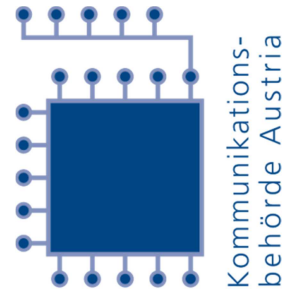


**Behörde** (Anschrift, Telefon, Telefax, E-Mail, DVR, URL)  
 Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)  
 Mariahilfer Straße 77-79, 1060 Wien  
 Telefon: 01/58058-0,  
 Telefax: 01/58058-9191  
 E-Mail: rtr@rtr.at  
 http://www.rtr.at  
 DVR: 4009878 Austria



KommAustria

Vorname und Familienname oder Nachname sowie Wohnort  
 des/der Beschuldigten

RSb  
 XX  
 z.Hd. YY  
 p.A. Österreichischer Rundfunk  
 Würzburggasse 30  
 1136 Wien

Zahl (Bitte bei Antworten angeben!)	Sachbearbeiter/in	Durchwahl	Datum
KOA 1.850/16-033	Mag. Schmidt	438	21.09.2016

## Straferkenntnis

Sie haben als für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 33/2013, verantwortlicher Beauftragter für den gesamten Bereich des Österreichischen Rundfunks (ORF) für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 112/2015, zu verantworten, dass am 07.06.2015 im bundeslandweiten Hörfunkprogramm Ö3 der bis ca. 21:58:36 Uhr im Anschluss an die Sendung „Solid Gold“, ausgestrahlte Werbeblock an dessen Ende nicht durch akustische Mittel eindeutig von den nachfolgenden Sendungs- und Programmteilen getrennt wurde.

Tatort: 1136 Wien, Würzburggasse 30

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G idF BGBl. I Nr. 55/2014 iVm § 9 Abs. 2 VStG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	gemäß
3.000,-	1 Tag	§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

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

Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haftet 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

##### 1.a. Feststellungsverfahren nach §§ 35 bis 37 ORF-G

Mit Bescheid vom 20.10.2015, KOA 1.850/15-007, stellte die KommAustria im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über den ORF gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 und Z 9 KOG iVm mit den §§ 35, 36 und 37 ORF-G in Spruchpunkt 1. fest, dass der ORF als Veranstalter des Hörfunkprogramms Ö3 am 07.06.2015 den bis 21:58:36 Uhr, im Anschluss an die Sendung „Solid Gold“, ausgestrahlten Werbeblock an dessen Ende nicht durch akustische Mittel eindeutig von anderen Sendungs- und Programmteilen getrennt und dadurch § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verletzt hat.

Mit Schreiben vom 20.11.2015 erhob der ORF gegen diesen Bescheid Beschwerde, die dem Bundesverwaltungsgericht (BVwG) mit Schreiben vom 27.11.2015 vorgelegt wurde.

##### 1.b. Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens

Da sich aufgrund der Feststellungen im oben zitierten Bescheid für die KommAustria der Verdachtsfall einer Verletzung der Bestimmung des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G im Rahmen des Hörfunkprogramms Ö3 am 07.06.2015 am Ende des ausgestrahlten Werbeblocks um 21:58:36 Uhr ergeben hatte, übermittelte die KommAustria mit Schreiben vom 18.03.2016, KOA 1.850/16-010, dem Beschuldigten als gemäß § 9 Abs. 2 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlichem Beauftragten für den gesamten Bereich des Österreichischen Rundfunks für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-Gesetz gemäß §§ 40 und 42 VStG eine Aufforderung zur Rechtfertigung. Der Österreichische Rundfunk (Generaldirektor) wurde mit Schreiben vom selben Tag entsprechend in Kenntnis gesetzt.

##### 1.c. Rechtfertigung des Beschuldigten

Mit Schreiben vom 14.04.2016 rechtfertigte sich der Beschuldigte und brachte im Wesentlichen

vor, dass es richtig sei, dass er zum verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich Beauftragten, sachlich abgegrenzt für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G für den gesamten Bereich des ORF bestellt worden sei. Hinsichtlich der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung verweist er auf die Beschwerde des ORF gegen den Bescheid der KommAustria 20.10.2015, KOA 1.850/15-007. Er erhebt das darin enthaltene Vorbringen zur Gänze zum Inhalt seiner Äußerung:

Im verfahrensgegenständlichen Fall sei der Wiederbeginn des redaktionellen Programms mit dem (gesprochenen) Sendungstitel „Einfach zum Nachdenken“ erfolgt. Eine Begrüßung der Zuseher und die Erwähnung des Sendungstitels oder Sendernamens seien von der bisherigen Judikatur als charakteristischer Beginn des redaktionellen Programms anerkannt (BKS 10.08.2006, 611.001/0008-BKS/2006). Jedes der beiden, sowohl Sendungstitel als auch Sendername, seien unzweifelhaft ein charakteristisches Element des redaktionell Programms, das zur Trennung der Werbung vom Programm eingesetzt werden könne. Mit der Nennung des Sendungstitels „Einfach zum Nachdenken“ werde den Hörern auf diese Weise unmissverständlich der Beginn des redaktionellen Programms signalisiert.

Durch das Abspielen des Sendungstitels sei unmittelbar von Beginn an jeder Zweifel darüber ausgeschlossen, dass es sich beim nachfolgenden Programminhalt nicht um Werbung handle. Mit mehr Intensität als mit der direkten Bekanntgabe des Titels der folgenden Sendung würden die Hörer gar nicht auf den Wiederbeginn des Programms hingewiesen werden können. Das durchschnittliche Publikum könne ohne Zweifel erkennen, dass nach der Nennung des Sendungstitels die Sendung und nicht Werbung folge. Nachdem es den Sendungstitel vernommen habe, erwarte es sich ja gerade den Beginn der Sendung. Diese Erwartungshaltung werde nicht enttäuscht. Irreführend und unzulässig wäre es, den Sendungstitel und danach Werbung zu spielen. Erhöhte Aufmerksamkeit auf Seiten des Zuhörers sei bei Verwendung dieses eindeutig dem Programm zuordenbaren, ausschließlich im Programm verwendeten Elementes, dessen Funktion gerade in der Ankündigung des Beginns der genannten Sendung bestehe, daher nicht erforderlich. Der vollständig ausgesprochene Titel der unmittelbar folgenden Sendung sei kein „plötzlicher“ Übergang, sondern ein eindeutiges Signal, dass mit diesem Element wieder das redaktionelle Programm beginne.

Dabei schade auch nicht, dass die Trennung zwischen dem Werbeblock und der darauffolgenden Sendung „Einfach zum Nachdenken“ bisher insofern nicht einheitlich vorgenommen worden sei, als teilweise auch der Sendername verwendet worden sei, da die Erwähnung des Sendernamens nach der ständigen Rechtsprechung eine weitere Möglichkeit der eindeutigen Trennung am Ende der Werbung sei. Es sei zulässig, am Ende eines Werbeblocks zwischen diesen beiden Elementen zu wählen oder sie auch zu kombinieren. Der programmliche Grund für unterschiedliche Abfolgen sei das sogenannte „Backtiming“, worunter man das gestalterische Ziel verstünde, die Nachrichten zur vollen Stunde möglichst pünktlich zu beginnen.

Im Ergebnis halte der Beschuldigte fest, dass durch das Abspielen des Titels der folgenden Sendung „Einfach zum Nachdenken“ nach dem letzten Werbespot der Beginn des redaktionellen Programms deutlich zu erkennen gewesen sei. Da die Werbung somit durch ein akustisches Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt worden sei, sei § 14 Abs. 1 ORF-G nicht verletzt, weswegen auch keine Verwaltungsübertretung nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G begangen worden sei. Zudem halte er fest, dass seine Rechtsansicht auf der bisherigen Rechtsprechung basiert hätte und daher jedenfalls mit guten Gründen vertretbar gewesen sei. Ein Verschulden sei daher ausgeschlossen, weshalb keine Verwaltungsstrafe verhängt werden dürfe.

Abschließend stellte der Beschuldigte den Antrag, das gegen ihn eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

## **2. Sachverhalt**

Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

## 2.a. Ausgestrahlte Sendungen

### *„Einfach zum Nachdenken“ im Anschluss an die Sendung „Solid Gold“ am 07.06.2015*

Gegen Ende der Sendung, deren inhaltlicher Schwerpunkt auf Musik der 80er und 90er Jahre liegt, wird diese um ca. 21:56:22 Uhr vom Moderator Eberhard Forcher abmoderiert, wobei auf die daran anschließende Sendung „Ö3-Sternstunden“ hingewiesen wird. Ab ca. 21:56:48 Uhr folgt nach Abspielen eines charakteristischen Trennelements („Pling“) ein Werbeblock mit folgenden Sujets:

„Jurassic World“ in 3D im Cineplexx, nzz.at („Die liberale Online-Zeitung“), Gewinner des Eurovision Song Contest Mans Zelmerlöw („Hol dir jetzt sein neues Album Perfectly Damaged“), Nissan Qashqai, 2B („Für natürliche Energie: 2B“) und Baumax („Mehrwertsteuer zurück“).

Um ca. 21:58:36 Uhr folgt auf den Baumax-Werbespot unmittelbar die Sprecheransage „Einfach zum Nachdenken“. Darauf folgt Mundharmonika-Musik und ab ca. 21:59:10 Uhr spricht der Schauspieler Paul Matic über seine Sicht auf die Musik von Bruce Springsteen. Der Beitrag dauert bis ca. 22:00:08 Uhr. Es folgen die Ö3-Nachrichten.

### *„Einfach zum Nachdenken“ am 11.06., 12.06. und 15.06.2015*

Die Ausstrahlung der Sendung „Einfach zum Nachdenken“ erfolgt aufgrund des aktuellen Sendeschemas jeweils von Sonntag bis Freitag von ca. 21:58 Uhr bis 22:00 Uhr.

Am 11.06.2015 werden bis ca. 21:56:50 Uhr die „Ö3-Hörercharts“ ausgestrahlt. Nach einem Werbeblock folgt um ca. 21:58:45 die Sendung „Einfach zum Nachdenken“. Zwischen dem Werbeblock und der Sendung kommt ein „Ö3-Whisper“ zur Kenntlichmachung des Wiederbeginns des redaktionellen Programnteils zum Einsatz. Die Sendung selbst wird – wie bereits am 07.06.2015, durch die Sprecheransage „Einfach zum Nachdenken“ eingeleitet. Dieselbe Abfolge wird am 12.06.2015 (21:58:47 Uhr nach der Sendung „Austria Top 40“) und am 15.06.2015 (21:59:45 Uhr nach der Sendung „Ö3-Onlinecharts“) ausgestrahlt.

Diese Programmabfolge unterscheidet sich von der Sendung „Einfach zum Nachdenken“ am 07.06.2015 dadurch, dass vor Beginn der letztgenannten Sendung kein Ö3-„Whisper“ zwischen dem Ende des Werbeblocks und dem Beginn des redaktionellen Programms ausgestrahlt wird.

## 2.b. Bestellung des Beschuldigten zum verantwortlichen Beauftragten / Vorstrafen

Der ORF ist als Stiftung öffentlichen Rechts nach § 1 Abs. 1 ORF-G eine juristische Person. Mit Schreiben vom 06.12.2011, erfasst unter KOA 5.009/12-005, wurde der Beschuldigte mit dessen Zustimmung zum verwaltungsstrafrechtlich Beauftragten, sachlich abgegrenzt u.a. für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G, für den gesamten Bereich des Österreichischen Rundfunks bestellt.

Mit Straferkenntnis vom 16.01.2012, KOA 3.500/12-002, wurden durch die KommAustria über den Beschuldigten wegen zweier Übertretungen des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 1 Z 2 ORF-G Geldstrafen iHv je EUR 5.000,- verhängt. Dieses Straferkenntnis wurde mit dem die dagegen erhobene Berufung abweisenden Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien (UVS Wien) vom 27.02.2013, UVS-06/23/1729/2012-17, rechtskräftig.

Mit Straferkenntnis vom 29.02.2012, KOA 3.500/12-013, wurde durch die KommAustria über den Beschuldigten wegen einer Übertretung des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 16 Abs. 5 Z 3 ORF-G eine Geldstrafe iHv EUR 5.000,- verhängt. Dieses Straferkenntnis wurde mit dem die dagegen erhobene Berufung abweisenden Bescheid des UVS Wien vom 20.06.2012, UVS-06/48/3556/2012-6, rechtskräftig.

Mit Straferkenntnis vom 13.06.2013, KOA 3.500/13-008, wurde durch die KommAustria über den Beschuldigten rechtskräftig wegen einer Übertretung des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 15 Abs. 2 ORF-G

eine Geldstrafe iHv EUR 4.000,- verhängt.

Mit Straferkenntnis vom 06.11.2014, KOA 3.500/14-049 wurden durch die KommAustria über den Beschuldigten wegen insgesamt 28 Übertretungen des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 5 Satz 2 (4 Übertretungen) und Satz 4 (9 Übertretungen) iVm § 17 Abs. 5 ORF-G und des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G (15 Übertretungen), jeweils iVm § 9 Abs. 2 VStG, Geldstrafen iHv insgesamt EUR 116.000,- verhängt. Dieses Straferkenntnis wurde mit dem die dagegen erhobene Beschwerde abweisenden Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.02.2016, GZ W94 2016273-1/13E, rechtskräftig.

Mit Straferkenntnis vom 15.04.2015, KOA 1.850/14-021, wurden durch die KommAustria über den Beschuldigten rechtskräftig wegen dreier Übertretungen des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 13 Abs. 1 Satz 2 iVm § 1a Z 7 ORF-G Geldstrafen iHv je EUR 3.000,- verhängt.

Mit Straferkenntnis vom 17.11.2015, KOA 3.500/15-046, wurde durch die KommAustria über den Beschuldigten rechtskräftig wegen einer Verletzung des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G iVm § 9 Abs. 2 VStG, eine Geldstrafe iHv EUR 4.000,- verhängt.

### *2.c. Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen des Beschuldigten*

Im ORF besteht unter der Verantwortung des Beschuldigten ein allgemeines System, wonach aufgrund einer Dienstanweisung des Generaldirektors sämtliche zu gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Entscheidungen (Bescheide, Urteile, Beschlüsse, Erkenntnisse udgl.) in Werbesachen im weitesten Sinn abgegebenen Einschätzungen, Empfehlungen und Vorgaben der Abteilung Recht und Auslandsbeziehungen (GRA) sowie sämtliche durch den Beschuldigten festgelegte Maßnahmen von allen Dienststellen und Tochtergesellschaften zu berücksichtigen bzw. einzuhalten sind. Weiters gibt es eine vom Beschuldigten an alle Direktoren, Landesdirektoren, Dienststellenleiter und mehrere Tochtergesellschaften adressierte „Interne Mitteilung“ vom 08.03.2010, in der eine Verteilung von Berichten der Abteilung GRA und deren Abrufbarkeit im Internet angeordnet werden. Weiters wird angeordnet, dass werberechtliche Fragen, die nicht ausjudiziert sind und bisher noch nicht von GRA beurteilt wurden, ausnahmslos an GRA zur Klärung heranzutragen sind. Bei Sendungen oder sonstigen Aktivitäten, die neu sind und/oder ein nicht unbeachtliches mediales Interesse erwarten lassen, sind alle damit in Zusammenhang stehenden werberechtlichen Fragen im Vorhinein mit GRA abzuklären. Einzelfälle, bei denen aufgrund ihrer Komplexität Zweifel über die werberechtliche Zulässigkeit der Vorgehensweise besteht, sind an GRA heranzutragen. Ebenso ist in der Internen Mitteilung in Aussicht gestellt, dass GRA regelmäßig in allen von den Werbebestimmungen betroffenen Bereichen des ORF und seiner Tochtergesellschaften stichprobenartige Kontrollen und Überprüfungen durchführen wird.

Feststellungen, ob bzw. dass im vorliegenden Fall konkrete oder Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen im Hinblick auf die Einhaltung der Werbebestimmungen im bundeslandweit ausgestrahlten Hörfunkprogramm Ö3 gesetzt wurden, konnten nicht getroffen werden.

### *2.d. Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie Sorgepflichten des Beschuldigten*

XX

## **3. Beweiswürdigung**

Die Feststellungen zum Sendungsablauf am 07.06.2015 gründen sich auf die Aufzeichnung der Sendung. Der Sachverhalt wurde vom Beschuldigten nicht weiter bestritten.

Die Feststellungen zur Bestellung des Beschuldigten als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichen Beauftragten ergeben sich aus dem zitierten Schreiben des ORF vom 06.12.2011, KOA 5.009/12-005.

Die Feststellungen zur Verhängung von Verwaltungsstrafen gegen den Beschuldigten wegen der

Übertretung des § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G ergeben sich aus den zitierten Bescheiden und Erkenntnissen.

Die Feststellungen zu den allgemeinen Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen ergeben sich aus der bereits in früheren Verfahren erwähnten Dienstanweisung des Generaldirektors sowie der internen Mitteilung. Mangels Vorbringens konnten keine Feststellungen zu allfälligen konkreten Kontroll- und Aufsichtsmaßnahmen in Bezug auf den verfahrensgegenständlichen Sachverhalt getroffen werden.

Die Feststellungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen sowie Sorgepflichten des Beschuldigten ergeben sich aus den zuletzt erfolgten Feststellungen im Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 16.02.2016, W194 2016273-1/13E. Im vorliegenden Verfahren wurde seitens des Beschuldigten nichts zu allfälligen Änderungen vorgebracht. Daher geht die KommAustria davon aus, dass die in dem genannten Verfahren getroffenen Feststellungen weiterhin die Einkommens- und Vermögensverhältnissen sowie Sorgepflichten des Beschuldigten widerspiegeln.

#### **4. Rechtliche Würdigung**

##### *4.a. Zuständigkeit der Behörde*

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 KOG, BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2016, 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.b. Zum objektiven Tatbestand*

§ 1a ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 in der zum Zeitpunkt der Begehung der Verwaltungsübertretung maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 55/2014, lautet 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. 1 ORF-G lautet:

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

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

*(2)-(11) [...]*“

§ 38 ORF-G lautet auszugsweise:

#### **„Verwaltungsstrafen**

**§ 38. (1)** Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu 58 000 Euro zu bestrafen, wer – soweit die nachfolgend genannten Bestimmungen auf seine Tätigkeit Anwendung finden – nach diesem Bundesgesetz ein Programm veranstaltet, einen Abrufdienst anbietet oder sonst ein Online-Angebot bereitstellt und dabei

[...]

2. § 13 Abs. 4, § 13 Abs. 1 bis 6, § 14 Abs. 1, 3 bis 5 und 9 oder den §§ 15 bis 17 zuwiderhandelt;

[...]“

Die KommAustria hat bereits in dem diesem Verwaltungsstrafverfahren vorangegangenen Feststellungsverfahren (vgl. dazu KommAustria 20.10.2015, KOA 1.850/15-007) die Auffassung vertreten, dass durch den erfolgten Übergang von dem ausgestrahlten Werbespot für die Handelskette „Baumax“ zu der Sprecheransage „Einfach zum Nachdenken“ die Werbung nicht eindeutig von den nachfolgenden Programmteilen getrennt wurde und daher der objektive Tatbestand iSd § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G vorliegt.

Der Beschuldigte tritt dieser Einschätzung der KommAustria hinsichtlich der nicht eindeutigen Trennung entgegen und erhebt die Beschwerde des ORF vom 20.11.2015 gegen den zitierten Feststellungsbescheid zu seinem Vorbringen im gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahren.

Nach der zitierten Gesetzesstelle des § 14 Abs. 1 ORF-G hat die Trennung zwischen redaktionellem Programm und Werbung nicht in beliebiger Weise zu erfolgen, sondern dem Erfordernis der Eindeutigkeit zu entsprechen. In der vorliegenden Konstellation stellt sich die Frage, welcher Grad an Eindeutigkeit im Rahmen der Wiederaufnahme des redaktionellen Programmteiles nach dem Ende eines Werbeblockes erforderlich ist.

In diesem Zusammenhang hat der BKS festgehalten, dass der Beginn des redaktionellen Programms nach einem Werbeblock mit den Worten „Hier ist Ö3, Österreichs Hitradio“ aber auch eine allgemein bekannte Signation eine hinreichend deutliche Trennung im Sinn von § 13 Abs. 3 ORF-G (nunmehr: § 14 Abs. 1 ORF-G) darstellt (BKS 11.11.2004, 611.009/0009-BKS/2004). Diese Rechtsprechung wurde vom BKS in weiteren Bescheiden sowohl für Hörfunk- als auch für Fernsehwerbung bestätigt.

So stellte etwa die deutlich erkennbare Signation der Sendung „TOI TOI TOI“ (ORF 2) aufgrund ihrer spezifischen Einleitungssequenz eine hinreichend klare Trennung dar. Bei der Beurteilung stellte der BKS insbesondere auf die Dauer der Einleitungssequenz verbunden mit ihrer optischen und akustischen Präsentation ab, wobei unmittelbar von Beginn an jeder Zweifel darüber ausgeschlossen sein muss, dass es sich beim nachfolgenden Programminhalt nicht um Werbung handelt (BKS 23.05.2005, 611.009/0015-BKS/2005). Diese Voraussetzung ist dann nicht erfüllt, wenn ein bloßer Sprecherwechsel stattfindet oder das gesprochene Wort mit einem Musikbett hinterlegt wird, weil dies für den durchschnittlichen Radiohörer nicht ausreichend wahrnehmbar ist. Ein anschwellendes Beckengeräusch sowie der Beginn von Musikbegleitung ist in diesem Sinne nicht geeignet von Beginn an jeden Zweifel darüber auszuschließen, dass es sich bei dem folgenden Programm nicht um Werbung handelt (BKS 18.06.2007, 611.009/0016-BKS/2007). Dabei ist auch zu berücksichtigen, mit welcher Intensität der Zuseher auf den Wiederbeginn des Programms hingeleitet wird. Die Sprecheransage „Viel Spaß bei Mitten im Achten“ (ORF eins) ist insofern als eindeutige Kenntlichmachung zu qualifizieren (BKS 27.06.2008, 611.941/0001-BKS/2008). Der Beginn des redaktionellen Teils muss „charakteristisch“ sein: Die in einer Beginnsequenz vorgenommene Kamerafahrt und das Singen des Moderators können vom Zuschauer keineswegs sofort eindeutig dem redaktionellen Programm zugeordnet werden (BKS 10.08.2006, 611.001/0008-BKS/2008).

Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung ist die, an den Baumax-Werbespot unvermittelt anschließende Sprecheransage „Einfach zum Nachdenken“ auch in Zusammenhang mit dem danach beginnendem Musikbett (Mundharmonikamusik von Bruce Spingsteen) nicht geeignet, von Beginn an jeden Zweifel darüber auszuschließen, dass es sich hierbei nicht um Werbung handelt. Dem Beginn der Sendung „Einfach zum Nachdenken“ mangelt es – im Gegensatz zur Signation der Sendung „TOI TOI TOI“ oder der Ansage „Hier ist Ö3, Österreichs Hitradio“ – an

ausreichend charakteristischen Merkmalen, wie etwa eine längere Dauer, eine typische Präsentation oder eine eigentümliche Musikuntermalung. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich Hörfunkprogramme bei der Trennung von redaktionellen Inhalten und Werbung keiner visuellen Mittel wie der Einblendung eines Schriftzuges bedienen können, und daher die geforderte Eindeutigkeit nur durch Audio-Elemente sichergestellt werden kann. Diese haben daher entsprechend unterscheidungskräftig und wahrnehmbar zu sein.

Der plötzliche Übergang vom Werbespot zur Sprecheransage und die vergleichsweise uncharakteristische Gestaltung der Signation lässt den Hörer nicht von Beginn an erkennen, dass nunmehr redaktionelles Programm folgt. Will der Hörer in Erfahrung bringen, ob es sich bei dem betreffenden Programmteil um Werbung handelt, ist er gezwungen, dem nachfolgenden Beitrag für längere Zeit zu folgen. Ein derart gestalteter Übergang kann aber gerade nicht als eindeutige Trennung gewertet werden, sondern erfordert von Seiten des Zuhörers erhöhte Aufmerksamkeit. Eine Ähnlichkeit mit dem in der Stellungnahme angeführten Beispiel („Hier ist Ö3, Österreichs Hitradio“), welches tatsächlich eine unzweideutige Ansage darstellt, ist im konkreten Fall nicht gegeben.

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass der ORF die Trennung zwischen dem – jedenfalls von Sonntag bis Freitag – zwischen 21:57 und 21:58 Uhr ausgestrahlten Werbeblock und der darauffolgenden Sendung „Einfach zum Nachdenken“ bisher nicht einheitlich vorgenommen hat. Als Beispiele sind etwa die Sendungen am 11.06.2015 (21:58:45 Uhr nach der Sendung „Ö3-Hörercharts“), am 12.06.2015 (21:58:47 Uhr nach der Sendung „Austria Top 40“) und am 15.06.2015 (21:59:45 Uhr nach der Sendung „Ö3-Onlinecharts“) zu nennen, deren Beginn jeweils durch die Sprecheransage „Ö3“ („Ö3-Whisper“) kenntlich gemacht wurde. Eine derartige Hinleitung des Hörers zum Wiederbeginn des redaktionellen Programms fand im beobachteten Programmabschnitt nicht statt. Zwar ist dem ORF bzw. dem Beschuldigten grundsätzlich darin zuzustimmen, dass das Ende eines Werbeblocks und der Wiederbeginn des redaktionellen Programms sowohl durch Abspielen eines charakteristischen Sendungstitels als auch durch die Nennung des Sendernamens (z.B. „Ö3-Whisper“) eindeutig kenntlich gemacht werden kann. In der gegenständlichen Konstellation (am 07.06.2015) fehlten nach Auffassung der KommAustria jedoch beide Elemente.

Nichts zu gewinnen ist für den Beschuldigten aus dem Verweis auf die Entscheidung des Bundeskommunikationssenates vom 10.08.2006 (611.001/0008-BKS/2006), wonach eine Begrüßung der Zuseher und die Erwähnung des Sendungstitels oder Sendernamens von der bisherigen Judikatur als charakteristischer Beginn des redaktionellen Programms anerkannt seien und wonach jedes der beiden, sowohl Sendungstitel als auch Sendername, unzweifelhaft ein charakteristisches Element des redaktionell Programms seien, das zur Trennung der Werbung vom Programm eingesetzt werden könne. Zwar ist dem Beschuldigten beizupflichten, dass sowohl durch die Sprecheransage des Sendungstitels als auch des Sendernamens – bei Vorhandensein ausreichend charakteristischer Merkmale – dem Erfordernis der Trennung entsprochen werden *kann*. Allerdings wird einer solchen nach der stRSpr eben nur dann entsprochen, wenn auf Grund der spezifischen Gestaltung der Einleitungssequenz – etwa durch die Dauer verbunden mit einer besonderen akustischen Präsentation bzw. deren Inhalt – unmittelbar von Beginn an jeder Zweifel darüber ausgeschlossen werden kann, dass es sich beim nachfolgenden Programminhalt nicht um Werbung handelt (BKS 23.5.2005; 611.009/0019-BKS/2004; 18.06.2007, 611.009/0016-BKS/2007; 27.6.2008, 611.941/0001-BKS/2008). Diese Voraussetzungen sind hier zu verneinen, da der Sendungstitel „Einfach zum Nachdenken“ unspezifisch ist und als „Aufforderung“ bzw. allgemeine Aussage gerade auch möglicher Bestandteil von Werbung und/oder Beiträgen im Dienst der Öffentlichkeit sein kann. Aufgrund der Diktion des Sendungstitels in Zusammenhang mit dem Fehlen charakteristischer Merkmale wird der Zuhörer erst lange nach Beginn der Sendung in die Lage versetzt zu erkennen, dass es sich hierbei um einen redaktionellen Programmteil handelt.

Die KommAustria geht daher weiterhin davon aus, dass durch den ohne eindeutige Trennung erfolgten Übergang von dem zuletzt ausgestrahlten Werbespot für die Handelskette „Baumax“ zu der Sprecheransage „Einfach zum Nachdenken“ entgegen der zitierten gesetzlichen Bestimmung des § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G die Werbung nicht eindeutig von den nachfolgenden



Programmteilen getrennt und somit § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verletzt wurde. Es liegt daher der objektive Tatbestand einer Verwaltungsübertretung iSd § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G vor.

#### *4.c. 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 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. Der Beschuldigte ist daher im Sinn des § 9 Abs. 2 VStG ein verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher Beauftragter.

#### *4.d. Zum Verschulden des verantwortlichen Beauftragten*

Zur Erfüllung der subjektiven Tatseite muss die Verwaltungsübertretung dem Beschuldigten auch vorzuwerfen sein. Bei dem festgestellten Verstoß gegen § 14 Abs. 1 Satz 2 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. Es liegt daher am Beschuldigten, mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen, widrigenfalls aufgrund der gesetzlichen Vermutung des § 5 Abs. 1 VStG von schuldhaftem Verhalten in der Schuldform der Fahrlässigkeit auszugehen ist. Auch § 9 VStG fordert von der Verwaltungsbehörde zu untersuchen, ob dem im fraglichen Fall Verantwortlichen eine der in § 5 VStG festgesetzten Schuldformen angelastet werden kann (vgl. BKS 02.06.2010, GZ 611.009/0013-BKS/2010). Bei Ungehorsamsdelikten verlangt die in § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG verankerte widerlegliche Schuldvermutung zu Lasten des Täters, dass dieser von sich aus sein mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen hat. Dazu bedarf es der Darlegung, dass er im Betrieb ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet hat, sodass er unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten konnte (vgl. VwGH 27.04.2011, 2010/08/0172, mwN).

Wie unter 2.c. ausgeführt, hat der Beschuldigte im Zuge der Rechtfertigung keinerlei Vorbringen hinsichtlich allfälliger Kontrollen erstattet, sondern sich auf die Bestreitung des Vorliegens des objektiven Tatbestands beschränkt. Im Lichte dieses Vorbringens, das auf eine andere (unzutreffende) Beurteilung des Sachverhalts durch den Beschuldigten hinausläuft, kann dahinstehen, inwieweit das Kontrollsystem den Anforderungen der Rechtsprechung genügt, zumal nicht anzunehmen ist, dass eine konkrete Kontrolltätigkeit des Beschuldigten zu einer Verhinderung der Rechtsverletzungen führen hätte können.

Soweit das Vorbringen des Beschuldigten auf die Behauptung eines Rechtsirrtums iSd § 5 Abs. 2 VStG hinauslaufen könnte, wonach eine unverschuldete rechtsirrigte Auslegung der Verwaltungsvorschriften der unverschuldeten Unkenntnis derselben iSd § 5 Abs. 2 VStG gleichgestellt wäre (vgl. u.a. VwSlg. 6636 A/1965 und 7143 A/1967), ist festzuhalten, dass eine solche irrige Gesetzesauslegung iS eines Rechtsirrtums den Beschuldigten dann nicht zu entschuldigen vermag, wenn nach seinem ganzen Verhalten nicht angenommen werden kann, dass die irrige Gesetzesauslegung unverschuldet war und dass er das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen konnte. Die bloße Argumentation im Verwaltungsstrafverfahren mit einer – allenfalls sogar plausiblen – Rechtsauffassung allein vermag ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen (vgl. u.a. VwGH 30.11.1981, 81/17/0126, sowie

E 171 zu § 5 VStG bei Walter/Thienel, *Verwaltungsverfahrensgesetze* II<sup>2</sup>, mwN). Nach der Rechtsprechung trifft den Beschuldigten auch eine konkrete Erkundigungspflicht und hat er sich bei widersprüchlichen Rechtsauffassungen mit Gewissenhaftigkeit mit dem Für und Wider eingehend auseinanderzusetzen (VwGH 15.09.1987, 87/04/0026). Der bloße Umstand, dass in einer bestimmten Rechtsfrage Unsicherheit herrscht, berechtigt nicht dazu, sich ohne weitere Nachforschungen für die günstigste Variante zu entscheiden und damit gegebenenfalls ungerechtfertigte Rechtsvorteile in Anspruch zu nehmen (VwGH 15.12.1994, 94/09/0085).

Umgelegt auf den vorliegenden Fall ist nach Auffassung der KommAustria festzuhalten, dass ein allfälliger Rechtsirrtum dem Beschuldigten jedenfalls schuldhaft vorwerfbar ist. An den Beschuldigten ist als Leiter der Rechtsabteilung des ORF und als für den gesamten Bereich des ORF für die Einhaltung der werberechtlichen Vorschriften nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G verantwortlicher Beauftragter ein hoher Sorgfaltsmaßstab anzulegen. Bei der ihm obliegenden pflichtgemäßen und sorgfältigen Befassung mit den einschlägigen Rechtsvorschriften und der einschlägigen Rechtsprechung, an deren Zumutbarkeit ebenso keine Zweifel bestehen kann, hätte er daher zum Ergebnis einer Unvertretbarkeit seiner Rechtsauffassung kommen müssen, da mit der spezifischen Gestaltung der verfahrensgegenständlichen Einleitungssequenz eben nicht unmittelbar von Beginn an jeder Zweifel darüber ausgeschlossen werden kann, dass es sich beim nachfolgenden Programminhalt nicht um Werbung handelt (BKS 23.5.2005; 611.009/0019-BKS/2004; 18.06.2007, 611.009/0016-BKS/2007; 27.6.2008, 611.941/0001-BKS/2008). Zumindest aber wäre bei einer allenfalls auftretenden Rechtsunsicherheit ein sorgfältiges Abwiegen des Für und Wider, das Einholen weiterer Erkundigungen von Nöten und dem Beschuldigten zumutbar gewesen. Dass derlei geschehen wäre, wurde vom Beschuldigten nicht vorgebracht und es sind auch im Verfahren keinerlei Anhaltspunkte für ein derartiges sorgfaltsgemäßes Verhalten hervorgekommen. Ein entschuldigender Rechtsirrtum iSd § 5 Abs. 2 VStG liegt nicht vor.

Es ist deshalb von schuldhaftem Verhalten des Beschuldigten mangels sorgfaltsgemäßer Wahrnehmung der geforderten Aufsichts- und Kontrollaufgaben in der Schuldform der Fahrlässigkeit auszugehen. Die gesetzliche Schuldvermutung des § 5 Abs. 1 VStG bleibt demnach aufrecht.

#### *4.d. Zur Strafbemessung*

Die Strafbemessung hat sich innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens zu bewegen. Dieser reicht gemäß § 38 Abs. 1 ORF-G bis zu einem Betrag von 58.000,- Euro. Grundlage für die Bemessung der Strafe ist gemäß § 19 Abs. 1 VStG die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG kann die Behörde im Fall der Z 4, anstatt die Einstellung zu verfügen, dem Beschuldigten unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Die Bestimmung des § 45 Abs. 1 VStG, idF BGBl. I Nr. 33/2013, trat insofern u.a. an die Stelle des § 21 VStG vor der genannten Novellierung. Die Erläuterungen (ErlRV 2009 BlgNR 24. GP, S. 19) führen dazu folgendes aus: „Im vorgeschlagenen § 45 Abs. 1 werden die derzeit in § 21 Abs. 1, § 21 Abs. 1a und § 34 VStG enthaltenen Bestimmungen an systematisch richtiger Stelle

*zusammengeführt. Der vorgeschlagene § 45 Abs. 1 Z 4 und der vorgeschlagene neue Schlusssatz dieses Absatzes entsprechen im Wesentlichen § 21 Abs. 1.*“ Es kann also davon ausgegangen werden, dass mit der Novellierung keine inhaltliche Änderung der Bestimmungen zum Absehen von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens beabsichtigt war und insofern auf die Judikatur zum bisherigen § 21 Abs. 1 VStG zurückgegriffen werden kann.

Soweit in § 45 Abs. 1 Z 4 VStG auf die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes Bezug genommen wird, ist dies der Neuformulierung der Bestimmungen über die Strafbemessung (§ 19 VStG) geschuldet (ErIRV 2009 BlgNR 24.GP, S. 18 f). Soweit also nunmehr darauf abgestellt wird, dass „die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung“ gering sein müssen, ersetzt dies das bisherige Tatbestandsmerkmal der unbedeutenden Folgen der Übertretung. Eine inhaltliche Änderung war damit nicht intendiert. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes müssen die beiden in dieser Bestimmung genannten Bedingungen – geringfügiges Verschulden des Beschuldigten und unbedeutende Folgen der Tat (nunmehr: geringe Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung) – kumulativ vorliegen, damit von der Strafe abgesehen werden 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 10.12.2001, 2001/10/0049, VwGH 29.11.2007, 2007/09/0229, VwGH 16.09.2010, 2010/09/0141).

Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ist im vorliegenden Fall zu verneinen: Der Grundsatz der Trennung von Werbung und redaktionellem Inhalt stellt nach der Judikatur des VfGH einen Eckpfeiler der werberechtlichen Bestimmungen des ORF-G dar (VfSlg 18.017/2006). Nach der ständigen Rechtsprechung dient das Gebot der eindeutigen Trennung der Werbung von anderen Programmteilen dem Schutz der Konsumenten, um diese in die Lage zu versetzen, den eigentlichen Zweck der Ausstrahlung zu kennen und die im Rahmen der Werbung wiedergegebenen Informationen mit entsprechender Vorsicht wahrzunehmen, so dies überhaupt gewünscht ist (vgl. dazu BKS 24.09.2007, 611.001/0002-BKS/2007), bzw. den Wiederbeginn des ihn interessierenden redaktionellen Programms deutlich zu erkennen. Genau diesem Zweck läuft die nicht als „eindeutig“ zu qualifizierende „Trennung“ (Nennung des Sendungstitels „Einfach zum Nachdenken“ in der beschriebenen Gestaltung) entgegen. Dieses durch die Strafvorschrift geschützte Rechtsgut wird durch die begangene Verwaltungsübertretung in einem nicht unerheblichen Ausmaß beeinträchtigt, sodass der objektive Unrechtsgehalt der Tat nicht als bloß geringfügig eingestuft werden kann. Insofern ist davon auszugehen, dass ein typischer Fall der Verletzung der Vorschrift des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G vorliegt, und daher ein Absehen von der Strafe gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ausgeschlossen ist. Auch andere Strafausschließungsgründe liegen nicht vor.

Als Erschwerungsgrund ist gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm § 33 Abs. 1 Z 2 StGB zu berücksichtigen, dass gegen den Beschuldigten bereits in mehreren Fällen wegen insgesamt 36 auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden Taten Verwaltungsstrafen gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 in Verbindung mit den Werbebestimmungen der §§ 13 bis 17 ORF-G verhängt worden sind, die noch nicht iSd § 55 VStG getilgt sind. Die KommAustria geht davon aus, dass als auf der „gleichen schädlichen Neigung“ beruhende Taten alle Verwaltungsübertretungen anzusehen sind, die von § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G erfasst werden. Nach der Rechtsprechung des VwGH sind jedenfalls nicht bloß Verstöße gegen dieselbe Norm als auf der gleichen schädlichen Neigung beruhend anzusehen: So wurden etwa Verwaltungsübertretungen wegen Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit (§ 20 Abs. 2 StVO) als auf derselben schädlichen Neigung beruhend angesehen, wie Verstöße gegen die Umkehrverbote nach § 14 Abs. 2 StVO (vgl. VwGH 16.11.1988, 88/02/0153 mwN). Nach der hM beruhen mit Strafe bedrohte Handlungen u.a. dann auf derselben schädlichen Neigung, wenn sie gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet sind (vgl. Wessely in N. Raschauer/Wessely (Hrsg), VStG (2009) Rz 8 zu § 19 VStG. Der Gesetzgeber hat nun alle Verstöße gegen die werberechtlichen Vorschriften des ORF-G in der Bestimmung § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G zusammengefasst und sie mit einer jeweils gleich hohen Verwaltungsstrafe

bedroht, woraus zu schließen ist, dass der Gesetzgeber hier von einem einheitlichen Rechtsgut („Einhaltung der Werbebeschränkungen“) ausgeht. Zu berücksichtigen ist dabei weiters, dass die Einhaltung der genannten werberechtlichen Vorschriften die Einrichtung und Anwendung eines einheitlichen, alle Bestimmungen gleichermaßen umfassenden Aufsichts- und Kontrollsystems durch den Beschuldigten bedingen, und sich ein Verstoß gegen diese Pflicht sohin primär als Ergebnis eines Aufsichts- und Kontrollversagens darstellt, was als Kern der „schädlichen Neigung“ bezeichnet werden kann. Welche konkrete in § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G verwiesene Norm verletzt wurde, ist demgegenüber eine nachgelagerte Frage. Gestützt wird dieses Ergebnis auch durch die dargestellte Bestellung des Beschuldigten zum verwaltungsstrafrechtlichen Beauftragten, die ebenfalls alle Tatbestände des § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G gleichermaßen umfasst, und die im Gefolge dieser Bestellung getroffenen Maßnahmen des Beschuldigten im Bereich der Kontrolle und Aufsicht, die ebenfalls nicht nach einzelnen Tatbeständen differenzieren.

Milderungsgründe gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm § 34 StGB liegen keine vor.

Der Strafbemessung werden das Jahreseinkommen des Beschuldigten in Höhe von zumindest XXX zu Grunde gelegt.

Unter Berücksichtigung dieser Strafbemessungsgrundsätze gelangt die KommAustria in Ausübung des Ermessens im Sinne des Gesetzes zum Ergebnis, dass ein Betrag von 3.000,- Euro für die Übertretung angemessen ist. Dieser Strafbetrag bewegt sich am untersten Rand der gesetzlichen Strafdrohung von 58.000,- Euro.

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 untersten Ende des Strafrahmens. Gleiche Überlegungen haben zur Verhängung der Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag geführt.

#### *4.e. Haftung des ORF / Verfahrenskosten*

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.

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 1.850/16-033 – auf das Konto der RTR-GmbH, IBAN: AT93 20111 29231280909, BIC: GIBAATWWXXX, zu überweisen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

## Rechtsmittelbelehrung:

Sie haben das Recht gegen diesen Bescheid Beschwerde zu erheben.

Eine rechtzeitig eingebrachte und zulässige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung, das heißt, der Bescheid kann bis zur abschließenden Entscheidung nicht vollstreckt werden.

Die Beschwerde ist innerhalb von vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich bei uns einzubringen. Wurde der Bescheid mündlich verkündet, ist die Beschwerde innerhalb von vier Wochen nach dessen Verkündung, wenn jedoch spätestens drei Tage nach der Verkündung eine schriftliche Ausfertigung verlangt wurde, innerhalb von vier Wochen nach deren Zustellung schriftlich bei uns einzubringen. Falls Sie innerhalb der Beschwerdefrist die Beigebung eines Verteidigers/einer Verteidigerin beantragen, beginnt die Beschwerdefrist erst mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Beschluss über die Bestellung des Rechtsanwalts/der Rechtsanwältin zum Verteidiger/zur Verteidigerin und der anzufechtende Bescheid diesem/dieser zugestellt sind. Wird der rechtzeitig gestellte Antrag auf Beigebung eines Verteidigers/einer Verteidigerin abgewiesen, beginnt die Beschwerdefrist mit der Zustellung des abweisenden Beschlusses an Sie zu laufen.

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

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

Die Beschwerde kann in jeder technisch möglichen Form übermittelt werden.

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

<https://www.rtr.at/de/rtr/Amtstafel>

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

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Michael Truppe  
(Mitglied)

### Zustellverfügung:

- 1.) XX, z.H. YY, Würzburggasse 30, 1136 Wien, **per RSb**
- 2.) Österreichischer Rundfunk/GD Dr. Alexander Wrabetz, Würzburggasse 30, 1136 Wien, **per RSb**