

**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

A

Zahl (Bitte bei Antworten angeben!)	Sachbearbeiter/in	Durchwahl	Datum
KOA 1.850/18-013	Mag. Schmidt	438	17.04.2018

## Straferkenntnis

Sie haben als für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 120/2016, bestellter verantwortlicher Beauftragter für Übertretungen des Österreichischen Rundfunks nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 120/2016, zu verantworten, dass der Österreichische Rundfunk am 29.06.2016 im regionalen Hörfunkprogramm Radio Kärnten

- 1) von ca. 17:11:30 bis 17:59:59 Uhr die Sendung „Servus, Srečno, Ciao“ ausgestrahlt hat, welche Produktplatzierungen zugunsten des Hotels Landhof Irschen enthielt, und diese weder an ihrem Anfang noch an ihrem Ende eindeutig gekennzeichnet wurde;
- 2) den um ca. 16:30:10 Uhr gesendeten Werbespot für die „ORF Nachlese Edition Wanderzeit“ an dessen Anfang nicht durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt hat; und
- 3) um ca.
  - i. 06:46:06 Uhr,
  - ii. 06:51:06 Uhr,
  - iii. 07:32:56 Uhr,
  - iv. 09:03:46 Uhr und
  - v. 11:40:27 Uhrjeweils Werbespots sowie um ca.
  - vi. 07:12:27 Uhr,
  - vii. 07:40:34 Uhr und
  - viii. 08:20:30 Uhr

jeweils Werbeblöcke ausgestrahlt hat, welche jeweils weder an ihrem Anfang noch an ihrem Ende

durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt wurden.

Tatort: jeweils 1136 Wien, Würzburggasse 30.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

Zu 1) § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G iVm § 9 Abs. 2 VStG

Zu 2) § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2 VStG

Zu 3) jeweils § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2 VStG

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

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	gemäß
zu 1.: 1.500,-	12 Stunden	zu 1.: § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G iVm § 9 Abs. 2 und §§ 16 und 19 VStG
zu 2.: 1.500,-	12 Stunden	zu 2.: § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2 und §§ 16 und 19 VStG
zu 3.i: 1.000,-	8 Stunden	zu 3.: jeweils § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2 und §§ 16 und 19 VStG
zu 3.ii: 1.000,-	8 Stunden	
zu 3.iii: 1.000,-	8 Stunden	
zu 3.iv: 1.000,-	8 Stunden	
zu 3.v: 1.000,-	8 Stunden	
zu 3.vi: 1.000,-	8 Stunden	
zu 3.vii: 1.000,-	8 Stunden	
zu 3.viii: 1.000,-	8 Stunden	

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:

**1.100,-** 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

12.100,- Euro

#### Zahlungsfrist:

Wird keine Beschwerde erhoben, ist dieses Straferkenntnis sofort vollstreckbar. Der **Gesamtbetrag (Strafe/Kosten)** ist – unter Angabe der **Geschäftszahl KOA 1.850/18-013** – 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

##### 1.1. Feststellungsverfahren nach §§ 35 bis 37 ORF-G

Mit – im Hinblick auf die Spruchpunkte 1.c. und 2. – nicht rechtskräftigem Bescheid vom 20.01.2017, KOA 1.850/16-065, stellte die KommAustria im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk (ORF) gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 und Z 9 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2016, iVm den §§ 35, 36 und 37 ORF-G in ihrem Spruchpunkt 1. fest, dass der ORF am 29.06.2016 im regionalen Hörfunkprogramm Radio Kärnten

- a.) die Bestimmung des § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G dadurch verletzt hat, dass die von ca. 17:11:30 bis ca. 17:59:59 Uhr ausgestrahlte Sendung „Servus, Srečno, Ciao“, die Produktplatzierungen zugunsten des Hotels Landhof Irschen enthielt,
  - i. weder an ihrem Anfang
  - ii. noch an ihrem Endeeindeutig gekennzeichnet wurde;
- b.) die Bestimmung des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G dadurch verletzt hat, dass der um ca. 16:30:10 Uhr gesendete Werbespot für die „ORF Nachlese Edition Wanderzeit“ an dessen Anfang nicht durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt wurde;
- c.) die Bestimmung des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G dadurch verletzt hat, dass die um ca.
  - i. 06:46:06 Uhr,
  - ii. 06:51:06 Uhr,
  - iii. 07:32:56 Uhr,
  - iv. 09:03:46 Uhr und
  - v. 11:40:27 Uhrausgestrahlten Werbespots sowie die um ca.
  - vi. 07:12:27 Uhr,

- vii. 07:40:34 Uhr und
  - viii. 08:20:30 Uhr
- ausgestrahlten Werbeblöcke  
jeweils weder an ihrem Anfang noch an ihrem Ende durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt wurden.

Im Spruchpunkt 2. dieses Bescheides erkannte die KommAustria gemäß § 37 Abs. 4 ORF-G auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung.

Gegen die Spruchpunkte 1.c. und 2. dieses Bescheides erhob der ORF mit Schreiben vom 20.02.2017 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (BVwG). Das Verfahren vor dem BVwG ist noch anhängig.

### **1.2. Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens**

Mit Schreiben vom 08.06.2017 leitete die KommAustria ein Verwaltungsstrafverfahren wegen des Verdachts ein, der Beschuldigte habe als für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 VStG bestellter verantwortlicher Beauftragter für Übertretungen des Österreichischen Rundfunks in 1136 Wien, Würzburggasse 30, zu verantworten, dass der Österreichische Rundfunk am 29.06.2016 im regionalen Hörfunkprogramm Radio Kärnten

- 1) von ca. 17:11:30 bis 17:59:59 Uhr die Sendung „Servus, Srečno, Ciao“ ausgestrahlt hat, welche Produktplatzierungen zugunsten des Hotels Landhof Irschen enthielt, und diese weder an ihrem Anfang noch an ihrem Ende eindeutig gekennzeichnet wurde;
- 2) den um ca. 16:30:10 Uhr gesendeten Werbespot für die „ORF Nachlese Edition Wanderzeit“ an dessen Anfang nicht durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt hat; und
- 3) um ca.
  - i. 06:46:06 Uhr,
  - ii. 06:51:06 Uhr,
  - iii. 07:32:56 Uhr,
  - iv. 09:03:46 Uhr und
  - v. 11:40:27 Uhrjeweils Werbespots sowie um ca.
  - vi. 07:12:27 Uhr,
  - vii. 07:40:34 Uhr und
  - viii. 08:20:30 Uhr

jeweils Werbeblöcke ausgestrahlt hat, welche jeweils weder an ihrem Anfang noch an ihrem Ende durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt wurden.

Der Beschuldigte wurde gemäß §§ 40 und 42 VStG zur Rechtfertigung aufgefordert. Der Österreichische Rundfunk (Generaldirektor) wurde mit Schreiben vom selben Tag entsprechend in Kenntnis gesetzt.

### **1.3. Rechtfertigung des Beschuldigten**

Mit Schreiben vom 10.07.2017 nahm der Beschuldigte zu den vorgehaltenen Verwaltungsübertretungen Stellung. Dazu führte er zunächst aus, dass es richtig sei, dass er zum inkriminierten Zeitpunkt zum verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich Beauftragte (§ 9 Abs. 2 VStG), fachlich abgegrenzt für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G, für den gesamten Bereich des Österreichischen Rundfunks bestellt gewesen sei.

Zu Punkt. 1) führte der Beschuldigte aus, dass es sich im konkreten Fall aufgrund des an den ORF geleisteten Entgelts um eine Produktplatzierung handle. Die Produktplatzierungskennzeichnung sei

aufgrund eines von ihm nicht zu verantwortenden Abwicklungsfehlers im Landesstudio Kärnten versehentlich nicht ausgestrahlt worden.

Auch hinsichtlich des Punktes 2) führte der Beschuldigte aus, dass die Trennung des inkriminierten Werbespots an dessen Anfang aufgrund eines von ihm nicht zu verantwortenden Abwicklungsfehlers versehentlich unterblieben sei.

Hinsichtlich den in Punkt 3) vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen verwies der Beschuldigte ausdrücklich auf die Beschwerde des ORF vom 20.02.2017, die dieser gegen den diesem Verfahren zugrundeliegenden Rechtsverletzungsbescheid der KommAustria vom 20.01.2017, KOA 1.850/16-065, erhoben habe. Der Beschuldigte erhob das Vorbringen dieser Beschwerde zur Gänze zum Inhalt dieser Stellungnahme.

## 2. Sachverhalt

Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

### 2.1. Sendung „Servus, Srečno, Ciao“ von ca. 17:11:30 bis 17:59:59 Uhr

Von ca. 17:11:30 bis ca. 17:59:59 Uhr wird die Sendung „Servus, Srečno, Ciao“ ausgestrahlt. Nach einem Musiktitel führt die Moderatorin um ca. 17:40:00 Uhr aus: *„17:40 Uhr ist es, Sie hören ‚Servus, Srečno, Ciao‘ in Radio Kärnten und wir quizzten eine Runde, wenn Sie wollen. Vielleicht plauder‘ ich ja in Kürze gerade mit Ihnen. Ja, noch nie mitgespielt, vielleicht wird’s einmal Zeit. Es geht um einen Gutschein im Wert von 70,- Euro, zur Verfügung gestellt vom ‚4-Stern Wander- und Wohlfühlhotel Landhof Irschen‘ anlässlich des Kräuterfestivals diesen Samstag und Sonntag in Irschen. Meine Frage, die lautet: ‚Das mediterrane Kraut Basilikum wird gerne zu Mozzarella mit Tomaten und Olivenöl serviert‘ – ja, ich geb‘ da auch noch Kernöl drauf und Parmesan – ah und jetzt wollt ich von Ihnen wissen: ‚Wie heißt denn diese italienische Vorspeise?‘ Also Kernöl und Parmesan lass ma mal weg, weil das mag ich. Also Tomaten, Mozzarella, Basilikum, Olivenöl – wenn Sie das wissen und gewinnen wollen, rufen Sie uns an: 0463/511005. Ich drück‘ ganz fest den Daumen und vielleicht hör ma uns gleich, wir miteinander, wir zwei.“* Es folgt ein Musiktitel und um ca. 17:45:00 Uhr wird folgender Dialog ausgestrahlt:

Moderatorin: *„Wir quizzten in ‚Servus, Srečno, Ciao‘ in Radio Kärnten. Meine Frage, die lautete: ‚Das mediterrane Kraut Basilikum, das wird ja gerne zu Mozzarella mit Tomaten und Olivenöl serviert, wie heißt denn diese italienische Vorspeise?‘ Und ... aus Himmelberg, die könnte das wissen, Grüß Gott Frau ..., schönen Nachmittag!“*

Anruferin: *„Ja schönen Nachmittag, Grüß Gott“.*

Moderatorin: *„Wie heißt denn die, diese Vorspeise?“*

Anruferin: *„Caprese nennt man die.“*

Moderatorin: *„Jawohl, das ist das Caprese.“*

Im Hintergrund wird Applaus eingespielt.

Moderatorin: *„Essen Sie das auch gerne, manchmal so?“*

Anruferin: *„Ja schon.“*

Moderatorin: *„Essen Sie es auch einfach nur mit Basilikum, Mozzarella, Tomaten und Olivenöl?“*

Anruferin: *„Ja genau.“*

Moderatorin: „Oder tun Sie auch noch was dazu?“

Anruferin: „Na genau so.“

Moderatorin: „Sehr brav, hab' nur i den komischen Geschmack. Ja gratuliere, gratuliere, ein Gutschein im Wert von 70,- Euro, zur Verfügung gestellt vom ‚4-Stern Wander- und Wohlfühlhotel Landhof Irschen‘ ist schon am Weg zu Ihnen.“

Anruferin: „Danke schön.“

Moderatorin: „Ja bitte schön. Ja, da kann man schon ein bissi was – vielleicht noch was dazu – und dann geht schon. Wander, Wöhlfühl, ach, was gibt es Besseres in einem schönen Sommer? Frau ..., was steht bei Ihnen noch so an, es ist ein herrliches Tagerl, so wie es aussieht.“

Anruferin: „Ja, so ein bisserl die Sonne genießen und sonst nimmer so viel.“

Moderatorin: „Nimmer so viel, es ist sie ja nicht mehr so stark und dreiviertel sechs am Abend, jetzt kann man sie schon ein bisschen genießen, ohne dass man irgendwelche Sonnenbrände kriegt.“

Anruferin: „Ja genau, genau.“

Moderatorin: „Frau ... dann machen Sie das mal, genießen Sie für mich mit.“

Anruferin: „Ja genau, genau.“

Moderatorin: „Gratulation nochmal zum Gutschein, lassen Sie es sich gut gehen, Baba, Ciao.“

Die Anruferin bedankt sich und die Moderatorin und die Anruferin verabschieden sich voneinander, danach folgt ein Musiktitel.

Für die Einbeziehung des zu gewinnenden Preises in die Sendung wurde vom „Wander- und Wohlfühlhotel Landhof Irschen“ an den ORF ein Entgelt geleistet.

## 2.2. Spot zugunsten der „ORF-Nachlese Edition Wanderzeit“ um ca. 16:30:10 Uhr

Um ca. 16:30:10 Uhr wird unmittelbar nach einem Musiktitel folgender Spot für die ORF Nachlese gesendet: „Wanderzeit 2016, so entdecken Sie Österreichs beste Wanderrouen; Ausflugstipps aus Harrys Liebste Hütt'n ab 17. Juli, ORF 2. Die ORF-Nachlese Edition Wanderzeit, jetzt neu.“ Danach wird das Programm um ca. 16:30:25 Uhr mit der Zeitansage, der Nennung des Sendernamens und der Ankündigung der halbstündlichen Lokalnachrichten durch die Moderatorin fortgesetzt.

## 2.3. Verwendung von akustischen Trennmitteln am 29.06.2016

Am 29.06.2016 werden um ca. 06:46:06 Uhr, 06:51:06 Uhr, 07:32:56 Uhr, 09:03:46 Uhr und 11:40:27 Uhr einzelne Werbespots sowie um ca. 07:12:27 Uhr, 07:40:34 Uhr und 08:20:30 Uhr Werbeblöcke ausgestrahlt, die jeweils am Anfang und Ende durch ein akustisches Signal („Zwitschern“) vom redaktionellen Programm getrennt wurden.

In der Sendung „Guten Morgen Kärnten“ wird nach einem Musiktitel um ca. 06:30:26 Uhr ein akustisches Signal („Zwitschern“) gesendet, danach folgt folgender Text: „Der ORF Kärnten präsentiert – ‚Die Geschichte ist so konstruiert‘ – Erlesenes, bei den Vierzigsten Tagen der deutschsprachigen Literatur – ‚die Wahrheit nämlich ist den Menschen zumutbar‘ – von Morgen bis Sonntag im ORF Theater in Klagenfurt. Texte und Infos online unter ‚bachmannpreis.orf.at‘. Die Tage der deutschsprachigen Literatur, präsentiert von der Stadt Klagenfurt, der Kelag und der BKS Bank“. Danach wird um ca. 06:30:59 Uhr wiederum ein akustisches Signal („Zwitschern“) gesendet.

In der Sendung „Tausend Fragen“ wird nach einem Produktplatzierungshinweis um ca. 13:04:15 Uhr ein akustisches Signal („Zwitschern“) gesendet, danach folgt folgender Text: „Diese Sendung widmet Ihnen der XXXLutz Kärnten“. Danach wird wiederum ein akustisches Signal („Zwitschern“) gesendet. Im Verlauf der Sendung werden vom Moderator der Hauptpreis, ein „Einkaufsgutschein im Wert von 7.300,- Euro für den XXXLutz Kärnten“, sowie der Tagespreis, ein „Konsumationsgutschein im Wert von 70,- Euro vom Gasthaus Luggale in Feldkirchen“, mehrmals erwähnt und gegen Ende der Sendung die Gewinner der Preise genannt. Um ca. 13:59:18 Uhr wird ein akustisches Signal („Zwitschern“) gesendet, danach folgt folgender Text: „Diese Sendung widmete Ihnen der XXXLutz Kärnten“. Danach wird wiederum ein akustisches Signal („Zwitschern“) gesendet und es folgt ein Produktplatzierungshinweis.

## 2.4. Beschuldigter

Der Beschuldigte ist Mitarbeiter der Abteilung Recht- und Auslandsbeziehungen des ORF und wurde vom ORF mit Schreiben vom 18.03.2016 für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 VStG zum verantwortlichen Beauftragten, sachlich begrenzt für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 ORF-G mit Ausnahme des § 38 Abs. 1 Z 6, 9 und 10 ORF-G sowie mit Ausnahme des § 38 Abs. 1 Z 7 ORF-G, sofern der Geschäftsführer der zuständigen Tochtergesellschaft nach VStG haftet, für den gesamten Bereich des ORF bestellt.

Die KommAustria geht von einem Jahresbruttogehalt von xxx Euro aus.

Über den Beschuldigten wurden bisher keine Verwaltungsstrafen nach dem ORF-G rechtskräftig verhängt.

## 3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Inhalt des am 29.06.2016 ausgestrahlten Tagesprogramms im regionalen Hörfunkprogramm Radio Kärnten ergeben sich aus der amtswegigen Einsichtnahme in das genannte Hörfunkprogramm. Diese wurden vom ORF im Rechtsverletzungsverfahren sowie vom Beschuldigten in der verfahrensgegenständlichen Rechtfertigung vom 10.07.2017 auch nicht bestritten.

Die Feststellung, dass für die unter Punkt 2.1. des Sachverhalts dargestellte Einbeziehung des zu gewinnenden Preises in die Sendung ein Entgelt geleistet wurde, beruht auf den glaubhaften Angaben des ORF in seiner Stellungnahme vom 17.08.2016 im zugrundeliegenden Rechtsverletzungsverfahren sowie in der verfahrensgegenständlichen Rechtfertigung des Beschuldigten vom 10.07.2017.

Die Feststellungen zur Bestellung des Beschuldigten zum verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichen Beauftragten ergeben sich aus dem zitierten Schreiben des ORF vom 18.03.2016. Die Feststellungen, dass bisher keine Verwaltungsstrafen nach dem ORF-G über den Beschuldigten verhängt wurden, ergeben sich aus den Verwaltungsakten der KommAustria.

Der Beschuldigte hat im gegenständlichen Verfahren seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse bzw. allfällige Sorgepflichten gegenüber der Behörde nicht offen gelegt.

Der Beschuldigte hat jedoch in dem bei der KommAustria durchgeführten Verfahren zur Geschäftszahl KOA 1.850/18-011 im Zuge seiner Vernehmung hinsichtlich seiner Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfälliger Sorgepflichten bekannt gegeben, dass xxx.

Bezüglich seines Einkommens gab der Beschuldigte xxx verdient habe. Weiters gebe es geringfügige Einkünfte aus Nebentätigkeiten iHv ca. xxx. Über eine allfällige Tragung von Verwaltungsstrafen durch den Dienstgeber gebe es keine wirksame Vereinbarung, sondern es komme auf eine Beurteilung im Einzelfall an. Es bestehe allerdings durchaus eine in Aussicht gestellte Leistungskomponente (Bonus) für die erfolgreiche Wahrnehmung der Aufgaben des verantwortlich Beauftragten.

Die Feststellung zum Jahresbruttogehalt beruht daher auf den Angaben des Beschuldigten. Dabei geht die

KommAustria von folgenden Anhaltspunkten aus:

Da der Beschuldigte mit Schreiben vom 18.03.2016 unterjährig zum verantwortlichen Beauftragten bestellt wurde, ist anzunehmen, dass hinsichtlich der Angabe des Jahresgehalts für 2016 der Gehaltsbestandteil für die Tätigkeiten als verantwortlicher Beauftragter lediglich aliquot berücksichtigt wurde. Weiters ist davon auszugehen, dass zwischenzeitig eine Gehaltserhöhung stattgefunden hat, da die Angaben des Beschuldigten zum Jahresgehalt das Jahr 2016 betreffen. Die KommAustria geht daher von einem Jahresbruttogehalt des Beschuldigten von ca. xxx Euro aus.

Weiters geht die KommAustria davon aus, dass bei einem Unternehmen wie dem ORF, bei dem es regelmäßig zu Übertretungen im Bereich der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten kommt, allenfalls verhängte Verwaltungsstrafen vom Unternehmen getragen werden. Dieser Ersatz ist unter Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit (§ 25 Abs. 1 Z 1 lit a EStG) zu subsumieren (vgl. etwa VwGH 23.05.1984, Zl. 83/13/0092, 25.02.1997, Zl. 96/14/0022, mwN), sodass davon auszugehen ist, dass verhängte Verwaltungsstrafen die finanzielle Leistungsfähigkeit des Beschuldigten im Zusammenhang mit der Strafbemessung nicht beeinträchtigen.

Die Feststellung zur Sorgepflicht des Beschuldigten beruht auf den Angaben des Beschuldigten.

#### 4. Rechtliche Würdigung

##### 4.1. Behördenzuständigkeit

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 KOG 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.

##### 4.2. Rechtsgrundlagen

§ 38 ORF-G 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 lautet auszugsweise:

##### **„Begriffsbestimmungen**

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

[...]

5. „Sendung“

a) in Fernsehprogrammen und Abrufdiensten eine einzelne, in sich geschlossene und zeitlich begrenzte Abfolge von bewegten Bildern mit oder ohne Ton, die im Fall von Fernsehprogrammen

Bestandteil eines Sendeplans oder im Fall von Abrufdiensten eines Katalogs ist;  
b) in Hörfunkprogrammen einen einzelnen, in sich geschlossenen und zeitlich begrenzten Bestandteil des Programms;

[...]

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.

[...]“

§ 14 ORF-G lauten auszugsweise:

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

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

[...]“

§ 16 ORF-G lautet auszugsweise:

#### **„Produktplatzierung**

**§ 16.**

[...]

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

[...]

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.

[...]“

### **4.3. Objektiver Tatbestand**

#### **4.3.1. Verstoß gegen § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G (Spruchpunkt 1.)**

Bei der Produktplatzierung (vgl. die Definition in § 1a Z 10 ORF-G) werden der Name, die Marke, die Leistung, die Waren usw. eines Unternehmens gefördert, wobei es um deren werbewirksame Einbeziehung (Platzierung) in einer Sendung geht; ein Zurschaustellen erfolgt dann werbewirksam, wenn dem durchschnittlich informierten und aufmerksamen Konsumenten das präsentierte Produkt als Marke bekannt ist (vgl. VwGH vom 08.10.2010, 2006/04/0089; VwGH 26.07.2007, 2005/04/0153).

Im vorliegenden Fall erfüllt nach Auffassung der KommAustria die Nennung des Gewinnspielpreises sowie des den Preis zur Verfügung stellenden Unternehmens mit den Worten „Es geht um einen Gutschein im Wert von 70 Euro, zur Verfügung gestellt vom ‚4-Stern Wander- und Wohlfühlhotel Landhof Irschen‘ anlässlich des Kräuterfestivals diesen Samstag und Sonntag in Irschen.“ die Voraussetzungen der

Präsentation einer Marke bzw. eines Markenproduktes iSd Tatbestandsmerkmale der Produktplatzierung.

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/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>3</sup>, 21). Dass im gegenständlichen Fall für die Einbeziehung des zu gewinnenden Preises in die Sendung ein Entgelt geleistet wurde, gibt der ORF in seiner Stellungnahme vom 17.08.2016 im zugrundeliegenden Rechtsverletzungsverfahren ausdrücklich an.

Im Hinblick auf den oben unter 2.1. dargestellten Sachverhalt ist demnach der Tatbestand der Produktplatzierung im Hinblick auf den Gewinnspielhinweis durch die Erwähnung des „4-Stern Wander- und Wohlfühlhotels Landhof Irschen“ erfüllt.

Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, sind nach § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G zu Sendungsbeginn und -ende eindeutig zu kennzeichnen, um jede Irreführung des Konsumenten zu verhindern.

Hinsichtlich des Begriffs der Sendung ist nach der ständigen Rechtsprechung davon auszugehen, dass die Definition in § 1a Z 5 lit. b ORF-G wörtlich die ständige Spruchpraxis des Bundeskommunikationssenates aufgreift (BKS 05.11.2012, 611.804/0002-BKS/2012, unter Hinweis auf BKS 01.06.2005, 611.009/0016-BKS/2005, und BKS 20.10.2008, 611.009/0023-BKS/2008). Der BKS vertritt nach ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass es bei der Beurteilung eines Programmbestandteils als „Sendung“ nicht auf die Dauer der Ausstrahlung per se ankommen kann. Vielmehr sei bei der Beurteilung darauf abzustellen, ob es sich um einen einzelnen, in sich geschlossenen, zeitlich begrenzten Teil des Rundfunkprogramms handelt. Bei dieser Beurteilung ist neben dem Inhalt der Sendungsteile auch darauf abzustellen, ob (im Bild) oder im Ton der Übertragung ein Hinweis darauf zu erkennen ist, dass eine Sendung zu Ende geht und eine neue Sendung beginnt (vgl. dazu BKS 04.04.2006, 611.009/0057-BKS/2005 zu § 17 Abs. 2 Z 2 ORF-G in der Fassung BGBl. I Nr. 97/2004, mwN).

Hinsichtlich der Abgrenzung der Sendung ist auf die einschlägige Rechtsprechung zu mehrstündigen Formaten bzw. Programmschienen im Hörfunk zu verweisen (BKS 05.12.2011, 611.804/0002-BKS/2012): Demnach führt allein der Umstand, dass unter einem bestimmten Titel (vorliegend: „Servus, Srečno, Ciao“) in den relevanten Sendestunden ein bestimmter Moderator bzw. ein bestimmtes Moderatorenteam durch das Programm führt, welches bei anderen Sendeflächen wechselt und unter Umständen für die jeweiligen Sendeschienen als Aushängeschild fungiert, noch nicht zur Qualifikation als „eine Sendung“. Auch ein grober thematischer Bogen (Morgen / Vormittag / Nachmittag) begründet noch keinen so durchgehenden inneren Zusammenhang, wie dies für eine vom übrigen Programm abgrenzbare Sendung charakteristisch wäre. Tatsächlich besteht jede Sendestunde für sich genommen aus unterschiedlichen inhaltlichen Elementen; diese Elemente werden jedoch mehr oder minder gleichbleibend in jeder anderen Stunde „wiederholt“ (z.B. Wetter und Verkehr), sodass jede Sendestunde – nicht zuletzt aufgrund der zur vollen Stunde vorgesehenen eigenständig präsentierten Nachrichtensendung und des damit verbundenen „Zwangs“, gegen die Sendeminute 59 hin zu einem gestalterischen Ende zu kommen – ein in sich geschlossenes „System“ darstellt. Schon aufgrund der Einteilung der Uhrzeit in volle Stunden begreift der Durchschnittsbetrachter die an dieser zeitlichen „Vorgabe“ orientierten gestalterischen Elemente als abgegrenzte Einheit, ohne dabei einen spezifischen inhaltlichen Zusammenhang zu den Folgestunden zu erkennen oder vorauszusetzen.

Vor dem Hintergrund, dass „Servus, Srečno, Ciao“ zu jeder vollen Stunde durch eine Nachrichtensendung, gefolgt von Wetterinformationen und Verkehrsmeldungen, unterbrochen wird, kann daher nicht von einer durchgehenden, in sich geschlossenen mehrstündigen Sendung gesprochen werden, sondern ist jede Sendestunde von „Servus, Srečno, Ciao“ als Sendung iSd § 1a Z 5 lit. b ORF-G zu qualifizieren.

Da die Sendung „Servus, Srečno, Ciao“ weder an ihrem Anfang um ca. 17:11:30 Uhr noch an ihrem Ende um ca. 17:59:59 Uhr eindeutig hinsichtlich der Produktplatzierung gekennzeichnet wurde, ist daher der objektive Tatbestand gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G erfüllt.

#### 4.3.2. Verstoß gegen § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G (Spruchpunkt 2)

§ 14 ORF-G lautet auszugsweise:

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

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

[...]“

Die KommAustria geht davon aus, dass es sich bei dem in Frage stehenden Spot um Werbung für die „ORF Nachlese Edition Wanderzeit“ handelt.

Der Hinweis auf den Inhalt der ORF Nachlese beinhaltet eine qualitativ-wertende Aussage („*Österreichs beste Wanderrouten*“); ebenso wird erwähnt, dass eine neue Ausgabe der ORF-Nachlese erschienen ist. Damit ist der Spot jedenfalls geeignet, unentschlossene Hörer zum Kauf der ORF-Nachlese zu animieren. Die Einordnung als Werbespot wurde vom Beschuldigten auch bestätigt. Aufgrund eines Abwicklungsfehlers sei die Trennung versehentlich unterblieben.

Es kann vorliegend ausdrücklich dahinstehen, ob es sich bei der beworbenen „ORF Nachlese Edition Wanderzeit“ um ein „Begleitmaterial“ iSd § 14 Abs. 6 Z 1 ORF-G handelt. Selbst unter dieser Annahme sind nach der ständigen Rechtsprechung die Anforderungen des § 14 Abs. 1 ORF-G nämlich auch für „Hinweise auf Begleitmaterialien“ zu beachten, da derartige Hinweise nur insoweit privilegiert sind, als sie nicht in die Werbezeit einzurechnen sind, nicht aber hinsichtlich der weiteren Anforderungen der Regelungen über Werbung (vgl. VwGH 14.11.2007, 2005/04/0152).

Da der gegenständliche Spot um ca. 16:30:10 Uhr unmittelbar nach einem Musikstück ausgestrahlt und somit die akustische Trennung von anderen Programmteilen am Beginn unterlassen wurde, ist daher der objektive Tatbestand gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G erfüllt; die Zeitansage und die Nennung des Sendernamens am Ende genügen nach der Rechtsprechung demgegenüber den gesetzlichen Anforderungen.

Hinsichtlich der beiden zuletzt genannten Verletzungen ist zudem darauf hinzuweisen, dass der Bescheid der KommAustria vom 20.01.2017, KOA 1.850/16-065, soweit darin festgestellt wurde, dass durch die fehlende Kennzeichnung von Produktplatzierung am Anfang und Ende der Sendung „*Servus, Srečno, Ciao*“ sowie durch die fehlende Kennzeichnung des Spots zugunsten der „ORF Nachlese Edition Wanderzeit“ die Bestimmungen gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 und § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G verletzt wurden, vom ORF nicht bekämpft wurde und somit rechtskräftig geworden sind.

#### 4.3.3. Verstöße gegen (Spruchpunkte 3)i, 3)ii, 3)iii, 3)iv, 3)v,3)vi, 3)vii und 3)viii)

Die KommAustria geht im Hinblick auf den in der Sendung „Guten Morgen Kärnten“ um ca. 06:30:26 Uhr im Rahmen eines Veranstaltungs- bzw. Programmhinweises für die „*Vierzigsten Tage der deutschsprachigen Literatur*“ gesendeten Sponsorhinweis zu Gunsten „*der Stadt Klagenfurt, der Kelag und der BKS Bank*“ davon aus, dass es sich hierbei um einen „ungestalteten“ Sponsorhinweis handelt, da dieser keine qualitativ-wertenden Aussagen enthält.

Auch die um ca. 13:04:15 Uhr und ca. 13:59:18 Uhr gesendeten Sponsorhinweisen zu Gunsten des „*XXXLutz Kärnten*“ stellen keine werblich gestalteten Sponsorhinweise dar, zumal keine qualitativ-wertenden Aussagen vorgenommen werden. Dieser Kategorisierung ist der ORF in seiner Stellungnahme vom 17.08.2016 im zugrundeliegenden Rechtsverletzungsverfahren bzw. der Beschuldigte im gegenständlichen Strafverfahren nicht entgegen getreten.

Nach der ständigen Rechtsprechung unterliegen (nur) werblich gestaltete Sponsorhinweise den Anforderungen an Werbung, insbesondere dem Trennungsgebot (vgl. für viele VwGH 14.11.2007, 2005/04/0180). Sie sind in ihrer Gesamtheit vom redaktionellen Programm durch akustische Mittel eindeutig iSd § 14 Abs. 1 ORF-G zu trennen.

Vorliegend wurden jedoch auch am Anfang und Ende der inkriminierten Sponsorhinweise im Rahmen der Sendung „Tausend Fragen“ bzw. am Anfang des in der Sendung „Guten Morgen Kärnten“ gesendeten, einen Sponsorhinweis enthaltenden, Hinweises und dem Ende dieses Sponsorhinweises akustische Trennelemente in Form eines „Zwitscherns“ gesendet. Dasselbe Trennelement („Zwitschern“) wurde am 29.06.2016 auch am Beginn und Ende der unter 2.3. angeführten einzelnen Werbespots bzw. Werbeblöcke gesendet.

Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G ist Werbung durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig von anderen Programmteilen zu trennen. Eine eindeutige Trennung von Werbung von anderen Programmteilen liegt nach der ständigen Rechtsprechung nur dann vor, wenn für den Zuseher zweifelsfrei erkennbar ist, dass nun Werbung folgt, oder aber Werbung beendet wird und wieder das redaktionelle Programm beginnt.

Der Beschuldigte führt in diesem Zusammenhang – gleich dem ORF im zugrundeliegenden Rechtsverletzungsverfahren – aus, dass die Eindeutigkeit des § 14 Abs. 1 2. Satz ORF-G nach der ständigen Rechtsprechung aus der Sicht des durchschnittlichen Zuhörers/der durchschnittlichen Zuhölerin zu beurteilen sei. Er/sie sei im gegenständlichen Fall weiterhin ohne Zweifel in der Lage, in jedem anderen Fall zu erkennen, dass nach dem Trennmittel Werbung und nicht Programm folge.

Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Dem Rundfunkveranstalter kommt bei der Wahl der zur Trennung verwendeten Mittel ein gewisser Gestaltungsspielraum zu, solange gewährleistet ist, dass auf Seiten des Zusehers (bzw. Zuhörers) jeder Zweifel darüber ausgeschlossen ist, ob nun nach einem bestimmten Trennungselement Werbung oder eben redaktionelles Programm folgt (vgl. u.a. BKS 27.06.2008, 611.941/0001-BKS/2008, mwN). Der Zuseher (bzw. Zuhörer) wäre ansonsten geradezu gezwungen, nach jedem Trennungselement zu prüfen, ob nun tatsächlich Werbung folgt bzw. ob Werbung endet (vgl. auch BKS 17.11.2008, 611.009/0021-BKS/2008).

Soweit der Beschuldigte weiter ins Treffen führt, dass eine Trennung der gegenständlichen Sponsorhinweise nicht erforderlich gewesen sei und irrtümlich überschießend erfolgt sei und somit – unter Zugrundelegung des Bescheides der KommAustria vom 04.03.2015, KOA 2.250/14-011 – eine dementsprechende Rechtsverletzung bei diesen Sponsorhinweisen erkannt hätte werden müssen, ist entgegenzuhalten, dass es sich im genannten Fall um eine Sendung mit Hinweis auf Produktplatzierungen (konkret die bildliche Einblendung „Beachten Sie bitte die Produktplatzierungen“ am Anfang und Ende der Sendung) gehandelt hat, wobei keine Produktplatzierungen darin enthalten waren. Diese Beurteilung lässt sich aber keineswegs auf den vorliegenden Fall übertragen, wird doch gegenständlich lediglich ein akustisches Signal („Zwitschern“) verwendet, welches zusätzlich an anderer Stelle, nämlich bei den inkriminierten Werbespots und Werbeblöcken, zum Einsatz kommt.

Nach dem Schutzzweck der Norm muss nämlich für den Zuhörer zweifelsfrei erkennbar sein, ob nach dem eingesetzten Trennelement Werbung folgt oder nicht. Werden nun redaktionelle bzw. nicht-werbliche Elemente, wie vorliegend Veranstaltungs- bzw. Programmhinweise oder Sponsorhinweise, mit einem akustischen Element versehen, das vom Rundfunkveranstalter sonst als Trennelement zwischen Werbung und redaktionellem Programm verwendet wird, erweckt dies beim Zuseher fälschlicherweise den Eindruck, dass es sich bei den solcherart gekennzeichneten Programmteilen um Werbung handelt. Ist dies jedoch nicht der Fall, steht die Vorstellung des Zusehers mit den wahren Verhältnissen nicht in Einklang.

Das Trennungsgebot verlangt ausweislich des Wortlautes der Bestimmung des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G, dass die Trennung eindeutig zu sein hat. Für die Eindeutigkeit gilt nach ständiger Rechtsprechung das Erfordernis, dass der Zuseher einheitlich auf das Vorliegen von Werbung deutlich hingewiesen werden muss (vgl. u.a. BKS 27.06.2008, 611.941/0001-BKS/2008 mwN). Dies kann jedoch nur dadurch

gewährleistet werden, dass ausschließlich Werbung (sowie werblich gestaltete Sponsorhinweise) mit dem entsprechenden akustischen Mittel getrennt wird.

Eine Trennung anderer Elemente (wie vorliegend redaktionelle Veranstaltungs- bzw. Programmhinweise sowie Sponsorhinweise, die nicht werblich gestaltet sind) vom redaktionellen Programm führt dazu, dass die Eindeutigkeit des verwendeten Trennelementes verloren geht. Würde man die Kennzeichnung bei jedem Programmhinweis oder Sponsorhinweis, unabhängig von dessen Inhalt, zulassen, würde dies dem Schutzzweck der Norm widersprechen. In diesem Falle müsste der Zuseher bei jeder akustischen Trennung selbst nachforschen, ob nun Werbung (etwa in Form eines werblich gestalteten Sponsorhinweises) folgt oder nicht. Dieses Ergebnis ist dem Gesetzgeber in keiner Weise zu unterstellen, da er ansonsten nicht den Begriff „eindeutig“ verwendet hätte. Es kann daher nicht dem Veranstalter überlassen sein, jeden Sponsorhinweis – oder wie vorliegend auch Veranstaltungs- bzw. Programmhinweise mit Sponsorhinweisen – akustisch vom redaktionellen Programm zu trennen, z.B. um „sicherheitshalber“ eine Verletzung des Hinweisgebotes zu vermeiden. Eine derart überschießende Verwendung widerspricht klar der Zielrichtung der gesetzlichen Bestimmung.

Sowohl der um ca. 06:30:26 Uhr gesendete Veranstaltungs- bzw. Programmhinweis samt Sponsorhinweis als auch die um ca. 13:04:15 Uhr und ca. 13:59:18 Uhr gesendeten Sponsorhinweise waren nicht als Werbung zu qualifizieren, jedoch jeweils an ihrem Anfang und Ende durch das auch bei den verbleibenden acht an diesem Tag ausgestrahlten (echten) Werbungen verwendete Trennmittel („Zwitschern“) getrennt.

Die KommAustria geht aufgrund dieser gesetzwidrigen Verwendung davon aus, dass insgesamt das im Programm verwendete Trennmittel („Zwitschern“) seine Eindeutigkeit und damit die Eignung als akustisches Trennmittel iSd Bestimmung des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verloren hat. Insoweit liegen bei den um ca. 06:46:06 Uhr, 06:51:06 Uhr, 07:32:56 Uhr, 09:03:46 Uhr und 11:40:27 Uhr ausgestrahlten Werbespots sowie bei den um ca. 07:12:27 Uhr, 07:40:34 Uhr und 08:20:30 Uhr ausgestrahlten Werbeblöcken jeweils Verletzungen des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G vor, da diese nicht durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt waren. Der objektive Tatbestand gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G liegt daher jeweils vor.

#### **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, sofern die Verwaltungsvorschriften nichts 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 Österreichische Rundfunk 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 Österreichischen Rundfunks 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.

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

Zur Erfüllung der subjektiven Tatseite muss die Verwaltungsübertretung dem Beschuldigten auch vorzuwerfen sein. Bei den festgestellten Verstößen gegen § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 2 sowie § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G handelt es sich um sogenannte „Ungehorsamsdelikte“, zu deren 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, Zl. 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, Zl. 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 Zl. 04.07.2000, 2000/11/0123; 25.02.2010, Zl. 2008/09/0224). Abgesehen davon muss dargelegt werden, wieso – trotz Vorliegens eines funktionierenden Kontrollsystems – die Übertretung nicht verhindert werden konnte.

Der Beschuldigte hat sich im Verwaltungsstrafverfahren nicht verantwortet.

Im Hinblick auf das Vorliegen eines Kontrollsystems ist insbesondere zu berücksichtigen, dass im Rechtsverletzungsverfahren (mit Ausnahme der Verletzung des Trennungsgebotes im Fall der werblichen Beiträge für die „ORF Nachlese Edition Winterzeit“ und der Verletzung des Kennzeichnungsgebots von Produktplatzierungen in der Sendung ‚Servus, Srečno, Ciao‘) das Vorliegen des objektiven Tatbestandes bestritten wurde und daher nicht anzunehmen ist, dass – ausgehend von der vertretenen Rechtsansicht – entsprechende Kontrollen im Hinblick auf die Einhaltung der verletzten Bestimmungen vorgenommen wurden.

Zwar hat der Beschuldigte im Rahmen seiner Einvernahme im Verfahren zur Geschäftszahl KOA 1.850/18-011 bzgl. des Vorliegens eines Kontrollsystems angegeben, dass er das Kontrollsystem seines Vorgängers in der Funktion als verantwortlicher Beauftragter für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G für den gesamten Bereich des Österreichischen Rundfunks (vgl. etwa die diesbezüglichen Feststellungen im Straferkenntnis der KommAustria vom 21.09.2016, KOA 3.500/16-030, bestätigt mit Erkenntnis des BVwG vom 03.04.2017, Zl. W247 2138245-1/030) fortführe, jedoch hat der Beschuldigte in seiner Stellungnahme nicht dargelegt, wieso – trotz Vorliegens eines „funktionierenden Kontrollsystems“ – die Übertretung nicht verhindert werden konnte. Die gesetzliche Schuldvermutung des § 5 Abs. 1 VStG bleibt demnach aufrecht.

#### **4.6. 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:

Zunächst stellen die festgestellten Verletzungen von § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G typische Verletzungen dieser Bestimmung dar. Es ist demnach im Hinblick auf das Fehlen von Produktplatzierungshinweisen am Anfang oder am Ende der Sendung nicht erkennbar, dass die dargelegten Voraussetzungen für das Absehen von der Strafe vorliegen könnten, zumal nach den oben getroffenen Ausführungen ausgehend von der bestehenden Judikatur nach Ansicht der KommAustria ohne Zweifel eine einheitliche Sendung „Servus, Srečno, Ciao“ vorlag. Ein Fehlen eines Produktplatzierungshinweises am Anfang oder Ende der Sendung stellt somit eine typische Verletzung dieser Bestimmung dar.

Hinsichtlich der Trennerverletzungen ist folgendes auszuführen: Der Grundsatz der Trennung von Werbung und redaktionellem Inhalt stellt nach der Judikatur des VfGH einen „Eckpfeiler der Regelung der Fernsehwerbung dar (vgl. VfSlg 18.017/2006). Die ständige Rechtsprechung fordert dazu eine Gestaltung, durch die gewährleistet wird, dass für einen durchschnittlich aufmerksamen Konsumenten jeder Zweifel ausgeschlossen ist, ob nach einem bestimmten Trennelement Werbung oder redaktionelles Programm folgt (vgl. etwa BKS 10.12.2007, 611.001/0012-BKS/2007). Insofern ist davon auszugehen, dass gerade ein typischer Fall der Verletzungen der Vorschrift des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G vorliegt und daher ein Absehen von der Strafe gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht in Betracht kommt.

Auch andere Strafausschließungsgründe liegen nicht vor.

Erschwerungsgründe gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm § 33 StGB liegen keine vor.

Als Milderungsgrund ist gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm § 34 Z 2 StGB zu berücksichtigen, dass gegen den Beschuldigten bisher keine Verwaltungsstrafen gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm den Werbebestimmungen der §§ 13 bis 17 ORF-G rechtskräftig verhängt worden sind und die KommAustria auch nicht feststellen konnte, dass gegen den Beschuldigten andere Verwaltungsstrafen verhängt wurden (absolute

Unbescholtenheit).

Als weiterer Milderungsgrund ist gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm § 34 Abs. 1 Z 17 StGB zu berücksichtigen, dass im Rahmen seiner Rechtfertigung im Hinblick auf die Spruchpunkte 1) und 2) ein reumütiges Geständnis abgelegt hat.

Der Beschuldigte hat im Rahmen seiner Stellungnahme keine Angaben zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen gemacht. Der Verfahrensgrundsatz, die Verwaltungsbehörde habe von Amts wegen vorzugehen, enthebt den Beschuldigten auch im Verwaltungsstrafrecht nicht von der Verpflichtung, zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes beizutragen, wobei dem Beschuldigten die Verpflichtung insbesondere dort zukommt, wo ein Sachverhalt nur iZm dem Beschuldigten geklärt werden kann, wenn also der amtswegigen behördlichen Erhebung im Hinblick auf die nach den materiellrechtlichen Verwaltungsvorschriften zu beachtenden Tatbestandsmerkmale faktische Grenzen gesetzt sind. Unterlässt der Beschuldigte somit die entsprechenden Angaben über sein Einkommen, so hat die Behörde eine Schätzung des Einkommens vorzunehmen (vgl. VwGH 23.02.1996, Zl. 95/02/0174). Der Strafbemessung wird aus den unter Punkt 3 genannten Gründen ein Jahresbruttoeinkommen des Beschuldigten in Höhe von ca. xxx Euro zu Grunde gelegt.

Unter Berücksichtigung dieser Strafbemessungsgrundsätze gelangt die KommAustria in Ausübung des Ermessens im Sinne des Gesetzes zu folgendem Ergebnis:

Hinsichtlich der Verletzungen des § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G durch die Unterlassung der Kennzeichnung von Produktplatzierungen am Anfang und am Ende der Sendung (Spruchpunkt 1.) geht die KommAustria davon aus, dass mit einem Betrag von EUR 1.500,- das Auslangen gefunden werden kann. Die verhängte Geldstrafe liegt damit am untersten Ende des Strafrahmens des § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G, der bis EUR 58.000,- reicht.

Hinsichtlich der Verletzung des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G durch fehlende Trennung von Werbung an ihrem Anfang oder an ihrem Ende von anderen Programmteilen (Spruchpunkt 2.) erachtet die KommAustria ebenfalls einen Betrag von EUR 1.500,- für adäquat. Diese Strafe liegt ebenfalls am untersten Ende des Strafrahmens des § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G.

Hinsichtlich der Verletzungen von § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G durch die fehlende eindeutige Kennzeichnung von Werbespots bzw. Werbeblöcken an deren Anfang und Ende (Spruchpunkte 3.i, 3.ii, 3.iii, 3.iv, 3.v, 3.vi, 3.vii, 3.viii) ist dem Einzelnen Verstoß insofern ein geringeres Gewicht als des vorstehenden Falles der Verletzung des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G beizumessen, als hier zwar jeweils gewisse akustische Elemente vorhanden waren, diese aufgrund der obigen Ausführungen (siehe Punkt 4.3.3) allerdings aufgrund der weiteren Verwendung der eingesetzten Trennmittel im gegenständlichen Hörfunkprogramm des ORF die Eignung als Trennmittel verloren haben. Insofern kann somit mit einem Betrag von jeweils EUR 1.000,- bei einem Strafrahmen von bis zu EUR 58.000,- gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G das Auslangen gefunden werden.

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 festgesetzten Geldstrafen zu den Vorwürfen befinden sich jeweils am untersten Ende des Strafrahmens. Gleiche Überlegungen haben zur Verhängung der Ersatzfreiheitsstrafe 12 Stunden (Spruchpunkt 1. und 2.) bzw. 8 Stunden (Spruchpunkt 3.) geführt.

#### 4.7. Haftung des ORF

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.

#### 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 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 1.850/18-013 – 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 Beigebung 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 Beigebung 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/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 Ogris  
(Mitglied)