

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. 84/2013, in Verbindung mit den §§ 35, 36 und 37 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 55/2014 fest, dass der ORF am 01.07.2014 in der Sendung „Morning Show“ im Hörfunkprogramm FM4 die Bestimmung des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G jeweils dadurch verletzt hat, dass er
 - a) um ca. 07:38 Uhr einen Werbespot für das „Harvest of Art Festival“ ausgestrahlt hat, ohne diesen am Anfang durch ein akustisches Mittel eindeutig vom vorangehenden redaktionellen Programm zu trennen; sowie
 - b) um ca. 08:24 Uhr einen Werbespot für die CD „FM4 Sound Selection Vol. 30“ ausgestrahlt hat, ohne diesen am Anfang durch ein akustisches Mittel eindeutig vom vorangehenden redaktionellen Programm zu trennen.
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) zwischen 07:00 Uhr und 09:00 Uhr im Hörfunkprogramm FM4 in folgender Weise durch Verlesung durch einen Sprecher zu veröffentlichen:

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

Der ORF hat am 01.07.2014 während der Sendung „Morning Show“ Werbespots für das „Harvest of Art Festival“ und die CD „FM4 Sound Selection Vol. 30“ ausgestrahlt. Diese Werbespots waren nicht eindeutig durch akustische Mittel vom redaktionellen Programm getrennt. Dadurch hat der ORF gegen das gesetzliche Verbot verstoßen, wonach Werbung eindeutig von anderen Programmteilen zu trennen ist.“

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

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Im Zuge der nach § 2 Abs. 1 Z 7 KOG, der KommAustria obliegenden 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, wurde von der KommAustria die Sendung „Morning Show“ im Hörfunkprogramm FM 4 vom 01.07.2014 zwischen 07:00 und 09:00 Uhr ausgewertet.

Aufgrund der Vermutung von Verletzungen von Bestimmungen des 3. Abschnitts des ORF-G wurde der ORF mit Schreiben vom 17.07.2014, dem ORF laut Rückschein am 18.07.2014 zugestellt, zur Stellungnahme binnen einer Frist von zwei Wochen aufgefordert. Der ORF gab zu den Ergebnissen der Auswertung durch die KommAustria keine Stellungnahme ab.

Mit Schreiben vom 03.09.2014 leitete die KommAustria aufgrund des weiterhin bestehenden begründeten Verdachts einer Verletzung von Bestimmungen des 3. Abschnitts des ORF-G in Bezug auf einen um ca. 07:38 Uhr und einen um 08:24 Uhr gesendeten Spot ein Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen ein, und gab dem ORF neuerlich Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 18.09.2014 nahm der ORF zur Einleitung des Rechtsverletzungsverfahrens Stellung.

Bezüglich des Vorwurfs der fehlenden Trennung im Hinblick auf den Werbespot für das „Harvest of Art Festival“ brachte der ORF im Wesentlichen vor, dass der gesendete Spot nicht als Einheit zu betrachten sei. Es handle sich vielmehr um zwei Einheiten, die rechtlich unterschiedlich zu würdigen seien, nämlich um einen Programmhinweis für die Übertragung des „Harvest of Art Festivals“ am 11.07.2014 auf FM4 und einen, nach einem akustischen Trennsignal gesendeten werblichen Spot mit dem Ticket- und Songdownloadhinweis. Bezugnehmend auf die Rechtsprechung des Bundeskommunikationssenates (BKS) vom 19.05.2008, GZ 611.001/0001-BKS/2008, sowie vom 10.12.2007, GZ 611.001/0011-BKS/2007, wies der ORF darauf hin, dass der gegenständliche Sachverhalt anders zu beurteilen sei, da es bei dem inkriminierten Spot möglich sei, den Programmhinweis von der entgeltlichen Veröffentlichung des Ticketverkaufs getrennt zu betrachten, weil der Hinweis auf die Verkaufsquellen durch die Nennung der Veranstaltung im werblichen Spot Sinn ergebe. Der zweite Spot enthalte eine in sich geschlossene werbliche Botschaft, die auch ohne Verknüpfung mit dem vorangegangenen Programmhinweis verständlich sei. Weiters werde der Spot nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Programmhinweis, sondern getrennt davon gesendet.

Ein medienspezifisch gestalteter Programmhinweis liege bereits deshalb vor, weil der Hinweis nicht werblich gestaltet sei. Der Text beschränke sich auf Sachinformationen über das Festival und seine Übertragung auf FM4. Es seien weder qualitativ-wertende Aussagen noch spezifische, verkaufsfördernde Hinweise enthalten. Die Eigenschaft als Programmhinweis manifestiere sich auch deutlich in der Verwendung der Formulierung „and featured on FM4“, wobei der Zusatz „Alle Infos auf FM4.orf.at/festivalradio“ diese Eigenschaft noch hervorhebe. FM4 sei Medienpartner, aber kein Sponsor gewesen. Einen Geldfluss zwischen FM4 und Veranstalter habe es nicht gegeben. Es liege kein Aspekt der Entgeltlichkeit vor.

Hingegen erfülle der Ticketverkaufshinweis sowohl das Kriterium der Absatzförderungseignung als auch der Entgeltlichkeit und sei daher als Werbung getrennt gesendet worden.

Da es sich um einen Programmhinweis und um einen davon getrennt ausgestrahlten werblichen Spot handle, die einzeln zu betrachten seien, sei eine Trennung am Anfang des Programmhinweises nicht vorzunehmen gewesen, weshalb keine Verletzung des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G vorliege.

Bezüglich der vermuteten fehlenden eindeutigen Trennung am Anfang des Werbespots für die CD „FM4 Sound Selection Vol. 30“ brachte der ORF vor, dass dieses „oszillierende Schnarrgeräusch“ seit 2008 durchgehend und einheitlich zur Trennung der Werbung von anderen Programmteilen benutzt werde und bisher nie beanstandet worden sei. Bei der Wahl der zur Trennung verwendeten Mittel bestehe Gestaltungsspielraum, solange gewährleistet sei, dass für den durchschnittlich aufmerksamen Konsumenten jeder Zweifel ausgeschlossen sei, ob nach einem bestimmten Trennelement Werbung oder redaktionelles Programm folge. Das verwendete Signal besitze genügend Auffälligkeitswert, um als Trennmittel geeignet zu sein. Allein, dass es „elektronisch“ klinge, könne seine Eignung als eindeutiges Trennmittel nicht ausschließen, es unterscheide sich deutlich von der davor gesendeten Musik. Auch werde der Trenner nicht von Musik überlagert oder gleichzeitig in ein Musikbett eingespielt. Der Trenner stehe allein, erst danach folge der Spot. Der Trenner sei daher ein ausreichend deutliches akustisches Mittel und geeignet auch dem durchschnittlich aufmerksamen Radiohörer den Beginn von Werbung zu signalisieren, sodass aus Sicht des ORF eine Verletzung des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G nicht vorliege.

2. Sachverhalt

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. „Harvest of Art Festival“

Am 01.07.2014 wird im Zuge der Sendung „FM4 Morning Show“ um ca. 07:48:01 Uhr im Anschluss an das Musikprogramm ohne akustische Trennung folgender musikerunterlegter Hinweis ausgestrahlt: *„FM4 präsentiert: ‚Harvest of Art 2014 mit: Calexico, Tricky, Soap & Skin, Hercules & Love Affair, Deep Valley, Garish and Catastrophy & Cure. Harvest of Art, 11. Juli, Festivalgelände Wiesen and featured on FM4. Alle Infos auf Fm4.orf.at/festivalradio. [Es folgt ein oszillierendes Schnarrgeräusch.] Tickets für das ‚Harvest of Art‘ gibt’s in jedem Mediamarkt, die Songs der auftretenden Bands auf myjoke.com/festivalradio.“* Daraufhin folgt gegen 07:48:32 Uhr ein Teil der FM4-Signation (Piepstöne). Im Anschluss wird das Musikprogramm fortgesetzt. Der nach dem schnarrenden Geräusch folgende Teil des Spots wird von derselben Sprecherin gesprochen, die auch den ersten Teil des Spots spricht.

2.2. „FM4 Sound Selection Vol. 30“

Nach dem Lied „Leave This Island“ von Maximo Park ist gegen 08:23:48 Uhr ein kurzes, oszillierendes Schnarrgeräusch wahrnehmbar. Danach wird folgender Spot gesendet:

„FM4 Sound Selection 30, featuring/mit: Arctic Monkeys, Chris Garneau, Sam Smith in ‚Salute Remix‘ und vielen mehr. The new FM4 Sound Selection Vol. 30. Ab jetzt im Fachhandel und im FM4-Shop.“

Der Spot wird mit Hörbeispielen zur jeweiligen Band unterlegt. Im Anschluss ertönt ein akustisches Trennelement in Form der FM4-Signation. Es folgt das nächste Lied („Sex on Fire“ von Kings of Leon).

Um ca. 07:27:19 Uhr und um ca. 08:29:06 Uhr wird das redaktionelle Programm von dem nachfolgenden Werbeblock jeweils mittels eines „Scratch-Tons“ (Geräusch eines über eine Schallplatte gezogenen Tonarms) getrennt.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellung des Sachverhalts gründet sich hinsichtlich der beiden Spots für das „Harvest of Art Festival“ und die „FM4 Sound Selection Vol. 30“ auf die vorliegenden Aufzeichnungen der Sendung; er wurde auch vom ORF nicht bestritten. Die Feststellungen zur Trennung der Werbung durch einen „Scratch-Ton“ beruhen ebenso auf einer Auswertung der Sendungsaufzeichnung.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde / Rechtsgrundlagen

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 KOG obliegt der KommAustria die Wahrnehmung der Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk 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 u.a. 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 bei allen Rundfunkveranstaltern und Mediendienstanbietern Auswertungen von Sendungen und Mediendiensten, die kommerzielle Kommunikation beinhalten, durchzuführen und binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung oder der Bereitstellung, jene Ergebnisse, bei denen sie eine Verletzung der genannten Bestimmungen vermutet, dem ORF zur Stellungnahme binnen einer Frist von zwei Wochen zu übermitteln. Unter Berücksichtigung der eingelangten Stellungnahme hat die KommAustria bei begründetem Verdacht die Verletzung von Amts wegen weiter zu verfolgen.

Im vorliegenden Fall gab der ORF keine Stellungnahme zu den im Schreiben der KommAustria vom 17.07.2014, KOA 1.850/14-004, mitgeteilten Ergebnissen der Auswertung im Hinblick auf die vermuteten Verletzungen ab, weshalb 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, wobei dem ORF hierzu neuerlich Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt wurde und er von dieser auch Gebrauch gemacht hat.

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 des Trennungsgebotes – Spruchpunkte 1. a) und b)

§ 1a Z 8 ORF-G lautet auszugsweise:

„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 ORF-G lautet auszugsweise:

„Fernseh- und Hörfunkwerbung, Werbezeiten

§ 14. (1) Werbung muss leicht als solche erkennbar und somit vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar sein. Sie ist durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig von anderen Programmteilen zu trennen.
[...]

Die KommAustria hat sowohl in ihrer Aufforderung zur Stellungnahme vom 17.07.2014, als auch im Einleitungsschreiben zum Rechtsverletzungsverfahren vom 03.09.2014 die Auffassung vertreten, dass es sich bei beiden gegenständlichen Beiträgen um kommerzielle Werbung iSd § 1a Z 8 lit. a ORF-G handelt; an dieser Sichtweise ist aus folgenden Gründen festzuhalten:

4.2.1. Zu Spruchpunkt 1.a) – „Harvest of Art Festival“

Üblicherweise sind Ankündigungen von Veranstaltungen dem redaktionellen Teil der Sendung zuzuordnen (vgl. BKS 23.06.2005, GZ 611.001/0011-BKS/2005), doch ist dem Spot betreffend das „Harvest of Art Festival“ aufgrund der Gestaltung und verkaufsfördernden Ausrichtung, durch die Aufzählung der teilnehmenden Bands, der Nennung des Veranstaltungsortes sowie dem anschließenden Hinweis auf den „Ticketerwerb in jedem Mediamarkt“ und den unter der Adresse www.myjuke.com downloadbaren Songs der teilnehmenden Bands, insgesamt ein werblicher Charakter immanent, da insbesondere die konkrete Nennung der Bezugsquelle einen direkten Kaufappell darstellt (vgl. BKS 06.09.2005, GZ 611.009/0042-BKS/2005) und damit geeignet ist, bislang uninformierte Zuhörer für den entgeltlichen Erwerb der Tickets zu gewinnen.

Der ORF räumt in seiner Stellungnahme ein, dass der Hinweis auf den Ticketerwerb als entgeltliche Veröffentlichung erfolgte, vertritt jedoch weiters die Ansicht, der Hinweis auf das Programm und die Veranstaltung sei von der entgeltlichen Veröffentlichung „Tickets für das ‚Harvest of Art‘ gibt’s in jedem Mediamarkt, die Songs der auftretenden Bands auf myjuke.com/festivalradio“ getrennt zu betrachten (und auch getrennt gesendet worden), da die Nennung der Verkaufsquelle durch die Nennung der Veranstaltung im werblichen Spot Sinn ergäbe. Die gebotene getrennte Betrachtung zeige einen nicht über das zulässige Ausmaß medienspezifischer Gestaltung hinausgehenden Programmhinweis und einen zulässigen werblichen Spot.

Diese Sichtweise vermag nicht zu überzeugen: Nach der stRSpr ist eine „passagenweise“ Betrachtung inhaltlich zusammenhängender Informationen im Bereich der kommerziellen Kommunikation mit dem rundfunkrechtlichen Trennungsgebot nicht in Einklang zu bringen. Der BKS hat in einer zum vorliegenden Fall vergleichbaren Konstellation, nämlich der Bewerbung eines „Konzertsommers“ eines privaten Rundfunkveranstalters samt Nennung der Ticketbezugsmöglichkeiten ausgesprochen, *„dass der Gesetzgeber durch die Anordnung der eindeutigen Trennung der Werbung vom Programm es dem Rundfunkveranstalter nicht etwa freistellen wollte, einzelne Passagen im laufenden Programm als Werbung zu trennen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall der gesamte kombinierte Spot für die „besten Konzerte“ der Antenne Kärnten im Rahmen des Antenne Kärnten Live Sommers und die Ticketbestellmöglichkeit über austriaticket.at als Werbung zu trennen gewesen wäre. Es folgt schon aus dem Schutzzweck der Norm, nämlich Verwechslungen des redaktionellen Programms mit der kommerziellen Werbung hintanzuhalten, dass eine „passagenweise“ oder gar wortweise Trennung werblicher Elemente durch akustische Mittel im redaktionellen Programm nicht zulässig ist, wollte man dem Zuhörer nicht zumuten, mit akribischer Aufmerksamkeit dem Programm folgen zu müssen. Wenn ein inhaltlich zusammenhängender und damit als Einheit zu sehender Programm- bzw. Veranstaltungshinweis auch Werbung zu Gunsten eines Dritten enthält, ist der gesamte Spot dem Regelungsregime des § 19 Abs. 1 PrR-G unterfällt und als solcher auch gemäß Abs. 3 leg. cit. zu trennen“* (BKS 26.03.2007, GZ 611.001/0013-BKS/2006; Hervorhebung hinzugefügt). Diese Sichtweise ist unterschiedslos auf § 14 Abs. 1 ORF-G zu übertragen.

Das Vorbringen des ORF, wonach dem zweiten Teil des Spots ein eigenständiger Informationswert beigemessen werden könnte, geht insoweit an der Problemstellung vorbei, als der durchschnittliche Zuhörer den Spot in seiner Gesamtheit, somit einschließlich der im ersten Teil enthaltenen „produktbeschreibenden“ Angaben wahrnimmt. Die werbliche Botschaft entfaltet sich für den Zuhörer gerade im Zusammenspiel mit dem vorangehenden Veranstaltungshinweis, der thematisch die Veranstaltung beschreibt und deren Inhalte sowie die teilnehmenden Bands vorstellt. Insoweit vermag auch das Vorbringen nicht zu überzeugen, dass der zweite Teil eine *„in sich geschlossene werbliche Botschaft“* darstelle, die ohne Verknüpfung für den Zuhörer verständlich sei. Allein die Nennung des Namens der Veranstaltung im Rahmen des Kaufappells lässt keinerlei Rückschlüsse auf deren Inhalt zu und vermag nicht zu vermitteln, worum es inhaltlich bei dieser Veranstaltung geht.

Der inkriminierte Spot ist daher als Ganzes einer Beurteilung zu unterziehen, selbst wenn Teilen davon für sich betrachtet noch kein werblicher Charakter zukommen würde (vgl. BKS 19.05.2008, GZ 611.001/0001-BKS/2007, sowie BKS 20.10.2008, GZ 611.009/0012-BKS/2008). In diesem Zusammenhang ist dem ORF zwar nicht entgegenzutreten, wenn er argumentiert, dass der Veranstaltungs- bzw. Programmhinweis im ersten Teil als solcher nicht werblich gestaltet war, sondern sich auf Sachinformationen beschränkt hat und es zudem diesbezüglich an der Entgeltlichkeit mangle. Der verfahrensgegenständliche Spot geht aber bei einer Gesamtbetrachtung, entgegen der Ansicht des ORF, über das zulässige Ausmaß medienspezifisch gestalteter Programmhinweise hinaus, wenn in unmittelbarem zeitlichen Nahebezug mit der Information über die Veranstaltung der direkte Kaufappell *„Tickets für das ‚Harvest of Art‘ gibt's in jedem Mediamarkt ...“* gesendet wird (insoweit unterscheidet sich der Fall auch von dem dem zitierten Bescheid BKS 20.10.2008, GZ 611.009/0012-BKS/2008, zugrundeliegenden Sachverhalt zum „Donaufestival“). Es handelt sich dabei, wie auch vom ORF in seiner Stellungnahme vom 17.09.2014 dargelegt, um eine entgeltliche Veröffentlichung, die jedoch auch im Zusammenspiel mit der Gestaltung des vorangestellten Veranstaltungshinweises werblichen Charakter entfaltet, zumal beide Teile durch ein und dieselbe Sprecherin in zeitlichem Nahebezug gesprochen werden und sich dadurch für den Zuhörer der Eindruck einer Einheit noch verstärkt.

Da der gesamte Spot daher als Einheit zu betrachten ist und auch der Bewerbung des entgeltlichen Besuchs der Veranstaltung bzw. des Ticketkaufs bei einem Dritten dient, ist er in seiner Gesamtheit dem Trennungsgebot unterworfen (vgl. BKS 26.03.2007, GZ 611.001/0013-BKS/2006). Gemäß § 14 Abs. 1 ORF-G ist Werbung durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen zu trennen. Insofern spielt es auch keine Rolle, dass ein akustisches Trennsignal zwischen den beiden inkriminierten Teilen erfolgte (zur ohnedies fehlenden Eindeutigkeit desselben noch unten); entscheidend und erforderlich ist die eindeutige Trennung des gesamten Spots. Zwar war nach dem werblich gestalteten Veranstaltungshinweis um 07:48:32 Uhr ein deutliches akustisches Signal in Form der FM4-Signation zu vernehmen, jedoch konnte am Beginn gegen 07:48:02 Uhr kein wie auch immer geartetes Trennmittel wahrgenommen werden.

Durch die fehlende Trennung am Anfang des werblichen Veranstaltungsbzw. Programmhinweises wurde § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verletzt.

4.2.2. Zu Spruchpunkt 1.b) – „FM4 Sound Selection (Vol. 30)“

Bei dem um 08:24 Uhr gesendeten Spot für die CD „FM4 Sound Selection Vol. 30“ ist durch die Nennung der Bezugsquelle „*Ab jetzt im Fachhandel und im FM4-Shop*“ sowie der Aufzählung einzelner Interpreten samt Untermalung durch eine kurze Einspielung der jeweiligen Lieder die Eignung zur Absatzförderung gegeben. Auch vom ORF wurde der Charakter als Werbespot nicht bestritten. Ein derartiger Hinweis unterliegt den weiteren Anforderungen der Regelungen über Werbung, in diesem Fall dem Trennungsgebot (vgl. zum gleich gelagerten Fall einer Ö1-CD-Werbung u.a. VwGH 12.12.2007, Zl. 2005/04/0244).

Zwar kommt dem ORF bei der Wahl der zur Trennung verwendeten Mittel ein Gestaltungsspielraum zu, solange gewährleistet ist, dass auf Seiten des Zuhörers jeder Zweifel darüber ausgeschlossen ist, ob nun nach einem bestimmten Trennungselement Werbung oder redaktionelles Programm folgt (BKS 16.11.2009, GZ 611.0007-BKS/2009). Das die Ansage einleitende, oszillierende Schnarrgeräusch ist aber – vor dem Hintergrund der überlagernden Musik, als auch unter Berücksichtigung der charakteristischen schnellen Musik- und Moderationsabfolge von FM4 – nach Auffassung der KommAustria für einen durchschnittlichen Hörer nicht als eindeutiges Trennelement zu qualifizieren. Angesichts der schnellen und sehr kurzen Tonfolge ähnelt es vielmehr einer Übertragungsstörung oder könnte dem Bereich elektronischer Musik zugeordnet werden. Dem Grundsatz der eindeutigen Trennung vom Programm wird jedoch nur dann entsprochen, wenn das zur Trennung verwendete Mittel ausreichend deutlich und dazu geeignet ist, dem Hörer den Beginn oder das Ende des Werbespots eindeutig zu signalisieren (BKS 23.06.2005, GZ 611.001/0003-BKS/2005).

Das am Anfang der Ansage gerade noch hörbare Schnarrgeräusch ist nur leise im Hintergrund und nur in bewusster Erwartung eines Trennsignals wahrnehmbar. Die Wahrnehmung des ORF, dass dieses Trennsignal alleine stehe, kann die KommAustria nicht teilen. Vielmehr ist deutlich das Fadeout des vorangegangenen Musiktitels wahrnehmbar. Angesichts seiner geringen Signifikanz durch die kurze, schnelle Tonabfolge sowie seiner geringen Lautstärke überlagert es das gleichzeitig eingespielte Musikbett jedenfalls nicht deutlich genug, um den durchschnittlich aufmerksamen Radiokonsumenten den Beginn von Werbung zu signalisieren, zumal im unmittelbaren Anschluss an die Tonfolge der werbliche Spot beginnt. Beim Niveau der Wahrnehmbarkeit ist jedoch auf den durchschnittlichen Radiohörer abzustellen, dem nicht zugemutet werden kann, einen derart kurzen und schlecht identifizierbaren Ton ohne weiteres als eindeutige Trennung zu orten (so auch BKS 16.12.2005, GZ 611.001/0021-BKS/2005).

Nach Ansicht der KommAustria kann schon aus diesem Grund nicht von der gesetzlich geforderten eindeutigen Trennung durch ein akustisches Mittel gesprochen werden.

Zum anderen ergibt sich die fehlende Eindeutigkeit aber auch daraus, dass der ORF sonst im Programm FM4 am Anfang der ausgestrahlten Werbeblöcke für die Trennung der Werbung vom redaktionellen Programm ein anderes Trennelement verwendet, nämlich den „Scratch-Ton“ (vgl. z.B. um ca. 07:27:19 Uhr, 08:29:06 Uhr). Das Vorbringen des ORF, dass das schnarrende Geräusch als Trennmittel seit 2008 *durchgehend und einheitlich* zur Trennung der Werbung vom Programm verwendet würde, kann daher nicht einmal in dem beobachteten Zeitraum nachvollzogen werden, da zumindest ein zweites Trennmittel, nämlich der „Scratch“-Ton, offenkundig zur Ankündigung der Werbung verwendet wird. Auch aus dem im zitierten BKS-Bescheid zu FM4 (BKS 20.10.2008, GZ 611.009/0012-BKS/2008) wiedergegebenen Sachverhalt ergibt sich, dass dort der „Scratch-Ton“ und nicht das Schnarren als Trennmittel eingesetzt wurde.

Wie schon dargelegt kommt nach der stRspr dem Rundfunkveranstalter bei der Wahl der zur Trennung verwendeten Mittel ein Gestaltungsspielraum zu, solange gewährleistet ist, dass auf Seiten des Zuhörers jeder Zweifel darüber ausgeschlossen ist, ob nun nach einem bestimmten Trennelement Werbung oder eben redaktionelles Programm folgt. Dem Erfordernis der Eindeutigkeit des zur Trennung verwendeten Mittels wird aber nur dann Rechnung getragen, wenn die Trennung damit durchgehend und einheitlich erfolgt (vgl. BKS 26.02.2007, GZ 611.009/0002-BKS/2007; BKS 06.09.2005, GZ 611.009/0021-BKS/2005; BKS 27.06.2008, GZ 611.941/0001-BKS/2008). Jede andere Sichtweise würde im Widerspruch zum Schutzzweck des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G stehen, Verwechslungen des redaktionellen Programms mit kommerzieller Werbung hintanzuhalten. Bedient sich der Rundfunkveranstalter eines Trennmittels, das nicht schon per se „eindeutig“ ist (z.B. die Ansage „es folgt Werbung“ oder im Fernsehen die Einblendung „Werbung“), so ist nach Auffassung der KommAustria sein Gestaltungsspielraum bei den Trennmitteln insoweit eingeschränkt, als nur ein durchgehend zur Ankündigung der Werbung verwendetes akustisches Trennmittel (Pling, Pfiff, Scratch etc.) den gesetzlichen Anforderungen der Eindeutigkeit genügen kann. Dies gilt umso mehr, wenn – wie vorliegend – der Wiederbeginn des redaktionellen Programms erneut durch andere, nunmehr dritte (oder vierte) Formen von Trennmitteln, nämlich unterschiedlich lange Teile der FM4-Signation (hohe Piepstöne, Ansage „FM4“), angekündigt wird. Andernfalls würde das gesetzliche Erfordernis der eindeutigen akustischen Trennung in eine Art „Geräusche-Raten“ abgleiten. Insoweit ist auch aus dem Vorbringen des ORF, das nunmehr inkriminierte Geräusch sei bisher unbeanstandet gewesen, nichts zu gewinnen.

Da somit der Anfang des genannten Spots „FM4 Sound Selection Vol. 30“ um ca. 08:24 Uhr nicht durch ein eindeutiges akustisches Mittel von anderen Programmteilen getrennt wurde, liegt auch in diesem Zusammenhang eine Verletzung des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G vor.

4.3. Veröffentlichung – Spruchpunkt 2.

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 und VwGH 15.09.2004, 2003/04/0045). Nach dem zitierten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs 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 zu einer vergleichbaren Sendezeit soll diesem Anliegen eines „contrarius actus“ Rechnung getragen werden.

Die Verpflichtung zur Vorlage der Aufzeichnung 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: 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 12. November 2014

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Michael Truppe
(Mitglied)

Zustellverfügung:

1. Österreichischer Rundfunk,
 2. Generaldirektor Dr. Alexander Wrabetz,
1. und 2. vertreten durch Mag. Sonja Müller-Wiedermann, Würzburggasse 30, 1136 Wien, **per RSb**