

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



KommAustria
Kommunikationsbehörde Austria

Vorname und Familienname oder Nachname sowie Wohnort des/der
Beschuldigten

A

Zahl (Bitte bei Antworten angeben!)	Sachbearbeiter/in	Durchwahl	Datum
KOA 2.250/22-081	MMag. Stelzl	461	7. Juli 2022

Straferkenntnis

Sie haben als Geschäftsführer der ATV Privat TV GmbH und somit als gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 58/2018, zur Vertretung nach außen Berufener und für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften strafrechtlich Verantwortlicher der ATV Privat TV GmbH & Co KG in 1030 Wien, Maria-Jacobi-Gasse 1, zu verantworten, dass im Satellitenfernsehprogramm „ATV“ am 20.02.2020 um ca. 20:50:54 Uhr und um ca. 21:55:40 Uhr Werbespots nicht durch optische, akustische oder räumliche Mittel vom anschließenden redaktionellen Programm getrennt wurden.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 64 Abs. 2 iVm § 43 Abs. 2 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 86/2015, und § 9 Abs. 1 VStG

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

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
800,-	12 Stunden	---	§ 64 Abs. 2 iVm § 43 Abs. 2 AMD-G iVm §§ 16 und 19 VStG

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

Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haftet die ATV Privat TV GmbH & Co KG für die verhängte Geldstrafe sowie die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

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

80,- 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

880,- Euro

Zahlungsfrist:

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

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

Begründung:

1. Gang des Verfahrens

1. Mit rechtskräftigem Bescheid vom 29.05.2020, KOA 2.250/20-013, hat die KommAustria gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 24/2020, iVm §§ 60, 61 Abs. 1 und 62 Abs. 1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 86/2015, festgestellt, dass die ATV Privat TV GmbH & Co KG am 20.02.2020 in ihrem Satellitenfernsehprogramm „ATV“ § 43 Abs. 2 AMD G dadurch verletzt hat, dass um ca. 20:50:54 Uhr und um ca. 21:55:40 Uhr Werbespots nicht durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig vom anschließenden redaktionellen Programm getrennt wurden.

2. Mit Schreiben vom 14.09.2020 leitete die KommAustria gegen den Beschuldigten ein Verwaltungsstrafverfahren wegen des Verdachts ein, er habe als Geschäftsführer der ATV Privat TV GmbH und somit als gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 58/2018, zur Vertretung nach außen Berufener und für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften strafrechtlich Verantwortlicher der ATV Privat TV GmbH & Co KG zu verantworten, dass im Satellitenfernsehprogramm „ATV“ am 20.02.2020 um ca. 20:50:54 Uhr und um ca. 21:55:40 Uhr Werbespots nicht durch optische, akustische oder räumliche Mittel vom anschließenden redaktionellen Programm getrennt wurden, und forderte ihn gemäß §§ 40 und 42 VStG zur Rechtfertigung auf.

3. Mit Schreiben vom 07.10.2020 nahm der Beschuldigte dazu dahingehend Stellung, dass die ATV Privat TV GmbH & Co KG der Ansicht gewesen sei, dass gegenständlich – wie auch in anderen Anwendungsfällen der erforderlichen Trennung von Programm und Werbung gemäß § 43 Abs. 2 AMD-G – die einleitende Sendungssignation und Grafik eines redaktionellen Programms sowie die Einblendung des Senderlogos das gebotene Trennungsgebot ausreichend deutlich und eindeutig erfülle. Demnach wäre der Beginn des neuen programmlichen Inhalts „Bekanntgabe der Lottozahlen“ im Anschluss an das Ende des vorangegangenen Werbeblocks durch die Einblendung des Senderlogos (die nur während des Programms erfolge), die graphische Darstellung der Lottozahlen („Lotto“, „Lotto plus“, „Joker“ sowie Gewinne) bzw. des Glückstages der „Lucky Day Lotterie“ und die bekannte akustische Kennmelodie der jeweiligen redaktionellen Sendungen eindeutig erkennbar und daher grundsätzlich kein zusätzliches Trennelement erforderlich gewesen. Im konkreten Fall sei es nur aufgrund des zufälligen Aufeinandertreffens des letzten Werbespots eines Werbeblocks für ein Angebot der Österreichischen Lotterien mit dem nachfolgenden redaktionellen Inhalt über die Ziehungsergebnisse der Österreichischen Lotterien zu einer nicht ganz eindeutigen Unterscheidbarkeit von werblichen und programmlichen Sendungselementen gekommen.

Die mit dem Rechtsverletzungsbescheid aufgetragene Veröffentlichung habe die ATV Privat TV GmbH & Co KG ausgestrahlt, zudem sei die konkrete Abfolge von Werbespots und redaktionellen Programminhalten, die ebenfalls diesen Werbekunden betreffen, bereits mit Kenntnis der Vermutung der Rechtsverletzung sofort ausgeschlossen worden, indem entsprechende Hinweise in den Planungsabläufen gesetzt worden seien, die eine derartige Einplanung vermeiden bzw. zusätzliche optische, akustische oder räumliche Trennelemente vorsehen. Da der ATV Privat TV GmbH & Co KG das Trennungsgebot gemäß § 43 Abs. 2 AMD-G im Detail genau bekannt sei, grundsätzlich regelmäßig ausreichende Vorkehrungen für eine eindeutige Trennung von Werbung und Programm durch optische, akustische oder räumliche Mittel getroffen würden und im konkreten Fall nur aufgrund der konkreten Inhalte des letzten Werbespots eines Werbeblocks übersehen worden sei, dass eine zusätzliche Trennung erforderlich gewesen wäre, liege keine schwerwiegende Verletzung des AMD-G vor.

2. Sachverhalt

Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

2.1. Sendungsablauf am 20.02.2020 von 20:00 bis 22:00 Uhr

Am 20.02.2020 wurde im Programm „ATV“ ab ca. 20:15:03 Uhr eine Folge der Sendung „Teenager werden Mütter“ ausgestrahlt.

Diese Sendung wird um ca. 20:43:37 Uhr durch einen Werbeblock unterbrochen. Als letzter Spot dieses Werbeblocks wird um ca. 20:50:50 Uhr ein Spot für „Lotto“ ausgestrahlt.



Abbildung 1: Werbespot „Lotto fünffach Jackpot“

Unmittelbar anschließend werden um ca. 20:50:54 Uhr beginnend mit der Einblendung der Spielbezeichnungen „Lotto“, „Lotto plus“ und „Joker“ die in der Ziehung vom 19.02.2020 gezogenen Lottozahlen sowie die Gewinne dieser Lottoziehung jeweils für die Spiele „Lotto“, „Lotto plus“ und „Joker“ dargestellt und verlesen. Dabei wird durchgehend am rechten oberen Bildrand das „ATV“-Senderlogo sowie der Hinweis „Beachten Sie die Produktplatzierung“ eingeblendet.



Abbildung 2: Einblendung Ziehungsergebnisse

Ziehung 19.02.2020 Beachten Sie die Produktplatzierung **ATV HD**

LOTTO

JP	Sechser	€ 5.015.647,34
5	Fünfer+Zusatzzahl	€ 37.386,00
131	Fünfer	€ 1.556,60
511	Vierer+Zusatzzahl	€ 119,70
7.855	Vierer	€ 43,20
11.931	Dreier+Zusatzzahl	€ 12,80
121.140	Dreier	€ 5,00
355.810	Zusatzzahl	€ 1,20

Ohne Gewähr

16+ SPIELE MIT Verantwortung österreichische LOTTERIEN www.win2day.at

Abbildung 3: Einblendung Gewinne

Anschließend folgen um ca. 20:52:23 Uhr Programmhinweise, u.a. auf die Sendungen „Polizisten & Tuner“ sowie „24h – Polizeieinsatz in Graz“, ein einzelner Werbespot (im Rahmen eines „Split-Screens“) sowie der Wiederbeginn der Sendung „Teenager werden Mütter“, die schließlich bis ca. 21:30:28 Uhr dauert. Im Anschluss folgt ein Hinweis auf die Mediathek von „ATV“ sowie ein Werbespot.

Ab ca. 21:30:50 Uhr wird die Sendung „Saturday Night Fever“ ausgestrahlt, die beginnend mit ca. 21:49:53 Uhr wiederum von einem Werbeblock unterbrochen wird. Am Ende dieses Werbeblocks um ca. 21:55:40 Uhr wiederholt sich der oben dargestellte Ablauf, wonach der letzte Werbespot des Werbeblocks, mit dem wiederum ein Produkt der Österreichischen Lotterien („Lotto“) beworben wird, unmittelbar und ohne Trennelement in die Darstellung der Lottozahlen und Lottogewinne (hier „Lucky Day“, Ziehung vom 20.02.2020, wiederum mit Senderlogo und Produktplatzierungshinweis) übergeht.

win2day win2day.at

Jetzt Fünffach Jackpot knacken!



18+ Verbraucherinfos auf spiele-mit-verantwortung.at **österreichische LOTTERIEN**

Abbildung 4: Werbespot „Lotto fünffach Jackpot“



Abbildung 5: Ergebnisse Ziehung „Lucky Day“

2.2. Zur Mediendienstanbieterin und zum Beschuldigten

Die ATV Privat TV GmbH & Co KG (FN 308220s beim Handelsgericht Wien) ist aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 20.10.2014, KOA 2.135/14-017, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung des Satellitenfernsehprogramms „ATV“. Unbeschränkt haftende Gesellschafterin der ATV Privat TV GmbH & Co KG ist die ATV Privat TV GmbH (FN 304813f beim Handelsgericht Wien).

Der Beschuldigte ist seit 29.03.2017 gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer vertretungsbefugter Geschäftsführer der ATV Privat TV GmbH.

Die KommAustria geht von einem monatlichen Nettoeinkommen des Beschuldigten von ca. EUR XXX aus. Die konkreten Vermögensverhältnisse sowie die Unterhalts- und Sorgepflichten des Beschuldigten konnten nicht festgestellt werden.

Über den Beschuldigten wurde mit Straferkenntnis der KommAustria vom 30.01.2020, KOA 1.965/20-002, rechtskräftig eine Verwaltungsstrafe wegen Verletzung von Werbebestimmungen des AMD-G (konkret § 64 Abs. 2 iVm § 38 Abs. 4 Z 3 AMD-G idF BGBl. I Nr. 86/2015) verhängt.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zu den am 20.02.2020 im Programm „ATV“ ausgestrahlten Inhalten ergeben sich aus der amtswegigen Einsichtnahme in das genannte Programm. Der Programmablauf wurde von der ATV Privat TV GmbH & Co KG im Rechtsverletzungsverfahren sowie vom Beschuldigten in seiner Rechtfertigung vom 07.10.2020 auch nicht bestritten.

Die Feststellungen zur ATV Privat TV GmbH & Co KG, zur ATV Privat TV GmbH und zur Tätigkeit des Beschuldigten als Geschäftsführer der ATV Privat TV GmbH beruhen auf dem zitierten Zulassungsbescheid der KommAustria sowie auf dem offenen Firmenbuch. Die Feststellung zur bereits verhängten Verwaltungsstrafe beruht auf den Verwaltungsakten der KommAustria.

Der Beschuldigte hat seine Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie ihn allenfalls treffende Unterhalts- und Sorgepflichten gegenüber der Behörde nicht offengelegt. Die Feststellungen zum Einkommen des Beschuldigten beruhen mangels Vorbringens des Beschuldigten auf entsprechenden Schätzungen der KommAustria (vgl. dazu die rechtlichen Ausführungen unter 4.6.) Das angenommene Nettoeinkommen in der Höhe von ca. XXX Euro monatlich beruht auf folgenden Überlegungen:

Der Beschuldigte ist als einer von zwei gemeinsam vertretungsbefugten Geschäftsführern der ATV Privat TV GmbH tätig, die persönlich haftende Gesellschafterin der ATV Privat TV GmbH & Co KG ist. Die ATV Privat TV GmbH & Co KG verfügt über Zulassungen zur Veranstaltung der Fernsehprogramme „ATV“ und „ATV2“, die jeweils digital terrestrisch, über Satellit sowie über Kabel in ganz Österreich verbreitet werden. Zudem stellt die ATV Privat TV GmbH & Co KG Mediatheken (audiovisuelle Abrufdienste) für beide Programme bereit.

Als Anhaltspunkt für die von der Regulierungsbehörde vorgenommene Schätzung diente der Einkommensbericht 2020 der Statistik Austria (http://statistik.gv.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/personen-einkommen/allgemeiner_einkommensbericht/index.html; „unselbständige Erwerbstätige“, „Berufsgruppen“, Tabelle 3), der für unselbständige männliche Führungskräfte bzw. Geschäftsführer und Vorstände im Jahr 2019 im arithmetischen Mittel ein Jahresbruttoeinkommen von EUR XXX ausweist. Berücksichtigt man, dass es sich bei dem betroffenen Medienunternehmen um eine österreichweit agierende Fernsehveranstalterin mit entsprechender Reichweite handelt, ist das von der Statistik Austria ausgewiesene Jahresbruttoeinkommen in Höhe von EUR XXX als realistischer Näherungswert heranzuziehen, sodass daraus unter Anwendung des Gehaltsrechners des Finanzministeriums ein Nettomonatsgehalt in Höhe von ca. XXX Euro (14 Mal) resultiert.

Die Vermögensverhältnisse sowie Unterhalts- oder Obsorgepflichten des Beschuldigten konnten nicht festgestellt werden.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Behördenzuständigkeit und anwendbares Recht

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. 84/2022, eingerichtete Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria). Gemäß § 64 Abs. 5 AMD-G sind Verwaltungsstrafen nach dem AMD-G durch die KommAustria zu verhängen.

Nach § 64 Abs. 2 AMD-G in der im Zeitpunkt der Ausstrahlung am 20.02.2020 und damit im Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 86/2015 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu EUR 8.000,- zu bestrafen, wer unter anderem die Anforderungen des § 43 AMD-G verletzt. Nach § 64 Abs. 2 AMD-G in der seit 01.01.2021 geltenden Fassung BGBl. I Nr. 150/2020 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu EUR 10.000,- zu bestrafen, wer den die Fernsehwerbung und das Teleshopping betreffenden Anforderungen in den §§ 43 bis 46 AMD-G nicht entspricht (Z 9).

Nach § 1 Abs. 2 VStG richtet sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre.

Nach dem im Entscheidungszeitpunkt geltenden Recht beträgt der Strafraum bei gleichbleibendem Tatbild EUR 10.000,- statt EUR 8.000,- wie nach dem im Tatzeitpunkt geltenden Recht. Daher ist auf die Strafe das im Zeitpunkt der Ausstrahlung der gegenständlichen Sendungen am 20.02.2020 geltende Recht, mithin das AMD-G in seine Fassung BGBl. I Nr. 86/2015, anzuwenden.

4.2. Rechtsgrundlagen

§ 2 AMD-G in der Fassung BGBl. I Nr. 86/2015 lautete auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. *Im Sinne dieses Gesetzes ist:*

[...]

2. audiovisuelle kommerzielle Kommunikation: Bilder mit oder ohne Ton, die

a) der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, oder

b) der Unterstützung einer Sache oder einer Idee

dienen. Diese Bilder sind einer Sendung gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder im Fall der lit. a als Eigenwerbung beigelegt oder darin enthalten. Zur audiovisuellen kommerziellen Kommunikation zählen jedenfalls Produktplatzierung, die Darstellung von Produktionshilfen von unbedeutendem Wert, Sponsorhinweise und auch Werbung gemäß Z 40;

[...]

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); [...].“

§ 43 AMD-G in der Fassung BGBl. I Nr. 86/2015 lautete:

„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

1. Gemäß § 43 Abs. 2 AMD-G ist Fernsehwerbung durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig von anderen Sendungs- und Programmteilen zu trennen.

2. Bei der Bekanntgabe der Ziehungsergebnisse der österreichischen Lotterien („Lotto“, „Lotto plus“ und „Joker“ um ca. 20:50 Uhr, „Lucky Day“ um ca. 21:55 Uhr) handelt es sich um ein redaktionelles Programm mit zulässiger Produktplatzierung. Diese ist auch, da der entsprechende Hinweis über die gesamte Sendungsdauer eingeblendet wird, ausreichend offengelegt.

3. Eine § 43 Abs. 2 AMD-G entsprechende Trennung zwischen dem vorangegangenen Werbeblock und der redaktionellen Darstellung der Ergebnisse der Lotterieziehung ist nicht erfolgt, insbesondere angesichts dessen, dass es sich beim letzten Werbespot des vorangegangenen Werbeblocks jeweils um einen für Leistungen der Österreichischen Lotterien gehandelt hat, und somit Werbung für die Österreichischen Lotterien unmittelbar in redaktionelles Programm zu den Ziehungsergebnissen der österreichischen Lotterien übergegangen ist.

Ob die die Präsentation der Ergebnisse der Lottoziehungen einleitende Signation dem Trennungsgebot genüge getan hätte, wenn unmittelbar zuvor nicht ausgerechnet ein Werbespot für Leistungen der Österreichischen Lotterien ausgestrahlt worden wäre, kann im gegenständlichen Fall dahingestellt bleiben, da dies gerade nicht der (wiederholten) Programmierung der Werbespots durch die ATV Privat TV GmbH & Co KG im beobachteten Zeitraum entspricht. Auch ob diese Programmierung – wie in der Stellungnahme des Beschuldigten ausgeführt – zufällig erfolgt ist, kann im Rahmen des objektiven Tatbestands dahingestellt bleiben.

Da somit die ATV Privat TV GmbH & Co KG am 20.02.2020 in ihrem Programm „ATV“ um ca. 20:50:54 Uhr und um ca. 21:55:40 Uhr jeweils § 43 Abs. 2 AMD-G verletzt hat, indem Fernsehwerbung nicht durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig vom nachfolgenden redaktionellen Programm getrennt wurde, ist der objektive Tatbestand von § 64 Abs. 2 iVm § 43 Abs. 2 AMD-G in Hinblick auf die genannten Sachverhalte erfüllt.

4.4. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Beschuldigten im Sinne des § 9 Abs. 1 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 ist (und war auch zum Tatzeitpunkt) Geschäftsführer der unbeschränkt haftenden Gesellschafterin ATV Privat TV GmbH und damit zur Vertretung der ATV Privat TV GmbH & Co KG nach außen berufen.

4.5. Zum Verschulden des Beschuldigten

Zur Erfüllung der subjektiven Tatseite muss die Verwaltungsübertretung dem Beschuldigten auch vorzuwerfen sein. Hierbei ist zunächst zu prüfen, ob die gegenständliche Verwaltungsübertretung gemäß § 64 Abs. 2 iVm § 43 Abs. 2 AMD-G als Erfolgsdelikt oder als Ungehorsamsdelikt zu qualifizieren ist.

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 den vorgeworfenen Verstößen gegen § 43 Abs. 2 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. Vielmehr wurde im Rahmen der Stellungnahme vom 07.10.2020 ausdrücklich angegeben, dass bestimmte Vorkehrungen erst nach Einleitung des Rechtsverletzungsverfahrens durch die KommAustria getroffen worden seien.

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 Verwaltungsübertretung nach § 64 Abs. 2 iVm § 43 Abs. 2 AMD-G und § 9 Abs. 1 VStG begangen.

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.

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH müssen die beiden in dieser Bestimmung genannten Bedingungen – geringfügiges Verschulden des Beschuldigten sowie geringe Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung – kumulativ vorliegen, damit von der Strafe abgesehen werden kann (vgl. *Raschauer/Wessely* [Hg.], VStG, Rz 6 mwN; VwGH 20.06.2016, Ra 2016/02/0065; 09.09.2016, Ra 2016/02/0118; 16.12.2016, Ra 2014/02/0087). 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. VwGH 09.09.2016, Ra 2016/02/0118 mwN). Unbedeutende Folgen zöge eine Tat etwa nach sich, wenn der von der betroffenen Norm gewünschte Zustand auf eine andere Weise ohnehin eingetreten wäre.

Im vorliegenden Fall tritt das tatbildmäßige Verhalten nicht erheblich hinter den in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurück:

Der Grundsatz der Trennung von Werbung und redaktionellem Inhalt stellt nach der ständigen Rechtsprechung einen Eckpfeiler der werberechtlichen Bestimmungen dar. Das Gebot der eindeutigen Trennung der Werbung von anderen Programmteilen dient dem Schutz der Konsumenten, um diese in die Lage zu versetzen, den eigentlichen Zweck der Ausstrahlung zu kennen. Ausgehend davon, dass im gegenständlichen Sachverhalt die Unklarheit über den Zweck der Ausstrahlung insbesondere darin gelegen ist, dass sich sowohl die Werbung als auch das redaktionelle Programm jeweils auf Dienstleistungen desselben Unternehmens (nämlich der Österreichischen Lotterien) bezogen haben, ist ein Absehen von der Fortführung des Strafverfahrens gemäß § 45 Abs. 1 VStG nach dem Gesagten jedenfalls ausgeschlossen.

Andere Strafausschließungsgründe liegen ebenfalls nicht vor.

Im gegenständlichen Fall ist jedoch die Judikatur des VwGH zu beachten, wonach eine wiederholte Tatbestandsverwirklichung dann nicht vorliegt, wenn eine Reihe von rechtswidrigen Einzelhandlungen aufgrund der Gleichartigkeit der Begehungsform und der Ähnlichkeit der äußeren Begleitumstände im Rahmen eines noch erkennbaren zeitlichen Zusammenhangs sowie einer diesbezüglichen gesamtheitlichen Sorgfaltswidrigkeit des Täters zu einer Einheit zusammentreten (vgl. VwGH 03.05.2017, Ra 2016/03/0108; 30.01.2019, Ro 2018/03/0053). Dieser Judikatur liegt der Gedanke zugrunde, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit in einem normativen Stufenverhältnis des Mehr und Weniger stehen (vgl. § 5 Abs. 1 VStG, wonach zur verwaltungsstrafrechtlichen Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten „genügt“), womit die Rechtsprechung zum fortgesetzten Delikt im Bereich der Vorsatztaten nicht zur Folge haben kann, dass im Bereich der Fahrlässigkeitsdelinquenz die wiederholte Begehung derselben Verwaltungsübertretung im Rahmen eines noch erkennbaren zeitlichen Zusammenhangs stets allgemein zu einer separaten Bestrafung jeder einzelnen der wiederholt begangenen Taten zu führen hat.

Davon ausgehend ist gegenständlich für die im nahen zeitlichen Zusammenhang (um ca. 20:50:54 Uhr und um ca. 21:55:40 Uhr) und aufgrund eines eindeutig erkennbaren Gesamtkonzepts (ähnliche Werbespots sowie Programmelemente) zweimal unterbliebene Trennung von Werbung und redaktionellem Programm lediglich eine Strafe zu verhängen.

Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Dass der Beschuldigte über seine Einkommensverhältnisse keine Angaben gemacht hat, kann nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes von der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Berücksichtigung dieser Verhältnisse (§ 19 Abs. 2 VStG) nicht entbinden. Die Behörde ist vielmehr gehalten, eine Schätzung des Einkommens vorzunehmen (VwGH 31.01.2012, 2009/05/0123 mwN). Bei dieser Schätzung kann – in Ermangelung näherer Informationen – von einem Durchschnittseinkommen ausgegangen werden (VwGH 18.11.2011, 2011/02/0322 mwN). Der Beschuldigte hat es in diesem Fall seiner unterlassenen Mitwirkung zuzuschreiben, sollte die Behörde bei dieser Einschätzung zum Nachteil des Beschuldigten Umstände unberücksichtigt gelassen haben, die ohne ihre Mitwirkung der Behörde nicht zur Kenntnis gelangen konnten (VwGH 27.04.2000, 98/10/0003 mwN). Eine solche Schätzung verlangt, dass deren Grundlagen konkret und nachvollziehbar (auch ziffernmäßig) in Anschlag gebracht und daraus schlüssig die monatliche Einkommenssituation abgeleitet wird (VwGH 31.01.2012, 2009/05/0123).

Da der Beschuldigte trotz Aufforderung durch die KommAustria keinen Nachweis seiner Einkommens- und Familienverhältnisse vorgelegt hat, waren diese aufgrund der Ermittlungsergebnisse einzuschätzen.

Als strafmildernd war anzusehen, dass der Beschuldigte in seiner Stellungnahme das Vorhandensein sowohl der objektiven als auch der subjektiven Tatseite eingestanden hat, sowie die Verfahrensdauer.

Unter Berücksichtigung dieser Strafbemessungsgrundsätze gelangt die KommAustria hinsichtlich der Verletzung des § 64 Abs. 2 iVm § 43 Abs. 2 AMD-G in Ausübung des Ermessens im Sinne des Gesetzes zu dem Ergebnis, dass ein Betrag von EUR 800,- angemessen ist. Diese Strafe bewegt sich 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 festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von 12 Stunden erscheint der KommAustria mit Rücksicht auf die obigen Ausführungen zur Bemessung der Geldstrafe angemessen.

4.7. Haftung der ATV Privat TV GmbH & Co KG

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 ATV Privat TV GmbH & Co KG für die über den Beschuldigten verhängte Geldstrafe 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:

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.

Sind Sie außerstande, die Kosten der Verteidigung ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, so kann Ihnen das Verwaltungsgericht auf Antrag einen Verfahrenshilfeverteidiger/eine Verfahrenshilfeverteidigerin beigegeben (§ 40 iVm § 8a Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG). Falls Sie innerhalb der Beschwerdefrist einen solchen Antrag, der in diesem Fall bei uns einzubringen ist, stellen, 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/de/rtr/Amtstafel>

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

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Thomas Petz, LL.M.
(Mitglied)