

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus dem Vorsitzenden-Stellvertreter Dr. Florian Philapitsch, LL.M. als Senatsvorsitzenden sowie dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris und dem Mitglied Mag. Michael Truppe, über die Beschwerde der **Die ganze Woche GmbH**, vertreten durch Tonninger Schermaier Maierhofer & Partner, Rechtsanwälte GesbR, Rilkeplatz 8, 1040 Wien, gegen den Österreichischen Rundfunk als Erstbeschwerdegegner sowie die ORF-Enterprise GmbH & Co KG als Zweitbeschwerdegegnerin wegen Verletzung des ORF-Gesetzes wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Die Beschwerde gegen den Erstbeschwerdegegner wird gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c iVm § 1 Abs. 3, § 2 Abs. 4 und § 4 Abs. 5 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 23/2014, abgewiesen.
2. Die Beschwerde gegen die Zweitbeschwerdegegnerin wird gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c iVm § 35 Abs. 2 ORF-G zurückgewiesen.
3. Der Eventualantrag, die KommAustria möge die „AGB 2014 Radio und Fernsehen – Allgemeine Geschäftsbedingungen für Werbesendungen“ der Zweitbeschwerdegegnerin – dem Verfassungsgerichtshof zur Überprüfung auf Verfassungsmäßigkeit vorlegen, wird zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 25.03.2014, bei der KommAustria am 26.03.2014 eingelangt, erhob die Die ganze Woche GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen den Österreichischen Rundfunk (ORF) (im Folgenden: Erstbeschwerdegegner) sowie die ORF-Enterprise GmbH & Co KG (im Folgenden: Zweitbeschwerdegegnerin) gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G. Die Beschwerdeführerin brachte vor, dass zwischen ihr und den Beschwerdegegnern eine Vereinbarung zur Schaltung von Radiowerbung der Beschwerdeführerin in diversen Programmen des Erstbeschwerdegegners für das Jahr 2014 abgeschlossen worden sei.

So hätte auch am 19.02.2014 sowie 20.02.2014 ein Werbespot zur Bewerbung der Ausgabe Nr. 8/14 der Zeitschrift „Die ganze WOCHÉ“ der Beschwerdeführerin im Programm „Ö3“ sowie diversen regionalen Radioprogrammen des Erstbeschwerdegegners ausgestrahlt werden sollen.

Im Zuge der Berichterstattung in der besagten Ausgabe der Wochenzeitschrift „Die ganze WOCHÉ“ zur EU-Wahl und zu den EU-Institutionen sowie einer geplanten Regulierung von homöopathischen Arzneimitteln auf EU-Ebene sei der verfahrensgegenständliche Werbespot wie folgt gestaltet worden:

„Nach dem Genmais soll uns nun ein Gesetz aufgezwungen werden, das zum Ende vieler homöopathischer Arzneimittel führt. 140 Saaldiner im Frack mit Fliege und silberfarbener Amtskette. Das EU-Parlament, die aufgeblähte Privilegienburg. Vor der Wahl. Die ganze WOCHÉ lesen.“

Die Beschwerdegegner hätten es ohne Begründung abgelehnt, diesen Werbespot am 20.02.2014 wie vereinbart auszustrahlen. Die Entscheidung sei der Beschwerdeführerin am 19.02.2014 telefonisch mitgeteilt worden, unter gleichzeitigem Angebot einer kostenlosen Stornierung für den 20.02.2014. Dies habe die Beschwerdeführerin nicht akzeptiert und eine schriftliche Begründung gefordert. Mit Schreiben vom 20.02.2014 sei ihr von den Beschwerdegegnern eine „Scheinbegründung“ mitgeteilt worden. Die Beschwerdeführerin führte ins Treffen, dass die Ablehnung der Beschwerdegegner, den verfahrensgegenständlichen Werbespot auszustrahlen, willkürlich erfolgt sei, da kein sachlicher Grund vorgelegen habe. Die mit Schreiben des Rechtsvertreters der Zweitbeschwerdegegnerin vom 20.02.2014 ausgeführte Begründung der Ablehnung sei eine „Scheinbegründung“, die nichts an der Willkür der Ablehnung durch den Erstbeschwerdegegner ändere. Die Beschwerdeführerin verweist auf die Erkenntnis des VfGH vom 17.6.1999, B 1757/98, wonach es dem Erstbeschwerdegegner nicht frei stehe, Sendezeiten für kommerzielle Werbung an die Interessenten nach Willkür, parteilich, unter einseitiger Bevorzugung bestimmter Richtungen oder mit Ausschluss einzelner Unternehmen zu vergeben. Durch die willkürliche Ablehnung des Erstbeschwerdegegners sei die Beschwerdeführerin sowohl in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten als auch in ihren wirtschaftlichen Interessen verletzt worden. Als verletzte rechtliche Interessen gab die Beschwerdeführerin die verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 10 EMRK) sowie Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 7 B-VG) an. Obwohl diese Grundrechte in erster Linie den Einzelnen vor dem Staat schützten, liege – nach Ausführung der Beschwerdeführerin – im Anlassfall eine Drittwirkung vor, zumal dem Erstbeschwerdegegner gemäß § 1 Abs. 3 ORF-G ausdrücklich vorgeschrieben werde, die Grundsätze der österreichischen Verfassungsordnung einzuhalten. Art. 10 EMRK gewährleiste nach Ausführung der Beschwerdeführerin als Form der freien Meinungsäußerung auch die Rundfunkfreiheit, worunter die Freiheit zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen mit Hilfe von Rundfunkanlagen zu verstehen sei. Auch kommerzielle Werbung sei umfasst. Durch die Weigerung der Beschwerdegegner, den verfahrensgegenständlichen Werbespot auszustrahlen, sei die Beschwerdeführerin in eben dieser Rundfunkfreiheit verletzt worden. Weiters sieht sich die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz verletzt, das den Beschwerdegegnern verbiete, willkürlich und ohne sachliche Begründung zu handeln. Dies hätten die Beschwerdegegner nach Ansicht der Beschwerdeführerin getan, indem sie sich ohne sachliche Begründung geweigert hätten, den verfahrensgegenständlichen Werbespot wie vereinbart auszustrahlen. Die Beschwerdeführerin sieht auch ihre wirtschaftlichen Interessen durch die behauptete Verletzung des ORF-G durch die Beschwerdegegner verletzt. Dazu führt sie aus, dass sie zur Bewerbung der Zeitschrift „Die ganze WOCHÉ“ regelmäßig Werbespots in den Radioprogrammen des Erstbeschwerdegegners schalte. Diese Bewerbung sei derartig wichtig, dass allein für das Jahr 2014 Werbezeit im Auftragswert von weit über EUR 200.000,- gebucht worden sei. Die Bewerbung habe direkten Niederschlag auf die Verkaufszahlen der besagten Wochenzeitschrift. Daher könne davon ausgegangen werden,

dass sich die Absetzung des verfahrensgegenständlichen Werbespots negativ auf den Absatz der entsprechenden Ausgabe der Wochenzeitschrift ausgewirkt habe, was einen Eingriff in die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin darstelle.

Daher beehrte die Beschwerdeführerin die Feststellung der KommAustria, dass die Beschwerdegegner die Bestimmungen des ORF-G, insbesondere des § 1 Abs. 3, § 2 Abs. 4 und § 4 Abs. 5 ORF-G iVm Art. 10 EMRK und Art. 7 B-VG dadurch verletzt haben, dass sie die Ausstrahlung des Werbespots der Beschwerdeführerin, welcher für den 19.02.2014 und den 20.02.2014 gebucht und angenommen worden sei, nach erfolgter Ausstrahlung für den 20.02.2014 willkürlich sowie ohne sachliche Begründung und ohne Einhaltung der eigenen Geschäftsbedingungen abgelehnt haben. Die Beschwerdeführerin beehrte zudem die Anordnung der Veröffentlichung der die Rechtsverletzung feststellenden Entscheidung der KommAustria gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G. Weiters stellte die Beschwerdeführerin den Eventualantrag, die KommAustria möge die „AGB 2014 Radio und Fernsehen – Allgemeine Geschäftsbedingungen für Werbesendungen“ der Zweitbeschwerdegegnerin – hinsichtlich der dort vorgesehenen Möglichkeit der begründungslosen Ablehnung von Werbespots dem Verfassungsgerichtshof zur Überprüfung vorlegen, ob diese Bestimmung der Bundesverfassung widerspricht. Der Beschwerde wurden die Auftragsbestätigungen der Beschwerdegegner vom November und Dezember 2013 hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Werbespots, die Rechnung der Zweitbeschwerdegegnerin vom 03.03.2014 für den Leistungszeitraum Februar 2014, auszugsweise Terminpläne mit den konkreten Sendezeiten des gegenständlichen Werbespots auf verschiedenen regionalen Radiosendern und Ö3, die E-Mail des Parteienvertreters der Beschwerdeführerin vom 19.02.2014 an die Beschwerdegegner, das Schreiben des Parteienvertreters der Beschwerdegegner vom 20.02.2014 und die „AGB 2014 Radio und Fernsehen“ der Zweitbeschwerdegegnerin beigelegt.

Mit den Schreiben vom 01.04.2014 sowie 05.05.2014 übermittelte die KommAustria die Beschwerde an die Beschwerdegegner zur Stellungnahme binnen zwei Wochen. Auf Ersuchen des Erstbeschwerdegegners vom 16.04.2014 wurde die Frist zur Abgabe seiner Stellungnahme bis zum 25.04.2014 erstreckt.

Mit Schreiben vom 25.04.2014 nahm der Erstbeschwerdegegner zur Beschwerde der Beschwerdeführerin Stellung. Darin wird ausgeführt, dass das Sujet des verfahrensgegenständlichen Radiospots der Zweitbeschwerdegegnerin am 17.02.2014 übermittelt worden sei. Der Text des Radiospots sei von Mitarbeitern der Zweitbeschwerdegegnerin im Hinblick auf den allgemeinen Objektivitätsanspruch als kritisch eingestuft und daher am 18.02.2014 an die Geschäftsführung der Zweitbeschwerdegegnerin zur Beurteilung weitergeleitet worden. Diese habe noch am selben Tag entschieden, dass der Radiospot nicht ausgestrahlt werden solle. Die Buchungen im Hitradio Ö3 seien dementsprechend storniert worden. In Abstimmung mit der Geschäftsführung des Erstbeschwerdegegners seien sodann Schritte eingeleitet worden, um die Ausstrahlung in den einzelnen Bundesland-Radios zu unterbinden. Aufgrund der bereits vorliegenden Sendepläne und technischen Gegebenheiten sei dennoch die vereinzelte Ausstrahlung des Radiospots über diverse regionale Radiosender des Erstbeschwerdegegners am 19.02.2014 erfolgt, was aber nicht als anstandslose Annahme des Spots interpretiert werden könne. Am 19.02.2014 habe der Geschäftsführer der Zweitbeschwerdegegnerin Oliver Böhm die Beschwerdeführerin telefonisch kontaktiert und mitgeteilt, dass die Zweitbeschwerdegegnerin die Sendung des verfahrensgegenständlichen Spots – gestützt auf die AGB, die der Vereinbarung zwischen den Parteien zugrunde liegen – nach Rücksprache mit dem Generaldirektor sowie dem kaufmännischen Direktor des Erstbeschwerdegegners ablehne. Da die Beschwerdeführerin auf eine schriftliche Begründung bestanden habe, habe die Zweitbeschwerdegegnerin sich entschieden, der Beschwerdeführerin durch ihren Rechtsvertreter eine schriftliche Stellungnahme zukommen zu lassen.

Inhaltlich führte der Erstbeschwerdegegner zur Beschwerde aus, dass es ihm frei stehe, die Übernahme von Werbeaufträgen aus sachlichen Gründen abzulehnen. Die Ablehnung des verfahrensgegenständlichen Werbespots sei zulässig gewesen, da die Ausstrahlung der betreffenden Werbeeinhalte die Unabhängigkeit, Objektivität, Unparteilichkeit, Pluralität bzw. Ausgewogenheit des Erstbeschwerdegegners gefährden könne. Zur Pflicht des Erstbeschwerdegegners, den verfahrensgegenständlichen Werbespot anzunehmen, verwies der Erstbeschwerdegegner auf die Ausführungen des VfGH (VfSlg. 15.533/1999), wonach die rechtlichen Grundlagen des Erstbeschwerdegegners gerade keinen (unbedingten) Kontrahierungszwang nach sich zögen und zu berücksichtigen sei, dass eine Monopolstellung des Erstbeschwerdegegners nicht mehr bestehe. Abgesehen davon sei die Vorgehensweise des Erstbeschwerdegegners rechtmäßig, da er doch völlig zu Recht den verfahrensgegenständlichen Werbespot nicht (weiter) ausgestrahlt habe. Laut Erkenntnis des VfGH (VfSlg. 10.948/1986) gebe es „keine zulässige Darbietung, die dem grundsätzlichen Gebot der Objektivität, Unparteilichkeit, Pluralität und Ausgewogenheit nicht mit unterworfen wäre.“ Eine Überprüfung des Inhalts von Werbesendungen durch den Erstbeschwerdegegner sei daher keine unerlaubte Vorzensur. In diesem Zusammenhang verwies der Beschwerdegegner auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (634 BlgNR 21. GP) zu § 14 Abs. 8 ORF-G (vormals § 13 Abs. 8 ORF-G) aus denen hervorgehe, dass es die Verantwortung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gebiete, „hintanzuhalten, dass über das Mittel der Wirtschaftswerbung Inhalte in einer Form transportiert würden, welche die besondere Aufgabe des ORF, objektiver und unparteilicher Informationsträger für die Allgemeinheit zu sein, konterkarieren könnte.“ Der Erstbeschwerdegegner sei der Meinung, dass dessen Ausstrahlung kurz vor der EU-Wahl im Spannungsverhältnis zum Gebot der Unabhängigkeit und Objektivität stehe. Daher habe der Erstbeschwerdegegner die Ausstrahlung abgelehnt. Die Ablehnung sei aus sachlichen Gründen gerechtfertigt und daher nicht willkürlich, weshalb der Beschwerde keine Berechtigung zukomme.

Mit Schreiben vom 19.05.2014 nahm die Zweitbeschwerdegegnerin zur Beschwerde der Beschwerdeführerin Stellung. Sie bestreitet ihre passive Beschwerdelegitimation, da sie lediglich als Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 1313a ABGB des Erstbeschwerdegegners fungiere. Weiters schloss sie sich den Ausführungen des Erstbeschwerdegegners in dessen Stellungnahme vom 25.04.2014 vollinhaltlich an.

Die Stellungnahmen der Beschwerdegegner wurden der Beschwerdeführerin mit Schreiben der KommAustria vom 28.05.2014 zur Kenntnis übermittelt.

Mit Kurzreplik vom 06.06.2014 äußerte sich die Beschwerdeführerin zu den ihr übermittelten Stellungnahmen des Erstbeschwerdegegners sowie der Zweitbeschwerdegegnerin. Sie führte im Wesentlichen nochmals aus, dass die Beschwerdegegner die Sendung des gegenständlichen Werbespots ohne sachlich gerechtfertigte Begründung verweigert und willkürlich gehandelt hätten. Dies zeige sich bereits darin, dass sich die Beschwerdegegner bei der Entscheidung über ihre eigenen AGB für Werbesendungen, welche die Werbebeschränkungen des § 13 ORF-G konkretisierten, hinweggesetzt hätten. Es wurde weiters vorgebracht, dass der verfahrensgegenständliche Spot ausschließlich auf belegbaren Tatsachen basiere. Die Beschwerdeführerin gehe davon aus, dass der Erstbeschwerdegegner einen Spot, der eine positive Berichterstattung über die EU ankündigen würde, sicherlich ausgestrahlt hätte, was auch für die Willkür der Ablehnung spreche. Zwar habe der Erstbeschwerdegegner keine Monopolstellung mehr, doch habe er noch immer eine derart überragende Marktposition, dass an den Radiosendern des Erstbeschwerdegegners für Radiowerbung faktisch kein Weg vorbeiführe. Aus der vom Erstbeschwerdegegner zitierten Textstelle der ErlRV (634 BlgNR 21. GP) zu § 14 Abs. 8 ORF-G (vormals § 13 Abs. 8 ORF-G) sei im Anlassfall nichts zu gewinnen, da sich diese lediglich auf Fernsehwerbung beziehe, für welche es als gesetzliche Ausnahme ein ausdrückliches Verbot von Inhaltswerbung für periodische Druckwerke gebe. Aus dem ORF-G sei vielmehr abzuleiten, dass eine Werbung mit Inhalten von periodischen Druckwerken zulässig sei, wenn sie nicht gegen die

Werbebeschränkungen des § 13 ORF-G verstoße. Der Kurzreplik wurde eine Darstellung der Radio-Tagesreichweiten und Marktanteile in Österreich beigelegt. Die Kurzreplik wurde dem Erstbeschwerdegegner sowie der Zweitbeschwerdegegnerin mit Schreiben der KommAustria vom 25.06.2014 zur Kenntnis übermittelt.

Darauf nahm der Erstbeschwerdegegner mit Schreiben vom 08.07.2014 Stellung und führte aus, dass der Ansatz der Beschwerdeführerin, die Willkür der Beschwerdegegner mit hypothetischen Szenarien zu begründen, ein im Anlassfall völlig irrelevantes Gedankenspiel sei. Die Grundsätze der Objektivität, Unparteilichkeit, Pluralität und Ausgewogenheit seien nicht nur auf die nachrichtenmäßige Berichterstattung des Erstbeschwerdegegners anzuwenden, sondern auch auf andere Darbietungen iSd Art. I Abs. 1 B-VG Rundfunk. Die Beschwerdeführerin unterliege einem Trugschluss, wenn sie davon ausgehe, dass Hörfunkwerbung mit Inhalten von periodischen Druckwerken nur dann unzulässig sei, wenn sie gegen die Werbebeschränkungen des § 13 ORF-G verstieße. Die Verbreitung von Werbeaufträgen dürfe jedenfalls auch dann abgelehnt werden, wenn die Ausstrahlung der Werbeinhalte die Objektivität und Unparteilichkeit des Erstbeschwerdegegners gefährden könnte, wobei dem Erstbeschwerdegegner dabei ein Beurteilungsspielraum zukomme. Hierzu verwies der Erstbeschwerdegegner auf das Erkenntnis des VfGH vom 14.03.2013, B 518/12.

2. Sachverhalt

2.1. Zur Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin ist Medieninhaberin und Herausgeberin der österreichischen Wochenzeitschrift „Die ganze WOCHEN“, welche bundesweit erscheint und laut der Österreichischen Auflagenkontrolle die auflagenstärkste Wochenzeitschrift des Landes – mit einer wöchentlichen Verkaufszahl von rund 340.000 Exemplaren – ist. Die Neuaufgaben erscheinen in der Regel jeden Mittwoch. Zur Bewerbung der Zeitschrift schaltet die Beschwerdeführerin regelmäßig Radiospots in den Programmen des Erstbeschwerdegegners. Die Inhalte der einzelnen Ausgaben werden jeweils am Erscheinungstag sowie am darauffolgenden Tag beworben.

2.2. Zu den Beschwerdegegnern

Beim Erstbeschwerdegegner, dem österreichischen Rundfunk (ORF), handelt es sich um eine Stiftung des öffentlichen Rechts. Zweck der Stiftung ist die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages im Rahmen des Unternehmensgegenstandes (§ 1 Abs. 1 und Abs. 2 ORF-G). Dieser sowie die einzelnen öffentlich-rechtlichen Aufträge sind im ORF-G geregelt.

Bei der Zweitbeschwerdegegnerin handelt es sich um eine Tochtergesellschaft des Erstbeschwerdegegners, die dieser gemäß § 2 Abs. 2 ORF-G eingerichtet hat. Die Zweitbeschwerdegegnerin nimmt gemäß § 8a Abs. 3 und Abs. 4 ORF-G die Vermarktung und den Vertrieb kommerzieller Kommunikation in den gemäß § 3 ORF-G bereitgestellten Programmen des Erstbeschwerdegegners wahr. Konkret vermarktet die Zweitbeschwerdegegnerin exklusiv die Werbezeiten in den Programmen des Erstbeschwerdegegners in dessen Auftrag..

2.3. Zur unterlassenen Sendung des verfahrensgegenständlichen Werbespots der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin hat über die Zweitbeschwerdegegnerin die Schaltung von Spots zur Bewerbung ihrer Zeitschrift in diversen Radioprogrammen des Erstbeschwerdegegners – regionale Programme sowie „Hitradio Ö3“ – im Zeitraum vom 01.01.2014 bis 31.12.2014 gebucht. Die Vereinbarung zwischen den Parteien beruhte auf den „AGB 2014 Radio und

Fernsehen – Allgemeine Geschäftsbedingungen für Werbesendungen“ der Zweitbeschwerdegegnerin. Punkt 1c) derselben lautet: *„Die Annahme eines Auftrages kann ohne Angabe von Gründen abgelehnt werden. Auch bei rechtsverbindlich angenommenen Aufträgen behält sich der Erstbeschwerdegegner vor, Werbung wegen ihrer Herkunft, wegen des Inhalts oder der technischen Form zurückzuweisen bzw. nicht weiter auszustrahlen. In diesen Fällen werden die Gründe der Ablehnung dem Auftraggeber mitgeteilt.“*

Es ist nicht bekannt, dass hierzu Nebenabreden getroffen wurden. Die Beschwerdegegner bestätigten die Buchungen mittels Auftragsbestätigungen vom 22.11.2013 sowie vom 10.12.2013. Auf Basis dieser Vereinbarung wurden sogenannte Terminpläne erstellt, aus welchen ersichtlich ist, zu welchen Zeitpunkten Werbespots der Beschwerdeführerin in welchen Programmen des Erstbeschwerdegegners gesendet werden sollten. Auf Grundlage dieser Terminpläne produziert die Beschwerdeführerin aktuelle Radiospots zur Bewerbung der jeweils aktuellen Ausgaben ihrer Wochenzeitschrift „Die ganze WOCHÉ“. So wurde im Februar 2014 zur Bewerbung der Ausgabe Nr. 8/14, welche am 19.02.2014 erschienen ist, ein Werbespot produziert. Dieser sollte laut Terminplan am 19.02.2014 (dem Erscheinungstag) sowie am 20.02.2014 in den vereinbarten Radioprogrammen des Erstbeschwerdegegners gesendet werden. Aufgrund der Berichterstattung in der besagten Ausgabe der Wochenzeitschrift „Die ganze WOCHÉ“ zur EU-Wahl und zu den EU-Institutionen sowie einer geplanten Regulierung von homöopathischen Arzneimittel auf EU-Ebene wurde der verfahrensgegenständliche Werbespot wie folgt gestaltet:

„Nach dem Genmais soll uns nun ein Gesetz aufgezwungen werden, das zum Ende vieler homöopathischer Arzneimittel führt. 140 Saaldiener im Frack mit Fliege und silberfarbener Amtskette. Das EU-Parlament, die aufgeblähte Privilegienburg. Vor der Wahl. Die ganze WOCHÉ lesen.“

Das Sujet dieses Radiospots wurde der Zweitbeschwerdegegnerin am 17.02.2014 übermittelt. Der Text des Radiospots wurde von Mitarbeitern der Zweitbeschwerdegegnerin im Hinblick auf den allgemeinen Objektivitätsanspruch als kritisch eingestuft und daher am 18.02.2014 an die Geschäftsführung der Zweitbeschwerdegegnerin zur Beurteilung weitergeleitet. Diese entschied noch am selben Tag, dass der Radiospot nicht ausgestrahlt werden solle. Die Buchungen im Hitradio Ö3 wurden dementsprechend storniert. Der Radiospot wurde daher bundesweit nicht ausgestrahlt. In Abstimmung mit der Geschäftsführung des Erstbeschwerdegegners wurden sodann Schritte eingeleitet, um die Ausstrahlung in den einzelnen Bundesland-Radios zu unterbinden. Aufgrund der bereits vorliegenden Sendepläne und technischen Gegebenheiten erfolgte dennoch die vereinzelte Ausstrahlung des Radiospots über diverse regionale Radiosender des Erstbeschwerdegegners am 19.02.2014.

Am 19.02.2014 kontaktierte eine Mitarbeiterin der Zweitbeschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin telefonisch und setzte diese davon in Kenntnis, dass der verfahrensgegenständliche Werbespot nicht wie vereinbart ausgestrahlt werde. Es wurde der Beschwerdeführerin angeboten, die verbleibenden Werbezeiten anderweitig zu verwenden bzw. die Schaltung des Spots für den 20.02.2014 kostenlos zu stornieren. Am selben Tag kontaktierte der Geschäftsführer der Zweitbeschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin und teilte mit, dass die Zweitbeschwerdegegnerin die Sendung des verfahrensgegenständlichen Spots – gestützt auf die AGB, die der Vereinbarung zwischen den Parteien zugrunde liegt – nach Rücksprache mit dem Generaldirektor sowie dem kaufmännischen Direktor des Erstbeschwerdegegners ablehne.

Mit Schreiben vom 20.02.2014 wies die Zweitbeschwerdegegnerin durch ihren Rechtsvertreter darauf hin, dass es der Zweitbeschwerdegegnerin frei stehe, die Übernahme von Werbeaufträgen aus sachlichen Gründen abzulehnen, wobei es nicht wesentlich sei, ob diese gegen Werbebeschränkungen des ORF-G verstoßen. Weiters

wurde ausgeführt, dass die Zweitbeschwerdegegnerin es als Verletzung des gesetzlichen Auftrages des Erstbeschwerdegegners sehen würde, den verfahrensgegenständlichen Werbespot kurz vor der EU-Wahl auszustrahlen, da das EU-Parlament in dem Spot als aufgeblähte Privilegienburg diskreditiert würde und de facto mit einer für den Konsumenten nicht überprüfbaren Kritik an einem (angeblichen) Gesetzesvorhaben indirekt zu einem Wahlboykott aufgerufen würde.

Auf Anweisung der Geschäftsführung des Erstbeschwerdegegners wurde der verfahrensgegenständliche Werbespot am 20.02.2014 – bis auf vereinzelte Ausnahmen aufgrund technischer Gegebenheiten – über keinen Radiosender des Erstbeschwerdegegners gesendet.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen hinsichtlich der Beschwerdeführerin sowie der Beschwerdegegner gründen auf dem Vorbringen der Parteien und amtsbekannten Daten.. Die Feststellung, dass die Zweitbeschwerdegegnerin im Namen und auf Rechnung des Erstbeschwerdegegners handelt, ergibt sich aus den „AGB 2014 Radio und Fernsehen – Allgemeine Geschäftsbedingungen für Werbesendungen“..Aus diesen ist ersichtlich, dass Aufträge für Werbung im ORF lediglich von der Zweitbeschwerdegegnerin im Auftrag des ORF entgegengenommen werden, der (Werbe)Auftraggeber jedoch mit dem ORF kontrahiert.

Die Feststellungen hinsichtlich des Inhaltes des verfahrensgegenständlichen Werbespots ergeben sich aus dem – von den Beschwerdegegnern – unbestrittenen Vorbringen der Beschwerdeführerin. Die Feststellungen zur unterlassenen Ausstrahlung des Werbespots an den besagten Tagen gründen auf dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien. Die Feststellungen zur Korrespondenz zwischen den Parteien am 19.02.2014 und 20.02.2014 basieren ebenfalls auf dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien sowie den beigelegten Urkunden der Beschwerdeführerin zur Beschwerde.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde

Gemäß § 35 ORF-G iVm § 13 Abs. 3 Z 13 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 84/2013, obliegt die Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk und seine Tochtergesellschaften der Regulierungsbehörde. Gemäß § 35 Abs. 3 ORF-G ist die Regulierungsbehörde die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria).

4.2. Beschwerdevoraussetzungen

§ 36 ORF-G lautet auszugsweise:

„Rechtsaufsicht

§ 36. (1) Die Regulierungsbehörde entscheidet neben den anderen in diesem Bundesgesetz und im KommAustria-Gesetz genannten Fällen – soweit dafür nicht eine andere Verwaltungsbehörde oder ein Gericht zuständig ist – über die Verletzung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes mit Ausnahme der Bestimmungen des 5a. Abschnittes oder über die Verletzung des Umfangs eines Angebotskonzepts einschließlich allfälliger nach § 6b Abs. 2 erteilten Auflagen

1. auf Grund von Beschwerden

[...]

c. eines Unternehmens, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch die behauptete Verletzung berührt werden.

[...]

(3) Beschwerden sind innerhalb von sechs Wochen, Anträge sind innerhalb von sechs Monaten, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen. Offensichtlich unbegründete Beschwerden und Anträge sind ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen.

[...]“

4.2.1. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde

Die Beschwerde wurde am 25.03.2014 erhoben und bezieht sich auf den Zeitraum vom 19.02.2014 bis zum 20.02.2014. Dieser Zeitraum liegt zur Gänze innerhalb der sechswöchigen Beschwerdefrist gemäß § 36 Abs. 3 ORF-G, sodass die Beschwerde rechtzeitig erhoben wurde.

4.2.2. Zur Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin stützt ihre Beschwerdelegitimation auf § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G, wonach durch die behauptete Verletzung der Bestimmungen des ORF-G ihre rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Interessen berührt wurden.

Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich als Medieninhaberin und Herausgeberin der Wochenzeitschrift „Die ganze WOCHEN“ zweifelsohne um eine Unternehmerin im Sinne des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G.

Die Beschwerdeführerin sieht unter anderen ihre wirtschaftlichen Interessen durch die behauptete Verletzung des ORF-G durch die Beschwerdegegner verletzt. Dazu führt sie aus, dass sie zur Bewerbung der Zeitschrift „Die ganze WOCHEN“ regelmäßig Werbespots in den Radioprogrammen des Erstbeschwerdegegners schalte. Diese Bewerbung sei derartig wichtig, dass allein für das Jahr 2014 Werbezeit im Auftragswert von weit über EUR 200.000,- gebucht worden sei. Die Bewerbung habe direkten Niederschlag auf die Verkaufszahlen der besagten Wochenzeitschrift. Daher könne davon ausgegangen werden, dass sich die Absetzung des verfahrensgegenständlichen Werbespots negativ auf den Absatz der entsprechenden Ausgabe der Wochenzeitschrift ausgewirkt habe, was einen Eingriff in die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin darstelle.

Aus den nachstehenden Erwägungen geht die KommAustria davon aus, dass sich die aktive Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin im gegenständlichen Verfahren, die von den Beschwerdegegnern auch nicht bestritten wird, auf die Bestimmung gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G stützen lässt.

Der BKS hat zur mit § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G idgF gleichlautenden Bestimmung des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 ausgesprochen, dass für die Beschwerdelegitimation nach dieser Bestimmung die Behauptung des durch die Rechtsverletzung bedingten Eingriffs in wirtschaftliche oder rechtliche Interessen eines Unternehmens genügt. Aufgrund dieser Bestimmung kann eine Beschwerde auch bei mittelbarer Schädigung (entgangener Gewinn, Ausbleiben eines Vorteils) oder selbst dann, wenn noch kein Schaden eingetreten sei, erhoben werden. Voraussetzung ist die Darlegung der Auswirkungen rechtlicher oder wirtschaftlicher Art (vgl. BKS 12.12.2004, GZ 611.933/0003-BKS/2004).

Für das Vorliegen einer Beschwerdelegitimation nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G reicht die Darlegung von zumindest im Bereich des Möglichen liegenden Berührungen rechtlicher oder wirtschaftlicher Interessen des beschwerdeführenden Unternehmens aus (vgl. BKS

29.01.2007, GZ 611.956/0002-BKS/2007, ebenfalls zu § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010).

Im Hinblick auf die zuvor zitierte Judikatur des BKS erscheint es nicht gänzlich ausgeschlossen, dass ein Unterlassen der Ausstrahlung des verfahrensgegenständlichen Werbespots die Chancen der Beschwerdeführerin mindert, eine höhere Anzahl an Zeitschriftexemplaren der betreffenden Auflage der „Die ganze WOCHEN“ zu verkaufen bzw. die Leserreichweite und folglich die hierzu korrespondierenden Werbeerlöse im Zuge der beworbenen Themenschwerpunkte zu steigern. Auch das von der Rechtsprechung geforderte Wettbewerbsverhältnis ist im Hinblick auf andere Printunternehmen, die ebenfalls Werbung in den Programmen des Erstbeschwerdegegners schalten, vorhanden (vgl. etwa BKS 25.09.2006, GZ 611.933/0006-BKS/2006).

Es ist somit – unabhängig von einer etwaigen Berührung der rechtlichen Interessen der Beschwerdeführerin – davon auszugehen, dass die aktive Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G im gegenständlichen Fall gegeben ist, da es sich bei ihr um ein Unternehmen handelt, dessen wirtschaftliche Interessen durch die behauptete Rechtsverletzung berührt wurden.

4.2.3. Zur Passivbeschwerdelegitimation der Beschwerdegegner

Die passive Beschwerdelegitimation des Erstbeschwerdegegners ergibt sich unmittelbar aus § 36 ORF-G und wurde auch nicht bestritten.

Bei der Zweitbeschwerdegegnerin handelt es sich um eine Tochtergesellschaft des ORF, die gemäß § 8a Abs. 3 ORF-G kommerzielle Tätigkeiten iSd Abs. 1 leg. cit. wahrnimmt. Sie vertreibt und vermarktet Werbezeiten des ORF. Jedenfalls in den gemäß § 3 ORF-G bereit gestellten Programmen erfolgt dies im Namen und auf Rechnung des ORF. Auch aus den „AGB 2014 Radio und Fernsehen – Allgemeine Geschäftsbedingungen für Werbesendungen“ ist ersichtlich, dass der (Werbe)Auftraggeber mit dem ORF und nicht mit der Zweitbeschwerdegegnerin kontrahiert.

Dort, wo Tochtergesellschaften Leistungen nur im Auftrag und Namen des ORF nach Art eines Erfüllungsgehilfen im Sinne des § 1313a ABGB hilfsweise erbringen, wird die Beschwerde primär oder auch nur gegen die Stiftung zu richten sein (vgl. Kogler/Trainer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetz³, 321). Umso mehr muss dies gelten, wenn die Tochtergesellschaft – durch Handeln im fremden Namen und auf fremde Rechnung – als direkte Vertreterin oder sogar lediglich als Vermittlerin auftritt und die behauptete Rechtsverletzung ausschließlich im Rahmen des Auftragsverhältnisses stattfindet.

Die Beschwerde gegen die Zweitbeschwerdegegnerin war daher zurückzuweisen (Spruchpunkt 2.).

4.3. Behauptete Verletzung der Bestimmungen des ORF-G

Die Beschwerdeführerin machte die Verletzung einzelner Bestimmungen des ORF-G, konkret der §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 4 und 4 Abs. 5 geltend.

§ 1 Abs. 3 ORF-G lautet wie folgt:

„(3) Der Österreichische Rundfunk hat bei Erfüllung seines Auftrages auf die Grundsätze der österreichischen Verfassungsordnung, insbesondere auf die bundesstaatliche Gliederung nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Länder sowie auf den Grundsatz der Freiheit der Kunst, Bedacht zu nehmen und die Sicherung der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, der Berücksichtigung der Meinungsvielfalt und der Ausgewogenheit der Programme sowie die Unabhängigkeit von Personen und Organen des

Österreichischen Rundfunks, die mit der Besorgung der Aufgaben des Österreichischen Rundfunks beauftragt sind, gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zu gewährleisten.“

Eingangs ist zunächst festzuhalten, dass die obige Bestimmung in erster Linie programmatischen Charakter hat. Es soll offenbar ein besonders strenger Handlungsmaßstab für die Sicherung der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, der Berücksichtigung der Meinungsvielfalt und der Ausgewogenheit der Programme seitens der Organe des ORF betont werden, wobei diese auch bezüglich der Gewährleistung ihrer Unabhängigkeit (als zentrales Wesensmerkmal der Staatsferne des Rundfunks) in die Pflicht genommen werden (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, 9).

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die Beschwerdegegner hätten durch die willkürliche Ablehnung, den verfahrensgegenständlichen Werbespot auszustrahlen, in ihr Recht auf freie Meinungsäußerung eingegriffen und habe dadurch die Grundsätze der Objektivität, Unparteilichkeit, Meinungsvielfalt und Ausgewogenheit des § 1 Abs. 3 ORF-G verletzt. Die Entscheidung sei deshalb willkürlich gewesen, da sie ohne zulässigen Grund erfolgt sei. Dies ergebe sich schon daraus, dass der Inhalt des verfahrensgegenständlichen Werbespots gegen keine Werbebeschränkungen des ORF-G verstoße. Die mit Schreiben des Rechtsvertreters der Zweitbeschwerdegegnerin vom 20.02.2014 ausgeführte Begründung der Ablehnung sei eine „Scheinbegründung“, die nichts an der Willkür der Ablehnung durch den Erstbeschwerdegegner ändere. Die Beschwerdeführerin verweist auf die Erkenntnis des VfGH vom 27.06.1986, B 658/85, wonach die Übernahme des Inhalts von Werbeaufträgen nur aus sachlichen Gründen abzulehnen ist und Sendezeiten nicht nach Willkür, parteilich, unter einseitiger Bevorzugung bestimmter Richtungen oder mit Ausschluss einzelner Unternehmen vergeben werden dürfen.

Die Beschwerdeführerin verkennt jedoch, dass gemäß eben dieser Entscheidung des VfGH der ORF durchaus die Möglichkeit hat, die Übernahme des Inhalts von Werbeaufträgen abzulehnen, wenn hierfür sachliche Gründe vorliegen. Die Gründe wurden im Schreiben des Rechtsvertreters der Zweitbeschwerdegegnerin vom 20.02.2014 der Beschwerdeführerin mitgeteilt. Konkret wurde ausgeführt, dass man der Meinung sei, die Ausstrahlung des verfahrensgegenständlichen Werbespots in einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt eines EU-Mitglieds kurz vor der EU-Wahl würde den gesetzlichen Auftrag des ORF verletzen, wenn unter dem Deckmantel einer Werbung für ein Printmedium das EU-Parlament als aufgeblähte Privilegienburg diskreditiert und de facto mit einer für den Konsumenten nicht überprüfbaren Kritik an einem (angeblichen) Gesetzesvorhaben indirekt zu einem Wahlboykott aufgerufen würde.

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis (VfGH 17.06.1999, B 1757/98) ausgesprochen: *„Nichts berechtigt aber zur Annahme, es gäbe eine zulässige Darbietung (Art I Abs 1 Rdf-BVG), die dem grundsätzlichen Gebot der Objektivität, Unparteilichkeit, Pluralität und Ausgewogenheit nicht mit unterworfen wäre. [...] Das durch Art 10 EMRK verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf „Freiheit der Meinungsäußerung“, wie dieser Art 10 nunmehr auf Grund des 11. Zusatzprotokolls zur EMRK, BGBl. III 30/1998, übertitelt ist, schließt also auch die Freiheit zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen ohne Eingriff öffentlicher Behörden ein und unter den Schutzbereich des genannten Artikels fällt auch die sogenannte kommerzielle Werbung. Dem ORF steht es nicht frei, Sendezeiten für kommerzielle Werbung an die Interessenten „nach Willkür, parteilich, unter einseitiger Bevorzugung bestimmter Richtungen oder mit Ausschluss einzelner Unternehmen zu vergeben“, vielmehr ist die Frage entscheidungswesentlich, „ob die Ablehnung der Übernahme des Werbeauftrages aus zulässigen Gründen erfolgte. [...] Denn die Verwirklichung des dualen Systems im Bereich des Hörfunks läßt die Sachlichkeit der Weigerung der Vergabe von Werbezeiten durch den ORF unter anderen Aspekten erscheinen als bei Bestand der seinerzeitigen Monopolstellung.“*

Demnach gibt es keine Verpflichtung des ORF, jeden Werbeauftrag anzunehmen, sondern hat dieser vielmehr das Recht, die Übernahme eines Werbeauftrages abzulehnen, wenn dies aus zulässigen Gründen erfolgt. Der ORF ist gar gesetzlich dazu angehalten, Beiträge nach den Grundsätzen der Objektivität, Unparteilichkeit, Pluralität und Ausgewogenheit zu überprüfen, bevor er diese in seinen Programmen sendet. Dies hat der ORF im gegenständlichen Fall getan und ist zu dem Schluss gekommen, dass der Inhalt des verfahrensgegenständlichen Spots im Lichte eben dieser Grundsätze bedenklich erscheint und die Ausstrahlung daher aus sachlich gerechtfertigten Gründen abgelehnt werden muss.

Ohne auf den Inhalt des verfahrensgegenständlichen Werbespots im Lichte der Objektivität, Unparteilichkeit, Pluralität und Ausgewogenheit näher einzugehen, so erscheint die von den Beschwerdegegnern genannte Begründung für die Ablehnung der Ausstrahlung doch nicht gänzlich un schlüssig. Insofern vermag die Behörde jedenfalls nicht zu erkennen, dass der ORF bei der Ablehnung völlig ohne sachlichen Grund und willkürlich gehandelt hat. Die Beschwerdeführerin spricht bei der oben genannten Begründung der Beschwerdegegner stets von einer „Scheinbegründung“, gibt jedoch an keiner Stelle an, warum es sich hierbei um eine „Scheinbegründung“ handeln sollte und was die „wahre“ Begründung sein soll. Auch die Behauptung der Beschwerdeführerin, der ORF hätte einen Werbespot mit einem EU-unterstützenden Inhalt nicht abgelehnt, vermag keine Willkür des ORF glaubhaft zu machen, da diese hypothetische Darstellung auf keinerlei Grundlage basiert. Tatsächlich erfolgt die Beurteilung der Einhaltung des Objektivitätsgebotes anhand des konkreten Einzelfalles.

Sohin konnte die KommAustria keine Verletzung der Bestimmung des § 1 Abs. 3 ORF-G durch die Beschwerdegegner feststellen.

§ 2 Abs. 4 ORF-G lautet wie folgt:

„(4) Die vertragliche Zusammenarbeit des Österreichischen Rundfunks mit anderen Unternehmen hat zu nichtdiskriminierenden Bedingungen zu erfolgen.“

Das Diskriminierungsverbot des Abs. 4 bedeutet, dass jeder, der Interesse an einer derartigen vertraglichen Kooperation mit dem ORF hat, und in der Lage wäre, die vertragsgegenständliche Leistung gleichwertig zu erbringen, auf seinen Wunsch hin vom ORF in die Verhandlungen einzubeziehen ist und nicht aus unsachlichen Gründen, insbesondere ohne Begründung, ausgeschlossen bzw. beim Vertragsabschluss benachteiligt werden darf. Die sachliche Rechtfertigung für die Festlegung dieses Grundsatzes ist, dass der ORF als marktmächtiges, wesentlich durch die Allgemeinheit finanziertes Unternehmen keine Wettbewerbsverzerrungen durch Bevorzugung einzelner Unternehmen herbeiführen soll (ErIRV 634 BlgNR, 21. GP in *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, 33).

Im gegenständlichen Fall besteht ein Vertrag zwischen den Parteien, den die Zweitbeschwerdegegnerin im Auftrag des ORF mit der Beschwerdeführerin – basierend auf den „AGB 2014 Radio und Fernsehen – Allgemeine Geschäftsbedingungen für Werbesendungen“ der Zweitbeschwerdegegnerin – abgeschlossen hat. Demnach ist der ORF verpflichtet, eine bestimmte Anzahl von Werbespots der Beschwerdeführerin zu den vereinbarten Zeiten in den vereinbarten Programmen des ORF auszustrahlen. Der verfahrensgegenständliche Werbespot zur Bewerbung der Ausgabe Nr. 8/14 der Wochenzeitschrift „Die ganze WOCHEN“ sollte vereinbarungsgemäß am 19.02.2014 sowie 20.02.2014 auf dem Radioprogramm „Hitradio Ö3“ sowie diversen regionalen Radioprogrammen des ORF gesendet werden. Nach Überprüfung des Inhalts des Spots entschieden sich die Beschwerdegegner, diesen nicht wie vereinbart auszustrahlen und gaben die Anweisung zur Absetzung des Spots, welche – zum Teil verspätet – auch befolgt wurde.

Wie oben ausgeführt wurde, normiert die Bestimmung des § 2 Abs. 4 ORF-G in erster Linie die Pflicht des ORF, andere Unternehmen bei Vertragsverhandlungen nicht zu benachteiligen bzw. auszuschließen. Dadurch soll vermieden werden, dass der ORF durch willkürliche Wahl seiner Vertragspartner den Wettbewerb verzerrt. Im Anlassfall wurde jedoch bereits eine vertragliche Vereinbarung mit der Beschwerdeführerin abgeschlossen. Die unterbliebene Ausstrahlung betrifft einen einzigen Werbespot und erfolgte aus den seitens der Beschwerdegegner genannten Gründen, die – wie bereits oben dargelegt – zumindest nicht unschlüssig erscheinen.

Aus der Bestimmung des § 2 Abs. 4 ORF-G lässt sich keine Pflicht des ORF ableiten, den Werbespot der Beschwerdeführerin vereinbarungsgemäß auszustrahlen. Eine diskriminierende Handlungsweise des ORF konnte nicht festgestellt werden, da er mit der Beschwerdeführerin eine Vereinbarung zur Ausstrahlung von Werbespots abgeschlossen hat und lediglich die Ausstrahlung des verfahrensgegenständlichen Spots aus den bereits dargelegten Gründen abgelehnt hat.

Da zudem keine der Parteien angegeben hat, dass es zu dem abgeschlossenen Vertrag rechtsgültige Nebenabreden gegeben habe, ist davon auszugehen, dass der Werbevertrag ausschließlich auf Grundlage der „AGB 2014 Radio und Fernsehen“ zustande gekommen ist. Eben diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen kommen jedoch naturgemäß in sämtlichen einschlägigen Verträgen des ORF mit anderen Unternehmen zur Anwendung. Hinsichtlich des Vertragsschlusses konnte daher keine Diskriminierung der Beschwerdeführerin im Vergleich mit anderen Unternehmen festgestellt werden. Darüber hinausgehende Rechtsstreitigkeiten aus der getroffenen Vereinbarung, die keine Bestimmung des ORF-G verletzen, „sind freilich nicht im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens, sondern vor den Zivilgerichten zu auszutragen.“

Daher konnte die KommAustria keine Verletzung der Bestimmung des § 2 Abs. 4 ORF-G feststellen.

§ 4 Abs. 5 ORF-G lautet wie folgt:

„(5) Der Österreichische Rundfunk hat bei Gestaltung seiner Sendungen und Angebote weiters für

- 1. eine objektive Auswahl und Vermittlung von Informationen in Form von Nachrichten und Reportagen einschließlich der Berichterstattung über die Tätigkeit der gesetzgebenden Organe und gegebenenfalls der Übertragung ihrer Verhandlungen;*
- 2. die Wiedergabe und Vermittlung von für die Allgemeinheit wesentlichen Kommentaren, Standpunkten und kritischen Stellungnahmen unter angemessener Berücksichtigung der Vielfalt der im öffentlichen Leben vertretenen Meinungen;*
- 3. eigene Kommentare, Sachanalysen und Moderationen unter Wahrung des Grundsatzes der Objektivität zu sorgen.“*

Voraussetzung für die Anwendung des § 4 Abs. 5 ORF-G ist, dass die Sendung vom ORF gestaltet wurde. Gemäß § 4 Abs. 5 ORF-G ist der ORF nämlich (nur) „bei Gestaltung seiner Sendungen“ zur Einhaltung des in den Z 1 bis 3 jeweils näher ausgestalteten Objektivitätsgebotes verpflichtet. Damit werden nur Sendungen des ORF (vom ORF selbst gestaltete bzw. zu verantwortende Sendungen) und nicht von anderen (fremd)gestaltete Sendungen von dieser Bestimmung erfasst (VwGH 15.09.2006, 2004/04/0074).

Demnach ist die Bestimmung des § 4 Abs. 5 ORF-G im gegenständlichen Fall gar nicht anwendbar, da es sich beim verfahrensgegenständlichen Werbespot nicht um einen Beitrag handelt, den der ORF selbst gestaltet hat. Folglich erübrigt sich eine Prüfung dahingehend, ob die Weigerung des ORF, den Werbespot auszustrahlen, gegen das in den Z 1 bis 3 leg. cit. näher erläuterte Objektivitätsgebot verstößt.

Darüber hinaus lässt sich aus dem Objektivitätsgebot des § 4 Abs. 5 ORF-G keine Verpflichtung des ORF ableiten, bestimmte Sendungen mit einem bestimmten Inhalt in sein Programm aufzunehmen (vgl. VwGH 21.04.2004, 2004/04/0009 zur Rechtslage gemäß BGBl. I Nr. 83/2001) oder übernommenes Material auszustrahlen (vgl. VwGH 18.03.2009, 2005/04/0051).

Im gegenständlichen Fall konnte die KommAustria daher keine Verletzung der Bestimmung des § 4 Abs. 5 ORF-G durch den ORF feststellen.

Da keine Verstöße des ORF gegen die Bestimmungen des ORF-G festgestellt wurden, erübrigt sich im gegenständlichen Fall auch die Prüfung der Frage, ob der ORF durch eine etwaige Verletzung der Bestimmungen des ORF-G in die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte gemäß Art 10 EMRK sowie Art 7 B-VG der Beschwerdeführerin eingegriffen hat.

Die Beschwerde war sohin abzuweisen (Spruchpunkt 1).

Der weitere Antrag der Beschwerdeführerin, die KommAustria möge den Beschwerdegegnern auftragen, ihre Entscheidung gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G zu veröffentlichen, bezieht sich auf den Fall, dass der Beschwerde stattgegeben wird. Da die Beschwerde im gegenständlichen Fall abgewiesen wurde, erübrigt sich eine separate Entscheidung über diesen Antrag.

4.4. Zum Eventualantrag

Die Beschwerdeführerin stellte den Eventualantrag, die KommAustria möge die „AGB 2014 Radio und Fernsehen – Allgemeine Geschäftsbedingungen für Werbesendungen“ der Zweitbeschwerdegegnerin – hinsichtlich der dort vorgesehenen Möglichkeit der begründungslosen Ablehnung von Werbespots dem Verfassungsgerichtshof zur Überprüfung vorlegen, ob diese Bestimmung der Bundesverfassung widerspricht. Dabei unterließ es die Beschwerdeführerin, anzugeben, auf welche Rechtsgrundlage sich dieser Antrag stützt.

Tatsächlich mangelt es an einer Rechtsgrundlage, die von der Zweitbeschwerdegegnerin angewendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Verfassungsgerichtshof zur Überprüfung auf Verfassungsmäßigkeit vorzulegen. Gemäß Art 140 bzw. Art 139 B-VG erkennt der VfGH über Verfassungswidrigkeiten von Gesetzen bzw. Gesetzswidrigkeiten von Verordnungen. Bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Zweitbeschwerdegegnerin handelt es sich weder um ein Gesetz noch um eine Verordnung. Bei einer Verordnung gemäß Art 18 Abs. 2 BV-G handelt es sich um eine von Organen der Verwaltung einseitig erlassene generelle Rechtsnorm, die sich an einen allgemeinen Personenkreis richtet. Weder beim Erstbeschwerdegegner noch bei der Zweitbeschwerdegegnerin handelt es sich um ein Verwaltungsorgan. Ihr ist es daher gar nicht möglich, einseitig generelle Rechtsnormen zu erlassen. Auch eine Beleihung scheidet mangels anderslautender gesetzlicher Anordnung aus (vgl. VfGH 27.09.2011, VfSlg. 19.509/2011).

Bei den von der Zweitbeschwerdegegnerin angewendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen handelt es sich daher um einen Teil der privatrechtlichen Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien. Für diese besteht daher keine Möglichkeit der Vorlage an den VfGH, sondern sind Streitigkeiten diesbezüglich vielmehr, wie auch sonstige Streitigkeiten aus dem Vertrag zwischen Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnern, vor den Zivilgerichten auszutragen.

Der Eventualantrag war sohin zurückzuweisen (Spruchpunkt 3).

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 13.08.2014

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Dr. Florian Philapitsch, LL.M.
(Vorsitzender-Stellvertreter)

Zustellverfügung:

1. Die ganze Woche GmbH, z.Hd. Tonninger Schermaier Maierhofer & Partner Rechtsanwälte GesbR, Rilkeplatz 8, 1040 Wien, per **RSb**
2. Österreichischer Rundfunk, z.Hd. Generaldirektor Dr. Alexander Wrabetz, Würzburggasse 30, 1136 Wien, per **RSb**
3. ORF-Enterprise GmbH & Co KG, pA Österreichischer Rundfunk, per **RSb**