



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Lehofer, die Senatspräsidenten Mag. Nedwed und Mag. Samm sowie die Hofräte Dr. Faber und Dr. Himberger als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Revisionen

I. (zu Ra 2022/03/0300) der revisionswerbenden Partei Österreichischer Rundfunk, vertreten durch die Niederhuber & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1030 Wien, Reisnerstraße 53, sowie

II. (zu Ra 2023/03/0004 bis 0009) der revisionswerbenden Parteien 1. P KG, 2. Pr GmbH, 3. Sgesellschaft m.b.H., 4. R GmbH, 5. F GmbH, 6. Sch GesmbH, und 7. I GmbH, alle vertreten durch die Ploil Boesch Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Stadiongasse 4,

gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. November 2022, W194 2192143-1/22E, W194 2192262-1/19E, W 194 2192263-1/19E, W194 2192264-1/19E, W194 2192265-1/19E, W194 2192269-1/19E, W194 2192270-1/19E, W194 2192272-1/19E, betreffend Verletzung des ORF-Gesetzes (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht:

Kommunikationsbehörde Austria; mitbeteiligte Parteien zu I.: 1. P KG, 2. Pr GmbH, 3. Sgesellschaft m.b.H., 4. R GmbH, 5. F GmbH, 6. Sch GesmbH, und 7. I GmbH, alle vertreten durch die Ploil Boesch Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Stadiongasse 4; zu II.: Österreichischer Rundfunk, vertreten durch die Niederhuber & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1030 Wien, Reisnerstraße 53; weitere Partei: Bundesministerin für Frauen, Familie, Integration und Medien im Bundeskanzleramt),

nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A.) Das angefochtene Erkenntnis wird insoweit, als damit

1. Verstöße des ORF gegen § 14 Abs. 1 Satz 1 und 2 ORF-G in Bezug auf die vor der belangten Behörde in Beschwerde gezogene Sendung „Money Maker“ festgestellt wurden, und den damit verbundenen Ausspruch über die Veröffentlichung der festgestellten Rechtsverletzung,





2. die Beschwerde des V in Bezug auf die geltend gemachten Verstöße des ORF gegen § 16 Abs. 5 Z 2 und 3 ORF-G hinsichtlich der in Beschwerde gezogene Sendung „Money Maker“ abgewiesen wurde, und

3. Verstöße des ORF gegen § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G in Bezug auf die in Beschwerde gezogenen Sendungen „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“ und „Bingo“ verneint wurden,

wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

B.) Im Übrigen werden die Revisionen zu I. und II. als unbegründet abgewiesen.

C.) Der Bund hat

1. der revisionswerbenden Partei zu I. (zu Ra 2022/03/0300) Aufwendungen in der Höhe von EUR 2.489,40 und

2. den revisionswerbenden Parteien zu II. (zu Ra 2023/03/0004 bis 0009) Aufwendungen in der Höhe von EUR 2.734,20

binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Kostenmehrbegehren der revisionswerbenden Parteien zu II. wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit einer Beschwerde gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. c ORF-Gesetz (ORF-G) vom 7. Oktober 2016 an die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) machte der Verband Ö (V) als bevollmächtigter Vertreter näher bezeichneter privater Fernsehveranstalter bzw. eines Werbezeitvermarktungsunternehmens (den mitbeteiligten Parteien zu I. und revisionswerbenden Parteien zu II.; im Folgenden vereinfachend kurz: VÖP) geltend, der Österreichische Rundfunk (ORF) habe durch die Ausstrahlung näher bezeichneter Sendungen („Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“ am 2. Oktober 2016; „Money Maker“ am 28. August 2016; „Bingo“ am 1. Oktober 2016 und „Brieflos-Show“ am 2. Oktober 2016) und deren Bereitstellung im Online Angebot TVthek gegen Bestimmungen des ORF-G, insbesondere gegen § 17 Abs. 6 (Gestaltung von Sendungen nach thematischen Vorgaben Dritter gegen Entgelt), § 14 Abs. 10



(Verbot des redaktionellen Einflusses auf den Programminhalt durch den Auftraggeber kommerzieller Kommunikation) und § 16 Abs. 5 ORF-G (Verstoß gegen die Vorgaben zur Produktplatzierung) verstoßen.

- 2 Mit Bescheid vom 12. März 2018 stellte die KommAustria fest, der ORF habe dadurch gegen § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G verstoßen, dass in den in Beschwerde gezogenen Sendungen „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“, „Bingo“ und „Brieflos-Show“ jeweils Produktplatzierungen der L GmbH (L) enthalten gewesen seien, bei denen unmittelbar zum Erwerb von Losen bzw. Teilnahme­scheinen aufgefordert worden sei, die eine Teilnahme an Spielen der L ermöglicht hätten.

Der ORF habe außerdem gegen § 14 Abs. 1 ORF-G verstoßen, weil in der in Beschwerde gezogenen Sendung „Money Maker“ mehrfach werbliche Äußerungen enthalten gewesen seien, die als solche nicht leicht erkennbar und somit vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar bzw. nicht durch optische, akustische oder räumliche Mittel vom vorangehenden Programm getrennt gewesen seien.

Im Übrigen wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und die Veröffentlichung der festgestellten Rechtsverletzung in näher bezeichneter Weise aufgetragen.

- 3 Der ORF erhob gegen den stattgebenden Teil, der V gegen den abweisenden Teil des Bescheides Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (BVwG).
- 4 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das BVwG sämtliche Beschwerden (mit einer Maßgabebestätigung) als unbegründet ab. Die Revision erklärte es nur in Bezug auf die Abweisung der Beschwerde des V für zulässig.
- 5 In der Begründung seiner Entscheidung traf das BVwG detaillierte Feststellungen über den Ablauf der beanstandeten Sendungen und zur vertraglichen Vereinbarung zwischen dem ORF und der L, die für das Revisionsverfahren wie folgt zusammenzufassen sind:

1. Die beanstandete Sendung „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“ dauerte insgesamt 6 Minuten und 50 Sekunden, war - wie auch vergleichbare derartige Sendungen



in den vergangenen Jahren - eine Livesendung und beinhaltete die Ausspielung der Lottozahlen sowie der Zahlen für das Gewinnspiel „Joker“ der L mit einem speziellen Ziehungsgerät (Kugeln und Ziehungsrichter). Nach der Anfangssequenz mit grafischer Animation des Sendungstitels „Lotto“ und „6 aus 45 mit Joker“ führte ein Moderator durch die Sendung, der die Zusehenden „zu den Ziehungen von Lotto 6 aus 45 und Joker“ begrüßte, sie über das Ergebnis der letzten Ziehung informierte („Der Vierfach-Jackpot vom vergangenen Mittwoch, der ist von einem Spielteilnehmer aus der Steiermark im Alleingang geknackt worden. Mit dem Solotreffer ist er nun um mehr als 6,3 Millionen Euro reicher. Und das ist der vorläufig höchste Sechser im heurigen Jahr“ bzw. „Beim Joker hat’s am Mittwoch drei Gewinner gegeben. Ein Niederösterreicher, ein Kärntner und ein Tiroler hatten die richtige Zahlenkombination auf ihren Quittungen und auch das Kreuzerl beim ‚Ja‘ zum Joker gesetzt. Sie können sich jeweils über einen Gewinn von 93.000 Euro freuen. Ich hoffe, auch sie haben heute ‚Ja‘ zum Joker gesagt - dann wünsche ich viel, viel Glück für die Ziehung“) und im Übrigen Moderationen verwendete wie etwa „Auch Sie haben jetzt die Chance Millionär zu werden, denn es geht um exakt 1 Million Euro“ oder „Ich drücken Ihnen jetzt die Daumen - wir starten mit der Ziehung“.

2. Die beanstandete Sendung „Money Maker“ war eine „Jubiläumssendung“ der seit Juli 1996 regelmäßig in den Sommermonaten ausgestrahlten Sendereihe, bei der außertourlich - über Vorschlag der L - auch ein Auto als Gewinn ausgespielt wurde. Abgesehen davon enthielt die Sendung das übliche Spiel, nämlich eine sogenannte „Geldddusche“, in die eine Kandidatin oder ein Kandidat während der Sendung einstieg und versuchten, innerhalb eines gewissen Zeitraums möglichst viele herumwirbelnde Geldscheine einzufangen. Die Voraussetzung für die Teilnahme an diesem Spiel war der Erwerb eines Rubbelloses „Money Maker“ der L, das - als eine von mehreren Gewinnmöglichkeiten - drei ORF-Symbole auswies. In der Anfangssequenz der Sendung wurden in Form einer grafischen Animation Geldscheine und Buchstaben durch das Bild gewirbelt, die sich zur Wortfolge „Money Maker“ formten. Nach einer Begrüßung durch den Moderator begann das Kandidatenspiel in der „Geldddusche“, gefolgt von einem Publikumsspiel, bei



dem zwei Zuseher die Möglichkeit hatten, telefonisch am Spiel teilzunehmen und durch symbolisches Aufrubbeln eines virtuellen Rubbelloses jeweils eine Goldmünze zu gewinnen (das Spiel stand in keinem Zusammenhang mit dem Kauf eines „Money Maker“-Rubbelloses). Anschließend wurde der Zusatzpreis der Sendung (Auto) unter drei Teilnehmenden, die ebenfalls über ein „Money Maker“-Rubbellos mit drei ORF-Symbolen verfügt hatten, ausgespielt. Die Sendung dauerte insgesamt 5 Minuten und 40 Sekunden und war auch dadurch gekennzeichnet, dass wiederholt die Wortfolge „Money Maker“ zu sehen war (im Aufnahmestudio war etwa dieses Logo im Hintergrund angebracht und während zahlreicher Kameraschwenks zu sehen; der Anzug der Kandidatin in der Gelddusche hatte das Logo aufgedruckt; das Logo fand sich auf dem „virtuellen Rubbellos“, das beim Telefonspiel in Verwendung stand; bei der Ausspielung des Auto-Preises war das Logo ebenfalls zu sehen). Die Moderation umfasste Texte wie „Omas machen die Welt einfach schöner. Es war einmal eine Omi namens A, die davon träumte, ihre Zahnmedizinstudentin I bei Money Maker in der Gelddusche zu sehen. Heute, liebe A, geht dieser sehr spezielle Wunsch in Erfüllung“ oder „Das war die Money Maker-Saison 2016. Ich wünsch‘ ihnen noch ein fantastisches Jahr. Aus der Dusche kommt jetzt wieder Wasser - bis es 2017 wieder heißt ...“, woraufhin akustisch und optisch die Wortfolge „Money Maker“ ertönte bzw. erschien.

3. Die beanstandete Sendung „Bingo“ gehörte zu einer gleichnamigen Sendereihe, die im TV-Programm des ORF seit November 1999 ausgestrahlt wurde. Bei dieser Sendung fand das von der L veranstaltete Glücksspiel „Bingo“ nicht live statt, sondern es erfolgte nur die Bekanntgabe der bereits feststehenden Ergebnisse, und zwar in der Weise, dass während der Sendung die bereits gezogenen Bingo-Zahlen-Buchstaben-Kombinationen sukzessive bekanntgegeben wurden. Die Zusehenden konnten anhand ihrer vorher erworbenen Bingo-Scheine der L vergleichen, ob sie gewonnen hatten. In der Sendung fand parallel dazu ein Spiel mit fünf Kandidaten und dem anwesenden Publikum statt, die an einer früheren Bingo-Spielrunde der L teilgenommen haben mussten. Die anwesenden Mitspielenden beantworteten Quizfragen und mussten abschätzen, wann der vollständige Bingo-Tipp erstmals erreicht würde, um im Erfolgsfall eine bestimmte Geldsumme zu gewinnen. Die



Sendung dauerte insgesamt 33 Minuten und 15 Sekunden. Während der Sendung war das Logo „Bingo“ - wie vom BVwG im Einzelnen näher beschrieben wurde - wiederholt im Hintergrund zu sehen. Auch auf den farbigen Polo-Shirts des Studiopublikums waren „Bingo“-Logos angebracht. Die Moderation umfasste die Erklärung der Spielregeln und die Höhe der erzielten Gewinne („Rund 168.000 Euro, die werden ausgespielt heute. Vielleicht auch für Sie etwas dabei. Wie Sie gewinnen können: So funktioniert das Spiel ... Während der Show werden die Gewinnzahlen gezogen und sie kreuzen auf ihrem Bingoschein einfach bis zum Schluss alle gezogenen Zahlen an ... Wenn sie ihren Tipp mit den gezogenen Zahlen komplett ankreuzen konnten, haben sie ‚Bingo‘ erreicht.“). Im Zuge der Verabschiedung wies der Moderator die Zusehenden darauf hin, dass in der nächsten Sendung Kandidaten aus einem näher bezeichneten politischen Bezirk im Studio mitspielen könnten, wenn sie über einen gültigen Bingo-Schein verfügten, und er gab die Telefonnummer („Publikumshotline“) für die Anmeldung bekannt.

4. Die beanstandete Sendung „Brieflos-Show“ gehörte zu einer Sendereihe, die bereits seit dem Jahr 1990 im TV-Programm des ORF lief. Die Voraussetzungen für die Teilnahme in der Sendung als Kandidat zur Betätigung des sogenannten „Glücksrades“ war der Erwerb eines Briefloses der L, das die Aufschrift „Brieflos-Show“ enthalten musste, sowie eine Auslosung unter den möglichen Teilnehmenden. Die Sendung umfasste zwei Spiele mit jeweils einem bzw. einer Kandidatin, die das „Glücksrad“ betätigen durften, um einen entsprechenden Geldgewinn zu erzielen; weiters ein Quizspiel mit drei anwesenden Kandidaten, die in mehreren Spielrunden Quizfragen beantworten mussten. Dazwischen traten zwei Musiker auf. Außerdem wurde ein Zuseherspiel veranstaltet, das einen Geldgewinn bei Anruf unter einer sogenannten „Glücksnummer“ umfasste, und es erfolgte die Ziehung von zwei Kandidaten, die in der nächsten Sendung eingeladen würden, um das „Glücksrad“ zu betätigen. Die Sendung dauerte insgesamt 25 Minuten und 26 Sekunden. Das Logo „Brieflos-Show“ bzw. Brieflose der L wurden während der Sendung wiederholt - in einer vom BVwG näher umschriebenen Weise - gezeigt. Die Moderation der Sendung umfasste im Wesentlichen die Erklärung der Spielmodalitäten („Um hier einmal selber am Rad zu drehen,



müssen Sie gezogen werden. Dazu brauchen Sie wieder ein Brieflos ...“) sowie eine Vorstellung und Gespräche mit den im Studio anwesenden Kandidaten und auftretenden Musikern.

5. Zwischen dem ORF und der L, welcher eine Konzession im Sinne des § 14 Glückspielgesetzes (GSpG) erteilt wurde, besteht eine entgeltliche Rahmenvereinbarung über die „generelle mediale Unterstützung der vom Konzessionär durchgeführten Ausspielungen durch den ORF“, deren Inhalt vom BVwG auszugsweise festgestellt wurde. Danach sichert der ORF der L die „generelle mediale Unterstützung“ ihrer Ausspielungen u.a. in Sendungen des TV-Programms zu, beispielsweise die Information über zukünftige Spielereignisse, die Durchführung, Übertragung und Ankündigung von Ziehungen sowie die Veröffentlichung von Ergebnissen. Der ORF räumt der L bei der Gestaltung von Sendungen, insbesondere von Unterhaltungssendungen, die Möglichkeit ein, Themenvorschläge zu unterbreiten, entsprechendes Informationsmaterial beizustellen, auf aktuelle oder besondere Geschehnisse und Veranstaltungen hinzuweisen sowie dem ORF in jeder Hinsicht fachberatend zur Seite zu stehen. Die „Letztentscheidung des ORF“ werde dadurch aber nicht berührt.

- 6 Rechtlich folgte das BVwG zur Beschwerde des V, entgegen dessen Prozesstandpunkt würden in den Sendungen „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“, „Bingo“ und „Brieflos-Show“, die jeweils Produktplatzierungen der L enthalten hätten, diese Produkte nicht zu stark herausgestellt. Es sei daher nicht gegen § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G verstoßen worden. Die Sendung „Money Maker“ sei als Werbung zu qualifizieren, weshalb eine Verletzung von § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G schon deshalb nicht in Betracht komme. Auch der behauptete Verstoß gegen § 14 Abs. 10 und § 17 Abs. 6 ORF-G liege nicht vor, weil die L keinen redaktionellen Einfluss auf den Programminhalt genommen habe. Zur Beschwerde des ORF hielt das BVwG fest, die Äußerungen der Moderatoren in den Sendungen „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“, „Bingo“ und „Brieflos-Show“ hätten in ihrer Gesamtwirkung eine Verletzung von § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G bewirkt, wonach Sendungen, die Produktplatzierungen enthielten, nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Waren oder



Dienstleistungen auffordern dürften, insbesondere nicht durch spezielle verkaufsfördernde Hinweise auf diese Waren oder Dienstleistungen. Zu Recht habe die KommAustria die in Beschwerde gezogene Sendung „Money Maker“ als Werbung (und nicht - wie vom ORF behauptet - als Sendung mit Produktplatzierung) qualifiziert und dem ORF insoweit einen Verstoß gegen die Kennzeichnungspflichten von Werbung angelastet.

- 7 Die Zulässigkeit der Revision des V begründete das BVwG damit, dass Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu Fragen des redaktionellen Einflusses gemäß § 14 Abs. 10 ORF-G sowie des Themensponsorings gemäß § 17 Abs. 6 ORF-G im Zusammenhang mit zum Zwecke medialer Unterstützung nach § 17 Abs. 7 Glückspielgesetz (GSpG) getroffenen privatrechtlichen Vereinbarungen mit öffentlichen Medienpartnern wie dem ORF fehle. Hingegen sei die Revision hinsichtlich der Abweisung der Beschwerde des ORF unzulässig, weil in diesem Punkt eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Beurteilung auf der Grundlage näher zitierter Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes erfolgt sei.
- 8 Dagegen wenden sich die vorliegenden Revisionen, die aufgrund ihres sachlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden wurden.
- 9 Die Revision des ORF wendet sich gegen die festgestellten Rechtsverletzungen und macht zur Zulässigkeit und in der Sache zusammengefasst geltend, es fehle höchstgerichtliche Rechtsprechung zu der Frage, wann bzw. unter welchen Voraussetzungen gegen die Bestimmung des § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G verstoßen werde. Der ORF vertrete die Rechtsauffassung, dass er nicht gegen diese Norm verstoßen habe, weil keine unmittelbare Kaufaufforderung erfolgt sei. Die Einordnung der Präsentationen in der Sendung „Money Maker“ als Werbung sei zudem unrichtig, weil das gleichlautende Logo über weite Teile der Sendung nur in völlig untergeordnetem Ausmaß und im Hintergrund bzw. nur teilweise sichtbar gewesen sei. Insoweit lägen die festgestellten Verstöße gegen § 14 Abs. 1 Satz 1 und 2 ORF-G nicht vor.



10 Die Revision des V wendet sich gegen die Abweisung seiner Beschwerde in Bezug auf die geltend gemachten Verstöße gegen § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G sowie § 14 Abs. 10 und § 17 Abs. 6 ORF-G. Die in Beschwerde gezogenen Sendungen hätten Verstöße gegen § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G enthalten. Im Übrigen würden die beanstandeten Sendungen - zusammengefasst - vom ORF aufgrund einer Vereinbarung mit der L ausgestrahlt und der ORF erhalte für die Gestaltung und Ausstrahlung der Programminhalte von der L ein Entgelt. Die Handlungsabläufe der Formate seien mehr oder weniger unmittelbar durch die jeweiligen Spielbedingungen determiniert, sodass dem ORF auf alle den Ablauf bestimmenden Faktoren kein relevanter Einfluss zukomme. Seine redaktionelle Hoheit sei auf unwesentliche Details beschränkt. Der dadurch bewirkte - zumindest faktische - Einfluss der L stelle eine unzulässige thematische Vorgabe im Sinne des § 17 Abs. 6 ORF-G dar.

11 Zu den Revisionen wurden jeweils Revisionsbeantwortungen der belangten Behörde und der jeweiligen Mitbeteiligten erstattet.

12 Am 20. Dezember 2023 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof zur Erörterung der relevanten Rechtsfragen statt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

13 Die Revisionen sind zulässig und teilweise begründet.

14 Sowohl die festgestellten Rechtsverletzungen (§ 16 Abs. 5 Z 2 und § 14 Abs. 1 ORF-G) als auch die zur Abweisung der Beschwerde vorgenommenen rechtlichen Erwägungen zu § 16 Abs. 5 Z 1 und 3, § 14 Abs. 10 und § 17 Abs. 6 ORF-G bedürfen ergänzender rechtlicher Leitlinien durch den Verwaltungsgerichtshof, mit denen die rechtliche Einordnung der strittigen Gewinnspiele in den Sendungen des ORF und die dabei zu beachtenden gesetzlichen Vorgaben näher präzisiert werden. Zur Klarstellung der Rechtslage sind daher beide Revisionen zulässig.

15 Die Revisionen sind auch (teilweise) begründet.

16 Die maßgeblichen Bestimmungen der Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter



Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste; im Folgenden: AVMD-RL) in der für den Revisionsfall maßgeblichen Stammfassung lauten auszugsweise:

„Erwägungsgründe

(81) Aufgrund der wirtschaftlichen und technologischen Entwicklung haben die Nutzer eine immer größere Auswahl, damit aber auch eine größere Verantwortung bei der Nutzung audiovisueller Mediendienste. Damit die Ziele des Allgemeininteresses angemessen verwirklicht werden können, sollten etwaige Vorschriften eine ausreichende Flexibilität in Bezug auf Fernsehprogramme zulassen. Der Trennungsgrundsatz sollte auf Fernsehwerbung und Teleshopping beschränkt werden und die Produktplatzierung sollte unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt werden - sofern ein Mitgliedstaat nicht etwas anderes beschließt. Produktplatzierung, die den Charakter von Schleichwerbung hat, sollte jedoch verboten bleiben. ...

(91) Produktplatzierung ist eine Tatsache in Kinospielefilmen und audiovisuellen Fernsehproduktionen. Um gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen und damit die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Medien zu verbessern, sind Regelungen für die Produktplatzierung erforderlich. Die Definition des Begriffs ‚Produktplatzierung‘ durch diese Richtlinie sollte alle Formen audiovisueller kommerzieller Kommunikation erfassen, die darin besteht, gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung ein Produkt, eine Dienstleistung oder die entsprechende Marke einzubeziehen bzw. darauf Bezug zu nehmen, so dass diese innerhalb einer Sendung erscheinen. Die kostenlose Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen wie Produktionshilfen oder Preise sollte nur als Produktplatzierung gelten, wenn die betreffenden Waren oder Dienstleistungen von bedeutendem Wert sind. Für Produktplatzierung sollten die gleichen qualitativen Vorschriften und Beschränkungen gelten wie für audiovisuelle kommerzielle Kommunikation. Das entscheidende Kriterium zur Unterscheidung zwischen ‚Sponsoring‘ und ‚Produktplatzierung‘ ist der Umstand, dass bei der Produktplatzierung der Hinweis auf ein Produkt in die Handlung der Sendung eingebaut ist, weshalb die Definition in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe m das Wort ‚innerhalb‘ enthält. Hinweise auf Sponsoren dagegen können während einer Sendung gezeigt werden, sind aber nicht Teil der Handlung.

(92) Produktplatzierung sollte grundsätzlich verboten sein. Ausnahmen auf der Grundlage einer Positivliste sind jedoch angemessen für bestimmte Arten von Sendungen. Ein Mitgliedstaat sollte die Möglichkeit haben, diese Ausnahmen ganz oder teilweise abzulehnen, beispielsweise indem er die Produktplatzierung



nur in Sendungen gestattet, die nicht ausschließlich in seinem Hoheitsgebiet produziert wurden.

(93) Darüber hinaus sollten Sponsoring und Produktplatzierung verboten sein, sofern sie den Inhalt von Sendungen in der Weise beeinflussen, dass die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit des Mediendienstanbieters beeinträchtigt wird. Dies ist bei Themenplatzierung der Fall.

(...)

BEGRIFFSBESTIMMUNGEN

Artikel 1

(1) Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck (...)

- h) ‚audiovisuelle kommerzielle Kommunikation‘ Bilder mit oder ohne Ton, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, dienen. Diese Bilder sind einer Sendung gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung beigelegt oder darin enthalten. Zur audiovisuellen kommerziellen Kommunikation zählen unter anderem Fernsehwerbung, Sponsoring, Teleshopping und Produktplatzierung;
- i) ‚Fernsehwerbung‘ jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die im Fernsehen von einem öffentlich-rechtlichen oder privaten Veranstalter oder einer natürlichen Person entweder 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; (...)
- k) ‚Sponsoring‘ jeden Beitrag von nicht im Bereich der Bereitstellung von audiovisuellen Mediendiensten oder in der Produktion von audiovisuellen Werken tätigen öffentlichen oder privaten Unternehmen oder natürlichen Personen zur Finanzierung von audiovisuellen Mediendiensten oder Sendungen mit dem Ziel, ihren Namen, ihre Marke, ihr Erscheinungsbild, ihre Tätigkeiten oder ihre Leistungen zu fördern; (...)
- m) ‚Produktplatzierung‘ jede Form audiovisueller kommerzieller Kommunikation, die darin besteht, gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung ein Produkt, eine Dienstleistung oder die entsprechende Marke einzubeziehen bzw. darauf Bezug zu nehmen, so dass diese innerhalb einer Sendung erscheinen;

(...)



Artikel 11

(1) (...)

(2) Produktplatzierung ist untersagt.

(3) Sofern die Mitgliedstaaten nichts anderes beschließen, ist Produktplatzierung abweichend von Absatz 2 in folgenden Fällen zulässig:

- a) in Kinofilmen, Filmen und Serien für audiovisuelle Mediendienste, Sportsendungen und Sendungen der leichten Unterhaltung;
- b) wenn kein Entgelt geleistet wird, sondern lediglich bestimmte Waren oder Dienstleistungen wie Produktionshilfen und Preise im Hinblick auf ihre Einbeziehung in eine Sendung kostenlos bereitgestellt werden.

Die Abweichung nach Buchstabe a gilt nicht für Kindersendungen.

Sendungen, die Produktplatzierung enthalten, müssen mindestens alle folgenden Anforderungen erfüllen:

- a) ihr Inhalt und - bei Fernsehsendungen - ihr Programmplatz dürfen keinesfalls so beeinflusst werden, dass die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit des Mediendienstanbieters beeinträchtigt wird;
- b) sie dürfen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete bzw. Pacht von Waren oder Dienstleistungen auffordern, insbesondere nicht durch spezielle verkaufsfördernde Hinweise auf diese Waren oder Dienstleistungen;
- c) sie dürfen das betreffende Produkt nicht zu stark herausstellen;
- d) die Zuschauer müssen eindeutig auf das Bestehen einer Produktplatzierung hingewiesen werden. Sendungen mit Produktplatzierung sind zu Sendungsbeginn und -ende sowie bei Fortsetzung einer Sendung nach einer Werbeunterbrechung angemessen zu kennzeichnen, um jede Irreführung des Zuschauers zu verhindern.

In Ausnahmefällen können die Mitgliedstaaten von den Anforderungen des Buchstabens d absehen, sofern die betreffende Sendung weder vom Mediendienstanbieter selbst noch von einem mit dem Mediendienstanbieter verbundenen Unternehmen produziert oder in Auftrag gegeben wurde. (...)

17 Die maßgeblichen Bestimmungen des ORF-Gesetzes, BGBl Nr. 379/1984 in der hier maßgeblichen Fassung BGBl I Nr. 50/2010 (ORF-G), lauten auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 1a. Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet

1. (bis) 5. (...)



6. ‚Kommerzielle Kommunikation‘ jede Äußerung, Erwähnung oder Darstellung, die
 - a) der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, oder
 - b) der Unterstützung einer Sache oder Ideedient und einer Sendung oder einem Angebot gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder im Fall der lit. a als Eigenwerbung beigefügt oder darin enthalten ist. Zur kommerziellen Kommunikation zählen jedenfalls Produktplatzierung, die Darstellung von Produktionshilfen von unbedeutendem Wert, Sponsorhinweise und auch Werbung gemäß Z 8;
7. (...)
8. ‚Fernseh- oder Hörfunkwerbung (Werbung)‘
 - a) 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 oder
 - b) jede Äußerung zur Unterstützung einer Sache oder Idee, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gesendet wird;
9. (...)
10. ‚Produktplatzierung‘ jede Form kommerzieller Kommunikation, die darin besteht, ein Produkt, eine Dienstleistung oder eine entsprechende Marke gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung in eine Sendung einzubeziehen oder darauf Bezug zu nehmen, so dass diese innerhalb einer Sendung erscheinen. Nicht als Produktplatzierung gilt die kostenlose Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen wie Produktionshilfen oder Preise, solange die betreffenden Waren oder Dienstleistungen von unbedeutendem Wert sind.
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.



(...)

Kommerzielle Kommunikation

Inhaltliche Anforderungen und Beschränkungen

§ 13. (...)

(3) Kommerzielle Kommunikation darf nicht (...)

7. die redaktionelle Unabhängigkeit beeinträchtigen. (...)

Fernseh- und Hörfunkwerbung, Werbezeiten

§ 14. (1) Werbung muss leicht als solche erkennbar und somit vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar sein. Sie ist durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig von anderen Programmteilen zu trennen.

(...)

(10) Ein Auftraggeber kommerzieller Kommunikation darf keinen redaktionellen Einfluss auf den Programminhalt ausüben.

(...)

Produktplatzierung

§ 16. (1) Produktplatzierung (§ 1a Abs. 1 Z 10) ist vorbehaltlich der Regelungen der Abs. 2 und 3 unzulässig.

(2) Nicht unter das Verbot des Abs. 1 fällt die kostenlose Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen wie Produktionshilfen oder Preise im Hinblick auf ihre Einbeziehung in eine Sendung. Diese Ausnahme gilt nicht für Nachrichtensendungen sowie Sendungen zur politischen Information.

(3) Ausgenommen vom Verbot des Abs. 1 sind Kinofilme, Fernsehfilme und Fernsehserien sowie Sportsendungen und Sendungen der leichten Unterhaltung. (...)

(4) (...)

(5) Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, haben folgenden Anforderungen zu genügen:

1. Ihr Inhalt oder ihre Platzierung darf keinesfalls so beeinflusst werden, dass die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit beeinträchtigt wird.





2. Sie dürfen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Waren oder Dienstleistungen auffordern, insbesondere nicht durch spezielle verkaufsfördernde Hinweise auf diese Waren oder Dienstleistungen.
 3. Sie dürfen das betreffende Produkt nicht zu stark herausstellen.
 4. Sie sind zu Sendungsbeginn und -ende sowie im Falle von Unterbrechungen gemäß § 15 bei Fortsetzung einer Sendung nach einer Werbeunterbrechung eindeutig zu kennzeichnen, um jede Irreführung des Konsumenten zu verhindern.
- (6) Abs. 5 Z 4 kommt nicht zur Anwendung, sofern die betreffende Sendung nicht vom Österreichischen Rundfunk selbst oder von einem mit dem Österreichischen Rundfunk verbundenen Unternehmen produziert oder in Auftrag gegeben wurde und diese keine Kenntnis vom Vorliegen einer Produktplatzierung hatten.

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.

(2) Sponsoring von natürlichen oder juristischen Personen, deren Haupttätigkeit die Herstellung oder der Verkauf von Erzeugnissen oder die Erbringung von Dienstleistungen, für die kommerzielle Kommunikation gemäß § 13 oder nach anderen gesetzlichen Bestimmungen verboten ist, ist untersagt. Beim Sponsoring durch Unternehmen, deren Tätigkeit die Herstellung oder den Verkauf von Arzneimitteln und medizinischen Behandlungen umfasst, darf auf den Namen oder das Erscheinungsbild des Unternehmens hingewiesen werden, nicht jedoch auf bestimmte Arzneimittel oder medizinische Behandlungen, die nur auf ärztliche Verordnung erhältlich sind.



(3) Nachrichtensendungen und Sendungen zur politischen Information dürfen nicht im Sinne von Abs. 1 finanziell unterstützt werden.

(4) Auf Sponsorhinweise zugunsten von Medieninhabern periodischer Druckwerke findet § 14 Abs. 8 sinngemäß Anwendung.

(5) Sofern es sich bei einer gesponserten Sendung nicht um eine solche zugunsten karitativer oder sonstiger im öffentlichen Interesse liegender Zwecke handelt, sind Sponsorhinweise in die in § 14 geregelte Werbezeit einzurechnen. Die einzurechnende Dauer der Sponsorhinweise regionaler Sendungen im Fernsehen bestimmt sich nach dem Verhältnis des durch die regionale Sendung technisch erreichten Bevölkerungsanteils zur Gesamtbevölkerung Österreichs.

(6) Die Gestaltung von Sendungen oder Sendungsteilen nach thematischen Vorgaben Dritter gegen Entgelt ist unzulässig. Die Ausstrahlung einer Sendung darf nicht von der Bedingung abhängig gemacht werden, dass ein Beitrag zur Finanzierung der Sendung geleistet wird.“

18 § 17 Abs. 7 Glücksspielgesetz, BGBl. Nr. 620/1989 in der maßgeblichen Fassung BGBl. Nr. 73/2010 (GSpG), lautet:

„(7) Der Konzessionär sorgt für die generelle mediale Unterstützung. Zur Erlangung dieser medialen Unterstützungsleistungen kann der Konzessionär privatrechtliche Vereinbarungen mit öffentlichen und privaten Medienpartnern sowie gemeinnützigen Organisationen abschließen.“

Zum Verhältnis der gesetzlichen Vorgaben des ORF-G zum § 17 Abs. 7 GSpG

19 Dem Revisionsfall liegt ein Rahmenvertrag zwischen der L, welche Konzessionärin im Sinne des § 17 Abs. 7 GSpG ist, und dem ORF zugrunde, mit dem eine mediale Unterstützung der von der L durchgeführten Ausspielungen durch den ORF gegen Entgelt vereinbart wurde. Gestützt auf diesen Rahmenvertrag wurden u.a. auch die vier in Beschwerde gezogenen Sendungen ausgestrahlt, bei denen jeweils Ausspielungen der L, nämlich „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“, „Money Maker“, „Bingo“ und „Brieflos“ gezeigt wurden.

20 § 17 Abs. 7 GSpG ermächtigt die L als Konzessionärin, derartige privatrechtliche Vereinbarungen u.a. mit öffentlichen Medienpartnern wie dem ORF abzuschließen.



- 21 § 14 Abs. 5 letzter Satz ORF-G in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 sah vor, dass die mediale Unterstützung gemäß § 17 Abs. 7 GSpG (in der damals geltenden Fassung) nicht als Product-Placement gelte. Diese Regelung wurde in den Gesetzesmaterialien damit begründet, dass sie „eine Klarstellung [bezwecke], dass die Übertragung der Lottoziehung kein unzulässiges Product-Placement“ sei (AB 719 BlgNR 21. GP, S. 3). Mit der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 wurde diese Ausnahme für Kooperationen zwischen dem ORF und der L im ORF-G ersatzlos gestrichen. In den Gesetzesmaterialien findet sich zwar kein expliziter Hinweis für die Gründe der Streichung, die Novelle diene jedoch - wie in der Regierungsvorlage mehrfach angesprochen wird (vgl. etwa RV 611 BlgNR 24. GP, S. 1, 43 ff) - der Umsetzung der AVMD-RL, weshalb davon ausgegangen werden muss, dass der Gesetzgeber den Fortbestand der generellen Ausnahmeregelung für Kooperationen gemäß § 17 Abs. 7 GSpG im Lichte der Regelungen der AVMD-RL entweder nicht mehr für erforderlich oder als nicht zulässig ansah.
- 22 Die Frage der rundfunkrechtlichen Zulässigkeit der aufgrund der Vereinbarung zwischen dem ORF und der L ausgestrahlten Sendungen ist somit auf der Basis der im Revisionsfall maßgeblichen Rechtslage nur nach den Vorschriften des ORF-G bzw. den unionsrechtlichen Vorgaben der AVMD-RL zu beantworten. Insoweit lässt sich aus der gesetzlichen Ermächtigung des § 17 Abs. 7 GSpG für das gegenständliche Verfahren nichts ableiten.

Zur rechtlichen Einordnung der gegenständlichen Sendungen als solche mit kommerzieller Kommunikation

- 23 Die Darstellung der Ausspielungen in den gegenständlichen Sendungen sind als kommerzielle Kommunikation im Sinne des § 1a Z 6 ORF-G (bzw. als audiovisuelle kommerzielle Kommunikation im Sinne des Art. 1 Abs. 1 lit. h AVMD-RL) anzusehen, wird darunter doch - soweit es im gegebenen Zusammenhang von Bedeutung ist - jede Äußerung, Erwähnung oder Darstellung, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbildes eines Unternehmens wie - hier - der L gegen Entgelt dient, verstanden. Nach der



ausdrücklichen Anordnung des ORF-G zählen dazu jedenfalls die Produktplatzierung, Sponsorhinweise und auch die Werbung gemäß § 1a Z 8 ORF-G.

- 24 Die KommAustria und ihr folgend das BVwG haben die in Beschwerde gezogenen Sendungen des ORF rechtlich in drei Fällen als Sendungen mit Produktplatzierung („Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“, „Bingo“ und „Brieflos-Show“) und in einem Fall („Money Maker“) als Werbung qualifiziert. Letzteres wird im Revisionsverfahren in Frage gestellt. In Bezug auf die erstgenannte Einordnung wenden sich die Revisionen gegen die darauf aufbauenden Erwägungen der KommAustria und des BVwG zu den einschlägigen Vorgaben des § 16 Abs. 5 ORF-G; die Revision des ORF verneint den angenommenen Verstoß gegen § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G, die Revision des V strebt die Feststellung der Verletzung auch des § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G an. Außerdem sieht sie fallbezogen ein verbotenes Themensponsoring im Sinne des § 17 Abs. 6 ORF-G verwirklicht.
- 25 Die Behandlung der Revisionen setzt daher die Überprüfung der vorgenommenen Einordnung als Produktplatzierung bzw. Werbung sowie eine Abgrenzung zum Sponsoring voraus.

Zur Abgrenzung von (Schleich-)Werbung, Produktplatzierung und Sponsoring im Allgemeinen

- 26 Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seiner bisherigen Rechtsprechung schon wiederholt mit der Abgrenzung von Werbung, Schleichwerbung, Produktplatzierung und Sponsoring beschäftigt (vgl. dazu etwa VwGH 18.9.2013, 2012/03/0162; VwGH 28.2.2014, 2012/03/0019; VwGH 5.5.2014, 2013/03/0122, jeweils mwN).
- 27 Danach ist für das Vorliegen von Werbung 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.



- 28 Auch der Produktplatzierung als einer Form der kommerziellen Kommunikation ist die Absicht der Absatzförderung immanent. Anders als die Werbung beschränkt sich die Produktplatzierung allerdings darauf, dass ein Produkt, eine Dienstleistung oder eine entsprechende Marke gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung in eine Sendung einbezogen oder darauf Bezug genommen wird, so dass diese - wie das ORF-G in Übereinstimmung mit Art. 1 Abs. 1 lit. m AVMD-RL formuliert - „innerhalb einer Sendung erscheinen“. Im ErwG 91 dieser Richtlinie wird näher ausgeführt, „dass bei der Produktplatzierung der Hinweis auf ein Produkt in die Handlung der Sendung eingebaut ist“.
- 29 Der Unterschied zwischen Werbung und Produktplatzierung liegt demnach in der Art der Präsentation des Produktes im Medium, hinsichtlich dessen in jedem Fall eine Absatzförderung beabsichtigt ist. Bei der Produktplatzierung findet - im Rahmen von Fernsehsendungen - eine bloße Zurschaustellung des Produktes durch Einbeziehung oder Bezugnahme darauf in der Sendung statt.
- 30 Im Erkenntnis 2012/03/0162 führte der Verwaltungsgerichtshof dazu unter Hinweis auf *Kassai/Kogler*, Produktplatzierung: Der Trojaner des Kommerzes? (in: Kommunikation & Recht 2008, 721), näher aus, die Produktplatzierung sei auf relativ neutral gehaltene Bezugnahmen und Hinweise auf das betreffende Produkt beschränkt, während im Rahmen von Werbung diese „Neutralität“ der Darstellung nicht mehr gegeben sei.
- 31 Zur Präsentation von Produkten anlässlich von Gewinnspielen hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass die Präsentation von Preisen eines Gewinnspieles dann als Werbung (und nicht als Produktplatzierung) anzusehen ist, wenn sie über die notwendige Präsentation des Preises eines Gewinnspieles hinausgeht, indem beispielsweise Preise der Gewinnshow im Fernsehen nicht bloß gezeigt, sondern auch konkrete Produkteigenschaften angepriesen wurden (vgl. etwa VwGH 1.10.2008, 2005/04/0053; VwGH 14.11.2007, 2005/04/0167; VwGH 18.9.2013, 2012/03/0162; vgl. auch *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴ [2018], 20, wonach Gewinnspiele, bei denen Waren oder Dienstleistungen, die dem ORF von einem Unternehmen zur Verfügung gestellt wurden, ausgespielt werden, unter den Begriff der



Produktplatzierung fallen, solange die Darstellung der Preise nicht die Grenze zur Werbung überschreite; falle die Darstellung „zu werblich aus“, so sei von Fernsehwerbung auszugehen).

- 32 Schleichwerbung legt im Unterschied zur Werbung und Produktplatzierung nicht offen, dass damit werbliche Absichten verfolgt werden und kann dadurch in die Irre führen. Formen der Produktplatzierung, die als Schleichwerbung anzusehen sind, sind nach der AVMD-RL verboten (siehe ErwG 81). Rechtmäßige Produktplatzierung darf somit nicht vom Fernsehveranstalter beabsichtigt auf die Erzielung einer Werbewirkung ausgerichtet und geeignet sein, die Allgemeinheit irrezuführen (vgl. *Angelopoulos*, Produktplatzierung in europäischen audiovisuellen Produktionen, in Produktplatzierung, IRIS plus 2010-3, 21).
- 33 Ergänzend hält der Verwaltungsgerichtshof fest, dass die Grenzen zwischen Produktplatzierung und Werbung im Einzelfall verschwimmen können, etwa, wenn die Bewerbung eines Produkts in eine Handlung gekleidet wird, gleichzeitig aber das alleinige oder zumindest vorrangige Ziel der Bewerbung verfolgt wird. Auch in solchen Fällen wird daher von Werbung auszugehen sein.
- 34 Umgekehrt zeigen die einschlägigen Vorschriften zur Produktplatzierung in Art. 11 Abs. 3 UnterAbs. 3 lit. b und c AVMD-RL und ihnen folgend in § 16 Abs. 5 Z 2 und 3 ORF-G, dass eine Einordnung als Produktplatzierung vorausgesetzt wird, wenn anschließend beurteilt werden soll, ob diese Produktplatzierung den genannten rechtlichen Vorgaben entspricht.
- 35 Um diese Einordnung vornehmen zu können, erscheint dem Verwaltungsgerichtshof daher eine Präzisierung der bisherigen Judikatur erforderlich: Mag zwar die Absicht der Absatzförderung sowohl der Werbung als auch der Produktplatzierung immanent sein, so liegt ein Unterschied zwischen diesen beiden Formen der kommerziellen Kommunikation darin, dass mit der Werbung das alleinige oder zumindest vorrangige Ziel der Absatzförderung verfolgt wird, während dies bei der Produktplatzierung nicht



der Fall ist. Dort ist die Absatzförderung ein (wenn auch beabsichtigter) Nebeneffekt des Einbaues des Produktes in eine gezeigte Handlung.

- 36 Zur Abgrenzung von Produktplatzierung und Sponsoring wurde in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ausgesprochen, dass sowohl Produktplatzierung als auch Sponsoring entgeltlich erfolgen und ihnen gemeinsam ist, dass in beiden Fällen letztlich der Name, die Marke, die Leistungen, die Waren usw. eines Unternehmens gefördert werden. Beim Sponsoring wird dieser Werbeeinfluss zugunsten des Sponsors durch seine Kennzeichnung im Rahmen des gesetzlich vorgeschriebenen Sponsorhinweises erreicht (vgl. VwGH 5.5.2014, 2013/03/0122, mwN). Nach ErwG 91 der AVMD-RL ist „das entscheidende Kriterium zur Unterscheidung zwischen ‚Sponsoring‘ und ‚Produktplatzierung‘ ... der Umstand, dass bei der Produktplatzierung der Hinweis auf ein Produkt in die Handlung der Sendung eingebaut ist ... Hinweise auf Sponsoren dagegen können während einer Sendung gezeigt werden, sind aber nicht Teil der Handlung“.

Anwendung dieser Grundsätze im gegenständlichen Fall

- 37 Die KommAustria vertrat in ihrer Entscheidung die Rechtsauffassung, die im Rahmenvertrag zwischen der L und dem ORF vereinbarten Leistungen seien dem Grunde nach als Produktplatzierungen iSd § 1a Z 10 ORF-G anzusehen. In den Sendungen des ORF, die von der Behörde als leichte Unterhaltungssendungen gewertet wurden, sollten ein oder mehrere Spiele bzw. Ergebnisse der Glücksspiele der L in spannender und unterhaltsamer Art und Weise präsentiert werden. Die beanstandeten Sendungen „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“, „Bingo“ und „Brieflos-Show“ seien als solche mit Produktplatzierungen einzuordnen, in denen allerdings entgegen § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G durch spezielle verkaufsfördernde Hinweise unmittelbar zum Kauf von Waren oder Dienstleistungen der L aufgefordert worden sei. Die Sendung „Money Maker“ wurde hingegen als Werbesendung für das Rubbellos „Money Maker“ der L eingestuft, was sich zum einen daran zeige, dass nahezu dauerhaft und auch zum Teil großflächig der Schriftzug „Money Maker“ eingeblendet worden sei, zum anderen ein Publikumsspiel durchgeführt worden sei, bei dem virtuell ein Los aufgerubbelt werden musste,



was den absatzfördernden Effekt in Bezug auf zu kaufende Lose verstärkt habe, und der Moderator Äußerungen zu einem ausgespielten Überraschungspreis getätigt habe, die eine weitere Attraktivierung des durch die L vertriebenen Loses bewirkt hätten.

- 38 Dieser Einschätzung schloss sich das BVwG in seiner Entscheidungsbegründung im Wesentlichen an. Dass der Werbezweck das Sendungsgeschehen in den Sendungen „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“, „Bingo“ und „Brieflos-Show“ dergestalt dominiert hätte, dass der natürliche Handlungsablauf der Sendung gegenüber dem Werbezweck in den Hintergrund getreten wäre, könne in der konkreten Konstellation nicht angenommen werden. Es könne aber auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Äußerungen der Moderatoren in diesen Sendungen bloß neutral bzw. notwendig für die gegenständliche Sendung gewesen seien. In einer Gesamtbetrachtung hätten sie eine Verletzung des § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G bewirkt. In Bezug auf die vierte in Beschwerde gezogene Sendung „Money Maker“ liege für das BVwG auf der Hand, dass die Marke „Money Maker“ bzw. das entsprechende Rubbellos besonders hervorgehoben und laufend präsentiert worden seien. Ein - bezogen auf die Gesamtdauer der Sendung - bloß untergeordnetes Ausmaß an Einblendungen der Marke könne vor diesem Hintergrund vom BVwG nicht erkannt werden, wobei auch die Wirkung häufiger bloß kurzer Einblendungen in einem audiovisuellen Medium keineswegs übersehen werden dürfe. Diesbezüglich habe die KommAustria daher zu Recht eine Qualifikation als Werbung vorgenommen.
- 39 Der ORF hält diesen rechtlichen Erwägungen in der vorliegenden Revision entgegen, dass das in der Sendung „Money Maker“ gezeigte Logo über weite Teile der Sendung nur in völlig untergeordnetem Ausmaß und im Hintergrund bzw. nur teilweise sichtbar gewesen sei. Darin könne keine Werbung erblickt werden, sondern es hätte auch diesbezüglich eine Einordnung als Produktplatzierung stattfinden müssen. Die Präsentationen in den anderen drei in Beschwerde gezogenen Sendungen hätten im Übrigen keine unmittelbare Kaufaufforderung enthalten.



- 40 Dazu hält der Verwaltungsgerichtshof auf der Grundlage der dargestellten Grundsätze Folgendes fest:
- 41 Das BVwG misst vor allem der Dauer und Auffälligkeit der eingeblendeten Marken und Logos entscheidende Bedeutung dafür zu, die Sendung „Money Maker“ - anders als die übrigen drei beanstandeten Sendungen - als Werbung einzuordnen. Diese Sichtweise greift zu kurz:
- 42 Zum einen ist nochmals daran zu erinnern, dass die Einordnung als Werbung oder Produktplatzierung von der Frage zu trennen ist, ob - bei Annahme einer Produktplatzierung - Verstöße gegen § 16 Abs. 5 ORF-G festgestellt werden (vgl. bereits Rn. 34). Selbst wenn in einer Sendung unmittelbar zum Erwerb der in den Handlungsablauf eingebauten Produkte aufgefordert wird oder die in die Handlung eingebauten Produkte zu prominent vorkommen, macht dies allein die Sendung noch nicht zu einer Werbesendung. Entscheidend ist vielmehr, ob mit dem Einbau des Produkts in die Handlung der Sendung das alleinige oder zumindest vorrangige Ziel der Absatzförderung verfolgt wurde (Werbung) oder nicht (Produktplatzierung).
- 43 Zum anderen weisen die gegenständlichen Sendungen die Besonderheit auf, dass die Produkte der L, die in den Handlungsablauf der gegenständlichen Sendungen eingebaut wurden, nicht erst durch die Einblendung der Marken bzw. Logos im Sendungsverlauf der Auftraggeberin zuordenbar wurden und dadurch absatzfördernd wirkten. Schon die Sendungstitel in Kombination mit dem gesamten Inhalt der Sendungen und dem Umstand, dass die L bekanntermaßen als Konzessionärin der in den Sendungen beinhalteten Ausspielungen tätig ist, machten eine Zuordnung der Produkte zur L für den durchschnittlichen Zusehenden ungeachtet der Dauer und Häufigkeit der Einblendung von Logos und Marken möglich. Dadurch unterscheiden sich die gegenständlichen Fälle auch von anderen Formen der Produktplatzierung, die der ORF nach seinem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung im Auge hat und bei denen ein grundsätzlich „neutraler“ Gegenstand, der im Handlungsablauf einer Sendung vorkommt, erst durch die gezeigte Marke oder ein Logo einem bestimmten Auftraggeber zuordenbar wird.



- 44 Das vorausgeschickt vermag der Verwaltungsgerichtshof die unterschiedliche rechtliche Einordnung der vier beanstandeten Sendungen in die Kategorien Werbung oder Produktplatzierung nicht nachzuvollziehen. Es wird im Folgenden noch zu zeigen sein, dass die Produkte der L in den geprüften Sendungen - wenn auch in unterschiedlichem Maße - herausgestellt und auch Anreize für deren Erwerb gesetzt wurden. Das machte die beanstandeten Sendungen aber noch nicht zu Werbesendungen. Für die Einordnung aller vier geprüften Sendungen als solche mit Produktplatzierungen spricht der Umstand, dass die im Zusammenhang mit Ausspielungen der L stehenden Sendungen vom ORF in allen Fällen als Sendungen der leichten Unterhaltung (iSd § 16 Abs. 3 ORF-G) inszeniert wurden, bei denen es mangels gegenteiliger Anhaltspunkte nicht allein oder vorrangig um die Bewerbung von Produkten der L, sondern um die „Darbietung von Unterhaltung“ ging. Sämtliche Sendungen wären daher nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes als solche mit Produktplatzierungen einzuordnen gewesen.
- 45 Damit kann die angefochtene Entscheidung in Bezug auf die Sendung „Money Maker“, die als eine solche mit Werbung qualifiziert wurde, keinen Bestand haben.
- 46 Richtigerweise wären sämtliche in Beschwerde gezogenen Sendungen am Maßstab der für die Produktplatzierung getroffenen Regelungen in § 16 ORF-G zu beurteilen gewesen, der die einschlägigen Vorgaben des Art. 11 AVMD-RL umsetzt.
- 47 § 16 Abs. 5 Z 1 ORF-G sieht vor, dass der Inhalt oder die Platzierung von Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, keinesfalls so beeinflusst werden darf, dass die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit beeinträchtigt wird. Angesichts dieser speziellen Norm für Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, gelangen die allgemeinen Bestimmungen vergleichbaren Inhalts wie § 13 Abs. 3 Z 7 ORF-G, wonach die kommerzielle Kommunikation die redaktionelle Unabhängigkeit nicht beeinträchtigen darf, oder § 14 Abs. 10 ORF-G, wonach ein Auftraggeber kommerzieller Kommunikation keinen redaktionellen Einfluss auf den Programminhalt



ausüben darf, im vorliegenden Zusammenhang nicht zur Anwendung. Eine allfällige unzulässige Einflussnahme des Auftraggebers der Produktplatzierung ist somit (nur) nach § 16 Abs. 5 Z 1 ORF-G zu beurteilen.

- 48 Auch ein Heranziehen des § 17 Abs. 6 ORF-G scheidet demnach - entgegen der Rechtsansicht des V - aus, weil diese Norm nach ihrer Einordnung im ORF-G ausdrücklich das Sponsoring im Blick hat, wenn sie die Gestaltung von Sendungen oder Sendungsteilen nach thematischen Vorgaben Dritter gegen Entgelt untersagt, wobei als Dritter eben der Sponsor zu verstehen ist. Für eine vom V angestrebte erweiterte Auslegung des § 17 Abs. 6 ORF-G entgegen der Gesetzessystematik auch auf Fälle der Produktplatzierung erkennt der Verwaltungsgerichtshof weder eine nach dem nationalen Recht noch nach dem Unionsrecht gebotene Notwendigkeit, wird durch § 16 Abs. 5 Z 1 ORF-G die Einflussnahme des Auftraggebers einer Produktplatzierung doch hinreichend eingeschränkt, insbesondere auch, um die Ziele der AVMD-RL, wie sie sich aus Art. 11 Abs. 3 Unterabs. 3 lit. a und ErnG 93 ergeben, zu erreichen.

Zu den geltend gemachten Verstößen gegen die Regelungen der Produktplatzierung des § 16 Abs. 5 ORF-G im Einzelnen

- 49 Angesichts der Qualifikation als Sendungen der leichten Unterhaltung, sind diese gemäß § 16 Abs. 1 und 3 ORF-G vom grundsätzlichen Verbot von Produktplatzierung ausgenommen. Sie müssen jedoch den näheren Anforderungen des § 16 Abs. 5 ORF-G entsprechen. Diese Anforderungen finden sich im Wesentlichen wortgleich in Art. 11 Abs. 3 AVMD-RL.
- 50 So dürfen ihr Inhalt oder ihr Programmplatz keinesfalls so beeinflusst werden, dass die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit des ORF beeinträchtigt wird (Z 1); sie dürfen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Waren oder Dienstleistungen auffordern, insbesondere nicht durch spezielle verkaufsfördernde Hinweise auf diese Waren oder Dienstleistungen (Z 2); sie dürfen das betreffende Produkt nicht zu stark herausstellen (Z 3) und sie müssen zu Sendungsbeginn und -ende, sowie bei Fortsetzung einer Sendung



im Falle einer Werbeunterbrechung eindeutig gekennzeichnet werden, um jede Irreführung des Konsumenten zu verhindern (Z 4).

Zu § 16 Abs. 5 Z 1 ORF-G

- 51 Obwohl der V in seinem Vorbringen § 16 Abs. 5 Z 1 ORF-G nicht ausdrücklich anspricht, sondern auf die allgemeinere Norm des § 14 Abs. 10 ORF-G bzw. auf § 17 Abs. 6 ORF-G Bezug nimmt, die gegenständlich - wie gezeigt - nicht anzuwenden sind, sieht er der Sache nach in den gegenständlichen Fällen eine unzulässige inhaltliche Beeinflussung auch im Sinne des § 16 Abs. 5 Z 1 ORF-G als gegeben an.
- 52 Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen ist aber nicht zu erkennen, dass die L den Inhalt der Sendungen und die Platzierung ihrer Produkte so beeinflusst hätte, dass die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit des ORF beeinträchtigt gewesen ist. Im zwischen dem ORF und der L abgeschlossenen Rahmenvertrag sicherte der ORF zwar die generelle mediale Unterstützung der L zu, wahrte aber seine redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit, indem er der L nur Vorschlagsrechte zugestand und sich die Letztentscheidung vorbehielt. Dass fallbezogen von diesen vertraglichen Regelungen abgewichen worden wäre, vermag der V nicht darzutun. Sein Argument, schon die Vorgabe der „Spielmechanik“ sei als unzulässige Einflussnahme zu werten, überzeugt nicht. Besteht die Platzierung einer von der L veranstalteten Ausspielung wie in den vorliegenden Fällen darin, einen Teil dieser Ausspielung (etwa die Ziehung der Gewinnzahlen beim Lotto und Joker, das Drehen des „Glücksrades“ in der „Brieflos-Show“ oder das Sammeln von Geldscheinen in der „Geldddusche“ bei „Money Maker“) zu übertragen, so ist allein aus dem Umstand, dass die L im Wege der Spielbedingungen den Ablauf des Spieles bzw. die Häufigkeit der Ziehungen und die Anzahl der ausgespielten Preise beeinflussen kann, noch keine Beeinträchtigung der redaktionellen Verantwortung und Unabhängigkeit des ORF abzuleiten.



Zu § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G

- 53 Im Revisionsverfahren ist auch strittig, ob die gegenständlichen Produktplatzierungen dem Gebot des § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G entsprochen haben. Die KommAustria und das BVwG haben diesen Verstoß in Bezug auf die Sendungen „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“, „Bingo“ und „Brieflos-Show“ bejaht, hinsichtlich der Sendung „Money Maker“ - wegen fehlerhafter Einordnung als „Werbung“ - hingegen nicht geprüft.
- 54 Der ORF macht in seiner Revision geltend, der bejahte Verstoß gegen § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G liege nur dann vor, wenn unmittelbar zum Kauf aufgefordert werde. Mit der Frage, inwiefern gegenständlich eine unmittelbare Kaufaufforderung vorgelegen sei, habe sich das BVwG nicht befasst. Seine Argumentation laufe allenfalls auf eine mittelbare Kaufaufforderung hinaus, reiche aber jedenfalls nicht aus, um den Verstoß gegen § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G annehmen zu können.
- 55 In seiner rechtlichen Argumentation geht der ORF, wie er in der mündlichen Verhandlung nochmals deutlich machte, von der Rechtsansicht aus, dass nur eine ausdrücklich ausgesprochene Aufforderung in der Sendung, Produkte der L zu kaufen, den Tatbestand des § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G erfüllt hätte. Dem ist zu erwidern, dass der in § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G enthaltene Zusatz, eine unmittelbare Kaufaufforderung liege insbesondere dann vor, wenn spezielle verkaufsfördernde Hinweise auf diese Waren oder Dienstleistungen erfolgen, gegen eine solche Sichtweise spricht. Eine gleichlautende Vorgabe findet sich auch in der deutschen Sprachfassung von Art. 11 Abs. 3 Unterabs. 3 lit. b AVMD-RL, und wird durch andere Sprachfassungen bestätigt (im englischen Text der Richtlinie heißt es: „They shall not directly encourage the purchase or rental of goods or services, in particular by making special promotional references to those goods or services“ und im Französischen: „ils n'incitent pas directement à l'achat ou à la location de biens ou de services, notamment en faisant des références promotionnelles spécifiques à ces produits ou services“).



- 56 Die „unmittelbare Kaufaufforderung“ erfordert also nicht unbedingt eine ausdrücklich ausgesprochene Aufforderung zum Erwerb des platzierten Produkts. Im Unterschied zu einem mittelbaren Kaufanreiz, der schon aus dem Einbau des einem Auftraggeber zuordenbaren Produkts in die Handlung einer Sendung resultieren kann, liegt eine unmittelbare Kaufaufforderung vielmehr auch dann vor, wenn das Produkt nicht bloß in der Sendung vorkommt, sondern auch noch speziell verkaufsfördernd präsentiert wird.
- 57 Während also die bloße Einbeziehung von Produkten, Dienstleistungen oder Marken oder die bloße Bezugnahme darauf keine unmittelbare Aufforderung zu Kauf, Miete bzw. Pacht im Sinne des § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G (Art. 11 Abs. 3 Unterabs. 3 lit. b AVMD-RL) darstellt, ist eine Einbeziehung und Bezugnahme dann unzulässig, wenn sie mit einer zusätzlichen Aufforderungs- oder Befürwortungsbotschaft verbunden wird (vgl. *Angelopoulos*, Produktplatzierung in europäischen audiovisuellen Produktionen, in *Produktplatzierung*, IRIS plus 2010-3, 16).
- 58 In der Literatur werden dazu - unter Hinweis auf die einschlägigen Richtlinien der britischen Regulierungsbehörde OFCOM - insbesondere direkte oder indirekte Ermunterungen zum Kauf, Werbeclaims, Preis- und Verfügbarkeitsinformationen, explizite oder implizite Hinweise auf positive Eigenschaften oder Vorzüge, mit dem Produkt verbundene Slogans und explizite oder implizite Befürwortungen angeführt (vgl. *Kogler*, *Unverständliche Prominenz?*, ZUM 2015, 371).
- 59 In den gegenständlichen Fällen wurden derartige verkaufsfördernde Präsentationen mit Aufforderungs- oder Befürwortungsbotschaft von der KommAustria und dem BVwG bejaht. Die KommAustria führte aus, sie sehe die Grenze der zulässigen Informationen zum Spielablauf durch den Moderator der Sendung im Sinne des § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G dort überschritten, wo Aussagen konkret auf die Gewinnmöglichkeiten durch die Teilnahme getätigt würden (etwa „Auch Sie haben jetzt die Chance Millionär zu werden ...“ bzw. „Ich drücken Ihnen jetzt die Daumen ...“). Besonders deutlich werde der direkte Kaufimpuls in der Moderation zur Sendung „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“, wenn der Moderator geäußert habe, er „hoffe, auch Sie haben heute



„Ja“ zum Joker gesagt - dann wünsche ich viel, viel Glück für die Ziehung.“ In der Sendung „Brieflos-Show“ habe der Moderator näher bezeichnete Angaben zum Erfordernis des Kaufes eines Briefloses als Teilnahmebedingung gegeben. Ebenso in der Sendung „Bingo“, wo der Moderator zum Spielmodus geäußert habe, die Zuseher müssten auf ihrem Bingo-Schein einfach alle gezogenen Zahlen ankreuzen. In allen Fällen seien jeweils Kaufanreize geboten worden. Diese Sichtweise wurde vom BVwG geteilt. Auch das Verwaltungsgericht entnahm den bereits zitierten Äußerungen des Moderators der Sendung „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“ eine Kaufaufforderung für die Produkte der L. Die Äußerungen seien keine neutralen Informationen über die Teilnahmebedingungen für das Spiel gewesen. Dies gelte in gleicher Weise für näher bezeichnete Moderationen in den Sendungen „Bingo“ und „Brieflos-Show“.

60 Dem hält die Revision des ORF nichts Stichhaltiges entgegen. Dem ORF ist zwar zuzugeben, dass sich die Äußerungen in der Moderation auf den ersten Blick auf die bereits laufenden Glücksspielrunden bezogen, an denen man nicht mehr teilnehmen hätte können. Sie waren aber so gehalten, dass das an derartigen Glücksspielen potentiell interessierte (durchschnittliche) Publikum darin auch eine Aufforderung zum Erwerb von Teilnahme Scheinen (Losen) für weitere Glücksspiele der L wegen der besonders attraktiven Gewinnchancen erblicken konnte.

61 In diesem Sinn liegt daher in der direkten Adressierung des Publikums durch den Moderator, der in der Sendung „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“ die Hoffnung äußerte, dass die Zusehenden „Ja“ zum Joker gesagt hätten, aber auch in den - in vermeintlich neutrale Erklärungen des Spielablaufes gekleideten - Hinweisen an das Publikum, es würde für die Teilnahme an den Glücksspielen einen Bingo-Schein bzw. ein Brieflos der L benötigen („Sie kreuzen auf Ihrem Bingo-Schein einfach bis zum Schluss alle gezogenen Zahlen an ... Wenn Sie Ihren Tipp mit den gezogenen Zahlen komplett ankreuzen konnten, haben Sie ‚Bingo‘ erreicht“ oder „Um hier einmal selber am Rad zu drehen, müssen Sie gezogen werden. Dazu brauche Sie wieder ein Brieflos ...“) eine Aufforderungsbotschaft im zuvor dargestellten Sinne, die als



unmittelbare und damit unzulässige Kaufaufforderung im Sinne des § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G angesehen werden muss.

62 Soweit sich die Revision des ORF daher gegen die festgestellten Verstöße in Bezug auf § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G wendet, ist ihr kein Erfolg beschieden.

Zu § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G

63 Die KommAustria und das BVwG verneinten in ihren Entscheidungen einen Verstoß gegen § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G in Bezug auf die Sendungen „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“, „Bingo“ und „Brieflos-Show“. Hinsichtlich der Sendung „Money Maker“ wurde ein solcher - wegen fehlerhafter Einordnung als Werbung - nicht geprüft.

64 Die Revision des V erachtet diese rechtliche Beurteilung als fehlerhaft. Die beanstandeten Sendungen stellten im Wesentlichen Übertragungen von Glücksspielen der L oder deren wesentlichen Komponenten (Ziehung der Lottozahlen, Ermitteln der Bingozahlen, Ermitteln der Gewinne von Briefloskandidaten, etc) dar. Offenbar darin erkennt die Revision des V einen Verstoß gegen das Verbot, das betreffende Produkt zu stark herauszustellen.

65 Beim Verbot des zu starken Herausstellens nach § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G handelt es sich nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut um eine von § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G getrennte und unabhängig zu prüfende Anforderung.

66 Zum Tatbestand des § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G führen die Gesetzesmaterialien (RV 611, BlgNR, 24. GP, S. 45) aus, „beim Kriterium der starken Herausstellung [könne] sich die Unzulässigkeit insbesondere aus dem wiederholten Auftreten der betreffenden Marken, Waren oder Dienstleistungen oder aus der Art und Weise ihrer Hervorhebung ergeben“ und es sei „auch der Inhalt der Programme zu berücksichtigen, in die sie eingefügt werden (z.B. Spielfilme, Informationsprogramme)“. Damit gab der Gesetzgeber beispielhaft zu verstehen, woran ein zu starkes Herausstellen gemessen werden kann. Der Umkehrschluss, es sei nur auf diese Kriterien abzustellen, kann daraus aber nicht gezogen werden.





- 67 In der Literatur (*Kogler*, *Unverständliche Prominenz?*, ZUM 2015, 367 ff) wurde näher dargelegt, dass das Verbot des zu starken Herausstellens des Produktes (englisch: „Undue Prominence“) unter starkem britischen Einfluss Eingang in das Unionsrecht gefunden hat. Nach den Leitlinien der britischen Regulierungsbehörde könne aus der Darstellung oder Erwähnung eines Produkts ohne redaktionelle Rechtfertigung oder der Art und Weise des in Erscheinung Tretens des Produkts oder der Bezugnahme darauf auf ein zu starkes Herausstellen desselben geschlossen werden. Rechtmäßige Produktplatzierung liege vor, wenn die Produktplatzierung innerhalb einer Sendung eingebettet sei, aber nicht, „wenn das platzierte Produkt zum Schwerpunkt des redaktionellen Inhalts wird“ (ähnlich *Angelopoulos*, Produktplatzierung in europäischen audiovisuellen Produktionen, in Produktplatzierung, IRIS plus 2010-3, 16, unter Hinweis auf den Kommissionsvorschlag, wonach eine unzulässige Hervorhebung etwa dann gegeben sei, wenn diese nicht durch redaktionelle Erfordernisse des Programms gerechtfertigt sei).
- 68 Das deutsche Bundesverwaltungsgericht vertrat unter Hinweis auf *Goldbeck*, in: *Pasche/Berlit/Meyer*, *Gesamtes Medienrecht*², 839, die Auffassung, eine zu starke Herausstellung des Produkts liege vor, wenn bei der Produktplatzierung die werblichen Belange nicht angemessen gegen die redaktionellen Belange ausgeglichen seien; wenn der Werbezweck das Sendungsgeschehen dominiere, d.h. der natürliche Handlungsablauf ihm gegenüber in den Hintergrund gerückt ist (BVerwG 23.7.2014, 6 C 31.13, Rn. 50).
- 69 *Kogler*, a.a.O., schlägt vor, als Gradmesser für eine unzulässige Hervorhebung des Produkts den Blickwinkel des durchschnittlich informierten und aufmerksamen Konsumenten einzunehmen. Empfinde dieser die visuelle oder verbale Darstellung im Kontext des Gebotenen als übertrieben, ungewöhnlich (groß, laut, häufig), ungewohnt oder unerwartet, sodass sie seine überdurchschnittliche Aufmerksamkeit erfahre, dann liege eine zu starke Herausstellung vor.
- 70 Der Verwaltungsgerichtshof hatte sich mit dem Tatbestand des § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G bereits in einem Fall auseinanderzusetzen, in dem Firmenlogos



einen großen Teil des Bildschirms im Rahmen einer Sendung des ORF einnahmen und diese Situation für etwa 20 % des maßgeblichen Sendungsteils bestand. Bei dieser Ausgangslage erhob er gegen die behördliche Sichtweise, darin habe ein zu starkes Herausstellen im Sinn des § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G gelegen, keinen Einwand (VwGH 28.2.2014, 2012/03/0019).

- 71 Im Revisionsfall verneinte das BVwG ein zu starkes Herausstellen des Produkts in der Sendung „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“, weil das bezughabende Logo zwar im Verlauf der Sendung wiederholt zu sehen gewesen, dies allerdings stets dramaturgisch und redaktionell zu rechtfertigen gewesen sei. Dass der Werbezweck das Sendungsgeschehen in der Sendung „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“ dergestalt dominiert hätte, dass - wie das deutsche Bundesverwaltungsgericht argumentiert habe - der natürliche Handlungsablauf der Sendung gegenüber dem Werbezweck in den Hintergrund gerückt worden sei, könne unter Bedachtnahme der Feststellungen zur Sendung nicht angenommen werden.
- 72 Dem vermag der Verwaltungsgerichtshof nicht zuzustimmen: Im gegenständlichen Fall wurde das Produkt der L, nämlich das Glückspiel „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“, nicht nur in die Unterhaltungssendung des ORF eingebaut, sondern das Handlungsgeschehen bestand in einer Live-Übertragung der Ziehung der Lotto- und Jokerzahlen und erschöpfte sich in diesem Vorgang. Die Sendung war außerdem mit den Marken „Lotto 6 aus 45“ und „Joker“ betitelt; die Logos kamen im Laufe der Sendung mehrfach vor, wobei - wie bereits in Rn. 43 erwähnt - der Dauer und Auffälligkeit der Einblendung der Logos angesichts des Umstandes, dass die Ausspielung der L einziger und zentraler Sendungsinhalt war, nur ergänzende, aber nicht tragende Bedeutung zukam.
- 73 Wenn das BVwG diese Sendungsgestaltung als dramaturgisch und redaktionell gerechtfertigt ansah und den natürlichen Handlungsablauf noch immer vorrangig gewahrt sah, zeigt sich, dass allein diese Kriterien nicht geeignet sind, das Verbot des zu starken Herausstellens eines Produkts in einem solchen Fall rechtlich richtig zu fassen. Das redaktionelle Erfordernis oder die dramaturgische Erforderlichkeit kann dann nicht als alleiniger Gradmesser für



die Zulässigkeit des Herausstellens eines Produktes herangezogen werden, wenn sich der Handlungsablauf - wie hier - dramaturgisch und redaktionell in einem Teil der Ausspielung erschöpfte; wenn das platzierte Produkt zum Schwerpunkt des redaktionellen Inhaltes wird (vgl. Rn. 67). Das Produkt der L wurde deshalb in der beanstandeten Sendung „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“ entgegen § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G zu stark herausgestellt.

74 In Bezug auf die Sendung „Brieflos-Show“ führte das BVwG aus, dass bei einer Sendungsdauer von mehr als 25 Minuten die Einblendung von Produkten im Gesamtausmaß von unter einer Minute kein wiederholtes Auftreten darstelle. Da im Sendungsverlauf keine überdimensionale Einblendung erfolgt sei, sei auch die Art und Weise der Hervorhebung nicht beanstanden.

75 Dem ist insoweit zuzustimmen, als zwar auch diese Sendung schon in ihrem Titel auf das Produkt der L hinwies und das mit dem Kauf eines Briefloses verbundene Glückspiel der L samt vereinzelter Darstellung des Logos in die Handlung eingebaut war, die Sendung aber zusätzliche Handlungselemente enthielt (Quizspiel; Musikeinlage), wodurch die Präsentation des Produkts der L - anders als im Falle der zuvor beurteilten Sendung „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“ - aufgewogen wurde und diese keinen dominierenden Charakter hatte. Wenn das BVwG daher insoweit einen Verstoß gegen § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G verneinte, ist das nicht als rechtswidrig zu erkennen.

76 In Bezug auf die Sendung „Bingo“ argumentierte das BVwG, die betreffende Marke werde zwar wiederholt eingeblendet, dies allerdings nicht in derart außergewöhnlicher Weise, dass es einem gemäß § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G verpönten zu starken Herausstellen des Produkts gleichkomme. Dass der natürliche Handlungsablauf der Sendung durch die Einblendungen in den Hintergrund gerückt worden sei, werde vom V nicht einmal behauptet.

77 Dem ist neuerlich zu erwidern, dass das BVwG bei seiner Beurteilung nur die Dauer und Intensität der Einblendungen des Logos „Bingo“ im Blick hatte. Zwar unterscheidet sich diese Sendung von der zuvor beurteilten Sendung „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“, dadurch, dass sich ihre Handlung gerade nicht in der Übertragung der Ziehung der Zahlen erschöpfte, sondern diese vielmehr in



die Handlung des für die Abwicklung einer Bingo-Ausspielung nicht erforderlichen Publikums-Quiz einbaute. Allerdings dominierte das Glücksspiel „Bingo“ und damit die Ausspielung der L - anders als bei der beurteilten Sendung „Brieflos-Show“ - die Sendung insbesondere in der visuellen Gestaltung völlig, wozu beispielsweise beitrug, dass sogar auf die Kleidung des gesamten Publikums das Logo des Spieles prominent aufgedruckt war. Auch in Bezug auf die beanstandete Sendung „Bingo“ erscheint dem Verwaltungsgerichtshof daher die rechtliche Beurteilung des BVwG, das einen Verstoß gegen § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G verneint hatte, bei Abwägung aller Umstände nicht rechtmäßig.

Zusammenfassung

- 78 Es war daher die der Revision des ORF gegen die Einordnung der Sendung „Money Maker“ als „Werbung“ und die damit einhergehenden festgestellten Verstöße gegen § 14 Abs. 1 Satz 1 ORF-G berechtigt. Das angefochtene Erkenntnis war insoweit gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben. Hinsichtlich der vom BVwG festgestellten Verstöße gegen § 16 Abs. 5 Z 2 ORF-G betreffend die Sendungen „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“, „Bingo“ und „Brieflos-Show“ war die Revision des ORF hingegen gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.
- 79 Die Revision des V war insoweit berechtigt, als sie die Abweisung seiner Beschwerde wegen behaupteter Verstöße gegen § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G betreffend die Sendungen „Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“ und „Bingo“ geltend machte und auch eine Einordnung der Sendung „Money Maker“ als eine solche mit Produktplatzierung behauptete. Insoweit war das angefochtene Erkenntnis gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.
- 80 Im fortgesetzten Verfahren wird das BVwG eine neue Beurteilung der beanstandeten Sendung „Money Maker“ am Maßstab des § 16 Abs. 5 Z 2 und 3 ORF-G vorzunehmen haben und die rechtsirrig verneinten Verstöße gegen § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G betreffend die Sendungen



„Lotto 6 aus 45 (mit Joker)“ und „Bingo“ in der gesetzlich vorgesehenen Form samt Veröffentlichungsverpflichtung festzustellen haben.

81 Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung. Die von den revisionswerbenden Parteien zu II. verzeichneten Mehrkosten finden darin keine Deckung.

W i e n , am 13. März 2024

