

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat III, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden, dem Vorsitzenden-Stellvertreter Dr. Florian Philapitsch, LL.M. sowie dem weiteren Mitglied Mag. Michael Truppe über die Beschwerde der

1. KRONEHIT Radio BetriebsgmbH,
2. Radio Oberland GmbH,
3. Regionalradio Tirol GmbH,
4. Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG,
5. Antenne Kärnten Regionalradio GmbH & Co KG,
6. Vorarlberger Regionalradio GmbH,
7. Antenne "Österreich" und Medieninnovationen GmbH,
8. Radio Arabella GmbH,
9. Radio Eins Privatrado GmbH,
10. U1 Tirol Medien GmbH,
11. N & C Privatrado Betriebs GmbH,
12. Hit FM Privatrado GmbH
13. Superfly Radio GmbH
14. Life Radio GmbH & Co KG und der
15. RMS Radio Marketing Service GmbH,

alle vertreten durch die Dr. Michael Krüger Rechtsanwalt GmbH, Seilergasse 4/15, 1010 Wien, gegen den Österreichischen Rundfunk (ORF) wegen Verletzung des ORF-Gesetzes wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Auf Grund der Beschwerde stellt die KommAustria gemäß den §§ 35, 36 Abs. 1 Z 1 lit. c iVm § 1a Z 10 und § 16 Abs. 5 Z 4 des ORF-Gesetzes (ORF-G), BGBl. I Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 15/2012, fest, dass der Österreichische Rundfunk im Rahmen des Hörfunkprogramms „Ö3“ im Zeitraum vom 12.09.2011 bis 16.09.2011, jeweils zwischen 06:30 und 19:00 Uhr, die Bestimmung des § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G dadurch verletzt hat, dass er es unterlassen hat, Sendungen in denen das Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel“ der Österreichischen Lotterien ausgestrahlt wurde zu Sendungsbeginn und -ende eindeutig als Produktplatzierung enthaltende Sendungen zu kennzeichnen, um jede Irreführung des Konsumenten zu verhindern.

2. Der Antrag der Beschwerdeführer, die KommAustria möge dem ORF den Auftrag erteilen, die die Rechtsverletzung feststellende Entscheidung zu veröffentlichen, wird gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G als unzulässig zurückgewiesen.
3. Die KommAustria erkennt gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung und trägt dem ORF auf, den Spruchpunkt 1. binnen sechs Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides im Hörfunkprogramm „Ö3“ an einem Werktag (Montag bis Freitag) zwischen 07:00 und 12:00 Uhr sowie an einem weiteren Werktag zwischen 12:00 und 18:00 Uhr jeweils durch einen Programmansager in folgender Form verlesen zu lassen:

„Die Kommunikationsbehörde Austria hat im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über Rundfunkveranstalter festgestellt, dass der ORF dadurch, dass er es unterlassen hat, das im Zeitraum vom 12.09.2011 bis 16.09.2011 zur vollen Stunde zwischen 7:00 und 19:00 Uhr ausgestrahlte Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel“ der Österreichischen Lotterien eindeutig als Produktplatzierung zu kennzeichnen, das ORF-Gesetz verletzt hat.

Der KommAustria sind gemäß § 36 Abs. 4 ORF-G unverzüglich die Aufzeichnungen zum Nachweis der Erfüllung des Auftrages zur Veröffentlichung vorzulegen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

1.1. Beschwerde

Mit Schreiben vom 21.10.2011, bei der KommAustria am selben Tag eingelangt, erhoben die KRONEHIT Radio BetriebsgmbH, die Radio Oberland GmbH, die Regionalradio Tirol GmbH, die Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG, die Antenne Kärnten Regionalradio GmbH & Co KG, die Vorarlberger Regionalradio GmbH, die Antenne „Österreich“ und Medieninnovationen GmbH, die Radio Arabella GmbH, die Radio Eins Privatradio GmbH, die U1 Tirol Medien GmbH, die N & C Privatradio Betriebs GmbH, die Hit FM Privatradio GmbH, die Superfly Radio GmbH, die Life Radio GmbH & Co KG und die RMS Radio Marketing Service GmbH (in der Folge: die Beschwerdeführer), alle vertreten durch die Dr. Michael Krüger Rechtsanwalt GmbH Beschwerde gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a und c ORF-G gegen den ORF (in der Folge: der Beschwerdegegner) wegen Verletzung des Verbotes der Schleichwerbung gemäß § 13 Abs. 1 ORF-G iVm § 1a Z 7 ORF-G durch Ausstrahlung des Gewinnspiels „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“ in der Zeit vom 12.09.2012 bis 16.09.2011. In eventu machten die Beschwerdeführer geltend, dass bei Verneinung einer Irreführungseignung ungekennzeichnete Werbung vorliege.

1.1.1. Zur Beschwerdelegitimation

Die beschwerdeführenden Hörfunkveranstalter KRONEHIT Radio BetriebsgmbH, Radio Oberland GmbH, Regionalradio Tirol GmbH, Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG, Antenne Kärnten Regionalradio GmbH & Co KG, Vorarlberger Regionalradio GmbH, Antenne „Österreich“ und Medieninnovationen GmbH, Radio Arabella GmbH, Radio Eins Privatradio GmbH, U1 Tirol Medien GmbH, N & C Privatradio Betriebs GmbH, Hit FM Privatradio GmbH, Superfly Radio GmbH und Life Radio GmbH & Co KG brachten zu ihrer Beschwerdelegitimation im Wesentlichen vor, dass sie als private Hörfunkveranstalter in Österreich direkte Konkurrenten des Programms von Ö3 seien.

Die beschwerdeführende RMS Radio Marketing Service GmbH besorge den nationalen Werbezeitenverkauf der österreichischen Privatsender als Kommissionärin. Jede Erhöhung der Reichweite und des Marktanteils von Ö3 sei automatisch mit einer Reduktion der Reichweite und der Marktanteile der privaten Hörfunkveranstalter in Österreich und folglich mit Einbußen des Kommissionsentgeltes der RMS Radio Marketing Service GmbH verbunden.

Alle 15 Beschwerdeführer stünden daher mit dem Beschwerdegegner am Hörfunkwerbemarkt in direktem Wettbewerb.

Die inkriminierte Werbekampagne schädige die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführer. Die Gestaltung der Spots, die Nachhaltigkeit und Wucht sowie die Dauer der Kampagne würden einen Saugeffekt zugunsten des Programms von Ö3 und damit zulasten der Programme der beschwerdeführenden Privatradiounternehmen bewirken.

Die beanstandete Verletzung berühre die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführer erheblich (§ 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G). Die Beschwerdeführer würden aber auch unmittelbar geschädigt, weil die unlautere Geschäftspraktik des Beschwerdegegners Hörer der Beschwerdeführer ins Programm von Ö3 ziehe (§ 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G).

1.1.2. Zum Beschwerdevorbringen

Die Beschwerdeführer beantragten festzustellen, dass der Beschwerdegegner durch die Ausstrahlung des Gewinnspiels „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“ in der Zeit von 12.09.2012 bis 16.09.2011, gesendet 12 Mal täglich zu jeder vollen Stunde ab 7:00 Uhr vor den Ö3-Nachrichten mit weiterer Bewerbung nach den Nachrichten, gegen das Verbot der Schleichwerbung verstoßen habe. Weiters begeherten die Beschwerdeführer die Veröffentlichung des die Rechtsverletzung feststellenden Bescheides gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G.

Begründend führten die Beschwerdeführer aus, dass das Spiel in ein redaktionelles Umfeld im Programm von Ö3 eingebettet werde. Die Sendungsmoderatoren würden das Gewinnspiel mit launigen Dialogen und entsprechendem Wortwitz vorstellen. Es werde zunächst darauf verwiesen, dass ein Spiel der Österreichischen Lotterien vorliege. Betont werde, dass das Spiel exklusiv bei Ö3 stattfinde.

Der Hörer werde raffiniert zum Kauf von Lotteriescheinen animiert, weil er nicht wisse, dass die Ausspielung nur wenige Tage lang stattfinde und er davon ausgehen könne, durch den Kauf eines Lottoscheines eine weitere Gewinnchance durch das Spiel auf Ö3 zu erwerben. Selbst wenn der Hörer um die Kurzfristigkeit des Gewinnspiels Bescheid wissen sollte, er aber über keinen nicht mehr als sechs Wochen [Anm.: gemeint wohl sechs Monate] alten Lottoschein verfüge, werde er verleitet, unverzüglich einen Lottoschein zu erwerben, um am Gewinnspiel teilnehmen zu können.

Nach den Nachrichten werde der glückliche Gewinner im Programm von Ö3 vorgestellt. Er werde im O-Ton ins Programm einbezogen. Die jubelnden Gewinner, der dramaturgisch aufgezugene Ablauf des Gewinnspiels und die sonstigen Ingredienzien des Gewinnspiels seien geeignet, den Absatz des Verkaufs von Lotteriescheinen der Österreichischen Lotterien erheblich zu beflügeln. Die Grenzen zur Werbung, in diesem Fall durch die Irreführung über die bestehende Werbeabsicht Schleichwerbung, werde erheblich überschritten.

Die Sendung des Gewinnspiels verstoße daher gegen das Verbot der Schleichwerbung nach § 13 Abs. 1 ORF-G iVm § 1 Z 7 [Anm.: gemeint wohl § 1a Z 7] ORF-G. Werbeabsicht und Irreführungseignung lägen vor. Die Sendung solle den Absatz des Zahlenlottos steigern. Der

Sendungstitel in Verbindung mit dem Sendungsablauf (Teaser und Auflösung) und dem jeweils ausgespielten Preis sowie die untrennbare Verknüpfung des Preises mit dem kostenpflichtigen Bezug eines Lottoscheins würden schleichend die Grenzen zur Werbung überschreiten.

Die Absatzförderungsabsicht sei evident. Entgeltlichkeit liege vor, da die Gegenleistung der Lotterien in der Auszahlung der Gewinne von je EUR 5.000,- liege und Ö3 diese Tatsache als eigenen Erfolg verkaufen könne („das gibt es nur auf Ö3“). Die Irreführungseignung bestehe darin, dass die Sendung in ein redaktionelles Umfeld eingebettet werde. Sollte die Irreführungseignung zu verneinen sein, würde ungekennzeichnete Werbung vorliegen. Die Beschwerdeführer beantragten, der Beschwerde Folge zu geben.

Der Beschwerde wurden die Texte der auf der Website der Österreichischen Lotterien (http://www.win2day.at/gaming/LO_Lotto_OE3_Spielregeln) befindlichen Beschreibung der Spielregeln des Lotto-Zusatzzahlenspiels sowie der Bewerbung des Gewinnspiels auf der Website von Ö3 (<http://oe3.orf.at/promotion/stories/533791/>) beigelegt.

1.2. Stellungnahme des Beschwerdegegners

Mit Schreiben vom 31.10.2011 übermittelte die KommAustria dem Beschwerdegegner die Beschwerde und räumte ihm zugleich die Gelegenheit ein, binnen einer Frist von zwei Wochen zur Beschwerde Stellung zu nehmen. Ferner wurde der Beschwerdegegner zur Vorlage von Aufzeichnungen der im beschwerdegegenständlichen Zeitraum von 12.09.2012 bis 16.09.2011 zwischen 07:00 und 19:00 Uhr ausgestrahlten Sendungen aufgefordert.

Mit Schreiben vom 16.11.2011 nahm der Beschwerdegegner unter Vorlage der geforderten Aufzeichnungen zur Beschwerde Stellung. Die Stellungnahme wurde den Beschwerdeführern mit Schreiben vom 18.11.2011 übermittelt.

Der Beschwerdegegner stellte im Rahmen seiner Stellungnahme die Anträge, die Beschwerde der RMS Radio Marketing Service GmbH zurückzuweisen und ansonsten der Beschwerde keine Folge zu geben.

Darüber hinaus brachte der Beschwerdegegner zu den einzelnen Punkten der Beschwerde Folgendes vor:

1.2.1. Zur Beschwerdelegitimation der RMS Radio Marketing Service GmbH

Die Beschwerdelegitimation der RMS Radio Marketing Service GmbH (RMS) bezweifelte der Beschwerdegegner im Wesentlichen deshalb, weil es sich bei dieser Beschwerdeführerin um eine Vermarkterin von Werbezeiten österreichischer Privatrundfunkveranstalter handle, die – jedenfalls betreffend die inkriminierten Sendungen – nicht als unmittelbarer „Konkurrent“, d.h. als Rundfunkveranstalter, tätig sei. Aus dem Verhältnis der Bestimmungen zur Beschwerdelegitimation nach Z 1 lit. a und Z 1 lit. c sei abzuleiten, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung der Z 1 lit. c den Kreis der Beschwerdeberechtigten nicht auf bloß mittelbare Konkurrenten ausdehnen wollte, da ansonsten die Beschwerdelegitimation nach Z 1 lit. a keinen Anwendungsbereich mehr hätte und ein nicht abgrenzbarer Kreis von Beschwerdeberechtigten (Werbeagenturen, Werbemittelverteiler, Plakatunternehmen, u.s.w.) mit der Behauptung einer mittelbaren Beeinträchtigung beschwerdelegitimiert wäre.

Mitbewerber seien insbesondere die privaten Hörfunkveranstalter (für die RMS tätig werde), nicht aber deren Vermarkter von Werbezeiten, mag dieser auch (nur nebenrangig oder hauptsächlich) für Hörfunkveranstalter tätig werden. Die Beschwerdelegitimation iSd § 36 Abs 1 Z 1 lit. c ORF-G sei somit nicht gegeben. Hinsichtlich § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G lägen die Voraussetzungen ebenfalls nicht vor, zumal von einer „unmittelbaren“ Schädigung

im Sinne dieser Bestimmung keine Rede sein könne. Die Beschwerdelegitimation der übrigen Beschwerdeführer wurde nicht bestritten.

1.2.2. Inhaltliches Vorbringen des Beschwerdegegners

In inhaltlicher Hinsicht entgegnete der Beschwerdegegner, dass es sich bei dem Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“ um zulässige Produktplatzierung gemäß § 1a Z 10 iVm § 16 ORF-G handle, wobei die einzelnen Sendungen, die die Produktplatzierung enthielten, ordnungsgemäß am Anfang und am Ende durch ein akustisches Signal gekennzeichnet worden wären. Das Spiel selbst sei von den Österreichischen Lotterien im Rahmen ihrer Glücksspielkonzession nach Maßgabe des Glücksspielgesetzes veranstaltet und (teilweise) im Programm von Ö3 – in den Sendungen Ö3 Wecker, Ö3 Vormittagsshow, Ö3 Heute, Ö3 Hörerplaylist und Ö3 Dabei – ausgestrahlt worden.

Nach § 14 Abs. 5 letzter Satz ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 hätte die „mediale Unterstützung“ (wie zum Beispiel im Rahmen der Ausstrahlung der „Lottoziehung“) gemäß § 17 Abs. 7 des Glücksspielgesetzes nicht als verbotene Produktplatzierung gegolten. In der geltenden Fassung des ORF-G sei eine explizite Ausnahme hierfür nicht mehr enthalten, da § 16 Abs. 3 ORF-G nun eine generelle Ausnahme vom Verbot der Produktplatzierung in § 16 Abs. 1 ORF-G z.B. für Sendungen der leichten Unterhaltung festlege. Als „Sendung“ sei aufgrund der ausdrücklichen Regelung des § 1a Z 5 lit. b ORF-G auch eine Sendung in Hörfunkprogrammen zu verstehen.

Sämtliche Sendungen, in denen das Gewinnspiel durchgeführt worden sei, seien als Sendungen der leichten Unterhaltung iSd § 16 Abs. 3 ORF-G zu qualifizieren: Sie würden sich dadurch auszeichnen, dass bei ihnen unterhaltende Elemente klar im Vordergrund stünden. Produktplatzierung in den genannten Sendungen sei daher gemäß § 16 Abs. 3 ORF-G zulässig.

Nach ständiger Entscheidungspraxis, welche nach dem Vorbringen des Beschwerdegegners auch für die insofern unveränderte Rechtslage herangezogen werden könne, sei die Präsentation von Preisen im Rahmen eines Gewinnspiels im redaktionellen Programm insoweit zulässig, als nicht die Darstellung insgesamt geeignet sei, bislang uninformierte oder unentschlossene Zuseher für den Erwerb von Produkten oder Dienstleistungen zu gewinnen. Unzulässig seien daher eine übermäßige Nennung des den Preis stiftenden Unternehmens, ein übermäßiges Herausstreichen seines Waren- oder Leistungsangebots oder aufdringliche Kaufaufforderungen.

Der Beschwerdegegner führte weiters aus, dass die Durchführung eines Gewinnspiels im Programm an sich bisher nie problematisiert, geschweige denn als Werbung oder Schleichwerbung qualifiziert worden sei. Würde man der Logik der Beschwerdeführer folgen, müsste man zum Schluss kommen, dass jedes Gewinnspiel dazu „verleite, daran teilzunehmen“ und insofern immer werblich wäre.

Bei der konkreten programmlichen Durchführung des gegenständlichen Gewinnspiels seien – gemäß dem weiteren Vorbringen – die Grenzen zur Werbung nicht überschritten und die diesbezüglichen Anforderungen des § 16 Abs. 5 Z 2 und 3 ORF-G eingehalten worden:

Die redaktionelle Aufmachung und programmliche Einbettung des Gewinnspiels befände sich innerhalb der Grenzen der zulässigen Produktplatzierung. Sämtliche Moderatoren der Sendungen, in denen das Gewinnspiel durchgeführt worden sei, hätten sich in ihrer Wortwahl auf den Inhalt des Gewinnspiels beschränkt und keine wie auch immer gearteten Ausführungen getroffen, die geeignet gewesen wären, den durchschnittlichen Hörer dazu zu bewegen, Dienstleistungen der Österreichischen Lotterien in Anspruch zu nehmen. So habe keine Erwähnung des Leistungsangebots der Österreichischen Lotterien oder eine werbliche

Hervorhebung desselben stattgefunden. Auf die Lotterien sei lediglich am Beginn und am Ende einer Spielrunde, im Zuge der Erwähnung des Gewinns und im Ankündigen des Spiels hingewiesen worden. Spezielle verkaufsfördernde Hinweise iSd § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G seien nicht gemacht worden. Irgendwelche „Produkte“ der Lotterien seien ebenso wenig zu stark herausgestellt worden.

Im Übrigen sei nach den Entscheidungen des Bundeskommunikationssenates (BKS) gar nicht zu verlangen, dass Gewinne immer sachlich nüchtern im Stil von Nachrichtenmeldungen erwähnt werden müssten – sie dürften durchaus auch mit Superlativen angekündigt werden. Völlig fehl gingen die Beschwerdeführerinnen, wollten sie davon ausgehen, dass die Grenze zur Werbung durch eine Irreführungseignung überschritten würde. Unter Beifügung einer exemplarisch transkribierten Spielrunde vom 13.09.2011, ca. 16:00 Uhr, erklärte der Beschwerdegegner zusammenfassend, dass keine Aussagen getroffen worden seien, die als typisch werbliche Gestaltungsmerkmale insgesamt dazu geeignet wären, bislang uninformierte oder unentschlossene Hörer für den Erwerb von Produkten oder Dienstleistungen des produktplatzierenden Unternehmens zu gewinnen.

Eine etwaige Absatzförderung fände auch nicht durch eine untrennbare Verknüpfung zwischen dem unmittelbaren Erwerb von Lottoscheinen und der Teilnahme am Gewinnspiel statt, da bis zu sechs Monate alte Lottoquittungen zur Teilnahme berechtigen würden und darauf in den inkriminierten Sendungen und veröffentlichten Teilnahmebedingungen hingewiesen worden sei. Aus diesem Grund bestehe auch kein mittelbarer Zwang zum Erwerb von Lottoscheinen eigens für die Teilnahme am verfahrensgegenständlichen Gewinnspiel. Insofern könne dahingestellt bleiben, ob eine solche Verknüpfung – ohne jegliche werbliche Bezugnahme – überhaupt unzulässig wäre.

Mangels Werblichkeit der vorliegenden Produktplatzierung sei die Frage des Vorliegens einer Irreführungseignung nicht entscheidungserheblich, da zur Erfüllung des Tatbestandes der Schleichwerbung beide Merkmale erfüllt sein müssten. Da das beschwerdegegenständliche Lotto-Gewinnspiel den Tatbestand der Werblichkeit nicht erfülle, könne auch kein Verstoß gegen das Schleichverbot nach § 13 Abs. 1 ORF-G oder das Trennungsgebot nach § 14 Abs. 1 ORF-G vorliegen.

Ungeachtet des Umstandes, dass das Vorliegen einer Irreführungseignung mangels Werblichkeit nicht beurteilt zu werden brauche, läge eine solche gar nicht vor. Weder würden die Hörer über den kommerziellen Zweck des Gewinnspiels im Unklaren gelassen, noch sei eine sonstige Irreführung der Hörer zu befürchten:

Im Programm von Ö3 werde klar offengelegt, dass die Österreichischen Lotterien das Gewinnspiel veranstalten würden, das (teilweise) in Ö3 ausgestrahlt werde. Im Rahmen eines Gewinnspiels, dessen Preis von einem Unternehmen zur Verfügung gestellt bzw. ausgespielt werde, und dieser Umstand offengelegt werde, sei eine Irreführungseignung nahezu denkunmöglich. Konsequenterweise gäbe es auch keinen Fall, in dem von den Regulierungsbehörden festgestellt worden wäre, dass bei einem Gewinnspiel, das die Grenze zur Werbung überschritten hätte, auch Irreführungseignung – und somit Schleichwerbung – vorliegen würde.

Die Hörer würden auch sonst nicht in „irreführender Weise“ dazu verleitet, einen Lottoschein zu erwerben, der in Wahrheit gar nicht teilnahmeberechtigt sei (wobei die Hörer – so der Beschwerdegegner unter Hinweis auf seine bisherigen Ausführungen – gar nicht dazu verleitet würden, einen Lottoschein überhaupt zu erwerben). Nur eine solche Irreführung von kommerzieller Kommunikation wäre am Maßstab des § 13 Abs. 3 Z 6 ORF-G zu problematisieren.

Wenn die Beschwerdeführerinnen wiederholt darauf verweisen, dass die Durchführung des Gewinnspiels „exklusiv“ im Programm von Ö3 angeboten worden sei, würden sie damit kein

Zu widerhandeln gegen die Bestimmungen zur kommerziellen Kommunikation aufzeigen. Ein Verweis auf ein „exklusives“ Gewinnspiel im Programm Ö3 könnte allenfalls nur dann problematisiert werden, würde sich der Beschwerdegegner entgegen § 2 Abs. 4 ORF-G für eine unbegrenzte Laufzeit verpflichten, um ausschließlich von den Österreichischen Lotterien veranstaltete Spiele zum Gegenstand von Produktplatzierung aus dem Bereich der Glücksspielveranstaltung zu machen.

1.3. Replik der Beschwerdeführer

Mit Schreiben vom 22.11.2011 übermittelten die Beschwerdeführer eine Replik zur Stellungnahme des Beschwerdegegners. Die Replik wurde dem Beschwerdegegner mit Schreiben vom 1.12.2012 übermittelt. Die Beschwerdeführer führten in Erwiderung der Stellungnahme des Beschwerdegegners Folgendes aus:

1.3.1. Zur Beschwerdelegitimation der RMS Radio Marketing Service GmbH

Nach der Entscheidungspraxis des BKS sei ein „geschütztes“ Wettbewerbsverhältnis nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G dann anzunehmen, wenn sich das beschwerdeführende Unternehmen am selben oder auf einem vor- oder nachgelagerten Markt in einer Wettbewerbssituation zum ORF oder seiner Tochterunternehmen befände (BKS vom 25.9.2006, 611.933/006-BKS/2006). Die RMS Radio Marketing Service GmbH stehe in einem direkten Wettbewerbsverhältnis zur exklusiven Werbezeitenvermarkterin des ORF, der ORF Enterprise GmbH & Co KG. Die RMS Radio Marketing Service GmbH und die ORF Enterprise GmbH & Co KG stünden auf ein und demselben Markt – dem Markt der Hörfunkwerbung – in unmittelbarem Wettbewerb. Die Beschwerdelegitimation liege daher vor.

Auch in inhaltlicher Hinsicht hielten die Beschwerdeführer an ihren Ausführungen fest und legten ergänzend Folgendes dar:

1.3.2. Zum Einwand der fehlenden Werbeabsicht

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH sei für das Vorliegen von Werbung entscheidend, ob die Äußerung bzw. Darstellung insgesamt geeignet sei, das bislang uninformierte oder unentschlossene Publikum für den Erwerb dieses Produkts (Waren, Dienstleistungen) zu gewinnen, sodass auf das Ziel der Darstellung, nämlich den Absatz dieser Produkte zu fördern, geschlossen werden könne (z.B. Zl. 2009/03/0172, Zl. 2011/03/0014).

Die Aufbereitung des Gewinnspiels sei schon deshalb werblich, weil es seiner Gestaltung nach darauf angelegt sei, Zuhörer in die nächstgelegene Trafik zu treiben, um am Gewinnspiel teilnehmen zu können. Der Einwand des Beschwerdegegners, auch alte Lottoscheine könnten verwendet werden, sodass eine Koppelung des Erwerbs eines neuen Lottoscheins an die Teilnahme am Gewinnspiel ausscheide, sei schlicht unrichtig, da nicht jeder Zuhörer des Programms von Ö3, der am Gewinnspiel teilnehmen möchte, auch Inhaber eines nicht älter als sechs Monate alten Lottoscheins sei.

Der Beschwerdegegner übersehe in seiner Argumentation auch geflissentlich, dass üblicherweise alte Lottoscheine nicht archiviert würden, sondern ins Altpapier kämen, also physisch nicht vorhanden wären.

Die Werbeabsicht sei im vorliegenden Fall besonders augenscheinlich, weil die Österreichischen Lotterien mit den zur Verfügung gestellten Preisen von insgesamt EUR 300.000,- für 60 Ausspielungen ein besonders hohes Entgelt für die konkrete „Sonderwerbform“ entrichtet hätten. Der Beschwerdegegner habe sich in der Zurverfügungstellung der Preise durch die Österreichischen Lotterien den Aufwand erspart,

selbst für die Auszahlung der Gewinne von je EUR 5.000,- zu sorgen. Die Werbeabsicht läge daher gemäß § 1a Z 7 ORF-G infolge erwiesener Entgeltlichkeit der Werbung zwingend vor.

1.3.3. Zum Einwand der fehlenden Irreführung

Der Beschwerdegegner gestehe implizit die Irreführungseignung über die objektiv bestehende Werbeabsicht zu, da ihm daran gelegen wäre, das Gewinnspiel als Nichtwerbung zu tarnen. Nicht anders könne das beharrliche Bestreiten der Werbeabsicht interpretiert werden.

Die Sendung werde nicht als Werbesendung gekennzeichnet. Die Sendung sei redaktioneller Bestandteil der jeweiligen Sendung. Die Irreführungseignung ergäbe sich besonders auch durch die Tatsache, dass der durchschnittliche Zuhörer nicht davon ausgehe, von den bekannten jeweiligen Sendungsmoderatoren mit kommerzieller Werbung konfrontiert zu werden.

Die Kriterien der Schleichwerbung (Werbeabsicht und Irreführungseignung) lägen vor.

1.4. Stellungnahme des Beschwerdegegners

Mit Schreiben vom 23.12.2011 übermittelte der Beschwerdegegner eine weitere Stellungnahme zur Replik der Beschwerdeführer. Diese Stellungnahme wurde den Beschwerdeführern mit Schreiben vom 27.12.2012 übermittelt.

1.4.1. Zur Beschwerdelegitimation der RMS Radio Marketing Service GmbH

Der Beschwerdegegner führte ergänzend aus, dass die von den Beschwerdeführerinnen zitierte Entscheidung des BKS vom 25.09.2006, 611.933/0006-BKS/2006, mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar sei und gerade umgekehrt zeige, dass die Beschwerdelegitimation der RMS Radio Marketing Service GmbH nicht vorliege.

Im zitierten Fall habe es sich bei den Beschwerdeführerinnen um Unternehmen gehandelt, die sich gegen einen behaupteten Verstoß des ORF und der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG (ORS) gegen den Unternehmensgegenstand gewendet hätten, wobei die Unternehmen selbst Übertragungsleistungen erbracht bzw. für Dritte angeboten haben. Zwischen der ORS und den Beschwerdeführern sei ein unmittelbares Wettbewerbsverhältnis gemäß § 36 Abs. 6 Z 1 lit. d ORF-G a.F. angenommen und die Beschwerdelegitimation bejaht worden. Die Beschwerde gegen den ORF sei mangels Passivlegitimation des ORF zurückgewiesen worden.

Im hier vorliegenden Fall sei aber keine Verletzung von Bestimmungen des ORF-G behauptet worden, die die Vermarktung von Werbung regeln würde. Insofern gehe das Vorbringen der Beschwerdeführer, dass zwischen der RMS und der ORF Enterprise GmbH & Co KG ein unmittelbares Wettbewerbsverhältnis bestehe, ins Leere. Selbst wenn eine solche Verletzung behauptet worden wäre, sei nach dem Vorbringen der Beschwerdeführer die ORF Enterprise GmbH & Co KG – und nicht der Beschwerdegegner – passivlegitimiert.

Auch in inhaltlicher Sicht hielt die Beschwerdegegnerin an ihren Ausführungen fest und legte ergänzend dar:

1.4.2. Zur fehlenden Werbeabsicht

Zur fehlenden Werbeabsicht verwies der Beschwerdegegner auf die ständige Rechtsprechung des VwGH, die beim Tatbestandsmerkmal der Werbeabsicht primär am objektiven Moment der Eignung zur Absatzförderung anknüpfe, bevor untersucht werde, ob diese Eigenschaft auch (subjektiv) beabsichtigt gewesen sei. Umgekehrt würde dies

bedeuten, dass eine Botschaft, der es schon objektiv – vom Standpunkt des Durchschnittsehers (-hörers) aus – an der Eignung fehle, einen Erwerbsentschluss zu fördern, weder den Tatbestand der Werbung noch jenen der Schleichwerbung erfülle, welche Absicht auch immer mit ihrer Sendung verbunden wäre.

Weiters sei – so der Beschwerdegegner unter Hinweis auf seine bisherige Ausführungen – die Gestaltung des Gewinnspiels nicht werblich, da keine Aussagen getroffen worden seien, die als typisch werbliche Gestaltungsmerkmale insgesamt dazu geeignet gewesen wären, bislang uninformierte oder unentschlossene Hörer für den Erwerb von Produkten oder Dienstleistungen des produktplatzierenden Unternehmens zu gewinnen. Insofern sei die Argumentation der Beschwerdeführerinnen, dass alte Lottoscheine nicht archiviert werden würden, unerheblich. Dennoch werde angemerkt, dass die Argumentation der Beschwerdeführerinnen der allgemeinen Lebenserfahrung widerspreche, da Lottoscheine gerade nicht immer sofort nach der Ziehung kontrolliert und entweder [für den Fall eines Gewinns] sofort eingelöst oder [für den Fall keines Gewinns] sofort weggeworfen würden, sondern selbst bei penibler „Ausmistung“ etwa der Geldbörse jedenfalls einige Zeit aufbewahrt werden würden.

Die Höhe der ausgespielten Preise bzw. was sich der Beschwerdegegner durch die Zurverfügungstellung der Preise an Aufwand erspare, sei für die Werbeabsicht völlig irrelevant. Lediglich die Frage, ob überhaupt Produktplatzierung iSd § 1a Z 10 erster Satz ORF-G vorliege – was nicht bestritten werde – sei vom bedeutenden oder unbedeutenden Wert der Preise abhängig (§ 1a Z 10 ORF-G). Eine „Obergrenze“ des zulässigen Werts von Preisen für Produktplatzierungen sei dem ORF-G nicht zu entnehmen.

1.4.3. Zur fehlenden Irreführung

Gänzlich neu sei die Ansicht der Beschwerdeführerinnen, dass die objektiv fehlende Werblichkeit einer Äußerung eine Irreführungseignung indiziere bzw. impliziere. Dass der Beschwerdegegner mit dem Bestreiten der objektiven Werblichkeit daher eine Irreführungseignung zugestehen würde, sei falsch und könne an der ständigen Rechtsprechung nichts ändern: Eine Irreführungseignung sei nur dann zu beurteilen, wenn auch die „Grenze zur Werbung“ überschritten werde, was vorliegend nicht der Fall sei.

1.5. Auftrag zur ergänzenden Sachverhaltsdarstellung an den Beschwerdegegner

Mit Schreiben vom 23.04.2012 trug die KommAustria dem Beschwerdegegner zur ergänzenden Sachverhaltsfeststellung eine Gesamtdarstellung der Einnahmen aus der für die Durchführung des Gewinnspiels verwendeten Telefonnummer „0821 600 600“ sowie die Vorlage des Kooperationsvertrages mit den Österreichischen Lotterien auf.

Mit Schreiben vom 02.05.2012 ersuchte der Beschwerdegegner um Fristerstreckung bis zum 11.05.2012, welche von der KommAustria telefonisch bewilligt wurde.

Mit Schreiben vom 11.05.2012, am 14.05.2012 bei der KommAustria eingelangt, erstattete der Beschwerdegegner eine Stellungnahme. Zur geforderten Vorlage der Vereinbarung des Beschwerdegegners mit den Österreichischen Lotterien führte der Beschwerdegegner – allerdings ohne Vorlage derselben – aus, dass diese (wörtlich) die „*Produktplatzierung*“ regle, wobei die Leistung des Beschwerdegegners (wörtlich) in der „*namentlichen Einbindung*“ des Vertragspartners im Hörfunkprogramm Ö3 bestanden habe. Die Bereitstellung des Preisgeldes sei ausschließlich durch die Österreichischen Lotterien erfolgt, die Gewinne seien von diesen direkt an die Gewinner ausgeschüttet worden. Darüber hinaus sei in der Vereinbarung festgehalten worden, dass „*das Gewinnspiel von 5. bis 11.09.2011 mit insgesamt 30 Ö3-Items angekündigt werden solle. Während des Spiels von 12. bis 16.09.2011 sollten zwischen 07:00 und 19:00 Uhr 12 Ö3-Items pro Spieltag eingesetzt werden. [...] Das habe 60 Ö3-Items während der Spieldurchführung ergeben. Die*

Österreichischen Lotterien würden pro Item jeweils mindestens einmal namentlich eingebunden werden.“

Weiters sei festgehalten worden, dass „die ORF Enterprise GmbH & Co KG, der ORF oder sonstige Dritte jedenfalls keine Gewinne aus der für die Gewinnspielteilnahme notwendigen Inanspruchnahme einer entgeltpflichtigen Telefonnummer lukrieren. Das von den Anrufern zu entrichtende Entgelt gelte lediglich die Nutzung der technischen Infrastruktur ab, sodass es sich um eine unentgeltliche Ausspielung des Vertragspartners handele.“

Die für die Durchführung des Gewinnspiels "Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3" eingerichtete Rufnummer lautete 0821 600 600. Bei Rufnummern des Bereichs 0821 handele es sich um Rufnummern für Dienste mit geregelter Entgeltobergrenze (§§ 80 ff Kommunikationsparameter-, Entgelt- und Mehrwertdienstverordnung, kurz KEM-V). Dienste in den Bereichen 800, 810, 820 und 821 seien gemäß § 85 KEM-V zielnetztarifiert, womit ein Entgelt für alle Teilnehmer unabhängig vom jeweiligen Quellnetz – also unabhängig davon, ob ein Teilnehmer per Festnetz oder Mobilfunk anruft, wer der Betreiber ist und welcher konkrete "Handy-Tarif" vereinbart ist – gelte. Angesichts des verordnungsmäßig festgelegten Maximalentgelts von EUR 0,20 (§ 85 Abs. 4 KEM-V) sei Hintergrund der Verwendung dieser Rufnummer das zeitgemäße Anbieten einer Anrufmöglichkeit zum Ortstarif.

Nach der ursprünglich abgeschlossenen Vertragskonstruktion sei vorgesehen gewesen, dass dem Beschwerdegegner im Ergebnis Kosten von jedenfalls EUR 0,03 pro Anruf entstehen. Diese wurde mit dem Ziel der Kostenneutralität angepasst.

Mit Schreiben vom 16.05.2012 übermittelte die KommAustria diese Stellungnahme des Beschwerdegegners den Beschwerdeführern zur Kenntnis.

1.6. Neuerliche Stellungnahme der Beschwerdeführer

Mit Schreiben vom 21.05.2012 erstatteten die Beschwerdeführer Stellungnahme zu der dem Beschwerdegegner aufgetragenen ergänzenden Sachverhaltsdarstellung. Darin wiesen die Beschwerdeführer zunächst darauf hin, dass der Beschwerdegegner die Aufforderung der KommAustria, die Vereinbarung mit den Österreichischen Lotterien und eine Gesamtdarstellung der Einnahmen aus der für das Gewinnspiel verwendeten Rufnummer 0821 600 600 vorzulegen, ignoriert habe.

Der Inhalt der Stellungnahme des Beschwerdegegners sei – wohlwollend ausgedrückt – nebulos. So werde eine ursprüngliche Vertragskonstruktion mit einer angeblichen Kostenobergrenze für den Beschwerdegegner von EUR 0,03 pro Anruf angesprochen, die dann angeblich mit dem Ziel der Kostenneutralität angepasst worden wäre. In welcher Form diese Anpassung tatsächlich erfolgt sei, bleibe im Dunkeln. Besser noch als Angaben für eine angeblich frühere Vertragsvariante wäre noch die vollständige Darstellung der tatsächlichen Vereinbarung des Beschwerdegegners mit den Österreichischen Lotterien samt Vorlage aller schriftlichen Verträge gewesen. Unstrittig sei aber jedenfalls die Tatsache, dass laut der Verlautbarung des Beschwerdegegners in der Bewerbung des Gewinnspiels und der Dienstleistungen der Österreichischen Lotterien jeder Anruf EUR 0,20 gekostet habe.

Der Beschwerdegegner biete für sein diffuses Vorbringen die Einvernahme eines Bakk. Phil. Albert Malli an. Zum Beweis der Werbeabsicht des Beschwerdegegners zugunsten der Dienstleistungen der Österreichischen Lotterien, des Inhaltes des Vertrags mit den Österreichischen Lotterien, der diese Werbeabsicht trage und der bestehenden Entgeltlichkeit sowie zum Beweis der (hohen) Einnahmen des Beschwerdegegners aus den Telefonanrufen als teilweises Entgelt des Beschwerdegegners für die Werbung zugunsten der von den Österreichischen Lotterien offerierten Dienstleistungen, beantragten die Beschwerdeführer die Einvernahme dieses Zeugen.

Weiters beantragten die Beschwerdeführer, dem Beschwerdegegner ein weiteres Mal und den Österreichischen Lotterien erstmals die Vorlage aller dem Gewinnspiel zugrunde liegenden Vereinbarungen aufzutragen und den erwähnten Zeugen nach Vorlage der Vereinbarungen darüber zu befragen, ob diese vollständig seien.

Mit Schreiben vom 24.05.2012 übermittelte die KommAustria diese Stellungnahme dem Beschwerdegegner zur Kenntnis.

2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

2.1. Beschwerdeführer und Beschwerdegegner

Die KRONEHIT Radio BetriebsgmbH, die Radio Oberland GmbH, die Regionalradio Tirol GmbH, die Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG, die Antenne Kärnten Regionalradio GmbH & Co KG, die Vorarlberger Regionalradio GmbH, die Antenne "Österreich" und Medieninnovationen GmbH, die Radio Arabella GmbH, die Radio Eins Privatradio GmbH, die U1 Tirol Medien GmbH, die N & C Privatradio Betriebs GmbH, die Hit FM Privatradio GmbH, die Superfly Radio GmbH und die Life Radio GmbH & Co KG sind jeweils Inhaberinnen von Zulassungen zur Veranstaltung von privatem Hörfunk nach dem Privatradiogesetz, BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010. Als solche betreiben die Beschwerdeführer für die Dauer ihrer Zulassung selbstständige und wirtschaftlich tätige Hörfunkunternehmen, die mit dem Rundfunkunternehmen des Beschwerdegegners, bzw. dem Hörfunkprogramm Ö3, auf dem Hörer-, wie auch dem Werbemarkt im Wettbewerb stehen.

Die RMS Radio Marketing Service GmbH ist eine zu FN 170502p beim HG Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien und besorgt als Vermarkterin von Werbezeiten der österreichischen Privatradios für diese den Werbezeitenverkauf. Die RMS Radio Marketing Service GmbH betreibt auf Dauer ein selbstständig und wirtschaftlich tätiges Unternehmen.

Der Beschwerdegegner ist gemäß § 1 Abs. 1 iVm Abs. 2 ORF-G eine Stiftung des öffentlichen Rechts, deren Zweck die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages gemäß den §§ 3 bis 5 ORF-G darstellt. Der ORF veranstaltet gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 ORF-G unter anderem, drei österreichweit empfangbare Programme des Hörfunks, darunter auch Ö3.

2.2. Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“

Die KommAustria forderte vom Beschwerdegegner Aufzeichnungen der im beschwerdegegenständlichen Zeitraum vom 12.09.2011 bis zum 16.09.2011, jeweils zwischen 07:00 und 19:00 Uhr ausgestrahlten Sendungen an. Die vom Beschwerdegegner vorgelegten Mitschnitte umfassen den Zeitraum vom 11.09.2011, ab ca. 00:36 Uhr bis zum 17.09.2011, ca. 01:37 Uhr.

Die Auswertung der vorgelegten Aufzeichnungen hat folgendes Bild ergeben:

In der Zeit vom 12.09.2011 bis zum 16.09.2011 wurde täglich 12 Mal, jeweils zur vollen Stunde ab 07:00 Uhr vor den Ö3-Nachrichten und im Anschluss an diese nach den Wettermeldungen und dem Verkehrsservice das Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“ ausgestrahlt. Das Gewinnspiel läuft im Wesentlichen in zwei Etappen ab, wobei der erste Teil vor den Nachrichten zur vollen Stunde stattfindet, in welchem die Ziehung der Zusatzzahl präsentiert und der Hörer zur Teilnahme am

Gewinnspiel animiert wird. Dies geschieht zudem im Rahmen mehrerer Ankündigungen während des Programms. Im zweiten Teil, welcher im Anschluss an die Nachrichten zur vollen Stunde bzw. nach dem Wetter- und dem Verkehrsservice ausgestrahlt wird, erfolgt die eigentliche Ausspielung des Preises bzw. die Ermittlung des jeweiligen Gewinners. Der 33-igste Anrufer mit der richtigen Zusatzzahl wird dabei in die Sendung geschaltet.

Eine typische Sendestunde im Hörfunkprogramm Ö3 beginnt mit einer Nachrichtensendung zur vollen Stunde, gefolgt von Wettermeldungen und dem Verkehrsservice, welches zum Teil als eigene Patronanzsendung gestaltet wird. Hiernach folgt moderiertes Musikprogramm, welches nach etwa zwanzig Minuten durch einen Werbeblock unterbrochen wird. Zur halben Stunde wird – jedenfalls während der Morgensendungen – die laufende Sendestunde durch Wetter- und Verkehrsmeldungen sowie Schlagzeilen unterbrochen. Hierauf folgt neuerlich moderiertes Musikprogramm, welches kurz vor Ende der Sendestunde nochmals durch einen Werbeblock oder einen Singlespot unterbrochen wird. Kurz darauf folgen die nächsten Nachrichten zur vollen Stunde.

Im Folgenden werden exemplarisch die Sendestunden zur Spielrunde am 12.09.2011 um 07:00 Uhr sowie zur Spielrunde am 15.09.2011 um 12:00 Uhr transkribiert. Darüber hinaus werden Beginn und Ende – soweit für das gegenständliche Verfahren relevant – der Sendeflächen dargestellt, in denen diese Spielrunden stattfinden; dies sind im gegebenen Fall der Ö3 Wecker, die Ö3 Vormittagsshow sowie Ö3 Heute:

Zur Spielrunde am 12.09.2011 um 07:00 Uhr

Am Montag, dem 12.09.2011, erfolgte rund um 07:00 Uhr die erstmalige Ausstrahlung des Gewinnspiels, somit im Rahmen des Ö3 Wecker. Der Ö3 Wecker wird von Montag bis Freitag zwischen 05:00 und 09:00 Uhr gesendet, wobei jeweils zur vollen Stunde Ö3-Nachrichten mit anschließendem Wetter- und Verkehrsservice ausgestrahlt werden und jeweils zur halben Stunde Verkehrs- und Wettermeldungen mit anschließenden Schlagzeilen bzw. Nachrichten.

Im Anschluss an die Nachrichten um 05:00 Uhr werden Wettermeldungen gesendet, gefolgt von dem bekannten, schrillen Signalton für die Verkehrsinformationen. Nach den Verkehrsinformationen ist bei aufmerksamem Zuhören ein akustisches Signal wahrzunehmen, das aus zwei knapp aufeinander folgenden Tönen bzw. einer Tonfolge besteht, unmittelbar gefolgt von der – ebenfalls bekannten – Signation für den Ö3 Wecker, in diesem Fall mit Moderator Robert Kratky. Ein eindeutiger Hinweis darauf, dass im Rahmen der folgenden Sendung Produktplatzierung eingebunden ist, erfolgt nicht.

Wie bereits angeführt, erfolgte die erstmalige Ausstrahlung des Gewinnspiels am 12.09.2011 in der Sendestunde zwischen 06:00 und 07:00 Uhr. Im Anschluss an die Ö3-Nachrichten um 06:00 Uhr folgen die Wettermeldungen und darauf die Verkehrsinformationen, welche mit dem bekannten, schrillen Pfeifton angekündigt werden. Nach den Verkehrsinformationen startet unmittelbar die Signation des Ö3 Wecker, wobei man bei aufmerksamem Zuhören im Rahmen der Signation den schrillen Pfeifton zur Kennzeichnung des Endes der Verkehrsinformationen heraus hören kann. Ein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der nun folgenden Sendung Produktplatzierung stattfindet, erfolgt nicht. Ein der Tonfolge um kurz nach 05:00 Uhr vergleichbares akustisches Signal ertönt nicht. Nach einer Moderation zum Thema Schulanfang und der Einspielung eines Kurzinterviews mit einer Volksschülerin zu ihrem Lieblingsunterrichtsfach, geht der Moderator der Frage nach den Lieblingschulfächern der Österreicher nach und leitet danach zum ersten Musiktitel über.

Ein paar Minuten vor halb sieben bzw. kurz vor 06:30 Uhr ist ein kurzes „Pling“ zu hören und es folgt ein Werbeblock. Im Anschluss an den Werbeblock um kurz vor 06:30 Uhr wird das Programm unmittelbar mit einer Folge der Ö3 Wecker Comedyserie „Die Schulerinnerungen unserer Spitzenpolitiker“ fortgesetzt, gefolgt von Musik.

Um ca. 06:31 Uhr kündigt der Moderator die Schlagzeilen zur halben Stunde an, wobei kurz darauf ein „Pling“ ertönt und ein Singlewerbespot für die Tageszeitung „Österreich“ eingespielt wird. Danach ertönt neuerlich ein „Pling“ und es folgen nach kurzer Ankündigung die Verkehrsmeldungen mit Sandra König. Nach den Verkehrsinformationen, den Wettermeldungen und den Schlagzeilen ist um ca. 06:34 Uhr unmittelbar eine Frauenstimme mit den folgenden Worten zu hören: *„Noch einmal die Gewinnzahlen in ansteigender Reihenfolge: 13, 16, 18, 33, 36, 38 und die Zusatzzahl ist 35.“* Im Hintergrund ist die Erkennungsmelodie für die Lottoziehung zu hören. Ein der Tonfolge um kurz nach 05:00 Uhr vergleichbares akustisches Signal ertönt im Anschluss an die Schlagzeilen nicht. Ebenso wenig erfolgt ein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der folgenden Sendung Produktplatzierung stattfinden wird.

Mit Hintergrundmusik setzt der Moderator Robert Kratky fort: *„Wenn Ihnen die Zahlen bekannt vorkommen, schauen Sie den Lottoschein lieber noch einmal genauer an. Es gibt einen Solosechser.“*

Co-Moderatorin: *„Oh, ja.“*

Moderator: *„2.116.830 Euro 20 Eurocent. Ich bestehe auf die 20 Eurocent. Selbst wenn Sie nichts gewonnen haben, haben Sie jetzt immer noch eine Chance zu gewinnen, denn ab heute gibt es auf Ö3 etwas ganz Spezielles. Um kurz vor 7:00 gibt's zum ersten Mal eine Zusatzzahl von uns.“*

Die musikalische Untermalung wird unterbrochen. Die Co-Moderatorin setzt fort: *„Die wird gezogen. Und wenn Sie die in den letzten sechs Monaten getippt haben – irgendwann einmal.“*

Moderator: *„Aber den Schein müssen Sie schon aufgehoben haben.“*

Co-Moderatorin: *„Ja.“*

Moderator: *„Nur zu sagen, ich habe getippt, reicht nicht. Sie müssen den Schein bereithalten.“*

Co-Moderatorin: *„Dann rufen Sie bei uns an. Der 33. Anrufer, die 33. Anruferin gewinnt 5.000 Euro. Die Nummer – ganz wichtig: 0821 600 600.“*

Hiernach erfolgt die Einspielung eines Jingles, wobei dessen Hintergrundmusik als Musikstück fortgeführt wird: *„Das gibt's nur hier auf Ö3. Jede Stunde 5.000 Euro gewinnen. Das große Lotto- Zusatzzahlenspiel.“*

Daraufhin folgen abwechselnd Musik und moderierte Beiträge zur Frage des beliebtesten Schulfachs in Österreich.

Etwa zehn Minuten vor 07:00 Uhr kündigt der Moderator während eines Ausschnittes eines Songs von den Red Hot Chili Peppers neuerlich das Gewinnspiel an: *„Nicht nur die Chance 5.000 Euro zu gewinnen, meine Damen und Herren in den nächsten Minuten, sondern auch Großartiges von den Red Hot Chili Peppers ...“* Es folgt hierauf ein Werbeblock und daran anschließend der davor angekündigte Song der Red Hot Chili Peppers.

Kurz vor den Nachrichten um 07:00 Uhr wird das Gewinnspiel durch den Moderator – während des Auslaufens eines Musikstückes fortgesetzt: *„Wie schon gesagt 2.116.830 Euro 20 Eurocent. Der eine Glückliche oder einen Glücklichen.“*

2. Moderator: *„Oh. Wow.“*

Moderator: *„Der Jackpot ist geknackt. Es gibt einen Sechser. Und selbst wenn es auf Ihrem Lottoschein nichts gibt, gibt's da doch was. [Unter beginnenden Trommelwirbel] Ok. Wenn Sie denken, ich hab aber nicht einmal einen Dreier. Machen Sie nicht den Fehler, den ich gemacht habe. Seien Sie klüger. Ich hab hier Lottoscheine schon verbrannt, sogar aufgeessen.“*

Co-Moderatorin: *„Das stimmt. Das kann man bestätigen.“*

Moderator: *„Nein, nein, nein, nein. Hoffentlich haben Sie den Schein von gestern noch. Oder den der Vorwoche, oder irgendeinen Ihrer Lottoscheine zur Hand der letzten sechs Monate. Denn die alle spielen mit.“*

Anschließend wird wieder folgender Jingle eingespielt: *„Das große Lotto Zusatzzahlenspiel. – Ein Spiel der Österreichischen Lotterien“*. Die Melodie des Jingles wird fortgesetzt und der Moderator setzt ein: *„Und Sie hoffentlich auch. Mit der Zusatzzahl aus dem Ö3 Wecker können Sie nämlich stündlich 5.000 Euro gewinnen. Wir erhalten jede Stunde immer kurz vor den Nachrichten ein Mail.“*

Co-Moderatorin: *„Ein Notar beaufsichtigt die Ziehung.“*

Es ist der Ton eines eingehenden E-Mails und anschließend der Moderator zu hören: *„ Und hier ist es auch schon. Liebes Ö3 Team.“*

Co-Moderatorin: *„Anbei die Zusatzzahl der Stunde für Montag 12. September, 7:00 Uhr. Sie lautet: 43.“*

Moderator: *„Haben Sie die 43. Die Zahl 43 in einer der Tippzeilen auf Ihrer gültigen Lottoquittung stehen und die auch zur Hand. Dann rufen Sie uns jetzt an. Der oder die 33. Anruferin gewinnt 5.000 Euro. Hier ist die Nummer.“*

Co-Moderatorin: *„0821 600 600.“*

Danach folgt wieder der Jingle: *„Das große Lotto Zusatzzahlenspiel – jede Stunde 5.000 Euro gewinnen. Das gibt's nur auf Ö3.“*

Die Musik stoppt nach dem Jingle und der Moderator setzt wieder ein: *„Das Ö3 Frühjournal startet in 20 Sekunden.“* Danach folgt ein kurzer „Pling“ und es wird ein Singlespot für die Tageszeitung „Österreich“ geschaltet. Danach folgen die Nachrichten um 07:00 Uhr. Nach dem Singlespot bzw. vor Beginn der Nachrichten erfolgt kein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der zu Ende gegangenen Sendung Produktplatzierung stattgefunden hat; auch ein der Tonfolge um kurz nach 05:00 Uhr vergleichbares akustisches Signal ertönt nicht.

Im Anschluss an die Ö3 Nachrichten um 07:00 Uhr, die Wetter- und die Verkehrsinformationen, gefolgt von einer Patronanzabsage für das Verkehrsservice, wird wieder folgender Jingle mit Musikuntermalung eingespielt: *„Hier ist der Ö3 Wecker. Das große Lotto Zusatzzahlenspiel.“* Es erfolgt nach dem Patronanzhinweis für die Verkehrsmeldungen kein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der nun folgenden Sendung Produktplatzierung stattfindet; auch ein der Tonfolge um kurz nach 05:00 Uhr vergleichbares akustisches Signal ertönt nicht.

Der Moderator setzt mit Musikuntermalung fort: *„Immer kurz vor der vollen Stunde bekommen wir ein Mail vom Notar. Da steht dann zum Beispiel drauf: die Zusatzzahl für 7:00 Uhr lautet „43“. Und wenn Sie die 43 auf irgendeiner Lottoquittung der letzten sechs Monate, dann hieß es anrufen. Das haben viele gemacht, aber nur eine oder einer kann der 33. sein. Ich hab hier dran N.N. aus Ranken in Tirol. Guten Morgen.“*

Gewinner: „Ja, guten Morgen.“

Moderator: „Wir haben bereits überprüft – deine Lottoquittung ist von gestern. Hast du irgendetwas gewonnen?“

Gewinner: „Nein, leider nix.“

Moderator: „Doch, doch du hast schon gewonnen. Du bist der 33. Anrufer.“

Gewinner: „Gewaltig, gewaltig.“

Moderatorin: „Gratuliere.“

Moderator: „Allerdings gewaltig. Den könntest du eigentlich mit uns teilen – den Gewinn. Ich mein, 5.000 Euro“

Gewinner: „Ja, ja, schauen wir einmal.“

Moderator: „5.000 Euro von Lotto. Herzlichen Glückwunsch. Und diese Stunde kurz vor den Ö3 Nachrichten um 8:00 Uhr gibt es wieder eine neue Zusatzzahl und die nächste Chance für Sie auf 5.000 Euro.“

Nach einer kurzen melodischen Überbrückung wird der Ö3 Wecker Jingle eingespielt und das Programm wird fortgesetzt.

Nach dem Auslaufen des Musiktitels „GOOD BYE HOLLYWOOD HILLS“ von Sunrise Avenue meldet sich der Moderator mit den Worten: „Ein Land steht auf und der Ö3 Wecker liefert den Soundtrack dazu.“ Danach werden zwei Musiktitel kurz angespielt, gefolgt von einem Jingle für den Ö3 Wecker mit Robert Kratky. Hierauf setzt der Moderator ein: „Es ist sechs vor halb acht.“ Im Anschluss gibt die Co-Moderatorin eine kurze Verkehrsmeldung bekannt, in der es um die Auflösung der Sperre einer Tunnelkette geht, worauf der Moderator zum Wettermoderator weitergibt und diesen danach fragt, wie warm es an diesem Tag werden soll. Schließlich kündigt der Moderator die Nachrichten zur halben Stunde an: „Die Details in sechs Minuten um halb acht. Außerdem noch vor acht Uhr bei uns, eine neue Folge von Arnie allein zu Haus und... die Chance auf 5.000 Euro für sie von Lotto.“ Diese Ankündigung erfolgt vor dem Hintergrund von Musik. Anschließend hört man leise ein „Pling“ und es folgt ein Werbeblock, an dessen Ende ein Jingle für Hitradio Ö3 zu hören ist, gefolgt vom nächsten Musiktitel.

Danach ist wieder der Moderator zu hören, der eine Schülerin am Telefon zu ihrem Lieblingsschulfach interviewt, von seinem eigenen berichtet, und im Anschluss die kurz darauf startenden Wetter- und Verkehrsmeldungen und Schlagzeilen ankündigt: „Wetter, Schlagzeilen und Verkehr meine Damen und Herren, hier im Ö3 Wecker zum Start in die Schule und in die neue Woche, gibt's in 20 Sekunden hier auf Ö3.“ Danach ertönt ein „Pling“ und es folgt ein Werbespot für die Tageszeitung „Österreich“. Gleich unmittelbar in Anschluss an den Spot ertönt der schrille Pfeifton für die Verkehrsmeldungen, wobei der Moderator mit folgenden Worten an die Co-Moderatorin Sandra König weitergibt: „Wir starten in den Montagmorgen. Willkommen am 12. September, wir wünschen ihnen eine erfolgreiche Woche. Aber erstmal reinkommen, klarer Weise. Heute geht's für alle wieder los, dementsprechend ist auf der Straße auch teilweise die eine oder andere Herausforderung für sie... Sandra König.“ Es folgen die Verkehrsmeldungen.

Nach dem Werbespot bzw. vor Beginn der Schlagzeilen (inklusive Wetter und Verkehr) um ca. 07:30 Uhr erfolgt kein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der vorangegangenen Sendung Produktplatzierung vorgekommen ist.

In der Sendestunde zwischen 08:00 und 09:00 Uhr (der letzten Ö3 Wecker Stunde) ist nach Auslaufen des Musiktitels „NARCOTIC“ von Liquido um kurz vor 09:00 Uhr – bei aufmerksamem Zuhören – die gleiche Tonfolge zu hören, welche um kurz nach 05:00 Uhr zu Beginn des Ö3 Wecker eingespielt wurde. Unmittelbar danach setzt folgender Jingle ein: „*Das große Lotto Zusatzzahlenspiel. – Ein Spiel der Österreichischen Lotterien*“. Unter Fortsetzung der Melodie des Jingles beginnt Kati Bellowitsch, die Moderatorin der nachfolgenden Sendung, mit folgender Ankündigung: „*Da ist es auch schon... Was für ein schönes Mail... und vor allem die Zahl, die drinnen steht, ist ja noch besser. Bitte liebes Ö3 Team, das steht im Mail: Anbei die Zusatzzahl der Stunde für Montag den 12. September, 09:00 Uhr. Und zwar lautet sie:[unter Trommelwirbel] „2“. Es geht um 5.000 Euro von Lotto. Bitte wenn sie eine gültige Lottoquittung – sie kann sogar ein halbes Jahr alt sein – bei sich haben, bitte nehmen und anrufen, 0821 600 600, 5.000 Euro von Lotto gewinnen. Darauf startet wieder der folgende Jingle: „Das große Lotto- Zusatzzahlenspiel. Jede Stunde 5.000 Euro gewinnen. Das gibt's nur hier auf Ö3.“*“

Danach ertönt ein „Pling“ und es folgt Werbung, welche kurzfristig von der Signation für die Nachrichten überlagert wird. Die Signation wird unter Fortsetzung des Spots gestoppt und erst im Anschluss an den Werbespot folgt neuerlich die Einspielung der Signation für die Nachrichten um 09:00 Uhr. Nach dem Werbespot bzw. vor Beginn der Nachrichten um 09:00 Uhr erfolgt kein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der zu Ende gegangenen Sendung Produktplatzierung stattgefunden hat.

Zur Spielrunde am 15.09.2011 um 12:00 Uhr

Am 15.09.2011 wurde um 12:00 Uhr ebenfalls eine Gewinnspielrunde durchgeführt. Auf Ö3 wird wochentags in der Zeit von 09:00 bis 12:00 Uhr die Ö3 Vormittagsshow ausgestrahlt, ab 12:00 bis 14:00 Uhr folgt Ö3 Heute.

Im Anschluss an die Nachrichten um 09:00 Uhr, die Wetterinformationen und das Verkehrsservice ist unmittelbar die Moderatorin der Ö3 Vormittagsshow, Kati Bellowitsch, zu hören: „*Markus Du irrst, der Regen kommt nicht erst am Sonntag, der Geldregen kommt jetzt schon.*“ Während der letzten Worte werden gleichzeitig der Jingle „*Das große Lotto Zusatzzahlenspiel*“ und das Endsignal (schriller Pfeifton) nach dem Verkehrsservice eingespielt.

Die Moderatorin setzt hierauf fort: „*Einen schönen Vormittag, N.N. aus Köflach in der Steiermark, grüß di.*“

Gewinnspielteilnehmer: „*Hallo.*“

Moderatorin: „*Schönen Vormittag, was hamma denn für eine Zusatzzahl auf Deinem Quittungsschein?*“

Gewinnspielteilnehmer: „*Die richtige Gott sei dank.*“

Moderatorin (lacht): „*Sag mal!*“

Gewinnspielteilnehmer: „*24*“

Moderatorin: „*Oh, la la...*“ [Währenddessen ist die Signation für die Lottoziehung zu hören]

Es folgt eine Plauderei der Moderatorin mit dem Gewinner dieser Runde, u.a. über die Wünsche, die er sich mit dem gewonnenen Geld erfüllen möchte. Danach kündigt die Moderatorin den ersten Musiktitel dieser Stunde an. Es erfolgt nach den Nachrichten um 09:00 Uhr kein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der folgenden Sendung

Produktplatzierung stattfindet. Ein akustisches Signal, welches der Tonfolge ähnelt, die etwa um kurz nach 05:00 Uhr des 12.09.2012 kurz zu hören war, ertönt ebenfalls nicht.

Die Sendestunde zwischen 11:00 und 12:00 Uhr wird wie folgt gestaltet:

Im Anschluss an die Ö3 Nachrichten um 11:00 Uhr, die Wetter- und die Verkehrsinformationen wird wieder folgender Jingle mit Musikuntermalung eingespielt: „Das große Lotto Zusatzzahlenspiel.“ Es ist davor bzw. im Anschluss an die Verkehrsinformationen weder ein eindeutiger Hinweis darauf zu hören, dass in der folgenden Sendung Produktplatzierung stattfindet, noch ertönt ein akustisches Signal. Es folgt im Anschluss an den Jingle der zweite Teil der Ausspielung der Runde für 11:00 Uhr, in welcher der Gewinner bzw. 33-igste Anrufer mit der richtigen Zusatzzahl in die Sendung zugeschaltet wird.

Danach folgt Musikprogramm. Etwa fünf Minuten vor 11:30 Uhr ertönt ein „Pling“ und es folgt ein Werbeblock. Im Anschluss an diesen wird das Musikprogramm (Titel „HELLO“ von Stevie Wonder) unmittelbar fortgesetzt.

Um kurz nach 11:30 Uhr folgt auf die Ankündigung der „Ö3 Wecker Lehrer challenge“ ein „Pling“ und danach folgt ein Singlewerbespot für Dan-Küchen. An diesen Werbespot schließen unmittelbar Verkehrsmeldungen an. Nach Ende der Verkehrsmeldungen ist wieder die Moderatorin Katie Bellowitsch zu hören, die sich mit ihren Co-Moderatoren über fingierte Nacktfotos von Scarlett Johanson unterhält. Danach ist wieder Musik zu hören. Vor Beginn der Verkehrsmeldungen erfolgt kein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der vorangegangenen Sendung Produktplatzierung stattgefunden hat. Ebenso wenig erfolgt nach Ende der Verkehrsmeldungen ein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der folgenden Sendung Produktplatzierung stattfindet. Es ist in beiden Fällen auch kein akustisches Signal zu hören.

Kurz vor 12:00 Uhr ist während der letzten Takte eines Musikstückes („LAST OF THE AMERICAN GIRLS“ von Green Day) eine Tonfolge zu hören, die wie Morsezeichen klingt (Teil des ausklingenden Musiktitels). Währenddessen setzt die Moderatorin ein: „*Klingt so ähnlich wie eine E-Mail.*“ Anschließend folgt der Jingle: „Das große Lotto Zusatzzahlenspiel. – Ein Spiel der Österreichischen Lotterien“.

Moderatorin: „*Aber nur so ähnlich.*“ Es wird schließlich der Ton einer eingehenden E-Mail eingespielt und die Moderatorin fügt hinzu: „*So klingt's richtig. Das Mail mit der gezogenen Zusatzzahl für die Stunde 12:00 Uhr, für den Donnerstag, den 15. September. Sie lautet „21“. Anrufen 0821 600 600. Es geht wieder um 5.000 Euro von Lotto.*“

Anschließend wird folgender Jingle eingespielt: „Das große Lotto Zusatzzahlenspiel – jede Stunde 5.000 Euro gewinnen. Das gibt's nur auf Ö3.“ Danach folgt eine Tonfolge bzw. ein akustisches Signal, wobei es sich jedoch nicht um das Trennungszeichen handelt, welches auf Ö3 üblicherweise für Werbeblöcke verwendet wird. Die zwei Töne umfassende Tonfolge gleicht jener, die etwa auch am 12.09.2012 um kurz nach 05:00 Uhr vor Beginn des moderierten Programms eingespielt wurde. Danach folgt mittels anderer akustischer Trennung durch ein „Pling“ ein Singlewerbespot für Dan-Küchen und unmittelbar danach folgt die Signation für die Nachrichten bzw. im konkreten Fall das Mittagsjournal um 12:00 Uhr. Ein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der zu Ende gegangenen Sendung Produktplatzierung stattgefunden hat, erfolgt vor Beginn der Nachrichten nicht.

Nach dem Verkehrsservice um ca. 12:05 Uhr beginnt Ö3 Heute. Es wird in unmittelbarem Anschluss an das Verkehrsservice die Tonfolge eingespielt, welche bereits vor dem Mittagsjournal kurz vor dem „Pling“ (zur Trennung des Singlewerbespots) gesendet wurde. Hierauf folgt der Jingle für das Gewinnspiel: „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel“. Der

Moderator setzt ein: „Bei Höllerbau in Pinzdorf bei Gmunden sitzt die N.N. in ihrem Büro. In der Hand der Lottoschein und denkt sich gerade, was?“

Es folgt ein kurzer Dialog mit dem Moderator und der Gewinnerin, wie die gewonnenen 5.000 Euro investiert werden sollten.

Moderator: „Ja, N.N., kannst schon ein Radl kaufen gehen. 5.000 Euro von Lotto. Wir haben deine Lottoquittung überprüft. Die gesuchte Zusatzzahl der Stunde ist drauf. Na.“

Gewinnerin: „Ma, super.“

Moderator: „Der Enkel ist in Zukunft mit dem Radl da.“

Gewinnerin: „Der kriegt jetzt ein ganz ein supertolles Radl.“

Moderator: „Eine feine Mittagspause dir.“

Gewinnerin: „Ja, danke“.

Moderator: „Hast du Mittagspause jetzt?“

Gewinnerin. „Ja, jetzt mach ich Mittagspause.“

Moderator: „Mach ma mit...“ Es folgt die Einspielung eines Jingles zu Ö3-Heute und Musik.

Ein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der ab 12:00 Uhr nach den Nachrichten, den Wetter- und Verkehrsmeldungen folgenden Sendung Produktplatzierung eingebunden wird, erfolgt nicht.

Kurz vor 12:30 Uhr wird ein Werbeblock gesendet, an dessen Ende der Moderator die Verkehrsmeldungen ankündigt, gefolgt von den genauen Verkehrsmeldungen. Diese werden unter Einfügung eines schrillen Pfeiftons beendet und es folgt wiederum Moderation. Vor Beginn der Verkehrsmeldungen erfolgt kein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der Sendung davor Produktplatzierung stattgefunden hat; auch im Anschluss an die Verkehrsmeldungen wird kein eindeutiger Hinweis auf in der folgenden Sendung vorkommende Produktplatzierung vorgenommen. In beiden Fällen ist auch kein akustisches Signal wahrzunehmen.

Kurz vor 14:00 Uhr setzt nach dem Ausklingen des Musiktitels „STAY“ von Hurts der Jingle für das Gewinnspiel ein: „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel. Ein Spiel der Österreichischen Lotterien.“ Danach ist der Moderator der Sendung zu hören: „28. 28 ist die Zusatzzahl der Stunde. 0821 600 600 anrufen, wenn sie eine gültige Lottoquittung haben. 0821 600 600.“ [währenddessen ist die Erkennungsmelodie der Lotterien zu hören] Danach folgt der Jingle: „Das große Lotto Zusatzzahlenspiel. Jede Stunde 5.000 Euro gewinnen. Das gibt's nur auf Ö3.“

Danach folgt die Tonfolge bzw. das akustische Signal, welches etwa auch um kurz vor 12:00 Uhr, vor Ende der Ö3 Vormittagsshow eingespielt wurde. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um das Trennungszeichen, welches auf Ö3 üblicherweise für Werbeblöcke verwendet wird. Danach folgt mittels anderer akustischer Trennung durch ein „Pling“ ein Singlewerbespot für Spar (Der Wochenendpreisbeißer bei Spar) und unmittelbar danach folgt die Signation für die Nachrichten um 14:00 Uhr. Ein eindeutiger Hinweis darauf, dass in der zu Ende gegangenen Sendung Produktplatzierung stattgefunden hat, erfolgt vor Beginn der Nachrichten nicht.

Weitere Informationen zu dem Spielverlauf ergeben sich aus online verfügbaren Informationen auf den Webseiten von Ö3 bzw. den Österreichischen Lotterien. Die Spielregeln lauten wie folgt:

„Das große Lotto Zusatzzahlenspiel nur im Hitradio Ö3 Die Spielregeln

1. Das große LOTTO Zusatzzahlenspiel ist eine weitere Gewinnspielstufe des LOTTO „6 aus 45“ der Österreichischen Lotterien (ÖLG). Der Österreichische Rundfunk (ORF) leistet die mediale Unterstützung. Er übernimmt im Zusammenhang mit dem Gewinnspiel keine Haftung.
2. Am Gewinnspiel teilnahmeberechtigt sind alle Personen ab dem vollendeten 16. Lebensjahr, die in den letzten 6 Monaten LOTTO gespielt haben und die Quittung vorweisen können. Die Überprüfung der Quittungen erfolgt durch das Kunden-Service-Center der ÖLG. Pro LOTTO Quittung ist nur eine Teilnahme möglich. MitarbeiterInnen der ÖLG, des ORF und der ORF Enterprise sowie deren Angehörige sind vom Gewinnspiel ausgeschlossen.
3. Von 12. bis 16. September 2011 wird vor den Ö3-Nachrichten 12-mal täglich zu jeder vollen Stunde ab 7.00 im Rahmen der Gewinnspielaktion im Hitradio Ö3 die „Zusatzzahl der Stunde“ (1 – 45) bekannt gegeben und die Hörer aufgerufen, ihre LOTTO Quittungen auf Übereinstimmung mit der veröffentlichten Glückszahl zu überprüfen. Befindet sich die veröffentlichte „Zusatzzahl der Stunde“ in einem Tipp auf der LOTTO Quittung des Spielteilnehmers, kann dieser sich telefonisch bei der Gewinnspielhotline 0821/600 600 (20 Cent/Anruf) anmelden. Der 33. Anrufer geht nach Überprüfung der Voraussetzungen durch die ÖLG (vollendetes 16. Lebensjahr, gültige LOTTO Quittung, „Zusatzzahl der Stunde“ ist getippt) nach den Ö3-Nachrichten als Kandidat auf Sendung und gewinnt 5.000,- Euro. Von Montag bis Freitag finden täglich 12 Spielrunden statt.
4. Die Anmeldung ist ausschließlich über die Gewinnspielhotline 0821/600 600 (20 Cent/Anruf) im Rahmen der technischen Verfügbarkeit möglich. Aus technischen Gründen kann die Gewinnspielhotline nur von österreichischen Telefonnetzen erreicht werden. Die Teilnehmer müssen Name, Adresse, Geburtsdatum, Telefonnummer sowie die LOTTO Quittungsnummer und die Joker Nummer bekannt geben. Wird ein Telefongespräch unterbrochen oder auf andere Art und Weise beendet, bevor der/die TeilnehmerIn On-Air von dem/der ModeratorIn als GewinnerIn ausgelobt worden ist, hat der/die TeilnehmerIn keinen Anspruch auf den Gewinn. Es besteht auch kein Anspruch darauf, ein zweites Mal On-Air am Gewinnspiel teilzunehmen.
5. Jeder Teilnehmer an diesem Gewinnspiel stimmt zu, dass seine Daten (Name, Adresse, Geburtsdatum) vom ORF und der ÖLG veröffentlicht werden. Jeder Teilnehmer räumt dem ORF und der ÖLG unentgeltlich die Rechte der Nutzung insbesondere der Sendung und Zurverfügungstellung (beispielsweise im Hitradio Ö3 oder auf www.orf.at), an Bild, Ton und Wort (Mitschnitte von Spielrunden und Interviews, Fotos, Presse-Aussendungen, Zeitungsartikel,...) für die Sendungen des Gewinnspieles.
6. Die Auszahlung der Bargeldgewinne erfolgt direkt vom Veranstalter ÖLG.
7. Aus journalistischen/redaktionellen Gründen kann es jederzeit zu Verschiebungen, Änderungen der Spielregeln bzw. im Spielablauf, Absagen bzw. Streichungen der Sendungen kommen. Derartige Änderungen werden im Hitradio Ö3 verlautbart.
8. Alle TeilnehmerInnen am Gewinnspiel erklären sich mit den Teilnahmebedingungen einverstanden. Bei Verdacht auf Manipulation behält sich die ÖLG das Recht vor, Teilnehmer – ohne Angaben von Gründen – vom Gewinnspiel auszuschließen. Über dieses Gewinnspiel kann kein Schriftverkehr geführt werden. Der Rechtsweg ist ausgeschlossen“

Der Beschwerdegegner kündigt das Gewinnspiel auf seiner Seite an, wie folgt:

„Das große Lotto Zusatzzahlenspiel

Stündlich 5.000 Euro gewinnen. Das gibt's nur auf Ö3! Ein Spiel der Österreichischen Lotterien.

Insgesamt gibt es 300.000 Euro (60 x 5.000 Euro) von den Österreichischen Lotterien zu gewinnen. Das gibt's nur auf Ö3!

Von 12. bis 16. September wird von 7:00 bis 19:00 Uhr kurz vor den Ö3-Nachrichten die "Zusatzzahl der Stunde" (zwischen 1 und 45) bekanntgegeben. Haben Sie die gesuchte Zusatzzahl auf einer Ihrer Lotto Quittungen, rufen Sie 0821/600 600 (20 Cent/Anruf) an. Wenn Sie dann als 33. AnruferIn im Ö3-Studio durchkommen, gewinnen Sie 5.000 Euro von Lotto.



Ihre Lotto Quittung

Teilnahmeberechtigt sind Sie mit Ihren Lotto Quittungen, die nicht älter als sechs Monate sind. Pro Quittung ist nur eine Teilnahme möglich.

Zu Ihrer Info: Der Lotto Schein ist der Schein, auf dem man seine Tipps ankreuzen kann. Die Lotto Quittung ist die Bestätigung, dass man diese Tipps gespielt hat.

Ihr Gratis Lotto Tipp

Als Club-Ö3-Mitglied können Sie jetzt gratis Lotto spielen und haben damit gleich eine doppelte Chance auf das große Geld. Mit ihrem Gratistipp bekommen Sie die Möglichkeit, an einer regulären Lotto Ziehung (immer mittwochs und sonntags) die sechs Richtigen zu tippen. Zusätzlich können Sie mit ihrem gespielten Gratistipp beim großen Lotto Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3 teilnehmen und mit etwas Glück 5.000 Euro in bar gewinnen.

ACHTUNG: *Der Gratistipp ist ein ganzes Jahr gültig. Sie haben also bis 31. August 2012 Zeit, ihn einzulösen!*

2.3. Zu der für das Gewinnspiel verwendeten Rufnummer „0821 600 600“

Bei der vom Beschwerdegegner für das gegenständliche Gewinnspiel verwendeten Rufnummer 0821 600 600 handelt es sich um eine nationale Rufnummer für sogenannte Dienste mit geregelter Entgeltobergrenze. Für Dienste im Bereich (0)821 darf dem Teilnehmer ein Entgelt von maximal EUR 0,20 pro Anruf verrechnet werden, dies unabhängig vom Ort des Anrufs innerhalb Österreichs bzw. auch unabhängig vom Quellnetz. Die Rufnummer 0821 600 600 ist dem Beschwerdegegner zugeordnet. Der 33-igste Anrufer mit der richtigen Zusatzzahl je Spielrunde wird durchgestellt und erhält eine Gewinnchance.

Mangels Vorlage der Vereinbarung des Beschwerdegegners mit den Österreichischen Lotterien bzw. mit einem Kommunikationsnetzbetreiber, konnte nicht festgestellt werden, in welcher Höhe diesem aus der Bereitstellung der für die Verwendung dieser Rufnummer allenfalls notwendigen Infrastruktur Kosten entstanden sind und wie hoch der allenfalls aus dem den Teilnehmern verrechneten Entgelt von EUR 0,20 resultierende Gewinnanteil für den Beschwerdegegner ist.

Der Beschwerdegegner führte in diesem Zusammenhang lediglich aus, dass eine ursprüngliche Vertragskonstruktion vorgesehen habe, dass ihm im Ergebnis Kosten von jedenfalls EUR 0,03 pro Anruf entstünden. Diese Vertragskonstruktion sei jedoch angepasst worden. Hierbei hat es der Beschwerdegegner jedoch unterlassen darzustellen, in welcher Höhe sich die ihm entstehenden Kosten pro Anruf tatsächlich bewegen bzw. welcher Gewinnanteil ihm aus der Nutzung der Nummer zufließt.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zu den Beschwerdeführern und dem Beschwerdegegner ergeben sich aus den jeweiligen Vorbringen und dem offenen Firmenbuch, sowie hinsichtlich der privaten Hörfunkveranstalter aus den Bezug habenden Verfahrensakten der KommAustria bzw. des Bundeskommunikationssenates zu den jeweiligen Zulassungsverfahren.

Die Feststellungen zum Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel“ ergeben sich zunächst aus dem Vorbringen der Beschwerdeführer in den Schriftsätzen vom 21.10.2011, vom 22.11.2011 und vom 21.05.2012, sowie aus dem Vorbringen des Beschwerdegegners in dessen Schriftsätzen vom 16.11.2011, vom 23.12.2011 und vom 11.05.2012.

Die Feststellungen zu den Spielregeln bzw. der Ankündigung auf der Webseite von Ö3 ergeben sich aus dem Vorbringen des Beschwerdegegners im Schriftsatz vom 21.10.2011, sowie aus der Einsichtnahme in die Website von Ö3 (<http://oe3.orf.at/promotion/stories/533791/>), und in die Website von Win2day der Österreichischen Lotterien GmbH (http://www.win2day.at/gaming/LO_Lotto_OE3_Spielregeln).

Die Feststellungen hinsichtlich des Ablaufs einer typischen Gewinnspielrunde in der Zeit zwischen dem 12.09.2011 und dem 16.09.2011 ergeben sich aus den vom Beschwerdegegner mit Schriftsatz vom 16.11.2011 vorgelegten Aufzeichnungen, welche die Behörde ausgewertet und exemplarisch für den 12.09.2011 (Spielrunde um 07:00 Uhr) sowie den 15.09.2011 (Spielrunde um 12:00 Uhr) dargestellt hat.

Die Feststellungen zur Zuordnung der für das Gewinnspiel genutzten Rufnummer ergeben sich aus der Einsichtnahme in die Website der RTR GmbH (<http://www.rtr.at/de/tk/Rufnummernsuche>) und zum Teil aus dem Vorbringen des Beschwerdegegners vom 11.05.2012.

Mangels Auskunft und Vorlage von schriftlichen Vereinbarungen mit den Österreichischen Lotterien bzw. einem Kommunikationsnetzbetreiber konnte hingegen nicht festgestellt werden, welchen Anteil an den Erlösen aus der genutzten Mehrwertnummer dem Beschwerdegegner zugeflossen bzw. welche Kosten tatsächlich beim diesem angefallen sind. Die allenfalls vom Beschwerdegegner erzielten Erlöse aus der Nutzung der Mehrwertnummer konnten somit nicht eruiert werden.

Auch alle anderen Umstände der Vereinbarung des Beschwerdegegners mit den Österreichischen Lotterien konnten nicht im Detail festgestellt werden, da der Beschwerdegegner trotz Aufforderung durch die KommAustria die Vereinbarung nicht vorlegte.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde

Gemäß § 35 ORF-G obliegt die Rechtsaufsicht über den ORF der Regulierungsbehörde. Gemäß § 35 Abs. 3 ORF-G ist die Regulierungsbehörde die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria).

4.2. Beschwerde Voraussetzungen

§ 36 ORF-G lautet auszugsweise:

„Rechtsaufsicht

§ 36. (1) Die Regulierungsbehörde entscheidet neben den anderen in diesem Bundesgesetz und im KommAustria-Gesetz genannten Fällen – soweit dafür nicht eine andere Verwaltungsbehörde oder ein Gericht zuständig ist – über die Verletzung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes mit Ausnahme der Bestimmungen des 5a. Abschnittes oder über die Verletzung des Umfangs eines Angebotskonzepts einschließlich allfälliger nach § 6b Abs. 2 erteilten Auflagen

1. auf Grund von Beschwerden

a. einer Person, die durch eine Rechtsverletzung unmittelbar geschädigt zu sein behauptet;

[...]

c. eines Unternehmens, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch die behauptete Verletzung berührt werden.

[...]

(3) Beschwerden sind innerhalb von sechs Wochen, Anträge sind innerhalb von sechs Monaten, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen. Offensichtlich unbegründete Beschwerden und Anträge sind ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen.

(4) Der Österreichische Rundfunk hat von allen seinen Sendungen und Online-Angeboten Aufzeichnungen herzustellen und diese mindestens zehn Wochen aufzubewahren. Im Falle einer Aufforderung der Regulierungsbehörde hat er dieser die gewünschten Aufzeichnungen zur Verfügung zu stellen. Überdies hat er jeder Person, die daran ein rechtliches Interesse darzutun vermag, Einsicht in die Aufzeichnungen zu gewähren.“

4.2.1. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde

Die Beschwerde wurde am 21.10.2011 erhoben und bezieht sich auf den Zeitraum vom 12.09.2011 bis zum 16.09.2011.

Gemäß § 36 Abs. 3 ORF-G sind Beschwerden innerhalb von sechs Wochen gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen. Da der in Beschwerde gezogene Zeitraum zur Gänze innerhalb der sechswöchigen Beschwerdefrist gemäß § 36 Abs. 3 ORF-G liegt, wurde die Beschwerde rechtzeitig erhoben und ist insoweit als zulässig zu erachten.

4.2.2. Zur Beschwerdelegitimation

Die Beschwerdeführer stützen ihre Beschwerdelegitimation zunächst auf § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G und führen hierzu aus, dass sie alle am Hörfunkwerbemarkt mit dem Beschwerdegegner in direktem Wettbewerb stünden. Soweit sie als Privatradioveranstalter in Österreich tätig sind, bewirke jede Erhöhung der Reichweite und des Marktanteils von Ö3 automatisch eine Reduktion ihrer Reichweite und ihres Marktanteils. Für die RMS Radio Marketing Service GmbH, welche als 15. Beschwerdeführerin den nationalen Werbezeitenverkauf für österreichische Privatradioveranstalter besorge, sei dies wiederum mit Einbußen des Kommissionsentgeltes verbunden. Somit schädige die in Beschwerde

gezogene Werbekampagne die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführer.

Darüber hinaus machen die Beschwerdeführer auch eine unmittelbare Schädigung gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G geltend. Diese stützen sie auf den Umstand, dass die unlautere Geschäftspraktik des Beschwerdegegners Hörer der Beschwerdeführer ins Programm von Ö3 ziehe. Worin hierbei die unmittelbare Schädigung der RMS Radio Marketing Service GmbH besteht, ließen die Beschwerdeführer allerdings offen.

4.2.2.1. Zur Beschwerdelegitimation der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH, der Radio Oberland GmbH, der Regionalradio Tirol GmbH, der Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG, der Antenne Kärnten Regionalradio GmbH & Co KG, der Vorarlberger Regionalradio GmbH, der Antenne "Österreich" und Medieninnovationen GmbH, der Radio Arabella GmbH, der Radio Eins Privatrado GmbH, der U1 Tirol Medien GmbH, der N & C Privatrado Betriebs GmbH, der Hit FM Privatrado GmbH, der Superfly Radio GmbH und der Life Radio GmbH & Co KG

Stützt ein Beschwerdeführer seine Beschwerde auf die Beschwerdelegitimation nach mehreren Tatbeständen des § 36 Abs. 1 Z 1 ORF-G und liegt die Beschwerdelegitimation nach einer dieser Bestimmungen unzweifelhaft vor, muss die Beschwerdelegitimation nach der anderen gesetzlichen Norm nicht weiter geprüft werden. Es liegt in diesem Fall nämlich nur eine Beschwerde (gestützt auf mehrere die Beschwerdelegitimation vermittelnde Tatbestände) vor, mit der dasselbe Ziel, nämlich eine Feststellung nach § 37 Abs. 1 ORF-G, erreicht werden soll und kann (VwGH 17.03.2011, Zlen. 2011/03/0022 und 2011/03/0031).

Da die Beschwerdeführer ihre Beschwerdelegitimation primär (und vor allem hier mit konkreter Begründung) auf den Tatbestand nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G gestützt haben, gebietet sich daher zunächst eine Prüfung der Beschwerdelegitimation nach dieser Bestimmung.

Für das Vorliegen einer Beschwerdelegitimation nach lit. c reicht die Darlegung von zumindest im Bereich des Möglichen liegenden berührten rechtlichen oder wirtschaftlichen Interessen des beschwerdeführenden Unternehmens aus (vgl. z.B. BKS 12.12.2004, 611.933/0003-BKS/2004, zum gleichlautenden § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010). Im Unterschied zur Beschwerdemöglichkeit gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G kann gemäß lit. c auch bei bloß mittelbarer Schädigung (entgangener Gewinn, Ausbleiben eines Vorteils) oder selbst dann, wenn noch kein Schaden eingetreten ist, Beschwerde erhoben werden (vgl. *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz³, 327).

Weitere Voraussetzung dafür, dass durch eine behauptete Verletzung des ORF-G wirtschaftliche Interessen eines gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G beschwerdeführenden Unternehmens berührt werden, ist das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem beschwerdeführenden Unternehmen und dem ORF. Ein solches Wettbewerbsverhältnis ist dann anzunehmen, wenn sich das beschwerdeführende Unternehmen am selben oder auf einem vor- oder nachgelagerten Markt in einer Wettbewerbssituation zum ORF oder zu einem seiner Tochterunternehmen befindet (vgl. etwa BKS 25.09.2006, 611.933/0006-BKS/2006, wiederum zu § 36 Abs. 1 Z 1 lit. d ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010; ebenso: *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz³, 327).

Es ist davon auszugehen, dass sich die KRONEHIT Radio BetriebsgmbH, die Radio Oberland GmbH, die Regionalradio Tirol GmbH, die Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG, die Antenne Kärnten Regionalradio GmbH & Co KG, die Vorarlberger Regionalradio GmbH, die Antenne "Österreich" und Medieninnovationen GmbH, die Radio Arabella GmbH, die Radio Eins Privatrado GmbH, die U1 Tirol Medien GmbH, die N & C

Privatradio Betriebs GmbH, die Hit FM Privatradio GmbH, die Superfly Radio GmbH und die Life Radio GmbH & Co KG als Hörfunkveranstalter nach dem PrR-G mit dem Beschwerdegegner in einem Wettbewerbsverhältnis im Sinne der lit. c befinden, da sie mit diesem bzw. mit Ö3 im Wettbewerb, sowohl um Marktanteile am Hörermarkt, als auch – damit korrelierend – um Werbeaufträge am Werbemarkt stehen. Bietet der Beschwerdegegner Werbeformen an, die über die im ORF-G statuierten Werbebeschränkungen für diesen hinausgehen, so verschafft er sich dadurch wirtschaftliche Vorteile, die zumindest potentiell auch Auswirkungen auf die Verteilung der Marktanteile am Hörer- und am Werbemarkt zu Lasten der Beschwerdeführer haben können.

Es ist daher im Sinne der zitierten Rechtsprechung nicht ausgeschlossen, dass durch die behauptete Rechtsverletzung bzw. den inkriminierten Sachverhalt eine (zumindest) mittelbare Schädigung der Beschwerdeführer und somit ein Eingriff in deren wirtschaftliche Interessen im Sinne des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G gegeben sein kann, weshalb die Beschwerdelegitimation zu bejahen ist.

Im Sinne der oben zitierten Judikatur des VwGH erübrigt sich daher die weitere Prüfung einer auf § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G gestützten Beschwerdelegitimation. Im Übrigen wurde die Beschwerdelegitimation der beschwerdeführenden Hörfunkveranstalter vom Beschwerdegegner auch nicht bestritten.

4.2.2.2. Zur Beschwerdelegitimation der RMS Radio Marketing Service GmbH

Der Beschwerdegegner bestritt hingegen die Beschwerdelegitimation der RMS Radio Marketing Service GmbH, da es sich bei dieser Beschwerdeführerin um eine Vermarkterin von Werbezeiten österreichischer Privatrundfunkveranstalter handle, die – jedenfalls betreffend die inkriminierten Sendungen – nicht als unmittelbarer „Konkurrent“, d.h. als Rundfunkveranstalter tätig sei. Aus dem Verhältnis der Bestimmungen zur Beschwerdelegitimation nach Z 1 lit. a und Z 1 lit. c sei zudem abzuleiten, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung der Z 1 lit. c den Kreis der Beschwerdeberechtigten nicht auf bloß mittelbare Konkurrenten ausdehnen wollte, da ansonsten die Beschwerdelegitimation nach Z 1 lit. a keinen Anwendungsbereich mehr hätte und ein nicht abgrenzbarer Kreis von Beschwerdeberechtigten (Werbeagenturen, Werbemittelverteiler, Plakatunternehmen, u.s.w.) mit der Behauptung einer mittelbaren Beeinträchtigung beschwerdelegitimiert wäre. Weiters lägen die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G ebenfalls nicht vor, da keine „unmittelbare“ Schädigung vorläge.

Auch hinsichtlich der Beschwerdelegitimation der RMS Radio Marketing Service GmbH gebietet sich im Sinne der unter Pkt. 4.2.2.1. zitierten Judikatur des VwGH vorerst eine Prüfung nach Z 1 lit. c; ist diese unzweifelhaft zu bejahen, bedarf es keiner weiteren Prüfung nach Z 1 lit. a.

Eingangs ist zudem festzuhalten, dass der Argumentation des Beschwerdegegners, wonach der Bestimmung nach Z 1 lit. a der Anwendungsbereich entzogen würde, wenn man mittelbaren Konkurrenten des ORF nach Z 1 lit. c die Beschwerdelegitimation zuspräche, nicht gefolgt werden kann, zumal nach Z 1 lit. a und lit. c jeweils unterschiedliche Prüfmaßstäbe heranzuziehen sind. Eine andere Sichtweise würde auch der Judikatur des VwGH entgegen stehen, der zufolge in § 36 Abs. 1 Z 1 ORF-G eine Beschwerde auf verschiedene, die Beschwerdelegitimation begründende Tatbestände gestützt werden könne (VwGH 17.03.2011, Zlen. 2011/03/0022 und 2011/03/0031).

Dass zudem ein Unternehmen, welches als Werbezeitenvermarkter privater Hörfunkveranstalter tätig ist, durch die im gegenständlichen Verfahren behauptete Rechtsverletzung – wenn auch allenfalls nur mittelbar – nicht in seinen rechtlichen, vor allem aber nicht in seinen wirtschaftlichen Interessen im Sinne von Z 1 lit. c berührt sein soll, vermochte der Beschwerdegegner ebenfalls nicht überzeugend darzulegen. Vielmehr ist im Sinne der Judikatur des Bundeskommunikationssenates (vgl. BKS 25.09.2006,

611.933/0006-BKS/2006; ebenso: *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz³, 327) davon auszugehen, dass ein nach Z 1 lit. c geschütztes Wettbewerbsverhältnis auch dann vorliegt, wenn sich das beschwerdeführende Unternehmen auf einem vor- oder nachgelagerten Markt in einer Wettbewerbssituation zum ORF oder zu einem seiner Tochterunternehmen befindet. Daraus kann geschlossen werden, dass ein nach Z 1 lit. c geschütztes Wettbewerbsverhältnis nicht erst dann gegeben ist, wenn das beschwerdeführende Unternehmen selbst als Hörfunk- oder Fernsehveranstalter tätig wäre. Dies trifft insofern auf das Verhältnis zwischen der RMS Radio Marketing Service GmbH zum Beschwerdegegner zu, als sich die den Beschwerdegegner in seiner Werbevermarktung beschränkenden Regelungen im 3. Abschnitt des ORF-Gesetzes bzw. das Missachten derselben unmittelbar auf die Werbevermarktung der privaten Hörfunkveranstalter und damit den wirtschaftlichen Erfolg der Vermarkterin dieser Werbung auswirken. Insofern ist die RMS Radio Marketing Service GmbH auf einem dem „Markt der Veranstaltung von Hörfunkprogrammen“ vor- oder allenfalls nachgelagerten Markt tätig.

An dieser Beurteilung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass auch der Beschwerdegegner Werbung in seinen Programmen nicht im Rahmen der Stiftung Österreichischer Rundfunk selbst vermarktet, sondern die Werbezeitenvermarktung durch seine Tochtergesellschaft ORF Enterprise GmbH & Co KG besorgen lässt. Die ORF Enterprise GmbH & Co KG ist im Rahmen dieser Tätigkeit jedoch auch an die den ORF gemäß dem 3. Abschnitt des ORF-Gesetzes beschränkenden Regelungen gebunden und insoweit nicht völlig unabhängig tätig. Im Übrigen erschließt sich aus § 8a Abs. 4 iVm Abs. 3 ORF-G, dass der Vertrieb und die Vermarktung kommerzieller Kommunikation in den gemäß § 3 ORF-G bereit gestellten Programmen durch Tochtergesellschaften des ORF in dessen Namen und auf dessen Rechnung wahrzunehmen sind. Somit vermag auch die weitere Argumentation des Beschwerdegegners nicht zu überzeugen, wonach keine Verletzung von Bestimmungen des ORF-G behauptet worden wäre, die die „Vermarktung“ von Werbezeiten regeln, und dass diesfalls die ORF Enterprise GmbH & Co KG anstelle des Beschwerdegegners passiv legitimiert wäre.

Die gesetzlichen Regelungen über den Unternehmensgegenstand des ORF bzw. seiner Tochtergesellschaften grenzen deren zulässige Tätigkeit unter anderem auch im Hinblick auf das Wettbewerbsverhältnis zu anderen Unternehmen ein und haben daher Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Interessen solcher, in einem entsprechenden Wettbewerbsverhältnis stehender Unternehmer (vgl. dazu BKS 25.09.2006, 611.933/0006-BKS/2006). Die RMS Radio Marketing Service GmbH ist als Vermarkterin von Werbezeiten der österreichischen Privatsender tätig und steht somit mit dem Beschwerdegegner (auch wenn dieser die Werbevermarktung durch seine Tochtergesellschaft besorgen lässt) auf dem Werbemarkt im Wettbewerb. Es ist daher im Sinne der zitierten Rechtsprechung nicht ausgeschlossen, dass durch die behauptete Rechtsverletzung bzw. den inkriminierten Sachverhalt eine (zumindest) mittelbare Schädigung der RMS Radio Marketing Service GmbH und somit ein Eingriff in deren wirtschaftliche Interessen im Sinne des § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-G gegeben sein kann, weshalb auch in diesem Fall die Beschwerdelegitimation zu bejahen ist.

Eine weitere Prüfung der Beschwerdelegitimation nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G erübrigt sich somit.

4.3. Zu den behaupteten Verletzungen des ORF-Gesetzes

4.3.1. Zum behaupteten Verstoß gegen das Verbot der Schleichwerbung

Die Beschwerdeführer bringen in erster Linie vor, der Beschwerdegegner habe mit der Ausstrahlung des Gewinnspiels „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel“ gegen das Verbot der Schleichwerbung gemäß § 13 Abs. 1 iVm § 1a Z 7 ORF-G verstoßen.

Die hier maßgeblichen Bestimmungen lauten auszugsweise wie folgt:

„Begriffsbestimmungen

§ 1a. Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet

[...]

6. „Kommerzielle Kommunikation“ jede Äußerung, Erwähnung oder Darstellung, die
 - a) der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, oder
 - b) der Unterstützung einer Sache oder Idee dient und einer Sendung oder einem Angebot gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder im Fall der lit. a als Eigenwerbung beigelegt oder darin enthalten ist. Zur kommerziellen Kommunikation zählen jedenfalls Produktplatzierung, die Darstellung von Produktionshilfen von unbedeutendem Wert, Sponsorhinweise und auch Werbung gemäß Z 8;
7. „Schleichwerbung“ die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen, wenn sie vom Österreichischen Rundfunk oder einer seiner Tochtergesellschaften 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;
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;

„Kommerzielle Kommunikation

Inhaltliche Anforderungen und Beschränkungen

§ 13. (1) Kommerzielle Kommunikation muss als solche leicht erkennbar sein. Schleichwerbung und unter der Wahrnehmungsgrenze liegende kommerzielle Kommunikation in Programmen und Sendungen sind untersagt.

[...]

Schleichwerbung setzt nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (insbesondere VwGH 14.11.2007, Zl. 2005/04/0245 und VwGH 29.2.2008, Zl. 2005/04/0275, zur Vorgängerbestimmung 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 Rundfunkgesetz³, 15f zu § 1a Z 7 ORF-G). Von der (grundsätzlich zulässigen) Werbung unterscheidet sich die unzulässige Schleichwerbung daher durch die Eignung zur Irreführung über den Werbezweck. Ist der Werbezweck einer Sendung bzw. eines Sendungsteils nämlich offensichtlich und wird der Zuschauer über den Werbezweck nicht in die Irre geführt, so liegt von vornherein keine Schleichwerbung vor (z.B. BKS 19.5.2008, 611.009//0005-BKS/2008). Bei der Beurteilung, ob eine Erwähnung oder Darstellung von Waren und Dienstleistungen über den eigentlichen Zweck, nämlich den Werbezweck, irreführen kann, ist auf den durchschnittlich informierten und aufmerksamen Zuschauer abzustellen.

In einem ersten Schritt ist daher zu prüfen, ob eine Äußerung (Erwähnung, Darstellung) in einer Sendung den Tatbestand der Werbung erfüllt (arg.: „*absichtlich zu Werbezwecken*“

vorgesehen“). In einem zweiten Schritt ist die Irreführungseignung hinsichtlich des „*eigentlichen Zwecks der Darstellung*“ zu prüfen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist für das Vorliegen von Werbung entscheidend, ob die (gegen eine Gegenleistung bzw. für ein eigenes Produkt gesendete) Äußerung bzw. Darstellung insgesamt geeignet ist, das bislang uninformierte oder unentschlossene Publikum für den Erwerb dieses Produkts (Waren, Dienstleistungen) zu gewinnen, sodass auf das Ziel der Darstellung, nämlich den Absatz dieser Produkte zu fördern, geschlossen werden kann (vgl. dazu etwa VwGH 14.11.2007, Zl. 2005/04/0167; VwGH 12.12.2007, Zl. 2005/04/0244; VwGH 1.10.2008, Zl. 2005/04/0053).

Im Hinblick auf Gewinnspiele hat der BKS zudem ausgeführt, dass diese – ebenso wie die Darstellung der Preise – dann keine Werbung darstellen, wenn sich die Nennung der die Preise stiftenden Unternehmen in Grenzen hält und etwa kein übermäßiges Herausstreichen des Waren- und Leistungsangebots oder keine aufdringlichen Kaufaufforderungen erfolgen (vgl. BKS 28.09.2009, 611.172/0001-BKS/2009, mwN).

Die Aussagen der Moderatoren im gegenständlichen Gewinnspiel beschränken sich auf die – wenn auch unterhaltsam dargebrachte – Erwähnung der Österreichischen Lotterien und der Teilnahmebedingungen sowie die Nennung der gezogenen Lottozahlen, der Zusatzzahl und des Preisgeldes von EUR 5.000. Darüber hinaus werden zwar die jeweiligen Gewinner auf ihre nun verwirklichtbaren Wünsche angesprochen, ob hierdurch allerdings ein entsprechender Anreiz zum Erwerb eines Lottoscheines geschaffen wird, kann bezweifelt werden. Entgegen der von den Beschwerdeführern vertretenen Auffassung, der Hörer werde im Rahmen des gegenständlichen Gewinnspiels „*raffiniert zum Kauf von Lotteriescheinen animiert, weil er nicht wisse, dass die Auspielung nur wenige Tage lang stattfindet und er davon ausgehen könne, durch den Kauf eines Lottoscheines eine weitere Gewinnchance durch das Spiel auf Ö3 zu erwerben*“, hält die KommAustria die getätigten Aussagen der Moderatoren sowie die Gestaltung des Gewinnspiels insgesamt für so neutral, dass hierdurch die Grenze zur Werbung im Sinne der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht überschritten wurde. Mit anderen Worten scheint die Gestaltung des Gewinnspiels nicht geeignet, bislang uninformiertes oder unentschlossenes Publikum für den Erwerb eines Lottoscheines zu gewinnen, zumal für die Teilnahme ein bis zu sechs Monate alter Lottoschein ausreicht und hierauf durch die Moderatoren auch explizit hingewiesen wird.

Daran vermag auch das Argument der Beschwerdeführer, dass „*nicht jeder Zuhörer des Programms von Ö3, der am Gewinnspiel teilnehmen möchte, auch Inhaber eines nicht älter als sechs Monate alten Lottoscheins sei*“ bzw. „*üblicherweise alte Lottoscheine nicht archiviert würden, sondern ins Altpapier kämen, also physisch nicht vorhanden wären*“ nichts zu ändern. Ebenso wie einige Lottospieler ihre Lottoscheine unmittelbar nach jeder Lottoziehung kontrollieren und sofort danach gewinnlose Scheine entsorgen, trifft es in der Lebensrealität zu, dass viele Spieler nicht sofort kontrollieren und erst nach einiger Zeit bei Gelegenheit nachschauen, ob sie womöglich gewonnen haben, und somit den Lottoschein erst viel später wegwerfen. Die Annahme, dass einige Lottoscheine über einen unter Umständen längeren Zeitraum aufbewahrt werden, ist daher nicht völlig abwegig. Es kann somit ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Notwendigkeit zum raschen Kauf eines Lottoscheines nicht zwangsläufig gegeben ist, um am „großen Lotto-Zusatzzahlenspiel“ teilnehmen zu können. Eine solche Notwendigkeit kann die KommAustria im gegebenen Zusammenhang jedenfalls nicht erkennen. Überdies werden auch keine Kaufempfehlungen ausgesprochen, vielmehr wird darauf hingewiesen, dass man auch mit alten, gewinnlosen und bereits vorhandenen Lottoscheinen noch eine Chance habe, zu gewinnen.

Darüber hinaus findet im Rahmen des Gewinnspiels keine Erwähnung des sonstigen Leistungsangebotes der Österreichischen Lotterien, geschweige denn ein übermäßiges Herausstreichen desselben statt.

Auch wenn daher nicht auszuschließen ist, dass sich so mancher aufgrund einer zusätzlichen Gewinnchance bei Ö3 für den Erwerb eines Lottoscheines entschließt, so eignet sich die Präsentation und Durchführung des großen Lotto-Zusatzzahlenspiels im Hitradio Ö3 nicht primär dazu, bisher uninformierte oder unentschlossene Hörer für den Erwerb eines Lottoscheines zu gewinnen. Eine Absatzförderungsabsicht kann nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass bis zu sechs Monate alte Lottoscheine gewinnberechtigt sind, nicht erkannt werden. Gerade der Umstand, dass neue Lottoscheine eben nicht gekauft werden müssen – unabhängig davon, wie lange Lottoscheine durchschnittlich aufbewahrt werden – und keine Kaufempfehlungen ausgesprochen werden, spricht gegen eine Absatzförderungsabsicht. Auch der Hinweis, dass das Gewinnspiel nur auf Ö3 ausgespielt werde, vermag an der Einschätzung, dass es sich hierbei um keine werbliche Ausgestaltung handelt, nichts zu ändern. Schließlich werden auch keine typisch werblichen Gestaltungselemente eingesetzt.

Die Gestaltung des Gewinnspiels ist daher im Sinne der Judikatur des VwGH (VwGH 14.11.2007, 2005/04/0245; VwGH 14.11.2007, 2005/04/0167; VwGH 1.10.2008, 2005/04/0053) nicht dazu geeignet, bislang uninformierte oder unentschlossene Zuhörer für den Erwerb von Lottoscheinen gewinnen zu können.

Die weitere Prüfung, ob die Erwähnung oder Darstellung von Waren oder Dienstleistungen geeignet ist, über den eigentlichen Zweck, nämlich die Werbeabsicht, in die Irre zu führen, erübrigt sich damit. Da eine dem gegenständlichen Gewinnspiel innewohnende Werbllichkeit bzw. Werbeabsicht verneint wurde, ist eine Irreführung durchschnittlich informierter und aufmerksamer Zuhörer über die vermeintliche Werbeabsicht denkunmöglich. Der Beschwerde, dass die Ausstrahlung des Gewinnspiels „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“ gegen das Verbot der Schleichwerbung verstoße, war daher gemäß § 13 Abs. 1 und § 1a Z 7 ORF-Gesetz nicht zu folgen.

4.3.2. Zum Eventualbegehren, die Verletzung des Trennungsgebots festzustellen

In eventu brachten die Beschwerdeführer vor, dass die Verletzung des Trennungsgebotes festgestellt werden möge, sollte die Irreführungseignung zu verneinen sein.

Da die gegenständliche Prüfung ergeben hat, dass das Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel“ nicht geeignet erscheint, eine Absatzförderung zu Gunsten von Lotteriescheinen zu bewirken, erübrigt sich auch das Gebot der Trennung des Gewinnspiels vom restlichen Programm. Dem Eventualbegehren der Beschwerdeführer, dass bei Verneinung der Irreführungseignung festgestellt werden möge, dass durch Ausstrahlung des Gewinnspiels gegen das Trennungsgebot verstoßen wurde, war daher gemäß § 14 Abs. 1 iVm § 1a Z 8 lit. a ORF-G ebenfalls nicht zu folgen.

4.4. Verletzung des Gebotes der eindeutigen Kennzeichnung von Produktplatzierung

Sleichwerbung ist dahingehend von der – eingeschränkt zulässigen – Produktplatzierung zu unterscheiden, als letztere keinen werblichen bzw. absatzfördernden Effekt verwirklichen darf, wiewohl natürlich auch der Produktplatzierung eine gewisse Werbewirksamkeit innewohnt. Das erschließt sich bereits aus dem Umstand, dass Produktplatzierung als eine Spielart der kommerziellen Kommunikation gewertet und hierfür ebenfalls eine geldwerte Gegenleistung erbracht wird. Allerdings liegt diese Werbewirksamkeit unterhalb der Schwelle der Werbung im Sinne der o.z. Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 14.11.2007, 2005/04/0245; VwGH 14.11.2007, 2005/04/0167; VwGH 1.10.2008, 2005/04/0053) und

manifestiert sich vor allem in der Bekanntheit der dahinter stehenden Marke (dazu unter Pkt. 4.4.2.).

Der Beschwerdegegner brachte von Anfang an vor, dass es sich bei dem in Beschwerde gezogenen Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel im Hitradio Ö3“ um zulässige Produktplatzierung gemäß § 1a Z 10 iVm § 16 ORF-G handle, wobei die einzelnen Sendungen, die die Produktplatzierung enthielten, ordnungsgemäß am Anfang und am Ende durch ein akustisches Signal gekennzeichnet worden wären. Das Gewinnspiel selbst sei von den Österreichischen Lotterien im Rahmen ihrer Glücksspielkonzession nach Maßgabe des Glücksspielsgesetzes veranstaltet und im Hörfunkprogramm von Ö3 – in den Sendungen Ö3 Wecker, Ö3 Vormittagsshow, Ö3 Heute, Ö3 Hörerplaylist und Ö3 Dabei – ausgestrahlt worden.

Da der konkreten Gestaltung des gegenständlichen Gewinnspiels die Eignung zu Absatzförderung bzw. die Werblichkeit bereits abgesprochen wurde, ist daher zu prüfen, ob das Gewinnspiel bzw. dessen Präsentation als Produktplatzierung zu qualifizieren ist. Diesfalls ist der Frage nachzugehen, ob den für Produktplatzierung geltenden Anforderungen gemäß § 16 ORF-G entsprochen wurde.

Die hier maßgeblichen Bestimmungen lauten auszugsweise wie folgt:

„Begriffsbestimmungen

§ 1a. Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet

[...]

5. „Sendung“

- a) in Fernsehprogrammen und Abrufdiensten eine einzelne, in sich geschlossene und zeitlich begrenzte Abfolge von bewegten Bildern mit oder ohne Ton, die im Fall von Fernsehprogrammen Bestandteil eines Sendeplans oder im Fall von Abrufdiensten eines Katalogs ist;
- b) in Hörfunkprogrammen einen einzelnen, in sich geschlossenen und zeitlich begrenzten Bestandteil des Programms;

10. „Produktplatzierung“ jede Form kommerzieller Kommunikation, die darin besteht, ein Produkt, eine Dienstleistung oder eine entsprechende Marke gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung in eine Sendung einzubeziehen oder darauf Bezug zu nehmen, so dass diese innerhalb einer Sendung erscheinen. Nicht als Produktplatzierung gilt die kostenlose Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen wie Produktionshilfen oder Preise, solange die betreffenden Waren oder Dienstleistungen von unbedeutendem Wert sind. [...].“

„Produktplatzierung

§ 16 (1) Produktplatzierung (§ 1a Abs. 1 Z 10) ist vorbehaltlich der Regelungen der Abs. 2 und 3 unzulässig.

(2) Nicht unter das Verbot des Abs. 1 fällt die kostenlose Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen wie Produktionshilfen oder Preise im Hinblick auf ihre Einbeziehung in eine Sendung. Diese Ausnahme gilt nicht für Nachrichtensendungen sowie Sendungen zur politischen Information.

(3) Ausgenommen vom Verbot des Abs. 1 sind Kinofilme, Fernsehfilme und Fernsehserien sowie Sportsendungen und Sendungen der leichten Unterhaltung. Diese Ausnahme gilt nicht für Kindersendungen.

(4) Unbeschadet der Regelungen des § 13 dürfen Sendungen jedenfalls auch keine Produktplatzierung zugunsten von Unternehmen enthalten, deren Haupttätigkeit die Herstellung oder der Verkauf von Zigaretten und anderen Tabakerzeugnissen ist. Produktplatzierung ist weiters in regional ausgestrahlten Fernsehsendungen unzulässig, ebenso kostenlose Bereitstellungen nach § 1a Z 10 letzter Satz.

(5) *Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, haben folgenden Anforderungen zu genügen:*

- 1. Ihr Inhalt oder ihr Programmplatz darf keinesfalls so beeinflusst werden, dass die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit beeinträchtigt wird.*
- 2. Sie dürfen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Waren oder Dienstleistungen auffordern, insbesondere nicht durch spezielle verkaufsfördernde Hinweise auf diese Waren oder Dienstleistungen.*
- 3. Sie dürfen das betreffende Produkt nicht zu stark herausstellen.*
- 4. Sie sind zu Sendungsbeginn und -ende sowie im Falle von Unterbrechungen gemäß § 15 bei Fortsetzung einer Sendung nach einer Werbeunterbrechung eindeutig zu kennzeichnen, um jede Irreführung des Konsumenten zu verhindern.*

(6) *Abs. 5 Z 4 kommt nicht zur Anwendung, sofern die betreffende Sendung nicht vom Österreichischen Rundfunk selbst oder von einem mit dem Österreichischen Rundfunk verbundenen Unternehmen produziert oder in Auftrag gegeben wurde und diese keine Kenntnis vom Vorliegen einer Produktplatzierung hatten.*

Definitionsgemäß liegt Produktplatzierung – etwa im Gegensatz zum Sponsorhinweis – somit dann vor, wenn ein Produkt (Dienstleistung, Marke) in eine Sendung einbezogen wird oder darauf Bezug genommen wird, sodass dieses innerhalb einer Sendung erscheint (vgl. auch *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, 22) bzw. Teil der Handlung wird.

Aus der gemeinsamen Betrachtung der Bestimmungen nach § 1a Z 10 und § 16 ORF-G iVm § 1a Z 5 lit. b ORF-G lässt sich zunächst ableiten, dass Produktplatzierung auch im Rahmen von Hörfunksendungen des ORF zulässig ist, da § 16 ORF-G in dieser Hinsicht ganz generell von der Einbeziehung von Produktplatzierung in Sendungen spricht. § 1a Z 5 lit. b ORF-G definiert schließlich eine Sendung in Hörfunkprogrammen als einen einzelnen, in sich geschlossenen und zeitlich begrenzten Bestandteil des Programms.

Nur wenn das Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel“ derart in die Sendung eingebettet worden ist, dass es als Produkt der österreichischen Lotterien innerhalb dieser Sendung erscheint, kann von Produktplatzierung im Sinne des § 1a Z 10 ORF-G ausgegangen werden. Wäre das Gewinnspiel hingegen selbst als eigenständige Sendung zu qualifizieren, kann definitionsgemäß keine Produktplatzierung vorliegen.

4.4.1. Sendung

Es ist daher vorab zu klären, welche Teile des Hörfunkprogramms Ö3 – soweit für das gegenständliche Verfahren relevant – als eigene Sendung zu qualifizieren sind. Der Beschwerdegegner brachte in diesem Zusammenhang vor, dass das Gewinnspiel in den Sendungen Ö3 Wecker, Ö3 Vormittagsshow, Ö3 Heute, Ö3 Hörerplaylist und Ö3 Dabei ausgestrahlt wurde und zieht somit einen in struktureller und zeitlicher Hinsicht sehr weiten Rahmen heran.

Der BKS vertritt nach ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass es bei der Beurteilung eines Programmbestandteils als „Sendung“ nicht auf die Dauer der Ausstrahlung per se ankommen kann. Vielmehr sei bei der Beurteilung darauf abzustellen, ob es sich um einen einzelnen, in sich geschlossenen, zeitlich begrenzten Teil des Rundfunkprogramms handelt. Bei dieser Beurteilung ist neben dem Inhalt der Sendungsteile auch darauf abzustellen, ob (im Bild) oder im Ton der Übertragung ein Hinweis darauf zu erkennen ist, dass eine Sendung zu Ende geht und eine neue Sendung beginnt (vgl. dazu BKS 04.04.2006, 611.009/0057-BKS/2005 zu § 17 Abs. 2 Z 2 ORF-G in der Fassung BGBl. I Nr. 97/2004, m.w.N.).

Ebenso hat der BKS in einer Entscheidung zur Frage der Qualifikation eines Gewinnspiels als Patronanzsendung in einem privaten Hörfunkprogramm ausgesprochen, dass es sich bei dem in dieser Entscheidung zu beurteilenden Gewinnspiel um einen eigenständigen

Sendungsteil gehandelt habe, da sich dieses in gestalterischer Hinsicht vom übrigen Programm abgesetzt hat. Begründend wurde unter anderem dargelegt, dass sich der Moderator in den relevanten Passagen nur mit den Themen des Gewinnspiels (im konkreten Fall Kinofilme und Filmmelodien) auseinandergesetzt habe. Der BKS kam in der Beurteilung des Gewinnspiels zu dem Schluss, dass dieses ein in sich geschlossener, zeitlich begrenzter Teil eines Rundfunkprogramms sei (vgl. dazu BKS 14.12.2009, 611.110/0006-BKS/2009 zu § 19 Abs. 3 und 5 lit. b Z 2 PrR-G idF BGBl. I Nr. 7/2009). Die gegenteilige Auffassung hat der BKS in einer kurz davor getroffenen Entscheidung zu einem werblich gestalteten Gewinnspiel – ebenfalls im Rahmen eines privaten Hörfunkprogramms – vertreten, das nach Auffassung des BKS aus zwei selbständigen, unterschiedliche Zwecke verfolgenden Teilen bestanden habe. Der erste Teil habe darauf abgezielt, die Preise samt dem stiftenden Unternehmen werblich vorzustellen und Hörer zur Teilnahme am Gewinnspiel zu animieren. Der zweite Teil habe erneut werbliche Hinweise enthalten, sich jedoch überwiegend der Ausspielung der Preise gewidmet. Gegen die Annahme einer einheitlichen Sequenz habe nach der vom BKS vertretenen Rechtsmeinung unter anderem gesprochen, dass die beiden Teile des Gewinnspiels unterschiedlichen Zwecken gedient hätten, vor allem aber, dass im Zuge des Gewinnspiels ein Musiktitel in voller Länge eingespielt worden sei (vgl. BKS 16.11.2009, 611.110/0007-BKS/2009).

Aus den dargestellten Entscheidungen des BKS lässt sich für die hier gegenständliche Frage zunächst ableiten, dass das Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel“ selbst nicht als eigenständige Sendung qualifiziert werden kann. Weder ist ein in sich geschlossener, einheitlicher und zeitlich begrenzter Programmteil erkennbar, noch lässt die Gestaltung des Gewinnspiels die Annahme zu, dass sich dieses vom restlichen Teil des Hörfunkprogramms eindeutig abhebt. Auch das große Lotto-Zusatzzahlenspiel wird im Wesentlichen in zwei – sowohl zeitlich als auch inhaltlich – unterschiedliche Teile strukturiert, wobei der erste Teil kurz vor den – zweifellos als eine eigenständige Sendung zu qualifizierenden – Nachrichten zur vollen Stunde die Ziehung der Zusatzzahl und die Animation der Zuhörer zur Teilnahme bezweckt, während der zweite Teil im Anschluss an die Verkehrsmeldungen die Ausspielung des Preises bzw. die Zuschaltung des Gewinners beinhaltet.

Der Umstand, dass das Gewinnspiel in dieser Weise in das Hörfunkprogramm eingebettet ist und zwischen den einzelnen Gewinnspielphasen Nachrichten, Werbung, Wetter- und Verkehrsinformationen sowie auch Musikprogramm eingefügt werden, spricht somit gegen die Variante, dass das „große Lotto-Zusatzzahlenspiel“ eine eigene Sendung bildet.

Die in der oben dargestellten Judikatur des BKS herausgebildeten Kriterien, welche sich mit jenen der Begriffsbestimmung gemäß § 1a Z 5 lit. b ORF-G decken, sprechen allerdings auch gegen die vom Beschwerdegegner dargelegte Behauptung, dass etwa der Ö3 Wecker, die Ö3 Vormittagsshow oder Ö3 Heute in sich geschlossene und zeitliche begrenzte Programmbestandteile von Ö3 und damit eigene „Sendungen“ wären.

Allein dass beispielsweise in den von 05:00 bis 09:00 Uhr unter dem Titel Ö3 Wecker ausgestrahlten Sendestunden – oder in der von 09:00 bis 12:00 Uhr ausgestrahlten Ö3 Vormittagsshow, oder in Ö3 Heute ab 12:00 bis 14:00 Uhr – ein bestimmter Moderator bzw. ein bestimmtes Moderatorenteam durch das Programm führt, welches bei anderen Sendeflächen wechselt und unter Umständen für die jeweiligen Sendeschienen als Aushängeschild fungiert, führt nach Auffassung der KommAustria im Bereich des Hörfunks noch nicht zur Qualifikation als „eine Sendung“. Auch mag zwar ein grober thematischer Bogen identifizierbar sein, der die jeweiligen Sendeflächen voneinander unterscheidbar macht, so wie beim Ö3 Wecker die Begleitung der Hörer am Morgen und in die Arbeit im Vordergrund stehen soll; dieser thematische Bogen begründet jedoch noch keinen so durchgehenden inneren Zusammenhang, wie dies für eine vom übrigen Programm abgrenzbare Sendung charakteristisch wäre.

Allen Sendestunden des werktags von 05:00 bis 09:00 Uhr ausgestrahlten Ö3 Wecker – um bei diesem Beispiel zu bleiben, welches auch auf die anderen Sendeflächen übertragen werden kann – ist gemein, dass sie so gestaltet werden, dass man als Hörer jederzeit zuschalten kann und dennoch im Laufe der vier Weckerstunden keine wesentlichen Informationen und Beiträge verpasst, da diese in der einen oder anderen Form im Laufe der folgenden Stunden wieder gebracht werden. Die Sendungsgestaltung spiegelt die Tatsache wider, dass Radio ein sog. „Nebenbei-Medium“ ist. Mit anderen Worten, ist es im Hörfunk nicht erforderlich, sämtliche der vier Weckerstunden von 05:00 bis 09:00 Uhr durchgehend anzuhören, um den wesentlichen Inhalt derselben nicht zu verpassen. Damit fehlt jedoch der für „eine Sendung“ charakteristische innere Zusammenhang, der auch darin zum Ausdruck kommt, dass ein Sendungselement auf dem nächsten aufbaut. Vielmehr ist diese (und andere) vierstündige Sendefläche so strukturiert, dass man zu jeder vollen Stunde zunächst eine Nachrichtensendung, danach die Wetter- und Verkehrsmeldungen und schließlich unterhaltsam moderiertes (Musik)Programm verfolgen kann, bis zum ersten Werbeblock und den kurz darauf folgenden Schlagzeilen zur halben Stunde, ebenfalls ergänzt um Wetter- und Verkehrsmeldungen.

Diese Bewertung deckt sich auch mit der akustisch durch Jingles, Signations und sonstige Signale wahrnehmbar gemachten Strukturierung in eigenständige Programmbestandteile. Durch die Signation zu Beginn der Nachrichtensendung zur vollen Stunde etwa, wird akustisch eine neue Sendung angekündigt, ebenso kann auch der schrille Pfeifton für die Verkehrsmeldungen der Abgrenzung von anderen Programmteilen dienen oder auch die Signation bzw. der Jingle für den Ö3 Wecker, die nach jeder Unterbrechung eingespielt werden.

Vor dem Hintergrund, dass z.B. der Ö3 Wecker zu jeder vollen Stunde durch eine Nachrichtensendung, gefolgt von Wetterinformationen und Verkehrsmeldungen, die teilweise selbst als eigene Patronanzsendung ausgestaltet werden, sowie zu jeder halben Stunde durch Wetter- und Verkehrsmeldungen und Schlagzeilen unterbrochen wird, kann daher die These von einer durchgehenden, in sich geschlossenen vierstündigen Ö3 Wecker-Sendung nicht aufrecht erhalten werden. Die sich inhaltlich vom moderierten (Musik)Programm abhebenden Nachrichten werden akustisch klar durch eine Signation vom restlichen Programm abgegrenzt. Selbst der Nachrichtensprecher, ist nicht identisch mit dem Moderator des Ö3 Weckers, auch wenn dies – wie zuvor ausgeführt wurde – nicht allein ausschlaggebend sein kann. Dieselben Argumente treffen auf die Schlagzeilen zur halben Stunde zu.

Diese erkennbare – inhaltliche und zeitliche – Strukturierung der Sendeflächen in eigenständige etwa halbstündige Programmblöcke, gefolgt von kürzeren Sendungen der (politischen) Information oder allenfalls nur Verkehrsmeldungen, spricht somit insgesamt für eine zeitlich enger begrenzte Definition der Sendung im Hörfunkprogramm von Ö3. Entgegen der vom Beschwerdegegner vertretenen Auffassung, dass es sich beim Ö3 Wecker, der Ö3 Vormittagsshow, Ö3 Heute und sonstigen Sendeflächen, um einheitliche Sendungen im rundfunkrechtlichen Sinne handelt, ist somit davon auszugehen, dass der im Anschluss an die Verkehrsmeldungen (nach der Nachrichtensendung zur vollen Stunde) beginnende und mit den Schlagzeilen zur halben Stunde oder bloßen Verkehrs- und allenfalls Wettermeldungen endende Programmteil, als eine einheitliche Sendung zu werten ist. Ebenso ist demnach der an die Schlagzeilen zur halben Stunde bzw. bloßen Verkehrs- und/oder Wettermeldungen anschließende Programmteil, welcher mit den Nachrichten zur nächstfolgenden vollen Stunde endet, als eigene Sendung zu begreifen. Mit anderen Worten handelt es sich hierbei im Sinne der Judikatur des BKS jeweils um in sich geschlossene, zeitlich begrenzte Teile des Rundfunkprogramms, die auch einen inneren inhaltlichen Zusammenhang aufweisen (BKS 04.04.2006, 611.009/0057-BKS/2005).

Der gegenteiligen Auffassung, dass etwa der Ö3 Wecker eine einheitliche Sendung darstellt, stünde zudem entgegen, dass auch politische Informationen und Nachrichten

Sendungsbestandteil wären; Produktplatzierung in Sendungen zur politischen Information ist jedoch gemäß § 16 Abs. 2 ORF-G nicht zulässig.

Gemäß § 16 Abs. 3 ORF-G ist Produktplatzierung hingegen in Sendungen der leichten Unterhaltung gestattet. Sendungen leichter Unterhaltung zeichnen sich dadurch aus, dass bei ihnen unterhaltende Elemente klar im Vordergrund stehen, wie etwa Musikunterhaltungssendungen oder Comedy-Sendungen (Erl zur RV 611 BlgNR, 24. GP). Im Umkehrschluss sind daher Nachrichten oder beispielsweise Diskussionssendungen nicht als Sendungen der leichten Unterhaltung zu qualifizieren (vgl. dazu *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, 199). In diesem Sinne sind daher Sendungen, die neben unterhaltenden Elementen im Wesentlichen informierenden Charakter haben, keine Sendungen der leichten Unterhaltung.

Da die nunmehr eingegrenzten Sendungen als Musikunterhaltungssendungen kombiniert mit unterhaltsam aufbereiteten Informationen über Society oder Sport und Comedy ausgestaltet sind, kann nach Ansicht der KommAustria kein Zweifel daran bestehen, dass es sich hierbei um Sendungen leichter Unterhaltung im Sinne von § 16 Abs. 3 ORF-G handelt. Der Beschwerdegegner brachte – allerdings bezogen auf die größeren Sendeflächen – ebenfalls vor, dass sämtliche Sendungen in denen das Gewinnspiel durchgeführt worden sei, als Sendungen leichter Unterhaltung zu qualifizieren seien.

4.4.2. Das Gewinnspiel als Produktplatzierung

Gewinnspiele, bei denen Waren oder Dienstleistungen, die dem ORF von einem Unternehmen zur Verfügung gestellt wurden, ausgespielt werden, fallen grundsätzlich unter den Begriff Produktplatzierung, solange einerseits der Wert bedeutend ist und andererseits die Darstellung der Preise nicht die Grenze der Werbung überschreitet. Fällt die Darstellung werblich aus, so ist von Werbung auszugehen (siehe: *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, 22).

Produktplatzierung wird als die werbewirksame Platzierung (Zurschaustellung) von Markenprodukten in einer Sendung bezeichnet. Produktplatzierung liegt somit erst dann vor, wenn dem durchschnittlich informierten aufmerksamen Zuhörer (Zuschauer) das Produkt als Marke bekannt ist (vgl. dazu VwGH 08.10.2010, 2006/04/0089; 26.07.2007, 2005/04/0153).

Bei dem in Rede stehenden Gewinnspiel stellt sich zunächst die Frage, welches Produkt platziert wird. Nach Ansicht der KommAustria kann die Ausspielung des – von den Österreichischen Lotterien im Rahmen ihrer Glücksspielkonzession nach Maßgabe des Glücksspielgesetzes veranstalteten – Gewinnspiels selbst als Produktplatzierung für die Österreichischen Lotterien gewertet werden. Die Österreichischen Lotterien sind zudem als das größte und lange Zeit einzige in Österreich konzessionierte Glücksspielunternehmen unzweifelhaft als Marke bekannt. Das Anbieten des Gewinnspiels der Österreichischen Lotterien kann darüber hinaus unter den Tatbestand der kommerziellen Kommunikation subsumiert werden, zumal hierdurch das Ziel verfolgt wird, mittelbar den Absatz von Dienstleistungen der Österreichischen Lotterien zu fördern. Der Ausschlussgrund für kostenlos bereitgestellte Waren oder Dienstleistungen bzw. Preise von unbedeutendem Wert kommt im Übrigen nicht zum Tragen, da das Gewinnspiel angesichts der Höhe des pro Spielrunde ausgespielten Geldpreises von EUR 5.000 – für den inkriminierten Zeitraum somit insgesamt EUR 300.000 – nicht als von unbedeutendem Wert betrachtet werden kann.

Eine weitere Voraussetzung für das Vorliegen von Produktplatzierung ist die Entgeltlichkeit, dass also irgendjemand irgendwann an irgendjemanden irgendein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung für die Erwähnung oder Darstellung geleistet hat (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, 21). Auf die Höhe des Entgelts kommt es für die Qualifikation als Produktplatzierung hingegen nicht an. Da der Beschwerdegegner selbst vorgebracht hat, in Zusammenhang mit dem in Rede stehenden Gewinnspiel eine

Vereinbarung mit den Österreichischen Lotterien über Produktplatzierung bzw. die namentliche Einbindung der Österreichischen Lotterien in das Hörfunkprogramm abgeschlossen zu haben, besteht aus Sicht der KommAustria kein Zweifel daran, dass für diese „Leistung“ ein Entgelt geflossen ist. Der Beschwerdegegner hat dies auch nie bestritten. Es würde zudem der objektiven Verkehrsauffassung widersprechen, nähme man an, dass die Erwähnung der Österreichischen Lotterien kostenlos vereinbart worden sei (VwGH 27.01.2006, Zl. 2004/04/0114).

In welchem Umfang daher dem Beschwerdegegner aus der Nutzung der Mehrwertnummer 0821 600 600 „zusätzliche“ Erlöse zugeflossen sind, die über die ihm aus der Bereitstellung der hierfür notwendigen Infrastruktur entstandenen Kosten hinausgehen, ist daher für die Frage, ob das Gewinnspiel als Produktplatzierung zu qualifizieren ist, unerheblich. Diesbezüglich war der Beschwerdegegner im Übrigen auch nicht bereit, der KommAustria Auskünfte zu erteilen.

4.4.3. Fehlende eindeutige Kennzeichnung der Produktplatzierung

Gemäß § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G sind Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten zu Sendungsbeginn und –ende sowie im Falle von Unterbrechungen gemäß § 15 bei Fortsetzung einer Sendung nach einer Werbeunterbrechung eindeutig zu kennzeichnen, um jede Irreführung des Konsumenten zu verhindern.

Der Begriff der Werbeunterbrechung gemäß § 15 ORF-G bezieht sich dem Wortlaut dieser Bestimmung nach nur auf Unterbrecherwerbung im Fernsehen (arg.: „*Fernsehwerbung*“), sodass in der gegenständlichen Betrachtung Werbeblöcke außer Acht gelassen werden und sich die Frage der eindeutigen Kennzeichnung nur auf Beginn und Ende der jeweiligen Sendung bezieht.

Wie bereits ausführlich dargelegt wurde, bilden die im Anschluss an die Verkehrsmeldungen (nach der Nachrichtensendung zur vollen Stunde) beginnenden und mit den Schlagzeilen zur halben Stunde oder allenfalls bloßen Verkehrs- und/oder Wettermeldungen endenden Programmteile sowie auch die daran anschließenden Programmteile, welche mit den Nachrichten zur nächsten vollen Stunde enden, eigenständige Sendungen gemäß § 1a Z 5 lit. b ORF-G. Die Feststellungen zum Ablauf einzelner exemplarisch dargestellten Sendestunden in der Zeit vom 12.09.2012 bis zum 16.09.2012, zwischen 06:30 und 18:30 Uhr, haben ergeben, dass in den das Gewinnspiel beinhaltenden Sendungen weder zum jeweiligen Sendungsbeginn, noch zum jeweiligen Sendungsende, somit nicht im Anschluss an die halbstündlich ausgestrahlten Schlagzeilen oder bloßen Verkehrs- und/oder Wettermeldungen (Beginn einer Sendung), nicht vor Beginn der Nachrichtensendung zur vollen Stunde (Ende einer Sendung), nicht im Anschluss an die Verkehrsmeldungen nach den Nachrichten zur vollen Stunde (Beginn einer Sendung) und auch nicht vor Beginn der halbstündlich gesendeten Verkehrsmeldungen und den gegebenenfalls nachfolgenden Schlagzeilen (Ende einer Sendung), eine eindeutige Kennzeichnung erfolgt ist, die eine Irreführung des Konsumenten verhindert hätte.

Festgestellt wurde, dass teilweise eine spezifische Tonfolge wahrzunehmen war, die vom Beschwerdegegner als akustisches Signal zur Kennzeichnung von Produktplatzierung herangezogen worden sein könnte. Hierzu ist zunächst anzumerken, dass selbst dann, wenn man dem vom Beschwerdegegner vertretenen Standpunkt hinsichtlich der Definition einer Sendung folgen wollte, die von ihm eingesetzte akustische Kennzeichnung nicht durchgehend zu Beginn und zum Ende jeder von ihm als Sendung bezeichneten Sendefläche eingespielt worden ist (z.B. am 15.09.2011, im Anschluss an die Nachrichten um 09:00 Uhr vor Beginn der Ö3 Vormittagsshow). Insofern ist die vom Beschwerdegegner aufgestellte Behauptung, dass die einzelnen Sendungen, die die Produktplatzierung enthielten, ordnungsgemäß am Anfang und am Ende durch ein akustisches Signal gekennzeichnet worden wären, unrichtig.

Darüber hinaus lässt sich dem Wortlaut der Bestimmung gemäß § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G entnehmen, dass der Gesetzgeber an die Kennzeichnung von Produktplatzierung einen strengeren Maßstab anlegen wollte, als dies bei der Trennung redaktioneller Programmteile von Werbung der Fall ist. Jedenfalls erscheint nach Auffassung der KommAustria jegliches akustisches Signal – auch wenn dieses einen anderen Klang haben mag als Trennsignale, die für andere Zwecke zur Anwendung gelangen – ungeeignet, um den Konsumenten vor einer Irreführung über den Umstand zu bewahren, dass eine Sendung Produktplatzierung enthält oder nicht. Ein durchschnittlich informierter und aufmerksamer Zuhörer wird allein anhand eines akustischen Signals nicht erkennen können, dass in der folgenden oder zu Ende gegangenen Sendung Produktplatzierung enthalten war.

Die Formulierung „*eindeutig zu kennzeichnen*“ sowie der Halbsatz „*um jede Irreführung des Konsumenten zu verhindern*“ verlangt vielmehr einen unmissverständlichen Hinweis darauf, dass in einer Sendung Produktplatzierung integriert ist. Um diesem Anspruch in einem Hörfunkprogramm gerecht zu werden, genügt es jedoch nicht, ein weiteres akustisches Signal zu kreieren; eine eindeutige Kennzeichnung kann daher nur mit einem verbalen Hinweis darauf erfolgen, dass in der jeweiligen Sendung Produktplatzierung vorkommt. Der Beschwerdegegner hat es nach Meinung der KommAustria unterlassen, Sendungen im Hörfunkprogramm Ö3, in welchen das Gewinnspiel „Das große Lotto-Zusatzzahlenspiel“ ausgestrahlt wurde, eindeutig als Sendungen zu kennzeichnen, die Produktplatzierung beinhalten.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

4.5. Veröffentlichung

Der Ausspruch über die Veröffentlichung der eine Rechtsverletzung feststellenden Teile 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. Dabei sind auch mehrfache Veröffentlichung denkbar (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz³, 556, zum im Wesentlichen gleichlautenden § 62 Abs. 3 AMD-G).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung erkennt die KommAustria auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung und trägt dem Beschwerdegegner auf, den Spruchpunkt 1. in der in Spruchpunkt 3. vorgesehenen Art und Weise verlesen zu lassen. Die Wahl der Sendezeit ergibt sich ebenso wie der Auftrag der zweimaligen Veröffentlichung aus dem Umstand, dass die mit diesem Bescheid festgestellte Rechtsverletzung über einen längeren Zeitraum andauerte. Die Vorlage der Aufzeichnungen dient der Überprüfung der Erfüllung des Auftrags zu Veröffentlichung.

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

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegrafisch, 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 14. August 2012

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende:

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

1. KRONEHIT Radio BetriebsgmbH, Radio Oberland GmbH, Regionalradio Tirol GmbH, Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG, Antenne Kärnten Regionalradio GmbH & Co KG, Vorarlberger Regionalradio GmbH, Antenne "Österreich" und Medieninnovationen GmbH, Radio Arabella GmbH, Radio Eins Privatradio GmbH, U1 Tirol Medien GmbH, N & C Privatradio Betriebs GmbH, Hit FM Privatradio GmbH, Superfly Radio GmbH, Life Radio GmbH & Co KG, RMS Radio Marketing Service GmbH,

alle vertreten durch die Dr. Michael Krüger Rechtsanwalt GmbH, Seilergasse 4/15, 1010 Wien, per **RSb**

2. Österreichischer Rundfunk,
3. Generaldirektor Dr. Alexander Wrabetz,
2. und 3. vertreten durch Dr. Klaus Kassai, LL.M., Würzburggasse 30, 1136 Wien, per **Rsb**