



BESCHIED

Der Bundeskommunikationssenat hat durch den Vorsitzenden Dr. SCHALICH, die weiteren Mitglieder Dr. PÖSCHL, Dr. GEISSLER, Dr. KARASEK und das Ersatzmitglied Dr. LEITL über die Anzeige der KommAustria gemäß § 11a KOG vom 19. April 2005, KOA 3.500/05-009, wie folgt entschieden:

Spruch:

I.

1. Gemäß § 11a KOG idF des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 21/2005 iVm § 35 Abs. 1 und § 36 Abs. 1 ORF-G idF des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 97/2004 wird festgestellt, dass der ORF am 14. März 2005 um ca. 19:23 Uhr im Programm ORF1 durch die Ausstrahlung von zwei Werbespots für CDs ohne die erforderliche Trennung vom davor ausgestrahlten redaktionellen Programm gegen die Bestimmung des § 13 Abs. 3 2. Satz ORF-G verstoßen hat.
2. Gemäß § 11a KOG idF des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 21/2005 iVm § 35 Abs. 1 und § 36 Abs. 1 ORF-G idF des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 97/2004 wird festgestellt, dass der ORF am 14. März 2005 um 19:53 Uhr im Programm ORF1 in der Sendung „ZIB-Wetter – Ski-Wetter“ gegen das Verbot der Schleichwerbung nach § 14 Abs. 2 ORF-G verstoßen hat.

II.

1. Dem ORF wird gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G aufgetragen, den Einleitungssatz und den Spruchpunkt I.1 der Entscheidung innerhalb von vier Wochen ab Zustellung dieser Entscheidung an einem Werktag zwischen 19:20 Uhr und 19:30 Uhr im Programm ORF1 zu veröffentlichen und dem Bundeskommunikationssenat gemäß § 36 Abs. 5 ORF-G binnen weiterer zwei Wochen darüber einen Nachweis in Form der Übermittlung von Aufzeichnungen zu erbringen.
2. Dem ORF wird gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G aufgetragen, den Einleitungssatz und den Spruchpunkt I.2 der Entscheidung innerhalb von vier Wochen ab Zustellung dieser

Entscheidung an einem Werktag zwischen 19:45 Uhr und 19:55 Uhr im Programm ORF1 zu veröffentlichen und dem Bundeskommunikationssenat gemäß § 36 Abs. 5 ORF-G binnen weiterer zwei Wochen darüber einen Nachweis in Form der Übermittlung von Aufzeichnungen zu erbringen.

Begründung:

Aufgrund einer Anzeige der KommAustria nach § 11a Abs. 3 KOG vom 19. April 2005 hat der Bundeskommunikationssenat durch Abspielen einer DVD betreffend das Fernsehprogramm ORF1 vom 14. März 2005 in der Zeit zwischen 19:22 Uhr und 20:00 Uhr folgenden Sachverhalt festgestellt:

I. Werbung für CDs

Am 14. März 2005 folgen im Programm ORF1 um ca. 19:23 Uhr unmittelbar auf Programmhinweise auf die „Millionenshow“ und auf einen Film im Rahmen des Osterprogramms ohne jegliche Trennung zwei Werbespots für CDs, nämlich zunächst für die „Ö3 Greatest Hits CD Volume 29“ und gleich darauf folgend für das Album „Is that you“ von der Interpretin „Rebekka Bakken“. Während dieser insgesamt knapp eine Minute dauernden Spots erfolgt eine Kennzeichnung als ORF-Werbung mittels eines entsprechenden Logos im oberen linken Bildrand. Während beider Spots werden Szenen aus Konzertauftritten bzw. Musikvideos der auf der CD befindlichen Titel bzw. Bands, entsprechende Text-Inserts sowie Bilder des CD-Covers gezeigt. Im Hintergrund wird von je einem Sprecher/einer Sprecherin folgender Text verlesen: *„Die Ö3 Greatest Hits CD Volume 29 ist da. Da sind die Hits drauf, da sind die Stars drauf. Die Ö3 Greatest Hits CD Volume 29. Jetzt im Handel.“* bzw. *„Rebekka Bakken, die große neue Stimme, intim und persönlich. Melodien voller Gefühl und Gedanken, die das Herz berühren, auf ihrem neuen Album ‚Is that you?‘.“*

Im Anschluss an den CD-Spot für das Album von Rebekka Bakken folgt eine Standbildeinblendung mit den Beginnzeiten der Sendungen „Millionenshow“ und „Monk“ am selben Abend im Programm ORF1.

II. Ski-Wetter

Am 14. März 2005 folgt im Programm ORF1 um ca. 19:53 Uhr unmittelbar nach der Sendung „ZIB-Wetter“ das „Ski-Wetter“. Einbegleitet wird das „Ski-Wetter“ durch die Moderatorin des ZIB-Wetters, Christa Kummer, mit den Worten *„Und jetzt noch ein Blick auf unser Ski-Wetter“*. Darauf folgt unmittelbar ein Sendungsintro mit Winterskibildern und der Einblendung des Titels „Ski-Wetter“.

Zu sehen sind einige Panoramablicke über ein Skigebiet, Skifahrer auf Liften und bei der Abfahrt. Gegen Ende der Sendung sieht man einige Personen in Ski-Bekleidung, die sich an einem Tisch im Freien sitzend mit Getränken gegenseitig zuprosten.

Während dieser Szenen wird am linken unteren Bildrand ein Insert mit dem zweizeiligen Text „Obergurgl-Hochgurgl Tirol“ eingeblendet. In der rechten oberen Bildecke sieht man während der ganzen Sendung das übliche „ORF1“-Logo. Im Hintergrund wird folgender Text von einem Sprecher verlesen:

„So sieht der beginnende Frühling auf den Bergen aus. Angenehme Temperaturen und fast zwölf Stunden Tageslicht laden jetzt zum Sonnenskilaf ein. Schnee gibt's ja noch mehr als genug, so wie hier in Obergurgl-Hochgurgl im hinteren Ötztal/Tirol. Dieses Skigebiet zeichnet sich durch 110 Pistenkilometer aus und erstreckt sich von 1.800 bis über 3.000 m Höhe. In

den nächsten Tagen wird es selbst in diesen Lagen leichtes Tauwetter geben und nachts wieder etwas Frost. Und das sind ja die besten Bedingungen für herrlichen Firn-Schnee an den Vormittagen. Und im April gibt's dann sogar Events mit ‚Firn, Fun und Fire‘. Weitere Informationen finden sie im Internet auf wetter.orf.at.“

Zum Abschluss (Gesamtdauer knapp 1 Minute) folgt auf blauem Hintergrund ein Standbild mit dem Text „Ski-Wetter“ zentriert oben, darunter „wetter.orf.at“ sowie „Teletext Seite 848“ sowie am unteren Bildrand der Hinweis „Mit freundlicher Unterstützung von www.austria.info“. Im Anschluss folgt ein Trailer für die „Primetime“-Sendung „Monk“ um 21:15 Uhr in ORF1.

Diese Sachverhaltsfeststellung gründet sich auf die beschriebene Wahrnehmung seitens des Bundeskommunikationssenates.

Die KommAustria führte hinsichtlich des zu I. wiedergegebenen Sachverhalts aus, dass gemäß § 13 Abs. 3 ORF-G vor Beginn der gesendeten CD-Spots eine Trennung hätte erfolgen müssen, deren Unterlassung eine Verletzung des § 13 Abs. 3 2. Satz ORF-G nach sich zieht.

Hinsichtlich des zu II. wiedergegebenen Sachverhalts führte die KommAustria aus, dass die Erwähnung der „Firn, Fun & Fire“-Events verbunden mit den vorangegangenen Inserts und Hinweisen auf das Schigebiet „Obergurgl-Hochgurgl“ unzulässiges Product-Placement und damit einen Verstoß gegen § 14 Abs. 5 ORF-G darstellt, wonach die Erwähnung dieser Dienstleistungen gegen Entgelt außerhalb von Werbesendungen unzulässig ist.

Wenn die Sendung „Ski-Wetter“ als eigenständige Werbesendung betrachtet wird – so die Folgerungen der KommAustria – könnte eine Verletzung des § 13 Abs 3 ORF-G vorliegen, wonach die Werbesendung „Ski-Wetter“ ohne jegliche Trennung durch optische oder akustische Mittel unmittelbar auf die Sendung „ZIB-Wetter“ folgt.

Alternativ ist die Art der Gestaltung der Sendung auch geeignet, die Grenze zur verbotenen Schleichwerbung nach § 14 Abs. 2 ORF-G zu überschreiten, da aufmerksame Zuseher der Sendung „ZIB-Wetter“ durch die Worte der Moderatorin „Und jetzt noch ein Blick auf unser Ski-Wetter“ nicht mit dem Beginn einer Werbesendung rechnen können und müssen, sondern dass sie eine Fortsetzung der Sendung „ZIB-Wetter“ erwarten und damit über den eigentlichen Zweck der Sendung in die Irre geführt werden.

Rechtlich folgt:

Zu Spruchpunkt I.1:

Der Bundeskommunikationssenat hat sich bereits mehrfach mit der Auslegung der Bestimmung des § 13 Abs. 3 ORF-G auseinandergesetzt, wonach Werbung als solche klar erkennbar sein muss und durch optische oder akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen zu trennen ist.

In den Bescheiden vom 11. November 2004, GZ 611.009/0009-BKS/2004 und vom 14. Dezember 2004, GZ 611.009/0010-BKS/2004, wurde zu ähnlichen Sachverhalten für den Hörfunkbereich und im Bescheid vom 23. Mai 2005, GZ 611.009/0015-BKS/2005 wurde betreffend das Programm ORF2 unter anderem festgestellt, dass die Bestimmung des § 13 Abs. 3 ORF-G in unmissverständlicher Weise die klare Trennung von Werbung und anderen Programmteilen gebietet. Zur Hintanhaltung der Verwechslung von Werbung mit anderen Programmteilen reicht es demnach nicht aus, dass die Werbung aufgrund ihres Inhalts klar als solche erkennbar und folglich eine Trennung nicht erforderlich wäre.

Die Formulierung des § 13 Abs. 3 ORF-G geht auf die Bestimmungen des Art. 10 Abs. 1 der Fernsehrichtlinie (89/552/EWG in der Fassung 97/36/EG) und auch die wortidentische Bestimmung des Art. 13 des Europaratsübereinkommens zum Grenzüberschreitenden Fernsehen (BGBl. III Nr. 164/1998, in der Fassung BGBl. III Nr. 64/2002) zurück. Beide Rechtsinstrumente sprechen davon, dass „Werbung klar als solche erkennbar sein muss **und** [Hervorhebung nicht im Original] durch optische und/oder akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt sein muss“. Die Bestimmung des § 13 Abs. 3 ORF-G teilt die Regelung in zwei Sätze. Schon daraus ergibt sich, dass es nicht genügt, wenn Werbung durch ihren Inhalt eindeutig erkennbar ist, weil damit nur einer der beiden vom Gesetz kumulativ und nicht alternativ aufgestellten Anforderungen Genüge getan ist.

Im gegenständlichen Fall ist zwar die Erkennbarkeit der Werbung bei beiden inkriminierten Einschaltungen gewährleistet, indem links oben im Bild während der jeweiligen Werbespots für CDs das vom ORF hierfür vorgesehene Insert „ORF WERBUNG“ eingeblendet wird, es findet jedoch keine eindeutige akustische oder optische Trennung der CD-Werbespots von den zuvor ausgestrahlten Programmhinweisen statt. Die Werbespots folgen unmittelbar und ansatzlos den Programmhinweisen, weshalb eine Verletzung des § 13 Abs. 3 2. Satz ORF-G vorliegt.

Zu Spruchpunkt I.2:

§ 14 Abs. 2 ORF-G lautet:

„(2) Schleichwerbung ist unzulässig. Schleichwerbung ist die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Programmen, wenn sie vom Österreichischen Rundfunk 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.“

Die Gesetzesbestimmung normiert das Verbot der Schleichwerbung. Demnach ist Schleichwerbung die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen, sofern zwei Voraussetzungen kumulativ gegeben sind. Erstens muss die Werbung vom Österreichischen Rundfunk absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen sein und zweitens muss die Werbung geeignet sein, die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zweckes dieser Erwähnung oder Darstellung in die Irre zu führen. Schleichwerbung liegt somit vor, wenn eine Werbemaßnahme so getarnt wird, dass sie als solche dem Publikum nicht erkennbar wird (*Kogler/Kramler/Trainer, Österreichische Rundfunkgesetze, 48*).

Wie der Bundeskommunikationssenat bereits in seiner Entscheidung vom 23. Juni 2005, GZ 611.001/0011-BKS/2005 ausgeführt hat, ist dann von Schleichwerbung auszugehen, wenn beim Durchschnittsseher durch die Art der Sendungsgestaltung der Eindruck erweckt wird, dass es sich um eine reine Informationssendung handelt, bei der er nicht damit rechnen muss, dass sie mit eindeutigen werblichen Elementen für ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Marke verquickt ist.

Nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates lassen sich dieselben Überlegungen auf den gegenständlichen Fall übertragen. Die Art der Gestaltung der Sendung „ZIB-Wetter“ und dabei insbesondere die Überleitung der Moderatorin auf das „Ski-Wetter“ mit der Wortfolge: *„Und jetzt noch einen Blick auf unser Ski-Wetter“* erweckt beim Zuseher zunächst den Eindruck, dass das „Ski-Wetter“ ein spezieller Teil der Sendung „ZIB-Wetter“ ist und er davon ausgehen konnte, dass das redaktionelle Informations-Programm über das Wetter fortgesetzt wird. Hingegen musste er nicht damit rechnen, dass ein werblich gestalteter Beitrag über eine bestimmte Region folgt. Einleitend werden zunächst einige Panoramablicke über ein Skigebiet, Skifahrer auf Liften und bei der Abfahrt gezeigt, die von folgendem gesprochenen Text begleitet werden:

„So sieht der beginnende Frühling auf den Bergen aus. Angenehme Temperaturen und fast zwölf Stunden Tageslicht laden jetzt zum Sonnenskilaf ein. Schnee gibt's ja noch mehr als genug, so wie hier in Obergurgl-Hochgurgl im hinteren Ötztal/Tirol. Dieses Skigebiet zeichnet

sich durch 110 Pistenkilometer aus und erstreckt sich von 1.800 bis über 3.000 m Höhe. In den nächsten Tagen wird es selbst in diesen Lagen leichtes Tauwetter geben und nachts wieder etwas Frost. Und das sind ja die besten Bedingungen für herrlichen Firn-Schnee an den Vormittagen.“

Damit wird – abgesehen von zunächst allgemein gehaltenen Informationen über das Wetter der folgenden Tage – mit den Wortfolgen: „Schnee gibt's ja noch mehr als genug“, „Dieses Skigebiet zeichnet sich durch 110 Pistenkilometer aus und erstreckt sich von 1.800 bis über 3.000 m Höhe“ sowie „[...] das sind ja die besten Bedingungen für herrlichen Firn-Schnee an den Vormittagen“ in unmissverständlicher Form das Skigebiet „Obergurgl-Hochgurgl“ beworben. Mit dem im Anschluss daran gesendeten Hinweis „Und im April gibt's dann sogar Events mit ‚Firn, Fun and Fire‘“ gepaart mit der Darstellung einer „Après-Ski-Szene“ mit sich gegenseitig zuprostenden Skifahrern wird auf ein spezielles Angebot des Skigebietes „Obergurgl-Hochgurgl“ aufmerksam gemacht wird. Hinter „Firn, Fun & Fire“-Events stand – wie sich aus den von der KommAustria vorgelegten Auszügen der betreffenden Websites eindeutig ergibt - eine Veranstaltungsreihe im Rahmen des „Skifinish 2005“, die vom Tourismusverband Hochgurgl auf dessen Homepage (www.hochgurgl.com) mit der Möglichkeit der Buchung von Pauschalangeboten beworben wurde. Der Bundeskommunikationssenat gelangt daher zum Schluss, dass die Darstellung der Region Obergurgl-Hochgurgl mit den Hinweisen auf die Schneelage, die Größe des Schigebietes, die Pistenverhältnisse einschließlich des Hinweises auf die „Firn, Fun & Fire“-Events damit in eindeutiger Weise werblich erfolgt.

Nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates war die Abfolge der Sendung (unmittelbar nach dem „Allgemeinen“ Wetter) und die Art der Sendungsgestaltung geeignet, die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zweckes dieser Erwähnung oder Darstellung der Dienstleistung in die Irre zu führen, da nicht mit dem Beginn einer Werbesendung sondern mit der Fortsetzung der Sendung „ZIB-Wetter“ und damit ausschließlich mit einem Informations- Programm gerechnet werden konnte und die werbliche Botschaft auf diese Art und Weise „getarnt“ wurde.

Dass die zweite Voraussetzung für das Vorliegen von Schleichwerbung – nämlich dass Werbung vom ORF absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist – vorliegt, ergibt sich daraus, dass die Österreich Werbung als Vertragspartner des ORF die Sendung als Werbemittel interessierten Unternehmen und Gebietskörperschaften zum Kauf anbot. Absichtlichkeit ist nämlich dann anzunehmen, wenn die Erwähnung oder Darstellung gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt. Wie sich ebenfalls unzweifelhaft aus den von der KommAustria vorgelegten Unterlagen ergibt, wurde auf der Webseite der Österreich Werbung unter www.oew.biz, einem Business to Business Portal im Web-Shop unter dem Titel „TV Koop ORF-Wetterbericht im ZIB-Wetter“ der Spezialwetterbericht angeboten:

„Gemeinsam mit Ihnen wollen wir 1,4 Millionen Zusehern des ORF die aktuelle Wettersituation aus Ihrer Region präsentieren. Im Anschluss an das ZIB1 Wetter wird die aktuelle Wettersituation einer Region, ergänzt durch touristische Informationen rund um die Themen Berg und Natur, Stadt/Kultur, Wasser, Gesundheit/Wellness präsentiert.

[...] Die Termine vergeben wir nach dem Prinzip „first come-first serve“.

[...] Teilnahmebedingungen: - Bereitstellung aktueller Informationen für den Kommentar des Spezialwetterberichtes im ORF

[...] Preis: 5.615,00 EUR [...]"

Vor diesem Hintergrund hegt der Bundeskommunikationssenat an der Absichtlichkeit der werblichen Einschaltung keinen Zweifel. Auch die Einblendung des Textes „Mit freundlicher Unterstützung von www.austria.info“ am Ende der Sendung und der Aussage des ORF, dass damit § 26 Mediengesetz – der Offenlegung des seitens der Österreich Werbung geleisteten finanziellen Beitrages – entsprochen werde sollte, bestätigt, dass für das Ski-Wetter ein Entgelt gezahlt wurde und damit die Absichtlichkeit der werblichen Einschaltung gegeben ist.

Das Vorbringen des ORF, dass es keine vertragliche Beziehung zu Obergurgl gäbe, vermag an der Absichtlichkeit der Einschaltung nichts zu ändern, da es nicht auf eine konkrete vertragliche Vereinbarung des ORF mit Obergurgl ankommen kann, widrigenfalls in sämtlichen Fällen, in denen ein anderes Unternehmen – diesfalls die Österreich Werbung – mit der Abwicklung von vertraglichen Beziehungen zum Fernsehveranstalter betraut wird, keine Entgeltlichkeit angekommen werden könnte. Auch dem Einwand, dass der ORF Vorschläge der Österreich Werbung vollkommen eigenverantwortlich und redaktionell unbeeinflusst umsetzt, ist entgegenzuhalten, dass das Angebot der Österreich Werbung, gegen Entgelt einen Spezialwetterbericht einer Region nach dem „ZIB-Wetter“ zu präsentieren, wohl dementsprechende vertragliche Beziehungen zwischen dem ORF und der Österreich Werbung voraussetzen musste, damit die Österreich Werbung ihren Verpflichtungen mit einem Dritten nachkommen kann.

Nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates liegen die Voraussetzungen für Schleichwerbung vor, da mit der Präsentation der Region Obergurgl-Hochgurgl im Allgemeinen und der Hervorhebung der „Firn, Fun und Fire“-Events im Besonderen die Gegend Obergurgl-Hochgurgl und in diesem Zeitraum dort stattfindende Events und damit Dienstleistungen absichtlich zu Werbezwecken ausgestrahlt werden und durch die Art der Sendungsgestaltung der Eindruck erweckt wird, dass es sich um eine fortgesetzte reine Informationssendung – nämlich das „ZIB-Wetter“ spezialisiert auf Ski-Wetter – handelt, bei der der Zuseher nicht damit rechnen muss, dass sie mit eindeutigen werblichen Elementen für eine bestimmte Region und dort stattfindende Events verquickt ist. Es liegt sohin eine Verletzung des § 14 Abs. 2 ORF-G vor.

Zu Spruchpunkt II:

Der Ausspruch über die Veröffentlichung der Entscheidung des Bundeskommunikationssenates stützt sich auf § 37 Abs. 4 ORF-G. Aus diesem Grund ist auch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 12.497/1991 zur Vorgängerbestimmung des § 37 Abs. 4 ORF-G – nämlich zu § 29 Abs. 4 des Rundfunkgesetzes – von Relevanz, wonach „für Rechtsverletzungen, die dem Rundfunk als Medium unterlaufen sind, die angemessene Unterrichtung der Öffentlichkeit über eine verurteilende Entscheidung (...) stets erforderlich sein [wird]“. Diese Auffassung wird auch durch das Erkenntnis des VwGH vom 15. September 2004, Zl. 2003/04/0045 bestätigt.

Hinsichtlich des Zeitpunktes der Veröffentlichung ist der Bundeskommunikationssenat im Lichte des zitierten Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes davon ausgegangen, dass die Veröffentlichung als „öffentlicher ‚contrarius actus‘“ zu vergleichbaren Zeitpunkten – also zwischen 19:20 Uhr und 19:55 Uhr aufzutragen ist, um „tunlichst den gleichen Veröffentlichungswert“ zu erzielen. Die Vorlage der Aufzeichnungen dient der Überprüfung der Erfüllung des Auftrags zur Veröffentlichung.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis:

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab Zustellung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof und/oder Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muss iS des § 24 Abs. 2 VwGG bzw. iS des § 17 Abs. 2 in Verbindung mit § 14 Abs. 1 VfGG von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Spätestens im Zeitpunkt der Überreichung der Beschwerde ist eine Gebühr von EUR 180 zu entrichten.

6. September 2005
Der Vorsitzende:
SCHALICH

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung: