

TE Bvg Erkenntnis 2019/3/13 W249 2119625-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 13.03.2019

Entscheidungsdatum

13.03.2019

Norm

AVG §13 Abs7

B-VG Art.133 Abs4

KOG §36

ORF-G §1a Z11

ORF-G §1a Z6

ORF-G §1a Z8

ORF-G §14

ORF-G §14 Abs1

ORF-G §14 Abs9

ORF-G §17 Abs5

ORF-G §36 Abs4

ORF-G §37 Abs4

PrR-G §19

VwGVG §17

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §31 Abs1

Spruch

W249 2119625-1/10E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Ingrid ZEHETNER als Vorsitzende und die Richterin Dr. Anna WALBERT-SATEK sowie den Richter Mag. Eduard PAULUS als Beisitzer über die Beschwerde des Österreichischen Rundfunks (ORF) gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 07.12.2015, KOA XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 27.02.2019, zu Recht erkannt (Pkt. A 1.) bzw. beschlossen (Pkt. A 2.):

A)

1. Die Beschwerde gegen die Spruchpunkte 1.B. und 2. des angefochtenen Bescheides wird als unbegründet abgewiesen.

2. Das Verfahren hinsichtlich der Beschwerde gegen Spruchpunkt 1.A. des angefochtenen Bescheides wird eingestellt.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang

1. Mit dem angefochtenen Bescheid vom 07.12.2015, KOA XXXX, entschied die KommAustria ("belangte Behörde") im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über den ORF ("beschwerdeführende Partei") gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 und Z 9 KOG iVm §§ 35, 36 und 37 ORF-G wie folgt:

"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. 134/2015, in Verbindung mit den §§ 35, 36 und 37 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 86/2015, fest, dass der ORF am 04.11.2015 im bundeslandweiten Hörfunkprogramm

XXXX

A. durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von 6 Minuten und 22 Sekunden die Bestimmung des § 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G verletzt hat, wonach in bundeslandweiten Programmen gesendete Werbung und Sponsorhinweise im Jahresdurchschnitt die tägliche Dauer von fünf Minuten nicht überschreiten dürfen, wobei Abweichungen von höchstens 20 vH pro Tag zulässig sind;

B. den von ca. 12:59:05 bis ca. 12:59:50 Uhr ausgestrahlten Beitrag im Dienst der Öffentlichkeit zugunsten XXXX an seinem Beginn nicht durch akustische Mittel eindeutig vom vorangehenden Programmteil getrennt hat, wodurch § 14 Abs. 1 Satz 2 iVm Abs. 9 ORF-G verletzt wurde; sowie

C. den von ca. 18:29:25 bis ca. 18:29:45 Uhr ausgestrahlten Werbespot zugunsten der XXXX weder an seinem Beginn noch an seinem Ende durch akustische Mittel eindeutig von den vorangehenden bzw. den nachfolgenden Programmteilen getrennt hat, wodurch jeweils § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verletzt wurde.

2. Die KommAustria erkennt gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung. Dem ORF wird aufgetragen,

A. den Spruchpunkt I. binnen sechs Wochen ab Rechtskraft der Entscheidung an einem Werktag (Montag bis Freitag) im bundeslandweiten Hörfunkprogramm XXXX zwischen 07:00 Uhr und 09:00 Uhr in folgender Weise durch Verlesung durch einen Sprecher zu veröffentlichen:

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

Am 4. November 2015 wurden im Programm von XXXX Werbung und Sponsorhinweise im Ausmaß von 6 Minuten und 22 Sekunden ausgestrahlt. Dadurch wurde die gesetzlich festgelegte Werbezeitgrenze von 6 Minuten um 22 Sekunden überschritten.

Weiters wurde am 4. November 2015 in zwei Fällen gegen das gesetzliche Gebot verstößen, Werbung sowie Beiträge im Dienst der Öffentlichkeit durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen zu trennen.'; sowie

B. binnen weiterer zwei Wochen der KommAustria gemäß § 36 Abs. 4 ORF-G einen Nachweis der Veröffentlichung in Form von Aufzeichnungen zu übermitteln."

2. Gegen die Spruchpunkte 1.A. und 1.B. (Rechtsverletzung) sowie 2. (Veröffentlichung) dieses Bescheides erhab die beschwerdeführende Partei mit Schreiben vom 07.01.2016 fristgerecht Beschwerde und stellte die Anträge, "das BVwG möge a.) eine mündliche Verhandlung durchführen und b.) in der Sache selbst erkennen und die angefochtenen Spruchpunkte 1.A., 1.B. und 2. des angefochtenen Bescheids aufheben und das Verfahren einstellen".

3. Die belangte Behörde legte dem Bundesverwaltungsgericht die verfahrensgegenständliche Beschwerde und den Verwaltungsakt am 15.01.2016 vor.

4. Am 28.01.2016 übermittelte die beschwerdeführende Partei dem Bundesverwaltungsgericht eine "Ergänzung zur Beschwerde vom 07.01.2016", datiert mit 26.01.2016, nämlich zwei Ordner, geordnet nach den einzelnen redaktionellen Artikeln der "XXXX".

5. Am 26.01.2016 übermittelte die belangte Behörde eine Stellungnahme, datiert mit 25.01.2016, und stellte den Antrag, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

6. Das Schreiben der beschwerdeführenden Partei vom 26.01.2016 sowie die Stellungnahme der belangten Behörde vom 25.01.2016 wurden den Parteien vom Bundesverwaltungsgericht wechselseitig im Rahmen des Parteiengehörs übermittelt; es erfolgten keine Stellungnahmen.

7. Mit Verfügung des Geschäftsverteilungsausschusses vom 26.09.2016 wurde die gegenständliche Rechtssache der Gerichtsabteilung W194 abgenommen und der Gerichtsabteilung W249 neu zugewiesen.

8. Am 27.02.2019 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt, in der die beschwerdeführende Partei die Beschwerde gegen Spruchpunkt 1.A. des angefochtenen Bescheides zurückzog.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen

1.1. Dauer der Werbung und Sponsorhinweise am 04.11.2015

Am 04.11.2015 wurden im Hörfunkprogramm XXXX folgende Werbespots und Sponsorhinweise ausgestrahlt [Angaben in hh:mm:ss]:

Von ca. 06:59:34 bis ca. 06:59:54 wurde 1 Werbespot (XXXX) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:20.

Von ca. 07:04:52 bis ca. 07:05:00 wurde 1 Sponsorhinweis (XXXX) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:08.

Von ca. 07:32:56 bis ca. 07:33:04 wurde 1 Sponsorhinweis (XXXX) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:08.

Von ca. 07:57:50 bis ca. 08:00:09 wurden 8 Werbespots (XXXX , XXXX " XXXX ", XXXX , XXXX , XXXX , XXXX , XXXX , XXXX) ausgestrahlt. Von der Bruttodauer von ca. 00:02:19 sind 7 "Schwarzblenden" mit einer Dauer von je ca. 0,5 Sekunden, sohin ca. 00:00:04, in Abzug zu bringen. Die Nettodauer betrug daher ca. 00:02:15.

Von ca. 08:04:59 bis ca. 08:05:06 wurde 1 Sponsorhinweis (XXXX) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:07.

Von ca. 09:31:12 bis ca. 09:31:52 wurden 3 Werbespots (XXXX , XXXX , XXXX) ausgestrahlt. Von der Bruttodauer von ca. 00:00:40 sind 2 "Schwarzblenden" mit einer Dauer von je ca. 0,5 Sekunden, sohin ca. 00:00:01, in Abzug zu bringen. Die Nettodauer betrug daher ca. 00:00:39.

Von ca. 12:30:14 bis ca. 12:30:55 wurden 2 Werbespots (XXXX , XXXX) ausgestrahlt. Von der Bruttodauer von ca. 00:00:41 ist 1 "Schwarzblende" mit einer Dauer von ca. 0,5 Sekunden, sohin ca. 00:00:01, in Abzug zu bringen. Die Nettodauer betrug daher ca. 00:00:41.

Von ca. 15:59:05 bis ca. 15:59:45 wurden 3 Werbespots (XXXX , XXXX , XXXX) ausgestrahlt. Von der Bruttodauer von ca. 00:00:40 sind 2 "Schwarzblenden" mit einer Dauer von je ca. 0,5 Sekunden, sohin ca. 00:00:01, in Abzug zu bringen. Die Nettodauer betrug daher ca. 00:00:39.

Von ca. 17:29:20 bis ca. 17:30:20 wurden 3 Werbespots (XXXX " XXXX ", XXXX , XXXX) ausgestrahlt. Von der Bruttodauer von ca. 00:01:00 sind 2 "Schwarzblenden" mit einer Dauer von je ca. 0,5 Sekunden, sohin ca. 00:00:01, in Abzug zu bringen. Die Nettodauer betrug daher ca. 00:00:59.

Von ca. 17:31:44 bis ca. 17:31:50 wurde 1 Sponsorhinweis (XXXX) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:06.

Von ca. 18:29:25 bis ca. 18:29:45 wurde 1 Werbespot (XXXX) ausgestrahlt. Die Nettodauer betrug ca. 00:00:20.

Die Dauer der am 04.11.2015 ausgestrahlten Werbespots und Sponsorhinweise betrug daher in Summe ca. 00:06:22.

1.2. Beitrag im Dienst der Öffentlichkeit zugunsten der XXXX

1.2.1. Nach dem Musikstück XXXX folgt um ca. 12:59:05 Uhr ein nahtloser Übergang zu einem Spot zugunsten der XXXX . Nachdem kurz ein Geräusch (in der Diktion des ORF: "Wusch-Zisch") zu hören ist, sprechen eine Sprecherin und ein Sprecher begleitet von Musikuntermalung folgenden Text:

"Weil XXXX großgeschrieben wird. Der Kindergarten ist für Kinder die erste Stufe in einem mehrstufigen Bildungssystem. Elementare Bildung und Betreuung machen Beruf und Familie besser vereinbar. Aufgrund des ständig wachsenden Bildungs- und Betreuungsangebots bietet XXXX auch neue Arbeitsplätze für ausgebildete Kindergartenpädagoginnen und -pädagogen. Infos unter XXXX Ob Neubau, Zubau, Sanierung oder Campus-Standorte: XXXX fördert die Bildung unserer Jüngsten. Ein großes Freizeitangebot haben die XXXX Büchereien. Spannende Bücher, auch als E-Books. Und die virtuelle Bücherei gibt es auch als App. Reinschauen auf XXXX . XXXX

1.2.2. Das ausgestrahlte akustische Element ("Wusch-Zisch") dauert insgesamt knapp 5 Sekunden, mit folgendem Detailablauf (Angaben in Sekunden:Hundertstelsekunden vom Beginn des Spots an):

Das gesamte Element beginnt mit einem von 00:00 bis 00:55 dauernden "Wusch-Ton"; dieser geht um 00:55 in ein "Zischgeräusch" über, das wiederum um 02:54 in eineakkordartige Tonfolge überführt wird, die schließlich um ca. 04:71 "ausfadiet" und von einer durch Schlaginstrumente ausgeführten rhythmischen Unterlmalung für die Restdauer des Spots abgelöst wird. Der gesprochene Text des Beitrags im Dienst der Öffentlichkeit beginnt bereits ab 00:94, soin während des akustischen Elements ("Wusch-Zisch").

1.2.3. Unmittelbar im Anschluss an den gesprochenen Text um ca. 12:59:50 Uhr folgt die Einspielung der Kennmelodie der Nachrichten, und der Sprecher meldet sich mit der Zeitansage und der Ankündigung der Nachrichtensendung im Programm zurück.

2. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zu dem von der beschwerdeführenden Partei am 04.11.2015 ausgestrahlten Sendungsablauf im bundeslandweiten Hörfunkprogramm XXXX (ausgestrahlte Werbespots, Sponsorhinweise und Beitrag im Dienst der Öffentlichkeit), gründen sich auf die vom Bundesverwaltungsgericht überprüften und für zutreffend befundenen Feststellungen der belangten Behörde im bekämpften Bescheid, die - soweit im Beschwerdefall relevant - übernommen wurden (vgl. die Seiten 2ff des angefochtenen Bescheides). Diese beruhen wiederum auf den im Akt befindlichen Unterlagen und Informationen über die Aufzeichnungen des Programms. Ebenso hat die beschwerdeführende Partei den bereits von der belangten Behörde festgestellten und vom Bundesverwaltungsgericht als erwiesen angenommenen Sachverhalt nicht bestritten.

Die Feststellungen unter II.1.2.2. wurden durch das Bundesverwaltungsgericht aufgrund des Vorbringens der belangten Behörde vom 25.01.2016 und der Überprüfung durch das erkennende Gericht hinzugefügt; die beschwerdeführende Partei ist dem diesbezüglichen Vorbringen der belangten Behörde nicht entgegengetreten.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Gemäß § 6 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (BVwGG), BGBI. I Nr. 10/2013, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 36 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBI. I Nr. 32/2001, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht über Beschwerden in jenen Fällen, in denen die KommAustria belangte Behörde ist (§ 9 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG, BGBI. I Nr. 33/2013), durch Senat. Im gegenständlichen Fall richtet sich die Beschwerde der beschwerdeführenden Partei gegen einen Bescheid der KommAustria, die auch belangte Behörde im vorgenannten Sinne ist. Es besteht daher Senatszuständigkeit.

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

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBI. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBI. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBI. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene

verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

3.2. Die im vorliegenden Fall relevanten Gesetzesbestimmungen des Bundesgesetzes über den Österreichischen Rundfunk (ORF-Gesetz, ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 61/2018, lauten auszugsweise wie folgt:

"Begriffsbestimmungen

§ 1a. Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet [...]

8. ,Fernseh- oder Hörfunkwerbung (Werbung)'

a) 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 oder

b) jede Äußerung zur Unterstützung einer Sache oder Idee, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gesendet wird;

[...]

11. Sponsoring, wenn ein nicht im Bereich der Bereitstellung von audiovisuellen Mediendiensten, in der Produktion von audiovisuellen Werken oder von Hörfunkprogrammen oder -sendungen tätiges öffentliches oder privates Unternehmen einen Beitrag zur Finanzierung solcher Werke mit dem Ziel leistet, den Namen, die Marke, das Erscheinungsbild, die Tätigkeit oder die Leistungen des Unternehmens zu fördern."

"Fernseh- und Hörfunkwerbung, Werbezeiten

§ 14. (1) Werbung muss leicht als solche erkennbar und somit vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar sein. Sie ist durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig von anderen Programmteilen zu trennen.

[...]

(4) Eines der österreichweiten Programme des Hörfunks gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 hat von Werbung frei zu bleiben. In österreichweit verbreiteten Hörfunkprogrammen ist Werbung nur österreichweit zulässig. Hörfunkwerbung darf im Jahresdurchschnitt die tägliche Dauer von insgesamt 172 Minuten nicht überschreiten, wobei Abweichungen von höchstens 20 vH pro Tag zulässig sind. In einem Programm darf Werbung im Jahresdurchschnitt 8 vH der täglichen Sendezzeit nicht überschreiten. Hörfunkwerbung, die in bundeslandweiten Programmen gesendet wird, ist nur einmal zu zählen und darf im Jahresdurchschnitt die tägliche Dauer von fünf Minuten nicht überschreiten, wobei Abweichungen von höchstens 20 vH pro Tag zulässig sind. Die Dauer von Werbung, die zeitgleich in mehr als einem bundeslandweiten Programm ausgestrahlt wird (Ringwerbung), ist jeweils in die fünfminütige Werbedauer des betreffenden bundeslandweiten Programms einzurechnen.

[...]

(6) Nicht in die jeweilige höchstzulässige Werbedauer einzurechnen ist die Dauer von 1. Hinweisen des Österreichischen Rundfunks auf Sendungen seiner Programme und auf Begleitmaterialien, die direkt von diesen Sendungen abgeleitet sind und 2. Produktplatzierungen.

[...]

(9) Auf Beiträge im Dienst der Öffentlichkeit und kostenlose Spendenaufrufe zu wohltätigen Zwecken im Programm- und Online-Angebot finden die Bestimmungen der § 13 Abs. 1, 3 und 9 sowie des § 14 Abs. 1 und Abs. 3 erster Satz sinngemäß Anwendung."

"Sponsoring

§ 17. [...]

(5) Sofern es sich bei einer gesponserten Sendung nicht um eine solche zugunsten karitativer oder sonstiger im öffentlichen Interesse liegender Zwecke handelt, sind Sponsorhinweise - mit Ausnahme der in Abs. 1 Z 2 letzter Satz beschriebenen Hinweise - in die in § 14 geregelte Werbezeit einzurechnen. Die einzurechnende Dauer der

Sponsorhinweise regionaler Sendungen im Fernsehen bestimmt sich nach dem Verhältnis des durch die regionale Sendung technisch erreichten Bevölkerungsanteils zur Gesamtbevölkerung Österreichs."

Zu A)

3.3. Unterlassung einer eindeutigen akustischen Trennung betreffend den Beitrag zugunsten der XXXX (Spruchpunkt 1.B. des angefochtenen Bescheides)

3.3.1. In dem angefochtenen Bescheid führte die belangte Behörde insbesondere aus, dass gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G Werbung durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen zu trennen sei. § 14 Abs. 9 ORF-G bestimme, dass auf Beiträge im Dienst der Öffentlichkeit u.a. die Bestimmung des § 14 Abs. 1 ORF-G sinngemäß Anwendung finde. Daraus folge, dass - unbeschadet ihrer Privilegierung hinsichtlich der Nichteinrechnung in die Werbezeitgrenzen - auch Beiträge im Dienst der Öffentlichkeit durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen zu trennen seien (Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze3, 175).

Nach der stRSpr komme dem ORF bei der Wahl der zur Trennung verwendeten Mittel ein Gestaltungsspielraum zu, solange gewährleistet sei, dass auf Seiten des Zuhörers jeder Zweifel darüber ausgeschlossen sei, ob nun nach einem bestimmten Trennungselement kommerzielle Inhalte oder redaktionelles Programm folge (BKS 16.11.2009, 611.0007-BKS/2009). Das den Beitrag einleitende "Wusch-Zisch" sei aber nach Auffassung der belangten Behörde für einen durchschnittlichen Hörer nicht als eindeutiges Trennelement zu qualifizieren. Angesichts der schnellen und sehr kurzen Tonfolge könne es ebenso einer Fortsetzung des redaktionellen Wortprogramms oder dem Bereich elektronischer Musik zugeordnet werden. Tatsächlich liege vorliegend die Annahme nahe, dass das Geräusch bereits gestalterischer Bestandteil des Beitrags im Dienst der Öffentlichkeit sei. Dem Grundsatz der eindeutigen Trennung vom Programm werde jedoch nur dann entsprochen, wenn das zur Trennung verwendete Mittel ausreichend deutlich und dazu geeignet sei, dem Hörer den Beginn oder das Ende des Werbespots eindeutig zu signalisieren (BKS 23.06.2005, 611.001/0003-BKS/2005).

Zum anderen ergebe sich die fehlende Eindeutigkeit auch daraus, dass der ORF sonst im Programm XXXX am Anfang der ausgestrahlten Werbeblöcke für die Trennung der Werbung vom redaktionellen Programm ein anderes Trennelement verwende, nämlich einen "Pling" (vgl. z.B. um ca. 06:59:34 Uhr). Dem Erfordernis der Eindeutigkeit des zur Trennung verwendeten Mittels werde aber nur dann Rechnung getragen, wenn die Trennung durchgehend und einheitlich erfolge (vgl. BKS 26.02.2007, 611.009/0002-BKS/2007; BKS 06.09.2005, 611.009/0021-BKS/2005; BKS 27.06.2008, 611.941/0001-BKS/2008). Jede andere Sichtweise würde im Widerspruch zum Schutzzweck des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G stehen, Verwechslungen des redaktionellen Programms mit kommerziellen Inhalten hintanzuhalten. Bediene sich der Rundfunkveranstalter eines Trennmittels, das nicht schon per se "eindeutig" sei (z.B. die Ansage "es folgt ein Beitrag im Dienst der Öffentlichkeit" oder im Fernsehen die Einblendung "Werbung"), so sei nach Auffassung der belangten Behörde sein Gestaltungsspielraum bei den Trennmitteln insoweit eingeschränkt, als nur ein durchgehend verwendetes akustisches Trennmittel den gesetzlichen Anforderungen der Eindeutigkeit genügen könne.

Aus dem Verweis auf BKS 23.06.2005, 611.001/0005-BKS/2005, sei schon insoweit nichts zu gewinnen, als der in diesem Verfahren zu beurteilende Sachverhalt nicht die Frage der eindeutigen Trennung der Werbung vom Programm zum Gegenstand gehabt habe, sondern die Abgrenzung zweier redaktioneller Sendungen voneinander, an die naturgemäß andere Anforderungen zu stellen seien.

Da im vorliegenden Fall der Spot an seinem Beginn ohne eindeutige Trennung unmittelbar auf ein Musikstück folge, liege eine Verletzung des § 14 Abs. 1 Satz 2 iVm Abs. 9 ORF-G vor.

3.3.2. Die beschwerdeführende Partei brachte in ihrer Beschwerde im Wesentlichen vor, dass das verfahrensgegenständliche akustische Element ("Wusch-Zisch") eine eindeutige Trennung des vorliegenden Beitrags im Dienst der Öffentlichkeit vom vorangehenden redaktionellen Programm bewirke. Nach der verwaltungsgerichtlichen Judikatur werde dem Trennungsgebot dann Rechnung getragen, wenn das entsprechende eingesetzte akustische Mittel eindeutig sei, wobei bei der Wahl der verwendeten Mittel ein Gestaltungsspielraum bestehe, solange gewährleistet sei, dass für einen durchschnittlich aufmerksamen Konsumenten jeder Zweifel ausgeschlossen sei, ob nach einem bestimmten Trennelement Werbung oder redaktionelles Programm folge. Diese grundsätzliche Anforderung sei entsprechend auf Beiträge im Dienst der Öffentlichkeit umzulegen. Das konkret eingesetzte Trennelement werde diesen Anforderungen gerecht, da es fast zwei Sekunden lang dauere, sich deutlich hörbar absetze und sich auch im Stil deutlich von jeglicher Musik im Hörfunkprogramm "XXXX" unterscheide. Die Meinung

der belangten Behörde, das eingesetzte Trennelement ("Wusch-Zisch") könne ebenso als Fortsetzung des redaktionellen Wortprogramms interpretiert werden, sei nicht nachvollziehbar, da es dem "Wusch-Zisch" gänzlich an Wortinhalt, der das redaktionelle Wortprogramm fortsetzen könnte, fehle. Eine Zuordnung in den Bereich der elektronischen Musik möge zwar grundsätzlich denkmöglich sein, gerade im Rahmen des üblichen Musikprogramms von XXXX hätte dies aber umso mehr Auffälligkeitswert, da im Wesentlichen Oldies und Hits aus den 1980ern und 1990ern gespielt würden. Elektronische Musik entspreche nicht dem gewohnten Programm von XXXX und setze sich das eingesetzte Trennelement daher selbst unter diesem Aspekt deutlich hörbar ab.

Das verfahrensgegenständliche Signal besitze daher genügend Auffälligkeitswert, um als Trennmittel gemäß § 14 Abs. 9 iVm Abs. 1 ORF-G geeignet zu sein.

Aus den Verweisen der belangten Behörde auf die Rechtsprechung zur eindeutigen und einheitlichen Trennung zwischen redaktionellem Programm und Werbung (BKS 23.06.2005, 611.001/0003- BKS/2005, BKS 26.02.2007, 611.009/0002-BKS/2007, BKS 06.09.2005, 611.009/0021- BKS/2005 und BKS 27.06.2008, 611.001/0003-BKS 2005) sei schon deswegen nichts zu gewinnen, da es sich beim vorliegenden "Spot" eben nicht um Werbung iSd § 1a Z 8 ORF-G, ja nicht einmal um kommerzielle Kommunikation iSd § 1a Z 6 ORF-G handle. Dass Werbung und ein Beitrag im Dienst der Öffentlichkeit einheitlich mit demselben Element vom redaktionellen Programm zu trennen seien, sei weder dem Gesetz noch den Materialien zu entnehmen. Außerdem ergebe sich aus der Rechtsprechung, dass eine differenzierte Trennung des redaktionellen Programms von Beiträgen im Dienst der Öffentlichkeit einerseits und von Werbung andererseits zulässig sei (BKS 26.02.2007, 611.009/0002-BKS/2007). Im Gegenteil sei es notwendig, das Publikum nicht in der Weise irrführen, dass es nicht mehr unterscheiden könnte, ob nun Werbung oder eine andere ORF-gesetzlich zulässige Gestaltungsform folge. So wie nach Ansicht der belangten Behörde im Hinblick auf BKS 23.06.2005, 611.001/0005-BKS/2005, an die Abgrenzung zweier redaktioneller Sendungen "naturgemäß andere Anforderungen zu stellen sind", sei auch in der vorliegenden Konstellation ein akustisches Signal, das sich vom Trennelement zwischen redaktionellem Programm und Werbung unterscheidet, zulässig.

§ 14 Abs. 9 iVm Abs. 1 ORF-G sei daher nicht verletzt.

3.3.3. In ihrer Stellungnahme vom 26.01.2016 führte die belangte Behörde insbesondere aus, dass die Argumentation der beschwerdeführenden Partei schon insoweit nicht nachvollzogen werden könne, als das behauptete "Trennelement" ("Wusch-Zisch") - wie auch schon im angefochtenen Bescheid dargelegt - bereits einen Bestandteil des Beitrags im Dienst der Öffentlichkeit darstelle.

Das am Beginn des Beitrags ausgestrahlte fragliche akustische Element dauere insgesamt knapp 5 Sekunden, mit folgendem Detailablauf (Angaben in Sekunden:Hundertstelsekunden vom Beginn des Spots):

Das gesamte Element beginne mit einem von 00:00 bis 00:55 dauernden "Wusch-Ton"; dieser gehe um 00:55 in ein "Zischgeräusch" über, das wiederum um 02:54 in eine akkordartige Tonfolge überführt werde, die schließlich um ca. 04:71 "ausfade" und von einer durch Schlaginstrumente ausgeführten rhythmischen Untermalung für die Restdauer des Spots abgelöst werde.

Der im angefochtenen Bescheid zitierte, durch den Sprecher gesprochene Text des Beitrags im Dienst der Öffentlichkeit, beginne nun bereits ab 00:94, sohin während des behauptetermaßen ein Trennelement darstellenden, eben beschriebenen akustischen Elements. Schon daher sei nach der ständigen Rechtsprechung aber keine den gesetzlichen Anforderungen genügende eindeutige Trennung verwirklicht, da die Trennung vor Beginn (bzw. nach Ende) der Werbung bzw. vorliegend eben dem Beitrag im Dienst der Öffentlichkeit zu erfolgen habe (vgl. hierzu u.a. BKS 24.09.2007, 611.001/0002-BKS/2007, wonach auch eine im Sekundenbereich liegende fehlerhafte Trennung gesetzwidrig sei, sowie BKS 26.03.2007, 611.001/0013-BKS/2006, wonach durch eine solcherart "unsaubere" Trennung die Möglichkeit der Irreführung des Zuhörers gegeben sei).

Es erübrige sich vor diesem Hintergrund ein weiteres Eingehen auf die von der beschwerdeführenden Partei vertretene Auffassung zur Eindeutigkeit des Trennmittels, wobei diese nach Ansicht der belangten Behörde auch nicht geeignet sei, ihre in der Bescheidbegründung vertretene Sichtweise zu widerlegen.

3.3.4. Das Bundesverwaltungsgericht verweist dazu auf § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G, demgemäß Werbung durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen zu trennen ist. § 14 Abs. 9 ORF-G bestimmt, dass auf Beiträge im Dienst der Öffentlichkeit u.a. die Bestimmung des § 14 Abs. 1 ORF-G sinngemäß Anwendung findet.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs stellt § 19 Abs. 3 PrR-G (eine mit dem hier anzuwendenden § 14 Abs. 1 ORF-G im Wesentlichen inhaltsgleiche Regelung betreffend Privatradios) zwei kumulative Anforderungen an Werbung (und damit vorliegend auch für Beiträge im Dienst der Öffentlichkeit) auf: Werbung müsse zunächst klar als solche erkennbar (Bedingung 1) und weiters durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt sein (Bedingung 2). Die vom Gesetz geforderte Eindeutigkeit der Trennung sei vom Gesichtspunkt des durchschnittlichen Hörers aus zu beurteilen (z.B. VwGH 10.12.2009, 2006/04/0057, mwN).

Im vorliegenden Fall wird, wie das Bundesverwaltungsgericht durch Abspielen der fraglichen Frequenz selbst festgestellt hat, ein von der beschwerdeführenden Partei als Trennungselement qualifiziertes akustisches Element ("Wusch-Zisch") von insgesamt knapp 5 Sekunden in der Sequenz um ca. 12:59:05 Uhr verwendet. Von 00:00 bis 00:55 (Angaben in Sekunden: Hundertstelsekunden vom Beginn des Spots an) ertönt ein "Wusch-Ton", der um 00:55 in ein "Zischgeräusch" übergeht, das wiederum um 02:54 in eineakkordartige Tonfolge überführt wird. Der durch den Sprecher gesprochene Text des Beitrags im Dienst der Öffentlichkeit beginnt bereits ab 00:94.

Vor dem Hintergrund, dass der Beitrag im Dienst der Öffentlichkeit betreffend XXXX bereits während des "Wusch-Zisch"-Elements beginnt und zudem das Geräusch aufgrund seiner im Verhältnis zur der anschließenden Ankündigung verringerten Lautstärke in den Hintergrund tritt, ist dieses Geräusch aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes nicht als ein für den durchschnittlichen Hörer eindeutig erkennbares Trennungselement zu qualifizieren.

Darüber hinaus eignet sich das verwendete akustische Element "Wusch-Zisch" auch aufgrund seiner geringen Signifikanz, ausgelöst durch die schnelle und sehr kurze Tonfolge, im vorliegenden Fall nicht, dem durchschnittlichen Radiokonsumenten den Beginn des Beitrages im Dienst der Öffentlichkeit zu signalisieren, da das Geräusch in der dargestellten Konstellation für diesen nur in bewusster Erwartung eines Trennsignals als ein solches erkennbar bzw. erst bei konzentriertem Zuhören oder nach mehrmaligem Abspielen nicht als gestalterischer Bestandteil des folgenden Beitrags wahrnehmbar ist.

Bei diesem Ergebnis kann dahingestellt bleiben, ob die Eindeutigkeit des zur Trennung verwendeten Mittels (auch) dadurch beeinträchtigt wird, dass für die Trennung einer Werbung vom redaktionellen Programm ein anderes Trennelement ("Pling") als für die Trennung von einem Beitrag im Dienst der Öffentlichkeit eingesetzt wird und somit nicht einheitlich erfolgt oder ob eine solche Unterscheidung sogar geboten ist.

Die belangte Behörde stellte somit zu Recht spruchgemäß fest, dass die beschwerdeführende Partei im Zusammenhang mit dem inkriminierten Sachverhalt am 04.11.2015 einen Beitrag im Dienst der Öffentlichkeit an seinem Beginn nicht durch akustische Mittel eindeutig vom vorangehenden Programmteil getrennt und dadurch § 14 Abs. 1 Satz 2 iVm Abs. 9 ORF-G verletzt hat. Die Beschwerde gegen Spruchpunkt 1.B. des bekämpften Bescheides war daher als unbegründet abzuweisen.

3.4. Einstellung des Verfahrens hinsichtlich Spruchpunkt 1.A. des angefochtenen Bescheides

Bei der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht am 27.02.2019 zog die beschwerdeführende Partei die Beschwerde gegen Spruchpunkt 1.A. des angefochtenen Bescheides zurück. Da gemäß § 17 VwGVG iVm § 13 Abs. 7 AVG Anbringen in jeder Lage des Verfahrens zurückgezogen werden können und damit die Pflicht des Bundesverwaltungsgerichtes zur Entscheidung in diesem Punkt weggefallen ist, war das Beschwerdeverfahren gegen Spruchpunkt 1.A. des bekämpften Bescheides mit Beschluss einzustellen (vgl. VwGH 29.04.2015, Fr 2014/20/0047).

3.5. Zur Veröffentlichung der Entscheidung

3.5.1. In dem angefochtenen Bescheid legte die belangte Behörde dar, dass sich der Ausspruch über die Veröffentlichung der Entscheidung auf § 37 Abs. 4 ORF-G und dessen Auslegung im Sinne der Rechtsprechung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts stütze (vgl. VfSlg. 12.497/1990 und VwGH 15.09.2004, 2003/04/0045). Nach dem zitierten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs sei die Veröffentlichung als "contrarius actus" zu einem solchen Zeitpunkt im entsprechenden Programm aufzutragen, dass "tunlichst der gleiche Veröffentlichungswert" erzielt werde. Mit der Veröffentlichung einer Kurzfassung der Entscheidung zu einer vergleichbaren Sendezzeit solle diesem Anliegen eines "contrarius actus" Rechnung getragen werden. Die Verpflichtung zur Vorlage der Aufzeichnung stütze sich auf § 36 Abs. 4 ORF-G (vgl. VwGH 23.05.2007, 2006/04/0204).

3.5.2. Die beschwerdeführende Partei hingegen brachte in ihrer Beschwerde vor, da mangels erforderlicher

Einrechnung in die höchstzulässige tägliche Werbezeit und mangels Vorliegens einer Trennungsverletzung nicht gegen das ORF-G verstoßen worden sei, würden die angefochtenen Spruchpunkt 1.A. und 1.B. sowie der damit verbundene Spruchpunkt 2. (Veröffentlichung) des Bescheides aufzuheben bzw. abzuändern sein.

3.5.3. Das Bundesverwaltungsgericht verweist auf § 37 Abs. 4 ORF-G, demgemäß die Regulierungsbehörde auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung durch die beschwerdeführende Partei oder eine ihrer Tochtergesellschaften erkennen kann. Nach § 36 Abs. 4 ORF-G hat die beschwerdeführende Partei von allen ihren Sendungen und Online-Angeboten Aufzeichnungen herzustellen und diese mindestens zehn Wochen aufzubewahren. Im Falle einer Aufforderung der Regulierungsbehörde hat die beschwerdeführende Partei dieser die gewünschten Aufzeichnungen zur Verfügung zu stellen.

Da seitens der beschwerdeführenden Partei keine Beschwerde gegen Spruchpunkt 1.C. des Bescheides erhoben sowie jene gegen 1.A. zurückgezogen wurde und das Bundesverwaltungsgericht mit der vorliegenden Entscheidung die Beschwerde gegen 1.B. als unbegründet abgewiesen hat, war daher auch die Beschwerde gegen Spruchpunkt 2. (Veröffentlichung) abzuweisen.

Zu B) 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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung zur Trennung von Werbung bzw. Beiträgen im Dienst der Öffentlichkeit von anderen Programmteilen (s. II.3.3.4.); weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

akustische Trennung, Beschwerdezurückziehung, Einstellung, mündliche Verhandlung, Rechtsaufsicht, Sponsoring, Verfahrenseinstellung, Werbung, Zurückziehung, Zurückziehung der Beschwerde

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W249.2119625.1.00

Zuletzt aktualisiert am

14.06.2019

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

© 2026 JUSLINE

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