

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

26.02.2016

Geschäftszahl

Ra 2016/03/0021

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Handtanger und Mag. Nedwed als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Revision der revisionswerbenden Partei Österreichischer Rundfunk in Wien, vertreten durch Korn Rechtsanwälte OG in 1040 Wien, Argentinierstraße 20, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2015, Zl W120 2014885- 1/5E, betreffend eine Verletzung des ORF-Gesetzes (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Kommunikationsbehörde Austria; weitere Partei: Bundesminister für Kunst, Kultur, Verfassung und Medien), den **Beschluss** gefasst:

Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung

1 Mit Bescheid vom 29. Oktober 2014 stellte die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) fest, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) am 12. Juni 2014 im Programm ORF eins die Bestimmung des § 14 Abs 1 Satz 2 ORF-G dadurch verletzt habe, dass der um ca 20:44 Uhr ausgestrahlte Werbespot für das "ORF Public Viewing bei der Strandbar X" am Anfang nicht durch optische, akustische oder räumliche Mittel von anderen Sendungs- und Programmteilen getrennt worden sei. Gleichzeitig wurde dem ORF die Veröffentlichung der Entscheidung durch Verlesung eines vorgegebenen Textes aufgetragen und angeordnet, darüber entsprechende Nachweise zu erbringen.

2 In dieser Entscheidung qualifizierte die KommAustria einen näher umschriebenen Fernsehspot, in dem die Liveübertragung von Spielen der Fußball Weltmeisterschaft 2014 im Rahmen eines "Public Viewing" bei der Strandbar X in W angekündigt worden war, auch als Werbung für den zuletzt genannten Gastronomiebetrieb.

3 Die dagegen vom ORF erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) mit dem angefochtenen Erkenntnis als unbegründet ab. Die Revision an den Verwaltungsgerichtshof ließ das BVwG nicht zu.

4 In der Begründung seiner Entscheidung hob das BVwG hervor, dass insbesondere aufgrund des konkreten Hinweises im verfahrensgegenständlichen Fernsehspot auf die Strandbar X, in deren Areal das "Public Viewing" stattfinden sollte, und aus der großflächigen Einblendung der Bar mitsamt der Cocktailgläser von einer Werbung im Sinne des § 1a Z 8 lit a ORF-G für den genannten Gastronomiebetrieb auszugehen sei. Wenn der ORF vorbringe, dass für den strittigen Spot kein Entgelt bezahlt worden sei, sei ihm entgegenzuhalten, dass es nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes lediglich auf die Entgeltlichkeit nach üblichem Verkehrsgebrauch ankomme, wovon im gegenständlichen Fall auszugehen sei. Aus diesem Grund müssten vom ORF angebotene Beweise dafür, dass tatsächlich kein Entgelt geleistet oder eine sonstige Gegenleistung erbracht worden sei, nicht aufgenommen werden.

5 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision des ORF.

Zur Zulässigkeit wird darin zusammengefasst vorgebracht, es sei zwar einzuräumen, dass der Verwaltungsgerichtshof die Entgeltlichkeit der Werbung grundsätzlich nach einem objektiven Maßstab beurteilt. Der ORF halte diese Rechtsprechung für grundlegend verfehlt. Ungeachtet dessen habe der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 1. Juli 2009, 2009/04/0079, für Hinweise des ORF auf Kulturveranstaltungen gefordert, dass in diesen Fällen konkret geprüft und festgestellt werden müsse, ob dem ORF dafür tatsächlich ein "Finanzierungsbeitrag" geleistet worden sei. Dasselbe gelte nach Auffassung des ORF auch für den gegenständlichen Hinweis auf ein sportliches Ereignis. Der öffentlich-rechtliche Auftrag umfasse

nämlich nicht nur die Vermittlung und Förderung von Kultur, sondern auch die Förderung des Interesses der Bevölkerung an aktiver sportlicher Betätigung.

Ausgehend davon habe das BVwG eine unzulässige vorgreifende Beweiswürdigung vorgenommen, in dem es keine Beweise dazu aufgenommen habe, dass der ORF für den strittigen Fernsehspot kein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung erhalten habe. Hinzu komme, dass das BVwG noch in einem weiteren Punkt von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen sei. Fernsehwerbung müsse nämlich mit dem Ziel gesendet werden, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt zu fördern. Im vorliegenden Fall sei aber die alleinige Zielsetzung des Fernsehspots gewesen, Imagewerbung für den ORF zu machen.

Mit diesem Vorbringen wird die Zulässigkeit der Revision nicht dargetan:

6 Nach Art 133 Abs 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichts die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Hat das Verwaltungsgericht - wie im vorliegenden Fall - im Erkenntnis ausgesprochen, dass die Revision nicht zulässig ist, muss die Revision gemäß § 28 Abs 3 VwGG auch gesondert die Gründe enthalten, aus denen entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichts die Revision für zulässig erachtet wird.

Der Verwaltungsgerichtshof ist bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision an den Ausspruch des Verwaltungsgerichts nicht gebunden. Er hat die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß § 34 Abs 1a VwGG im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe zu überprüfen. Liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG danach nicht vor, ist die Revision gemäß § 34 Abs 1 VwGG zurückzuweisen.

7 Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist für das Vorliegen von Werbung - auch im Sinne des § 1a Z 8 ORF-G - 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 vom 18. September 2013, 2012/03/0162, mwN). Zur Beurteilung des Tatbestandsmerkmals der Entgeltlichkeit bei Werbung erkennt der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Judikatur, dass es darauf ankommt, ob für die Ausstrahlung des jeweils konkret zu beurteilenden Hinweises nach dem üblichen Verkehrsgebrauch ein Entgelt bzw eine Gegenleistung zu leisten wäre. Es ist daher grundsätzlich von einem objektiven Maßstab und dem üblichen Verkehrsgebrauch auszugehen; nicht entscheidend ist hingegen, ob tatsächlich Entgelt geleistet worden ist (vgl etwa VwGH vom 19. November 2008, 2005/04/0172, und vom 21. Oktober 2011, 2009/03/0173).

8 Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung lässt sich auch der gegenständliche Fall lösen. Es ist auch nicht zu erkennen, dass das BVwG bei der Beurteilung der Umstände des Einzelfalles, die für sich betrachtet nicht revisibel sind, von den dargestellten höchstgerichtlichen Leitlinien abgewichen wäre. Dies gilt sowohl für die Frage der (mit)angestregten Absatzförderung zugunsten des erwähnten Gastronomiebetriebs als auch für die objektive Beurteilung der Entgeltlichkeit. Dass die im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 1. Juli 2009, 2009/04/0079, für besondere Kulturhinweise angestellten Erwägungen auch im vorliegenden Fall Platz greifen können und deshalb eine Ausnahme von den oben geschilderten Grundsätzen zuließen, vermag die Revision nicht überzeugend darzulegen. Im vorliegenden Fall wurde nämlich nicht (nur) für die Sportveranstaltung selbst, sondern - wie vom BVwG zu Recht beanstandet worden ist - auch für den diese Veranstaltung begleitenden Gastronomiebetrieb geworben, sodass schon deshalb eine Berufung auf den öffentlich-rechtlichen Auftrag für eine solche Vorgangsweise fehlschlägt.

9 Die Revision war daher wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art 133 Abs 4 B-VG zurückzuweisen.

Wien, am 26. Februar 2016