

Bescheid

I. Spruch

1. Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) stellt gemäß §§ 24 und 25 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, iVm § 2 Abs. 1 Z 7 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr.125/2011, fest, dass die **Privatradio Burgenland GmbH** (FN 168373h beim LG Eisenstadt), vertreten durch die Lambert Rechtsanwälte OG, Kärntner Ring 12, 1010 Wien, als Hörfunkveranstalterin im Versorgungsgebiet „Nördliches und mittleres Burgenland, Bezirk Oberwart, Teile des Bezirks Güssing und Jennersdorf“ am 25.11.2011 im Rahmen der Ausstrahlung ihres Hörfunkprogramms „HIT FM Burgenland“ die Bestimmung gemäß § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G dadurch verletzt hat, dass sie um ca. 17:20 bis ca. 17:22 Uhr im Rahmen des Gewinnspiels „Ein Handy geht auf Reisen“ Schleichwerbung gesendet hat.
2. Die KommAustria erkennt gemäß § 26 Abs. 2 PrR-G auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung und trägt der Privatradio Burgenland GmbH auf, den Spruchpunkt 1. binnen zehn Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides im Rahmen des von ihr ausgestrahlten Programms „HIT FM Burgenland“ an einem Werktag zwischen 17:00 und 18:00 Uhr durch einen Sprecher in folgender Form verlesen zu lassen:

„Die Kommunikationsbehörde Austria hat im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht festgestellt:

HIT FM Burgenland hat § 19 Abs. 4 lit. b Privatradiogesetz dadurch verletzt, dass sie am 25.11.2011 um ca. 17:20 bis ca. 17:22 Uhr im Rahmen des Gewinnspiels „Ein Handy geht auf Reisen“ Schleichwerbung gesendet hat.

Der KommAustria sind gemäß § 22 Abs. 1 PrR-G unverzüglich Aufzeichnungen dieser Veröffentlichung zum Nachweis der Erfüllung des Auftrages zur Veröffentlichung vorzulegen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 29.11.2011 forderte die KommAustria die Privatrado Burgenland GmbH zum Zweck der Werbebeobachtung auf Grundlage von § 2 Abs. 1 Z 7 KOG iVm § 22 Abs. 1 PrR-G zur Vorlage von Aufzeichnungen ihrer am 25.11.2011 von 17:00 bis 19:00 Uhr ausgestrahlten Sendungen binnen drei Tagen auf. Mit Schreiben vom 5.12.2011 übermittelte die Privatrado Burgenland GmbH die gewünschten Aufzeichnungen.

Mit Schreiben vom 19.12.2011 übermittelte die KommAustria der Privatrado Burgenland GmbH das Ergebnis der Auswertung der am 25.11.2011 im Zeitraum von 17:00 bis 19:00 Uhr im Versorgungsgebiet „Nördliches und mittleres Burgenland, Bezirk Oberwart, Teile des Bezirks Güssing und Jennersdorf“ ausgestrahlten Hörfunksendung im Programm „HIT FM Burgenland“ und räumte dieser die Möglichkeit zur Stellungnahme zu der darin vermuteten Rechtsverletzung binnen zwei Wochen ein.

Mit Schreiben vom 12.01.2012, am 16.01.2012 bei der KommAustria eingelangt, nahm die Privatrado Burgenland GmbH zu dem seitens der KommAustria vermuteten Verstoß gegen die Werbebestimmungen des Privatradiogesetzes Stellung.

Mit Schreiben vom 25.01.2012 leitete die KommAustria ein Verfahren zur Feststellung von Verstößen gegen die Werbebestimmungen des Privatradiogesetzes durch die Privatrado Burgenland GmbH ein. Zugleich wurde der Privatrado Burgenland GmbH neuerlich Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zwei Wochen eingeräumt.

Die Privatrado Burgenland GmbH machte jedoch in weiterer Folge keinen Gebrauch von dem ihr eingeräumten Stellungnahmerecht.

2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

Die Privatrado Burgenland GmbH ist eine zu FN 168373 h beim Landesgericht Eisenstadt eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Eisenstadt. Die Privatrado Burgenland GmbH ist aufgrund des Bescheides des Bundeskommunikationssenates vom 01.09.2008, GZ 611.011/0005-BKS/2008, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „Nördliches und mittleres Burgenland, Bezirk Oberwart, Teile des Bezirks Güssing und Jennersdorf“ für die Dauer von zehn Jahren.

Am 25.11.2011 strahlte die Privatrado Burgenland GmbH im beobachteten Zeitraum von 17:00 bis 19:00 Uhr folgenden Beitrag aus:

Sendung zwischen 17:00 und 18:00 Uhr, moderiert von Lukas Hawlik

Um kurz vor 17:20 Uhr endet der U2 Hit „Vertigo“ und der Moderator Lukas Hawlik moderiert diesen wie folgt ab: „*Yea, U2, Vertigo auf HIT FM, einer der größten Hits [kurze Pause]... so, einer der größten Hits hier auf HIT FM.*“ Daraufhin ertönt ein Musikbett und eine weibliche Stimme spricht währenddessen folgende Worte: „*Ein Handy geht auf Reisen... das große Alcatel Handy Tagebuch... nur auf HIT FM.*“ Daraufhin ist wieder der Moderator Lukas Hawlik zu hören, wobei das Musikbett weiter läuft: „*Weihnachten steht vor der Tür und da wird man doch gerne beschenkt... wie wär's mit dem brandneuen Alcatel One Touch 918 d... das Teil ist tip top ausgestattet mit einem großen Touchscreen, mit dual sim Betrieb, mit einer megascharfen Kamera, und, und, und,... dieses Alcatel-Wunder kriegen Sie aber nicht so einfach... machen Sie mit, bei unserem neuen Gewinnspiel „Ein Handy auf Reisen“! Wir geben ab 1. Dezember jeden Tag einen Platz in Niederösterreich und dem*

Burgenland hier im Radio bekannt. Sie müssen dann dort hinkommen und kriegen dieses Handy ausgehändigt, und dann müssen Sie mit dem Smartphone 24 Stunden Ihres Lebens ganz genau dokumentieren. Das geht mit einem Blog über Facebook, Sie müssen Photos online stellen, und jederzeit müssen Sie für uns erreichbar sein. Falls wir anrufen und Sie sitzen gerade in der Badewanne, dann müssen Sie auch abheben..., in jeder Situation eben müssen Sie berichten, ...und wenn Sie das tatsächlich schaffen, dann kriegen Sie dieses Wunder der Technik, das Alcatel One Touch 918 d, ...und jeden Tag hat ein anderer Kandidat die Chance auf dieses Abenteuer... egal wo Sie wohnen, sei es im Waldviertel, im Burgenland, oder im Mostviertel... wir kommen zu Ihnen, wir schicken das Handy auf Reisen. Alle Infos gibt's online, auf hit.fm.at."

Im Anschluss um kurz vor 17:22 Uhr wird ein akustisches Trennsignal eingespielt, welches so klingt, als würden Geldmünzen auf eine Oberfläche prallen. Dieses akustische Trennmittel kommt im Laufe der ausgewerteten Sendungen des Hörfunkprogramms „HIT FM Burgenland“ regelmäßig vor Beginn und nach Ende von Werbespots zum Einsatz. Es folgt im Anschluss an das geschilderte Trennsignal ein werblich gestalteter Sponsorhinweis für Alcatel als Sponsor des Gewinnspiels „Ein Handy geht auf Reisen“, sowie weitere Werbespots. Im Rahmen des Werbeblocks wird zusätzlich ein weiterer werblich gestalteter Sponsorhinweis für das von HIT FM veranstaltete Gewinnspiel „Ein Handy geht auf Reisen“ eingespielt, in welchem das Alcatel Smartphone 918 d gewonnen werden kann. Der Werbeblock endet um ca. 17:25 Uhr mit demselben Trennsignal (fallende Münzen).

3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus der der KommAustria übermittelten Aufzeichnung der am 25.11.2011 in der Zeit von 17:00 bis 19:00 Uhr im Versorgungsgebiet „Nördliches und mittleres Burgenland, Bezirk Oberwart, Teile des Bezirks Güssing und Jennersdorf“ ausgestrahlten Sendung im Rahmen des Hörfunkprogramms „HIT FM Burgenland“, dem Vorbringen der Privatrado Burgenland GmbH zur Auswertung der Sendung durch die KommAustria sowie aus dem zitierten Bescheid des BKS und dem offenen Firmenbuch.

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 Hörfunkveranstalter. Zur Erfüllung dieser Aufgabe hat die KommAustria in regelmäßigen, zumindest aber in monatlichen Abständen bei allen Rundfunkveranstaltern Auswertungen von Sendungen, die Werbung beinhalten, durchzuführen. Vermutet die KommAustria Verletzungen der Werbebestimmungen, so hat sie die Ergebnisse ihrer Auswertungen dem betroffenen Rundfunkveranstalter zur Stellungnahme binnen einer Frist von zwei Wochen zu übermitteln.

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG hat die KommAustria unter Berücksichtigung der eingelangten Stellungnahme bei begründetem Verdacht einer Verletzung der Bestimmungen der §§ 19 und 20 PrR-G diese von Amts wegen weiter zu verfolgen. Im vorliegenden Fall konnte die Stellungnahme der Privatrado Burgenland GmbH vom 12.01.2012 die Bedenken der KommAustria hinsichtlich des im beobachteten Zeitraum vermuteten Werbeverstößes nicht ausräumen, weshalb in weiterer Folge ein Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen gemäß § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G iVm §§ 24 und 25 PrR-G einzuleiten war, wobei der Privatrado Burgenland GmbH hierzu neuerlich Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt wurde. Von dieser Möglichkeit hat die Privatrado Burgenland GmbH keinen Gebrauch gemacht.

4.2. Zu Spruchpunkt 1.

§ 19 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, lautet wörtlich:

- „(1) Werbesendungen (Spots, Kurzsendungen und gestaltete Werbesendungen einschließlich gestalteter An- und Absagen von Patronanzsendungen) dürfen 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 Patronanzsendungen.
- (2) Werbesendungen für Tabakwaren und Spirituosen sowie unter der Wahrnehmungsgrenze liegende Werbung sind unzulässig.
- (3) Werbung muss leicht als solche erkennbar und durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt sein.
- (4) a) Werbung darf nicht irreführen und den Interessen der Verbraucher nicht schaden.
- b) **Schleichwerbung** ist unzulässig. Schleichwerbung ist die Erwähnung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Programmen, wenn sie vom Hörfunkveranstalter absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zweckes dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt.
- c) In der Werbung dürfen keine Personen auftreten, die regelmäßig Nachrichtensendungen und Sendungen zum politischen Zeitgeschehen vorstellen.
- d) Ein Werbetreibender darf keinen redaktionellen Einfluss auf den Programminhalt ausüben.
- [...]“

Die KommAustria vertritt die Auffassung, dass es sich bei dem um ca. 17:20 Uhr bis kurz vor 17:22 Uhr gesendeten Beitrag über das von HIT FM veranstaltete Gewinnspiel „Ein Handy geht auf Reisen“ um Schleichwerbung für das Alcatel Smartphone 918 d im Sinne von § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G handelt.

Der in § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G definierte Tatbestand der Schleichwerbung setzt nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (insbesondere VwGH 14.11.2007, 2005/04/0245 zur gleichlautenden Vorschrift gemäß § 14 Abs. 2 ORF-G idF BGBl. I Nr. 102/2007) die Absicht, einen Werbezweck zu erreichen und die Eignung zur Irreführung über diesen Zweck voraus (vgl. dazu auch *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³ [2011], S. 15f zu § 1a Z 7 ORF-G, welche die Definition der Schleichwerbung beinhaltet und den gleichen Wortlaut wie § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G aufweist).

In ihrer Stellungnahme vom 12.01.2012 erklärte die Privatrado Burgenland GmbH, dass keine dieser kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen vorläge. Die Privatrado Burgenland GmbH geht jedoch zunächst hinsichtlich des Kriteriums der „Absicht, einen Werbezweck zu erreichen“ fehl in ihrer Annahme, dass die im in Rede stehenden Beitrag erwähnten Ausstattungsmerkmale des Gewinnspielpreises nicht werblich gestaltet wären, sondern deren Nennung lediglich für die besondere Aufgabenstellung des Gewinnspieles erforderlich gewesen sei. Die Ausführungen des Moderators, *„Weihnachten steht vor der Tür und da wird man doch gerne beschenkt... wie wär's mit dem brandneuen Alcatel One Touch 918 d... das Teil ist tip top ausgestattet mit einem großen Touchscreen, mit dual sim Betrieb, mit einer megascharfen Kamera, und, und, und... dieses Alcatel-Wunder kriegen Sie aber nicht so einfach...“* weisen zweifellos werbliche Elemente auf, die über eine neutrale Darstellung von Ausstattungsmerkmalen des Handys deutlich hinausgehen.

Die KommAustria hat daher auch nicht die Erwähnung einzelner Produktmerkmale an sich aufgegriffen, sondern das werbliche Herausstreichen derselben, wie beispielsweise „...brandneues Alcatel One Touch 918 d, ...das Teil ist tip top ausgestattet, ... mit einer meGascharfen Kamera, ...dieses Alcatel-Wunder, oder auch dieses Wunder der Technik, ...“. Hinzu kam im gegebenen Fall auch die Bezugnahme auf das bevorstehende Weihnachtsfest und damit verbunden den Wunsch, zu schenken oder beschenkt zu werden.

Auch wenn die Privatrado Burgenland GmbH unter Berufung auf die Entscheidung des Bundeskommunikationssenates (BKS) vom 28.09.2009, GZ 611.172/0001-BKS/2009, behauptet, dass im gegenständlichen Beitrag weder ein übermäßiges Herausstreichen des Produktes noch aufdringliche Kaufaufforderungen erfolgt seien, beschränken sich die Aussagen des Moderators im gegenständlichen Beitrag nicht – wie in dem der Entscheidung des BKS zugrunde liegenden Fall – auf die bloße Nennung der Marke und des Wertes des Gewinnspielpreises und die einmalige Erwähnung, dass es sich um das neueste Produkt handle; vielmehr werden vor dem Hintergrund der Weihnachtszeit und dem Wunsch zu schenken bzw. beschenkt zu werden, sämtliche Ausstattungsmerkmale des Smartphones überschwänglich herausgestrichen und dieses auch zweimal als Wunder der Technik angepriesen.

Entgegen der von der Privatrado Burgenland GmbH vertretenen Auffassung ist somit davon auszugehen, dass sich die Hörfunkveranstalterin im gegenständlichen Fall werblicher Aussagen bedient hat, denen die Absicht innewohnt, einen Werbezweck zu erreichen. Die Privatrado Burgenland GmbH vermochte in ihrer Stellungnahme somit nicht den Eindruck zu beseitigen, dass der Beitrag im Sinne der Judikatur des VwGH (14.11.2007 2005/04/0245; 14.11.2007, 2005/04/0167; 1.10.2008, 2005/04/0053) geeignet ist, bislang uninformierte oder unentschlossene Zuhörer für den Erwerb des Alcatel Smartphones gewinnen zu können.

Bei der weiteren Beurteilung, ob eine Erwähnung oder Darstellung von Waren oder Dienstleistungen über den eigentlichen Zweck, nämlich den Werbezweck irreführen kann, ist auf den durchschnittlich informierten und aufmerksamen Zuhörer abzustellen. Eine Irreführungseignung ist dabei anzunehmen, wenn für den durchschnittlichen Zuhörer auf Grund des redaktionellen Umfelds (z.B. Einbettung in ein scheinbar redaktionelles Format) oder auf Grund der Sendungsankündigung eine falsche Erwartungshaltung erzeugt wird (vgl. BKS 28.09.2009, GZ 611.172/0001-BKS/2009; VwGH 14.11.2007, 2005/04/0245).

Durch die im unmittelbaren Anschluss an die Abmoderation des zuvor gespielten Musiktittels zu hörenden Worte einer weiblichen Stimme, „*Ein Handy geht auf Reisen... das große Alcatel Tagebuch...*“, entsteht zunächst für einen durchschnittlich aufmerksamen Zuhörer die Erwartungshaltung, es folge nun eine Geschichte, jedenfalls aber ein redaktioneller Programmteil. Diese Erwartungshaltung wird beim Zuhörer insbesondere auch noch dadurch verstärkt, dass nach den einleitenden Worten (gesprochen von einer weiblichen Stimme) wieder der Moderator der Sendung zu hören ist. Wovon der durchschnittliche Hörer in diesem Zusammenhang jedoch nicht ausgehen muss, ist der Umstand, dass vom Moderator der Sendung quasi schleichend die Vorzüge des Smartphones von Alcatel beworben werden. Im Verlauf des Beitrags eröffnet sich dem Zuhörer, dass es sich um ein Gewinnspiel handelt. Tatsächlich werden gegen Ende des Beitrags auch die konkreten Bedingungen genannt, etwa dass man sich an bestimmten, zuvor im Programm bekannt gegebenen Orten einfinden müsse, um dann das Alcatel Smartphone entgegen zu nehmen, und dass man diesfalls 24 Stunden des eigenen Lebens genau dokumentieren müsse bzw. auch jederzeit erreichbar sein müsse, um das Alcatel Smartphone am Ende zu gewinnen. Die Gestaltung des gegenständlichen Beitrags – etwa auch das Spannung erzeugende Musikbett – vermittelt insgesamt den Eindruck, es handle sich hierbei um redaktionelles Programm.

Somit hat die Privatrado Burgenland GmbH einerseits der Erwartungshaltung des Hörers entsprochen, eine „spannende Geschichte“ zu präsentieren und Informationen über die Teilnahmebedingungen des Gewinnspiels zu erhalten, andererseits auch gleichzeitig schleichend das neue Smartphone von Alcatel beworben, und hierdurch den durchschnittlichen Zuhörer über den tatsächlichen Werbezweck dieses Beitrags in die Irre geführt. Die Eignung des gegenständlichen Beitrags zur Irreführung des Zuhörers erschließt sich auch daraus, dass an anderer Stelle während der ausgewerteten Sendung – etwa gleich im Anschluss an den Hinweis um ca. 17:22 Uhr bzw. auch im Laufe des daran anschließenden Werbeblocks – ein werblich gestalteter Sponsorhinweis des Alcatel Smartphones für das Gewinnspiel präsentiert und hierbei auch vom redaktionellen Programm getrennt wird.

Die Privatrado Burgenland GmbH hat ihre Ausführungen zur vermuteten Schleichwerbung primär auf die Behauptung gestützt, dass lediglich Ausstattungsmerkmale des Gewinnspielpreises genannt würden und diese nicht geeignet seien, bislang uninformiertes oder unentschlossenes Publikum für den Erwerb gerade dieses Produktes zu gewinnen. Hierauf wurde bereits in Zusammenhang mit dem ersten Kriterium für den Tatbestand der Schleichwerbung Bezug genommen. Zur Irreführungseignung über den eigentlichen Werbezweck des gegenständlichen Beitrags nahm die Privatrado Burgenland GmbH nicht Stellung.

Es war somit die Verletzung des Verbotes der Schleichwerbung gemäß § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G festzustellen(vgl. Spruchpunkt 1.).

4.3. Zu Spruchpunkt 2.

Die Verpflichtung zur Veröffentlichung stützt sich auf § 26 PrR-G und die zur gleichlautenden Bestimmung des § 37 Abs. 4 ORF-G ergangene Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (vgl. VfSlg. 12.497/1990) und des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 15.09.2004, Zl. 2003/04/0045; vgl. auch BKS 24.09.2007, 611.001/0009-BKS/2007). Die Verpflichtung zur Erbringung eines Nachweises über die Veröffentlichung stützt sich auf § 22 Abs. 1 PrR-G (vgl. dazu VwGH 23.05.2007, Zl. 2006/04/0204).

Daher entscheidet die KommAustria auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung und trägt der Privatrado Burgenland GmbH auf, den Spruchpunkt 1. in der unter Spruchpunkt 2. angeführten Form binnen zehn Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides im Rahmen des von der Privatrado Burgenland GmbH ausgestrahlten Programms an einem Werktag zwischen 17:00 und 18:00 Uhr durch einen Programmansager verlesen zu lassen.

Die Wahl der Sendezeit der Veröffentlichung ergibt sich aus dem Umstand, dass die mit diesem Bescheid festgestellte Rechtsverletzung in diesem Zeitrahmen erfolgte, sodass es schon aus diesem Grunde geboten erscheint, die Entscheidung der KommAustria zu eben dieser Zeit zu veröffentlichen. Die Vorlage der Aufzeichnungen dient der Überprüfung der Erfüllung des Auftrags zur Veröffentlichung.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der Partei dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten.

Wien, am 15. März 2012

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

Privatradio Burgenland GmbH, z.Hd. Lambert Rechtsanwälte OG, Kärntner Ring 12, 1010 Wien, per **RSb**