A-1014 Wien, Ballhausplatz 2
Tel. +43 (1) 531 15-4277

BUNDESKOMMUNIKATIONSSENAT

Fax +43 (1) 531 15-4285
e-mail: bks@bka.gv.at
www.bks.gv.at

GZ 611.009/0002-BKS/2012

B E S C H E I D

Der Bundeskommunikationssenat hat durch den Vorsitzenden Dr. Wolfgang PÖSCHL und die weiteren Mitglieder Dr. Dorit PRIMUS, Dr. Edwin GITSCHTHALER, Dr. Georg KARASEK und Dr. Magdalena PÖSCHL über die Berufung des Österreichischen Rundfunks (ORF) gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 25. Jänner 2012, KOA 11.260/11-018, wie folgt entschieden:

Spruch:

Die Berufung wird gemäß § 66 Abs 4 AVG iVm § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 in der Fassung BGBl. I Nr. 126/2011, als unbegründet abgewiesen.

Begründung:

1. Mit dem angefochtenen Bescheid vom 25. Jänner 2012 stellte die KommAustria gemäß §§ 35, 36 Abs. 1 Z 3 lit. a und 37 Abs. 1 ORF-G fest, dass der ORF durch die Bereitstellung folgender Online-Angebote die Bestimmung des § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G jedenfalls seit dem 21.07.2011 verletzt:

1. Was gibt es Neues?

   http://de-de.facebook.com/wasgibtesneues

2. Universum

   http://de-de.facebook.com/pages/Universum-ORF/37399319225

3. Ö3-Zeitreise

   http://www.facebook.com/events/175646575855578/

4. direkt – das magazin

   http://de-de.facebook.com/direkt.dasmagazin

5. Willkommen Österreich

   http://de-de.facebook.com/WillkommenOesterreich

6. Schlawiner

   http://de-de.facebook.com/Schlawiner.Serie

7. ORF Radio Wien

   http://www.facebook.com/pages/ORF-Radio-Wien/204215046257790?ref=ts

8. ORF Wien heute

   http://www.facebook.com/pages/ORF-Wien-heute/195243503843218

9. Ö3 Soundcheck

   http://de-de.facebook.com/oe3soundcheck

10. ORF Serien

    http://de-de.facebook.com/ORFSerien

11. ORF Lange Nacht der Museen

    http://www.facebook.com/ORFLangeNachtderMuseen

12. ORF Die Große Chance

    http://de-de.facebook.com/ORFDieGrosseChance

13. HELDEN VON MORGEN

    http://de-de.facebook.com/HELDENVONMORGEN

14. Wir sind Kaiser – Ein Fest für Österreich

    http://de-de.facebook.com/WirSindKaiser.EinFestFuerOesterreich

15. Österreich singt – ORF

    http://www.facebook.com/pages/%C3%96sterreich-singtORF/123511177719324

16. ORF RadioKulturhaus

    http://www.facebook.com/pages/ORFRadioKulturhaus/189082143376

17. ORF Shop

    http://www.facebook.com/pages/ORF-Shop/109001202452549

18. Nadine Beiler Goes Eurovision

http://de-de.facebook.com/NadineBeilerGoesEurovision

19. Die ARGE Talk-Show ORF Eins

    http://de-de.facebook.com/pages/Die-ArGe-Talkshow/187534804603086?v=info

20. 147 - Rat auf Draht

    http://de-de.facebook.com/147rataufdraht

21. ORF contra I der talk

    http://de-de.facebook.com/orfcontra

22. Zeit im Bild

    http://de-de.facebook.com/ZeitimBild

23. Heute in Österreich

    http://de-de.facebook.com/pages/Heute-in-%C3%96sterreich/134922593238616

24. Weltjournal

    http://de-de.facebook.com/pages/Weltjournal/325906704160

25. kultur.montag

    http://www.facebook.com/pages/kulturmontag/400364115907

26. ORF REPORT

    http://de-de.facebook.com/orf.report

27. konkret – das Servicemagazin

    http://de-de.facebook.com/orf2konkret

28. ORF Jahreszeit

    http://de-de.facebook.com/pages/ORF-Jahreszeit/197871770237406

29. ORF newton

    http://de-de.facebook.com/pages/ORF-newton/102443543156858

30. dokfilm

    http://de-de.facebook.com/pages/dokfilm/114879698565684

31. CLUB 2

    http://de-de.facebook.com/clubzwei

32. ORF BÜRGERFORUM

    http://de-de.facebook.com/orfbuergerforum

33. Schnell ermittelt

    http://de-de.facebook.com/pages/Schnell-ermittelt/67869003672

34. Die Lottosieger

    http://de-de.facebook.com/pages/Die-Lottosieger /174787565907235

35. Radio Vorarlberg - Da bin ich daheim

    http://de-de.facebook.com/pages/Radio-Vorarlberg-Da-bin-ichdaheim/-121919051194808?sk=notes

36. ORF Religionsmagazin ORIENTIERUNG

    http://www.facebook.com/Orientierung

37. Radio Niederösterreich

    http://www.facebook.com/radio.niederoesterreich

38. radio FM4

    http://de-de.facebook.com/radioFM4

39. Hitradio Ö3

    http://de-de.facebook.com/oe3, hinsichtlich der vom ORF bereitgestellten Inhalte bzw. von ORF-Administratoren vorgenommenen Änderungen von bereitgestellten Inhalten.

2. Ausgehend von § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G, der dem ORF die Bereitstellung von Online-Angeboten ua in Form der Kooperation mit sozialen Netzwerken untersagt, prüfte die KommAustria im angefochtenen Bescheid, ob die inkriminierten Angebote Online-Angebote sind; ob Facebook ein soziales Netzwerk ist; ob die inkriminierten Angebote dem ORF zuzurechnen und daher von ihm bereitgestellt sind, und schließlich, ob der ORF insoweit eine Kooperation mit einem sozialen Netzwerk unterhält.

2.1. Zum ersten Punkt führte die KommAustria aus, die inkriminierten Angebote richteten sich an die Allgemeinheit und wiesen publizistischen Charakter auf. Sie seien Online-Angebote i.S.d. § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G und ließen sich ihren Inhalten nach großteils den §§ 4e Abs. 1 und 4f Abs. 1 ORF-G subsumieren, die den Auftrag des ORF regeln, Online-Angebote bereitzustellen. Die inhaltliche, publizistische Dimension unterscheide Angebote gemäß § 4e Abs. 1 Z 1 ORF-G von Tätigkeiten gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G, sie seien insbesondere nicht als Vermarktung der Tätigkeiten des ORF anzusehen, die § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G zum Unternehmensgegenstand des ORF erklärt. Damit scheide § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G als Rechtsgrundlage für die inkriminierten Angebote aus; diese seien vielmehr dem Grunde nach allenfalls § 2 Abs. 1 Z 2 ORF-G zu subsumieren, der zum Unternehmensgegenstand des ORF auch die Bereitstellung von Online-Angeboten zählt, die mit der Rundfunkveranstaltung in Zusammenhang stehen. Die inkriminierten Angebote des ORF als Marketing-Aktivitäten zu qualifizieren, sei aber auch deshalb abzulehnen, weil der ORF sonst die in § 4e bzw. § 4f ORF-G für Online-Angebote statuierten zeitlich-inhaltlichen Beschränkungen umgehen könnte: Stünde es dem ORF frei, über § 4e bzw. § 4f ORF-G hinausgehende Inhalte unter dem Titel des „Marketing“ bereitzustellen, würden die gesetzlichen Festlegungen jegliche Bedeutung verlieren.

2.2. Der angefochtene Bescheid legte weiters dar, dass die unter www.facebook.com abrufbare Plattform ein klassisches soziales Netzwerk, einen Prototyp im Sinne des § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G, darstelle.

2.3. Im nächsten Schritt prüfte die KommAustria, ob die inkriminierten Angebote dem ORF zuzurechnen sind und damit von ihm i.S.d. § 3 Abs. 5 Z 2 und § 4f Abs. 2 ORF-G bereitgestellt werden. Ausschlaggebend für die Beurteilung der Zurechenbarkeit ist nach Ansicht der KommAustria, wer die Verfügungsgewalt über das jeweilige Angebot hat. Dabei schade es nicht, wenn das zur Verfügung gestellte publizistisch-redaktionelle Angebot durch Elemente angereichert werde, die andere Nutzer erstellen. Keinerlei Relevanz komme in diesem Zusammenhang auch dem Plattformbetreiber zu; er sei lediglich technischer Dienstleister bzw. Vertriebsweg für die vom ORF bereitgestellten Angebote. Online-Angebote, die Auftragsproduktionen des ORF betreffen, sind dem ORF nach Ansicht der KommAustria auch dann zuzurechnen, wenn kein expliziter Auftrag seitens des ORF vorliege. Typischerweise habe der ORF in diesen Fällen nämlich einen vertraglichen Einfluss. Diese Zurechnung gelte umso mehr, wenn neben den Auftragsproduzenten auch ein Mitarbeiter des ORF als Administrator eingetragen sei. Entscheidend sei hierbei, dass der Administrator seine Tätigkeit in seiner Eigenschaft als ORF-Mitarbeiter durchführe. Die Seite für Ö3 (siehe oben 1., Punkt 39.) sei zwar, wie die KommAustria weiter ausführte, ursprünglich von einem privaten Fan eingerichtet worden; mittlerweile seien ORF-Mitarbeitern aber Administratorenrechte eingeräumt worden. Insoweit sei daher auch dieses

Angebot dem ORF zuzurechnen. Zusammenfassend vertritt die KommAustria zur Zurechenbarkeit der inkriminierten Angebote den Standpunkt, dass dem ORF diejenigen Online-Angebote auf Facebook zuzurechnen seien, die von einem für den ORF handelnden Mitarbeiter oder Mitarbeiter eines Auftragsproduzenten für eine vom ORF beauftragte Produktion bereitgestellt werden. Gleiches gelte für Angebote, bei denen Administratoren des ORF nur Teile der Seite (und zwar in diesem Ausmaß) bereitstellen.

2.4. Als letztes Kriterium prüfte die KommAustria das Vorliegen einer Kooperation gemäß § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G, konkret inwieweit in Bezug auf die inkriminierten Angebote „*sonstige Kooperationen*“ des ORF mit sozialen Netzwerken bestehen. Die Behörde hält dazu fest, dass sowohl für die Nutzung des Facebook-Angebots als auch für die Erstellung von Facebook-Seiten Nutzungsvereinbarungen abgeschlossen werden müssen. Durch die Annahme der Nutzungsbedingungen sowie die Zustimmung zu den Richtlinien für Facebook-Seiten kämen Vereinbarungen zwischen dem ORF (bzw. seinen Vertretern) und Facebook zustande. Damit sei von einer Kooperation, und zwar im engst möglichen Wortsinn, auszugehen. Indem der ORF Online-Angebote in Form von „Seiten“ auf Facebook bereitstelle, gehe er folglich jedenfalls eine „sonstige Kooperation“ im rechtlichen Sinn gemäß § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G ein. Zudem ergebe sich eine wirtschaftliche Kooperation, weil durch die Bereitstellung der Angebote des ORF zum einen auf Facebook erhöhter „Traffic“ generiert werde. Zum anderen stelle der Nutzer seine persönlichen Daten zur Verfügung und ermögliche Vertragspartnern von Facebook, gezielt Werbung zu gestalten. Der Bereitstellung der inkriminierten Angebote durch den ORF liege damit rechtlich und wirtschaftlich eine Kooperation des ORF mit dem Plattformbetreiber im Sinne des § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G zugrunde.

2.5. Abschließend legte der Bescheid dar, dass die inkriminierten Angebote auch nicht von der in § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G normierten Ausnahme erfasst seien, wonach der ORF einen Bezug bzw. eine Verlinkung zu sozialen Netzwerken herstellen dürfe, wenn ein Zusammenhang mit der eigenen tagesaktuellen Online-Überblicksberichterstattung besteht. Diese Voraussetzung sei im vorliegenden Fall nicht erfüllt, da die inkriminierten Angebote eigenständig und unter ORF-Marken bereitgestellt worden seien. Angebote gemäß § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G dürften, wie der angefochtene Bescheid schließlich ausführt, nach § 18 Abs. 3 ORF-G auch nicht auf kommerzieller Basis erbracht werden. Eine Bereitstellung der inkriminierten Angebote sei folglich sowohl auf öffentlich-rechtlicher als auch auf kommerzieller Basis ausgeschlossen.

3. Gegen diesen Bescheid richtet sich die fristgerecht eingebrachte Berufung des ORF vom 16. Februar 2012, die den Bescheid in seinem ganzen Umfang, insbesondere wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts und wesentlicher Verfahrens- bzw. Feststellungsmängel bekämpft.

3.1. Der ORF macht zunächst geltend, dass die KommAustria das Verfahren nicht gänzlich erledigt und insoweit gegen § 59 AVG iVm § 37 Abs. 1 ORF-G verstoßen habe. So habe die Behörde im Hinblick auf 62 Facebook-Seiten ein Verfahren eingeleitet und hinsichtlich 39 Seiten eine Verletzung festgestellt. Bei den übrigen 23 Seiten habe es die KommAustria rechtswidrig unterlassen, im Spruch ihres Bescheides in rechtskraftfähiger Weise eine „Nicht-Verletzung“ festzustellen. Nur eine solche Feststellung hätte gewährleistet, dass nicht erneut ein Verfahren betreffend diese Seiten eingeleitet werde.

3.2. Der ORF bestreitet überdies das Vorliegen einer Kooperation mit sozialen Netzwerken und wendet sich gegen eine weite Auslegung der Verbotsliste des § 4f Abs. 2 ORF-G. Insbesondere das Verbot „sonstiger Kooperationen“ in § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G untersage dem ORF nur Tätigkeiten, die mit der Rundfunkveranstaltung in keinem Zusammenhang stehen. Das Fehlen eines solchen Zusammenhanges habe die erstinstanzliche Behörde bei den 39 inkriminierten Seiten jedoch nicht festgestellt. Sie „ignoriere“ zudem, dass die §§ 4e und 4f ORF-G nicht bloß als (wettbewerbsregulierende) Einschränkungen zugunsten privater Anbieter zu verstehen, sondern vor allem als „Auftrag“ zu begreifen seien. Vor dem Hintergrund des öffentlich-rechtlichen Auftrages sei es „völlig systemwidrig“ anzunehmen, der Gesetzgeber habe dem kommerziellen Sektor bestimmte (nämlich die durch Facebook erreichbaren) Zielgruppen vorbehalten wollen. Unter Berücksichtigung des äußerst möglichen Wortsinns von „Kooperation“ sei die Einrichtung von Facebook-Seiten „bestenfalls zum positiven Nutzen“ sowohl für Facebook als auch für den ORF. Bei der Nutzung von Facebook liege weiters keine gleichrangige Unternehmensbeziehung, sondern eine Unternehmens-Kundenbeziehung vor. Es entspreche nicht dem Gesetz, jede Vereinbarung bereits als Kooperation anzusehen. Auch die Stellungnahme des Public-Value-Beirates gehe ausdrücklich davon aus, dass die bloße Annahme einer Nutzungsvereinbarung keine Kooperation im Sinne des § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G begründe. Eine weite Auslegung des Begriffs „Kooperation“ verbiete sich auch aus verfassungsrechtlichen Gründen: Hätte der Gesetzgeber dem ORF die Nutzung sozialer Netzwerke verbieten wollen, hätte er dies konkret anordnen müssen. Dazu legt der ORF ein Rechtsgutachten vom 15. Februar 2012 vor. Nach richtiger Auffassung, so der ORF weiter, solle das Verbot sonstiger Kooperationen primär verhindern, dass das Verbot der Bereitstellung eigener sozialer Netzwerke umgangen wird. Selbst wenn im vorliegenden Fall aber derartige Kooperationen bestünden, habe die KommAustria weder geprüft noch begründet, ob bestimmte Seiten unter die Ausnahme des § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G fallen und daher erlaubt seien. Diesbezüglich bemängelt der ORF die Sachverhaltsfeststellungen der erstinstanzlichen Behörde und macht geltend, dass die „Durchführung einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich erscheint“, da der genaue Umfang der maßgeblichen Inhalte nur durch Befragen der Administratoren eruiert werden könne.

3.3. Die Berufung wendet sich weiters gegen die von der KommAustria vorgenommene Zurechnung von Facebook-Seiten zum ORF. Dabei rügt der ORF zunächst, dass die KommAustria im erstinstanzlichen Bescheid eine andere Rechtsansicht vertrete als im Rahmen der Verfahrenseinleitung; dies ohne dem ORF Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt zu haben. Zudem habe die Behörde „nicht näher geprüft", unter welchen Voraussetzungen eine natürliche Person für den ORF und nicht nur für sich selbst handle. „Vollkommen verfehlt" sei die Zurechnung von Facebook-Seiten unter dem Stichwort „Auftragsproduktion". In diesem Zusammenhang verweist der ORF neuerlich auf das erwähnte Gutachten. Weiters bringt die Berufung vor, die Behörde sei „fälschlich" davon ausgegangen, dass Mitarbeiter des ORF für diesen Nutzungsbedingungen abgeschlossen hätten. Die Nutzungsbedingungen würden nämlich für die Erstellung persönlicher Profile zwischen einem Nutzer als natürliche Person und Facebook abgeschlossen. Die Behörde gehe davon aus, dass die Personen im Zeitpunkt des Abschlusses der Bedingungen bereits ORF-Mitarbeiter gewesen seien. Hier wäre aber etwa zu ermitteln gewesen, ob die genannten Personen zum Zeitpunkt der Einrichtung der Seite oder ihres Profils bereits Mitarbeiter gewesen bzw. erst später als Administratoren hinzugefügt worden seien. Der ORF rügt weiters, dass die Zurechnung von Facebook-Seiten betreffend Auftragsproduktionen teilweise aktenwidrig sei bzw. dass ihr kein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren zugrunde liege. Insbesondere hätte die Behörde nach dem Berufungsvorbringen ermitteln müssen, welche konkreten Inhalte der inkriminierten Seiten dem ORF speziell auch betreffend Z 39 des Spruchs (Hitradio Ö3) zuzurechnen seien. Auch insoweit erscheint dem ORF die „Durchführung einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich", da der genaue Umfang der bereitgestellten Inhalte nur durch Befragen der Administratoren eruiert werden könne.

3.4. Schließich bestreitet der ORF, dass in den 39 inkriminierten Fällen Online-Angebote vorliegen. Er bringt dazu zunächst vor, dass dem Bescheid keine Feststellungen zum Vorliegen publizistischer Inhalte zu entnehmen seien. Der von der Behörde als entscheidungsrelevant erachtete Inhalt der 39 Facebook-Seiten werde vielmehr „lediglich in jeweils einer oder zwei Zeile(n)" festgestellt. Der Bescheid verstoße insoweit gegen § 60 AVG, wonach in der Begründung die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens anzuführen seien. Zudem bringt der Berufungswerber vor, dass sich der Inhalt und die Abrufbarkeit der 39 Seiten seit Einleitung des Verfahrens „in den meisten Fällen" verändert hätten. So seien zB zum Zeitpunkt der Berufungserhebung einige Seiten nicht online. Auch in dieser Hinsicht hält der ORF die Durchführung einer mündlichen Verhandlung für „unvermeidlich". Die Berufung macht weiters geltend, dass es sich bei „Auftritten" auf Facebook nicht um klassische Online-Angebote im Sinne von publizistischen, an die allgemeine Öffentlichkeit

gerichteten Angeboten handle; Facebook werde vielmehr sowohl als Marketinginstrument als auch als Instrument der Individualkommunikation eingesetzt.

3.5. Gestützt auf dieses Vorbringen stellt der ORF den Antrag, der Bundeskommunikationssenat möge eine mündliche Verhandlung durchführen, den angefochtenen Bescheid aufheben und (damit) feststellen, dass durch die Bereitstellung von 39 Facebook-Seiten § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G nicht verletzt worden sei. In eventu wird zum einen beantragt, der Bundeskommunikationssenat möge den angefochtenen Bescheid beheben und die Angelegenheit an die KommAustria zurückverweisen, zum anderen, der Bundeskommunikationssenat möge eine mündliche Verhandlung durchführen und den angefochtenen Bescheid hinsichtlich jener Facebook-Seiten bzw. Zeiträume aufheben, für die bzw. bei denen keine Zurechnung zum ORF und/oder kein Charakter eines Online-Angebots und/oder kein Verstoß gegen § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G vorliege.

Die Berufung ist nicht berechtigt:

4. Zu den gesetzlichen Grundlagen:

4.1. Das ORF-G determiniert die Aktivitäten des ORF im Online-Bereich in folgender Weise: Gemäß § 2 Abs. 1 Z 2 ORF-G umfasst der Unternehmensgegenstand (ua.) die Bereitstellung von Online-Angeboten, die mit der Veranstaltung von Rundfunk in Zusammenhang stehen. Nach § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G zählt die Bereitstellung von mit Rundfunkprogrammen nach § 3 Abs. 1 und 8 ORF-G im Zusammenhang stehenden Online-Angeboten gemäß § 4e und § 4f ORF-G zum öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag. § 4e ORF-G determiniert sodann den besonderen Auftrag des ORF für ein Online-Angebot. Er verpflichtet den ORF, „*zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags (§ 4) auch ein Online-Angebot bereitzustellen, das insbesondere sendungsbegleitende und in direktem Zusammenhang mit seinen Rundfunkprogrammen stehende Inhalte zu umfassen hat*“. § 4f ORF-G normiert in Abs. 1 die Bedingungen für die Bereitstellung weiterer Online-Angebote durch den ORF, die „*einen wirksamen Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags*“ leisten. Die Ausschlussliste in § 4f Abs. 2 ORF-G zählt zudem näher spezifizierte „*Inhalte*“ auf, die der ORF im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags keinesfalls bereitstellen darf. Korrespondierend dazu ordnet § 18 Abs. 3 ORF-G an, dass die „*in § 4f Abs. 2 Z 1 bis 7, 9, 11, 13, 14, 16, 20, 21 und 23 bis 28 genannten Angebote*“ auch „*im Rahmen der kommerziellen Tätigkeiten nicht bereitgestellt werden [dürfen]*“ (Hervorhebungen nicht im Original).

4.2. Die Ausschlussliste des § 4f Abs. 2 ORF-G gilt expressis verbis nur für Online-Angebote, die der ORF im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrages bereitstellt. Dennoch sind die meisten der aufgezählten Angebote auch für kommerzielle Aktivitäten durch Tochtergesellschaften ausgeschlossen, da sie nicht von dem in § 2 Abs. 1 ORF-G umschriebenen Unternehmensgegenstand erfasst sind. § 18 Abs. 3 ORF-G verbietet

ergänzend die Erbringung weiterer Angebote als kommerzielle Aktivität und schränkt somit den Unternehmensgegenstand des ORF weiter ein (*Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze³ [2011] 93).

4.3. § 4f Abs. 2 ORF-G lautet auszugsweise (Hervorhebungen nicht im Original):

„*(2) Folgende Online-Angebote dürfen nicht im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags bereitgestellt werden: […]*

23. Foren, Chats und sonstige Angebote zur Veröffentlichung von Inhalten durch Nutzer; zulässig sind jedoch redaktionell begleitete, nicht-ständige Angebote zur Übermittlung oder Veröffentlichung von Inhalten durch Nutzer in inhaltlichem Zusammenhang mit österreichweit gesendeten Fernseh- oder Hörfunkprogrammen. Voraussetzung für die Veröffentlichung von Nutzerinhalten in solchen Angeboten sind die Registrierung des Nutzers unter Angabe von Vor- und Nachname und der Wohnadresse. Die Registrierung ist nur zulässig, wenn der Nutzer ohne Zwang und in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten ausdrücklich eingewilligt hat. Der Österreichische Rundfunk hat Nutzer bei begründetem Verdacht auf unrichtige Registrierungsangaben zum Nachweis der Richtigkeit der Angaben binnen angemessener Frist bei sonstiger Löschung des Registrierungsprofils aufzufordern und Nutzer mit offenkundig unrichtigen Angaben von vornherein von der Registrierung auszuschließen. Die bei der Registrierung übermittelten Daten dürfen zu keinem über die Registrierung hinausgehenden Zweck verwendet werden. Auf Verlangen des Nutzers sind sämtliche Daten, einschließlich des Registrierungsprofils, zu löschen; […]

25. soziale Netzwerke sowie Verlinkungen zu und sonstige Kooperationen mit diesen, ausgenommen im Zusammenhang mit der eigenen tagesaktuellen Online-Überblicksberichterstattung“; […].

4.4. Nach den Gesetzesmaterialien (RV 611 BlgNR, 24. GP, 35) grenzt die Negativliste des Abs. 2 leg.cit. die unter § 4f ORF-G zulässigerweise zu erbringenden öffentlich-rechtlichen Angebote ein. Die ausgeschlossenen Angebote dienen nach Ansicht des Gesetzgebers nicht der Erfüllung von demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft, wie sie im öffentlich-rechtlichen Kernauftrag abgebildet sind. Der Gesetzgeber hat insoweit gleichsam eine negative Auftragsvorprüfung vorweggenommen. Konkret zu den zitierten

ausgeschlossenen Angeboten in Z 23 und 25 halten die Erläuterungen (AA 126 BlgNR, 24. GP, 4) fest:

„*Für Online-Medien verlegerischer Herkunft, und hier insbesondere für die ‚Online-Ausgaben' in Österreich verbreiteter Tageszeitungen, spielen Posting-Foren eine maßgebliche Rolle für die Finanzierung des Online-Angebotes, da der auf den von ihnen bereitgestellten Seiten generierte Traffic – und somit die kommerzielle Nutzbarkeit durch Verkauf von Werbegelegenheiten – durch das Angebot von Posting-Foren nachhaltig beeinflusst wird. […] Die Einschränkung betreffend soziale Netzwerke soll ausschließen, dass der ORF eigene ‚Social Networks' gründet, mit solchen kooperiert oder zu solchen verlinkt, soweit eine Verlinkung nicht im Zusammenhang mit der tagesaktuellen Überblicksberichterstattung erforderlich ist. Erforderlich ist eine solche Verlinkung zum Beispiel, wenn im Rahmen der tagesaktuellen Überblicksberichterstattung ein Bericht inhaltlich einen Bezug zu einem Social Network hat (vgl. auch Z 24) und dabei auf in einem Social Network veröffentlichte Information Bezug genommen wird (z.B. Bericht über Vorfälle in einem Social Network).*"

5. <u>Zum Vorbringen der fehlenden gänzlichen Erledigung der Angelegenheit:</u>

5.1. Mit dem unter 3.1. wiedergegebenen Vorbringen, die KommAustria habe die Angelegenheit nicht vollständig erledigt, vermag der ORF keine Rechtswidrigkeit des erstinstanzlichen Bescheides aufzuzeigen. Da hier kein Teilbescheid vorliegt, geht der Bundeskommunikationssenat davon aus, dass die KommAustria hinsichtlich der 23 Facebook-Seiten, die sie ursprünglich ebenfalls als rechtlich problematisch eingestuft, für die sie dann aber doch keine Verletzung festgestellt hat, das Verfahren eingestellt hat. Die Einstellung von Verwaltungsverfahren ist im AVG nicht ausdrücklich vorgesehen, wird aber allgemein als zulässig erachtet. Insbesondere kommt die Einstellung ohne Erlassung eines Bescheides in Betracht, wenn keine Partei einen Anspruch auf Bescheiderlassung hat. Dies betrifft etwa Verfahren, die – wie das gegenständliche – amtswegig eingeleitet wurden, wenn keine Partei durch Anträge einen Erledigungsanspruch erlangt hat bzw. wenn keine Partei einen entsprechenden Antrag gestellt hat. Für die Einstellung von Verwaltungsverfahren ist keine besondere – nach außen in Erscheinung tretende – Form vorgesehen, die Beurkundung durch Aktenvermerk reicht aus (vgl. zu diesem Themenkreis zB *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrensrecht[5] [2009] 245). Ein unerledigter, die 23 Seiten betreffender Antrag liegt hier nicht vor; auch der ORF behauptet nicht, einen solchen Antrag gestellt zu haben. Der Bundeskommunikationssenat kann auch sonst im Lichte des aus den Vorakten ersichtlichen Verfahrens nicht erkennen, dass die KommAustria

verpflichtet gewesen wäre, die „*Nicht-Verletzung*“ bescheidmäßig festzustellen. Vielmehr hat die KommAustria mit der verfahrensgegenständlichen Entscheidung zum Ausdruck gebracht, dass sie von den ursprünglich 62 Seiten „nur“ 39 Seiten für gesetzwidrig erachtet. Hierbei war auch zu berücksichtigen, dass am Verfahren neben dem ORF keine weiteren Parteien beteiligt waren bzw. sind, denen ein „Erledigungsanspruch“ eingeräumt wäre. Selbst wenn man aber annehmen wollte, dass ein Anspruch auf bescheidmäßige Absprache über die Gesetzeskonformität der 23 Seiten besteht, könnte die KommAustria diesbezüglich, wenn überhaupt, nur säumig sein, was nicht mit Berufung zu bekämpfen wäre. Dem Bundeskommunikationssenat ist aber nicht ersichtlich, wie dies die Feststellungen über den Sachverhalt oder die rechtliche Beurteilung der weiteren (mit den 23 Seiten nicht in untrennbarem Zusammenhang stehenden) 39 Seiten mit Rechtswidrigkeit belasten könnte. Das diesbezügliche Berufungsvorbringen erweist sich daher als unbegründet.

5.2. Hinzu tritt, dass der Bundeskommunikationssenat sich bei der Prüfung des angefochtenen Bescheides an den Rahmen zu halten hat, der durch die Berufungsanträge gesetzt wurde (vgl. zB VwGH 22.04.2010, Zl. 2009/07/0048), da er sonst seine funktionelle Zuständigkeit überschreiten würde (vgl. zB VwGH 19.02.2003, Zl. 99/08/0146). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist „*Sache*“ im Sinne des § 66 Abs. 4 AVG die Angelegenheit, die den <u>Inhalt des Spruches des Bescheides</u> der Unterbehörde gebildet hat, <u>soweit der darüber ergangene Bescheid angefochten wurde</u> (im Fall einer eingeschränkten Berufung der von der Berufung erfasste Teil des Bescheids, wenn dieser vom übrigen Bescheidinhalt trennbar ist; vgl. zB VwGH 23.10.2008, Zl. 2005/03/0203; VwGH 16.11.2005, Zl. 2004/08/0025). Der Spruch des hier angefochtenen Bescheides listet 39 (durch Links) genau bezeichnete Facebook-Seiten auf. Zudem lässt die vorliegende Berufung des ORF keinen Zweifel daran, dass sie gegen die „Bewertung“ der 39 „Seiten“ gerichtet ist und insofern den erstinstanzlichen Ausspruch bekämpft. Daher ist der Bundeskommunikationssenat in diesem Verfahren auf die Prüfung der angesprochenen 39 Seiten (siehe im Detail oben 1.) beschränkt.

6. <u>Zum Vorbringen der fehlenden Kooperation mit sozialen Netzwerken:</u>

6.1. Mit dem oben unter 3.2. wiedergegebenen Vorbringen wendet sich der ORF gegen die Auslegung der Z 25 der Ausschlussliste (§ 4f Abs. 2 ORF-G) durch die erstinstanzliche Behörde, konkret gegen die Einordnung der Tätigkeiten des ORF auf dem sozialen Netzwerk Facebook als „*sonstige Kooperationen*“.

6.2. Nach Auffassung des ORF erstreckt sich das Verbot „*sonstiger Kooperationen*“ von vornherein nur auf Tätigkeiten, die mit der Rundfunkveranstaltung in keinem Zusammenhang stehen, was gegenständlich aber nicht der Fall sei.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden: Abgesehen davon, dass nichts im Wortlaut der Z 25 auf eine derartige Einschränkung hinweist, sprechen gegen die Deutung des ORF auch

systematische Gründe: Käme es allein auf den Zusammenhang mit der Rundfunkveranstaltung an, bedürfte es nämlich der Anordnung in § 18 Abs. 3 ORF-G nicht, da Aktivitäten des ORF ohne Zusammenhang mit der Veranstaltung von Rundfunk ohnedies nicht vom Unternehmensgegenstand gemäß § 2 Abs. 1 ORF-G erfasst sind. Ein gesonderter Ausschluss des in § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G genannten Angebots auch von den kommerziellen Tätigkeiten des ORF wäre vor diesem Hintergrund nicht erforderlich. Schon weil dem Gesetzgeber nicht ohne Not unterstellt werden darf, er habe Überflüssiges angeordnet, kann nicht angenommen werden, dass die Z 25 leg. cit. bloß Aktivitäten des ORF untersagt, die in keinem Zusammenhang mit der Veranstaltung von Rundfunk stehen. Vielmehr soll die Bereitstellung der in § 18 Abs. 3 ORF-G aufgelisteten Angebote des § 4f Abs. 2 ORF-G dem ORF – selbst im Falle des Bestehens eines Zusammenhangs zur Rundfunkveranstaltung – jedenfalls versagt bleiben.

6.3. § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G untersagt dem ORF die Bereitstellung folgender Online-Angebote im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrages (dass gegenständlich kommerzielle Aktivitäten des ORF vorliegen bzw. behauptet werden, ist der Aktenlage nicht zu entnehmen): „*soziale Netzwerke sowie Verlinkungen zu und sonstige Kooperationen mit diesen, ausgenommen im Zusammenhang mit der eigenen tagesaktuellen Online-Überblicksberichterstattung*“.

Die Bestimmung umfasst zunächst – ihrem insofern eindeutigen Wortlaut zufolge – die Bereitstellung sozialer Netzwerke an sich, dh die Einrichtung eines eigenen sozialen Netzwerks durch den ORF selbst. Dieser Tatbestand ist im vorliegenden Fall zweifellos nicht erfüllt.

Weiters verbietet die Regelung Verlinkungen zu sozialen Netzwerken. Auch dieser Fall liegt hier nicht vor. Somit bleibt die Frage, welche Bedeutung der Wortfolge „*sonstige Kooperationen mit diesen*“ zukommt. Hierbei ergibt sich schon in grammatikalisch-systematischer Hinsicht, dass die drei Elemente des Satzes (soziale Netzwerke, Verlinkungen, sonstige Kooperationen) in zwei Gruppen zu fassen sind (arg. „sowie“ bzw. „und“). Während die Bereitstellung sozialer Netzwerke den einen Fall darstellt, bilden Verlinkungen <u>und</u> sonstige Kooperationen im Zusammenhang mit sozialen Netzwerken den zweiten „Verbotstatbestand“. Für diese Betrachtung spricht zum einen, dass für die Satzkonstruktion nicht die Form der Aufzählung gewählt wurde (zB mittels Setzung eines Beistrichs anstelle des Wortes „sowie“), zum zweiten die Verwendung des Ausdrucks „sonstigen“.

Die zusammenfassende Aufzählung von Verlinkungen und **<u>sonstigen</u>** Kooperationen lässt nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates keine andere Auslegung zu, als dass auch Verlinkungen als eine Form der vom Gesetz verbotenen Kooperationen anzusehen sind. Wenn aber der Gesetzgeber schon eine bloße Verlinkung als die geringst mögliche

(technische) Form der Herstellung einer Verbindung vom Online-Angebot des ORF zu sozialen Netzwerken untersagt, muss dies umso mehr für die verfahrensgegenständlichen 39 Fälle der Herstellung eines intensiven inhaltlichen und technischen Zusammenhangs gelten. Die vom ORF vertretene, den Bedeutungsgehalt des Begriffs „Kooperation“ reduzierende Auslegung lässt daher den Kontext und insbesondere das für die Auslegung der Bestimmung ganz zentrale Wort „sonstige“ außer Acht. Hätte der Gesetzgeber dem Wort „Kooperation“ – wie der ORF ausführlichst darzulegen versucht – einen engeren Begriffsinhalt zugrunde legen wollen, so hätte es genügt, von „Verlinkungen und Kooperationen“ zu sprechen. Eben diesen Wortlaut hat der Gesetzgeber aber nicht gewählt. Stellen somit nach dem Willen des Gesetzgebers bereits (bloße) Verlinkungen zu einem sozialen Netzwerk eine Art der Kooperation dar, so muss dies umso mehr für die Erstellung von Seiten auf oder in einem sozialen Netzwerk gelten. Hinzu tritt lediglich ergänzend, dass dazu der Abschluss von Nutzungsvereinbarungen mit dem Anbieter des sozialen Netzwerkes unbedingte Voraussetzung ist. Der Bundeskommunikationssenat kann im Übrigen auch nicht erkennen, woraus der ORF eine verpflichtende Anhörung bzw. Berücksichtigung von Stellungnahmen des Public-Value-Beirates ableitet. Dass eine solche Anhörung nicht stattgefunden hat, ist daher auch kein Verfahrensfehler, der eine Rechtswidrigkeit des Bescheides begründet.

6.4. Der Bundeskommunikationssenat kann auch – anders als die Berufungswerberin dies vorbringt – nicht erkennen, dass verfassungsrechtliche Überlegungen im Lichte des Art. 10 EMRK eine andere Auslegung erzwingen: Für den Bundeskommunikationssenat steht angesichts des Wortlautes der Z 25 leg. cit. im Zusammenhalt mit den Gesetzesmaterialien (vgl. oben 4.4.) fest, dass die gesetzlichen Regelungen dazu dienen, die Aktivitäten des ORF in und mit sozialen Netzwerken zum Schutz der privaten Medienlandschaft einschließlich der Printmedien und deren Online-Auftritte zu beschränken und folglich nur Bezugnahmen auf soziale Netzwerke zuzulassen, die zur Vermittlung eines Nachrichtenwerts für die Überblicksberichterstattung des ORF von Relevanz sind. Eine das Wort „sonstige“ vernachlässigende (nach Ansicht des ORF aber nur dadurch „verfassungskonforme“) Interpretation würde daher die gesetzgeberischen Intentionen im Hinblick auf den Schutz privater Konkurrenten konterkarieren. Die Aktivitäten des ORF sollen demnach im eigenen – durch die Regelungen der §§ 4e bis 4f ORF-G determinierten – Angebot, nicht aber in sozialen Netzwerken unterschiedlichster Provenienz stattfinden.
Die vom ORF präferierte Auslegung verbietet sich aber nicht nur, weil sie den Intentionen des Gesetzgebers zuwiderläuft. Nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates begegnet das vom Gesetzgeber intendierte Verbot auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken; es ist vielmehr iSd Art 10 Abs. 2 EMRK notwendig zur Erreichung eines legitimen Zieles,

nämlich zum Schutz der „Rechte anderer“ (vgl. zB VfSlg. 16.911/2003 zu Beschränkungen des ORF bei Fernsehwerbung für periodische Druckwerke). In diesem Sinn hat auch der Verfassungsgerichtshof jüngst in Anbetracht des rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes bei der Regelung wettbewerbsintensiver Gebiete gesetzliche Einschränkungen des „Online-Auftritts“ des ORF als verhältnismäßig beurteilt (VfGH 28.11.2011, B 1232/11). Ebenso hat der Verfassungsgerichtshof die Ermöglichung von Pluralismus sowohl bei den Rundfunkmedien als auch bei den Printmedien grundsätzlich als legitimes Ziel erachtet, das etwa Beschränkungen des „*dominierenden*“ Marktteilnehmers ORF zugunsten von Mitbewerbern im Lichte des Art. 10 MRK rechtfertigt (VfSlg. 16.911/2003).

Nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates hat daher die KommAustria bei der Regelung des § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G zu Recht auch auf die offensichtlichen wettbewerblichen Aspekte der Bestimmung hingewiesen (vgl. zu § 4f Abs. 2 Z 23 ORF-G auch BKS 07.09.2011, GZ 611.993/0001-BKS/2011, und VfGH 28.11.2011, B 1232/11). Hierbei war insbesondere zu berücksichtigen, dass der Verfassungsgerichtshof im zitierten Beschluss die beschränkte Ausnahme zum Verbot von Foren gemäß Z 23 leg.cit. „*angesichts des rechtspolitischen Gestaltungsspielraums bei der Regelung eines wettbewerbsintensiven Bereichs wie jenes der Online-Aktivitäten von Rundfunkveranstaltern*“ als „*verfassungsrechtlich unbedenklich*“ eingestuft hat. Nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates lassen sich diese Überlegungen auf den vorliegenden Fall übertragen.

6.5. Soweit die Berufung geltend macht, dass die KommAustria weder geprüft noch begründet habe, ob bestimmte Seiten unter die Ausnahme des § 4f Abs. 2 Z 25 ORF-G („*Zusammenhang mit der eigenen tagesaktuellen Online-Überblicksberichterstattung*“) fallen, ist auf die Gesetzesmaterialien zu verweisen (vgl. oben 4.4.). Sie machen deutlich, dass die Ausnahmeregelung nur in Bezug auf das Tatbestandselement der „Verlinkungen“ zum Tragen kommt. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll bei den weiteren „Alternativen“ der Z 25 leg. cit. die Ausnahmeregelung nicht zur Anwendung kommen. Schon aus diesem Grund ist nicht zu beanstanden, dass die KommAustria auf eine vertiefende Prüfung in diesem Zusammenhang verzichtet hat. Einzuräumen ist freilich, dass die Systematik des Wortlauts der Bestimmung auch die Auslegung zulässt, dass die Ausnahme auch bei „sonstigen Kooperationen“ zur Anwendung kommt. Selbst wenn man diese Auslegung zugrundelegt, kann der Bundeskommunikationssenat aber nicht erkennen, dass die inkriminierten 39 Seiten „*im Zusammenhang mit der eigenen tagesaktuellen Online-Überblicksberichterstattung*“ des ORF stehen; das gilt insbesondere auch für das Angebot Nr. 22 – Zeit im Bild, das zahlreiche Informationen zu mehreren Tagen zurückliegenden Sendungen enthält. Auch der ORF selbst hat in seiner Berufung in keiner Weise näher dargelegt, welche seiner Angebote er selbst aus welchen Überlegungen als von der

Ausnahme erfasst erachtet. Der ORF legt insbesondere nicht dar, wo in den inkriminierten Seiten konkret dieser vom Gesetz näher beschriebene Zusammenhang hergestellt würde. Welche Inhalte tatsächlich mit der „tagesaktuellen Online-Überblicksberichterstattung“ in einen nicht bloß losen Zusammenhang gebracht werden könnten, erschließt sich daher für den Bundeskommunikationssenat nicht. Eine Ergänzung des Sachverhaltes konnte aus diesen Gründen ebenso unterbleiben wie die vom ORF als „unvermeidlich“ eingestufte Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

6.6. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die inkriminierten Angebote des ORF dem Verbotstatbestand des § 4f Abs. 2 ORF-G selbst dann unterfielen, wenn man der Argumentation des ORF folgen wollte, dass keine „*sonstige Kooperation*“ im Sinne der Z 25 vorliegt: Dann wären die inkriminierten Angebote nämlich immer noch der Z 23 leg. cit. zu subsumieren, die dem ORF Foren, Chats und sonstige Angebote zur Veröffentlichung von Inhalten durch Nutzer untersagt (siehe hierzu BKS 07.09.2011, GZ 611.993/0001-BKS/2011, und VfGH 28.11.2011, B 1232/11). Der Bundeskommunikationssenat hat in der zitierten Entscheidung bereits ausgesprochen, dass ein „Forum“ seit jeher einen realen (und mittlerweile auch bloß virtuellen) Platz zum Meinungs-, Gedanken- und Erfahrungsaustausch oder zur Diskussion über Fragen und deren Beantwortung bezeichnet. Diese Voraussetzungen erfüllt auch ein Kernelement der inkriminierten Angebote – die „Pinnwand“ –, die ausweislich der erstinstanzlichen Feststellungen (vgl. die Seiten 19 ff des angefochtenen Bescheides) Bestandteil aller 39 Angebote des ORF ist. Die „Pinnwand“ von Facebook-Seiten ermöglicht es – sofern nicht vom Seitenbetreiber deaktiviert – nicht nur dem Inhaber, sondern auch (registrierten) Besuchern der Seite „Kommentare“ zu „posten“ und insoweit direkt mit dem Seiteninhaber oder auch anderen Besuchern in Interaktion zu treten. Da es sich hierbei um ständig verfügbare Angebote handelt, scheidet eine Anwendung der Ausnahmeregelung („*zulässig sind […] nicht-ständige Angebote*“) von vorneherein aus. Wären die inkriminierten 39 Angebote daher nicht ohnedies schon nach Z 25 als unzulässig zu qualifizieren, dann wären sie jedenfalls nach Z 23 verboten. Sind dem ORF nämlich derartige ständige Foren auf seiner eigenen Online-Plattform untersagt, so gilt dies – zumal auch der Wortlaut nicht weiter differenziert – ebenso für dem ORF zuzurechnende (vgl. unten 7.) Online-Foren auf anderen Plattformen. Jede andere Auslegung würde das in Z 23 normierte Verbot ins Leere laufen lassen.

7. <u>Zum Vorbringen der ungerechtfertigten Zurechnung von Facebook-Seiten und/oder Inhalten zum ORF:</u>

7.1. Soweit der ORF hier zunächst rügt, dass die KommAustria „überraschenderweise“ ihre Rechtsansicht geändert hat, ohne dem ORF Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (siehe oben 3.3.), ist ihm entgegenzuhalten, dass Gegenstand des Parteiengehörs nur der von der Behörde ermittelte und als erwiesen angenommene Sachverhalt, nicht aber dessen

rechtliche Beurteilung ist (vgl. VwGH 23.05.2001, Zl. 99/06/0164). So ist die Behörde im Rahmen des Parteiengehörs nicht verpflichtet, einer Partei jene Schlussfolgerungen mitzuteilen, welche sie aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme ziehen werde (VwGH 13.04.2012, Zl. 2010/18/0087). Das „Überraschungsverbot“ erstreckt sich nur auf die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts (vgl. VwGH 22.12.2010, Zl. 2007/08/0182). Die erstinstanzliche Vorgehensweise ist daher insoweit nicht zu beanstanden. Im Übrigen ist auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach eine (allfällige) Verletzung des Parteiengehörs in erster Instanz durch die Zustellung des erstinstanzlichen Bescheides bzw. die Möglichkeit, im Berufungsverfahren alles vorbringen zu können, heilt, soweit der Begründung des erstinstanzlichen Bescheides das Ergebnis des Beweisverfahrens zu entnehmen ist (vgl. zB VwGH 20.12.2011, Zl. 2011/23/0187). Auch vor diesem Hintergrund geht das gegenständliche Vorbringen des ORF ins Leere.

7.2. Die KommAustria hat sich im erstinstanzlichen Bescheid mit dem Themenkreis der Zurechnung ausführlich auseinandergesetzt und diese im Hinblick auf sämtliche inkriminierte Angebote nachvollziehbar begründet. Die Berufung wendet sich ua. auch gegen die Zurechnung von Facebook-Seiten unter dem Titel der Auftragsproduktion, die allerdings nur die Angebote 1 bis 3 beträfe und somit nicht für die übrigen 36 Seiten ins Treffen geführt werden kann. Auch davon abgesehen, vermögen aber die vom ORF vorgetragenen Argumente nicht zu überzeugen: Es widerspricht der allgemeinen Lebenserfahrung im wettbewerbsintensiven Wirtschaftsleben der Medienunternehmen, dass gerade im stark umkämpften Markt der Onlineauftritte der Inhalteanbieter Dritte aus rein altruistischen Motiven die Bearbeitung der betreffenden Facebook-Seiten für den ORF übernehmen und die damit im Zusammenhang stehende aufwändige Aktualisierung und Betreuung für den ORF ohne dessen Wissen und Willen oder zumindest wohlwollende Duldung und Unterstützung besorgen. Dies ist insofern zu betonen, als aufgrund der Feststellungen der KommAustria über die Aufmachung der einzelnen Seiten davon auszugehen ist, dass Marken und Inhalte des ORF verwendet werden, deren Verwertung oder Verwendung zur Bewerbung und Vorankündigung von zukünftigen Angeboten ausschließlich dem ORF oder seinen Tochtergesellschaften vorbehalten ist. Die KommAustria hat daher zu Recht auch bei den drei verfahrensgegenständlichen Konstellationen eine Zurechnung zum ORF vorgenommen. Diese Annahme bestätigen auch die faktischen Vorgänge beim Angebot 39 (Ö3; vgl. oben 1.). Hierbei handelte es sich zunächst um die Initiative eines Privaten, die der ORF schließlich weiterführte. Hinzu tritt, dass nach den (insoweit unbestrittenen) Feststellungen der erstinstanzlichen Behörde in den Nutzungsbedingungen von Facebook ua. Folgendes festgelegt wird (siehe Seite 9 des erstinstanzlichen Bescheides): „*Seiten dürfen nur von offiziellen Vertretern erstellt und verwaltet werden.*“ Der Bundeskommunikationssenat kann auch nicht erkennen, dass durch die Zurechnung von

Seiten, die allesamt Aktionen oder Sendungen des ORF unmittelbar betreffen bzw. zum Inhalt haben, in die „*grundrechtliche Position der ORF-Mitarbeiter*“ oder der Mitarbeiter von Auftragsunternehmen eingegriffen wird. Dem ORF wird durch die Ausschlussliste in § 4f Abs. 2 ORF-G die Bereitstellung bestimmter Online-Angebote untersagt; dieses Verbot erstreckt sich auf die Mitarbeiter, soweit sie dabei für den ORF tätig werden; deren Stellung als Privatpersonen sowie deren Aktivitäten zB auf sozialen Netzwerken, die in keinem durch berufliche Verpflichtungen begründeten Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit stehen, sind davon keinesfalls berührt.

7.3. Wenn der ORF im Zusammenhang mit der Zurechnung weiters Feststellungs- und Verfahrensmängel behauptet und ihm insoweit die „Durchführung einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich erscheint“, ist ihm Folgendes entgegenzuhalten: Nach dem AVG hat eine Partei keinen Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Es steht grundsätzlich im Ermessen der Behörde, eine mündliche Verhandlung durchzuführen (siehe zB VwGH 28.04.2008, Zl. 2005/12/0268, zu § 39 Abs. 2 AVG). Die Behörde muss sich dabei von den Kriterien der Verfahrensökonomie leiten lassen (vgl. § 39 Abs. 2 letzter Satz AVG). Im vorliegenden Fall erachtet der Bundeskommunikationssenat die Durchführung einer mündlichen Verhandlung für nicht erforderlich. Hierbei war insbesondere zu berücksichtigen, dass es sich um ein Einparteienverfahren handelt und kein ergänzungsbedürftiger Sachverhalt vorlag. Zudem enthält die Berufung auch keine konkreten Beweisanträge im Zusammenhang mit der beantragten mündlichen Verhandlung und legt auch gar nicht dar, inwieweit die mündliche Verhandlung unvermeidlich wäre. So wird lediglich auf die Befragung von „Administratoren“ verwiesen, hierbei aber auf die Nominierung konkreter Personen verzichtet. Das von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs betonte Erfordernis für die Notwendigkeit der mündlichen Verhandlung ist daher nach Auffassung des Bundeskommunikationssenats schon deswegen nicht erfüllt, weil keine Rede davon sein kann, dass sich nur in Form von Rede und Gegenrede zwischen ORF und KommAustria der vermeintliche Mangel des bisher festgestellten Sachverhalts beheben lässt (vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG, § 66, Rz 12ff und die dortigen Judikaturhinweise). Für den Bundeskommunikationssenat ist daher nicht erkennbar, welcher sonst nicht erzielbare „Nutzen“ aus einer mündlichen Verhandlung gegenüber dem schriftlichen Einparteienverfahren gewonnen werden könnte. Es trifft zu, dass die Mitwirkungsverpflichtungen der Partei eines Verwaltungsverfahrens nicht den Grundsatz der Offizialmaxime substituieren können. Der ORF beschränkt sich aber darauf, unsubstantiiert eine mündliche Verhandlung als unvermeidlich zu bezeichnen, ohne darzulegen, was eine mündliche Verhandlung – statt des schriftlichen Verfahrens – zur Aufklärung beim angeblich mangelhaften Sachverhalt beitragen könnte.

7.4. Soweit die Berufung in umfangreichen Schilderungen zu belegen versucht, dass vertiefende Ermittlungen zur Errichtung der Seiten und zu den zuständigen Administratoren erforderlich gewesen wären, ist dem Bundeskommunikationssenat nicht ersichtlich, inwieweit der Zeitpunkt der Errichtung der Seiten oder allfällige personelle Wechsel im Administratorenbereich im Zeitraum der festgestellten Rechtsverletzungen Auswirkungen auf die Zurechnung der Angebote zum ORF haben könnten. Warum „Postings“ auf den inkriminierten Angeboten, welche vom Betreuer (und nicht von Besuchern) der Seite bereitgestellt werden, nicht dem ORF zuzurechnen wären, legt der ORF nicht näher dar; dies ist auch insofern zu betonen, als dabei primär Inhalte verbreitet werden, die sich unmittelbar auf Sendungen oder Aktivitäten des ORF beziehen, und dementsprechend auch nur dem ORF oder dessen Auftragsproduzenten zur Verfügung stehen (zB Sendungsvorschau in Form von Videos). Hinsichtlich des Angebotes Nr. 39 (Ö3) kann der Bundeskommunikationssenat schließlich auch nicht erkennen, dass die Formulierung im Spruch des erstinstanzlichen Bescheides („*hinsichtlich der vom ORF bereitgestellten Inhalte bzw. von ORF-Administratoren vorgenommenen Änderungen von bereitgestellten Inhalten*“) zu Zweifeln Anlass geben könnte, um welche Inhalte es sich hier handelt. Der eindeutige Wortsinn der Beifügungen stellt vielmehr klar, dass auf Inhalte, die vom ORF selbst – konkret durch seine Mitarbeiter bzw. die hierfür zuständigen Administratoren – bereitgestellt oder geändert wurden, abzustellen ist.

8. Zum Vorbringen des Nicht-Vorliegens eines Online-Angebots:

8.1. Letztlich vermag der ORF auch mit diesem Vorbringen (vgl. oben 3.4.) keine Rechtswidrigkeit des erstinstanzlichen Bescheides aufzuzeigen. Wie die KommAustria zutreffend ausgeführt hat, ergibt sich bereits aus der Formulierung des § 4f Abs. 2 erster Satz ORF-G, dass gegenständlich Online-Angebote vorliegen. Der publizistische Charakter der inkriminierten 39 Seiten ist für den Bundeskommunikationssenat evident. Um nichts anderes als die Teilnahme an der öffentlichen Meinungsbildung handelt es sich bei den dominierenden Inhalten einer Facebook-Seite, den „Postings“ des Seiteninhabers auf der „Pinnwand“: Sie bestehen aus an die Allgemeinheit gerichteten Kommentaren bzw. Informationen, die oftmals gerade darauf ausgerichtet sind (zB mittels provokanter Fragestellungen), kontroversielle Reaktionen zu erzeugen und Diskussionen einzuleiten. Das Vorbringen des ORF, die gegenständlichen Seiten seien nicht an die allgemeine Öffentlichkeit gerichtete Angebote, wobei auf den Einsatz von Facebook sowohl als Marketinginstrument als auch als Instrument der Individualkommunikation verwiesen wird, überzeugt insoweit nicht. Insbesondere kann schon angesichts der zum Teil erheblichen Nutzerzahlen der Angebote sowie der ebenfalls zahlreichen „Postings“ des Seiteninhabers, welche selbst ohne Registrierung bei Facebook zumindest gelesen werden können, nicht vertreten werden, dass die Angebote sich nicht an die allgemeine Öffentlichkeit wenden oder

– negativ formuliert – bloß der Individualkommunikation innerhalb eines geschlossenen Nutzerkreises dienen. Wie die KommAustria richtig dargelegt hat, zeigt gerade der Einsatz von Facebook im Marketingbereich, dass das Gegenteil der Fall ist. Zudem sind „Postings“ eines Nutzers auf der „Pinnwand“ öffentlich einsehbar. Auch wenn – wie die Berufung darlegt – im Zeitalter der Konvergenz die Grenzen zwischen Individual- und Massenkommunikation verschwimmen, handelt es sich bei den „Postings“ eines Nutzers, die an den Seiteninhaber gerichtet sind, und dessen Antwort keineswegs um Individualkommunikation. Dadurch, dass der Meinungsaustausch öffentlich stattfindet und alle anderen – selbst nicht eingeloggte – Nutzer „mitlesen“ können, besteht jederzeit die Möglichkeit, dass Dritte sich an dieser Kommunikation beteiligen.

8.2. Hinsichtlich der relevierten Feststellungs- und Verfahrensmängel sowie der wiederum als „unvermeidlich“ erachteten mündlichen Verhandlung kann auf die unter 7.3. getroffenen Ausführungen verwiesen werden. Soweit die Berufung schließlich geltend macht, dass „einige“ der inkriminierten Seiten zum „Zeitpunkt der Berufungserhebung“ nicht online seien, ist darauf hinzuweisen, dass der Bundeskommunikationssenat bei der Überprüfung des Bescheides der ersten Instanz, der eine Rechtsverletzung für einen bestimmten Zeitraum betrifft, nicht berücksichtigen kann, ob das angeblich rechtswidrige Verhalten mittlerweile eingestellt wurde. Vielmehr ist der Bundeskommunikationssenat in seiner Prüfungsbefugnis auf den zeitlichen Umfang der erstinstanzlich festgestellten Rechtsverletzung – konkret vom 21.07.2011 bis zur Erlassung des Bescheides des KommAustria – beschränkt (vgl. zur „Sache“ im Berufungsverfahren die unter 5.2. zitierte Judikatur). Betreffend diesen Zeitraum enthält die Berufung jedoch kein entsprechendes Vorbringen.

Damit war der Berufung insgesamt der Erfolg zu versagen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis:

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab Zustellung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof und/oder Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muss iS des § 24 Abs. 2 VwGG bzw. iS des § 17 Abs. 2 in Verbindung mit § 14 Abs. 1 VerfGG von einem Rechtsanwalt/von einer Rechtsanwältin eingebracht werden. Spätestens im Zeitpunkt der Überreichung der Beschwerde ist eine Gebühr von EUR 220,- zu entrichten.

25. April 2012
Der Vorsitzende:
PÖSCHL