

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/3/27 W120 2016274-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.03.2019

## Entscheidungsdatum

27.03.2019

## Norm

B-VG Art. 133 Abs4

KOG §36

ORF-G §1a Z7

ORF-G §1a Z8

ORF-G §13 Abs1

ORF-G §14 Abs10

ORF-G §16 Abs5

ORF-G §17 Abs6

ORF-G §18 Abs1

ORF-G §38b Abs1

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W120 2016274-1/37E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Christian Eisner als Vorsitzenden sowie die Richter Mag. Eduard Hartwig Paulus und Mag. Walter Tolar als Beisitzer über die Beschwerde des Österreichischen Rundfunks gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria vom 22.10.2014, KOA 11.210/14-018, nach Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

## I. Verfahrensgang:

1. Mit dem angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde mit Spruchpunkt 1.a. fest, dass die beschwerdeführende Partei

"durch die Ausstrahlung des Gewinnspiels ‚Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3‘, welches gemäß dem Bescheid des Bundeskommunikationssenates (BKS) vom 11.11.2013, GZ 611.804/0010-BKS/2013, gegen das Verbot der Schleichwerbung gemäß § 1a Z 7 und 8 iVm § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verstoßen hat, einen wirtschaftlichen Vorteil in der Höhe von EUR XXXX erlangt hat"

und erklärte diesen Betrag in Höhe von EUR XXXX für abgeschöpft.

Mit Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheides wurde Folgendes ausgesprochen:

"Dem Österreichischen Rundfunk wird aufgetragen, den Abschöpfungsbetrag gemäß Spruchpunkt 1. binnen vier Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides [...] zu überweisen."

1.1. In ihrer Begründung führte die belangte Behörde im Wesentlichen Folgendes aus:

Mit rechtskräftigem Bescheid vom 11.11.2013, 611.804/0010-BKS/2013, habe der Bundeskommunikationssenat festgestellt, dass die beschwerdeführende Partei durch die vom 12. bis zum 16.09.2011, jeweils zwischen 06:00 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 gemäß § 1a Z 7 und 8 ORF-G iVm § 13 Abs 1 Satz 2 ORF-G verstoßen habe.

Diesem Bescheid des Bundeskommunikationssenates sei der von der belangten Behörde im Rahmen der Entscheidung vom 14.08.2012, KOA 11.210/12-015, ermittelte Sachverhalt zum Ablauf des in Beschwerde gezogenen Gewinnspiels "Das große Lotto- Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3" zugrunde gelegt worden.

Die belangte Behörde habe darin im Wesentlichen festgestellt gehabt, dass in der Zeit vom 12. bis zum 16.09.2011 täglich 12 Mal, jeweils zur vollen Stunde ab 07:00 Uhr vor den Ö3-Nachrichten und im Anschluss an diese nach den Wettermeldungen und dem Verkehrsservice, das Gewinnspiel "Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3" ausgestrahlt worden sei. Das Gewinnspiel selbst habe sich in zwei Teile gegliedert, wobei der erste Teil vor den Nachrichten zur vollen Stunde (zB vor 07:00 Uhr) stattgefunden habe, 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 33-te Anrufer mit der richtigen Zusatzzahl sei dabei jeweils in die Sendung geschaltet worden.

Zudem habe die belangte Behörde in ihrem Bescheid festgestellt, dass stündlich EUR XXXX gewonnen werden könnten und insgesamt eine Gewinnspielsumme in Höhe von EUR XXXX (12 Mal täglich, in einem Zeitraum von fünf Tagen, somit 60 x XXXX zur Ausspielung gelangen würden.

Die wesentlichen Bedingungen der für den Zeitraum vom 05. bis zum 16.09.2011 geplanten Gewinnspielaktion seien zwischen den Österreichischen Lotterien und der ORF-Enterprise GmbH & Co KG mit Kooperationsvereinbarung vom 25.07.2011 festgelegt worden.

Gegenstand der zwischen der beschwerdeführenden Partei bzw. der ORF-Enterprise GmbH & Co KG und den Österreichischen Lotterien abgeschlossenen Vereinbarung sei somit die Einbindung der Österreichischen Lotterien und ihres Produktes (Lottoscheine) bzw. des großen Lotto- Zusatzzahlenspiels in das Hörfunkprogramm Ö3 und darüber hinaus in die Webseite von Ö3. Die hier verfahrensgegenständliche Einbindung in das Hörfunkprogramm Ö3 hätte über einen Zeitraum von zwei Wochen, konkret vom 05. bis zum 16.09.2011, erfolgen und insgesamt 90 Einbindungen bzw. 90 sogenannte Ö3-Items umfassen sollen.

30 Einbindungen bzw. Ö3-Items seien in der Woche vor dem eigentlichen Gewinnspiel, somit vom 05. bis zum 11.09.2011 eingesetzt worden, um dieses im Hörfunkprogramm Ö3 anzukündigen. Weitere 60 Ö3-Items seien darüber hinaus in der Woche vom 12. bis zum 16.09.2011 während der Durchführung des Gewinnspiels zum Einsatz gekommen.

Für die Einbindung der Österreichischen Lotterien bzw. ihres Produktes (Lottoscheine) in das Hörfunkprogramm Ö3 habe die beschwerdeführende Partei unter Abzug eines Rabatts in Höhe von 6 % insgesamt einen Betrag in Höhe von netto EUR XXXX in Rechnung gestellt.

Weiters sei vereinbart worden, dass die Österreichischen Lotterien der beschwerdeführenden Partei Sachleistungen im Gegenwert von EUR XXXX zur Verfügung stellen würden, die als "Einbindung von Ö3 auf Drucksorten" bezeichnet worden seien. Der Gegenwert dieser Sachleistungen hätte gemäß der Kooperationsvereinbarung von der von der beschwerdeführenden Partei in Rechnung gestellten Gesamtsumme in Abzug gebracht werden sollen. Eine Rechnung der Österreichischen Lotterien über diese Sachleistungen sei der belangten Behörde vorgelegt worden.

Nicht festgestellt haben werden können, in welchem Zusammenhang oder Verhältnis diese Sachleistungen mit der Durchführung der Gewinnspielaktion stehen würden.

Die Österreichischen Lotterien hätten für die Gewinnspieldurchführung im Hörfunkprogramm Ö3 ein Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR XXXX zur Verfügung gestellt; die einzelnen Gewinnbeträge seien jedem Gewinner von den Österreichischen Lotterien direkt ausgeschüttet worden.

1.2. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde weiters aus, dass die Abschöpfung gemäß § 38b ORFG drei kumulative Voraussetzungen habe:

Erstens müsse eine rechtswidrige Handlung gegen eine Bestimmung der §§ 13 bis 17 ORF-G vorliegen oder die Einnahmengrenze nach § 18 Abs 1 ORF-G überschritten werden. Zweitens müsse die beschwerdeführende Partei durch den Verstoß einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt haben. Drittens sei die Abschöpfung mit der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils begrenzt.

In Hinblick auf die erste Voraussetzung für eine Abschöpfung der Bereicherung gemäß § 38b ORF-G sei auf den Bescheid des Bundeskommunikationssenats vom 11.11.2013, 611.804/0010-BKS/2013, zu verweisen. Darin habe der Bundeskommunikationssenat entschieden, dass das vom 12. bis zum 16.09.2011 veranstaltete Gewinnspiel "Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3" bzw. dessen konkrete Umsetzung gegen das Verbot der Schleichwerbung verstoßen habe. Dieser Bescheid sei rechtskräftig.

Dieser Entscheidung des Bundeskommunikationssenates sei ein Beschwerdeverfahren vor der belangten Behörde vorausgegangen, in welchem die inkriminierten Sendungssequenzen im Hörfunkprogramm Ö3 des großen Lotto-Zusatzzahlenspiels als Produktplatzierungen qualifiziert worden seien, welche jedoch nicht eindeutig iSd § 16 Abs 5 Z 4 ORF-G gekennzeichnet gewesen seien, weshalb es zur Feststellung einer Rechtsverletzung gekommen sei (vgl. dazu KommAustria 12.08.2012, KOA 11.210/12-015). Die hiergegen erhobenen Berufungen an den Bundeskommunikationssenat seien in weiterer Folge abgewiesen worden (vgl. BKS 05.11.2012, 611.804/0002-BKS/2012). Dagegen sei schließlich von der beschwerdeführenden Partei Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben worden, der den Bescheid des Bundeskommunikationssenates mit Erkenntnis vom 18.09.2013, 2012/03/0162, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben habe.

Der Verwaltungsgerichtshof habe - aus Sicht der belangten Behörde - hierbei im Wesentlichen ausgesprochen, dass "sich Produktplatzierung im Hörfunk auf relativ neutral gehaltene akustische Bezugnahmen und Hinweise auf das betreffende Produkt zu beschränken hat, während im Rahmen von Werbung diese ‚Neutralität‘ der Darstellung nicht mehr gegeben ist. Gewinnspiele fallen dann unter den Begriff der Produktplatzierung, solange die Darstellung der Preise nicht die Grenze zur Werbung überschreitet. Würden diese Grundsätze im vorliegenden Fall angewandt, so könne von einer mangelnden Eignung zur Absatzförderung und einer ausreichend neutralen Gestaltung nicht mehr gesprochen werden. Die Präsentation des Gewinnspiels im Hörfunkprogramm des ORF sei in einer Art und Weise erfolgt, dass damit die (Werbe)Botschaft vermittelt worden sei, Lottospielen könne sich auch dann auszahlen, wenn die getippten Zahlen zu keinem unmittelbaren Lottogewinn geführt hätten. Dass diese über mehrere Tage inszenierte und durch die Präsentation von glücklichen Gewinnern unterstützte Werbebotschaft nicht geeignet gewesen sein solle, die Kaufabsichten des uninformierten oder unentschlossenen Publikums hinsichtlich des Erwerbs von Lottoscheinen zu beeinflussen, lasse sich für den VwGH nicht nachvollziehen. [...]"

Der Verwaltungsgerichtshof habe in seinem Erkenntnis jedoch offen gelassen, ob die werbliche Gestaltung offensichtlich (im Sinne von Werbung) oder irreführend (im Sinne von Schleichwerbung) gewesen sei. Zu letzterem Ergebnis sei - wie eingangs festgestellt - der Bundeskommunikationssenat mit seinem Ersatzbescheid vom 11.11.2013,

611.804/0010-BKS/2013, gelangt. Unter Zugrundelegung der Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofes habe der Bundeskommunikationssenat in diesem Bescheid erwogen, dass für den durchschnittlich informierten und aufmerksamen Hörer der Eindruck entstehen habe müssen, er habe es mit redaktionellem Inhalt in Form von Studiogesprächen rund um ein Gewinnspiel zu tun, weshalb er von der grundsätzlichen Irreführungseignung der Sendungsgestaltung ausgegangen sei und den Tatbestand der Schleichwerbung als erfüllt betrachtet habe.

Zwar gehe die belangte Behörde davon aus, dass im Rahmen eines Verfahrens nach§ 38b ORF-G Raum für eine Feststellung betreffend einer gegen die Bestimmungen des §§ 13 bis 17 leg.cit. verstoßenden rechtswidrigen Handlung sei, doch habe diese unter Berücksichtigung des Bescheides des Bundeskommunikationssenates vom 11.11.2013, 611.804/0010-BKS/2013, im gegenständlichen Verfahren zu unterbleiben.

Die zweite Voraussetzung für eine Abschöpfung der Bereicherung gemäß§ 38b ORF-G bestehe darin, dass die beschwerdeführende Partei durch den Verstoß einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt habe.

Sehe man vom Fall der Überschreitung der Einnahmengrenzen des § 18 Abs 1 Satz 3 ORF-G ab, bei dessen Vorliegen der wirtschaftliche Vorteil gesetzlich angenommen werde, sei in allen übrigen Fällen zu prüfen, inwieweit ein vermögenswerter Vorteil auf Seiten der beschwerdeführenden Partei eingetreten sei.

Im gegenständlichen Fall stehe schon aufgrund der Art der diesem Verfahren zugrundeliegenden rechtswidrigen Handlung für die belangte Behörde fest, dass die beschwerdeführende Partei durch Ausstrahlung der festgestellten Schleichwerbung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt habe. Ein Vergleich mit einem hypothetisch möglichen (rechtskonformen) Alternativverhalten stelle sich im gegenständlichen Verfahren gar nicht, da der beschwerdeführenden Partei das Ausstrahlen von Schleichwerbung von Gesetzes wegen verboten sei. Vor dem Hintergrund, dass den Österreichischen Lotterien eine Rechnung in Höhe von netto EUR XXXX ausgestellt und zudem ein Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR XXXX ausgespielt worden sei, dürfe angenommen werden, dass - nach dem üblichen Verkehrsgebrauch - eine "werbliche" Gestaltung des Gewinnspiels in der inkriminierten Form erwünscht bzw. gerade Gegenstand der zugrunde liegenden Vereinbarung gewesen sei. Anders formuliert, erscheine es unwahrscheinlich, dass die Österreichischen Lotterien der beschwerdeführenden Partei für die Einbindung in dessen Hörfunkprogramm ein Entgelt in Höhe von netto EUR XXXX leisten, und zusätzlich ein Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR XXXX ausspielen werde, ohne dabei die Absicht zu haben, den Absatz des eigenen Produktes (in diesem Fall den Erwerb von Lottoscheinen) zu fördern bzw. fördern zu lassen.

Mangels Vorlage des Sideletters zur Kooperationsvereinbarung, in welchem die näheren Modalitäten der Einbindung der Österreichischen Lotterien in das Hörfunkprogramm vereinbart worden seien, 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 Österreichischen Lotterien 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 sei. Es sei somit davon auszugehen, dass diese Art der Präsentation jenem (Werbe)Wert entspreche, der aus der Summe des in Rechnung gestellten Betrags und des Preisgeldes resultiere.

Als Zwischenergebnis könne somit festgehalten werden, dass eine gesetzeskonforme Durchführung der Maßnahme objektiv nicht möglich gewesen wäre und die beschwerdeführende Partei durch die rechtswidrige Umsetzung des Gewinnspiels "Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3" einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt habe. Im vorliegenden Fall hätte die beschwerdeführende Partei das Gewinnspiel in der von ihm durchgeführten Weise nicht ausstrahlen und daraus keinen wirtschaftlichen Vorteil erzielen dürfen.

In Hinblick auf die in der Rechnung der Österreichischen Lotterien in Höhe von EUR XXXX ausgewiesenen Sachleistungen sei zunächst anzumerken, dass der konkrete Konnex zum Gewinnspiel fraglich geblieben, dieser aber jedenfalls nicht ausreichend dargelegt worden sei. Zwar weise die Rechnung über Sachleistungen ("Einbindung von Ö3 auf Drucksorten") durch deren Erwähnung in der Kooperationsvereinbarung vom 25.07.2011 einen formalen Konnex zur Gewinnspielaktion auf, aus der sich jedoch nicht erschließe, ob die "Einbindung von Ö3 auf Drucksorten" derart mit der gegenständlichen Gewinnspielaktion verbunden gewesen sei, dass die Erbringung dieser Sachleistungen ohne die Durchführung des großen Lotto-Zusatzzahlenspiels im Hitradio Ö3 keinen Sinn gemacht hätte.

Ungeachtet des fraglichen Zusammenhangs zwischen den Sachleistungen und dem Gewinnspiel habe jedoch das Vorbringen der beschwerdeführenden Partei, dass der für die Erbringung der Sachleistungen durch die

Österreichischen Lotterien in Rechnung gestellte Betrag von dem von der beschwerdeführenden Partei für die Durchführung des Gewinnspiels in Rechnung gestellten Betrag in Abzug zu bringen sei, schon aus methodischen Erwägungen nicht zu überzeugen vermocht. Unterstelle man nämlich, dass für die Einbindung von Ö3 auf Drucksorten ein marktüblicher Preis angesetzt worden sei, so habe die beschwerdeführende Partei von den Österreichischen Lotterien Sachleistungen im Wert von EUR XXXX erhalten und sei dieser hierfür eine entsprechende Rechnung gelegt worden. Der Umstand, dass zwei eigenständige, einander gegenüberstehende - und vertraglich miteinander verknüpfte - Leistungen bzw. die daraus resultierenden Forderungen saldiert worden seien, ändere jedoch nichts daran, dass der beschwerdeführenden Partei für die Durchführung der Gewinnspielaktion ein wirtschaftlicher Vorteil in Höhe des hierfür von ihm in Rechnung gestellten Betrags von EUR XXXX zugeflossen sei; warum eine Saldierung dieser wechselseitigen Forderungen dazu führen solle, dass der aus der rechtswidrigen Durchführung eines Gewinnspiels erlangte wirtschaftliche Vorteil um diesen Betrag gemindert werden müsse, erschließe sich der belangten Behörde nicht.

Auch das weitere Argument der beschwerdeführenden Partei, dass eine Aliquotierung des in Rechnung gestellten Betrags anhand des im Rechtsverletzungsverfahren inkriminierten Zeitraums stattzufinden hätte und somit nur der für fünf Tage (12. bis 16.09.2011) gebührende Betrag abzuschöpfen sei, gehe nach Auffassung der belangten Behörde ins Leere.

Trage man dem der Bestimmung gemäß § 38b Abs 1 ORF-G innewohnenden Gedanken Rechnung, dass die beschwerdeführende Partei aus Rechtsverletzungen keinen wirtschaftlichen Vorteil lukrieren dürfe, so verbietet sich die Sichtweise der beschwerdeführenden Partei, dass der aus der Ankündigung einer als rechtswidrig qualifizierten Maßnahme lukrierte "wirtschaftliche Vorteil" deswegen nicht abgeschöpft werden dürfe, weil es an einer darauf (i.e. Ankündigungen des Gewinnspiels) bezugnehmenden Feststellung im vorangegangenen Rechtsverletzungsverfahren mangle, geradezu, da die in der Woche vom 05. bis zum 11.09.2011 eingesetzten Ö3-Items allein den Zweck gehabt hätten, das große Lotto- Zusatzzahlenspiel anzukündigen und für die Teilnahme am Gewinnspiel zu werben. Folglich hätten die betreffenden Ankündigungen und der hieraus erzielte, anteilige wirtschaftliche Vorteil keinen Alleinstellungswert, sondern würden in untrennbarem Zusammenhang mit dem angekündigten und als rechtswidrig qualifizierten Gewinnspiel stehen.

Anders formuliert, wären diese Ankündigungen ohne das nachfolgende Gewinnspiel gar nicht ausgestrahlt und der hierauf anteilig entfallende Erlös ohne das Gewinnspiel auch 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, inklusive der bezahlten Ankündigungen des Gewinnspiels, weshalb der hieraus erzielte Erlös entgegen der von der beschwerdeführenden Partei vertretenen Rechtsansicht in den abzuschöpfenden Betrag einzuberechnen sei.

In weiterer Folge sei noch der Frage nachzugehen, ob auch das von den Österreichischen Lotterien ausgespielte Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR XXXX als wirtschaftlicher Vorteil der beschwerdeführenden Partei aus dem rechtswidrig präsentierten Gewinnspiel zu betrachten und somit dem abzuschöpfenden Betrag hinzuzurechnen sei.

Der Vereinbarung zwischen der beschwerdeführenden Partei und den Österreichischen Lotterien sei zu entnehmen, dass Letztere das Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR XXXX bereitgestellt und auch direkt an die jeweiligen Gewinner ausgeschüttet habe. Dies lege den Schluss nahe, dass die getroffene Vereinbarung über die Nennung bzw. Einbindung der Österreichischen Lotterien und ihres Produktes (Lottoschein) im Hörfunkprogramm der beschwerdeführenden Partei dieser zusätzlich EUR XXXX wert gewesen sei. Auch sei nicht anzunehmen, dass ein Unternehmen nach dem üblichen Verkehrsgebrauch "ein Entgelt" (Rechnungsbetrag plus Preisgeld) für die Förderung des Absatzes seiner Produkte bezahle, das den durch die Einbindung in das Rundfunkprogramm erzielten Werbewert übersteige würde. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass das gegenständliche Gewinnspiel ausschließlich im Zuge der rechtswidrigen Ausstrahlung im Hitradio Ö3 stattgefunden und es somit auch keine "off Air"-Teilnahmemöglichkeit gegeben habe. Wie auch bereits oben ausgeführt worden sei, gehe die belangte Behörde daher davon aus, dass die inkriminierte Gestaltung des Gewinnspiels und die Präsentation der Österreichischen Lotterien jenem (Werbe)Wert entsprechen würde, der aus der Summe des in Rechnung gestellten Betrags und des Preisgeldes resultiere.

Dieses Ergebnis werde auch bei einer Betrachtung aus Sicht der Produktionskostensparnis auf Seiten der

beschwerdeführenden Partei bestätigt: Die Planung des in Frage stehenden Gewinnspiels und die Entscheidung über dessen Durchführung sei aufgrund der Bestimmungen des § 14 Abs 10 ORF-G wonach ein Auftraggeber kommerzieller Kommunikation keinen Einfluss auf den Programminhalt ausüben dürfe, ausschließlich und letztverantwortlich der beschwerdeführenden Partei oblägen. 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 Vertrags, wonach "der ÖSTERREICHISCHE RUNDFUNK/Ö3 [...] im Zeitraum 5.-16. September die Aktion ‚DAS GROSSE LOTTO-ZUSATZZAHLEN SPIEL‘ [plant]", aber keine "Produktions- und oder Sendeverpflichtung des ORF hinsichtlich der Aktion besteht [...]". Es sei daher davon auszugehen, dass die Ausspielung des Preisgelds zwingender Bestandteil der Plankosten der in Frage stehenden Sendung gewesen sein müsse. Gerade diesen Teil der Kosten des Gewinnspiels (EUR XXXX Preisgeld), den die beschwerdeführende Partei sonst durch den Einsatz eigener Mittel hätte aufbringen müssen, habe sich die beschwerdeführende Partei nun durch die in concreto rechtswidrig erfolgte Einbindung der Österreichischen Lotterien (in Form von Schleichwerbung) erspart, indem die Österreichischen Lotterien dieses Preisgeld zur Verfügung gestellt hätten, wozu sie auch vertraglich ausdrücklich verpflichtet gewesen seien. Diese Ersparnis gegenüber den sonst von der beschwerdeführenden Partei zu gewärtigenden Kosten sei jedenfalls als wirtschaftlicher Vorteil iSd § 38b ORF-G anzusehen. Hinzu würden die zusätzlich von den Österreichischen Lotterien geleisteten EUR XXXX treten, sodass der durch die rechtswidrige Handlung in Summe auf Seiten der beschwerdeführenden Partei bewirkte wirtschaftliche Vorteil EUR XXXX betrage. Die Frage, ob das Gewinnspiel ohne Beteiligung der Lotterien in dieser Form und mit demselben Preisgeld von der beschwerdeführenden Partei veranstaltet worden wäre, könne demgegenüber dahinstehen, da § 38b ORF-G auf die tatsächlich erfolgte Ausstrahlung und damit erfolgte Rechtsverletzung abstelle.

In der Bereitstellung des Preisgeldes durch die Österreichischen Lotterien liege daher zugleich ein wirtschaftlicher Vorteil für die beschwerdeführende Partei in eben dieser Höhe, da sich diese die Auszahlung eines Preisgeldes im gleichen Umfang erspart habe (vgl. zum ähnlichen Grundgedanken VwGH 01.07.2009, 2009/04/0079; OGH 10.06.2008, 4 Ob 56/08a).

Zu berücksichtigen sei dabei auch, dass Gewinnspiele eine effektive Maßnahme der Hörerbindung darstellen würden, deren Attraktivität und Massenwirksamkeit gerade auch über die Höhe des zu gewinnenden Preises gesteuert werde. Die Kosten einer solchen Maßnahme müssten im Fall der Zurverfügungstellung von Preisen durch ein anderes Unternehmen nicht vom Rundfunkveranstalter selbst aufgebracht werden. Offensichtlicher sei dies im Fall der Zurverfügungstellung von Markenprodukten (etwa Autos oder Reisegutscheinen), deren Anschaffung sich ein Rundfunkunternehmen erspare. Es könne jedoch keinen Unterschied machen, ob der beschwerdeführenden Partei ein Markenprodukt von einem Unternehmen als Gewinnspielpreis zur Verfügung gestellt werde, dessen Anschaffung sich die beschwerdeführende Partei erspare, oder ob sich die beschwerdeführende Partei erspare, für das Preisgeld für die Durchführung eines Gewinnspiels selbst aufkommen zu müssen. In beiden Fällen würden eine Ersparnis und damit ein wirtschaftlicher Vorteil des Rundfunkunternehmens vorliegen.

Insgesamt seien daher die aus der festgestellten Rechtsverletzung erzielten wirtschaftlichen Vorteile spruchgemäß festzusetzen und dieser Betrag für abgeschöpft zu erklären gewesen (Spruchpunkt 1.).

Im Verfahren hätten sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die beschwerdeführende Partei nicht zeitnah nach Rechtskraft der Entscheidung zu der erforderlichen Überweisung in der Lage wäre. Im Lichte der im Verhältnis zu den sonstigen betrieblichen Kennzahlen der beschwerdeführenden Partei gegebenen Größenordnung des Abschöpfungsbetrages scheine eine Frist von vier Wochen ab Rechtskraft des Bescheides für die Überweisung angemessen.

2. Gegen diesen Bescheid richtete sich die vorliegende Beschwerde, mit welcher der Bescheid "insbesondere wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts angefochten" wurde und die Anträge gestellt wurden, das Bundesverwaltungsgericht möge

"a.) eine mündliche Verhandlung durchführen und

b.) in der Sache selbst erkennen und den angefochtenen Bescheid vom 22.10.2014, KOA 11.210/14-018 aufheben und das Verfahren einstellen, in eventu den Abschöpfungsbetrag deutlich reduzieren".

2.1. In Bezug auf den festgestellten Sachverhalt führte die beschwerdeführende Partei im Wesentlichen aus, dass der Bundeskommunikationssenat nicht festgestellt habe, welche und wie viele Sendungssequenzen im Zeitraum zwischen

dem 12. und dem 16.09.2011 (5 Tage) "auf das Gewinnspiel [...] bezogen" gewesen wären. Die belangte Behörde habe hier - zu Unrecht - den Spruch des Bescheids des Bundeskommunikationssenates um den Sachverhalt ergänzt, den diese ihrem - allerdings eine fehlende Kennzeichnung der zulässigen Produktplatzierung feststellenden - Bescheid zugrunde gelegt habe. Der Bundeskommunikationssenat habe zudem auch nicht festgestellt, ob und wenn ja wie viele weitere Sendungssequenzen vor dem Zeitraum vom 12. bis zum 16.09.2011 auf das Gewinnspiel bezogen gewesen wären. Der Bundeskommunikationssenat habe daher auch keine Rechtsverletzung durch die Ausstrahlung von Ankündigungen des Gewinnspiels festgestellt, dh insbesondere nicht für den Zeitraum von sieben Tagen vom 05. bis zum 11.09.2011 (zumal dieser Zeitraum im gegenständlichen Beschwerdeverfahren auch nicht in Beschwerde gezogen worden sei; insofern wäre eine solche Feststellung auch gar nicht zulässig gewesen).

Dies bedeute, dass 30 Einbindungen bzw. Ö3-Items in der Woche zeitlich vor der Durchführung des Gewinnspiels, somit vom 05. bis zum 11.09.2011 eingesetzt worden seien, um dieses im Hörfunkprogramm Ö3 anzukündigen. Weitere 60 Ö3-Items seien in der Woche vom 12. bis zum 16.09.2011 während der Durchführung des Gewinnspiels zum Einsatz gekommen. (Nur) für diese Durchführung des Gewinnspiels bestehe eine - die Verletzung von Werbebestimmungen feststellende - rechtskräftige Entscheidung.

Für die namentliche Einbindung der Österreichischen Lotterien im gesamten Zeitraum (dh vom 05. bis zum 16.09.2011 wie im Vertrag angegeben) habe die beschwerdeführende Partei eine Zahlung von (netto) EUR XXXX erhalten. Der Betrag von EUR XXXX würde den (abgezogenen) Rabatt in Höhe von XXXX eine Werbeabgabe in Höhe von XXXX , Umsatzsteuer in Höhe von 20 % sowie eine (im Vertrag mit EUR XXXX zuzüglich Steuern bewertete) Sachleistung, die in der Einbindung von Ö3 auf "Drucksorten" der Österreichischen Lotterien bestanden habe, nicht enthalten. In Bezug auf die Ausführungen der belangten Behörde, dass von dieser nicht habe festgestellt werden können, in welchem Zusammenhang oder Verhältnis diese Sachleistungen mit der Durchführung der Gewinnspielaktion gestanden seien, sei festzuhalten, dass der bewertete Betrag dieser Sachleistungen gemäß der Kooperationsvereinbarung von der beschwerdeführenden Partei in Rechnung gestellten Gesamtsumme in Abzug gebracht worden und leicht erkennbar sei, dass die "Sachleistung" aus Verrechnungsgründen bewertet worden bzw. für die beschwerdeführende Partei ohne Durchführung des Gewinnspiels und auch im Allgemeinen eher unerheblich gewesen sei.

Die Feststellung der belangten Behörde, dass die Österreichischen Lotterien für die Gewinnspieldurchführung ein Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR XXXX "zur Verfügung gestellt" hätten, sei vor dem Hintergrund der Verfahrensergebnisse mehrfach unrichtig: Erstens hätten die Österreichischen Lotterien Gewinne im Umfang von EUR XXXX bestenfalls "ausgelobt". Diese Auslobung sei gegenüber der Öffentlichkeit ua auch im Programm Ö3 (aber eben auch mittels Plakaten und anderen Drucksorten) erfolgt. Die einzelnen Gewinnbeträge seien dabei nicht der beschwerdeführenden Partei "zur Verfügung gestellt" worden, sondern "sollten" an Gewinner von den Österreichischen Lotterien "(direkt) ausgeschüttet" werden. Dabei sei nicht sicher - und wäre eine diesbezügliche Feststellung vor dem Hintergrund der Verfahrensergebnisse derzeit auch gar nicht möglich -, ob an jeden einzelnen der 60 Gewinner auch eine "Auszahlung von €

XXXX erfolgt sei. Es entspräche vielmehr der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Gewinne "nicht abgeholt" werden und (vermeintliche) Gewinner (doch) nicht über die notwendigen Voraussetzungen des Gewinns verfügen würden. Der genaue Umfang der Ausschüttungen könne aber letztlich dahingestellt bleiben, da dieser Betrag irrelevant sei, weil die Gewinne bei der beschwerdeführenden Partei nicht abgeschöpft werden dürften.

2.2. Zur rechtlichen Beurteilung führte die beschwerdeführende Partei im Wesentlichen Folgendes aus:

Aus Gründen des verfassungsrechtlich verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (ua im Rahmen der Eigentumsgarantie) sei eine Abschöpfung auf formelle bzw. grobe Gesetzesverletzungen zu beschränken (arg.: "kann sie einen Betrag in der Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils festsetzen").

Zwar enthalte das ORF-G keine "ausdrückliche" Einschränkung, um eine unverhältnismäßige Auswirkung einer Abschöpfung hintanzuhalten (insbesondere seien keine ausdrückliche "Obergrenze" des Abschöpfungsbetrags, keine "Verjährung" oder sonstige Kriterien, die bei der Bemessung zu berücksichtigen wären, normiert), jedoch sei eine Berücksichtigung der vorstehenden Kriterien im Rahmen des vom Gesetzgeber gewährten Ermessensspielraums möglich und erforderlich (arg.: "kann sie einen Betrag in der Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils festsetzen").

Maßstab der Abschöpfung, mit dem der Bundeskommunikationssenat festgestellt habe, "dass der ORF durch die zwischen 12.9.2011 ab 7:00 bis 16.9.2011, 19:00 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, Jingles) gegen das Verbot von Schleichwerbung verstoßen hat", sei der rechtskräftige Bescheid vom 11.11.2013, 611.804/0010- BKS/2013. Die belangte Behörde schöpfe jedoch auch Mittel ab, die die beschwerdeführende Partei nachweislich nicht für die Durchführung bzw. Ausstrahlung des Gewinnspiels zwischen dem 12. und dem 16.09.2011 erhalten habe, sondern für die Ausstrahlung der Vorankündigung des Gewinnspiels zwischen dem 05. und dem 11.09.2011. Der Bundeskommunikationssenat habe nicht festgestellt, ob, und wenn ja, wie viele weitere Sendungssequenzen vor dem Zeitraum vom 12. bis zum 16.09.2011 überhaupt auf das Gewinnspiel bezogen gewesen seien. Der Bundeskommunikationssenat habe auch keine Rechtsverletzung durch die Ausstrahlung von Ankündigungen des Gewinnspiels vor dem 12.09.2011 festgestellt. Ganz abgesehen davon sei die Ankündigung des Gewinnspiels mit dem ORF-G vereinbar, da - iSd Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für den konkreten Fall (18.09.2013, 2012/03/0162) - insbesondere keine durch die "Präsentation von glücklichen Gewinnern" unterstützte Werbebotschaft gemacht worden sei.

Die belangte Behörde führe lediglich Hypothesen und eine bestenfalls irrige Auslegung der Gesetzesmaterialien ins Treffen, um zu begründen, dass die Abschöpfung von Erlösen aus der zulässigen Produktplatzierung in Vorankündigungen des Gewinnspiels zulässig sei.

Die Auslegung des § 38b ORF-G durch die belangte Behörde entbehre jeder Grundlage. Abgesehen davon, dass von der Voraussetzung eines "Alleinstellungswerts" im ORF-G keine Spur gefunden werden könne, werde aus den Ausführungen nur deutlich, dass selbst die belangte Behörde davon ausgehe, dass die Ankündigungen möglicherweise durchaus rechtskonform gewesen wären und dass mit der Ausstrahlung der Ankündigungen ein wirtschaftlicher Vorteil verbunden gewesen sei. Maßgeblich sei alleine, welche Vorteile mit welchen (rechtswidrigen) Handlungen im Zusammenhang stehen würden: Hätte die beschwerdeführende Partei die Vorankündigung nicht ausgestrahlt, hätte diese nach der Kooperationsvereinbarung auch keinen Anspruch auf Zahlung des hierfür gebührenden (aliquoten) Entgeltteils. Dieser Entgeltteil - eben für rechtmäßige bzw. zumindest nicht als rechtswidrig festgestellte - Handlungen dürfe nicht abgeschöpft werden.

Der auf die (im Übrigen rechtmäßige) Vorankündigung des Gewinnspiels entfallende Anteil des wirtschaftlichen Vorteils unterliege daher zum einen mangels Feststellung einer Rechtsverletzung und zum anderen aus Verhältnismäßigkeitsgründen keiner Abschöpfung.

Bei der Abschöpfung der Bereicherung sei ein Vergleich der aktuellen Vermögenssituation mit der Vermögenssituation, wie sie hypothetisch - ohne ein bestimmtes Verhalten - bestanden hätte, maßgeblich. Im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Abschöpfung sei zu ermitteln (vgl. Kogler/Traimer/Truppe, Rundfunkgesetz 3, 355), "wie hoch der im Vergleich zum gesetzeskonformen Verhalten durch den Verstoß bewirkte Vorteil ist. Wäre die Maßnahme daher gesetzlich gar nicht möglich, ist der gesamte Betrag abzuschöpfen."

Damit sei noch keine Aussage getroffen, auf welches Verhalten sich die Hypothese beziehen solle; denkbar seien verschiedene Varianten, wobei vorausgeschickt werde, dass in keiner der denkmöglichen Varianten ein Betrag von EUR XXXX der von der Verwaltungsbehörde abgeschöpft werden solle, errechnet werden könnte. Maßgeblich könnte die hypothetische Vermögenssituation sein:

- "a. ) gänzlich ,ohne' das Verhalten (Wegdenken des ,Verhaltens ,)
- b. ) ohne das ,rechtswidrige' Verhalten (Wegdenken der ,Rechtswidrigkeit' des Verhaltens)
- c. ) mit einem ,rechtmäßigen' Alternativerhalten (,Ersetzen' des rechtswidrigen Verhaltens)"

Die Literatur spreche sich für die zweite oder dritte Variante aus. Dies sei richtig, da es dem ORF-G um die Abschöpfung eines Vorteils gehe, der "durch" eine rechtswidrige Handlung "erlangt" worden sei:

Die Veranstaltung eines Gewinnspiels sei zulässig. Es dürfen bloß beispielsweise keine "glücklichen Gewinner" in die Sendung eingebunden und auch sonst kein werblicher Eindruck vermittelt werden. Ein "Ersetzen" des rechtswidrigen Verhaltens sei daher im konkreten Fall nicht erforderlich. Der Erlös, den die beschwerdeführende Partei für die Durchführung des Gewinnspiels erlangt habe, gebühre nicht für die inkriminierte Gestaltung, sondern für die ("einfache") namentliche Nennung der Österreichischen Lotterien, in der namentlichen Nennung liege also keine Rechtswidrigkeit. Dafür lukrierte Erlöse seien kein Vorteil, sondern Bezahlung für die erbrachte Leistung. Die inkriminierte "werbliche" Gestaltung vermöge für die Österreichischen Lotterien zwar mehr "objektiven Werbewert"



besessen haben, jedoch sei diese Gestaltung aber letztlich nicht "bestellt" worden, dh für sie gebühre der beschwerdeführenden Partei auch kein Vorteil ("Wegdenken der Rechtswidrigkeit"). Wenn es also darum gehe, wie hoch der im Vergleich zum gesetzeskonformen Verhalten durch den Verstoß bewirkte Vorteil sei, müsse der abzuschöpfende Betrag mit EUR 0,-- veranschlagt werden.

Die belangte Behörde vermute jedenfalls - mangels Vorlage des Sideletters - unrichtiger Weise, dass "die Einbindung der Österreichischen Lotterien [...] in unmittelbarem Zusammenhang mit der konkret erfolgten Art der Einbindung in das Hörfunkprogramm standen. Es ist daher davon auszugehen, dass diese Art der Präsentation jenem (Werbe) Wert entspricht, der aus der Summe des in Rechnung gestellten Betrags und des Preisgeldes resultiert". Dies entspreche nicht den Tatsachen, da die beschwerdeführende Partei einen Betrag von EUR XXXX für die XXXX -fache namentliche Einbindung im Sinne einer Produktplatzierung von "Österreichische[n] Lotterien" erhalten habe. Insofern sei auch die Annahme der belangten Behörde falsch, dass es "unwahrscheinlich" sei, dass die Österreichischen Lotterien der beschwerdeführenden Partei für die Einbindung ein Entgelt in solcher Höhe zuzüglich Gewinn zu leisten hätten, ohne dabei die Absicht zu haben, den Absatz des eigenen Produktes (im Ergebnis unzulässiger Weise) zu fördern bzw. fördern zu lassen.

Im Rahmen der ersten Variante (Wegdenken des gesamten, sohin auch des rechtmäßigen Verhaltens) müsse ein bestimmter positiver Betrag abgeschöpft werden, weil die beschwerdeführende Partei dann keine Erlöse für die Ausstrahlung des Gewinnspiels erhalten hätte. Aber selbst wenn man - entgegen unserer Ansicht - diese Variante wähle, sei unter keinen Umständen der Betrag von EUR XXXX abzuschöpfen:

Ein maßgeblicher Zeitpunkt, auf den bei der Abschöpfung und Vermögensbemessung abzustellen sei, sei jener der behördlichen Abschöpfungsentscheidung. Diese Sichtweise sei aufgrund des fehlenden Strafcharakters der Abschöpfung geboten. Nur Vorteile, die - in welcher Form immer - noch im Vermögen der beschwerdeführenden Partei vorhanden seien, können - im Wortsinne - "abgeschöpft" werden (ansonsten würde das Gesetz auch von einer Geldbuße o.ä. sprechen). Schon daraus ergebe sich, dass die Sachleistung, die in der Einbindung von Ö3 auf Drucksorten der Österreichischen Lotterien bestanden habe, nicht abgeschöpft werden könne. Weder seien diese Drucksorten noch vorhanden noch gebe es einen - immer noch identifizierbaren - Wert, der im Vermögen der beschwerdeführenden Partei vorhanden wäre. Zum selben Ergebnis gelange man, wenn man anerkenne, dass vom sogenannten "Nettoprinzip" auszugehen sei, wonach vom Bruttobetrag abzuziehen sei, was an Aufwand für die Begehung ausgegeben worden sei (da ja nur insoweit eine Bereicherung überhaupt bestehen könne). Dies sei zunächst für die Werbeabgabe in Höhe von XXXX oder die USt in Höhe von 20%, die ansonsten ebenfalls hätten abgeschöpft werden müssen, der Fall. Dies gelte aber auch für die Einbindung von Ö3 auf Drucksorten, für die - als Aufwand - ein notwendiger Zusammenhang mit dem inkriminierten Verhalten bestanden habe, weswegen die (mit EUR XXXX bewertete) Sachleistung nicht abgeschöpft werden dürfe.

Völlig verfehlt sei schließlich die Abschöpfung des von den Österreichischen Lotterien ausgespielten Preisgeldes in Höhe von insgesamt EUR XXXX. Dieses Preisgeld habe die beschwerdeführende Partei niemals zu ihrer Verfügung gehabt; in keiner möglichen Betrachtungsform stelle das Preisgeld einen wirtschaftlichen Vorteil der beschwerdeführenden Partei in Höhe von insgesamt EUR XXXX dar. Der Vorteil liege zum gegenwärtigen Zeitpunkt denknotwendig beim jeweiligen Gewinner und nicht bei der beschwerdeführenden Partei. Anders als die belangte Behörde vermeine, sei der "Werbewert" des Gewinnspiels aus Sicht der Österreichischen Lotterien völlig irrelevant und habe auch nicht im Geringsten mit der Höhe des Entgelts an die beschwerdeführende Partei zuzüglich des Preisgeldes zu korrelieren. Aus diesem Grund könne auch kein Indiz dafür bestehen, dass das Gewinnspiel zu einem Vorteil von insgesamt mehr als EUR XXXX bei der beschwerdeführenden Partei geführt habe. Aus Sicht der Lotterien "rechne" sich die Bewerbung von Ausspielungen in "Werbespots" (zB des Doppeljackpots bei Lotto) gemessen am Werbepreis für das Medium zuzüglich Preisgeld für die Gewinner (zB des Doppeljackpots), niemals und müsse sich auch nicht rechnen, da es zur Aufgabe der Österreichischen Lotterien gehöre, Glücksspiele zu veranstalten, dafür zu werben und Gewinne auszuschütten.

Der Abschöpfungsbetrag werde - anders als die belangte Behörde glaube - auch nicht bei einer Betrachtung aus Sicht der "Produktionskostensparnis" bestätigt: Denn eine etwaige Ersparnis auf Seiten der beschwerdeführenden Partei wäre gleichfalls unerheblich: Erspare sich jemand bloß Aufwendungen, dann habe er iSd § 38b Abs 1 ORF-G durch die rechtswidrige Handlung keine Vermögenswerte "erlangt". Die Vermögenswerte, die sich die beschwerdeführende Partei durch eine ORF-G-widrige Sendungsgestaltung "erspart" habe, seien nicht durch die rechtswidrige Handlung

erlangt, da sie schon vor der rechtswidrigen Handlung und völlig unabhängig von der rechtswidrigen Handlung vorgelegen seien. Diese Vermögenswerte dürfen daher nicht entzogen werden. Verfehlt sei in diesem Zusammenhang auch der Verweis auf Erkenntnisse bzw. Urteile zum "Werberecht" (§§ 13 ff ORF-G), die ja bei der Entgeltlichkeit (als Tatbestandsmerkmal der Definitionen von kommerzieller Kommunikation) von einem "objektiven Maßstab" ausgehen würden. Bei der Abschöpfung seien jedoch nicht "objektive" (hypothetische/nach der Verkehrsauffassung bestehende) sondern nur "konkrete" (dh tatsächliche/in der Wirklichkeit vorliegende) Vorteile, die die beschwerdeführende Partei erlangt habe, relevant.

Dass die Österreichischen Lotterien gegenüber der beschwerdeführenden Partei "vertraglich ausdrücklich verpflichtet waren" das Preisgeld von EUR XXXX auszuschütten, könne ebenfalls - anders als die belangte Behörde vermeine - dahinstehen, da die vertragliche Regelung vom Eintritt eines wirtschaftlichen Vorteils zu unterscheiden sei. Eine vertragliche Regelung wäre bestenfalls ein Indiz für das Eintreten eines Vorteils, nämlich dann, wenn es sich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter (hier: den Teilnehmern am Gewinnspiel) gehandelt hätte. Dies sei nicht der Fall, wie schon die Gegenprobe im Fall von Leistungsstörungen zeige:

Stelle sich nach Ausschüttung eines Gewinns von den Österreichischen Lotterien an einen (vermeintlichen) Gewinner im Nachhinein heraus, dass der Gewinner in Wahrheit nicht gewinnberechtigt gewesen sei (weil etwa sein "alter" Lottoschein gefälscht gewesen sei o.ä.), der vermeintliche Gewinner also den erhaltenen Gewinn zurückzahlen müsse, erfolge die Rückabwicklung im Fall eines echten Vertrags zugunsten Dritter über den Versprechungsempfänger, dh im konkreten Fall die beschwerdeführende Partei. Dies bedeute, dass die Österreichischen Lotterien ihren Rückzahlungsanspruch nicht gegenüber dem Gewinner geltend zu machen hätten, sondern nur die beschwerdeführende Partei heranziehen könnten und die beschwerdeführende Partei wiederum den Gewinner heranzuziehen hätte (Koziol/Bydlinski/Bodenberger, ABGB2, Vor §§ 1431-1437 Rz 7). Dass dies dem Willen der Vertragsparteien entsprochen hätte, sei selbstverständlich nicht anzunehmen, zumal die Österreichischen Lotterien - und nicht die beschwerdeführende Partei - mit den Teilnehmern bzw. Gewinnern in einem Rechtsverhältnis stehen würden und sollten (betreffend den "alten Lottoschein" und auch beim Lotto-Zusatzzahlenspiel).

Selbst wenn dies alles irrelevant sein sollte und man entgegen dem Vorstehenden einen wirtschaftlichen Vorteil der beschwerdeführenden Partei durch die (tatsachenwidrige) Zurverfügungstellung des Preisgeldes (an die beschwerdeführende Partei) annehmen würde, sei zu beachten, dass das Preisgeld (wohl) ausgeschüttet worden und daher (der beschwerdeführenden Partei) ein Aufwand in Höhe von bis zu EUR XXXX entstanden sei (bzw. sein könnte), der im Rahmen der Abschöpfung zu Gunsten der beschwerdeführenden Partei zu berücksichtigen wäre. Auch aus diesem Grund dürfe das Preisgeld von EUR XXXX nicht (bei der beschwerdeführenden Partei) abgeschöpft werden.

3. Mit hg am 19.12.2014 eingelangter Beschwerdevorlage übermittelte die belangte Behörde die verfahrensgegenständlichen Akten dem Bundesverwaltungsgericht und wies darauf hin, dass auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ausdrücklich verzichtet werde. Unter einem übermittelte die belangte Behörde eine Stellungnahme, in welcher sie den Antrag stellte, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

4. Mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom 13.01.2015 wurde die Stellungnahme der belangten Behörde der beschwerdeführenden Partei zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

5. Am 11.02.2015 langte eine entsprechende Stellungnahme der beschwerdeführenden Partei beim Bundesverwaltungsgericht ein.

6. Am 14.11.2016 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt.

7. Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 21.12.2016, W120 2016274-1/10E, wurde der gegen den angefochtenen Bescheid erhobenen Beschwerde insoweit stattgegeben, als der Bescheid der belangten Behörde in Spruchpunkt 1.a. "in der Höhe von EUR XXXX [...]" und in Spruchpunkt 1.b. "in Höhe von EUR XXXX [...]" zu lauten habe. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen.

8. Mit Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 08.06.2017, E 532/2017-6, wurde die auf Art 144 Abs 1 B-VG gestützte Beschwerde der beschwerdeführenden Partei gegen den angefochtenen Bescheid als verspätet zurückgewiesen.

9. Aufgrund der von der belangten Behörde erhobenen ordentlichen Revision hob der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 22.11.2017, Ro 2017/03/0011-6, das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts wegen

Rechtswidrigkeit des Inhalts auf, da im vorliegenden Fall das Bundesverwaltungsgericht den möglichen wirtschaftlichen Vorteil, der durch das von den Österreichischen Lotterien bereitgestellte Preisgeld bei der beschwerdeführenden Partei eingetreten sei, unter Hinweis auf aufwendige und kostenintensive Ermittlungen, die zu seiner Feststellung erforderlich wären, außer Acht gelassen und damit die Entscheidung mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet habe.

10. Am 27.04.2018 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt.

11. In der hg. am 12.06.2018 eingelangten Stellungnahme führte die beschwerdeführende Partei im Wesentlichen aus, dass richtig sei, dass das tarifmäßige Entgelt für die jeweilige Medienleistung abzüglich der für die Ausstrahlung anfallenden Produktionskosten, den einzigen wirtschaftlichen Vorteil darstelle, den die beschwerdeführende Partei aus dem im Jahr 2011 durchgeführten Lotto-Zusatzzahlenspiel gezogen habe. Der Stellungnahme beigelegt war eine gutachterliche Stellungnahme vom 11.06.2018 der XXXX zur Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils.

12. Zu diesem Gutachten erfolgte von der belangten Behörde am 22.06.2018 eine Stellungnahme, in welcher insbesondere dargelegt wurde, dass nach Auffassung der belangten Behörde die beschwerdeführende Partei kein substantielles Argument bzw. keinen Nachweis erbracht habe, dass sich die von der Österreichischen Lotterien GmbH im Rahmen des gegenständlichen "Ö3 Lotto-Zusatzzahlenspieles" bereitgestellte Gewinnsumme nicht in Form einer Kostenersparnis und damit wirtschaftlich positiv ausgewirkt habe.

13. Am 09.11.2018 langte eine weitere Stellungnahme der beschwerdeführenden Partei beim Bundesverwaltungsgericht ein.

14. Am 12.11.2018 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die belangte Behörde traf im angefochtenen Bescheid (Seiten 3ff) folgende Feststellungen:

"2.1. Zum festgestellten Verstoß gegen das Verbot der Schleichwerbung

Mit rechtskräftigem Bescheid vom 11.11.2013, GZ 611.804/0010-BKS/2013, stellte der BKS fest, dass der ORF durch die vom 12.09.2011 bis 16.09.2011, jeweils zwischen 06:00 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 gemäß § 1a Z 7 und 8 iVm § 13 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verstoßen habe.

Diesem Bescheid des BKS wurde der von der KommAustria im Rahmen der erstinstanzlichen Entscheidung vom 14.08.2012, KOA 11.210/12-015, ermittelte Sachverhalt zum Ablauf des in Beschwerde gezogenen Gewinnspiels „Das große Lotto- Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“ zugrunde gelegt.

Die KommAustria hatte darin im Wesentlichen festgestellt, dass in der Zeit vom 12.09.2011 bis zum 16.09.2011 täglich 12 Mal, jeweils zur vollen Stunde ab 07:00 Uhr vor den Ö3-Nachrichten und im Anschluss an diese nach den Wettermeldungen und dem Verkehrsservice, das Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“ ausgestrahlt wurde. Das Gewinnspiel selbst gliederte sich in zwei Teile, wobei der erste Teil vor den Nachrichten zur vollen Stunde (z.B. vor 07:00 Uhr) stattfand, in welchem die Ziehung der Zusatzzahl präsentiert und der Hörer zur Teilnahme am Gewinnspiel animiert wurde. Diese Präsentation erfolgte zudem im Rahmen mehrerer Ankündigungen während des Programms. Im zweiten Teil, welcher im Anschluss an die Nachrichten zur vollen Stunde bzw. nach dem Wetter- und dem Verkehrsservice ausgestrahlt wurde, erfolgte die eigentliche Ausspielung des Preises bzw. die Ermittlung des jeweiligen Gewinners. Der 33-te Anrufer mit der richtigen Zusatzzahl wurde dabei jeweils in die Sendung geschaltet.

Weiters hatte die KommAustria in ihrem erstinstanzlichen Bescheid festgestellt, dass stündlich EUR XXXX gewonnen werden konnten und dass insgesamt eine Gewinnspielsumme in Höhe von EUR XXXX (12 Mal täglich, in einem Zeitraum von fünf Tagen, somit 60 x EUR XXXX ) zur Ausspielung gelangte.

2.2. Zum Inhalt der Vereinbarung zwischen dem ORF und der Österreichische Lotterien GmbH

Die wesentlichen Bedingungen der für den Zeitraum vom 05.09.2011 bis zum 16.09.2011 geplanten Gewinnspielaktion wurden zwischen den Österreichischen Lotterien und der ORF-Enterprise GmbH & Co KG mit Kooperationsvereinbarung vom 25.07.2011 festgelegt.

Die Vereinbarung hat im Original folgenden Wortlaut:

,DAS GROSSE LOTTO-ZUSATZZAHLENSPIEL

Unter Bezugnahme auf unsere Vorgespräche halten wir nachstehende

VEREINBARUNG

zwischen

ÖSTERREICHISCHE LOTTERIEN GmbH, Rennweg 44, 1038 Wien, im folgenden ‚Vertragspartner‘ genannt,

und

der ORF-ENTERPRISE GMBH & CO KG und dem von der ORF-ENTERPRISE GMBH & CO KG, vertretenden Österreichischen Rundfunks, Würzburggasse 30, 1136 Wien, im Folgenden ‚ORF‘ genannt, fest:

#### 1. Vereinbarungsgegenstand:

Gegenstand der vorliegenden Vereinbarung ist die Kooperation mit dem Vertragspartner und dem ORF für die o.e. Aktion, insbesondere die Durchführung einer vom Vertragspartner veranstalteten Zusatzausspielung ‚DAS GROSSE LOTTO-ZUSATZZAHLENSPIEL‘, wie im Sideletter, der einen integrierenden Bestandteil dieser Vereinbarung darstellt, beschrieben - sowie die Bezahlung eines Pauschalbetrags - Rechnungslegung durch den Österreichischen Rundfunk - nach Maßgabe folgender Bestimmungen.

#### 2. Projektbeschreibung:

Der ÖSTERREICHISCHE RUNDFUNK/Ö3 plant im Zeitraum 5. - 16. September 2011 die Aktion ‚DAS GROSSE LOTTO-ZUSATZZAHLENSPIEL‘.

Über den Verlauf der Aktion (Umsetzung & Ablauf) herrscht Einvernehmen zwischen dem ORF und dem Vertragspartner.

#### 3. Leistungen des ORF:

Der ORF veranlasst, auf eigene Kosten, nach Maßgabe dieser Vereinbarung, die Erbringung sämtlicher mit der Konzeption und Herstellung dieser Aktion verbundenen organisatorischen, journalistischen, künstlerischen und technischen Leistungen.

Die Einbindung des Vertragspartners ist wie folgt geplant:

Medium

Bereich

Start

Ende

Produkt/Leistung

Einbindung

Hörfunk

OnAir Ö3

05.09.2011

16.09.2011

Produktplatzierung

90

Internet

Online Ö3

05.09.2011

16.09.2011

Namentliche Einbindung des Vertragspartners, Logo, Textlink

2 Wochen

4. Leistungen

des Vertragspartners:

Der Vertragspartner entrichtet an den ORF für die unter Punkt 3 näher definierten Leistungen einen einmaligen Betrag in der Höhe von

Produkt/Leistung

Betrag

EVSt

GSpA

Rabatt

AP

Betrag netto

WA

Betrag brutto

Produktplatzierung

XXXX,--

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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