

Verfassungsgerichtshof
Judenplatz 11, 1010 Wien
G 138/06-7

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des
Präsidenten

Dr. K o r i n e k ,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. B i e r l e i n

und der Mitglieder

Dr. B e r c h t o l d -
O s t e r m a n n ,
DDr. G r a b e n w a r t e r ,
Dr. H a l l e r ,
Dr. H e l l e r ,
Dr. H o l z i n g e r ,
Dr. K a h r ,
Dr. L a s s ,
Dr. L i e h r ,
Dr. M ü l l e r ,
Dr. O b e r n d o r f e r ,
DDr. R u p p e und
Dr. S p i e l b ü c h l e r

als Stimmführer, im Beisein des Schriftführers

Dr. F a u n i e ,

(15. März 2007)

in dem von Amts wegen eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit

a) der Wortfolge "und die Ergebnisse dieser Auswertungen binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung in geeigneter Weise zu veröffentlichen" in § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz des Bundesgesetzes über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria ("KommAustria") und eines Bundeskommunikationssenates (KommAustria-Gesetz - KOG), BGBl. I Nr. 32/2001, in der Fassung des BG BGBl. I Nr. 21/2005 und

b) des § 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria ("KommAustria") und eines Bundeskommunikationssenates (KommAustria-Gesetz - KOG), BGBl. I Nr. 32/2001,

in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

I. Die Wortfolge "und die Ergebnisse dieser Auswertungen binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung in geeigneter Weise zu veröffentlichen" in § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz des Bundesgesetzes über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria ("KommAustria") und eines Bundeskommunikationssenates (KommAustria-Gesetz - KOG), BGBl. I Nr. 32/2001, in der Fassung des BG BGBl. I Nr. 21/2005 wird als verfassungswidrig aufgehoben.

Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Kraft.

Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt I verpflichtet.

II. § 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria ("KommAustria") und eines Bundeskommunikationssenates (KommAustria-Gesetz - KOG) in der Stammfassung BGBl. I Nr. 32/2001 war nicht verfassungswidrig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

I. 1. Beim Verfassungsgerichtshof ist zu B 884/05 eine auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde gegen den Spruchpunkt II. des Bescheides des Bundeskommunikationssenates (BKS) vom 23. Juni 2005 anhängig. Mit diesem Bescheid wurde der Berufung des Beschwerdeführers gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 18. Jänner 2005 in Spruchpunkt I. gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm. § 19 Abs. 5 lit. a und e Privatradiogesetz Folge gegeben und der Bescheid aufgehoben. Mit Spruchpunkt II. des Bescheides wurde der Antrag der beschwerdeführenden Gesellschaft, "der RTR bzw. der KommAustria aufzuerlegen, die Einstellung des Verfahrens auf der Homepage der RTR zu veröffentlichen, ... gemäß § 6 Abs. 1 AVG iVm § 2 Abs. 1 Z 7 und § 11 Abs. 2 Z 1 KOG idF BGBl I Nr. 21/2005" zurückgewiesen.

2. Bei der Behandlung der Beschwerde sind beim Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit der Wortfolge "und die Ergebnisse dieser Auswertungen binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung in geeigneter Weise zu veröffentlichen" in § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz des Bundesgesetzes über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria ("KommAustria") und eines Bundeskommunikationssenates (KommAustria-Gesetz - KOG), sowie des § 7 Abs. 1 KOG entstanden. Der Gerichtshof hat daher mit Beschluss vom 14. Juni 2006 von Amts wegen ein Gesetzesprüfungsverfahren hinsichtlich der genannten Bestimmungen eingeleitet.

3. Zur Rechtslage:

3.1. § 2 KOG (idF der Novelle BGBl. I Nr. 21/2005) und § 7 KOG (in der Stammfassung BGBl. I Nr. 32/2001) lauten (die in Prüfung gezogenen Teile sind hervorgehoben):

"Aufgaben und Ziele der KommAustria

§ 2. (1) Die Verwaltungsführung im Sinne des § 1 Abs. 1 umfasst die der KommAustria durch gesonderte bundesgesetzliche Vorschriften zugewiesenen Aufgaben, insbesondere:

1. Zuordnungs- und Zulassungsverfahren nach dem PrR-G und dem PrTV-G,
2. Verfahren zur Mitbenützung von Sendeanlagen gemäß § 7 ORF-G, § 15 PrR-G und § 19 PrTV-G,
3. Vorbereitung und Einführung von digitalem Rundfunk nach dem 6. Abschnitt des PrTV-G,
4. Erteilung von Bewilligungen zum Betrieb der für die Veranstaltung von Rundfunk notwendigen technischen Einrichtungen sowie Frequenzverwaltung nach dem TKG 2003,
5. sonstige Verfahren gemäß § 120 TKG 2003,
6. Wahrnehmung der Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter sowie Verwaltungsstrafverfahren nach den Bestimmungen des PrR-G und des PrTV-G sowie nach dem ZuKG,
7. Beobachtung
 - a) der Einhaltung der Bestimmungen des 3. Abschnitts des ORF-Gesetzes sowie der auf die Regelungen des 3. Abschnitts bezugnehmenden Bestimmungen des 4. Abschnittes des ORF-Gesetzes durch den ORF und seine Tochtergesellschaften (§ 9 Abs. 4 ORF-G),
 - b) der Einhaltung der Bestimmungen der §§ 34 bis 46 des PrTV-G sowie der §§ 19 und 20 des PrR-G durch private Rundfunkveranstalter.

Zur Erfüllung dieser Aufgabe hat die KommAustria in regelmäßigen, zumindest aber monatlichen Abständen bei allen Rundfunkveranstaltern Auswertungen von Sendungen, die Werbung beinhalten, durchzuführen und die Ergebnisse dieser Auswertungen binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung in geeigneter Weise zu veröffentlichen. Zugleich hat die KommAustria jene Ergebnisse, bei denen sie eine Verletzung der in lit. a oder lit. b genannten Bestimmungen vermutet, dem ORF (seiner Tochtergesellschaft) oder dem privaten Rundfunkveranstalter zur Stellungnahme binnen einer Frist von zwei Wochen zu übermitteln. Unter Berücksichtigung der eingelangten Stellungnahme hat die KommAustria bei begründetem Verdacht einer Verletzung dieser Bestimmungen diese im Falle des ORF (seiner Tochtergesellschaft) beim Bundeskommunikationssenat anzuzeigen (§ 11a), im Falle eines privaten Rundfunkveranstalters die Verletzung von Amts wegen weiter zu verfolgen,

8. Verfahren nach dem KartellG und dem WettbewerbsG, soweit der KommAustria die Stellung einer Amtspartei zukommt.

(2) Durch die gemäß Abs. 1 wahrzunehmenden Aufgaben der KommAustria sollen folgende Ziele erreicht werden:

1. die Förderung des Marktzutritts neuer Anbieter;

2. die Sicherung der Meinungsvielfalt und Förderung der Qualität der Rundfunkprogramme einschließlich der technischen Voraussetzungen für ihre Verbreitung;

3. die Entwicklung von technischen und ökonomischen Konzepten für einen dualen Rundfunkmarkt in Österreich;

4. die Sicherstellung der Einhaltung europäischer Mindeststandards durch die Anbieter von Inhalten, insbesondere zugunsten des Kinder-, Jugend- und Konsumentenschutzes;

5. die Optimierung der Nutzung des Frequenzspektrums für Rundfunk;

6. die Bereitstellung von Fachwissen im Bereich der Konvergenz von audiovisuellen Medien und Telekommunikation sowie die Förderung der Entwicklung der Märkte in den Branchen audiovisuelle Medien und Telekommunikation;

7. die Schaffung und Bewahrung einer modernen und qualitativ hoch stehenden Kommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau."

"Transparenz

§ 7. (1) Entscheidungen der KommAustria und des Bundeskommunikationssenates (§ 11) von grundsätzlicher Bedeutung sowie Weisungen gemäß § 6 Abs. 1 sind unter Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Bestimmungen in geeigneter Weise zu veröffentlichen.

(2) Die Geschäftsführung der RTR-GmbH hat jährlich einen Tätigkeitsbericht zu erstellen. In diesem Bericht sind insbesondere die Aufgaben, die Personalentwicklung und die aufgewendeten Finanzmittel darzustellen. Der Bericht ist vom Bundeskanzler im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie dem Nationalrat vorzulegen und darüber hinaus in geeigneter Weise zu veröffentlichen."

3.2. § 7 Abs. 1 KOG wurde mit Art. II des BG BGBl. I Nr. 9/2006 novelliert. Gemäß § 17 Abs. 8 KOG idF BGBl. I Nr. 9/2006 trat die geänderte Bestimmung mit 1. Juli 2006 in Kraft. Sie hat folgenden Wortlaut:

"Transparenz

§ 7. (1) Entscheidungen der KommAustria in Angelegenheiten der Rundfunkregulierung und des Bundeskommunikationssenates (§ 11) von grundsätzlicher Bedeutung sowie Weisungen gemäß § 6 Abs. 1 sind unter Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Bestimmungen in geeigneter Weise zu veröffentlichen."

4.1. Der Verfassungsgerichtshof legte seine Überlegungen hinsichtlich der Zulässigkeit des Gesetzesprüfungsverfahrens im Prüfungsbeschluss wie folgt dar:

"Die Beschwerde dürfte zulässig sein. Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides behandelt den Antrag der beschwerdeführenden Gesellschaft 'der RTR bzw. der KommAustria aufzuerlegen, die Einstellung des Verfahrens auf der Homepage der RTR zu veröffentlichen'.

2.1. Der Verfassungsgerichtshof erkennt gemäß Art. 140 Abs. 1 erster Satz B-VG über die Verfassungswidrigkeit eines Bundes- oder Landesgesetzes von Amts wegen, sofern er ein solches Gesetz in einer anhängigen Rechtssache anzuwenden hätte. Im Sinne dieser Verfassungsnorm sind bei einem vom Verfassungsgerichtshof von Amts wegen einzuleitenden Gesetzesprüfungsverfahren jene gesetzlichen Bestimmungen präjudiziell, die von der belangten Behörde bei der Erlassung des angefochtenen Bescheides in denkmöglicher Weise - wenn auch vielleicht zu Unrecht - angewendet wurden (zB VfSlg. 14.078/1995) oder die die belangte Behörde anzuwenden verpflichtet war (zB VfSlg. 10.617/1985, 11.752/1988) und die darum auch der Verfassungsgerichtshof bei der Entscheidung über die gegen den Bescheid erhobene, auf Art. 144 Abs. 1 B-VG gestützte Beschwerde anzuwenden hätte (zB VfSlg. 6947/1972). Präjudiziell sind daher auch jene gesetzlichen Bestimmungen, die der Verfassungsgerichtshof anzuwenden hätte, obgleich sie von der belangten Behörde weder angewendet wurden noch anzuwenden waren (zB VfSlg. 8028/1977, 10.292/1984, 10.402/1985, 12.678/1991, 13.273/1992, 14.257/1995, 16.241/2001).

Der Verfassungsgerichtshof nimmt vorläufig an, dass die belangte Behörde § 7 Abs. 1 KOG bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Veröffentlichungsantrages anzuwenden gehabt hätte. Der Verfassungsgerichtshof geht daher davon aus, dass auch er diese Bestimmung bei seiner Entscheidung über die vorliegende Beschwerde anzuwenden hätte.

2.2. Nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes sind die Grenzen der Aufhebung einer auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfenden Gesetzesvorschrift sowohl in einem von Amts wegen als auch in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren so zu ziehen, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle in untrennbarem Zusammenhang stehenden Bestimmungen auch erfasst werden (VfSlg. 13.965/1994 mwN, 16.542/2002, 16.911/2003).

Der Verfassungsgerichtshof nimmt vorläufig an, dass § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG Teil des Systems der Veröffentlichung von Maßnahmen der Werbebeobachtung ist und dass er bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit dieses Systems diese Bestimmung als wesentliches Element dieses Systems anzuwenden hätte.

Da beim Verfassungsgerichtshof nur Bedenken hinsichtlich der Wortfolge 'und die Ergebnisse dieser Auswertungen binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung in geeigneter Weise zu veröffentlichen' in § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG bestehen, sind nur diese Worte in Prüfung zu ziehen.

2.3. Der Verfassungsgerichtshof geht daher vorläufig davon aus, dass die in Prüfung gezogene Wortfolge 'und die Ergebnisse dieser Auswertungen binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung in geeigneter Weise zu veröffentlichen' in § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG und § 7 Abs. 1 KOG iSd. Art. 140 Abs. 1 erster Satz B-VG präjudiziell sind. Das Gesetzesprüfungsverfahren scheint somit zulässig zu sein."

4.2. Folgende Bedenken haben den Verfassungsgerichtshof zur Einleitung des Gesetzesprüfungsverfahrens veranlasst:

"3.1. Gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 lit. b KOG hat die KommAustria ua. die Einhaltung der Bestimmungen betreffend die Zulässigkeit von Werbesendungen gemäß §§ 19 und 20 PrR-G zu beobachten. Im Rahmen dieses Werbebeobachtungsverfahrens hat die KommAustria gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG 'bei allen Rundfunkveranstaltern Auswertungen von Sendungen, die Werbung beinhalten, durchzuführen und die Ergebnisse dieser Auswertungen binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung in geeigneter Weise zu veröffentlichen'. Jene Auswertungsergebnisse, bei denen die KommAustria eine Verletzung der Werbebestimmungen vermutet, hat sie dem privaten Rundfunkveranstalter zur Stellungnahme zu übermitteln. Bei einem begründeten Verdacht einer Verletzung ist dieser von der KommAustria von Amts wegen weiter zu verfolgen (§ 2 Abs. 1 Z 7 dritter und vierter Satz leg.cit.).

Bei der Veröffentlichung gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG handelt es sich somit um die Veröffentlichung von Teilen des 'Vorverfahrens', welches im Fall der Verletzung des § 19 Abs. 1, 2 oder 4 lit. a und b oder des § 20 PrR-G (vgl. § 27 Abs. 2 leg.cit.) in ein Verwaltungsstrafverfahren, in allen übrigen Fällen hingegen in ein Administrativverfahren mündet. Somit werden bereits vor der rechtskräftigen Feststellung, ob ein Rundfunkveranstalter Werbebestimmungen verletzt hat, die vorläufigen Ergebnisse des Werbebeobachtungsverfahrens veröffentlicht.

Gemäß § 7 Abs. 1 KOG sind 'Entscheidungen der KommAustria und des Bundeskommunikationssenates ... von grundsätzlicher Bedeutung' zu veröffentlichen. Nach der vorläufigen Auffassung des Verfassungsgerichtshofes kann dem Gesetz - im Unterschied zum 'Vorverfahren' gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG - keine bedingungslose Verpflichtung (unabhängig davon, ob es zur Feststellung der Verletzung von Werbebestimmungen, zur Verhängung einer Verwaltungsstrafe oder zur Verfahrenseinstellung mangels Verletzung von Werbebestimmungen kommt) entnommen werden, den endgültigen Verfahrensausgang zu veröffentlichen.

3.2. Der Verfassungsgerichtshof hegt vorläufig das Bedenken, dass das in Prüfung gezogene System mit dem Sachlichkeitsgebot (welches dem Gleichheitsgebot immanent ist, vgl. zB VfSlg. 11.934/1988, 13.781/1994, 14.039/1995, 14.362/1995) nicht im Einklang stehen dürfte. Dem Verfassungsgerichtshof

ist vorläufig nicht einsichtig, worin die sachliche Rechtfertigung dafür gelegen sein soll, dass nur einzelne Verfahrensschritte im Rahmen des Werbebeobachtungsverfahrens veröffentlicht werden und der Umstand der Einleitung eines Verfahrens somit für die Allgemeinheit transparent wird. Es scheint dem Gerichtshof bedenklich, dass der einzelne Rundfunkveranstalter durch das in Prüfung gezogene - dem Interesse an Transparenz dienende - System bereits vor der tatsächlichen Verfahrenseinleitung auf diese Weise belastet wird, zumal die Veröffentlichung der vermuteten Rechtsverletzung eine potentielle 'Vorverurteilung' der betroffenen Rundfunkveranstalter zur Folge haben könnte, ohne dass dies durch einen Rechtsbehelf verhindert werden könnte.

Außerdem dürfte es auch nicht sachlich gerechtfertigt sein, eine - nach dem Gesetzeswortlaut uneingeschränkte - Verpflichtung zur Veröffentlichung der Einleitung eines Werbebeobachtungsverfahrens, nicht aber eine entsprechende bedingungslose Verpflichtung zur Veröffentlichung des rechtskräftigen Verfahrensausgangs vorzusehen. Die im Hinblick auf den endgültigen Verfahrensausgang eingeschränkte Veröffentlichungsverpflichtung scheint daher jedenfalls dem Sachlichkeitsgebot zu widersprechen.

4. Im Gesetzesprüfungsverfahren wird auch zu klären sein, ob und inwieweit die Bedenken des Verfassungsgerichtshofes dadurch ausgeräumt werden können, dass die Rundfunkbehörden in verfassungskonformer Auslegung des § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz und des § 7 KOG verpflichtet sind, die Bestimmungen ohne die Veröffentlichung von Informationen betreffend einzelne Rundfunkveranstalter zu vollziehen bzw. die endgültige behördliche Entscheidung jedenfalls in gleicher Weise wie die Verfahrenseinleitung zu veröffentlichen.

5. Im Gesetzesprüfungsverfahren wird zu erwägen sein, ob die hier angenommene Verfassungswidrigkeit auch durch nur teilweise Aufhebung der in Prüfung gezogenen Rechtsvorschriften beseitigt werden könnte, ohne dass der Norminhalt unzulässigerweise völlig verändert würde."

5. Die Bundesregierung erstattete im Gesetzesprüfungsverfahren eine Äußerung, in der sie beantragt, das Verfahren einzustellen, in eventu auszusprechen, dass die in Prüfung gezogenen Bestimmungen nicht als verfassungswidrig aufgehoben werden. Für den Fall der Aufhebung stellt die Bundesregierung den Antrag, der Verfassungsgerichtshof möge gemäß Art. 140 Abs. 5 B-VG für das Außerkrafttreten eine Frist von einem Jahr bestimmen.

II. Der Verfassungsgerichtshof hat erwogen:

A. Zu den Prozessvoraussetzungen:

1. Der Gerichtshof ist im Prüfungsbeschluss von der vorläufigen Annahme ausgegangen, dass die in Prüfung gezogene Wortfolge "und die Ergebnisse dieser Auswertungen binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung in geeigneter Weise zu veröffentlichen" in § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG sowie die Bestimmung des § 7 Abs. 1 KOG, BGBl. I Nr. 32/2001, präjudiziell iSd. Art. 140 B-VG seien.

2. Die Bundesregierung führt zur Zulässigkeit des Gesetzesprüfungsverfahrens aus:

"5. Nach Ansicht der Bundesregierung sind ... die in Prüfung gezogenen Bestimmungen für den Anlassfall aus folgenden Überlegungen nicht präjudiziell:

Mit Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides wurde der Antrag, 'der RTR bzw. der KommAustria aufzuerlegen, die Einstellung des Verfahrens auf der Homepage der RTR zu veröffentlichen', gemäß § 6 Abs. 1 AVG iVm § 2 Abs. 1 Z 7 und § 11 Abs. 2 Z 1 KOG mangels Zuständigkeit des Bundeskommunikationssenates zurückgewiesen.

Nach § 6 Abs. 1 AVG hat die Behörde ihre sachliche und örtliche Zuständigkeit von Amts wegen wahrzunehmen. Langen Anbringen ein, zu deren Behandlung die Behörde nicht zuständig ist, hat sie diese ohne unnötigen Aufschub an die zuständige Behörde weiterzuleiten. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat eine Weiterleitung nur dann zu erfolgen, wenn es eine Stelle gibt, die zur Entscheidung über das Ansuchen zuständig ist, widrigenfalls das Anbringen zurückzuweisen ist (vgl. etwa VwGH, 27.02.1991, Zl. 90/01/0005). Wie sich aus Spruch und Begründung des angefochtenen Bescheides ergibt, hat der Bundeskommunikationssenat mit seinem den Antrag zurückweisenden Abspruch seine Unzuständigkeit zu einer meritorischen Entscheidung ausgesprochen, womit die Zuständigkeit der Behörde erster Instanz zur meritorischen Entscheidung über den Antrag unberührt geblieben ist (vgl. hierzu ausdrücklich VwGH, 07.09.1995, Zl. 94/18/0694, oder 21.03.1996, Zl. 95/18/0494).

Der Bundeskommunikationssenat hat daher die vom Verfassungsgerichtshof in Prüfung gezogene Bestimmung des § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG ausschließlich für die Beantwortung der Frage der Zulässigkeit des Antrages im Sinne seiner Zuständigkeit herangezogen, in keiner Weise jedoch materiell angewendet. Die Bundesregierung vertritt nun die Auffassung, dass die Präjudizialität von Rechtsvorschriften in einem amtswegig eingeleiteten Gesetzesprüfungsverfahren nach Art. 140 B-VG dann nicht gegeben ist, wenn im Anlassfall der Antrag lediglich wegen Unzuständigkeit der Behörde zurückgewiesen wurde.

Würde man die Präjudizialität jener Rechtsvorschriften annehmen, mit denen über die Unzuständigkeit der Behörde abgesprochen wird, führte dies im Ergebnis dazu, dass jeder Zurückweisungsbescheid einer materiell- und verfahrensrechtlich unzuständigen Behörde, der notwendigerweise eine Begründung hinsichtlich der gefundenen Unzuständigkeit beinhalten müsste (vgl. VwSlg. 4974 A/1959) und die Zuständigkeitsnorm daher insoweit 'angewendet', den Verfassungsgerichtshof zur Einleitung eines Normprüfungsverfahrens berechtigen würde. Vor diesem Hintergrund liegt nach Ansicht der Bundesregierung die Präjudizialität der Bestimmung des § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG nicht vor.

6. Sollte sich allerdings der Verfassungsgerichtshof dieser Überlegung nicht anschließen, so ist nach Ansicht der Bundesregierung aber jedenfalls die Bestimmung des § 7 Abs. 1 KOG nicht präjudiziell. § 7 Abs. 1 KOG normiert nämlich ein allgemeines Transparenzgebot betreffend Entscheidungen des Bundeskommunikationssenates und der KommAustria in ihrem jeweiligen Vollzugsbereich. Entgegen der vorläufigen Annahme des Verfassungsgerichtshofes hätte der Bundeskommunikationssenat die Bestimmung des § 7 Abs. 1 KOG im Anlassverfahren hingegen nicht hinsichtlich der Beurteilung der Zulässigkeit des Antrages auf Veröffentlichung durch die KommAustria anzuwenden gehabt. Die Behandlung des Antrages an den Bundeskommunikationssenat, der KommAustria aufzutragen, die Entscheidung des Bundeskommunikationssenates auf der Homepage der RTR bzw. der KommAustria zu veröffentlichen, ist nicht unter § 7 Abs. 1 KOG subsumierbar. Der Bundeskommunikationssenat hatte die Bestimmung des § 7 Abs. 1 KOG nicht im Ausgangsverfahren anzuwenden, weshalb auch der Verfassungsgerichtshof diese Norm im Sinne des Art. 140 B-VG nicht anzuwenden hätte.

Für den Fall, dass der Verfassungsgerichtshof die Präjudizialität des § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG als gegeben erachtet, steht allerdings § 7 Abs. 1 KOG nach Auffassung der Bundesregierung auch in keinem untrennbaren Zusammenhang mit § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG. Nach § 7 Abs. 1 KOG sind Entscheidungen der KommAustria in Angelegenheiten der Rundfunkregulierung und des Bundeskommunikationssenates (§ 11) von grundsätzlicher Bedeutung sowie Weisungen gemäß § 6 Abs. 1 unter Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Bestimmungen in geeigneter Weise zu veröffentlichen. Nun bestreitet die Bundesregierung nicht, dass § 7 Abs. 1 KOG insofern einen Zusammenhang mit § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG aufweist, als beide Bestimmungen (allerdings inhaltlich unterschiedliche) Veröffentlichungspflichten beinhalten. § 2 Abs. 1 Z 7 KOG wurde später und unabhängig von § 7 Abs. 1 KOG - der schon in der Stammfassung enthalten war - mit der spezifischen Absicht geschaffen, den sensiblen Bereich der Werbewirtschaft durch ein eigenes Werbebeobachtungsverfahren zu überwachen und somit für eine effiziente Einhaltung der Bestimmungen zu sorgen sowie damit einher gehend die KommAustria zu einer gesonderten Veröffentlichung der Ergebnisse der Werbebeobachtung zu verpflichten, um den Marktteilnehmern die Vorgehensweise der KommAustria darzustellen und sie in die Lage zu versetzen, gegen Konkurrenten vorzugehen, die gegen die Werbevorschriften

verstoßen. Schließlich ist die Nichteinhaltung der Werbevorschriften geeignet, sich potentielle Wettbewerbsvorteile gegenüber Konkurrenten zu verschaffen.

Anders ist die Zielrichtung des § 7 Abs. 1 KOG, wonach Entscheidungen der Regulierungsbehörden aller Art, die von grundsätzlicher Bedeutung sind, sämtlichen interessierten Kreisen zugänglich gemacht werden sollen und zu veröffentlichen sind. Eine gleichartige Bestimmung findet sich auch in anderen Bundesgesetzen (vgl. Punkt III. B. 3.) und hat insbesondere in regulierten Märkten - wie dies der Rundfunk-, der Telekommunikations- oder der Energiemarkt sind - den Zweck, Entscheidungen der Regulierungsbehörden transparent zu machen.

7. Die Bundesregierung ist daher der Ansicht, dass das vorliegende Verfahren mangels Präjudizialität der in Prüfung gezogenen Bestimmungen einzustellen wäre.

8. Sollte hingegen der Verfassungsgerichtshof neben der Präjudizialität des § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG auch die Präjudizialität des § 7 Abs. 1 KOG bejahen, so ist es nach Ansicht der Bundesregierung - für den Fall, dass der Verfassungsgerichtshof seine vorläufigen im Prüfungsbeschluss geäußerten Bedenken betreffend § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG aufrecht hält - für die Herstellung einer verfassungskonformen Rechtsgrundlage für den Anlassfall weder erforderlich, den gesamten § 7 Abs. 1 KOG noch einzelne Wortfolgen der Bestimmung zu beheben. Entsprechend der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshof darf nämlich nicht mehr aus dem Rechtsbestand ausgeschieden werden, als Voraussetzung für den Anlassfall ist und zur Beseitigung der zulässigerweise geltend gemachten Rechtsverletzung erforderlich ist.

Mit dem Entfall der in Prüfung gezogenen Wortfolge in § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG würde die angenommene Verfassungswidrigkeit, läge sie tatsächlich vor, beseitigt. Wird die Verpflichtung der KommAustria behoben, die Ergebnisse der durchgeführten Werbebeobachtungen zu veröffentlichen, fällt gleichzeitig auch der Ausgangspunkt der Erwägungen des Verfassungsgerichtshofes weg, wonach dem § 7 Abs. 1 KOG im Unterschied zu § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG keine bedingungslose Verpflichtung entnommen werden kann, den endgültigen Verfahrensausgang zu veröffentlichen. Für die Bedenken des Verfassungsgerichtshofes in Bezug auf die generelle Transparenzverpflichtung des § 7 Abs. 1 KOG bliebe somit kein Raum.

Schließlich ist aus Sicht der Bundesregierung nicht erkennbar, weshalb auch der zweite Teil des § 7 Abs. 1 KOG in Prüfung gezogen wurde, würde doch auch die Wortfolge 'Weisungen gemäß § 6 Abs. 1 sind unter Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Bestimmungen in geeigneter Weise zu veröffentlichen' nicht sinnentleert, sodass der Prüfungs- und Aufhebungsumfang jedenfalls auf die Wortfolge 'Entscheidungen der KommAustria und des Bundeskommunikationssenates (§ 11) von grundsätzlicher Bedeutung sowie' zu beschränken wäre."

3. Entgegen der Auffassung der Bundesregierung hat sich das von Amts wegen eingeleitete Gesetzesprüfungsverfahren als zulässig erwiesen:

Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes sind in einem von Amts wegen eingeleiteten Gesetzesprüfungsverfahren - unabhängig davon, ob es sich bei der dem amtswegigen Verfahren zugrunde liegenden Entscheidung um eine materiell- oder verfahrensrechtliche handelt - all jene Bestimmungen präjudiziell, die von der belangten Behörde (denkmöglich) angewendet wurden oder die die belangte Behörde anzuwenden verpflichtet gewesen wäre (VfSlg. 10.617/1985, 11.752/1988). Bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Antrages der beschwerdeführenden Gesellschaft hat der BKS die Bestimmung über die Veröffentlichung der Ergebnisse des Werbebeobachtungsverfahrens in seine Überlegungen einbezogen und seine Entscheidung verbis und der Sache nach auf § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG gestützt. Darüber hinaus hätte der BKS bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Antrages auch die Regelung über die Veröffentlichung des endgültigen Verfahrensausganges in § 7 Abs. 1 KOG - aufgrund des untrennbaren Zusammenhanges mit den Regelungen über das Werbebeobachtungsverfahren - anzuwenden gehabt, insbesondere um festzustellen, ob der angewendete § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz leg.cit. einer verfassungskonformen Deutung zugänglich ist.

Auch hat sich die im Prüfungsbeschluss - vorläufig - vertretene Auffassung des Verfassungsgerichtshofes bestätigt, dass er bei seiner Entscheidung im Anlassbeschwerdeverfahren alle Rechtsvorschriften anzuwenden hätte, die das System der Veröffentlichung von Maßnahmen der Werbebeobachtung regeln. Das Gesetzesprüfungsverfahren ist somit hinsichtlich beider Bestimmungen zulässig.

B. In der Sache:

1. Den vom Gerichtshof im Prüfungsbeschluss geäußerten Bedenken hält die Bundesregierung - nach Darstellung der

Umsetzung des Werbebeobachtungsverfahrens durch die KommAustria - Folgendes entgegen:

"A. Zu den Bedenken betreffend § 2 Abs. 1 Z 7 KOG

1. Die Aufgabe der Werbebeobachtung wurde der KommAustria mit Bundesgesetz BGBl. I Nr. 97/2004 in § 2 Abs. 1 Z 4 KOG übertragen. Mit Bundesgesetz BGBl. I Nr. 21/2005 erfolgte eine Neustrukturierung der Aufgaben der KommAustria, wodurch die Bestimmung des § 2 Abs. 1 Z 4 KOG - mit identem Wortlaut - zu § 2 Abs. 1 Z 7 KOG wurde.

...

Vorauszuschicken ist, dass - wie die Erläuterungen zum Ausdruck bringen - das Werbebeobachtungsverfahren im Zusammenhang mit der Weiterentwicklung der dualen Rundfunkordnung steht und das in § 2 Abs. 1 Z 7 KOG normierte Verfahren in transparenter und für alle Marktteilnehmer nachvollziehbarer Weise die Einhaltung der Rechtsvorschriften sämtlicher Rundfunkveranstalter auf dem Rundfunkmarkt darstellen soll. Zu diesem Zweck hat die KommAustria in regelmäßigen Abständen stichprobenartig Programme, Sendungen oder Teile von Sendungen, die Werbung beinhalten, auf ihre Vereinbarkeit mit den Werbevorschriften des ORF-G, des PrR-G und des PrTV-G hin zu überprüfen und auszuwerten. Der erste Schritt nach der erfolgten Auswertung ist gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG jener, 'die Ergebnisse dieser Auswertungen binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung in geeigneter Weise zu veröffentlichen.'

2. Der Verfassungsgerichtshof hegt nun hinsichtlich dieser Wortfolge das Bedenken, dass das in Prüfung gezogene System mit dem Sachlichkeitsgebot nicht im Einklang stehen dürfte. Dem Verfassungsgerichtshof ist es vorläufig nicht einsichtig, worin die sachliche Rechtfertigung dafür gelegen sein soll, dass nur einzelne Verfahrensschritte im Rahmen des Werbebeobachtungsverfahrens veröffentlicht werden und der Umstand der Einleitung eines Verfahrens somit für die Allgemeinheit transparent wird. Dem Verfassungsgerichtshof erscheint es vorläufig bedenklich, dass der einzelne Rundfunkveranstalter durch das in Prüfung gezogene - dem Interesse der Transparenz dienende - System bereits vor der tatsächlichen Verfahrenseinleitung auf diese Weise belastet wird, zumal die Veröffentlichung der vermuteten Rechtsverletzung eine potentielle 'Vorverurteilung' der betroffenen Rundfunkveranstalter zur Folge haben könnte, ohne dass dies durch einen Rechtsbehelf verhindert werden könnte (Punkt 3.2. des Einleitungsbeschlusses).

3. Die gesetzliche Ausgestaltung der Werbebeobachtung lässt nach Ansicht der Bundesregierung unter dem Gesichtspunkt des dem Gleichheitssatz immanenten Sachlichkeitsgebotes keine Verfassungswidrigkeit erkennen. Der Wortlaut der in Prüfung gezogenen Bestimmung des § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG ordnet an, nach Durchführung von Sendungsauswertungen 'die Ergebnisse dieser Auswertungen binnen vier Wochen, gerechnet

vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung in geeigneter Weise zu veröffentlichen'.

4. Die Transparenzverpflichtung des § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG hat zwei Zielrichtungen: einerseits die für sämtliche Rundfunkveranstalter nachvollziehbare Darstellung der Vorgehensweise der KommAustria beim Werbemonitoring, andererseits der Förderung des dualen Rundfunks insofern, als den Rundfunkveranstaltern mit dieser Veröffentlichung die Möglichkeit gegeben wird, auf Grundlage dieser Ergebnisse rechtzeitig eine Konkurrentenbeschwerde nach § 36 ORF-G bzw. § 61 PrTV-G oder allenfalls eine Klage nach UWG einzubringen.

Entsprechend den Erläuterungen kann die KommAustria bei der Werbebeobachtung ganze Programme oder auch nur einzelne Sendungen oder Teile derselben zur Beobachtung heranziehen. Dabei hat die KommAustria darauf zu achten, dass ein repräsentativer Durchschnitt an Sendungen bzw. Bereichen von Sendungen (Kultur, Sport, Reportagen, Nachrichten, Shows etc.) evaluiert wird. Eine weitere Vorgabe der KommAustria hinsichtlich der Häufigkeit der Durchführung der Werbebeobachtung ist die Berücksichtigung der Marktanteile der jeweiligen Rundfunkveranstalter. Vor diesem Hintergrund dient die durch die Veröffentlichung der Werbebeobachtung hergestellte Transparenz dazu, für sämtliche Rundfunkveranstalter nachvollziehbar darzustellen, dass die Vorgehensweise der KommAustria einerseits die Marktanteile der Rundfunkveranstalter berücksichtigt und dass andererseits die Werbebeobachtung einen repräsentativen Sendungsquerschnitt widerspiegelt.

Mit der zweiten Zielrichtung der Bestimmung soll Rundfunkveranstaltern auf der Grundlage der Ergebnisse des Monitoring die Möglichkeit gegeben werden, Konkurrentenbeschwerde zu erheben. Nach § 36 Abs. 1 lit. d ORF-G kann nämlich ein Unternehmen, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch die behauptete Verletzung des ORF oder dessen Tochterunternehmen berührt werden, Beschwerde beim Bundeskommunikationssenat einbringen. Da die Beschwerde gemäß § 36 Abs. 4 ORF-G innerhalb von sechs Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung einzubringen ist, soll die Veröffentlichung der Ergebnisse der Werbebeobachtung den Wettbewerbern des ORF die Möglichkeit geben, innerhalb dieser Frist Beschwerde beim Bundeskommunikationssenat einbringen zu können. Gleiches gilt für eine Konkurrentenbeschwerde nach § 61 Abs. 1 Z 4 PrTV-G. Darüber hinaus soll es sämtlichen Rundfunkveranstaltern offen stehen, Klage gegen andere Rundfunkveranstalter nach dem UWG einzubringen.

5. Der Gesetzgeber hat sich also bewusst dafür entschieden, das Werbemonitoring so transparent auszugestalten, wie es die Erreichung der dargestellten beiden Ziele erfordert. Da den beiden Zielen nur durch die Veröffentlichung sowohl der beobachteten Sendung als auch des beobachteten Rundfunkunternehmens Rechnung getragen werden kann, hat die KommAustria nach Durchführung der Werbebeobachtung sowohl die Sendung als auch den Namen des beobachteten Rundfunkveranstalters auf ihrer Homepage zu veröffentlichen. Eine verfassungskonforme Interpretation dergestalt, dass die Veröffentlichung der

Werbebeobachtungen ohne die gleichzeitige Veröffentlichung von Informationen betreffend einzelne Rundfunkveranstalter erfolgt, erscheint somit nicht möglich und würde die Bestimmung sinnentleeren.

Damit ließ sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Systems der Werbebeobachtung von sachlichen Überlegungen leiten. Die sachliche Rechtfertigung dafür, dass die KommAustria die Ergebnisse der durchgeführten Werbebeobachtung zu veröffentlichen hat, liegt darin, dass für sämtliche Rundfunkveranstalter die regelmäßige Beobachtung unterschiedlicher Sendungen unterschiedlicher Rundfunkveranstalter nachvollziehbar sein soll und Konkurrenten mit dieser Veröffentlichung die Möglichkeit der rechtzeitigen Erhebung einer Konkurrentenbeschwerde nach ORF-G, nach PrTV-G sowie Klagsmöglichkeit nach UWG gegeben werden soll.

6. Nach der vorläufigen im Prüfungsbeschluss geäußerten Ansicht des Verfassungsgerichtshofes erscheint es sachlich nicht gerechtfertigt, eine - nach dem Gesetzeswortlaut uneingeschränkte - Verpflichtung zur Veröffentlichung der Einleitung eines Werbebeobachtungsverfahrens, nicht aber eine entsprechende bedingungslose Verpflichtung zur Veröffentlichung des rechtskräftigen Verfahrensausgangs vorzusehen (Punkt 2.2. des Einleitungsbeschlusses).

7. Die Bundesregierung betont an dieser Stelle, dass die KommAustria aufgrund der gesetzlichen Regelung nicht verpflichtet ist, einzelne Verfahrensschritte im Rahmen des Werbebeobachtungsverfahrens zu veröffentlichen. § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG beschränkt sich auf die Anordnung, die Ergebnisse der Auswertungen zu veröffentlichen. Ob es in der Folge tatsächlich zur Einleitung eines Verfahrens kommt, entscheidet sich erst zu einem späteren Zeitpunkt nach Einlangen der Stellungnahme des betroffenen Rundfunkveranstalters, dem von der KommAustria gleichzeitig mit der Veröffentlichung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird.

Nachdem es sich bei der regelmäßigen Durchführung von Werbebeobachtungen durch die KommAustria nicht um die Einleitung von Verfahren gegen einen Rundfunkveranstalter handelt, sondern von einer Einleitung eines Verfahrens im Sinne des AVG erst ab dem Zeitpunkt gesprochen werden kann, in dem die KommAustria bei begründetem Verdacht der Verletzung von Werbevorschriften ein amtswegiges Verfahren einleitet bzw. die vermutete Werbeverletzung beim Bundeskommunikationssenat anzeigt, erübrigen sich nach Ansicht der Bundesregierung Ausführungen dazu, weshalb es dem Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes nicht vorwerfbar ist, nicht eine entsprechende bedingungslose Verpflichtung zur Veröffentlichung des rechtskräftigen Verfahrensausgangs normiert zu haben.

8. Auch erscheint der Bundesregierung nicht ersichtlich, weshalb im Zusammenhang mit der Veröffentlichung der Ergebnisse der Werbebeobachtung den Rundfunkveranstaltern ein Rechtsbehelf zur Verfügung stehen sollte. Zwar weist diese

Veröffentlichung aus, dass die KommAustria keine Verletzung vermutet bzw. den Rundfunkveranstalter zur Stellungnahme aufgefordert hat, doch weist die unter Punkt II. dargestellte Vorgehensweise der KommAustria eine derartige Transparenz auf, dass die Gefahr einer 'Vorverurteilung' nicht besteht, was sich auch und insbesondere in der Berichterstattung in den Medien widerspiegelt.

9. Ein Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot haftet der gesetzlichen Regelung damit nicht an. Die Bedenken des Verfassungsgerichtshofes im Hinblick auf die Sachlichkeit der Regelung des § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG sind nach Ansicht der Bundesregierung unbegründet.

B. Zu den Bedenken betreffend § 7 Abs. 1 KOG

1. Sollte der Verfassungsgerichtshof entgegen der Auffassung der Bundesregierung auch die Präjudizialität der Bestimmung des § 7 Abs. 1 KOG für gegeben erachten, verweist die Bundesregierung in der Sache auf Folgendes:

2. Vorab ist zu bemerken, dass sich die Bedenken des Verfassungsgerichtshofes im Hinblick auf die Verfassungswidrigkeit des § 7 Abs. 1 KOG auf das System der Werbebeobachtung als solches beziehen. Ungeachtet dessen ist darauf zu verweisen, dass die Bestimmung des § 7 KOG der Transparenz der Tätigkeit der Regulierungsbehörden in ihrer Gesamtheit Rechnung trägt. Zum Einen ist diese Transparenz gemeinschaftsrechtlich geboten, da Art. 3 der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 33, die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, sicherzustellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden ihre Befugnisse unparteiisch und transparent ausüben, weshalb § 7 KOG - in Umsetzung dieser gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift - den beiden Regulierungsbehörden im Rundfunkbereich - dem Bundeskommunikationssenat und der KommAustria - diese Transparenz auch im Hinblick auf Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung auferlegt.

3. Zum Anderen ist darauf hinzuweisen, dass die Transparenzbestimmung des § 7 KOG der Transparenzbestimmung des § 118 Telekommunikationsgesetz 1997, BGBl. I Nr. 100/1997, nachgebildet ist (nunmehr § 123 TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003). Dieses Konzept der Transparenz ist im österreichischen Recht in verschiedenen Bundesgesetzen verwirklicht. Parallelbestimmungen finden sich in § 39 Abs. 4 Datenschutzgesetz 2000, BGBl. I Nr. 165/1999, in § 22 Energie-Regulierungsbehördengesetz, BGBl. I Nr. 21/2000, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 148/2002, oder - ebenfalls eine Zuständigkeit der KommAustria betreffend - in § 28 Abs. 3 Z 7 Verwertungsgesellschaftengesetz 2006, BGBl. I Nr. 9/2006. Sämtliche Bestimmungen betreffen die Tätigkeit von Regulierungs- oder Aufsichtsbehörden und verpflichten diese, Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung in geeigneter Weise zu veröffentlichen und damit interessierten Kreisen zugänglich zu machen.

Zusammenfassend wird daher festgehalten, dass aus Sicht der Bundesregierung eine Verfassungswidrigkeit der Bestimmungen der § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz und § 7 Abs. 1 KOG nicht gegeben ist."

2. Die vom Verfassungsgerichtshof im Prüfungsbeschluss aufgeworfenen Bedenken treffen hinsichtlich der in Prüfung gezogenen Wortfolge in § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG im Ergebnis zu:

2.1. Der Gerichtshof bleibt bei der dem Prüfungsbeschluss zugrunde liegenden Prämisse, dass es sich bei dem gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG durchzuführenden Werbebeobachtungsverfahren um ein Verfahren handelt, das einem allfälligen Administrativ- bzw. Verwaltungsstrafverfahren vorangeht.

2.2.1. Wie der Verfassungsgerichtshof im Prüfungsbeschluss vorläufig dargelegt hat, dürfte das in Prüfung gezogene System der Veröffentlichung von Maßnahmen der Werbebeobachtung mit dem Sachlichkeitsgebot nicht in Einklang stehen. Konkret hat der Gerichtshof in Bezug auf die in Prüfung gezogene Wortfolge in § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG bezweifelt,

- ob es eine sachliche Rechtfertigung dafür gibt, dass nur einzelne Verfahrensschritte im Rahmen des Werbebeobachtungsverfahrens veröffentlicht werden und der Umstand der Einleitung eines Verfahrens somit für die Allgemeinheit transparent wird, bzw.

- ob es mit dem Sachlichkeitsgebot im Einklang steht, dass der einzelne Rundfunkveranstalter durch das in Prüfung gezogene System bereits vor der tatsächlichen Verfahrenseinleitung belastet wird, zumal die Veröffentlichung der vermuteten Rechtsverletzung eine potentielle "Vorverurteilung" der betroffenen Rundfunkveranstalter zur Folge haben könnte, ohne dass dies durch einen Rechtsbehelf verhindert werden könnte.

2.2.2. Die Bundesregierung geht von der sachlichen Rechtfertigung des in Prüfung gezogenen Systems aus. Sie begründet dies mit den mit dem Werbebeobachtungsverfahren ver-

folgten Zielen: Durch die Bestimmungen betreffend die Veröffentlichung von Maßnahmen der Werbebeobachtung soll zum einen für sämtliche Rundfunkveranstalter die Vorgangsweise der KommAustria im Rahmen des "Werbemonitorings" nachvollziehbar dargestellt werden. Zum anderen ist mit dieser Vorgangsweise beabsichtigt, den dualen Rundfunk insofern zu fördern, als den Rundfunkveranstaltern mit der Veröffentlichung der Werbebeobachtungsergebnisse die Möglichkeit gegeben wird, auf Grundlage dieser Ergebnisse eine Konkurrentenbeschwerde nach § 36 ORF-G bzw. § 61 PrTV-G oder allenfalls eine Klage nach dem UWG einzubringen.

2.2.3. § 2 Abs. 1 Z 7 KOG entspricht § 2 Abs. 1 Z 4 KOG idF Art. 3 des BG BGBl. I Nr. 97/2004. Aus den Erläuterungen zur Vorgängerbestimmung (430/A BlgNR, XXII. GP) ergibt sich - im Wesentlichen im Einklang mit der Darstellung der Bundesregierung - Folgendes:

"Im Hinblick auf die Weiterentwicklung des dualen Rundfunkmarktes bedarf es im ökonomisch besonders wichtigen Bereich der Werbung zur Herstellung eines ausgewogenen Wettbewerbs unter den privaten Rundfunkveranstaltern einerseits und im Verhältnis zwischen ORF und privaten Rundfunkveranstaltern andererseits einer Sicherstellung der Einhaltung der relevanten Rechtsvorschriften. Zu diesem Zweck wird der KommAustria in diesem Bereich die Aufgabe übertragen, die Einhaltung der Werbevorschriften und des Product-placement in regelmäßigen Abständen - wobei als Richtschnur zumindestens ein einmonatiger Intervall vorgegeben wird - die Einhaltung der Vorschriften stichprobenartig zu überprüfen. Die KommAustria kann dabei ganze Programme oder auch nur einzelne Sendungen oder Teile derselben zur Beobachtung heranziehen, wobei darauf zu achten ist, dass ein repräsentativer Durchschnitt an Sendungen bzw. Bereichen von Sendungen (Kultur, Sport, Reportagen, Nachrichten, Shows etc) evaluiert wird. Es wäre unzureichend, wenn immer die gleiche Art von Sendungen überprüft und andere Sendungen überhaupt nicht überprüft würden. Auch die Marktanteile der jeweiligen Rundfunkveranstalter sind bei der Frage der Häufigkeit des Testens zu berücksichtigen.

Durch die verpflichtende Veröffentlichung der Ergebnisse ist eine gewisse Transparenz - wie sie § 7 KommAustria-G für weitere Bereiche vorsieht - der Tätigkeit der KommAustria auch im Bereich des Monitorings sichergestellt. Als geeignete Form der Veröffentlichung kann etwa die Website der Kommunikationsbehörde Austria angesehen werden. Durch die Veröffentlichung wird zugleich Interessenten noch ausreichend Zeit gegeben, allenfalls fristgerecht eine Beschwerde etwa nach § 36 ORF-G einzubringen. Gleichzeitig mit

der Veröffentlichung ist bei einer vermuteten Rechtsverletzung dem betroffenen Rundfunkveranstalter Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Diese Stellungnahme wird maßgeblich für die Entscheidung der KommAustria über ihr weiteres Vorgehen sein (Erstattung einer Anzeige beim Bundeskommunikationssenat bei Verletzungen des ORF-G bzw. Einleitung eines Verfahrens nach §§ 61 ff. PrTV-G oder §§ 24 ff. PrR-G).

Liegt nach Berücksichtigung der Stellungnahmen der begründete Verdacht eines Verstoßes gegen Werbebestimmungen bzw. jene über Sponsoring und Product-placement vor, so ist die KommAustria verpflichtet, Anzeige zu erstatten, sodass hier ein Instrument einer effektiven Rechtskontrolle eingeführt wurde."

2.2.4. Das Vorbringen der Bundesregierung vermag die Bedenken, die den Verfassungsgerichtshof zur Einleitung des Gesetzesprüfungsverfahrens veranlasst haben, nicht zu entkräften:

a) Der Verfassungsgerichtshof versteht im Lichte der Argumentation der Bundesregierung die Absicht des Gesetzgebers dahin, angesichts (möglicherweise) bestehender (wenngleich von der Bundesregierung im einzelnen nicht näher genannter) Besonderheiten des hier in Rede stehenden regulierten Marktes von Fernseh- und Rundfunkveranstaltern, nicht nur besondere gesetzliche Regelungen zur Steuerung eines fairen Wettbewerbes, wie zB bestimmte Werbebeschränkungen, sondern auch spezifische Kontrollmechanismen vorzusehen, welche die Einhaltung der gesetzlichen Beschränkungen gewährleisten sollen; andernfalls bestünde offenbar die Befürchtung, dass die gesetzlichen Auflagen zum Nachteil für die - auch gemeinschaftsrechtlich gebotene - Ordnung des dualen Rundfunk- und Fernsehmarktes nicht wirksam sein würden.

Ein Aspekt dieser Maßnahmen soll offenbar die Veröffentlichung der von der KommAustria aufgrund von Wahrnehmungen im Rahmen ihres "Werbemonitoring" vermuteten Gesetzesverletzungen sein; dieses "Werbemonitoring" soll nicht nur der Vorbereitung von Administrativ- und Verwaltungsstrafverfahren dienen, sondern durch die zeitgerechte Veröffentlichung auch die tatsächliche Gebrauchnahme der - teils in rundfunkrechtlichen Bestimmungen,

teils im Wettbewerbsrecht vorgesehenen - Instrumente der Rechtsdurchsetzung von Konkurrenten untereinander erleichtern.

b) Es ist dem Gesetzgeber nicht schlechthin verwehrt, ein Verfahren laufender Überwachung ("Monitoring") der Werbetätigkeit von Rundfunkveranstaltern vorzusehen und die Ergebnisse dieser Überwachung zu veröffentlichen, mit dem Ziel, dadurch die Einhaltung der Werbevorschriften sicherzustellen und zu fördern. Es ist mit dem Sachlichkeitsgebot jedoch nicht vereinbar, wenn eine gesetzliche Regelung wie § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG ein zu einer "Vorverurteilung" geeignetes Element der Veröffentlichung von bloßen Verdachtsgründen gegen namentlich genannte (insofern also auch "an den Pranger" gestellte) Rundfunkveranstalter beinhaltet, weil die Veröffentlichung dieser angeblichen Verfehlungen erfolgt, ohne dass der betroffene Veranstalter angehört werden muss oder die Möglichkeit hat, die Veröffentlichung durch einen Rechtsbehelf zu verhindern. Sie wird vielmehr unabhängig davon vorgenommen, ob es aufgrund der erhobenen Vorwürfe überhaupt zur Einleitung eines Administrativ- oder Verwaltungsstrafverfahrens kommt. Auch wird dem betroffenen Veranstalter keinerlei Rechtsanspruch darauf eingeräumt, seine Rechtfertigung oder eine für ihn günstige Entscheidung in gleicher Weise wie die Feststellung der Wahrnehmung einer Gesetzesverletzung im Überwachungsverfahren zu veröffentlichen. Unter diesen Umständen ist die Veröffentlichung der Ergebnisse des Überwachungsverfahrens nicht mehr durch die vom Gesetzgeber ins Treffen geführten Gründe für das "Werbemonitoring" gerechtfertigt und daher unsachlich.

2.3. Bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Überwachung der Werbevorschriften widerspricht daher die Wortfolge "und die Ergebnisse dieser Auswertungen binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung in geeigneter Weise zu veröffentlichen" in § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG dem Gleichheitssatz; sie wird daher als verfassungswidrig aufgehoben.

3. Die vom Verfassungsgerichtshof im Prüfungsbeschluss in Bezug auf § 7 Abs. 1 KOG, BGBl. I Nr. 32/2001, aufgeworfenen Bedenken treffen hingegen im Ergebnis nicht zu:

3.1. Der Gerichtshof hat in seinem Prüfungsbeschluss vorläufig bezweifelt, ob es sachlich gerechtfertigt ist, eine - nach dem Gesetzeswortlaut uneingeschränkte - Verpflichtung zur Veröffentlichung der Einleitung eines Werbebeobachtungsverfahrens, nicht aber eine entsprechende bedingungslose Verpflichtung zur Veröffentlichung des rechtskräftigen Verfahrensausgangs vorzusehen.

Vor dem Hintergrund der Aufhebung der in Prüfung gezogenen Wortfolge in § 2 Abs. 1 Z 7 zweiter Satz KOG bestehen jedoch gegen den in Prüfung gezogenen § 7 Abs. 1 KOG keine Bedenken.

3.2. Da § 7 Abs. 1 KOG mit Art. II des BG BGBl. I Nr. 9/2006 novelliert wurde (s. Pkt. I.3.2.) und sich die im Prüfungsbeschluss geäußerten Bedenken als unzutreffend erwiesen haben, war auszusprechen, dass § 7 Abs. 1 KOG idF BGBl. I Nr. 32/2001 nicht verfassungswidrig war.

4. Der Ausspruch, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Kraft treten, beruht auf Art. 140 Abs. 6 erster Satz B-VG.

Die Verpflichtung des Bundeskanzlers zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung und dem damit im Zusammenhang stehenden sonstigen Ausspruch erfließt aus Art. 140 Abs. 5 erster Satz B-VG und § 64 Abs. 2 VfGG iVm. § 3 Z 3 BGBlG.

5. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

Wien, am 15. März 2007

Der Präsident:

Dr. K o r i n e k

Schriftführer:

Dr. F a u n i e