

TE Bvwg Erkenntnis 2016/12/21 W120 2016274-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.12.2016

Entscheidungsdatum

21.12.2016

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 §38b Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. KOG § 36 heute
 2. KOG § 36 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2013
 3. KOG § 36 gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010
1. ORF-G § 1a heute
 2. ORF-G § 1a gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023
 3. ORF-G § 1a gültig von 01.01.2021 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 150/2020

4. ORF-G § 1a gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

1. ORF-G § 1a heute

2. ORF-G § 1a gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023

3. ORF-G § 1a gültig von 01.01.2021 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 150/2020

4. ORF-G § 1a gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

1. ORF-G § 13 heute

2. ORF-G § 13 gültig ab 01.01.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 150/2020

3. ORF-G § 13 gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

4. ORF-G § 13 gültig von 01.01.2002 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001

5. ORF-G § 13 gültig von 29.09.1984 bis 31.12.2001

1. ORF-G § 14 heute

2. ORF-G § 14 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2025

3. ORF-G § 14 gültig von 01.01.2024 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023

4. ORF-G § 14 gültig von 01.01.2021 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 150/2020

5. ORF-G § 14 gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

6. ORF-G § 14 gültig von 01.01.2006 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 159/2005

7. ORF-G § 14 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001

8. ORF-G § 14 gültig von 29.09.1984 bis 31.12.2001

1. ORF-G § 16 heute

2. ORF-G § 16 gültig ab 01.01.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 150/2020

3. ORF-G § 16 gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

4. ORF-G § 16 gültig von 01.01.2002 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001

5. ORF-G § 16 gültig von 01.04.2001 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2001

6. ORF-G § 16 gültig von 29.09.1984 bis 31.03.2001

1. ORF-G § 17 heute

2. ORF-G § 17 gültig ab 01.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2015

3. ORF-G § 17 gültig von 01.10.2010 bis 31.07.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

4. ORF-G § 17 gültig von 01.01.2006 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 159/2005

5. ORF-G § 17 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001

6. ORF-G § 17 gültig von 21.11.1986 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 612/1986

7. ORF-G § 17 gültig von 29.09.1984 bis 20.11.1986

1. ORF-G § 38b heute

2. ORF-G § 38b gültig ab 01.10.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W120 2016274-1/10E

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 (ORF) gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 22.10.2014, KOA 11.210/14-018, nach Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 14.11.2016 zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird gemäß § 38b ORF-G BGBl. Nr. 379/1984 idF. BGBl. I Nr. 50/2010 insoweit stattgegeben, als der Bescheid der belangten Behörde in Spruchpunkt 1.a. "in der Höhe von EUR 206.550,-- [...]" und in Spruchpunkt 1.b. "in Höhe von EUR 206.550,-- [...]" zu lauten hat. Der Beschwerde wird gemäß Paragraph 38 b, ORF-G Bundesgesetzblatt Nr. 379 aus 1984, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 50 aus 2010, insoweit stattgegeben, als der Bescheid der belangten Behörde in Spruchpunkt 1.a. "in der Höhe von EUR 206.550,-- [...]" und in Spruchpunkt 1.b. "in Höhe von EUR 206.550,-- [...]" zu lauten hat.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

B)

Die ordentliche Revision ist zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:römisch eins. 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""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 Paragraph eins a, Ziffer 7 und 8 in Verbindung mit Paragraph 13, Absatz eins, Satz 2 ORF-G verstoßen hat, einen wirtschaftlichen Vorteil in der Höhe von EUR römisch 40 erlangt hat"

und erklärte diesen Betrag in Höhe von EUR XXXX für abgeschöpft und erklärte diesen Betrag in Höhe von EUR römisch 40 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 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. 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 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 Paragraph eins a, Ziffer 7 und 8 ORF-G in Verbindung mit Paragraph 13, Absatz eins, 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 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 Gewinnsumme in Höhe von EUR XXXX (12 Mal täglich, in einem Zeitraum von fünf Tagen, somit 60 x EUR XXXX) zur Ausspielung gelangen würden. Zudem habe die belangte Behörde in ihrem Bescheid festgestellt, dass stündlich EUR römisch 40 gewonnen werden könnten und insgesamt eine Gewinnsumme in Höhe von EUR römisch 40 (12 Mal täglich, in einem Zeitraum von fünf Tagen, somit 60 x EUR römisch 40) zur Ausspielung gelangen würden.

Die wesentlichen Bedingungen der für den Zeitraum vom 05. bis 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 zwischen dem 05. bis 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 11.09.2011 eingesetzt worden, um dieses im Hörfunkprogramm Ö3 anzukündigen. Weitere 60 Ö3-Items seien darüber hinaus in der Woche vom 12. bis 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. 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 römisch 40 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. Weiters sei vereinbart worden, dass die Österreichischen Lotterien der beschwerdeführenden Partei Sachleistungen im Gegenwert von EUR römisch 40 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. Die Österreichischen Lotterien hätten für die Gewinnspieldurchführung im Hörfunkprogramm Ö3 ein Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR römisch 40 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: 1.2. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde weiters aus, dass die Abschöpfung gemäß Paragraph 38 b, 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. Erstens müsse eine rechtswidrige Handlung gegen eine Bestimmung der Paragraphen 13 bis 17 ORF-G vorliegen oder die Einnahmengrenze nach Paragraph 18, Absatz eins, 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 Bundeskommunikationssenat vom 11.11.2013, 611.804/0010-BKS/2013, zu verweisen. Darin habe der Bundeskommunikationssenat entschieden, dass das vom 12. bis 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. In Hinblick auf die erste Voraussetzung für eine Abschöpfung der Bereicherung gemäß Paragraph 38 b, ORF-G sei auf den Bescheid des Bundeskommunikationssenat vom 11.11.2013, 611.804/0010-BKS/2013, zu verweisen. Darin habe der Bundeskommunikationssenat entschieden, dass das vom 12. bis 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. 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 Paragraph 16, Absatz 5, Ziffer 4, ORF-G gekennzeichnet gewesen seien, weshalb es zur Feststellung einer Rechtsverletzung gekommen sei vergleiche dazu KommAustria 12.08.2012, KOA 11.210/12-015). Die hiergegen erhobenen Berufungen an den Bundeskommunikationssenat seien in weiterer Folge abgewiesen worden vergleiche 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 VwGH 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 uninformatierten 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 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. Zwar gehe die belangte Behörde davon aus, dass im Rahmen eines Verfahrens nach Paragraph 38 b, ORF-G Raum für eine Feststellung betreffend einer gegen die Bestimmungen des Paragraphen 13 bis 17 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. Die zweite Voraussetzung für eine Abschöpfung der Bereicherung gemäß Paragraph 38 b, 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. Sehe man vom Fall der Überschreitung der Einnahmengrenzen des Paragraph 18, Absatz eins, 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. 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 römisch 40 ausgestellt und zudem ein Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR römisch 40 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

römisch 40 leisten, und zusätzlich ein Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR römisch 40 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. In Hinblick auf die in der Rechnung der Österreichischen Lotterien in Höhe von EUR römisch 40 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. 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 römisch 40 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 römisch 40 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 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. Trage man dem der Bestimmung gemäß Paragraph 38 b, Absatz eins, 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 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. In weiterer Folge sei noch der Frage nachzugehen, ob auch das von den Österreichischen Lotterien ausgespielte Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR römisch 40 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. Der Vereinbarung zwischen der beschwerdeführenden Partei und den Österreichischen Lotterien sei zu entnehmen, dass Letztere das Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR römisch 40 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 römisch 40 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 Sende Verpflichtung 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. 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 Paragraph 14, Absatz 10, ORF-G, wonach ein Auftraggeber kommerzieller Kommunikation keinen Einfluss auf den Programminhalt ausüben dürfe, ausschließlich und letztverantwortlich der beschwerdeführenden Partei oblägen. Auch Paragraph 17, Absatz 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 Sende Verpflichtung 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 römisch 40 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 Paragraph 38 b, ORF-G anzusehen. Hinzu würden die zusätzlich von den Österreichischen Lotterien geleisteten EUR römisch 40 treten, sodass der durch die rechtswidrige Handlung in Summe auf Seiten der beschwerdeführenden Partei bewirkte wirtschaftliche Vorteil EUR römisch 40 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 Paragraph 38 b, 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). 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 vergleiche 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 12. bis 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 12. bis 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 von 05. bis 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 11.09.2011 eingesetzt worden seien, um dieses im Hörfunkprogramm Ö3 anzukündigen. Weitere 60 Ö3-Items seien in der Woche vom 12. bis 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 von 05. bis 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 6 %, eine Werbeabgabe in Höhe von 3,5%, 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. Für die namentliche Einbindung der Österreichischen Lotterien im gesamten Zeitraum (dh von 05. bis 16.09.2011 wie im Vertrag angegeben) habe die beschwerdeführende Partei eine Zahlung von (netto) EUR römisch 40 erhalten. Der Betrag von EUR römisch 40 würde den (abgezogenen) Rabatt in Höhe von 6 %, eine Werbeabgabe in Höhe von 3,5%, Umsatzsteuer in Höhe von 20 % sowie eine (im Vertrag mit EUR römisch 40 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 €Die Feststellung der belangten Behörde, dass die Österreichischen Lotterien für die Gewinnspieldurchführung ein Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR römisch 40 "zur Verfügung gestellt" hätten, sei vor dem Hintergrund der Verfahrensergebnisse mehrfach unrichtig: Erstens hätten die Österreichischen Lotterien Gewinne im Umfang von EUR römisch 40 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 12. und 16.09.2011 erhalten habe, sondern für die Ausstrahlung der Vorankündigung des Gewinnspiels zwischen 05. bis 11.09.2011. Der Bundeskommunikationssenat habe nicht festgestellt, ob, und wenn ja, wie viele weitere Sendungssequenzen vor dem Zeitraum vom 12. bis 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 - im Sinne der 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. Die Auslegung des Paragraph 38 b, 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/Trainer/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."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 vergleiche Kogler/Trainer/Truppe, Rundfunkgesetz³, 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: 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 römisch 40, 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 90-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. 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 römisch 40 für die 90-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: 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 römisch 40 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 3,5% 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. 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 3,5% 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 römisch 40 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 denotenwendig 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 "Werbepots" (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. Völlig verfehlt sei schließlich die Abschöpfung des von den Österreichischen Lotterien ausgespielten Preisgeldes in Höhe von insgesamt EUR römisch 40. 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 römisch 40 dar. Der Vorteil liege zum gegenwärtigen

Zeitpunkt denknötwendig 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 römisch 40 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. 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 Paragraph 38 b, Absatz eins, 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" (Paragraphen 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: Dass die Österreichischen Lotterien gegenüber der beschwerdeführenden Partei "vertraglich ausdrücklich verpflichtet waren" das Preisgeld von EUR römisch 40 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). 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 Paragraphen 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. 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 römisch 40 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 römisch 40 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. Im Rahmen der Verhandlung wurde auszugsweise Folgendes erörtert:

"[...]

RV: Soweit sich der Bescheid inhaltlich auf den Zeitraum der Ankündigung des Gewinnspiels bezieht, also bis zum 11.09.2011, fehlen im angefochtenen Bescheid Feststellungen. Die Feststellungen im angefochtenen Bescheid soweit sie sich auf den Zeitraum 12.09.2011 bis 16.09.2011 beziehen, werden nicht bestritten. Regierungsvorlage, Soweit sich der Bescheid inhaltlich auf den Zeitraum der Ankündigung des Gewinnspiels bezieht, also bis zum 11.09.2011, fehlen im angefochtenen Bescheid Feststellungen. Die Feststellungen im angefochtenen Bescheid soweit sie sich auf den Zeitraum 12.09.2011 bis 16.09.2011 beziehen, werden nicht bestritten.

VR. Bestreiten Sie, dass die Lotterien gezahlt haben?

RV: Hinsichtlich der Entgelte für Produkt-Platzierung bestreiten wir die Zahlung nicht. Hinsichtlich der Entgelte für Produkt-Platzierung bestreiten wir die Zahlung nicht.

VR: Wurden im Zeitraum von 12.9. bis 16.9. 60 Ö3-Items ausgestrahlt?

RV: Dies wird nicht bestritten. Hinsichtlich der Entgelte für Produkt-Platzierung bestreiten wir die Zahlung nicht.

VR: Wurden im Zeitraum 5.9. bis 11.9. 30 Ö3-Items ausgestrahlt?

RV: Meines Wissens nach schon. Hinsichtlich der Entgelte für Produkt-Platzierung bestreiten wir die Zahlung nicht.

VR: Bestreiten Sie die 90-fache namentliche Einbindung insgesamt?

RV: Wir bestreiten nicht den Zeitraum 12.09. bis 16.09. Und meines Wissens haben wir auch im Zeitraum 05.09. bis 11.09. vereinbarungsgemäß ausgestrahlt. Hinsichtlich der Entgelte für Produkt-Platzierung bestreiten wir die Zahlung nicht. Und meines Wissens haben wir auch im Zeitraum 05.09. bis 11.09. vereinbarungsgemäß ausgestrahlt.

VR: Bestreiten Sie, dass XXXX € den Österreichischen Lotterien in Rechnung gestellt wurden? VR: Bestreiten Sie, dass römisch 40 € den Österreichischen Lotterien in Rechnung gestellt wurden?

RV: Diese Summe ist insgesamt korrekt. Ich verweise auf meine Ausführungen in der Beschwerde, wonach zwischen einem Entgelt für Produktplatzierung und dem Entgelt für unsere Einbindungen auf Drucksorten zu entscheiden ist. Hinsichtlich der Entgelte für Produkt-Platzierung bestreiten wir die Zahlung nicht. Diese Summe ist insgesamt korrekt. Ich verweise auf meine Ausführungen in der Beschwerde, wonach zwischen einem Entgelt für Produktplatzierung und dem Entgelt für unsere Einbindungen auf Drucksorten zu entscheiden ist.

VR: Bestreiten Sie, dass die Österreichischen Lotterien XXXX € als Gewinnsumme zur Verfügung gestellt haben? VR: Bestreiten Sie, dass die Österreichischen Lotterien römisch 40 € als Gewinnsumme zur Verfügung gestellt haben?

RV: Die Österr. Lotterien haben XXXX Euro ausgelobt. Ich habe keine Informationen darüber, ob diese XXXX Euro auch tatsächlich ausgezahlt wurden. Hinsichtlich der Entgelte für Produkt-Platzierung bestreiten wir die Zahlung nicht. Die Österr. Lotterien haben römisch 40 Euro ausgelobt. Ich habe keine Informationen darüber, ob diese römisch 40 Euro auch tatsächlich ausgezahlt wurden.

VR: Möchte die Behörde hierzu etwas ausführen?

Behördenvertreter: Nein.

Zu 2. Rechtsverletzung iSd § 38b Zu 2. Rechtsverletzung iSd Paragraph 38 b, :

VR: Was möchten Sie dazu vorbringen?

RV: Ergänzend zu meinem Vorbringen in der Beschwerde und in der Stellungnahme möchte ich ausführen, dass hinsichtlich der konkreten Hinsichtlich der Entgelte für Produkt-Platzierung bestreiten wir die Zahlung nicht. Ergänzend zu meinem Vorbringen in der Beschwerde und in der Stellungnahme möchte ich ausführen, dass hinsichtlich der konkreten

Sendung zu differenzieren ist: Wird die Gewinnsumme vom ORF selbst aufgebracht, wie dies etwa bei der XXXX der Fall war, so wird diese Summe auch im Budget der jeweiligen Sendung berücksichtigt. Im konkreten Fall geht es aber um kommerzielle Kommunikation, wo der Gewinn immer von einem Dritten zur Verfügung gestellt wird und für den ORF selbst nicht budgetwirksam ist. Mit diesem Vorbringen möchte ich der Argumentation der belangten Behörde, wonach wir die Gewinnsumme sonst hätten selbst aufbringen müssen, begegnen. Sendung zu differenzieren ist: Wird die Gewinnsumme vom ORF selbst aufgebracht, wie dies etwa bei der römisch 40 der Fall war, so wird diese Summe auch im Budget der jeweiligen Sendung berücksichtigt. Im konkreten Fall geht es aber um kommerzielle Kommunikation, wo der Gewinn immer von einem Dritten zur Verfügung gestellt wird und für den ORF selbst nicht budgetwirksam ist. Mit diesem Vorbringen möchte ich der Argumentation der belangten Behörde, wonach wir die Gewinnsumme sonst hätten selbst aufbringen müssen, begegnen.

BehV: Ich möchte dazu ausführen, dass es sich im konkreten Fall um "Schleichwerbung" gehandelt hat. Weiters ist es dem Hörer gleichgültig, von welcher Seite die Gewinnsumme bezahlt wird. Hörer konsumieren das Radioprogramm u.a. wegen des Gewinnspiels. Um denselben Effekt am Hörermarkt zu erzielen, wie mit der Durchführung des konkreten Gewinnspiels, hätte der ORF XXXX Euro aufwenden müssen, die er sich durch die Zusammenarbeit mit den Österr. Lotterien erspart hat. BehV: Ich möchte dazu ausführen, dass es sich im konkreten Fall um "Schleichwerbung" gehandelt hat. Weiters ist es dem Hörer gleichgültig, von welcher Seite die Gewinnsumme bezahlt wird. Hörer

konsumieren das Radioprogramm u.a. wegen des Gewinnspiels. Um denselben Effekt am Hörermarkt zu erzielen, wie mit der Durchführung des konkreten Gewinnspiels, hätte der ORF römisch 40 Euro aufwenden müssen, die er sich durch die Zusammenarbeit mit den Österr. Lotterien erspart hat.

RV: Aus dem Umstand, dass eine Gewinnsumme von Euro XXXX ausgespielt wurde, ergibt sich nicht zwingend, dass beim ORF ein wirtschaftlicher Vorteil in dieser Höhe eingetreten wäre. Es wurde von der bel. Beh. Im angefochtenen Bescheid nicht dargelegt, weshalb dieser konkrete wirtschaftliche Vorteil Euro XXXX betragen soll. Insbesondere wurde das Ausmaß der Hörerbindung und der allenfalls durch diese gesteigerte Hörerbindung beim ORF eingetretene wirtschaftliche Vorteil nicht dargelegt bzw. nicht bewertet.Regierungsvorlage, Aus dem Umstand, dass eine Gewinnsumme von Euro römisch 40 ausgespielt wurde, ergibt sich nicht zwingend, dass beim ORF ein wirtschaftlicher Vorteil in dieser Höhe eingetreten wäre. Es wurde von der bel. Beh. Im angefochtenen Bescheid nicht dargelegt, weshalb dieser konkrete wirtschaftliche Vorteil Euro römisch 40 betragen soll. Insbesondere wurde das Ausmaß der Hörerbindung und der allenfalls durch diese gesteigerte Hörerbindung beim ORF eingetretene wirtschaftliche Vorteil nicht dargelegt bzw. nicht bewertet.

BehV: Hätte der ORF das konkrete Programm rechtmäßig ausgestrahlt, hätte er konkrete die Euro XXXX als Gewinnsumme selbst aufbringen müssen. Mit anderen Worten, wäre es erforderlich gewesen, diese Summe aufzuwenden, für die Gestaltung dieses konkreten Programmes mit derselben Wirkung am Hörermarkt. Sollte zusätzlich ein "Gewinn" durch eine Erweiterung des Hörermarktes durch dieses Gewinnspiel eingetreten sein, so wäre gegebenenfalls ein höherer Betrag jedenfalls aber kein geringerer Betrag als XXXX Euro (in diesem Zusammenhang) abzuschöpfen gewesen.BehV: Hätte der ORF das konkrete Programm rechtmäßig ausgestrahlt, hätte er konkrete die Euro römisch 40 als Gewinnsumme selbst aufbringen müssen. Mit anderen Worten, wäre es erforderlich gewesen, diese Summe aufzuwenden, für die Gestaltung dieses konkreten Programmes mit derselben Wirkung am Hörermarkt. Sollte zusätzlich ein "Gewinn" durch eine Erweiterung des Hörermarktes durch dieses Gewinnspiel eingetreten sein, so wäre gegebenenfalls ein höherer Betrag jedenfalls aber kein geringerer Betrag als römisch 40 Euro (in diesem Zusammenhang) abzuschöpfen gewesen.

Zu 3. Wirtschaftlicher Vorteil und dessen Höhe

VR an KommAustria: Was sagen Sie zu der Bestimmung im Sideletter (Seite 4 und 5 der Beschwerde), dass ab KW 33 auf den Lottoquittungen Informationen über ‚Das große Lottozusatzzahlenspiel‘ abgedruckt waren?

BehV: Dazu verwies ich auf unser erstes Argument im Bescheid, wonach es sich auch dabei um einen wirtschaftlichen Wert handelt, den sich der ORF konkret erspart hat, so dass auch dieser Betrag - und zwar unabhängig von der von der beschwerdeführenden Partei aufgeworfenen Frage des Konnexes zum Gewinnspiel - abzuschöpfen war.

RV: Keine Stellungnahme.Regierungsvorlage, Keine Stellungnahme.

VR: Möchten die Parteien etwas ergänzen?

RV: Aus meiner Sicht kann - anders als in einem anderen anhängigen Abschöpfungsverfahren zu § 38a ORF-Gesetz- die Einholung eines SV-Gutachtens zur Frage des erlangten wirtschaftlichen Vorteils unterbleiben, zumal aus meiner Sicht jedenfalls der Betrag von Euro XXXX nicht abzuschöpfen gewesen wäre.Regierungsvorlage, Aus meiner Sicht kann - anders als in einem anderen anhängigen Abschöpfungsverfahren zu Paragraph 38 a, ORF-Gesetz- die Einholung eines SV-Gutachtens zur Frage des erlangten wirtschaftlichen Vorteils unterbleiben, zumal aus meiner Sicht jedenfalls der Betrag von Euro römisch 40 nicht abzuschöpfen gewesen wäre.

VR: Gibt es weiteres Vorbringen?

RV: Nein.Regierungsvorlage, Nein.

BehV: Zu den beiden Zeiträumen (05.09.-11.09. und 12.09. bis 16.09.2011) möchte ich lediglich ergänzen, dass aus unserer Sicht von einer Untrennbarkeit dieser beiden Abschnitte auszugehen ist, da es ohne das Gewinnspiel auch keine Vorankündigung desselben gegeben hätte.

RV: Das lässt außer Acht, dass die Vorankündigung des Gewinnspiels rechtmäßig war und die Summe daher beim ORF ZU verbleiben hat.Regierungsvorlage, Das lässt außer Acht, dass die Vorankündigung des Gewinnspiels rechtmäßig war und die Summe daher beim ORF ZU verbleiben hat.

[...]"

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: 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. 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 Paragraph eins a, Ziffer 7 und 8 in Verbindung mit Paragraph 13, Absatz eins, 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. Weiters hatte die KommAustria in ihrem erstinstanzlichen Bescheid festgestellt, dass stündlich EUR römisch 40 gewonnen werden konnten und dass insgesamt eine Gewinnspielsumme in Höhe von EUR römisch 40 (12 Mal täglich, in einem Zeitraum von fünf Tagen, somit 60 x EUR römisch 40) 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

Tabelle kann nicht abgebildet werden

(GSpA=Glücksspielabgabe, EVSt=Eigenverbrauchssteuer,

AP=Agenturprovision, WA=Werbeabgabe)

zuzüglich Umsatzsteuer in gesetzlicher Höhe.

Bei dieser Kooperation handelt es sich um ein Spiel der Österreichischen Lotterien. Die Bereitstellung des Preisgeldes in der Höhe von € XXXX für die Gewinner erfolgt daher direkt durch den Vertragspartner, zuzüglich eventuell anfallender gesetzlicher Abgaben. Die Gewinne werden vom Vertragspartner direkt an die Gewinner ausgeschüttet. Bei dieser Kooperation handelt es sich um ein Spiel der Österreichischen Lotterien. Die Bereitstellung des Preisgeldes in der Höhe von € römisch 40 für die Gewinner erfolgt daher direkt durch den Vertragspartner, zuzüglich eventuell anfallender gesetzlicher Abgaben. Die Gewinne werden vom Vertragspartner direkt an die Gewinner ausgeschüttet.

Der Vertragspartner stellt Sachleistungen (Einbindung auf Drucksorten) im Gegenwert von € XXXX zur Verfügung. Der Vertragspartner stellt Sachleistungen (Einbindung auf Drucksorten) im Gegenwert von € römisch 40 zur Verfügung.

5. Rechnungslegung:

Die Rechnungslegung erfolgt durch den ORF. Der Vertragspartner erhält eine Rechnung lt. Pkt 4. Gleichzeitig stellt der Vertragspartner dem ORF (Österreichischer Rundfunk, Rechnungserledigung, Würzburggasse 30, 1136 Wien, ATU 16263102) eine Rechnung in Höhe der Sachleistung des Vertragspartners (Einbindung auf Drucksorten im Gegenwert von

€ XXXX.) zuzüglich Steuern in gesetzlicher Höhe. Der Differenzbetrag ist auf das Konto des ORF bei der Unicredit Bank Austria-AG, 1010 Wien, Schottengasse 6, Konto-Nr. 0026- 38500/00 Spesen- und abzugsfrei zur Zahlung fällig. Durch Gesetz oder Bescheid begründete Nachforderungen des ORF sind nach Ausstellen einer entsprechenden Rechnung fällig. Bei verspäteter Zahlung werden 12% Verzugszinsen jährlich in Anrechnung gebracht. Soweit dem ORF die vorerwähnten Abgaben und Steuern durch Verwaltungsakt festgesetzt werden, bleibt dem ORF die Weiterverrechnung an den Vertragspartner auch bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens (also auch bis zur Erlassung eines Ersatzbescheides) vorbehalten. € römisch 40 .) zuzüglich Steuern in gesetzlicher Höhe. Der Differenzbetrag ist auf das Konto des ORF bei der Unicredit Bank Austria-AG, 1010 Wien, Schottengasse 6, Konto-Nr. 0026- 38500/00 Spesen- und abzugsfrei zur Zahlung fällig. Durch Gesetz oder Bescheid begründete Nachforderungen des ORF sind nach Ausstellen einer entsprechenden Rechnung fällig. Bei verspäteter Zahlung werden 12% Verzugszinsen jährlich in Anrechnung gebracht. Soweit dem ORF die vorerwähnten Abgaben und Steuern durch Verwaltungsakt festgesetzt werden, bleibt dem ORF die Weiterverrechnung an den Vertragspartner auch bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens (also auch bis zur Erlassung eines Ersatzbescheides) vorbehalten.

6. Rechte:

Durch den vom Vertragspartner zu leistenden Pauschalbetrag erwirbt dieser keine wie auch immer gearteten Rechte am Hörfunkprogramm Ö3. Die inhaltliche Gestaltung und Ausrichtung der Produktion obliegt ausschließlich dem ORF. Eine Produktions- und/oder Sendeobligation des ORF hinsichtlich der Aktion besteht nicht. Im Falle der Nichtsendung der Aktion hat der Vertragspartner allerdings das Recht auf aliquote Rückerstattung des Betrages. Weitere Forderungen, aus welchem Rechtsgrunde immer, insbesondere Schadenersatzforderungen, werden ausgeschlossen. Die Nennung des Vertragspartners im Hörfunkprogramm Ö3 versteht sich ausschließlich als gesetzliche Offenlegungspflicht gemäß § 26 Mediengesetz. Durch den vom Vertragspartner zu leistenden Pauschalbetrag erwirbt dieser keine wie auch immer gearteten Rechte am Hörfunkprogramm Ö3. Die inhaltliche Gestaltung und Ausrichtung der Produktion obliegt ausschließlich dem ORF. Eine Produktions- und/oder Sendeobligation des ORF hinsichtlich der Aktion besteht nicht. Im Falle der Nichtsendung der Aktion hat der Vertragspartner allerdings das Recht auf aliquote Rückerstattung des Betrages. Weitere Forderungen, aus welchem Rechtsgrunde immer, insbesondere Schadenersatzforderungen, werden ausgeschlossen. Die Nennung des Vertragspartners im Hörfunkprogramm Ö3 versteht sich ausschließlich als gesetzliche Offenlegungspflicht gemäß Paragraph 26, Mediengesetz.

7. Sonstige Bestimmungen:

Änderungen und/oder Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform. Mündliche Nebenabreden wurden nicht getroffen.

Für allfällige Streitigkeiten aus diesem Vertrag wird die ausschließliche Zuständigkeit des die Handelsgerichtsbarkeit ausübenden Gerichtes in Wien vereinbart.

Sollte der Vertrag aufgrund einer gesetzlichen Änderung bzw. einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung nicht oder nicht vollständig erfüllt werden können, so wird der Vertrag an die geänderte Rechtslage angepasst, um dem von den Vertragspartnern gewollten Inhalt am nächsten zu kommen, oder in beiderseitigem Einvernehmen aufgelöst und rückabgewickelt. In jedem Fall bestehen in diesem Zusammenhang keinerlei Ansprüche des Vertragspartners gegen den ORF.'

Der, in der Vereinbarung als integrierender Bestandteil derselben erwähnte, Sideletter wurde der Behörde nicht vorgelegt. Auszugsweise wurde im Schreiben des ORF vom 17.03.2014 jedoch folgende Passage dieses Sideletters wiedergegeben:

„Das Gewinnspiel („Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel“) wird von 5. bis 11. September 2011 mit insgesamt 30 Ö3-Items angekündigt. Während des Spiels von 12. bis 16. September 2011 werden zwischen 7 und 19 Uhr 12 Ö3-Items pro Spieltag eingesetzt. Täglich findet eine Spielrunde im Ö3-Wecker statt. Das ergibt 60 Ö3-Items während der Spieldurchführung. LOTTO bzw. die ÖSTERREICHISCHEN LOTTERIEN werden pro Item jeweils mindestens einmal namentlich eingebunden.“

Gegenstand der zwischen dem ORF bzw. der ORF-Enterprise GmbH & Co KG und den Österreichischen Lotterien abgeschlossenen Vereinbarung war somit die Einbindung der Österreichischen Lotterien und ihres Produktes (Lottoscheine) bzw. des großen Lotto- Zusatzzahlenspiels in das Hörfunkprogramm Ö3 und darüber hinaus in die Website von Ö3. Die hier verfahrensgegenständliche Einbindung in das Hörfunkprogramm Ö3 sollte über einen Zeitraum von zwei Wochen, konkret zwischen dem 05.09.2011 und dem 16.09.2011, erfolgen und insgesamt 90 Einbindungen bzw. 90 sogenannte „Ö3-Items“ umfassen.

30 Einbindungen bzw. Ö3-Items wurden in der Woche vor dem eigentlichen Gewinnspiel, somit vom 05.09.2011 bis zum 11.09.2011 eingesetzt, um dieses im Hörfunkprogramm Ö3 anzukündigen. Weitere 60 Ö3-Items kamen darüber hinaus in der Woche vom 12.09.2011 bis zum 16.09.2011 während der Durchführung des Gewinnspiels zum Einsatz.

Für die Einbindung der Österreichischen Lotterien bzw. ihres Produktes (Lottoscheine) in das Hörfunkprogramm Ö3 stellte der ORF unter Abzug eines Rabatts in Höhe von 6 % insgesamt einen Betrag in Höhe von netto EUR XXXX in Rechnung. Für die Einbindung der Österreichischen Lotterien bzw. ihres Produktes (Lottoscheine) in das Hörfunkprogramm Ö3 stellte der ORF unter Abzug eines Rabatts in Höhe von 6 % insgesamt einen Betrag in Höhe von netto EUR römisch 40 in Rechnung.

Darüber hinaus wurde vereinbart, dass die Österreichischen Lotterien dem ORF Sachleistungen im Gegenwert von EUR XXXX zur Verfügung stellen, die als "Einbindung von Ö3 auf Drucksorten" bezeichnet wurden. Der Gegenwert dieser Sachleistungen sollte gemäß der Kooperationsvereinbarung von der vom ORF in Rechnung gestellten Gesamtsumme in Abzug gebracht werden. Eine Rechnung der Österreichischen Lotterien über diese Sachleistungen wurde der Behörde vorgelegt. Darüber hinaus wurde vereinbart, dass die Österreichischen Lotterien dem ORF Sachleistungen im Gegenwert von EUR römisch 40 zur Verfügung stellen, die als "Einbindung von Ö3 auf Drucksorten" bezeichnet wurden. Der Gegenwert dieser Sachleistungen sollte gemäß der Kooperationsvereinbarung von der vom ORF in Rechnung gestellten Gesamtsumme in Abzug gebracht werden. Eine Rechnung der Österreichischen Lotterien über diese Sachleistungen wurde der Behörde vorgelegt.

Nicht festgestellt werden konnte jedoch, in welchem Zusammenhang oder Verhältnis diese Sachleistungen mit der Durchführung der Gewinnspielaktion standen.

Die Österreichischen Lotterien stellten für die Gewinnspieldurchführung im Hörfunkprogramm Ö3 ein Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR XXXX zur Verfügung; die einzelnen Gewinnbeträge wurden jedem Gewinner von den Österreichische Lotterien GmbH direkt ausgeschüttet. "Die Österreichischen Lotterien stellten für die Gewinnspieldurchführung im Hörfunkprogramm Ö3 ein Preisgeld in Höhe von insgesamt EUR römisch 40 zur Verfügung; die einzelnen Gewinnbeträge wurden jedem Gewinner von den Österreichische Lotterien GmbH direkt ausgeschüttet."

In dem Sideletter, den die beschwerdeführende Partei vorlegte, heißt es auszugsweise wortwörtlich:

"SIDELETTER DAS GROSSE LOTTO ZUSATZZAHLENSPIEL Ein Spiel der Österreichischen Lotterien Ö3 einschalten und stündlich XXXX Euro gewinnen 5. - 16. September 2011" SIDELETTER DAS GROSSE LOTTO ZUSATZZAHLENSPIEL Ein Spiel der Österreichischen Lotterien Ö3 einschalten und stündlich römisch 40 Euro gewinnen 5. - 16. September 2011

Inhalt und Umfang der wechselseitigen Kooperation sind wie folgt festgelegt:

Ab KW 33 bis KW 37 (KW 33-35 auf alten Lottoquittungen, KW 36+37 teilweise) werden auf den Lottoquittungen Im verfügbaren dreizeiligen Textbereich Informationen über „Das große Lotto Zusatzzahlenspiel“ auf gedruckt. Diese Text-Informationen werden in Absprache mit Ö3 definiert.

Das Gewinnspiel („Das große Lotto Zusatzzahlenspiel“) wird von 5. bis 11. September 2011 mit insgesamt 30 Ö3-Items angekündigt Während des Spiels von 12. bis 16. September 2011 werden zwischen 7 und 19 Uhr 12 Ö3-Items pro Spieltag eingesetzt Täglich findet eine Spielrunde im Ö3-Wecker statt Das ergibt 60 Ö3-Items während der Spieldurchführung. LOTTO bzw. die ÖSTERREICHISCHEN LOTTERIEN werden pro Item jeweils mindestens einmal namentlich eingebunden, Die Nennung des Vertragspartners im Hörfunkprogramm Ö3 versteht sich ausschließlich als gesetzliche Offenlegungspflicht gemäß § 26 Mediengesetz. Das Gewinnspiel („Das große Lotto Zusatzzahlenspiel“) wird von 5. bis 11. September 2011 mit insgesamt 30 Ö3-Items angekündigt Während des Spiels von 12. bis 16. September 2011 werden zwischen 7 und 19 Uhr 12 Ö3-Items pro Spieltag eingesetzt Täglich findet eine Spielrunde im Ö3-Wecker statt Das ergibt 60 Ö3-Items während der Spieldurchführung. LOTTO bzw. die ÖSTERREICHISCHEN LOTTERIEN werden pro Item jeweils mindestens einmal namentlich eingebunden, Die Nennung des Vertragspartners im Hörfunkprogramm Ö3 versteht sich ausschließlich als gesetzliche Offenlegungspflicht gemäß Paragraph 26, Mediengesetz.

Während des Spiels findet zwischen 7 und 19 Uhr immer zur vollen Stunde eine Spielrunde statt. Dabei wird immer unmittelbar vor den Ö3-Nachrichten die Lotto Zusatzzahl der Stunde (gezogen von Vertragspartner) bekanntgegeben.

Vertragspartner zieht für das Spiel im Hitradio Ö3 für jede Spielrunde eine eigene Lotto Zusatzzahl. Diese wird Ö3 mind. 1 Stunde vor der jeweiligen Spielrunde per E- Mail an lotto.oe3@orf.at zur Verfügung gestellt.

Uhrzeit

Montag, 12.9.2011

Dienstag, 13.9.2011

Mittwoch, 14.9.2011

Donnerstag, 15.9.2011

Freitag, 16.9.2011

7 Uhr

Spielrunde 1

Spielrunde 13

Spielrunde 25

Spielrunde 37

Spielrunde 49

8 Uhr

Spielrunde 2

Spielrunde 14

Spielrunde 26

Spielrunde 38

Spielrunde 50

9 Uhr

Spielrunde 3

Spielrunde 15

Spielrunde 27

Spielrunde 39

Spielrunde 51

10 Uhr

Spielrunde 4

Spielrunde 16

Spielrunde 28

Spielrunde 40

Spielrunde 52

11 Uhr

Spielrunde 5

Spielrunde 17

Spielrunde 29

Spielrunde 41

Spielrunde 53

12 Uhr

Spielrunde 6

Spielrunde 18

Spielrunde 30

Spielrunde 42

Spielrunde 54

13 Uhr

Spielrunde 7

Spielrunde 19

Spielrunde 31

Spielrunde 43

Spielrunde 55

14 Uhr

Spielrunde 8

Spielrunde 20

Spielrunde 32

Spielrunde 44

Spielrunde 56

15 Uhr

Spielrunde 9

Spielrunde 21

Spielrunde 33

Spielrunde 45

Spielrunde 57

16 Uhr

Spielrunde 10

Spielrunde 22

Spielrunde 34

Spielrunde 46

Spielrunde 58

17 Uhr

Spielrunde 11

Spielrunde 23

Spielrunde 35

Spielrunde 47

Spielrunde 59

18 Uhr

Spielrunde 12

Spielrunde 24

Spielrunde 36

Spielrunde 48

Spielrunde 60

Über die Gewinn-Hotline 0821 600 600 (EUR 0,20/Anruf) können die Ö3-HörerInnen mitspielen, der/die 33. Anruferin kommt durch.

Teilnahmeberechtigt ist, wer innerhalb der letzten 6 Monate Lotto gespielt hat & eine gültige Lottoquittung vorweisen kann.

Die Überprüfung der Gewinnbeteiligung erfolgt durch den Vertragspartner (telefonische Klärung der Quittungsnummer, Tel. 0810100 2009, für Ö3 in der Spielwoche von 6.30 bis 18.30 Uhr jederzeit erreichbar)."

2. Beweiswürdigung:

Zur Feststellung des für die Entscheidung maßgebenden Sachverhaltes wurde im Rahmen des Ermittlungsverfahrens Beweis erhoben mittels Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht und durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde - insbesondere in den angefochtenen Bescheid vom 22.10.2014 - sowie in die Beschwerde und in die Stellungnahme der belangten Behörde.

Die Feststellungen entsprechen den von der beschwerdeführenden Partei in ihrer Beschwerde unbestritten gelassenen Feststellungen im angefochtenen Bescheid und können insoweit auch dieser Entscheidung zugrunde gelegt werden.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 6 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (BVwGG), BGBl I Nr 10/2013, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist (im Wesentlichen gleichlautend Art 135 Abs. 1 B-VG sowie § 2 VwGVG.) Die Anordnung einer Senatszuständigkeit enthält § 36 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl I Nr 32/2001 idF BGBl I Nr.84/2013, welcher lautet: "Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet über Beschwerden in jenen Fällen, in denen die KommAustria belangte Behörde ist (§ 9 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG, BGBl I. Nr. 33/2013), durch Senat." 3.1. Gemäß Paragraph 6, Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (BVwGG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2013,,

entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist (im Wesentlichen gleichlautend Artikel 135, Absatz eins, B-VG sowie Paragraph 2, VwGVG.) Die Anordnung einer Senatszuständigkeit enthält Paragraph 36, KommAustria-Gesetz (KOG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 32 aus 2001, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.84 aus 2013,, welcher lautet: "Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet über Beschwerden in jenen Fällen, in denen die KommAustria belangte Behörde ist (Paragraph 9, Absatz 2, des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG, Bundesgesetzblatt römisch eins. Nr. 33 aus 2013,), durch Senat."

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl Nr 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl Nr 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl Nr 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt Nr 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr 173 aus 1950,, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt Nr 29 aus 1984,, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

§ 28 VwGVG ("Erkenntnisse"), BGBl I Nr 33/2013, lautet auszugsweise:

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das

Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn (2) Über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

[...]"

Zu Spruchpunkt A)

3.2. In der Beschwerde wird zusammengefasst vorgebracht, dass im vorliegenden Fall eine Abschöpfung zu unterbleiben habe, da offenkundig sei, dass die beschwerdeführende Partei von der Zulässigkeit der inkriminierten Sendung hätte ausgehen dürfen, im Rahmen einer Ermessensentscheidung berücksichtigt hätte werden müssen, dass sich "dutzende Juristen innerhalb und außerhalb des ORF über die Zulässigkeit und Einordnung eines Gewinnspiels irren" würden und mehr als drei Jahre seit dem Zeitpunkt der Ausstrahlung des inkriminierten Gewinnspiels vergangen seien. Wenn man davon ausgehe, dass die Abschöpfung rechtmäßig sei, müsse berücksichtigt werden, dass der Bundeskommunikationssenat keine Rechtsverletzung durch die Ausstrahlung des Gewinnspiels zwischen dem 12. und 16.09.2011 festgestellt habe und daher die Kosten für 30 Einbindungen bzw. Ö3-Items für den 05. bis 11.09.2011 nicht abzuschöpfen seien. Bezüglich der Auszahlung der Gewinnsumme in der Höhe von EUR XXXX sei zu berücksichtigen, dass die Gewinnbeträge nicht der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt, sondern direkt an die Gewinner

ausbezahlt worden seien. Zudem könne nicht per se davon ausgegangen werden, dass an jeden einzelnen der 60 Gewinner auch tatsächlich eine Auszahlung von EUR XXXX erfolgt sei. Schlussendlich müsse die Sachleistung im Wert von EUR XXXX als Aufwand der beschwerdeführenden Partei bei der Abschöpfung als wertmindernd berücksichtigt werden.^{3.2.} In der Beschwerde wird zusammengefasst vorgebracht, dass im vorliegenden Fall eine Abschöpfung zu unterbleiben habe, da offenkundig sei, dass die beschwerdeführende Partei von der Zulässigkeit der inkriminierten Sendung hätte ausgehen dürfen, im Rahmen einer Ermessensentscheidung berücksichtigt hätte werden müssen, dass sich "dutzende Juristen innerhalb und außerhalb des ORF über die Zulässigkeit und Einordnung eines Gewinnspiels irren" würden und mehr als drei Jahre seit dem Zeitpunkt der Ausstrahlung des inkriminierten Gewinnspiels vergangen seien. Wenn man davon ausgehe, dass die Abschöpfung rechtmäßig sei, müsse berücksichtigt werden, dass der Bundeskommunikationssenat keine Rechtsverletzung durch die Ausstrahlung des Gewinnspiels zwischen dem 12. und 16.09.2011 festgestellt habe und daher die Kosten für 30 Einbindungen bzw. Ö3-Items für den 05. bis 11.09.2011 nicht abzuschöpfen seien. Bezüglich der Auszahlung der Gewinnsumme in der Höhe von EUR römisch 40 sei zu berücksichtigen, dass die Gewinnbeträge nicht der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt, sondern direkt an die Gewinner ausbezahlt worden seien. Zudem könne nicht per se davon ausgegangen werden, dass an jeden einzelnen der 60 Gewinner auch tatsächlich eine Auszahlung von EUR römisch 40 erfolgt sei. Schlussendlich müsse die Sachleistung im Wert von EUR römisch 40 als Aufwand der beschwerdeführenden Partei bei der Abschöpfung als wertmindernd berücksichtigt werden.

3.2.1. Hinsichtlich des Vorbringens der beschwerdeführenden Partei, dass eine Abschöpfung zu unterbleiben habe, war Folgendes auszuführen:

§ 38b ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl Nr 379/1984 idFBGBl I Nr 50/2010, lautet: Paragraph 38 b, ORF-Gesetz (ORF-G), Bundesgesetzblatt Nr 379 aus 1984, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 50 aus 2010,, lautet:

"Abschöpfung der Bereicherung

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

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

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

Die Gesetzesmaterialien zu dieser Bestimmung halten fest (vgl. RV 611 BlgNr, XXIV. GP zu § 38b ORF-G): Die Gesetzesmaterialien zu dieser Bestimmung halten fest vergleiche Regierungsvorlage 611 BlgNr, römisch 24 . Gesetzgebungsperiode zu Paragraph 38 b, ORF-G):

"Mit den Bestimmungen des § 38b wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass der ORF aus Rechtsverletzungen keinen wirtschaftlichen Vorteil lukrieren darf. Die Bestimmung orientiert sich inhaltlich an § 111 TKG 2003. Es handelt sich um keine Strafe." "Mit den Bestimmungen des Paragraph 38 b, wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass der ORF aus Rechtsverletzungen keinen wirtschaftlichen Vorteil lukrieren darf. Die Bestimmung orientiert sich inhaltlich an Paragraph 111, TKG 2003. Es handelt sich um keine Strafe."

§ 38b Abs 1 ORF-G bestimmt für die Abschöpfung der Bereicherung drei kumulative Voraussetzungen: Erstens muss eine rechtswidrige Handlung der beschwerdeführenden Partei im Hinblick auf einen Verstoß 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 die beschwerdeführende Partei durch den Verstoß einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt

haben. Drittens ist die Abschöpfung mit der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils begrenzt (vgl. Kogler/Trainer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze³ [2011] 355). Paragraph 38 b, Absatz eins, ORF-G bestimmt für die Abschöpfung der Bereicherung drei kumulative Voraussetzungen: Erstens muss eine rechtswidrige Handlung der beschwerdeführenden Partei im Hinblick auf einen Verstoß gegen eine der Bestimmungen der Paragraphen 13 bis 17 ORF-G vorliegen oder die Einnahmengrenze des Paragraph 18, Absatz eins, Satz 3 ORF-G überschritten werden. Zweitens muss die beschwerdeführende Partei durch den Verstoß einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt haben. Drittens ist die Abschöpfung mit der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils begrenzt vergleiche Kogler/Trainer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze³ [2011] 355).

Dass im vorliegenden Fall eine Verletzung des § 13 Abs 1 zweiter Satz ORF-G zwischen dem 12. und 16.09.2011 mit Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 11.11.2013 festgestellt wurde und damit die erste Voraussetzung jedenfalls im Hinblick auf diesen Zeitraum erfüllt ist, ist unbestritten. Dass im vorliegenden Fall eine Verletzung des Paragraph 13, Absatz eins, zweiter Satz ORF-G zwischen dem 12. und 16.09.2011 mit Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 11.11.2013 festgestellt wurde und damit die erste Voraussetzung jedenfalls im Hinblick auf diesen Zeitraum erfüllt ist, ist unbestritten.

Wenn die beschwerdeführende Partei vorbringt, dass diese in Bezug auf die Zulässigkeit der inkriminierten Sendungen von deren Zulässigkeit ausgehen habe dürfen, ist ihr entgegenzuhalten, dass bei einer Abschöpfung nach § 38b ORF-G nicht auf ein allfälliges Verschulden der beschwerdeführenden Partei abzustellen ist und dass das Vorliegen von Verschulden keine Voraussetzung für die Vornahme der Abschöpfung gemäß § 38b ORF-G darstellt (vgl. zu § 38a ORF-G VwGH 06.04.2016, Ro 2015/03/0014). Wenn die beschwerdeführende Partei vorbringt, dass diese in Bezug auf die Zulässigkeit der inkriminierten Sendungen von deren Zulässigkeit ausgehen habe dürfen, ist ihr entgegenzuhalten, dass bei einer Abschöpfung nach Paragraph 38 b, ORF-G nicht auf ein allfälliges Verschulden der beschwerdeführenden Partei abzustellen ist und dass das Vorliegen von Verschulden keine Voraussetzung für die Vornahme der Abschöpfung gemäß Paragraph 38 b, ORF-G darstellt vergleiche zu Paragraph 38 a, ORF-G VwGH 06.04.2016, Ro 2015/03/0014).

Da - wie von der beschwerdeführenden Partei bereits ausgeführt - § 38b ORF-G bei der Vornahme der Abschöpfung keine Berücksichtigung einer allenfalls eingetretenen Verjährung vorsieht, steht auch der Umstand, dass seit dem Zeitpunkt der Ausstrahlung des inkriminierten Gewinnspiels mehr als drei Jahre vergangen sind, der Vornahme einer Abschöpfung nicht entgegen. Da - wie von der beschwerdeführenden Partei bereits ausgeführt - Paragraph 38 b, ORF-G bei der Vornahme der Abschöpfung keine Berücksichtigung einer allenfalls eingetretenen Verjährung vorsieht, steht auch der Umstand, dass seit dem Zeitpunkt der Ausstrahlung des inkriminierten Gewinnspiels mehr als drei Jahre vergangen sind, der Vornahme einer Abschöpfung nicht entgegen.

Aus den vorgenannten Gründen kann vor dem Hintergrund des Wortlautes von § 38b ORF-G auch nichts aus den in der Beschwerde angeführten anderen "Abschöpfungstatbeständen" für den Standpunkt der beschwerdeführenden Partei gewonnen werden. Aus den vorgenannten Gründen kann vor dem Hintergrund des Wortlautes von Paragraph 38 b, ORF-G auch nichts aus den in der Beschwerde angeführten anderen "Abschöpfungstatbeständen" für den Standpunkt der beschwerdeführenden Partei gewonnen werden.

3.2.2. Die beschwerdeführende Partei verweist weiters auf Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte, welche dazu führen würden, dass eine Abschöpfung auf formelle bzw. grobe Gesetzesverletzungen zu beschränken sei (arg. "kann sie einen Betrag in der Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils festsetzen"). Das ORF-G normiere zwar ausdrücklich keine "Obergrenze" des Abschöpfungsbetrags oder sonstige Kriterien, die bei der Bemessung zu berücksichtigen wären, etwa die Schwere und die Dauer der Rechtsverletzung, den Grad des Verschuldens oder die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der beschwerdeführenden Partei. Zudem sei auch keine "Verjährung" einer Abschöpfung festgelegt, was, soweit ersichtlich, bei anderen schweren Sanktionen regelmäßig der Fall sei. Aber nur unter Berücksichtigung der vorstehenden Kriterien, dh insbesondere bei einer Beschränkung der Abschöpfung auf grobe - damit leicht erkennbare und insofern auch sicher vermeidbare - Gesetzesverletzungen, könnten unverhältnismäßige und/oder ruinöse Auswirkungen vermieden werden.

Dieser Auslegung vermag aus folgenden Überlegungen nicht beigetreten zu werden: Eine Abschöpfung gemäß § 38b ORF-G stellt keine Strafe dar (dies halten auch die zitierten Gesetzesmaterialien ausdrücklich fest), sondern ist nach der Methodik der Regelung ein Ausgleich für einen infolge einer rechtswidrigen Handlung erlangten wirtschaftlichen

Vorteil. Der mangelnde Strafcharakter zeigt sich außerdem darin, dass maximal ein Betrag in der Höhe des (ungerechtfertigter Weise) erlangten wirtschaftlichen Vorteils abgeschöpft werden kann, weswegen ruinöse Auswirkungen nicht zu befürchten sind. Dass eine Abschöpfung auf formelle bzw. grobe Rechtsverletzungen zu beschränken sei, kann dem Wortlaut des § 38b ORF-G in keiner Weise entnommen werden. So ist (abgesehen davon, dass dem ORF-G generell die Begrifflichkeit der "groben" Rechtsverletzung fremd ist) in der Anordnung "durch eine gegen die Bestimmungen der §§ 13 bis 17 verstoßende rechtswidrige Handlung" (Abs 1 leg.cit.) keine Qualifizierung des Verstoßes zu erblicken. Dieser Auslegung vermag aus folgenden Überlegungen nicht beigetreten zu werden: Eine Abschöpfung gemäß Paragraph 38 b, ORF-G stellt keine Strafe dar (dies halten auch die zitierten Gesetzesmaterialien ausdrücklich fest), sondern ist nach der Methodik der Regelung ein Ausgleich für einen infolge einer rechtswidrigen Handlung erlangten wirtschaftlichen Vorteil. Der mangelnde Strafcharakter zeigt sich außerdem darin, dass maximal ein Betrag in der Höhe des (ungerechtfertigter Weise) erlangten wirtschaftlichen Vorteils abgeschöpft werden kann, weswegen ruinöse Auswirkungen nicht zu befürchten sind. Dass eine Abschöpfung auf formelle bzw. grobe Rechtsverletzungen zu beschränken sei, kann dem Wortlaut des Paragraph 38 b, ORF-G in keiner Weise entnommen werden. So ist (abgesehen davon, dass dem ORF-G generell die Begrifflichkeit der "groben" Rechtsverletzung fremd ist) in der Anordnung "durch eine gegen die Bestimmungen der Paragraphen 13 bis 17 verstoßende rechtswidrige Handlung" (Absatz eins, leg.cit.) keine Qualifizierung des Verstoßes zu erblicken.

Zwischen dem 05. und 11.09.2011 wurde das verfahrensgegenständliche Gewinnspiel mit insgesamt 30 Ö3-Items angekündigt, zwischen dem 12. und 16.09.2011 wurden insgesamt 60 Ö3-Items eingesetzt (vgl. dazu auch die vorzitierten Ausführungen der beschwerdeführenden Partei in der mündlichen Verhandlung sowie die unter II.1. wiedergegebene Vereinbarung mit den Österreichischen Lotterien). Gemäß der Vereinbarung betreffend "DAS GROSSE LOTTO-ZUSATZZAHLENSPIEL" haben die Österreichischen Lotterien für die insgesamt 90 Einbindungen einen Nettobetrag in der Höhe von EUR XXXX an die beschwerdeführende Partei zu entrichten. Für die 30 Ö3-Items zwischen 05. und 11.09.2011 war daher ein Betrag in der Höhe von von EUR XXXX (= EUR XXXX pro Ö3-Item * 30) und für die 90 Ö3-Items zwischen 12. und 16.09.2011 ein Betrag in der Höhe von EUR XXXX (= von EUR XXXX pro Ö3-Item * 60) aufzuwenden. Zwischen dem 05. und 11.09.2011 wurde das verfahrensgegenständliche Gewinnspiel mit insgesamt 30 Ö3-Items angekündigt, zwischen dem 12. und 16.09.2011 wurden insgesamt 60 Ö3-Items eingesetzt vergleiche dazu auch die vorzitierten Ausführungen der beschwerdeführenden Partei in der mündlichen Verhandlung sowie die unter römisch zwei.1. wiedergegebene Vereinbarung mit den Österreichischen Lotterien). Gemäß der Vereinbarung betreffend "DAS GROSSE LOTTO-ZUSATZZAHLENSPIEL" haben die Österreichischen Lotterien für die insgesamt 90 Einbindungen einen Nettobetrag in der Höhe von EUR römisch 40 an die beschwerdeführende Partei zu entrichten. Für die 30 Ö3-Items zwischen 05. und 11.09.2011 war daher ein Betrag in der Höhe von von EUR römisch 40 (= EUR römisch 40 pro Ö3-Item * 30) und für die 90 Ö3-Items zwischen 12. und 16.09.2011 ein Betrag in der Höhe von EUR römisch 40 (= von EUR römisch 40 pro Ö3-Item * 60) aufzuwenden.

Von der belangten Behörde wurde in diesem Zusammenhang argumentiert, dass die betreffenden Ankündigungen und der hieraus erzielte, anteilige wirtschaftliche Vorteil in untrennbarem Zusammenhang mit dem angekündigten und als rechtswidrig qualifizierten Gewinnspiel stünden. Die in Rede stehenden Ankündigungen wären ohne das nachfolgende Gewinnspiel gar nicht ausgestrahlt und somit der hierauf anteilig entfallende Erlös ohne das Gewinnspiel auch nicht lukriert worden. Auch aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes muss von einer Gewinnspielaktion (vgl. S. 3 der Beschwerde) ausgegangen werden, die "für den Zeitraum vom 5.9.2011 bis zum 16.9.2011 (12 Tage) geplant" gewesen ist. Deren maßgeblicher Teil (60 Ö3-items während der Spieldurchführung) wurde unstrittigerweise als Schleichwerbung qualifiziert. Die vorgelegte Vereinbarung mit den Österreichischen Lotterien (vgl. etwa schon die Bezeichnung "SIDELETTER DAS GROSSE LOTTOZUSATZZAHLENSPIEL Ein Spiel der Österreichischen Lotterien Ö3 einschalten und stündlich XXXX Euro gewinnen 5. bis 16. September 2011") verdeutlicht, dass diese Aktion auf die Gewinnausspielung von 12.9. bis 16.9.2011 abzielte, sodass wie zuvor ausgeführt die Ankündigungen vom 5.9.2011 bis 11.9.2011 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 kann daher auch keine zeitraumbezogene Betrachtung (einerseits 5.9.2011 bis 11.9.2011 und andererseits 12.9.2011 bis 16.9.2011) mit "Herausrechnung" des für die Ankündigungen im Zeitraum 5.9.2011 bis 11.9.2011 geleisteten Entgelts erfolgen. Von der belangten Behörde wurde in diesem Zusammenhang argumentiert, dass die betreffenden Ankündigungen und der hieraus erzielte, anteilige wirtschaftliche Vorteil in untrennbarem Zusammenhang mit dem angekündigten und als rechtswidrig qualifizierten Gewinnspiel stünden. Die in Rede stehenden Ankündigungen wären ohne das nachfolgende Gewinnspiel gar nicht

ausgestrahlt und somit der hierauf anteilig entfallende Erlös ohne das Gewinnspiel auch nicht lukriert worden. Auch aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes muss von einer Gewinnspielaktion vergliche S. 3 der Beschwerde) ausgegangen werden, die "für den Zeitraum vom 5.9.2011 bis zum 16.9.2011 (12 Tage) geplant" gewesen ist. Deren maßgeblicher Teil (60 Ö3-items während der Spieldurchführung) wurde unstrittigerweise als Schleichwerbung qualifiziert. Die vorgelegte Vereinbarung mit den Österreichischen Lotterien vergliche etwa schon die Bezeichnung "SIDELETTER DAS GROSSE LOTTOZUSATZZAHLENSPIEL Ein Spiel der Österreichischen Lotterien Ö3 einschalten und stündlich römisch 40 Euro gewinnen 5. bis 16. September 2011") verdeutlicht, dass diese Aktion auf die Gewinnausspielung von 12.9. bis 16.9.2011 abzielte, sodass wie zuvor ausgeführt die Ankündigungen vom 5.9.2011 bis 11.9.2011 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 kann daher auch keine zeitraumbezogene Betrachtung (einerseits 5.9.2011 bis 11.9.2011 und andererseits 12.9.2011 bis 16.9.2011) mit "Herausrechnung" des für die Ankündigungen im Zeitraum 5.9.2011 bis 11.9.2011 geleisteten Entgelts erfolgen.

Von der belangten Behörde wurde daher auch zutreffend auf den§ 38b Abs 1 ORF-G innewohnenden Gedanken abgestellt, wonach die beschwerdeführende Partei aus Rechtsverletzungen keinen wirtschaftlichen Vorteil lukrieren dürfe, was einer Zerteilung in Zeiträume entgegenstünde.Von der belangten Behörde wurde daher auch zutreffend auf den Paragraph 38 b, Absatz eins, ORF-G innewohnenden Gedanken abgestellt, wonach die beschwerdeführende Partei aus Rechtsverletzungen keinen wirtschaftlichen Vorteil lukrieren dürfe, was einer Zerteilung in Zeiträume entgegenstünde.

Eine gesonderte Feststellung darüber, ob auch die Ankündigungen selbst gegebenenfalls als Schleichwerbung zu qualifizieren wären, ist daher auch aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes nicht erforderlich.

3.3.3. Die beschwerdeführende Partei macht weiters geltend, dass der Betrag in der Höhe von EUR XXXX, den die Österreichischen Lotterien für Sachleistungen in diesem Zusammenhang zur Verfügung gestellt habe, von dem für die 90 Ö3-Items aufgewendeten Betrag in der Höhe von EUR XXXX abzuziehen sei.3.3.3. Die beschwerdeführende Partei macht weiters geltend, dass der Betrag in der Höhe von EUR römisch 40 , den die Österreichischen Lotterien für Sachleistungen in diesem Zusammenhang zur Verfügung gestellt habe, von dem für die 90 Ö3-Items aufgewendeten Betrag in der Höhe von EUR römisch 40 abzuziehen sei.

Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes wurde von der belangten Behörde zutreffend argumentiert - unter der Prämisse, dass für die Einbindung von Ö3 auf Drucksorten ein marktüblicher Preis angesetzt worden sei -, dass die beschwerdeführende Partei von den Österreichischen Lotterien Sachleistungen im Wert von EUR XXXX erhalten habe und dieser hierfür eine entsprechende Rechnung gelegt worden sei. Da die beschwerdeführende Partei diese Sachleistungen tatsächlich erhalten hat (für diese tatsächlich Werbung gemacht wurde, vgl. dazu S. 5 der Beschwerde) scheidet schon aus diesem Grund eine den Abschöpfungsbetrag mindernde Berücksichtigung aus.Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes wurde von der belangten Behörde zutreffend argumentiert - unter der Prämisse, dass für die Einbindung von Ö3 auf Drucksorten ein marktüblicher Preis angesetzt worden sei -, dass die beschwerdeführende Partei von den Österreichischen Lotterien Sachleistungen im Wert von EUR römisch 40 erhalten habe und dieser hierfür eine entsprechende Rechnung gelegt worden sei. Da die beschwerdeführende Partei diese Sachleistungen tatsächlich erhalten hat (für diese tatsächlich Werbung gemacht wurde, vergleiche dazu S. 5 der Beschwerde) scheidet schon aus diesem Grund eine den Abschöpfungsbetrag mindernde Berücksichtigung aus.

Von der belangten Behörde wurde daher zutreffend festgehalten, dass der Umstand, dass zwei eigenständige, einander gegenüberstehende - und vertraglich miteinander verknüpfte - Leistungen bzw. die daraus resultierenden Forderungen saldiert worden seien, nichts daran ändert, 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, weshalb auch keine Minderung dieses Betrages erfolgen kann.Von der belangten Behörde wurde daher zutreffend festgehalten, dass der Umstand, dass zwei eigenständige, einander gegenüberstehende - und vertraglich miteinander verknüpfte - Leistungen bzw. die daraus resultierenden Forderungen saldiert worden seien, nichts daran ändert, dass der beschwerdeführenden Partei für die Durchführung der Gewinnspielaktion ein wirtschaftlicher Vorteil in Höhe des hierfür von ihm in Rechnung gestellten Betrags von EUR römisch 40 zugeflossen sei, weshalb auch keine Minderung dieses Betrages erfolgen kann.

Für das Bundesverwaltungsgericht bietet§ 38b ORF-G keine Anhaltspunkte für eine Berücksichtigung (konzernintern

anfallender) Kosten der Akquirierung von kommerzieller Kommunikation. Speziell auch in Anbetracht des in den zitierten Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Zwecks der Regelung kann nicht angenommen werden, dass interne Aufwände der beschwerdeführenden Partei die Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils zu beeinflussen vermögen. Für das Bundesverwaltungsgericht bietet Paragraph 38 b, ORF-G keine Anhaltspunkte für eine Berücksichtigung (konzernintern anfallender) Kosten der Akquirierung von kommerzieller Kommunikation. Speziell auch in Anbetracht des in den zitierten Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Zwecks der Regelung kann nicht angenommen werden, dass interne Aufwände der beschwerdeführenden Partei die Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils zu beeinflussen vermögen.

3.3.4. Die belangte Behörde argumentierte, 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.

Die belangte Behörde ging davon aus, dass die Ausspielung des Preisgeldes zwingender Bestandteil der Plankosten der in Frage stehenden Sendung gewesen sein hätte müssen. 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. Die belangte Behörde ging davon aus, dass die Ausspielung des Preisgeldes zwingender Bestandteil der Plankosten der in Frage stehenden Sendung gewesen sein hätte müssen. Diesen Teil der Kosten des Gewinnspiels (EUR römisch 40 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.

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). 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 vergleiche 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.

§ 38b Abs. 1 ORF-G stellt auf den erlangten wirtschaftlichen Vorteil ab. Eine nähere Konkretisierung hinsichtlich dieses Vorteils, welche Überlegungen dabei anzustellen sind bzw. welcher Vergleichsmaßstab anzustellen ist, enthält die Bestimmung aber nicht. Paragraph 38 b, Absatz eins, ORF-G stellt auf den erlangten wirtschaftlichen Vorteil ab. Eine nähere Konkretisierung hinsichtlich dieses Vorteils, welche Überlegungen dabei anzustellen sind bzw. welcher Vergleichsmaßstab anzustellen ist, enthält die Bestimmung aber nicht.

Der belangten Behörde ist zuzugestehen, dass bei einer - im Wortlaut des § 38b Abs. 1 ORF-G Deckung findenden - "weiten" Auslegung von "erlangten wirtschaftlichen Vorteils", auch die in Rede stehenden EUR XXXX bei der Abschöpfung berücksichtigt werden könnten. Der belangten Behörde ist zuzugestehen, dass bei einer - im Wortlaut des Paragraph 38 b, Absatz eins, ORF-G Deckung findenden - "weiten" Auslegung von "erlangten wirtschaftlichen Vorteils", auch die in Rede stehenden EUR römisch 40 bei der Abschöpfung berücksichtigt werden könnten.

Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes ist § 38b ORF-G aber in der Weise auszulegen, dass "durch [...] rechtswidrige Handlung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat [...] in der Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils" eng auszulegen ist. Es geht dabei - bezogen auf den konkreten Sachverhalt - nur um jenen Betrag, den der ORF tatsächlich erlangt hat. Wie die belangte Behörde selbst argumentiert, könnte andernfalls - 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 konsequenterweise beispielsweise auch der Frage nachgegangen werden, welche - positiven - Entwicklungen ein Gewinnspiel mit einer Gewinnsumme von EUR XXXX am Hörermarkt und damit an Attraktivität im Bereich der kommerziellen Kommunikation auslöst. Denn gerade dieser Umstand, diese Wirkung, würde bei der von der belangten Behörde vertretenen weiten Sichtweise als möglicher wirtschaftlicher Vorteil in Betracht kommen. Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes ist Paragraph 38 b, ORF-G aber in der Weise auszulegen, dass "durch [...] rechtswidrige Handlung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat [...] in der Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils" eng auszulegen ist. Es geht dabei - bezogen auf den konkreten Sachverhalt - nur um jenen Betrag, den der ORF tatsächlich erlangt hat. Wie die belangte Behörde selbst argumentiert, könnte andernfalls - 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 konsequenterweise beispielsweise auch der Frage nachgegangen werden, welche - positiven - Entwicklungen ein Gewinnspiel mit einer Gewinnsumme von EUR römisch 40 am Hörermarkt und damit an Attraktivität im Bereich der kommerziellen Kommunikation auslöst. Denn gerade dieser Umstand, diese Wirkung, würde bei der von der belangten Behörde vertretenen weiten Sichtweise als möglicher wirtschaftlicher Vorteil in Betracht kommen.

Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes kann dem Gesetzgeber aber vor dem Hintergrund des bereits mehrfach zitierten Gesetzeszwecks - jedenfalls im Zweifel - nicht zugesonnen werden, er habe der belangten Behörde eine derart aufwendige und damit letztlich auch - allenfalls unangemessen - kostenintensive Ermittlungspflicht auferlegen wollen. Für das Bundesverwaltungsgericht sind jedenfalls keine Anhaltspunkte dafür erkennbar. Auch aus den zitierten Ausführungen aus den Gesetzesmaterialien ("aus Rechtsverletzungen keinen wirtschaftlichen Vorteil lukrieren darf") lässt sich kein derartiger Anknüpfungspunkt ableiten. Eine derartige Leistungsverpflichtung müsste sich aber obendrein - als Grundrechtseingriff - auf eine gesetzliche Grundlage stützen können, die dem Bestimmtheitsgebot entsprechen müsste. Auch dies spricht für die hier vertretene enge Auslegung.

Aus diesem Grund war der Beschwerde in so weit stattzugeben, als sie sich gegen die Berücksichtigung des genannten Betrages von EUR XXXX gerichtet hat, weshalb auch die Spruchpunkte 1.a. und 1.b. des angefochtenen Bescheides in der Weise abzuändern waren, dass es jeweils EUR XXXX statt EUR XXXX zu lauten hat. Aus diesem Grund war der Beschwerde in so weit stattzugeben, als sie sich gegen die Berücksichtigung des genannten Betrages von EUR römisch 40 gerichtet hat, weshalb auch die Spruchpunkte 1.a. und 1.b. des angefochtenen Bescheides in der Weise abzuändern waren, dass es jeweils EUR römisch 40 statt EUR römisch 40 zu lauten hat.

Zu Spruchpunkt B)

Gemäß § 25a Abs. 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG), BGBl. Nr. 10/1985 idF BGBl. I Nr. 33/2013, 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 Paragraph 25 a, Absatz eins, Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG), Bundesgesetzblatt Nr. 10 aus 1985, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013, hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG idF BGBl. I Nr. 164/2013 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 Artikel 133, Absatz 4, B-VG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 164 aus 2013, 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.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig. Die vorliegende Entscheidung hängt von der Lösung einer Rechtsfrage ab, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, da es zu § 38b ORF-G bislang an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehlt und die Rechtslage nicht eindeutig ist. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG

zulässig. Die vorliegende Entscheidung hängt von der Lösung einer Rechtsfrage ab, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, da es zu Paragraph 38 b, ORF-G bislang an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehlt und die Rechtslage nicht eindeutig ist.

Schlagworte

Abschöpfungsverfahren, Bereicherung, Einnahmenerzielung, Ermessen, Ermessensspielraum, Gewinnausschüttungen, Irreführung, mündliche Verhandlung, objektiver Maßstab, Prinzip der Verhältnismäßigkeit, Revision zulässig, Sachleistung, Schleichwerbung, Vergleich, Verhältnismäßigkeit, Verjährung, Verschulden, Werbung, Wertermittlung, wirtschaftlicher Vorteil

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W120.2016274.1.00

Zuletzt aktualisiert am

06.02.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at