



Bescheid

I. Spruch

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. 190/2021, in Verbindung mit den §§ 35, 36 und 37 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 108/2021, fest, dass der ORF am 26.03.2021 um ca. 18:59:43 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2, Regionalfenster Tirol, einen auf das Regionalfenster beschränkten Werbespot ausgestrahlt und damit § 14 Abs. 5 erster Satz ORF-G verletzt hat.
2. Die KommAustria erkennt gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung. Dem ORF wird aufgetragen, den Spruchpunkt 1. binnen sechs Wochen ab Rechtskraft der Entscheidung an einem Wochentag im Rahmen des Regionalfensters Tirol des Fernsehprogramms ORF 2, und zwar vor der Sendung „Tirol heute“, durch Verlesung durch eine Sprecherin oder einen Sprecher sowie Einblendung des Textes im Bild in folgender Form zu veröffentlichen:

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

Der ORF hat am 26. März 2021 im Fernsehprogramm ORF 2, Regionalausstieg Tirol, einen auf Tirol beschränkten Werbespot ausgestrahlt. Damit wurde gegen § 14 Abs. 5 erster Satz ORF-Gesetz, wonach Werbung in Fernsehprogrammen nur österreichweit zulässig ist, verstoßen.“

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

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Im Zuge der gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG der KommAustria obliegenden Beobachtung der Einhaltung der Bestimmungen des 3. Abschnitts des ORF-G („Kommerzielle Kommunikation“) sowie der werberechtlichen Bestimmungen der §§ 9 bis 9b und 18 ORF-G durch den ORF und seine Tochtergesellschaften wurden Auswertungen der im Fernsehprogramm ORF 2 (Regionalfenster Tirol) am 26.03.2021, 17:30 bis 19:30 Uhr, ausgestrahlten Sendungen vorgenommen.

Aufgrund der Vermutung einer Verletzung von § 14 Abs. 5 erster Satz ORF-G wurde von der KommAustria mit Schreiben vom 22.04.2021 ein Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen eingeleitet und der ORF zur Stellungnahme aufgefordert.

Der ORF hat mit Schreiben vom 05.05.2021 mitgeteilt, von einer inhaltlichen Stellungnahme abzusehen.

2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Am 26.03.2021 wurde im Fernsehprogramm ORF 2 (Regionalfenster Tirol) um ca. 18:59:43 Uhr anschließend an die bereits im Rahmen des Regionalausstiegs Tirol ausgestrahlte Sendung „Ratgeber Gesundheit“ nach einem Werbetrenner (siehe Abbildung 1) folgender Spot ausgestrahlt:



Abbildung 1: Werbetrenner

„Wie verrückt, wie ausgefallen ist Ihr Ski-Outfit? Werden Sie mit Tirol.ORF.at unser SKI-IP auf dem Stubaier Gletscher. Senden Sie uns ein Foto von Ihrem originellsten Ski-Outfit, stimmen Sie ab und mit ein bisschen Glück sind Sie der nächste ORF-Tirol-SKI-IP. Alle Informationen und Ihre Gewinnchance auf einen exklusiven Skitag auf dem Stubaier Gletscher finden Sie im Internet unter Tirol.ORF.at.“

Der gesprochene Text wird durch Bewegtbild von Skifahrern auf dem Stubaier Gletscher sowie durch Ausschnitte der Website Tirol.ORF.at bebildert (siehe Abbildungen 2 und 3).



Abbildung 2: Spot „SKI-IP“ (Ausschnitt Website Tirol.ORF.at)

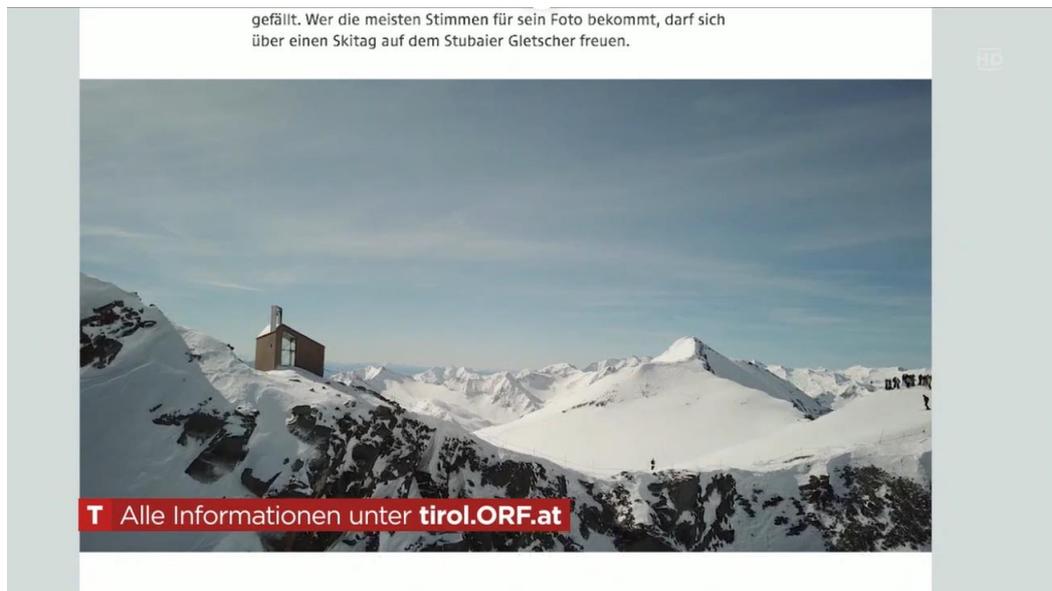


Abbildung 3: Spot „SKI-IP“ (Ausschnitt Website Tirol.ORF.at)

Der Spot endet mit folgender Einblendung:



Abbildung 4: Hinweis „Stubaier Gletscher“

Anschließend folgt, beginnend mit der Sendungssignation, die Sendung „Tirol heute“.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Sendungsablauf im Fernsehprogramm ORF 2 (Regionalfenster Tirol) vom 26.03.2021 gründen sich auf die vorliegenden Aufzeichnungen des Programms. Diese wurden vom ORF nicht bestritten.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde und Rechtsgrundlagen

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 KOG obliegt der KommAustria die Wahrnehmung der Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk und seine Tochtergesellschaften nach Maßgabe des ORF-G. Gemäß § 35 ORF-G obliegt der KommAustria als Regulierungsbehörde die Rechtsaufsicht über den ORF.

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG obliegt der KommAustria u.a. die Beobachtung der Einhaltung der Bestimmungen des 3. Abschnitts des ORF-G („Kommerzielle Kommunikation“) sowie der werberechtlichen Bestimmungen der §§ 9 bis 9b und 18 ORF-G durch den ORF und seine Tochtergesellschaften. Zur Erfüllung dieser Aufgabe hat die KommAustria in regelmäßigen, zumindest aber monatlichen Abständen Auswertungen von Sendungen und Mediendiensten, die kommerzielle Kommunikation beinhalten, durchzuführen und binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung, jene Sachverhalte, bei denen der begründete Verdacht einer Verletzung der genannten Bestimmungen vorliegt, von Amts wegen weiter zu verfolgen.

Im vorliegenden Fall hat die Auswertung der Sendungen den begründeten Verdacht der Verletzung von Bestimmungen des 3. Abschnitts des ORF-G ergeben, weshalb in weiterer Folge ein Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG iVm §§ 35, 36 und 37 ORF-G einzuleiten war.

Die Entscheidung der KommAustria besteht gemäß § 37 Abs. 1 ORF-G in der Feststellung, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung dieses Bundesgesetzes verletzt worden ist.

4.2. Materiell anzuwendende Rechtsvorschriften

§ 1a ORF-G lautet auszugsweise:

„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;

[...]“.

§ 14 ORF-G lautet auszugsweise:

„Fernseh- und Hörfunkwerbung, Werbezeiten

§ 14. (1) ...

(5) In Fernsehprogrammen ist Werbung nur österreichweit zulässig. (...)

(5a) Ausgenommen von Abs. 5 erster und zweiter Satz ist auf je ein Bundesland beschränkte Werbung für Veranstaltungen und Kampagnen in den Bereichen Sport, Kunst und Kultur, soweit diesen in der österreichischen Medienberichterstattung üblicherweise kein breiter Raum zukommt, sowie in den Bereichen Volkskultur und Brauchtum und darüber hinaus Werbung für gemeinwirtschaftliche Gesundheitsdienstleistungen, Verkehrssicherheit und Konsumentenschutz. Die Dauer dieser Werbung ist mit je höchstens 150 Sekunden täglich pro Bundesland beschränkt. Abs. 5 vorletzter und letzter Satz bleiben unberührt. Die Werbung darf nur von folgenden Rechtsträgern in Auftrag gegeben werden:

1. Länder und Gemeinden;

2. sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie landesweit tätig sind;

3. gemeinnützige Rechtsträger (§§ 34 ff Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961);

4. Unternehmen, die ausschließlich gemeinwirtschaftliche Aufgaben in den im ersten Satz genannten Bereichen wahrnehmen und an denen ein Land allein oder mit anderen der Kontrolle des Rechnungshofs unterliegenden Rechtsträgern mit mindestens 50 vH des Stamm-, Grund, oder Eigenkapitals beteiligt ist, oder die ein Land allein oder gemeinsam mit anderen solchen Rechtsträgern betreibt.

Die Werbung darf darüber hinaus vom Österreichischen Rundfunk nur dann ausgestrahlt werden, wenn der Auftraggeber nachweist, dass er für den Gegenstand der Werbung auch kommerzielle Kommunikation im zumindest gleichen Ausmaß bei anderen, zu Rundfunk komplementären Medienunternehmen in Auftrag gegeben hat oder geben wird.

(...)

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

(...)“.

4.3. Verletzung von § 14 Abs. 5 erster Satz ORF-G

Für die Qualifikation einer Äußerung als Werbung im Sinne des § 1a Z 8 lit. a ORF-G ist entscheidend, ob die gegen Entgelt oder eine Gegenleistung bzw. für ein eigenes Produkt oder eine eigene Dienstleistung des Rundfunkveranstalters gesendete Äußerung bzw. Darstellung insgesamt geeignet ist, das bislang uninformierte oder unentschlossene Publikum für den Erwerb dieses Produkts bzw. die Inanspruchnahme dieser Dienstleistung zu gewinnen, sodass auch auf das Ziel der Darstellung, nämlich den Absatz dieser Produkte bzw. Dienstleistungen zu fördern, geschlossen werden kann (vgl. VwGH 18.09.2013, 2012/03/0162, u.a.). Zur Beurteilung des Tatbestandsmerkmals der Entgeltlichkeit bei Werbung erkennt der VwGH in ständiger Judikatur, dass es darauf ankommt, ob für die Ausstrahlung der jeweils konkret zu beurteilenden Äußerung nach dem üblichen Verkehrsgebrauch ein Entgelt bzw. eine Gegenleistung zu leisten wäre. Es ist daher grundsätzlich von einem objektiven Maßstab und dem üblichen Verkehrsgebrauch auszugehen (vgl. etwa VwGH 21.10.2011, 2009/03/0173).

Davon ausgehend ergibt sich die Entgeltlichkeit der Ausstrahlung des im Sachverhalt beschriebenen Spots unzweifelhaft aus der mehrmaligen Bezugnahme auf den „Stubai Gletscher“ sowie der Einblendung des entsprechenden Logos (siehe Abbildung 4), und der Werbebezug aus der positiven bildlichen Darstellung dieses Schigebietes im Stil eines Werbespots mit leeren Pisten, perfektem Wetter und atemberaubender Aussicht. Darüber hinaus wird auch das ORF-eigene Gewinnspiel „Ski-IP“ beworben („exklusiver Skitag“). Der Spot ist somit als Werbung in Form von Eigenwerbung sowie von Werbung für den Gewinnspielpartner „Stubai Gletscher“ zu qualifizieren.

Dies entspricht erkennbar auch der Ansicht des ORF, der vor dem Spot einen Werbetrenner gesetzt hat (siehe Abbildung 1).

Der gegenständliche Spot wurde nach den Feststellungen innerhalb des Regionalfensters für Tirol, nämlich zwischen den Sendungen „Ratgeber Gesundheit“ und „Tirol heute“, die beide Teil des Regionalausstieges waren, ausgestrahlt. Dieser Sachverhalt wurde vom ORF auch nicht bestritten, etwa durch ein Vorbringen, wonach der Regionalausstieg erst später beginnen würde.

Damit hat ORF mit diesem im Regionalfenster Tirol ausgestrahlten Spot gegen § 14 Abs. 5 erster Satz ORF-G verstoßen, wonach Fernsehwerbung nur österreichweit zulässig ist.

Dass ein von den Ausnahmen vom Regionalwerbverbot nach § 14 Abs. 5a ORF-G umfasster Fall vorliegen würde, wurde vom ORF nicht behauptet und ist für die KommAustria auch nicht ersichtlich.

Entgegen der am Ende des Spots eingeblendeten Textzeile („*Dieser Sendungshinweis wird präsentiert von Stubai Gletscher*“) stellt der gegenständliche Spot auch keinen Sendungshinweis dar, zumal schon nicht erkennbar ist, auf welche Sendung sich dieser beziehen sollte. Wollte man diesen Hinweis über den Umweg des eingeblendeten Textes („... *mit etwas Glück sind Sie und Ihre Liebsten, mit denen Sie im selben Haushalt leben, unsere Radio Tirol SKI-IPs*“) auf das Hörfunkprogramm „Radio Tirol“ des ORF beziehen, stünde dessen Zulässigkeit zudem das Cross-Promotion-Verbot des § 14 Abs. 7 ORF-G entgegen. Auch dies wurde freilich vom ORF auch gar nicht behauptet.

Damit war eine Verletzung von § 14 Abs. 5 erster Satz ORF-G festzustellen (Spruchpunkt 1.).

4.4. Veröffentlichung der Entscheidung

Der Ausspruch über die Veröffentlichung der Entscheidung (Spruchpunkt 2.) stützt sich auf § 37 Abs. 4 ORF-G und dessen Auslegung im Sinne der Rechtsprechung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts (vgl. VfSlg. 12.497/1990 und VwGH 15.09.2004, 2003/04/0045). Nach dem zitierten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs ist die Veröffentlichung als „*contrarius actus*“ zu einem solchen Zeitpunkt im entsprechenden Programm aufzutragen, dass „*tunlichst der gleiche Veröffentlichungswert*“ erzielt wird. Mit der Veröffentlichung einer Kurzfassung der Entscheidung zur vergleichbaren Sendezeit soll diesem Anliegen eines „*contrarius actus*“ Rechnung getragen werden.

Die Verpflichtung zur Vorlage der Aufzeichnung (Spruchpunkt 3.) stützt sich auf § 36 Abs. 4 ORF-G (vgl. dazu VwGH 23.05.2007, 2006/04/0204).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG beim Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Kommunikationsbehörde Austria einzubringen. Die Beschwerde hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, ebenso wie die belangte Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren sowie die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW,

Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 3.500/21-051“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ sind die Steuernummer/Abgabenkontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE – Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 27. Dezember 2021

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Thomas Petz, LL.M.
(Mitglied)