



Bescheid

I. Spruch

1. Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) stellt im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk (ORF) gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 und Z 9 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 24/2020 iVm mit §§ 35, 36 und 37 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 24/2020, fest, dass der ORF im österreichweiten Hörfunkprogramm „Ö1“ am 25.07.2019 durch den Spot für den „Ö1 Club on tour“ von ca. 16:05 Uhr bis ca. 16:06 Uhr Werbung im Sinne von § 1a Z 8 ORF-G gesendet und damit gegen § 14 Abs. 4 Satz 1 ORF-G verstoßen hat.
2. Die KommAustria erkennt gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung. Dem ORF wird aufgetragen, den Spruchpunkt 1 binnen sechs Wochen ab Rechtskraft der Entscheidung an einem Werktag (Montag bis Freitag) im österreichweiten Hörfunkprogramm „Ö1“ zwischen 16:00 und 17:00 Uhr in folgender Weise durch Verlesung durch einen Sprecher zu veröffentlichen:

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

Am 25.07.2019 wurde im Hörfunkprogramm ‚Ö1‘ durch einen Spot für den ‚Ö1 Club on tour‘ Werbung gesendet. Damit wurde gegen das gesetzliche Gebot, dass ein österreichweites Programm des Hörfunks des ORF von Werbung frei zu bleiben hat, verstoßen.“

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

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Im Zuge der gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG der KommAustria obliegenden Beobachtung der Einhaltung der Bestimmungen des 3. Abschnitts des ORF-Gesetzes („Kommerzielle Kommunikation“) sowie der werberechtlichen Bestimmungen der §§ 9 bis 9b und 18 ORF-G durch den ORF und seine Tochtergesellschaften wurden unter anderem Teile des am 25.07.2019 ausgestrahlten österreichweiten Hörfunkprogramms „Ö1“ ausgewertet.

Aufgrund des begründeten Verdachts von Verletzungen des § 14 Abs. 4 Satz 1 ORF-G wurde von der KommAustria mit Schreiben vom 21.08.2019 ein Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen eingeleitet und der ORF zur Stellungnahme aufgefordert.

Mit Schreiben vom 05.09.2019 nahm der ORF zur Verfahrenseinleitung Stellung und führte im Wesentlichen aus, das Ö1 Clubmobil sei an ca. 100 Tagen pro Jahr bei mehr als 50 Kulturfestivals und -veranstaltungen präsent und diene dort als Anlaufstelle für alle, um sich über Ö1 zu informieren. Kernaufgabe des Ö1 Clubmobils sei es, Menschen mit Ö1 in Kontakt zu bringen und allfällige Fragen zu Ö1 zu beantworten. Dafür stehe ein erfahrener Mitarbeiter im Ö1 Clubmobil zur Verfügung. Mittels Feedbackbögen könnten die Besucher Anregungen, Kritik und Wünsche an das Programm von Ö1 vermerken. Zweck und Aufgabe der Ö1 Clubmobil-Tour sei es, das (potenzielle) Ö1 Publikum über das Ö1 Programm zu informieren und auf niederschwellige (und natürlich kostenlose) Art und Weise mit dem Publikum in Kontakt zu treten.

Der beanstandete Trailer diene dazu, das Ö1 Publikum darüber zu informieren, wann und wo das Ö1 Clubmobil anzutreffen sei. Er mache auf das Ö1 Clubmobil als die beschriebene Anlaufstelle und Informationszentrum für alle Themen rund um Ö1 aufmerksam. Diesen Aspekt der Information vor allem über das Angebot von Ö1 habe die KommAustria zu Recht in ihrem Schreiben gewürdigt. Im weiteren Verlauf enthalte der Trailer auch einen kurzen Hinweis auf den Ö1 Club und das CD-Angebot. In der Gesamtbetrachtung aus der Perspektive des durchschnittlichen Zuhörers könne den gesendeten Äußerungen daher nach Ansicht des ORF nicht deutlich – wie es aber von der Judikatur gefordert werde – das Ziel entnommen werden, den Absatz von Waren, Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen gegen Entgelt zu fördern. Zu klar und eindeutig überwiege die kommunizierte Einladung zur Kontaktaufnahme mit Ö1 bei Musik, Kaffee und Internet. Eine eigenständige werbliche Botschaft für ein entgeltliches Angebot trete demgegenüber nicht zu Tage.

2. Sachverhalt

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Am 25.07.2019 erfolgt im österreichweiten Hörfunkprogramm „Ö1“ nach den Nachrichten von ca. 16:05 bis ca. 16:06 Uhr ein Hinweis auf den „Ö1 Club on tour“:

„Der Ö1 Club on tour. Das Ö1 Clubmobil, Anlaufstelle und Informationszentrum für alle Themen rund um Ö1, ist unterwegs durch Österreich und macht Station bei kulturellen Höhepunkten und Festivals. Informieren Sie sich über das Ö1 Programm, die Vorteile des Ö1 Clubs und das vielfältige Ö1 CD-Angebot. Hören Sie Musik, trinken Sie Kaffee und surfen Sie über einen Hotspot im Internet. Nächste Station des Ö1 Clubmobils ist das Festival ‚Glatt und Verkehrt‘ in Krems vom 24. bis 28. Juli. Alle Infos und die aktuellen Tourdaten finden Sie im Internet: oe1.orf.at/clubmobil.“

Danach folgt die Sendung „Medizin und Gesundheit“.

Der Ö1 Club bietet Mitgliedern gegen eine Jahresgebühr Clubvorteile. Auf der Webseite <https://oe1.orf.at/club/anmeldung> heißt es dazu im Wesentlichen:

„Ö1 Club-Anmeldung

Wir laden Sie ein. Zum monatlichen Ö1 Magazin ‚gehört‘ mit dem kompletten Radioprogramm, Hintergrundberichten und ausführlichem Serviceteil. Zu Tausenden Terminen unserer Kulturpartner und deren Ermäßigungen. Zu Ermäßigungen bei allen Veranstaltungen des RadioKulturhauses. Zum Ö1 Club-Rabatt bei allen Ö1 Artikeln und Ö1 CD-Editionen. Zu Exklusiv-Veranstaltungen, die nur Ö1 Club-Mitgliedern zugänglich sind. Zur ermäßigten Ö1 Download-Berechtigung für das bequeme Nachhören von Ö1 Sendungen. Und zu zahlreichen weiteren Vorteilen.

Ö1 Club-Karte

Wir teilen aus. Für einen Beitrag von EUR 34,- pro Jahr erhalten Sie die Ö1 Club-Karte. Sie bekommen diese per Post zugesandt. Die Ö1 Club-Karte für Studierende gibt es um nur EUR 20,- pro Jahr.

[...]

Hinweis

Der Ö1 Club wird im Auftrag des ORF von seiner Tochtergesellschaft ORF Marketing & Creation GmbH & Co. KG (OMC) betrieben. Mit der Anmeldung zum Ö1 Club treten Sie daher in ein Vertragsverhältnis mit der ORF Marketing & Creation GmbH & Co. KG ein.“

Die Ö1 CDs können (unter anderem) in dem von der ORF Marketing & Creation GmbH & Co KG betriebenen Onlineshop unter <https://shop.orf.at/oe1/de/> käuflich erworben werden.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Sendungsablauf am 25.07.2019 im österreichweiten Hörfunkprogramm „Ö1“ gründen sich auf die amtswegig erstellten Aufzeichnungen des Programms. Sie wurden vom ORF nicht bestritten.

Die Feststellungen zum Ö1 Club und dem ORF Shop gründen sich auf die Angaben im Onlineangebot des ORF auf den zitierten Seiten.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde und Rechtsgrundlagen

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

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG obliegt der KommAustria unter anderem die Beobachtung der Einhaltung der Bestimmungen des 3. Abschnitts des ORF-G („Kommerzielle Kommunikation“) sowie der werberechtlichen Bestimmungen der §§ 9 bis 9b und 18 ORF-G durch den ORF und seine Tochtergesellschaften. Zur Erfüllung dieser Aufgabe hat die KommAustria in regelmäßigen, zumindest aber monatlichen Abständen Auswertungen von Sendungen und Mediendiensten, die

kommerzielle Kommunikation beinhalten, durchzuführen und binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung, jene Sachverhalte, bei denen der begründete Verdacht einer Verletzung der genannten Bestimmungen vorliegt, von Amts wegen weiter zu verfolgen.

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

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

4.2. Verletzung von § 14 Abs. 4 Satz 1 ORF-G

§ 1a ORF-G lautet auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 1a. *Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet*

[...]

8. ‚Fernseh- oder Hörfunkwerbung (Werbung)‘

a) jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern oder

b) jede Äußerung zur Unterstützung einer Sache oder Idee, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gesendet wird;

[...]“

§ 14 Abs. 4 ORF-G lautet auszugsweise:

„Fernseh- und Hörfunkwerbung, Werbezeiten

§ 14. *(4) Eines der österreichweiten Programme des Hörfunks gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 hat von Werbung frei zu bleiben. [...]*“

Die KommAustria geht davon aus, dass es sich bei dem um ca. 16:05 Uhr gesendeten Spot über den Ö1 Club on tour um Werbung (Eigenwerbung) im Sinne des § 1a Z 8 ORF-G handelt.

Für die Qualifikation einer Äußerung als Werbung ist entscheidend, ob die gegen Entgelt oder eine Gegenleistung bzw. für ein eigenes Produkt des Rundfunkveranstalters gesendete Äußerung bzw. Darstellung insgesamt geeignet ist, das bislang uninformierte oder unentschlossene Publikum für den Erwerb dieses Produkts zu gewinnen, sodass auf das Ziel der Darstellung, nämlich den Absatz dieser Produkte zu fördern, geschlossen werden kann (vgl. VwGH 18.09.2013, Zl. 2012/03/0162; 12.12.2007, Zl. 2005/04/0244; 14.11.2007, Zl. 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).

Maßgeblich für die Qualifikation als Werbung iSd ORF-G ist, ob die betreffende Äußerung „mit dem Ziel ... zu fördern“ gesendet wird (vgl. VwGH 14.11.2007, Zl. 2005/04/0167, mit dem Hinweis auf VfGH 8.10.2003, B 1540/02 [VfSlg 17.006/2003]). Voraussetzung für das Vorliegen von Werbung im Sinne der Definition des § 1a Z 8 lit. a *leg. cit.* ist daher allgemein das Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern. Dieses Absatzförderungsziel ist auch dann gegeben, wenn zwar in der Äußerung selbst nicht von einem entgeltlichen Produkt bzw. einer entgeltlichen Dienstleistung die Rede ist, aber trotzdem der Äußerung deutlich das Ziel entnommen werden kann, den Absatz von Waren, Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen gegen Entgelt zu fördern. Eine Auslegung dahin, dass generell Äußerungen im Fernsehen oder im Hörfunk, mit denen Verbraucher dazu bewegt werden sollen, für sie kostenlose Produkte oder Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, nicht als Werbung zu qualifizieren seien, obwohl dadurch aber ein Absatzförderungsziel für andere Produkte oder Dienstleistungen gegeben ist, kommt daher nicht in Betracht (vgl. VwGH 01.09.2017, Zl. Ra 2017/03/0007).

Im vorliegenden Fall weist der gegenständlichen Spot vorderhand auf den Ö1 Club on tour hin; grundsätzlich kann man dort unentgeltlich Informationen über das Angebot von Ö1 erhalten. Jedoch verweist der Spot auch darauf, dass man sich beim Ö1 Clubmobil über die „Vorteile des Ö1 Clubs“, bei welchem es sich um ein entgeltliches Angebot handelt, sowie über „das vielfältige Ö1 CD-Angebot“ informieren kann. Nach Auffassung der KommAustria sprechen diese qualitativwertenden Formulierungen – die das Publikum zudem auch unmittelbar ansprechen („Informieren Sie sich...“) – für die Qualifikation als Werbung für den Ö1 Club und das Ö1 CD-Angebot im Sinne des § 1a Z 8 ORF-G (vgl. VwGH 26.02.2016 Zl. Ra 2016/03/0021). Auch von Bedeutung ist, dass es sich bei dem Spot um eine singuläre, vom sonstigen redaktionellen Programm losgelöste Passage handelt, die einem typischen Werbespot gleichkommt.

Der Spot verfolgt somit augenscheinlich das Ziel, nicht nur die Zuhörer zum (unentgeltlichen) Besuch des Ö1 Clubmobils aufzufordern, sondern auch, sie zum Abschluss einer Ö1 Mitgliedschaft oder den Erwerb von Ö1 CDs zu motivieren, und ist sohin (auch) darauf gerichtet, den Absatz von entgeltlichen Produkten und Dienstleistungen zu fördern, weshalb er als Werbung für eigene Produkte und Dienstleistungen des Hörfunkveranstalters (bzw. seines Tochternehmens ORF Marketing & Creation GmbH & Co. KG) anzusehen ist (vgl. hierzu VwGH 12.12.2007, Zl. 2005/04/0244; sowie BKS 25.01.2010, GZ 611.009/0017-BKS/2009).

Soweit der ORF in seiner Stellungnahme vorbringt, dass in der Gesamtbetrachtung aus der Perspektive des durchschnittlichen Zuhörers den gesendeten Äußerungen nicht deutlich – wie es aber von der Judikatur gefordert werde – das Ziel entnommen werden könne, den Absatz von Waren, Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen gegen Entgelt zu fördern, ist dem Folgendes entgegenzuhalten: Der Beitrag beginnt mit einem Hinweis auf den Ö1 Club on tour und endet mit einem auf die Website zum Clubmobil. Damit wird der Beitrag von Hinweisen auf den Club – und nicht auf das Programm Ö1, wie es etwa bei einem anfänglichen Hinweis auf „Ö1 on tour“ der Fall wäre – eingerahmt. Derart wird der Bezugspunkt des Beitrags klar auf den Club gesetzt. Diese Aufmachung spricht dagegen, dass in diesem Beitrag die Information über das Angebot und die Vorteile des Ö1 Clubs gegenüber Informationen über

das Hörfunkprogramm Ö1 entscheidend zurücktritt. Hinzu kommt, dass in jenem Satz, der das Angebot des Clubmobils genauer bezeichnet („*Informieren Sie sich über das Ö1 Programm, die Vorteile des Ö1 Clubs und das vielfältige Ö1 CD-Angebot.*“) der Hinweis auf das Programm Ö1 nach Ansicht der KommAustria nicht im Vordergrund steht; vielmehr stehen für den Durchschnittshörer nicht nur quantitativ (Hinweise auf den Club *und* das CD-Angebot), sondern aufgrund der bewerbenden Aussagen („*Vorteile*“, „*vielfältige*“) auch qualitativ die Hinweise auf den Ö1 Club und das CD-Angebot – und damit auf die entgeltliche Angebote – im Vordergrund.

Vor diesem Hintergrund ist der gegenständliche Spot als (Eigen-)Werbung im Sinne des § 1a Z 8 ORF-G anzusehen.

§ 14 Abs. 4 Satz 1 ORF-G ordnet für eines der österreichweiten Hörfunkprogramme des ORF Werbefreiheit an. Diese Werbefreiheit ist nicht konkret für Ö1 festgelegt, wird in der Praxis aber in diesem Hörfunkprogramm umgesetzt. Die KommAustria geht somit davon aus, dass das Programm Ö1 jenes österreichweite Hörfunkprogramm des ORF ist, das entsprechend der Bestimmung des § 14 Abs. 4 Satz 1 ORF-G frei von Werbung zu sein hat (vgl. auch den Bescheid der KommAustria vom 22.07.2015, KOA 11.277/15-004).

Da der ORF am 25.07.2019 im Hörfunkprogramm Ö1 durch den dargestellten Spot zugunsten des entgeltlichen Ö1 Clubs und des Ö1 CD-Angebots um ca. 16:05 Uhr Werbung im Sinne von § 1a Z 8 ORF-G gesendet hat, war spruchgemäß eine Verletzung von § 14 Abs. 4 Satz 1 ORF-G festzustellen (vgl. Spruchpunkt 1).

4.3. Zur Veröffentlichung der Entscheidung (Spruchpunkte 2 und 3)

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

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

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 1.850/20-009“, 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 29. Juni 2020

Kommunikationsbehörde Austria

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