

Bescheid

I. Spruch

1.) Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) stellt im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über Hörfunkveranstalter gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 lit b KommAustria – Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 in der Fassung BGBl. I Nr. 97/2004 in Verbindung mit den §§ 24 und 25 Privatradiogesetz (PrR-G) BGBl. I Nr. 20/2001 in der Fassung BGBl. I Nr. 169/2004 fest, dass die **N&C Privatrado Betriebs GmbH**, FN 160655h, (HG Wien), Gablenzgasse 11/4, 1150 Wien, als Hörfunkveranstalter im Versorgungsgebiet „Wien 104,2 MHz“ am 09.08.2004 im Rahmen der Morgensendung „Aufgewacht mit Energy 104,2“ im Zeitraum von 06.00 Uhr bis 08.00 Uhr,

- a.) die Bestimmung über Patronanzsendungen in § 19 Abs. 5 lit b Z 3 Privatradiogesetz (PrR-G) dadurch verletzt hat, dass sie um 06.02h, 06.31h, 07.01 und 07.30h im Rahmen der Patronanzsendung „Stop and go“ den verkaufsfördernden Hinweis „Raus aus dem Stau – Rein in den Urlaub“ gesendet hat,
- b.) die Bestimmung über Patronanzsendungen in § 19 Abs. 5 lit b Z 3 PrR-G dadurch verletzt hat, dass sie um 07.38h im Rahmen der Patronanzsendung „der Energy 104,2 MHz Treuetest“ den verkaufsfördernden Hinweis „eisgekühlter Kaffee gekrönt mit Schlagobers, Schokolade und gerösteten Kokosnussstückchen; Mokka Coconut Frappuccino von S [REDACTED]!“ gesendet hat,
- c.) die Bestimmungen über den Trennungsgrundsatz gemäß § 19 Abs. 3 PrR-G dadurch verletzt hat, dass sie um 07.48h den gesendeten Werbeblock nicht eindeutig durch akustische Mittel vom anderen Programm getrennt hat.

2.) Die KommAustria erkennt gemäß § 26 Abs. 2 PrR-G auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung und trägt der N&C Privatrado Betriebs GmbH auf, die Spruchpunkte 1a bis 1c am dritten Tag nach Rechtskraft dieses Bescheides im Rahmen des von der N&C Privatrado Betriebs GmbH ausgestrahlten Programms zwischen 07.00 Uhr – 07.10 Uhr durch einen Programmansager verlesen zu lassen. Der Regulierungsbehörde sind Aufzeichnungen dieser Veröffentlichung zum Nachweis vorzulegen.

II. Begründung

Gang des Verfahrens:

Mit Schreiben vom 31.08.2004 übermittelte die KommAustria der N&C Privatrado Betriebs GmbH die Auswertungen des am 09.08.2004 in der Zeit von 06:00 Uhr bis 08:00 Uhr aufgezeichneten Hörfunkprogramms und räumte dieser gemäß § 2 Abs. 1 KOG die Möglichkeit zur Stellungnahme zu den ihr vorgehaltenen Werbeverstößen ein.

Am 01.09.2004 erfolgte die Veröffentlichung der im Rahmen des ausgewerteten Hörfunkprogramms vermuteten Rechtsverletzungen durch Bekanntmachung der im Monat August stichprobenartig ausgewerteten Sendungen von Hörfunk- und Fernsehveranstaltern auf der Website der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH).

Mit Schreiben vom 10.09.2004 nahm die N&C Privatrado Betriebs GmbH, vertreten durch Baier Lambert Rechtsanwälte OEG, zu den Ergebnissen durch die KommAustria Stellung, worin sie im Wesentlichen vorbrachte, dass nach Meinung der N&C Privatrado Betriebs GmbH durch die beanstandeten Sendungen keine Rechtsverletzungen begangen worden seien.

Dazu langte bei der KommAustria am 23.09.2004 eine ergänzende Stellungnahme datiert mit 20.09.2004 ein, in welcher die N&C Privatrado Betriebs GmbH darauf verwies, dass dadurch, dass im Bereich des öffentlichenrechtlichen Hörfunks keine gesetzlichen Regelungen über Patronanzsendungen getroffen seien, die Privaten sohin strengeren Bestimmungen unterlägen, § 19 Abs. 5 PrR-G als verfassungswidrig anzusehen sei.

Unter Berücksichtigung der eingelangten Stellungnahmen, leitete die KommAustria auf Grund des begründeten Verdachtes einer Verletzung der Bestimmungen des § 19 PrR-G mit Schreiben vom 27.09.2004 das Verfahren zur Feststellung von Verstößen gegen die Werbebestimmungen des Privatradiogesetzes ein, wobei nicht alle zunächst vermuteten Rechtsverletzungen weiter verfolgt wurden. Hierzu wurde der N&C Privatrado Betriebs GmbH erneut Gelegenheit zur Stellungnahme binnen einer Woche gegeben.

Am 07.10.2004 langte bei der Behörde eine Stellungnahme der N&C Privatrado Betriebs GmbH vom 05.10.2004 ein, in welcher unter anderem auf die beiden Stellungnahmen vom 10.09.2004 und 20.09.2004 verwiesen wurde und die darin enthaltenen Vorbringen vollinhaltlich aufrecht erhalten wurden. Weiters beantragte die N&C Privatrado Betriebs GmbH die Einstellung des eingeleiteten Rechtsverletzungsverfahrens.

Hinsichtlich der vermuteten Verstöße gegen das Gebot der An – und Absage gemäß § 19 Abs. 5 lit b Z 2 PrR-G im Zusammenhang mit den Patronanzsendungen „Stop and Go“ und „Der Energy 104,2 MHz Treuetest“ wurde das Rechtsverletzungsverfahren in beiden Fällen eingestellt.

Zuständigkeit der Behörde:

Die N&C Privatrado Betriebs GmbH ist auf Grund des Bescheides der KommAustria vom 18.06.2001, GZ 1.701/01-14, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms für das Versorgungsgebiet Wien 104,2 für die Dauer von zehn Jahren ab 20.06.2001.

Nach § 2 Abs. 2 Z 4 lit b KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGB. I Nr. 97/2004, obliegt der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria), die Beobachtung der Einhaltung der Bestimmungen der §§ 19 und 20 des Privatradiogesetzes, BGBl. I Nr., 32/2001 idF Nr. 97/2004, durch private Hörfunkveranstalter. Zur Erfüllung dieser Aufgabe hat die KommAustria in regelmäßigen Abständen, zumindest aber in monatlichen Abständen, bei

allen Rundfunkveranstaltern Auswertungen von Sendungen, die Werbung beinhalten, durchzuführen. Vermutet die KommAustria Verletzungen der Werbebestimmungen, so hat sie die Ergebnisse ihrer Auswertungen dem betroffenen Rundfunkveranstalter zur Stellungnahme binnen einer Frist von zwei Wochen zu übermitteln.

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 KOG hat die KommAustria unter Berücksichtigung der eingelangten Stellungnahme bei begründeten Verdacht einer Verletzung der Bestimmungen der §§ 19 und 20 PrR-G diese von Amts wegen weiter zu verfolgen. Im vorliegenden Fall war die Stellungnahme der N&C Privatrado Betriebs GmbH nicht geeignet, die Bedenken der KommAustria hinsichtlich aller vermuteten Werbeverstöße im Rahmen der Morgensendung „Aufgewacht mit Energy 104,2“ am 09.08.2004 auszuräumen, weshalb in weiterer Folge ein Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen gemäß §§ 24 und 25 PrR-G iVm § 19 Abs. 3 und Abs. 5 lit b Z 2 und 3 PrR-G einzuleiten war.

Sachverhalt

Die N&C Privatrado Betriebs GmbH Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung eines Hörfunkprogramms für das Versorgungsgebiet Wien 104,2 für die Dauer von zehn Jahren ab 20.06.2001. Sie strahlt in dem ihr zugeordneten Versorgungsgebiet das Programm „Radio Energy“ ab.

Am 09.08.2004 sendete N&C Privatrado Betriebs GmbH im Rahmen der Morgensendung „Aufgewacht mit Radio Energy 104,2“ folgende Beiträge bzw. Wortfolgen:

- a) *Gegen 06.02h, 06.31h, 07.01h und 07.30h wurde im Rahmen der Nachrichten der Sendungsteil „Stop & Go“ (Verkehrsinformationen) ausgestrahlt. Eine Einleitung erfolgte durch die Ansage: „Stop & Go – powered by R [REDACTED]. Raus aus dem Stau - rein in den Urlaub !“*
- b) *Um etwa 07.38h (bis ca. 07.42h) wurde die Sendung bzw. der Sendungsteil „Der Energy 104,2 MHz Treuetest“ ausgestrahlt. Eine Einleitung erfolgte durch die Ansage „Der Energy 104,2 MHz Treuetest - powered by S [REDACTED] - eisgekühlter Kaffee gekrönt mit Schlagobers, Schokolade und gerösteten Kokosnussstückchen; Mokka Coconut Frappuccino von S [REDACTED]!“.*
- c) *Gegen 07.46h (bis ca. 07.48h) wurde ein Werbeblock mit verschiedenen Werbespots ausgestrahlt. Vor dem Beginn des Werbeblocks war ein akustisches Signal zu hören, das das Programm von der Werbung eindeutig abtrennte. Nach dem letzten Werbespot („O [REDACTED]“) wurde Musik eingespielt, in direktem Anschluss begann der Moderator der Sendung mit der Moderation.*

Beweiswürdigung:

Die Feststellung hinsichtlich der gesendeten Beiträge ergibt sich aus den von der Regulierungsbehörde erstellten Aufzeichnungen. Hinsichtlich des Vorbringens der N&C Privatrado Betriebs GmbH dahingehend, dass gegen 07:48 Uhr bevor der Moderator wieder mit seiner Moderation begonnen hat, Musik bzw. eine rund eine Sekunde dauernde Tonfolge eingespielt wurde, ergibt sich aus den vorliegenden Aufzeichnungen, dass Musik gespielt wurde, ein anderes akustisches Zeichen war bei den vorliegenden Aufzeichnungen nicht zu hören.

Rechtlich folgt daraus:

Ad Spruchpunkt 1a.)

Gemäß § 19 Abs. 5 lit b Z 3 dürfen Patronanzsendungen nicht „zu Kauf, Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Auftraggebers oder eines Dritten, insbesondere durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf diese Erzeugnisse oder Dienstleistungen anregen.“

Mit der Patronanzansage „Stop & go - powered by R [REDACTED]. Raus aus dem Stau – rein in den Urlaub!“ hat die N&C Privatradiobetriebs GmbH nach Ansicht der KommAustria einen verkaufsfördernden Hinweis gesendet.

Demgegenüber brachte die N&C Privatradiobetriebs GmbH in Ihren Stellungnahmen folgendes vor: Der Beisatz „Raus aus dem Stau – rein in den Urlaub!“ sei ein imagebildender Slogan, der – so auch die Fernsehrichtlinie – erlaubt sei. Zu unterscheiden sei zwischen Imagewerbung und klassischer Produktwerbung. Darüber hinaus sei die An- und Absage nicht Teil der Patronanzsendung, weshalb die Einschränkung des § 19 Abs. 5 lit b Z 3 PrR-G für dieselben nicht gelte.

Der Bundeskommunikationssenates (BKS) hat in seinem Bescheid vom 13.12.2002, 611.180/001-BKS/2002, ausgesprochen, dass angesichts der Bestimmung des Privatradiogesetzes zu betonen ist, dass zwischen der Patronanzsendung (d.i. jene Sendung für die ein Beitrag zur Finanzierung geleistet wird) und den An- und Absagen der Patronanzsendung (d.i. jener Teil der Patronanzsendung, in dem auf den Sponsor hingewiesen wird) zu unterscheiden ist (vgl. dazu Kogler/ Kramler/Trainer, Österreichische Rundfunkgesetze, 301). Die An- und Absagen sind regelmäßig schon bzw. noch Bestandteil der Patronanzsendung, können aber auch abgetrennt von dieser (d.h. unmittelbar davor und unmittelbar danach) gesendet werden. Diese Unterscheidung ist auch insofern von Bedeutung, als eine Patronanzsendung selbst niemals Werbung darstellen kann, da sie rechtmäßiger Weise keine spezifisch verkaufsfördernden Hinweise enthalten darf.

Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass An- und Absagen der Patronanzsendungen in der Regel Bestandteile der Patronanzsendungen sind, es sei denn, sie werden von dieser abgetrennt ausgestrahlt. Dies ist aber im gegenständlichen Fall nicht zu erkennen; vielmehr wurden gerade die Verkehrsinformation („Stop & Go“) mit dieser Ansage eingeleitet, woraus zu schließen ist, dass die gesendete Ansage „Stop & Go – powered by R [REDACTED]. Raus aus dem Stau - rein in den Urlaub!“ als Bestandteil der Patronanzsendung zu sehen ist.

Über die Möglichkeit der Ausgestaltung der An- und Absage selbst trifft das Privatradiogesetz hingegen keine näheren Regelungen, es ist aber zwischen „gestalteten“ und ungestalteten An- und Absagen zu unterscheiden, wobei das Privatradiogesetz nur den Begriff der gestalteten An- und Absage (vgl. § 19 Abs.1) verwendet, woraus sich aber im Umkehrschluss ergibt, dass es auch ungestaltete An- und Absagen geben kann. Der Begriff „gestaltet“ impliziert im Hinblick auf den grundsätzlichen Zweck der Ansage als Sponsornennung ein qualitativ zusätzliches Element der Darstellung eines Sponsors. Als ungestaltete An- und Absage ist daher etwa der Hinweis „diese Sendung widmet ihnen X“ zu sehen, also eine An- und Absage, die keine über die bloße Nennung des Sponsors hinausgehende Werbebotschaften enthält (vgl. dazu Kogler/ Kramler/Trainer, Österreichische Rundfunkgesetze, 184).

Mit dem Hinweis „Raus aus dem Stau – rein in den Urlaub“ hat die N&C Privatradiobetriebs GmbH die Grenze der für einen Sponsorhinweis zulässigen Gestaltung überschritten. Der Zuhörer soll mit diesem Hinweis zur Buchung einer Reise bewegt werden. Darüber hinaus wird seine Kaufabsicht auch in psychologischer Art und Weise beeinflusst. Bei der Patronanz von Verkehrsnachrichten, die gerade in den sogenannten Stoßzeiten - worunter auch der von der KommAustria beobachtete Zeitraum fällt - von den Verkehrsteilnehmern besonders aufmerksam verfolgt werden, erscheint der Hinweis darauf, durch einen Besuch der R [REDACTED] dem täglichen (Verkehrs-) stress entgehen zu können, als ein Beispiel einer werblichen Nutzung der Patronanzsendung selbst.

Die KommAustria geht deshalb davon aus, dass mit dem oben zitierten Hinweis die Grenze der zulässigen Gestaltung von Patronanzhinweisen überschritten wurde und damit gegen die Bestimmungen des § 19 Abs. 5 lit b Z 3 PrR-G verstoßen wurde.

Ad Spruchpunkt 1b.)

Gemäß § 19 Abs. 5 lit b Z 3 PrR-G dürfen „Patronanzsendungen nicht zu Kauf, Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Auftraggebers oder eines Dritten, insbesondere durch spezifisch verkaufsfördernde Hinweise auf diese Erzeugnisse oder Dienstleistungen anregen.“

Mit der Patronanzansage „powered by S [REDACTED] - eisgekühlter Kaffee gekrönt mit Schlagobers, Schokolade und gerösteten Kokosnussstückchen; Mokka Coconut Frappuccino von S [REDACTED]!“ hat die N&C Privatrado Betriebs GmbH nach Ansicht der KommAustria einen verkaufsfördernden Hinweis gesendet.

Die besonderen Eigenschaften des von S [REDACTED] verkauften Kaffeegetränks werden im Besonderen hervorgehoben und indem ein direkter Bezug zu den Qualitätskriterien hergestellt wird, wird die Kaufabsicht des Durchschnittshörers beeinflusst.

Die KommAustria geht daher davon aus, dass mit dem oben dargestellten Hinweis auf ein bestimmtes Produkt des Sponsors beim Hörer den Eindruck einer spezifischen Information über dieses Produkt vermittelt und diesen zum Kauf bewegen soll. Somit ist ein verkaufsfördernder Hinweis im Sinne des § 19 Abs. 5 lit b Z 3 PrR-G gegeben.

Hinsichtlich der Argumentation der N&C Privatrado Betriebs GmbH, dass die An- und Absagen zu den gesponserten Sendungen nicht Teil derselben seien, folgt die KommAustria ihrer unter Spruchpunkt 1.) dargelegten Rechtsmeinung unter neuerlichem Hinweis auf die Rechtsprechung des BKS (BKS vom 13.12.2002, 611.180/001-BKS/2002).

Ad Spruchpunkt 1c.)

Gemäß § 19 Abs. 3 PrR-G „muss Werbung klar als solche erkennbar und durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt sein“.

Nach der Rechtsprechung des BKS (vgl. Bescheid vom 11.11.2004, GZ 611.009/0009-BKS/2004) zu dem im wesentlich gleich lautenden § 13 Abs. 3 ORF-G gebietet diese Bestimmung in unmissverständlichen Weise die klare Trennung von Werbung und anderen Sendeinhalten. Der Schutzzweck dieser Norm ist auch, den Zuhörer durch akustische Trennzeichen in die Lage zu versetzen, Werbung nicht aufmerksam verfolgen zu müssen, wenn er dies nicht wünscht. Dieser Zweck erfordert sowohl am Beginn eine akustische Trennung, um eine Täuschung über den werbenden Charakter der folgenden Ausstrahlung zu vermeiden, als auch am Ende des Werbeblocks, damit dem Zuhörer der erneute Beginn der redaktionellen Sendung angekündigt wird. Bei Fehlen eines Trennzeichens am Ende des Werbeblocks wäre der Hörer gezwungen, zumindest oberflächlich den Werbeblock zu verfolgen, um die Fortsetzung der ihn interessierenden Sendung nicht zu versäumen.

Weiters führte der BKS in diesem Bescheid aus, dass eine allgemein bekannte Signation am Ende des Werbespots eine hinreichend deutliche Trennung im Sinn dieser Gesetzesstelle ist.

Der Argumentation der N&C Privatrado Betriebs GmbH, wonach eine Trennung nur nach einer Werbung und vor einem redaktionellen Beitrag sinnvoll sei, nicht aber nach einem redaktionellen Beitrag und neuerlicher Werbung - weil ohnehin für jedermann erkennbar - kann daher nicht gefolgt werden.

Weiters ist darauf zu verweisen, dass das Einspielen eines Musikbettes nach der Werbung und vor Beginn des redaktionellen Programms auch vor dem Hintergrund der oben zitierten Rechtsprechung des BKS nicht ausreicht, um den Anforderung des § 19 Abs. 3 PrR-G zu genügen, da gerade Musik bzw. Musikstücke wesentliche Bestandteile von Werbung sind, aber auch essentielle inhaltliche Programmteile eines Hörfunkprogramms darstellen, sodass eben seitens des Rundfunkveranstalters durch den Werbetroffer für den Hörer eindeutig klargelegt werden muss, ob ein Musikstück als Teil der Werbung verwendet wird oder bereits Teil des inhaltlichen Programms ist.

Die N&C Privatrado Betriebs GmbH hat somit den Anforderungen an das durch § 19 Abs. 3 PrR-G determinierte Gebot der eindeutigen Trennung der Werbung vom anderen Programm durch Unterlassen eine akustischen Kennzeichnung am Ende des gesendeten Werbeblocks nicht Rechnung getragen hat.

Ad Spruchpunkt 2.)

Aus der Bestimmung des § 26 Abs. 2 PrR-G ergibt sich, dass die Regulierungsbehörde auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung erkennen kann und dem Rundfunkveranstalter auftragen kann, wann, in welcher Form und in welchem Programm diese Veröffentlichung zu erfolgen hat. Der Veröffentlichung der Entscheidung im Programm des Rundfunkveranstalters sollte der gleiche Veröffentlichungswert wie der Verletzung zukommen. Eine Veröffentlichung ist jedenfalls bei der Feststellung einer Verletzung durch den „Rundfunkveranstalter als Medium“, d.h. im Programm, erforderlich (vgl. VfSlg. 12497/1991 zu § 29 Abs. 4 RFG, nunmehr § 37 Abs. 4 ORF-G; vgl. hierzu ferner Kogler/Kramler/Traimer, Die österreichischen Rundfunkgesetze, Seite 210 und 211).

Daher entscheidet die KommAustria auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung und trägt der N&C Privatrado Betriebs GmbH auf, die Spruchpunkte 1a bis 1c am dritten Tag nach Rechtskraft dieses Bescheides im Rahmen des von der N&C Privatrado Betriebs GmbH ausgestrahlten Programms zwischen 07.00 Uhr – 07.10 Uhr durch einen Programmansager verlesen zu lassen. Die Wahl der Sendezeit der Veröffentlichung ergibt sich aus der Tatsache, dass die N&C Privatrado Betriebs GmbH im Zeitraum von 06.00 – 08.00 Uhr die Bestimmung des § 19 PrR-G mehrfach verletzt hat, sodass es schon aus diesem Grunde geboten erscheint zu dieser Zeit die Entscheidung der KommAustria zu veröffentlichen. Der Regulierungsbehörde sind Aufzeichnungen dieser Veröffentlichung zum Nachweis vorzulegen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der Partei dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten. Für den Berufungsantrag ist gemäß § 14 TP 6 Gebührengesetz 1957 idF BGBl. I Nr. 84/2002 eine Gebühr von 13 Euro zu entrichten. Die Gebührenschuld entsteht gemäß § 11 Abs. 1 Gebührengesetz 1957 idF BGBl. I Nr. 84/2002 erst in dem Zeitpunkt, in dem die abschließende Erledigung über die Berufung zugestellt wird.

Wien, am 05. Jänner 2005

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Mag. Michael Ogris
Behördenleiter