

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/7/10 W234 2219106-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.07.2019

## Entscheidungsdatum

10.07.2019

## Norm

AMD-G §1 Z2  
AMD-G §2 Z3  
AMD-G §2 Z4  
AMD-G §29 Abs1  
AMD-G §31 Abs1  
AMD-G §32 Abs1  
AMD-G §32 Abs2  
AMD-G §61 Abs1  
AMD-G §62  
B-VG Art. 133 Abs4  
KOG §1 Abs1  
KOG §2 Abs1 Z7  
KOG §36  
ORF-G §1a Z8  
VwGVG §24  
VwGVG §28 Abs1  
VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W234 2219106-1/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Thomas HORVATH als Vorsitzenden und den Richter Mag. Walter TOLAR als Beisitzer und die Richterin Mag. Ingrid ZEHETNER als Beisitzerin über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch RA XXXX , gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom XXXX , Zl. KO 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:

1.1. Mit dem hier angefochtenen Bescheid spricht die Kommunikationsbehörde Austria - "KommAustria" (im Folgenden belangte Behörde) über Folgendes ab:

"1. Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) stellt im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter gemäß § 60, § 61 Abs. 1 und § 62 Abs. 1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 86/2015, fest, dass die XXXX als Anbieterin des audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf , XXXX ' im Rahmen des am XXXX bis zumindest XXXX unter der URL XXXX abrufbaren Sendungsbeitrages , XXXX ' die Bestimmung des § 31 Abs. 1 AMD-G dadurch verletzt hat, dass die im Sendungsbeitrag enthaltene Werbung als solche nicht leicht erkennbar war.

2. Der XXXX wird gemäß § 62 Abs. 3 AMD-G aufgetragen, nachfolgenden Text innerhalb von sechs Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides in einem mindestens 20 Sekunden lang dauernden Vorspann zu jenem Video, das unter der Rubrik , XXXX ' ihres Abrufdienstes unter der Internetadresse , XXXX ' als Erstes bereitgestellt wird, für die Dauer von 72 Stunden einzublenden:

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

Die XXXX hat die Bestimmung des § 31 Abs. 1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz dadurch verletzt, indem die im Sendungsbeitrag , XXXX ' enthaltene Werbung nicht als solche leicht erkennbar war.'

3. Der XXXX wird gemäß § 29 Abs. 1 AMD-G aufgetragen, binnen weiterer zwei Wochen der KommAustria zum Nachweis der Erfüllung dieses Auftrags Aufzeichnungen zu übermitteln."

1.2. Dies begründet die belangte Behörde im Wesentlichen wie folgt:

1.2.1. Die XXXX sei Anbieterin des Abrufdienstes " XXXX " , des Kabelfernsehprogramms " XXXX " , des Livestreams " XXXX " sowie des unter der URL XXXX . Sie sei weiters Inhaberin der Zulassung zur Veranstaltung des über XXXX , ausgestrahlten Fernsehprogramms " XXXX " , das über " XXXX " sowie über " XXXX " weiterverbreitet werde.

1.2.2. Von XXXX bis zumindest XXXX sei die Sendung " XXXX " auf dem Abrufdienst " XXXX " bereitgestellt worden.

Im Zuge einer routinemäßigen Überprüfung zur Erfüllung der der belangten Behörde gemäß 2 Abs. 1 Z 7 KOG obliegenden Beobachtung der Einhaltung der Bestimmungen der §§ 31 bis 38 und 42a bis 45 AMD-G durch Mediendiensteanbieter sei dieser Beitrag ausgewertet und ein Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen gemäß § 61 Abs. 1 und § 62 Abs. 1 iVm § 31 Abs. 1 AMD-G eingeleitet worden.

In diesem Verfahren nahm die XXXX zu den Bedenken der belangten Behörde mit Schreiben vom 10.12.2018 schriftlich Stellung.

Im Verfahren gelangte die belangte Behörde zur Auffassung, dass es sich bei dem am XXXX unter der URL XXXX bereitgestellten Beitrag über die Kooperation zwischen der Designerin XXXX und dem Schuhhersteller XXXX um kein redaktionelles Programmelement, sondern um Werbung im Sinne des § 2 Z 40 AMD-G handle. Denn die Aussagen der im Beitrag interviewten Designerin XXXX und die subjektiv lenkenden Fragestellungen der interviewenden Reporterin sowie die Einblendung eines näher bezeichneten XXXX samt Preisschild, welchem der Kaufpreis wie der gewährte Rabatt zu entnehmen seien, und das Lob der Reporterin zu den im Beitrag angesprochenen Wanderschuhen am Ende des Beitrags würden werblichen Zwecken dienen. Ferner sei von der Entgeltlichkeit dieses Beitrags auszugehen. Denn ein Beitrag sei schon dann als entgeltlich bereitgestellt anzusehen, wenn nach dem üblichen Verkehrsgebrauch für ihn ein Entgelt zu leisten wäre, mag auch ein solches weder bezahlt noch vereinbart worden sein.

Gemäß § 31 Abs. 1 AMD-G müsse audiovisuelle kommerzielle Kommunikation leicht als solche erkennbar sein. Die Bestimmung des § 31 Abs. 1 AMD-G enthalte ein Verbot, kommerzielle Kommunikation in verwechslungsgerechter Form in einem audiovisuellen Mediendienst auszustrahlen oder bereitzustellen. Im Unterschied zum Fernsehen, wo Fernsehwerbung durch optische, akustische oder räumliche Mittel von redaktionellem Programm getrennt sein

müsse, bestehe daher für audiovisuelle Mediendienste auf Abruf iSd § 2 Z 4 AMD-G ein allgemeines Erkennbarkeitsgebot. Sei für einen durchschnittlichen Zuseher der Charakter einer audiovisuellen kommerziellen Kommunikation als solcher nicht bereits auf Grund der Darstellung leicht erkennbar, habe der Mediendienstanbieter für eine entsprechende Kennzeichnung zu sorgen.

Diesen Anforderungen entspreche der Beitrag " XXXX " nicht. Denn wegen der Aufmachung des Beitrages sei es für einen durchschnittlichen Zuseher nicht sofort erkennbar, dass es sich bei dem Sendungsbeitrag um Werbung iSd § 2 Z 2 AMD-G handele. Zunächst sei die Anmoderation des Beitrags wie jene redaktioneller Beiträge gestaltet, sodass unklar bleibe, ob es sich nachfolgend um redaktionelles Programm handele. Zudem werde zu Beginn über das Zustandekommen der Kooperation zwischen XXXX von XXXX berichtet, was Zuseher die Sendung als klassische XXXX wahrnehmen lasse. Jedoch würden aus Sicht des Zusehers Zweifel hinsichtlich des kommerziellen Charakters der Ausstrahlung aufgrund der Einbindung der werblichen Elemente in ein scheinbar redaktionelles Format, in concreto in Form der Platzierung von Werbebotschaften in einem Interview mit der Designerin XXXX , entstehen. Aufgrund der Einkleidung der werblichen Botschaften in Interviewfragen bedürfe es für die Erkennbarkeit des kommerziellen Charakters des Beitrages jedenfalls einer erhöhten Aufmerksamkeit des Zusehers. So würden zu Beginn des Interviews noch allgemeine Fragen zur Kooperation und zu den daraus hervorgegangenen Schuhmodellen gestellt, welche aber dann in werbliche Aussagen bzw. Darstellungen zugunsten des Warenangebots von XXXX überführt würden. Außerdem fehle es an der leichten Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation, weil eine Redakteurin des Magazins die werblichen Botschaften verkünde, würden qualitativ wertende Aussagen doch üblicherweise durch die Werbetreibenden selbst getroffen. Die Gestaltung des Beitrages insgesamt, insbesondere die durchgehende Vermischung von redaktionellen Programmelementen eines typischen Society-Magazins mit Werbebotschaften, versetze Zuseher nicht in die Lage, die Werbung leicht als solche zu erkennen. Daher entspreche der Beitrag " XXXX feiern Design-Kooperation" nicht den Anforderungen gemäß § 31 Abs. 1 AMD-G.

Diesen Verstoß gegen § 31 Abs. 1 AMD-G habe die belangte Behörde gemäß § 62 Abs. 1 leg cit festzustellen, was den Mediendienstanbieter dazu verpflichte, unverzüglich einen der Rechtsansicht der Regulierungsbehörde entsprechenden Rechtszustand herzustellen. Gemäß § 62 Abs. 3 leg cit könne der Mediendienstanbieter ferner zur Veröffentlichung der Entscheidung der belangten Behörde verpflichtet werden, wobei der Behörde Ermessen eingeräumt sei, inwieweit sie die Pflicht zur Veröffentlichung auferlege. Für diese Ermessensübung sei davon auszugehen, dass eine angemessene Unterrichtung der Öffentlichkeit über eine verurteilende Entscheidung der Behörde stets erforderlich sei, außer die Entscheidung wäre für die Öffentlichkeit ohne jedes Interesse. Daher sei hier auf Veröffentlichung der Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Rechtskraft der Entscheidung zu erkennen. Die Vorlage der betreffenden Aufzeichnungen diene der Überprüfung der Erfüllung des Auftrags zur Veröffentlichung gemäß § 29 Abs. 1 AMD-G.

1.2.3. Dieser Bescheid wurde der beschwerdeführenden Partei zu Händen ihres anwaltlichen Vertreters am 29.03.2019 zugestellt.

2.1. Mit Schriftsatz vom 25.04.2019, welcher am selben Tag zur Post gegeben wurde, erhob die beschwerdeführende Partei durch ihren anwaltlichen Vertreter die hier zu erledigende Beschwerde. In dieser wird beantragt, das Bundesverwaltungsgericht möge in der Sache selbst erkennen und aussprechen, dass die beschwerdeführende Partei nicht gegen § 31 Abs. 1 AMD-G verstoßen habe. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wird nicht beantragt.

2.2. Die Beschwerde wird im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die beschwerdeführende Partei habe den Beitrag " XXXX feiern Design-Kooperation" am XXXX in ihrem audiovisuellen Mediendienst im Rahmen von " XXXX " zum Abruf bereitgestellt. Entgegen der Ansicht der belangten Behörde handle es sich bei dem Beitrag um redaktionelle Berichterstattung, sodass ein Verstoß gegen § 31 Abs. 1 AMD-G nicht vorliege. Wie die übrigen redaktionellen Beiträge sei auch der Beitrag " XXXX " durch die " XXXX "-Reporterin angekündigt worden. Der Beitrag sei objektiv und durchgehend redaktionell. Der Beitrag sei im Rahmen eines allgemeinen Pressetermins aufgenommen worden, welcher im Zuge eines Kirtags stattgefunden hätte, zu welchem XXXX und XXXX in einer allgemeinen Aussendung in das Atelier der Designerin geladen hätten. Nicht nur die beschwerdeführende Partei, sondern auch zahlreiche andere österreichische Medien hätten über die Zusammenarbeit von XXXX berichtet. Denn es handele sich um eine Kooperation zwischen einer der erfolgreichsten österreichischen Designerinnen und

einer traditionellen österreichischen Schuhmarke. Im Beitrag sei ein Preisschild "kaum wahrnehmbar kurz" deswegen zu sehen, weil die Kleidungsstücke auch während des Pressetermins mit Preisschildern versehen gewesen seien; das im Beitrag gezeigte Preisschild sei nicht für dessen Aufzeichnung positioniert worden.

Der Beitrag verfolge nicht das Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern und erfülle daher die Legaldefinition der Werbung gemäß § 2 Z 40 AMD-G nicht. Insbesondere sei der Beitrag auch nicht gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gesendet bzw. bereitgestellt worden; mangels entgeltlicher Bereitstellung des Beitrags sei § 31 Abs. 1 AMD-G daher nicht verletzt worden. Auch ziehe die Behörde nicht übertragbare Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Frage der entgeltlichen Erbringung von Beiträgen heran. Denn die belangte Behörde orientiere sich im angefochtenen Bescheid an Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach die Entgeltlichkeit von Beiträgen schon dann zu bejahen sei, wenn für diese im geschäftlichen Verkehr üblicherweise ein Entgelt zu leisten wäre, mag auch keine Gegenleistung erbracht oder vereinbart worden sein. Diese Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei jedoch zum ORF-G und Privatradiog 2001 ergangen und nicht auf das hier maßgebliche AMD-G zu übertragen. Denn § 2 Z 2 AMD-G definiere "audiovisuelle kommerzielle Kommunikation" als Bilder, die einer Sendung gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung beigefügt werden oder darin enthalten seien. Weder dieser Bestimmung noch der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, 2010/13/EU, welche das AMD-G umsetze, sei zu entnehmen, dass auch Beiträge, für die bloß üblicherweise Entgelt geleistet würde, als audiovisuelle kommerzielle Kommunikation gelten würden.

Sollte das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Entgeltlichkeit von Beiträgen, für die kein Entgelt geleistet wurde, obwohl für sie üblicherweise im geschäftlichen Verkehr Entgelt geleistet würde, Zweifel an der Auslegung von Art. 1 Abs. 1 lit. h AVMD-RL hegen, werde die Einholung einer Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union angeregt.

Schließlich erfasse die Kennzeichnungspflicht für Werbung gemäß § 26 MedienG und Z 11 des Anhangs zum UWG ebenso ausschließlich entgeltliche Veröffentlichungen. Es sei nicht erfindlich, weswegen für Mediendienste anderes gelten solle.

Letztlich handle es sich beim Beitrag "XXXX" um redaktionelle Berichterstattung. Es liege mithin keine audiovisuelle kommerzielle Kommunikation vor, sodass durch die Bereitstellung dieses Beitrags nicht gegen § 31 Abs. 1 AMD-G verstoßen werden habe können.

3. Mit Schriftsatz vom 17.05.2019 legte die belangte Behörde die Beschwerde dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor und verzichtete ausdrücklich auf die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung. Unter einem verwies die belangte Behörde darauf, dass das ORF-G wie das AMD-G die AVMD-RL - insbesondere deren werberechtliche Bestimmungen - umsetze. Auch sei nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Fernsehrichtlinie (nunmehr AVMD-RL) auch für die Auslegung der werberechtlichen Bestimmungen des Privatradiog 2001 maßgeblich. Daher sei von einer einheitlichen Auslegung der genannten Bestimmungen auszugehen, sodass die Beschwerdebehauptung nicht zutrefte, die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum ORF-G und Privatradiog 2001 hätte nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden dürfen. Ferner seien die Beschwerdeangaben, dass der Bericht im Zuge eines allgemeinen Pressetermins aufgenommen worden sei und auch zahlreiche andere österreichische Medien über diesen berichtet hätten, nicht maßgeblich. Denn die konkrete Ausgestaltung des Berichts der beschwerdeführenden Partei führe dazu, dass kommerzielle Kommunikation im Sinne des § 31 Abs. 1 AMD-G vorliege und als solche leicht hätte erkennbar sein müssen. Dass auch eine redaktionelle Berichterstattung über diesen Pressetermin möglich gewesen wäre, stelle die belangte Behörde nicht in Abrede.

Die Beschwerde samt Verwaltungsakt langte am 21.05.2019 beim Bundesverwaltungsgericht ein.

4. Über Ersuchen des Bundesverwaltungsgerichts legte die belangte Behörde mit Schriftsatz vom 28.05.2019 eine Kopie des Beitrages "

XXXX" auf DVD zur Ansicht vor.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Auf Grund des Verwaltungsaktes, der Angaben des Beschwerdeschriftsatzes sowie der Sichtung des Beitrages "XXXX" stellt das Bundesverwaltungsgericht folgenden Sachverhalt fest:

1.1. Die XXXX ist Anbieterin des Abrufdienstes " XXXX ".

1.2.1. Am XXXX bis zumindest XXXX wurde die Sendung " XXXX " auf dem Abrufdienst " XXXX " bereitgestellt.

1.2.2. Zu Präsentation und Inhalt des Beitrages " XXXX " wird Folgendes festgestellt:

Der Beitrag wurde im Rahmen des Magazins " XXXX " veröffentlicht und beginnt mit folgenden einleitenden Worten der XXXX Reporterin:

"In XXXX Atelier steht alles auf Kirtag und das nicht umsonst. Denn XXXX hat sich mit XXXX vom Schuhhersteller XXXX zusammengetan und etwas Tolles kreiert. Fünf Schuhmodelle im Geist vergangener Zeit mit vielen Verzierungen und zeitlosem Look. Mit XXXX - so heißen die Schuhe - sind alpine Lifestyle-Schuhe entstanden, die nicht nur optisch punkten, sondern auch praktisch sind. Ein Wanderschuh wurde designt, der super zum XXXX passt. Wir feiern heute mit und wagen einen Blick hinter die Kulissen."

Danach werden in der Laufzeit von 0:33 bis 0:37 Ansichten der Schuhe gezeigt.

Bei Laufzeit 0:36 beginnt ein Interview mit der Designerin XXXX . Zu dessen Beginn wird auf allgemeine Fragen zum Zustandekommen der Zusammenarbeit mit XXXX und dem Schuhhersteller XXXX sowie auf die Herkunft der Namen der Schuhmodelle eingegangen.

Das Interview stellt sich wie folgt dar:

Reporterin: "Wie ist denn die Zusammenarbeit mit XXXX vom Schuhhersteller XXXX entstanden?"

XXXX : " XXXX ist natürlich eine Firma, die ich schon sehr, sehr lange kenn'. Meine - glaub ich - Großeltern haben schon XXXX Wanderschuhe g'habt. Also war mir die Firma immer schon ein Begriff und ich hab dann, sie sind mir dann wieder über den Weg gelaufen, weil XXXX -Tourismus mit denen gemeinsam ein Wanderschuh g'macht hat, aber in giftgrün, und ich dann - glaub ich - g'sagt hab zur XXXX von XXXX -Tourismus: ‚Kann man nicht einmal mit denen einen Schuh machen, der wirklich ausschaut wie ein alter Wanderschuh?' Da ist dann so ein bissl Zeit vergangen und dann - ja - ist XXXX direkt auf mich zugekommen, damals der XXXX , und hat g'sagt: , XXXX , wie wäre es mit einer Kooperation?' Und ich habe dann gefunden, das ist eigentlich eine super Idee."

Reporterin: "Warum heißen denn die Schuhe XXXX ?"

XXXX : "Ich bin ein Feind von Artikelnummern. Ich kann mir das nämlich nicht merken und bei uns im Haus haben auch alle Kleider, alle XXXX , alle XXXX einen Namen. Und wir haben halt sehr schöne alte Namen ausgesucht, sehr schöne österreichische Namen, so eben

XXXX . Und ich find, das ist eigentlich sehr leicht zu merken. [...]" Danach gibt XXXX Beispiele über den Vorteil der Verwendung von Namen statt Nummern als Artikelbezeichnungen für Schuhe im Geschäftsalltag.

Danach läuft das Interview wie folgt ab:

Reporterin: "Wo gibt's denn die Schuhe zum Kaufen? Bei euch im Atelier?"

XXXX : "Die Schuhe gibt's bei uns im G'schäft zu kaufen, in Graz und in Wien in den Flagship Stores. Dann natürlich online. Und natürlich online bei XXXX und XXXX hat auch das ganze Händlerverzeichnis d'rauf, wo sie erhältlich sind."

Reporterin: "Und jetzt zu deinem Label. Was zeichnet denn , XXXX ' aus?"

XXXX : "Ich hasse diese Frage: Was zeichnet XXXX aus? Ich hoffe doch ein sehr, sehr hohes Qualitätsbewusstsein und - ja - auch einen sehr großen Hang zu Tradition und Nachhaltigkeit. Was die reine Modeseite betrifft, also den Look von meinen Kollektionen, ganz bestimmt eine große Farbenfreude und einen schweren Blumenmusterfetisch."

Reporterin: "Und wo produzierst du?"

XXXX : "Wir produzieren alles in Europa. Wir sind hauptsächlich in Kroatien unterwegs. Sehr viel mach'ma in Ungarn, die haben wiederum Partnerfirmen in Rumänien, wo sie hin auslagern. Jetzt sind wir grad neu dabei, Portugal für uns zu erschließen. Das läuft schon ganz gut. Aber man muss sich halt immer sehr spezialisierte Betriebe suchen, wie eben auf Kleider sehr spezialisiert sind oder auf Blusen."

Während des Interviews werden Aufnahmen des Ateliers (bei ca. 00:47) und des Warensortiments (bei ca. 02:30) gezeigt (Abbildung 1 und 2). Außerdem wird ca. bei Laufzeit 02:32 ein Preisschild eines XXXX ins Bild eingeblendet. Auf

dem Preisschild ist für den Zuseher der Kaufpreis in Höhe von EUR 1.150,- mit 30% Rabatt für das XXXX modell " XXXX " von der Marke " XXXX " deutlich lesbar (Abbildung 3).

Bild kann nicht dargestellt werden

Abbildung 1

Bild kann nicht dargestellt werden

Abbildung 2

Bild kann nicht dargestellt werden

Abbildung 3

Nach Ende des Interviews spricht die XXXX -Reporterin folgende Schlussworte: "Also ich habe jetzt die Schuhe von der neuen Kollektion anprobiert und ich bin begeistert. Sie sind cool, ja, fühlen sich super an, wahnsinnig bequem und tolles Material. Ich muss schon sagen, ich wünsche mir in Zukunft mehr, mehr von XXXX ."

2. Beweiswürdigung:

2.1. Die Feststellung, dass die XXXX Anbieterin des Abrufdienstes " XXXX " ist, folgt zweifelsfrei aus dem Verwaltungsakt und deren Angaben im Beschwerdeschriftsatz.

2.2. Die Feststellung, dass der Beitrag " XXXX " von XXXX bis zumindest XXXX auf dem Abrufdienst " XXXX " bereitgestellt wurde, folgt aus dem Verwaltungsakt und den Angaben der beschwerdeführenden Partei im Beschwerdeschriftsatz.

2.3. Die Feststellung, dass dieser Beitrag im Rahmen des Magazins " XXXX " bereitgestellt wurde, folgt aus dem Verwaltungsakt und den Angaben der beschwerdeführenden Partei im Beschwerdeschriftsatz.

2.4. Die Feststellungen zum Inhalt des Beitrages " XXXX " - insbesondere zu Inhalt der Moderation, Hergang des Interviews und gezeigtem Bildmaterial - folgen aus einer Sichtung dieses Beitrags durch das Bundesverwaltungsgericht. Die festgestellten Abbildungen sind dem Beitrag entnommen.

3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 36 KommAustria-Gesetz, BGBl I 32/2001 idF I 47/2019, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht über Beschwerden in jenen Fällen, in denen die KommAustria belangte Behörde ist, durch Senat. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, 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, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Zu A)

3.1.1. Das KommAustria-Gesetz, BGBl I 32/2001 idF I 47/2019, (im Folgenden KOG) lautet auszugsweise:

"1. Abschnitt

Regulierungsbehörde

Kommunikationsbehörde Austria

§ 1. (1) Zur Verwaltungsführung und Besorgung der Regulierungsaufgaben im Bereich der elektronischen Audiomedien und der elektronischen audiovisuellen Medien einschließlich der Aufsicht über den Österreichischen Rundfunk und seine Tochtergesellschaften, ist die Kommunikationsbehörde Austria ("KommAustria") eingerichtet.

[...]

Aufgaben und Ziele der KommAustria

§ 2. (1) Die Verwaltungsführung und Besorgung der Regulierungsaufgaben im Sinne des § 1 Abs. 1 umfasst die der KommAustria durch gesonderte bundesgesetzliche Vorschriften zugewiesenen Aufgaben, insbesondere:

[...]

7. Beobachtung der Einhaltung der Bestimmungen des 3. Abschnitts des ORF-Gesetzes sowie der werberechtlichen Bestimmungen der §§ 9 bis 9b und 18 ORF-G durch den Österreichischen Rundfunk und seine Tochtergesellschaften sowie der Einhaltung der Bestimmungen der §§ 31 bis 38 und 42a bis 45 AMD-G und der §§ 19 und 20 PrR-G durch private Rundfunkveranstalter und Mediendienstanbieter. Zur Erfüllung dieser Aufgabe hat die KommAustria in regelmäßigen, zumindest aber monatlichen Abständen bei allen Rundfunkveranstaltern und Mediendienstanbietern Auswertungen von Sendungen und Mediendiensten, die kommerzielle Kommunikation beinhalten, durchzuführen. Im Fall des Österreichischen Rundfunks sind auch die Online-Angebote erfasst. Binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung oder der Bereitstellung, hat die Regulierungsbehörde jene Sachverhalte, bei denen der begründete Verdacht einer Verletzung der genannten Bestimmungen vorliegt, von Amts wegen weiter zu verfolgen, [...].

[...]

5. Abschnitt

Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht

Zuständigkeit

§ 36. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet über Beschwerden in jenen Fällen, in denen die KommAustria belangte Behörde ist (§ 9 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG, BGBl I. Nr. 33/2013), durch Senat.

Wahrnehmung von Aufgaben und Befugnissen

§ 37. Soweit in Bundesgesetzen der KommAustria in erster Instanz Aufgaben und Befugnisse als Regulierungsbehörde zugewiesen sind, stehen diese auch dem Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Wahrnehmung seiner Aufgaben zu."

3.1.2. Die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, RL 2010/13/EU, (im Folgenden AVMD-RL) lautet auszugsweise:

"KAPITEL I

BEGRIFFSBESTIMMUNGEN

Artikel 1

(1) Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

[...]

h) "audiovisuelle kommerzielle Kommunikation" Bilder mit oder ohne Ton, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, dienen. Diese Bilder sind einer Sendung gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung beigefügt oder darin enthalten. Zur audiovisuellen kommerziellen Kommunikation zählen unter anderem Fernsehwerbung, Sponsoring, Teleshopping und Produktplatzierung;"

3.1.3. Das Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz, BGBl I 84/2001 idF I 86/2015, (im Folgenden AMD-G) lautet auszugsweise:

"1. Abschnitt

Allgemeines

## Anwendungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz regelt

[...]

2. das Anbieten anderer audiovisueller Mediendienste; [...].

[...]

## Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Sinne dieses Gesetzes ist:

[...]

2. audiovisuelle kommerzielle Kommunikation: Bilder mit oder ohne Ton, die

a) der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, oder

b) der Unterstützung einer Sache oder einer Idee

dienen. Diese Bilder sind einer Sendung gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder im Fall er lit. a als Eigenwerbung beigefügt oder darin enthalten. Zur audiovisuellen kommerziellen Kommunikation zählen jedenfalls Produktplatzierung, die Darstellung von Produktionshilfen von unbedeutendem Wert, Sponsorhinweise und auch Werbung gemäß Z 40;

3. audiovisueller Mediendienst: eine Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV unter der redaktionellen Verantwortung eines Mediendienstanbieters, deren Hauptzweck die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit über elektronische Kommunikationsnetze (§ 3 Z 11 TKG 2003) ist. Darunter fallen Fernsehprogramme und audiovisuelle Mediendienste auf Abruf;

4. audiovisueller Mediendienst auf Abruf: ein audiovisueller Mediendienst, der von einem Mediendienstanbieter für den Empfang zu dem vom Nutzer gewählten Zeitpunkt und auf dessen individuellen Abruf hin aus einem vom Mediendienstanbieter festgelegten Programmekatalog bereitgestellt wird (Abrufdienst);

[...]

20. Mediendienstanbieter: die natürliche oder juristische Person, die die redaktionelle Verantwortung für die Auswahl der audiovisuellen Inhalte des audiovisuellen Mediendienstes trägt und bestimmt, wie diese gestaltet werden;

[...]

40. Werbung: jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die in Fernsehprogrammen vom Anbieter (Fernsehwerbung) oder als Bestandteil eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf vom Anbieter entweder gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet oder bereitgestellt wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern. Werbung umfasst weiters jede Äußerung zur Unterstützung einer Sache oder Idee, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung verbreitet wird (ideelle Werbung);

[...]

## 7. Abschnitt

### Anforderungen an alle audiovisuellen Mediendienste

#### Auskunfts- und Aufzeichnungspflichten

§ 29. (1) Mediendienstanbieter haben auf ihre Kosten von allen Bestandteilen ihrer audiovisuellen Mediendienste Aufzeichnungen herzustellen, die eine vollständige und originalgetreue Wiedergabe des Mediendienstes ermöglichen, und diese mindestens zehn Wochen lang aufzubewahren. Über Verlangen haben sie der Regulierungsbehörde die gewünschten Aufzeichnungen zur Verfügung zu stellen. Überdies haben sie jedermann, der ein rechtliches Interesse



daran darzutun vermag, Einsicht in die Aufzeichnungen zu gewähren. Ist wegen eines Bestandteils eines audiovisuellen Mediendienstes ein Verfahren vor der Regulierungsbehörde anhängig, so besteht die Aufbewahrungspflicht bis zum Abschluss des Verfahrens.

[...]

Allgemeine Anforderungen an audiovisuelle Mediendienste

§ 30. (1) Audiovisuelle Mediendienste müssen im Hinblick auf ihre Aufmachung und ihren Inhalt die Menschenwürde und die Grundrechte anderer achten.

(2) Audiovisuelle Mediendienste dürfen nicht zu Hass auf Grund von Rasse, Geschlecht, Religion, Behinderung und Nationalität aufreizen.

(3) Audiovisuelle Mediendienste sollen schrittweise für hör- und sehbehinderte Personen barrierefrei zugänglich gemacht werden.

Allgemeine Anforderungen an die audiovisuelle kommerzielle Kommunikation

§ 31. (1) Audiovisuelle kommerzielle Kommunikation muss leicht als solche erkennbar sein.

(2) Schleichwerbung, unter der Wahrnehmungsgrenze liegende audiovisuelle kommerzielle Kommunikation sowie vergleichbare Praktiken sind untersagt.

(3) Audiovisuelle kommerzielle Kommunikation darf nicht

1. die Menschenwürde verletzen,
2. Diskriminierungen nach Geschlecht, Rasse oder ethnischer Herkunft, Nationalität, Religion oder Glauben, Behinderung, Alter oder sexueller Ausrichtung enthalten oder fördern;
3. Verhaltensweisen fördern, die die Gesundheit oder die Sicherheit gefährden;
4. Verhaltensweisen fördern, die den Schutz der Umwelt in hohem Maße gefährden;
5. rechtswidrige Praktiken fördern;
6. irreführen oder den Interessen der Verbraucher schaden.

Präsentation und Einflussnahme

§ 32. (1) In der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation dürfen weder im Bild noch im Ton Personen auftreten, die regelmäßig Nachrichtensendungen und Sendungen zum politischen Zeitgeschehen vorstellen.

(2) Audiovisuelle kommerzielle Kommunikation darf nicht die redaktionelle Unabhängigkeit des Mediendienstanbieters beeinträchtigen."

3.2.1. Entsprechend den Feststellungen und den vorzitierten Legaldefinitionen ist die beschwerdeführende Partei zweifelsfrei gemäß § 2 Z 20 AMD-G (Mediendienste)Anbieterin des audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf (kurz Abrufdienst) " XXXX " iSd § 2 Z 4 AMD-G. Gemäß § 1 Abs. 1 Z 2 AMD-G unterliegt die beschwerdeführende Partei beim Anbieten dieses Abrufdienstes den Anforderungen des AMD-G.

3.2.2.1. Gemäß § 2 Z 2 AMD-G sind unter "audiovisueller kommerzieller Kommunikation" unter anderem Bilder mit oder ohne Ton, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, dienen, sofern sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung in einer Sendung enthalten sind. Zur audiovisuellen kommerziellen Kommunikation zählt gemäß § 2 Z 2 letzter Satz AMD-G unter anderem jedenfalls auch "Werbung" gemäß § 2 Z 40 leg cit.

Gemäß § 2 Z 40 leg cit ist unter "Werbung" unter anderem jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs als Bestandteil eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf zu verstehen, die vom Anbieter entweder gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gesendet oder bereitgestellt wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern.

Auch der Verwaltungsgerichtshof versteht in ständiger Rechtsprechung unter "Werbung" 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 (vgl. VwGH 22.05.2013, 2010/03/0008, wo dieses Begriffsverständnis als für das AMD-G, ORF-G, PrTV-G und das Privatradiog 2001 maßgeblich erklärt wird.)

Die Qualifikation eines Beitrages als "audiovisuelle kommerzielle Kommunikation" iSd§ 2 Z 2 AMD-G an sich wie als "Werbung" iSd Z 40 leg cit setzt also zunächst voraus, dass ein Beitrag das Ziel verfolgt, den Absatz von Waren oder Dienstleistungen zu fördern.

Aus folgenden Erwägungen geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Beitrag " XXXX " das Ziel verfolgt, den Absatz der darin gezeigten Produkte, der Designerin XXXX und des Herstellers XXXX zu fördern:

Der Beitrag beginnt mit einer Einleitung der Reporterin über das Zustandekommen der Kooperation der Designerin XXXX mit dem Schuhhersteller XXXX und dessen Mitarbeitern und den daraus hervorgegangenen Schuhmodellen. Dieser Teil des Beitrags bietet noch Informationen, welchen keine Absicht der Absatzförderung zu unterstellen ist.

Anders verhält es sich mit dem Interview, das mit der Designerin geführt wird: Darin werden der Designerin Fragen gestellt, die Antworten implizieren, welche den Absatz der aus der Kooperation hervorgegangenen Schuhmodelle und von Produkten der Designerin an sich fördern. So wird die Designerin dezidiert gefragt, wo die Schuhe käuflich zu erwerben seien und antwortet darauf natürlich mit der Nennung ihrer diversen Geschäftsniederlassungen sowie mit dem Hinweis, dass die Schuhe auch online bei XXXX zu erwerben seien und dort auch ein Händlerverzeichnis mit weiteren Bezugsquellen verfügbar sei. Als den Absatz von Produkten der Designerin jedenfalls förderlich stellt sich auch die darauf folgende Frage der Reporterin dar, was das Label " XXXX " auszeichne. Denn diese Frage impliziert eine ihr Label besonders positiv hervorhebende Antwort der interviewten Designerin.

Deutlich wird das Anliegen der Förderung des Absatzes der Produkte der Designerin XXXX auch dadurch, dass der Beitrag bei Laufzeit 02:32 ein für den Zuseher eindeutig lesbares Preisschild zeigt. Diesem sind das Modell des betreffenden XXXX " sowie der dafür veranschlagte Preis in Höhe von EUR 1.150,- bei 30 % Rabatt zu entnehmen. Da selbst Preisangaben für ein Produkt gezeigt werden, das offenbar nicht der aus der präsentierten Kooperation hervorgegangenen Schuhkollektion zuzuordnen ist, geht das Bundesverwaltungsgericht hier von einem besonders deutlich zutage tretenden Anliegen der Förderung des Absatzes dieses Produkts aus, zumal außer den Angaben des Preisschildes keine näheren Informationen zu diesem Produkt geboten werden. Insbesondere ist das Produkt wegen des hohen Zoomfaktors der Aufnahme, der das Preisschild lesbar erscheinen lässt, nicht einmal im Ganzen zu sehen, sodass es auch ausscheidet anzunehmen, das Preisschild wäre - wie die Beschwerde rügt - ohne nähere Intention als Teil der Gesamtaufnahme gleichsam zufällig aufgenommen worden.

Zweifellos verfolgen schließlich auch die Schlussworte der Reporterin das Ziel, den Absatz der Produkte von XXXX zu fördern. Denn darin erklärt die Reporterin, die Schuhe der neuen Kollektion anprobiert zu haben und begeistert zu sein. Diese seien "cool", würden sich "super" anfühlen, seien "wahnsinnig bequem" und aus tollem Material gefertigt. Den Beitrag schließt die Reporterin mit dem verbal geäußerten Wunsch nach "mehr, mehr von XXXX ". Insbesondere dieser Schlusssatz, der letztlich ausschließlich als Wunsch der Reporterin nach weiteren Produkten von XXXX gedeutet werden kann, lässt keinen Zweifel am Ziel der Förderung des Absatzes der Designerin und des Schuhherstellers mehr offen. Dieser Eindruck wird durch die demonstrative Begeisterung der Reporterin über die präsentierte Schuhkollektion noch verfestigt.

Insgesamt geht das Bundesverwaltungsgericht daher davon aus, dass der Beitrag " XXXX " das Ziel verfolgt, den Absatz der Waren von XXXX und insbesondere der in deren Kooperation entstandenen Schuhkollektion zu fördern und nicht - wie die beschwerdeführende Partei rügt - durchgehend redaktionell ist.

3.2.2.2. Die Qualifikation eines Beitrages als "audiovisuelle kommerzielle Kommunikation" iSd§ 2 Z 2 AMD-G an sich wie als "Werbung" iSd Z 40 leg cit, welche gemäß Z 2 leg cit ebenso als "audiovisuelle kommerzielle Kommunikation" gilt, setzt ferner voraus, dass der Beitrag gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung bereitgestellt wird.

Die beschwerdeführende Partei rügt, dass der Beitrag " XXXX " gerade nicht entgeltlich bereitgestellt worden sei und es sich daher nicht um "audiovisuelle kommerzielle Kommunikation" handle. Denn sie habe für dessen Bereitstellung keinerlei Gegenleistung erhalten oder vereinbart. Ferner sei die durch die belangte Behörde herangezogene

Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach die Entgeltlichkeit von Beiträgen schon dann zu bejahen sei, wenn für diese im geschäftlichen Verkehr üblicherweise ein Entgelt zu leisten wäre, möge auch keine Gegenleistung erbracht oder vereinbart worden sein, nicht auf den hier maßgeblichen Beitrag zu übertragen. Denn diese Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei zum ORF-G und Privatradiog 2001 ergangen und nicht auf das hier maßgebliche AMD-G zu übertragen.

Dieser Ansicht der beschwerdeführenden Partei vermag sich das Bundesverwaltungsgericht nicht anzuschließen:

Zunächst geht der Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung zu jenen Gesetzen, welche die AVMD-RL, 2010/13/EU, umsetzen, klar davon aus, dass die Qualifikation von Beiträgen als "Werbung" einschließlich deren entgeltlicher Verbreitung nach einheitlichen Kriterien zu beurteilen sei (und erstreckt dieses Begriffsverständnis auch auf das Privatradiog 2001):

? In VwGH 22.05.2013, Zl. 2010/03/008, verweist der Verwaltungsgerichtshof auf seine in der Rechtsprechung zu § 13 Abs. 1 ORF-G 2001 aF (nunmehr § 1a Z 8 lit a ORF-G 2001) herangezogene Definition von "Werbung". Zur Auslegung des Begriffs "Werbung" im Sinne des § 19 Abs. 3 Privatradiog 2001 könne auf die Begriffsbestimmungen "des ORF-G 2001 und des PrTV-G 2001 (bzw. nunmehr AMD-G 2001)" zurückgegriffen werden. Aufgrund des "gleichen Begriffsverständnisses" von Werbung im Sinne des ORF-G 2001 und des Privatradiog 2001 sei damit auch für die Beurteilung des Merkmals der Entgeltlichkeit grundsätzlich von einem objektiven Maßstab und dem üblichen Verkehrsgebrauch und nicht von einem tatsächlich geleisteten Entgelt auszugehen.

? Auch in VwGH 21.10.2011, Zl. 2009/03/0173, geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass für das Privatradiog 2001 auf die Definition von "Werbung" gemäß "§ 13 Abs. 1 ORF-G aF (nunmehr § 1a Z 8 lit a ORF-G) und § 34 PrTV-G (nunmehr § 2 Z 40 AMD-G)" zurückzugreifen sei. Zur Auslegung des Begriffs "Werbung" könne "auf die genannten Begriffsbestimmungen des ORF-G und des PrTV-G (bzw. nunmehr AMD-G)" zurückgegriffen werden. Aufgrund des "gleichen Begriffsverständnisses" von Werbung im Sinne des ORF-G und des Privatradiog sei damit auch für die Beurteilung des Merkmals der Entgeltlichkeit bei Werbung im Sinne des Privatradiog grundsätzlich von einem objektiven Maßstab und dem üblichen Verkehrsgebrauch und nicht von einem tatsächlich geleisteten Entgelt auszugehen. Die Frage der Entgeltlichkeit sei danach zu beurteilen, ob für die Sendung nach "üblichem Verkehrsgebrauch" ein Entgelt zu leisten wäre.

Eindeutig versteht der Verwaltungsgerichtshof in diesen Erkenntnissen auch "Werbung" iSd § 2 Z 40 AMD-G dahingehend, dass deren Kriterium der "Entgeltlichkeit" nach einem objektiven Maßstab und dem üblichen Verkehrsgebrauch und nicht danach zu beurteilen ist, ob tatsächlich Entgelt geleistet oder vereinbart worden ist. Denn der Gerichtshof verweist auf das AMD-G, insb. dessen § 2 Z 40, als Nachfolgeregelungen des PrTV-G, um die Maßgeblichkeit des genannten objektiven Verständnisses von Entgeltlichkeit zu begründen. Mithin geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass das Kriterium der Entgeltlichkeit für das Vorliegen von Werbung gemäß § 2 Z 40 AMD-G und damit einhergehend von "audiovisueller kommerzieller Kommunikation" iSd § 2 Z 2 AMD-G entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nach objektiven Kriterien und nicht danach zu beurteilen ist, ob ein Entgelt tatsächlich geleistet oder vereinbart wurde.

Im Einzelnen ist die Entgeltlichkeit für die Qualifikation als Werbung dieser Rechtsprechung zufolge danach zu beurteilen, ob nach dem üblichen Verkehrsgebrauch ein Entgelt oder eine Gegenleistung zu leisten wäre. Es ist daher grundsätzlich von einem objektiven Maßstab und dem üblichen Verkehrsgebrauch auszugehen; nicht entscheidend ist hingegen, ob tatsächlich ein Entgelt geleistet worden ist (vgl. etwa VwGH 01.09.2017, Ra 2017/03/0007 mwN). Andernfalls stünde es im Belieben der jeweils Beteiligten über die Zulässigkeit absatzfördernder Beiträge nach Gutdünken zu disponieren, was dem Gesetz nicht zugrunde liegt (vgl. etwa VwGH 28.02.2014, 2012/03/0019).

Wie zuvor dargelegt, verfolgt der Beitrag "XXXX" das Ziel, den Absatz der Waren von XXXX und insbesondere der in Kooperation entstandenen Schuhkollektion zu fördern. Für die zahlreichen unter Pkt II.3.2.2.1. zuvor im Einzelnen dargestellten Elemente, aus welchen abzuleiten ist, dass der Beitrag das Ziel verfolgt, den Absatz von Produkten von XXXX zu fördern, und die in verschiedenen Zeitabschnitten des Beitrages vorkommen, wäre bei Zugrundelegung eines objektiven Maßstabes ein Entgelt durch die Beworbenen zu entrichten. Deswegen ist der Beitrag iSd § 2 Z 40 AMD-G als "gegen Entgelt" bereitgestellt zu qualifizieren. Dass für den Beitrag tatsächlich keine Gegenleistung erbracht worden sein mag, ändert daran nach der vorzitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nichts.

3.2.2.3. Da der Beitrag "XXXX" daher das Ziel verfolgt, den Absatz von Waren gegen Entgelt zu fördern, erfüllt er

sämtliche Voraussetzungen, um als "Werbung" iSd § 2 Z 40 AMD-G und damit einhergehend als "audiovisuelle kommerzielle Kommunikation" iSd § 2 Z 2 leg cit qualifiziert zu werden.

Wie dargelegt sind Zweifel an der Auslegung von § 2 Z 2 und 40 AMD-G nicht entstanden. Insbesondere sind beim Bundesverwaltungsgericht auch keine Bedenken entstanden, dass dem hier zugrunde gelegten Begriffsverständnis "audiovisueller kommerzieller Kommunikation" Art. 1 Abs. 1 lit. h AVMD-RL entgegenstehen könnte. Ein Widerspruch der AVMD-RL zum hier herangezogenen Begriffsverständnis "audiovisueller kommerzieller Kommunikation" einschließlich des objektiven Maßstabes zur Beurteilung der Entgeltlichkeit der Bereitstellung von Beiträgen ist nicht erkennbar und wurde offenbar auch durch den Verwaltungsgerichtshof, auf dessen Rechtsprechung die hier vertretene Auslegung zurückgeht, nicht ausgemacht. Daher vermag das Bundesverwaltungsgericht die betreffenden Bedenken der beschwerdeführenden Partei nicht zu teilen. Mit Blick auf diese eindeutige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass das Kriterium der Entgeltlichkeit der Bereitstellung von Beiträgen auch bei der Beurteilung, ob "Werbung" und "audiovisuelle kommerzielle Kommunikation" iSd § 2 Z 2 und 40 AMD-G vorliegt, nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen ist, vermag das Bundesverwaltungsgericht schließlich auch dem Einwand der beschwerdeführenden Partei nicht zu folgen, dass die Kennzeichnungspflicht für Werbung gemäß § 26 MedienG und Z 11 des Anhanges zum UWG ausschließlich entgeltliche Veröffentlichungen erfasse. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, welche Rückschlüsse diese durch die beschwerdeführende Partei ins Treffen geführten Bestimmungen für das Verständnis von "Werbung" und "audiovisueller kommerzieller Kommunikation" iSd § 2 Z 2 und 40 AMD-G gestatten. Schließlich vermag das Vorbringen der beschwerdeführenden Partei, auch andere Mediendienste hätten anlässlich jenes Termins berichtet, der im Beitrag gezeigt wird, nichts daran zu ändern, dass der Beitrag der beschwerdeführenden Partei seiner Gestaltung wegen als "Werbung" und "audiovisuelle kommerzielle Kommunikation" iSd § 2 Z 2 und 40 AMD-G zu qualifizieren ist.

3.2.3. Gemäß § 31 Abs. 1 AMD-G muss audiovisuelle kommerzielle Kommunikation leicht als solche erkennbar sein. Die EBRV (611 BlgNR 24. GP 74) führen dazu aus: "§ 31 beinhaltet - im Unterschied zu den strengeren Anforderungen der Trennung für Fernsehprogramme [...] - ein allgemeines Erkennbarkeitsgebot. Ist daher nicht bereits aufgrund der Darstellung für einen durchschnittlichen Zuseher der Charakter einer audiovisuellen kommerziellen Kommunikation als solcher erkennbar, hat der Mediendienstanbieter für eine entsprechende Kennzeichnung zu sorgen."

Daher legt § 31 Abs. 1 AMD-G für audiovisuelle kommerzielle Kommunikation in audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf iSd § 2 Z 4 AMD-G ein allgemeines Erkennbarkeitsgebot fest. Nicht festgelegt ist, wie diese Erkennbarkeit herzustellen ist. Zulässig ist es daher, audiovisuelle kommerzielle Kommunikation entweder schon durch ihre Darstellung selbst oder aber durch eine Kennzeichnung für einen durchschnittlichen Zuseher erkennbar zu machen.

Als audiovisuelle kommerzielle Kommunikation hat auch der Beitrag "XXXX" den Anforderungen gemäß § 31 Abs. 1 AMD-G zu genügen. Entgegen § 31 Abs. 1 AMD-G ist der Beitrag jedoch nicht "leicht" als audiovisuelle kommerzielle Kommunikation erkennbar. Denn zunächst wurde der Beitrag im Rahmen des Magazins "XXXX" veröffentlicht, sodass für den durchschnittlichen Zuseher audiovisuelle kommerzielle Kommunikation als Teil des Magazins nicht zu erwarten ist. Ferner weist die einleitende Moderation der Reporterin mit der Ankündigung, dass im Atelier der Designerin XXXX, die sich mit XXXX vom Schuhhersteller XXXX zusammengetan und näher genannte Schuhe kreiert habe, "alles auf Kirtag" stehe und "wir" heute mitfeiern und "einen Blick hinter die Kulissen" wagen, eine Gestaltung auf, wie sie auch für nichtkommerzielle Beiträge zu erwarten ist. Wie oben dargestellt, schließen jene Abschnitte, welche dazu führen, dass der Beitrag letztlich als "Werbung" und "audiovisuelle kommerzielle Kommunikation" zu qualifizieren ist, erst daran an. Damit ist es jedoch für den durchschnittlichen Zuseher gerade nicht "leicht" erkennbar, dass audiovisuelle kommerzielle Kommunikation vorliegt. Im Gegenteil führt diese einleitende Ankündigung gerade dazu, dass die Aufmerksamkeit gesteigert wird. In weiterer Folge wird die Designerin interviewt, wobei dieser - wie ausgeführt - Fragen gestellt werden, welche Antworten implizieren, die den Absatz der aus der Kooperation hervorgegangenen Schuhmodelle und von sonstigen Produkten der Designerin fördern. Auch diese Art der Präsentation der werblichen Elemente als Interview führt dazu, dass der Beitrag für den durchschnittlichen Zuseher gerade nicht "leicht" als "audiovisuelle kommerzielle Kommunikation" erkennbar ist, lässt doch allgemein ein Interview gerade kein werbliches Anliegen erwarten.

Insgesamt geht das Bundesverwaltungsgericht daher davon aus, dass der Beitrag "XXXX" entgegen § 31 Abs. 1 AMD-G nicht leicht als audiovisuelle kommerzielle Kommunikation erkennbar ist.

Dementsprechend erweist sich die Feststellung einer Verletzung der Bestimmung des § 31 Abs. 1 AMD-G durch die belangte Behörde als rechtmäßig. Die Beschwerde war daher insoweit als unbegründet abzuweisen.

3.2.4. Gemäß § 62 Abs. 3 AMD-G kann die Regulierungsbehörde auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung erkennen und dem Mediendiensteanbieter einen Auftrag zur Veröffentlichung erteilen. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu vergleichbaren Veröffentlichungspflichten dienen diese dazu, dass Rechtsverletzungen durch einen "contrarius actus" nach Möglichkeit wieder ausgeglichen werden (vgl. VfSlg 12.497/1990). Danach hat sich die Behörde bei der Übung des ihr eingeräumten Ermessens zu richten, inwieweit sie eine Pflicht zur Veröffentlichung ihrer Entscheidung aufträgt (vgl. VwSlg 17313 A/2007 zur insofern vergleichbaren Bestimmung des § 26 Abs. 2 Privatradiog 2001).

Angesichts dieses Anliegens der Veröffentlichung, die Rechtsverletzung möglichst wieder auszugleichen, kann das Bundesverwaltungsgericht nicht finden, dass die belangte Behörde bei Auferlegung der Pflicht zur Veröffentlichung ihrer Entscheidung auf dem Abrufdienst XXXX der beschwerdeführenden Partei (für 72 Stunden) rechtswidrig gehandelt hätte. Im Übrigen hat auch die beschwerdeführende Partei keine Bedenken spezifisch gegen die auferlegte Veröffentlichung der Entscheidung der belangten Behörde vorgebracht.

Die Beschwerde war daher auch insoweit als unbegründet abzuweisen.

3.2.5. Im Übrigen sind beim Bundesverwaltungsgericht auch keinerlei Bedenken dagegen entstanden, dass der beschwerdeführenden Partei die Pflicht auferlegt wird, der belangten Behörde Aufzeichnungen binnen zweier weiterer Wochen zum Nachweis der erfolgten Veröffentlichung der Entscheidung gemäß § 29 Abs. 1 AMD-G zu übermitteln. Dies hat die beschwerdeführende Partei auch nicht als rechtswidrig gerügt.

4. Schließlich weist das Bundesverwaltungsgericht darauf hin, dass von der Abhaltung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden durfte. Denn zunächst hat die beschwerdeführende Partei die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht beantragt; die belangte Behörde hat im Zuge der Beschwerdevorlage sogar ausdrücklich auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet. Auch sonst ist keine Verpflichtung des Bundesverwaltungsgerichts zur Abhaltung einer mündlichen Verhandlung entstanden. Insbesondere stellt sich der festgestellte Sachverhalt als zwischen den Verfahrensparteien unstrittig dar und stimmt mit jenem, welcher bereits die belangte Behörde dem angefochtenen Bescheid zugrunde legte, im Wesentlichen überein. Auch sind keine Rechtsfragen solcher Komplexität aufgetreten, dass diese die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung geboten hätten.

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; 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.

Insbesondere erscheint die hier umstrittene Rechtsfrage, welches Verständnis des Kriteriums der Entgeltlichkeit den Begriffen der "audiovisuellen kommerziellen Kommunikation" und "Werbung" gemäß § 2 Z 20 und 4 AMD-G zugrunde liegt, durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (siehe VwGH 21.10.2011, 2009/03/0173; 22.05.2013, 2010/03/008) hinreichend geklärt.

### **Schlagworte**

audiovisueller Mediendienst, contrarius actus, Entgelt, Entgeltlichkeit, Erkennbarkeit, Ermessen, Ermessensausübung, Ermessensübung, Geldstrafe, Kennzeichnungspflicht, Rechtsaufsicht, Rechtsverletzung, Übermittlungspflicht, Verkehrs(ge)brauch, Verwaltungsstrafe, Verwaltungsstrafverfahren, Verwaltungsübertretung, Werbung

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)