereits erwähnte "Sideletter") verdeutliche, dass diese Aktion auf die Gewinnausspielung von 12. September bis 16. September 2011 abgezielt habe, sodass die Ankündigungen vom 5. September bis 11. September 2011 ohne das nachfolgende Gewinnspiel gar nicht ausgestrahlt und somit der hierauf anteilig entfallende Erlös ohne das Gewinnspiel auch nicht lukriert worden wäre. Aus diesem Grund könne daher auch keine zeitraumbezogene Betrachtung mit "Herausrechnung" des für die Ankündigungen geleisteten Entgelts erfolgen. Von der revisionswerbenden Verwaltungsbehörde sei daher auch zutreffend auf den § 38b Abs. 1 ORF-G innewohnenden Gedanken abgestellt worden, wonach der ORF aus Rechtsverletzungen keinen wirtschaftlichen Vorteil lukrieren dürfte, was einer Zerteilung in Zeiträume entgegenstünde. Die Bestimmung des § 38b ORF-G sei aufgrund ihres Wortlautes in einer Weise auszulegen, dass es - bezogen auf den konkreten Sachverhalt - nur um jenen Betrag gehe, den der ORF tatsächlich erlangt habe. Andernfalls könnte - bzw. müsste unter konsequenter Zugrundelegung des im angefochtenen Bescheid angenommenen Maßstabes - auch berücksichtigt werden, dass Gewinnspiele eine effektive Maßnahme der Hörerbindung darstellen würden, deren Attraktivität und Massenwirksamkeit gerade auch über die Höhe des zu gewinnenden Preises gesteuert werde. Wollte man die Gewinnsumme als "erlangten wirtschaftlichen Vorteil" ansehen, müsste konsequenter Weise beispielsweise auch der Frage nachgegangen werden, welche - positiven - Entwicklungen ein Gewinnspiel mit einer Gewinnsumme von EUR 300.000,-- am Hörermarkt und damit an Attraktivität im Bereich der kommerziellen Kommunikation auslöse, denn gerade diese Wirkung würde bei der von der revisionswerbenden Verwaltungsbehörde vertretenen weiten Sichtweise als möglicher wirtschaftlicher Vorteil in Betracht kommen. Dem Gesetzgeber könne aber nicht zugesonnen werden, der revisionswerbenden Verwaltungsbehörde eine derart

aufwendige und damit letztlich auch - allenfalls unangemessen - kostenintensive Ermittlungspflicht auferlegen zu wollen. Dafür seien keine Anhaltspunkte erkennbar, auch müsste sich eine derartige Leistungsverpflichtung obendrein - als Grundrechtseingriff - auf eine gesetzliche Grundlage stützen können, die dem Bestimmtheitsgebot entsprechen müsste. Aus diesem Grund sei der Beschwerde insoweit stattzugeben gewesen, als sie sich gegen die Berücksichtigung des Betrages von EUR 300.000,-- (von den Ö L bereitgestelltes Preisgeld) gerichtet habe, weshalb auch die Spruchpunkte 1.a. und 1.b. des angefochtenen Bescheides in der Weise abzuändern gewesen wären, dass es jeweils EUR 206.550,-- statt EUR 506.550,-- zu lauten habe.

3 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die, inhaltliche Rechtswidrigkeit geltende machende ordentliche Revision der Kommunikationsbehörde Austria, die vom Verwaltungsgericht nach Durchführung des Vorverfahrens, in dem der ORF eine Revisionsbeantwortung erstattete, gemeinsam mit den Verfahrensakten vorgelegt wurde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

4 § 38b ORF-G, in der Fassung BGBl. I Nr. 50/2010, hat

folgenden Wortlaut:

"Abschöpfung der Bereicherung

§ 38b. (1) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass der Österreichische Rundfunk durch eine gegen die Bestimmungen der §§ 13 bis 17 verstoßende rechtswidrige Handlung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat oder die Einnahmengrenze nach § 18 Abs. 1 überschritten wurde, kann sie einen Betrag in der Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils festsetzen und für abgeschöpft erklären.

(2) Der Österreichische Rundfunk hat der Regulierungsbehörde auf Anfrage alle Informationen zur Verfügung zu stellen, ihr alle Auskünfte zu erteilen und ihr Einsicht in alle Aufzeichnungen und Bücher zu gewähren, soweit dies erforderlich ist, um den Abschöpfungsbetrag feststellen zu können. Soweit die Regulierungsbehörde den Abschöpfungsbetrag aus Informationen, Auskünften, Aufzeichnungen oder Büchern nicht ermitteln oder berechnen kann, hat sie ihn zu schätzen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind.

(3) Der abgeschöpfte Betrag fließt dem Bund zu."

5 Zur Zulässigkeit wird in der Revision ergänzend vorgebracht, der Begriff des "erlangten wirtschaftlichen Vorteils" in § 38b Abs. 1 ORF-G werfe insofern Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf, als dieser in der österreichischen Rechtsordnung - abgesehen von der nach den Erläuterungen in inhaltlicher Hinsicht als Regelungsvorbild dienenden Bestimmung des § 111 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003) - mit gleichem Wortlaut kaum vorkomme und dann zumeist in einem anderen Kontext stehe. Selbst § 111 TKG 2003 unterscheide sich von § 38b ORF-G in der Weise, dass sich darin die Höhe der Abschöpfung zwar nach dem Ausmaß des wirtschaftlichen Vorteils richte, allerdings die Abschöpfung auch bis zu 10 % des Unternehmensumsatzes des Vorjahres betragen könne. Die zur Bemessung des wirtschaftlichen Vorteils gemäß § 38b ORF-G allenfalls heranzuziehende Regelung des kartellrechtlichen Bußgeldverfahrens gemäß § 30 Kartellgesetz 2005 (KartG 2005), die jedoch den Begriff der "Bereicherung" gebrauche, sehe selbst keine Abschöpfung im eigentlichen Sinne vor, sondern verstehe die Bereicherung als eines von mehreren Kriterien zur Berechnung des Bußgeldes. § 111 TKG 2003 und § 30 KartG 2005 sei zudem gemein, dass der wirtschaftliche Vorteil nicht exakt quantifizierbar sein müsse und sich letztlich nach dem Unternehmensumsatz richte. Demgegenüber scheine § 38b Abs. 2 ORF-G die Möglichkeit einer Schätzung des Abschöpfungsbetrags nur für den Fall vorzusehen, in dem die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils aus den Büchern, Aufzeichnungen und sonstigen Informationsquellen gar nicht ermittelt oder berechnet werden könne. Ein einheitliches Begriffsverständnis über den erlangten wirtschaftlichen Vorteil lasse sich den genannten Bestimmungen jedenfalls nicht entnehmen. Die Revision beziehe sich somit auf die Auslegung von § 38b ORF-G und die Frage, wie die Wortfolge im letzten Halbsatz des Abs. 1 dieser Bestimmung ("... in Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils ...") auszulegen sei.

6 Die Revision, die sich allein gegen die vom Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis angenommene Höhe des "erlangten wirtschaftlichen Vorteils" richtet, erweist sich damit als zulässig. Sie ist auch begründet:

7 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. Der ORF 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 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 (Abs. 2).

8 Diese Bestimmung 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 Kartellgesetz 1988 (KartG 1988), die mit BGBl. I Nr. 62/2002 eingeführt wurde.

9 Durch die genannte Novelle BGBl. I Nr. 62/2002 wurde auch die bis dahin in Geltung stehende Bestimmung des§ 21 KartG 1988 aufgehoben, nach der unter dem Titel "Abschöpfung der Bereicherung" das Kartellgericht einem Unternehmer oder einem Verband von Unternehmern, der sich durch die verbotene Durchführung eines Kartells bereichert hat, die Zahlung eines der "Bereicherung" entsprechenden Geldbetrages aufzuerlegen hatte. Bei der Ermittlung des Geldbetrages hatte das Kartellgericht § 273 ZPO sinngemäß anzuwenden (Abs. 1). Wie aus den Gesetzesmaterialien ersichtlich ist, lag dieser Bestimmung ein vergleichbarer "allgemeiner" Gedanke zugrunde wie nunmehr § 38b ORFG, nämlich dass einem Unternehmer der "wirtschaftliche Vorteil" nicht verbleiben soll, den er durch ein Verhalten erlangt hat, das durch das KartG 1988 verpönt ist (ErläutRV 633 BlgNR 17. GP 29). Durch die Novelle BGBl. I Nr. 62/2002 wurde das Instrument der Abschöpfung der Bereicherung entbehrlich, da die Bereicherung gegebenenfalls durch die Bemessung der Geldbuße im Verhältnis zum Umsatz berücksichtigt werden konnte und damit auch die Beweisschwierigkeiten wegfielen, die mit der Feststellung einer Bereicherung in der Regel verbunden sein werden (ErläutRV 1005 BlgNR 21. GP 26).

10 Der Begriff des erlangten wirtschaftlichen Vorteils umfasst jede in der Sphäre des ORF eingetretene "Bereicherung", was sich schon aus dem Normtitel des § 38b ORF-G, aber auch der in § 21 KartG 1988 und den Gesetzesmaterialien zu dieser Bestimmung vorgenommenen Gleichstellung der beiden Begriffe (siehe oben in Rn. 9), ergibt. 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 (vgl. zum Begriff des wirtschaftlichen Vorteils in § 1 Abs. 2 GewO etwa VwGH 9.9.2015, Ra 2015/03/0031). Der wirtschaftliche Vorteil muss "erlangt", also in der Sphäre des ORF eingetreten sein.

11 Für die vom Verwaltungsgericht vertretene Auffassung, wonach der Begriff des wirtschaftlichen Vorteils in § 38b ORF-G eng auszulegen sei, sodass nur auf den tatsächlich vom ORF erlangten "Betrag" abzustellen sei und die durch ein Gewinnspiel mit der hier ausgespielten Gewinnsumme ausgelösten - damit als Folge der rechtswidrigen Handlung eintretenden - positiven Entwicklungen am Hörermarkt außer Betracht bleiben müssten, findet sich im Gesetz kein Anhaltspunkt. Insbesondere kann diese Auffassung auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass dadurch der Behörde eine aufwendige und kostenintensive Ermittlungspflicht auferlegt würde, ist der Behörde doch durch § 38b Abs. 2 ORF-G die Befugnis eingeräumt, den Abschöpfungsbetrag - unter Berücksichtigung aller dafür bedeutenden Umstände - zu schätzen, wenn er aus Informationen, Auskünften, Aufzeichnungen oder Büchern nicht ermittelt oder berechnet werden kann.

12 Dabei ist vor dem Hintergrund der oben (Rn. 8 und 9) dargestellten historischen Verortung des § 38b ORF-G davon auszugehen, dass der Gesetzgeber der Regulierungsbehörde mit dieser Bestimmung ein Instrument bereitstellen wollte, das im Ergebnis ein Vorgehen ermöglicht, wie es der richterlichen Festsetzung insbesondere von Schadenersatzbeträgen nach § 273 ZPO entspricht.

13 Dieses Verständnis, wonach im Fall der in § 38b Abs. 2 ORF-G angesprochenen Beweisschwierigkeiten im Hinblick auf die Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils die Heranziehung der für die richterliche Festsetzung nach freier Überzeugung nach § 273 ZPO ("Schätzung", vgl. etwa OGH 7.9.2006, 7 Ob 162/06h) entwickelten Grundsätze geboten ist, ergibt sich auch aus der § 38b ORF-G wie § 21 KartG 1988 innewohnenden Systematik, da die Regulierungsbehörde bei der Abschöpfung nach § 38b ORF-G mit ähnlichen Beweisschwierigkeiten konfrontiert sein kann wie es das Kartellgericht im Zusammenhang mit der Abschöpfung nach § 21 KartG 1988 war (dass den beiden Bestimmungen derselbe allgemeine Gedanke zugrunde liegt, wurde bereits in den Rn. 8 und 9 dargelegt). Schließlich kann das Kartellgericht nunmehr auch in Anwendung des § 111 TKG 2003, wenn der Beweis über die Höhe des in rechtswidriger Weise erlangten Vorteils gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist, auf Antrag oder von Amts wegen "einen angemessenen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen" (§ 111 Abs. 1a TKG 2003), und damit in einer im Wesentlichen § 273 ZPO entsprechenden Weise vorgehen (vgl. die ErläutRV 1389 BlgNR 24. GP 26, wonach § 111 Abs. 1a TKG 2003 "§ 273 ZPO nachgebildet und wegen der in der Praxis auftauchenden Beweisprobleme gerechtfertigt" ist).

14 Demnach hat die Regulierungsbehörde in Vollziehung des § 38b ORF-G die Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils in sinngemäßer Anwendung des § 273 Abs. 1 ZPO nach freier Überzeugung festzusetzen, wenn diese aus objektiven, in § 38b Abs. 2 zweiter Satz ORF-G genannten Gründen überhaupt nicht, oder aber nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten, ermittelt oder berechnet werden kann. Bei einer Festsetzung des Abschöpfungsbetrages sind jene Faktoren maßgeblich, die sich aus dem Gesetz oder aus Erfahrungssätzen ergeben (vgl. - zu § 273 ZPO -

OGH 10.12.1987, 7 Ob 674/87; ferner H W. Fasching, Die richterliche Betragsfestsetzung gemäß § 273 ZPO, JBl 1981, 224 (231)). Die Regulierungsbehörde kann sich dabei auch ihres Amtssachverstandes bedienen und der Festsetzung Sachverständigengutachten zugrunde legen (vgl. zur Zulässigkeit von Sachverständigengutachten bei der Anwendung von § 273 Abs. 1 ZPO bereits OGH 23.10.1980, 7 Ob 701/80; nunmehr etwa OGH 24.1.2017, 10 Ob 84/16z). Bei der Festsetzung sind die Erwägungen in nachvollziehbarer Weise darzulegen, um eine Rechtskontrolle durch das Verwaltungsgericht nicht zu beeinträchtigen (vgl. zur Begründungspflicht der ordentlichen Gerichte nach § 273 ZPO etwa OGH 28.8.1986, 6 Ob 649/85; diese Grundsätze lassen sich auf die Schätzung nach § 38b Abs. 2 ORF-G übertragen).

15 Im vorliegenden Fall hat das Verwaltungsgericht den möglichen wirtschaftlichen Vorteil, der durch das von den Ö L bereitgestellte Preisgeld beim ORF eingetreten ist, unter Hinweis auf aufwendige und kostenintensive Ermittlungen, die zu seiner Feststellung erforderlich wären, außer Acht gelassen und damit die Entscheidung mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.

16 Hat sich die bereitgestellte Gewinnsumme in der Sphäre des ORF wirtschaftlich positiv ausgewirkt, etwa in der Form einer erzielten Kostenersparnis (vgl. dazu allgemein etwa OGH 19.11.1974, 3 Ob 200/74, SZ 47/130) bzw. in Form indirekter positiver Effekte auf dem Hörer- und Werbemarkt (wie dies auch in der - im Revisionsverfahren vorgelegten - gutachterlichen Stellungnahme eines Amtssachverständigen der revisionswerbenden Verwaltungsbehörde vom 7. Februar 2017 anhand der darin erörterten Modelle der "Kostenvergleichsrechnung" und der "Rentabilitätsrechnung" dargelegt wird), so ist dieser Vorteil bei der Festsetzung des Abschöpfungsbetrags nach § 38b ORF-G zu berücksichtigen. Wenn sich - wovon das Verwaltungsgericht offenbar ausgeht - der erlangte Vorteil nicht aus den vom ORF erteilten Informationen nach § 38b Abs. 2 ORF-G ermitteln lässt, wird dazu eine - der Feststellung nach freier Überzeugung im Sinne des § 273 ZPO vergleichbare - Schätzung unter Berücksichtigung aller bedeutenden Umstände vorzunehmen sein.

17 Soweit der ORF in der Revisionsbeantwortung Bedenken gegen die Sachlichkeit des § 38b ORF-G äußert, vermag dies der Verwaltungsgerichtshof nicht zu teilen. Auf die diesen Bedenken zugrunde gelegte Rechtsansicht, wonach einem Abschöpfungsverfahren keine Feststellung einer Rechtsverletzung gemäß § 37 ORF-G voranzugehen habe, sodass die Abschöpfung ohne jegliche zeitliche Beschränkung möglich sei, war schon deshalb nicht einzugehen, weil die hier verfahrensgegenständliche Abschöpfung ausdrücklich auf der mit Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 11. November 2013 festgestellten Rechtsverletzung fußt. Überdies wurde die Auffassung des ORF, wonach im Rahmen einer Abschöpfung nach § 38b ORF-G "Verhältnismäßigkeitserwägungen" zu berücksichtigen seien, vom Verfassungsgerichtshof der Sache nach schon im Zusammenhang mit der Abschöpfung nach § 38a ORF-G nicht geteilt (VfSlg. 19.916/2014, wo auch auf die Abschöpfung nach § 111 TKG 2003 verwiesen wird).

18 Der Revision war daher Folge zu geben und das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

Wien, am 22. November 2017

**Schlagworte**

Sachverständiger Erfordernis der Beiziehung Besonderes FachgebietAuslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2017:RO2017030011.J00

**Im RIS seit**

20.12.2017

**Zuletzt aktualisiert am**

04.07.2018

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at