

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. 60/2016, in Verbindung mit den §§ 35, 36 und 37 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 112/2015, fest, dass der ORF am 01.03.2016 im bundeslandweiten Hörfunkprogramm Radio Steiermark
 - A. durch die während der von ca. 10:04 Uhr bis ca. 10:59 Uhr ausgestrahlten Sendung „Job und Karriere“
 1. um ca. 10:13 Uhr,
 2. um ca. 10:17 Uhr und
 3. um ca. 10:52 Uhrausgestrahlten Sponsorhinweise (AMS Steiermark, Wirtschaftskammer Steiermark) jeweils § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verletzt hat, wonach Sponsorhinweise während der Sendung unzulässig sind;
 - B. die von ca. 10:04 Uhr bis ca. 10:59 Uhr ausgestrahlte Sendung „Job und Karriere“ weder an ihrem Beginn noch an ihrem Ende hinsichtlich der Sponsoren (AMS Steiermark, Wirtschaftskammer Steiermark) gekennzeichnet hat, wodurch jeweils § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 1 ORF-G verletzt wurde;
 - C. jeweils Werbung für die Parktherme Bad Radkersburg ausgestrahlt hat, die
 1. um ca. 05:29 Uhr am Beginn nicht eindeutig von anderen Programmteilen getrennt wurde,
 2. um ca. 12:54 Uhr weder am Anfang noch am Ende eindeutig von anderen Programmteilen getrennt wurde, sowie
 3. um ca. 16:21 Uhr weder am Anfang noch am Ende eindeutig von anderen Programmteilen getrennt wurdewodurch jeweils § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verletzt wurde;
 - D. um ca. 13:22 Uhr Werbung für die „ORF Nachlese“ ausgestrahlt hat, die weder am Anfang noch am Ende eindeutig von anderen Programmteilen getrennt wurde, wodurch jeweils § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verletzt wurde.

2. Die KommAustria erkennt gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung. Dem ORF wird aufgetragen,
 - A. den Spruchpunkt 1. binnen sechs Wochen ab Rechtskraft der Entscheidung an einem Werktag (Montag bis Freitag) im bundeslandweiten Hörfunkprogramm Radio Steiermark je einmal zwischen 05:00 und 09:00 Uhr, zwischen 10:00 und 13:00 Uhr sowie zwischen 13:00 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 1. März 2016 wurde im Programm von Radio Steiermark mehrfach gegen das gesetzliche Verbot verstoßen, Sponsorhinweise während einer Sendung auszustrahlen.

Entgegen der gesetzlichen Vorgaben wurde weiters an diesem Tag in mehreren Fällen Werbung nicht eindeutig vom sonstigen Programm getrennt.

Zuletzt wurde am 1. März 2016 dem gesetzlichen Gebot nicht entsprochen, gesponserte Sendungen an ihrem Beginn oder an ihrem Ende durch Sponsorhinweise zu kennzeichnen.“; sowie
 - B. 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 gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2016, der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) obliegenden Beobachtung der Einhaltung der Bestimmungen des 3. Abschnitts des ORF-Gesetzes, BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 112/2015, („Kommerzielle Kommunikation“) sowie der werberechtlichen Bestimmungen der §§ 9 bis 9b und 18 ORF-G durch den Österreichischen Rundfunk (ORF) und seine Tochtergesellschaften, wurde u.a. das am 01.03.2016 ausgestrahlte bundeslandweite Hörfunkprogramm Radio Steiermark ausgewertet.

Aufgrund des begründeten Verdachts von Verletzungen der genannten Bestimmungen des ORF-G wurde von der KommAustria mit Schreiben vom 24.03.2016, KOA 1.850/16-006, ein Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen eingeleitet und der ORF zur Stellungnahme aufgefordert.

Mit Schreiben vom 21.04.2016 nahm der ORF zur Verfahrenseinleitung Stellung.

2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest (alle nachfolgend angeführten Ausstrahlungen fanden am 01.03.2016 im bundeslandweiten Hörfunkprogramm Radio Steiermark statt):

A. Sendung „Job und Karriere“ von ca. 10:04 Uhr bis ca. 11:00 Uhr / Sponsorhinweise im Umfeld der von ca. 10:13 Uhr bis ca. 10:17 Uhr und von ca. 10:49 Uhr bis ca. 10:52 Uhr ausgestrahlten Sendungsteile

Um ca. 10:04 Uhr wird nach den Verkehrsnachrichten eine mit Musik unterlegte Einleitungssignation mit folgenden Worten ausgestrahlt: *„Radio Steiermark – Job und Karriere – Fit für die Wirtschaft“*. Danach setzt die Moderatorin wie folgt fort: *„Und da geht es bei uns heute um eine heikle Frage, nämlich die Frage: Welche Jobs sind für Arbeitslose zumutbar. Was kann man zumuten – was nicht? Was kann man ablehnen – was nicht? Dieser Frage gehen wir nach in dieser Stunde, dazu eine Reihe offener Stellen in der Steiermark. Angebote für Sie und natürlich viel Musik [...]“*.

Um ca. 10:13 Uhr erfolgt nach dem Musikstück „Corinna, Corinna“ folgende Ansage durch die Moderatorin: *„Ray Peterson – Corinna.“* Unmittelbar darauf wird folgende mit Musik unterlegte und durch einen Sprecher gesprochene Signation ausgestrahlt: *„Job und Karriere – In Zusammenarbeit mit dem Arbeitsmarktservice Steiermark und der Wirtschaftskammer Steiermark und Radio Steiermark.“* Danach führt die Moderatorin ein Interview mit einem Mitarbeiter des AMS Steiermark zum Thema Zumutbarkeit von Jobs für Arbeitslose. Am Ende dieses Interviews schließt die Moderatorin mit den Worten: *„[...] da haben wir nun ein bisschen Licht zumindest ins Dunkle gebracht und es war immer die Rede von offenen Stellen, von Stellenangeboten, die haben wir natürlich, so wie jeden Dienstag, auch für Sie, gleich dann bei mir.“* Unmittelbar anschließend um ca. 10:17 Uhr wird folgender mit Musik unterlegter und durch einen Sprecher gesprochener Hinweis gesendet: *„Job und Karriere – Eine entgeltliche Information von Arbeitsmarktservice Steiermark und Wirtschaftskammer Steiermark.“* Danach wird die Sendung mit einem Musiktitel fortgesetzt.

Nach einem Musiktitel meldet sich um ca. 10:41 Uhr die Moderatorin mit folgenden Worten im Programm zurück: *„Das richtige für den Vormittag – eine heiße Schokolade – Hot Chocolate – Started with a Kiss.“* Anschließend wird folgende mit einer Tonfolge unterlegte und durch einen Sprecher gesprochene Signation gesendet: *„Die Top Jobs der Woche“*. Die Moderatorin führt aus: *„Das Angebot, das wir heute an freien Stellen für Sie haben, das ist wieder sehr breit gefächert.“* Unmittelbar danach werden abwechselnd durch einen Sprecher und die Moderatorin mehrere Stellenangebote präsentiert. Nach dem letzten Stellenangebot schließt die Moderatorin mit folgenden Worten: *„Ich habe nicht zu viel versprochen, da ist doch einiges dabei – ein breit gefächertes Angebot. Wenn etwas Interessantes für Sie dabei war und Sie weitere Informationen brauchen, dann melden Sie sich bei unserem Kundenservice unter 0316 421242.“* Danach wird um ca. 10:43 Uhr das Musikprogramm fortgesetzt.

Um ca. 10:49 Uhr meldet sich die Moderatorin nach einem Musikstück mit folgenden Worten im Programm zurück: *„Das Richtige für einen grauen Dienstagvormittag – die Beatles, Obladi, oblada.“* Unmittelbar anschließend wird folgende mit Musik unterlegte und durch einen Sprecher gesprochene Signation eingespielt: *„Der Radio Steiermark Job Coach.“* Hierauf beginnt die Moderatorin mit einem Interview zum Thema Sanktionen bei Nichtannahme von Jobangeboten, das bis ca. 10:52 Uhr dauert. Unmittelbar anschließend an das Interview wird folgender mit Musik unterlegter und durch einen Sprecher gesprochener Hinweis gesendet: *„Job und Karriere – Eine entgeltliche Information von Arbeitsmarktservice Steiermark und Wirtschaftskammer Steiermark.“* Danach wird die Sendung mit einem Musiktitel fortgesetzt.

B. Programmhinweise zum „Thermenzauber“ in der Parktherme Bad Radkersburg um ca. 05:29 Uhr, um ca. 12:54 Uhr und um ca. 16:21 Uhr

Um ca. 05:29 Uhr, ca. 12:54 Uhr und ca. 16:21 Uhr wird jeweils folgender abwechselnd durch einen Sprecher und eine Sprecherin gesprochener und mit Musik unterlegter

Programmhinweis ausgestrahlt: „Juhuhuhu [Jubelruf] – Der Radio Steiermark Thermenzauber, bei uns beginnt der Frühling schon jetzt – in der entspannten Atmosphäre der steirischen Wellnesslandschaften. Begleiten Sie uns in die schönsten Thermen und Wellnessoasen mit gratis Eintritt in unserer Happyhour und dem „Rundum frisch in den Frühling“-Programm. Unser Thermenzauber ist diesen Freitag in der Parktherme Bad Radkersburg zu Gast, live von 12 bis 15 Uhr. Badespaß und Erholung pur! Viel Vergnügen im steirischen Frühling wünscht Radio Steiermark. [gesungen] Radio Steiermark.“

Die Programmabfolge stellt sich im Einzelnen wie folgt dar:

Beim Hinweis um ca. 05:29 Uhr wird unmittelbar vorher ein Musikstück ausgestrahlt; unmittelbar nach dem Hinweis erfolgt die Ansage: „Es ist halb 6, heute ist Michael Pendl Ihr Nachrichtenredakteur“ und wird dann die Signation der Nachrichten ausgespielt.

Beim Hinweis um ca. 12:54 Uhr wird unmittelbar vor und unmittelbar nach dem Hinweis ein Musikstück ausgestrahlt.

Beim Hinweis um ca. 16:21 Uhr wird unmittelbar vor dem Hinweis ein Veranstaltungshinweis präsentiert und erfolgt unmittelbar nach dem Hinweis die Ausstrahlung eines Musikstücks.

C. Spot zugunsten der „ORF-Nachlese“ um ca. 13:22 Uhr

Um ca. 13:22 Uhr wird unmittelbar nach einem Musiktitel folgender Spot für die ORF-Nachlese gesendet: „Die ORF-Nachlese im März – das große Oster-Extra – köstliche Gaumenfreuden, prachtvolle Dekos, feinste Süßspeisen, die besten Rezepte für Brunch und Jause, Tradition und Genuss pur, alles für Ihr perfektes Osterfest in der März-Nachlese. Jetzt neu in Ihrer Trafik!“ Danach wird das Programm mit Musik fortgesetzt.

D. Zur Einleitung des Rechtsverletzungsverfahrens

Das Schreiben vom 24.03.2016, mit dem das gegenständliche Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen gegenüber dem ORF und dessen Generaldirektor eingeleitet wurde, wurde von der KommAustria am 29.03.2016 zur Post gegeben.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Sendungsablauf am 01.03.2016 im bundeslandweiten Hörfunkprogramm Radio Steiermark gründen sich auf die vorliegenden Aufzeichnungen des Programms.

Die Feststellungen zur Postaufgabe des verfahrenseinleitenden Schreibens ergeben sich aus den im Akt (KOA 1.850/16-006) befindlichen Abfertigungsvermerken.

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 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 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 Sendungen 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. Materiell anzuwendende Rechtsvorschriften

§ 1a ORF-G lautet auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 1a. *Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet*

[...]

5. *„Sendung“*

[...]

b) in Hörfunkprogrammen einen einzelnen, in sich geschlossenen und zeitlich begrenzten Bestandteil des Programms;

[...]

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;

[...]

11. *Sponsoring, wenn ein nicht im Bereich der Bereitstellung von audiovisuellen Mediendiensten, in der Produktion von audiovisuellen Werken oder von Hörfunkprogrammen oder -sendungen tätiges öffentliches oder privates Unternehmen einen Beitrag zur Finanzierung solcher Werke mit dem Ziel leistet, den Namen, die Marke, das Erscheinungsbild, die Tätigkeit oder die Leistungen des Unternehmens zu fördern.“*

§ 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.“*

§ 17 ORF-G lautet auszugsweise:

„Sponsoring

§ 17. (1) *Gesponserte Sendungen müssen folgenden Anforderungen genügen:*

[...]

2. Sie sind durch den Namen oder das Firmenemblem oder ein anderes Symbol des Sponsors, etwa einen Hinweis auf seine Produkte oder Dienstleistungen oder ein entsprechendes unterscheidungskräftiges Zeichen am Anfang oder am Ende eindeutig als gesponserte Sendung zu kennzeichnen (Sponsorhinweise). Sponsorhinweise während einer Sendung sind unzulässig. Das Verbot von Sponsorhinweisen während einer Sendung gilt nicht für die Einblendung von Hinweisen während der Übertragung von Veranstaltungen sowie während deren Wiederholung oder zeitversetzter Ausstrahlung, sofern der Österreichische Rundfunk und seine Tochtergesellschaften keinen Einfluss auf die Platzierung der Hinweise haben und hierfür weder unmittelbar noch mittelbar ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung erhalten.

[...]

4.3. Einhaltung der Frist zur Einleitung eines Rechtsverletzungsverfahrens

Der ORF bringt in seiner Stellungnahme vom 21.04.2016 vor, indem die Einleitung des Rechtsverletzungsverfahrens in Bezug auf die am 01.03.2016 ausgestrahlte Sendung erst am 31.03.2016 zugestellt worden sei, sei diese „ihm gegenüber“ nicht rechtzeitig innerhalb der Frist von vier Wochen gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG erfolgt und daher verfristet.

Dem ist zu entgegnen, dass es für die Einhaltung der genannten Frist aus folgenden Gründen nicht auf die Zustellung an den ORF ankommt:

Durch die Novelle BGBl. I Nr. 86/2015 wurde die Z 7 in § 2 Abs. 1 KOG insoweit geändert, als deren vierter Satz nunmehr lautet (der bisherige fünfte Satz entfiel): *„Binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung oder der Bereitstellung, hat die Regulierungsbehörde jene Sachverhalte, bei denen der begründete Verdacht einer Verletzung der genannten Bestimmungen vorliegt, von Amts wegen weiter zu verfolgen.“*

Die Gesetzesmaterialien zur Regierungsvorlage (632 der Beilagen XXV. GP) führen zu dieser Novellierung aus: *„Die Anpassung in § 2 Abs. 1 Z 7 soll das Verfahren der Werbebeobachtung – selbstverständlich unter Beibehaltung des Rechtsschutzes – vereinfachen. Die bisherige ‚Aufforderung zur Stellungnahme‘ vor der Verfahrenseinleitung resultiert aus der teilweise vom VfGH (vgl. VfSlg 18.110/2007) behobenen Stammfassung der Bestimmung mit einer zwingenden Veröffentlichung der Auswertungsergebnisse; sie hat in der Praxis der letzten Jahre dazu geführt, dass das Verfahren bei klaren Sachverhalten (etwa Zugestehen einer Verletzung durch den Rundfunkveranstalter) unnötig verzögert wurde. Hinkünftig soll – wie auch bei allen anderen Rechtsaufsichtsverfahren – die Regulierungsbehörde nach den Verfahrensgrundsätzen des § 39 Abs. 1 AVG über den Umfang des Ermittlungsverfahrens entscheiden. Für die Wahrung der vierwöchigen Frist muss daher eine Verfolgungshandlung (insbes. Aufforderung zur Stellungnahme, Einleitung eines Verfahrens zur Feststellung von Rechtsverletzungen, Einvernahmen) hinsichtlich des in Frage stehenden Sachverhalts stattfinden.“*

Der Bundeskommunikationssenat (BKS) hat bereits zu der gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG vor dieser Novelle bestehenden – der Einleitung eines Rechtsverletzungsverfahrens zwingend vorangehenden – Aufforderungsfrist von vier Wochen ausgesprochen, dass es ausgehend vom Wortlaut, der ausdrücklich auf den Übermittlungs- und nicht auf den Zustellzeitpunkt abstelle, und vom Zweck der Bestimmung, dem ORF aus Rechtsschutzgründen schon im

Rahmen des „Vorverfahrens“ Gelegenheit zur Stellungnahme zu den behaupteten Verstößen zu geben, nicht als Voraussetzung der Rechtmäßigkeit dieses „Vorverfahrens“ gesehen werden könne, dass das Schreiben dem ORF noch innerhalb der Vierwochenfrist zugestellt wird. Diese Auslegung benachteilige den ORF auch nicht durch eine Verkürzung allfälliger Verfahrensfristen. Damit erübrige es sich, weiter darauf einzugehen, dass man anhand eines Vergleichs der Bestimmung des § 2 Abs. 1 Z 7 KOG mit jener des § 31 VStG – wonach eine Verfolgungshandlung die Verfolgungsverjährung nach der Rechtsprechung des VwGH dann ausschließe, wenn sie innerhalb der Verfolgungsverjährung zur Post gegeben werde – zum selben Ergebnis gelange (vgl. BKS 20.10.2008, GZ 611.009/0012-BKS/2008).

Für die KommAustria ist kein Hinweis ersichtlich, dass diese Rechtsprechung nicht auf die Rechtslage nach der Novelle BGBl. I Nr. 86/2015 übertragbar wäre. Zwar spricht das Gesetz nun nicht mehr ausdrücklich vom „Übermitteln“ der Aufforderung zur Stellungnahme binnen vier Wochen, aus den (oben zitierten) Erläuterungen zur Novelle wird jedoch deutlich, dass dadurch lediglich das – oftmals zu Verzögerungen führende – „Vorverfahren“ entfallen sollte, ohne den Charakter des Verfahrens der Werbebeobachtung zu ändern. Das „Stattdenken“ einer Verfolgungshandlung ist jedenfalls nicht von der Zustellung an den Rundfunkveranstalter abhängig; tatsächlich ergibt sich aus der ausdrücklichen Erwähnung von „Einvernahmen“ als fristwahrende Verfolgungshandlung in den Materialien, dass sich die innerhalb der Frist zu setzende Verfolgungshandlung nicht einmal auf den Rundfunkveranstalter selbst beziehen muss, kann doch eine solche Einvernahme auch Dritte (z.B. Werbetreibende) betreffen. Auch werden durch die Postaufgabe binnen vier Wochen keinerlei Verfahrensfristen zu Lasten des ORF verkürzt.

Darüber hinaus führt – wie bereits vom BKS im zitierten Bescheid angedeutet – auch ein Vergleich mit der Rechtslage nach dem VStG zum gleichen Ergebnis. Gleich wie § 2 Abs. 1 Z 7 KOG bezieht sich das VStG – im Rahmen der Bestimmungen zur Verjährung – auf das Setzen einer „Verfolgungshandlung“. Demnach ist gemäß §§ 31 Abs. 1 iVm 32 Abs. 2 VStG die Zulässigkeit der Strafverfolgung abhängig vom Setzen einer Verfolgungshandlung vor Eintritt der Verfolgungsverjährung.

In § 32 Abs. 2 VStG wird Verfolgungshandlung definiert als jede von einer Behörde gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten gerichtete Amtshandlung (Ladung, Vorführungsbefehl, Vernehmung, Ersuchen um Vernehmung, Strafverfügung u.dgl.), und zwar auch dann, wenn die Behörde zu dieser Amtshandlung nicht zuständig war, die Amtshandlung ihr Ziel nicht erreicht oder der Beschuldigte davon keine Kenntnis erlangt hat.

Dabei ist nach der Rechtsprechung zu § 32 Abs. 2 VStG zur Wahrung der Verfolgungsverjährungsfrist maßgeblich, dass die Verfolgungshandlung vor deren Ablauf die behördliche Sphäre verlässt, wozu der VwGH die Übergabe eines Schriftstücks an die Post als ausreichend erachtet, und zwar selbst dann, wenn die Zustellung letztlich nicht wirksam oder erst nach Ablauf der Verfolgungsverjährungsfrist erfolgt ist (vgl. etwa VwGH 29.04.2011, 2008/09/0286, sowie *Lewis/Fister/Weilguni*, VStG [2013], § 32 Rz 19, mwN).

Ausgehend von Wortlaut und Systematik sowie den Erläuterungen zur Novelle 2015 (vgl. etwa die an das VStG angelehnte Nennung von möglichen Verfolgungshandlungen) können aber weder im Gesetzestext, noch in den Gesetzesmaterialien oder an sonstiger Stelle Anhaltspunkte dafür erblickt werden, dass der Gesetzgeber mit der „Verfolgungshandlung“ gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG engere Grenzen als im Strafverfahren ziehen wollte. In diesem Sinn hat das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) auch bereits ausgesprochen, dass für das Setzen einer § 2 Abs. 1 Z 7 KOG entsprechenden Verfolgungshandlung – nicht anders als im Verwaltungsstrafverfahren – der Vorhalt des inkriminierten Sachverhalts reicht, ohne dass es bereits auf die richtige rechtliche Subsumtion ankäme (vgl. BVwG 19.02.2016, W194 2013491-1/7E). Dasselbe muss auch für die hier zu beantwortende Frage nach der Rechtzeitigkeit der Einleitung des gegenständlichen Rechtsverletzungsverfahrens gelten.

Gegenständlich endete die vierwöchige Frist gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 ORF-G ausgehend vom Sendedatum Dienstag 01.03.2016 am Dienstag 29.03.2016. Indem die KommAustria das Schreiben zur Einleitung des Rechtsverletzungsverfahrens vom 24.03.2016 am 29.03.2016 (Dienstag) zur Post gegeben hat, wurde innerhalb der Frist gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG eine entsprechende Verfolgungshandlung gesetzt. Der Einwand des ORF, die Einleitung des Verfahrens sei ihm gegenüber nicht rechtzeitig erfolgt, ist somit unbegründet.

4.4. Unzulässige Sponsorhinweise während einer Sendung sowie Unterlassung der Kennzeichnung einer Sendung an ihrem Beginn oder an ihrem Ende hinsichtlich der Sponsoren Arbeitsmarktservice Steiermark und Wirtschaftskammer Steiermark (Spruchpunkte 1.A und 1.B)

Die KommAustria geht davon aus, dass es sich bei den im Sachverhalt dargestellten Hinweisen um ca. 10:13 Uhr, um ca. 10:17 Uhr und um ca. 10:52 Uhr um Sponsorhinweise iSd § 1a Z 11 ORF-G handelt, dass also seitens des Arbeitsmarktservice Steiermark und der Wirtschaftskammer Steiermark ein Finanzierungsbeitrag geleistet wurde. Dies wurde vom ORF nicht bestritten.

Weiters ist davon auszugehen, dass die von ca. 10:04 bis ca. 11:00 Uhr im Rahmen der Sendeschiene „Radio Steiermark am Vormittag“ ausgestrahlte Sendestunde als „Sendung“ iSd § 1a Z 5 lit. b ORF-G zu qualifizieren ist (zur Einordnung von Sendestunden im Flächenprogramm als „Sendungen“ vgl. mit ausführlicher Begründung KOA 04.02.2016, KOA 1.850/16-005). Diese Sichtweise entspricht auch der entsprechenden Ansage des Sendungstitels „*Radio Steiermark – Job und Karriere – Fit für die Wirtschaft*“ um ca. 10:04 Uhr und der anschließenden Vorankündigung der in der Sendestunde vorkommenden Sendungsinhalte durch die Moderatorin (Zumutbarkeit von Jobangeboten, Stellenanzeigen).

Die einzelnen Teilelemente in dieser Sendung, nämlich von ca. 10:13 Uhr bis ca. 10:17 Uhr das Interview zur Zumutbarkeit von Jobangeboten, von ca. 10:41 bis ca. 10:43 Uhr die Stellenangebote („Die Top Jobs der Woche“) und von ca. 10:49 Uhr bis ca. 10:52 Uhr das Interview zu Folgen der Ablehnung von Jobangeboten, erfüllen schon aufgrund ihrer nahtlosen Einbettung in das moderierte Musikprogramm der Sendung und dem Fehlen jeder formalen Abgrenzung (selbe Moderatorin, keine gesonderte Begrüßung/Verabschiedung) nicht die Anforderungen des § 1a Z 5 lit. b ORF-G und sind damit als bloße Sendungsteile zu qualifizieren (vgl. zu einem ähnlichen Sachverhalt, nämlich den Beiträgen zu „G'sund bleiben“ in Radio Tirol, KOA 04.02.2016, KOA 1.850/16-005).

Auch der ORF ist dieser Sichtweise in seiner Stellungnahme vom 21.04.2016 nicht entgegengetreten, sondern hat lediglich vorgebracht, dass ein Abwicklungsfehler zur Ausstrahlung der Sponsorhinweise an jener Stelle geführt hat, wo diese zu setzen gewesen wären, wenn es sich um eigenständige Sendungen gehandelt hätte.

Nach der stRspr des VwGH ist nun die Ausstrahlung von Sponsorhinweisen am Beginn und/oder am Ende von bloßen Sendungsteilen gesetzwidrig: „*Nach dem klaren Wortlaut stellt § 17 Abs. 2 Z 2 ORF-G [nunmehr Abs. 1 Z 2] auf die Sendung und nicht auf Sendungsteile ab. Die beschwerdeführende Partei irrt daher, wenn sie meint, ein Hinweis auf den Auftraggeber sei gemäß § 17 Abs. 2 Z 2 [nunmehr Abs. 1 Z 2] ORF-G auch am Anfang und am Ende von bloßen Sendungsteilen zulässig oder gar geboten.*“ (VwGH 19.11.2008, 2005/04/0172).

Damit verstoßen aber die um ca. 10:13 Uhr vor und um ca. 10:17 Uhr nach dem Interview zu den Zumutbarkeitsgrenzen sowie die um ca. 10:52 Uhr nach dem Interview zu den Rechtsfolgen der Ablehnung von Jobangeboten ausgestrahlten Sponsorhinweise zugunsten von einerseits Arbeitsmarktservice Steiermark und andererseits Wirtschaftskammer Steiermark jeweils gegen § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G, was spruchgemäß festzustellen war (Spruchpunkt 1.A).

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass gesponserte Sendungen gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 1 am Anfang oder am Ende eindeutig als gesponserte Sendung zu kennzeichnen sind. Mit einem Sponsorhinweis am Beginn und/oder Ende eines einzelnen Sendungsteils wird der Verpflichtung zur Ausstrahlung eines Sponsorhinweises am Anfang oder am Ende einer Sendung nicht Genüge getan (vgl. wiederum VwGH 19.11.2008, ZI. 2005/04/0172).

Eine Kennzeichnung der Sendung erfolgte weder am Anfang der Sendung um ca. 10:04 Uhr noch am Ende der Sendung um ca. 10:59 Uhr.

Daher war spruchgemäß festzustellen (Spruchpunkt 1.B), dass durch die fehlende Kennzeichnung der Sendung am Anfang um ca. 10:04 Uhr oder am Ende um ca. 10:59 Uhr hinsichtlich der Sponsoren Arbeitsmarktservice Steiermark und Wirtschaftskammer Steiermark jeweils § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 1 ORF-G verletzt wurde.

4.5. Unterlassung der eindeutigen akustischen Trennung der Programmhinweise zum „Thermenzauber“ in der Parktherme Bad Radkersburg um ca. 05:29 Uhr, um ca. 12:54 Uhr und um ca. 16:21 Uhr (Spruchpunkt 1.C)

Die KommAustria geht davon aus, dass der in Frage stehende Programmhinweis auch Werbung für die Parktherme Bad Radkersburg beinhaltet.

Nach Auffassung der KommAustria ist der Hinweis auf die Sendung „Thermenzauber“ aus der Therme Bad Radkersburg unmittelbar auch dazu geeignet, unentschlossene Hörer zu einem Besuch der Therme zu animieren und insoweit die Erbringung der Dienstleistung zu fördern. Die Aufforderung, Radio Steiermark „in die schönsten Thermen und Wellnessoasen“ zu begleiten, beinhaltet – ebenso wie der Hinweis auf die „entspannte Atmosphäre der steirischen Wellnesslandschaften“ – eine qualitativ-wertende Aussage und suggeriert dem Zuhörer, dass die Therme Bad Radkersburg – im Unterschied zu anderen Thermen – diese besonderen Eigenschaften aufweist. Weiters wird ausdrücklich auf das besondere Angebot eines „*gratis Eintritt in unserer Happyhour*“ hingewiesen, was jedenfalls als direkte Aufforderung zum Besuch der Therme zu qualifizieren ist.

Wenn der ORF in seiner Stellungnahme vorbringt, dass es sich um eine Sendung handle, deren wesentliches Kriterium die direkte Publikumsbeteiligung ist, so vermag dies nichts an dieser Sichtweise zu ändern. Dem Argument, dass die Information „*gratis Eintritt in unserer Happyhour*“ nur darauf abziele, Hörerinnen und Hörer darüber zu informieren, dass diese in einer bestimmten Stunde des Ausstrahlungstages (Happyhour) unter Angabe eines Losungswortes gratis in die Therme gelangen können, um als Sendungspublikum vor Ort zu sein, kann die KommAustria deshalb nicht folgen, weil diese Art der Gestaltung *auch* geeignet ist, bislang uninformierte oder unentschlossene Hörer für die Inanspruchnahme des Dienstleistungsangebotes der Parktherme Bad Radkersburg insgesamt zu gewinnen. Ebenso kann die KommAustria dem Argument nicht folgen, dass eine „entspannte Atmosphäre“ allen Thermenlandschaften immanent und die Formulierung „Wellnesslandschaft“ im üblichen Sprachgebrauch mittlerweile Synonym für Thermen sei und diese Wendungen daher keine qualitativ wertenden Aussagen darstelle. Vielmehr werden hiermit spezifische Produkteigenschaften hervorgehoben, wobei es nach Ansicht der KommAustria auch nicht darauf ankommt, dass möglicherweise alle steirischen Thermen eine „entspannte Atmosphäre“ anbieten, sondern auf den Umstand, dass eine spezifische Therme hier hervorgehoben wird und der Leistungsvergleich auch gegenüber anderen Freizeitangeboten bewirkt wird, die eben kein entsprechendes Angebot für Erholungssuchende beinhalten.

Die abschließende Aussage, dass „*Badespaß und Erholung pur*“ geboten werden, ist unzweifelhaft auf das positive Herausstreichen spezifischer Produkt- bzw. Dienstleistungseigenschaften der Parktherme Bad Radkersburg gerichtet. Insgesamt

betrachtet ist der Programmhinweis daher nicht nur darauf gerichtet, Hörer auf die Sendung hinzuweisen, sondern diese auch zu einem Besuch in der Parktherme Bad Radkersburg zu animieren, womit aber unmittelbar die Erbringung dieser (grundsätzlich entgeltlichen) Dienstleistung gefördert wird.

Der Umstand, ob eine Erwähnung oder Darstellung im gegebenen Zusammenhang gegen Entgelt vorliegt, ist nach der stRspr an Hand eines objektiven Maßstabes zu beurteilen. Entscheidend ist nicht, ob die Beteiligten für die Erwähnung oder Darstellung einer Dienstleistung ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung vereinbart haben. Entscheidend ist vielmehr, ob es sich um eine Erwähnung oder Darstellung bestimmter Art handelt, nämlich um eine solche, die nach der Verkehrsauffassung üblicher Weise gegen Entgelt erfolgt (u.a. VwGH 19.11.2008, 2005/04/0172; 08.09.2011, 2011/03/0019). Dies ist vorliegend nach Auffassung der KommAustria zu bejahen, zumal derartige positive und das Leistungsangebotes eines Unternehmens herausstreichende Aussagen als typische Inhalte kommerzieller Werbespots üblicherweise nur gegen Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung ausgestrahlt werden. Auch seitens des ORF wurde das Vorliegen der Entgeltlichkeit nicht bestritten.

Weiters ist festzuhalten, dass in Fällen, wo ein Programmhinweis auch absatzfördernde Aussagen zu Gunsten eines Dritten enthält, dieser in seiner Gesamtheit als Werbung anzusehen ist und den entsprechenden Anforderungen, insbesondere dem Trennungs- und Erkennbarkeitsgebot unterliegt (vgl. BKS 20.01.2005, 611.009/0021-BKS/2004; bestätigt durch VwGH 01.10.2008, 2005/04/0053; ähnlich BKS 26.03.2007, 611.001/0013-BKS/2006, bestätigt durch VwGH 17.03.2011, 2011/03/0014).

Da die Hinweise um ca. 12:54 Uhr und um ca. 16:21 Uhr ohne jegliche akustische Trennung sowohl zum vorangehenden als auch zum nachfolgenden Programm ausgestrahlt wurden, liegen in beiden Fällen jeweils zwei Verletzungen des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G vor. Beim Hinweis um ca. 05:29 Uhr fehlt am Beginn eine akustische Trennung und ist insoweit ein Verstoß gegen § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G gegeben; die nach diesem Hinweis ausgestrahlte Einleitungssequenz zu den Nachrichten genügt demgegenüber den gesetzlichen Anforderungen (vgl. u.a. BKS 11.11.2004, 611.009/0009-BKS/2004). Es waren daher spruchgemäß (Spruchpunkt 1.C) jeweils Verstöße gegen § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G festzustellen.

4.6. Unterlassung der eindeutigen akustischen Trennung des Spots für die „ORF-Nachlese“ um ca. 13:22 Uhr (Spruchpunkt 1.D)

Die KommAustria geht davon aus, dass es sich bei dem in Frage stehenden Spot um Werbung für die ORF-Nachlese handelt. Der Hinweis auf den Inhalt der ORF-Nachlese beinhaltet mehrfach qualitativ-wertende Aussagen und wird mit den Worten „*alles für Ihr perfektes Osterfest in der März-Nachlese*“ abgerundet; ebenso erfolgt die Nennung der Bezugsquelle mit den Worten „*Jetzt neu in Ihrer Trafik*“. Damit ist der Spot jedenfalls geeignet, unentschlossene Hörer zum Kauf der ORF-Nachlese zu animieren.

Es kann vorliegend dahinstehen, ob es sich bei der beworbenen ORF-Nachlese um ein „Begleitmaterial“ iSd § 14 Abs. 6 Z 1 ORF-G handelt. Selbst unter dieser Annahme sind nach der stRspr die Anforderungen des § 14 Abs. 1 ORF-G nämlich auch für „Hinweise auf Begleitmaterialien“ zu beachten, da derartige Hinweise nur insoweit privilegiert sind, als sie nicht in die Werbezeit einzurechnen sind, nicht aber hinsichtlich der weiteren Anforderungen der Regelungen über Werbung (vgl. VwGH 14.11.2007, 2005/04/0152).

Der ORF ist der rechtlichen Einordnung im Zuge seiner Rechtfertigung nicht entgegengetreten und hat lediglich bekanntgegeben, dass die Trennung des Werbespots auf Grund eines Abwicklungsfehlers versehentlich unterblieben sei.

Da der gegenständliche Spot um ca. 13:22 Uhr unmittelbar nach einem Musikstück ausgestrahlt wurde und auch nach Ende des Spots wiederum unmittelbar Musik folgt, wurde durch das Unterlassen einer akustischen Trennung von anderen Programmteilen sowohl am Beginn als auch am Ende jeweils § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verletzt, was spruchgemäß (Spruchpunkt 1.D) festzustellen war.

4.7. Zur Veröffentlichung der Entscheidung und zur Vorlage von Aufzeichnungen (Spruchpunkt 2)

Der Ausspruch über die Veröffentlichung der Entscheidung (Spruchpunkt 2.A) 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 vergleichbaren Sendezeiten, wie jenen, in denen die Verletzungen stattgefunden haben, soll diesem Anliegen eines „contrarius actus“ Rechnung getragen werden.

Die Verpflichtung zur Vorlage der Aufzeichnung (Spruchpunkt 2.B) 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 / GZ KOA 3.500/16-032“, 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 21. September 2016

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Michael Truppe
(Mitglied)

Zustellverfügung:

1. Österreichischer Rundfunk,
 2. Generaldirektor Dr. Alexander Wrabetz,
1. und 2. vertreten durch Dr. Christina Perktold, Würzburggasse 30, 1136 Wien, **per RSb**