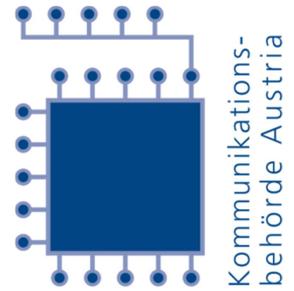


**Behörde** (Anschrift, Telefon, Telefax, E-Mail, DVR, URL)  
 Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)  
 Mariahilfer Straße 77-79, 1060 Wien  
 Telefon: 01/58058-0,  
 Telefax: 01/58058-9191  
 E-Mail: rtr@rtr.at  
 http://www.rtr.at  
 DVR: 4009878 Austria



KommAustria

Vorname und Familienname oder Nachname sowie Wohnort  
 des/der Beschuldigten

RSb  
 A

Zahl (Bitte bei Antworten angeben!)	Sachbearbeiter/in	Durchwahl	Datum
KOA 3.500/16-028	Baumgärtel	452	21.09.2016

## Straferkenntnis

Sie haben als für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 33/2013, verantwortlicher Beauftragter für den gesamten Bereich des Österreichischen Rundfunks (ORF) für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 112/2015, zu verantworten, dass der am 12.06.2014 um ca. 20:44 Uhr im Fernsehprogramm ORF eins ausgestrahlte Werbespot für das „ORF Public Viewing bei der Strandbar Herrmann“ am Anfang nicht durch optische, akustische oder räumliche Mittel von anderen Sendungs- und Programmteilen getrennt wurde.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G idF BGBl. I Nr. 23/2014 iVm § 9 Abs. 2 VStG.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
3.000,-	1 Tag		§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

Allfällige weitere Aussprüche (zB über die Anrechnung der Vorhaft, über den Verfall oder über privatrechtliche Ansprüche):

Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haftet der Österreichische Rundfunk für die verhängte Geldstrafe sowie die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:

**300,-** Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

Euro als Ersatz der Barauslagen für

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

**3.300,-** Euro

### Zahlungsfrist:

Wird keine Beschwerde erhoben, ist dieses Straferkenntnis sofort vollstreckbar. Der **Gesamtbetrag (Strafe/Kosten)** ist – unter Angabe der **Geschäftszahl** – binnen zwei Wochen auf das Konto der RTR-GmbH, IBAN: AT93 20111 29231280909, BIC: GIBAATWWXXX, zu überweisen.

Erfolgt binnen dieser Frist keine Zahlung, kann der Gesamtbetrag eingemahnt werden. In diesem Fall ist ein pauschalierter Kostenbeitrag in der Höhe von fünf Euro zu entrichten. Erfolgt dennoch keine Zahlung, wird der ausstehende Betrag **vollstreckt** und im Fall seiner **Uneinbringlichkeit** die diesem Betrag entsprechende **Ersatzfreiheitsstrafe** vollzogen.

### Begründung:

#### 1. Gang des Verfahrens

##### 1.a. Feststellungsverfahren nach §§ 35 bis 37 ORF-G

Mit Bescheid vom 29.10.2014, KOA 3.500/14-048, stellte die KommAustria im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über den ORF gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 und Z 9 KOG iVm mit den §§ 35, 36 und 37 ORF-G in Spruchpunkt 1. fest, dass der ORF am 12.06.2014 im Programm ORF eins die Bestimmung des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G dadurch verletzt hat, dass der um ca. 20:44 Uhr ausgestrahlte Werbespot für das „ORF Public Viewing bei der Strandbar Hermann“ am Anfang nicht durch optische, akustische oder räumliche Mittel von anderen Sendungs- und Programmteilen getrennt wurde.

Gegen diesen Bescheid erhob der ORF das Rechtsmittel der Beschwerde. Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.12.2015, GZ W120 2014885-1/5E, wurde diese als unbegründet abgewiesen und die ordentliche Revision ausgeschlossen.

Gegen dieses Erkenntnis wurde vom ORF eine außerordentliche Revision erhoben, die mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs vom 26.02.2016, Ra 2016/03/0021-5, zurückgewiesen wurde.

### *1.b. Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens*

Da sich aufgrund der Feststellungen im oben zitierten Bescheid für die KommAustria der Verdachtsfall einer Verletzung der Bestimmung des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G durch die Ausstrahlung eines Werbespots ohne Trennung am Anfang durch optische, akustische oder räumliche Mittel von anderen Sendungs- und Programmteilen für das „ORF Public Viewing bei der Strandbar Herrmann“ im Programm ORF eins ergeben hatte, wurde mit Schreiben vom 11.06.2015, KOA 3.500/15-030, ein Verwaltungsstrafverfahren gegen den für die Einhaltung des (entsprechende Strafbestimmungen enthaltenden) § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G für den gesamten Bereich des Österreichischen Rundfunks gemäß § 9 Abs. 2 VStG bestellten verantwortlichen Beauftragten, xxx (im Folgenden: Beschuldigte), eingeleitet und dieser gemäß §§ 40 und 42 VStG zur Rechtfertigung aufgefordert. Der Österreichische Rundfunk (Generaldirektor) wurde mit Schreiben vom selben Tag entsprechend in Kenntnis gesetzt.

### *1.c. Rechtfertigung des Beschuldigten*

Im Zuge der Vernehmung am 04.08.2015 äußerte sich der Beschuldigte zu der ihm vorgehaltenen Verwaltungsübertretung und brachte im Wesentlichen Folgendes vor:

Er verwies einerseits auf das Beschwerdevorbringen des ORF im unter 1.a. angeführten Rechtsverletzungsverfahren. Weiters sei eine einseitige Betrachtung der Sachverhaltenswertung vorgenommen worden und läge eine Abkehr von der bisherigen Entscheidungspraxis der KommAustria in ähnlich gelagerten Fällen vor.

Insbesondere verwies er darauf, dass im Zusammenhang mit der einseitigen Betrachtung der Sachverhaltenswertung dieser in dem Verwaltungsstrafverfahren unter der Prämisse „im Zweifel für den Beschuldigten“ im gegenständlichen Verfahren anders zu bewerten wäre. Die KommAustria habe in ihrer Entscheidung darauf hingewiesen, dass es sich um einen Verweis auf das entgeltliche Angebot der Strandbar Herrmann handle und habe das damit begründet, dass in dem Spot dies durch die Darstellung mittels einer „jungen Dame“ auf dieses Angebot der Strandbar Herrmann erfolgt sei. Dem sei entgegen zu halten, dass der Sinn dieses Spots nicht der Hinweis der Strandbar Herrmann gewesen sei, sondern die Beteiligung des ORF an dieser, nämlich seiner, Veranstaltung des Public Viewings.

Unterstrichen würde diese Sicht auch durch die Gestaltung des Beitrages, insbesondere durch das gesprochene Wort, die Einbindung der Originalkommentatoren des ORF und der ORF Promotion Voice. Auch im Bildbereich sei dies zu erkennen. So sei die ORF Grafik im ORFeins-Design verwendet worden und es habe auch keine „großflächige“ Darstellung des Angebotes der Strandbar Herrmann gegeben. Es sei lediglich ein beliebiger Ausschnitt einer Bar gezeigt worden, dies auch nur für einen Zeitraum von vier Sekunden. Vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung habe keine Veranlassung bestanden, eventuell die KommAustria vorab mit dem Sachverhalt zu konfrontieren, da aus Sicht des Beschuldigten kein Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Beitrages bestanden habe. Er verwies auf die Entscheidung des BKS vom 09.03.2009, GZ 611.001/007-BKS/2008, dem sogenannten „Schlauchboot-Rallye-Fall“. In diesem Verfahren habe der BKS Werbung bei unentgeltlichen Teilnahmen bei Imageveranstaltung des Rundfunkveranstalters verneint, wobei auch kein Unterschied zum bestehenden Fall gegeben sei, da auch im Seebad Pressegger-See, dem Veranstaltungsort der Schlauchboot-Rallye, Eintritt zu bezahlen gewesen sei und auch Getränke zu erwerben gewesen seien. Im gegenständlichen Fall läge nicht einmal ein Konsumationszwang beim Besuch der Strandbar Herrmann vor. Auch sei kein Eintritt zu bezahlen gewesen. Aus Sicht des Beschuldigten läge somit eine Abkehr der bisherigen Rechtsprechung vor, die nach § 5 Abs. 2 VStG dazu führen müsste, dass keine Bestrafung zu erfolgen habe.

## **2. Sachverhalt**

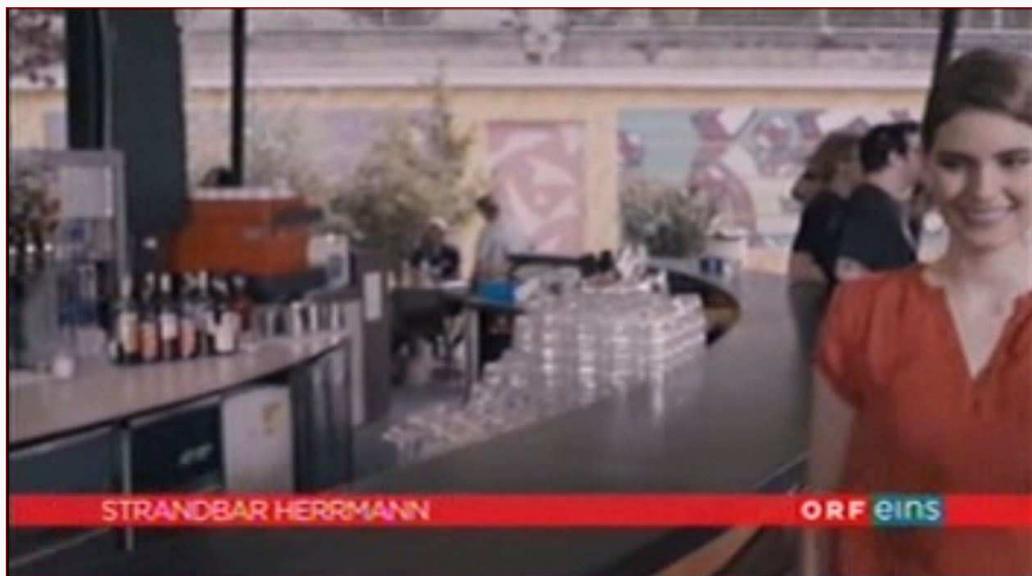
Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

2.a. Werbespot für das „Public Viewing bei der Strandbar Herrmann“ um ca. 20:44 Uhr

Am 12.06.2014 wurde unmittelbar nach dem Ende der Sendung „FIFA-Fußball WM 2014 Brasilien – Die Eröffnung“ gegen ca. 20:44 Uhr ein Werbespot für das „ORF Public Viewing bei der Strandbar Herrmann“ ausgestrahlt.

Der Spot dauert ca. 25 Sekunden, wobei durch einen Sprecher aus dem Off folgender Text gesprochen wird: *„Das große ORF eins Public Viewing in Wien. Alle Spiele der Fußball WM 2014 live bei der Strandbar Herrmann miterleben. Infos auf insider.ORF.at. Alle Spiele auf einem Sender – Live und in HD – die FIFA-Fußball WM in ORF eins.“*

Während des Spots sind Bilder der „Strandbar Herrmann“ zu sehen. In der ersten Hälfte des Spots wird groß der Barbereich im Bild gezeigt, wo einer jungen Dame – augenscheinlich von ihrer Begleitung – Getränke (dem Anschein nach Cocktails) gereicht werden, die diese anschließend zum Bereich der Großleinwand mitnimmt. In der zweiten Hälfte des Spots folgen Bilder von Fußball-Spielen. In der unteren Bildschirmhälfte in einem roten Banner werden weitere Übertragungsorte des „ORF Public Viewing“ eingeblendet (vgl. die nachfolgenden Screenshots):





Am Ende des Spots wird ein ungestalteter Sponsorhinweis mit folgendem Wortlaut ausgestrahlt: „Das ORF eins Public Viewing presented by Kurier und Sony“ [jeweils mit Logoeinblendung]. Danach folgen ein Werbetrenner und ein Werbeblock.

Auf der Website insider.ORF.at wird das „ORF Public Viewing bei der Strandbar Herrmann“ wie folgt dargestellt [kreisförmige Markierung hinzugefügt]:

PROGRAMM

UPLOADS

GEWINNSPIELE

VORTEILE



WM-Video: Die Highlights Russland - Südkorea 1:1



WM-Video: Die Highlights Brasilien - Mexiko 0:0



WM-Video: Die Highlights Belgien - Algerien 2:1



SMS Butler zur FIFA WM 2014



ORF Insider Sport-Newsletter zur FIFA WM 2014



WERBUNG  
ORF eins Public Viewing bei der Strandbar Herrmann, presented by KURIER & SONY



Der FIFA WM Hat trick

Haben Sie das Zeug zum Quiz-Weltmeister? Dann stellen Sie Ihr Wissen übers runde Leder unter Beweis und machen Sie mit beim FIFA WM Hat trick.

[mehr ...](#)



### ORF eins Public Viewing bei der Strandbar Herrmann, presented by KURIER & SONY

Sommer- und Fußballfeeling pur bei Wiens größtem Public Viewing während der Fußball-WM 2014. Am 12. Juni hat die Fußball Weltmeisterschaft gestartet - mit allem, was dazu gehört. Live-Übertragungen, TV-Magazine und Public Viewing unter freiem Himmel.

Möchten auch Sie Sommer- und Fußballfeeling zuhause erleben, dann machen Sie mit beim ORF Insider Gewinnspiel und gewinnen Sie einen von vier Liegestühlen.

[Liegestuhl gewinnen \(Login\)](#)

### Einzigartige Atmosphäre an der Strandbar Herrmann

**KURIER**

Bei Wiens größtem Public Viewing während der Fußball-WM 2014 kommen alle fußballbegeisterten Fans bei freiem Eintritt im gesamten Public-Viewing-Bereich auf ihre Kosten.

**SONY**

An allen 25 Spieltagen werden die Spiele LIVE auf einer 21 m<sup>2</sup> Videowall übertragen; die gewohnt chillige Atmosphäre bei der **Strandbar Herrmann** garantiert eine einzigartige Open Air-Stimmung. Die Spiele werden ab der Gruppenphase jeweils um 17.25 und um 20.15 Uhr in ORF eins LIVE beim Public Viewing gezeigt.

Fürs das leibliche Wohl, sei es gemütlich beim Cocktailtrinken im Strandstuhl oder Genießen diverser kulinarischer Highlights, ist natürlich auch gesorgt.



### Facts zum Public Viewing

ORF eins, **KURIER** und **SONY** präsentieren euch das Public Viewing 2014.

- Zeitraum: 12. Juni 2014 bis 13. Juli 2014
- Strandbar Herrmann, täglich ab 15.00 Uhr geöffnet
- freier Eintritt im gesamten Public Viewing Bereich

**ORF eins HD**

### Weiter ORF Public Viewings in Österreich

FM4 WM-Quartier Wiener WUK 12.06. - 13.07.

Minoritenplatz in Wels 12.06. - 13.07.

Karmeliterplatz in Graz 12.06. - 13.07.

Marktplatz in Dornbirn 04.07. - 13.07.

[Übersicht aller FIFA WM 2014...](#)

Die Website der „Strandbar Herrmann“ (<http://www.strandbarherrmann.at>) beinhaltet folgende Startseite mit einer Darstellung des „ORF eins Public Viewing 2014“:

## STRANDBARHERMANN

STARTSEITE
HERRMANN
NEWSLETTER
FOTOS
PAVILLON
MENÜ
SBH MOBIL
KONTAKT

**Willkommen beim Public Viewing 2014!**



Das ORF eins Public Viewing 2014 bei der Strandbar Herrmann wird präsentiert von KURIER und SONY, es gibt auch jede Menge Preise und Goodies zu gewinnen. Unter anderem werden VIP-Plätze und Handies vergeben.

Wir zeigen alle Spiele mit Beginnzeiten bis 22h! Dabei zeigen wir die Spiele, die der ORF zeigt, Details findet ihr hier: [tv.orf.at](http://tv.orf.at)

**Aus organisatorischen Gründen können wir während der Fußball WM leider keine Reservierungen annehmen. Wir bitten um Verständnis!**

Es gelten wie immer die üblichen Regeln bei Großveranstaltungen. Also bitte keine **spitzen Gegenstände, Regenschirme** (Knirpse sind erlaubt), **brennbare Sprays etc. zum Public Viewing mitbringen.**

An WM-Spieltagen ist die **Cocktail-Happy-Hour von 17h bis 18h!**

Aktuelle Infos auch auf [facebook](#) oder [Twitter](#)...

**twitter.com/strandbar**

Ab 13h haben wir geöffnet und zeigen um 18h FRANKREICH - NIGERIA , um 22h DEUTSCHLAND - ALGERIEN bei jedem Wetter! Wer verliert ist raus!, Jun 30

---

**f facebook.com/strandbar**

Heute ist die letzte Achtelfinalrunde mit 18h ARGENTINIEN - SCHWEIZ und 22h BELG... Heute ist die letzte Achtelfinalrunde mit 18h ARGENTINIEN - SCHWEIZ und 22h BELGIEN - USA...heute solls jedenfalls trocken bleiben :)

1 day ago

**Nächste Veranstaltungen**

- DJ Dimitrios - 03/07/2014 - 16:00
- Fußball-Weltmeisterschaft 2014: Frankreich - Deutschland - 04/07/2014 - 18:00
- Fußball-Weltmeisterschaft 2014: Brasilien - Kolumbien - 04/07/2014 - 22:00
- Fußball-Weltmeisterschaft 2014: Argentinien - Belgien - 05/07/2014 - 18:00
- Fußball-Weltmeisterschaft 2014: Niederlande - Costa Rica - 05/07/2014 - 22:00

**Jul 2014**

M	D	M	D	F	S	S
30	1	2	3	4	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30	31	1	2	3

© Blaufuss Gastronomie GmbH 2005-2013. Design: EinMOLig 06

### 2.b. Bestellung des Beschuldigten zum verantwortlichen Beauftragten / Vorstrafen

Der ORF ist als Stiftung öffentlichen Rechts nach § 1 Abs. 1 ORF-G eine juristische Person. Mit Schreiben vom 06.12.2011, erfasst unter KOA 5.009/12-005, wurde der Beschuldigte mit dessen Zustimmung zum verwaltungsstrafrechtlich Beauftragten, sachlich abgegrenzt u.a. für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G, für den gesamten Bereich des Österreichischen Rundfunks bestellt.

Mit Straferkenntnis vom 16.01.2012, KOA 3.500/12-002, wurden durch die KommAustria über den Beschuldigten wegen zweier Übertretungen des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 1 Z 2 ORF-G Geldstrafen iHv je EUR 5.000,- verhängt. Dieses Straferkenntnis wurde mit dem die dagegen erhobene Berufung abweisenden Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien (UVS Wien) vom 27.02.2013, UVS-06/23/1729/2012-17, rechtskräftig.

Mit Straferkenntnis vom 29.02.2012, KOA 3.500/12-013, wurde durch die KommAustria über den Beschuldigten wegen einer Übertretung des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G eine Geldstrafe iHv EUR 5.000,- verhängt. Dieses Straferkenntnis wurde mit dem die dagegen erhobene Berufung abweisenden Bescheid des UVS Wien vom 20.06.2012, UVS-06/48/3556/2012-6, rechtskräftig.

Mit Straferkenntnis vom 13.06.2013, KOA 3.500/13-008, wurde durch die KommAustria über den Beschuldigten rechtskräftig wegen einer Übertretung des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 15 Abs. 2 ORF-G eine Geldstrafe iHv EUR 4.000,- verhängt.

Mit Straferkenntnis vom 06.11.2014, KOA 3.500/14-049 wurden durch die KommAustria über den Beschuldigten wegen insgesamt 28 Übertretungen des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 5 Satz 2 (4 Übertretungen) und Satz 4 (9 Übertretungen) iVm § 17 Abs. 5 ORF-G und des § 38 Abs. 1 Z 2

iVm § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G (15 Übertretungen), jeweils iVm § 9 Abs. 2 VStG, Geldstrafen iHv insgesamt EUR 116.000,- verhängt. Dieses Straferkenntnis wurde mit dem die dagegen erhobene Beschwerde abweisenden Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.02.2016, GZ W94 2016273-1/13E, rechtskräftig.

Mit Straferkenntnis vom 15.04.2015, KOA 1.850/14-021, wurden durch die KommAustria über den Beschuldigten rechtskräftig wegen dreier Übertretungen des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 13 Abs. 1 Satz 2 iVm § 1a Z 7 ORF-G Geldstrafen iHv je EUR 3.000,- verhängt.

Mit Straferkenntnis vom 17.11.2015, KOA 3.500/15-046, wurde durch die KommAustria über den Beschuldigten rechtskräftig wegen einer Verletzung des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G iVm § 9 Abs. 2 VStG, eine Geldstrafe iHv EUR 4.000,- verhängt.

### *2.c. Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen des Beschuldigten*

Im ORF besteht unter der Verantwortung des Beschuldigten ein allgemeines System, wonach aufgrund einer Dienstanweisung des Generaldirektors sämtliche zu gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Entscheidungen (Bescheide, Urteile, Beschlüsse, Erkenntnisse udgl.) in Werbesachen im weitesten Sinn abgegebenen Einschätzungen, Empfehlungen und Vorgaben der Abteilung Recht und Auslandsbeziehungen (GRA) sowie sämtliche durch den Beschuldigten festgelegte Maßnahmen von allen Dienststellen und Tochtergesellschaften zu berücksichtigen bzw. einzuhalten sind. Weiters gibt es eine vom Beschuldigten an alle Direktoren, Landesdirektoren, Dienststellenleiter und mehrere Tochtergesellschaften adressierte „Interne Mitteilung“ vom 08.03.2010, in der eine Verteilung von Berichten der Abteilung GRA und deren Abrufbarkeit im Internet angeordnet werden. Weiters wird angeordnet, dass werberechtliche Fragen, die nicht ausjudiziert sind und bisher noch nicht von GRA beurteilt wurden, ausnahmslos an GRA zur Klärung heranzutragen sind. Bei Sendungen oder sonstigen Aktivitäten, die neu sind und/oder ein nicht unbeachtliches mediales Interesse erwarten lassen, sind alle damit in Zusammenhang stehenden werberechtlichen Fragen im Vorhinein mit GRA abzuklären. Einzelfälle, bei denen aufgrund ihrer Komplexität Zweifel über die werberechtliche Zulässigkeit der Vorgehensweise besteht, sind an GRA heranzutragen. Ebenso ist in der internen Mitteilung in Aussicht gestellt, dass GRA regelmäßig in allen von den Werbebestimmungen betroffenen Bereichen des ORF und seiner Tochtergesellschaften stichprobenartige Kontrollen und Überprüfungen durchführen wird.

Der Beschuldigte legte im vorliegenden Fall im Zuge der Vernehmung des Weiteren dar, dass bei „Marketingaktionen“ der zu zeigende Spot vorab, nämlich vor Ausstrahlung, der Rechtsabteilung zur Abnahme vorgelegt worden sei. Dies passiere bei Kooperationsvereinbarungen mit ORF-Anmutung. Das seien Spots, die die ORF-Eigenvermarktung betreffen. Dies sei auch im gegenständlichen Fall geschehen, der Spot sei als unproblematisch eingestuft worden. In anderen Fällen, nämlich bei Kooperationsvereinbarungen ohne ORF-Anmutung, unterlägen sie dem Werberegime und würden in den Werbeblock hineingestellt. Dann gäbe es keine Veranlassung, jeden einzelnen Spot im Vorhinein abzunehmen.

Des Weiteren legte der Beschuldigte dar, dass hinsichtlich dieser Kooperationsvereinbarungen an sich Musterverträge verwendet würden, die periodisch den rechtlichen Bestimmungen angepasst werden. Im gegenständlichen Fall könnte es auch so gewesen sein, dass hier eine Kontrolle der Mustervereinbarung stattgefunden habe und zwar hinsichtlich der Übereinstimmung mit dem UEFA-Lizenzierungsvertrag.

### *2.d. Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie Sorgepflichten des Beschuldigten*

*[anonymisiert]*

## **3. Beweiswürdigung**

Die Feststellungen zum Sendungsablauf gründen sich auf die vorliegenden Aufzeichnungen der Sendung. Der Sachverhalt wurde vom Beschuldigten nicht weiter bestritten.

Die Feststellungen zur Bestellung des Beschuldigten als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichen Beauftragten ergeben sich aus dem zitierten Schreiben des ORF vom 06.12.2011, KOA 5.009/12-005. Die Feststellungen zur Verhängung von Verwaltungsstrafen gegen den Beschuldigten wegen der Übertretung des § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G ergeben sich aus den zitierten Bescheiden bzw. Erkenntnissen.

Die Feststellungen zu den Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen des Beschuldigten ergeben sich aus den Angaben durch den Vertreter des Beschuldigten im Zuge der Vernehmung vom 04.08.2015.

Die weiteren Feststellungen zu den allgemeinen Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen des Beschuldigten gründen sich auf vorangegangene Rechtfertigungen des Beschuldigten in den unter 2.b. genannten Verwaltungsstrafverfahren, wo Ausführungen zu Kontrollmaßnahmen gemacht wurden.

Die Feststellungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen sowie Sorgepflichten des Beschuldigten ergeben sich aus den zuletzt erfolgten Feststellungen im Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 16.02.2016, W194 2016273-1/13E. Im vorliegenden Verfahren wurde seitens des Beschuldigten nichts zu allfälligen Änderungen vorgebracht. Daher geht die KommAustria davon aus, dass die in dem genannten Verfahren getroffenen Feststellungen weiterhin die Einkommens- und Vermögensverhältnissen sowie Sorgepflichten des Beschuldigten widerspiegeln.

#### **4. Rechtliche Würdigung**

##### *4.a. Zuständigkeit der Behörde*

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 KOG, BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2016, obliegt der KommAustria die Wahrnehmung der Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk und seine Tochtergesellschaften sowie das Führen von Verwaltungsstrafverfahren nach Maßgabe des ORF-G. Auch gemäß § 35 ORF-G obliegt der KommAustria als Regulierungsbehörde die Rechtsaufsicht über den ORF.

##### *4.b. Zum objektiven Tatbestand*

§ 38 ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 in der zum Zeitpunkt der Begehung der Verwaltungsübertretung maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 23/2014, lautet auszugsweise:

#### **„Verwaltungsstrafen**

**§ 38.** (1) *Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu 58 000 Euro zu bestrafen, wer – soweit die nachfolgend genannten Bestimmungen auf seine Tätigkeit Anwendung finden – nach diesem Bundesgesetz ein Programm veranstaltet, einen Abrufdienst anbietet oder sonst ein Online-Angebot bereitstellt und dabei*

*[...]*

- 2. § 13 Abs. 4, § 13 Abs. 1 bis 6, § 14 Abs. 1, 3 bis 5 und 9 oder den §§ 15 bis 17 zuwiderhandelt;*

*[...]*“

§ 1a ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 in der zum Zeitpunkt der Begehung der Verwaltungsübertretung maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 23/2014, lautet auszugsweise:

#### **„Begriffsbestimmungen**

**§ 1a.** *Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet*

1.-7. [...]

8. „Fernseh- oder Hörfunkwerbung (Werbung)“

a) jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern oder

b) jede Äußerung zur Unterstützung einer Sache oder Idee, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gesendet wird.“

§ 14 ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 in der zum Zeitpunkt der Begehung der Verwaltungsübertretung maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 23/2014, lautet auszugsweise:

### **„Fernseh- und Hörfunkwerbung, Werbezeiten**

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

Angesichts des Umstands, dass der im Spruch des gegenständlichen Straferkenntnisses festgestellte Verwaltungsübertretung der idente Sachverhalt zu Grunde liegt, wie dem vorangegangenen Feststellungsverfahren nach §§ 35 bis 37 ORF-G, kann hinsichtlich der Prüfung des objektiven Tatbestands auf dieses Verfahren zurückgegriffen werden, in dem rechtskräftig eine Verletzung des § 14 Abs. 1 ORF-G festgestellt wurde (Spruchpunkt 1. des Bescheides vom 29.10.2014, KOA 3.500/14-048).

Das Bundesverwaltungsgericht führte im die Beschwerde gegen diesen Bescheid abweisenden Erkenntnis (BVwG 18.12.2015, GZ W120 2014885-1/5E) wörtlich Folgendes aus:

„In ständiger Rechtsprechung hat der Verwaltungsgerichtshof in Bezug auf die Auslegung des Begriffs der Werbung (vgl. ua dazu die Erkenntnisse vom 18.09.2013, 2012/03/0162, sowie vom 17.03. 2011, 2011/03/0014) Folgendes ausgesprochen:

„Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, die auch für die Auslegung von § 1a Z 8 lit a ORF-G maßgeblich bleibt, ist für das Vorliegen von Werbung entscheidend, ob die (gegen eine Gegenleistung bzw für ein eigenes Produkt gesendete) Äußerung bzw Darstellung insgesamt geeignet ist, das bislang uninformierte oder unentschlossene Publikum für den Erwerb dieses Produkts (Waren, Dienstleistungen) zu gewinnen, sodass auf das Ziel der Darstellung, nämlich den Absatz dieser Produkte zu fördern, geschlossen werden kann (vgl dazu etwa VwGH vom 22. Mai 2013, 2010/03/0008, mwN).“

Diese Eignung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn qualitativ-wertende Aussagen oder werbliche Botschaften in Form eines Leistungsvergleiches mit anderen Unternehmen oder das Herausstreichen des Waren- und Leistungsangebotes oder besonderer Produkteigenschaften vorliegen (vgl. ua BKS 23.06.2005, 611.001/0002-BKS/2005).

Im gegenständlichen Fall kann insbesondere aufgrund des konkreten Hinweises im verfahrensgegenständlichen Spot auf einen bestimmten Gastronomiebetrieb, in dessen Areal das Public Viewing stattfinden sollte, nämlich die Strandbar Herrmann, und aus der zu Beginn erfolgten großflächigen Einblendung der Bar mitsamt der Cocktailgläser der belangten Behörde vom Bundesverwaltungsgericht nicht entgegengetreten werden, wenn diese davon ausging, dass "Im vorliegenden Fall [...] durch den Spot vordringlich der Besuch des ‚Public Viewing‘ in der genannten Location am Wiener Donaukanal" (vgl. Seite 10 des angefochtenen Bescheides) und das "entgeltliche Angebot der ‚Strandbar Herrmann‘ (Gastronomie)" (vgl. Seite 11 des angefochtenen Bescheides) beworben wird. So zeigen bereits die Feststellungen der belangten Behörde betreffend die inhaltliche Gestaltung des Spots (= die eingblendeten Cocktailgläser zu Beginn des Spots in Detaileinstellung, die Dame, die die Cocktails in der Hand hält, etc.), dass

der verfahrensgegenständliche Spot nach der Verkehrsauffassung objektiv dazu geeignet war, das Interesse des Zusehers des Spots für das Public Viewing in der Strandbar Herrmann zu wecken und dadurch den Absatz eben dieses Gastronomiebetriebes der Strandbar Herrmann durch die dortige Konsumation von Getränken durch Besucher der Public-Viewing-Veranstaltung zu fördern. Dieser Eindruck wird – nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes – vor allem durch die Ausgestaltung des Spots verstärkt, und zwar insbesondere durch die Eröffnungsszene des Spots, welche die Aufmerksamkeit des Zusehers in Form einer Detailsinstellung auf zwei Cocktailgläser, die von zwei Händen von der Theke genommen werden, richtet, anschließend den Thekenbereich der Bar mit Barmann für den Zuseher gesamtbildfüllend sowie in weiterer Folge eine Dame mit einem Cocktailglas in der Hand in Form einer Nah-Einstellung sichtbar macht und schlussendlich eine Dame, mit einem Cocktailglas in der Hand, die sich in Richtung der Public Viewing-Leinwand umdreht, fokussiert. Erst im weiteren Verlauf des Spots wird auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Public Viewing an sich bzw. die Übertragung der Fußballspiele Bezug genommen.

Damit ist der Tatbestand der Werbung iSd § 1a Z 8 lit a ORF-G hinsichtlich des Tatbestandselements "Ziel, den Absatz [...] gegen Entgelt zu fördern" erfüllt, da gerade auch die zuvor beschriebene Darstellung der Cocktailgläser bzw. des Barbereichs dazu dienen sollten bzw. objektiv dazu geeignet waren, bislang uninformierte bzw. unentschlossene Seher für die Konsumation von Getränken wie beispielsweise von Cocktails etc. beim Public Viewing zu gewinnen und damit den Absatz von der Strandbar Herrmann zu fördern.

Ob ein Eintritt verlangt worden sei bzw. ein Konsumationszwang bestanden habe (so wie von der beschwerdeführenden Partei ausgeführt), kann schlussendlich dahingestellt bleiben, da gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu ua das Erkenntnis vom 17.03.2011, 2011/03/0014) bei der Auslegung des Begriffs Werbung darauf abgestellt wird, ob die Darstellung insgesamt geeignet ist, das bislang uninformierte oder unentschlossene Publikum für den Erwerb des Produktes (im gegenständlichen Fall die entsprechende Konsumation von beispielsweise Getränken) zu gewinnen, was - wie bereits dargelegt - mit dem verfahrensgegenständlichen Spot erreicht wurde.

Wenn die beschwerdeführende Partei vorbringt, dass es durchaus in ihrem Sinn gelegen sei, "durch die Gestaltung des Trailer-Beginns und die Auswahl der Protagonisten eine gewisse Aufmerksamkeitswirkung zu erzielen", jedoch nicht das eigentliche Angebot der Strandbar Herrmann beworben worden sei, ist dieser entgegenzuhalten, dass gerade mittels der bereits erwähnten Detailsinstellung, in welcher die zwei Cocktailgläser großflächig erscheinen und diese Einstellungsgröße prinzipiell zur Anwendung gelangt, um das Augenmerk des Zusehers auf einen besonders kleinen Ausschnitt aus einem Ganzen zu lenken, zu Beginn des Spots die Aufmerksamkeit des Zusehers auf die Getränkekonsumation in der Strandbar Herrmann im Zuge des Public Viewing gelenkt wird und diesem damit die Inanspruchnahme des Public Viewing mit einhergehendem Cocktailkonsum in der Strandbar Herrmann suggeriert wird. Dieser Eindruck wird nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes vor allem im weiteren Verlauf des Spots dadurch verstärkt, dass dem Zuseher die Sicht auf die Public Viewing-Leinwand aus der Perspektive der Dame mit dem Cocktailglas in der Hand (mittels eines Over-the-Shoulder-Shot) vermittelt wird.

Aus der Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes liegt der Zweck dieses Spots daher gerade auch in der Förderung der Getränkekonsumation in der Strandbar Herrmann während des Public Viewing und nicht der reinen Bewerbung des Public Viewing an sich. Wie die belangte Behörde bereits in zutreffender Weise ausgeführt hat, ist, wenn ein inhaltlich zusammenhängender und damit als Einheit zu sehender Programm- bzw. Veranstaltungshinweis auch Werbung zu Gunsten eines Dritten enthält, der gesamte Spot gesamthaft als Werbung zu betrachten und dem Trennungsregime zu unterwerfen (vgl. auch BKS 26.03.2007, 611.001/0013-BKS/2006; 17.11.2008, 611.009/0014-BKS/2008), weshalb im gegenständlichen Fall der Spot insgesamt als Werbung iSd § 1a Z 8 ORF-G anzusehen ist.

[...] Wenn die beschwerdeführende Partei nun weiters vorbringt, dass diese für den verfahrensgegenständlichen "Trailer" keinerlei Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung erhalten

habe bzw. die Strandbar Herrmann in Bezug auf die Gestaltung des "Trailers" kein Mitspracherecht gehabt habe, ist dieser Folgendes entgegenzuhalten:

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 19. November 2008, ZI 2005/04/0172, in Bezug auf die Entgeltlichkeit als Voraussetzung zur Qualifikation als Werbung zur gleichlautenden Vorgängerbestimmung des § 1a Z 8 lit a ORF-G (= ex-§ 13 Abs. 1 ORF-G) Folgendes ausgesprochen:

"Unbeschadet des schlüssigen Beweisergebnisses im vorliegenden Fall ist aber grundsätzlich darauf hinzuweisen, dass der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 27. Jänner 2006, ZI 2004/04/0114, zu den Voraussetzungen des Product-Placement im Sinne des § 14 Abs. 5 ORF-G ausgesprochen hat, der Umstand, ob eine Erwähnung oder Darstellung im gegebenen Zusammenhang ‚gegen Entgelt‘ vorliegt, sei an Hand eines objektiven Maßstabes zu beurteilen. Entscheidend ist nicht, ob die Beteiligten für die Erwähnung oder Darstellung einer Ware, Marke etc., außerhalb einer Werbesendung ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung vereinbart haben. Entscheidend ist vielmehr, ob es sich um eine Erwähnung oder Darstellung bestimmter Art handelt, nämlich um eine solche, die nach der Verkehrsauffassung üblicher Weise gegen Entgelt erfolgt. Anderenfalls stünde es im Belieben der Beteiligten, über die Zulässigkeit einer Erwähnung oder Darstellung von Waren, Marken etc. außerhalb von Werbesendungen nach Gutdünken zu disponieren. Ein solcher Standpunkt liegt dem Gesetz aber nicht zu Grunde.

Diese Überlegungen gelten in gleicher Weise für die Beantwortung der Frage, ob ein Entgelt oder eine Gegenleistung als Voraussetzung der Werbung (§ 13 Abs. 1 ORF-G) [...] geleistet wurden. Auch im vorliegenden Fall ist daher von einem objektiven Maßstab auszugehen. Entscheidend ist demnach, ob für die Ausstrahlung des jeweils konkret zu beurteilenden Hinweises nach dem üblichen Verkehrsgebrauch ein Entgelt bzw. eine Gegenleistung (§ 13 Abs. 1 ORF-G) oder ein Beitrag zur Finanzierung (§ 17 Abs. 1 ORF-G) zu leisten wäre."

Gemäß dieser Judikatur ist daher entscheidend, ob für die Ausstrahlung des jeweils konkret zu beurteilenden Hinweises nach dem üblichen Verkehrsgebrauch ein Entgelt bzw. eine Gegenleistung zu leisten wäre. Es ist somit im vorliegenden Fall zu überprüfen, ob für die Ausstrahlung eines solchen Spots nach "üblichem Verkehrsgebrauch" ein Entgelt zu leisten wäre. Vor allem vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Möglichkeit der Inanspruchnahme des Public Viewing an mehreren und von der Strandbar Herrmann verschiedenen Orten und der im vorliegenden Spot akustisch und optisch speziell hervorgehobenen und beworbenen diesbezüglichen Möglichkeit der Inanspruchnahme konkret in der Strandbar Herrmann bewirbt - nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes - ein nach den Grundsätzen der Marktwirtschaft operierendes Unternehmen wie jenes der beschwerdeführenden Partei ein anderes Unternehmen in derart akustischer und optischer Weise im Rahmen eines Fernsehspots lediglich in derartig exklusiver Weise und zur besten Sendezeit des Tages (= 20:44 Uhr), wenn es hierfür eine Gegenleistung bzw. ein Entgelt zu erwarten hat. Da aufgrund der Ausgestaltung des Spots die Verrechnung eines Entgeltes bzw. der Erhalt einer Gegenleistung dem typischen Verhalten eines Unternehmens am Markt entspricht, ist das Merkmal der Entgeltlichkeit im vorliegenden Fall daher als erfüllt anzusehen. Ob der "Trailer", so wie die beschwerdeführende Partei vorbringt, Teil der Vereinbarung gewesen sei oder nicht, ist für die Beurteilung des Falls nicht maßgeblich, da - so wie bereits ausgeführt - es bei der Beurteilung der Entgeltlichkeit bzw. des Vorhandenseins einer Gegenleistung nicht auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt, sondern auf den üblichen Verkehrsgebrauch.

Auch die beantragte Einvernahme des Mitarbeiters der beschwerdeführenden Partei [...] hätte an diesem Ergebnis nichts ändern können, da es in Bezug auf die Beurteilung der Entgeltlichkeit bzw. des Erhalts einer Gegenleistung lediglich auf die Beurteilung nach üblichem Verkehrsgebrauch ankommt (vgl. ua dazu das Erkenntnis des VwGH vom 21.10.2011, 2009/03/0172) und nicht auf den diesbezüglichen Inhalt der dem Spot zugrundeliegenden Vereinbarung. Die Einholung weiterer Beweise wurde von der beschwerdeführenden Partei nicht beantragt und war deren Notwendigkeit vom Bundesverwaltungsgericht auch nicht erkennbar.

Wenn die beschwerdeführende Partei in diesem Zusammenhang unter Hinweis auf die Judikatur

des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. das Erkenntnis vom 28.02.2014, 2012/03/0019; arg. "Im Übrigen wird mit der bloßen Behauptung, es könne ‚angesichts der im Sport ‚an allen Ecken und Enden‘ anzutreffenden werblichen Einschübe ... keine Verkehrsauffassung dahin geben, dass dem Rundfunkveranstalter für die Darstellung/Erwähnung ein Entgelt geleistet‘ werde, nicht substantiiert aufgezeigt, dass tatsächlich keine solche Verkehrsauffassung besteht.") weiters vorbringt, dass die beschwerdeführende Partei im gegenständlichen Fall substantiiert dargetan habe, dass keine Verkehrsauffassung dahingehend bestehe, dass diese ein Entgelt für die gegenständliche Ausstrahlung erhalten habe, ist ihr entgegenzuhalten, dass diese lediglich ausgeführt hat, dass die Ausstrahlung von "Trailern" oder die Gestaltung derselben nicht Teil der Vereinbarung zwischen der beschwerdeführenden Partei und der Strandbar Herrmann gewesen sei, jedoch in keiner Weise dargelegt hat, warum gemäß der Verkehrsauffassung für die verfahrensgegenständliche Ausstrahlung der Erhalt eines Entgeltes bzw. einer Gegenleistung nicht üblich wäre.

Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes ist - wie bereits ausgeführt - aufgrund der Ausgestaltung des Spots die Verrechnung eines Entgeltes bzw. der Erhalt einer Gegenleistung als typisches Verhalten eines Unternehmens am Markt anzusehen, sodass das Merkmal der Entgeltlichkeit im vorliegenden Fall als erfüllt anzusehen ist.

[...] Aus diesem Grund erübrigt sich auch ein Eingehen auf den von der beschwerdeführenden Partei in diesem Zusammenhang angeführten "Antenne Kärnten Schlauchboot-Rallye"-Fall (vgl. BKS 09.03.2009, 611.001/0007-BKS/2008).

[...]

Da somit das Vorliegen von Werbung iSd § 1a Z 8 lit a ORF-G zu bejahen ist und der gegenständliche Spot unstrittiger Weise nicht durch optische, akustische oder räumliche Mittel am Beginn eindeutig vom restlichen Programm der beschwerdeführenden Partei getrennt wurde, hat die belangte Behörde zu Recht eine Verletzung des §§ 14 Abs 1 iVm 1a Z 8 lit a ORF-G festgestellt, weshalb die verfahrensgegenständliche Beschwerde abzuweisen war.“

Auch der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem die ao Revision zurückweisenden Beschluss vom 26.02.2016, Ra 2016/03/0021, neuerlich festgehalten, dass es darauf ankommt, ob für die Ausstrahlung des jeweils konkret zu beurteilenden Hinweises nach dem üblichen Verkehrsgebrauch ein Entgelt bzw. eine Gegenleistung zu leisten wäre: „Es ist daher grundsätzlich von einem objektiven Maßstab und dem üblichen Verkehrsgebrauch auszugehen; nicht entscheidend ist hingegen, ob tatsächlich Entgelt geleistet worden ist (vgl etwa VwGH. vom 19.11.2008, 2005/04/0172, und vom 21.10.2011, 2009/03/0173). Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung lässt sich auch der gegenständliche Fall lösen. Es ist auch nicht zu erkennen, dass das BVwG bei der Beurteilung der Umstände des Einzelfalles, die für sich betrachtet nicht revisibel sind, von den dargestellten höchstgerichtlichen Leitlinien abgewichen wäre. Dies gilt sowohl für die Frage der (mit)angestrebten Absatzförderung zugunsten des erwähnten Gastronomiebetriebs als auch für die objektive Beurteilung der Entgeltlichkeit. Dass die im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 1. Juli 2009, 2009/04/0079, für besondere Kulturhinweise angestellten Erwägungen auch im vorliegenden Fall Platz greifen können und deshalb eine Ausnahme von den oben geschilderten Grundsätzen zuließen, vermag die Revision nicht überzeugend darzulegen. Im vorliegenden Fall wurde nämlich nicht (nur) für die Sportveranstaltung selbst, sondern - wie vom BVwG zu Recht beanstandet worden ist - auch für den diese Veranstaltung begleitenden Gastronomiebetrieb geworben, sodass schon deshalb eine Berufung auf den öffentlich-rechtlichen Auftrag für eine solche Vorgangsweise fehlschlägt.“

Im Lichte dieser rechtskräftigen Entscheidungen ist – auch mangels entsprechenden weitergehenden Vorbringens des Beschuldigten – vom Vorliegen der Verletzung der spruchgegenständlichen Bestimmungen des § 14 Abs. 1 ORF-G und insoweit auch vom Vorliegen des objektiven Tatbestands einer Verwaltungsübertretung nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G, der auf diese Bestimmung verweist, auszugehen.

4.c. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Beschuldigten iSd § 9 Abs. 2 VStG

Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Gemäß § 9 Abs. 2 VStG sind die zur Vertretung nach außen Berufenen berechtigt bzw. auf Verlangen der Behörde verpflichtet, aus ihrem Kreis eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt.

Der ORF ist als Stiftung öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 1 ORF-G) eine juristische Person. Da mit dem Beschuldigten ein verantwortlicher Beauftragter für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G für den gesamten Bereich des ORF bestellt wurde, entfällt insoweit die Verantwortlichkeit der zur Vertretung nach außen Berufenen. Der Beschuldigte ist daher im Sinn des § 9 Abs. 2 VStG ein verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher Beauftragter.

#### *4.d. Zum Verschulden des verantwortlichen Beauftragten*

Zur Erfüllung der subjektiven Tatseite muss die Verwaltungsübertretung dem Beschuldigten auch vorzuwerfen sein. Bei dem festgestellten Verstoß gegen § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G handelt es sich um ein sogenanntes „Ungehorsamsdelikt“, zu dessen Tatbestand der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und zu dessen Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. Es liegt daher am Beschuldigten, mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen, widrigenfalls aufgrund der gesetzlichen Vermutung des § 5 Abs. 1 VStG von schuldhaftem Verhalten in der Schuldform der Fahrlässigkeit auszugehen ist. Auch § 9 VStG fordert von der Verwaltungsbehörde zu untersuchen, ob dem im fraglichen Fall Verantwortlichen eine der in § 5 VStG festgesetzten Schuldformen angelastet werden kann (vgl. BKS 02.06.2010, GZ 611.009/0013-BKS/2010). Bei Ungehorsamsdelikten verlangt die in § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG verankerte widerlegliche Schuldvermutung zu Lasten des Täters, dass dieser von sich aus sein mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen hat. Dazu bedarf es der Darlegung, dass er im Betrieb ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet hat, sodass er unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten konnte (vgl. VwGH 27.04.2011, 2010/08/0172, mwN).

Das Vorbringen des Beschuldigten, wonach der gegenständliche Spot zwar vorab im Rahmen der Rechtsabteilung geprüft worden, jedoch als unproblematisch eingestuft worden sei, läuft – zusammen mit der von ihm vertretenen Bestreitung des Vorliegens des objektiven Tatbestands – auf die Behauptung des Vorliegens eines Rechtsirrtums iSd § 5 Abs. 2 VStG hinaus, zumal eine unverschuldete rechtsirrigte Auslegung der Verwaltungsvorschriften der unverschuldeten Unkenntnis derselben iSd § 5 Abs. 2 VStG gleichgestellt wäre (vgl. u.a. VwSlg. 6636 A/1965 und 7143 A/1967). Eine solche irrige Gesetzesauslegung iS eines Rechtsirrtums vermag den Beschuldigten allerdings dann nicht zu entschuldigen, wenn nach seinem ganzen Verhalten nicht angenommen werden kann, dass die irrige 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 II*<sup>2</sup>, 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).

Umgelegt auf den vorliegenden Fall ist nach Auffassung der KommAustria festzuhalten, dass ein

allfälliger Rechtsirrtum dem Beschuldigten jedenfalls schuldhaft vorwerfbar ist. Wie das BVwG und auch der VwGH in den zitierten Entscheidungen im Rechtsverletzungsverfahren ausgeführt haben, kommt es nach der stRSpr darauf an, ob für die Ausstrahlung des jeweils konkret zu beurteilenden Hinweises nach dem üblichen Verkehrsgebrauch ein Entgelt bzw. eine Gegenleistung zu leisten wäre. Es ist daher grundsätzlich von einem objektiven Maßstab und dem üblichen Verkehrsgebrauch auszugehen; nicht entscheidend ist hingegen, ob tatsächlich ein Entgelt geleistet worden ist. Auch haben der VwGH und das BVwG herausgestrichen, dass es sich keineswegs um einen Spot gehandelt hat, der sich auf die Bewerbung der ORF-eigenen Leistungen beschränkt, sondern dass eben auch ein Gastronomiebetrieb mitbeworben wurde. Wenn dies nun durch den Beschuldigten bzw. im Rahmen der von ihm zu verantwortenden Prüfung des Spots durch Mitarbeiter der Rechtsabteilung verkannt wurde, so vermag ihn dies schon insoweit nicht zu entschuldigen, als an den Beschuldigten als Leiter der Rechtsabteilung des ORF und als für den gesamten Bereich des ORF für die Einhaltung der werberechtlichen Vorschriften nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G verantwortlicher Beauftragter ein hoher Sorgfaltsmaßstab anzulegen ist. Bei der ihm obliegenden pflichtgemäßen und sorgfältigen Befassung mit der einschlägigen Rechtsprechung, an deren Zumutbarkeit ebenso keine Zweifel bestehen kann, hätte er daher zum Ergebnis einer Unvertretbarkeit seiner Rechtsauffassung kommen müssen. Zumindest aber wäre bei einer allenfalls auftretenden Rechtsunsicherheit ein sorgfältiges Abwiegen des Für- und Wider, das Einholen weiterer Erkundigungen von Nöten und dem Beschuldigten zumutbar gewesen. Dass derlei geschehen wäre, wurde vom Beschuldigten nicht vorgebracht und es sind auch im Verfahren keinerlei Anhaltspunkte für ein derartiges sorgfaltsgemäßes Verhalten hervorgekommen. Tatsächlich hat das BVwG die Rechtslage im konkreten Fall als „klar und eindeutig“ angesehen und die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für unzulässig erklärt; auch der VwGH sah keinerlei Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung.

Dieser ein Verschulden nicht ausschließende Rechtsirrtum wirkt insoweit in die mangelnde Wahrnehmung der Kontrollpflichten eines verantwortlichen Beauftragten hinein, da davon auszugehen ist, dass der Beschuldigte im Rahmen des von ihm zu verantwortenden wirksamen Kontrollsystems keine Anordnung erteilt hat oder hätte, die zu einer ordnungsgemäßen Trennung der verfahrensgegenständlichen Werbung an ihrem Anfang geführt hätte. Es ist deshalb von schuldhaftem Verhalten des Beschuldigten mangels sorgfaltsgemäßer Wahrnehmung der geforderten Aufsichts- und Kontrollaufgaben in der Schuldform der Fahrlässigkeit auszugehen. Ein entschuldigender Rechtsirrtum iSd § 5 Abs. 2 VStG liegt nicht vor. Die gesetzliche Schuldvermutung des § 5 Abs. 1 VStG bleibt demnach aufrecht.

#### *4.e. Zur Strafbemessung*

Die Strafbemessung hat sich innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens zu bewegen. Dieser reicht gemäß § 38 Abs. 1 ORF-G bis zu einem Betrag von 58.000,- Euro. Grundlage für die Bemessung der Strafe ist gemäß § 19 Abs. 1 VStG die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) 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 und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG kann die Behörde im Fall der Z 4, anstatt die Einstellung zu verfügen, dem Beschuldigten unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Die Bestimmung des § 45 Abs. 1 VStG, idF BGBl. I Nr. 33/2013, trat insofern u.a. an die Stelle des § 21 VStG vor der genannten Novellierung. Die Erläuterungen (ErlRV 2009 BlgNR 24. GP, S. 19) führen dazu folgendes aus: „Im vorgeschlagenen § 45 Abs. 1 werden die derzeit in § 21 Abs. 1, § 21 Abs. 1a und § 34 VStG enthaltenen Bestimmungen an systematisch richtiger Stelle zusammengeführt. Der vorgeschlagene § 45 Abs. 1 Z 4 und der vorgeschlagene neue Schlusssatz dieses Absatzes entsprechen im Wesentlichen § 21 Abs. 1.“ Es kann also davon ausgegangen werden, dass mit der Novellierung keine inhaltliche Änderung der Bestimmungen zum Absehen von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens beabsichtigt war und insofern auf die Judikatur zum bisherigen § 21 Abs. 1 VStG zurückgegriffen werden kann.

Soweit in § 45 Abs. 1 Z 4 VStG auf die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes Bezug genommen wird, ist dies der Neuformulierung der Bestimmungen über die Strafbemessung (§ 19 VStG) geschuldet (ErlRV 2009 BlgNR 24. GP, S. 18 f). Soweit also nunmehr darauf abgestellt wird, dass „die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung“ gering sein müssen, ersetzt dies das bisherige Tatbestandsmerkmal der unbedeutenden Folgen der Übertretung. Eine inhaltliche Änderung war damit nicht intendiert.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes müssen die beiden in dieser Bestimmung genannten Bedingungen – geringfügiges Verschulden des Beschuldigten und unbedeutende Folgen der Tat (nunmehr: geringe Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung) – kumulativ vorliegen, damit von der Strafe abgesehen werden konnte (vgl. die bei *Raschauer/Wessely* [Hg.], VStG, Rz 6 zitierte Judikatur des VfGH). Ein Verschulden des Beschuldigten kann 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. VfGH 16.09.2010, 2010/09/0141; VfGH 29.11.2007, 2007/09/0229; VfGH 10.12.2001, 2001/10/0049).

Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ist im vorliegenden Fall zu verneinen: Der Schutzzweck des Trennungsgebotes liegt im Schutz des Konsumenten. Der Konsument soll in die Lage versetzt werden, den eigentlichen Zweck der Ausstrahlung zu kennen und die im Rahmen der Werbung wiedergegebenen Informationen mit entsprechender „Vorsicht“ wahrzunehmen, so er dies überhaupt wünscht. Der Grundsatz der Trennung von Werbung und redaktionellen Inhalt stellt nach der Judikatur des VfGH einen „Eckpfeiler“ der Regelung der Fernsehwerbung dar (VfSlg 18.017/2006). Diese durch die Strafvorschrift geschützten Rechtsgüter werden durch die begangene Verwaltungsübertretung in einem nicht unerheblichen Ausmaß beeinträchtigt, sodass der objektive Unrechtsgehalt der Tat nicht als bloß geringfügig eingestuft werden kann. Insofern ist davon auszugehen, dass ein typischer Fall der Verletzung der Vorschrift des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G vorliegt, und daher ein Absehen von der Strafe gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ausgeschlossen ist. Auch andere Strafausschließungsgründe liegen nicht vor.

Als Erschwerungsgrund ist gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm § 33 Abs. 1 Z 2 StGB zu berücksichtigen, dass gegen den Beschuldigten bereits in mehreren Fällen wegen insgesamt 36 auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden Taten Verwaltungsstrafen gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 in Verbindung mit den Werbebestimmungen der §§ 13 bis 17 ORF-G verhängt worden sind, die noch nicht iSd § 55 VStG getilgt sind. Die KommAustria geht davon aus, dass als auf der „gleichen schädlichen Neigung“ beruhende Taten alle Verwaltungsübertretungen anzusehen sind, die von § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G erfasst werden. Nach der Rechtsprechung des VfGH sind jedenfalls nicht bloß Verstöße gegen dieselbe Norm als auf der gleichen schädlichen Neigung beruhend anzusehen: So wurden etwa Verwaltungsübertretungen wegen Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit (§ 20 Abs. 2 StVO) als auf derselben schädlichen Neigung beruhend angesehen, wie Verstöße gegen die Umkehrverbote nach § 14 Abs. 2 StVO (vgl. VfGH 16.11.1988, 88/02/0153 mwN). Nach der hM beruhen mit Strafe bedrohte Handlungen u.a. dann auf derselben schädlichen Neigung, wenn sie gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet sind (vgl. *Wessely* in N. *Raschauer/Wessely* (Hrsg), VStG (2009) Rz 8 zu § 19 VStG. Der Gesetzgeber hat nun alle Verstöße gegen die werberechtlichen Vorschriften des ORF-G in der Bestimmung § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G zusammengefasst und sie mit einer jeweils gleich hohen Verwaltungsstrafe

bedroht, woraus zu schließen ist, dass der Gesetzgeber hier von einem einheitlichen Rechtsgut („Einhaltung der Werbebeschränkungen“) ausgeht. Zu berücksichtigen ist dabei weiters, dass die Einhaltung der genannten werberechtlichen Vorschriften die Einrichtung und Anwendung eines einheitlichen, alle Bestimmungen gleichermaßen umfassenden Aufsichts- und Kontrollsystems durch den Beschuldigten bedingen, und sich ein Verstoß gegen diese Pflicht sohin primär als Ergebnis eines Aufsichts- und Kontrollversagens darstellt, was als Kern der „schädlichen Neigung“ bezeichnet werden kann. Welche konkrete in § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G verwiesene Norm verletzt wurde, ist demgegenüber eine nachgelagerte Frage. Gestützt wird dieses Ergebnis auch durch die unter 2.b. dargestellte Bestellung des Beschuldigten zum verwaltungsstrafrechtlichen Beauftragten, die ebenfalls alle Tatbestände des § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G gleichermaßen umfasst, und die im Gefolge dieser Bestellung getroffenen Maßnahmen des Beschuldigten im Bereich der Kontrolle und Aufsicht (oben 2.c.), die ebenfalls nicht nach einzelnen Tatbeständen differenzieren.

Milderungsgründe gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm § 34 StGB liegen keine vor.

Der Strafbemessung werden das Jahreseinkommen des Beschuldigten in Höhe von zumindest xxx Euro brutto sowie die Sorgepflichten zu Grunde gelegt.

Unter Berücksichtigung dieser Strafbemessungsgrundsätze gelangt die KommAustria in Ausübung des Ermessens im Sinne des Gesetzes zum Ergebnis, dass hinsichtlich der gegenständlichen Verletzung des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G mit einem Betrag von EUR 3.000,- das Auslangen gefunden werden kann. Die verhängte Geldstrafe liegt am untersten Ende des Strafrahmens des § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G, der bis EUR 58.000,- reicht.

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 untersten Ende des Strafrahmens. Gleiche Überlegungen haben zur Verhängung der Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag geführt.

#### *4.f. Haftung des ORF / Verfahrenskosten*

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 der ORF für die über den Beschuldigten verhängte Geldstrafe sowie die auf die verhängte Strafe entfallenden Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand haftet.

Gemäß § 64 Abs. 1 VStG ist in jedem Straferkenntnis 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, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen; bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro anzurechnen. Der Kostenbeitrag fließt der Gebietskörperschaft zu, die den Aufwand der Behörde zu tragen hat.

Vor diesem Hintergrund war auszusprechen, dass der Beschuldigte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 10 % der verhängten Strafe zu leisten hat. Der Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) ist – unter Angabe der Geschäftszahl KOA 3.500/16-028 – auf das Konto der RTR-GmbH, IBAN: AT93 20111 29231280909, BIC: GIBAATWWXXX, zu überweisen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Sie haben das Recht gegen diesen Bescheid Beschwerde zu erheben.

Eine rechtzeitig eingebrachte und zulässige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung, das heißt, der Bescheid kann bis zur abschließenden Entscheidung nicht vollstreckt werden.

Die Beschwerde ist innerhalb von vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich bei uns einzubringen. Wurde der Bescheid mündlich verkündet, ist die Beschwerde innerhalb von vier Wochen nach dessen Verkündung, wenn jedoch spätestens drei Tage nach der Verkündung eine schriftliche Ausfertigung verlangt wurde, innerhalb von vier Wochen nach deren Zustellung schriftlich bei uns einzubringen. Falls Sie innerhalb der Beschwerdefrist die Begebung eines Verteidigers/einer Verteidigerin beantragen, beginnt die Beschwerdefrist erst mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Beschluss über die Bestellung des Rechtsanwalts/der Rechtsanwältin zum Verteidiger/zur Verteidigerin und der anzufechtende Bescheid diesem/dieser zugestellt sind. Wird der rechtzeitig gestellte Antrag auf Begebung eines Verteidigers/einer Verteidigerin abgewiesen, beginnt die Beschwerdefrist mit der Zustellung des abweisenden Beschlusses an Sie zu laufen.

Die Beschwerde hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, und die Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen. Weiters hat die Beschwerde die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren und die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht ist, zu enthalten.

Sie haben das Recht, in der Beschwerde zu beantragen, dass eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt wird. Bitte beachten Sie, dass Sie auf Ihr Recht auf Durchführung einer Verhandlung verzichten, wenn Sie in der Beschwerde keinen solchen Antrag stellen.

Die Beschwerde kann in jeder technisch möglichen Form übermittelt werden.

Technische Voraussetzungen oder organisatorische Beschränkungen des elektronischen Verkehrs sind auf folgender Internetseite bekanntgemacht:

<https://www.rtr.at/de/rtr/Amtstafel>

Bitte beachten Sie, dass der Absender/die Absenderin die mit jeder Übermittlungsart verbundenen Risiken (zB Übertragungsverlust, Verlust des Schriftstückes) trägt.

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Michael Truppe  
(Mitglied)