

**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  
Beschuldigten

A

--

Zahl (Bitte bei Antworten angeben!)	Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
KOA 1.850/21-034	Mag. Zykan, LL.M.	454	02.02.2022

## 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 nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G in Würzburggasse 30, 1136 Wien, zu verantworten, dass der Österreichische Rundfunk am 25.07.2019 im bundesweiten Hörfunkprogramm Ö1 entgegen § 14 Abs. 4 Satz 1 ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 32/2018, durch einen Spot für den „Ö1 Club on tour“ von ca. 16:05 Uhr bis ca. 16:06 Uhr Werbung im Sinne von § 1a Z 8 ORF-G ausgestrahlt hat.

--

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 4 Satz 1 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	Freiheitsstrafe von	gemäß
2.000,-	1 Tag	---	§ 38 Abs. 1 Z 2 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:

**200,-** 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

**2.200,-** 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 rechtskräftigem Bescheid vom 29.06.2020, KOA 1.850/20-009, hat die KommAustria gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 und Z 9 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 47/2019, in Verbindung mit den §§ 35, 36 und 37 ORF-G festgestellt, dass der Österreichische Rundfunk am 25.07.2019 im bundesweiten Hörfunkprogramm Ö1 entgegen § 14 Abs. 4 Satz 1 ORF-G durch einen Spot für den „Ö1 Club on tour“ von ca. 16:05 Uhr bis ca. 16:06 Uhr Werbung im Sinne von § 1a Z 8 ORF-G ausgestrahlt hat.

Mit Schreiben vom selben Tag leitete die KommAustria gegen den Beschuldigten ein Verwaltungsstrafverfahren wegen des Verdachts ein, er 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 25.07.2019 im bundesweiten Hörfunkprogramm Ö1 entgegen § 14 Abs. 4 Satz 1 ORF-G durch einen Spot für den „Ö1 Club on tour“ von ca. 16:05 Uhr bis ca. 16:06 Uhr Werbung im Sinne von § 1a Z 8 ORF-G ausgestrahlt hat, und forderte ihn gemäß §§ 40 und 42 VStG zur Rechtfertigung auf.

Mit Schreiben vom 16.07.2020 nahm der Beschuldigte dazu dahingehend Stellung, dass richtig sei, dass er zum inkriminierten Zeitpunkt als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher Beauftragter (§ 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. Als solchem werde ihm von der KommAustria zur Last gelegt, dass er zu verantworten hätte, dass der Österreichische Rundfunk am 25.07.2019 im bundesweiten Hörfunkprogramm Ö1 entgegen § 14 Abs. 4 Satz 1 ORF-G durch einen Spot für den „Ö1 Club on tour“ von ca. 16:05 Uhr bis ca. 16:06 Uhr Werbung im Sinne von § 1a Z 8 ORF-G ausgestrahlt habe. Er bestreite den Inhalt des Spots nicht. Nach Zustellung des Bescheides der KommAustria vom 29.06.2020, KOA 1.850/20-009, die am 30.06.2020 eine Minute vor der Zustellung der Aufforderung zur Rechtfertigung im gegenständlichen Verfahren erfolgt sei, seien die bei Ö1 verantwortlichen Personen über dessen Inhalt und Auswirkungen informiert und Änderungen in die Wege geleitet worden.

### 2. Sachverhalt

Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

#### 2.1. Sendungsablauf

Am 25.07.2019 wird im österreichweiten Hörfunkprogramm „Ö1“ nach den Nachrichten von ca. 16:05 bis ca. 16:06 Uhr ein Hinweis auf den „Ö1 Club on tour“ ausgestrahlt. Dieser lautet wie folgt:

*„Der Ö1 Club on tour. Das Ö1 Clubmobil, Anlaufstelle und Informationszentrum für alle Themen rund um Ö1, ist unterwegs durch Österreich und macht Station bei kulturellen Höhepunkten und Festivals. Informieren Sie sich über das Ö1 Programm, die Vorteile des Ö1 Clubs und das vielfältige Ö1 CD-Angebot. Hören Sie Musik, trinken Sie Kaffee und surfen Sie über einen Hotspot im Internet. Nächste Station des Ö1 Clubmobils ist das Festival ‚Glatt und Verkehrt‘ in Krems vom 24. bis 28. Juli. Alle Infos und die aktuellen Tourdaten finden Sie im Internet: [oe1.orf.at/clubmobil](http://oe1.orf.at/clubmobil).“*

Danach folgt die Sendung „Medizin und Gesundheit“.

#### 2.2. Ö1 Club

Der „Ö1 Club“ bietet Mitgliedern gegen eine Jahresgebühr Clubvorteile. Auf der Webseite <https://oe1.orf.at/club/anmeldung> heißt es dazu im Wesentlichen:

## *„Ö1 Club-Anmeldung*

*Wir laden Sie ein. Zum monatlichen Ö1 Magazin ‚gehört‘ mit dem kompletten Radioprogramm, Hintergrundberichten und ausführlichem Serviceteil. Zu Tausenden Terminen unserer Kulturpartner und deren Ermäßigungen. Zu Ermäßigungen bei allen Veranstaltungen des RadioKulturhauses. Zum Ö1 Club-Rabatt bei allen Ö1 Artikeln und Ö1 CD-Editionen. Zu Exklusiv-Veranstaltungen, die nur Ö1 Club-Mitgliedern zugänglich sind. Zur ermäßigten Ö1 Download-Berechtigung für das bequeme Nachhören von Ö1 Sendungen. Und zu zahlreichen weiteren Vorteilen.*

### *Ö1 Club-Karte*

*Wir teilen aus. Für einen Beitrag von EUR 34,- pro Jahr erhalten Sie die Ö1 Club-Karte. Sie bekommen diese per Post zugesandt. Die Ö1 Club-Karte für Studierende gibt es um nur EUR 20,- pro Jahr.*

*[...]*

### *Hinweis*

*Der Ö1 Club wird im Auftrag des ORF von seiner Tochtergesellschaft ORF Marketing & Creation GmbH & Co. KG (OMC) betrieben. Mit der Anmeldung zum Ö1 Club treten Sie daher in ein Vertragsverhältnis mit der ORF Marketing & Creation GmbH & Co. KG ein.“*

Die Ö1 CDs können (unter anderem) in dem von der ORF Marketing & Creation GmbH & Co KG betriebenen Onlineshop unter <https://shop.orf.at/oe1/de/> käuflich erworben werden.

## **2.3. 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.

Mit Schreiben vom 12.12.2019 teilte der ORF mit, dass der Beschuldigte aufgrund des Antritts einer Väterkarenz seine Zustimmung zur Bestellung als verantwortlicher Beauftragter für den Zeitraum von 13.12.2019 bis 13.06.2020 für die Dauer seiner Väterkarenz widerrufen hat. Mit 14.06.2020 wurde der Beschuldigte wieder zum verantwortlichen Beauftragten bestellt.

Die KommAustria geht grundsätzlich von einem Jahresbruttogehalt des Beschuldigten von XXX Euro aus, dessen Bezug während der Väterkarenz von 13.02.2020 bis 13.06.2020 unterbrochen war. Der Beschuldigte ist für zwei minderjährige Kinder sorgepflichtig.

Gegen den Beschuldigten wurden bereits mehrere Verwaltungsstrafen wegen Übertretung von § 38 Abs. 1 Z 2 rechtskräftig verhängt, jedoch keine gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 4 Satz 1 ORF-G.

## **3. Beweiswürdigung**

Die Feststellungen zum Sendungsablauf am 25.07.2019 im österreichweiten Hörfunkprogramm „Ö1“ gründen sich auf die amtswegig erstellten Aufzeichnungen des Programms. Diese wurden vom ORF im Rechtsverletzungsverfahren sowie vom Beschuldigten in seiner Rechtfertigung vom 16.07.2020 auch nicht bestritten.

Die Feststellungen zu der im Tatzeitpunkt (25.07.2019) aufrechten Bestellung des Beschuldigten zum verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichen Beauftragten ergeben sich aus dem zitierten Schreiben des

ORF vom 18.03.2016 in Verbindung mit dem zitierten Schreiben des ORF vom 12.12.2019.

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

Der Beschuldigte hat im gegenständlichen Verfahren keine Angaben zu seinen Vermögensverhältnissen gemacht. Im Verfahren zum Straferkenntnis vom 12.06.2020, KOA 3.500/20-016, hat er jedoch angegeben, er sei für zwei minderjährige Kinder sorgepflichtig, sei von 13.12.2019 bis 13.06.2020 in Väterkarenz und beziehe in diesem Zusammenhang im Zeitraum von 13.02.2020 bis 13.06.2020 kein Einkommen. Die entsprechenden Feststellungen beruhen insofern auf den ausdrücklichen Angaben des Beschuldigten.

Für die Zeiträume abseits seiner Väterkarenz geht die KommAustria in Hinblick auf das Einkommen des Beschuldigten weiterhin von ihrer bereits in vorangegangenen, den Beschuldigten betreffenden Verfahren angestellten Schätzung aus, der (soweit hier wesentlich) auch das Bundesverwaltungsgericht bereits gefolgt ist (vgl. etwa das Erkenntnis des BVwG vom 21.12.2018, W219 2196043-1/7E und W219 2196263-1/7E).

Diese Schätzung geht von den Angaben des Beschuldigten im Zuge seiner Vernehmung im Verfahren zur Geschäftszahl KOA 1.850/18-011 aus, wonach er im Jahr 2016 rund XXX Euro brutto verdient habe und Eigentümer eines Grundstückes im Wert von rund XXX Euro sei, wobei jedoch ein Veräußerungs- und Belastungsverbot und entsprechende Bankverbindlichkeiten in Bezug auf eine Eigenheimerrichtung bestünden. Darüber hinaus habe er geringfügige Einkünfte aus Nebentätigkeiten iHv ca. XXX bis XXX Euro.

Ausgehend von diesen Angaben stellt die Schätzung der KommAustria weiters auf folgende Gesichtspunkte ab: 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 Gehaltserhöhungen stattgefunden haben, da die Angaben des Beschuldigten zum Jahresgehalt das Jahr 2016 betreffen. Insbesondere ist seit der mit Bescheid der KommAustria vom 09.04.2018, KOA 1.850/18-011, erfolgten – und vom BVwG mit Erkenntnis vom 21.12.2018, W219 2196043-1/7E und W219 2196263-1/7E geteilten – Schätzung des Jahresbruttogehalts des Beschuldigten für das Jahr 2018 mit XXX Euro zu berücksichtigen, dass nach den kollektivvertraglichen Vorgaben zumindest eine Vorrückung erfolgt ist, und es zu jährlichen Gehaltserhöhungen gekommen ist. Die KommAustria geht daher von einem Jahresbruttogehalt des Beschuldigten von XXX Euro aus.

#### **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**

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 25.07.2019 geltenden Fassung BGBl. I Nr. 32/2018 anzuwenden.

§ 38 ORF-G idF BGBl. I Nr. 32/2018 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. 32/2018 lautete auszugsweise:

*„Begriffsbestimmungen*

*§ 1a. Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet*

*[...]*

*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;*

*[...].“*

§ 14 Abs. 4 ORF-G idF BGBl. I Nr. 32/2018 lautete auszugsweise:

*„Fernseh- und Hörfunkwerbung, Werbezeiten*

*§ 14. (4) Eines der österreichweiten Programme des Hörfunks gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 hat von Werbung frei zu bleiben. [...].“*

#### **4.3. Objektiver Tatbestand**

Die KommAustria geht davon aus, dass es sich bei dem um ca. 16:05 Uhr ausgestrahlten Spot für den „Ö1 Club on tour“ um Werbung (Eigenwerbung) im Sinne des § 1a Z 8 ORF-G handelt.

Für die Qualifikation einer Äußerung als Werbung ist entscheidend, ob die gegen Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung bzw. für ein eigenes Produkt des Rundfunkveranstalters gesendete Äußerung bzw. Darstellung insgesamt geeignet ist, das bislang uninformierte oder unentschlossene Publikum für den Erwerb dieses Produkts zu gewinnen, sodass auf das Ziel der Darstellung, nämlich den Absatz dieser Produkte zu fördern, geschlossen werden kann (vgl. VwGH 18.09.2013, 2012/03/0162; 12.12.2007, 2005/04/0244; 14.11.2007, 2005/04/0167). Bei der Beurteilung sind alle Aspekte der Sendung bzw. des Sendungsteils zu berücksichtigen (EuGH 18.10.2007, C-195/06). Dieser Grundsatz ist so zu verstehen, dass eine Darstellung, die geeignet ist, eine Absatzförderung entgeltlicher Produkte, Dienstleistungen, Rechte und Verbindlichkeiten herbeizuführen, als Werbung anzusehen ist (vgl. BKS 09.03.2009,

611.001/0007-BKS/2008).

Maßgeblich für die Qualifikation als Werbung iSd § 1a Z 8 ORF-G ist, ob die betreffende Äußerung „mit dem Ziel ... zu fördern“ gesendet wird (vgl. VwGH 14.11.2007, 2005/04/0167, mit dem Hinweis auf VfGH 8.10.2003, B 1540/02 [VfSlg 17.006/2003]). Voraussetzung für das Vorliegen von Werbung im Sinne der Definition des § 1a Z 8 lit. a ORF-G ist daher allgemein das Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern. Dieses Absatzförderungsziel ist auch dann gegeben, wenn zwar in der Äußerung selbst nicht von einem entgeltlichen Produkt bzw. einer entgeltlichen Dienstleistung die Rede ist, aber trotzdem der Äußerung deutlich das Ziel entnommen werden kann, den Absatz von Waren, Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen gegen Entgelt zu fördern. Eine Auslegung dahin, dass generell Äußerungen im Fernsehen oder im Hörfunk, mit denen Verbraucher dazu bewegt werden sollen, für sie kostenlose Produkte oder Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, nicht als Werbung zu qualifizieren seien, obwohl dadurch aber ein Absatzförderungsziel für andere Produkte oder Dienstleistungen gegeben ist, kommt daher nicht in Betracht (vgl. VwGH 01.09.2017, Ra 2017/03/0007).

Im vorliegenden Fall weist der gegenständliche Spot vorderhand auf den „Ö1 Club on tour“ hin; grundsätzlich kann man dort unentgeltlich Informationen über das Angebot von Ö1 erhalten. Jedoch verweist der Spot auch darauf, dass man sich beim „Ö1 Clubmobil“ über die „Vorteile des Ö1 Clubs“, bei welchem es sich um ein entgeltliches Angebot handelt, sowie über „das vielfältige Ö1 CD-Angebot“ informieren kann. Nach Auffassung der KommAustria sprechen diese qualitativ-wertenden Formulierungen – die das Publikum zudem auch unmittelbar ansprechen („Informieren Sie sich...“) – für die Qualifikation als Werbung für den „Ö1 Club“ und das Ö1 CD-Angebot im Sinne des § 1a Z 8 ORF-G (vgl. VwGH 26.02.2016 Ra 2016/03/0021). Auch von Bedeutung ist, dass es sich bei dem Spot um eine singuläre, vom sonstigen redaktionellen Programm losgelöste Passage handelt, die einem typischen Werbespot gleichkommt.

Der Spot verfolgt somit augenscheinlich das Ziel, nicht nur die Zuhörer zum (unentgeltlichen) Besuch des „Ö1 Clubmobil“ aufzufordern, sondern auch, sie zum Abschluss einer „Ö1 Club“-Mitgliedschaft oder zum Erwerb von Ö1 CDs zu motivieren, und ist sohin (auch) darauf gerichtet, den Absatz von entgeltlichen Produkten und Dienstleistungen zu fördern, weshalb er als Werbung für eigene Produkte und Dienstleistungen des Hörfunkveranstalters (bzw. seines Tochterunternehmens ORF Marketing & Creation GmbH & Co. KG) anzusehen ist (vgl. hierzu VwGH 12.12.2007, 2005/04/0244, sowie BKS 25.01.2010, 611.009/0017-BKS/2009).

Soweit der ORF in seiner Stellungnahme im Administrativverfahren vorgebracht hat, dass in der Gesamtbetrachtung aus der Perspektive des durchschnittlichen Zuhörers den gesendeten Äußerungen nicht deutlich – wie es aber von der Judikatur gefordert werde – das Ziel entnommen werden könne, den Absatz von Waren, Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechten und Verpflichtungen gegen Entgelt zu fördern, ist dem Folgendes entgegenzuhalten: Der Beitrag beginnt mit einem Hinweis auf den „Ö1 Club on tour“ und endet mit einem Hinweis auf die Website zum Clubmobil. Damit wird der Beitrag von Hinweisen auf den Club – und nicht auf das Hörfunkprogramm Ö1, wie es etwa bei einem anfänglichen Hinweis auf „Ö1 on tour“ der Fall wäre – eingerahmt. Derart wird der Bezugspunkt des Beitrags klar auf den Club gesetzt. Diese Aufmachung spricht dagegen, dass in diesem Beitrag die Information über das Angebot und die Vorteile des „Ö1 Clubs“ gegenüber Informationen über das Hörfunkprogramm Ö1 entscheidend zurücktritt. Hinzu kommt, dass in jenem Satz, der das Angebot des Clubmobils genauer bezeichnet („Informieren Sie sich über das Ö1 Programm, die Vorteile des Ö1 Clubs und das vielfältige Ö1 CD-Angebot.“) der Hinweis auf das Hörfunkprogramm Ö1 nach Ansicht der KommAustria nicht im Vordergrund steht; vielmehr stehen für den Durchschnittshörer nicht nur quantitativ (Hinweise auf den Club und das CD-Angebot), sondern aufgrund der bewerbenden Aussagen („Vorteile“, „vielfältige“) auch qualitativ die Hinweise auf den „Ö1 Club“ und das CD-Angebot – und damit auf die entgeltliche Angebote – im Vordergrund.

Vor diesem Hintergrund ist der gegenständliche Spot als (Eigen-)Werbung im Sinne des § 1a Z 8 ORF-G anzusehen.

§ 14 Abs. 4 Satz 1 ORF-G ordnet für eines der österreichweiten Hörfunkprogramme des ORF Werbefreiheit an. Diese Werbefreiheit ist nicht konkret für Ö1 festgelegt, wird in der Praxis aber in diesem Hörfunkprogramm umgesetzt. Die KommAustria geht somit davon aus, dass das Programm Ö1 jenes österreichweite Hörfunkprogramm des ORF ist, das entsprechend der Bestimmung des § 14 Abs. 4 Satz 1 ORF-G frei von Werbung zu sein hat (vgl. auch den Bescheid der KommAustria vom 22.07.2015, KOA 11.277/15-004).

Da der ORF am 25.07.2019 im Hörfunkprogramm Ö1 durch den dargestellten Spot zugunsten des entgeltlichen „Ö1 Clubs“ und des Ö1 CD-Angebots um ca. 16:05 Uhr Werbung im Sinne von § 1a Z 8 ORF-G ausgestrahlt hat, ist der objektive Tatbestand gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 4 Satz 1 ORF-G somit erfüllt.

#### **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 zum Tatzeitpunkt der Beschuldigte als verantwortlicher Beauftragter für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G für den gesamten Bereich des Österreichischen Rundfunks bestellt war, entfällt insoweit die Verantwortlichkeit der zur Vertretung nach außen Berufenen. Der Beschuldigte ist daher im Sinn des § 9 Abs. 2 VStG 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 § 14 Abs. 4 Satz 1 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 schuldbefreiend zu wirken, und ist davon unabhängig zu beurteilen. Die Frage der Beweislast, auf die sich der mit BGBl. I Nr. 57/2018 neugeschaffene § 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 im vorliegenden Verfahren lediglich darauf hingewiesen, dass nach Zustellung des Bescheides der KommAustria vom 29.06.2020, KOA 1.850/20-009, die bei Ö1 verantwortlichen Personen über dessen Inhalt und Auswirkungen informiert und Änderungen in die Wege geleitet worden seien. Damit beruft er sich aber weder auf das Vorliegen eines Kontrollsystems zur Verhinderung von Verwaltungsübertretungen wie der hier gegenständlichen im Tatzeitpunkt, noch ist aus seinem Vorbringen irgendein Hinweis dahingehend zu erkennen, aus welchen Gründen ein bestehendes Kontrollsystem im Einzelfall nicht beachtet worden sei. Damit kann seitens der KommAustria nicht davon ausgegangen

werden, dass ein im Sinne der höchstgerichtlichen Rechtsprechung wirksames Kontrollsystem vorgelegen ist. 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. 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.

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 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. § 14 Abs. 4 Satz 1 ORF-G sieht ausdrücklich vor, dass eines der österreichweiten Programme des Hörfunks gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 ORF-G von Werbung frei zu bleiben hat. Dies ist im Ausstrahlungszeitpunkt das Hörfunkprogramm Ö1 gewesen, und ist es auch derzeit. Die Ausstrahlung von Werbung in diesem Programm ist damit als typische Verletzung dieser Bestimmung anzusehen.

Auch andere Strafausschließungsgründe liegen nicht vor. Als Milderungsgrund ist die Verfahrensdauer anzusehen. Erschwerungsgründe liegen nicht vor.

Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Ausgehend von der oben dargelegten Beweiswürdigung 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 des § 14 Abs. 4 Satz 1 ORF-G durch die Ausstrahlung von Werbung im gemäß dieser Bestimmung werbefrei zu bleibenden Programm ein Betrag von 2.000,- Euro tat- und schuldangemessen ist. Die verhängte Geldstrafe liegt damit am untersten Ende des Strafrahmens des § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G, der bis 58.000,-

Euro 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 festgesetzte Geldstrafe befindet sich am untersten Ende des Strafrahmens. Davon ausgehend wurde auch die Ersatzfreiheitsstrafe mit (lediglich) einem Tag verhängt.

#### **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 1.850/21-034 – auf das Konto der RTR-GmbH, IBAN: AT93 20111 29231280909, BIC: GIBAATWWXXX, zu überweisen.

### **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 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:

<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)