

**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 1.850/21-053	Mag. Fellingner	463	09.03.2022

## Straferkenntnis

Sie haben als für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 58/2018, bestellter verantwortlicher Beauftragter für Übertretungen des Österreichischen Rundfunks (ORF) nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G in Würzburggasse 30, 1136 Wien, zu verantworten, dass der ORF am 05.06.2020 im Hörfunkprogramm „Ö3“ durch einen von ca. 06:43 bis ca. 06:45 Uhr ausgestrahlten Beitrag über „Arnautovic Gin“ gegen das Verbot der kommerziellen Kommunikation für Spirituosen nach § 13 Abs. 4 ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 24/2020, verstoßen hat.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 13 Abs. 4 ORF-G idF BGBl. I Nr. 24/2020 iVm § 9 Abs. 2 VStG

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

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
3.000,-	1 Tag		§ 13 Abs. 4 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 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 der Österreichische Rundfunk für die verhängte Geldstrafe sowie die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

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

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

Euro als Ersatz der Barauslagen für

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

**3.300,-** Euro

#### Zahlungsfrist:

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

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

## Begründung:

### 1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 26.06.2020, KOA 1.850/20-007, leitete die KommAustria gegen den Beschuldigten wegen des Verdachts, er habe als für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 VStG bestellter verantwortlicher Beauftragter des ORF zu verantworten, dass im Hörfunkprogramm „Ö3“ durch einen am 05.06.2020 von ca. 06:43 bis ca. 06:45 Uhr ausgestrahlten Beitrag für „Arnautovic Gin“ gegen das Verbot der kommerziellen Kommunikation für Spirituosen nach § 13 Abs. 4 ORF-G verstoßen wurde, ein Verwaltungsstrafverfahren ein und forderte den Beschuldigten gemäß §§ 40 und 42 VStG zur Rechtfertigung auf. Zudem setzte die KommAustria mit Schreiben vom selben Tag den ORF von der Verfahrenseinleitung in Kenntnis und räumte diesem eine Möglichkeit zur Stellungnahme ein.

Mit Schreiben vom 20.07.2020 nahm der Beschuldigte zu der vorgehaltenen Verwaltungsübertretung Stellung. Dazu führte er zunächst aus, dass es richtig sei, dass er zum inkriminierten Zeitpunkt zum verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs. 2 VStG), fachlich abgegrenzt für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G, für den gesamten Bereich des ORF bestellt gewesen sei. Weiters führte er im Wesentlichen aus, dass er den von der KommAustria beschriebenen Inhalt der „Ö3“-Morgensendung vom 05.06.2020 nicht bestreite. Inwieweit dieser Inhalt gegen das Verbot der kommerziellen Kommunikation für Spirituosen nach § 13 Abs. 4 ORF-G verstoßen habe, könne er allerdings mangels Begründung in der Aufforderung der KommAustria nicht nachvollziehen.

Entscheidend sei, dass die verfahrensgegenständliche Passage ganz eindeutig humoristischen Inhalt habe. Das werde schon in der Einleitung deutlich, wenn der Moderator Robert Kratky – begleitet von einem Lacher der Co-Moderatorin – meine, die folgende Sendung wäre *„für Zuhörer unter 18 Jahren nicht geeignet“*. Jedem verständigen Durchschnittshörer sei klar, dass jugendgefährdende Inhalte in einer Morgensendung nicht ausgestrahlt werden (dürfen). Ganz im Gegenteil steigere diese Ansage die Spannung. Es folge ein Einspieler von Marko Arnautovic, einem der bekanntesten und beliebtesten ÖFB-Stars und zweifellos ein Superstar in Österreich.

Weiters führte der Beschuldigte aus, *„ohne Herrn Arnautovic näher treten zu wollen, so ist es bei Interviews bzw. Stellungnahmen von Marko Arnautovic, wie er auch selbst weiß, oft so, dass er originelle und manchmal – wohl unfreiwillig – komische Statements abgibt.“* Als Beispiele der besten „Sager“ werden genannt: *„Ich verdiene so viel, ich kann dein Leben kaufen“*, *„Ich habe halt immer das gemacht, was in meinem Kopf war, und das war natürlich der Fehler“*, *„Für mich ist es gleichgültig, ob ich ein Tor auflege oder eine Auflage mache“* und *„Ich steh auch hinter meiner Mannschaft, und das bis zum letzten Tropfen“*. Zuseher/innen bzw. Zuhörer/innen würden geradezu erwarten, dass wieder etwas „Komisches“ passiere, wenn Arnautovic angekündigt werde. Und diese Erwartungshaltung werde auch im gegenständlichen Beitrag dann nicht enttäuscht. Schon die Ausgangslage sei einigermaßen merkwürdig, wenn ein Spitzensportler einen hochprozentigen Alkohol vorstelle. Das passe nicht unbedingt zusammen, denn gerade Spitzensportler sollten auf das Trinken von Spirituosen verzichten. Dieser innere Widerspruch habe auch dazu geführt, dass die Vorstellung des Gins von Marko Arnautovic in beinahe allen periodischen Medien redaktionell aufgegriffen worden sei. Auch „Ö3“ habe sich in bewährter – eben humoristischer – Weise damit beschäftigt: *„Man soll sich ja natürlich nicht kaputt saufen mit dem, es ist nicht für Jugendliche.“* Dass nicht *„kaputt saufen“* – an späterer Stelle nicht *„komplett weghauen“* – im Zusammenhang mit der Vorstellung eines Gins gewiss richtig gemeint sei, nichtsdestotrotz aber vor allem eine originelle und durchaus auch komische Wortwahl darstelle, sei leicht erkennbar. Dies setze sich im redaktionell gewählten Vergleich mit RAF Camorra fort – der nicht nur ebenfalls mit seinem *„eigenen Alkohol richtig gut Geld verdient“*, sondern als Rapper mit seinen Texten in gewisser Weise eine vergleichbar direkte Sprache pflege.

Im Folgenden habe sich der „Ö3“-Sportreporter Adi Niederkorn von der Pressekonferenz gemeldet, was wieder Humor biete, denn eine Gin-Vorstellung werde für gewöhnlich nicht unbedingt von einem Sportreporter begleitet. Schon beim Einstieg von Niederkorn werde die komische Note klar, wenn er – wie in einer Sportübertragung – mit einer Situationsbeschreibung einsteige und das Bild eines Superstars

zeichne: „Der fette schwarze Rolls-Royce unten vor dem Hotel, er oben im letzten Stock auf der Terrasse. Ganz schlank, durchtrainiert im schwarzen schicken Jogger. Vor sich sechs Gläser ‚Arnautovic Gin‘, abgemischt mit Soda, Honig, Marillenmarmelade und Zitronensaft.“ Und auch der nächste O-Ton von Marko Arnautovic sei wieder ein „Original“: „So, nochmal für die Kamera, das ist nicht alles für mich, ganz ruhig bleiben. Sechs Gläser, ka Schlägerei, ihr könnt es gerne probieren, der kann schon einiges.“ In dieser Tonalität – „Oida“ – gehe es weiter, Highlight sei die Gleichsetzung des Alkoholgehalts von 40 % mit dem Ausmaß des möglichen Trainingseinsatzes.

Dass Robert Kratky am Ende des Beitrags den Kaufpreis nenne, sei – an seinem Tonfall erkennbar – skeptisch-ironisch gemeint. Die Hörer könnten sich ausmalen, wie viel der Fußballer mit seinem „Fanartikel“, der so gar nichts mit Fußball zu tun habe, verdienen könnte. Im Zusammenhang damit mache die abschließende kritische Conclusio des Hauptmoderators „Hoch die Tassen, aber bitte nur mit Tee Kaffee oder Gaugau“ die Distanzierung zu der neuen Geschäftsidee von Marko Arnautovic mehr als deutlich. Für Hörer/innen mit dem rechtlich relevanten Empfängerhorizont sei hinreichend klar erkennbar, dass es sich hier genau nicht um eine Absatzförderung handle. Die finale Empfehlung, das Produkt eben nicht zu konsumieren, stelle genau das Gegenteil von Absatzförderung dar.

Es handle sich im konkreten Fall somit nicht um verbotene kommerzielle Kommunikation, sondern um das Aufgreifen eines „Zeitgeistphänomens“, dass nämlich Prominente neue geschäftliche Aktivitäten entfalten. Weil diese bei Marko Arnautovic sogar in einem konträren Geschäftsfeld erfolgen würden und dieser grundsätzlich eine originelle Figur der Zeitgeschichte darstelle, sei ein humoristischer Zugang gewählt worden. Der Beitrag habe also in keiner Weise das Ziel gehabt, den Absatz des Gins zu steigern.

Bezüglich seiner Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie Sorgepflichten gab der Beschuldigte ein Jahresbruttoeinkommen in der Höhe von ca. XXX Euro an, sowie für zwei Kinder sorgepflichtig zu sein.

## 2. Sachverhalt

Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

### 2.1. Ausgestrahlter Beitrag in der Sendung „Der Ö3-Wecker – Guten Morgen Österreich!“

Am 05.06.2020 setzt der Moderator Robert Kratky im Hörfunkprogramm „Ö3“ gegen ca. 06:43 Uhr nach einem Musikstück mit den Worten ein: „6 Uhr 43 gleich. Kratky und das Wecker-Team, guten Morgen. Ja, jetzt spricht gleich Marko Arnautovic. Ich weiß, der hat auch unter den Teenagern viele Fans, aber ich muss dazu sagen, die folgende Sendung ist für Zuhörer unter 18 Jahren nicht geeignet.“

Es folgt Marko Arnautovic: „Guten Morgen, Kratky, Marko Arnautovic hier, seit langer Zeit hörst wieder einmal von mir. Wie ihr schon alle wisst, habe ich einen Gin rausgebracht und hoffe natürlich alle, dass ihr ihn genießt. Man soll sich ja natürlich nicht kaputt saufen mit dem, es ist nicht für Jugendliche. Also bitte nochmal, nicht für Jugendliche. Wenn ihr mich mal sieht, freue ich mich natürlich über ein Feedback. Also, see you later.“

Robert Kratky setzt fort: „Ja, klar, da kommt man her und sagt, ja, ‚Marko hey, guter Gin‘. Er hat jetzt also seinen eigenen Alkohol am Markt, ähnlich wie RAF Camorra, der mit seinem eigenen Wodka nun richtig gut Geld verdient, möchte nun auch Marko Arnautovic ins Geschäftsleben einsteigen. Es gibt auch bald eine eigene Mode- und Beautylinie und er selbst, Adi Niederkorn vom Sport, als er den Gin jetzt präsentiert hat, wirkt nach der Corona-Krise eigentlich wie immer. Hat ihn nicht wirklich verändert.“

Der angesprochene Adi Niederkorn setzt fort: „Ja, der Marko ist ganz der Alte geblieben. Guten Morgen Österreich, Servus Robert. Der fette schwarze Rolls-Royce unten vor dem Hotel, er oben im letzten Stock auf der Terrasse. Ganz schlank, durchtrainiert im schwarzen schicken Jogger. Vor sich sechs Gläser ‚Arnautovic Gin‘, abgemischt mit Soda, Honig, Marillenmarmelade und Zitronensaft.“

Es wird ein O-Ton von Arnautovic eingespielt: „So, nochmal für die Kamera, das ist nicht alles für mich, ganz ruhig bleiben. Sechs Gläser, ka Schlägerei, ihr könnt es gerne probieren, der kann schon einiges.“

Niederhorn: „Wie schaut deine Lieblingsmischung aus?“

Arnautovic: „Ob ihr es mir glaubt oder nicht, ich bin wirklich nicht der Typ, Oida, der was viel Alkohol trinkt, aber, wenn ich trinke, dann trinke ich ihm natürlich pur. Weil du ihn mixt, Oida, mit irgendeinem Tonic oder Fanta oder Orangensaft oder dann wirst nur Orangensaft und Tonic spüren und dann kan Gin.“

Niederhorn: „Marko, spürt man die österreichische Marille und die serbische Zwetschke, so wie es in der Presseausendung heißt?“

Arnautovic: „Spürt man, den kann man sehr gut trinken. Der brennt net. Also. Diese 40 Prozent was da drin sind, das sind meine Trainingsprozent, manchmal, wo der Franco Foda mich zu sehr jagt, dann kann es sein, dass ich ihm nur 40 geb' beim Training.“

Niederhorn: „RAF Camorra hat von seinem Wodka innerhalb von vier Minuten 20.000 Flaschen verkauft. Hast du ähnliches vor?“

Arnautovic: „Mein Name steht drauf, aber ich schaue nicht auf anderen Leuten, und wenn der RAF Camorra das verkauft hat, dann herzlichen Glückwunsch. Wir werden sehen, Oida, wie es bei mir läuft. Die Leute sollen sich das natürlich holen, um den zu genießen. Ich will jetzt natürlich nicht, Oida, da 10-15 Flaschen kaufen und sich komplett weghauen. Ich kann nur sagen, kann mich nur wiederholen, dass dieser Name was oben steht ist, denke ich mal, Qualität am Platz und da ist auch sehr viel Qualität drin.“

Niederhorn: „Na dann: Prost!“

Arnautovic: „Prost!“

Robert Kratky setzt fort: „Der ‚Arnautovic Gin‘. Um wohlfeile 34,90 pro Flasche. Ja. Aber es wird schon einiges zusammenkommen. Hoch die Tassen, aber bitte nur mit Tee Kaffee oder ‚Gaugau‘. Es ist 6 Uhr 45 erst.“

Im Anschluss folgt Musik.

Das Getränk „Arnautovic Gin“ verfügt über einen Alkoholgehalt von 40 % vol.

## 2.2. Beschuldigter

Der Beschuldigte ist Leiter der Abteilung Recht- und Auslandsbeziehungen des ORF und wurde vom ORF mit Schreiben vom 12.12.2019 zum verantwortlichen Beauftragten für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 VStG, 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 im verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt bestellt.

Die KommAustria geht von einem Jahresbruttogehalt des Beschuldigten von XXX Euro aus. Der Beschuldigte ist sorgepflichtig für zwei Kinder.

Gegen den Beschuldigten wurden bereits mehrere Verwaltungsstrafen wegen Übertretung von § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G rechtskräftig verhängt, jedoch keine gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 13 Abs. 4 ORF-G.

## 3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Sendungsablauf am 05.06.2020 im Hörfunkprogramm „Ö3“ gründen sich auf die amtswegig erstellten Aufzeichnungen des Programms. Der Sachverhalt wurde vom Beschuldigten auch

zugestanden.

Die Feststellung zum Alkoholgehalt von „Arnautovic Gin“ gründet sich auf einer amtswegigen Einsichtnahme in die Webseite von „Arnautovic Premium Spirits“, wo unter anderem auch Flaschen von „Arnautovic Gin“ mit Angabe des Alkoholgehalts bildlich dargestellt sind (<https://www.arnautovicspirits.com/>).

Die Feststellungen zu der im Tatzeitpunkt aufrechten Bestellung des Beschuldigten zum verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichen Beauftragten ergeben sich aus dem Schreiben des ORF vom 12.12.2019, KOA 5.200/19-003.

Die Feststellungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen sowie Sorgepflichten des Beschuldigten beruhen auf seinen glaubwürdigen Angaben in der Stellungnahme vom 20.07.2020. Das angegebene jährliche Einkommen von etwa EUR XXX brutto erscheint dabei insbesondere in Hinblick auf das der KommAustria bekannte Einkommen seines Vorgängers in der Funktion als Leiter der Abteilung Recht- und Auslandsbeziehungen unter Berücksichtigung des jeweiligen Dienstalters nicht unrealistisch und daher glaubwürdig.

Die Feststellungen zu den gegen den Beschuldigten bereits verhängten Verwaltungsstrafen beruhen auf den diesbezüglichen Verwaltungsakten der KommAustria.

#### **4. Rechtliche Würdigung**

##### **4.1. Zuständigkeit der Behörde**

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. Nr. I 32/2001 idF BGBl. I Nr. 244/2021, obliegt der KommAustria die Wahrnehmung der Rechtsaufsicht über den ORF 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**

Nach § 1 Abs. 2 VStG richtet die Strafe sich 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. Auf den gegenständlichen Sachverhalt ist daher das ORF-G in seiner im Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung am 05.06.2020 geltenden Fassung BGBl. I Nr. 24/2020 anzuwenden.

§ 38 ORF-G idF BGBl. I Nr. 24/2020 lautete 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 idF BGBl. I Nr. 24/2020 lautete auszugsweise:

### **„Begriffsbestimmungen**

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

[...]

6. *„Kommerzielle Kommunikation“ jede Äußerung, Erwähnung oder Darstellung, 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 Idee*

*dient und einer Sendung oder einem Angebot gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder im Fall der lit. a als Eigenwerbung beigefügt oder darin enthalten ist. Zur kommerziellen Kommunikation zählen jedenfalls Produktplatzierung, die Darstellung von Produktionshilfen von unbedeutendem Wert, Sponsorhinweise und auch Werbung gemäß Z 8;*

[...]

8. *„Fernseh- oder Hörfunkwerbung (Werbung)“*

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

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

[...].“

§ 13 ORF-G idF BGBl. I Nr. 24/2020 lautete auszugsweise:

### **„Inhaltliche Anforderungen und Beschränkungen**

**§ 13.** [...]

*(4) Jede Form der kommerziellen Kommunikation für Spirituosen, Zigaretten oder andere Tabakerzeugnisse sowie für nur auf ärztliche Verschreibung erhältliche Arzneimittel, Medizinprodukte und therapeutische Behandlungen ist verboten. Kommerzielle Kommunikation für alle anderen Arzneimittel, Medizinprodukte und für therapeutische Behandlungen muss ehrlich, wahrheitsgemäß und nachprüfbar sein. Sie darf den Menschen nicht schaden.*

[...].“

#### **4.3. Zum objektiven Tatbestand**

1. In der Sendung „Der Ö3-Wecker – Guten Morgen Österreich!“ wurde am 05.06.2020 im Hörfunkprogramm „Ö3“ von ca. 06:43 bis ca. 06:45 Uhr ein Beitrag über „Arnautovic Gin“ ausgestrahlt. Bei diesem Beitrag handelt es sich um kommerzielle Kommunikation für Spirituosen.

2. Nach § 13 Abs. 4 ORF-G ist jegliche audiovisuelle kommerzielle Kommunikation für Spirituosen in den Inhaltsangeboten des ORF unzulässig. Dieses Verbot erstreckt sich auf alle Formen der kommerziellen Kommunikation im Sinne des § 1a Z 6 ORF-G. Verboten ist damit jede Äußerung, Erwähnung oder Darstellung, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Spirituosen oder des

Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die mit Spirituosen einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, dient, und einer Sendung oder einem Angebot des ORF gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung beigelegt oder darin enthalten ist. Jedenfalls umfasst von diesem Verbot sind die in § 1a Z 6 ORF-G ausdrücklich erwähnten Unterformen der kommerziellen Kommunikation zugunsten von Spirituosen, nämlich Werbung, Sponsoring, Produktplatzierung und Produktionshilfen von unbedeutendem Wert. Das Verbot ist allerdings nicht auf diese Unterformen beschränkt, sondern umfasst auch andere Formen der Kommunikation, wenn diese die Definitionsmerkmale des § 1a Z 6 ORF-G – Absatzförderungsabsicht und Entgeltlichkeit – erfüllen (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>4</sup>, 158 und insbesondere 433).

3. Zur Auslegung des Begriffs „Spirituosen“ im Sinne des § 13 Abs. 4 ORF-G im Tatzeitpunkt kann auf § 4 Abs. 1 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG), BGBl. I Nr. 13/2006 idF BGBl. I Nr. 37/2018, iVm Teil I Z 15 der Verordnung der Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz über die Aktualisierung der Anlage zum Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz – LMSVG (LMSVG-Anlagen-Aktualisierungsverordnung 2019), BGBl. II Nr. 401/2019, verwiesen werden, welche ihrerseits auf die Verordnung (EG) Nr. 110/2008 zur Begriffsbestimmung, Bezeichnung, Aufmachung und Etikettierung von Spirituosen sowie zum Schutz geografischer Angaben für Spirituosen (ABl. Nr. L 39 vom 13. Februar 2008) verweist.

Art. 2 dieser Verordnung enthält eine Legaldefinition des Begriffs „Spirituose“. Eine Spirituose ist demnach eine alkoholische Flüssigkeit, die zum menschlichen Verzehr bestimmt ist, besondere sensorische Eigenschaften aufweist, über einen Mindestalkoholgehalt von 15 % vol verfügt und durch Destillation, Mazeration, Zusetzen von Aromastoffen oder durch Vermischung mit einem oder mehreren anderen Erzeugnissen hergestellt wird. All diese Kriterien treffen auf das Getränk „Gin“ zu.

In Anhang II Z 20 der Verordnung wird dieses auch ausdrücklich angeführt und zu diesem ausgeführt:

„20. Gin

*a) Gin ist eine Spirituose mit Wacholdergeschmack, die durch Aromatisieren von Ethylalkohol landwirtschaftlichen Ursprungs, der entsprechende sensorische Eigenschaften aufweist, mit Wacholderbeeren (*Juniperus communis* L.) gewonnen wird.*

*b) Der Mindestalkoholgehalt von Gin beträgt 37,5 % vol.*

*c) Bei der Herstellung von Gin dürfen nur natürliche und/oder naturidentische Aromastoffe gemäß Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe b Ziffern i und ii der Richtlinie 88/388/EWG und/oder Aromaextrakte gemäß Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe c der genannten Richtlinie verwendet werden, wobei der Wacholdergeschmack vorherrschend bleiben muss.“*

An dieser Rechtslage hat sich durch das Inkrafttreten der Verordnung (EU) 2019/787 vom 17. April 2019 über die Begriffsbestimmung, Bezeichnung, Aufmachung und Kennzeichnung von Spirituosen, die Verwendung der Bezeichnungen von Spirituosen bei der Aufmachung und Kennzeichnung von anderen Lebensmitteln, den Schutz geografischer Angaben für Spirituosen und die Verwendung von Ethylalkohol und Destillaten landwirtschaftlichen Ursprungs in alkoholischen Getränken sowie zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 110/2008 (ABl. Nr. L 130 vom 17. Mai 2019) mit 25.05.2021 – soweit hier relevant – nichts geändert. Art. 2 dieser Verordnung sieht nunmehr als weiteres Kriterium für eine „Spirituose“ vor, unter welchen Voraussetzungen destilliertes, entmineralisiertes, durch Permeation gereinigtes oder entkalktes zugesetzt werden darf, und die nunmehr in Anhang I Z 20 gewanderte Definition von „Gin“ sieht neben einer sprachlichen Vereinfachung in der neu hinzugekommenen lit. d vor, unter welchen Voraussetzungen ein Gin als „dry“ bezeichnet werden darf.

Auf einer handelsüblichen Gin-Flasche findet sich der Aufdruck: 37,5 % vol. oder mehr. Dieser Befund trifft auch auf das Getränk „Arnautovic Gin“ zu und bestätigt sich durch eine Einsichtnahme in die Webseite des Herstellers des Getränks, auf der unter anderem auch Flaschen von „Arnautovic Gin“ bildlich dargestellt sind (<https://www.arnautovicspirits.com/>). Damit handelt es sich bei diesem Getränk um eine Spirituose

im Sinne des § 13 Abs. 4 ORF-G.

4. Bei dem gegenständlichen Beitrag „Arnautovic Gin“ handelt es sich um Werbung im Sinne des § 1a Z 8 ORF-G und damit um kommerzielle Kommunikation im Sinne des § 1a Z 6 ORF-G. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) ist für das Vorliegen von Werbung entscheidend, ob die gegen ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung gesendete Äußerung bzw. Darstellung insgesamt geeignet ist, das bislang uninformierte oder unentschlossene Publikum für den Erwerb eines Produkts zu gewinnen, sodass auf das Ziel der Darstellung, nämlich den Absatz dieser Produkte zu fördern, geschlossen werden kann (vgl. dazu etwa VwGH 18.09.2013, 2012/03/0162, mwN).

4.1. Der ca. zweiminütige Beitrag mit dem Fußballer und Namensgeber des Gins, Marko Arnautovic, wird vom Moderator Robert Kratky mit folgenden Worten angekündigt: *„Ich weiß, der hat auch unter den Teenagern viele Fans, aber ich muss dazu sagen, die folgende Sendung ist für Zuhörer unter 18 Jahren nicht geeignet.“* Wie der Beschuldigte zutreffend ausführt, steigert diese Ansage die Spannung auf den folgenden Beitrag.

4.1.1. Der Beitrag ist als Interviews zwischen dem Sportreporter Adi Niederkorn und Marko Arnautovic gestaltet. Im Laufe des Interviews hebt Arnautovic mehrfach die Vorzüge seines Gins hervor und fordert die Zuhörerinnen und Zuhörer zur Konsumation auf: *„Wie ihr schon alle wisst, habe ich einen Gin rausgebracht und hoffe natürlich alle, dass ihr ihn genießt.“*, *„[...] ihr könnt es gerne probieren, der kann schon einiges“*, *„Spürt man, den kann man sehr gut trinken. Der brennt net.“* und *„Die Leute sollen sich das [gemeint: ‚Arnautovic‘ Gin] natürlich holen, um den zu genießen. Ich will jetzt natürlich nicht, Oida, da 10-15 Flaschen kaufen und sich komplett weghauen. Ich kann nur sagen, kann mich nur wiederholen, dass dieser Name was oben steht ist, denke ich mal, Qualität am Platz und da ist auch sehr viel Qualität drin.“*

Die besonderen Eigenschaften, nämlich der offensichtlich für diesen Gin charakteristische Marillen- und Zwetschengeschmack, werden zudem auch herausgestrichen, wenn Adi Niederkorn – im Übrigen unter Hinweis auf den Presstext zur Gin-Präsentation – fragt: *„Marko, spürt man die österreichische Marille und die serbische Zwetschke, so wie es in der Presseaussendung heißt?“* und Arnautovic *„Spürt man [...]“* antwortet.

Der gegenständliche Beitrag beinhaltet damit an verschiedenen Stellen qualitativ-wertende bzw. besondere Eigenschaften des präsentierten Gins herausstreichende Aussagen, in Kombination mit Konsumationsaufforderungen an die Zuhörerinnen und Zuhörer. Diese Darstellung ist damit geeignet, das bislang uninformierte oder unentschlossene Publikum für den Erwerb des „Arnautovic Gin“ zu gewinnen. Damit wird dieser gegenständlich im Sinne des § 1a Z 8 ORF-G mit dem Ziel dargestellt, den Absatz zu fördern.

4.1.2. Am Ende des Beitrags wird vom Moderator überdies auch der Kaufpreis genannt: *„Um wohlfeile 34,90 pro Flasche.“* Bei der Angabe des Preises eines Produktes handelt es sich um eine für Werbung typische Aussage. Auch dies spricht für das Vorliegen einer Absatzförderungsabsicht.

Dafür spricht schließlich auch, dass sowohl der Moderator Robert Kratky als auch Marko Arnautovic darauf hinweisen, dass der Beitrag bzw. das Produkt nichts für Jugendliche sei (*„Ich weiß, der hat auch unter den Teenagern viele Fans, aber ich muss dazu sagen, die folgende Sendung ist für Zuhörer unter 18 Jahren nicht geeignet.“*; *„Man soll sich ja natürlich nicht kaputt saufen mit dem, es ist nicht für Jugendliche. Also bitte nochmal, nicht für Jugendliche.“*). Ist dem Beitrag keine Absicht zur Absatzförderung zu entnehmen, wäre, da sich in diesem Fall Jugendliche ohnehin nicht zum Erwerb des Gins angeregt oder aufgefordert fühlen sollten, ein solcher (sogar doppelter) Warnhinweis nicht erforderlich. Dass sowohl der Moderator als auch Marko Arnautovic einen solchen für erforderlich gehalten haben zeigt damit, dass diese offensichtlich selbst davon ausgehen, dass dem Beitrag eine Absatzförderungsabsicht zu entnehmen.

4.2. Die Darstellung des „Arnautovic Gin“ erfolgt im Rahmen des zweiminütigen Beitrages zudem derart auffällig und nachdrücklich, dass keinerlei Zweifel daran bestehen kann, dass eine solche Darstellung eines Produktes seitens eines Hörfunkveranstalters üblicherweise nur gegen Entgelt oder eine sonstige

Gegenleistung erfolgt. Entscheidend ist dabei nicht, ob die Beteiligten für die Erwähnung oder Darstellung einer Ware ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung vereinbart haben, sondern, ob es sich um eine Erwähnung oder Darstellung bestimmter Art handelt, nämlich um eine solche, die nach dem Verkehrsgebrauch üblicherweise gegen Entgelt erfolgt (VwGH 28.02.2014, 2012/03/0019; ebenso VwGH 22.05.2013, 2010/03/0008). Dies ist gegenständlich aufgrund der beschriebenen Art der Darstellung jedenfalls anzunehmen.

4.3. Damit ist der Beitrag über „Arnautovic Gin“ als Werbung im Sinne des § 1a Z 8 ORF-G und somit als kommerzielle Kommunikation im Sinne des § 1a Z 6 ORF-G zu qualifizieren und unterliegt als solche dem in § 13 Abs. 4 ORF-G normierten Verbot von kommerzieller Kommunikation für Spirituosen.

5. Der Beschuldigte wendet sich gegen die Subsumtion des Sachverhalts unter den Tatbestand des § 13 Abs. 4 ORF-G im Wesentlichen mit den Argumenten, dass der Beitrag einen humoristischen Inhalt habe und in diesem – teilweise sogar distanzierend – über eine neue Geschäftsidee eines Prominenten und damit ein Zeitgeistphänomen berichtet werde. Diese Argumente dringen aus den folgenden Gründen nicht durch:

Mag der Beitrag über „Arnautovic Gin“ dem Grunde nach ein unterhaltendes Format sein, so ist doch mehrfach eine anpreisende Erwähnung eines kommerziellen Angebotes erfolgt, die den Charakter von Hörfunkwerbung angenommen hat. Entscheidend dafür, ob ein Beitrag als Werbung oder als redaktionelle Berichterstattung zu qualifizieren ist, ist der Gesamteindruck. Gegenständlich ergibt sich aus den in Punkt 4.1. angeführten Aussagen, dass der gesamte Beitrag als Werbung zu qualifizieren ist. Dass der Beitrag humoristisch gestaltet ist, spielt für sich alleine genommen keine Rolle bei dieser Beurteilung. So wird weder eine Werbung dadurch, dass sie humoristisch gestaltet ist, zum redaktionellen Beitrag und umgekehrt. Anders ausgedrückt, kann das Verbot kommerzieller Kommunikation für Spirituosen nicht dadurch umgangen werden, dass die Spirituose im Rahmen eines humoristisch gestalteten Beitrags zum Inhalt einer Hörfunksendung gemacht wird. Aus Sicht der durchschnittlichen Zuhörerinnen und des durchschnittlichen Zuhörers stellt sich der hier in Rede stehende Beitrag bei aller beabsichtigten Komik und Originalität eindeutig nicht als redaktionell gestaltet dar, sondern als Werbung zugunsten einer Spirituose (vgl. auch Bundesverwaltungsgericht [BVwG] 21.12.2018, W219 2135500-1/10E).

Soweit der Beschuldigte weiters vorbringt, dass die finale Empfehlung des Moderators Robert Kratky sei, das Produkt eben nicht zu konsumieren, und dies daher genau das Gegenteil von Absatzförderung darstelle, ist dem entgegenzuhalten, dass dabei die als Beleg für die Distanzierung angeführte Aussage „Hoch die Tassen, aber bitte nur mit Tee Kaffee oder Gaugau“ vom Beschuldigten nur verkürzt wiedergegeben wird, wird doch der Beisatz „Es ist 6 Uhr 45 erst.“ verschwiegen. Damit aber bezieht sich diese „Distanzierung“ bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung der Aussage nicht auf den Konsum von hochprozentigem Alkohol an sich, sondern bloß auf jenen in den frühen Morgenstunden. Diese Aussage reduziert damit höchstens die Absatzförderungsabsicht, sie schließt diese aber nicht aus. Hinzu kommt, dass es sich bei dieser „Distanzierung“ bloß die persönliche Meinung des Moderators handelt, gleichsam um eine Kommentierung des eingespielten Beitrags. Diese nimmt damit nicht den – für die Qualifikation als Werbung maßgeblichen und ausreichenden (siehe Punkt 4.1.1.) – Aussagen im vorhergehenden Beitrag die Werblichkeit.

6. Es liegt daher aufgrund der im Rahmen der am 05.06.2020 ausgestrahlten Sendung „Der Ö3-Wecker – Guten Morgen Österreich!“ kommerzielle Kommunikation zu Gunsten der Spirituose „Arnautovic Gin“ und somit ein Verstoß gegen die Bestimmung des § 13 Abs. 4 ORF-G vor. Damit ist der objektive Tatbestand einer Verwaltungsübertretung im Sinne des § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G erfüllt.

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

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

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

Der ORF ist als Stiftung öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 1 ORF-G) eine juristische Person. Da mit dem Beschuldigten ein verantwortlicher Beauftragter für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G für den gesamten Bereich des ORF bestellt wurde, entfällt insoweit die Verantwortlichkeit der zur Vertretung nach außen berufenen Personen. 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 dem festgestellten Verstoß gegen § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 13 Abs. 4 ORF-G handelt es sich um ein sogenanntes „Ungehorsamsdelikt“, zu dessen Tatbestand der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und zu dessen Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. § 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, 611.009/0013-BKS/2010).

Bei Ungehorsamsdelikten verlangt die in § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG verankerte widerlegliche Schuldvermutung zu Lasten des Täters, dass dieser von sich aus sein mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen hat. Dazu bedarf es der Darlegung, dass er im Betrieb ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet hat, sodass er unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten konnte (vgl. VwGH 27.04.2011, 2010/08/0172, mwN). 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.

Nach § 5 Abs. 1a VStG gilt die Vermutung nach Abs. 1 jedoch nicht, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über 50.000,- Euro bedroht ist. Dabei wird nach dem eindeutigen Wortlaut von Abs. 1a ausschließlich auf die Frage der Vermutung eines Verschuldens Bezug genommen, nämlich darauf, dass die Vermutung eines Verschuldens bei einer Verwaltungsübertretung mit Strafdrohung von über 50.000,- Euro unter den in § 5 Abs. 1 zweiter Satz bestimmten Voraussetzungen nicht (mehr) „ohne weiteres anzunehmen“ ist. Damit handelt es sich um eine Frage der Beweislast für das Verschulden; diese ist getrennt von der erst daran anschließenden Prüfung zu sehen, ob ein allfälliges Kontrollsystem ausreichend gestaltet wurde, um schuldbeeidend zu wirken, und ist davon unabhängig zu beurteilen. Die Frage der Beweislast, auf die sich § 5 Abs. 1a VStG bezieht, berührt demnach nicht die Anforderungen an ein ausreichendes Kontrollsystem, die sich nicht verändert haben (vgl. dazu BVwG 13.03.2019, W249 2196046-1/5E und W249 2196194-1/5E, ebenso VwGH 23.06.2021, Ro 2019/03/0020).

Der Begriff der Fahrlässigkeit ist im VStG selbst nicht definiert. In der Literatur wird im Sinne des StGB für das Vorliegen von Fahrlässigkeit ein doppelter Sorgfaltsverstoß vorausgesetzt: Zum einen ist die Verletzung einer den Täter situationsbezogen treffenden objektiven Sorgfaltspflicht erforderlich; zum anderen muss die Einhaltung dieser objektiv gebotenen Sorgfaltsanordnung subjektiv möglich gewesen sein (vgl. *Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG<sup>2</sup> § 5 Rz 4).

Der Verwaltungsgerichtshof hat dazu Folgendes ausgeführt (VwGH 20.03.2018, Ra 2017/03/0092, Rz 42):

*„Da das VStG keine Definition der Schuldform Fahrlässigkeit enthält, kann auf dem Boden der*

*Rechtsprechung zur Auslegung dieses Begriffs auf die Bestimmungen des StGB zurückgegriffen werden. Die Außerachtlassung der objektiv gebotenen und subjektiv möglichen Sorgfalt kann dem Täter im Sinn des § 6 Abs. 1 StGB nur dann vorgeworfen werden, wenn es ihm unter den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls auch zuzumuten war, sie tatsächlich aufzuwenden. Zur Frage des Ausmaßes der objektiven Sorgfaltspflicht hat der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen, dass der dafür geltende Maßstab ein objektivnormativer ist. Massfigur ist der einsichtige und besonnene Mensch, den man sich in die Lage des Täters versetzt zu denken hat. Objektiv sorgfaltswidrig hat der Täter folglich dann gehandelt, wenn sich ein einsichtiger und besonnener Mensch des Verkehrskreises, dem der Handelnde angehört, an seiner Stelle anders verhalten hätte (vgl. VwGH 28.5.2008, 2008/09/0117; 16.3.2016, Ro 2014/04/0072). In Ermangelung einschlägiger ausdrücklicher Vorschriften richtet sich das Maß der einzuhaltenden objektiven Sorgfalt insbesondere nach dem, was von einem sich seiner Pflichten gegen die Mitwelt bewussten, dem Verkehrskreis des Täters angehörenden Menschen billigerweise verlangt werden kann (siehe Foregger/Fabrizy, StGB<sup>12</sup> (2016) § 6, Rz 5). Inhaltlich ergibt sich die jeweilige objektive Sorgfaltspflicht somit insbesondere aus der Verkehrssitte als dem rechtlich verlangten Sorgfaltsmaßstab (vgl. Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch<sup>2</sup> (2017) § 6, Rz 47), wie er im vorliegenden Kontext von den Leitlinien der Rechtsprechung umschrieben wird. Derart beinhalten diese Leitlinien zum wirksamen Kontrollsystem einen von den verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichen Personen zu beachtenden objektiven Sorgfaltsmaßstab, dessen Nichtbeachtung jedenfalls eine fahrlässige Vorgangsweise indiziert. Fahrlässige Deliktsbegehung reicht nach § 5 VStG für eine verwaltungsstrafrechtliche Strafbarkeit jedenfalls aus. Die notwendige Beachtung dieses Sorgfaltsmaßstabs umfasst dabei (wie erwähnt) einerseits die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems, andererseits die Beachtung dieses Kontrollsystems im Einzelfall. Ist in einer dem § 9 VStG unterliegenden juristischen Person kein den Vorgaben der Leitlinien entsprechendes konkretes wirksames Kontrollsystem ausgebildet, wird dieser objektive Sorgfaltsmaßstab nicht beachtet.“*

Der Beschuldigte hat sich im vorliegenden Verfahren weder auf das Vorliegen eines Kontrollsystems zur Verhinderung von Verwaltungsübertretungen wie der hier gegenständlichen berufen, noch ist aus seinem Vorbringen irgendein Hinweis dahingehend zu erkennen, aus welchen Gründen ein bestehendes Kontrollsystem im Einzelfall nicht beachtet worden ist. Damit kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein im Sinne der höchstgerichtlichen Rechtsprechung wirksames Kontrollsystem vorgelegen ist. Der Beschuldigte konnte somit kein mangelndes Verschulden glaubhaft machen. Die gesetzliche Schuldvermutung des § 5 Abs. 1 VStG bleibt demnach aufrecht.

Der Beschuldigte hat daher mangels Aufwendung der objektiv gebotenen und subjektiv möglichen Sorgfalt fahrlässig gehandelt.

#### **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.

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.

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

Dies ist hier nicht der Fall: Der missbräuchliche Genuss von Spirituosen ist gesundheitsschädlich und das absolute Verbot der kommerziellen Kommunikation für Spirituosen in Programmen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks liegt im „Interesse der Volksgesundheit“ (VfSlg 8142/1979). Das Verbot solcher Kommunikation soll dazu beitragen, dass Zuhörerinnen und Zuhörer nicht (noch zusätzlich) zum Konsum von Spirituosen animiert werden. Dies gilt insbesondere für Kinder und Jugendliche (vgl. KOA 03.06.2016, KOA 1.965/16-005). Zudem wird das geschützte Rechtsgut durch die begangene Verwaltungsübertretung in seinem (historischen) „Kernbereich“, der Werbung für Spirituosen, beeinträchtigt. Es handelt sich damit um eine typische Verletzung des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 13 Abs. 4 ORF-G. Ein Absehen von der Strafe ist daher gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ausgeschlossen.

Auch andere Strafausschließungsgründe liegen nicht vor.

Als Milderungsgrund ist gemäß § 19 Abs. 2 VStG die Verfahrensdauer zu berücksichtigen. Erschwerungsgründe liegen keine vor.

Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Ausgehend von der oben dargelegten Beweismäßigkeit wird der Strafbemessung ein jährliches Bruttoeinkommen des Beschuldigten von etwa XXX Euro zugrunde gelegt, woraus sich ein monatliches Nettoeinkommen von etwa XXX Euro ergibt. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte für zwei Kinder unterhaltspflichtig ist.

Unter Berücksichtigung dieser Strafbemessungsgrundsätze gelangt die KommAustria in Ausübung des Ermessens im Sinne des Gesetzes zu dem Ergebnis, dass hinsichtlich der gegenständlichen Verletzung eines absoluten Verbotes (§ 13 Abs. 4 ORF-G) dem Verstoß aufgrund der erstmaligen Verletzung dieser Bestimmung durch den Beschuldigten und unter Berücksichtigung seines festgestellten Einkommens und seiner Sorgepflichten mit einem Betrag von insgesamt EUR 3.000,- das Auslangen gefunden werden kann. Die verhängte Geldstrafe liegt am unteren Ende des Strafrahmens des § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G, der bis EUR 58.000,- reicht.

Wird eine Geldstrafe verhängt, so ist gemäß § 16 Abs. 1 VStG zugleich für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Gemäß § 16 Abs. 2 VStG darf die Ersatzfreiheitsstrafe das Höchstmaß der für die Verwaltungsübertretung angedrohten Freiheitsstrafe und, wenn keine Freiheitsstrafe angedroht und nicht anderes bestimmt ist, zwei Wochen nicht übersteigen. Eine Ersatzfreiheitsstrafe von mehr als sechs Wochen ist nicht zulässig. Sie ist ohne Bedachtnahme auf § 12 VStG nach den Regeln der Strafbemessung festzusetzen.

Die von der Behörde unter Bedachtnahme der angeführten Gründe festgesetzte Geldstrafe befindet sich am unteren Ende des Strafrahmens. Gleiche Überlegungen haben zur Verhängung der Ersatzfreiheitsstrafe von bloß einem Tag 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 1.850/21-053 auf das Konto der RTR-GmbH, IBAN: AT93 2011 1292 3128 0909, BIC: GIBAAWWXXX, 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.

Sind Sie außerstande, die Kosten der Verteidigung ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, so kann Ihnen das Verwaltungsgericht auf Antrag einen Verfahrenshilfverteidiger/eine Verfahrenshilfverteidigerin begeben (§ 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 Begebung eines Verteidigers/einer Verteidigerin abgewiesen, beginnt die Beschwerdefrist mit der Zustellung des abweisenden Beschlusses an Sie zu laufen.

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

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

Die Beschwerde kann in jeder technisch möglichen Form übermittelt werden.

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

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)