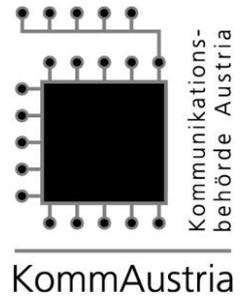


Behörde (Anschrift, Telefon, Telefax, E-Mail, DVR)

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
Mariahilfer Straße 77-79, 1060 Wien
Telefon: 01/58058-0, Telefax: 01/58058-9191, E-Mail: rtr@rtr.at



RSb

Herrn XXX
z.Hd. XXX
XXX
XXX

Zahl (Bitte bei Antworten angeben!)
KOA XXX

Sachbearbeiter/in
XXX

☎ Nebenstelle
XXX

Datum
20.07.2012

Straferkenntnis

XXX hat als zur Vertretung nach außen berufener und hiermit gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 50/2012, für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlicher Geschäftsführer der XXX zu verantworten, dass die XXX in dem in ihrem Versorgungsgebiet „XXX“ ausgestrahlten Hörfunkprogramm „XXX“ am 25.11.2011, um ca. 17:20 bis ca. 17:22 Uhr, im Rahmen des Gewinnspiels „XXX“ Schleichwerbung gesendet hat.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 19 Abs. 4 lit. b PrR-G iVm § 27 Abs. 2 PrR-G iVm § 9 Abs. 1 VStG

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
200 Euro	2 Stunden	Keine	§ 27 Abs. 2 iVm § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G iVm § 16 Abs. 2 und § 19 VStG

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Die XXX haftet gemäß § 9 Abs. 7 VStG für die über XXX verhängte Geldstrafe zur ungeteilten Hand.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

- **20 Euro** als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 15 Euro (200 S) angerechnet);
- **---** Euro als Ersatz der Barauslagen für

Der zu zahlende **Gesamtbetrag** (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

220 Euro

Zahlungsfrist:

Wird keine Berufung erhoben, so ist der Bescheid sofort vollstreckbar. Der Gesamtbetrag (Strafe, Kosten, Barauslagen) ist sodann unverzüglich entweder mit dem beiliegenden Zahl(Erlag)schein zu überweisen oder unter Mitnahme dieses Bescheides bei der Behörde einzuzahlen. **Bei Verzug** muss damit gerechnet werden, dass der Betrag – ohne vorhergehende Mahnung – **zwangsweise eingetrieben** und im Fall seiner Uneinbringlichkeit die **Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt** wird.

Begründung:

1. Gang des Verfahrens

Mit Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 15.03.2012, KOA XXX, wurde festgestellt (Spruchpunkt 1.), dass die XXX als Hörfunkveranstalterin im Versorgungsgebiet „XXX“ dadurch, dass sie am 25.11.2011 in ihrem Hörfunkprogramm „XXX“ um ca. 17:20 bis ca. 17:22 Uhr im Rahmen des Gewinnspiels „Ein Handy geht auf Reisen“ das Handy der Marke Alcatel One Touch 918d absichtlich zu Werbezwecken erwähnt hat und die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zweckes dieser Erwähnung irreführen konnte, Schleichwerbung gesendet und somit gegen die Bestimmung gemäß § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G verstoßen hat.

Die Frist zur Erhebung einer Berufung gegen diesen Bescheid ist am 30.03.2012 ungenutzt verstrichen. Der Bescheid ist somit in Rechtskraft erwachsen.

Hierauf leitete die KommAustria mit Schreiben vom 23.04.2012, KOA XXX, im Hinblick auf Spruchpunkt 1. des zitierten Bescheides gemäß § 19 Abs. 4 lit. b iVm § 27 Abs. 2 PrR-G gegen XXX ein Verwaltungsstrafverfahren ein und forderte den Beschuldigten zur Rechtfertigung gemäß den §§ 40 und 42 VStG auf.

In seiner Rechtfertigung verwies der Beschuldigte auf die von der XXX im Rahmen des Rechtsverletzungsverfahrens eingebrachte Stellungnahme vom 12.01.2012 und die darin erfolgten Ausführungen, warum die inkriminierte Sendung nicht gegen die Bestimmungen des Privatradiogesetzes verstoßen habe. Der Beschuldigte räumte allerdings ein, dass ihm die zwischenzeitlich eingetretene Rechtskraft des Bescheides bekannt sei und dass die darin dargelegte Rechtsansicht der Behörde zur Kenntnis genommen und diese in Hinkunft berücksichtigt werde. Der Beschuldigte erklärte jedoch auch, dass er die eigene, in der erwähnten Stellungnahme der XXX dargelegte Rechtsansicht als vertretbar erachte, sodass ihm diesbezüglich kein bzw. nur leichtes Verschulden vorzuwerfen sei. Aus diesem Grund, aber auch aufgrund der einschlägigen verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit, ersuchte der Beschuldigte um Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens bzw. um ein Vorgehen iSv § 21 VStG.

2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

Die XXX ist aufgrund des Bescheides des Bundeskommunikationssenates (BKS) vom 01.09.2008, GZ XXX, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk im Versorgungsgebiet „XXX“ für die Dauer von zehn Jahren.

Am 25.11.2011 wurde im Rahmen des Hörfunkprogramms „XXX“ im Zeitraum zwischen 17:00 und 18:00 Uhr, konkret von ca. 17:20 bis ca. 17:22 Uhr folgender Beitrag ausgestrahlt:

Sendung zwischen 17:00 und 18:00 Uhr am 25.11.2011, moderiert von XXX

Um kurz vor 17:20 Uhr endet der U2 Hit „Vertigo“ und der Moderator XXX moderiert diesen wie folgt ab: „Yea, U2, Vertigo auf XXX, einer der größten Hits [kurze Pause]... so, einer der größten Hits hier auf XXX.“ Daraufhin ertönt ein Musikbett und eine weibliche Stimme spricht währenddessen folgende Worte: „Ein Handy geht auf Reisen...das große Alcatel Handy Tagebuch... nur auf XXX.“ Daraufhin ist wieder der Moderator XXX zu hören, wobei das Musikbett weiter läuft: „Weihnachten steht vor der Tür und da wird man doch gerne beschenkt... wie wär's mit dem brandneuen Alcatel One Touch 918 d... das Teil ist tip top ausgestattet mit einem großen Touchscreen, mit dual sim Betrieb, mit einer megascharfen Kamera, und, und, und,... dieses Alcatel-Wunder kriegen Sie aber nicht so einfach... machen Sie mit, bei unserem neuen Gewinnspiel „Ein Handy auf Reisen“! Wir geben ab 1. Dezember jeden Tag einen Platz in XXX und dem XXX hier im Radio bekannt. Sie müssen dann dort hinkommen und kriegen dieses Handy ausgehändigt, und dann müssen Sie mit dem Smartphone 24 Stunden Ihres Lebens ganz genau dokumentieren. Das geht mit einem Blog über Facebook, Sie müssen Photos online stellen, und jederzeit müssen Sie für uns erreichbar sein. Falls wir anrufen und Sie sitzen gerade in der Badewanne, dann müssen Sie auch abheben..., in jeder Situation eben müssen Sie berichten, ...und wenn Sie das tatsächlich schaffen, dann kriegen Sie dieses Wunder der Technik, das Alcatel One Touch 918 d, ...und jeden Tag hat ein anderer Kandidat die Chance auf dieses Abenteuer... egal wo Sie wohnen, sei es im XXX, im XXX, oder im XXX... wir kommen zu Ihnen, wir schicken das Handy auf Reisen. Alle Infos gibt's online, auf XXX.at.“

Im Anschluss um kurz vor 17:22 Uhr wird ein akustisches Trennsignal eingespielt, welches so klingt, als würden Geldmünzen auf eine Oberfläche prallen. Dieses akustische Trennmittel kommt im Laufe der ausgewerteten Sendungen des Hörfunkprogramms „XXX“ regelmäßig vor Beginn und nach Ende von Werbespots zum Einsatz. Es folgen auch im Anschluss an das geschilderte Trennsignal ein werblich gestalteter Sponsorhinweis für Alcatel als Sponsor des Gewinnspiels „Ein Handy geht auf Reisen“, sowie weitere Werbespots. Im Rahmen des Werbeblocks wird zusätzlich ein weiterer werblich gestalteter Sponsorhinweis für das von XXX veranstaltete Gewinnspiel „Ein Handy geht auf Reisen“ eingespielt, in welchem das Alcatel Smartphone 918 d gewonnen werden kann. Der Werbeblock endet um ca. 17:25 Uhr mit demselben Trennsignal (fallende Münzen).

Die XXX ist eine zu FN XXX beim Landesgericht XXX eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in XXX. Als Geschäftsführer der XXX fungieren XXX (seit 25.05.2007) und XXX (seit 08.04.1998) jeweils selbstständig.

Festgehalten wird, dass bisher gegen XXX in seiner Funktion als Geschäftsführer der XXX kein Verwaltungsstrafverfahren durch die KommAustria wegen Verstoßes gegen bzw. wegen Missachtung strafrechtlich bewehrter Werbebestimmungen des Privatradiogesetzes geführt worden ist, insbesondere nicht in Zusammenhang mit Schleichwerbung.

Der Bescheid der KommAustria vom 15.03.2012, KOA XXX, in welchem festgestellt wurde, dass die XXX im Rahmen der Ausstrahlung des Gewinnspiels „Ein Handy geht auf Reisen“ Schleichwerbung ausgestrahlt und dadurch gegen § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G verstoßen hat, wurde laut Rückschein am 16.03.2012 zugestellt. Die Berufungsfrist endete ungenutzt am 30.03.2012.

Die KommAustria geht davon aus, dass XXX über ein monatliches Nettoeinkommen von jedenfalls EUR XXX verfügt. XXX fungiert seit 08.04.1998 als Geschäftsführer der XXX.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den zitierten Bescheiden der KommAustria und des BKS sowie aus der Rechtfertigung des Beschuldigten in seiner Rechtfertigung vom 14.05.2012.

Die Feststellungen zum Inhalt des am 25.11.2011 um ca. 17:20 Uhr ausgestrahlten Beitrags beruhen vor allem auf dem rechtskräftigen Bescheid der KommAustria vom 15.03.2012, KOA XXX.

Die Feststellungen zu den Geschäftsführern der Privatrado Burgenland GmbH beruhen auf dem offenen Firmenbuch.

Die Feststellung, wonach der Beschuldigte jedenfalls über ein monatliches Nettoeinkommen von EUR XXX verfügt, beruht auf entsprechenden Schätzungen der KommAustria. Dies erscheint vor dem Hintergrund, dass XXX Geschäftsführer eines Senders der XXX-Gruppe ist, welche als Netzwerk zu den größten

österreichischen Privatradioveranstaltern zählt, auf keinen Fall als zu tief gegriffen. Die Schätzungen erfolgten vor dem Hintergrund, dass der Beschuldigte in seiner Rechtfertigung vom 14.05.2012 keine Angaben zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen und allfälligen Sorgepflichten gemacht hat.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde und Verfahren

Gemäß § 31 Abs. 2 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. 50/2010, werden die Aufgaben der Regulierungsbehörde nach diesem Bundesgesetz von der KommAustria wahrgenommen.

Gemäß § 27 Abs. 2 PrR-G begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu EUR 3.600 zu bestrafen, wer die Anforderungen des § 19 Abs. 1, 2 oder 4 lit. a und b oder § 20 verletzt. Gemäß § 27 Abs. 5 PrR-G sind Verwaltungsstrafen gemäß Abs. 1 bis 3 von der Regulierungsbehörde zu verhängen. Die Straf gelder fließen dem Bund zu.

Gemäß § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G ist Schleichwerbung unzulässig. Schleichwerbung ist die Erwähnung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Programmen, wenn sie vom Hörfunkveranstalter absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zweckes dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt.

Gemäß § 30 Abs. 1 PrR-G ist auf das Verfahren der Regulierungsbehörde – soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist – das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, in Verfahren über Verwaltungsübertretungen das Verwaltungsstrafgesetz 1991 anzuwenden.

4.2. Zum Verstoß gegen § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G iVm § 27 Abs. 2 PrR-G

§ 19 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2010, lautet wörtlich:

„(1) Werbesendungen (Spots, Kurzsendungen und gestaltete Werbesendungen einschließlich gestalteter An- und Absagen von Patronanzsendungen) dürfen im Jahresdurchschnitt die tägliche Dauer von insgesamt 172 Minuten nicht überschreiten, wobei Abweichungen von höchstens 20 vH pro Tag zulässig sind. Nicht in die höchstzulässige Dauer einzurechnen sind Hinweise des Hörfunkveranstalters auf eigene Sendungen und auf Begleitmaterialien, die direkt von diesen Sendungen abgeleitet sind, sowie Beiträge im Dienst der Öffentlichkeit, kostenlose Spendenaufrufe zu wohltätigen Zwecken und ungestaltete An- und Absagen von Patronanzsendungen.

(2) Werbesendungen für Tabakwaren und Spirituosen sowie unter der Wahrnehmungsgrenze liegende Werbung sind unzulässig.

(3) Werbung muss leicht als solche erkennbar und durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt sein.

(4) a) Werbung darf nicht irreführen und den Interessen der Verbraucher nicht schaden.

b) **Schleichwerbung** ist unzulässig. Schleichwerbung ist die Erwähnung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Programmen, wenn sie vom Hörfunkveranstalter **absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zweckes dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann**. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt.

c) In der Werbung dürfen keine Personen auftreten, die regelmäßig Nachrichtensendungen und Sendungen zum politischen Zeitgeschehen vorstellen.

d) Ein Werbetreibender darf keinen redaktionellen Einfluss auf den Programminhalt ausüben. [...]“

Der in § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G definierte Tatbestand der Schleichwerbung setzt nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (insbesondere VwGH 14.11.2007, 2005/04/0245 zur gleichlautenden Vorschrift gemäß § 14 Abs. 2 ORF-G idF BGBl. I Nr. 102/2007) die Absicht, einen Werbezweck zu erreichen und die Eignung zur Irreführung über diesen Zweck voraus (vgl. dazu auch Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetz³ [2011], S. 15f zu § 1a Z 7 ORF-G, welche die Definition der Schleichwerbung beinhaltet und den gleichen Wortlaut wie § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G aufweist).

Schleichwerbung liegt also dann vor, wenn eine Werbemaßnahme so „getarnt“ wird, dass sie als solche dem Zuschauer bzw. Zuhörer nicht erkennbar ist. Dabei ist von einer Zwei-Stufen-Prüfung auszugehen: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Äußerung (Erwähnung, Darstellung) in einer Sendung den Tatbestand der Werbung erfüllt (arg. „absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen“). In einem zweiten Schritt ist die Irreführungseignung hinsichtlich des „eigentlichen Zwecks der Darstellung“ zu prüfen. Eine Irreführungseignung ist dabei dann anzunehmen, wenn für den durchschnittlichen Zuseher (Zuhörer) aufgrund des redaktionellen Umfeldes (z.B. Einbettung in ein scheinbar redaktionelles Format) oder aufgrund der Sendungsankündigung eine falsche Erwartungshaltung erzeugt wird. Besonders offensichtliche (insbesondere „marktschreierische“) und keinen Zweifel über ihre werbliche Absicht offen lassende Botschaften werden nach dieser Formel in der Regel nicht als Schleichwerbung, sondern als mangelhaft getrennte/gekennzeichnete Werbung anzusehen sein (vgl. dazu auch Kogler/Trainer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetz³ [2011], S. 15f zu § 1a Z 7 ORF-G).

In ihrer Stellungnahme vom 12.01.2012 – auf welche sich im gegenständlichen Strafverfahren der Beschuldigte beruft – erklärte die XXX, dass keine dieser kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen vorläge und bestritt bereits die Werblichkeit der inkriminierten Aussagen. Die XXX ging jedoch hinsichtlich des Kriteriums der „Absicht, einen Werbezweck zu erreichen“ fehl in ihrer Annahme, dass die im in Rede stehenden Beitrag erwähnten Ausstattungsmerkmale des Gewinnspielpreises nicht werblich gestaltet wären, sondern deren Nennung lediglich für die besondere Aufgabenstellung des Gewinnspiels erforderlich gewesen sei. Die Ausführungen des Moderators, *„Weihnachten steht vor der Tür und da wird man doch gerne beschenkt... wie wär's mit dem brandneuen Alcatel One Touch 918 d... das Teil ist tip top ausgestattet mit einem großen Touchscreen, mit dual sim Betrieb, mit einer megascharfen Kamera, und, und, und,... dieses Alcatel-Wunder kriegen Sie aber nicht so einfach...“* weisen zweifellos werbliche Elemente auf, die über eine neutrale Darstellung von Ausstattungsmerkmalen des Handys deutlich hinausgehen.

Die KommAustria hat auch nicht die Erwähnung einzelner Produktmerkmale an sich aufgegriffen, sondern das werbliche Herausstreichen derselben, wie beispielsweise *„...brandneues Alcatel One Touch 918 d, ...das Teil ist tip top ausgestattet, ... mit einer megascharfen Kamera, ...dieses Alcatel-Wunder, oder auch dieses Wunder der Technik, ...“*. Hinzu kam im gegebenen Fall auch die Bezugnahme auf das bevorstehende Weihnachtsfest und damit verbunden den Wunsch, zu schenken oder beschenkt zu werden.

Auch wenn die XXX unter Berufung auf die Entscheidung des BKS vom 28.09.2009, GZ 611.172/0001-BKS/2009, behauptet, dass im gegenständlichen Beitrag weder ein übermäßiges Herausstreichen des Produktes noch aufdringliche Kaufaufforderungen erfolgt seien, beschränken sich die Aussagen des Moderators im gegenständlichen Beitrag nicht – wie in dem der Entscheidung des BKS zugrunde liegenden Fall – auf die bloße Nennung der Marke und des Wertes des Gewinnspielpreises und die einmalige Erwähnung, dass es sich um das neueste Produkt handele; vielmehr werden vor dem Hintergrund der Weihnachtszeit und dem Wunsch zu schenken bzw. beschenkt zu werden, sämtliche Ausstattungsmerkmale des Smartphones hervorgehoben und dieses auch zweimal als Wunder der Technik angepriesen.

Entgegen der von der XXX vertretenen Auffassung war somit davon auszugehen, dass sich die Hörfunkveranstalterin im gegenständlichen Fall werblicher Aussagen bedient hat, denen die Absicht innewohnt, einen Werbezweck zu erreichen. Die XXX vermochte in ihrer Stellungnahme somit nicht den Eindruck zu beseitigen, dass der Beitrag im Sinne der Judikatur des VwGH (14.11.2007 2005/04/0245; 14.11.2007, 2005/04/0167; 1.10.2008, 2005/04/0053) geeignet ist, bislang uninformierte oder unentschlossene Zuhörer für den Erwerb des Alcatel Smartphones gewinnen zu können.

Bei der weiteren Beurteilung, ob eine Erwähnung oder Darstellung von Waren oder Dienstleistungen über den eigentlichen Zweck, nämlich den Werbezweck irreführen kann, ist auf den durchschnittlich informierten und aufmerksamen Zuhörer abzustellen. Eine Irreführungseignung ist dabei anzunehmen, wenn für den durchschnittlichen Zuhörer auf Grund des redaktionellen Umfeldes (z.B. Einbettung in ein scheinbar redaktionelles Format) oder auf Grund der Sendungsankündigung eine falsche Erwartungshaltung erzeugt wird (vgl. BKS 28.09.2009, GZ 611.172/0001-BKS/2009; VwGH 14.11.2007, 2005/04/0245).

Durch die im unmittelbaren Anschluss an die Abmoderation des zuvor gespielten Musiktitels zu hörenden Worte einer weiblichen Stimme, *„Ein Handy geht auf Reisen... das große Alcatel Tagebuch...“*, entsteht zunächst für einen durchschnittlich aufmerksamen Zuhörer die Erwartungshaltung, es folge nun eine Geschichte, jedenfalls aber ein redaktioneller Programmteil. Diese Erwartungshaltung wird beim Zuhörer insbesondere auch noch dadurch verstärkt, dass nach den einleitenden Worten (gesprochen von einer

weiblichen Stimme) wieder der Moderator der Sendung zu hören ist. Wovon der durchschnittliche Hörer in diesem Zusammenhang jedoch nicht ausgehen muss, ist der Umstand, dass vom Moderator der Sendung quasi schleichend die Vorzüge des Smartphones von Alcatel beworben werden. Im Verlauf des Beitrags eröffnet sich dem Zuhörer erst, dass es sich um ein Gewinnspiel handelt. Tatsächlich werden gegen Ende des Beitrags auch die konkreten Bedingungen genannt, etwa dass man sich an bestimmten, zuvor im Programm bekannt gegebenen Orten einfinden müsse, um dann das Alcatel Smartphone entgegen zu nehmen, und dass man diesfalls 24 Stunden des eigenen Lebens genau dokumentieren müsse bzw. auch jederzeit erreichbar sein müsse, um das Alcatel Smartphone am Ende zu gewinnen. Die Gestaltung des gegenständlichen Beitrags – etwa auch das Spannung erzeugende Musikbett – vermittelt insgesamt den Eindruck, es handle sich hierbei um redaktionelles Programm.

Somit wurde einerseits der Erwartungshaltung des Hörers entsprochen, eine „spannende Geschichte“ zu präsentieren und Informationen über die Teilnahmebedingungen des Gewinnspiels zu erhalten, andererseits auch gleichzeitig schleichend das neue Smartphone von Alcatel beworben, und hierdurch der durchschnittlichen Zuhörer über den tatsächlichen Werbezweck dieses Beitrags in die Irre geführt. Die Eignung des gegenständlichen Beitrags zur Irreführung des Zuhörers erschließt sich auch daraus, dass an anderer Stelle während der ausgewerteten Sendung – etwa gleich im Anschluss an den Hinweis um ca. 17:22 Uhr bzw. auch im Laufe des daran anschließenden Werbeblocks – ein werblich gestalteter Sponsorhinweis des Alcatel Smartphones für das Gewinnspiel präsentiert und hierbei auch vom redaktionellen Programm getrennt wurde.

Zusammenfassend war daher davon auszugehen, dass im Rahmen des zwischen ca. 17:20 und 17:22 Uhr gesendeten Beitrags über das von XXX veranstaltete Gewinnspiel „Ein Handy geht auf Reisen“ das Handy der Marke Alcatel One Touch 918d absichtlich zu Werbezwecken erwähnt wurde und hierbei die Allgemeinheit über den eigentlichen Zweck der Erwähnung in die Irre geführt werden konnte. Hierdurch wurde in objektiver Hinsicht der Tatbestand nach § 19 Abs. 4 lit. b iVm § 27 Abs. 2 PrR-G verwirklicht und gegen das Verbot der Schleichwerbung verstoßen.

Der Bescheid der KommAustria vom 15.03.2012, KOA XXX, in welchem festgestellt wurde, dass die XXX im Rahmen der Ausstrahlung des Gewinnspiels „Ein Handy geht auf Reisen“ Schleichwerbung ausgestrahlt und dadurch gegen § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G verstoßen hat, wurde laut Rückschein am 16.03.2012 zugestellt. Die Berufungsfrist ist ungenutzt am 30.03.2012 verstrichen, sodass der Bescheid rechtskräftig wurde.

4.3. Zum Verschulden des verantwortlichen Beauftragten iSd § 9 Abs. 2 VStG

Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Rechtsvorschriften durch juristische Personen, soweit nicht ein verantwortlicher Beauftragter bestellt wurde, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Nachdem die XXX der Regulierungsbehörde keinen verantwortlichen Beauftragten bekanntgegeben hat, trifft den Beschuldigten als Geschäftsführer der XXX die Pflicht, die Einhaltung der Rechtsvorschriften durch die Rundfunkveranstalterin zu gewährleisten und hat er der XXX zurechenbare Verwaltungsübertretungen zu verantworten. Der Beschuldigte hat damit den objektiven Tatbestand der ihm angelasteten Verwaltungsübertretungen verwirklicht.

Zur Erfüllung der subjektiven Tatseite muss die Verwaltungsübertretung dem Beschuldigten auch vorzuwerfen sein. Hierbei ist zunächst zu prüfen, ob die gegenständliche Verwaltungsübertretung gemäß § 19 Abs. 4 lit. b iVm § 27 Abs. 2 PrR-G als Erfolgsdelikt oder als Ungehorsamsdelikt zu qualifizieren ist.

Hinsichtlich der Ungehorsamsdelikte besteht das Tatbild in einem bloßen Verhalten ohne Merkmal eines Erfolges. § 5 Abs. 1 VStG normiert hierzu: „Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.“

Unter Erfolgsdelikt ist somit ein solches zu verstehen, bei dem der Eintritt des Erfolges Tatbestandsvoraussetzung für das Vorliegen des vollendeten Delikts ist (vgl. *Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶ (2003), Anm. 7 zu § 5 VStG; VwGH 15.12.2006, Zl. 2006/04/0100). Wesentlich für die rechtliche Qualifizierung eines Deliktes als Erfolgsdelikt ist, dass der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung gehört (§ 5 Abs. 1 VStG). Der Umstand, dass ein Gebot oder Verbot einen bestimmten Zweck verfolgt, macht diesen nicht zum Tatbestandsmerkmal (VwGH 12.11.1992, Zl. 91/19/0160). Bei Erfolgsdelikten hat die Behörde dem Täter

nicht nur den objektiven Tatbestand, sondern auch das Verschulden nachzuweisen (vgl. *Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶(2003), Anm. 7 zu § 5 VStG; VwGH 02.04.1998, Zl. 94/10/0018).

Das hier gegenständliche Schleichwerbeverbot des § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G, dessen Verletzung gemäß § 27 Abs. 2 PrR-G eine Verwaltungsübertretung darstellt, ist nach Auffassung der KommAustria dem Tatbild nach ein Erfolgsdelikt. Das Tatbild stellt dabei auf die Herbeiführung eines Erfolges, nämlich die potentielle Herbeiführung oder die Gefahr einer Irreführung der Allgemeinheit („die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zweckes dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann“), ab. Demnach handelt es sich hierbei um ein Erfolgsdelikt, das den Eintritt der Gefahr der Irreführung der Hörer erfordert.

Im vorliegenden Fall enthält schon die Definition der Schleichwerbung in § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G ein subjektives Element („vom Hörfunkveranstalter absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen“), dessen Vorliegen bei der XXX in dem hier gegenständlichen Fall rechtskräftig festgestellt worden ist (vgl. Bescheid der KommAustria vom 15.03.2012, KOA XXX).

Aber auch dem Beschuldigten sind die gegenständlichen Verwaltungsübertretungen nach Auffassung der KommAustria vorzuwerfen:

Der Beschuldigte verweist in seiner Rechtfertigung vom 14.05.2012 auf eine Stellungnahme der XXX im Rahmen des Rechtsverletzungsverfahrens und betont dabei vor allem, dass die dort vertretene Rechtsansicht – der gegenständliche Beitrag habe nicht gegen das Privatradiogesetz verstoßen – vertretbar sei, sodass ihm diesbezüglich kein bzw. allenfalls nur ein leichtes Verschulden vorzuwerfen sei.

Der Hinweis auf eine unterschiedliche, aber irriige – womöglich sogar plausible - Rechtsansicht in Bezug auf den vorgeworfenen Tatbestand schließt jedoch nach Auffassung der KommAustria das Verschulden an der objektiv verwirklichten Verwaltungsübertretung nicht aus (vgl. dazu VwGH 26.04.2011, Zl. 2010/03/0044).

Im Übrigen wurde seitens des Beschuldigten bzw. der XXX kein Versuch unternommen, die im zitierten Bescheid der KommAustria vertretene Rechtsmeinung mit dem Rechtsmittel der Berufung an den Bundeskommunikationssenat zu bekämpfen.

Wollte man allenfalls aus diesem Vorbringen des Beschuldigten die Berufung auf einen Rechtsirrtum iSd § 5 Abs. 2 VStG ableiten – zumal eine unverschuldete rechtsirriige Auslegung der Verwaltungsvorschriften der unverschuldeten Unkenntnis derselben iSd § 5 Abs. 2 VStG gleichgestellt wäre (vgl. u.a. VwSlg. 1873/67) – vermag dies den Beschuldigten dennoch nicht zu entschuldigen, wenn nach seinem ganzen Verhalten nicht angenommen werden kann, dass die irriige Gesetzesauslegung unverschuldet war und dass er das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen konnte; die bloße Argumentation im Verwaltungsstrafverfahren mit einer – allenfalls sogar plausiblen – Rechtsauffassung allein vermag ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen (vgl. u.a. VwGH 30.11.1981, 81/17/0126, sowie E 171 zu § 5 VStG bei *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetze* II², mwN). Nach der Rechtsprechung trifft den Beschuldigten auch eine konkrete Erkundigungspflicht und hat er sich bei widersprüchlichen Rechtsauffassungen mit Gewissenhaftigkeit mit dem Für und Wider eingehend auseinanderzusetzen (VwGH 15.09.1987, 87/04/0026). Der bloße Umstand, dass in einer bestimmten Rechtsfrage Unsicherheit herrscht, berechtigt nicht dazu, sich ohne weitere Nachforschungen für die günstigste Variante zu entscheiden und damit gegebenenfalls ungerechtfertigte Rechtsvorteile in Anspruch zu nehmen (VwGH 15.12.1994, 94/09/0085).

Mit anderen Worten, träfe bei der Argumentation des Beschuldigten den Geschäftsführer eines Hörfunkveranstalters praktisch nie ein Verschulden an der Abwicklung einer konkreten Sendung, da es gerade im Hinblick auf werberechtliche Beschränkungen in der Natur des Sache liegt, eine möglichst großzügige Rechtsmeinung zu vertreten, zumal es sich bei Werbung (ob zulässig oder nicht) um die Haupteinnahmequelle von Hörfunksendern handelt.

Der Beschuldigte hat zudem auch nicht vorgebracht, konkrete Kontrollmechanismen oder Überwachungsmaßnahmen in seiner Verantwortung als Geschäftsführer – neben rechtlichen Schulungen – bei der Rundfunkveranstalterin im Hinblick auf die Einhaltung des Privatradiogesetzes zu treffen bzw. überhaupt irgendwelche Überwachungsmaßnahmen bei der Rundfunkveranstalterin getroffen zu haben. Selbst ein bloß ausnahmsweises Versagen normalerweise getroffener Maßnahmen wurde nicht behauptet. Es muss daher angenommen werden, dass vom Beschuldigten in dem hier gegenständlichen Fall gar keine Überwachungsmaßnahmen getroffen oder Erkundigungen eingeholt wurden, die eine Einhaltung des

Privatradiogesetzes – speziell der Bestimmungen über Werbung – durch die Rundfunkveranstalterin hätten gewährleisten sollen. Dieses Verhalten begründet für die KommAustria aber zweifellos ein Verschulden des Beschuldigten.

Zu § 5 Abs. 2 VStG vertritt der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass auch eine irrige Gesetzesauslegung einen Beschuldigten dann nicht zu entschuldigen vermag, wenn dieser es unterlassen hat, Erkundigungen einzuholen, ob die von ihm zum vorliegenden Fragenkreis vertretene Rechtsansicht zutrifft. Solche Erkundigungen haben an der geeigneten Stelle zu erfolgen, worunter im Zweifelsfall die zur Entscheidung der Rechtsfrage zuständige Behörde zu verstehen ist. Die Argumentation mit einer auch plausiblen Rechtsauffassung kann somit ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht ausschließen, vielmehr trägt das Risiko des Rechtsirrtums der, der es verabsäumt, sich an geeigneter Stelle zu erkundigen (vgl. VwGH 28.05.2008, Zl. 2007/21/0021; VwGH 23.04.2007, Zl. 2004/10/0030; VwGH 02.04.2009, Zl. 2007/16/0096).

Die KommAustria geht daher davon aus, dass XXX ein Verschulden daran trifft, dass die XXX am 25.11.2011, um ca. 17:20 bis ca. 17:22 Uhr gegen das Schleichwerbeverbot des § 19 Abs. 4 lit. b PrR-G verstoßen hat. Die XXX hat damit eine Verwaltungsübertretung gemäß § 27 Abs. 2 PrR-G begangen, die XXX gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu verantworten hat.

Gemäß § 21 Abs. 1 VStG kann die Behörde ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann ein Verschulden des Beschuldigten nach § 21 Abs. 1 VStG nur dann als geringfügig angesehen werden, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. z.B. VwGH 29.11.2007, Zl. 2007/09/0229; VwGH 10.12.2001 Zl. 2001/10/0049). Hiervon ist im vorliegenden Fall nicht auszugehen, zumal der Tatbestand der Schleichwerbung eine „absichtliche“ Erwähnung oder Darstellung von Waren bzw. Dienstleistungen zu Werbezwecken unter gleichzeitiger Inkaufnahme der Eignung dieser Erwähnung zur Irreführung über den Werbezweck bedingt. Überdies wurde durch die Tat (Verstoß gegen das Schleichwerbeverbot) das durch die Bestimmung gestützte öffentliche Interesse, nämlich der Schutz der Allgemeinheit vor Irreführung hinsichtlich des Werbezweckes einer Erwähnung oder Darstellung von Waren bzw. Dienstleistungen, geschädigt. Eine unabdingbare Voraussetzung für das Absehen von einer Strafe war somit nicht gegeben. Andere Strafausschließungsgründe liegen ebenfalls nicht vor. Die Behörde konnte daher nicht von der Verhängung einer Strafe gemäß § 21 Abs. 1 VStG absehen.

4.4. Zur Strafbemessung

Gemäß § 27 Abs. 2 PrR-G begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu EUR 3.600 zu bestrafen, wer die Anforderungen des § 19 Abs. 1, 2 oder 4 lit. a und b oder § 20 verletzt.

Grundlage für die Bemessung der Strafe ist gemäß § 19 Abs. 1 VStG stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Dass der Beschuldigte über seine Einkommensverhältnisse keine Angaben gemacht hat, kann nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes von der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Berücksichtigung dieser Verhältnisse (§ 19 Abs. 2 VStG) nicht entbinden. Die Behörde ist vielmehr gehalten, eine Schätzung des Einkommens vorzunehmen und diese in einer nachprüfender Kontrolle zugänglichen Weise in der Bescheidbegründung darzulegen (vgl. z.B. VwGH 23.11.1987, Zl. 87/10/0130).

Die KommAustria geht davon aus, dass der Beschuldigte in seiner Funktion als Geschäftsführer (bzw. als einer von zwei Geschäftsführern) einer langjährigen Hörfunkveranstalterin, welche Inhaberin einer Zulassung für große Teile des Bundeslandes XXX ist und zudem Teil einer auch in XXX und XXX tätigen Sendergruppe ist, jedenfalls über ein monatliches Nettoeinkommen in Höhe von EUR XXX verfügt. Diese Annahme gründet sich auch auf die in zahlreichen Zulassungsverfahren im Bereich Hörfunk gewonnenen Erfahrungen der

KommAustria, in deren Rahmen die jeweiligen Antragsteller auch glaubhaft zu machen haben, dass sie finanziell die Voraussetzungen für eine regelmäßige Veranstaltung und Verbreitung des geplanten Programms erfüllen (vgl. § 5 Abs. 3 PrR-G). In diesem Zusammenhang sind der KommAustria Planrechnungen vorzulegen, welche auch Personalkosten enthalten. Vor diesem Hintergrund vermag die KommAustria die Höhe des Einkommens des Geschäftsführers eines Hörfunkveranstalters in der Größenordnung der XXX einzuschätzen.

Sorgepflichten hat der Beschuldigte nicht angegeben, sodass diese auch nicht festgestellt werden konnten. Der Strafbemessung im vorliegenden Fall wird daher ein monatliches Nettoeinkommen des Beschuldigten in Höhe von EUR XXX zugrunde gelegt.

Im vorliegenden Fall war bei der Strafbemessung als strafmildernd anzusehen, dass es sich hierbei in Zusammenhang mit der XXX um die bisher erste Verwaltungsübertretung dieser Art handelt.

Vor diesem Hintergrund konnte hinsichtlich der Verletzung des § 19 Abs. 4 lit. b iVm § 27 Abs. 2 PrR-G unter Berücksichtigung des Verschuldensausmaßes mit einer Strafe von EUR 200, welche im unteren Bereich des Strafrahmens angesiedelt ist (Höchstmaß EUR 3.600), das Auslangen gefunden werden. Der Strafbemessung wurde das festgestellte Einkommen des Beschuldigten zugrunde gelegt.

Wird eine Geldstrafe verhängt, so ist gemäß § 16 Abs. 1 VStG zugleich für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Gemäß § 16 Abs. 2 VStG darf die Ersatzfreiheitsstrafe das Höchstmaß der für die Verwaltungsübertretung angedrohten Freiheitsstrafe und, wenn keine Freiheitsstrafe angedroht und nicht anderes bestimmt ist, zwei Wochen nicht übersteigen. Eine Ersatzfreiheitsstrafe von mehr als sechs Wochen ist nicht zulässig. Sie ist ohne Bedachtnahme auf § 12 VStG nach den Regeln der Strafbemessung festzusetzen.

Die von der Behörde unter Bedachtnahme der angeführten Gründe festgesetzte Geldstrafe befindet sich am unteren Rand des Strafrahmens. Gleiche Überlegungen haben zur Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Stunden geführt. Hinsichtlich der Ersatzfreiheitsstrafe verweist die Behörde auf § 53b Abs. 2 VStG, wonach mit dem Vollzug einer solchen bis zur Erledigung der beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Beschwerde zuzuwarten ist.

Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haften juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in Abs. 3 genannten natürlichen Personen für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand. Es war daher auszusprechen, dass die XXX für die über XXX verhängte Geldstrafe zur ungeteilten Hand haftet.

Gemäß § 64 Abs. 1 VStG ist in jedem Straferkenntnis und in jeder Entscheidung eines unabhängigen Verwaltungssenates, mit der ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat. Gemäß § 64 Abs. 2 VStG ist dieser Beitrag für das Verfahren erster Instanz mit 10% der verhängten Strafe, für das Berufungsverfahren mit weiteren 20% der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit je 1,50 Euro zu bemessen; bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe gleich 15 Euro anzurechnen. Der Kostenbeitrag fließt der Gebietskörperschaft zu, die den Aufwand der Behörde zu tragen hat.

Vor diesem Hintergrund war auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 10% der verhängten Strafe zu leisten hat. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Rechtsmittelbelehrung:

Sie haben das Recht, gegen diesen Bescheid **Berufung** zu ergreifen.

Die Berufung ist innerhalb von **zwei Wochen** nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich oder mündlich bei uns einzubringen.

Wenn für die schriftliche Einbringung auch technische Übertragungsmöglichkeiten (z.B. Fernschreiber, Telefax, E-Mail) zur Verfügung stehen, ist das als Ergänzung zu unserer Anschrift angegeben. Bitte beachten Sie jedoch, dass der Absender die mit jeder Übermittlungsart verbundenen Risiken (z.B. Übertragungsfehler, Verlust des Schriftstückes) trägt.

Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und – ausgenommen bei mündlicher Berufung – einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten.

Die Berufung hat aufschiebende Wirkung, das heißt, der Bescheid kann bis zur abschließenden Entscheidung nicht vollstreckt werden.

Falls Sie innerhalb der Berufungsfrist die Beigebung eines Verteidigers beantragen, so beginnt die Berufungsfrist erst mit dem Zeitpunkt der Zustellung des Bescheides über die Bestellung zum Verteidiger und des anzufechtenden Bescheides an diesen zu laufen. Wird der rechtzeitig gestellte Antrag auf Beigebung eines Verteidigers abgewiesen, so beginnt die Berufungsfrist mit der Zustellung des abweisenden Bescheides an Sie zu laufen.

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

XXX