

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



KommAustria
 Kommunikationsbehörde Austria

Vorname und Familienname oder Nachname sowie
 Wohnort des/der Beschuldigten

XY
 z.H. Schönherr Rechtsanwälte GmbH
 Schottenring 19
 1010 Wien

Zahl (Bitte bei Antworten angeben!)	Sachbearbeiter/in	Durchwahl	Datum
KOA 4.455/18-001	Mag. Zykan, LL.M.	454	27.04.2018

Straferkenntnis

Sie haben als für die für die Einhaltung der Werbebestimmungen nach dem AMD-G, BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 86/2015, für den Geschäftsbereich ServusTV gemäß § 9 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 120/2016, bestellter verantwortlicher Beauftragter der Red Bull Media House GmbH (FN 297115i), in 5071 Wals bei Salzburg, Oberst-Lepperdinger-Straße 11-15, zu verantworten, dass diese als Veranstalterin des über die terrestrische Multiplex-Plattform „MUX D“ verbreiteten Fernsehprogramms „Servus TV“ im Rahmen der Sendung „Servus am Morgen“ am 19.01.2017 von ca. 06:09 bis ca. 06:56 Uhr unzulässige Produktplatzierungen ausgestrahlt hat.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 64 Abs. 2 iVm § 38 Abs. 1 AMD-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
900,-	1 Tag		§ 64 Abs. 2 AMD-G iVm § 9 Abs. 2 VStG, §§ 16 und 19 VStG

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

Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haftet die Red Bull Media House GmbH für die verhängte Geldstrafe sowie die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

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

90,- 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

990,- 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 Bescheid vom 17.07.2017, KOA 4.455/17-004, stellte die KommAustria im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter gemäß § 2 Abs. 1 Z 6 und 7 KOG in Verbindung mit den §§ 60, 61 Abs. 1 und 62 Abs. 1 AMD-G fest, dass die Red Bull Media House GmbH als Veranstalterin des über die terrestrische Multiplex-Plattform „MUX D“ ausgestrahlten Programms „Servus TV“ die Bestimmung des § 38 Abs. 1 iVm § 2 Z 27 AMD-G dadurch verletzt hat, dass im Rahmen der Sendung „Servus am Morgen“ am 19.01.2017 von ca. 06:09 bis ca. 06:56 Uhr unzulässige Produktplatzierungen ausgestrahlt wurden. Der Bescheid ist mit Ablauf des 11.08.2017 in Rechtskraft erwachsen.

Mit Schreiben vom 28.08.2017 fragte die KommAustria bei der Red Bull Media House GmbH nach, ob in der Red Bull Media House GmbH ein verantwortlicher Beauftragter im Sinne des § 9 Abs. 2 VStG für die Einhaltung der Werbebestimmungen nach dem AMD-G bestellt ist bzw. im Jänner 2017 bestellt war. Bejahendenfalls wurde um Übermittlung von Nachweisen über die erfolgte Bestellung ersucht.

Mit Schreiben vom 04.09.2017, ergänzt mit Schreiben vom 14.09.2017, gab die Red Bull Media House GmbH bekannt, dass XY im verfahrensgegenständlichen Zeitraum zum verantwortlichen Beauftragten

für die Einhaltung der Werbebestimmungen nach dem AMD-G, beschränkt auf den Geschäftsbereich „ServusTV“ der Red Bull Media House GmbH und die Servus Medien GmbH, im Sinne des § 9 Abs. 2 VStG bestellt war.

Mit Schreiben vom 04.10.2017, übermittelte die KommAustria dem Beschuldigten als die für die Einhaltung der Werbebestimmungen nach dem AMD-G für den Geschäftsbereich ServusTV gemäß § 9 Abs. 2 VStG bestellten verantwortlicher Beauftragter der Red Bull Media House GmbH eine Aufforderung zur Rechtfertigung gemäß §§ 40 und 42 VStG wegen des Vorwurfs, dass er in 5071 Wals bei Salzburg, Oberst-Lepperdinger-Straße 11-15, zu verantworten habe, dass die Red Bull Media House GmbH als Veranstalterin des über die terrestrische Multiplex-Plattform „MUX D“ verbreiteten Fernsehprogramms „Servus TV“ im Rahmen der Sendung „Servus am Morgen“ am 19.01.2017 von ca. 06:09 bis ca. 06:56 Uhr unzulässige Produktplatzierungen ausgestrahlt hat.

Mit Schreiben vom 12.10.2017 kam der Beschuldigte der Aufforderung zur Rechtfertigung nach und führte im Wesentlichen aus, die KommAustria gehe in ihrem Bescheid vom 13.7.2017 zu KOA 4.455/17-004 davon aus, dass die Sendung „Servus am Morgen“, jedenfalls die verfahrensgegenständliche Sendung vom 19.01.2017, aufgrund deren „schwerpunktmäßig“ informativen Charakters nicht als „Sendung der leichten Unterhaltung“ iSd § 38 Abs. 1 AMD-G qualifiziert werden könne. Die Red Bull Media House GmbH habe die Auffassung der Behörde akzeptiert und diesen Bescheid nicht bekämpft. Wie der KommAustria aus den Schriftsätzen in diesem Verfahren bekannt sei, seien die Red Bull Media House GmbH und der Beschuldigte bis zur Entscheidung der Behörde aber stets davon ausgegangen, dass es sich bei „Servus am Morgen“ um leichte Unterhaltung und damit um ein Format handle, in dem Produktplatzierung erlaubt sei. Dies sei nach Erachten des Beschuldigten mit sehr guten Gründen vertretbar. Er verwies im Wesentlichen auf die Stellungnahme der Red Bull Media House GmbH im Rechtsverletzungsverfahren und führte im Hinblick auf seine allfällige verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit aus, es dürfe nicht übersehen werden, dass es um die Auslegung eines höchst unbestimmten Gesetzesbegriffs im Zusammenhang mit neuen Sendeformaten in einer gewandelten audiovisuellen Medienlandschaft gehe. Ferner sei zu berücksichtigen, dass keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Einordnung derartiger Formate existiere. Vor diesem Hintergrund sei dem Beschuldigte kein Verschulden anzulasten, wenn dieser Begriff – mit guten Gründen – vom Beschuldigten anders interpretiert worden sei als durch die KommAustria.

Sollte die Behörde ungeachtet dessen davon ausgehen, dass die Voraussetzungen für eine Bestrafung gegeben seien, so sei Folgendes zu berücksichtigen: Dem Beschuldigten könne lediglich – wenn überhaupt – leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden. Zudem sei ein unverschuldeter Rechtsirrtum iSd § 5 Abs. 2 VStG vorgelegen. Es sei von einer vertretbaren Rechtsansicht mit Blick auf die europarechtskonforme Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffs "leichte Unterhaltung" auszugehen. Der Beschuldigte bzw. die von ihm sorgsam ausgewählten und überwachten Mitarbeiter seien in medienrechtlichen Angelegenheiten hochspezialisiert und mit einschlägiger Spruchpraxis und Rechtsprechung vertraut. Der Einschätzung der Sendung als „leichte Unterhaltung“ sei eine sachkundige und gewissenhafte Prüfung der Rechtslage zu Grunde gelegen. Die Kennzeichnungspflicht im Zusammenhang mit Product Placement diene dem Schutz der Konsumenten vor Irreführung. Kommerzielle Kommunikation solle für Konsumenten einfach erkennbar sein und es solle diese von rein redaktionellen Inhalten abgegrenzt werden. Dieses durch die Strafvorschrift geschützte Rechtsgut sei aber – sofern überhaupt – durch die gegenständliche Verwaltungsübertretung bloß in einem geringfügigen Ausmaß beeinträchtigt worden: Der allgemeine Hinweis, dass die Sendung „Servus am Morgen“ Produktplatzierungen enthalte, sei mehrfach ausgestrahlt worden. Zudem liege die Sendung wohl zumindest an der Grenze zur leichten Unterhaltung, sodass (gekennzeichnetes) Produkt Placement den Zuseher in einem solchen Format keineswegs überraschen oder ihn unsachlich beeinflussen werde. Vor diesem Hintergrund sei auch die Bedeutung des geschützten Rechtsguts im konkreten Fall gering, Hinzu komme, dass die Berichterstattung in dieser Form - die Präsentation des Startup-Unternehmens "Shpock" - nur einmal, am 19.01.2017, stattgefunden habe. Der objektive Unrechtsgehalt der Tat sei

daher als bloß geringfügig einzustufen. Die Folgen der Übertretung seien - insbesondere im Lichte der mehrfachen allgemeinen Produktplatzierungshinweise in der Sendung – unbedeutend. Die Voraussetzungen für eine Ermahnung seien somit gegeben.

Sollte die Behörde ungeachtet dessen davon ausgehen, dass die Voraussetzungen für eine Ermahnung nicht gegeben seien, wären vor allem die Milderungsgründe bisherige Unbescholtenheit und leichte Fahrlässigkeit in einem Rechtsirrtum zu beachten.

Der Beschuldigte machte keine Angaben über seine Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse bzw. allfällige Obsorge- und Unterhaltspflichten.

2. Sachverhalt

Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevante Sachverhalt fest:

Die Red Bull Media House GmbH ist auf Grund des Bescheides der KommAustria vom 08.04.2013, KOA 4.455/13-003, Inhaberin einer Zulassung zur Verbreitung des digitalen Fernsehprogramms „Servus TV“ über die terrestrische Multiplex-Plattform MUX D.

Am 19.01.2017 wird in der Zeit von ca. 06:09 bis ca. 06:56 Uhr die Sendung „Servus am Morgen“ ausgestrahlt. Am Beginn wird nach der Signation um ca. 06:10:01 Uhr ein Produktplatzierungshinweis ausgestrahlt.



Die Sendung hat im Wesentlichen folgenden Ablauf:

Nach einem Themenüberblick wird im ersten Teil der Sendung von ca. 06:10 Uhr bis ca. 06:16 Uhr das Thema „Startups in Österreich“ mit einem Bericht behandelt, in dem etwa statistische Informationen über die vergleichsweise geringe Zahl an neuen Startups in Österreich sowie Schwierigkeiten bei der Unternehmensgründung, wie etwa die Kapitalaufbringung, präsentiert werden. Es folgt ein Studiogespräch mit einem Experten zum Thema, in dessen Verlauf z.B. Begriffsdefinitionen und Schwierigkeiten bei der Unternehmensgründung, insbesondere im Hinblick auf die Finanzierung und Investitionsbereitschaft sowie die Kundenakquirierung, behandelt werden.

Nachfolgend (bis ca. 06:24 Uhr) wird der Film „Die Hölle“ in Form einer Filmvorschau präsentiert. Es folgt ein Studiogespräch mit dem Kinoexperten Gunther Baumann, der eine inhaltliche und formelle Analyse des Films vornimmt. Selbiges erfolgt zum Film „Manchester by the Sea“, zu dem der Experte

nähere Erläuterungen, etwa zu den Stilelementen eines „Arthouse-Films“, beisteuert.

Im Anschluss folgt bis ca. 06:26 Uhr das Horoskop. Die Sendung wird danach durch Werbung, Programminweise und von ca. 06:30:06 bis ca. 06:39:19 Uhr durch die Nachrichtensendung „Servus Journal“ unterbrochen.

Am Wiederbeginn der Sendung „Servus am Morgen“ wird nach der Signation um ca. 06:39:52 Uhr folgender Produktplatzierungshinweis ausgestrahlt:



Es folgt ein Beitrag über die bevorstehende Angelobung von Donald Trump als US-Präsident, wobei insbesondere über die (prominenten) Teilnehmer sowie Absagen berichtet wird und die Aufbauarbeiten gezeigt werden. Unter anderem werden Arbeiter interviewt und hinsichtlich ihrer Meinung zu Donald Trump befragt. Eingefügt ist eine Einspielung eines Vor-Ort-Korrespondenten, der insbesondere über die Unbeliebtheit des zukünftigen Präsidenten berichtet.



Um ca. 06:42:38 Uhr wird die Berichterstattung zur Startup-Szene in Österreich wie folgt fortgesetzt [die Screenshots illustrieren ausschnittsweise die jeweils zum gesprochenen Text gezeigten Szenen]:

Kathi Wörndl:

„Mhm, auf jeden Fall spannend, was morgen da alles abgeht. Wir haben heute schon ein spannendes Thema in ‚Servus am Morgen‘, und zwar die Startup-Szene in Österreich. Grundsätzlich ist man ja ganz fleißig, wenn es um Startups gründen geht, allerdings in Österreich, wir hinken da so ein bissl hinterher. Letztens oder im letzten Jahr waren es ja 40.000 Unternehmen, die grundsätzlich gegründet worden sind, allerdings jedes dritte Startup-Unternehmen scheitert.“

Philipp McAllister:

„Über die Herausforderungen haben wir schon in der vergangenen halben Stunde mit Daniel Cronin, Startup-Berater, gesprochen, wissen jetzt so ungefähr, woran es scheitert, aber dass es auch Unternehmen – Startups – schaffen können, das hat ein Unternehmen oder Startup ganz besonders bewiesen.“



Kathi Wörndl:

„Ja, und vor allem richtig cool! Shpock heißt das, die Flohmarkt-App. Über 30 Millionen Mal wurde sie bereits runtergeladen und du bist auch dabei, oder?“

Philipp McAllister:

„Nein, noch nicht.“



Kathi Wörndl:

„Noch nicht, ok. Wirst du aber wahrscheinlich, denn wir sprechen gleich darüber. Denn bei dieser App oder auf dem Weg, diese App ins Leben zu rufen, da ist ja einiges passiert, und einer der Mitbegründer hätt' fast seine Wohnung dadurch verloren.“

Philipp McAllister:

„Oh ja.“

Kathi Wörndl:

„Aber dazu gleich, zuerst einmal schauen, was die App eigentlich kann.“

Philipp McAllister:

„Genau.“

Es beginnt ein Beitrag:



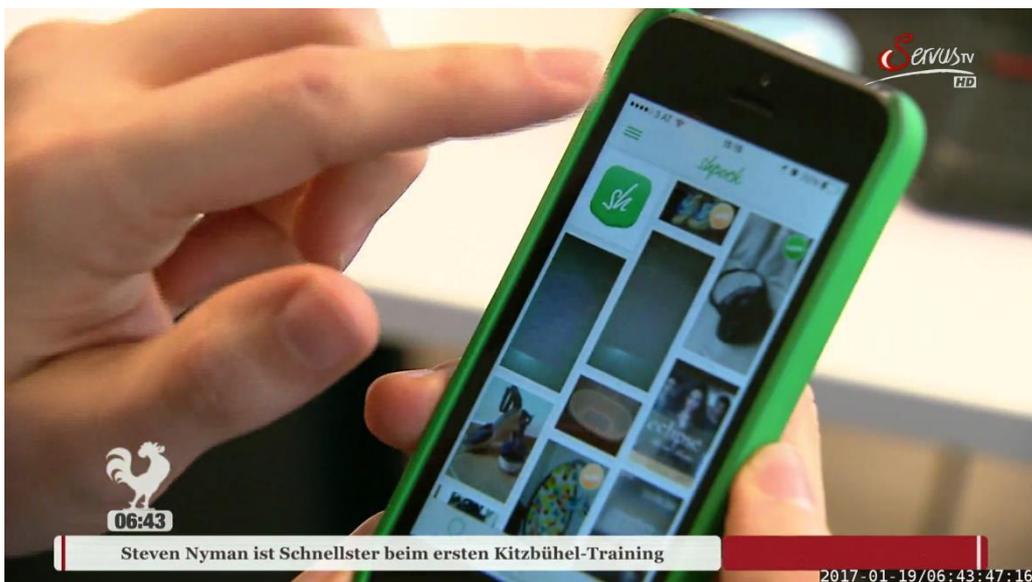
Sprecherin:

„Mehr als 30 Millionen Schnäppchenjäger tummeln sich auf der Flohmarkt-App Shpock.“



Sprecherin:

„Der Name ist eine Kurzversion von ‚Shop in your pocket‘, also frei übersetzt: ‚das Geschäft in der Hosentasche‘.“



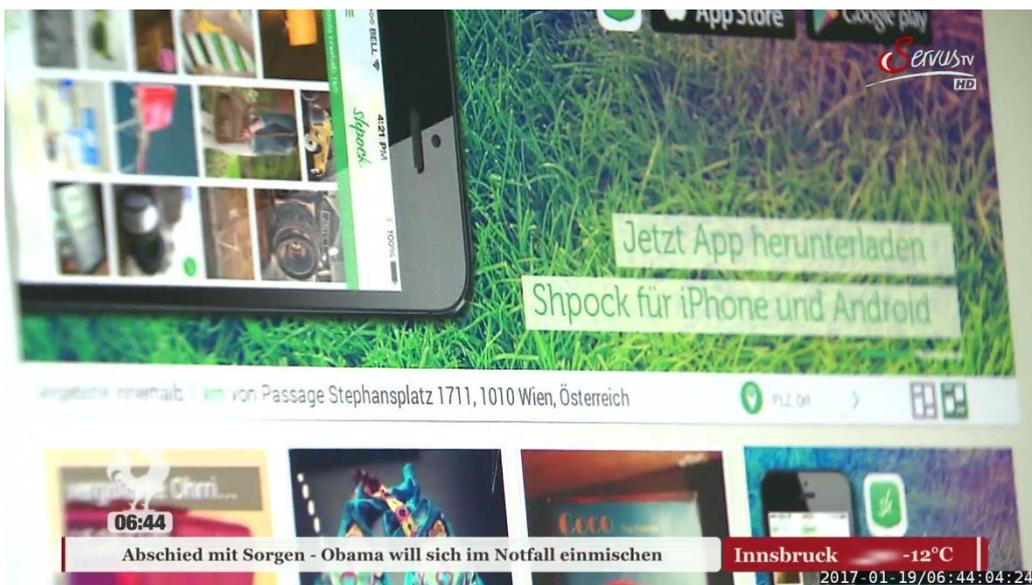
Sprecherin:

„Ein ambitioniertes Gründer-Duo hat den Taschenflohmarkt vor vier Jahren in Wien ins Leben gerufen.“



Sprecherin:

„Mittlerweile gehen in sechs Ländern Second-Hand-Begeisterte online auf die Suche nach Angeboten. Mehrere Millionen Artikel können bei Shpock gefunden und geschoppt werden, und das oft direkt in der Nachbarschaft.“



Sprecherin:

„Wenig Text, viele Bilder und schnelle Handhabung – es ist ein einfaches und effektives Konzept, das aufgeht. Und das auf dem heiß erkämpften Second-Hand-Markt.“



Sprecherin:

„In der Shpock-Community werden Produkte im Gesamtwert von 6 Milliarden Euro gehandelt. Für den User ist das Ganze grundsätzlich kostenlos. Was tun aber, wenn 17 Leute dieselbe blaue Jacke verkaufen wollen wie man selbst?“



Sprecherin:

„Dann kann man sich mit Premiumfunktionen zusätzliche Aufmerksamkeitsschübe dazubuchen.“

Während des letzten Satzes wird von der Großaufnahme eines im Büro von Shpock angebrachten Werbebanners, das auf die Erhältlichkeit der Shpock-App im Apple AppStore und in Google Play hinweist, in das Büro hinausgezoomt.



Sprecherin:

„Daran verdient der digitale Flohmarkt. Hinter dem Erfolg steht ein schnell wachsendes Team. Aus

ursprünglich 4 Mitarbeitern sind mittlerweile 94 geworden.“



Danach folgt um ca. 06:44:48 Uhr ein Studiogespräch mit einem der Mitbegründer von Shpock.

Im Anschluss wird ab ca. 06:48 Uhr das Rennwochenende in Kitzbühel thematisiert. Nach Informationen durch die Moderatoren über die Ergebnisse des Trainings folgt ein Beitrag, in dem u.a. über Aufbauarbeiten, gastronomische Angebote und die höheren Preise, das Zuseherklientel und die Lieblingsorte der Prominenten berichtet wird. Im Studio wird dann mit einer Wetter-Expertin über das Wetter in Kitzbühel gesprochen und ein detaillierter Überblick über die Auswirkungen auf die Schneeverhältnisse präsentiert.



Es folgt eine Programmvorschau für den restlichen Tag.

Ab ca. 06:55:54 Uhr, bevor nach der Sendung „Servus am Morgen“ Werbung und die Sendung „Servus Journal“ folgen, wird während des Abspanns – neben Ausstattungshinweisen – folgender Produktplatzierungshinweis eingeblendet:



Während der gesamten Dauer der Sendung sind – wie in den Screenshots ersichtlich – am unteren Bildschirmrand wechselnd aktuelle Schlagzeilen sowie Wetterinformationen eingeblendet.

Die finderly GmbH betreibt unter dem Namen „Shpock“ Websites und mobile Apps (in den AGB „Shpock-Services“ genannt). Gemäß § 2 der AGB ist Shpock ein Marktplatz, auf dem angemeldete User Waren und Dienstleistungen aller Art anbieten, verkaufen und kaufen können, soweit deren Angebot, Vertrieb oder Erwerb nicht gegen gesetzliche Vorschriften, gute Sitten oder diese AGB verstößt. Die Nutzung der Shpock-Services ist in der Basisversion kostenlos, es werden jedoch auch kostenpflichtige Premium-Services angeboten.

Der Beschuldigte ist Intendant und somit für die Programmleitung des Fernsehsenders Servus TV der Red Bull Media House GmbH verantwortlich und war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum zum verantwortlichen Beauftragten im Sinne des § 9 Abs. 2 VStG für die Einhaltung der Werbebestimmungen nach dem AMD-G, beschränkt sich auf den Geschäftsbereich ServusTV der Red Bull Media House GmbH und die Servus Medien GmbH, bestellt.

Die KommAustria geht von einem monatlichen Nettoeinkommen des Beschuldigten von etwa 0,00 Euro aus. Die konkreten Vermögensverhältnisse sowie die Unterhalts- und Sorgerechtsverhältnisse des Beschuldigten konnten nicht festgestellt werden.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Zulassung ergeben sich aus dem zitierten Zulassungsbescheid der KommAustria vom 08.04.2013, KOA 4.455/13-003.

Die Feststellungen zum Inhalt der am 19.01.2017 von ca. 06:09 bis ca. 06:56 Uhr ausgestrahlten Sendung „Servus am Morgen“ im Fernsehprogramm „Servus TV“ ergeben sich aus den von der Red Bull Media House GmbH vorgelegten Aufzeichnungen des Programms.

Die Feststellungen zur finderly GmbH sowie zu deren Angebot Shpock ergeben sich aus der Website der finderly GmbH www.shpock.at, in welche die KommAustria zuletzt am 07.04.2017 Einsicht genommen hat.

Die Feststellungen zur Tätigkeit des Beschuldigten bei der Red Bull Media House GmbH sowie zu seiner Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten beruhen auf dem glaubwürdigen Vorbringen der Red Bull Media House GmbH in den Schreiben vom 04.09.2017 und vom 14.09.2017 und den mit diesen vorgelegten Urkunden.

Der Beschuldigte hat seine Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie ihn allenfalls treffende Unterhalts- und Sorgepflichten gegenüber der Behörde nicht offengelegt. Die Feststellungen zum Einkommen des Beschuldigten beruhen mangels Vorbringens des Beschuldigten auf entsprechenden Schätzungen der KommAustria (vgl. dazu die rechtlichen Ausführungen unter 4.5.) Das angenommene Nettoeinkommen in der Höhe von 0,00 Euro monatlich beruht auf folgenden Überlegungen:

Im Straferkenntnis vom 13.06.2012, KOA 2.300/12-004, wurde das monatliche Nettoeinkommen eines Vorgängers des Beschuldigten als Programmdirektor von Servus TV von der KommAustria mit 0,00 Euro geschätzt und dieses Einkommen der verhängten Strafe zu Grunde gelegt. Nachdem gegen diese Entscheidung keine Berufung (insbesondere wegen der Strafhöhe) erhoben worden ist, geht die KommAustria davon aus, dass sie das Einkommen des Programmdirektors nicht erheblich zu hoch geschätzt hat. Zum damaligen Zeitpunkt wurde Servus TV noch von der ServusTV Fernsehgesellschaft m.b.H. veranstaltet (welche mittlerweile auf die damalige Muttergesellschaft Red Bull Media House GmbH verschmolzen wurde) und war der Programmdirektor gleichzeitig einer von drei Geschäftsführern des Unternehmens. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass Servus TV nunmehr lediglich einen Unternehmensteil der Red Bull Media House GmbH darstellt und der Beschuldigte im Gegensatz zum damaligen Programmdirektor zwar ebenfalls die gesamte programmliche Leitung von Servus TV, aber keine Geschäftsführungsagenden ausübt (und daher sein Gehalt entsprechend niedriger sein muss) einerseits und der allgemeinen Einkommensentwicklung seit 2012 (so stieg seither etwa der Tariflohnindex um ca. 12,5 %, vgl. https://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/tariflohnindex/) andererseits, geht die KommAustria davon aus, von einem Monatsnettoeinkommen von 0,00 Euro aus.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der KommAustria

Gemäß § 66 AMD-G ist Regulierungsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes die KommAustria.

Gemäß § 64 Abs. 2 AMD-G begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu 8.000,- Euro zu bestrafen, wer die Anforderungen unter anderen des § 38 AMD-G verletzt. Gemäß § 64 Abs. 5 AMD-G sind die Verwaltungsstrafen durch die KommAustria zu verhängen. Die Straf gelder fließen dem Bund zu.

4.2. Zum objektiven Tatbestand

§ 2 AMD-G lautet auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Sinne dieses Gesetzes ist: [...]

27. *Produktplatzierung: jede Form audiovisueller kommerzieller Kommunikation, die darin besteht, gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung ein Produkt, eine Dienstleistung oder eine entsprechende Marke einzubeziehen bzw. darauf Bezug zu nehmen, so dass diese innerhalb einer Sendung erscheinen. Nicht als Produktplatzierung gilt die kostenlose Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen wie Produktionshilfen oder Preise im Hinblick auf ihre Einbeziehung in eine Sendung, sofern diese von unbedeutendem Wert sind; [...]*“.

§ 38 AMD-G lautet:

„Produktplatzierung

§ 38. (1) *Produktplatzierung ist vorbehaltlich der Regelungen der Abs. 2 und 3 unzulässig.*

(2) Nicht unter das Verbot des Abs. 1 fällt die kostenlose Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen wie Produktionshilfen oder Preise im Hinblick auf ihre Einbeziehung in eine Sendung.

(3) Ausgenommen vom Verbot des Abs. 1 sind Kinofilme, Fernsehfilme und Fernsehserien sowie Sportsendungen und Sendungen der leichten Unterhaltung. Diese Ausnahme gilt nicht für Kindersendungen.

(4) Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, müssen folgenden Anforderungen genügen:

1. Ihr Inhalt und bei Fernsehprogrammen ihr Programmplatz dürfen keinesfalls so beeinflusst werden, dass die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit des Mediendienstanbieters beeinträchtigt wird.
2. Sie dürfen nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Waren oder Dienstleistungen auffordern, insbesondere nicht durch spezielle verkaufsfördernde Hinweise auf diese Waren oder Dienstleistungen.
3. Sie dürfen das betreffende Produkt nicht zu stark herausstellen.
4. Sie sind zu Sendungsbeginn und -ende sowie bei Fortsetzung einer Sendung nach einer Werbeunterbrechung eindeutig durch einen Hinweis zu kennzeichnen, um jede Irreführung des Zuschauers zu verhindern.

(5) Unbeschadet der Regelung des § 33 dürfen Sendungen jedenfalls auch keine Produktplatzierungen zu Gunsten von Unternehmen enthalten, deren Haupttätigkeit die Herstellung oder der Verkauf von Zigaretten und anderen Tabakerzeugnissen ist.

(6) Abs. 4 Z 4 kommt nicht zur Anwendung, sofern die betreffende Sendung nicht vom Mediendienstanbieter selbst oder von einem mit dem Mediendienstanbieter verbundenen Unternehmen produziert oder in Auftrag gegeben wurde und der Mediendienstanbieter keine Kenntnis vom Vorliegen einer Produktplatzierung hatte.“

§ 41 AMD-G lautet auszugsweise:

„Programmgrundsätze

§ 41. (1) Fernsehprogramme, die Rundfunkprogramme im Sinne des Artikels I Abs. 1 des Bundesverfassungsgesetzes über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBl. Nr. 396/1974, sind, haben den Grundsätzen der Objektivität und Meinungsvielfalt zu entsprechen.

(2) Insbesondere soll in diesen in angemessener Weise das öffentliche, kulturelle und wirtschaftliche Leben im Verbreitungsgebiet dargestellt und den dort wesentlichen gesellschaftlichen Gruppen und Organisationen Gelegenheit zur Darstellung ihrer Meinungen geboten werden.

[...]“

Nach Auffassung der KommAustria enthält der von ca. 06:39:19 Uhr bis 06:56:06 ausgestrahlte Teil der Sendung „Servus am Morgen“ Produktplatzierungen unter anderem für das Produkt Shpock der finderly GmbH, wobei insbesondere spezielle verkaufsfördernde Hinweise auf Waren oder Dienstleistungen, nämlich auf die App Shpock und den über diese App zugänglichen Flohmarkt, ausgestrahlt wurden:

Der Produktplatzierung – wie auch der Werbung – ist die Absicht der Absatzförderung eines Unternehmens immanent. Anders als die Werbung beschränkt sich die Produktplatzierung allerdings darauf, dass ein Produkt, eine Dienstleistung oder eine entsprechende Marke gegen Entgelt oder eine

ähnliche Gegenleistung in eine Sendung einbezogen und darauf Bezug genommen wird, sodass diese – wie das AMD-G in Übereinstimmung mit Art. 1 Abs. 1 lit m der Richtlinie 2010/13/EU definiert – „*innerhalb einer Sendung erscheinen*“. Im ErwG 91 dieser Richtlinie wird näher ausgeführt, „*dass bei der Produktplatzierung der Hinweis auf ein Produkt in die Handlung der Sendung eingebaut ist*“. Bei der Produktplatzierung findet somit – im Rahmen von Fernsehsendungen – eine bloße Zurschaustellung des Produkts durch Einbeziehung oder Bezugnahme in die Sendung statt (vgl. VwGH 05.05.2016, Zl. 2013/03/0122, zum mit § 2 Z 27 AMD-G weitgehend identen § 1a Z 10 ORF-G).

Im genannten Sendungsteil wird im Kontext des Tagesthemas „Startup-Unternehmen in Österreich“ auf ein besonders erfolgreiches Startup-Unternehmen, die finderly GmbH bzw. dessen Produkt, die App Shpock, sowie auf die über diese App zugängliche Dienstleistung, nämlich die Bereitstellung einer Art „Flohmarkt“, Bezug genommen und auch einer der Gründer interviewt. Eine solche Bezugnahme auf ein Markenprodukt bzw. das dahinterstehende Unternehmen ist vor dem Hintergrund des Sendungsthemas grundsätzlich nicht zu beanstanden. Auch wäre eine solche Erwähnung bzw. Einbeziehung an sich auch in Form einer Produktplatzierung möglich (zur Problematik des Sendungsformats vgl. gleich näher unten).

Festzustellen ist allerdings, dass sich in dem gegenständlichen Sendungsteil – wie die Red Bull Media House GmbH im Rechtsverletzungsverfahren im Wesentlichen auch zugestanden hat – auch spezifisch verkaufsfördernde Hinweise finden, die über das angesichts des Sendungsthemas journalistisch Gebotene hinaus gehen: So zeigt sich die Moderatorin in der Anmoderation von der App sehr begeistert („*Ja, und vor allem richtig cool!*“) und weist ihren Ko-Moderator, nachdem er bekanntgegeben hat, dass er die App „*noch*“ nicht installiert habe, darauf hin, dass er diese auf Grund der folgenden Berichterstattung wohl herunterladen werde („*Wirst du aber wahrscheinlich, denn wir sprechen gleich darüber.*“). Darüber hinaus wird im daraufhin eingespielten Beitrag nicht nur das Unternehmen finderly GmbH und dessen Produkt Shpock dargestellt, sondern auch ein – in den Räumlichkeiten des Unternehmens aufgehängtes – Banner, welches neben dem Logo und Werbeslogan von Shpock („*Die Flohmarkt-App für schöne Dinge*“) insbesondere auch den Hinweis auf die Möglichkeit, die App im Apple App Store und auf Google Play herunterzuladen enthält, mit einer Großaufnahme prominent ins Bild gerückt, was aus Sicht der KommAustria eine über die bloße journalistische Darstellung des Unternehmens und Produkts hinausgehende verkaufsfördernde Wirkung – auch für die in der im Beitrag ebenfalls dargestellten, kostenpflichtigen Premiumfunktionen des Produkts Shpock – bewirkt.

Eine weitere Tatbestandsvoraussetzung der Produktplatzierung ist, dass die Einbeziehung der Produkte, Dienstleistungen oder Marken gegen Entgelt erfolgen muss. Die Frage, ob die Voraussetzung „*gegen Entgelt*“ vorliegt, ist auf dem Boden der Rechtsprechung anhand eines objektiven Maßstabs zu beurteilen. Maßgebend ist dabei nicht, ob die Beteiligten für das Erscheinen eines Produktes, einer Dienstleistung oder einer entsprechenden Marke innerhalb einer Sendung ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung vereinbart haben. Entscheidend ist vielmehr, ob es sich um ein In-Erscheinung-Treten bestimmter Art handelt, nämlich um ein solches, das nach der Verkehrsauffassung üblicherweise gegen Entgelt erfolgt. Andernfalls stünde es im Belieben der Beteiligten, über die Zulässigkeit eines derartigen In-Erscheinung-Tretens nach Gutdünken zu disponieren; ein solcher Standpunkt liegt dem Gesetz aber nicht zugrunde (vgl. wiederum VwGH 28.02.2014, Zl. 2012/03/0019, zu den im Wesentlichen gleichlautenden Bestimmungen des ORF-G).

Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 22.05.2013, Zl. 2010/03/0008, zur im Wesentlichen vergleichbaren Rechtslage nach dem PrR-G ausgesprochen, dass, wenn ein Rundfunkveranstalter über eine Kulturveranstaltung berichtet, angesichts der ihm nach den Programmgrundsätzen gemäß § 16 Abs. 2 PrR-G auferlegten Vorgabe, über das kulturelle Leben im Versorgungsgebiet in angemessener Weise zu berichten, grundsätzlich kein „*üblicher Verkehrsgebrauch*“ angenommen werden kann, nach welchem der Rundfunkveranstalter ein privates Entgelt vom Veranstalter des Kulturereignisses erhält. Dieser Gedanke ist im gegebenen Kontext grundsätzlich auch auf eine Berichterstattung über einen

bestimmten Wirtschaftszweig übertragbar, findet sich doch sowohl in § 16 Abs. 2 PrR-G als auch in dem im Wesentlichen gleichlautenden § 41 Abs. 2 AMD-G die Vorgabe, auch über das „wirtschaftliche Leben“ im Versorgungsgebiet in angemessener Weise zu berichten.

Im konkreten Falls handelt es sich jedoch, wie schon dargestellt, nicht bloß um eine journalistische oder nachrichtenmäßige Befassung mit Startups im Allgemeinen und Shpock im Speziellen, sondern enthält die Berichterstattung darüber hinaus auch spezifisch verkaufsfördernde Hinweise für das Produkt Shpock der finderly GmbH. Eine Verkaufsförderung für ein bestimmtes Unternehmen ist von § 41 Abs. 2 AMD-G jedenfalls nicht mehr umfasst. Vor diesem Hintergrund geht die KommAustria davon aus, dass eine derartige – auch verkaufsfördernde – Präsentation eines (jedenfalls teilweise kostenpflichtigen) Angebots eines Wirtschaftsunternehmens wie der finderly GmbH nach der Verkehrsauffassung üblicherweise gegen Entgelt erfolgt. An dieser Einschätzung kann auch das Vorbringen der Red Bull Media House GmbH im Rechtsverletzungsverfahren nichts ändern, wonach die Moderatoren die inkriminierten Formulierungen „wohl nicht glücklich gewählt“ hätten, eine verkaufsfördernde Gestaltung von der Red Bull Media House GmbH aber gar nicht intendiert gewesen sei. Hinzu tritt, dass die Sendung ohnehin als Produktplatzierung enthaltend gekennzeichnet ist, sodass davon auszugehen ist, dass ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung (auch) für die Einbeziehung des Produkts Shpock geleistet wurde. Dass ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung für die Einbeziehung des Produkts Shpock in die Sendung geleistet wurde, wurde von der Red Bull Media House GmbH in ihrer Stellungnahme im Rechtsverletzungsverfahren im Übrigen auch gar nicht bestritten.

Insgesamt liegt daher Produktplatzierung im Sinne von § 2 Z 27 AMD-G vor.

Eine solche ist gemäß § 38 Abs. 1 AMD-G unzulässig, es sei denn, es liegt eine Ausnahme gemäß Abs. 2 oder 3 leg. cit. und gegebenenfalls keine Gegenausnahme gemäß Abs. 4 bis 6 leg. cit. vor (vgl. wiederum VwGH 28.02.2014, Zl. 2012/03/0019, zu der im Wesentlichen gleichlautenden Bestimmung des § 16 ORF-G).

Die KommAustria geht davon aus, dass es sich bei der dargestellten Sendung „Servus am Morgen“ um keine Sendung handelt, die nach § 38 Abs. 3 AMD-G von der Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot von Produktplatzierung gemäß § 38 Abs. 1 AMD-G für bestimmte Sendungen erfasst sein könnte. Bei der Sendung handelt es sich weder um einen Kinofilm, einen Fernsehfilm, eine Fernsehserie noch eine Sportsendung. Auch eine Subsumtion unter den letzten Ausnahmetatbestand der „Sendungen der leichten Unterhaltung“ scheidet aus:

In den Materialien zur Novelle BGBl. I Nr. 50/2010, mit welcher der Begriff der „Sendung der leichten Unterhaltung“ in Umsetzung der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste 2010/13/EU (AVMD-RL) Eingang in die österreichische Rechtsordnung gefunden hat, heißt es auszugsweise (vgl. 611 BlgNR XXIV. GP, 45 zu § 16 Abs. 3 ORF-G, Hervorhebungen hinzugefügt):

„Leichte Unterhaltungssendungen‘ sind z.B Shows, aber auch Comedy-Sendungen (vgl. Ladeur, Rz 14 zu § 44 RfStV, in Hahn/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Auflage). Sie zeichnen sich dadurch aus, dass bei ihnen unterhaltende Elemente klar im Vordergrund stehen. Die Amtliche Begründung des deutschen Rundfunkstaatsvertrages nennt beispielhaft auch Quizsendungen. Auch Musikunterhaltungssendungen, Comedy-Sendungen und vergleichbare Formate sind als leichte Unterhaltungssendungen zu qualifizieren. (vgl. Holznapel/Stenner, Rz 31 zu § 44 RfStV, in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, vgl. ferner Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, RStV, Bd. II, § 44 Rn. 22).“

Sendungen der leichten Unterhaltung iSd § 38 Abs. 3 AMD-G zeichnen sich somit grundsätzlich dadurch aus, dass bei ihnen unterhaltende Elemente klar im Vordergrund stehen (vgl. Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze³, 519). Die von der Red Bull Media House GmbH im Rechtsverletzungsverfahren ins Treffen geführten Begriffe des „Infotainment“ oder „Politainment“

implizieren eine Mischung von Sachinformation bzw. politischer Berichterstattung und Unterhaltung („entertainment“), sodass bei diesen – anders als bei den in den Materialien ausdrücklich genannten Sendungen – entgegen dem Vorbringen der Red Bull Media House GmbH nicht schlechthin gesagt werden kann, dass sie unter den Begriff der leichten Unterhaltung fallen. Vielmehr kommt es für die Einordnung als Sendung der leichten Unterhaltung, nicht zuletzt angesichts dessen, dass es sich bei § 38 Abs. 3 AMD-G um eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der Produktplatzierung gemäß § 38 Abs. 1 AMD-G handelt und daher der Ausnahmetatbestand als solcher restriktiv auszulegen ist (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung der Höchstgerichte etwa VwGH 13.09.2016, Ro 2016/03/0013), auf ein klares Überwiegen der unterhaltenden Elemente an (vgl. zur selben Sichtweise in Deutschland *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner*, Rundfunkstaatsvertrag § 44 Rz 9 (69. Lfg 2017)). Formate, die Mischformen von Unterhaltung und etwa Information beinhalten, sind entgegen dem Vorbringen der Red Bull Media House GmbH auch keineswegs eine neue Entwicklung: Gerade Quizsendungen, die auch in den Materialien genannt werden, zeichnen sich – und dies im Übrigen nicht erst in aktuellen Formaten wie der von der Red Bull Media House GmbH ausdrücklich genannten „Millionenshow“ – in der Regel neben dem unterhaltenden auch durch ein informatives Element aus. Der Gesetzgeber geht aber ausweislich der genannten Materialien davon aus, dass bei diesen Quizsendungen das unterhaltende Element deutlich im Vordergrund steht.

Bei der Sendung „Servus am Morgen“ handelt es sich demgegenüber um ein magazinähnliches Format, welches sich aus unterschiedlichen Beiträgen und Moderationselementen zusammensetzt, die schwerpunktmäßig jedoch unzweifelhaft einen informativen Charakter aufweisen. Die Frage der Verbindung der einzelnen Elemente im Rahmen einer „lockeren“ Studioatmosphäre vermag hier keine rechtserhebliche Unterscheidung zu begründen, werden doch auch im Kernbereich der politischen Information zunehmend Sendeformate eingesetzt, die sich abseits strenger Formen bewegen (zu denken wäre etwa an „Bürgerforum“ oder „Wahlfahrt“). In der überwiegenden Mehrzahl der Sendungselemente werden themenspezifische Informationen über ausgewählte Ereignisse und Inhalte vermittelt und diese großteils durch Experten aus dem jeweiligen Bereich näher vertieft. So wird etwa der Themenbereich „Startups“ entsprechend durch statistische Informationen, ein Expertengespräch, ein Praxisbeispiel und ein Gespräch mit einem Gründer abgearbeitet. Auch hinsichtlich der Film-Neustarts erfolgt eine längerdauernde und fundierte Analyse durch einen fachkundigen Kritiker. Hinsichtlich der Vorbereitungen zur Angelobung des US-Präsidenten werden zahlreiche Informationen zur politischen Lage in den USA anhand von Vor-Ort-Interviews bzw. Korrespondenten-Einspielungen bereitgestellt. Hinzu treten die durchgehende Einblendung der aktuellen Schlagzeilen sowie der Wetterinformationen im unteren Bildbereich, die ausschließlich informativen Charakter haben. Dass dem Zuseher, wie von der Red Bull Media House GmbH im Rechtsverletzungsverfahren vorgebracht, keine „hard facts“ vermittelt würden, ist daher schon auf Sachverhaltsebene genauso zu verwerfen wie der Einwand, dass eine Konfrontation mit weitgehend „angenehmen“ Inhalten erfolge (vgl. zu letzteren insbesondere die durchgehenden Schlagzeileneinblendungen „*Syrien: Russland und Türkei bombardieren erstmals gemeinsam IS*“; „*Italien: Helfer suchen nach Erdbeben zwischen Trümmern und Schnee*“; „*Wien: Kritische Wartezeiten auf Strahlentherapie*“). Es ist im Rahmen der Gesamtbetrachtung auch nicht von Relevanz, wenn einzelne Themenblöcke der Sendung – wie jener zum Kitzbühel-Rennwochenende – vielleicht auch unterhaltende Elemente beinhalten, da auch bei diesen Beiträgen die Sachinformation im Vordergrund steht, was sich beispielhaft an der detaillierten Analyse der Wetterbedingungen zeigt. Einzig der kurze „Horoskop“-Teil lässt sich möglicherweise schon von der Themenstellung her eher in den Unterhaltungsbereich einordnen. Vor dem Hintergrund dieser thematischen Gestaltung geht die KommAustria davon aus, dass die Sendung „Servus am Morgen“ aufgrund ihrer Schwerpunktsetzung auf Sachinformation insbesondere aus den Bereichen Politik, Wirtschaft und Kultur dem Genre der Informationssendungen zuzuordnen ist.

Es schadet für die Einordnung als Informationssendung vor dem Hintergrund des Gesagten auch nicht, dass die Sendung die genannten Inhalte – wie die weitwendigen Ausführungen der Red Bull Media House GmbH in ihrer Stellungnahme im Rechtsverletzungsverfahren zu Ausstattung des Sendestudios

und der Moderatoren sowie Körperhaltung und Sprache der Moderatoren zu verdeutlichen versuchen – nicht in Form eines „klassischen“ Nachrichtenformats präsentiert. Ebenso wenig schadet dieser Einordnung, dass inhaltlich vereinzelt rein unterhaltende Elemente wie etwa Horoskope in der Sendung enthalten sind. Auch die Überlegungen, dass dem Schutzzweck des § 38 AMD-G (behauptetermaßen: Vermeidung von Irreführung) nicht zuwidergehandelt werde, gehen an der Fragestellung vorbei, sieht doch § 38 AMD-G hierfür gesonderte Kautelen, wie insbesondere die Kennzeichnungsverpflichtung nach Abs. 4 Z 4 leg. cit., vor.

Angesichts des Überwiegens des Informationscharakters der Sendung „Servus am Morgen“ ist diese daher nicht von der Ausnahme des Verbots der Produktplatzierung im Sinne des § 38 Abs. 3 AMD-G privilegiert.

Produktplatzierungen sind, entsprechend den obigen Ausführungen, gemäß § 38 Abs. 1 AMD-G in der gesamten Sendung „Servus am Morgen“ unzulässig, weshalb der objektive Tatbestand des § 64 Abs. 2 AMD-G erfüllt ist.

Bei diesem Ergebnis kann dahingestellt bleiben, dass nach Auffassung der KommAustria die Produktplatzierung des Produkts Shpock der finderly GmbH im Rahmen des beschriebenen Sendungsteils auch gemäß § 38 Abs. 4 Z 2 AMD-G unzulässig wäre, weil er die oben dargestellten spezifisch verkaufsfördernden Hinweise enthält, und auch insoweit eine Gesetzesverletzung anzunehmen wäre.

4.3. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Beschuldigten

Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Gemäß § 9 Abs. 2 VStG sind die zur Vertretung nach außen Berufenen berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist, 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. Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden.

Der Beschuldigte war im Tatzeitpunkt gemäß § 9 Abs. 2 VStG für die Einhaltung der Werbebestimmungen nach dem AMD-G für den Geschäftsbereich ServusTV gemäß § 9 Abs. 2 VStG bestellter verantwortlicher Beauftragter der Red Bull Media House GmbH.

4.4. Zum subjektiven Tatbestand – Verschulden des Beschuldigten

Zur Erfüllung der subjektiven Tatseite muss die Verwaltungsübertretung dem Beschuldigten auch vorzuwerfen sein. Hierbei ist zunächst zu prüfen, ob die gegenständliche Verwaltungsübertretung gemäß § 64 Abs. 2 iVm § 45 Abs. 1 AMD-G als Erfolgsdelikt oder als Ungehorsamsdelikt zu qualifizieren ist.

Hinsichtlich der Ungehorsamsdelikte besteht das Tatbild in einem bloßen Verhalten ohne Merkmal eines Erfolges. § 5 VStG normiert hierzu:

„(1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer

Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

(2) Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, entschuldigt nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.“

§ 5 Abs. 1 VStG legt somit auch fest, dass für die verwaltungsstrafrechtliche Strafbarkeit – sofern eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts Gegenteiliges anordnet – fahrlässiges Verhalten ausreicht.

Was die innere Tatseite anlangt, ist somit davon auszugehen, dass es sich bei der vorgeworfenen Übertretung des § 38 Abs. 1 AMD-G um ein Ungehorsamsdelikt handelt, weil weder der Eintritt eines Schadens, noch einer Gefahr vorausgesetzt ist und nichts über das Verschulden bestimmt wird.

Bei Ungehorsamsdelikten verlangt die in § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG verankerte, widerlegbare Schuldvermutung zu Lasten des Täters, dass dieser von sich aus sein mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen hat. Das bedeutet aber, dass der Beschuldigte alles initiativ darzulegen hat, was für seine Entlastung spricht. Dazu bedarf es etwa der Darlegung, dass er im Betrieb ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet hat, sodass er unter vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten konnte (vgl. VwGH 27.04.2011, 2010/08/0172, m.w.N.). 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.

Der Beschuldigte führte hierzu aus, es sei ein unverschuldeter Rechtsirrtum iSd § 5 Abs. 2 VStG vorgelegen. Es sei von einer vertretbaren Rechtsansicht mit Blick auf die europarechtskonforme Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffs "leichte Unterhaltung" auszugehen. Der Beschuldigte bzw. die von ihm sorgsam ausgewählten und überwachten Mitarbeiter seien in medienrechtlichen Angelegenheiten hochspezialisiert und mit einschlägiger Spruchpraxis und Rechtsprechung vertraut. Der Einschätzung der Sendung als „leichte Unterhaltung“ sei eine sachkundige und gewissenhafte Prüfung der Rechtslage zu Grunde gelegen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entschuldigt auch eine irrige Gesetzesauslegung den Betroffenen nur dann, wenn sie unverschuldet war. Um sich darauf berufen zu können, bedarf es - zur Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht - einer Objektivierung der eingenommenen Rechtsauffassung durch geeignete Erkundigungen. Demnach ist der Gewerbetreibende bei Zweifel über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen; wenn er dies unterlässt, so vermag ihn die fehlerhafte Gesetzesauslegung grundsätzlich nicht von seiner Schuld zu befreien (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 20. Juli 2004, ZI 2002/03/0251, vom 27. Jänner 2011, ZI 2010/03/0179, und vom 26. April 2011, ZI 2010/03/0044). Zur Frage, dass Sendungen, die sowohl unterhaltenden als auch informierenden Charakter haben, nur dann als Sendungen der leichten Unterhaltung im Sinne des § 38 Abs. 3 AMD-G anzusehen sind, wenn die unterhaltenden Elemente klar überwiegen, gibt es eine gefestigte Verwaltungspraxis der KommAustria, über welche sich der Beschuldigte bei der KommAustria hätte informieren können; die Entscheidungen der KommAustria werden überdies von der KommAustria gemäß § 19 Abs. 1 KOG veröffentlicht. Da weder der Beschuldigte selbst noch seine Mitarbeiter nach dem Vorbringen des Beschuldigte nachgefragt haben,

scheidet die Berufung auf einen unverschuldeten Rechtsirrtum im vorliegenden Fall aus und konnte der Beschuldigte mit seinem Vorbringen somit auch kein funktionierendes Kontrollsystem darlegen.

Der Beschuldigte hat daher jedenfalls fahrlässig zu verantworten, dass die Red Bull Media House GmbH § 38 Abs. 1 AMD-G verletzt hat und damit die Verwaltungsübertretung nach § 64 Abs. 2 AMD-G iVm § 9 Abs. 2 VStG begangen.

4.5. Strafbemessung

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) 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 zur Regierungsvorlage (ErlRV 2009 BlgNR 24.GP, S. 19) führen dazu 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 dargestellten 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.

Soweit in § 45 Abs. 1 Z 4 VStG auf die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes Bezug genommen wird, ist dies der Neuformulierung der Bestimmungen über die Strafbemessung (§ 19 VStG) geschuldet (ErlRV 2009 BlgNR 24.GP, S. 18 f). Soweit also nunmehr darauf abgestellt wird, dass „die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung“ gering sein müssen, ersetzt dies das bisherige Tatbestandsmerkmal der unbedeutenden Folgen der Übertretung. Eine inhaltliche Änderung war damit nicht intendiert. Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH 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).

Im vorliegenden Fall tritt das tatbildmäßige Verhalten nicht erheblich hinter den in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurück. Der Zweck des § 38 Abs. 1 AMD-G besteht

darin, bestimmte Kategorien von Sendungen – die z.B. wie vorliegend vordringlich der Information dienen – von kommerzieller Einflussnahme im Wege der Produktplatzierung freizuhalten (und nicht, wie der Beschuldigte vermeint, bloß in der Erkennbarkeit von Produktplatzierung). Es ist davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall gerade der typische Fall der Verletzungen des § 38 Abs. 1 AMD-G vorliegt und daher schon deshalb ein Absehen von der Fortführung des Strafverfahrens gemäß § 45 Abs. 1 VStG ausgeschlossen ist. Andere Strafausschließungsgründe liegen ebenfalls nicht vor. Die Behörde konnte daher aus den eben dargelegten Gründen nicht gemäß § 45 Abs. 1 VStG von der Fortführung des Strafverfahrens absehen oder eine Ermahnung aussprechen.

Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung der Strafe zu berücksichtigen. Der Beschuldigte hat dazu keine Angaben gemacht. Der Verfahrensgrundsatz, die Verwaltungsbehörde habe von Amts wegen vorzugehen, enthebt den Beschuldigten auch im Verwaltungsstrafrecht nicht der Verpflichtung, zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes beizutragen, wobei dem Beschuldigten die Verpflichtung insbesondere dort zukommt, wo ein Sachverhalt nur gemeinsam mit dem Beschuldigten geklärt werden kann, wenn also der amtswegigen behördlichen Erhebung im Hinblick auf die nach den materiell-rechtlichen Verwaltungsvorschriften zu beachtenden Tatbestandsmerkmale faktische Grenzen gesetzt sind. Unterlässt der Beschuldigte somit die entsprechenden Angaben über sein Einkommen, so hat die Behörde eine Schätzung des Einkommens vorzunehmen (vgl. VwGH 23.02.1996, 95/02/0174; VwGH 31.01.2012, 2009/05/0123). Bei dieser Schätzung kann – in Ermangelung näherer Informationen – von einem Durchschnittseinkommen ausgegangen werden (VwGH 18.11.2011, 2011/02/0322 m.w.N.). Der Beschuldigte hat es in diesem Fall seiner unterlassenen Mitwirkung zuzuschreiben, sollte die Behörde bei dieser Einschätzung zum Nachteil des Beschuldigten Umstände unberücksichtigt gelassen haben, die ohne seine Mitwirkung der Behörde nicht zur Kenntnis gelangen konnten (VwGH 27.04.2000, 98/10/0003). Eine solche Schätzung verlangt, dass deren Grundlagen konkret und nachvollziehbar (auch ziffernmäßig) in Anschlag gebracht und daraus schlüssig die monatliche Einkommenssituation abgeleitet wird (VwGH 31.01.2012, 2009/05/0123).

Ausgehend von der oben dargelegten Beweiswürdigung wird der Strafbemessung ein monatliches Nettoeinkommen des Beschuldigten von netto 0,00 Euro zugrunde gelegt. Allfällige Unterhaltspflichten des Beschuldigten konnten nicht festgestellt werden.

Es liegen darüber keine Erschwerungsgründe gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm § 33 StGB vor; als Milderungsgrund gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm § 34 StGB ist die bisherige (absolute) Unbescholtenheit anzunehmen, nicht aber der Umstand, dass der Beschuldigte die Tat in einem die Schuld nicht ausschließenden Rechtsirrtum begangen hat, da der Beschuldigte – wie oben dargestellt – trotz einer ihm obliegenden Sorgfaltspflicht keine entsprechenden Nachforschungen über die Rechtslage bei der zuständigen Behörde angestellt hat (vgl. VwGH 24.06.2014, Zl. 2013/17/0507).

Unter Berücksichtigung dieser Strafbemessungsgrundsätze gelangt die KommAustria in Ausübung des Ermessens im Sinne des Gesetzes zu dem Ergebnis, dass ein Betrag von 900,- Euro für die gegenständliche Übertretung angemessen ist. Diese Strafe bewegt sich am untersten Ende des Strafrahmens von 8.000,- 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 Verwaltungsübertretungen angedrohten Freiheitsstrafe und, wenn keine Freiheitsstrafe angedroht und nicht anderes bestimmt ist, zwei Wochen nicht übersteigen. Eine Ersatzfreiheitsstrafe von mehr als zwei Wochen ist, wenn keine Freiheitsstrafe angedroht ist, nicht zulässig. Sie ist ohne Bedachtnahme auf § 12 VStG nach den Regeln der Strafbemessung festzusetzen. Die festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag erscheint der KommAustria mit Rücksicht auf die obigen Ausführungen zur Bemessung der Geldstrafe angemessen.

4.6. Haftung und Kosten des Strafverfahrens

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 die Red Bull Media House GmbH 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 4.455/18-001 – 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 Ogris
(Vorsitzender)