



Bescheid

I. Spruch

1. Die KommAustria stellt im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter und audiovisuelle Mediendiensteanbieter gemäß § 2 Abs. 1 Z 6 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 51/2022, in Verbindung mit den §§ 60, 61 Abs. 1 und 62 Abs. 1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G) BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 55/2022, fest, dass die A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH (FN 437125g) im Fernsehprogramm „oe24 TV“ am 31.01.2020 im Rahmen des Beitrags „Die besten Unternehmerinnenstorys, die Österreich bewegen“ gegen § 43 Abs. 2 AMD-G idF BGBl. I. Nr. 86/2015 verstoßen hat, indem sie Werbung ausgestrahlt hat, ohne diese an ihrem Anfang um ca. 08:24:16 Uhr und an ihrem Ende um ca. 08:26:35 Uhr eindeutig von anderen Programmteilen zu trennen.

2. Die KommAustria erkennt gemäß § 62 Abs.3 AMD-G auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung. Der A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH wird aufgetragen, den Spruchpunkt 1. binnen sechs Wochen ab Rechtskraft der Entscheidung im Fernsehprogramm „oe24 TV“ an einem Werktag (Montag bis Freitag) zwischen 08:00 und 09:00 Uhr in folgender Weise durch Verlesung und Einblendung des Texts im Bild zu veröffentlichen:

„Die Kommunikationsbehörde Austria hat im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter und audiovisuelle Mediendiensteanbieter Folgendes festgestellt:

Am 31.01.2020 wurde im Fernsehprogramm oe24 TV im Beitrag ‚Die besten Unternehmerinnenstorys, die Österreich bewegen‘ Werbung ausgestrahlt, ohne dass diese an ihrem Anfang und an ihrem Ende vom redaktionellen Programm eindeutig getrennt war. Dadurch wurde gegen das gesetzliche Trennungsgebot für Fernsehwerbung nach § 43 Abs. 2 Audiovisuelle-Mediendienste-gesetz verstoßen.“

3. Der A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH wird gemäß § 29 Abs. 1 AMD-G aufgetragen, binnen weiterer zwei Wochen der KommAustria Nachweise der Veröffentlichung gemäß Spruchpunkt 2. in Form von Aufzeichnungen zu übermitteln.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 19.02.2020 wurde die A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH aufgefordert, unter anderem Aufzeichnungen der Sendung „Morgen-Show“ vom 31.01.2020 vorzulegen.

Mit Schreiben vom 27.02.2020 kam die A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH dieser Aufforderung nach und übermittelte einen Link zum Download der gegenständlichen Sendung.

Mit Schreiben vom 26.01.2021 leitete die KommAustria gegen die A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH ein Rechtsverletzungsverfahren wegen des Verdachts der Verletzung der Bestimmungen des § 43 Abs. 2 AMD-G ein. Der A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH wurde die Gelegenheit eingeräumt, dazu Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 24.02.2021 nahm A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH Stellung. In dieser Stellungnahme führte sie im Wesentlichen aus:

Es sei zutreffend, dass der gegenständliche Beitrag „Die besten Unternehmerinnenstorys Österreichs“ ausgestrahlt worden sei und dass darin sowohl für „Erste Bank“ als auch für „Spusu“ geworben worden sei. Der inkriminierte Beitrag sei durch einen visuellen, mit Hintergrundmusik begleiteten, Trenner angekündigt worden, zu welchem eine weibliche Stimme aus dem OFF *„Die besten Unternehmerinnenstorys wird Ihnen präsentiert von Erste Bank“* erkläre. Damit sei für den Beginn des Werbebeitrags das Erfordernis der eindeutigen, optischen, akustischen und räumlichen Trennung erfüllt. Dem Zuseher werde eindeutig dargelegt, dass nun ein werblicher Beitrag folge. Dann folge, im Werbebeitrag eingebettet, ein kurzer Werbespot für „Erste Bank“, werbliche Berichterstattung über das Unternehmen „Spusu“, und am Ende erneut ein kurzer Spot für „Erste Bank“, wobei alles von Musik begleitet sei. Danach sei der Werbebeitrag beendet und es folge wieder redaktionelle Berichterstattung. Allein durch die verwendete Musikbegleitung, welche es in der redaktionellen Berichterstattung nicht gebe, werde eine Trennung zwischen redaktionellem und kommerziellem Programm vorgenommen. Es lege aber auch die gesamte Gestaltung des Werbebeitrags selbst dem Publikum unmissverständlich offen, dass keine redaktionelle Berichterstattung vorliege. Es seien zudem auch Einblendungen mit anderen Schriftarten bzw. Schriftgrößen als bei der redaktionellen Berichterstattung verwendet worden, womit sich die gesamte Gestaltung des Berichts als abweichend darstelle. Mit Ende des Werbebeitrags ende auch die dafür verwendete Hintergrundmusik, womit auch am Ende eine eindeutige, räumliche und akustische Trennung vorgenommen worden sei.

Mit Schreiben vom 26.03.2021 legte die A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH das Protokoll der mündlichen Vernehmung vom 03.03.2021 aus dem gegen den Geschäftsführer der A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH zu demselben Sachverhalt geführten Strafverfahren vor und erhob dessen dortiges Vorbringen zum Inhalt des gegenständlichen Rechtsverletzungsverfahrens.

In dieser Vernehmung brachte der Beschuldigte im Wesentlichen vor, dass aus drei Gründen der am 31.01.2020 ausgestrahlte Beitrag „Unternehmerinnenstorys“ werblich gestaltet gewesen sei: Erstens sei am Anfang des Beitrags ein klarer Trenner, indiziert durch das Sponsoring von „Erste

Bank“, der Signation samt musikalischer Unterlegung und der Einblendung des Logos der „Erste Bank“, gesetzt worden. Dieser Trenner unterscheidet sich von anderen, in der Sendung „Good Morning Austria“ verwendeten Trennern insbesondere durch die grafische Gestaltung und durch die Darstellung des Kooperationspartners „Erste Bank“ sowie durch die musikalische Unterlegung. Zweitens unterscheidet sich der Beitrag durch die Aufbereitung, grafische Gestaltung und musikalische Unterlegung klar von redaktionellen Beiträgen. Drittens sei am Ende als Trenner ein klarer Schnitt mit danach einer kurzen Überblendung gesetzt worden, davor sei auch noch ein Abbinder bzw. Trennerspot für „Erste Bank“ erfolgt.

Besagte Spots für „Erste Bank“ würden auf einer entgeltlichen Kooperation mit der „Erste Bank“ beruhen. Die Schiene „Unternehmerinnenstorys“ werde von der „Erste Bank“ gesponsert und solle österreichischen Klein- und Mittelunternehmen eine Plattform zur Präsentation bieten. Von „Spusu“ sei für die konkrete Präsentation kein Entgelt geleistet worden. Im Rahmen dieser Sendeschiene seien mehrere österreichische Unternehmen vorgestellt worden, darunter auch solche, die sich mit ihren Produkten und Dienstleistungen gar nicht an den Endkundenmarkt richteten. Die Intention der Schiene sei in der Vergangenheit, wie auch jetzt, ein positives „Feeling“ für unternehmerische Aktivitäten zu schaffen. Gegenständlich sei eine Kooperation mit der „Erste Bank“ zustande gekommen, wo es mehrere Vertriebskanäle über das „oe24 Netzwerk“ gegeben habe.

2. Sachverhalt

2.1. Zur Mediendiensteanbieterin

Die A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH ist eine zu FN 437125g eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Sitz in Wien. Sie ist unter anderem aufgrund des Bescheids der KommAustria vom 24.08.2016, KOA 2.135/16-005, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung des über ASTRA 19,2° Ost, Transponder 1.005, Frequenz 11.273 MHz, ausgestrahlten Fernsehprogramms „oe24 TV“.

2.2. Zur gegenständlichen Sendung

Am 31.01.2020 führt um ca. 08:24:01 Uhr die Moderatorin der Sendung „Good Morning Austria“ aus: *„Dann kommen wir noch zu den bewegendsten Unternehmerinnen- und Unternehmerstorys Österreichs.“* Es folgt um ca. 08:24:06 Uhr ein mit Musik unterlegtes Insert, zu dem eine weibliche Stimme aus dem OFF ausführt: *„Die besten Unternehmerinnenstorys, die Österreich bewegen“ wird Ihnen präsentiert von „Erste Bank“*. Die Einblendung des Logos der „Erste Bank“ erfolgt dabei um ca. 08:24:08 Uhr; der akustische Hinweis *„wird Ihnen präsentiert von „Erste Bank“* um ca. 08:24:11 Uhr. Diese Einblendung endet mitsamt der Musikunterlegung um ca. 08:24:15 Uhr.



Abbildung 1: Intro „Die besten Unternehmerinnenstorys“

Um ca. 08:24:16 Uhr ändert sich das Bild und die Musikuntermalung. Zu einem unbewegten und zunächst leeren hellblauen Hintergrund führt eine weibliche Stimme aus: „*Unser Land braucht Unternehmer und Unternehmerinnen, die an sich glauben. Und eine Bank, die an sie glaubt. Erste Bank. #glaubandich.*“ Diese Wortfolge wird dabei während sie gesprochen wird auch als Insert auf dem hellblauen Hintergrund eingeblendet (siehe Abbildung 2).



Abbildung 2: Sponsorhinweis „Erste Bank“

Um ca. 08:24:25 Uhr beginnt wieder eine andere Musikuntermalung und die Moderatorin des Beitrags führt aus: „*Bei Spusu gibt es keine versteckten Kosten, keine Servicepauschale, keine Aktivierungsgebühr und auch für den Kunden sehr einfach zu handhaben, und das findet auch Hans Krankl.*“ Während die Moderatorin diese Worte spricht, hält sie einen Prospekt von „Spusu“ in der Hand, den sie auch auffächert und ins Bild hält (siehe Abbildung 3).



Abbildung 3: Einblendung Prospekt „Spusu“

Um ca. 08:24:37 Uhr folgt ein Bild von Hans Krankl. Die Musikantermalung des Beitrags geht unverändert weiter und der Geschäftsführer von „Spusu Mobilfunk“ führt aus: *„Ja, also, wir selbst betrachten ja uns als ‚einfach menschlich fair legendär‘, und da passt der Hans Krankl natürlich sensationell gut dazu, weil der Hans Krankl ist der Legendäre in Österreich.“*



Abbildung 4: Beitrag „Spusu“ – Hans Krankl

Im weiteren Gespräch mit der Moderatorin berichtet der Geschäftsführer über die Sponsoring-Aktivitäten seines Unternehmens und die Unternehmensentwicklung von 3G bis 5G stand-alone. Während des gesamten Gesprächs geht die Musikantermalung weiter.



Abbildung 5: Beitrag „Spusu“ – Interview mit dem Geschäftsführer

Im Rahmen dieses Gesprächs führt der Geschäftsführer von „Spusu“ unter anderem aus: *„Und heute, kann ich berichten, wir sind weltweit jetzt an der Führung, was die Forschung und Entwicklung betrifft, weil wir jetzt schon 5G stand alone forschen, also das wirkliche 5G, währenddessen alle anderen das 5G non-stand-alone forschen, entwickeln und betreiben, was bedeutet, nur der Download ist 5G, aber der Upload, die Sprache, die SMS, die ganze Signalisierung funktioniert in der alten Technologie. (...) Daher sind wir weltweiter Vorreiter geworden.“*



Abbildung 6: Beitrag Spusu – Moderatorin beim Interview

Unmittelbar anschließend führt um ca. 08:26:26 Uhr neuerlich eine weibliche Stimme zu einer anderen Musikuntermalung aus: *„Glaub an Dich, so wie diese Unternehmer und Unternehmerinnen auch. Erste Bank.“* Auch hier wird die gesprochene Wortfolge zeitgleich in Schriftform im Bild eingeblendet (siehe Abbildung 7).

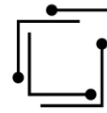


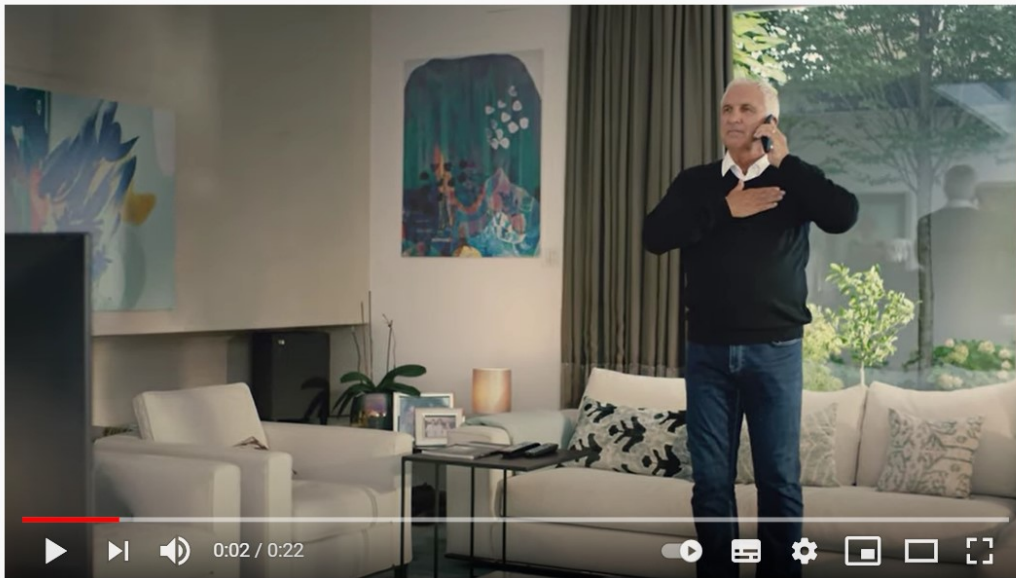
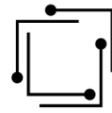
Abbildung 7: Sponsorhinweis „Erste Bank“

Dieser Hinweis endet um ca. 08:26:35 Uhr. Es folgt redaktionelles Programm. Auf dieses folgt nach einem Sponsorhinweis und einem Programmhinweis nach einem Trenner (siehe Abbildung 8) ein Werbeblock.



Abbildung 8: Werbetrenner um ca. 08:27:43 Uhr

Der Beitrag über „Spusu“ beinhaltet teilweise Bildmaterial, das auch in den Werbespots von „Spusu“ zu finden ist:



spusu TV Spot - Fair

31.926 Aufrufe • 04.09.2019

👍 18 💬 7 ➦ TEILEN ⚙️ SPEICHERN ...

Abbildung 9: Werbespot „Spusu“ (Quelle: <https://www.youtube.com/watch?v=4DoH6GSbhkM>)

Auch die vom Geschäftsführer verwendete Formulierung („Ja, also, wir selbst betrachten ja uns als ‚einfach menschlich fair legendär‘“) entspricht weitgehend den Werbeaussagen von „Spusu“.



spusu TV Spot - Fair

31.926 Aufrufe • 04.09.2019

👍 18 💬 7 ➦ TEILEN ⚙️ SPEICHERN ...

Abbildung 10: Werbespot „Spusu“ (Quelle: <https://www.youtube.com/watch?v=4DoH6GSbhkM>)

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Zulassung der A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH zur Veranstaltung des Fernsehprogramms „oe24 TV“ ergeben sich aus dem zitierten Bescheid der KommAustria sowie aus den zugrundeliegenden Akten.

Die Feststellungen zum Sendungsablauf am 31.01.2020 im Fernsehprogramm „oe24 TV“ sowie zu den ausgestrahlten Inhalten gründen sich auf die vorgelegten Aufzeichnungen des Programms.

Die Feststellung zu den Spots für „spusu“ ergeben sich aus der amtlichen Nachschau in diese auf der Plattform „YouTube“.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde

Gemäß § 2 Abs.1 Z 6 KOG obliegt der KommAustria die Rechtsaufsicht über private Mediendiensteanbieter nach dem AMD-G.

Gemäß § 66 Abs. 1 AMD-G ist Regulierungsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes die gemäß § 1 KOG eingerichtete KommAustria.

Die KommAustria entscheidet über Verletzungen von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gemäß § 61 Abs. 1 AMD-G von Amts wegen oder aufgrund von Beschwerden.

Die Entscheidung besteht gemäß § 62 Abs. 1 AMD-G in der Feststellung, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung dieses Bundesgesetzes verletzt worden ist.

4.2. Verletzung von Bestimmungen des AMD-G

4.2.1. Rechtsgrundlagen

Auf den vorliegenden Sachverhalt sind die Bestimmungen des AMD-G in der im Zeitpunkt der Rechtsverletzung am 31.01.2020 geltenden Fassung (BGBl. I. Nr. 86/2015) anzuwenden.

§ 2 AMD-G idF BGBl. I Nr. 86/2015 lautete auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. *Im Sinne dieses Gesetzes ist*

[...]

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

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

b) der Unterstützung einer Sache oder einer Idee

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

[...]

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

§ 43 AMD-G idF BGBl. I Nr. 86/2015 lautete auszugsweise:

„Erkennbarkeit und Trennung

§ 43. (1) Fernsehwerbung und Teleshopping müssen leicht als solche erkennbar und somit vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar sein.

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

[...].“

4.2.2. Verletzung von § 43 Abs. 2 AMD-G (Trennungsgrundsatz)

1. Bei den am 31.01.2020 von ca. 08:24:16 bis 08:26:35 Uhr im Fernsehprogramm „oe24 TV“ ausgestrahlten Inhalten (Sponsorhinweise für „Erste Bank“, Beitrag „Spusu“) handelt es sich um Werbung im Sinne des § 2 Z 40 AMD-G. Diese ist nach § 43 Abs. 2 AMD-G von anderen Sendungs- und Programmteilen eindeutig zu trennen. Eine derartige Trennung ist gegenständlich weder um ca. 08:24:16 Uhr noch um ca. 08:26:35 Uhr erfolgt. Dadurch wurde diese Bestimmung verletzt.

2. Nach § 2 Z 40 AMD-G ist Werbung durch zwei Tatbestandselemente gekennzeichnet: die werbliche Gestaltung der ausgestrahlten Äußerung und die Entgeltlichkeit der Ausstrahlung. Eine werbliche Gestaltung liegt dann vor, wenn eine Äußerung mit dem Ziel, den Absatz zu fördern, gesendet wird (vgl. VfSlg. 17.006/2003) und, daraus abgeleitet, ob die konkrete Darstellung geeignet ist, bislang uninformierte oder unentschlossene Zuseher für den Erwerb zu gewinnen, woraus auf das Ziel der Absatzförderung zu schließen ist (vgl. VwGH 14.11.2007, 2005/04/0167). Die Entgeltlichkeit ist anhand eines objektiven Maßstabs zu beurteilen (vgl. VwGH 22.05.2013,

2010/03/0008; 28.02.2014, 2012/03/0019 mwN). Maßgebend ist damit nicht, ob die Beteiligten für die Ausstrahlung ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung vereinbart haben. Entscheidend ist vielmehr, ob diese nach der Verkehrsauffassung üblicherweise gegen Entgelt erfolgt. Zweck des objektiven Maßstabs ist es, zu verhindern, dass es im Belieben der Beteiligten steht, über das Vorliegen von Werbung nach Gutdünken zu disponieren (vgl. VwGH 27.01.2006, 2004/04/0114).

2.1. Die um ca. 08:24:16 Uhr und ca. 08:26:26 Uhr ausgestrahlten Sponsorhinweise für „Erste Bank“ sind als Werbung im Sinne des § 2 Z 40 AMD-G zu qualifizieren.

Die beiden Hinweise lassen bei der Durchschnittsbetrachterin und beim Durchschnittsbetrachter den Eindruck entstehen, dass die „Erste Bank“ das „An-sich-selbst-Glauben“ von Unternehmerinnen und Unternehmer unterstützt – diese werden aufgefordert, an sich und ihre Geschäftsidee zu glauben, und die „Erste Bank“ hilft dabei (*„Unser Land braucht Unternehmer und Unternehmerinnen, die an sich glauben. Und eine Bank, die an sie glaubt. Erste Bank. #glaubandich.“*; *„Glaub an Dich, so wie diese Unternehmer und Unternehmerinnen auch. Erste Bank.“*). Damit wird die „Erste Bank“ als eine Bank, die Unternehmerinnen und Unternehmer bei ihren Ideen, an die sie selbst glauben, unterstützt, hervorgehoben. Dem bislang uninformierten und unentschlossenen Zuseher wird dadurch suggeriert, dass die „Erste Bank“ jenes Bankinstitut ist, das unternehmerisches Denken und Tun (finanziell) unterstützt. Somit dienen die Hinweise unmittelbar der Förderung der von der „Erste Bank“ angebotenen Dienstleistungen. Zudem werden derartige Hinweise von kommerziell tätigen Fernsehveranstaltern üblicherweise gegen Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung ausgestrahlt. Damit ist auch das Erfordernis der Entgeltlichkeit der Ausstrahlung erfüllt (vgl. dazu VwGH 19.11.2008, 2005/04/0172; 22.05.2013, 2010/03/0008). Es sind daher beide Tatbestandsmerkmale des § 2 Z 40 AMD-G erfüllt.

Nach ständiger Rechtsprechung kommen die Bestimmungen zum Sponsoring dann nicht mehr zur Anwendung, wenn die Schwelle zur Werbung überschritten wurde. Diesfalls gelten nur mehr die Regelungen über Werbung (vgl. dazu BKS 26.02.2007, 611.001/0012-BKS/2006; KommAustria 03.03.2016, KOA 4.424/16-001; *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, 456 und 585 mwN).

2.2. Auch der Beitrag über „Spusu“ ist als Werbung im Sinne des § 2 Z 40 AMD-G zu qualifizieren.

Bereits dessen Einleitung durch die Moderatorin beinhaltet eine Vielzahl an qualitativ-wertenden Aussagen, wie etwa die Hinweise auf *„keine versteckten Kosten“*, *„keine Servicepauschale“*, *„keine Aktivierungsgebühr“* und *„sehr einfach zu handhaben“*. Schon diese Aussagen sind geeignet, unentschlossene Zuschauer zur Inanspruchnahme der Dienstleistungen von „Spusu“ zu gewinnen. Verstärkt wird dies in der Folge durch verschiedene ebenfalls qualitativ-wertende Aussagen des Geschäftsführers von „Spusu“ wie *„Ja, also, wir selbst betrachten ja uns als ‚einfach menschlich fair legendär‘“* und *„wir sind weltweit jetzt an der Führung, was die Forschung und Entwicklung betrifft“* und *„[d]aher sind wir weltweiter Vorreiter geworden.“* Hinzu kommt die visuelle Gestaltung des Beitrags wie das Anpreisen der Dienstleistungen von „Spusu“ durch das In-die-Kamera-Halten einer „Spusu“-Broschüre durch die Moderatorin und die Verwendung von Bildmaterial aus Werbespots für „Spusu“.

Auch hier ist davon auszugehen, dass derartige Beiträge von einem kommerziell tätigen Fernsehveranstalter üblicherweise nur gegen Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung ausgestrahlt werden. Damit ist nach dem objektiven Maßstab auch die Entgeltlichkeit gegeben. Es

ist daher unerheblich, dass – wie die A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH unter Verweis auf die Ausführungen ihres Geschäftsführers im Strafverfahren vorbringt – von „Spusu“ für die Ausstrahlung dieses Beitrags kein Entgelt geleistet wurde. Auch dass, wie ebenfalls vom Geschäftsführer im Strafverfahren angegeben, der Beitrag „Unternehmerinnenstorys“ von der „Erste Bank“ gesponsert wurde, schadet vor diesem Hintergrund nicht: Auch in einer gesponserten Sendung ist, wenn ein Beitrag den Tatbestand des § 2 Z 40 AMD-G erfüllt, dieser als Werbung zu qualifizieren (vgl. BKS 24.09.2007, 611.001/0009-BKS/2007).

2.3. Die A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH ist im Übrigen in ihrer Stellungnahme vom 24.02.2021 der im Einleitungsschreiben geäußerten Rechtsansicht der KommAustria, dass es sich bei den Sponsorhinweisen für die „Erste Bank“ und dem Beitrag für „Spusu“ um Werbung handelt, nicht entgegengetreten, sondern hat diese selbst ausdrücklich als „Werbebeiträge“ bezeichnet, die allerdings entsprechend eindeutig im Sinne des § 43 Abs. 2 AMD-G getrennt seien.

3. Nach § 43 Abs. 2 AMD-G müssen Fernsehwerbung und Teleshopping durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig von anderen Sendungs- und Programmteilen getrennt sein.

3.1. In der Rechtsprechung hat sich das Trennungs- und Erkennbarkeitsgebot als „Eckpfeiler“ des Werberechts herausgebildet (vgl. VfSlg 18.017/2006). Sobald irgendeine Äußerung den Tatbestand der Werbung im Sinne des § 2 Z 40 AMD-G erfüllt, ist sie von anderen Programmteilen durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig zu trennen. Als Trennmittel geeignet sind unterschiedliche Formen von akustischen oder visuellen Einspielungen. Erforderlich ist eine eindeutige optische, akustische oder räumliche Trennung sowohl zu Beginn der Werbeeinschaltung, um eine Täuschung über den werbenden Charakter der Einschaltung zu vermeiden, als auch am Ende der Werbeeinschaltung, damit der Zuseherin und dem Zuseher der erneute Beginn der fortgesetzten redaktionellen Sendung angekündigt wird (vgl. BKS 23.06.2006, 611.001/0024-BKS/2005). Der Schutzzweck von § 43 AMD-G liegt dabei darin, Verwechslungen des redaktionellen Programms mit der kommerziellen Werbung hintanzuhalten.

Bei der Wahl der zur Trennung verwendeten Mittel besteht Gestaltungsspielraum, solange gewährleistet ist, dass für durchschnittlich aufmerksame Zuseherinnen und Zuseher jeder Zweifel ausgeschlossen ist, ob nach einem bestimmten Trennelement Werbung oder redaktionelles Programm folgt (BKS 10.12.2007, 611.001/0012-BKS/2007). Um diese Zweifel auszuschließen, besteht allerdings keine Möglichkeit, Werbung durch andere Gestaltungselemente als optische, räumliche oder akustische von anderen Programmteilen zu trennen.

3.2. Die A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH bringt im Wesentlichen vor, dass der aus den Werbespots für „Erste Bank“ und „Spusu“ bestehende Werbeblock an seinem Beginn durch die Einspielung des Inserts des Beitrags „Unternehmerinnenstorys“ (siehe Abbildung 1) sowie am Ende durch das Ende der Musikuntermalung eindeutig gekennzeichnet sei. Zudem werde durch die verwendete Musikbegleitung, welche es in der redaktionellen Berichterstattung nicht gebe, eine Trennung zwischen redaktionellem und kommerziellem Programm vorgenommen. Es lege aber auch die gesamte Gestaltung des Werbebeitrags selbst dem Publikum unmissverständlich offen, dass keine redaktionelle Berichterstattung vorliege. Es seien zudem auch Einblendungen mit anderen Schriftarten bzw. Schriftgrößen als bei der redaktionellen Berichterstattung verwendet worden, womit sich die gesamte Gestaltung des Berichts als abweichend darstelle.

3.3. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten:

3.3.1. Nach § 43 AMD-G hat Werbung sowohl leicht als solche erkennbar als auch an ihrem Beginn und Ende eindeutig von anderen Sendungs- und Programmteilen getrennt zu sein. Die Erfordernisse des Erkennbarkeitsgebots (Abs. 1) und des Trennungsgebotes (Abs. 2) sind kumulativ zu erfüllen.

Die gegenständlichen Spots sind nach Ansicht der KommAustria als Werbung erkennbar. Aus diesem Grund ist der A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH daher gegenständlich weder eine Verletzung des Erkennbarkeitsgebots nach § 43 Abs. 1 AMD-G noch – insbesondere in Hinblick den Beitrag über „Spusu“ – des Verbots von Schleichwerbung nach § 31 Abs. 2 AMD-G vorgehalten worden.

Mit dem Vorbringen, eine Trennung erfolge durch die Musikbegleitung des Beitrags, dessen gesamte Gestaltung und die Einblendung anderer Schriftarten bzw. Schriftgrößen, bringt die A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH in der Sache Argumente vor, die sich auf die Gestaltung des Werbeblocks und damit auf dessen Erkennbarkeit als Werbung im Sinne des § 43 Abs. 1 AMD-G beziehen. Dafür, ob vor und nach diesem eine eindeutige Trennung erfolgt ist, ist daraus nichts zu gewinnen. Für eine eindeutige Trennung gemäß § 43 Abs. 2 AMD-G genügt es nämlich nicht, wenn ein Werbespot (bloß) durch seinen Inhalt und seine Aufmachung vom redaktionellen Teil abgegrenzt ist (vgl. VwGH 14.11.2007, 2005/04/0152).

3.3.2. Das Vorbringen der A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH zum Vorliegen einer eindeutigen Trennung erschöpft sich damit im Wesentlichen darin, dass der Werbebeitrag zu Beginn durch einen visuellen, mit Hintergrundmusik begleiteten, Trenner angekündigt worden sei, zu welchem eine weibliche Stimme aus dem OFF „*Die besten Unternehmerinnenstorys wird Ihnen präsentiert von Erste Bank*“ erkläre (vgl. Abbildung 1), und am Ende des Werbebeitrags die für diesen verwendete Hintergrundmusik ende sowie ein klarer Schnitt und eine kurze Überblendung gesetzt worden seien.

Dem ist in Hinblick auf das Intro entgegenzuhalten, dass sich aus diesem selbst nicht ergibt, dass der nachfolgende Beitrag Werbung ist. So erwartet sich die durchschnittliche Zuseherin und der durchschnittliche Zuseher nach Ansicht der KommAustria schon aufgrund des Titels des Beitrags („Die besten Unternehmerinnenstorys Österreichs“) nicht, dass nun Werbung folgt. Hinzu kommt, dass der Beitrag wie ein redaktioneller Beitrag von der Studiomoderatorin anmoderiert wird. Auch, dass dieser Beitrag als gesponsert ausgewiesen wird, spricht dafür, dass die folgenden Inhalte als redaktionelle Beiträge und nicht als Werbung anzusehen sind (vgl. § 37 Abs. 1 Z 2 AMD-G). In diesem Sinne vermittelt die Wortfolge „*Die besten Unternehmerinnenstorys wird Ihnen präsentiert von Erste Bank*“ den durchschnittlichen Zuseherinnen und Zusehern vorrangig den Umstand einer entgeltlichen Kooperation (und zwar mit der „Erste Bank“, und nicht Werbung für einen Dritten, nämlich „Spusu“). Weiters beinhaltet das Intro weder – wie die von der A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH an anderen Stellen der vorgelegten Aufzeichnungen als Werbetrenner verwendeten Einblendungen (siehe Abbildung 8) – den Hinweis „Werbung“, noch ähnelt es diesen Einblendungen optisch oder akustisch.

In Hinblick auf das Outro ist festzuhalten, dass ein Musikbett während eines Werbespots schon deshalb kein (akustisches) Trennmittel darstellen kann, weil auch redaktionelles Programm regelmäßig musikalisch begleitet wird, insbesondere (aber nicht nur) etwa Sendungssignations und Programmhinweise. Ein eindeutiges Trennmittel muss nach ständiger Rechtsprechung zudem ein klar erkennbares (optisches, akustisches oder räumliches) Element darstellen, welches die beiden

Sendungsteile voneinander trennt (und nicht bloß durch Hinzufügen oder Weglassen von Hintergrundmusik unterscheidet) und durchschnittlich aufmerksamen Zuseherinnen und Zusehern ermöglicht, den Beginn und das Ende von Werbung und redaktionellem Programm zu erkennen (vgl. dazu *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz⁴, 585 ff). Hinzu kommt, dass klare Schnitte und kurze Überblendungen Gestaltungsmittel sind, die auch zwischen einzelnen Werbespots oder zwischen zwei redaktionellen Beiträgen zum Einsatz kommen. Auch diesen fehlt damit die Unterscheidungskraft, um Werbung eindeutig vom redaktionellen Programm zu trennen (vgl. VwGH 12.12.2007, 2005/04/0243; 28.01.2008, 2005/04/0155).

Gegenständlich ist damit entgegen dem Vorbringen der A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH weder zu Beginn des Werbeblocks um ca. 08:24:16 Uhr noch an dessen Ende um ca. 08:26:35 Uhr ein eindeutiges Trennmittel ausgestrahlt worden. Somit fehlen am Anfang und am Ende Trennmittel, welche diesen eindeutig von den vorhergehenden und nachfolgenden redaktionellen Programmteilen trennen.

4. Durch den dargestellten Sachverhalt wurde damit die Bestimmung des § 43 Abs. 2 AMD-G, wonach Werbung von anderen Sendungs- und Programmteilen eindeutig zu trennen ist, verletzt. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden (Spruchpunkt 1.).

4.3. Zu der aufgetragenen Veröffentlichung (Spruchpunkte 2. und 3.)

Die Verpflichtung zur Veröffentlichung stützt sich auf § 62 Abs. 3 AMD-G. Nach dieser Bestimmung kann die Regulierungsbehörde auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung erkennen und dem Mediendienstanbieter auftragen, wann und in welcher Form diese Veröffentlichung zu erfolgen hat. Die Bestimmung räumt der Behörde in der Frage der Veröffentlichung ihrer Entscheidungen Ermessen ein. Bei der Ausübung dieses Ermessens sind die in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu § 29 Abs. 4 Rundfunkgesetz [§ 37 Abs. 4 ORF G] entwickelten Gesichtspunkte (vgl. VfSlg. 12.497/1990) zu beachten (vgl. VwGH 14.11.2007, 2005/04/0180, zum im Wesentlichen gleichlautenden § 26 Abs. 2 PR-G, mwN).

Aus dem genannten Erkenntnis VfSlg. 12.497/1990 ergibt sich, dass bei der Ausübung dieses Ermessens zu beachten ist, dass eine begangene Rechtsverletzung durch einen „contrarius actus“ des Mediendienstanbieters nach Möglichkeit wieder ausgeglichen werden muss. In der Regel wird die angemessene Unterrichtung der Öffentlichkeit über eine verurteilende Entscheidung der Behörde stets erforderlich sein. Nur in jenem verhältnismäßig schmalen Bereich, in dem die Entscheidung für die Öffentlichkeit ohne jedes Interesse ist, kann eine Veröffentlichung unterbleiben.

Daher entscheidet die KommAustria auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung und trägt der A. Digital Errichtungs- und Beteiligungs GmbH auf, diese binnen sechs Wochen ab Rechtskraft der Entscheidung gemäß Spruchpunkt 2. im Fernsehprogramm „oe24 TV“ an einem Werktag (Montag bis Freitag) zwischen 08:00 und 09:00 Uhr vorzunehmen.

Die Vorlage der Aufzeichnungen dient der Überprüfung der Erfüllung des Auftrags zur Veröffentlichung und stützt sich auf § 29 Abs. 1 AMD G.

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: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 2.300/22-019“, 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 19. April 2022

Kommunikationsbehörde Austria

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