

9. Folge

„OGH definiert kommerzielle Hörfunkwerbesendung im Sinne des ORF-Gesetzes“

Der Begriff der „Hörfunkwerbesendung“ ist nicht auf „kommerzielle Werbung“ im Sinne des ORF-Gesetzes beschränkt. Er umfasst eindeutig auch gegen Entgelt gesendete Spendenaufrufe zu wohltätigen Zwecken.

Der OGH stellt eindeutig klar, dass auch für gegen Entgelt gesendete Spendenaufrufe zu wohltätigen Zwecken die Werbebeschränkungen nach dem ORF-Gesetz zur Anwendung kommen. Dem ORF ist es verboten, im Programm von Radio Vorarlberg derartige Hörfunksendungen zu senden, deren Dauer nicht im Einklang mit den Werbebeschränkungen nach dem ORF-Gesetz steht. Sendezeiten für derartige kommerzielle Werbung dürfen daher auch am Karfreitag sowie am 1. November und am 24. Dezember nicht vergeben werden.

-
- ➔ Sind Werbebeschränkungen des Rundfunkrechts auch auf nichtkommerzielle Werbung anzuwenden?

Der OGH stellte in nunmehr veröffentlichten Entscheidung vom 24.2.2009

http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_2009024_OGH0002_00400B00223_08K0000_000

klar, dass der Begriff der „Hörfunkwerbesendung“ (§ 13 Abs. 6 ORF-Gesetz) nicht auf „kommerzielle Werbung“ im Sinne des ORF-Gesetzes (§ 13 Abs. 1 ORF-Gesetz) beschränkt ist. Er umfasst eindeutig auch gegen Entgelt gesendete Spendenaufrufe zu wohltätigen Zwecken. Werbesendungen dürfen am Karfreitag, am 1. November und am 24. Dezember nur dann gesendet werden, wenn sie „Beiträge im Dienste der Allgemeinheit“ (§ 13 Abs. 5 ORF-Gesetz) sind. Spendenaufrufe zu wohltätigen Zwecken erfüllen nicht diesen Ausnahmetatbestand.

Der konkrete Fall:

Die Klägerin steht als privates Rundfunkunternehmen im Wettbewerb mit dem beklagten ORF. Die Parteien streiten über die Frage, ob der Beklagte an einem bestimmten Tag im Programm von Radio Vorarlberg die höchstzulässige Werbedauer von 6 Minuten überschritten hat. Das trifft zu, wenn ein gegen Entgelt gesendeter Spendenaufwurf für die Priesterausbildung in der Dritten Welt („Missio-Spot“) als „Hörfunkwerbesendung“ im Sinne des ORF-Gesetzes ausgelegt wird.

Die Klägerin beantragt, dem ORF zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs im Programm von Radio Vorarlberg Hörfunkwerbesendungen zu senden, deren tägliche Dauer 360 Sekunden überschreitet. Zusätzlich wird vorgebracht, dass der

ORF die Höchstwerbezeit nach dem ORF-Gesetz mehrfach überschritten und sich damit einen Wettbewerbsvorteil gegenüber privaten Mitbewerbern verschafft habe.

Als „Beitrag im Dienste der Allgemeinheit“ könne der „Missio-Spot“ nicht gewertet werden. Die Ausnahmebestimmung des ORF-Gesetzes für nicht kommerzielle Werbung sei hier nicht gegeben. Denn nach der Systematik dieser Bestimmung seien Beiträge im Interesse der Allgemeinheit und Spendenaufrufe unterschiedliche Kategorien. Spendenaufrufe seien nur dann nicht in die höchstzulässige Werbedauer einzurechnen, wenn sie unentgeltlich seien.

Der ORF bestreitet ein Überschreiten der höchstzulässigen Werbedauer. Diese läge nur dann vor, wenn auch die „Missio-Spots“ in die tägliche Werbezeit eingerechnet würden. Das treffe jedoch nicht zu, da es sich dabei nicht um kommerzielle Werbung, sondern um Beiträge im Dienste der Allgemeinheit gehandelt habe.

Das Erstgericht gab dem Unterlassungsbegehren statt und ermächtigte die Klägerin zur Urteilsveröffentlichung im Programm von Radio Vorarlberg. Die Werbeeinschränkungen im ORF-Gesetz dienten dazu, die Werbezeiten des zum Teil durch Gebühren finanzierten Beklagten zu beschränken, um damit Privatsender zu fördern. Wenn sich der ORF über diese Vorschrift hinwegsetze, verschaffe er sich einen Wettbewerbsvorteil, der gegen § 1 UWG verstoße.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Die strittigen „Missio-Spots“ seien jedenfalls keine kostenlosen Spendenaufrufe. Beiträge im Dienste der Allgemeinheit hätten im Gegensatz dazu Informationscharakter und sollten allenfalls auf ein bestimmtes Verhalten, nicht aber auf das „Öffnen der Börse“ hinzielen. Zudem liege der „Missio-Spot“ jedenfalls nicht im Interesse der „österreichischen Allgemeinheit“.

Der Spruch des OGH:

Der OGH gibt der Klägerin Recht. Der Revision des ORF wird nicht Folge gegeben. Dem ORF ist es verboten, im Programm von Radio Vorarlberg Hörfunksendungen zu senden, deren Dauer nicht im Einklang mit den Werbebeschränkungen nach dem ORF-Gesetz steht.

Aus den Entscheidungsgründen:

- Entscheidende Rechtsfrage ist, ob die Werbebeschränkungen des Rundfunkrechts auch auf nichtkommerzielle Werbung anzuwenden sind.
- Nach der OGH-Judikatur liegt ein „Wettbewerbsvorsprung“ dann vor, wenn das beanstandete Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen.
- Nicht als Werbung gelten in diesem Zusammenhang nach § 13 Abs. 5 ORF-Gesetz unter anderem „Beiträge im Dienste der Allgemeinheit und kostenlose Spendenaufrufe zu wohltätigen Zwecken“.
- Ein Verstoß gegen § 13 Abs. 6 ORF-Gesetz setzt daher zunächst voraus, dass der „Missio-Spot“ unter den Begriff der „Hörfunkwerbesendung“ zu subsumieren ist. Trifft das zu, so kann sich der ORF zwar wegen des dafür geleisteten Entgelts nicht

auf die Ausnahmebestimmung für „kostenlose Spendenaufrufe“ berufen; zu prüfen bleibt aber, ob es sich beim „Missio-Spot“ um einen „Beitrag im Dienste der Allgemeinheit“ gehandelt hatte.

- Der strittige „Missio-Spot“ war eine kommerzielle „Hörfunkwerbesendung“ im Sinne von § 13 Abs. 6 ORF-Gesetz. Der Österreichische Rundfunk kann im Rahmen seiner Hörfunk- und Fernsehprogramme Sendezeiten gegen Bezahlung für kommerzielle Werbung vergeben. Kommerzielle Werbung ist 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.
- Entscheidend ist 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 Produktes (Waren, Dienstleistungen) zu gewinnen, sodass auf das Ziel der Darstellung, nämlich den Absatz dieser Produkte zu fördern (§ 13 Abs. 1 ORF-Gesetz), geschlossen werden kann. Wäre diese Definition auch für die Anwendung von § 13 Abs. 6 ORF-Gesetz maßgebend, so müsste der strittige „Missio-Spot“ aus der Berechnung der Werbezeit ausgeschieden werden. Denn das Werben um Spenden für die Priesterausbildung in der Dritten Welt hat keinerlei Bezug zum entgeltlichen Erwerb eines Produktes. Insbesondere kann eine solche Spende auch bei weitestem Verständnis nicht als „Entgelt“ für die Entgegennahme einer seelsorglichen Leistung verstanden werden.
- Gegen diese Auffassung spricht zunächst, dass die letztgenannten Bestimmungen mehrfach zwischen „Werbung“ bzw. „Werbesendung“ einerseits und „kommerzieller Werbung“ andererseits unterscheiden. Diese unterschiedlichen Formulierungen hätten keine Bedeutung, wenn in beiden Fällen an der Definition des § 13 Abs. 1 ORF-Gesetz angeknüpft würde. Noch schwerer wiegt allerdings, dass die Ausnahmebestimmung in § 13 Abs. 5 ORF-Gesetz bei dieser Auslegung ihren eigenständigen Anwendungsbereich verlöre. Denn „Beiträge im Dienste der Allgemeinheit“ oder „Spendenaufrufe zu wohltätigen Zwecken“ dienen ganz allgemein nicht dem Ziel, „den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt zu fördern“.
- Die dafür gewährte Ausnahmeregelung von den Werbebeschränkungen hat daher nur dann einen Sinn, wenn der Werbebegriff des Rundfunkrechts grundsätzlich weiter ist als die Definition der „kommerziellen“ Werbung. Es ist daher abzuleiten, dass (unter anderem) die Werbezeitbeschränkungen des ORF-Gesetzes nicht bloß kommerzielle Werbung, sondern auch andere, nichtkommerzielle Werbeformen umfassen.
- Diese Auffassung wird von der einheitlichen österreichischen Lehre geteilt. Sie entspricht auch der Rechtsprechung des Bundeskommunikationssenats. Danach ist der in den Rundfunkgesetzen verwendete Begriff „Werbung“ ein Oberbegriff, unter den auch die „kommerzielle Werbung“ falle. Daneben könne es aber noch andere Formen der Werbung geben, für welche die nicht auf kommerzielle Werbung beschränkten Anforderungen des Gesetzes ebenfalls gelten. Daher sei auch „nichtkommerzielle Werbung“ vom Anwendungsbereich der Rundfunkgesetze

erfasst.

- Diese Auslegung und Definitionen entsprechen auch dem EU-Gemeinschaftsrecht. Die derzeit geltende EU-Fernseh-Richtlinie gestattet es den Mitgliedstaaten, für Fernsehveranstalter (bzw. nun Mediendiensteanbieter), die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, „strengere oder ausführlichere Bestimmungen“ beizubehalten oder zu erlassen. Österreich konnte daher die Werbebeschränkungen des Rundfunkrechts für eigene Anbieter strenger fassen als nach den Vorgaben der Fernseh-Richtlinie.
- All das gilt zwar unmittelbar nur für die Fernsehwerbung. Da aber der Gesetzgeber die Radiowerbung parallel dazu geregelt hat, sind diese Erwägungen auch auf diese Werbeform zu übertragen.
- Gegen die Auffassung des Beklagten, die Werbezeitbeschränkungen des § 13 Abs. 6 ORF-Gesetz betreffen nur kommerzielle Werbung sprechen daher nicht nur die Systematik des Gesetzes, die Entscheidungspraxis des Bundeskommunikationssenats und die einhellige Lehre, sondern auch die oben dargestellten Erwägungen zum Erfordernis EU-konformer Interpretation. Auf dieser Grundlage muss die Auffassung des ORF auch aus wettbewerbs- und lauterkeitsrechtlicher Sicht als unvertretbar angesehen werden.
- Damit bleibt zu prüfen, ob die „Missio-Spots“ unter den Begriff der „Beiträge im Dienste der Allgemeinheit“ subsumiert werden können, sodass sie aus diesem Grund nicht unter die Werbezeitbeschränkungen ORF-Gesetzes fielen. Auch diese Rechtsansicht des ORF ist nach Auffassung des OGH unvertretbar.
- Das ORF-Gesetz nimmt „Beiträge im Dienste der Allgemeinheit“ und „kostenlose Spendenaufrufe zu wohltätigen Zwecken“ von den Werbezeitbeschränkungen aus. Schon das Erstgericht hat zutreffend erkannt, dass es die Systematik dieser Bestimmung ausschließt, gegen Entgelt gesendete Spendenaufrufe als „Beiträge im Dienste der Allgemeinheit“ zu verstehen. Denn bei dieser Auslegung verliert die Beschränkung auf „kostenlose“ Spendenaufrufe jede normative Bedeutung. Eine solche Regelung kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden. Vielmehr ist daraus abzuleiten, dass Spendenaufrufe als besondere Kategorie der „Social PR“ aus dem (möglicherweise allgemeineren) Begriff der „Beiträge im Dienste der Allgemeinheit“ herausgenommen und gesondert geregelt sind.
- Richtig ist, dass auch die Fernseh-Richtlinie nur gegen Entgelt gesendete Beiträge als Werbung ansieht, sodass unentgeltliche Spendenaufrufe schon aus diesem Grund nicht unter die Werbebeschränkungen fielen. Daraus folgt aber entgegen der Argumentation des Beklagten nicht, dass
 - a) auch der Werbebegriff des österreichischen Rundfunkrechts auf gegen Entgelt gesendete Beiträge beschränkt wäre, weswegen
 - b) die Regelung zu unentgeltlichen Spendenaufrufen in § 13 Abs. 5 ORF-Gesetz von vornherein keine normative Bedeutung hätte und daher

c) auch nicht zur Auslegung des Begriffs „Beiträge im Dienste der Allgemeinheit“ herangezogen werden könnte.

- Nach österreichischem Verständnis ist die Entgeltlichkeit gerade kein Tatbestandsmerkmal des (rundfunkrechtlichen) Werbebegriffs ist. Das folgt unter anderem aus § 14 Abs. 2 ORF-Gesetz, wonach eine Schleichwerbung begründende Werbeabsicht „insbesondere“ dann anzunehmen ist, wenn die Darstellung von Waren oder Dienstleistungen „gegen Entgelt“ erfolgt. Entgeltlichkeit ist daher ein Indiz, nicht aber ein konstitutives Element für das Vorliegen von „Schleichwerbung“ im Sinne des Rundfunkrechts. Gleiches gilt nach der Rechtsprechung des Senats auch für andere Werberegeln des Rundfunkrechts, die nicht ausdrücklich auf „kommerzielle Werbung“ eingeschränkt sind .
- Aufgrund dieser Erwägungen hat der OGH die Entscheidung des Berufungsgerichts bestätigt.

Zusammenfassend hält der OGH wie folgt fest:

Der Begriff der „Hörfunkwerbesendung“ ist nach dem ORF-Gesetz nicht auf „kommerzielle Werbung“ beschränkt. Er erfasst auch insbesondere gegen Entgelt gesendete Spendenaufrufe zu wohltätigen Zwecken. Solche Spendenaufrufe sind keine „Beiträge im Dienste der Allgemeinheit“.