

Gerald Otto

Transparente Gegengeschäfte?

Das MedKF-TK (Medientransparenzgesetz) verpflichtet die «öffentliche Verwaltung» und «staatsnahe Unternehmen», u.a. die für Werbeaufträge in bestimmten Medien geleisteten Entgelte bekannt zu geben. Die in der Werbepraxis in diesem Zusammenhang zwischen Auftraggebern und Medieninhabern vorkommenden Gegengeschäfte stellen die vom MedKF-TG betroffenen Rechtsträger einerseits vor Herausforderungen bei der Berechnung der bekannt zugebenden Beträge und bieten andererseits Möglichkeiten, die Bemessung des Entgelts zu beeinflussen.

Category: Articles

Region: Austria

Citation: Gerald Otto, Transparente Gegengeschäfte?, in: Jusletter IT next: 11. September 2014 – Lachmayer

Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
- 2 Werbeaufträge
- 3 Von der Bekanntgabepflicht betroffene Rechtsträger
- 4 Berechnung / Bemessung des Entgelts
- 5 Gegengeschäfte
- 6 Schlussfolgerungen
- 7 Literatur

1 Einleitung

[Rz 1] Am 27. Dezember 2011 wurden das Bundesverfassungsgesetz Medienkooperation und Medienförderung (BVG MedKF-T) und das (einfachgesetzliche) Medienkooperations- und -förderungs-Transparenzgesetz (MedKF-TG, auch unter dem Namen «Medientransparenzgesetz» bekannt) erlassen,¹ um Transparenz in die Verteilung von Werbegeldern der öffentlichen Verwaltung und «staatsnaher» Rechtsträger sowie in deren Förderpraxis zu bringen.² Das BVG MedKF-T trat am 1. Januar 2012 in Kraft, das MedKF-TG am 1. Juli 2012.³

[Rz 2] Zur Verwirklichung des Ziels des Gesetzgebers sieht das MedKF-TG folgende drei Verpflichtungen und ein Verbot vor:

- Die Verpflichtung zur quartalsweisen **Bekanntgabe von Entgelten für bestimmte Werbeleistungen** (§ 2 MedKF-TG). Konkret haben die betroffenen Rechtsträger
 - entweder jene Medien, denen ein entgeltlicher, unter das MedKF-TG fallender Werbeauftrag erteilt wurde, sowie die insgesamt im Quartal an diese Medien für diese Werbeaufträge geleisteten Entgelte bekanntzugeben
 - oder eine sogenannte «Nullmeldung» abzugeben (sofern keine Entgelte über gesamt mehr als € 5.000 für einen oder mehrere Werbeaufträge an einen Medieninhaber eines konkreten Mediums geleistet wurden).
- Die Verpflichtung zur quartalsweisen **Bekanntgabe bestimmter Förderungen**, die Medieninhabern von periodischen Medien zugesagt wurden (§ 4 MedKF-TG). Die betroffenen Rechtsträger haben dabei
 - entweder den Namen des Empfängers und die Gesamtsumme der jeweils innerhalb eines Quartals gewährten Förderungen bekanntzugeben
 - oder eine «Nullmeldung» abzugeben (sofern für keinen Medieninhaber eine Förderung über € 5.000 vergeben wurde).
- Eine **inhaltliche Kontrollpflicht** für einen relativ eingeschränkten Kreis von Rechtsträgern,

¹ Bundesgesetz, mit dem ein Bundesverfassungsgesetz über die Transparenz von Medienkooperationen sowie von Werbeaufträgen und Förderungen an Medieninhaber eines periodischen Mediums und ein Bundesgesetz über die Transparenz von Medienkooperationen sowie von Werbeaufträgen und Förderungen an Medieninhaber eines periodischen Mediums erlassen und das KommAustria-Gesetz geändert werden, BGBl I 2011/125.

² Die verfassungsgesetzliche Normierung der Grundlagen für eine einfachgesetzliche Umsetzung war notwendig, weil einerseits in die Zuständigkeit der Länder in Gesetzgebung und Vollziehung eingegriffen und andererseits dem Rechnungshof eine weitere Aufgabe übertragen wird. Darüber hinaus wird der KommAustria eine weitere unabhängig zu besorgende Aufgabe, die außerhalb der Ermächtigung des KOG liegt, zugewiesen, vgl. KOGLER, Kontrolle durch Transparenz — Offenlegung des Inseratenaufkommens in und der Eigentumsverhältnisse an periodischen Medien, MR 2011, 347.

³ Für einen Gesamtüberblick über das MedKF-TG vgl. FEHER/OTTO/STEINDL, Medientransparenzgesetz2, Verlag Manz, 2013.

nach der bestimmte Formen von «audiovisueller Kommunikation» und «Veröffentlichungen» ausschließlich der Deckung eines konkreten Informationsbedürfnisses der Allgemeinheit dienen dürfen und eine auch nur teilweise Vermarktung der Tätigkeit des Rechtsträgers unzulässig ist (§ 3a Abs. 1 bis 3 MedKF-TG).

- Ein Verbot, in bestimmten Formen von «audiovisueller Kommunikation» und «Veröffentlichungen» auf den Bundespräsidenten, die Bundesminister, Staatssekretäre oder die Mitglieder der Landesregierungen hinzuweisen (§ 3a Abs. 4 MedKF-TG). Dieses Verbot wird auch «**Kopfverbot**» oder «**Hinweisverbot**» genannt.

[Rz 3] Mit dem vorliegenden Beitrag sollen ausschließlich einige Aspekte der in der Praxis regelmäßig vorkommenden Gegengeschäfte zwischen Auftraggeber und Medieninhaber sowie deren Problematik vor dem Hintergrund der Verpflichtungen des MedKF-TG beleuchtet werden, insbesondere betreffend die Berechnung bzw. Bemessung des im Rahmen der Bekanntgabepflicht nach § 2 MedKF-TG bekannt zu gebenden Entgelts. Da solche Gegengeschäfte nach der Erfahrung des Autors lediglich im Rahmen von Werbeaufträgen gemäß § 2 MedKF-TG vorkommen, wird im Folgenden nur auf die Regelungen des MedKF-TG über die Bekanntgabepflicht bei Werbeaufträgen eingegangen.

2 Werbeaufträge

[Rz 4] Als **Werbeauftrag** ist nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich jede entgeltlich veranlasste, an die Öffentlichkeit gerichtete Mitteilung, Ankündigung oder Empfehlung⁴ zu verstehen.⁵ Zur genauen Abgrenzung bedient sich der Gesetzgeber allerdings mehrerer Verweise in die einzelnen Materiengesetze. Im Konkreten sind für die Bekanntgabepflicht folgende Aufträge relevant:

- (audiovisuelle) kommerzielle Kommunikation gemäß § 1 a Z 6 ORF-G⁶ sowie § 2 Z 2 AMD-G,⁷ Werbung und Patronanz gemäß § 19 Abs. 1 und 5 PrR-G⁸ sowie über «Beiträge im Dienste der Öffentlichkeit» im Inhaltsangebot des ORF (nach § 14 Abs. 9 ORF-G) oder in Hörfunkprogrammen (nach dem PrR-G) oder in audiovisuellen Mediendiensten (nach dem AMD-G), somit insbesondere die «klassische» Werbung, Produktplatzierungen, Gewinnspiele, Sponsorhinweise, und
- entgeltliche Veröffentlichungen gemäß § 26 MedienG⁹ an Medieninhaber eines periodischen Druckwerks¹⁰ (z.B. Zeitschriften, Zeitungen, Magazine sowie grundsätzlich auch Beilagen und Sondertitel) oder an Medieninhaber eines periodischen elektronischen Mediums,¹¹ somit

⁴ Dem MedKF-TG unterliegen nur alle nach dem 1. Juli 2012 veröffentlichten, ausgestrahlten oder verbreiteten Werbeaufträge.

⁵ Vgl. die Regierungsvorlage, 1276 BlgNR 24. GP.

⁶ ORF-Gesetz, BGBl 1984/379 i.d.F. BGBl I 2012/15.

⁷ Bundesgesetz über audiovisuelle Mediendienste (Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz — AMD-G), BGBl I 2001/84 i.d.F. BGBl I 2012/16.

⁸ Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen für privaten Hörfunk erlassen werden (Privatradiogesetz — PrR-G), BGBl I 2001/20 i.d.F. BGBl I 2010/50.

⁹ Mediengesetz BGBl 1981/314 i.d.F. BGBl I 2012/50.

¹⁰ Vgl. §§ 1 Abs. 1 Z 3, 4 und 5 MedienG.

¹¹ § 1 Abs. 1 Z 5a MedienG.

z.B. Werbung in Rundfunkprogrammen, auf Webseiten, in Newslettern.

[Rz 5] **Keine Werbeaufträge** im Sinn des Medientransparenzgesetzes sind somit grundsätzlich:

- Plakatwerbung, City Lights oder Werbung auf Gegenständen (wie etwa auf Zapfpistolen bei Tankstellen oder Zapfsäulen; Fahrzeuge mit Werbeklebern);
- Flyer, Flugblätter, Postwurfsendungen (sofern diese aufgrund der Gestaltung und Häufigkeit nicht als Teil einer zumindest viermal jährlich erscheinenden Reihe und damit als periodisches Medium zu betrachten sind).

[Rz 6] Ein **explizite Ausnahme** von der Bekanntgabepflicht besteht für folgende Aufträge an Medieninhaber (§ 2 Abs. 2 MedKF-TG):

- Aufträge zur Erfüllung einer bundes- oder landesgesetzlich geregelten oder sonst verwaltungsbehördlich angeordneten Veröffentlichungsverpflichtung (z.B. nach § 44 a AVG¹² für Großverfahren);
- gerichtlich angeordnete Veröffentlichungen (z.B. aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs);
- Stellenausschreibungen oder ähnliche Veröffentlichungen, die im Ergebnis der Mitteilung an einen bloß eingeschränkten Interessentenkreis dienen (z.B. Mitteilungen über Personalbestellungen, Beförderungen, Ernennungen oder Todesanzeigen).

[Rz 7] Unerheblich ist, ob ein Werbeauftrag an einen Medieninhaber direkt oder indirekt über Vermittlung eines Dritten erfolgt (§ 2 Abs. 1 MedKF-TG). Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage nennen letztere *«Medienkooperationen»*. Darunter ist z.B. die Zwischenschaltung einer Mediaagentur zu verstehen, selbst wenn die *«Auswahl des Medieninhabers und des/der periodischen Mediums/Medien, in dem/denen die wie immer geartete Werbemaßnahme eines der aufgezählten Rechtsträger 'geschaltet' wird, einer Medienagentur nach deren eigenem Ermessen (auch in der Aufteilung auf mehrere Medien) bzw. in deren eigenen Namen obliegt.»*¹³

3 Von der Bekanntgabepflicht betroffene Rechtsträger

[Rz 8] Der Bekanntgabepflicht bei Werbeaufträgen nach § 2 MedKF-TG unterliegen folgende Rechtsträger:

- **Bund** (Bundesministerien), **Länder**, **Gemeinden mit über 10.000 Einwohnern** und Gemeindeverbände;
- Stiftungen, Fonds¹⁴ und Anstalten,¹⁵ die von Organen des Bundes/eines Landes/einer Gemeinde oder von Personen (Personengemeinschaften) verwaltet werden, die hierzu von Organen des Bundes/eines Landes/einer Gemeinde bestellt sind;
- **Unternehmen, an denen der Bund/ein Land/eine Gemeinde** mit mindestens 10.000 Einwohnern allein oder gemeinsam mit anderen der Zuständigkeit des Rechnungshofs unterliegenden Rechtsträgern jedenfalls **mit mindestens 50% beteiligt ist** oder die der Bund/das

¹² Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 — AVG, BGBl 1991/51 i.d.F. BGBl I 2011/ 100.

¹³ Erläut RV 1276, 24. GP.

¹⁴ Z.B. Bundeswohnbaufonds, Fonds Soziales Wien, FWF — Der Wissenschaftsfonds (Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung), Insolvenz-Entgelt-Fonds (IEF), Kriegsoffer- und Behindertenfonds etc..

¹⁵ Z.B. Buchhaltungsagentur des Bundes, Bundesanstalt «Statistik Österreich», Landeshypothekenbanken, Diplomatische Akademie Wien, Kärntner Verwaltungsakademie etc.

Land/die Gemeinde allein oder gemeinsam mit anderen solchen Rechtsträgern betreibt (z.B. Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft, Österreichische Bundesforste AG, Österreichische Postbus Aktiengesellschaft, Österreichische Rundfunksender GmbH, VERBUND AG, WIEN ENERGIE GmbH, Flughafen Wien Aktiengesellschaft,¹⁶ etc.);

- öffentlich-rechtliche Körperschaften mit Mitteln des Bundes/eines Landes/ einer Gemeinde mit mindestens 10.000 Einwohnern¹⁷;
- gesetzliche berufliche Vertretungen (z.B. Wirtschaftskammer Wien, aber auch die einzelnen Fachverbände der Wirtschaftskammer Österreich, Bundes- und Landesinnungen, sowie Fachgruppen der Landeswirtschaftskammern, Rechtsanwaltskammer Wien, Österreichische Apothekerkammer, Österreichische Ärztekammer, etc.);
- Träger der Sozialversicherung (z.B. Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter — PVA, Allgemeine Unfallversicherungsanstalt — AUVA, Niederösterreichische Gebietskrankenkasse — NÖGKK, Burgenländische Gebietskrankenkasse, Wiener Gebietskrankenkasse — WGKK, etc.);
- **sonst durch Gesetz der Rechnungshofkontrolle unterworfenen Rechtsträger** (z.B. Österreichischer Rundfunk — ORF),¹⁸

[Rz 9] Der Rechnungshof hat der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) zu Beginn eines jeden Kalenderjahres eine halbjährlich zu aktualisierende Liste der ihm bekannten, seiner Kontrolle unterliegenden Rechtsträger samt den für die Erfassung der Rechtsträger erforderlichen Daten (Namen, Adressen, vertretungsbefugte Organe) in elektronischer Form zu übermitteln (§ 1 Abs. 3 BVG MedKF-T). Diese Liste ist öffentlich zugänglich und über die Webseite des Rechnungshofes unter <http://www.rechnungshof.gv.at/beratung/pruefobjekte.html> abrufbar.

[Rz 10] Eine «Flucht ins Ausland» z.B. im Wege von Konzerngesellschaften im Ausland, die die Werbeaufträge erteilen, ist den betroffenen Rechtsträgern im Übrigen nicht möglich. Nach § 12 RHG¹⁹ betreffend die der Prüfpflicht unterliegenden Unternehmen, an denen der Bund allein oder gemeinsam mit anderen der Zuständigkeit des Rechnungshofes unterliegenden Rechtsträgern jedenfalls mit mindestens 50% beteiligt ist oder durch finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen tatsächlich beherrscht, erstreckt sich die Zuständigkeit des Rechnungshofes nämlich «auch auf Unternehmungen jeder weiteren Stufe, bei denen die Voraussetzungen gemäß diesem Absatz vorliegen». Somit sind auch Tochtergesellschaften der betroffenen Rechtsträger erfasst, wobei keine Einschränkung dahingehend besteht, ob dies nur für in- oder auch für ausländische Tochtergesellschaften gilt. Festzuhalten ist, dass sich der Rechnungshof bereits vor Inkrafttreten dieser Bestimmung im Jahr 2009²⁰ als «aus Sicht des österreichischen Rechts in Ansehung aller ihm zukommenden Prüfungsbefugnisse zu Gebarungsüberprüfungen an Ort und Stelle auch dann berufen [erachtete], wenn die zu überprüfende Einrichtung im Ausland gelegen ist».²¹

¹⁶ Zudem sind oftmals auch die einzelnen Konzernunternehmen erfasst.

¹⁷ Z.B. Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (auch Verbände höherer Ordnung sind ebenfalls als Körperschaften öffentlichen Rechts anzusehen), Österreichisches Filminstitut, Österreichisches Hebammengremium, Wasserverbände etc.

¹⁸ Die Gebarung des Österreichischen Rundfunks unterliegt der Kontrolle des Rechnungshofes; vgl. § 31 a Abs. 1 ORF-G; ORF-Gesetz, BGBl 1984/379 i.d.F. BGBl I 2012/15.

¹⁹ Bundesgesetz über den Rechnungshof (Rechnungshofgesetz 1948 — RHG), BGBl 1948/144 i.d.F. BGBl I 2010/111.

²⁰ BGBl I 2009/105.

²¹ Vgl. den Teilbericht des Rechnungshofes «Bund 2006/12», abrufbar unter http://www.rechnungshof.gv.at/fileadmin/downloads/2006/berichte/teilberichte/bund/Bund_2006_12/Bund_2006_12_07.pdf

4 Berechnung / Bemessung des Entgelts

[Rz 11] Die von der Bekanntgabepflicht nach § 2 MedKF-TG betroffenen Rechtsträger sind verpflichtet, der zuständigen Behörde, d.h. der KommAustria, über eine unter <https://www.rtr.at/de/m/Webschnittstelle> zugängliche Webschnittstelle für sämtliche direkt oder unter Vermittlung über Dritte (siehe oben) erteilten, vom MedKF-TG erfassten Werbeaufträge quartalsweise den Namen des jeweiligen (periodischen) Mediums, in dem Veröffentlichungen vorgenommen wurden, und die Gesamthöhe des geleisteten Entgelts für die jeweils innerhalb eines Quartals erfolgten Veröffentlichungen für das jeweilige periodische Medium bekannt zu geben.

[Rz 12] Die Meldung ist quartalsweise jeweils innerhalb von zwei Wochen ab dem Ende eines jeden Quartals zu erstatten (§ 2 Abs. 3 MedKF-TG). Maßgeblich für die Zuordnung des Werbeauftrages zu einem Quartal ist dabei jeweils der Zeitpunkt der Leistungserbringung, d.h. der Veröffentlichung, und nicht der Zeitpunkt der tatsächlichen Entgeltzahlung (bei der Bekanntgabepflicht für Förderungen ist hingegen der Zeitpunkt der Zusage der Gewährung einer Förderung maßgeblich).²² Dies bewirkt unter anderem bei quartalsübergreifenden Kampagnen einen zusätzlichen Aufwand, weil das jeweils anteilige Entgelt heraus zu rechnen ist.

[Rz 13] Die Bekanntgabe ist nach dem Namen des Mediums aufzuschlüsseln.²³ Dabei ist zu beachten, dass mehrere periodische Medien auch von einem Medieninhaber betrieben werden können. Mangels entsprechender Ausnahme fallen auch Werbeaufträge in ausländischen Medien in den Anwendungsbereich.

[Rz 14] Wurden im jeweils maßgeblichen Quartal keine Aufträge durchgeführt oder *«beträgt die Gesamthöhe des Entgelts der von einem Medieninhaber eines periodischen Mediums durchgeführten Aufträge nicht mehr als 5000 Euro im jeweiligen Quartal»*,²⁴ so ist über die Webschnittstelle eine sogenannte «Nullmeldung» abzugeben.

[Rz 15] Der Gesetzestext stellt zwar nicht klar, ob sich die 5.000-Euro-Grenze auf einen Medieninhaber selbst oder auf ein bestimmtes periodisches Medium eines Medieninhabers bezieht.²⁵ Aufgrund des Gesamtzusammenhangs des MedKF-TG ist m.E. aber davon auszugehen, dass die 5.000-Euro-Grenze jeweils auf ein konkretes Medium (d.h. die konkrete Zeitschrift oder Zeitung, den Rundfunksender oder die Webseite) abzielt.²⁶

[Rz 16] Für die Berechnung des im Rahmen der Bekanntgabepflicht anzugebenden Entgelts ist das **Nettoentgelt** heranzuziehen (§ 2 Abs. 5 MedKF-TG). Darunter fällt gemäß § 4 UStG²⁷ grundsätzlich alles, was der Empfänger einer Leistung aufzuwenden hat, um die Leistung zu erhalten (Solleinnahme).²⁸ Da § 2 Abs. 3 MedMedKF-TG vom *«geleisteten»* Entgelt ausgeht, sind m.E. vom oben genannten Entgelt Steuern (d.h. USt und eine allfällige Werbeabgabe) heraus zu rechnen.

²² Vgl. § 2 Abs. 1 Medientransparenzgesetz für Werbeaufträge und § 4 Abs. 1 Medientransparenzgesetz für Förderungen.

²³ Vgl. ErlRV 1276 BlgNR 24. GP.

²⁴ § 2 Abs. 4 MedKF-TG.

²⁵ Die Erläuterungen führen dazu lediglich aus, dass im *«Interesse einer umfassenden Transparenz [...] auch eine Verpflichtung für die vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes erfassten Rechtsträger vorgesehen [ist], ausdrücklich bekanntzugeben, dass kein Auftrag erteilt wurde.»*; ErlRV 1276 BlgNR 24. GP, 5.

²⁶ Vgl. auch <https://www.rtr.at/de/m/FAQRF68>.

²⁷ Bundesgesetz über die Besteuerung der Umsätze (Umsatzsteuergesetz 1994 — UStG 1944), BGBl 1994/663 i.d.F. BGBl I 2012/112.

²⁸ Dieses Entgelt zieht auch das Werbeabgabegesetz als Bemessungsgrundlage heran; vgl. § 2 Abs. 1 Bundesgesetz, mit dem eine Abgabe auf Werbeleistungen eingeführt wird (Werbeabgabegesetz 2000), BGBl I 2000/142.

[Rz 17] **Preisnachlässe oder Skonti** mindern grundsätzlich das Entgelt und sind daher auch nicht Teil des anzugebenden Nettoentgelts. Es ist davon auszugehen, dass dies auch nachträglich gewährte Rabatte oder Skonti betrifft. Sind solche bereits absehbar bzw. kalkulierbar, ist m.E. das bereits entsprechend bereinigte Entgelt zu melden. Hinsichtlich der in der Werbebranche oftmals erst am Ende eines Geschäftsjahres erteilten und damit für die betroffenen Rechtsträger zwar aus ökonomischer Sicht positiven, im Rahmen der Bekanntgabepflicht problematischen Rabatte erscheint es zweckmäßig, diese im Rahmen einer Korrektur der KommAustria mitzuteilen. M.E. sind solche Änderungen der Entgelte (d.h. etwa durch die nachträgliche Gewährung von Rabatten) auf Antrag der Rechtsträger durch die KommAustria zu ändern.²⁹ Die RTR-GmbH und somit der Geschäftsapparat der KommAustria ist allerdings anderer Ansicht, nämlich dass Korrekturen nur im Fall eines Widerspruchs zwischen den vom Rechtsträger bekanntgegebenen Daten und den von der KommAustria veröffentlichten Daten vorgesehen sind. Eine unvollständige oder unrichtige Bekanntgabe kann nach Ansicht der RTR-GmbH daher nicht nachträglich korrigiert werden.³⁰ Unabhängig von der Ansicht der RTR-GmbH erscheint es jedoch im Hinblick auf eine allfällige Prüfung des Rechnungshofes und die in diesem Zusammenhang drohende Möglichkeit der Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens im Fall von bekanntgegebenen Daten, die unrichtig sind oder (z.B. aufgrund nachträglicher Rabatte) werden, empfehlenswert, die KommAustria zur Richtigstellung unter Anführung des Grundes der Richtigstellung aufzufordern. Schlussendlich kann eine Behörde generell von einer Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind.³¹

[Rz 18] Vor dem Hintergrund des *telos* des Gesetzes, die Entgelte für Werbeaufträge offen zu legen, die an einzelne Medien (und nicht für allfällige Mediaagenturen) bezahlt werden, sind Entgelte, die im Zuge einer Auftragsverteilung an Mediaagenturen oder Vermarkter bezahlt werden (sog. **Agenturprovisionen**), m.E. ebenfalls nicht Teil des zu Meldenden (Netto-)Entgeltes. In der Praxis kann auch dies zu erheblichen administrativen Problemen führen, weil Direktvermarkter (z.B. RMA oder RMS) ihre internen Verrechnungsschlüssel nicht (öffentlich) bekannt geben, weil davon auch deren wirtschaftlicher Erfolg abhängt. Für die Berechnung der tatsächlich an die einzelnen Medienunternehmen bezahlten Entgelte ist es allerdings notwendig, dass diese im Detail aufgelistet werden. Für einen betroffenen Rechtsträger erscheint es daher im Hinblick auf eine allfällige Prüfung des Rechnungshofes empfehlenswert, z.B. nachweislich vom Vermarkter die Offenlegung der an die Medieninhaber für die jeweiligen Medien geleisteten Entgelte zu verlangen und dann entweder diese zu melden oder mangels entsprechender Informationen eine Schätzung auf Basis des an den Vermarkter gezahlten Entgelts vor dem Hintergrund der ohne Einschaltung der Vermarkter geltenden Preise für Werbeaufträge in den jeweiligen Medien vorzunehmen.

²⁹ Vgl. ErlRV 1276 BlgNR 24. GP 5. Auch der Wortlaut von § 3 Abs. 6 MedKF-TG unterstützt m.E. diese Ansicht, weil ein betroffener Rechtsträger, der eine Unrichtigkeit einer Angabe feststellt, unverzüglich die KommAustria darüber (in elektronischer Form) zu informieren hat. In Folge hat die KommAustria *«gegebenenfalls die Richtigstellung zu veranlassen»*.

³⁰ Vgl. <http://www.rtr.at/de/m/FAQRF101>.

³¹ § 21 Abs. 1 VStG.

5 Gegengeschäfte

[Rz 19] Theoretisch können Werbeleistungen auch (völlig) unentgeltlich erbracht werden. Dies ist weder untersagt noch nach dem MedKF-TG im Rahmen der Bekanntgabepflicht zu berücksichtigen. Gänzlich unentgeltliche Leistungen erscheinen jedoch im täglichen Wirtschaftsleben unrealistisch und werden daher in der Praxis, falls überhaupt, wohl äußerst selten auftreten.

[Rz 20] Selbst wenn kein direkter (monetärer) Zahlungsfluss erfolgt, so werden Werbeleistungen (d.h. von der Bekanntgabepflicht erfasste «*Werbeaufträge*») in der Praxis regelmäßig ganz oder teilweise aufgrund anders gearteter Gegenleistungen erbracht. Dies bewirkt erhebliche Schwierigkeiten bei der Bemessung des bekannt zu gebenden Entgelts im Rahmen der Bekanntgabepflicht nach § 2 MedKF-TG.

[Rz 21] In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass das MedKF-TG von einem weit zu verstehenden Begriff der «Entgeltlichkeit» ausgeht und in § 2 Abs. 5 MedKF-TG ausdrücklich auch den Tausch oder tauschähnliche Geschäfte erfasst (d.h. wenn die Entgeltleistung nicht in Form eines in- oder ausländischen gesetzlichen Zahlungsmittels erfolgt). Während der Tausch in der Regel eine körperliche Gegenleistung betrifft, kann bei einem tauschähnlichen Geschäft die Gegenleistung m.E. in jeder sonst erdenklichen Zuwendung bestehen. In beiden Fällen ist nach dem klaren Wortlaut des MedKF-TG der «*gemeine Wert*» anzugeben.³²

[Rz 22] Eine Legaldefinition, was unter dem «gemeinen Wert» zu verstehen ist und wie dieser gerade im kreativen Bereich der Werbewirtschaft anzusetzen wäre, fehlt im MedKF-TG jedoch. Auch die Gesetzesmaterialien schweigen diesbezüglich, was wiederum zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit auf Seiten der betroffenen Rechtsträger führt. Zur Ermittlung kann m.E. jedoch auf die Rechtsprechung sowie auf die Definitionen in anderen Materiengesetzen zurückgegriffen werden. Nach der Judikatur ist der gemeine Wert mit dem ordentlichen Preis i.S.d. § 305 ABGB gleichzusetzen und umfasst jenen Nutzen, den die Sache mit Rücksicht auf Zeit und Ort gewöhnlich und allgemein leistet. Dies ist in erster Linie der Marktpreis, also der Austauschwert einer Sache. Falls sich kein wahrer Markt gebildet hat oder dieser im Verdacht ungerechter Preisbildung steht, ist auf den Ertrags- oder Gestehungskostenwert abzustellen.³³ Ähnlich bestimmt auch § 10 Abs. 2 Bewertungsgesetz, dass der gemeine Wert durch den Preis bestimmt wird, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsgutes bei einer Veräußerung zu erzielen wäre.³⁴ Dabei sind alle Umstände, die den Preis beeinflussen, zu berücksichtigen, ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse hingegen nicht. Dabei kann m.E. ein Rabatt abgezogen werden, sofern dies branchenüblich ist und die Rabatte gewöhnlich gegenüber jedermann gewährt werden.³⁵ Somit haben die Rechtsträger bei der Ermittlung des gemeinen Wertes einer Leistung einen gewissen (wenngleich nicht allzu großen) Bewertungsspielraum. Der Bewertungsspielraum wird bei einheitlichen Marktpreisen kleiner, hingegen bei Leistungen, für die eine bestimmte preisliche Bandbreite oder gar kein Markt besteht, größer sein.

[Rz 23] Im erstgenannten Fall kann der betroffene Rechtsträger die Höhe des bekanntzugebenden

³² § 2 Abs. 5 MedKF-TG: «*Das geleistete Entgelt ist jeweils als Nettoentgelt anzugeben. Bei Tausch- oder tauschähnlichen Geschäften ist der gemeine Wert anzugeben. Für die Bekanntgabepflicht maßgeblich ist jeweils der Zeitpunkt der Leistungserbringung.*»

³³ Vgl. OGH vom 29. Mai 2008, 2 Ob 176/07g.

³⁴ So auch die Ansicht der RTR-GmbH unter <http://www.rtr.at/de/m/FAQRF80>.

³⁵ So auch der VwGH im Zusammenhang mit immer und gegenüber jedermann gewährten Preisnachlässen beim Fertigteilhauskauf, vgl. VwGH vom 11. Juli 2000, 97/16/0222.

Entgelt durch beeinflussen, dass der Wert seiner Leistung am unteren oder oberen Rand der Skala angesetzt wird. Wenn aber kein Markt besteht oder dieser im Verdacht ungerechter Preisbildung steht (so etwa aufgrund eines konkurrenzlosen Leistungsangebotes oder der Erbringung der Gegenleistungen ausschließlich innerhalb eines Konzerns), wäre hingegen auf den Ertrags- oder Gestehungskostenwert abzustellen.

[Rz 24] Obwohl die betroffenen Rechtsträger damit im Rahmen der Bekanntgabepflicht (d.h. bei der Bewertung der Höhe der Gegenleistung) eine gewisse Flexibilität haben, muss der letztlich bekanntgegebene (allenfalls auch im Rahmen einer Schätzung ermittelte) Wert einer Leistung m.E. einem sogenannten «Fremdvergleich» standhalten können; d.h. der ermittelte Wert der Leistung darf nicht wesentlich von dem abweichen, was ein Dritter für die Leistung des Rechtsträgers bezahlt hätte. Die genauen Grenzen werden aber immer erst im Einzelfall beurteilt werden können. Eine gänzlich freie Bewertung der Gegenleistung durch den betroffenen Rechtsträger ist m.E. jedoch wohl nicht zulässig.

[Rz 25] Nach dem Wortlaut des MedKF-TG bleibt allerdings offen, wessen Leistung bei einem Tausch oder einem tauschähnlichen Geschäft mit dem gemeinen Wert zu bewerten ist.³⁶ Dieser ist aber für die Bekanntgabepflicht maßgeblich. Auch aus den Gesetzesmaterialien ist hierzu nichts zu gewinnen.

[Rz 26] Einerseits könnte der Gesetzestext nämlich dahingehend verstanden werden, dass die vom Medieninhaber erbrachte Werbeleistung für die Bekanntgabe heranzuziehen ist, wenn diese im Zuge eines Tausches oder eines tauschähnlichen Geschäfts erfolgt.

[Rz 27] Andererseits könnte der Gesetzestext auch dahingehend verstanden werden, dass der gemeine Wert jener Leistung (des Gegengeschäfts) maßgeblich ist, die vom Auftraggeber (= Rechtsträger) an den Medieninhaber eines bestimmten Mediums erbracht wird.

[Rz 28] Für die letztgenannte Variante spricht m.E. bereits eine systematische Interpretation des Gesetzestextes. Die Regelung über den gemeinen Wert erfolgt nämlich im Anschluss an die Regelung der Heranziehung des Nettobetrag für das geleistete Entgelt und damit für die Leistung des Auftraggebers. («Das geleistete Entgelt ist jeweils als Nettoentgelt anzugeben. Bei Tausch- oder tauschähnlichen Geschäften ist der gemeine Wert anzugeben.»)³⁷ Folglich ist bei einem Tausch oder tauschähnlichen Geschäft der gemeine Wert der Leistung des Auftraggebers heranzuziehen. Diese Auffassung vertritt offenbar auch die RTR-GmbH.³⁸

[Rz 29] Da anzunehmen ist, dass in der Regel sowohl Auftraggeber als auch Medieninhaber marktwirtschaftlich agieren, sollten m.E. bei einer einem Drittvergleich standhaltenden Bewertung des gemeinen Werts jedoch regelmäßig ohnehin Leistung und Gegenleistung in einem Verhältnis stehen. Damit sollte es im Ergebnis aber ohnehin in der Mehrzahl der Tauschgeschäfte und der tauschähnlichen Geschäfte keinen Unterschied machen, welche Leistung (die des Auftraggebers oder die des Medieninhabers) für die Ermittlung des gemeinen Werts und damit für die Berechnung der geleisteten Entgelte im Rahmen der Bekanntgabepflicht herangezogen wird.

³⁶ § 2 Abs. 5 MedKF-TG.: «Das geleistete Entgelt ist jeweils als Nettoentgelt anzugeben. Bei Tausch- oder tauschähnlichen Geschäften ist der gemeine Wert anzugeben. Für die Bekanntgabepflicht maßgeblich ist jeweils der Zeitpunkt der Leistungserbringung.»

³⁷ § 2 Abs. 5 MedKF-TG.

³⁸ Vgl. <http://www.rtr.at/de/m/Erstinformation>: «Gemeiner Wert: wird für einen Auftrag im Einzelfall eine andere Form von (Gegen-) Leistung durch den Auftraggeber erbracht, ist anzugeben, wieviel für diese Leistung im gewöhnlichen Geschäftsverkehr bezahlt werden hätte müssen.»

[Rz 30] Die hier vertretene Ansicht (Heranziehung des gemeinen Werts der Leistung des Auftraggebers) bietet den Rechtsträgern allerdings mehr Möglichkeiten zur Verschleierung des Werts der teilweise nur ungern offengelegten eigenen Leistungen, als die erwähnte andere Auslegungsform (Heranziehung des gemeinen Werts der Leistung des Medieninhabers). Folgendes Beispiel darf zur Verdeutlichung dienen:

[Rz 31] Der Auftraggeber erlaubt dem Medieninhaber, seine Zeitungsstände auf dem Grund und Boden des Auftraggebers aufzustellen und gewährt dem Medieninhaber im Rahmen der von ihm organisierten Veranstaltungen zudem weitere Vorteile. Im Gegenzug schließen der Auftraggeber und der Medieninhaber eine nach außen wahrnehmbare Vereinbarung, wonach der Medieninhaber dem Auftraggeber ein bestimmtes Volumen an Inseraten gewährt und dafür vom Auftraggeber lediglich ein vergleichsweise sehr geringes Entgelt erhält. Nach der hier vertretenen Ansicht, wonach auf die Leistung des Auftraggebers abzustellen ist, wäre es für den Auftraggeber einfach, die neben dem (geringen) Entgelt gewährten Gegenleistungen an den Medieninhaber (d.h. Aufstellen der Zeitungsstände bzw. sonstigen Vorteile) bei der Bekanntgabe unberücksichtigt zu lassen oder nur mit einem sehr geringen Gegenwert zu bemessen.

[Rz 32] Damit würde aber das Ergebnis der Bekanntgabe verfälscht und es könnte der Gesetzeszweck umgangen werden — dies zumal solche Leistungen des Auftraggebers und deren monetärer Wert nur schwer objektivierbar sind. Die Leistung des Medieninhabers wäre hingegen relativ leicht anhand von Vergleichen mit seinen sonstigen Preisen zu kontrollieren.

6 Schlussfolgerungen

[Rz 33] Bei einem Gegengeschäft zwischen einem dem MedKF-TG unterliegenden Auftraggeber und einem Medieninhaber betreffend einen dem Gesetz unterliegenden Werbeauftrag, d.h. bei einem Tausch oder tauschähnlichen Geschäft, ist für die Bemessung des im Rahmen der Bekanntgabepflicht nach § 2 MedKF-TG relevanten Entgelts jene Leistung (d.h. des sog. Gegengeschäfts) maßgeblich, die an den Medieninhaber erbracht wird.

[Rz 34] Bei der Ermittlung des gemeinsamen Wertes besteht ein gewisser Spielraum, zumal die Bewertung der Höhe des «geleisteten» Entgelts (d.h. des tauschähnlichen Geschäftes) letztlich dem betroffenen Auftraggeber selbst obliegt. Sofern eine Bandbreite von vergleichbaren Leistungen auf dem Markt besteht, können die von einem betroffenen Auftraggeber erbrachten Gegenleistungen grundsätzlich innerhalb der Bandbreite des Vergleichspreissegments festgesetzt werden. Die Berechnung muss allerdings einem Fremdvergleich standhalten, d.h. der ermittelte Wert der Leistung darf nicht wesentlich von dem abweichen, was ein Dritter für die Leistung bezahlen würde.

[Rz 35] Dem erklärten Ziel des Gesetzes, Transparenz in die Verteilung von Werbegeldern der öffentlichen Verwaltung und «staatsnaher» Rechtsträger zu bringen, dienen Gegengeschäfte jedoch wohl jedenfalls nicht.

7 Literatur

Fehér / Otto / Steindl, Medientransparenzgesetz, 2. Auflage, Verlag Manz: 2013

Kogler, Kontrolle durch Transparenz — Offenlegung des Inseratenaufkommens in und der Eigen-

tumsverhältnisse an periodischen Medien, MR: 2011, 347

Dr. Gerald Otto, LL.M. ist Partner der Cabjolsky & Otto Rechtsanwälte OG in Wien. Zu seiner Ehre betreute der Jubilar seine Dissertation. Lieber Friedrich, vielen Dank für Deine Unterstützung, Deine Geduld, Dein Einfühlungsvermögen und die Vielzahl an skurrilen Geschichten, an denen ich teilhaben durfte. Ad multos annos!