

TE Vwgh Erkenntnis 2013/9/18 2012/03/0162

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.09.2013

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E3L E06202050;
16/02 Rundfunk;

Norm

32010L0013 audiovisuelle Mediendienste Art1 Abs1 litm;
EURallg;
ORF-G 2001 §1a Z10;
ORF-G 2001 §1a Z6;
ORF-G 2001 §1a Z7;
ORF-G 2001 §1a Z8 lit a;
ORF-G 2001 §1a Z8;
ORF-G 2001 §36 Abs1 Z1 lit c;
ORF-G 2001 §36;
ORF-G 2001 §37 Abs1 idF 2010/I/050;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Lehofer, Mag. Nedwed und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der beschwerdeführenden Parteien 1. K Betriebsges.m.b.H. in W,

1. 2.Ziffer 2

O GmbH, 3. T GmbH, beide in I, 4. S GmbH & Co KG in D, O GmbH, 3. T GmbH, beide in römisch eins,
4. S GmbH & Co KG in D,

1. 5.Ziffer 5

R GmbH & Co KG in K, 6. V GmbH in S, 7. M GmbH, 8. A GmbH,

2. 9.Ziffer 9

E GmbH, alle in W, 10. U GmbH in Sch, 11. N GmbH in W,

3. 12.Ziffer 12

H GmbH in St, 13. Su GmbH in W, 14. L GmbH & Co. KG in L,

4. 15.Ziffer 15

Ra GmbH in W, alle vertreten durch Dr. Michael Krüger Rechtsanwalt GmbH in 1010 Wien, Seilergasse 4/15, gegen den Bescheid des Bundeskommunikationssenats vom 5. November 2012, ZI 611.804/0002-BKS/2012, betreffend

Verletzung des ORF-G (mitbeteiligte Partei: Österreichischer Rundfunk in Wien, vertreten durch Korn Rechtsanwälte OG in 1040 Wien, Argentinierstraße 20; weitere Partei: Bundeskanzler), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat den beschwerdeführenden Parteien Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid vom 14. August 2012 stellte die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) gemäß den §§ 35, 36 Abs 1 Z 1 lit c iVm § 1a Z 10 und § 16 Abs 5 Z 4 des ORF-Gesetzes (ORF-G), BGBl I Nr 379/1984 idF BGBl I Nr 15/2012, fest, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) im Rahmen des Hörfunkprogramms "Ö3" im Zeitraum vom 12. September 2011 bis 16. September 2011, jeweils zwischen 06:30 und 19:00 Uhr, die Bestimmung des § 16 Abs 5 Z 4 ORF-G dadurch verletzt habe, dass er es unterlassen habe, Sendungen, in denen das Gewinnspiel "Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel" der Österreichischen Lotterien ausgestrahlt wurde, zu Sendungsbeginn und -ende eindeutig als Produktplatzierung enthaltende Sendungen zu kennzeichnen, um jede Irreführung des Konsumenten zu verhindern, und sie verpflichtete den ORF zur (nachweislichen) Veröffentlichung dieser Entscheidung. Mit Bescheid vom 14. August 2012 stellte die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) gemäß den Paragraphen 35, 36, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, in Verbindung mit Paragraph eins a, Ziffer 10 und Paragraph 16, Absatz 5, Ziffer 4, des ORF-Gesetzes (ORF-G), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 379 aus 1984, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2012,, fest, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) im Rahmen des Hörfunkprogramms "Ö3" im Zeitraum vom 12. September 2011 bis 16. September 2011, jeweils zwischen 06:30 und 19:00 Uhr, die Bestimmung des Paragraph 16, Absatz 5, Ziffer 4, ORF-G dadurch verletzt habe, dass er es unterlassen habe, Sendungen, in denen das Gewinnspiel "Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel" der Österreichischen Lotterien ausgestrahlt wurde, zu Sendungsbeginn und -ende eindeutig als Produktplatzierung enthaltende Sendungen zu kennzeichnen, um jede Irreführung des Konsumenten zu verhindern, und sie verpflichtete den ORF zur (nachweislichen) Veröffentlichung dieser Entscheidung.

Die dagegen erhobene Berufung wies die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid (Spruchpunkt 1.) ab. Mit Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheides wies sie überdies eine vom ORF gegen die festgestellte Rechtsverletzung erhobene Berufung ab.

Dieser Entscheidung legte sie folgende - unbestrittene - Sachverhaltsfeststellungen der KommAustria zugrunde (wörtliches Zitat, Hervorhebungen und Kursivschrift im Original):

"In der Zeit vom 12.09.2011 bis zum 16.09.2011 wurde (im Hörfunkprogramm Ö3 des ORF) 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. Das Gewinnspiel läuft im Wesentlichen in zwei Etappen ab, wobei der erste Teil vor den Nachrichten zur vollen Stunde stattfindet, in welchem die Ziehung der Zusatzzahl präsentiert und der Hörer zur Teilnahme am Gewinnspiel animiert wird. Dies geschieht 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 wird, erfolgt die eigentliche Ausspielung des Preises bzw. die Ermittlung des jeweiligen Gewinners. Der 33-igste Anrufer mit der richtigen Zusatzzahl wird dabei in die Sendung geschaltet.

Eine typische Sendestunde im Hörfunkprogramm Ö3 beginnt mit einer Nachrichtensendung zur vollen Stunde, gefolgt von Wettermeldungen und dem Verkehrsservice, welches zum Teil als eigene Patronanzsendung gestaltet wird. Hiernach folgt moderiertes Musikprogramm, welches nach etwa zwanzig Minuten durch einen Werbeblock unterbrochen wird. Zur halben Stunde wird - jedenfalls während der Morgensendungen - die laufende Sendestunde durch Wetter- und Verkehrsmeldungen sowie Schlagzeilen unterbrochen. Hierauf folgt neuerlich moderiertes Musikprogramm, welches kurz vor Ende der Sendestunde nochmals durch einen Werbeblock oder einen Singlespot unterbrochen wird. Kurz darauf folgen die nächsten Nachrichten zur vollen Stunde.

Im Folgenden werden exemplarisch die Sendestunden zur Spielrunde am 12.09.2011 um 07:00 Uhr sowie zur Spielrunde am 15.09.2011 um 12:00 Uhr transkribiert. Darüber hinaus werden Beginn und Ende - soweit für das gegenständliche Verfahren relevant - der Sendeflächen dargestellt, in denen diese Spielrunden stattfinden; dies sind

im gegebenen Fall der Ö3 Wecker, die Ö3 Vormittagsshow sowie Ö3 Heute:

Zur Spielrunde am 12.09.2011 um 07:00 Uhr

Am Montag, dem 12.09.2011, erfolgte rund um 07:00 Uhr die erstmalige Ausstrahlung des Gewinnspiels, somit im Rahmen des Ö3 Wecker. Der Ö3 Wecker wird von Montag bis Freitag zwischen 05:00 und 09:00 Uhr gesendet, wobei jeweils zur vollen Stunde Ö3- Nachrichten mit anschließendem Wetter- und Verkehrsservice ausgestrahlt werden und jeweils zur halben Stunde Verkehrs- und Wettermeldungen mit anschließenden Schlagzeilen bzw. Nachrichten.

Im Anschluss an die Nachrichten um 05:00 Uhr werden Wettermeldungen gesendet, gefolgt von dem bekannten, schrillen Signalton für die Verkehrsinformationen. Nach den Verkehrsinformationen ist bei aufmerksamem Zuhören ein akustisches Signal wahrzunehmen, das aus zwei knapp aufeinander folgenden Tönen bzw. einer Tonfolge besteht, unmittelbar gefolgt von der - ebenfalls bekannten - Signation für den Ö3 Wecker, in diesem Fall mit Moderator R K. Ein eindeutiger Hinweis darauf, dass im Rahmen der folgenden Sendung Produktplatzierung eingebunden ist, erfolgt nicht.

Wie bereits angeführt, erfolgte die erstmalige Ausstrahlung des Gewinnspiels am 12.09.2011 in der Sendestunde zwischen 06:00 und 07:00 Uhr. Im Anschluss an die Ö3-Nachrichten um 06:00 Uhr folgen die Wettermeldungen und darauf die Verkehrsinformationen, welche mit dem bekannten, schrillen Pfeifton angekündigt werden. Nach den Verkehrsinformationen startet unmittelbar die Signation des Ö3 Wecker, wobei man bei aufmerksamem Zuhören im Rahmen der Signation den schrillen Pfeifton zur Kennzeichnung des Endes der Verkehrsinformationen heraus hören kann. Ein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der nun folgenden Sendung Produktplatzierung stattfindet, erfolgt nicht. Ein der Tonfolge um kurz nach 05:00 Uhr vergleichbares akustisches Signal ertönt nicht. Nach einer Moderation zum Thema Schulanfang und der Einspielung eines Kurzinterviews mit einer Volksschülerin zu ihrem Lieblingsunterrichtsfach, geht der Moderator der Frage nach den Lieblingsschulfächern der Österreicher nach und leitet danach zum ersten Musiktitel über.

Ein paar Minuten vor halb sieben bzw. kurz vor 06:30 Uhr ist ein kurzes 'Pling' zu hören und es folgt ein Werbeblock. Im Anschluss an den Werbeblock um kurz vor 06:30 Uhr wird das Programm unmittelbar mit einer Folge der Ö3 Wecker Comedyserie 'Die Schulerinnerungen unserer Spitzenpolitiker' fortgesetzt, gefolgt von Musik.

Um ca. 06:31 Uhr kündigt der Moderator die Schlagzeilen zur halben Stunde an, wobei kurz darauf ein 'Pling' ertönt und ein Singlewerbespot für die Tageszeitung 'Ö' eingespielt wird. Danach ertönt neuerlich ein 'Pling' und es folgen nach kurzer Ankündigung die Verkehrsmeldungen mit S K. Nach den Verkehrsinformationen, den Wettermeldungen und den Schlagzeilen ist um ca. 06:34 Uhr unmittelbar eine Frauenstimme mit den folgenden Worten zu hören:

'Noch einmal die Gewinnzahlen in ansteigender Reihenfolge: 13, 16, 18, 33, 36, 38 und die Zusatzzahl ist 35'. Im Hintergrund ist die Erkennungsmelodie für die Lottoziehung zu hören. Ein der Tonfolge um kurz nach 05:00 Uhr vergleichbares akustisches Signal ertönt im Anschluss an die Schlagzeilen nicht. Ebenso wenig erfolgt ein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der folgenden Sendung Produktplatzierung stattfinden wird.

Mit Hintergrundmusik setzt der Moderator R K fort: 'Wenn Ihnen die Zahlen bekannt vorkommen, schauen Sie den Lottoschein lieber noch einmal genauer an. Es gibt einen Solosechser.'

Co-Moderatorin: 'Oh, ja.'

Moderator: '2.116.830 Euro 20 Eurocent. Ich bestehe auf die 20 Eurocent. Selbst wenn Sie nichts gewonnen haben, haben Sie jetzt immer noch eine Chance zu gewinnen, denn ab heute gibt es auf Ö3 etwas ganz Spezielles. Um kurz vor 7:00 gibt's zum ersten Mal eine Zusatzzahl von uns.'

Die musikalische Untermalung wird unterbrochen. Die Co-Moderatorin setzt fort 'Die wird gezogen. Und wenn Sie die in den letzten sechs Monaten getippt haben - irgendwann einmal.'

Moderator: 'Aber den Schein müssen Sie schon aufgehoben haben.'

Co-Moderatorin: 'Ja.'

Moderator: 'Nur zu sagen, ich habe getippt, reicht nicht.'

Sie müssen den Schein bereithalten.'

Co-Moderatorin: 'Dann rufen Sie bei uns an. Der

33. Anrufer, die 33. Anruferin gewinnt 5.000 Euro. Die Nummer - ganz wichtig: 0821 600 600.'

Hiernach erfolgt die Einspielung eines Jingles, wobei dessen Hintergrundmusik als Musikstück fortgeführt wird: Das gibt's nur hier auf Ö3. Jede Stunde 5.000 Euro gewinnen. Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel.'

Daraufhin folgen abwechselnd Musik und moderierte Beiträge zur Frage des beliebtesten Schulfachs in Österreich.

Etwa zehn Minuten vor 07:00 Uhr kündigt der Moderator während eines Ausschnittes eines Songs von den Red Hot Chili Peppers neuerlich das Gewinnspiel an: 'Nicht nur die Chance 5.000 Euro zu gewinnen, meine Damen und Herren in den nächsten Minuten, sondern auch Großartiges von den Red Hot Chili Peppers ...' Es folgt hierauf ein Werbeblock und daran anschließend der davor angekündigte Song der Red Hot Chili Peppers.

Kurz vor den Nachrichten um 07:00 Uhr wird das Gewinnspiel durch den Moderator - während des Auslaufens eines Musikstückes fortgesetzt: 'Wie schon gesagt 2.116.830 Euro 20 Eurocent. Der eine Glückliche oder einen Glücklichen.'

2. Moderator: 'Oh. Wow.'

Moderator: 'Der Jackpot ist geknackt. Es gibt einen Sechser. Und selbst wenn es auf Ihrem Lottoschein nichts gibt, gibt's da doch was. (Unter beginnenden Trommelwirbel) Ok. Wenn Sie denken, ich hab aber nicht einmal einen Dreier. Machen Sie nicht den Fehler, den ich gemacht habe. Seien Sie klüger. Ich hab hier Lottoscheine schon verbrannt, sogar aufgegessen.'

Co-Moderatorin: 'Das stimmt. Das kann man bestätigen.'

Moderator: 'Nein, nein, nein, nein. Hoffentlich haben Sie den Schein von gestern noch. Oder den der Vorwoche, oder irgendeinen Ihrer Lottoscheine zur Hand der letzten sechs Monate. Denn die alle spielen mit.'

Anschließend wird wieder folgender Jingle eingespielt:

'Das große Lotto Zusatzzahlenspiel. - Ein Spiel der Österreichischen Lotterien'. Die Melodie des Jingles wird fortgesetzt und der Moderator setzt ein: 'Und Sie hoffentlich auch. Mit der Zusatzzahl aus dem Ö3 Wecker können Sie nämlich stündlich 5.000 Euro gewinnen. Wir erhalten jede Stunde immer kurz vor den Nachrichten ein Mail.'

Co-Moderatorin: 'Ein Notar beaufsichtigt die Ziehung.'

Es ist der Ton eines eingehenden E-Mails und anschließend der Moderator zu hören: 'Und hier ist es auch schon. Liebes Ö3 Team.'

Co-Moderatorin: 'Anbei die Zusatzzahl der Stunde für Montag 12. September, 7:00 Uhr. Sie lautet: 43.'

Moderator: 'Haben Sie die 43. Die Zahl 43 in einer der Tippreihen auf Ihrer gültigen Lottoquittung stehen und die auch zur Hand. Dann rufen Sie uns jetzt an. Der oder die 33. Anruferin gewinnt 5.000 Euro. Hier ist die Nummer.'

Co-Moderatorin: '0821 600 600.'

Danach folgt wieder der Jingle: 'Das große Lotto Zusatzzahlenspiel - jede Stunde 5.000 Euro gewinnen. Das gibt's nur auf Ö3.'

Die Musik stoppt nach dem Jingle und der Moderator setzt wieder ein: 'Das Ö3 Frühjournal startet in 20 Sekunden.'

Danach folgt ein kurzer 'Pling' und es wird ein Singlespot für die Tageszeitung 'Ö' geschaltet. Danach folgen die Nachrichten um 07:00 Uhr. Nach dem Singlespot bzw. vor Beginn der Nachrichten erfolgt kein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der zu Ende gegangenen Sendung Produktplatzierung stattgefunden hat; auch ein der Tonfolge um kurz nach 05:00 Uhr vergleichbares akustisches Signal ertönt nicht.

Im Anschluss an die Ö3 Nachrichten um 07:00 Uhr, die Wetter- und die Verkehrsinformationen, gefolgt von einer Patronanzabsage für das Verkehrsservice, wird wieder folgender Jingle mit Musikuntermalung eingespielt: 'Hier ist der Ö3 Wecker. Das große Lotto Zusatzzahlenspiel.' Es erfolgt nach dem Patronanzhinweis für die Verkehrsmeldungen kein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der nun folgenden Sendung Produktplatzierung stattfindet; auch ein der Tonfolge um kurz nach 05:00 Uhr vergleichbares akustisches Signal ertönt nicht.

Der Moderator setzt mit Musikuntermalung fort: 'Immer kurz vor der vollen Stunde bekommen wir ein Mail vom Notar. Da steht dann zum Beispiel drauf: die Zusatzzahl für 7:00 Uhr lautet '43'. Und wenn Sie die 43 auf irgendeiner Lottoquittung der letzten sechs Monate, dann hieß es anrufen. Das haben viele gemacht, aber nur eine oder einer kann der 33. sein.'

Ich hab hier dran N.N. aus Ranken in Tirol. Guten

Morgen.'

Gewinner: 'Ja, guten Morgen.'

Moderator: 'Wir haben bereits überprüft - deine Lottoquittung ist von gestern. Hast du irgendetwas gewonnen?'

Gewinner: 'Nein, leider nix.'

Moderator: 'Doch, doch du hast schon gewonnen. Du bist der

33. Anrufer.'

Gewinner: 'Gewaltig, gewaltig.'

Moderatorin: 'Gratuliere.'

Moderator: 'Allerdings gewaltig. Den könntest du eigentlich mit uns teilen - den Gewinn. Ich mein, 5.000 Euro'

Gewinner: 'Ja, ja, schauen wir einmal.'

Moderator: '5.000 Euro von Lotto. Herzlichen Glückwunsch. Und diese Stunde kurz vor den Ö3 Nachrichten um 8:00 Uhr gibt es wieder eine neue Zusatzzahl und die nächste Chance für Sie auf 5.000 Euro.'

Nach einer kurzen melodischen Überbrückung wird der Ö3 Wecker Jingle eingespielt und das Programm wird fortgesetzt.

Nach dem Auslaufen des Musiktitels 'GOOD BYE HOLLYWOOD HILLS' von Sunrise Avenue meldet sich der Moderator mit den Worten:

'Ein Land steht auf und der Ö3 Wecker liefert den Soundtrack dazu!' Danach werden zwei Musiktitel kurz angespielt, gefolgt von einem Jingle für den Ö3 Wecker mit R K. Hierauf setzt der Moderator ein: 'Es ist sechs vor halb acht.' Im Anschluss gibt die Co-Moderatorin eine kurze Verkehrsmeldung bekannt, in der es um die Auflösung der Sperre einer Tunnelkette geht, worauf der Moderator zum Wettermoderator weitergibt und diesen danach fragt, wie warm es an diesem Tag werden soll. Schließlich kündigt der Moderator die Nachrichten zur halben Stunde an: 'Die Details in sechs Minuten um halb acht. Außerdem noch vor acht Uhr bei uns, eine neue Folge von Arnie allein zu Haus und... die Chance auf 5.000 Euro für sie von Lotto.' Diese Ankündigung erfolgt vor dem Hintergrund von Musik. Anschließend hört man leise ein 'Pling' und es folgt ein Werblock, an dessen Ende ein Jingle für Hitradio Ö3 zu hören ist, gefolgt vom nächsten Musiktitel.

Danach ist wieder der Moderator zu hören, der eine Schülerin am Telefon zu ihrem Lieblingsschulfach interviewt, von seinem eigenen berichtet, und im Anschluss die kurz darauf startenden Wetter- und Verkehrsmeldungen und Schlagzeilen ankündigt:

'Wetter, Schlagzeilen und Verkehr meine Damen und Herren, hier im Ö3 Wecker zum Start in die Schule und in die neue Woche, gibt's in 20 Sekunden hier auf Ö3.' Danach ertönt ein 'Pling' und es folgt ein Werbespot für die Tageszeitung 'Ö'. Gleich unmittelbar in Anschluss an den Spot ertönt der schrille Pfeifton für die Verkehrsmeldungen, wobei der Moderator mit folgenden Worten an die Co-Moderatorin S K weitergibt: 'Wir starten in den Montagmorgen. Willkommen am 12. September, wir wünschen ihnen eine erfolgreiche Woche. Aber erstmal reinkommen, klarer Weise. Heute geht's für alle wieder los, dementsprechend ist auf der Straße auch teilweise die eine oder andere Herausforderung für sie... S K.'

Es folgen die Verkehrsmeldungen.

Nach dem Werbespot bzw. vor Beginn der Schlagzeilen (inklusive Wetter und Verkehr) um ca. 07:30 Uhr erfolgt kein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der vorangegangenen Sendung Produktplatzierung vorgekommen ist.

In der Sendestunde zwischen 08:00 und 09:00 Uhr (der letzten Ö3 Wecker Stunde) ist nach Auslaufen des Musiktitels 'NARCOTIC' von Liquido um kurz vor 09:00 Uhr - bei aufmerksamem Zuhören - die gleiche Tonfolge zu hören, welche um kurz nach 05:00 Uhr zu Beginn des Ö3 Wecker eingespielt wurde. Unmittelbar danach setzt folgender Jingle ein: 'Das große Lotto Zusatzzahlenspiel. - Ein Spiel der Österreichischen Lotterien'. Unter Fortsetzung der Melodie des Jingles beginnt K B, die Moderatorin der nachfolgenden Sendung, mit folgender Ankündigung: 'Da ist es auch schon... Was für ein schönes Mail... und vor allem die Zahl, die drinnen steht, ist ja noch besser. Bitte liebes Ö3 Team, das steht

im Mail: Anbei die Zusatzzahl der Stunde für Montag den 12. September, 09:00 Uhr. Und zwar lautet sie:(unter Trommelwirbel) '2'. Es geht um 5.000 Euro von Lotto. Bitte wenn sie eine gültige Lottoquittung - sie kann sogar ein halbes Jahr alt sein - bei sich haben, bitte nehmen und anrufen, 0821 600 600, 5.000 Euro von Lotto gewinnen. Darauf startet wieder der folgende Jingle: 'Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel. Jede Stunde 5.000 Euro gewinnen. Das gibt's nur hier auf Ö3.'

Danach ertönt ein 'Pling' und es folgt Werbung, welche kurzfristig von der Signation für die Nachrichten überlagert wird. Die Signation wird unter Fortsetzung des Spots gestoppt und erst im Anschluss an den Werbespot folgt neuerlich die Einspielung der Signation für die Nachrichten um 09:00 Uhr. Nach dem Werbespot bzw. vor Beginn der Nachrichten um 09:00 Uhr erfolgt kein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der zu Ende gegangenen Sendung Produktplatzierung stattgefunden hat.

Zur Spielrunde am 15.09.2011 um 12:00 Uhr

Am 15.09.2011 wurde um 12:00 Uhr ebenfalls eine Gewinnspielrunde durchgeführt. Auf Ö3 wird wochentags in der Zeit von 09:00 bis 12:00 Uhr die Ö3 Vormittagsshow ausgestrahlt, ab 12:00 bis 14:00 Uhr folgt Ö3 Heute.

Im Anschluss an die Nachrichten um 09:00 Uhr, die Wetterinformationen und das Verkehrsservice ist unmittelbar die Moderatorin der Ö3 Vormittagsshow, K B, zu hören: 'Markus Du irrst, der Regen kommt nicht erst am Sonntag, der Geldregen kommt jetzt schon.' Während der letzten Worte werden gleichzeitig der Jingle 'Das große Lotto Zusatzzahlenspiel' und das Endsignal (schriller Pfeifton) nach dem Verkehrsservice eingespielt.

Die Moderatorin setzt hierauf fort: 'Einen schönen Vormittag, N.N. aus Köflach in der Steiermark, griß di'

Gewinnspielteilnehmer: 'Hallo.'

Moderatorin: 'Schönen Vormittag, was hamma denn für eine Zusatzzahl auf Deinem Quittungsschein?

Gewinnspielteilnehmer: 'Die richtige Gott sei dank.'

Moderatorin (lacht): 'Sag mal!'

Gewinnspielteilnehmer: '24'

Moderatorin: 'Oh, la la...' (Währenddessen ist die Signation für die Lottoziehung zu hören)

Es folgt eine Plauderei der Moderatorin mit dem Gewinner dieser Runde, u.a. über die Wünsche, die er sich mit dem gewonnenen Geld erfüllen möchte. Danach kündigt die Moderatorin den ersten Musiktitel dieser Stunde an. Es erfolgt nach den Nachrichten um 09:00 Uhr kein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der folgenden Sendung Produktplatzierung stattfindet. Ein akustisches Signal, welches der Tonfolge ähnelt, die etwa um kurz nach 05:00 Uhr des 12.09.2012 kurz zu hören war, ertönt ebenfalls nicht.

Die Sendestunde zwischen 11:00 und 12:00 Uhr wird wie folgt gestaltet:

Im Anschluss an die Ö3 Nachrichten um 11:00 Uhr, die Wetter- und die Verkehrsinformationen wird wieder folgender Jingle mit Musikuntermalung eingespielt: 'Das große Lotto Zusatzzahlenspiel.' Es ist davor bzw. im Anschluss an die Verkehrsinformationen weder ein eindeutiger Hinweis darauf zu hören, dass in der folgenden Sendung Produktplatzierung stattfindet, noch ertönt ein akustisches Signal. Es folgt im Anschluss an den Jingle der zweite Teil der Ausspielung der Runde für 11:00 Uhr, in welcher der Gewinner bzw. 33-igste Anrufer mit der richtigen Zusatzzahl in die Sendung zugeschaltet wird.

Danach folgt Musikprogramm. Etwa fünf Minuten vor 11:30 Uhr ertönt ein 'Pling' und es folgt ein Werbeblock. Im Anschluss an diesen wird das Musikprogramm (Titel 'HELLO' von Stevie Wonder) unmittelbar fortgesetzt.

Um kurz nach 11:30 Uhr folgt auf die Ankündigung der 'Ö3 Wecker Lehrer challenge' ein 'Pling' und danach folgt ein Singlewerbespot für D-Küchen. An diesen Werbespot schließen unmittelbar Verkehrsmeldungen an. Nach Ende der Verkehrsmeldungen ist wieder die Moderatorin K B zu hören, die sich mit ihren Co-Moderatoren über fingierte Nacktfotos von Scarlett Johanson unterhält. Danach ist wieder Musik zu hören. Vor Beginn der Verkehrsmeldungen erfolgt kein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der vorangegangenen Sendung Produktplatzierung stattgefunden hat. Ebenso wenig erfolgt nach Ende der Verkehrsmeldungen ein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der folgenden Sendung Produktplatzierung stattfindet. Es ist in beiden Fällen auch kein akustisches Signal zu hören.

Kurz vor 12:00 Uhr ist während der letzten Takte eines Musikstückes ('LAST OF THE AMERICAN GIRLS' von Green Day)

eine Tonfolge zu hören, die wie Morsezeichen klingt (Teil des ausklingenden Musiktitels). Währenddessen setzt die Moderatorin ein: 'Klingt so ähnlich wie eine E-Mail.' Anschließend folgt der Jingle: 'Das große Lotto Zusatzzahlenspiel. - Ein Spiel der Österreichischen Lotterien'.

Moderatorin: 'Aber nur so ähnlich.' Es wird schließlich der Ton einer eingehenden E-Mail eingespielt und die Moderatorin fügt hinzu: 'So klingt's richtig. Das Mail mit der gezogenen Zusatzzahl für die Stunde 12:00 Uhr, für den Donnerstag, den 15. September. Sie lautet '21'. Anrufen 0821 600 600. Es geht wieder um 5.000 Euro von Lotto'.

Anschließend wird folgender Jingle eingespielt: 'Das große Lotto Zusatzzahlenspiel - jede Stunde 5.000 Euro gewinnen. Das gibt's nur auf Ö3.' Danach folgt eine Tonfolge bzw. ein akustisches Signal, wobei es sich jedoch nicht um das Trennungszeichen handelt, welches auf Ö3 üblicherweise für Werbeblöcke verwendet wird. Die zwei Töne umfassende Tonfolge gleicht jener, die etwa auch am 12.09.2012 um kurz nach 05:00 Uhr vor Beginn des moderierten Programms eingespielt wurde. Danach folgt mittels anderer akustischer Trennung durch ein 'Pling' ein Singlewerbespot für D-Küchen und unmittelbar danach folgt die Signation für die Nachrichten bzw. im konkreten Fall das Mittagsjournal um 12:00 Uhr. Ein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der zu Ende gegangenen Sendung Produktplatzierung stattgefunden hat, erfolgt vor Beginn der Nachrichten nicht.

Nach dem Verkehrsservice um ca. 12:05 Uhr beginnt Ö3 Heute. Es wird in unmittelbarem Anschluss an das Verkehrsservice die Tonfolge eingespielt, welche bereits vor dem Mittagsjournal kurz vor dem 'Pling' (zur Trennung des Singlewerbespots) gesendet wurde. Hierauf folgt der Jingle für das Gewinnspiel: 'Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel'. Der Moderator setzt ein: 'Bei H in P sitzt die N.N. in ihrem Büro. In der Hand der Lottoschein und denkt sich gerade, was?'.

Es folgt ein kurzer Dialog mit dem Moderator und der Gewinnerin, wie die gewonnen 5.000 Euro investiert werden sollten.

Moderator: 'Ja, N.N., kannst schon ein Radl kaufen gehen. 5.000 Euro von Lotto. Wir haben deine Lottoquittung überprüft. Die gesuchte Zusatzzahl der Stunde ist drauf. Na.'

Gewinnerin: 'Ma, super.'

Moderator: 'Der Enkel ist in Zukunft mit dem Radl da.'

Gewinnerin: 'Der kriegt jetzt ein ganz ein supertolles Radl.'

Moderator: 'Eine feine Mittagspause dir.'

Gewinnerin: 'Ja, danke'.

Moderator: 'Hast du Mittagspause jetzt?' Gewinnerin: 'Ja, jetzt mach ich Mittagspause.'

Moderator: 'Mach ma mit...' Es folgt die Einspielung eines Jingles zu Ö3-Heute und Musik.

Ein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der ab 12:00 Uhr nach den Nachrichten, den Wetter- und Verkehrsmeldungen folgenden Sendung Produktplatzierung eingebunden wird, erfolgt nicht.

Kurz vor 12:30 Uhr wird ein Werbeblock gesendet, an dessen Ende der Moderator die Verkehrsmeldungen ankündigt, gefolgt von den genauen Verkehrsmeldungen. Diese werden unter Einfügung eines schrillen Pfeiftons beendet und es folgt wiederum Moderation. Vor Beginn der Verkehrsmeldungen erfolgt kein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der Sendung davor Produktplatzierung stattgefunden hat; auch im Anschluss an die Verkehrsmeldungen wird kein eindeutiger Hinweis auf in der folgenden Sendung vorkommende Produktplatzierung vorgenommen. In beiden Fällen ist auch kein akustisches Signal wahrzunehmen.

Kurz vor 14:00 Uhr setzt nach dem Ausklingen des Musiktitels 'STAY' von Hurts der Jingle für das Gewinnspiel ein: 'Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel. Ein Spiel der Österreichischen Lotterien.' Danach ist der Moderator der Sendung zu hören:

'28. 28 ist die Zusatzzahl der Stunde. 0821 600 600 anrufen, wenn sie eine gültige Lottoquittung haben. 0821 600 600'

(währenddessen ist die Erkennungsmelodie der Lotterien zu hören) Danach folgt der Jingle: 'Das große Lotto Zusatzzahlenspiel. Jede Stunde 5.000 Euro gewinnen. Das gibt's nur auf Ö3.'

Danach folgt die Tonfolge bzw. das akustische Signal, welches etwa auch um kurz vor 12:00 Uhr, vor Ende der

Ö3 Vormittagsshow eingespielt wurde. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um das Trennungszeichen, welches auf Ö3 üblicherweise für Werbeblöcke verwendet wird. Danach folgt mittels anderer akustischer Trennung durch ein 'Pling' ein Singlewerbespot für S und unmittelbar danach folgt die Signation für die Nachrichten um 14:00 Uhr. Ein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der zu Ende gegangenen Sendung Produktplatzierung stattgefunden hat, erfolgt vor Beginn der Nachrichten nicht."

Rechtlich folgte die belangte Behörde (soweit dies für das vorliegende Verfahren von Relevanz ist), die KommAustria habe auf der Grundlage dieses Sachverhaltes - entgegen der Beschwerde der beschwerdeführenden Parteien - ohne in irgendeiner relevanten Weise von der Spruchpraxis des Verwaltungsgerichtshofes abzuweichen aufgrund der mangelnden Eignung, die Kaufabsichten des unentschlossenen Durchschnittshörers zu fördern, das Vorliegen von Schleichwerbung zu Recht verneint. Aus demselben Grund habe sie auch zu Recht das Eventualbegehren der beschwerdeführenden Parteien, bei Verneinung einer Irreführungsabsicht einen Verstoß gegen das für Werbung geltende Trennungsgebot festzustellen, "abgewiesen". Zutreffend sei die KommAustria schließlich - was auch vom ORF bestritten werde - im vorliegenden Fall von einer Produktplatzierung iSd § 1a Z 10 ORF-G ausgegangen. Rechtlich folgte die belangte Behörde (soweit dies für das vorliegende Verfahren von Relevanz ist), die KommAustria habe auf der Grundlage dieses Sachverhaltes - entgegen der Beschwerde der beschwerdeführenden Parteien - ohne in irgendeiner relevanten Weise von der Spruchpraxis des Verwaltungsgerichtshofes abzuweichen aufgrund der mangelnden Eignung, die Kaufabsichten des unentschlossenen Durchschnittshörers zu fördern, das Vorliegen von Schleichwerbung zu Recht verneint. Aus demselben Grund habe sie auch zu Recht das Eventualbegehren der beschwerdeführenden Parteien, bei Verneinung einer Irreführungsabsicht einen Verstoß gegen das für Werbung geltende Trennungsgebot festzustellen, "abgewiesen". Zutreffend sei die KommAustria schließlich - was auch vom ORF bestritten werde - im vorliegenden Fall von einer Produktplatzierung iSd Paragraph eins a, Ziffer 10, ORF-G ausgegangen.

Nach Auffassung der belangten Behörde stellten nämlich die festgestellten Äußerungen der Moderatoren keine Gestaltungselemente dar, die geeignet gewesen wären, Hörer zum unverzüglichen Ankauf von Lottoscheinen zu bewegen. Die Beschreibung der Möglichkeit, allenfalls als 33. Anrufer bei Ö3 ausgewählt zu werden, sei auch keineswegs eine - wie die beschwerdeführenden Parteien vermeinten - "besonders raffinierte" Äußerung, aufgrund derer durchschnittlich vernünftige Menschen sofort Lottoscheine lösen würden. Dies gelte auch für weitere - näher besprochene - Aspekte des Programms. Zusammenfassend könne die belangte Behörde in den inkriminierten Passagen jedenfalls keine typisch werblichen Gestaltungselemente erkennen. Die KommAustria habe vielmehr nachvollziehbar dargetan, dass keine Erwähnung des sonstigen Angebots der Lotterien erfolge und die Aussagen der Moderatoren auf die - wenn auch unterhaltsam dargebrachte - Erwähnung der Österreichischen Lotterien und der Teilnahmebedingungen sowie die Nennung der gezogenen Lottozahlen, der Zusatzzahl und des Preisgeldes von EUR 5.000,- beschränkt gewesen seien. Zu Recht habe die KommAustria auch den Schilderungen der jeweiligen Gewinner über ihre nun realisierbaren Wünsche eine Eignung, den Durchschnittshörer zum Erwerb eines Lottoscheines zu animieren, abgesprochen. Insoweit habe die KommAustria schließlich zutreffend und noch dazu nur ergänzend berücksichtigt, dass für die Teilnahme ein bis zu sechs Monate alter Lottoschein ausreiche und hierauf durch die Moderatoren auch explizit hingewiesen worden sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Antrag, ihn wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstattete, wie auch die mitbeteiligte Partei, eine Gegenschrift, in der beantragt wurde, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die beschwerdeführenden Parteien strebten mit ihrer Beschwerde an die KommAustria die Feststellung an, der ORF habe durch die strittige Ausstrahlung des Gewinnspiels "Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3" das Verbot der Schleichwerbung gemäß § 13 Abs 1 ORF-G iVm § 1a Z 7 ORF verletzt. In der Begründung der Beschwerde führten sie hilfsweise an, sollte die Irreführungseignung zu verneinen sein, läge ungekennzeichnete Werbung vor. 1. Die beschwerdeführenden Parteien strebten mit ihrer Beschwerde an die KommAustria die Feststellung an, der ORF habe durch die strittige Ausstrahlung des Gewinnspiels "Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3" das Verbot der

Schleichwerbung gemäß Paragraph 13, Absatz eins, ORF-G in Verbindung mit Paragraph eins a, Ziffer 7, ORF verletzt. In der Begründung der Beschwerde führten sie hilfsweise an, sollte die Irreführungseignung zu verneinen sein, läge ungekennzeichnete Werbung vor.

2. Abweichend von diesen Anträgen und dem Beschwerdevorbringen stellte die KommAustria (bestätigt durch die belangte Behörde) fest, dass der ORF eine Verletzung der Kennzeichnungspflicht für Produktplatzierungen nach § 16 Abs 5 Z 4 ORF-G zu verantworten habe. Eine Qualifikation des Sachverhalts als Schleichwerbung oder Werbung - wie von den beschwerdeführenden Parteien angestrebt - nahm die KommAustria hingegen nicht vor und wies damit - implizit - die auf die Feststellung dieser Rechtsverletzung gerichtete Beschwerde der beschwerdeführenden Parteien ab. 2. Abweichend von diesen Anträgen und dem Beschwerdevorbringen stellte die KommAustria (bestätigt durch die belangte Behörde) fest, dass der ORF eine Verletzung der Kennzeichnungspflicht für Produktplatzierungen nach Paragraph 16, Absatz 5, Ziffer 4, ORF-G zu verantworten habe. Eine Qualifikation des Sachverhalts als Schleichwerbung oder Werbung - wie von den beschwerdeführenden Parteien angestrebt - nahm die KommAustria hingegen nicht vor und wies damit - implizit - die auf die Feststellung dieser Rechtsverletzung gerichtete Beschwerde der beschwerdeführenden Parteien ab.

3. Dazu ist vorweg klarzustellen, dass die Regulierungsbehörden die rechtliche Beurteilung eines ihnen (mit Beschwerde nach § 36 ORF-G) zugetragenen Sachverhalts ohne Bindung an die Rechtsausführungen in der Beschwerde vorzunehmen haben. Dies ergibt sich - wie der Verwaltungsgerichtshof bereits zur Rechtslage vor der Novelle BGBl Nr 50/2010 ausgesprochen hat - insbesondere aus § 37 Abs 1 ORF-G, der normiert, dass die Entscheidung der Regulierungsbehörden in der Feststellung besteht, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung dieses Bundesgesetzes verletzt worden ist. Im Hinblick auf den Wortlaut dieser Bestimmung sind die Regulierungsbehörden zur Prüfung verpflichtet, ob durch den der Beschwerde zugrundeliegenden Sachverhalt irgendeine Bestimmung des ORF-G verletzt worden ist. Eine Beschränkung der Prüfung bloß auf in der Beschwerde ausdrücklich angeführte Vorschriften des ORF-G ist hingegen zu verneinen (VwGH vom 8. Oktober 2010, 2006/04/0089). An dieser Rechtsprechung ist weiterhin festzuhalten, zumal § 37 Abs 1 ORF-G - soweit es für das erzielte Auslegungsergebnis von Bedeutung ist - durch die Novelle BGBl I Nr 50/2010 nicht geändert worden ist. 3. Dazu ist vorweg klarzustellen, dass die Regulierungsbehörden die rechtliche Beurteilung eines ihnen (mit Beschwerde nach Paragraph 36, ORF-G) zugetragenen Sachverhalts ohne Bindung an die Rechtsausführungen in der Beschwerde vorzunehmen haben. Dies ergibt sich - wie der Verwaltungsgerichtshof bereits zur Rechtslage vor der Novelle Bundesgesetzblatt Nr 50 aus 2010, ausgesprochen hat - insbesondere aus Paragraph 37, Absatz eins, ORF-G, der normiert, dass die Entscheidung der Regulierungsbehörden in der Feststellung besteht, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung dieses Bundesgesetzes verletzt worden ist. Im Hinblick auf den Wortlaut dieser Bestimmung sind die Regulierungsbehörden zur Prüfung verpflichtet, ob durch den der Beschwerde zugrundeliegenden Sachverhalt irgendeine Bestimmung des ORF-G verletzt worden ist. Eine Beschränkung der Prüfung bloß auf in der Beschwerde ausdrücklich angeführte Vorschriften des ORF-G ist hingegen zu verneinen (VwGH vom 8. Oktober 2010, 2006/04/0089). An dieser Rechtsprechung ist weiterhin festzuhalten, zumal Paragraph 37, Absatz eins, ORF-G - soweit es für das erzielte Auslegungsergebnis von Bedeutung ist - durch die Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 50 aus 2010, nicht geändert worden ist.

Die behördliche Feststellung einer anderen Rechtsverletzung als jener, deren Feststellung von den beschwerdeführenden Parteien angestrebt worden ist, verleiht den beschwerdeführenden Parteien (deren Beschwerdelegitimation nach § 36 Abs 1 lit c ORF-G im vorliegenden Verfahren nicht mehr strittig ist) jedoch das Recht, die getroffene Entscheidung vor dem Verwaltungsgerichtshof zu bekämpfen. Die behördliche Feststellung einer anderen Rechtsverletzung als jener, deren Feststellung von den beschwerdeführenden Parteien angestrebt worden ist, verleiht den beschwerdeführenden Parteien (deren Beschwerdelegitimation nach Paragraph 36, Absatz eins, Litera c, ORF-G im vorliegenden Verfahren nicht mehr strittig ist) jedoch das Recht, die getroffene Entscheidung vor dem Verwaltungsgerichtshof zu bekämpfen.

4. Im vorliegenden Fall ist zwischen den Parteien strittig, ob die Präsentation des in Zusammenarbeit mit den Österreichischen Lotterien veranstalteten Gewinnspiels im Hörfunkprogramm Ö3 als Schleichwerbung oder Produktplatzierung anzusehen ist. Denkbar wäre schließlich auch noch eine Qualifikation des Sachverhaltes als Werbung, sofern eine Irreführung über den Werbezweck nicht vorliegt, sondern der Werbezweck offensichtlich ist.

4.1. Das ORF-G in der im Beschwerdefall maßgebenden Fassung der Novelle BGBl I Nr 50/2010 definiert in § 1a Z 6 den

Begriff der "Kommerzielle Kommunikation", zu der - nach der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes - jedenfalls auch die Produktplatzierung und die Werbung zu zählen sind. 4.1. Das ORF-G in der im Beschwerdefall maßgebenden Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 50 aus 2010, definiert in Paragraph eins a, Ziffer 6, den Begriff der "Kommerzielle Kommunikation", zu der - nach der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes - jedenfalls auch die Produktplatzierung und die Werbung zu zählen sind.

Als "Kommerzielle Kommunikation" ist demnach jede Äußerung, Erwähnung oder Darstellung zu verstehen, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen (lit a) oder der Unterstützung einer Sache oder Idee (lit b) dient und einer Sendung oder einem Angebot gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder im Fall der lit a als Eigenwerbung beigelegt oder darin enthalten ist. Als "Kommerzielle Kommunikation" ist demnach jede Äußerung, Erwähnung oder Darstellung zu verstehen, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen (Litera a,) oder der Unterstützung einer Sache oder Idee (Litera b,) dient und einer Sendung oder einem Angebot gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder im Fall der Litera a, als Eigenwerbung beigelegt oder darin enthalten ist.

4.2. "Fernseh- oder Hörfunkwerbung (Werbung)" ist nach § 1a Z 8 ORF-G jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern (lit a) oder jede Äußerung zur Unterstützung einer Sache oder Idee, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gesendet wird (lit b). 4.2. "Fernseh- oder Hörfunkwerbung (Werbung)" ist nach Paragraph eins a, Ziffer 8, ORF-G jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern (Litera a,) oder jede Äußerung zur Unterstützung einer Sache oder Idee, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gesendet wird (Litera b,).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, die auch für die Auslegung von § 1a Z 8 lit a ORF-G maßgeblich bleibt, ist für das Vorliegen von Werbung entscheidend, ob die (gegen eine Gegenleistung bzw für ein eigenes Produkt gesendete) Äußerung bzw Darstellung insgesamt geeignet ist, das bislang uninformierte oder unentschlossene Publikum für den Erwerb dieses Produkts (Waren, Dienstleistungen) zu gewinnen, sodass auf das Ziel der Darstellung, nämlich den Absatz dieser Produkte zu fördern, geschlossen werden kann (vgl dazu etwa VwGH vom 22. Mai 2013, 2010/03/0008, mwN). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, die auch für die Auslegung von Paragraph eins a, Ziffer 8, Litera a, ORF-G maßgeblich bleibt, ist für das Vorliegen von Werbung entscheidend, ob die (gegen eine Gegenleistung bzw für ein eigenes Produkt gesendete) Äußerung bzw Darstellung insgesamt geeignet ist, das bislang uninformierte oder unentschlossene Publikum für den Erwerb dieses Produkts (Waren, Dienstleistungen) zu gewinnen, sodass auf das Ziel der Darstellung, nämlich den Absatz dieser Produkte zu fördern, geschlossen werden kann vergleiche , dazu etwa VwGH vom 22. Mai 2013, 2010/03/0008, mwN).

4.3. "Schleichwerbung" wird in § 1a Z 7 ORF umschrieben als die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen, wenn sie vom Österreichischen Rundfunk oder einer seiner Tochtergesellschaften absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zweckes dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt. 4.3. "Schleichwerbung" wird in Paragraph eins a, Ziffer 7, ORF umschrieben als die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen, wenn sie vom Österreichischen Rundfunk oder einer seiner Tochtergesellschaften absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zweckes dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt.

Schleichwerbung setzt einerseits die Absicht, einen Werbezweck zu erreichen, und andererseits die Eignung zur Irreführung über diesen Werbezweck voraus. Von der Werbung unterscheidet sich die (unzulässige) Schleichwerbung

durch die Irreführung über den Werbezweck. Ist der Werbezweck einer Sendung bzw eines Sendungsteiles offensichtlich und wird der Zuschauer über den Werbezweck nicht in die Irre geführt, so liegt von vornherein keine Schleichwerbung vor. Bei der Beurteilung, ob eine Erwähnung oder Darstellung von Waren oder Dienstleistungen über den eigentlichen Zweck, nämlich den Werbezweck irreführen kann, ist auf den durchschnittlich informierten und aufmerksamen Zuseher/Zuhörer abzustellen (vgl dazu etwa VwGH vom heutigen Tag, 2011/03/0156, mwN).Schleichwerbung setzt einerseits die Absicht, einen Werbezweck zu erreichen, und andererseits die Eignung zur Irreführung über diesen Werbezweck voraus. Von der Werbung unterscheidet sich die (unzulässige) Schleichwerbung durch die Irreführung über den Werbezweck. Ist der Werbezweck einer Sendung bzw eines Sendungsteiles offensichtlich und wird der Zuschauer über den Werbezweck nicht in die Irre geführt, so liegt von vornherein keine Schleichwerbung vor. Bei der Beurteilung, ob eine Erwähnung oder Darstellung von Waren oder Dienstleistungen über den eigentlichen Zweck, nämlich den Werbezweck irreführen kann, ist auf den durchschnittlich informierten und aufmerksamen Zuseher/Zuhörer abzustellen vergleiche , dazu etwa VwGH vom heutigen Tag, 2011/03/0156, mwN).

4.4. "Produktplatzierung" ist nach § 1a Z 10 ORF-G jede Form kommerzieller Kommunikation, die darin besteht, ein Produkt, eine Dienstleistung oder eine entsprechende Marke gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung in eine Sendung einzubeziehen oder darauf Bezug zu nehmen, so dass diese innerhalb einer Sendung erscheinen. Nicht als Produktplatzierung gilt die kostenlose Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen wie Produktionshilfen oder Preise, solange die betreffenden Waren oder Dienstleistungen von unbedeutendem Wert sind. 4.4. "Produktplatzierung" ist nach Paragraph eins a, Ziffer 10, ORF-G jede Form kommerzieller Kommunikation, die darin besteht, ein Produkt, eine Dienstleistung oder eine entsprechende Marke gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung in eine Sendung einzubeziehen oder darauf Bezug zu nehmen, so dass diese innerhalb einer Sendung erscheinen. Nicht als Produktplatzierung gilt die kostenlose Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen wie Produktionshilfen oder Preise, solange die betreffenden Waren oder Dienstleistungen von unbedeutendem Wert sind.

Die Einordnung der Produktplatzierung als eine Form der kommerziellen Kommunikation zeigt, dass auch der Produktplatzierung die Absicht der Absatzförderung immanent ist. Insofern besteht zwischen Werbung und Produktplatzierung kein Unterschied; auch die Schleichwerbung setzt derartige (werbliche) Absichten voraus, legt sie aber im Unterschied zur Werbung und Produktplatzierung nicht offen und kann dadurch in die Irre führen (vgl zur Abgrenzung von Produktplatzierung und Schleichwerbung etwa auch Laiß, Werberegulierung der österreichischen Rundfunkmedien (2007), 180f).Die Einordnung der Produktplatzierung als eine Form der kommerziellen Kommunikation zeigt, dass auch der Produktplatzierung die Absicht der Absatzförderung immanent ist. Insofern besteht zwischen Werbung und Produktplatzierung kein Unterschied; auch die Schleichwerbung setzt derartige (werbliche) Absichten voraus, legt sie aber im Unterschied zur Werbung und Produktplatzierung nicht offen und kann dadurch in die Irre führen vergleiche , zur Abgrenzung von Produktplatzierung und Schleichwerbung etwa auch Laiß, Werberegulierung der österreichischen Rundfunkmedien (2007), 180f).

Anders als die Werbung (arg: "Äußerung ... mit dem Ziel, den Absatz ... zu fördern") beschränkt sich die Produktplatzierung allerdings darauf, dass ein Produkt, eine Dienstleistung oder eine entsprechende Marke gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung in eine Sendung einbezogen oder darauf Bezug genommen wird, so dass diese - wie das ORF-G in Übereinstimmung mit Art 1 Abs 1 lit m der Richtlinie 2010/13/EU (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) formuliert - "innerhalb einer Sendung erscheinen". Im Erwägungsgrund 91 dieser Richtlinie wird näher ausgeführt, "dass bei der Produktplatzierung der Hinweis auf ein Produkt in die Handlung der Sendung eingebaut ist". Der Unterschied zwischen Werbung (bzw Schleichwerbung) und Produktplatzierung liegt demnach in der Art der Präsentation des Produktes im Medium, hinsichtlich dessen in jedem Fall eine Absatzförderung beabsichtigt ist. Bei der Produktplatzierung findet - im Rahmen von Fernsehsendungen - eine bloße Zurschaustellung des Produktes durch Einbeziehung oder Bezugnahme darauf in der Sendung statt (vgl. in diesem Sinn etwa schon VwGH vom 26. Juli 2007, 2005/04/0153 und vom 8. Oktober 2010, 2006/04/0089). Dementsprechend hat sich die Produktplatzierung bei Hörfunksendungen auf relativ neutral gehaltene akustische Bezugnahmen und Hinweise auf das betreffende Produkt beschränken, während im Rahmen von Werbung diese "Neutralität" der Darstellung nicht mehr gegeben ist (vgl dazu etwa auch Kassai/Kogler, Produktplatzierung: Der Trojaner des Kommerzes? in: Kommunikation & Recht 2008, 721).Anders als die Werbung (arg: "Äußerung ... mit dem Ziel, den Absatz ... zu fördern") beschränkt sich die Produktplatzierung allerdings darauf, dass ein Produkt, eine Dienstleistung oder eine entsprechende Marke gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung in eine Sendung einbezogen oder darauf Bezug

genommen wird, so dass diese - wie das ORF-G in Übereinstimmung mit Artikel eins, Absatz eins, Litera m, der Richtlinie 2010/13/EU (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) formuliert - "innerhalb einer Sendung erscheinen". Im Erwägungsgrund 91 dieser Richtlinie wird näher ausgeführt, "dass bei der Produktplatzierung der Hinweis auf ein Produkt in die Handlung der Sendung eingebaut ist". Der Unterschied zwischen Werbung (bzw. Schleichwerbung) und Produktplatzierung liegt demnach in der Art der Präsentation des Produktes im Medium, hinsichtlich dessen in jedem Fall eine Absatzförderung beabsichtigt ist. Bei der Produktplatzierung findet - im Rahmen von Fernsehsendungen - eine bloße Zurschaustellung des Produktes durch Einbeziehung oder Bezugnahme darauf in der Sendung statt vergleiche , in diesem Sinn etwa schon VwGH vom 26. Juli 2007, 2005/04/0153 und vom 8. Oktober 2010, 2006/04/0089). Dementsprechend hat sich die Produktplatzierung bei Hörfunksendungen auf relativ neutral gehaltene akustische Bezugnahmen und Hinweise auf das betreffende Produkt beschränken, während im Rahmen von Werbung diese "Neutralität" der Darstellung nicht mehr gegeben ist vergleiche , dazu etwa auch Kassai/Kogler, Produktplatzierung: Der Trojaner des Kommerzes? in: Kommunikation & Recht 2008, 721).

In diesem Sinn hat der Verwaltungsgerichtshof zur Präsentation von Produkten anlässlich von Gewinnspielen bereits ausgesprochen, dass die Präsentation von Preisen eines Gewinnspieles dann als Werbung (und nicht als Produktplatzierung) anzusehen ist, wenn sie über die notwendige Präsentation des Preises eines Gewinnspieles hinausgeht (vgl. VwGH vom 1. Oktober 2008, 2005/04/0053), indem beispielsweise Preise der Gewinnshow im Fernsehen nicht bloß gezeigt, sondern auch konkrete Produkteigenschaften angepriesen worden seien (vgl. VwGH vom 14. November 2007, 2005/04/0167; vgl. auch Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetzes³ (2011), 22, wonach Gewinnspiele, bei denen Waren oder Dienstleistungen, die dem ORF von einem Unternehmen zur Verfügung gestellt wurden, ausgespielt werden, unter den Begriff der Produktplatzierung fallen, solange die Darstellung der Preise nicht die Grenze zur Werbung überschreite; falle die Darstellung "zu werblich aus", so sei von Fernsehwerbung auszugehen). In diesem Sinn hat der Verwaltungsgerichtshof zur Präsentation von Produkten anlässlich von Gewinnspielen bereits ausgesprochen, dass die Präsentation von Preisen eines Gewinnspieles dann als Werbung (und nicht als Produktplatzierung) anzusehen ist, wenn sie über die notwendige Präsentation des Preises eines Gewinnspieles hinausgeht vergleiche , VwGH vom 1. Oktober 2008, 2005/04/0053), indem beispielsweise Preise der Gewinnshow im Fernsehen nicht bloß gezeigt, sondern auch konkrete Produkteigenschaften angepriesen worden seien vergleiche , VwGH vom 14. November 2007, 2005/04/0167; vergleiche , auch Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetzes³ (2011), 22, wonach Gewinnspiele, bei denen Waren oder Dienstleistungen, die dem ORF von einem Unternehmen zur Verfügung gestellt wurden, ausgespielt werden, unter den Begriff der Produktplatzierung fallen, solange die Darstellung der Preise nicht die Grenze zur Werbung überschreite; falle die Darstellung "zu werblich aus", so sei von Fernsehwerbung auszugehen).

5. Werden diese Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Fall angewandt, so kann - wie die Beschwerde zu Recht aufzeigt - von einer mangelnden Eignung zur Absatzförderung und einer ausreichend neutralen Gestaltung des gegenständlichen Gewinnspieles nicht mehr gesprochen werden und es haben die Regulierungsbehörden ihren diesbezüglichen, auch von den Umständen des Einzelfalles abhängigen Beurteilungsspielraum überschritten.

Die belangte Behörde argumentierte, die Äußerungen der Moderatoren und die Gestaltung der Sendung sei ungeeignet gewesen, Kaufabsichten des unentschlossenen (durchschnittlich vernünftigen) Hörers in Bezug auf Lottoscheine zu fördern. Überdies sei keine Erwähnung des sonstigen Angebots der Lotterien erfolgt und es seien die Aussagen der Moderatoren auf die - unterhaltsame - Erwähnung der Österreichischen Lotterien und der Teilnahmebedingungen sowie die Nennung der gezogenen Lottozahlen, der Zusatzzahl und des Preisgeldes von EUR 5.000,- beschränkt gewesen seien, weshalb bloß eine Produktplatzierung vorgelegen sei.

Diese Einschätzung kann auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht geteilt werden. Die Präsentation des Gewinnspieles im Hörfunkprogramm des ORF erfolgte in einer Art und Weise, dass damit die (Werbe)Botschaft vermittelt wurde, Lottospielen könne sich auch dann auszahlen, wenn die getippten Zahlen zu keinem unmittelbaren Lottogewinn geführt hätten. Dass diese über mehrere Tage im Hörfunkprogramm inszenierte und durch die Präsentation von glücklichen Gewinnern unterstützte Werbebotschaft nicht geeignet gewesen sein sollte, die Kaufabsichten des uninformatierten oder unentschlossenen Publikums hinsichtlich des Erwerbes von Lottoscheinen zu beeinflussen, lässt sich nicht nachvollziehen und wird von der belangten Behörde auch nicht näher erläutert. Ein potentieller Werbeeffect in Bezug auf die Produkte der Österreichischen Lotterien (im Speziellen auf Lottoscheine) kann daher nicht verneint werden. Auch wurde die Grenze zwischen (neutraler) Produktplatzierung und Werbung

fallbezogen durch die oben angesprochene Gestaltung der Sendungen insgesamt überschritten. Dabei spielt es letztlich keine Rolle, ob - wie die belangte Behörde argumentiert - weitere Angebote der Österreichischen Lotterien nicht erwähnt wurden und die Teilnahme am konkreten Gewinnspiel auch mit bereits früher erworbenen Lottoscheinen erfolgen konnte.

Somit lässt sich die behördliche Qualifikation des Sachverhaltes als Produktplatzierung nicht aufrecht erhalten, weshalb der angefochtene Bescheid, dessen Spruchpunkte 1. und 2. insofern untrennbar verbunden sind, schon deshalb keinen Bestand haben kann und im gegenständlichen Verfahren nicht weiter überprüft werden muss, ob die werbliche Gestaltung offensichtlich (im Sinne von Werbung) oder irreführend (im Sinne von Schleichwerbung) gewesen ist.

6. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben. 6. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl II Nr 455. Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , II Nr 455.

Wien, am 18. September 2013

Schlagworte

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2013:2012030162.X00

Im RIS seit

23.10.2013

Zuletzt aktualisiert am

03.04.2019

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at