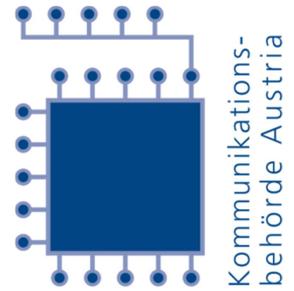


Behörde (Anschrift, Telefon, Telefax, E-Mail, DVR, URL)
 Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)
 Mariahilfer Straße 77-79, 1060 Wien
 Telefon: 01/58058-0,
 Telefax: 01/58058-9191
 E-Mail: rtr@rtr.at
 http://www.rtr.at
 DVR: 4009878 Austria



KommAustria

Vorname und Familienname oder Nachname sowie Wohnort
 des/der Beschuldigten

RSb
 A

Zahl (Bitte bei Antworten angeben!)	Sachbearbeiter/in	Durchwahl	Datum
KOA 3.500/16-031	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 am 01.03.2015 um ca. 19:18 Uhr keine eindeutige Kennzeichnung der Produktplatzierung am Anfang der Sendung „Sport am Sonntag“ im Fernsehprogramm ORF eins stattgefunden hat.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G idF BGBl. I Nr. 55/2014 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: GIBAAWWXXX, 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 30.11.2015, KOA 3.500/15-040, 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 01.03.2015 im Rahmen der von ca. 19:18 Uhr bis ca. 19:50 Uhr im Fernsehprogramm ORF eins ausgestrahlten Sendung „Sport am Sonntag“ durch fehlende Kennzeichnung der Produktplatzierung am Anfang der Sendung die Bestimmung des § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G verletzt hat, wonach Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, zu Sendungsbeginn und -ende sowie im Falle von Unterbrechungen gemäß § 15 bei Fortsetzung einer Sendung nach einer Werbeunterbrechung eindeutig zu kennzeichnen sind, um jede Irreführung des Konsumenten zu verhindern.

Gegen diesen Bescheid erhob der ORF das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (BVwG); die Beschwerde wurde dem BVwG am 30.12.2015 vorgelegt.

1.b. Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens

Aufgrund des Umstandes, dass sich im Zuge der genannten Auswertung für die KommAustria der Verdachtsfall einer Verletzung der Bestimmung des § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G ergeben hatte, wurde

mit Schreiben vom 28.01.2016, KOA 3.500/16-003, 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, A (im Folgenden: Beschuldigter), 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

Mit Schreiben vom 24.02.2016 rechtfertigte sich der Beschuldigte schriftlich. Er verwies dabei inhaltlich auf die im oben unter 1.a. dargestellten Rechtsverletzungsverfahren eingebrachte Beschwerde an das BVwG vom 23.12.2015. Der Beschuldigte bestritt das Vorliegen einer Produktplatzierung, da die verfahrensgegenständlichen Logos auf der Bekleidung des Studiogastes Bernhard Gruber und auf der Bekleidung und/oder den Ausrüstungsgegenständen der im Bescheid der KommAustria vom 30.11.2015, KOA 3.500/15-040, genannten Sportler und Betreuer keine Produktplatzierungen im Sinne des ORF-G dargestellt hätten. Die gegenständlichen Sachverhalte würden sich in einem zentralen Punkt von denjenigen, die bisher Gegenstand der Rechtsprechung zur Produktplatzierung gewesen wären, unterscheiden: Bei keinem der inkriminierten Sachverhalte gäbe es eine vertragliche Beziehung über die Logos, die – direkt oder auch nur indirekt – zum ORF führten. Dem ORF wären in diesen Fällen daher weder unmittelbar noch mittelbar irgendwelche geldwerten Vorteile durch das Sichtbarwerden der Logos in der Sendung „Sport am Sonntag“ zugekommen. Die von der KommAustria als vergleichbar bezeichneten Fälle wie Co-Moderator und Logowand seien dies nicht. In diesen Fällen gäbe es entgeltliche Vereinbarungen über die Logos, in die der ORF zumindest mittelbar einbezogen gewesen wäre. Gegenständlich würden solche fehlen. Wie beim „Ereignissponsoring“ fließe der – möglicherweise bestehende finanzielle Vorteil – hier allein dem Sportler, der Sportlerin, dem Betreuer respektive dem Verband zu. Die Integration der Markenlogos in die Sendung sei daher nicht gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung im Sinne des § 1a Z 10 ORF-G erfolgt. Die gesetzliche Definition der Produktplatzierung sei daher nicht erfüllt. Da folglich keine Kennzeichnung am Anfang der Sendung vorzunehmen wäre, sei § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G nicht verletzt worden. Mangels Verwirklichung des objektiven Tatbestandes liege keine Verwaltungsübertretung nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G vor. Der Produktplatzierungshinweis am Ende der Sendung sei in der zum Zeitpunkt ihrer Ausstrahlung am 01.03.2015 vertretbaren Rechtsansicht begründet, dass auf Grund des Schutzzwecks des Kennzeichnungsgebotes die Kennzeichnung einer Sendung, die keine Produktplatzierung enthält, unschädlich sei. Die nach Ausstrahlung der Sendung entwickelte Spruchpraxis der KommAustria (vom 04.03.2015, KOA 2.250/14-011) habe nicht berücksichtigt werden können. Des Weiteren stellte der Beschuldigte den Antrag, das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

2. Sachverhalt

Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

2.a. Sendung „Sport am Sonntag“ von ca. 19:18 Uhr bis ca. 19:50 Uhr

Am 01.03.2015 wurde von ca. 19:18 Uhr bis ca. 19:50 Uhr die Sendung „Sport am Sonntag“ ausgestrahlt.

Die Sendung beginnt mit einem Vorspann und einem Überblick über die Inhalte der Sportsendung „Sport am Sonntag“. Diese sind:

- Anna Fenninger und Marcel Hirscher im Kampf um den Gesamtweltcup
- Die Höhepunkte der nordischen Ski-WM in Falun
- Weltmeister Bernhard Gruber live zu Gast im Studio

Nach der Signation der Sendung leitet der Moderator den ersten Bericht ein. Am Sendungsbeginn

um ca. 19:18 Uhr erfolgt keine Kennzeichnung „P Unterstützt durch Produktplatzierung“.

Während der Sendung wird mehrfach – unter anderem um ca. 19:30 Uhr – während des Interviews mit dem Weltmeister Bernhard Gruber ein Logo der Firma „Stiegl“, das in Brusthöhe auf dem Poloshirt befestigt ist, gezeigt:



Ebenso werden während der Sendung um ca. 19:23 Uhr, um ca. 19:24 Uhr, um ca. 19:28 Uhr, um ca. 19:45 Uhr, um ca. 19:46 Uhr, um ca. 19:47 Uhr und um ca. 19:48 Uhr Interviews mit Sportlern und Betreuern (Daniela Iraschko-Stolz, Stefan Kraft, Gregor Schlierenzauer, Marcel Hirscher, Kjetil Jansrud, Michael Pircher und Anna Fenninger) geführt, bei denen zahlreiche Logos auf deren Bekleidung oder Ausrüstungsgegenständen, wie zum Beispiel die Logos der Firmen Stiegl, OMV, Eisbär, GW Cosmetics, Manner, Audi, A1, Red Bull, Carrera, Raiffeisen, Kronenzeitung, head.com/rebelsclub und telenor, gezeigt werden.

Am Ende der Sendung wird um ca. 19:50 Uhr die Kennzeichnung „P Unterstützt durch Produktplatzierung“ im oberen Bildbereich eingeblendet.

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.

Feststellungen zu konkreten Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen in Bezug auf die verfahrensgegenständliche Verwaltungsübertretung konnten mangels Vorbringens nicht getroffen werden.

2.d. Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie Sorgerepflichten des Beschuldigten

[anonymisiert]

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Sendungsablauf gründen sich auf die 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 allgemeinen Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen des Beschuldigten gründen sich mangels Vorbringens des Beschuldigten auf vorangegangene Rechtfertigungen des Beschuldigten in den unter 2.b. genannten Verwaltungsstrafverfahren, wo Ausführungen zu Kontrollmaßnahmen gemacht wurden. Mangels Vorbringens des Beschuldigten konnten keine Feststellungen zu konkreten auf die gegenständliche Verwaltungsübertretung bezogenen Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen getroffen werden; der Beschuldigte beschränkte sich auf die Bestreitung des objektiven Tatbestands.

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. 55/2014, 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. 55/2014, lautet auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 1a. *Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet*

1.-9. [...]

10. „Produktplatzierung“ *jede Form kommerzieller Kommunikation, die darin besteht, ein Produkt, eine Dienstleistung oder eine entsprechende Marke gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung in eine Sendung einzubeziehen oder darauf Bezug zu nehmen, so dass diese*

innerhalb einer Sendung erscheinen. Nicht als Produktplatzierung gilt die kostenlose Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen wie Produktionshilfen oder Preise, solange die betreffenden Waren oder Dienstleistungen von unbedeutendem Wert sind.

11. [...]“

§ 16 ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 in der zum Zeitpunkt der Begehung der Verwaltungsübertretung maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 55/2014, lautet:

„Produktplatzierung

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

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

(3) Ausgenommen vom Verbot des Abs. 1 sind Kinofilme, Fernsehfilme und Fernsehserien sowie Sportsendungen und Sendungen der leichten Unterhaltung. Diese Ausnahme gilt nicht für Kindersendungen.

(4) Unbeschadet der Regelungen des § 13 dürfen Sendungen jedenfalls auch keine Produktplatzierung zugunsten von Unternehmen enthalten, deren Haupttätigkeit die Herstellung oder der Verkauf von Zigaretten und anderen Tabakerzeugnissen ist. Produktplatzierung ist weiters in regional ausgestrahlten Fernsehsendungen unzulässig, ebenso kostenlose Bereitstellungen nach § 1a Z 10 letzter Satz.

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

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

2. Sie dürfen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Waren oder Dienstleistungen auffordern, insbesondere nicht durch spezielle verkaufsfördernde Hinweise auf diese Waren oder Dienstleistungen.

3. Sie dürfen das betreffende Produkt nicht zu stark herausstellen.

4. Sie sind zu Sendungsbeginn und -ende sowie im Falle von Unterbrechungen gemäß § 15 bei Fortsetzung einer Sendung nach einer Werbeunterbrechung eindeutig zu kennzeichnen, um jede Irreführung des Konsumenten zu verhindern.

(6) Abs. 5 Z 4 kommt nicht zur Anwendung, sofern die betreffende Sendung nicht vom Österreichischen Rundfunk selbst oder von einem mit dem Österreichischen Rundfunk verbundenen Unternehmen produziert oder in Auftrag gegeben wurde und diese keine Kenntnis vom Vorliegen einer Produktplatzierung hatten.“

Angesichts des Umstands, dass der spruchgegenständlich festgestellten 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 eine Verletzung des § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G festgestellt wurde (Spruchpunkt 1. des Bescheides vom 30.11.2015, KOA 3.500/15-040).

Die KommAustria legte ihrer rechtlichen Würdigung dabei folgende Sichtweise zu Grunde:

„Bei der Produktplatzierung werden der Name, die Marke, die Leistung, die Waren usw. eines Unternehmens gefördert, wobei es um deren werbewirksame Platzierung (Zurschaustellung) in einer Sendung geht; ein Zurschaustellen erfolgt (erst) dann werbewirksam, wenn dem durchschnittlichen informierten und aufmerksamen Konsumenten eines Fernsehprogramms das zur Schau gestellte Produkt als Marke bekannt ist (vgl. VwGH vom 08.10.2010, 2006/04/0089; 26.07.2007, 2005/04/0153).

Eine weitere Voraussetzung für das Vorliegen von Produktplatzierung ist die Entgeltlichkeit, dass also irgendjemand irgendwann an irgendjemanden irgendein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung für die Erwähnung oder Darstellung geleistet hat (vgl. Kogler/Trainer/Truppe,

Österreichische Rundfunkgesetz³, 21). Auf die Höhe des Entgelts kommt es für die Qualifikation als Produktplatzierung nicht an. Vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist davon auszugehen, dass das Vorliegen der Entgeltlichkeit gemäß § 1a Z 10 ORF-G an einem objektiven Maßstab zu messen ist. Für die Beurteilung des Merkmals der Entgeltlichkeit bei einer Produktplatzierung iSd ORF-G ist grundsätzlich von einem üblichen Maßstab und dem üblichen Verkehrsgebrauch und nicht von einem tatsächlich geleisteten Entgelt auszugehen (vgl. VwGH 21.10.2011, 2009/03/0173, oder zum vergleichbaren Fall der „Logowände“ VwGH 28.02.2014, 2012/03/0019). Damit ist es für die Beurteilung, ob eine Produktplatzierung vorliegt, nicht maßgeblich, ob der ORF vorliegend überhaupt ein Entgelt erhalten hat oder ob ein Entgelt gegebenenfalls lediglich einem Dritten zukam.

Dass das Tragen von Sponsorenlogos in Fernsehsendungen regelmäßig einen kommerziellen Hintergrund hat und insoweit „nach der Verkehrsauffassung üblicherweise gegen Entgelt erfolgt“, kann schon insoweit nicht im Geringsten in Zweifel gezogen werden, als beispielsweise im Fall des Tragens von Logos durch einen Ex-Sportler als Co-Moderator einer Fußballsendung die diesbezügliche Erlaubnis sogar Bestandteil der vertraglichen Vereinbarung zwischen dem ORF und dem betreffenden Ex-Sportler war (vgl. diesbezüglich die Sachverhaltsfeststellungen im rechtskräftigen Bescheid KOA 18.10.2011, KOA 3.500/11-025).

Der VwGH hat im Übrigen in seiner jüngeren Rechtsprechung auch das „Akzeptieren“ von auf entgeltlichen Vereinbarungen zwischen Dritten beruhenden Logo-Präsentationen in Fernsehsendungen als den Tatbestand der Entgeltlichkeit einer Produktplatzierung auslösend angesehen (vgl. neuerlich VwGH 28.02.2014, 2012/03/0019).

In Bezug auf den Auftritt von Bernhard Gruber im Rahmen des Studiointerviews ist nun festzuhalten, dass das Tragen des „Stiegl“-Logos auf dem Polo-Shirt für die KommAustria unzweifelhaft auf einem entgeltlichen Vertrag zwischen dem betreffenden Unternehmen und Herrn Gruber beruht, und der Auftritt in dieser Form vom ORF augenscheinlich akzeptiert wurde (was – nebenbei bemerkt – angesichts des Umstandes, dass es sich bei der Sendung um eine der Produktplatzierung zugängliche Sport-Sendung handelt und auch sonst kein Verstoß gegen quantitative oder qualitative Vorschriften des § 16 ORF-G erkennbar ist, nicht weiter zu problematisieren ist). Nach der zitierten Rechtsprechung ist daher nach einem objektiven Maßstab vom Vorliegen von Produktplatzierung auszugehen, die entsprechend der Vorschriften des § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G nicht nur am Ende (wie der ORF – nach Auffassung der KommAustria wenig glaubwürdig – behauptet „überschießend“), sondern auch am Beginn der Sendung entsprechend zu kennzeichnen gewesen wäre.

Die Zurechnung der durch den Studiogast – zumindest mit Billigung des ORF – vorgenommenen Produktplatzierung an den ORF und damit das Auslösen der Kennzeichnungsverpflichtung der Sendung ist auch systematisch schlüssig, zumal § 16 Abs. 6 ORF-G eine Ausnahme von dieser überhaupt nur dann kennt, wenn es sich um keine Eigen- oder Auftragsproduktion des ORF handelt und der ORF keine Kenntnis vom Vorliegen der Produktplatzierung hatte (vgl. zur Zurechnung kommerzieller Kommunikation sogar bei Ko-Produktionen schon VwGH 08.11.2011, 2011/03/0019). Der vom Gesetzgeber verlangte Sorgfaltsmaßstab schließt es somit bei Eigen- und Auftragsproduktionen aus, dass sich der ORF auf den Standpunkt zurückzieht, eine „möglicher Weise der jeweiligen Logopräsenz auf der Bekleidung zugrunde liegende Vereinbarung zwischen den Unternehmen und den Sportlern/Betreuern“ ginge ihn quasi nichts an (arg. „Sollten solche Vereinbarungen existieren [...]“).

Auch bei den weiteren in der Sendung vorkommenden Logo-Einbindungen, die sich auf aufgezeichnete Interviews mit den Sportlern/Betreuern Daniela Iraschko-Stolz, Stefan Kraft, Gregor Schlierenzauer, Marcel Hirscher, Kjetil Jansrud, Michael Pircher und Anna Fenninger beziehen, die jeweils im Anschluss an Sportbewerbe stattfanden, kann keine andere Sichtweise Platz greifen:

Zum Vorbringen des ORF, dass die Vereinbarungen zwischen den Sponsoren und den Sportlern/Betreuern nicht alleine den Zweck hätten, in Sendungen zur Geltung zu kommen, genügt der Hinweis, dass eine „Ausschließlichkeit“ vom Tatbestand des § 1a Z 10 ORF-G in

keiner Weise gefordert ist. Es kann daher dahingestellt bleiben, dass das „Adaptieren“ von Sportlern zwischen der Absolvierung des Bewerbs und den nachfolgenden Interviews im Ziel- oder Wartebereich (insb. kameragerechtes Halten der Skier samt Logo, „Verkehrt-um-den-Hals-Tragen“ einer Skibrille etc.) ein deutliches Indiz dafür sein dürfte, dass die Herstellung der entsprechenden Logo-Präsenz vor allem auch für das Fernsehen „konstruiert“ wird, oder es die KommAustria umgekehrt für wenig wahrscheinlich erachtet, dass ein Skifahrer oder Skispringer außer für die Situation der genannten Fernsehinterviews mit seinen Skiern in der Hand oder seiner Skibrille um den Hals anzutreffen sein wird. Besonders auffallend wird die bewusste Platzierung letztgenannter Gegenstände dadurch, dass vor den Interviews Zeit und Mühe besteht, das Bewerbs-Trikot der Sportler gegen eine (wiederum logobesetzte) Jacke und den Helm gegen eine (ebenso logobesetzte) Kappe oder Mütze zu tauschen, und es damit aber wenig wahrscheinlich erscheint, dass die Skier und die Skibrille vom Sportler quasi „notgedrungen“ in der beschriebenen Art und Weise bei sich getragen werden müssten. Dass im Übrigen erst die massenmediale Verbreitung derartiger Bilder durch das Fernsehen – im Unterschied zur vielleicht auch im privaten Bereich oder bei off-air-Veranstaltungen erfolgenden Präsentation der Logos durch die genannten Personen – den wirtschaftlich bedeutsamsten Teil der zu Grunde liegenden Vereinbarung und damit ihren Hauptzweck darstellen wird, steht für die KommAustria außer Zweifel.

Dass der ORF nur von „möglicher Weise“ der jeweiligen Logopräsenz auf der Bekleidung zu Grunde liegenden Vereinbarungen zwischen den Unternehmen und den Sportlern/Betreuern spricht, die ihm selbst aber nicht vorlägen bzw. zugänglich seien, vermag am Vorliegen von Produktplatzierungen sohin nichts zu ändern; es genügt in diesem Zusammenhang der Hinweis auf die den Rundfunkveranstalter nach der ständigen Rechtsprechung (vgl. VwGH 08.11.2011, 2011/03/0019, sowie 28.02.2014, 2012/03/0019) treffenden Sorgfalts-, Verhinderungs- und Aufklärungspflichten hinsichtlich der durch Dritte veranlasste Integration kommerzieller Kommunikation in seine Programme und Sendungen.

Auf den Einwand des ORF, dass der Produktplatzierungshinweis am Ende der Sendung ohne Notwendigkeit gesetzt worden sei, war im Lichte der vorstehenden Ausführungen nicht näher einzugehen.“

Die KommAustria sieht unter Berücksichtigung der schriftlichen Rechtfertigung des Beschuldigten vom 24.02.2016 bzw. der insoweit verwiesenen Beschwerde des ORF an das BVwG vom 23.12.2015, keinerlei Veranlassung, von dieser Sichtweise abzugehen:

Soweit versucht wird, das Vorliegen des Tatbestands der Produktplatzierung iSd § 1a Z 10 ORF-G in jenen Fällen auszuschließen, in denen es keinerlei Engeltfluss oder „keinerlei vertraglichen Berührungspunkte mehr zum ORF“ gibt, genügt nach Auffassung der KommAustria der Hinweis auf § 16 Abs. 6 ORF-G bzw. die zugrundeliegende Bestimmung des Unionsrechts, nämlich Art. 11 Abs. 3 letzter Satz AVMD-RL: Demnach ist eine Abweichung von der Verpflichtung zur Kennzeichnung von Produktplatzierungen ausschließlich bei Fremdproduktionen und bei mangelnder Kenntnis des Vorliegens einer Produktplatzierung zulässig.

Daraus ergibt sich zweierlei: Erstens stellen Fremdproduktionen, wie etwa die Ausstrahlung eines Kinofilms im Fernsehen, einen möglichen (wenn nicht sogar typischen) Fall dar, wo der Rundfunkveranstalter keinerlei Entgelt und auch keine sonstige Gegenleistung für die Integration des Produktes erhält, sondern dieses einem Dritten, üblicherweise dem Produzenten zufließt. Hat der Rundfunkveranstalter von diesem Umstand Kenntnis, trifft ihn dennoch die Kennzeichnungspflicht. Schon daraus erhellt, dass ein wie auch immer gearteter vertraglicher Anknüpfungspunkt oder Engeltfluss hin zum Rundfunkveranstalter hinsichtlich der Erfüllung des Tatbestandes des § 1a Z 10 ORF-G (bzw. des zugrundeliegenden Art. 1 Abs. 1 lit. m AVMD-RL) gerade nicht erforderlich ist, und zwar weder bei Fremd-, noch bei Auftrags- oder Eigenproduktionen.

Zweitens folgt aus § 16 Abs. 6 ORF-G, dass den Rundfunkveranstalter selbst bei der Ausstrahlung von Fremdproduktionen (wie etwa Kinofilmen) eine Überprüfungspflicht

dahingehend trifft, ob die sonstigen für Produktplatzierungen geltenden Einschränkungen eingehalten wurden, so beispielsweise das Verbot von Produktplatzierungen zugunsten von Tabakerzeugnissen (§ 16 Abs. 4 ORF-G) oder das Verbot der verkaufsfördernden Hinweise bzw. der unzulässigen zu starken Herausstellung (§ 16 Abs. 5 Z 2 und 3 ORF-G).

Umso mehr trifft daher bei Eigen- und Auftragsproduktionen, wie der verkehrsgegenständlichen Sendung „Sport am Sonntag“, den Rundfunkveranstalter die volle Verantwortung hinsichtlich der Einhaltung der Bestimmungen des § 16 ORF-G, insbesondere also die Kennzeichnungsverpflichtung, da § 16 Abs. 6 ORF-G bei diesen Produktionsformen die Kenntnis vom Vorliegen einer Produktplatzierung stillschweigend voraussetzt bzw. dem Rundfunkveranstalter eine entsprechende Ingerenzmöglichkeit unterstellt.

Die Argumentation, dass es in den beschwerdegegenständlichen Sachverhaltskonstellationen „keinerlei vertraglichen Berührungspunkte mehr zum ORF“ gäbe, ist für die KommAustria in keiner Weise nachvollziehbar: Zum einen ist hinsichtlich des Studiogasts Bernhard Gruber davon auszugehen, dass nach allgemeinem zivilrechtlichen Verständnis mit der Einladung und dem darauf folgenden Auftritt ein wechselseitiges Schuldverhältnis begründet wird – ob dies in Form eines schriftlichen Vertrages passiert, ist völlig unerheblich. Ebenso ist es irrelevant, ob der Beschwerdeführer seinem Studiogast im Rahmen dieses Rechtsverhältnisses spezielle Regelungen hinsichtlich des Tragens von Sponsorenlogos auferlegt hat oder nicht: Nach der Rechtsprechung des VwGH treffen den ORF und damit den Beschuldigten nämlich entsprechende Sorgfalts-, Verhinderungs- und Aufklärungspflichten hinsichtlich der durch Dritte veranlasste Integration kommerzieller Kommunikation in seine Programme und Sendungen (vgl. VwGH 28.02.2014, 2012/03/0019). Im Besonderen ist auf VwGH 08.11.2011, 2011/03/0019, zum Fall einer Koproduktion zu verweisen: *„Es spielt auch keine Rolle, ob der ORF zu dem werbenden Moderator in einer unmittelbaren Rechtsbeziehung steht oder welcher konkrete Einfluss dem ORF auf das Verhalten des Moderators bzw die werbliche Gestaltung der Sendung in den internen Verträgen mit einem anderen Fernsehveranstalter eingeräumt worden ist. Maßgeblich ist vielmehr, dass der ORF als Rundfunkveranstalter die strittige Sendung ausgestrahlt hat und gegenüber dem Fernsehpublikum, das auch Ziel der beanstandeten Werbung war, als (mit anderen Fernsehveranstaltern gleichrangiger) Koproduzent der Sendung aufgetreten ist. In dieser Situation hat sich der ORF die in der Sendung vorkommende Werbung wie eine solche in eigenständig produzierten Programmen zurechnen zu lassen, ohne dass es darauf ankäme, ob er diese selbst in Auftrag gegeben hat und davon neben seinem Koproduzenten finanziell (unmittelbar oder mittelbar) profitiert hat oder profitieren konnte.“*. Umso weniger vermag es den ORF bzw. den Beschuldigten seiner Verantwortung hinsichtlich der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu entbinden, wenn er diesen Pflichten in den von ihm selbst produzierten Sendungen nicht nachkommt. Dass die Einbindung von Markenlogos auf der Bekleidung von Sportlern für den Auftritt auch in Fernsehsendungen nach dem Verkehrsgebrauch, dessen Kenntnis auch beim ORF und beim Beschuldigten kraft eigenen Handelns in vergleichbaren Fällen (Bekleidung von Co-Moderatoren) vorauszusetzen ist, üblicherweise gegen Entgelt erfolgt, steht außer Zweifel.

Die Behauptung fehlender vertraglicher Berührungspunkte (*„bei keinem der aktuellen Sachverhalte gibt es eine vertragliche Beziehung über die Logos, die – direkt oder auch nur indirekt – zum ORF führt“*) hinsichtlich der sonstigen in der Sendung vorkommenden Interviews mit Sportlern und Betreuern und den dort gezeigten Logos ist ebensowenig zutreffend und schon auf faktischer Ebene zu widerlegen: Der ORF ist zur Ausstrahlung dieser Bilder aufgrund des Abschlusses von Lizenzverträgen mit den Ereignisveranstaltern bzw. einer zwischengeschalteten Agentur berechtigt (vgl. diesbezüglich etwa die Sachverhaltsfeststellungen im beim BVwG angefochtenen Bescheid der KommAustria vom 23.11.2015, KOA 3.500/15-064, zur FIS-Weltcup-Abfahrt der Herren in Lake Louise am 30.11.2013). Tatsächlich regeln die Veranstalter im Rahmen der Verträge mit den Fernsehveranstaltern umfänglich auch die Integration kommerzieller Kommunikation, beispielsweise bei der FIS im Rahmen von Verweisen auf das sogenannte „Broadcasters‘ Manual“ oder die sogenannten „Advertising Rules“ für den jeweiligen Bewerb (alle öffentlich abrufbar unter <http://www.fis-ski.com/inside-fis/document-library/marketing/index.html>). Diese Dokumente regeln beispielsweise auch die Gestaltung der Interviewzonen. Parallel existieren die von den Sportlern bzw. Verbänden zu beachtenden Regeln

für die Wettkampfausrüstung und die Integration der verfahrensgegenständlichen kommerziellen Markenzeichen auf diesen (siehe http://www.fis-ski.com/mm/Document/documentlibrary/AlpineSkiing/04/31/03/Ausr%C3%BCstung_1415_clean_Neutral_English.pdf; Kapitel „Markenzeichen auf Ausrüstung“, Seite 47 ff).

Es kann daher kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass der Integration der Firmenlogos auf der Bekleidung des Studiogasts bzw. der interviewten Sportler und Betreuer jeweils eine entgeltliche, den Tatbestand der Produktplatzierung erfüllende Vereinbarung mit Dritten zu Grunde liegt. Nach Auffassung der KommAustria stellt sich auch keine unionsrechtliche Frage hinsichtlich der Anwendung des „objektiven Entgeltbegriffs“, zumal der Beschuldigte (bzw. der ORF) der Annahme, dass die Integration der Markenlogos gegen Entgelt (allenfalls zu Gunsten eines Dritten) erfolgt ist, nicht entgegengetreten ist.

Da somit Produktplatzierung iSd § 1a Z 10 ORF-G vorliegt, wurde durch die Unterlassung der Kennzeichnung der Sendung an ihrem Beginn daher § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G verletzt und liegt insoweit der objektive Tatbestand einer Verwaltungsübertretung nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G vor.

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 § 16 Abs. 5 Z 4 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).

Der Beschuldigte unterließ es in seiner Stellungnahme vom 24.02.2016, Angaben zu einem wirksamen Kontrollsystem zu machen. Er hielt jedoch fest, dass seiner Rechtsansicht nach keine Produktplatzierung vorläge und somit keine Kennzeichnung der Sendung am Beginn nötig sei, somit sei das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Im Lichte dieses Vorbringens, das auf eine andere (unzutreffende) Beurteilung des Sachverhalts durch den Beschuldigten hinausläuft, kann dahinstehen, inwieweit das Kontrollsystem den Anforderungen der Rechtsprechung genügt, zumal nicht anzunehmen ist, dass eine konkrete Kontrolltätigkeit des Beschuldigten zu einer Verhinderung der Rechtsverletzung führen hätte können.

Soweit das Vorbringen des Beschuldigten auf die Behauptung eines Rechtsirrtums iSd § 5 Abs. 2 VStG hinauslaufen könnte, wonach 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), ist festzuhalten, dass eine solche irrige Gesetzesauslegung iS eines Rechtsirrtums den Beschuldigten allerdings dann nicht zu entschuldigen vermag, 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* 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).

Umgelegt auf den vorliegenden Fall ist nach Auffassung der KommAustria festzuhalten, dass ein allfälliger Rechtsirrtum dem Beschuldigten jedenfalls schuldhaft vorwerfbar ist. Die Rechtslage ist in Bezug auf die Zurechnung von durch Dritte ohne Entgeltleistung an den Rundfunkveranstalter vorgenommenen Produktplatzierungen unter den Tatbestand des § 1a Z 10 ORF-G völlig eindeutig. Der KommAustria ist auch keine Literaturmeinung bekannt, die die Rechtsauffassung des Beschuldigten stützen könnte; vielmehr geht die hM einhellig davon aus, dass eine der Platzierung zu Grunde liegende Entgeltleistung an einen Dritten für die Erfüllung des Tatbestands genügt (vgl. für viele: *Kassai/Kogler*, Produktplatzierung: Der Trojaner des Kommerzes, KuR 12/2008, 717 ff (718); *Kogler/Traimer/Truppe*, *Österreichische Rundfunkgesetze*³, 21; zur identen Rechtslage in Deutschland: *Schulz* in Hahn/Vesting (Hrsg), *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*³, Rz 158 zu § 2 RStV). Auch stehen die Zurechnungsregeln und Prüfpflichten in Bezug auf die Einbindung kommerzieller Kommunikation in das Fernsehprogramm des Rundfunkveranstalters in Einklang mit der o.a. höchstgerichtlichen Rechtsprechung. An den Beschuldigten ist 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. Bei der ihm obliegenden pflichtgemäßen und sorgfältigen Befassung mit der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur, an deren Zumutbarkeit ebenso keine Zweifel bestehen können, 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.

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 VwGH). 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. VwGH 16.09.2010, 2010/09/0141; VwGH 29.11.2007, 2007/09/0229; VwGH 10.12.2001, 2001/10/0049).

Diese Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG liegen nicht vor:

Die Kennzeichnungspflicht am Beginn der Sendung dient vordringlich dem Schutz des Konsumenten und soll diesen in die Lage versetzen, kommerzielle Kommunikation in Form der Produktplatzierung leicht zu erkennen und insoweit von rein redaktionellen Inhalten abzugrenzen. Die Kennzeichnung am Beginn der Sendung soll den Zuseher vorab informieren, dass die Sendung Produktplatzierungen enthält.

Dieses durch die Strafvorschrift geschützte Rechtsgut wird durch die begangenen Verwaltungsübertretung in einem erheblichen Ausmaß beeinträchtigt, sodass der objektive Unrechtsgehalt der Tat nicht als bloß geringfügig eingestuft werden kann und auch die Folgen der

Übertretung nicht als unbedeutend angesehen werden können. Ein Absehen von der Strafe gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ist schon insoweit ausgeschlossen. 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 VwGH 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. VwGH 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 zu folgendem Ergebnis:

Hinsichtlich der Verletzung des § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G durch die fehlende Kennzeichnung der Produktplatzierung am Anfang der Sendung „Sport am Sonntag“ geht die KommAustria davon aus, dass 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 3.500/16-031 – 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)