

Bescheid

I. Spruch

1. Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) stellt im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter gemäß § 2 Abs. 1 Z 6 und 7 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 84/2013, in Verbindung mit § 60, § 61 Abs. 1 und § 62 Abs. 1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 84/2013, fest, dass Philipp Wiatschka als Veranstalter des Programms „Salzi.TV“ am 16.04.2015 bei dem zwischen 16:00 Uhr und 17:00 Uhr ausgestrahlten Programm den ab ca. 16:52:10 Uhr ausgestrahlten Werbeblock im Rahmen der Sendung „salzi & pfeffer“ an dessen Anfang nicht durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig von anderen Sendungs- und Programmteilen getrennt und dadurch § 43 Abs. 2 AMD-G verletzt hat.
2. Die KommAustria erkennt gemäß § 62 Abs. 3 AMD-G auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung. Philipp Wiatschka wird aufgetragen, den Spruchpunkt 1. binnen sechs Wochen ab Rechtskraft der Entscheidung an einem Werktag (Montag bis Freitag) zwischen 16:00 Uhr und 17:00 Uhr im Fernsehprogramm „Salzi.TV“ in folgender Weise durch Verlesung durch einen Sprecher zu veröffentlichen:

*„Die Kommunikationsbehörde Austria hat im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter Folgendes festgestellt:
Phillip Wiatschka hat als Kabelrundfunkveranstalter in seiner Sendung am 16.04.2015 im Programm „Salzi.TV“ gegen die gesetzliche Verpflichtung verstoßen, Fernsehwerbung eindeutig von anderen Sendungs- und Programmteilen zu trennen.“*

Phillip Wiatschka wird aufgetragen, binnen weiterer zwei Wochen der KommAustria gemäß § 29 Abs. 1 AMD-G einen Nachweis der Veröffentlichung in Form von Aufzeichnungen zu übermitteln.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Auf Grund der nach § 2 Abs. 1 Z 7 KOG der KommAustria obliegenden Beobachtung der Einhaltung der Bestimmungen der §§ 31 bis 38 und 42a bis 45 AMD-G durch private Rundfunkveranstalter, forderte die KommAustria Phillip Wiatschka mit Schreiben vom 17.04.2015 zur Vorlage von Aufzeichnungen ihres am 16.04.2015 von 16:00 bis 18:00 Uhr ausgestrahlten Programms „Salzi.TV“ auf.

Mit undatiertem Schreiben, eingelangt am 21.04.2015, übermittelte Philipp Wiatschka die angeforderten Sendungsaufzeichnungen.

Mit Schreiben vom 07.05.2015 übermittelte die KommAustria Philipp Wiatschka die Auswertung der am 16.04.2015 von 16:00 bis 17:00 Uhr ausgestrahlten Programmschleife des Programms „Salzi.TV“ und forderte ihn binnen einer Frist von zwei Wochen zur Stellungnahme zu der ihm vorgehaltenen Rechtsverletzung auf.

Mit Schreiben vom 12.05.2015, eingelangt am selben Tag, teilte Philipp Wiatschka mit, dass es richtig sei, dass im Programm unterschiedliche Werbetrenner verwendet werden. Den Gesetzestexten habe er jedoch kein Verbot der Verwendung unterschiedlich gestalteter Trennelemente entnehmen können. § 43 Abs. 2 AMD-G besage, Werbung müsse durch optische, akustische oder räumliche Mittel getrennt sein. Dem sei er nachgekommen, da sowohl eine optische Trennung durch das Fehlen der Senderkennung (salzi.TV, rechts oben im Bild) als auch durch eine akustische Trennung (Verwenden einer anderen Off Text-Stimme und Musik während des Spots) erfolgt seien. Unabhängig von der Argumentation sei er jedoch bemüht, bei zukünftigen Produktionen Fehler dieser Art tunlichst zu vermeiden. Eindeutige Werbetrenner (sowohl am Anfang als auch am Ende des Werbeblocks) würden künftig im Programm Werbung von Berichten trennen.

Mit Schreiben vom 18.05.2015 leitete die KommAustria wegen vermuteter Verletzungen des § 43 Abs. 2 AMD-G ein Verfahren zur Feststellung von Verletzungen des AMD-G ein und gab Philipp Wiatschka die Gelegenheit, hierzu Stellung zu nehmen. Es langte keine weitere Stellungnahme seitens des Mediendiensteanbieters ein.

2. Sachverhalt

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Fernsehveranstalter

Mit Schreiben vom 14.09.2011, KOA 1.900/11-041, zeigte Philipp Wiatschka das von ihm als Einzelunternehmer veranstaltete Kabelfernsehprogramm „Salzi.TV“ gemäß § 9 AMD-G bei der KommAustria an.

Mit der Eintragung im Firmenbuch vom 31.03.2015 wurde die salzi media OG (FN 431276 f) mit Sitz in der Gemeinde Gmunden errichtet. Unbeschränkt haftende Gesellschafter sind Mag. Bernhard Wiatschka und Christina Mair. Mit den korrespondierenden Schreiben vom 15.04.2015 (vgl. KOA 1.950/15-019) und vom 28.04.2015 (vgl. KOA 1.985/15-048) gaben Philipp Wiatschka sowie Mag. Bernhard Wiatschka bekannt, dass der Sendebetrieb des Fernsehprogramms „Salzi.TV“ ab 01.05.2015 von der salzi media OG übernommen wird. Zu

diesem Zweck wurden im April 2015 die Vermögenswerte des Einzelunternehmens in die Personengesellschaft eingebracht.

2.2. Ausgestrahltes Programm

Die ausgewertete Programmschleife von „Salzi.TV“ wurde am 16.04.2015 von 16:00 bis 17:00 Uhr im Kabelnetz der Salzburg AG für Energie Verkehr und Telekommunikation, im Kabelnetz der UPC Oberösterreich GmbH sowie in mehreren regionalen Kabelnetzen ausgestrahlt. Die nachfolgenden Feststellungen beschreiben den Inhalt der Programmes sofern dieser für die rechtliche Beurteilung relevant ist:

Ab ca. 16:39:35 Uhr wurde ein Werbetrenner mit anschließendem Werbeblock ausgestrahlt. Das verwendete Trennelement ist derart ausgestaltet, dass zunächst für rund zwei bis drei Sekunden der Schriftzug „salzi“ zu sehen ist, welcher sodann in den Schriftzug „WERBUNG“ übergeht. Nach Abschluss des Werbeblocks um ca. 16:42:22 Uhr wurden die genannten Schriftzüge in umgekehrter Reihenfolge ausgestrahlt, wodurch der Übergang zwischen Werbung und erneutem Beginn des redaktionellen Programms bildlich dargestellt wurde.

Ab ca. 16:46:18 Uhr wurde eine „Kochsendung“ mit dem Titel „salzi & pfeffer“ ausgestrahlt, im Rahmen derer von einem Studiogast verschiedene Gerichte zubereitet wurden. Der Beginn dieses Beitrages ist mit folgendem Trenner gekennzeichnet:



Ab ca. 16:52:10 Uhr wurde der Beitrag unterbrochen, wobei zu Beginn der Unterbrechung erneut das eben dargestellte „salzi & pfeffer“-Trennelement gezeigt wurde. Darauf folgt ein Werbeblock mit Spots für einen Beautysalon, einen Trachtenbekleidungsgeschäft und ein Blumengeschäft, welcher um ca. 16:53:35 Uhr endet. Vor dem erneuten Beginn des redaktionellen Programms wurde für die Dauer von etwa zwei Sekunden erneut das oben abgebildete Trennelement („salzi & pfeffer“) verwendet. Hierbei handelt es sich um dasselbe Trennelement, welches auch zu Beginn der Kochsendung um 16:46:18 Uhr ausgestrahlt wurde. Ausdrücklich festgestellt wird, dass dieses Trennelement nicht demjenigen entspricht, welches zur Kennzeichnung des ersten Werbeblocks von ca. 16:39 bis 16:42 Uhr verwendet wurde.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Veranstaltung des Kabelrundfunkprogrammes und zur Übernahme des Fernsehbetriebes durch die salzi media OG am 01.05.2015 ergeben sich aus den zitierten Akten der KommAustria. Die Feststellung zur Errichtung der salzi media OG am 31.03.2015 beruht auf der Einsichtnahme in das offene Firmenbuch.

Die Feststellungen zu dem am 16.04.2015 von 16:00 bis 17:00 Uhr ausgestrahlten Programm ergeben sich aus den von Philipp Wiatschka vorgelegten Aufzeichnungen des Programms.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde und Verfahren

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG obliegt der KommAustria unter anderem die Beobachtung der Einhaltung der Bestimmungen der §§ 31 bis 38 und 42a bis 45 AMD-G durch private Rundfunkveranstalter. Zur Erfüllung dieser Aufgabe hat die KommAustria in regelmäßigen, zumindest aber in monatlichen Abständen bei allen Rundfunkveranstaltern Auswertungen von Sendungen, die kommerzielle Kommunikation beinhalten, durchzuführen. Vermutet die KommAustria Verletzungen der genannten Bestimmungen, 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 7 KOG hat die KommAustria unter Berücksichtigung der eingelangten Stellungnahme bei begründetem Verdacht einer Verletzung der Bestimmungen der §§ 31 bis 38 und 42a bis 45 AMD-G diese von Amts wegen weiter zu verfolgen. Im vorliegenden Fall konnte die Stellungnahme von Philipp Wiatschka die Bedenken der KommAustria hinsichtlich der im beobachteten Zeitraum vermuteten Werbeverstöße nicht ausräumen, weshalb in weiterer Folge ein Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen gemäß § 37 Abs. 1 Z 2 und § 37 Abs. 2 iVm § 42a iVm §§ 60, 61 Abs. 1 und 62 Abs. 1 AMD-G einzuleiten war, wobei Philipp Wiatschka hierzu neuerlich Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt wurde.

4.2. Mediendienstanbieter zum Zeitpunkt der Rechtsverletzung

Gemäß § 2 Z 20 AMD-G ist 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. Nach den Gesetzesmaterialien beinhaltet das Kriterium der redaktionellen Verantwortung die Ausübung einer wirksamen Kontrolle sowohl hinsichtlich der Zusammenstellung von Sendungen als auch hinsichtlich ihrer Bereitstellung in Form eines Sendepfades (Erl zur RV 611 BlgNR, 24. GP zu § 2 Z 20 AMD-G).

Da – wie in den Feststellungen ausgeführt – in der Person des Fernsehveranstalters von „Salzi.TV“ kürzlich ein Wechsel stattgefunden hat, ist zunächst zu prüfen, wem zum Zeitpunkt der gegenständlichen Rechtsverletzung die redaktionelle Verantwortung für die Programmgestaltung oblag. Hierzu wurde seitens des früheren Mediendienstanbieters Philipp Wiatschka und des Geschäftsführers der neu gegründeten salzi media OG übereinstimmend ausgeführt, dass der Übergang des Sendebetriebs auf die Personengesellschaft mit 01.05.2015 erfolgte. Die KommAustria geht davon aus, dass mit der Übernahme des Betriebes auch die faktische Kontrolle hinsichtlich der Programmgestaltung an die salzi media OG übergegangen ist. Da die Verletzung der

Werbebestimmungen am 16.04.2015 erfolgte, war zu diesem Zeitpunkt noch Philipp Wiatschka programmverantwortlich und somit Mediendienstanbieter.

4.3. Fehlende Trennung werblich gestalteter Sendungsteile (Spruchpunkt 1)

§ 2 AMD-G lautet auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. *Im Sinne dieses Gesetzes ist: [...]*

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. [...]

§ 43 AMD-G lautet auszugsweise:

„Erkennbarkeit und Trennung

§ 43. (1) [...]

(2) *Fernsehwerbung und Teleshopping müssen durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig von anderen Sendungs- und Programmteilen getrennt sein.“*

Der ab ca. 16:52:12 Uhr ausgestrahlte Werbeblock wurde an dessen Anfang nicht eindeutig durch optische, akustische oder räumliche Mittel vom redaktionellen Programmteil getrennt. Dies aus folgenden Erwägungen:

Bei den zwischen 16:52:12 und 16:53:52 Uhr ausgestrahlten Spots handelt es sich eindeutig um Werbung iSv § 2 Z 40 AMD-G. Für die Qualifikation einer Äußerung als Werbung ist entscheidend, ob die gegen Entgelt oder eine Gegenleistung gesendete Äußerung bzw. Darstellung insgesamt geeignet ist, das bislang uninformierte oder unentschlossene Publikum für den Erwerb dieses Produkts zu gewinnen, sodass auch auf das Ziel der Darstellung, nämlich den Absatz dieser Produkte zu fördern, geschlossen werden kann (VwGH 12.12.2007, ZI. 2005/04/0244; VwGH 14.11.2007, ZI. 2005/04/0167). Bei der Beurteilung sind alle Aspekte der Sendung bzw. des Sendungsteils zu berücksichtigen (EuGH 18.10.2007, C-195/06). Dieser Grundsatz ist so zu verstehen, dass eine Darstellung, die geeignet ist, eine Absatzförderung entgeltlicher Produkte, Dienstleistungen, Rechte und Verbindlichkeiten herbeizuführen, als Werbung anzusehen ist (vgl. BKS 09.03.2009, GZ 611.001/0007-BKS/2008).

Im Lichte dieser Rechtsprechung dienen die, in der Kochsendung „salzi & pfeffer“ eingeschobenen, Spots für die präsentierten Unternehmen unzweideutig der Absatzförderung, da sich ihr Inhalt darin erschöpft, Eigenschaften von Unternehmen, Produkten oder Dienstleistungen qualitativ-wertend, hervorzuheben. Für eine derartige Darstellung wird im allgemeinen Verkehrsgebrauch auch ein Entgelt geleistet (VwGH 08.09.2011, ZI. 2011/03/0019; 19.11.2008, ZI. 2005/04/0172, mwN).

Ausweislich des Gesetzeswortlautes ist Fernsehwerbung von den anderen Programmteilen eindeutig zu trennen. Dazu wurde vom Mediendienstanbieter ausgeführt, dass sich dem Gesetz kein Verbot der Verwendung unterschiedlicher Trennelemente entnehmen lasse. Dem ist insofern beizupflichten, als sich ein Fernsehveranstalter zur Abgrenzung der einzelnen redaktionellen Beiträgen und/oder Sendungen durchaus unterschiedlichster

Trennelemente in Form von Signations bedienen kann. Auch ist es zulässig, zur Auflockerung der Sendungen sowie zur Abgrenzung zweier verschiedener Themenblöcke diverse Trennelemente zu verwenden. Daher ist es einem Fernsehveranstalter grundsätzlich nicht verwehrt, zusätzliche Trenner/Jingles/Signations in sein Programm aufzunehmen, die gesetzlich nicht vorgeschrieben sind. Diese Praxis findet jedoch dort ihre Grenze, wo es um die Trennung von Werbung einerseits und redaktionellen Inhalten andererseits geht, da in diesen Fällen § 43 Abs. 2 AMD-G und somit das Erfordernis der Eindeutigkeit zur Anwendung gelangt. Dem Rundfunkveranstalter kommt nämlich bei der Wahl der zur Trennung verwendeten Mittel nur solange ein Gestaltungsspielraum zu, als gewährleistet ist, dass auf Seiten des Zusehers jeder Zweifel darüber ausgeschlossen ist, ob nun nach einem bestimmten Trennungselement Werbung oder eben redaktionelles Programm folgt (BKS 27.06.2008, 611.941/0001-BKS/2008 zum insofern gleichlautenden § 14 Abs. 1 ORF-G).

Der Gesetzeswortlaut verbietet zwar die mehrfache Verwendung desselben Trenners für verschiedene Zwecke (einmal zur Programmankündigung, einmal zur Ankündigung von Werbung) nicht *expressis verbis*, jedoch kann dem Erfordernis der Eindeutigkeit der Trennung zu Beginn eines Werbeblocks nach Auffassung der KommAustria nur dann entsprochen werden, wenn die verwendeten Trennmittel einheitlich zur Anwendung kommen, sodass für den Zuseher unzweifelhaft erkennbar ist, dass ein Werbeblock folgen wird. Dies trifft im konkreten Fall nicht zu: Zwar kommt in den Sekunden vor Beginn des Werbeblocks um ca. 16:52:12 Uhr das „salzi & pfeffer“-Logo zum Einsatz; dieses erfüllt jedoch nicht die Voraussetzungen eines eindeutig erkennbaren Werbetrenners. Wie bereits im Sachverhalt ausgeführt, wurde nämlich zur Kennzeichnung eines zuvor ausgestrahlten Werbeblocks (ab ca. 16:39:35 Uhr) ein unterschiedlich gestaltetes Element verwendet. Das „salzi & pfeffer“-Logo wird demgegenüber auch zur Ankündigung der Sendung an ihrem Beginn und zu ihrer Wiederankündigung am Ende des Werbeblocks ausgestrahlt. Für den durchschnittlichen Zuseher ist daher angesichts der unterschiedlichen Trennmittel gerade nicht eindeutig erkennbar, ob nach dem „salzi & pfeffer“-Logo eine Fortsetzung der Sendung bzw. ein anderer redaktioneller Programmteil zu erwarten ist, oder eben – wie vorliegend – Werbung ausgestrahlt wird.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass im Zeitraum des Werbeblocks das Programmlogo „salzi.TV“ ausgeblendet, eine andere Off-Stimme als im redaktionellen Programm sowie Hintergrundmusik eingespielt wird. Es genügt nicht, wenn der Werbeblock bloß durch seinen Inhalt und seine Aufmachung abgegrenzt ist (VwGH 14.11.2007, Zl. 2005/04/0152; 12.12.2007, Zl. 2005/04/0243; beide zum insofern gleichlautenden § 14 Abs. 1 ORF-G). Nach der Entscheidungspraxis des Bundeskommunikationssenates (vgl. etwa den Bescheid vom 06.09.2005, GZ 611.009/0021-BKS/2005) kann die gesetzlich erforderliche Trennung keinesfalls durch ein Einblenden des Inserts „Werbung“ während der Werbesendung bewerkstelligt werden. Dies gilt umso mehr für das Weglassen eines die redaktionellen Sendungen kennzeichnenden Inserts, wäre doch ansonsten der Zuseher gezwungen, den Bildschirm laufend nach Veränderungen an derartigen Inserts absuchen zu müssen (vgl. ausdrücklich BKS 23.06.2006, GZ 611.001/0024-BKS/2005). Die bloße Ausblendung des Programmlogos „salzi.TV“ für den Zeitraum des Werbeblocks versetzt den Zuseher daher nicht in die Lage, den Übergang zwischen redaktionellem Programm und Werbung eindeutig wahrzunehmen.

Da der Werbeblock somit von den davor ausgestrahlten Programmteilen nicht optisch, akustisch oder räumlich in einer eindeutigen Weise getrennt wurde, ist das Gebot des § 43 Abs. 2 AMD-G verletzt worden.

4.4. Zur Veröffentlichung der Entscheidung (Spruchpunkt 3)

Die Verpflichtung zur Veröffentlichung stützt sich auf § 62 Abs. 3 AMD-G.

Nach der Rechtsprechung zur vergleichbaren Bestimmung des § 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, Zl. 2003/04/0045) ist die Veröffentlichung der Entscheidung 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 soll diesem Anliegen eines „contrarius actus“ Rechnung getragen werden.

Daher entscheidet die KommAustria auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung und trägt Philipp Wiatschka auf, den Spruchpunkt 1. in der unter Spruchpunkt 2. angeführten Form binnen sechs Wochen ab Rechtskraft der Entscheidung an einem Werktag (Montag bis Freitag) zwischen 16.00 Uhr und 17:00 Uhr im Programm „Salzi.TV“ durch Verlesung durch einen Sprecher zu veröffentlichen. Die Wahl der Sendezeit der Veröffentlichung ergibt sich aus dem Umstand, dass die mit diesem Bescheid festgestellte Rechtsverletzung in diesem Zeitraum erfolgte.

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“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Die Entrichtung der Gebühr ist im Zeitpunkt der Einbringung der Eingabe durch einen von einer Post-Geschäftsstelle oder einem Kreditinstitut bestätigten Zahlungsbeleg in Urschrift nachzuweisen.

Wien, am 29. Juni 2015

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Michael Truppe
(Mitglied)

Zustellverfügung:

- Philipp Wiatschka, Theatergasse 11, 4810 Gmunden, **per RSb**