

Verwaltungsgerichtshof

Zl. 2005/04/0152

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Schenk, über die Beschwerde des Österreichischen Rundfunks (ORF) in Wien, vertreten durch Korn Frauenberger Rechtsanwälte OEG in 1040 Wien, Argentinierstraße 20/1/3, gegen den Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 23. Mai 2005, Zl. 611.009/0023- BKS/2005, betreffend Verletzung des ORF-Gesetzes, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 51,50 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Mit dem angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde unter Spruchpunkt I. fest, die beschwerdeführende Partei habe es am 14. Jänner 2005 durch die Ausstrahlung einer Werbung für die Zeitschrift "ORF-Nachlese" (Jänner-Ausgabe) um ca. 16.53 Uhr im Radioprogramm Ö2 - Radio Kärnten in der Sendung "Servus-Srecno-Ciao" unterlassen, diese Werbung von den anderen Programmteilen eindeutig akustisch zu trennen und sie habe dadurch § 13 Abs. 3 ORF-Gesetz (ORF-G) verletzt.

Unter Spruchpunkt II. wurde die beschwerdeführende Partei gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G in näher bezeichneter Weise zur Veröffentlichung der genannten Entscheidung und gemäß § 36 Abs. 5 leg. cit. zur Erbringung eines Nachweises in Form von Aufzeichnungen dieser Sendung verpflichtet.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides verwies die belangte Behörde auf die Anzeige der KommAustria und stellte auf Grund der mit dieser Anzeige übermittelten Sendungsaufzeichnung fest:

"Im Rahmen der Sendung 'Servus-Srecno-Ciao' wurde am 14.01.2005 beginnend um 16.53 Uhr eine ca. 20 Sekunden dauernde Werbung für die ORF-Nachlese (Jänner-Ausgabe) gesendet. Der Sendungsablauf gestaltete sich wie folgt: Unterlegt durch einen Musikteppich verlas der Moderator den Veranstaltungskalender für den aktuellen Abend - hauptsächlich Konzerte - und leitete mit folgenden Worten zu einem Werbespot für die ORF-Nachlese über:

'Tan Go Go'; ein Abend mit KB, GP, KP, dem Akkordionisten aus dem Lavanttal und PM um 20 Uhr im Künstlerhaus in Klagenfurt. Und - heuer ist ja ein großes Jahr der Jubiläen. Das findet auch den Niederschlag in der ORF-Nachlese.' Noch während des Wortes 'Nachlese' endete der bis dahin laufende Musikteppich für die Veranstaltungstipps, es setzte bereits die Untermalungsmusik für den folgenden Werbespot ein. Eine weibliche Stimme sprach: 'In der Jänner-Nachlese: 50 Jahre Fernsehen in Österreich - legendäre Shows - Geschichten und Geschichte - unvergessliche Publikumsliebliche:' Hier wurde die Stimme von HC eingeblendet, der seinen bekannten Spruch: ‚N'Abend die Madln, servus die Buam.' - allerdings unterbrochen durch den Ruf: ‚Lei, lei!' - von sich gab. Gleich darauf war TS-E mit den Worten "Alles Walzer!" zu hören. Darauf wieder die Sprecherin: 'Historische Momente...'; gefolgt vom Ruf EF: 'Tor, Tor! I wer narrisch!' Abschließend die Sprecherin: '.. jetzt in Ihrer Jänner-Nachlese!' Hier endete auch der während des gesamten Werbespots laufende Musikteppich. Ohne Übergang war das Lied 'Suddenly' von John Farrar mit Olivia Newton-John zu hören."

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, dass § 13 Abs. 3 ORF-G in unmissverständlicher Weise die klare Trennung von Werbung und anderen Programmteilen vorschreibe. Dem Argument des ORF, die gegenständliche Werbung sei schon auf Grund ihres Inhaltes klar als solche erkennbar und eine Trennung sei daher nicht erforderlich, sei entgegen zu halten, dass sowohl Art. 10 Abs. 1 der Fernsehrichtlinie (89/552/EWG in der Fassung 97/36/EG), als auch der wörtlich damit übereinstimmende Art. 13 des Europaratsübereinkommens zum grenzüberschreitenden Fernsehen (BGBl. III Nr. 164/1998, in der Fassung BGBl. III Nr. 64/2002), auf welche Bestimmungen § 13 Abs. 3 ORF-G zurückgehe, sowohl die klare Erkennbarkeit von Werbung als auch die eindeutige akustische bzw. optische Trennung von anderen Programmteilen, also eine Kumulation beider

Voraussetzungen, vorschreibe. Im gegenständlichen Fall sei die Werbung vor allem vom vorangegangenen Programmteil nicht eindeutig getrennt worden.

Durch die Worte des Moderators:

"Und - heuer ist ja ein großes Jahr der Jubiläen. Das findet auch den Niederschlag in der ORF-Nachlese."

und den gleichzeitigen Wechsel der Hintergrundmusik sei jedenfalls das Tatbestandselement der Eindeutigkeit, das das Gesetz für die Trennung der Werbung von anderen Programmteilen verlange, nicht erfüllt, da für den Zuhörer erst nach Anhören eines Teils des Werbespots erkennbar sei, dass es sich um Werbung handle. Entsprechendes gelte auch für Trennung des Werbespots vom nachfolgenden Musikstück.

Zu Spruchpunkt

II. verwies die belangte Behörde im Wesentlichen auf die in diesem Spruchteil zitierten gesetzlichen Bestimmungen.

Über die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde, zu der die belangte Behörde die Verwaltungsakten vorlegte und auf die Einholung einer Gegenschrift verzichtete, hat der Verwaltungsgerichtshof erwogen:

Zu Spruchpunkt I.:

In der Beschwerde bleibt der von der belangten Behörde festgestellte Sachverhalt unbestritten. Die beschwerdeführende Partei führt aus, § 13 Abs. 3 ORF-G sei eine *lex specialis* zu § 26 MedienG und insofern als rundfunkspezifische Ausprägung des Irreführungsverbotese dem Schutz der Rundfunkteilnehmer vor Täuschung über den werbenden und damit nicht objektiven Charakter einer Sendung verpflichtet. Eine solche Täuschung des Rundfunkpublikums liege nach Ansicht der beschwerdeführenden Partei jedoch nicht vor, wenn der Werbecharakter erst knapp nach ihrem Beginn erkennbar sei. Unter Bezugnahme auf die Beschlüsse des Oberlandesgerichtes Wien (4 R 16/03g) und des Obersten Gerichtshofes (4 Ob 66/03i) vertritt die beschwerdeführende Partei die Auffassung, dass der

gegenständliche Werbespot - wegen seines Inhaltes und seiner Aufmachung - eindeutig als Werbung zu erkennen gewesen sei und damit der Anordnung der eindeutigen Trennung im Sinne des § 13 Abs. 3 ORF-G entsprochen habe.

Der im Beschwerdefall maßgebende § 13 Abs. 3 ORF-Gesetz, BGBl. Nr. 379/1984 in der Fassung BGBl. I Nr. 83/2001, lautet:

"§ 13.

...

(3)

Werbung muss klar als solche erkennbar sein. Sie ist durch optische oder akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen zu trennen."

Zunächst ist für die beschwerdeführende Partei aus den zitierten, in derselben Sache ergangenen, Gerichtsbeschlüssen nichts zu gewinnen, weil diesen ein Fall zu Grunde lag, in dem nach den Sachverhaltsfeststellungen der Beginn des Werbespots optisch und akustisch vom vorangegangenen Programminhalt getrennt war (vgl. schon die Ausführungen im hg. Erkenntnis vom 26. Juli 2007, Zl. 2005/04/0153). Gegenständlich ist aber gerade strittig, ob eine solche Trennung vom vorangehenden Programmteil erfolgte, sodass diese Frage im Folgenden zu erörtern ist. Auch der Hinweis der Beschwerde auf eine Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bezug auf bestimmte Aspekte der Bestimmungen der Richtlinie "Fernsehen ohne Grenzen" über die Fernsehwerbung und damit im Zusammenhang stehend über Fernsehwerbung in Form der Split-Screen-Technik (vgl. auch dazu das zitierte Erkenntnis) geht schon deshalb ins Leere, weil der gegenständliche Werbespot nicht im Fernsehen, sondern im Hörfunk gesendet wurde.

Im vorliegenden Fall geht es ausschließlich um die Frage, ob der ORF Werbespots auch auf andere Weise als durch optische oder akustische Mittel, konkret durch die Gestaltung und Aufmachung einer Werbeeinschaltung, von anderen Programmteilen trennen darf. In der Literatur wird dies unter Hinweis auf die kumulative Anordnung einerseits der Erkennbarkeit und andererseits der Trennung von Werbung in Art. 10 Abs. 1 der Fernsehrichtlinie (dessen Umsetzung § 13 Abs. 3

ORF-G dient) verneint (vgl. Grabenwarter in Berka-Grabenwarter-Holoubek, "Medienfreiheit versus Inhaltsregulierung", S. 43).

Schon im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut des § 13 Abs. 3 ORF-G, der in seinem ersten Satz die klare Erkennbarkeit von Werbung verlangt und in seinem zweiten Satz ausdrücklich die Mittel nennt, mit denen der ORF die Werbung von anderen Programmteilen zu trennen hat (siehe zu diesen kumulativen Anforderungen an Werbung auch das zur vergleichbaren Regelung des PrR-G ergangene hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2005/04/0180), kommt dem ORF keine Möglichkeit zu, die Werbung durch andere Gestaltungselemente als durch optische oder akustische Mittel von anderen Programmteilen zu trennen. Die beschwerdeführende Partei irrt daher, wenn sie meint, dem § 13 Abs. 3 ORF-G sei auch dann entsprochen, wenn sich der Werbespot (bloß) durch seinen "Inhalt und Aufmachung" von anderen Programmteilen abgrenzt.

Nach dem Gesagten hat die beschwerdeführende Partei daher schon deshalb gegen § 13 Abs. 3 ORF-G verstoßen, weil sie den Werbespot nicht durch akustische Mittel (optische Mittel scheiden bei der gegenständlichen Hörfunksendung von vornherein aus) vom vorangehenden Programmteil getrennt hat. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich ein Eingehen auf die im angefochtenen Bescheid behandelte Frage, ob alleine durch die jeweilige inhaltliche Gestaltung der Werbung das in § 13 Abs. 3 ORF-G geforderte weitere Tatbestandselement der "Eindeutigkeit" der Trennung und damit ein ausreichender Schutz des Zusehers vor einer Täuschung über den werbenden Charakter der Sendung (vgl. zum Schutzzweck der in Rede stehenden Norm den bereits zitierten Beschluss des Obersten Gerichtshofes 4 Ob 66/03i) gewährleistet werden kann. Die Frage der Eindeutigkeit stellt sich nämlich, wie sich aus § 13 Abs. 3 ORF-G ergibt, erst dann, wenn optische oder akustische Mittel zur Trennung eingesetzt wurden.

Die belangte Behörde hat daher, weil die beschwerdeführende Partei gegenständlich auf solche Mittel verzichtete, im Ergebnis zutreffend eine Verletzung des § 13 Abs. 3 ORF-G festgestellt.

Zu Spruchpunkt II.:

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 26. Juli 2007, Zl. 2005/04/0153, mit Hinweis auf das Erkenntnis vom 23. Mai 2007, Zl. 2006/04/0204 ausgeführt, dass er gegen die Anordnung, die beschwerdeführende Partei habe eine Entscheidung über die Verletzung des ORF-G zu veröffentlichen und hierüber Nachweise zu erbringen, nicht für rechtswidrig erachtet.

Nach dem Gesagten war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Kostenersatz gründet sich auf die §§ 47 ff. VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

W i e n , am 14. November 2007