

Bescheid

I. Spruch

1. Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) stellt im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk (ORF) gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 und Z 9 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 111/2010, in Verbindung mit den §§ 35, 36 und 37 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 394/1984 idF BGBl. I Nr. 50/2010 fest, dass der ORF am 12.02.2011 im Fernsehprogramm ORF eins
 - a. die von ca. 09:58 Uhr bis ca. 13:02 Uhr ausgestrahlte Sendung „FIS Alpine Ski WM Garmisch-Partenkirchen 2011: Abfahrt der Herren“ weder an ihrem Anfang um ca. 09:58 Uhr noch an ihrem Ende um ca. 13:02 Uhr hinsichtlich der Sponsoren „A1“ und „Kronen Zeitung“ als gesponserte Sendung gekennzeichnet und dadurch § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 1 ORF-G verletzt hat, sowie
 - b. während der von ca. 09:58 Uhr bis ca. 13:02 Uhr ausgestrahlten Sendung „FIS Alpine Ski WM Garmisch-Partenkirchen 2011: Abfahrt der Herren“ um ca. 12:02 Uhr einen Sponsorhinweis zugunsten der „Kronen Zeitung“ ausgestrahlt und dadurch § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verletzt hat.
2. Die KommAustria erkennt gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung. Dem ORF wird aufgetragen, den Spruchpunkt 1.a. und 1.b. binnen sechs Wochen ab Rechtskraft der Entscheidung an einem Samstag oder Sonntag zwischen 10:00 und 18:00 Uhr im Sendungsumfeld einer Sport-Sendung im Fernsehprogramm ORF eins durch einen Sprecher in folgender Weise durch Verlesung zu veröffentlichen:

„Die Kommunikationsbehörde Austria hat im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über den ORF Folgendes festgestellt: Der ORF hat am 12. Februar 2011 die Sendung „WM-Abfahrt der Herren aus Garmisch-Partenkirchen“ nicht ordnungsgemäß als gesponserte Sendung gekennzeichnet und dadurch das ORF-Gesetz verletzt. Weiters wurde während der Sendung ein Sponsorhinweis zu Gunsten der „Kronen Zeitung“ ausgestrahlt. Der ORF hat dadurch wurde gegen das Verbot von Sponsorhinweisen während einer Sendung verstoßen.“

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

3. Gemäß § 38b Abs. 1, 2 und 3 ORF-G wird festgestellt, dass der ORF durch die in Spruchpunkt 1.b. festgestellte, gegen § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G verstoßende rechtswidrige Handlung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat. Dieser wirtschaftliche Vorteil wird in Höhe von EUR XXX festgesetzt und für abgeschöpft erklärt. Der ORF hat diesen Betrag binnen zwei Wochen ab Rechtskraft des Bescheids auf das Konto des Bundeskanzleramtes, Nr. 05010057, BLZ 60000, abzuführen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Im Zuge der nach § 2 Abs. 1 Z 7 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) obliegenden Beobachtung der Einhaltung der Bestimmungen des 3. Abschnitts des ORF-Gesetzes, BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 50/2010, („Kommerzielle Kommunikation“) sowie der werberechtlichen Bestimmungen der §§ 9 bis 9b und 18 ORF-G durch den Österreichischen Rundfunk (ORF) und seine Tochtergesellschaften, wurde von der KommAustria die am 12.02.2011 von ca. 09:58 Uhr bis ca. 13:02 Uhr im Programm ORF eins ausgestrahlte Sendung „FIS Alpine Ski WM Garmisch-Partenkirchen 2011: Abfahrt der Herren“ ausgewertet.

Aufgrund der Vermutung von Verletzungen von Bestimmungen des 3. Abschnitts des ORF-G wurde der ORF (Generaldirektor) mit Schreiben vom 10.03.2011 zur Stellungnahme aufgefordert.

Mit Schreiben vom 30.03.2011 nahm der ORF zu den Ergebnissen der Auswertung durch die KommAustria Stellung und legte mit Schreiben vom 13.04.2011 ergänzende Unterlagen vor.

Mit Schreiben vom 22.04.2011 leitete die KommAustria aufgrund des trotz der Stellungnahme weiter bestehenden begründeten Verdachts einer Verletzung von Bestimmungen des 3. Abschnitts des ORF-G ein Verfahren zur Feststellung einer Rechtsverletzung sowie zur Abschöpfung der Bereicherung ein.

Mit Schreiben vom 13.05.2011 nahm der ORF zur Verfahrenseinleitung Stellung und legte weitere Unterlagen vor.

2. Sachverhalt

2.1. Sendung „FIS Alpine Ski WM Garmisch-Partenkirchen 2011: Abfahrt der Herren“

Am 12.02.2011 wird von ca. 09:58 Uhr bis ca. 13:02 Uhr im Programm ORF eins die Sendung „FIS Alpine Ski WM Garmisch-Partenkirchen 2011: Abfahrt der Herren“ ausgestrahlt.

Die Sendung ist in drei Sendungsteile gegliedert. Von ca. 09:58 Uhr bis ca. 10:47 Uhr wird der Sendungsteil „Countdown“ ausgestrahlt, von ca. 10:53 Uhr bis ca. 12:53 Uhr der Sendungsteil „Das Rennen“ und von ca. 12:55 Uhr bis ca. 13:02 Uhr der Sendungsteil „Analyse“.

Um ca. 09:58 Uhr wird nach einem Werbespot für „Sky“ folgender mit Bildern eines startenden Skifahrers hinterlegter Hinweis gesprochen: „Eine spannende Ski-WM wünscht

Ihnen die Generali“. Am Ende wird ein Logo der Generali-Gruppe eingeblendet. Dann folgt unter Einblendung des Firmenlogos von „Prefa“ vor einem Bergpanorama der (gesprochene) Hinweis: *„Die stärksten Sportler des alpinen Ski-Winters präsentiert Ihnen Prefa.“* Dann beginnt unter Einspielung einer Signation die Sendung (Sendungsteil „Countdown“ mit Hintergrundinformationen zum Rennen).

Am Ende des Sendungsteils „Countdown“ um ca. 10:47 Uhr erfolgt auf einem Splitscreen, neben der Einblendung der verantwortlichen Redakteure und Regisseure, der Hinweis „Mit Unterstützung von Seven Summits“. Danach folgen ein ORF-Sport-Gewinnspiel, Programmhinweise und ein bis ca. 10:53 Uhr dauernder Werbeblock.

Der um ca. 10:53 Uhr mit einer Signation beginnende Sendungsteil „Das Rennen“ besteht in der Live-Übertragung der WM-Abfahrt. Um ca. 11:37 Uhr wird nach den ersten 15 Rennläufern die Sendung unterbrochen. Nach Einblendung eines Trenners („ORF eins – Werbung“) folgt unter musikalischer Begleitung die Darstellung einer Wasserski-Szene auf einem Smartphone-Bildschirm sowie die Ansage *„Das Rennen kann losgehen – A1 wünscht spannende Unterhaltung“*, wobei am Ende das Logo von A1 und der Schriftzug „Partner des ÖSV“ eingeblendet werden. Dann folgen drei weitere Werbespots (Uncle Ben's, Gösser, Audi) sowie als Rück-Überleitung zur Sendung eine Signation mit der Einblendung „Alpine Ski WM Live“.

Um ca. 12:02 Uhr wird der Sendungsteil „Das Rennen“ nach dem Rennläufer Nr. 22 neuerlich unterbrochen: Nach Einspielung des beschriebenen Trenners („ORF eins – Werbung“) erfolgt unter formatfüllender Einblendung des Logos der „Kronen Zeitung“ auf rotem Hintergrund, der Webadresse www.krone.at und des Schriftzugs „Offizieller Partner [Logo] Austria Ski Team“ die Ansage *„Für Bestzeiten und Erfolge braucht man ein perfektes Team: Das Austria Ski Team und die Kronen Zeitung. Wir wünschen ein spannendes Rennen.“* Dann folgt ein A1-Spot in ähnlicher Form wie zuvor (Wasserski-Szene, diesmal samt Wechsel auf eine Winterszene) mit der Ansage *„Wir wünschen unseren Ski-Stars einen traumhaften Winter – A1“* samt A1-Logo-Einblendung und Schriftzug „Partner des ÖSV“. Es folgen drei Werbespots (News, Zillertal, Audi) und dann wieder die Rück-Überleitung zur Sendung im Wege der Signation „Alpine Ski WM Live“, die mit der Übertragung des Rennens fortsetzt.

Um ca. 12:23 Uhr wird der Sendungsteil „Das Rennen“ nach dem Rennläufer Nr. 30 ein weiteres Mal unterbrochen. Nach dem Trenner „ORF eins – Werbung“ folgt die Einblendung des A1-Spots mit der Wasserski-Szene auf einem Smartphone-Bildschirm. Aus dem Off erfolgt die Ansage *„Das war das Rennen – Präsentiert von A1“* sowie am Ende die A1-Logo-Einblendung und der Schriftzug „Partner des ÖSV“. Dann werden zwei Werbespots ausgestrahlt (Harreither, Volksbank) und folgt mittels der Einblendung „ORF eins“ und der Signation „Alpine Ski WM Live“ der Wiedereinstieg in die Übertragung des Rennens.

Nach dem Rennläufer Nr. 41 endet nach einer kurzen „Rennanalyse der anderen Art“ (Passantenbefragung zur Herkunft des namens „Kandahar“) der Sendungsteil „Das Rennen“ mit einer Abmoderation durch den Moderator samt Verweis auf die nachfolgende Analyse um ca. 12:53 Uhr. Es folgen nach Einblendung des Trenners „ORF eins“ mehrere Programmhinweise.

Um ca. 12:55 Uhr beginnt mit Einblendung der Signation „Alpine Ski WM – Analyse“ der entsprechende Sendungsteil „Analyse“, in welchem die Kommentatoren einzelne Fahrten nochmals zeigen bzw. im Detail besprechen und auch abschließend ein „Highlight“-Zuschnitt gezeigt wird. Um ca. 13:02 Uhr erfolgt ein Wechsel in eine Panorama-Totale und die Einblendung eines Split-Screens mit dem Hinweis „Mit Unterstützung von Seven Summits“ sowie der Namen der ORF-Redakteure und Regisseure. Im Anschluss folgt unter Einblendung des Firmenlogos von „Prefa“ vor einem Bergpanorama der (gesprochene) Hinweis: *„Die stärksten Sportler des alpinen Ski-Winters präsentiert Ihnen Prefa.“* Im Anschluss folgen (Programm-)Hinweise.

2.2. Vertragliche Vereinbarungen im Sendungsumfeld

Seitens des ORF wurde in Bezug u.a. auf die verfahrensgegenständliche Sendung zum einen ein Vertrag mit der OmniMedia Werbegesellschaft / media.at WerbegmbH hinsichtlich der Ausstrahlung von 33 als „TV – Sponsoring De Luxe Opener“ bezeichneten Spots zugunsten des Kunden A1 Telekom Austria AG im Zeitraum 07.02.2011 bis 20.02.2011 für die Produktion „FIS WM 2011“ abgeschlossen. Das Entgelt betrug EUR XXX exkl. USt und Werbeabgabe, jedoch inkl. einer Provision iHv X %.

Zum anderen wurde vom ORF ein Vertrag mit der AMI PROMARKETING Agentur-Holding GmbH hinsichtlich u.a. der Ausstrahlung einer nicht bekanntgegebenen Anzahl von ebenfalls als „TV – Sponsoring De Luxe Opener“ bezeichneten Spots zugunsten des Kunden „Mediaprint Zeitungs- u. Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG“ im Zeitraum 07.02.2011 bis 18.02.2011 für sechs unter dem Titel „FIS WM 2011“ ausgestrahlte Produktionen abgeschlossen. Das Entgelt für die Gesamtleistung des ORF, die auch weitere Positionen umfasste, wurde nicht bekanntgegeben.

Der Spot um 12:02 Uhr zu Gunsten von A1 wurde im privaten Fernsehen in identer Form im Zeitraum Dezember 2010 bis Jänner 2011 zumindest 87 Mal ausgestrahlt.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Sendungsablauf gründen sich auf die vorliegenden Aufzeichnungen der Sendung und wurden auch vom ORF nicht bestritten.

Die Feststellungen zu den vertraglichen Vereinbarungen im Sendungsumfeld sowie zu den sonstigen Ausstrahlungen von Spots ergeben sich aus den vom ORF vorgelegten Verträgen bzw. Unterlagen. Feststellungen zum konkreten, auf den Spot für die Kronen Zeitung um 12:02 Uhr entfallenden Entgelt konnten aufgrund des Vorliegens eines Pauschalpreises unter Einschluss anderer Leistungspositionen sowie der vom ORF vorgenommenen Schwärzung nicht getroffen werden.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde/Rechtsgrundlagen

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 KOG obliegt der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) die Wahrnehmung der Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk und seine Tochtergesellschaften nach Maßgabe des ORF-G. Gemäß § 35 ORF-G obliegt der KommAustria als Regulierungsbehörde die Rechtsaufsicht über den ORF.

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG obliegt der KommAustria u.a. die Beobachtung der Einhaltung der Bestimmungen des 3. Abschnitts des ORF-Gesetzes („Kommerzielle Kommunikation“) sowie der werberechtlichen Bestimmungen der §§ 9 bis 9b und 18 ORF-G durch den ORF und seine Tochtergesellschaften. Zur Erfüllung dieser Aufgabe hat die KommAustria in regelmäßigen, zumindest aber monatlichen Abständen bei allen Rundfunkveranstaltern und Mediendienstanbietern Auswertungen von Sendungen und Mediendiensten, die kommerzielle Kommunikation beinhalten, durchzuführen und binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung oder der Bereitstellung, jene Ergebnisse, bei denen sie eine Verletzung der genannten Bestimmungen vermutet, dem ORF zur Stellungnahme binnen einer Frist von zwei Wochen zu übermitteln. Unter Berücksichtigung der eingelangten Stellungnahme hat die KommAustria bei begründetem Verdacht die Verletzung von Amts wegen weiter zu verfolgen.

Im vorliegenden Fall war die Stellungnahme des ORF vom 30.03.2011 nicht geeignet, die Bedenken der KommAustria hinsichtlich der vermuteten Verstöße auszuräumen, weshalb in weiterer Folge ein Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG iVm §§ 35, 36 und 37 ORF-G einzuleiten war.

Die Entscheidung der KommAustria besteht gemäß § 37 Abs. 1 ORF-G in der Feststellung, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung dieses Bundesgesetzes verletzt worden ist.

Gemäß § 38b ORF-G kann die KommAustria, wenn sie feststellt, dass der ORF durch eine gegen die Bestimmungen der §§ 13 bis 17 ORF-G verstoßende rechtswidrige Handlung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat oder die Einnahmengrenze nach § 18 Abs. 1 ORF-G überschritten wurde, einen Betrag in der Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils festsetzen und für abgeschöpft erklären.

4.2. Vorliegen von Sponsoring und Anwendbarkeit des § 17 ORF-G

§ 1a Z 11 ORF-G lautet:

„Begriffsbestimmungen

§ 1a. Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet

[...]

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

§ 17 ORF-G lautet auszugsweise:

„Sponsoring

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

1. Ihr Inhalt und bei Fernseh- oder Hörfunkprogrammen ihr Programmplatz dürfen vom Sponsor auf keinen Fall in der Weise beeinflusst werden, dass die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit in Bezug auf die Sendungen angetastet werden.

2. Sie sind durch den Namen oder das Firmenemblem oder ein anderes Symbol des Sponsors, etwa einen Hinweis auf seine Produkte oder Dienstleistungen oder ein entsprechendes unterscheidungskräftiges Zeichen am Anfang oder am Ende eindeutig als gesponserte Sendung zu kennzeichnen (Sponsorhinweise). Sponsorhinweise während einer Sendung sind unzulässig.

3. Sie dürfen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Auftraggebers oder eines Dritten, insbesondere durch spezifische verkaufsfördernde Hinweise auf diese Erzeugnisse oder Dienstleistungen, anregen.

[...]“

Unstrittig ist im vorliegenden Fall, dass es sich bei der von ca. 09:58 Uhr bis ca. 13:02 Uhr dauernden Sendung „FIS Alpine Ski WM Garmisch-Partenkirchen 2011: Abfahrt der Herren“ um eine Sportsendung im Sinne des § 15 Abs. 2 Satz 2 ORF-G handelt, die aus drei eigenständigen Teilen besteht (vgl. in diesem Sinne die Begründung des Initiativantrags 723/A, XXII. GP, AB 1249 BlgNR, die von der „Vor- und Nachberichterstattung in Zusammenhang mit einem bestimmten Sportereignis“ spricht). Es

ist weiters davon auszugehen, dass der von ca. 10:53 Uhr bis ca. 12:53 Uhr dauernde Sendungsteil „Das Rennen“ als Sportübertragung im Sinne des § 15 Abs. 2 Satz 3 ORF-G zu qualifizieren ist. Maßgeblich – und auch vom ORF nicht bestritten – ist weiters, dass die gesamte Sendung als eine einheitliche Sendung anzusehen ist (vgl. ausdrücklich VwGH 19.11.2008, 2005/04/0172, insbesondere zu den Spruchpunkten I. und II. des Bescheides BKS 01.06.2005, 611.009/0035-BKS/2005).

Die Frage des Vorliegens eines dem Tatbestand des § 1a Z 11 ORF-G unterliegenden Sponsoringverhältnisses ist nach der Rechtsprechung des Bundeskommunikationssenats (BKS) und des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) nach einem objektiven Maßstab dahingehend zu beantworten, dass dann, wenn sich der Rundfunkveranstalter bei der Ausstrahlung eines Hinweises (Spots) einer für Sponsoringhinweise üblichen Form bedient, auch einen Konnex des finanziellen Beitrages, der für den Hinweis geleistet wurde, zur (gesponserten) Sendung hergestellt wird. In dieser Form unterscheidet sich daher herkömmliche Werbung von Sponsorhinweisen: Erstere steht in keinem Zusammenhang mit gesponserten Sendungen und trägt daher nur zum Gesamthaushalt des Rundfunkveranstalters bei, während die Letzteren vom Rundfunkveranstalter erkennbar in Zusammenhang mit einer bestimmten Sendung gesetzt werden (vgl. BKS 23.06.2005, 611.001/0005-BKS/2005; 26.03.2007, 611.001/0009-BKS/2007; VwGH 19.11.2008, 2005/04/0172). Damit liegt folgende Subtraktions- bzw. Akzessorietätsprobe nahe: Hätte der in Frage stehende Hinweis *ohne* die bezughabende Sendung nicht in dieser Form an dieser konkreten Stelle im Programm gesendet werden können, ist in der Regel vom Vorliegen eines Sponsoringverhältnisses im Sinne des § 1a Z 11 ORF-G auszugehen. Ist dies nicht der Fall, liegt allein aus der Ausstrahlung des Hinweises heraus noch kein Indiz für Sponsoring vor.

Im vorliegenden Fall ist nach Auffassung der KommAustria der maßgebliche Konnex zur Sendung bei all jenen Hinweisen anzunehmen, die unmittelbar auf die vefahrensgegenständliche Sendung Bezug nehmen und ein akzessorisches Naheverhältnis im Sinne des „Patronisierens“ der Sendung zum Inhalt haben. Dies betrifft

- den Spot für die Generali um ca. 09:58 Uhr (*„Eine spannende Ski-WM wünscht Ihnen die Generali.“*),
- den Spot für Prefa um ca. 09:58 Uhr (*„Die stärksten Sportler des alpinen Ski-Winters präsentiert Ihnen Prefa.“*),
- den Spot für A1 um ca. 11:37 Uhr (*„Das Rennen kann losgehen – A1 wünscht spannende Unterhaltung.“*),
- den Spot für die Kronen Zeitung um ca. 12:02 Uhr (*„Für Bestzeiten und Erfolge braucht man ein perfektes Team: Das Austria Ski Team und die Kronen Zeitung. Wir wünschen ein spannendes Rennen.“*),
- den Spot für A1 um ca. 12:23 Uhr (*„Das war das Rennen – Präsentiert von A1“*), sowie
- den Spot für Prefa um ca. 13:02 Uhr (*„Die stärksten Sportler des alpinen Ski-Winters präsentiert Ihnen Prefa.“*).

Bei allen diesen Spots/Hinweisen ist es nach Auffassung der KommAustria aufgrund der unmittelbaren Bezugnahme auf die gegenständliche Sportsendung und/oder der Verwendung von für Sponsoringhinweise typischen Formulierungen (z.B. *„präsentiert“*) ausgeschlossen, sie ohne den relevanten Konnex zur Sendung in derselben Form im Programm auszustrahlen. Daher geht die KommAustria davon aus, dass im Sinne der o.a. Rechtsprechung hinsichtlich aller betroffenen Unternehmen ein Sponsoringverhältnis im Sinne des § 1a Z 11 ORF-G als „Beitrag zur Finanzierung“ vorliegt. Gestützt wird dieses über einen objektiven Maßstab erzielte Ergebnis im vorliegenden Fall auch durch die in den vorgelegten Verträgen zum Ausdruck kommende Sponsoring-Absicht aufgrund der Bezeichnung der Spots für A1 und die Kronen Zeitung als „TV – Sponsoring De Luxe Opener“.

Zuzustimmen war dem ORF hingegen im Hinblick auf den im Vorverfahren von der KommAustria ebenfalls als Sponsorhinweis eingeordneten Spot für A1 um ca. 12.02 Uhr: Da dieser in identer Form auch ohne konkreten Sendungsbezug im privaten Fernsehen ausgestrahlt wurde und sich die Formulierung „Wir wünschen unseren Ski-Stars einen traumhaften Winter – A1“ auch als Ausfluss einer allgemeinen Unterstützung der Skifahrer werten lässt, ist von keinem entsprechenden Beitrag zur Finanzierung iSd § 1a Z 11 ORF-G auszugehen.

Unstrittig ist im vorliegenden Fall weiters, dass die Spots zu Gunsten von A1 „werblich gestaltet“ waren. Dies ergibt sich aus der bildlich/akustischen Gestaltung, der z.T. großflächigen Einblendung des Smartphones und des A1-Logos, worin – zumindest *in dubio* – ein spezifischer Hinweis bzw. ein Herausstreichen des Waren- und Leistungsangebotes von A1 erblickt werden kann (vgl. BKS 01.06.2005, 611.009/0035-BKS/2005). Die Rechtsprechung hat nun insbesondere aus der Definition der Werbesendungen im Klammerausdruck des § 19 Abs. 1 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, abgeleitet, dass werblich gestaltete An- und Absagen von gesponserten Sendung zulässig sind und diese grundsätzlich den Vorschriften über die Werbung (Trennung, Erkennbarkeit, Einrechnung in die Werbezeit etc.) unterliegen (in diesem Sinne z.B. BKS 27.04.2009, 611.009/0004-BKS/2009; VwGH 17.03.2011, 2011/03/0114). Der ORF nimmt zudem einen werblich gestalteten Sponsorhinweis auch für den Spot zu Gunsten der Kronen Zeitung um ca. 12:02 Uhr an (siehe dazu unten 4.4.).

Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BKS vom 26.02.2007, 611.001/0012-BKS/2006, wonach zunächst zu ermitteln sei, ob der Tatbestand der Werbung (allenfalls Schleichwerbung) vorliegt und erst wenn diese Frage verneint würde, in einem weiteren Schritt zu klären sei, ob allen für die sogenannten „Sonderwerbformen“ geltenden Bestimmungen Genüge getan wurde, vermeint nun aber der ORF, dass in Konstellationen wie der vorliegenden für den § 17 ORF-G kein Anwendungsbereich mehr verbliebe. Hinsichtlich des „Beitrags zur Finanzierung“ sei hervorzuheben, dass ein solcher im Sinne eines Beitrags zum Gesamthaushalt des Rundfunkveranstalters nicht per se ein Sponsoringverhältnis begründe, weil auch durch das für die Ausstrahlung von Werbung gezahlte Entgelt ein Beitrag zum Gesamthaushalt des Rundfunkveranstalters geleistet werde. Darüber hinaus würden nicht nur Sponsorhinweise im Zusammenhang mit bestimmten Sendungen gebucht, sondern gelte dies auch für das Buchungsverhalten bei „klassischer“ Werbung. Da bei den in Frage stehenden Spots von A1 und der Kronen Zeitung der Tatbestand der Werbung erfüllt sei, wäre eine weitere Überprüfung des Sachverhalts nach den Bestimmungen für Sponsoring nicht angezeigt. Auch die Tatsache, dass in allen drei genannten Werbespots auch Textpassagen enthalten sind, die Formulierungen von Sponsorhinweisen ähnlich sein mögen, ändere an der rundfunkrechtlichen Einordnung als (Fernseh-)Werbung nichts. Insgesamt sei daher ausschlaggebend, ob eine Einschaltung werbliche Elemente enthält und damit den Regelungen der Werbung unterliegt oder eben ein (nicht gestalteter) oder sonst den Tatbestand der Werbung nicht erfüllender Hinweis auf den Sponsor einer Sendung vorliegt, der (nur) nach den Bestimmungen zu Sponsoring zu beurteilen ist.

Diesem Vorbringen kann sich die KommAustria in mehrerlei Hinsicht nicht anschließen:

Zum einen ist auf die diesbezüglich eindeutige Rechtsprechung des VwGH zu verweisen, der sich bereits mit der Frage der Anwendbarkeit der für Sponsoring geltenden Bestimmungen auch im Zusammenhang mit werblich gestalteten Sponsorhinweisen befasst und auch in diesen Fällen eine Verpflichtung zur Kennzeichnung der gesponserten Sendung im Sinne des § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 1 ORF-G angenommen hat: Bei dem nahezu identen Sachverhalt eines werblich gestalteten Sponsorhinweises während der Unterbrechung einer Formel-1-Übertragung hat der VwGH nämlich ausdrücklich ausgeführt, dass es „*nicht als rechtswidrig zu erkennen [ist], wenn die belangte Behörde die Sportsendung aufgrund des Hinweises »Das Rennen wurde Ihnen präsentiert von J.com - nur Sie wissen, dass er nicht neu ist.« auch (abgesehen von der darin enthaltenen Werbung) als Patronanzsendung*

eingestuft hat. Daher hätte ein Hinweis auf den Sponsor am Anfang und am Ende dieser (eine Einheit bildende) Sportsendung erfolgen müssen.“ (VwGH 19.11.2008, 2005/04/0172; Hervorhebung nicht im Original).

Zum anderen ist festzuhalten, dass im Vergleich zur „klassischen“ Werbung der § 17 ORF-G für Sponsoringverhältnisse deutlich über die Anforderungen der bloßen Trennung und Erkennbarkeit hinausgehende Vorgaben beinhaltet, die dem Schutz bzw. der Information der Rezipienten dienen. Der Zweck der Offenlegung eines Sponsoringverhältnisses liegt nach Auffassung der KommAustria unter anderem darin, den Zuseher über kommerzielle Zusammenhänge bei der Finanzierung einer Sendung aufzuklären und ihm insoweit im Wege der Transparenz ein eigenständiges Urteil über den Inhalt zu erlauben. Für diese Aufklärung ist mit dem Beginn oder dem Ende der Sendung ein fester Platz vorgegeben. Der Gesetzgeber geht daher bei Sponsoring von einer über die Wirkungen der klassischen Werbung hinausgehenden „Gefährdungslage“ aus, der er durch die Kennzeichnungsverpflichtung in § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 1 ORF-G entgegentritt, und mit der zugleich auch der vom Sponsor in der Regel gewünschte „Imagetransfer“ verwirklicht werden kann. Bei bestimmten, als besonders sensibel eingestuften Sendungen, nämlich Nachrichten und Sendungen zur politischen Information, verbietet der Gesetzgeber die Möglichkeit des Sponsorings überhaupt (§ 17 Abs. 3 ORF-G).

Es kann nun aber nicht angenommen werden, dass mit einer „werblichen Gestaltung“ eines Sponsorhinweises die dargestellte Gefährdungslage und die daraus resultierenden Informationsverpflichtungen bzw. Verbote obsolet würden. Die Argumentation des ORF liefe konsequent fortgesetzt beispielsweise darauf hinaus, dass der Hinweis „*Die Zeit im Bild widmet Ihnen die X-Zeitung, die beste und günstigste Tageszeitung Österreichs*“ aufgrund der werblichen Gestaltung nicht dem § 17 Abs. 3 ORF-G unterläge, der ungestaltete Hinweis „*Die Zeit im Bild widmet Ihnen die X-Zeitung*“ jedoch nach der zitierten Bestimmung als verbotenes Sponsoring von Nachrichtensendungen unzulässig wäre.

Die Zielrichtungen des § 17 ORF-G sind daher zum Teil andere als jene der §§ 14 und 15 ORF-G. Entscheidet sich nunmehr der ORF für eine Konstruktion, in der – wie oben dargelegt – Sponsoring aufgrund eines kausalen Zusammenhangs zwischen der Sendung und dem Hinweis auf den Sponsor anzunehmen ist, und wird die Kennzeichnung in werblicher Form vorgenommen, kommen zwingend auch jene Ge- und Verbote des § 17 ORF-G zur Anwendung, die sich hinsichtlich ihres Schutzzwecks von jenen der §§ 14 und 15 ORF-G unterscheiden. Die vom ORF zitierten Entscheidungen (u.a. VwGH 17.03.2011, 2011/03/0014, BKS 14.12.2009, 611.030/0001-BKS/2009) sind schon insoweit nicht einschlägig, als sie sich auf die Frage bezogen, in welchem Verhältnis das Verbot verkaufsfördernder Hinweise in gesponserten Sendungen zu den Vorschriften über die Werbung steht bzw. was zu gelten hat, wenn die gesamte „gesponserte“ Sendung eine Werbesendung darstellt.

Die KommAustria geht daher zusammengefasst davon aus, dass hinsichtlich aller genannten Marken bzw. dahinterstehenden Unternehmen, nämlich Generali, Prefa, A1 und Kronen Zeitung, ein Sponsoringverhältnis iSd § 1a Z 11 ORF-G anzunehmen und daher grundsätzlich die Anwendbarkeit der Sponsoringbestimmungen des § 17 ORF-G für die Sendung „FIS Alpine Ski WM Garmisch-Partenkirchen 2011: Abfahrt der Herren“ gegeben ist. Ob es sich um werblich gestaltete Sponsorhinweise handelt, ist an dieser Stelle nicht weiter zu relevieren (dazu noch unten unter 4.4.).

4.3. Verstoß gegen das Kennzeichnungsgebot des § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G (Spruchpunkt 1.a.)

Im vorliegenden Fall ist festzuhalten, dass den Vorgaben des § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 1 ORF-G, wonach gesponserte Sendungen durch den Namen oder das Firmenemblem oder ein anderes Symbol des Sponsors, etwa einen Hinweis auf seine Produkte oder Dienstleistungen oder ein entsprechendes unterscheidungskräftiges Zeichen am Anfang

oder am Ende eindeutig als gesponserte Sendung zu kennzeichnen sind (Sponsorhinweise), nur teilweise entsprochen wurde.

Wie bereits unter 4.2. ausgeführt ist die Sendung „FIS Alpine Ski WM Garmisch-Partenkirchen 2011: Abfahrt der Herren“ vom 12.02.2011 wegen des zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhanges der drei Teile (vgl. VwGH 19.11.2008, 2005/04/0172) als eine einheitliche Sendung anzusehen. Die Sendung begann um ca. 09:58 Uhr und endete um ca. 13:02 Uhr. Hinsichtlich der Sponsoren Generali und Prefa erfolgte eine Kennzeichnung zu Beginn um ca. 09:58 Uhr bzw. hinsichtlich Prefa zusätzlich auch am Ende um ca. 13:02 Uhr.

Keine Kennzeichnung erfolgte jedoch hinsichtlich der Sponsoren A1 und Kronen Zeitung: Die bezugshabenden Sponsorhinweise wurden zwar um ca. 11:37 Uhr und um ca. 12:23 Uhr bzw. um ca. 12:02 Uhr in den Unterbrechungen der Sendung ausgestrahlt, nicht jedoch am Beginn oder am Ende der Sendung. Neuerlich ist hier auf das o.a. Erkenntnis des VwGH vom 19.11.2008, 2005/04/0172, zum weitestgehend identen Sachverhalt eines Formel-1-Rennens zu verweisen, wonach bei Vorliegen einer gesponserten Sendung *„ein Hinweis auf den Sponsor am Anfang und am Ende dieser (eine Einheit bildende) Sportsendung erfolgen“* muss.

Da die Sendung weder an ihrem Anfang um ca. 09:58 Uhr noch an ihrem Ende um ca. 13:02 Uhr hinsichtlich der Sponsoren „A1“ und „Kronen Zeitung“ als gesponserte Sendung gekennzeichnet wurde, war spruchgemäß (Spruchpunkt 1.a.) eine Verletzung des § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 1 ORF-G festzustellen.

4.4. Verstoß gegen das „Reminderverbot“ des § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G (Spruchpunkt 1.b.)

Wie bereits unter 4.2. dargelegt, können Sponsorhinweise sowohl in „werblich gestalteter“ als auch in „ungestalteter“ Form gesendet werden. Die Abgrenzung erfolgt danach, ob der Hinweis eine über die Kennzeichnung des Sponsors hinausgehende eigenständige werbliche Botschaft enthält (VwGH 14.11.2007, 2005/04/0180). Ist dies der Fall, kommen die Vorschriften über die Werbung zur Anwendung und verbleibt für den § 17 ORF-G nur jener unter 4.3. dargelegte Anwendungsbereich, der vom Schutzzweck her nicht bereits durch diese für Werbung zur Anwendung kommenden Vorschriften (§§ 14 und 15 ORF-G) abgedeckt ist.

In diesem Sinne hat der VwGH festgestellt, dass für den § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G dann kein Anwendungsbereich verbleibt, wenn bei einem „Hinweis auf den Auftraggeber“ der Tatbestand der Werbung vorliegt (VwGH 11.10.2007, 2005/04/0242). Die Zulässigkeit zur Ausstrahlung dieses werblich gestalteten Hinweises während einer Sendung ist in weiterer Folge nur an dem die Unterbrecherwerbung regelnden § 15 Abs. 1 und 2 ORF-G zu messen (vgl. diesbezüglich wiederum VwGH 19.11.2008, 2005/04/0172, noch zur identen Vorgängerbestimmung des § 14 Abs. 7 und 8 ORF-G).

Umgekehrt folgt daraus aber, dass dann, wenn ein ungestalteter Sponsorhinweis vorliegt, § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G vollumfänglich Anwendung findet. In VwGH 19.11.2008, 2005/04/0172, wurden dementsprechend auch die während der Formel-1-Übertragung ausgestrahlten ungestalteten Sponsorhinweise *„Die Strecke präsentiert von [Logo] PS2 – Playstation2“*, *„Formel 1 in Team präsentiert von [Logo] Renault“* sowie die Einblendung des Sponsorenlogos *„Carrera“* im Abspann eines Sendungsteils jeweils als Verstoß gegen § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G gewertet (*„Nach dem Gesagten sind daher die Feststellungen unter Spruchpunkt I., die beschwerdeführende Partei habe mit den genannten Hinweisen § 17 Abs. 2 Z 2 erster und zweiter Satz [nunmehr § 17 Abs. 1 Z 2 erster und zweiter Satz] ORF-G verletzt, nicht zu beanstanden.“*).

Auf den vorliegenden Fall umgelegt ist nun von Bedeutung, dass es sich bei dem Sponsorhinweis zu Gunsten der „Kronen Zeitung“ um ca. 12:02 Uhr um einen ebensolchen

ungestalteten Sponsorhinweis gehandelt hat. Die Sequenz beschränkt sich einerseits auf eine neutral gehaltene Einblendung des Logos samt Internetadresse. Der gesprochene Text *„Für Bestzeiten und Erfolge braucht man ein perfektes Team: Das Austria Ski Team und die Kronen Zeitung. Wir wünschen ein spannendes Rennen.“* bezieht sich mit dem „perfekten Team“ auf die Voraussetzungen für ein gutes Ergebnis bei dem den Gegenstand der Sportübertragung bildenden Rennen und bringt damit sehr allgemein die gute Zusammenarbeit zwischen Sponsor und gesponserter Mannschaft zum Ausdruck. Diese Zusammenarbeit ist aber Wesen jedes Sponsoringverhältnisses und liegt weit unter der Schwelle einer Bewerbung spezifischer Produkte oder Dienstleistungen (vgl. zur Einordnung einer allgemeinen Aussage als Ausdruck des „Lebensgefühls“ BKS 23.06.2005, 611.001/0007-BKS/2005). Die gegenteilige Argumentation des ORF, dass eine subjektive Absatzförderungsabsicht vorliege und „sicherheitshalber“ eine Ausstrahlung im Werbeblock zulässig sein müsse, vermag insoweit nicht zu überzeugen, als diesfalls der vom VwGH – im Zusammenhang mit der Produktplatzierung bzw. Werbung entwickelte – objektive Maßstab umgangen werden könnte und es letztlich *„im Belieben der Beteiligten [stünde], über die Zulässigkeit [...] nach Gutdünken zu disponieren“* (vgl. u.a. VwGH 19.11.2008, 2005/04/0172).

Aus dem Einwand des ORF, dass bei dieser Sichtweise ein widersprüchliches Ergebnis dahingehend erzielt werde, dass werblich gestaltete Sponsorhinweise besser gestellt wären als ungestaltete, lässt sich für die KommAustria im Lichte der zitierten eindeutigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung nichts gewinnen.

Zusammengefasst war daher spruchgemäß (Spruchpunkt 1.b.) festzustellen, dass mit der Ausstrahlung des Sponsorhinweises zu Gunsten der Kronen Zeitung um ca. 12:02 während der Sendung *„FIS Alpine Ski WM Garmisch-Partenkirchen 2011: Abfahrt der Herren“* das Verbot des § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G, wonach Sponsorhinweise während der Sendung unzulässig sind, verletzt wurde.

4.5. Zur Veröffentlichung der Entscheidung (Spruchpunkt 2.)

Der Ausspruch über die Veröffentlichung der Entscheidung stützt sich auf § 37 Abs. 4 ORFG und dessen Auslegung im Sinne der Rechtsprechung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts (vgl. VfSlg. 12.497/1990 und VwGH 15.09.2004, 2003/04/0045). Nach dem zitierten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs ist die Veröffentlichung als „contrarius actus“ zu einem solchen Zeitpunkt im entsprechenden Programm aufzutragen, dass „tunlichst der gleiche Veröffentlichungswert“ erzielt wird. Mit der Veröffentlichung einer Kurzfassung der Entscheidung zu einer vergleichbaren Sendezeit im Umfeld einer Sportsendung an einem Wochenende soll diesem Anliegen eines „contrarius actus“ Rechnung getragen werden.

Die Verpflichtung zur Vorlage der Aufzeichnung stützt sich auf § 36 Abs. 5 ORF-G (vgl. dazu VwGH 23.05.2007, 2006/04/0204).

4.6. Zur Abschöpfung der Bereicherung

§ 38b ORF-G lautet:

„Abschöpfung der Bereicherung

§ 38b. (1) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass der Österreichische Rundfunk durch eine gegen die Bestimmungen der §§ 13 bis 17 verstoßende rechtswidrige Handlung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat oder die Einnahmengrenze nach § 18 Abs. 1 überschritten wurde, kann sie einen Betrag in der Höhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils festsetzen und für abgeschöpft erklären.

(2) Der Österreichische Rundfunk hat der Regulierungsbehörde auf Anfrage alle Informationen zur Verfügung zu stellen, ihr alle Auskünfte zu erteilen und ihr Einsicht in alle Aufzeichnungen und Bücher zu gewähren, soweit dies erforderlich ist, um den

Abschöpfungsbetrag feststellen zu können. Soweit die Regulierungsbehörde den Abschöpfungsbetrag aus Informationen, Auskünften, Aufzeichnungen oder Büchern nicht ermitteln oder berechnen kann, hat sie ihn zu schätzen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind.

(3) Der abgeschöpfte Betrag fließt dem Bund zu.“

Nach den Materialien (Erl. zur RV 611 BlgNR, 24. GP) soll mit den Bestimmungen des § 38b ORF-G dem Gedanken Rechnung getragen werden, dass der ORF aus Rechtsverletzungen keinen wirtschaftlichen Vorteil lukrieren darf.

Die KommAustria geht davon aus, dass die unter Spruchpunkt 1.b. festgestellte Verletzung des § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G durch die Ausstrahlung des Sponsorhinweises für die Kronen Zeitung um ca. 12:02 Uhr als eine im Sinne des § 38b Abs. 1 ORF-G rechtswidrige Handlung einzustufen ist, durch die der ORF einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat. Der wirtschaftliche Vorteil ist aus Sicht der KommAustria in der Höhe des gesamten für die Sponsorenennung geleisteten Entgelts eingetreten, da der ORF bei rechtskonformem Verhalten diesen Hinweis zu diesem Zeitpunkt überhaupt nicht hätte ausstrahlen können (vgl. zum geforderten objektiven Vergleich mit dem rechtskonformen Zustand *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³, 355).

Der vom ORF vorgelegte Vertrag mit der Werbeagentur AMI PROMARKETING Agentur-Holding GmbH beinhaltet keine näheren Angaben zum Entgelt, das auf eine einzelne Ausstrahlung des als „TV – Sponsoring De Luxe Opener“ bezeichneten Spots für die Kronen Zeitung entfiel. Vielmehr wurde ein Pauschalhonorar einschließlich anderer Leistungspositionen vereinbart, das allerdings vom ORF nicht bekanntgegeben wurde (Schwärzung). Ein konkreter Abschöpfungsbetrag kann daher nicht ermittelt werden.

§ 38b Abs. 2 ORF-G sieht vor, dass die KommAustria dann, wenn der Abschöpfungsbetrag aus Informationen, Auskünften, Aufzeichnungen oder Büchern nicht ermittelt werden kann, eine Schätzung vorzunehmen hat. Aus dem ebenfalls vorgelegten Vertrag mit der OmniMedia Werbegesellschaft / media.at Werbegesellschaft zugunsten von A1 geht nun hervor, dass für 33 als „TV – Sponsoring De Luxe Opener“ bezeichnete Spots, die im selben Sendungsumfeld ausgestrahlt wurden, ein Entgelt von EUR XXX (exkl. USt und Werbeabgabe, inkl. Provision iHv X %) vereinbart wurde. Auf einen solchen Spot entfallen durchschnittlich daher beim ORF verbleibende Einnahmen in Höhe von EUR XXX.

Die KommAustria schätzt, dass sich der wirtschaftliche Vorteil durch den Spot für die Kronen Zeitung um 12:02 Uhr aufgrund der identen Sendezeit und der identen vertraglichen Bezeichnung in derselben Höhe bewegt wie jener für A1. Der ORF hat zu dieser Annahme trotz Aufforderung zur Stellungnahme im Verfahren keine Äußerung abgegeben.

Der Betrag von EUR XXX wird daher iSd des § 38b Abs. 1 iVm Abs. 2 als geschätzter erlangter wirtschaftlicher Vorteil festgesetzt und für abgeschöpft erklärt. Der ORF hat im Sinne des § 38b Abs. 3 ORF-G den Betrag binnen zwei Wochen nach Rechtskraft der Entscheidung an den Bund zu überweisen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der Partei dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen

hat, einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten.

Wien, am 14. Juni 2011

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Michael Truppe
(Mitglied)