

**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



**KommAustria**  
Kommunikationsbehörde Austria

Vorname und Familienname oder Nachname sowie Wohnort des/der  
Beschuldigten

XY  
p.A. Wirth GmbH  
Kubastastraße 5  
3300 Amstetten

Zahl (Bitte bei Antworten angeben!)	Sachbearbeiter/in	Durchwahl	Datum
KOA 4.414/17-005	Mag. Wiesinger	474	1. März 2018

## Straferkenntnis

Sie haben als Geschäftsführer der Wirth GmbH und somit als gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 120/2016, nach außen hin für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften strafrechtlich Verantwortlicher der Wirth GmbH, zu verantworten, dass im von der Wirth GmbH veranstalteten Fernsehprogramm „M4“ am 22.09.2016

1. in der Sendung „Mostviertel Fernsehen“ von ca. 18:21:55 bis ca. 18:26:11 Uhr im Rahmen des Beitrags „Blumen Korner“ unzulässige Produktplatzierungen ausgestrahlt wurden;
2. von ca. 18:26:12 bis ca. 18:30:28 Uhr ein werblich gestalteter Beitrag zu Gunsten des „City Center Amstetten – CCA“ gesendet wurde, der
  - a. weder am Anfang um ca. 18:26:12 Uhr
  - b. noch am Ende um ca. 18:30:27 Uhr

durch optische akustische oder räumliche Mittel eindeutig von anderen Sendungs- und Programmteilen getrennt war;

3. der von ca. 18:26:12 bis ca. 18:30:28 Uhr gesendete werblich gestaltete Beitrag zu Gunsten des „City Center Amstetten – CCA“ nicht leicht als Werbung erkennbar und somit vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar war; und
4. in der ab ca. 18:52:33 Uhr ausgestrahlten Sportsendung eine Produktplatzierung zu Gunsten von „Intersport Winner“ enthalten war, bei der das betreffende Produkt zu stark herausgestellt wurde.

Tatort: jeweils 3300 Amstetten, Kubastastraße 5

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

- zu 1: § 64 Abs. 2 iVm § 38 Abs. 1 Audiovisuelles Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 86/2015 und § 9 Abs. 1 VStG
- zu 2.a und 2.b: jeweils § 64 Abs. 2 iVm § 43 Abs. 2 AMD-G und § 9 Abs. 1 VStG
- zu 3: § 64 Abs. 2 iVm § 43 Abs. 1 AMD-G und § 9 Abs. 1 VStG
- zu 4: § 64 Abs. 2 iVm § 38 Abs. 4 Z 3 AMD-G und § 9 Abs. 1 VStG

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

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	gemäß
zu 1.: 200,-	3 Stunden	§ 64 Abs. 2 iVm § 38 Abs. 1 AMD-G iVm § 9 Abs. 2 und §§ 16 und 19 VStG
zu 2.a.: 400,-	4 Stunden	§ 64 Abs. 2 iVm § 43 Abs. 2 AMD-G iVm § 9 Abs. 2 und §§ 16 und 19 VStG
zu 2.b.: 400,-	4 Stunden	§ 64 Abs. 2 iVm § 43 Abs. 2 AMD-G iVm § 9 Abs. 2 und §§ 16 und 19 VStG
zu 3.: 300,-	4 Stunden	§ 64 Abs. 2 iVm § 43 Abs. 1 AMD-G iVm § 9 Abs. 2 und §§ 16 und 19 VStG
zu 4.: 400,-	4 Stunden	§ 64 Abs. 2 iVm § 38 Abs. 4 Z 3 AMD-G iVm § 9 Abs. 2 und §§ 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 die Wirth GmbH für die verhängten Geldstrafen sowie die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

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

**170,00** 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

**1870,00** Euro

**Zahlungsfrist:**

Wird keine Beschwerde erhoben, ist dieses Straferkenntnis sofort vollstreckbar. Der **Gesamtbetrag (Strafe/Kosten)** ist – unter Angabe der **Geschäftszahl KOA 4.414/17-005** – 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

Im Rahmen der nach § 2 Abs. 1 Z 7 KOG der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) obliegenden Beobachtung der Einhaltung der werberechtlichen Bestimmungen der §§ 31 bis 38 und 42a bis 45 AMD-G durch private Rundfunkveranstalter und Mediendienstanbieter forderte die KommAustria die Wirth GmbH mit Schreiben vom 23.09.2016 zur Vorlage ihres am 22.09.2016 von 18:00 bis 19:00 Uhr ausgestrahlten Programms „M4“ auf.

Mit am 29.09.2016 bei der KommAustria eingelangtem Schreiben legte die Wirth GmbH Aufzeichnungen der am 22.09.2016 von 18:00 bis 19:00 Uhr ausgestrahlten Wochensendung „M4“ vor.

Mit Schreiben vom 19.10.2016 leitete die KommAustria wegen vermuteter Verletzung der Bestimmung des § 38 Abs. 1, § 38 Abs. 4 Z 3, § 38 Abs. 4 Z 4, § 43 Abs. 1 sowie Abs. 2 AMD-G ein Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen gemäß § 61 Abs. 1 und § 62 Abs. 1 AMD-G ein und gab der Wirth GmbH die Gelegenheit, hierzu Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 31.10.2016 nahm die Wirth GmbH zur Einleitung des Rechtsverletzungsverfahrens Stellung.

Die KommAustria stellte in der Folge mit rechtskräftigem Bescheid vom 29.03.2017, KOA 4.414/17-001, fest, dass die Wirth GmbH als Veranstalterin des Fernsehprogramms „M4“ in dem am 22.09.2016 zwischen 18:00 und 19:00 Uhr ausgestrahlten Fernsehprogramm die Bestimmungen des § 38 Abs. 1, § 38 Abs. 4 Z 3, § 38 Abs. 4 Z 4, § 43 Abs. 1 sowie Abs. 2 AMD-G verletzt hat.

In der Folge wurde mit Schreiben vom 03.08.2017, KOA 4.414/17-003, gegen den Beschuldigten als Geschäftsführer und somit gemäß § 9 Abs. 1 VStG nach außen hin für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortliches Organ der Wirth GmbH ein Verwaltungsstrafverfahren hinsichtlich der Spruchpunkte 1. a) bis 1.d) des Bescheides vom 29.03.2017, KOA 4.414/17-001, eingeleitet. Der Beschuldigte wurde gemäß §§ 40 und 42 VStG zur Rechtfertigung aufgefordert.

Von der Einleitung eines Strafverfahrens hinsichtlich der oben genannten, im Rechtsverletzungsbescheid KOA 4.414/17-001 festgestellten Verletzung des § 38 Abs. 4 Z 4 AMD-G war gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG abgesehen worden.

Am 29.08.2017 erschien AB, MBA – Geschäftsführer der M4TV GmbH –, in Vertretung des Beschuldigten zu einer Einvernahme und nahm zu den vorgehaltenen Verwaltungsübertretungen mündlich Stellung.

Er gab bekannt, dass er als Vertreter des Beschuldigten erschienen sei. Faktisch laufe es in der M4TV GmbH so ab, dass Lizenzinhaberin zwar die Wirth GmbH sei, aber der operative Betrieb von der M4TV GmbH abgewickelt werde, für die er als Geschäftsführer auch verantwortlich sei.

Hinsichtlich des von der KommAustria bereits im Rahmen des Rechtsverletzungsverfahrens festgestellten Sachverhaltes und der entsprechenden Gesetzesverletzungen sei der Beschuldigte geständig. Man sei bemüht, hinkünftig einen rechtskonformen Zustand herzustellen.

Hinsichtlich des konkreten Kontrollsystems bzw. des Produktionsablaufes wurde Folgendes ausgeführt: das Programm werde grundsätzlich von einem Produktionsteam erstellt, welches aus fünf Mitarbeitern und einer Produktionsleiterin bestehe. Bevor das Programm am Donnerstag auf Sendung gehe, erfolge eine Endkontrolle durch die Redaktionsleiterin. Weiters nehme AB, MBA, noch, bevor es zur Ausstrahlung kommt, eine Endkontrolle vor. Es wurde eingestanden, dass hier zum Teil eine gewisse „Betriebsblindheit“

vorherrschend könne. Trotz sorgfältiger Kontrolle würden gewisse Dinge erst im Nachhinein auffallen, wie aufgrund der Beanstandung durch die Behörde. So sei im konkreten Fall etwa die Problematik im Beitrag „Blumen Korner“ mit den Rollups übersehen worden. Beim Beitrag über das CCA Amstetten sei hier eine falsche Zuordnung vorgenommen worden. Beim Punkt „Intersport Winner“ sei unmittelbar darauffolgend reagiert worden. Wenn man es sich im Nachhinein ansieht, dann sei die Hervorhebung und Beanstandung erkennbar; da dies allerdings seit Jahren so gemacht worden sei, sei hier ursprünglich keine Problematik erkannt worden.

Betreffend allgemeine Maßnahmen zur Sicherstellung der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben wurde angegeben, dass die Kontrolle regelmäßig im Rahmen der wöchentlichen Redaktionssitzung passiere. Grundsätzlich werde sehr darauf geachtet, dass eine strikte Trennung zwischen redaktionellen und „kommerziell belasteten“ Inhalten eingehalten wird. Es erfolge hier eine Sensibilisierung der Mitarbeiter, wobei aber keine vollkommene vom Einzelfall losgelöste Kontrolle und Sicherstellung stattfinden könne. Jedenfalls werde darauf geachtet insbesondere in Interviews die Fragen bzw. auch die Bildgestaltung im Licht der werberechtlichen Vorgaben neutral zu gestalten. Dies auch vor dem Hintergrund ständig mehr werdender redaktioneller Programmbestandteile.

Die Umsetzung in der beschriebenen Art erfolge im Auftrag bzw. im Wissen des Beschuldigten durch die M4TV GmbH auf Basis eines Geschäftsbesorgungsvertrages. Operativ oder nachkontrollierend werde der Beschuldigte selbst nicht tätig.

Zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen und allfälligen Sorgepflichten wurde bekannt gegeben, dass sich im Vergleich zum letzten Straferkenntnis keine wesentlichen Änderungen ergeben hätten.

## 2. Sachverhalt

Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

### 2.1. Sendungsablauf

Am 22.09.2016 wird ab ca. 18:02:51 Uhr die Sendung „Mostviertel Fernsehen“ ausgestrahlt. Zu Beginn begrüßt die Moderatorin die Zuseher mit folgenden Worten: „Ich darf Sie ganz herzlich willkommen heißen zu einer neuen Ausgabe unseres Mostviertel Fernsehens, das sich dieses Mal schon etwas in herbstlichen Gefilden bewegt.“ Im linken oberen Bildschirmrand ist das Logo „M4“ eingeblendet.



Es folgen Beiträge zu folgenden Themen, die jeweils von der Moderatorin eingeleitet werden: Neubaueröffnung im Landeskrankenhaus Amstetten, Hilfswerk Niederösterreich, Spatenstich für den Neubau

und Umbau der Volksschule und des Kindergartens in Allersdorf, Da und Dort – Stadt Waidhofen informiert, Herbstzauber bei Blumen Korner, Eröffnungsfest im City Center Amstetten – CCA, Freiwillige Feuerwehr Amstetten – Leistungsschau und Weinlesefest, Benefizkonzert Octopus live im kem.A[r]T.

### 2.1.1.Spruchpunkt 1.: Beitrag über „Blumen Korner“ von ca. 18:21:55 Uhr bis ca. 18:26:11 Uhr

Von ca. 18:21:55 Uhr bis 18:26:11 Uhr wird nach einer Anmoderation ein Beitrag über den Herbstzauber bei „Blumen Korner“ in Ybbs gesendet.

Während des gesamten Beitrages findet sich in der rechten oberen Ecke der Hinweis „unterstützt durch Produktplatzierung“.



Um ca. 18:21:57 Uhr wird das Logo von „Blumen Korner“ groß über das gesamte Bild eingeblendet.



Um ca. 18:22:08 Uhr erfolgt die Einblendung eines Damenschuhs mit dem davor stehenden Logo „Gabor“.



Um ca. 18:23:17 Uhr erfolgt die Einblendung eines Aufstellers der Firma „TIZIANO Design & Emotions“.



Der Beitrag endet um ca. 18:26:10 Uhr mit der Einblendung „Mit freundlicher Unterstützung von: Blumen Korner“.



**2.1.2. Spruchpunkt 2.a, 2.b und 3.: Anmoderation und Beitrag über „CCA von ca. 18:26:12 Uhr bis ca. 18:30:28 Uhr**

Von ca. 18:26:29 Uhr bis 18:30:28 Uhr wird ein Beitrag über das Eröffnungsfest im „City Center Amstetten“ (im Folgenden: CCA) gesendet. Dieser Beitrag wird ab ca. 18:26:12 Uhr wie folgt anmoderiert: *„Viel mehr Shops war das Motto beim großen Eröffnungsfest im City Center Amstetten. Neu hinzugekommen ist der Landhaus- und Trachtenmodestore Zillertaler Trachtenwelt sowie der Shop Mostland und Reisen & Co. Wir haben uns unter die vielen Gäste der Eröffnungsfeier gemischt.“*

Während des gesamten Beitrages findet sich in der rechten oberen Ecke der Hinweis „unterstützt durch Produktplatzierung“.



Ab ca. 18:26:42 Uhr erfolgt ein Interview mit Ing. Hannes Grubner (CCA Centerleiter), welches mit folgenden Worten beginnt: *„Wir haben einen neuen Mieter hier im Center, nämlich die Zillertaler Trachtenwelt. Dadurch können wir unser Textilangebot weiter ausbauen.“* Dazu werden groß das Logo des

Geschäfts und danach ein Teil des Verkaufsraums von „Zillertaler Trachtenwelt“ gezeigt.



Das Interview geht weiter mit der Aussage: „Most & Kost ist ins Zentrum des City Center Amstettens gerückt. Die können hier jetzt ihre regionalen Produkte und Postdienstleistungen noch besser präsentieren.“ Dabei erfolgt um ca. 18:26:55 Uhr eine lange und bildfüllende Einblendung des umfangreichen Warensortiments von Most & Kost.



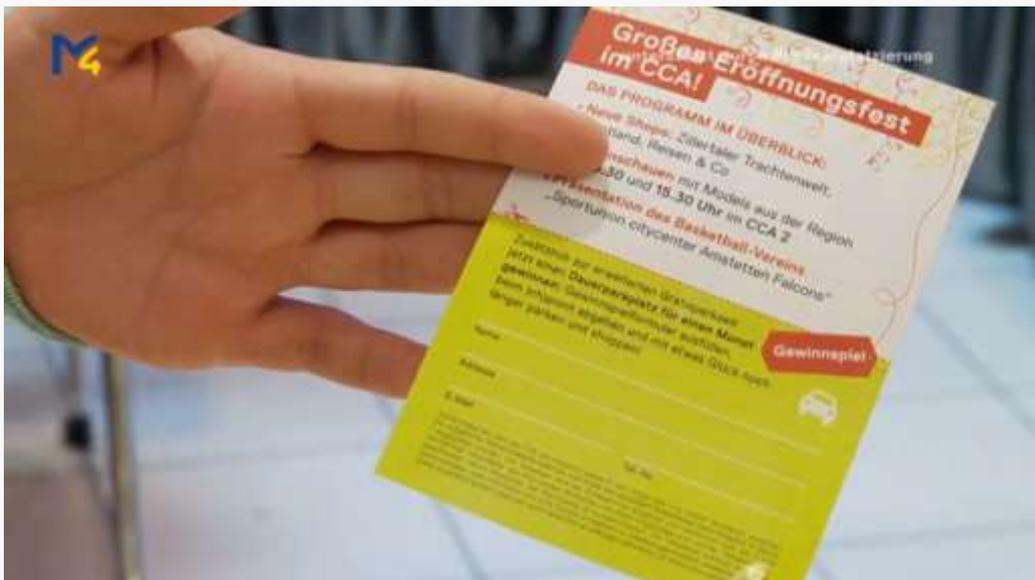


Ab ca. 18:27:04 Uhr endet das Interview mit der Aussage: „Und das Reisebüro Kerschner mit „Reisen&Co“ ist ins dritte Obergeschoss übersiedelt und die haben einen wunderschönen, zeitgemäßen Kundenbetreuungs-Beratungsraum, wo sich die Kunden schon bei der Buchung der Reise fast wie im Urlaub fühlen.“ Ab ca. 18:27:13 Uhr wird das Reisebüro mit dem Blick in den Verkaufsraum großflächig im Bild präsentiert.





Ab ca. 18:27:36 Uhr erfolgt durch den Sprecher folgende Information über ein Gewinnspiel: „Auch ein Gewinnspiel machte das Fest zu einem spannenden Tag. So konnte man ein Monat gratis Parken gewinnen. Wer nicht gezogen wurde, der durfte sich zumindest über eine neue Serviceleistung, die im Zuge der CCA Parkhaussanierungen im Herbst startete, freuen. CCA Besucherinnen und Besucher parken ab nun zwei Stunden gratis.“ Während dieser Aussage werden u.a. folgende zwei Bilder, um ca. 18:27:43 Uhr und um ca. 18:27:45 Uhr, eingeblendet:





Der Beitrag endet um ca. 18:30:27 Uhr mit der Einblendung „Mit freundlicher Unterstützung von: citycenter Amstetten“ und der Ansage: „Damit ist das City Center Amstetten startklar für ein neues und frisches Shopperlebnis“.



Unmittelbar danach folgt die Anmoderation eines Beitrags über den Tag der offenen Tür bei der FF Amstetten.

### 2.1.3. Spruchpunkt 4.: Sportsendung ab ca. 18:52:33 Uhr

Ab ca. 18:52:33 Uhr beginnt nach einem Sponsorhinweis zugunsten von „Intersport Winner“ die Sportsendung mit einer countdown-ähnlichen Einblendung und der darauf folgenden Begrüßung durch den Moderator Günter Berger: „Herzlich willkommen beim Sport auf M4TV“.



Von ca. 18:52:45 Uhr bis ca. 18:55:04 Uhr ist während der gesamten Moderation unter dem Monitor groß der Schriftzug „Intersport Winner“ eingeblendet.



Am Ende der ausgewerteten Sendestunde wird ab ca. 18:55:05 Uhr ein Fußballbeitrag ausgestrahlt. Rechts oben in der Ecke wird während es gesamten Beitrages der Hinweis „unterstützt durch Produktplatzierung“ eingeblendet.



Ab ca. 18:58:14 Uhr folgen Interviews, bei denen im Hintergrund eine Logowand zu sehen ist.



## 2.2. Wirth GmbH und Beschuldigter

Die Wirth GmbH (FN 267855 f beim Landesgericht St. Pölten) ist aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 07.09.2010, KOA 4.414/10-001, Inhaberin einer Zulassung zur Verbreitung des digitalen Fernsehprogramms „M4“ über die terrestrische Multiplex-Plattform „MUX C – Region Mostviertel“. Der Beschuldigte ist Geschäftsführer der Wirth GmbH.

Die Wirth GmbH hat als Lizenzinhaberin des Fernsehprogrammes „M4“ den operativen Betrieb dieses bezüglich an die M4 TV GmbH ausgelagert. Das Programm wird von einem Produktionsteam erstellt, welches aus fünf Mitarbeitern und einer Produktionsleiterin besteht, wobei die Endkontrolle durch die Redaktionsleiterin und AB, MBA, erfolgt. Der Beschuldigte selbst wird nicht operativ oder nachkontrollierend tätig.

AB, MBA, ist Geschäftsführer der M4TV GmbH (FN 435095 x beim Landesgericht St. Pölten).

Mit rechtskräftigem Straferkenntnis vom 24.04.2015, KOA 4.414/15-004, wurde durch die KommAustria über den Beschuldigten wegen einer Übertretung des § 38 Abs. 1 AMD-G eine Geldstrafe iHv EUR 200,- verhängt.

Der Beschuldigte verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen iHv EUR 0,00. Unterhalts- und Sorgepflichten bestehen nicht. Die sonstigen Vermögensverhältnisse des Beschuldigten konnten mangels Vorbringen nicht festgestellt werden.

### **3. Beweiswürdigung**

Die Feststellung, dass der Beschuldigte Geschäftsführer der Wirth GmbH ist sowie die Feststellungen zur genannten Gesellschaft selbst ergeben sich aus dem offenen Firmenbuch und den in der Vernehmung, vertreten durch AB, MBA, gemachten Angaben. Die Feststellung, dass die Wirth GmbH das Fernsehprogramm „M4“ über die digital terrestrische Multiplex-Plattform MUX C (Mostviertel) verbreitet, ergibt sich aus dem Bescheid der KommAustria vom 07.09.2010, KOA 4.414/10-001.

Die Feststellung, dass AB, MBA, Geschäftsführer der M4TV GmbH und dass die M4 TV GmbH für den operativen Betrieb des Fernsehprogramms „M4“ zuständig ist sowie die Feststellungen zur genannten Gesellschaft selbst ergeben sich aus dem offenen Firmenbuch, den in der Vernehmung von AB, MBA, gemachten Angaben und der Einsichtnahme in die Website der Wirth GmbH, welche unter folgender Adresse abrufbar ist: <https://www.m4tv.at/unternehmen/geschichte>.

Die Feststellungen zum Inhalt der am 22.09.2016 von 18:00 bis 19:00 Uhr ausgestrahlten Sendungen im Programm „M4“ ergeben sich aus dem rechtskräftigen Bescheid der KommAustria vom 29.03.2017, KOA 4.414/17-001, sowie aus der Einsichtnahme in die von der Wirth GmbH übermittelten Aufzeichnungen der Sendungen.

Die Feststellungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Beschuldigten ergeben sich aus den Aussagen, vertreten durch AB, MBA, in der Vernehmung. In dieser wurde auf die Aussagen im damaligen Strafverfahren und entsprechenden Feststellungen des Straferkenntnisses vom 24.04.2015, KOA 4.414/15-004, verwiesen. Feststellungen zu den sonstigen Vermögensverhältnissen konnten mangels Offenlegung nicht getroffen werden.

### **4. Rechtliche Beurteilung**

#### **4.1. Behördenzuständigkeit**

Gemäß § 66 AMD-G ist Regulierungsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes die gemäß § 1 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2016, eingerichtete Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria).

Gemäß § 64 Abs. 2 AMD-G begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 8000 Euro zu bestrafen, wer die Anforderungen gemäß § 38 und § 43 AMD-G verletzt. Gemäß § 64 Abs. 5 AMD-G sind die Verwaltungsstrafen durch die KommAustria zu verhängen.

#### **4.2. Rechtsgrundlagen**

§ 2 AMD-G lautet auszugsweise:

#### ***„Begriffsbestimmungen***

**§ 2.** *Im Sinne dieses Gesetzes ist:*

[...]

*27. Produktplatzierung: jede Form audiovisueller kommerzieller Kommunikation, die darin besteht, gegen*

Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung ein Produkt, eine Dienstleistung oder eine entsprechende Marke einzubeziehen bzw. 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 im Hinblick auf ihre Einbeziehung in eine Sendung, sofern diese von unbedeutendem Wert sind;

[...]

40. Werbung: jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die in Fernsehprogrammen vom Anbieter (Fernsehwerbung) oder als Bestandteil eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf vom Anbieter entweder gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet oder bereitgestellt wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern. Werbung umfasst weiters jede Äußerung zur Unterstützung einer Sache oder Idee, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung verbreitet wird (ideelle Werbung);

[...]“

§ 38 AMD-G lautet auszugsweise:

### **„Produktplatzierung**

**§ 38.** (1) Produktplatzierung 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.

(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) Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, müssen folgenden Anforderungen genügen:

1. Ihr Inhalt und bei Fernsehprogrammen ihr Programmplatz dürfen keinesfalls so beeinflusst werden, dass die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit des Mediendienstanbieters 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 bei Fortsetzung einer Sendung nach einer Werbeunterbrechung eindeutig durch einen Hinweis zu kennzeichnen, um jede Irreführung des Zuschauers zu verhindern. [...].“

§ 43 AMD-G lautet:

### **„Erkennbarkeit und Trennung**

**§ 43.** (1) Fernsehwerbung und Teleshopping müssen leicht als solche erkennbar und somit vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar sein.

(2) Fernsehwerbung und Teleshopping müssen durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig von anderen Sendungs- und Programmteilen getrennt sein.

(3) Dauerwerbesendungen sind zusätzlich zu den Anforderungen nach den vorstehenden Absätzen während

ihrer gesamten Dauer mit dem eindeutig erkennbaren Schriftzug ‚Dauerwerbesendung‘ zu kennzeichnen.“

### 4.3. Objektiver Tatbestand

#### 4.3.1. Spruchpunkt 1.: Unzulässige Produktplatzierungen im Rahmen des Beitrags „Blumen Korner“ von ca. 18:21:55 bis ca. 18:26:11 Uhr

Gemäß § 38 Abs. 1 AMD-G ist Produktplatzierung vorbehaltlich der Abs. 2 und 3 unzulässig.

Bei den in Frage stehenden Einblendungen „Blumen Korner“, „Gabor“ und „TIZIANO Design & Emotions“ handelt es sich um einen den Tatbestand der Produktplatzierung nach § 2 Z 27 AMD-G erfüllenden Sachverhalt, im Sinne einer Einbeziehung von Produkten in eine Sendung gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung, damit diese innerhalb der Sendung erscheinen. Nach Auffassung der KommAustria soll durch diese Darstellung mittelbar der Absatz der entsprechenden Produkte gefördert werden (vgl. die Definition der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation in § 2 Z 2 AMD-G).

Ob eine Erwähnung oder Darstellung „gegen Entgelt“ in diesem Sinne vorliegt, ist 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 (zum objektiven Maßstab und dem „werbewirksamen“ Zurschaustellen einer Marke in einer Sendung als Produktplatzierung vgl. u.a. VwGH 26.07.2007, 2005/04/0153, bzw. 08.10.2010, 2006/04/0089). Insofern geht die KommAustria unter Berücksichtigung eines objektiven Maßstabes davon aus, dass es sich bei den gegenständlichen Einblendungen jeweils um solche handelt, für die üblicherweise ein Entgelt geleistet wird. Dies vor dem Hintergrund der bildfüllenden Einblendung („Blumen Korner“) sowie der Platzierung der Produkte bzw. Logos (Schuhe „Gabor“, Aufsteller von „TIZIANO Designs & Emotions“). Die Wirth GmbH hat im Rahmen des Rechtsverletzungsverfahrens dargelegt, dass sie von einer „Patronanz“ ausgehe. Unbeschadet der Bezeichnung ist nach Auffassung der KommAustria auch hier jedenfalls eine Entgeltleistung Grundlage der vertraglichen Beziehung; dies deckt sich auch mit der Einblendung „mit freundlicher Unterstützung von Blumen Korner“ am Ende des Beitrages, die auf eine Entgeltlichkeit schließen lässt. Aus diesem Grund scheidet auch eine Qualifizierung der platzierten Produkte als „Produktionshilfe“ im Sinne einer unentgeltlichen Bereitstellung nach § 2 Z 27 Satz 2 AMD-G aus.

Die KommAustria geht weiters davon aus, dass es sich bei der oben dargestellten Sendung „Mostviertel Fernsehen“ um keine Sendung handelt, die nach § 38 Abs.3 AMD-G von der Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot von Produktplatzierung gemäß § 38 Abs. 1 AMD G für bestimmte Sendungen erfasst sein könnte. Bei der Sendung „Mostviertel Fernsehen“ handelt es sich weder um einen Kinofilm, einen Fernsehfilm, eine Fernsehserie noch eine Sportsendung. Auch eine Subsumtion unter den letzten Ausnahmetatbestand der „Sendungen der leichten Unterhaltung“ scheidet aus: Sendungen der leichten Unterhaltung gemäß § 38 Abs. 3 AMD-G zeichnen sich grundsätzlich dadurch aus, dass bei ihnen unterhaltende Elemente klar im Vordergrund stehen. „Leichte Unterhaltungssendungen“ sind beispielsweise Musikunterhaltungssendungen, Shows oder Comedy-Sendungen (vgl. *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>3</sup>, 519).

Bei der Sendung „Mostviertel Fernsehen“ handelt es sich demgegenüber um ein Magazin, das sich aus Beiträgen zusammensetzt, die ihren Schwerpunkt auf einen informativen Charakter legen. In sämtlichen Beiträgen werden themenspezifische Informationen über ausgewählte Ereignisse und Inhalte vermittelt. Bereits aus den Beitragstiteln lässt sich der Informationsanspruch der Sendung ableiten (z.B.: „Neubaueröffnung im Landeskrankenhaus Amstetten“, „Hilfswerk Niederösterreich“, „Spatenstich für den Neubau und Umbau der Volksschule und des Kindergartens in Allersdorf“, „Da und Dort – Stadt Waidhofen an der Ybbs informiert“). Dabei schadet es auch nicht, wenn einzelne Beiträge – z.B. „Herbstzauber bei Blumen Korner“ oder „Benefizkonzert - Octopus Live im kem.A[r]T“ – vielleicht auch unterhaltende Elemente beinhalten, da auch bei diesen Beiträgen die Information im Vordergrund steht.

Die Sendung „Mostviertel Fernsehen“ ist daher aufgrund ihrer Schwerpunktsetzung dem Genre der Informationssendungen zuzuordnen und daher nicht von der Ausnahme des Verbots der Produktplatzierung im Sinne des § 38 Abs. 3 AMD-G privilegiert. Produktplatzierungen sind demnach gemäß § 38 Abs. 1 AMD-G unzulässig.

Der objektive Tatbestand des § 38 Abs. 1 AMD-G iVm § 2 Z 27 AMD-G ist daher erfüllt und wurde auch vom Beschuldigten im Rahmen seiner Einvernahme am 29.08.2017 zugestanden.

#### **4.3.2.Spruchpunkt 2.a und 2.b.: Fehlende Trennung des werblich gestalteten Beitrages über „CCA“ samt der Anmoderation von ca. 18:26:12 bis ca. 18:30:28 Uhr**

Bei dem am 22.09.2016 ab ca. 18:26:29 Uhr ausgestrahlten Beitrag über das Eröffnungsfest im CCA handelt es sich um Werbung iSd § 2 Z 40 AMD G, wobei auch jener Teil, der als Einleitungsmoderation des Beitrages über das „City Center Amstetten – CCA“ gesendet wurde, als Werbung anzusehen ist:

Gemäß § 2 Z 40 AMD-G ist Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die in Fernsehprogrammen vom Anbieter (Fernsehwerbung) entweder gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet oder bereitgestellt wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern. Nach der Rechtsprechung des BKS ist unter dem Begriff Werbung ganz allgemein im Wesentlichen eine Produktinformation oder Leistungsinformation zu verstehen, die mit einer Absatzförderungsabsicht gesendet wird (vgl. BKS 13.12.2002 GZ 611.180/001-BKS/2002, bestätigt durch VwGH 07.09.2009, Zl. 2008/04/0014). Werbung ist durch zwei Tatbestandselemente gekennzeichnet: die werbliche Gestaltung (Ziel der Absatzförderung) und die Entgeltlichkeit. Dabei ist für die Qualifikation als „werblich gestaltet“ maßgeblich, „*ob die Äußerung mit dem Ziel ... zu fördern, gesendet wird*“ (vgl. VfSlg. 17.006/2003) und, daraus abgeleitet, ob die konkrete Darstellung geeignet ist, „*bislang uninformierte oder unentschlossene Zuseher für den Erwerb zu gewinnen, woraus auf das Ziel der Absatzförderung zu schließen ist*“ (vgl. VwGH 14.11.2007, Zl. 2005/04/0167). Als typische werbliche Gestaltungselemente gelten dabei qualitativ-wertende Aussagen, werbliche Botschaften in Form eines Leistungsvergleiches mit anderen Unternehmen, das Herausstreichen des Waren- und Leistungsangebotes bzw. besonderer Produkteigenschaften oder direkte Kaufappelle durch Nennung einer Bezugsquelle.

Diese Elemente liegen hier vor: Die Vorteile des Produkt- und Leistungsangebots des CCA werden wie folgt dargestellt: Es erfolgen lange und bildschirmfüllende Einblendungen der Logos „Zillertaler Trachtenwelt“ und des Verkaufsräumes von „Reisen & Co“, des Warensortiments von „Most & Kost“ sowie weiters Hinweise auf die gratis Parkdauer von zwei Stunden. Hinzu treten die qualitativ wertenden Aussagen: „Und das Reisebüro Kerschner mit „Reisen&Co“ ist ins dritte Obergeschoss übersiedelt und die haben einen wunderschönen, zeitgemäßen Kundenbetreuungs-Beratungsraum, wo sich die Kunden schon bei der Buchung der Reise fast wie im Urlaub fühlen“ sowie „Damit ist das City Center Amstetten startklar für ein neues und frisches Shoppingerlebnis“. Vor dem Hintergrund der dargestellten Judikatur geht die KommAustria davon aus, dass diese qualitativ-wertende Darstellung der Vorteile des Produkt- und Leistungsangebots des CCA, insbesondere abgerundet auch durch die Aussagen des Sprechers, jedenfalls dazu geeignet ist, Zuseher dazu zu veranlassen, einen Besuch im CCA in Erwägung zu ziehen, die angepriesenen Shops zu besuchen und insoweit den (entgeltlichen) Absatz der Waren bzw. die Erbringung der (entgeltlichen) Dienstleistungen zu fördern. Den Ausführungen der Wirth GmbH in ihrer Stellungnahme, dass nur die Örtlichkeit gezeigt werde und die gezeigten Artikel nur Bestandteil der Darstellung seien, ist insoweit schon auf faktischer Ebene entgegenzuhalten, dass die Vorteile des Produkt- und Leistungsangebots des CCA, wie oben ausgeführt, werblich herausgestellt werden.

Die KommAustria geht zudem vom Vorliegen der Entgeltlichkeit der gegenständlichen Darstellung aus. Diese Auffassung wird insbesondere durch den Umstand gestützt, dass das „citycenter Amstetten“ am Ende des Beitrages als „Unterstützer“ erwähnt wird. Im Übrigen ist nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH (vgl. exemplarisch VwGH 22.05.2013, Zl. 2010/03/0008; ebenso 28.02.2014, Zl. 2012/03/0019 mwN) die Frage der Entgeltlichkeit bei der kommerziellen Kommunikation anhand eines objektiven

Maßstabs zu beurteilen. Maßgebend ist dabei nicht, ob die Beteiligten für das Erscheinen eines Produktes, einer Dienstleistung oder einer entsprechenden Marke innerhalb einer Sendung ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung vereinbart haben. Entscheidend ist vielmehr, ob es sich um ein In-Erscheinung-Treten bestimmter Art handelt, nämlich um ein solches, das nach der Verkehrsauffassung üblicherweise gegen Entgelt erfolgt. Nach dem anzuwendenden objektiven Maßstab ist davon auszugehen, dass für einen derartigen Beitrag von dem beworbenen Unternehmen im geschäftlichen Verkehr üblicherweise auch ein Entgelt geleistet wird. Die KommAustria geht somit davon aus, dass es sich bei dem Beitrag zum Eröffnungsfest des CCA um Werbung iSd § 2 Z 40 AMD-G handelt.

Nichts anderes kann für die Anmoderation gelten. Nach Auffassung der KommAustria verfolgt nämlich die Moderation mit den einleitenden Worten das Ziel, die Aufmerksamkeit der Zuseher auf den nachfolgenden – als Werbung anzusehenden – Beitrag zu lenken, indem die Inhalte der Werbesendung angekündigt werden und der Zuseher zum Ansehen derselben animiert wird („*Viel mehr Shops war das Motto beim großen Eröffnungsfest im City Center Amstetten. Neu hinzugekommen ist der Landhaus- und Trachtenmodestore Zillertaler Trachtenwelt sowie der Shop Mostland und Reisen & Co. Wir haben uns unter die vielen Gäste der Eröffnungsfeier gemischt.*“). Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass die Anmoderation und der darauf folgende Beitrag im vorliegenden Fall vom durchschnittlichen Zuseher als inhaltlich zusammengehörend wahrgenommen werden. Es kann insofern von einem offenkundigen Kausalzusammenhang zwischen der Werbung und der vorangehenden Anmoderation der Werbung ausgegangen werden. Ohne die Schaltung des Werbespots fände auch keine Anmoderation der Werbung in der besagten Weise statt. Damit ist aber die der Werbung zu Grunde liegende entgeltliche Vereinbarung nicht isoliert in Bezug auf den Werbespot zu betrachten, sondern umfasst die Entgeltlichkeit bei objektiver Betrachtungsweise auch alle unmittelbar kausal zusammenhängenden Elemente, die den dem Werbespot immanenten Absatzförderungszweck unterstützen. Nach dem anzuwendenden objektiven Maßstab ist davon auszugehen, dass für eine derartige Anmoderation eines Beitrages von dem beworbenen Unternehmen im geschäftlichen Verkehr üblicherweise auch ein Entgelt geleistet wird bzw. auch die Anmoderation einen Teil des bezahlten werblichen Beitrages darstellt. Die KommAustria geht somit davon aus, dass es sich auch bei den einleitenden Worten der Moderatorin zum Beitrag über das CCA um Werbung iSd § 2 Z 40 AMD-G handelt (vgl. dazu auch KommAustria 15.04.2016, KOA 1.965/16-010).

In der Rechtsprechung hat sich das Trennungs- und Erkennbarkeitsgebot als „Eckpfeiler“ des Werberechts herausgebildet (vgl. VfSlg 18.017/2006). Sobald irgendeine Äußerung den Tatbestand der Werbung iSd § 2 Z 40 AMD-G erfüllt, ist sie von anderen Programmteilen durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig zu trennen. Als Trennmittel geeignet sind unterschiedliche Formen von akustischen oder visuellen Einspielungen. Erforderlich sind einerseits sowohl zu Beginn der Werbeeinschaltung eine eindeutige optische, akustische oder räumliche Trennung, um eine Täuschung über den werbenden Charakter der Einschaltung zu vermeiden, als auch am Ende der Werbeeinschaltung, damit dem Zuhörer der erneute Beginn der fortgesetzten redaktionellen Sendung angekündigt wird (BKS 23.06.2006, GZ 611.001/0024-BKS/2005). Der Schutzzweck von § 43 Abs. 2 AMD-G liegt darin, Verwechslungen des redaktionellen Programms mit der kommerziellen Werbung hintanzuhalten.

In der Sendung „Mostviertel Fernsehen“ werden ab ca. 18:02:51 Uhr verschiedene redaktionelle Beiträge gesendet. Mit der Anmoderation um ca. 18:26:12 Uhr beginnt um ca. 18:26:29 Uhr der Beitrag zum Eröffnungsfest des CCA. Am Ende des Beitrages erfolgt die Einblendung „Mit freundlicher Unterstützung von citycenter Amstetten“ und unmittelbar darauf die Anmoderation des Beitrags zum Tag der offenen Tür der FF Amstetten. Es fehlt somit sowohl vor der Anmoderation, bei der es sich aus oben genannten Gründen bereits um Werbung handelt, als auch am Ende des Beitrages zum CCA ein Trennmittel jeglicher Art, das diese Werbung von anderen Sendungs- und Programmteilen trennt.

Der objektive Tatbestand des § 43 Abs. 2 AMD-G iVm § 2 Z 40 AMD-G ist daher erfüllt und wurde auch vom Beschuldigten im Rahmen seiner Einvernahme am 29.08.2017 zugestanden.

#### **4.3.3.Spruchpunkt 3.: Mangelnde Erkennbarkeit des werblich gestalteten Beitrages über „CCA“**

#### samt der Anmoderation von ca. 18:26:12 bis ca. 18:30:28 Uhr

Fernsehwerbung und Teleshopping müssen gemäß § 43 Abs. 1 AMD-G auch leicht als solche erkennbar und somit vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar sein.

Wie bereits ausgeführt handelt es sich bei der Einleitungsmoderation des Beitrags über das City Center Amstetten (CCA) um Werbung iSd § 2 Z 40 AMD-G.

Nach Auffassung der KommAustria ist wegen der Aufmachung der Anmoderation des gegenständlichen Beitrages – die ident zur Anmoderation von redaktionellen Beiträgen gestaltet ist – unklar, ob es sich nachfolgend um redaktionelles Programm handelt; tatsächlich verfolgen die einleitenden Worte der Moderatorin jedoch keinen redaktionellen Zweck, sondern sollen auf die nachfolgende Werbesendung aufmerksam machen. Damit verstößt die gewählte Form der Präsentation aber auch gegen das Gebot des § 43 Abs. 1 AMD-G, wonach Fernsehwerbung leicht als solche erkennbar und somit vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar sein muss. Dieser Anforderung wird in Bezug auf die Anmoderation und den darauf folgenden werblich gestalteten Beitrag über das CCA somit nicht Rechnung getragen, fehlt es doch aufgrund der Einbettung des Beitrages in die Sendung und die sich von der Anmoderation anderer Beiträge nicht unterscheidende Präsentation an der leichten Erkennbarkeit und damit Unterscheidbarkeit von den anderen Teilen des redaktionellen Programms.

Der objektive Tatbestand des § 43 Abs. 1 AMD-G iVm § 2 Z 40 AMD-G ist daher erfüllt und wurde auch vom Beschuldigten im Rahmen seiner Einvernahme am 29.08.2017 zugestanden.

#### 4.3.4. Spruchpunkt 4.: Produktplatzierungen in der Sportsendung ab ca. 18:52:33 Uhr

Gemäß § 38 Abs. 4 Z 3 AMD G dürfen Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, das betreffende Produkt nicht zu stark herausstellen.

Grundsätzlich findet bei der Produktplatzierung im Rahmen von Fernsehsendungen eine bloße Zurschaustellung des Produkts durch Einbeziehung oder Bezugnahme darauf in der Sendung statt.

Bei der Integration des Schriftzugs „Intersport Winner“ in einem eigenen kleinen Bildschirm im Rahmen der Studioeinrichtung handelt es sich unzweifelhaft um eine Einbeziehung einer Marke im Sinne des § 2 Z 27 AMD-G, die „innerhalb der Sendung“ erscheint. Sie ist – unbeschadet der technischen Umsetzung – insoweit nicht anders zu behandeln, als jede andere „physische“ Integration von Marken, Logos etc. in eine Sendung, etwa in Form von Stickern, Aufhängern, Schildern etc. Auch an der Entgeltlichkeit der Integration besteht kein Zweifel: Neben dem bereits oben dargestellten objektiven Maßstab, der zur Anwendung gelangt, hat auch die Wirth GmbH in ihrer Stellungnahme darauf verwiesen, dass das betreffende Unternehmen eine jährliche „Patronanz“ des Studios leistet. Es liegt somit jedenfalls eine entgeltliche Leistungs-Gegenleistungsbeziehung vor. Aus der Aussage in der Stellungnahme der Wirth GmbH, dass die „Patronanz“ von „Intersport Winner“ in keiner Sendung erwähnt werde, ist insoweit nichts zu gewinnen, als der „Intersport Winner“ Schriftzug von ca. 18:52:45 Uhr bis ca. 18:55:04 Uhr groß unter dem Monitor eingeblendet wird.

Ein „zu starkes Herausstellen“ von Produkten iSd § 38 Abs. 4 Z 3 AMD-G kann durch unterschiedliche Merkmale bedingt sein. Zum einen ist nach den Materialien zur vergleichbaren Bestimmung im ORF-Gesetz (vgl. die Erl. zur RV 611 BgNR, 24. GP) davon auszugehen, dass durch ein wiederholtes Auftreten der betreffenden Marken ein entsprechendes „zu starkes“ Herausstellen verwirklicht werden kann. Zum anderen können auch die Dauer der Einblendung und die Größe derselben als Abgrenzungskriterien beachtlich sein (vgl. BKS 20.11.2010, 611.941/0003-BKS/2010).

Als weiteres Merkmal kann zudem auf die „Art und Weise“ der Hervorhebung abgestellt werden. Unter diesem Kriterium ist die Form der Einbettung der Produktplatzierung in den sonstigen Handlungsablauf der Sendung zu verstehen und insoweit vor allem die Frage einer dramaturgischen oder redaktionellen Rechtfertigung zu beantworten. Dabei soll auch der Inhalt der Programme berücksichtigt werden, in

denen die Produktplatzierung enthalten ist (vgl. VwGH 28.02.2014, GZ 2012/03/0019).

Die KommAustria erachtet vorliegend das Ausmaß der vorgenommenen Einblendung des „Intersport Gewinner“ Schriftzuges als zu starke Herausstellung des Logos bzw. der Marke des betreffenden Unternehmens. Dies im Hinblick darauf, dass der gegenständliche Schriftzug für die gesamte Dauer der Moderation über plakativ unter dem Monitor, der zur Information neben der Moderation dient, eingeblendet ist, was nicht als unbedeutend bezeichnet werden kann. Die dauerhafte Einblendung erfolgt völlig losgelöst von der redaktionellen Handlung der Sportmoderation und dient nur dem Zweck der größtmöglichen Präsenz des Firmen- bzw. Markenlogos. Eine wie auch immer geartete dramaturgische oder redaktionelle Rechtfertigung ist nicht erkennbar.

Der objektive Tatbestand des § 38 Abs. 3 Z 3 AMD-G iVm § 2 Z 27 AMD-G ist daher erfüllt und wurde auch vom Beschuldigten im Rahmen seiner Einvernahme am 29.08.2017 zugestanden.

#### **4.4. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Beschuldigten iSd § 9 Abs. 2 VStG**

Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte nach § 9 Abs. 2 VStG bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Der Beschuldigte war nach dem Ermittlungsverfahren im Tatzeitraum Geschäftsführer der Wirth GmbH und somit vertretungsbefugtes Organ der Wirth GmbH.

#### **4.5. Zum Verschulden des verantwortlichen Beauftragten**

Zur Erfüllung der subjektiven Tatseite muss die Verwaltungsübertretung dem Beschuldigten auch vorzuwerfen sein. Hierbei ist zunächst zu prüfen, ob die gegenständlichen Verwaltungsübertretungen gemäß § 64 Abs. 2 iVm § 38 Abs. 1, § 43 Abs. 2, § 43 Abs. 1 und § 38 Abs. 4 Z 3 AMD-G als Erfolgsdelikte oder als Ungehorsamsdelikte zu qualifizieren sind.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Bei Ungehorsamsdelikten besteht das Tatbild in einem bloßen Verhalten ohne Merkmal eines Erfolges. Was die innere Tatseite anlangt, ist somit zunächst festzuhalten, dass es sich bei dem vorgeworfenen Verstößen gegen § 38 Abs. 1, § 43 Abs. 2, § 43 Abs. 1 und § 38 Abs. 4 Z 3 AMD-G um Ungehorsamsdelikte handelt, weil weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr vorausgesetzt ist und nichts über das Verschulden bestimmt wird. 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. Das bedeutet, dass der Beschuldigte alles initiativ darzulegen hat, was für seine Entlastung spricht. Dazu bedarf es etwa der Darlegung, dass er im Betrieb ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet hat, sodass er unter vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten konnte (vgl. VwGH 27.04.2011, 2010/08/0172, mwN). Dabei genügt es nicht, ein derartiges Kontrollsystem abstrakt zu umschreiben. Vielmehr muss ausgeführt werden, wie das Kontrollsystem im Einzelnen funktionieren hätte sollen (VwGH 10.10.2004, 2004/02/0269), wobei es insbesondere nicht ausreicht, Mitarbeitern Belehrungen oder Dienstanweisungen über die einzuhaltenden Rechtsvorschriften zu erteilen, ohne deren tatsächliche Einhaltung auch zu kontrollieren (vgl. VwGH 04.07.2000, 2000/11/0123; 25.02.2010, 2008/09/0224). Abgesehen davon muss dargelegt werden, wieso – trotz Vorliegens eines funktionierenden Kontrollsystems – die Übertretung nicht verhindert werden konnte.

Im Verfahren wurden keine Umstände vorgebracht, die darauf schließen lassen, dass ein wirksames Kontrollsystem bestanden hat. Im Rahmen der Einvernahme am 29.08.2017 wurde diesbezüglich vorgebracht, dass das Programm grundsätzlich von einem Produktionsteam erstellt werde, welches aus fünf Mitarbeitern und einem Produktionsleiter bestehe. Bevor das Programm auf Sendung gehe, würde eine Endkontrolle durch die Redaktionsleiterin und AB, MBA, (im Auftrag bzw. im Wissen des Beschuldigten) erfolgen. Der Beschuldigte selbst werde nicht operativ oder nachkontrollierend tätig. Im konkreten Fall habe man die beanstandeten Probleme unbeabsichtigt begangen, wobei man sich dazu bekenne. Nach der Beanstandung im Rechtsverletzungsverfahren seien unmittelbar entsprechende Maßnahmen zwecks Hintanhaltung weiterer Verstöße vorgenommen worden. So werde in der wöchentlichen Redaktionsitzung auf die strikte Trennung zwischen redaktionellen und „kommerziell belasteten“ Inhalten geachtet, wobei hier eine Sensibilisierung der Mitarbeiter erfolge. Auch werde darauf geachtet, insbesondere in Interviews die Fragen bzw. auch die Bildgestaltung im Licht der weberechtlichen Vorgaben neutral zu gestalten.

Das Vorbringen des Beschuldigten ist somit insgesamt nicht geeignet, die Schuldvermutung gemäß § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG zu widerlegen, sodass von Fahrlässigkeit auszugehen ist.

Der Beschuldigte hat daher jedenfalls fahrlässig die Verwaltungsübertretungen nach § 64 Abs. 2 AMD-G begangen und dadurch § 38 Abs. 1, § 43 Abs. 2, § 43 Abs. 1 und § 38 Abs. 4 Z 3 AMD-G jeweils iVm § 9 Abs. 1 VStG verletzt.

#### **4.6. Zur Strafbemessung**

Grundlage für die Bemessung der Strafe sind § 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) 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. Sie kann den Beschuldigten jedoch, anstatt die Einstellung zu verfügen, unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, 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). Von geringem Verschulden iSv § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ist jedoch nur dann zu sprechen, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. zu § 21 VStG aF: VwGH 16.09.2010, 2010/09/0141 und VwGH 06.11.2012, 2012/09/0066).

Im vorliegenden Fall tritt das tatbildmäßige Verhalten bei allen gegenständlichen Verwaltungsübertretungen nicht erheblich hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurück:

Im Hinblick auf die Verletzung des § 38 Abs. 1 AMD-G besteht der Zweck darin, bestimmte Kategorien von Sendungen – die z.B. wie vorliegend vordringlich der Information dienen – von kommerzieller Einflussnahme im Wege der Produktplatzierung freizuhalten. Es ist davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall gerade der typische Fall einer Verletzung des § 38 Abs. 1 AMD-G vorliegt und daher schon deshalb ein Absehen von der Fortführung des Strafverfahrens gemäß § 45 Abs. 1 VStG ausgeschlossen ist.

Im Hinblick auf die Verletzungen des § 43 Abs. 1 und 2 AMD-G besteht der Zweck darin, Sendungen, die Werbung bzw. Teleshopping enthalten, für den Durchschnittsbeobachter von redaktionellem Programm abzugrenzen. Es ist davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall gerade der typische Fall von Verletzungen des § 43 Abs. 1 und 2 AMD-G vorliegt und daher schon deshalb ein Absehen von der Fortführung des Strafverfahrens gemäß § 45 Abs. 1 VStG ausgeschlossen ist.

Schließlich liegt der Zweck des § 38 Abs. 4 Z 3 AMD-G darin, Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, nicht mit den betreffenden Marken zu überfrachten und somit von Werbung bzw. Schleichwerbung abzugrenzen. Auch hier ist nicht erkennbar, dass das strafbare Verhalten mit dem häufigen Auftreten der Marken bzw. deren überdimensional große Einbindung in die Sendung vom Unrechtsgehalt atypisch wäre.

Da somit gerade typische Fälle von Verletzungen der §§ 38 Abs. 1, 43 Abs. 2, 43 Abs. 1 und 38 Abs. 4 Z 3 vorliegen, ist schon deshalb ein Absehen von der Fortführung des Strafverfahrens gemäß § 45 Abs. 1 VStG ausgeschlossen. Andere Strafausschließungsgründe liegen ebenfalls nicht vor.

Als strafmildernd war anzusehen, dass es sich hierbei hat der Beschuldigte in seiner Stellungnahme sowohl das Vorhandensein der objektiven als auch der subjektiven Tatseite eingestanden, indem er ausführte, dass die Verletzungen nicht beabsichtigt gewesen seien.

Ebenfalls ist zu berücksichtigen, dass die M4TV GmbH die gegenständlichen Sendungen operativ zu verantworten hat. Zwar entbindet dieses Vertragsverhältnis den Beschuldigten nicht von der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften, dennoch ist dies auf Ebene des Verschuldens strafmildernd zu werten.

Als Erschwerungsgrund ist gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm § 33 Abs. 1 Z 2 StGB zu berücksichtigen, dass gegen den Beschuldigten bereits in einem Fall wegen einer auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden Tat eine Verwaltungsstrafe gemäß § 64 Abs. 2 iVm § 38 Abs. 1 AMD-G iVm § 2 Z 27 AMD-G verhängt worden ist, die noch nicht iSd § 55 VStG getilgt sind.

Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Basierend auf der Angabe des Beschuldigten geht die KommAustria von einem Nettomonatseinkommen des Beschuldigten in der Höhe von EUR 0,00 aus. Darüber hinaus bestehen keine allfälligen Sorgepflichten. Etwaiges Vermögen konnte nicht festgestellt werden.

Unter Berücksichtigung dieser Strafbemessungsgrundsätze gelangt die KommAustria hinsichtlich der Verletzung des § 64 Abs. 2 iVm § 38 Abs. 1 AMD-G (Spruchpunkt 1.) in Ausübung des Ermessens im Sinne des Gesetzes zu dem Ergebnis, dass ein Betrag von EUR 200,- für die Übertretung angemessen ist.

Unter Berücksichtigung dieser Strafbemessungsgrundsätze gelangt die KommAustria hinsichtlich der Verletzungen des § 64 Abs. 2 iVm § 43 Abs. 2 AMD-G (Spruchpunkte 2.a. und 2.b.) in Ausübung des Ermessens im Sinne des Gesetzes zu dem Ergebnis, dass ein Betrag von jeweils EUR 400,- für die Übertretungen angemessen ist.

Unter Berücksichtigung dieser Strafbemessungsgrundsätze gelangt die KommAustria hinsichtlich der Verletzung des § 64 Abs. 2 iVm § 43 Abs. 1 AMD-G (Spruchpunkt 3.) in Ausübung des Ermessens im Sinne des Gesetzes zu dem Ergebnis, dass ein Betrag von EUR 300,- für die Übertretung angemessen ist.

Unter Berücksichtigung dieser Strafbemessungsgrundsätze gelangt die KommAustria hinsichtlich der Verletzung des § 64 Abs. 2 iVm § 38 Abs. 4 Z 3 AMD-G (Spruchpunkt 4.) in Ausübung des Ermessens im Sinne des Gesetzes zu dem Ergebnis, dass ein Betrag von EUR 400,- für die Übertretung angemessen ist.

Diese Strafen bewegen sich jeweils am untersten Ende des Strafrahmens des § 64 Abs. 2 AMD-G, welcher bis EUR 8.000,- 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 zwei Wochen ist, wenn keine Freiheitsstrafe angedroht ist, nicht zulässig. Sie ist ohne Bedachtnahme auf § 12 VStG nach den Regeln der Strafbemessung festzusetzen. Die festgesetzten Ersatzfreiheitsstrafen von je 4 bzw. 3 Stunden erscheinen der KommAustria mit Rücksicht auf die obigen Ausführungen zur Bemessung der Geldstrafe angemessen.

#### **4.7. Haftung der Wirth GmbH**

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

#### **4.8. Verfahrenskosten**

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 je EUR 10,- zu bemessen; bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe gleich EUR 100,- anzurechnen. Der Kostenbeitrag fließt der Gebietskörperschaft zu, die den Aufwand der Behörde zu tragen hat.

Vor diesem Hintergrund war auszusprechen, dass die Beschuldigte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 10 % der verhängten Strafe zu leisten hat.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

**Rechtsmittelbelehrung:**

