



Bescheid

I. Spruch

1. Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) stellt im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter aufgrund eines Werbebeobachtungsverfahrens gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 24/2020, iVm §§ 24, 25 Abs. 1 und Abs. 3 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 86/2015, fest, dass die WELLE SALZBURG GmbH (FN 156035p beim Landesgericht Salzburg) als Veranstalterin des aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 10.10.2012, KOA 1.211/12-010, zuletzt geändert mit Bescheid der KommAustria vom 04.10.2017, KOA 1.211/17-012, im Versorgungsgebiet „Mittel- und Unterkärnten“ ausgestrahlten Hörfunkprogramms „Welle 1 Kärnten“ die Bestimmung des § 19 Abs. 3 PrR-G dadurch verletzt hat, dass sie am 29.11.2019
 - a. um ca. 07:52:10 Uhr,
 - b. um ca. 08:00:20 Uhr,
 - c. um ca. 08:24:40 Uhr und
 - d. um ca. 08:48:55 Uhr

Werbung jeweils nicht eindeutig durch akustische Trennmittel von den sonstigen Programmteilen getrennt hat.

2. Die KommAustria erkennt gemäß § 26 Abs. 2 PrR-G auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung und trägt der WELLE SALZBURG GmbH auf, den Spruchpunkt 1. binnen sechs Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides im Rahmen des von ihr im Versorgungsgebiet „Mittel- und Unterkärnten“ ausgestrahlten Hörfunkprogramms „Welle 1 Kärnten“ an einem Werktag (Montag bis Freitag) zwischen 07:00 und 09:00 Uhr durch einen Sprecher/eine Sprecherin in folgender Form zu verlesen:

„Die Kommunikationsbehörde Austria hat im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht Folgendes festgestellt: Die WELLE SALZBURG GmbH hat am 29.11.2019 zwischen 07:00 und 09:00 Uhr mehrfach Werbung nicht ordnungsgemäß durch akustische Mittel vom sonstigen Programm getrennt. Dadurch wurde § 19 Absatz 3 Privatradiogesetz verletzt.“

3. Der WELLE SALZBURG GmbH wird gemäß § 22 Abs. 1 PrR-G aufgetragen, der KommAustria binnen weiterer zwei Wochen einen Nachweis der erfolgten Veröffentlichung gemäß Spruchpunkt 2. in Form der Übermittlung von Aufzeichnungen zu erbringen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 20.12.2019 leitete die KommAustria gegen die WELLE SALZBURG GmbH wegen des Verdachts einer Verletzung der Bestimmungen des § 19 Abs. 3 PrR-G im Rahmen ihres Programms „Welle 1 Kärnten“ vom 29.11.2019 ein Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG iVm §§ 25 f PrR-G ein, weil bei den erfolgten Werbeeinschaltungen die akustischen Trennungsmittel nicht einheitlich verwendet worden seien.

Mit Schreiben vom 17.01.2020 nahm die WELLE SALZBURG GmbH Stellung und führte darin zum genannten Vorwurf aus, es sei richtig, dass sie im Programm „Welle 1 Kärnten“ zwei Werbetrenner einsetze, nämlich einen Pfeifton und ein Geräusch fallender Münzen. Sie tue dies bereits seit Beginn der Programmveranstaltung im Versorgungsgebiet, einem bestimmten System folge sie dabei nicht. Sie setzte jedoch regelmäßig und einheitlich nur diese beiden Trenner ein und verwende diese beiden Geräusche nicht als Trenner zwischen zwei Werbebeiträgen. Richtig sei, dass Werbung nach § 19 PrR-G leicht als solche erkennbar und durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt sein müsse. Dies sei jedoch sowohl beim Einsatz des Pfeiftons als auch beim Einsatz der „fallenden Geldmünzen“ der Fall. Die von der KommAustria zitierte Anforderung der Rechtsprechung, dass die zur Trennung eingesetzten Mittel „durchgehend und einheitlich“ verwendet werden müssten, sei auch dann erfüllt, wenn fortlaufend einer von zwei markanten Werbetrennern eingesetzt werde, die für den durchschnittlich aufmerksamen Zuhörer beide als solche erkennbar seien. Hörfunkveranstaltern komme bei der Wahl der zur Trennung verwendeten Mittel ein Gestaltungsspielraum zu, solange auf Seiten des Zuhörers jeder Zweifel ausgeschlossen sei, ob nach einem bestimmten Trennelement Werbung oder redaktionelles Programm folge. Dies sei gegenständlich der Fall, weil dem maßgeblichen durchschnittlich aufmerksamen Hörer selbst dann, wenn er zuvor noch nie das Programm „Welle 1 Kärnten“ gehört habe und dessen Besonderheiten nicht kenne, klar sei, dass eines der beiden Signale, denen auch keine andere Funktion zugeschrieben werden könne, zur Trennung zwischen Werbung und redaktionellem Inhalt eingesetzt werde.

Den von der KommAustria in der Einleitung des Rechtsverletzungsverfahrens zitierten Entscheidungen des Bundeskommunikationssenats (BKS) seien andere Sachverhalte zugrunde gelegen, da die vermeintliche Trennung dort nicht durch ein für jeden eindeutig als Werbetrenner erkennbares und laufend dafür eingesetztes akustisches Signal erfolgt sei, sondern durch Elemente, denen auch ein ganz anderer Bedeutungsinhalt zugeschrieben werden konnte (und die zudem wohl nur ein einziges Mal als Trenner im Einsatz waren). Die gegenständliche Rechtsansicht der KommAustria würde nicht nur dem durchschnittlichen Hörer eine weit zu niedrige Auffassungsgabe attestieren, sondern auch die von der Rechtsprechung anerkannte Freiheit des Rundfunkveranstalters bei der Wahl der Trennmittel ohne Grund zu stark einschränken.

2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Die WELLE SALZBURG GmbH ist aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 10.10.2012, KOA 1.211/12-010, zuletzt geändert mit Bescheid der KommAustria vom 04.10.2017, KOA 1.211/17-012, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Mittel- und Unterkärnten“ und verbreitet aufgrund dieser Zulassung das Programm „Welle 1 Kärnten“.

Im Programm „Welle 1 Kärnten“ vom 29.11.2019, 07:00 bis 09:00 Uhr, wurden an mehreren Stellen Werbeeinschaltungen bzw. Werbeblöcke ausgestrahlt, wobei für die davor und danach erfolgte Trennung unterschiedliche akustische Mittel verwendet wurden.

Die Werbeeinschaltungen an den Positionen 07:21:37 bis 07:25:52 Uhr, 07:45:25 bis 07:47:10 Uhr, 08:03:37 bis 08:03:49 Uhr, 08:16:21 bis 08:17:31 Uhr, 08:40:00 bis 08:41:06 Uhr und 08:44:31 bis 08:45:34 Uhr sind sowohl an ihrem Anfang als auch an ihrem Ende mit dem akustischen Mittel „Pfeifton“ gekennzeichnet.

Hingegen sind die Werbeeinschaltungen an den Positionen 07:52:10 bis 07:56:30 Uhr, 08:00:20 bis 08:00:46 Uhr, 08:24:40 bis 08:27:30 Uhr und 08:48:55 bis 08:53:50 Uhr nur an ihrem Ende mit dem akustischen Mittel „Pfeifton“, an ihrem Anfang jedoch mit einem anderen, nämlich dem akustischen Mittel „fallende Münzen“, gekennzeichnet.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellung zur Zulassung der WELLE SALZBURG GmbH beruht auf den zitierten Bescheiden und den zugrundeliegenden Akten der KommAustria.

Die Feststellungen zu den am 29.11.2019, 07:00 bis 09:00 Uhr, im Programm „Welle 1 Kärnten“ ausgestrahlten Inhalten beruhen auf den vorliegenden Aufzeichnungen des Programms und wurden von der WELLE SALZBURG GmbH in ihrer Stellungnahme auch nicht bestritten.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde und Verfahren

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG obliegt der KommAustria unter anderem die Beobachtung der Einhaltung der Bestimmungen der §§ 19 und 20 PrR-G durch private Rundfunkveranstalter. Zur Erfüllung dieser Aufgabe hat die KommAustria in regelmäßigen, zumindest aber in monatlichen Abständen bei allen Rundfunkveranstaltern Auswertungen von Sendungen, die kommerzielle Kommunikation beinhalten, durchzuführen.

Gemäß § 24 PrR-G obliegt die Rechtsaufsicht der Regulierungsbehörde. Gemäß § 25 Abs. 1 PrR-G entscheidet die KommAustria im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über Hörfunkveranstalter u.a. von Amts wegen über Verletzungen von Bestimmungen des PrR-G. Die Entscheidung der KommAustria besteht gemäß § 25 Abs. 3 PrR-G in der Feststellung, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung des PrR-G verletzt worden ist.

4.2. Verletzung des Trennungsgebotes

§ 19 PrR-G lautet auszugsweise:

„Werbung, Sponsoring

§ 19. (1) Werbung (Spots, Kurzsendungen und gestaltete Werbesendungen einschließlich gestalteter An- und Absagen von gesponserten Sendungen) darf im Jahresdurchschnitt die tägliche Dauer von insgesamt 172 Minuten nicht überschreiten, wobei Abweichungen von höchstens 20 vH pro Tag zulässig sind. Nicht in die höchstzulässige Dauer einzurechnen sind Hinweise des Hörfunkveranstalters auf eigene Sendungen und auf Begleitmaterialien, die direkt von diesen Sendungen abgeleitet sind, sowie Beiträge im Dienst der Öffentlichkeit, kostenlose Spendenaufrufe zu wohltätigen Zwecken und ungestaltete An- und Absagen von gesponserten Sendungen.

[...]

(3) Werbung muss leicht als solche erkennbar und durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt sein.

[...]

Unter „Werbung“ im Sinne des § 19 Abs. 1 PrR-G ist eine Äußerung zu verstehen, die mit dem spezifischen Ziel der Förderung eines Namens, einer Marke, eines Erscheinungsbildes, einer Tätigkeit oder der Leistungen eines Unternehmens gesendet wird bzw. einen Anreiz für die Zuhörer schaffen soll, Waren und Dienstleistungen zu erwerben (vgl. VwGH 14.11.2007, 2005/04/0180, mwN), und deren Ausstrahlung gegen Entgelt erfolgt, wofür ausreichend ist, dass es sich um eine Erwähnung handelt, die nach der Verkehrsauffassung üblicher Weise gegen Entgelt erfolgt (vgl. VwGH 19.11.2008, 2005/04/0172 mwN). Damit sind die wesentlichen Tatbestandsmerkmale von „Werbung“ im Sinne des § 19 Abs. 1 PrR-G Absatzförderungsabsicht und Entgeltlichkeit.

Es ist unstrittig, dass es sich bei den im Sachverhalt mittels Uhrzeit ihrer Ausstrahlung genannten Werbespots bzw. -blöcken um Werbung handelt.

Nach der stRspr kommt einem 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, 611.009/0002-BKS/2007; BKS 06.09.2005, 611.009/0021-BKS/2005; BKS 27.06.2008, 611.941/0001-BKS/2008).

Bei den erfolgten Werbeeinschaltungen besteht lediglich Einheitlichkeit hinsichtlich des am jeweiligen Ende eingesetzten Mittels („Pfeifton“), nicht aber hinsichtlich der am Anfang eingesetzten Trenner (teilweise „Pfeifton“, teilweise „fallende Münzen“).

Dazu hat die KommAustria bereits (zur insofern inhaltsgleichen Bestimmung gemäß § 14 Abs. 1 ORF-Gesetz) folgendes ausgeführt: 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. Jede andere Sichtweise würde im Widerspruch zum Schutzzweck des Trennungsgebotes stehen, Verwechslungen des redaktionellen Programms mit kommerzieller Werbung hintanzuhalten, und das gesetzliche Erfordernis der eindeutigen akustischen Trennung in eine Art „Geräusche-Raten“ abgleiten lassen (vgl. den Bescheid der KommAustria vom 12.11.2014, KOA 1.850/14-016, bestätigt mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts [BVwG] vom 16.09.2016, W120 2016192-1/3E).

Das Gesagte trifft auch auf den gegenständlichen Sachverhalt zu, wo im Programm der WELLE SALZBURG GmbH in der Regel das Trennmittel „Pfeifton“, an vier Stellen der gegenständlichen zwei Sendestunden jedoch abweichend davon das Trennmittel „fallende Münzen“ zur Trennung von Werbung und redaktionellem Programm verwendet wurde. Der von der zitierten Rechtsprechung geforderten Eindeutigkeit wurde somit an jenen Stellen, an denen Werbespots bzw. -blöcke an ihrem Anfang durch das Geräusch „fallende Münzen“ vom vorangegangenen Programm getrennt werden sollten, nicht Genüge getan. Es war daher für diese Zeitpunkte eine Verletzung von § 19 Abs. 3 PrR-G festzustellen (Spruchpunkt 1.).

4.3. Zur Veröffentlichung der Entscheidung (Spruchpunkt 2.)

Die Verpflichtung zur Veröffentlichung stützt sich auf § 26 Abs. 2 PrR G.

Nach der Rechtsprechung zur vergleichbaren Bestimmung des § 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) ist die Veröffentlichung der Entscheidung 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 soll diesem Anliegen eines „contrarius actus“ Rechnung getragen werden.

Daher entscheidet die KommAustria auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung und trägt der WELLE SALZBURG GmbH auf, den Spruchpunkt 1. in der unter Spruchpunkt 2. angeführten Form binnen sechs Wochen ab Rechtskraft der Entscheidung an einem Werktag (Montag bis Freitag) zwischen 07:00 Uhr und 09:00 Uhr in dem im Versorgungsgebiet „Mittel- und Unterkärnten“ ausgestrahlten Hörfunkprogramm „Welle 1 Kärnten“ durch Verlesung durch einen Sprecher/eine Sprecherin zu veröffentlichen. Die Wahl der Sendezeit der Veröffentlichung ergibt sich aus dem Umstand, dass die mit diesem Bescheid festgestellten Rechtsverletzungen in diesem Zeitraum erfolgten.

Die Vorlage der Aufzeichnungen (Spruchpunkt 3.) dient der Überprüfung der Erfüllung des Auftrags zur Veröffentlichung und stützt sich auf § 22 Abs. 1 PrR G (zum vergleichbaren § 36 Abs. 4 ORF G vgl. 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 / KOA 1.211/20-003“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ sind die Steuernummer/Abgabekontonummer 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 25. September 2020

Kommunikationsbehörde Austria

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