

TE Bvwg Erkenntnis 2020/7/20 W271 2158512-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.07.2020

Entscheidungsdatum

20.07.2020

Norm

B-VG Art133 Abs4

KOG §2 Abs1 Z7

KOG §2 Abs1 Z9

KOG §36

ORF-G §14 Abs5

ORF-G §14 Abs7

ORF-G §35

ORF-G §36 Abs4

ORF-G §37 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

Spruch

W271 2158512-1/12E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Anna WALBERT-SATEK als Vorsitzende sowie die Richterin Mag. Ingrid ZEHETNER als Beisitzerin und den Richter Mag. Eduard Hartwig PAULUS als Beisitzer über die Beschwerde des Österreichischen Rundfunks, vertreten durch Dr. Christina PERKTOLD, gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria vom XXXX , XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am XXXX zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. VERFAHRENSGANG

1. Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria; in Folge: „belangte Behörde“) wertete im Zuge ihrer Beobachtungspflicht gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG betreffend die Einhaltung der Bestimmungen des dritten Abschnitts („Kommerzielle Kommunikation“) des ORF-G sowie der werberechtlichen Bestimmungen der §§ 9 bis 9b und 18 ORF-G durch den Österreichischen Rundfunk (ORF; in Folge: „Beschwerdeführer“) und seine Tochtergesellschaften das am XXXX ausgestrahlte Fernsehprogramm auf ORF eins aus.

2. Wegen des Verdachts, dass im Zuge des um ca. 18:50 Uhr ausgestrahlten Spots für den „ XXXX “ gegen die genannten Bestimmungen verstoßen worden sein könnte, leitete die belangte Behörde ein Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen ein. Dies wurde dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom XXXX mitgeteilt und ihm die Möglichkeit eingeräumt, sich binnen zwei Wochen ab Zustellung des Schreibens zum Sachverhalt und der rechtlichen Würdigung durch die belangte Behörde zu äußern.

3. Der Beschwerdeführer äußerte sich mit Stellungnahme vom XXXX . Er führte im Wesentlichen aus, dass die Sachverhaltsfeststellungen der belangten Behörde für den Beschwerdeführer nicht nachvollziehbar seien, weil diese fast durchgängig unrichtige Wertungen beinhalten würden, die den Bildern bei neutraler Beobachtung in keiner Weise zu entnehmen seien. Darüber hinaus habe die belangte Behörde im Wesentlichen idente Spots bereits als (zulässige) Werbung eingeordnet; dies gelte für jene Verfahren, die derzeit aufgrund von Beschwerden des Beschwerdeführers gegen die Straferkenntnisse der belangten Behörde vom XXXX , XXXX , und XXXX , XXXX , beim Bundesverwaltungsgericht anhängig seien. Es sei nicht zu erkennen, wie im Wesentlichen idente Spots einmal als Werbung in die Werbezeit einzurechnen und ein anderes Mal überhaupt verboten seien, d.h. gar nicht ausgestrahlt hätten werden dürfen.

4. Die belangte Behörde erließ daraufhin am XXXX den nunmehr angefochtenen Bescheid, in dem sie feststellte:

„1. Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) stellt im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk (ORF) gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 und Z 9 KommAustria-Gesetz (KOG). BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2016, in Verbindung mit den 35, 36 und 37 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 120/2016, fest, dass der ORF am XXXX um ca. 18:50 Uhr im Fernsehprogramm ORF eins durch die Ausstrahlung eines Werbespots für den ‚ XXXX ‘ die Bestimmung des § 14 Abs. 7 ORF-G idF BGBl. I Nr. 112/2015 verletzt hat, wonach die Bewerbung von Hörfunkprogrammen des ORF in Fernsehprogrammen des ORF, sofern es sich nicht um Hinweise auf einzelne Sendungsinhalte handelt, unzulässig ist.

2. Die KommAustria erkennt gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung. Dem ORF wird aufgetragen, den Spruchpunkt 1. binnen sechs Wochen ab Rechtskraft der Entscheidung an einem Werktag (Montag bis Freitag) zwischen 18:30 und 19:30 Uhr im Fernsehprogramm ORF eins in folgender Weise durch Verlesung durch einen Sprecher und Einblendung des Textes im Bild zu veröffentlichen:

„Die Kommunikationsbehörde Austria hat im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über den ORF Folgendes festgestellt:

Der ORF hat am XXXX um ca. 18:50 Uhr im Fernsehprogramm ORF eins einen Werbespot zugunsten des ‚ XXXX ‘ ausgestrahlt. Dadurch hat der ORF gegen das gesetzliche Verbot verstoßen, wonach die Bewerbung von Hörfunkprogrammen des ORF in Fernsehprogrammen des ORF unzulässig ist, sofern es sich nicht um Hinweise auf einzelne Sendungsinhalte handelt.’

3. Dem ORF wird aufgetragen, binnen weiterer zwei Wochen der KommAustria gemäß § 36 Abs. 4 ORF-G einen Nachweis der Veröffentlichung in Form von Aufzeichnungen zu übermitteln.“

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst wie folgt aus:

Zu Spruchpunkt 1. führte die belangte Behörde aus, dass dem Spot für den „ XXXX “ keinerlei Hinweise auf bestimmte Sendungsinhalte zu entnehmen seien. Daher sei der Ausnahmetatbestand des § 14 Abs. 7 ORF-G nicht erfüllt. Die TV-Einschaltung stelle vielmehr verbotene Werbung für ein Hörfunkprogramm des Beschwerdeführers in einem Fernsehprogramm des Beschwerdeführers dar. Deren Aufmachung, visuelle Gestaltung sowie Text bewerbe vordringlich eine – im Wege des „ XXXX “ vermittelte – „Partystimmung“ und würden diese positiven Emotionen

augenscheinlich der Imagewerbung für den Radiosender XXXX dienen, dessen XXXX „die Party wieder auf die Piste bringe“. Aus der Sicht eines Durchschnittsbetrachters werde unzweifelhaft das Hörfunkprogramm XXXX als „Partysender“ beworben. Dieser Imageeffekt decke sich im Übrigen mit der Zielrichtung der seit mehreren Jahren stattfindenden „ XXXX “-Tour, bei der es sich um eine klassische Off-Air-Marketing-Aktivität des Beschwerdeführers handle, die auf die Erzielung von Hörerbindung und damit Reichweitensteigerung gerichtet sei (vgl. BVwG 25.11.2016, W249 2118650-1/18E). Die durch den Spot erzeugte werbliche Botschaft (XXXX als „Partysender“) werde schließlich vom durchschnittlich aufmerksamen und informierten Zuseher mit dem Hörfunkprogramm XXXX in Verbindung gebracht. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes werde auch dann bei mehrfacher optischer und akustischer Erwähnung ein Bezug zum Hörfunkprogramm XXXX hergestellt, „wenn der Name dieses Programms vordergründig nur als Bestandteil des Veranstaltungstitels aufscheint“ (VwGH 11.11.2009, 2008/04/0119).

Die auf das Mindestmaß beschränkten Informationen zur Veranstaltung in XXXX (Datum und ungefähre Ort) sowie die Bewerbung der gesamten Off-Air-Marketing-Aktivität von XXXX würden die konkrete Einzelveranstaltung gegenüber der Imagewerbung für das Hörfunkprogramm weitgehend in den Hintergrund rücken. Zudem vermöge die Tatsache allein, dass die Bewerbung eines Hörfunkprogramms in eine Veranstaltungsankündigung „hineinverpackt“ werde, nicht vom Verbot der Cross-Promotion zu dispensieren (BKS 26.03.2007, 611.009/0006-BKS/2007; VwGH 11.11.2009, 2008/04/0119). Dies gelte umso mehr, wenn der primäre Zweck der (mitbeworbenen) Veranstaltung im Off-Air-Marketing bzw. der Off-Air-Promotion des Hörfunkprogrammes des Beschwerdeführers liege und keinerlei Sendungsbezug gegeben sei.

Dass die belangte Behörde idente Spots bereits als – zulässige – Werbung eingeordnet habe, sei unzutreffend: Gegenstand der genannten Strafverfahren (XXXX und XXXX) sei in Bezug auf vergleichbare „ XXXX “-Spots die Frage ihrer Einrechnung in die höchstzulässige Werbezeit gewesen, wobei jeweils auch eine Mitbewerbung der am jeweiligen Veranstaltungsort angebotenen Dienstleistungen des Skigebiets vorgelegen sei. Die Prüfung der Einhaltung der Bestimmung des § 14 Abs. 7 ORF-G sei im Rahmen der zitierten Verwaltungsstrafverfahren explizit ausgeklammert worden. Es sei festgehalten worden, dass von einer Einrechnung der Werbespots in die Werbezeit ausgegangen werde, ohne dass die Frage der Zulässigkeit vor dem Hintergrund des § 14 Abs. 7 ORF-G beantwortet werden müsse. § 14 Abs. 7 ORF-G sei nämlich nicht verwaltungsstrafbewehrt und habe damit gar nicht verfahrensgegenständlich sein können.

Die imagefördernde Wirkung des Spots für das Hörfunkprogramm XXXX führe sohin zu dem Schluss, dass § 14 Abs. 7 ORF-G verletzt worden sei.

Mit Spruchpunkt 2. und 3. trug die belangte Behörde dem Beschwerdeführer auf, die Entscheidung der belangten Behörde zu veröffentlichen und einen Nachweis darüber zu erbringen.

5. Der Beschwerdeführer erhob gegen sämtliche Spruchpunkte dieser Entscheidung am XXXX Beschwerde. Er beantragte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie in der Sache selbst zu erkennen, die angefochtenen Spruchpunkte des Bescheides aufzuheben und das Verfahren einzustellen.

In seiner Beschwerde wies der Beschwerdeführer einleitend darauf hin, dass die belangte Behörde eine falsche Feststellung getroffen habe („Ab XXXX [...]“). Tatsächlich werde aus dem Off folgender Text gesprochen: „ XXXX . Am XXXX XXXX “ Es sei also die Veranstaltung „ XXXX “ am XXXX . beworben worden. Dabei handle es sich um eine mobile Diskothek mit einer umgebauten Pistenraupe. Es werde Musik abgespielt, ein DJ lege Musik auf.

In weiterer Folge bemerkte er zu Spruchpunkt 1., dass das Hörfunkprogramm XXXX – gerade zur Vermeidung von Cross-Promotion-Konflikten – lediglich einmal akustisch sowie einmal optisch im Spot genannt und auch kein XXXX - Logo eingesetzt werde. Darüber hinaus würden keine Prominenten oder XXXX -Stars ins Bild kommen und könne das Zeigen von tanzenden Personen für sich alleine keinen werblichen Effekt auslösen. Die TV-Einschaltung beinhalte ausschließlich reine Informationen (Zeit und Ort der Veranstaltung in XXXX sowie eine grundsätzliche Charakterisierung hinsichtlich der Musikrichtung und des angesprochenen Publikums). Diese Informationen seien gerade nicht auf ein Mindestmaß beschränkt, sondern es würden sämtliche entscheidungswesentlichen Daten und Fakten dargestellt werden, die für eine Teilnahme an der Veranstaltung notwendig seien. Die von der belangten Behörde gezogene Schlussfolgerung, die konkrete Einzelveranstaltung rücke in den Hintergrund, sei außerdem wegen der oben angeführten falschen Sachverhaltsdarstellung unzulässig.

Die bloße, allenfalls auch mehrfache Nennung eines Programmes des Beschwerdeführers oder einer seiner Sendung sei für sich allein jedenfalls nicht geeignet, einen verpönten werblichen Effekt zu generieren (BKS 26.03.2007,

611.009/0006-BKS/2007). Auch verbiete das ORF-G nicht jede redaktionelle Gestaltung (BKS 26.03.2007, 611.009/0006-BKS/2007). Zudem begründe die Verwendung eines Logos oder Schriftzugs oder die Tatsache, dass Menschen in einer bestimmten Lebenssituation gezeigt werden würden, für sich genommen keinen unzulässigen werblichen Effekt (BKS 30.03.2009, 611.956/0015-BKS/2009). Daher würden weder die Bilder von Personen beim Tanzen, noch die Verwendung der Formulierung „bringt die Party auf die Piste“ im Hinblick auf eine Musik- und Tanzveranstaltung einen wie immer gearteten Imageeffekt zugunsten des Hörfunkprogramms XXXX bewirken. Beworben werde die konkrete Veranstaltung, „wobei natürlich auch eine gewisse ‚Partystimmung‘ transportiert wird, da das Publikum durch den Werbespot ja Lust bekommen soll, die Veranstaltung zu besuchen“ (Beschwerde, Seite 4). Für den durchschnittlichen Zuseher werde dadurch aber keineswegs die Botschaft, dass der Sender XXXX ein „Partysender“ sei, vermittelt.

Die belangte Behörde habe ferner im Wesentlichen idente Spots bereits als (zulässige) Werbung eingeordnet. Es sei nicht zu erkennen, wie solche Spots einmal als Werbung in die Werbezeit einzurechnen und ein anderes Mal überhaupt verboten seien.

Da die von der belangten Behörde festgestellte Rechtsverletzung nicht vorliege, seien der angefochtene Spruchpunkt 1. sowie die damit verbundenen Spruchpunkte 2. und 3. Des angefochtenen Bescheides betreffend die Veröffentlichung der Entscheidung aufzuheben.

6. Die belangte Behörde legte dem BVwG am XXXX diese Beschwerde mit einer Stellungnahme vor, wonach die belangte Behörde von einer Beschwerdevorentscheidung Abstand genommen habe und auf eine mündliche Verhandlung ausdrücklich verzichte.

Soweit der Beschwerdeführer eine fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung vorbringe, sei zu entgegnen, dass nicht eindeutig zu erkennen sei, ob die Wortfolge nun „ XXXX “ oder tatsächlich „ XXXX “ laute, dieser Frage aber keinerlei rechtliche Relevanz zukomme. Die belangte Behörde stütze die imagefördernde Wirkung des Spots für das Hörfunkprogramm XXXX nämlich in keiner Weise und schon gar nicht alleine darauf, ob nun die gesamte Veranstaltungsreihe oder aber eine einzelne Veranstaltung dieser Reihe beworben werde; die Bewerbung der gesamten Veranstaltungsreihe habe lediglich als ergänzendes Element in der Begründung gedient.

Widersprüchlich seien die Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach die Bewerbung der Rundfunk- und Fernsehprogramme des Beschwerdeführers, nicht aber die als neutraler Hinweis gestaltete reine Information untersagt sei und die Vermittlung reiner Informationen auch auf den gegenständlichen Spot zutreffe. An andere Stelle werde allerdings ausgeführt, dass im Zuge der Bewerbung der konkreten Veranstaltung „natürlich auch eine gewisse ‚Partystimmung‘ transportiert“ werde.

Soweit die Beschwerde schließlich vorbringe, dass der Radiosender XXXX lediglich einmal akustisch sowie einmal optisch genannt und auch kein Logo eingesetzt werde sei, sei dem die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 11.11.2009, 2008/04/0119) entgegenzuhalten, wonach es nicht erforderlich sei, dass der Imagewerbeeinfluss alleiniger Bestandteil bzw. Fokus eines Spots sei. Selbst bei Nennung von Daten und Fakten (wie in der Beschwerde vorgebracht) bewirke ein Spot jedenfalls auch eine ausgeprägte imagefördernde Wirkung für das Hörfunkprogramm.

7. Am XXXX fand in der Angelegenheit eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. In der Beschwerdeverhandlung wurde dem Beschwerdeführer Gelegenheit gegeben, zur Beschwerdevorlage Stellung zu nehmen.

8. Am XXXX übermittelte der Beschwerdeführer eine deutlichere Audioaufnahme der bestrittenen Passage der Einschaltung („Ab“ bzw. „Am XXXX [...]“), die auch der belangten Behörde zur Kenntnis gebracht wurde.

II. FESTSTELLUNGEN

Aufgrund des von der belangten Behörde durchgeführten und vom Bundesverwaltungsgericht nachgeprüften Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentliche – und vom Beschwerdeführer im Wesentlichen unbestritten gebliebene – Sachverhalt (Spotablauf) fest:

A m XXXX wurde im Fernsehprogramm ORF eins um ca. 18:50 Uhr im Rahmen eines Werbeblocks nach einem Sponsorhinweis zugunsten von „ XXXX “ und „ XXXX “ ein Werbespot für den „ XXXX “ ausgestrahlt, der wie folgt gestaltet war:

Der Spot beinhaltet zunächst die Einblendung eines Bildes von einem Skigebiet, aufgenommen auf einem Berggipfel mit Panoramablick auf die umliegenden, schneebedeckten Berge. Auf dem Gipfel ruhen sich offenbar Ski- und

Snowboardfahrer in der Sonne aus. Vordergründig wird während der Einblendung des Panoramabildes groß der Schriftzug „XXXX“ eingeblendet.



Aus dem Off wird gleichzeitig folgender Text gesprochen: „Jetzt bringt er die Party wieder auf die Piste.“ Anschließend werden abwechselnd kurze Sequenzen von tanzenden, fahnschwingenden Skifans bzw. Skifahrern, einer mit einem DJ-Pult samt Lautsprechern an deren Dach ausgestatteten Pistenraupe (offenbar der gegenständliche „XXXX“), Kunststücken von Personen in Snowboardbekleidung vor einer Pistenraupe sowie von zahlreichen lachenden bzw. jubelnden, sich augenscheinlich in „Partystimmung“ befindenden, vorwiegend jungen Menschen, eingeblendet.



Hinterlegt werden diese Bilder bzw. Videosequenzen von einem Medley aus flotter, tanzbarer Popmusik. Gleichzeitig dazu wird aus dem Off folgender Text gesprochen: „Der XXXX . Am XXXX beim XXXX.“ Parallel wird der Schriftzug „XXXX“ sowie anschließend daran der Text „XXXX“ eingeblendet.

Abgeschlossen wird der Spot mit dem eingangs gezeigten Bild mit Panoramablick, wobei nunmehr – neben den sich ausruhenden Menschen – auch eine Pistenraupe in den Vordergrund tritt. Der Text „XXXX“ wird groß über das Bild gelegt.



Der Spot hat eine Dauer von ca. 21 Sekunden. Es folgt unmittelbar ein „Werbe-Reminder“, danach folgt ein Werbespot für das Unternehmen „XXXX“.

Beim „XXXX“ handelt es sich um eine „mobile Diskothek“ mit einer umgebauten Pistenraupe. Es wird Musik abgespielt, ein DJ legt Musik auf.

III. BEWEISWÜRDIGUNG

Die Feststellungen zum ausgestrahlten Spot gründen sich auf die vom Bundesverwaltungsgericht nachgeprüften und im Wesentlichen für zutreffend befundenen Feststellungen der belangten Behörde im bekämpften Bescheid sowie auf die Angaben der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde (zum „XXXX“). Der Beschwerdeführer hat den bereits von der belangten Behörde festgestellten und vom Bundesverwaltungsgericht als erwiesen angenommenen Sachverhalt

wie auch die dazu getroffene Beweiswürdigung – mit Ausnahme eines Wortes des gesprochenen Off-Textes („Der XXXX . XXXX beim XXXX.“ anstelle von „Der XXXX . Ab XXXX beim XXXX .“) – nicht bestritten.

Eine Einsichtnahme des Bundesverwaltungsgerichtes in die Aufzeichnung der relevanten TV-Einschaltung und ein Abspielen der vom Beschwerdeführer übermittelten Aufnahme ergeben, dass der gesprochene Text „Am“ und nicht – wie von der belangten Behörde festgestellt – „Ab“ lautet.

IV. RECHTLICHE BEURTEILUNG

IV.1. VERFAHREN VOR DEM BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

Nach § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Bundesverwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, „[s]ofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist“. Nach § 28 Abs. 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG 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.

Der KommAustria obliegt gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG u.a. die Beobachtung der Einhaltung der Bestimmungen des 3. Abschnitts des ORF-G und der werberechtlichen Bestimmungen der §§ 9 bis 9b und 18 ORF-G durch den Beschwerdeführer. Infolge der durchgeführten Auswertung des im Sachverhalt umschriebenen Programms leitete die belangte Behörde ein Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG iVm §§ 35 bis 37 ORF-G ein.

Gemäß § 36 KOG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht über Beschwerden in jenen Fällen, in denen die KommAustria belangte Behörde ist (§ 9 Abs. 2 VwGVG), durch Senat. Im gegenständlichen Fall richtet sich die Beschwerde gegen einen Bescheid der KommAustria, die auch belangte Behörde im vorgenannten Sinne ist. Es besteht daher Senatszuständigkeit.

ZU A)

IV.2. GESETZLICHE GRUNDLAGE

Die im vorliegenden Fall relevante Regelung des Bundesgesetzes über den Österreichischen Rundfunk – ORF-Gesetz (ORF-G), StF: BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 50/2010, lautet auszugsweise:

§ 14 ORF-G:

„Fernseh- und Hörfunkwerbung, Werbezeiten

§ 14. [...]

(7) Die Bewerbung von Hörfunkprogrammen des Österreichischen Rundfunks in Fernsehprogrammen des Österreichischen Rundfunks (§ 3) und umgekehrt ist, sofern es sich nicht um Hinweise auf einzelne Sendungsinhalte handelt, unzulässig.

[...]“

IV.3. SPRUCHPUNKT 1. DES ANGEFOCHTENEN BESCHEIDES (VERBOT DER CROSS-PROMOTION)

Gemäß § 14 Abs. 7 ORF-G ist die Bewerbung von Hörfunkprogrammen des Beschwerdeführers in Fernsehprogrammen des Beschwerdeführers, sofern es sich nicht um Hinweise auf einzelne Sendungsinhalte handelt, unzulässig.

Im Beschwerdefall ist unstrittig, dass der Beschwerdeführer den verfahrensgegenständlichen Spot für den „ XXXX “ am XXXX um ca. 18:50 Uhr im Fernsehprogramm ORF eins ausgestrahlt hat. Der Beschwerdeführer bestreitet auch nicht, dass dabei kein Hinweis auf bestimmte Sendungsinhalte vorliegt. Strittig ist, ob der gezeigte Inhalt die Bewerbung des Hörfunkprogrammes XXXX bezweckt oder er ausschließlich Informationen zu einer Veranstaltung enthält.

Im angefochtenen Bescheid vertritt die belangte Behörde die Auffassung, dass es sich beim inkriminierten Beitrag um verbotene Werbung für ein Hörfunkprogramm des Beschwerdeführers in einem Fernsehprogramm handelt, womit eine Verletzung des § 14 Abs. 7 ORF-G vorliege (zum Vorbringen im Detail vgl. die Ausführungen in Punkt I.4.).

Der Beschwerdeführer entgegnet in seiner Beschwerde vor, dass der ausgestrahlte Spot bloß neutrale Hinweise für die Teilnahme an einer Veranstaltung liefere und damit der Tatbestand des § 14 Abs. 7 ORF-G nicht erfüllt sei (zum Vorbringen im Detail vgl. die Ausführungen in Punkt I.5.).

Wie im Folgenden gezeigt wird, ist der Ansicht der belangten Behörde zu folgen:

Die mit der Novelle BGBl. I 32/2001 eingeführte Bestimmung des § 13 Abs. 8 ORF-G (dabei handelt es sich um die wortgleiche Vorgängerbestimmung des § 14 Abs. 7 ORF-G bis zur Novelle BGBl. I Nr. 50/2010) ordnet das Verbot der sogenannten „cross promotion“ an, mit dem einseitige Wettbewerbsverzerrungen hintangehalten werden sollen (VwGH 20.10.2004, 2003/04/0179). Dem Beschwerdeführer kommt aufgrund seiner Möglichkeit, mehrere Fernseh- und Hörfunkprogramme zu veranstalten und diese gegenseitig zu bewerben, ein unvergleichbar starker Wettbewerbsvorteil gegenüber privaten Veranstaltern zu (ErläutRV 634 BlgNR XXI. GP, 37). Auch der Verfassungsgerichtshof erachtete die Regelung des § 14 Abs. 7 ORF-G in der Vergangenheit als „Maßnahme zum Schutz privater Mitbewerber“, „zumal der ORF in Österreich sowohl beim terrestrischen Fernsehen als auch beim Hörfunk eine marktbeherrschende Stellung innehat, die mit einem massiven Vorteil im Wettbewerb mit privaten Rundfunkveranstaltern verbunden ist“ (VfSlg 17.006/2002).

Darauf aufbauend hat sich die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entwickelt, wonach die eine Bewerbung von Hörfunkprogrammen des Beschwerdeführers in seinen Fernsehprogrammen (und umgekehrt) grundsätzlich unzulässig ist. Von diesem grundsätzlichen Werbeverbot bestehen nur insoweit Ausnahmen, als „Hinweise auf einzelne Sendungsinhalte“ gegeben werden. Letztere liegen aber nur dann vor, wenn der informative, redaktionelle und nicht der werbende Inhalt im Vordergrund steht (zuletzt VwGH 17.11.2011, 2011/03/0054, mwN).

Der Verfassungsgerichtshof liest die wortidentische Vorgängerbestimmung des § 14 Abs. 7 ORF-G so, dass das Cross-Promotion-Verbot nicht auch „reine Information“ betrifft, sondern nur die „Bewerbung“ von Hörfunk und Fernsehprogramme des Beschwerdeführers durch das jeweils andere Medium (VfSlg 17.006). Nach der Judikatur des Bundeskommunikationssenates verbietet § 14 Abs. 7 ORF-G dem Beschwerdeführer nicht jede redaktionelle Gestaltung (BKS 26.03.2007, 611.009/0006-BKS/2007) und Verwendung eines Superlativs (BKS 28.09.2009, 611.172/0001-BKS/2009). Der BKS sprach auch aus, dass etwa die (mehrfache) namentliche Erwähnung eines Programms, ein Schriftzugs oder das Zeigen von Menschen in bestimmten Lebenssituationen für sich genommen alleine ebenfalls noch nicht ausschlaggebend sind, um von einer unzulässigen Werbewirkung ausgehen zu können (BKS 26.03.2007, 611.009/0006-BKS/2007). Eine Kombination verschiedener Gestaltungselemente der TV-Einschaltung kann jedoch sehr wohl eine verpönte werbliche Wirkung erzielen, stellt der Verwaltungsgerichtshof doch auf eine Gesamtbetrachtung und damit auf die Frage ab, ob der werbende Inhalt oder der informative und redaktionelle Inhalt im Vordergrund steht (VwGH 27.01.2006, 2004/04/0114; siehe auch BKS 30.03.2009, 611.956/0015-BKS/2009 und BKS 29.01.2007, 611.009/0017-BKS/2006, mwN). Das Vorliegen einer Imagewerbung ist anhand der spezifischen Charakteristika des zu beurteilenden Beitrages festzustellen und es besteht kein Katalog bestimmter Elemente, deren Vorliegen oder Nicht-Vorliegen darüber entscheiden kann, ob von Imagewerbung auszugehen ist oder nicht; vgl. dazu BKS 26.02.2007, 611.009/0001-BKS/2007).

Der vorliegende Fall ist vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung so gelagert, dass die inkriminierte Einschaltung für den „XXXX“ gegen das Verbot der Cross-Promotion verstößt:

Das Bundesverwaltungsgericht kann der belangten Behörde nicht entgegentreten, wenn diese im bekämpften Bescheid dem gesendeten Spot einen werblichen Charakter zugunsten des Hörfunkprogrammes XXXX bescheinigt. Zwar ist die Erwähnung des „XXXX“ für sich betrachtet noch nicht als unzulässige Imagewerbung für XXXX zu qualifizieren (BKS 29.01.2007, 611.009/0017BKS/2006; 26.03.2007, 611.009/0006-BKS/2007), doch findet aus Sicht des Publikums aufgrund weiterer Elemente im Beitrag eine gedankliche Verknüpfung mit dem Radiosender statt. So ist die optische und akustische Gestaltung der TV-Einschaltung (auf die idyllische Anfangssequenz mit in der Sonne ruhenden Ski- und Snowboardfahrern folgen nach der Einblendung des Schriftzuges „XXXX“ mehrere mit flotter Popmusik untermalte Sequenzen von vergnügten und ausgelassen tanzenden Wintersportlern) vorrangig darauf ausgelegt, eine „Partystimmung“ in den Bergen zu vermitteln. Dies gesteht der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde selbst zu („Beworben wird die konkrete Veranstaltung, wobei natürlich auch eine gewisse ‚Partystimmung‘ transportiert wird.“, Beschwerde, Seite 4). Musik und Feierlaune auf der Skipiste sind – klar erkennbar – auf den „XXXX“, eine umgebaute Pistenraupe mit DJ-Pult, zurückzuführen (der zuvor beschriebene Stimmungswechsel tritt just nach der Ansage „Jetzt

bringt er die Party wieder auf die Piste.“ und der anschließenden Einblendung des „XXXX “ ein). Die mit der Darstellung bewirkten positiven Emotionen werden vom Durchschnittsbetrachter zwangsläufig auf den Hörfunksender XXXX übertragen, der mit dem Spot als ein Radiosender positioniert wird, auf dem die beste Musik zum Feiern zu hören ist. Damit tritt eine Werbewirkung zugunsten des Hörfunkprogrammes XXXX ein. Durch die Verwendung des Begriffes „XXXX “ – wenn auch nur als Bestandteil des Veranstaltungstitels – setzt der durchschnittliche Zuseher die beworbene Botschaft „XXXX als Partysender“ typischerweise mit diesem Hörfunkprogramm in Beziehung (vgl. für eine ähnliche Sachverhaltskonstellation BKS 16.06.2008, 611.955/0002-BKS/2008, bestätigt durch VwGH 11.11.2019, 2008/04/0119). Keine Rolle spielt in diesem Zusammenhang, ob ein einzelnes Event oder die gesamte Veranstaltungsreihe der „XXXX “ vom Beschwerdeführer beworben wurde, weil der verpönte Imageeffekt zugunsten des Hörfunkprogrammes XXXX – wie eben dargestellt – unabhängig davon zustande kommt. Unerheblich ist daher auch, ob der Wortlaut der verfahrensgegenständlichen Einschaltung „ab“ bzw. „am XXXX ...“ lautete.

Der Beschwerdeführer wendet ein, dass der Beitrag wegen der bekannten Problematik der Cross-Promotion von ihm so neutral wie möglich gestaltet worden sei. So sei es nur zur einmaligen optischen sowie textlichen Erwähnung von XXXX , aber zu keiner Einblendung des XXXX -Logos oder prominenter Menschen etc. gekommen. Wie soeben ausgeführt, geht die inkriminierte Einschaltung – trotz der „vorsorglichen“ Maßnahmen des Beschwerdeführers – weit über das hinaus, was zur bloßen Information über das Stattfinden einer Veranstaltung oder Sendungsinhalte nötig gewesen wäre (vgl. VwGH 11.2009, 2008/04/0119). Bei einer Gesamtbetrachtung der Aufmachung der Einschaltung zeigt sich, dass diese ein werbliches Erscheinungsbild aufweist. Dieses ist angesichts der animierenden Aufmachung, welche der Beschwerdeführer selbst hervorhebt (Beschwerde, Seite 4), dazu geeignet, das bislang uniformierte oder unentschlossene Publikum nicht nur zum Besuch einer Veranstaltung, sondern zum Einschalten des Hörfunkprogrammes XXXX zu bewegen, was eine Kerneigenschaft von Werbung ist (vgl. VwGH 01.09.2017, Ra 2017/03/0007).

Die in der TV-Einschaltung vorkommenden Hinweise zur angekündigten Veranstaltung sind auf die bloße Terminangabe („XXXX“) und den ungefähren Ort („XXXX“) beschränkt und transportieren damit – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – nicht alle relevanten Informationen für eine Teilnahme. Diese rudimentären Informationen nehmen ferner gegenüber der Hervorhebung der Botschaft „XXXX als Partysender“ einen verschwindend geringen Teil des Spots ein, sodass klar der bewerbende Charakter für ein Hörfunkmedium des Beschwerdeführers im Vordergrund steht. Damit verwirklicht der Beitrag gerade jenen Erfolg, den § 14 Abs. 7 ORF-G verhindern will. Der Beschwerdeführer vermag somit auch mit der Argumentation, dass es sich bei der relevierten Einschaltung bloß um eine neutrale Ankündigung einer Einzelveranstaltung gehandelt habe, nicht durchzudringen. Die Tatsache, dass eine Veranstaltungsankündigung in eine Bewerbung eines Hörfunkprogrammes „hineinverpackt“ wird, vermag ebenfalls nicht vom Verbot der Cross-Promotion zu dispensieren (BKS 26.03.2007, 611.009/0006 BKS/2007).

Der Beschwerdeführer bringt zuletzt vor, es sei nicht erkennbar, weshalb die belangte Behörde im Wesentlichen idente Einschaltungen in zwei ihrer Strafverfahren in der Vergangenheit als zulässige Werbung in die höchstzulässige Werbezeit pro Tag eingerechnet habe, nunmehr aber bemängle, dass der verfahrensgegenständliche Spot überhaupt nicht hätte ausgestrahlt werden dürfen. Es handelt sich dabei um die Straferkenntnisse vom XXXX , XXXX (Spruchpunkt 28. bestätigt durch BVwG 16.02.2016, W194 2016273-1/13E), und XXXX , XXXX (Spruchpunkt 14. bestätigt durch BVwG 25.11.2016, W249 2118650-1/18E, wiederum bestätigt durch VwGH 01.09.2017, Ra 2017/03/0007). Dieses Vorbringen vermag nicht zu überzeugen:

Zunächst liegen unterschiedliche Verfahren vor (Strafverfahren gegenüber Verfahren zur Feststellung einer Rechtsverletzung). Diesen liegen unterschiedliche Verfahrensgegenstände zugrunde: In den beiden Verwaltungsstrafverfahren ging es um den Verstoß gegen § 14 Abs. 5 ORF-G und die Verhängung von Verwaltungsstrafen. Im vorliegenden Rechtsverletzungsverfahren geht es um die Feststellung einer Rechtsverletzung gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG iVm §§ 35 bis 37 ORF-G wegen Verletzung des § 14 Abs. 7 ORF-G. Die Schutzziele dieser Bestimmungen unterscheiden sich: § 14 Abs. 5 ORF-G zielt auf eine Beschränkung des Ausmaßes der Werbeschaltungen des Beschwerdeführers zugunsten der Konsumenten ab; § 14 Abs. 7 ORF-G verbietet den Wettbewerbsvorteil des Beschwerdeführers zugunsten der privaten Mitbewerber.

Aufgrund der unterschiedlichen Verfahrensarten und Schutzziele der genannten Bestimmungen besteht schon grundsätzlich kein logischer Konflikt in den Beurteilungen der belangten Behörde. Zudem hat die belangte Behörde in den Straferkenntnissen ausdrücklich festgehalten, dass sie von einer Einrechnung der Spots in die Werbezeit ausgehe,

ohne eine Einhaltung der Bestimmung des § 14 Abs. 7 ORF-G zu prüfen – dies war schlicht nicht Verfahrensgegenstand der Strafverfahren. Im Strafverfahren ist es der belangten Behörde zudem verwehrt, allfällige Verletzungen des § 41 Abs. 7 ORF-G aufzugreifen (vgl. die Aufzählung in § 38 Abs. 1 ORF-G, in der § 14 Abs. 7 ORF-G keine Erwähnung findet). Die vorliegende Frage war daher einer Beurteilung der belangten Behörde im Strafverfahren gar nicht zugänglich.

Abschließend ist festzuhalten, dass bei der vorliegenden Einschaltung weder Hinweise auf einzelne Sendungsinhalte vorliegen, noch der informative oder redaktionelle Charakter der Einschaltung im Vordergrund steht. Vielmehr überwiegt klar der werbliche Charakter. Die Einschaltung ist geeignet, bisher uninformiertes oder unentschlossenes Publikum für ein Hörfunkprogramm des Beschwerdeführers zu gewinnen. Bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände ist die Einschaltung für den „XXXX“ als eine Imagekampagne für den Radiosender XXXX zu werten. Es liegt folglich eine Verletzung des Verbotes der Cross-Promotion gemäß § 14 Abs. 7 ORF-G vor. Die Beschwerde gegen Spruchpunkt 1. des angefochtenen Bescheides ist daher als unbegründet abzuweisen.

IV.4. SPRUCHPUNKT 2. UND 3. DES ANGEFOCHTENEN BESCHEIDES (VERÖFFENTLICHUNG UND NACHWEIS DER VERÖFFENTLICHUNG)

Aus dem Vorgesagten folgt, dass die Beschwerde hinsichtlich des Spruchpunktes 1. abzuweisen und damit die von der belangten Behörde zutreffend erfolgte Feststellung einer Rechtsverletzung zu bestätigen ist.

Gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G kann die Regulierungsbehörde auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung durch den Beschwerdeführer oder eine seiner Tochtergesellschaften erkennen. Dies hat nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs als „contrarius actus“ so zu erfolgen, dass mit der Entscheidungsveröffentlichung „tunlichst der gleiche Veröffentlichungswert“ erzielt wird (VfSlg 12.497/1990).

Entsprechend diesen Vorgaben hat die belangte Behörde dem Beschwerdeführer die Veröffentlichung seiner Entscheidung binnen sechs Wochen ab Rechtskraft der Entscheidung aufgetragen. Dies ist nicht zu beanstanden. Somit ist die Beschwerde hinsichtlich Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheids als unbegründet abzuweisen.

Nach § 36 Abs. 4 ORF-G hat der Beschwerdeführer von allen seinen Sendungen und Online-Angeboten Aufzeichnungen herzustellen und diese mindestens zehn Wochen aufzubewahren. Im Falle einer Aufforderung der Regulierungsbehörde hat der Beschwerdeführer dieser die gewünschten Aufzeichnungen zur Verfügung zu stellen.

Der dies anordnende Spruchpunkt 3. des angefochtenen Bescheides ist, insbesondere wegen der Abweisung der Beschwerde auch betreffend Spruchpunkt 2., nicht zu beanstanden.

ZU B)

IV.5. UNZULÄSSIGKEIT DER REVISION

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

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt: Die zu beantwortende Rechtsfrage betreffend das Vorliegen von verbotener Cross-Promotion iSd § 14 Abs. 7 ORF-G (vgl. Pkt. IV.3.) wurde in der unter A) zitierten Judikatur bereits beantwortet und ist die Rechtslage so eindeutig, dass keine Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung vorliegen (Nichtvorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung bei eindeutiger Rechtslage: VwGH 27.02.2018, Ra 2018/05/0011; 01.08.2017, Ra 2015/06/0087).

Schlagworte

Cross Promotion Gesamtbetrachtung informativer Charakter mündliche Verhandlung Rechtsaufsicht
Veröffentlichungspflicht Werbung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W271.2158512.1.00

Im RIS seit

22.10.2020

Zuletzt aktualisiert am

22.10.2020

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at