

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



Vorname und Familienname oder Nachname sowie Wohnort des
 Beschuldigten

A

--

Zahl (Bitte bei Antworten angeben!)	Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
KOA 3.500/23-007	Mag. Zykan, LL.M.	454	01.02.2023

Straferkenntnis

Sie haben als für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 58/2018, bestellter verantwortlicher Beauftragter für Übertretungen des Österreichischen Rundfunks nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 24/2020, in Würzburggasse 30, 1136 Wien, zu verantworten, dass der Österreichische Rundfunk die Bestimmung des § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G idF BGBl. I Nr. 24/2020 dadurch verletzt hat, dass die am 31.05.2020 von ca. 18:03:03 bis ca. 19:01:47 Uhr im Fernsehprogramm „ORF 2“ ausgestrahlte Sendung „Sport am Sonntag“ an ihrem Beginn keinen Hinweis auf die in dieser Sendung enthaltene Produktplatzierung aufgewiesen hat.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

--

§ 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G idF BGBl. I Nr. 24/2020 iVm § 9 Abs. 2 VStG

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

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
1.250,-	6 Stunden	---	§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm §§ 9 Abs. 2, 16 und 19 VStG

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

Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haftet der Österreichische Rundfunk für die verhängte Geldstrafe sowie die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

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

125,- 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

1.375,- Euro

Zahlungsfrist:

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

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

Begründung:

1. Gang des Verfahrens

Mit rechtskräftigem Bescheid vom 20.05.2021, KOA 3.500/21-026, hat die KommAustria gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 und Z 9 KommAustria Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 10/2021, iVm mit §§ 35, 36 und 37 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 10/2021, festgestellt, dass der ORF die Bestimmung des § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G idF BGBl. I Nr. 24/2020 dadurch verletzt hat, dass die am 31.05.2020 von ca. 18:03:03 bis ca. 19:01:47 Uhr im Fernsehprogramm „ORF 1“ ausgestrahlte Sendung „Sport am Sonntag“ an ihrem Beginn keinen Hinweis auf die in dieser Sendung enthaltene Produktplatzierung aufgewiesen hat.

Mit Schreiben vom 27.05.2021 leitete die KommAustria gegen den Beschuldigten ein Verwaltungsstrafverfahren wegen des Verdachts ein, er habe als für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 VStG bestellter verantwortlicher Beauftragter für Übertretungen des ORF in 1136 Wien, Würzburggasse 30 [nunmehr: Hugo-Portisch-Gasse 1], zu verantworten, dass der ORF die Bestimmung des § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G idF BGBl. I Nr. 24/2020 dadurch verletzt hat, dass die am 31.05.2020 von ca. 18:03:03 bis ca. 19:01:47 Uhr im Fernsehprogramm „ORF 1“ ausgestrahlte Sendung „Sport am Sonntag“ an ihrem Beginn keinen Hinweis auf die in dieser Sendung enthaltene Produktplatzierung aufgewiesen hat.

Mit Schreiben vom 25.06.2021 nahm der Beschuldigte dazu dahingehend Stellung, dass richtig sei, dass er zum inkriminierten Zeitpunkt zum verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichen Beauftragten, fachlich abgegrenzt für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G, für den gesamten Bereich des ORF bestellt gewesen sei. Bereits nach der Einleitung des Verfahrens zur Feststellung von Rechtsverletzungen hätten seine das Verfahren betreuenden Mitarbeiterinnen die verantwortlichen Personen über die rechtlichen Folgen informiert. Eine weitere ausführliche Erörterung der Thematik und der sich ergebenden Konsequenzen sei unmittelbar nach Vorliegen des Rechtsverletzungsbescheides erfolgt. Der Beschuldigte gestehe die von der KommAustria festgestellte Tat daher ein (in diesem Sinne sei auch der Bescheid im Rechtsverletzungsverfahren nicht angefochten worden) und hoffe auf eine milde Strafe.

2. Sachverhalt

Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

2.1. Sendungsablauf

Am 31.05.2020 wurde von ca. 18:03:03 Uhr bis ca. 19:01:47 Uhr die Sendung „Sport am Sonntag“ ausgestrahlt.

Im Rahmen dieser Sendung wird ab ca. 18:15 Uhr ein Bericht über Dominic Thiem ausgestrahlt, der unter anderem Interviewpassagen mit dem Tennisspieler Jürgen Melzer und dem ehemaligen Tennisspieler Alexander Antonitsch beinhaltet. Anschließend an diesen Bericht wird Dominic Thiem selbst im Studio interviewt. Alle interviewten Sportler tragen dabei Kleidungsstücke mit deutlich erkennbaren Logos darauf, Alexander Antonitsch steht zudem neben einer „Logowand“ mit Markenlogos.

Im Detail trägt Jürgen Melzer während der ausgestrahlten Interviewpassagen einen Pullover und eine Kappe mit den Logos von „Lacoste“ (Schriftzug auf dem Pullover, Krokodil-Emblem auf der Kappe); zudem ist auf dem Pullover das Logo von „Ströck“ erkennbar:



Abbildung 1: Jürgen Melzer (ca. 18:16:28 Uhr)

Alexander Antonitsch steht in den eingespielten Interviewpassagen vor einer „Logowand“, die unter anderem die Logos der „Generali“-Versicherung (Namenszug und Markuslöwe) enthält; zudem trägt er während des Interviews eine Kappe mit dem Logo „KITZ“:



Abbildung 2: Alexander Antonitsch (ca. 18:16:32 Uhr)

Dominic Thiem trägt während des Studiointerviews eine Jacke mit den Logos von „Adidas“ und „Bank Austria“:



Abbildung 3: Dominic Thiem (ca. 18:19:21 Uhr)

Die gegenständliche Sendung enthält zwar an ihrem Ende um ca. 19:01:42 Uhr, jedoch nicht an ihrem Beginn um ca. 18:03:03 Uhr einen Hinweis auf Produktplatzierungen.



Abbildung 4: Produktplatzierungshinweis am Sendungsende (ca. 19:01:42 Uhr)

2.2. Beschuldigter

Der Beschuldigte ist Leiter der Abteilung Recht- und Auslandsbeziehungen des ORF und wurde vom ORF mit Schreiben vom 12.12.2019 für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 VStG zum verantwortlichen Beauftragten, sachlich begrenzt für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 ORF-G mit Ausnahme des § 38 Abs. 1 Z 6, 9 und 10 ORF-G sowie mit Ausnahme des § 38 Abs. 1 Z 7 ORF-G, sofern der Geschäftsführer der zuständigen Tochtergesellschaft nach VStG haftet, für den gesamten Bereich des ORF im verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt bestellt.

Die KommAustria geht von einem Jahresbruttogehalt des Beschuldigten von XXX Euro aus. Der

Beschuldigte ist sorgepflichtig für zwei Kinder.

Gegen den Beschuldigten wurden bisher drei Verwaltungsstrafen wegen Übertretung von § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G rechtskräftig verhängt (Straferkenntnisse der KommAustria vom 02.02.2022, KOA 3.500/21-053 und KOA 3.500/21-066 [jeweils wegen Übertretung von § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 16 Abs. 1 ORF-G], sowie vom 09.03.2022, KOA 1.850/21-053 [Übertretung von § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 13 Abs. 4 ORF-G]), jedoch keine gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Sendungsablauf am 31.05.2020 im Fernsehprogramm „ORF 1“ gründen sich auf die amtswegig erstellten Aufzeichnungen des Programms.

Die Feststellungen zu der im Tatzeitpunkt aufrechten Bestellung des Beschuldigten zum verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichen Beauftragten ergeben sich aus dem Schreiben des ORF vom 12.12.2019.

Die Feststellungen zu den gegen den Beschuldigten bereits verhängten Verwaltungsstrafen gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G beruhen auf den diesbezüglichen Verwaltungsakten der KommAustria.

Der Beschuldigte hat im gegenständlichen Verfahren seine Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie ihn allenfalls treffende Unterhalts- und Sorgepflichten gegenüber der Behörde nicht offengelegt. In einem anderen Verwaltungsstrafverfahren hat er mit einem zu KOA 1.850/20-012 protokollierten Schreiben vom 20.07.2020 bekanntgegeben, dass sein jährliches Einkommen etwa XXX Euro brutto betrage und er für zwei Kinder sorgepflichtig sei. Dieses Gehalt erscheint – insbesondere in Hinblick auf das der KommAustria bekannte Einkommen seines Vorgängers in der Funktion als Leiter der Abteilung Recht- und Auslandsbeziehungen unter Berücksichtigung des jeweiligen Dienstalters – nicht unrealistisch und daher glaubwürdig.

4. Rechtliche Würdigung

4.1. Behördenzuständigkeit

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 KOG obliegt der KommAustria die Wahrnehmung der Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk und seine Tochtergesellschaften sowie das Führen von Verwaltungsstrafverfahren nach Maßgabe des ORF-G. Auch gemäß § 35 ORF-G obliegt der KommAustria als Regulierungsbehörde die Rechtsaufsicht über den ORF.

4.2. Rechtsgrundlagen

Nach § 1 Abs. 2 VStG richtet die Strafe sich nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre. Auf den gegenständlichen Sachverhalt ist daher das ORF-G in seiner im Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung am 31.05.2020 geltenden Fassung BGBl. I Nr. 24/2020 anzuwenden.

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

„Verwaltungsstrafen

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

[...]

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

[...].“

§ 1a ORF-G idF BGBl. I Nr. 24/2020 lautete auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 1a. Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet

[...]

10. ‚Produktplatzierung‘ jede Form kommerzieller Kommunikation, die darin besteht, ein Produkt, eine Dienstleistung oder eine entsprechende Marke gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung in eine Sendung einzubeziehen oder 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, solange die betreffenden Waren oder Dienstleistungen von unbedeutendem Wert sind.

[...].“

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

„Produktplatzierung

§ 16. (1) Produktplatzierung (§ 1a Abs. 1 Z 10) 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. Diese Ausnahme gilt nicht für Nachrichtensendungen sowie Sendungen zur politischen Information.

(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.

(5) Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, haben folgenden Anforderungen zu genügen:

1. Ihr Inhalt oder ihr Programmplatz darf keinesfalls so beeinflusst werden, dass die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit 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 im Falle von Unterbrechungen gemäß § 15 bei Fortsetzung einer Sendung nach einer Werbeunterbrechung eindeutig zu kennzeichnen, um jede Irreführung des Konsumenten zu verhindern.

(6) Abs. 5 Z 4 kommt nicht zur Anwendung, sofern die betreffende Sendung nicht vom Österreichischen Rundfunk selbst oder von einem mit dem Österreichischen Rundfunk verbundenen Unternehmen produziert oder in Auftrag gegeben wurde und diese keine Kenntnis vom Vorliegen einer Produktplatzierung hatten.“

4.3. Objektiver Tatbestand

Im Rahmen der Sendung „Sport am Sonntag“ am 31.05.2020 wurde durch das Unterbleiben einer

entsprechenden Kennzeichnung der in dieser Sendung enthaltenen Produktplatzierung zu Sendungsbeginn um ca. 18:03:03 Uhr die Bestimmung des § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G verletzt.

Bei der Produktplatzierung wird der Name, die Marke, die Leistung, die Ware usw. eines Unternehmens gefördert, indem dieser bzw. diese werbewirksam in einer Sendung platziert wird. Dies ist dann der Fall, wenn dem durchschnittlichen informierten und aufmerksamen Konsumenten eines Fernsehprogramms das zur Schau gestellte Produkt als Marke bekannt ist. Anders als die Werbung nach § 1a Z 8 lit. a ORF-G (arg: „*Äußerung ... mit dem Ziel, den Absatz ... zu fördern*“) beschränkt sich die Produktplatzierung 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 § 1a Z 10 ORF-G in Übereinstimmung mit Art. 1 Abs. 1 lit. m der Richtlinie 2010/13/EU formuliert – „*innerhalb einer Sendung erscheinen*“ (vgl. VwGH 28.02.2014, 2012/03/0019 mwN).

Nach der ständigen Rechtsprechung handelt es sich bei der Präsentation von bekannten Logos auf der Kleidung von Moderatoren und Interviewpartnern – ebenso wie auf Logowänden – um Produktplatzierungen, da diese durch die Moderations- oder Interviewsituation in die Handlung der Sendung einbezogen werden und damit im Sinne des § 1a Z 10 ORF-G „*innerhalb einer Sendung erscheinen*“ (vgl. Bundesverwaltungsgericht [BVwG] 24.10.2018, W120 2119111-1/8E, bestätigt durch VwGH 06.03.2019, Ra 2018/03/0138 mwN; VwGH 28.02.2014, 2012/03/0019).

Weitere Voraussetzung für das Vorliegen von Produktplatzierung ist die Entgeltlichkeit derselben, also, dass irgendjemand irgendwann an irgendjemanden irgendein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung für die Erwähnung oder Darstellung geleistet hat (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz⁴, 19). Auf die Höhe des Entgelts kommt es für die Qualifikation dabei nicht an.

Nach der ständigen Rechtsprechung ist das Vorliegen der Entgeltlichkeit gemäß § 1a Z 10 ORF-G an einem objektiven Maßstab zu messen. Dabei ist grundsätzlich von einem üblichen Maßstab und dem üblichen Verkehrsgebrauch und nicht von einem tatsächlich geleisteten Entgelt auszugehen (vgl. VwGH 21.10.2011, 2009/03/0173; 28.02.2014, 2012/03/0019). Damit ist es für die Beurteilung, ob eine Produktplatzierung vorliegt, nicht maßgeblich, ob der Fernsehveranstalter überhaupt ein Entgelt erhält oder ob ein Entgelt gegebenenfalls lediglich einem Dritten zukommt. Auch das Akzeptieren von auf entgeltlichen Vereinbarungen zwischen Dritten beruhenden Logo-Präsentationen in Fernsehsendungen begründet demnach die Entgeltlichkeit der Produktplatzierung (vgl. wiederum VwGH 28.02.2014, 2012/03/0019).

Dass das Tragen von Sponsorenlogos in Fernsehsendungen regelmäßig einen kommerziellen Hintergrund hat und insoweit nach der Verkehrsauffassung üblicherweise gegen Entgelt erfolgt, ergibt sich bereits daraus, dass die diesbezügliche Erlaubnis auch Bestandteil von Vereinbarungen des ORF mit seinen Moderatoren ist, so etwa im Fall eines Ex-Sportlers, der als Co-Moderator einer Fußballsendung tätig war (vgl. KommAustria 30.11.2015, KOA 3.500/15-040, bestätigt durch BVwG 24.10.2018, W120 2119111-1/8E, und VwGH 06.03.2019, Ra 2018/03/0138). Vergleichbares gilt auch für die Interviewführung vor Logowänden (vgl. VwGH 28.02.2014, 2012/03/0019).

Der Auftritt der genannten Personen in der festgestellten Form wurde gegenständlich vom ORF offensichtlich akzeptiert. Damit liegt nicht nur eine Präsentation bekannter Logos vor, sondern diese erfolgte auch entgeltlich, womit die Tatbestandsmerkmale der Produktplatzierung nach § 1a Z 10 ORF-G erfüllt sind.

Dieses Ergebnis scheint auch der ORF zu teilen, da er die Sendung an ihrem Ende als Produktplatzierung enthaltend gekennzeichnet hat (vgl. Abbildung 4). Zudem ist er dem Vorhalt der KommAustria, die enthaltene Produktplatzierung nicht entsprechend zu Sendungsbeginn gekennzeichnet zu haben, nicht entgegengetreten (vgl. dazu wiederum VwGH 28.02.2014, 2012/03/0019).

Gemäß § 16 Abs. 1 ORF-G ist Produktplatzierung vorbehaltlich der Regelungen der Abs. 2 und 3 unzulässig. Ausgenommen vom Verbot des Abs. 1 sind gemäß Abs. 3 Kinofilme, Fernsehfilme und Fernsehserien sowie Sportsendungen und Sendungen der leichten Unterhaltung. Diese Ausnahme gilt nicht für

Kindersendungen.

Bei der Sendung „Sport am Sonntag“ handelt es sich um eine Sportsendung, bei welcher gemäß § 16 Abs. 3 ORF-G Produktplatzierung grundsätzlich zulässig ist. Die Sendung war demnach entgegen § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G lediglich an ihrem Ende, nicht aber an ihrem Beginn um ca. 18:03:03 Uhr als (zulässige) Produktplatzierung enthaltend gekennzeichnet, weshalb der objektive Tatbestand von § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G erfüllt ist.

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

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

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

Der Österreichische Rundfunk ist als Stiftung öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 1 ORF-G) eine juristische Person. Da zum Tatzeitpunkt der Beschuldigte als verantwortlicher Beauftragter für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G für den gesamten Bereich des Österreichischen Rundfunks bestellt war, entfällt insoweit die Verantwortlichkeit der zur Vertretung nach außen Berufenen. Der Beschuldigte ist daher im Sinn des § 9 Abs. 2 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher Beauftragter.

4.5. Zum Verschulden des verantwortlichen Beauftragten

Zur Erfüllung der subjektiven Tatseite muss die Verwaltungsübertretung dem Beschuldigten auch vorzuwerfen sein. Bei dem festgestellten Verstoß gegen § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G handelt es sich um ein sogenanntes „Ungehorsamsdelikt“, zu dessen Tatbestand der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und zu dessen Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. § 9 VStG fordert von der Verwaltungsbehörde zu untersuchen, ob dem im fraglichen Fall Verantwortlichen eine der in § 5 VStG festgesetzten Schuldformen angelastet werden kann (vgl. BKS 02.06.2010, 611.009/0013-BKS/2010).

Bei Ungehorsamsdelikten verlangt die in § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG verankerte widerlegliche Schuldvermutung zu Lasten des Täters, dass dieser von sich aus sein mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen hat. Dazu bedarf es der Darlegung, dass er im Betrieb ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet hat, sodass er unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten konnte (vgl. VwGH 27.04.2011, 2010/08/0172, mwN). Dabei genügt es nicht, ein derartiges Kontrollsystem abstrakt zu umschreiben. Vielmehr muss ausgeführt werden, wie das Kontrollsystem im Einzelnen funktionieren hätte sollen (VwGH 10.10.2004, 2004/02/0269), wobei es insbesondere nicht ausreicht, Mitarbeitern Belehrungen oder Dienstanweisungen über die einzuhaltenden Rechtsvorschriften zu erteilen, ohne deren tatsächliche Einhaltung auch zu kontrollieren (vgl. VwGH 04.07.2000, 2000/11/0123; 25.02.2010, 2008/09/0224). Abgesehen davon muss dargelegt werden, wieso – trotz Vorliegens eines funktionierenden Kontrollsystems – die Übertretung nicht verhindert werden konnte.

Nach § 5 Abs. 1a VStG gilt die Vermutung nach Abs. 1 jedoch nicht, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über 50.000,- Euro bedroht ist. Dabei wird nach dem eindeutigen Wortlaut von Abs. 1a ausschließlich auf die Frage der Vermutung eines Verschuldens Bezug genommen, nämlich darauf, dass die Vermutung eines Verschuldens bei einer Verwaltungsübertretung mit Strafdrohung von über 50.000,- Euro unter den in § 5 Abs. 1 zweiter Satz bestimmten Voraussetzungen nicht (mehr) „ohne weiteres anzunehmen“ ist. Damit handelt es sich um eine Frage der Beweislast für das Verschulden; diese ist getrennt von der erst daran anschließenden Prüfung zu sehen, ob ein allfälliges Kontrollsystem ausreichend gestaltet wurde, um schuldbefreiend zu wirken, und ist davon

unabhängig zu beurteilen. Die Frage der Beweislast, auf die sich der mit BGBl. I Nr. 57/2018 neugeschaffene § 5 Abs. 1a VStG bezieht, berührt demnach nicht die Anforderungen an ein ausreichendes Kontrollsystem, die sich nicht verändert haben (vgl. dazu BVwG 13.03.2019, W249 2196046-1/5E und W249 2196194-1/5E, ebenso VwGH 23.06.2021, Ro 2019/03/0020).

Der Begriff der Fahrlässigkeit ist im VStG selbst nicht definiert. In der Literatur wird im Sinne des StGB für das Vorliegen von Fahrlässigkeit ein doppelter Sorgfaltsverstoß vorausgesetzt: Zum einen ist die Verletzung einer den Täter situationsbezogen treffenden objektiven Sorgfaltspflicht erforderlich; zum anderen muss die Einhaltung dieser objektiv gebotenen Sorgfaltanordnung subjektiv möglich gewesen sein (vgl. Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG² § 5 Rz 4).

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

„Da das VStG keine Definition der Schuldform Fahrlässigkeit enthält, kann auf dem Boden der Rechtsprechung zur Auslegung dieses Begriffs auf die Bestimmungen des StGB zurückgegriffen werden. Die Außerachtlassung der objektiv gebotenen und subjektiv möglichen Sorgfalt kann dem Täter im Sinn des § 6 Abs. 1 StGB nur dann vorgeworfen werden, wenn es ihm unter den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls auch zuzumuten war, sie tatsächlich aufzuwenden. Zur Frage des Ausmaßes der objektiven Sorgfaltspflicht hat der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen, dass der dafür geltende Maßstab ein objektivnormativer ist. Massfigur ist der einsichtige und besonnene Mensch, den man sich in die Lage des Täters versetzt zu denken hat. Objektiv sorgfaltswidrig hat der Täter folglich dann gehandelt, wenn sich ein einsichtiger und besonnener Mensch des Verkehrskreises, dem der Handelnde angehört, an seiner Stelle anders verhalten hätte (vgl. VwGH 28.5.2008, 2008/09/0117; 16.3.2016, Ro 2014/04/0072). In Ermangelung einschlägiger ausdrücklicher Vorschriften richtet sich das Maß der einzuhaltenden objektiven Sorgfalt insbesondere nach dem, was von einem sich seiner Pflichten gegen die Mitwelt bewussten, dem Verkehrskreis des Täters angehörenden Menschen billigerweise verlangt werden kann (siehe Foregger/Fabrizy, StGB²² (2016) § 6, Rz 5). Inhaltlich ergibt sich die jeweilige objektive Sorgfaltspflicht somit insbesondere aus der Verkehrssitte als dem rechtlich verlangten Sorgfaltsmaßstab (vgl. Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2017) § 6, Rz 47), wie er im vorliegenden Kontext von den Leitlinien der Rechtsprechung umschrieben wird. Derart beinhalten diese Leitlinien zum wirksamen Kontrollsystem einen von den verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichen Personen zu beachtenden objektiven Sorgfaltsmaßstab, dessen Nichtbeachtung jedenfalls eine fahrlässige Vorgangsweise indiziert. Fahrlässige Deliktsbegehung reicht nach § 5 VStG für eine verwaltungsstrafrechtliche Strafbarkeit jedenfalls aus. Die notwendige Beachtung dieses Sorgfaltsmaßstabs umfasst dabei (wie erwähnt) einerseits die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems, andererseits die Beachtung dieses Kontrollsystems im Einzelfall. Ist in einer dem § 9 VStG unterliegenden juristischen Person kein den Vorgaben der Leitlinien entsprechendes konkretes wirksames Kontrollsystem ausgebildet, wird dieser objektive Sorgfaltsmaßstab nicht beachtet.“

Der Beschuldigte hat die vorgeworfene Tat im Wesentlichen zugestanden und im vorliegenden Verfahren darauf hingewiesen, dass seine das Verfahren betreuenden Mitarbeiterinnen bereits nach der Einleitung des Verfahrens zur Feststellung von Rechtsverletzungen die verantwortlichen Personen über die rechtlichen Folgen informiert hätten. Eine weitere ausführliche Erörterung der Thematik und der sich ergebenden Konsequenzen sei nach dem Vorliegen des genannten Bescheides erfolgt. Damit beruft der Beschuldigte sich aber weder auf das Vorliegen eines Kontrollsystems zur Verhinderung von Verwaltungsübertretungen wie der hier gegenständlichen im Tatzeitpunkt, noch ist aus seinem Vorbringen irgendein Hinweis dahingehend zu erkennen, aus welchen Gründen ein bestehendes Kontrollsystem im Einzelfall nicht beachtet worden sei. Damit kann seitens der KommAustria nicht davon ausgegangen werden, dass ein im Sinne der höchstgerichtlichen Rechtsprechung wirksames Kontrollsystem vorgelegen ist. Der Beschuldigte hat daher mangels Aufwendung der objektiv gebotenen und subjektiv möglichen Sorgfalt fahrlässig gehandelt.

4.6. Zur Strafbemessung

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

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

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH müssen die beiden in dieser Bestimmung genannten Bedingungen – geringfügiges Verschulden des Beschuldigten und geringe Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung – kumulativ vorliegen, damit von der Strafe abgesehen werden kann (vgl. die bei *Raschauer/Wessely* [Hg.], VStG, Rz 6 zitierte Judikatur des VwGH). Ein Verschulden des Beschuldigten kann nur dann als geringfügig angesehen werden, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. z.B. VwGH 16.09.2010, 2010/09/0141; 29.11.2007, 2007/09/0229; 10.12.2001, 2001/10/0049).

Diese Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG liegen nicht vor. § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G sieht ausdrücklich vor, dass Produktplatzierungen enthaltende Sendungen an ihrem Anfang und Ende zu kennzeichnen sind. Die fehlende Kennzeichnung von Produktplatzierung am Anfang oder Ende ist somit als typische Verletzung dieser Bestimmung anzusehen.

Auch andere Strafausschließungsgründe liegen nicht vor.

Als Milderungsgründe sind das reumütige Geständnis des Beschuldigten und die Verfahrensdauer anzusehen. Erschwerungsgründe liegen keine vor.

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

Unter Berücksichtigung dieser Strafmaßgrundsätze gelangt die KommAustria in Ausübung des Ermessens im Sinne des Gesetzes zu dem Ergebnis, dass hinsichtlich der gegenständlichen Verletzung des § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G durch die Unterlassung der vollständigen Kennzeichnung einer Sendung, die Produktplatzierungen enthält, ein Betrag von 1.250,- Euro tat- und schuldangemessen ist. Die verhängte Geldstrafe liegt damit am untersten Ende des Strafrahmens des § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G, der bis 58.000,- Euro reicht.

Wird eine Geldstrafe verhängt, so ist gemäß § 16 Abs. 1 VStG zugleich für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Gemäß § 16 Abs. 2 VStG darf die Ersatzfreiheitsstrafe das Höchstmaß der für die Verwaltungsübertretung angedrohten Freiheitsstrafe und, wenn keine Freiheitsstrafe angedroht und nicht anderes bestimmt ist, zwei Wochen nicht übersteigen. Eine

Ersatzfreiheitsstrafe von mehr als sechs Wochen ist nicht zulässig. Sie ist ohne Bedachtnahme auf § 12 VStG nach den Regeln der Strafbemessung festzusetzen.

Die festgesetzte Geldstrafe befindet sich am untersten Ende des Strafrahmens. Davon ausgehend wurde auch die Ersatzfreiheitsstrafe mit (lediglich) sechs Stunden verhängt.

4.7. Haftung des ORF

Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haften juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in Abs. 3 genannten natürlichen Personen für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand. Es war daher auszusprechen, dass der ORF für die über den Beschuldigten verhängte Geldstrafe sowie die auf die verhängte Strafe entfallenden Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand haftet.

4.8. Verfahrenskosten

Gemäß § 64 Abs. 1 VStG ist in jedem Straferkenntnis auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat. Gemäß § 64 Abs. 2 VStG ist dieser Beitrag für das Verfahren erster Instanz mit 10 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen; bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro anzurechnen. Der Kostenbeitrag fließt der Gebietskörperschaft zu, die den Aufwand der Behörde zu tragen hat.

Vor diesem Hintergrund war auszusprechen, dass der Beschuldigte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 10 % der verhängten Strafe zu leisten hat. Der Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) ist – unter Angabe der Geschäftszahl KOA 3.500/23-007 – auf das Konto der RTR-GmbH, IBAN: AT93 20111 29231280909, BIC: GIBAATWWXXX, zu überweisen.

Rechtsmittelbelehrung:

Sie haben das Recht gegen diesen Bescheid Beschwerde zu erheben.

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

Die Beschwerde ist innerhalb von vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich bei uns einzubringen. Wurde der Bescheid mündlich verkündet, ist die Beschwerde innerhalb von vier Wochen nach dessen Verkündung, wenn jedoch spätestens drei Tage nach der Verkündung eine schriftliche Ausfertigung verlangt wurde, innerhalb von vier Wochen nach deren Zustellung schriftlich bei uns einzubringen.

Sind Sie außerstande, die Kosten der Verteidigung ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, so kann Ihnen das Verwaltungsgericht auf Antrag einen Verfahrenshilfeverteidiger/eine Verfahrenshilfeverteidigerin begeben (§ 40 iVm § 8a Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG). Falls Sie innerhalb der Beschwerdefrist einen solchen Antrag, der in diesem Fall bei uns einzubringen ist, stellen, beginnt die Beschwerdefrist erst mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Beschluss über die Bestellung des Rechtsanwalts/der Rechtsanwältin zum Verteidiger/zur Verteidigerin und der anzufechtende Bescheid diesem/dieser zugestellt sind. Wird der rechtzeitig gestellte Antrag auf Begebung eines Verteidigers/einer Verteidigerin abgewiesen, beginnt die Beschwerdefrist mit der Zustellung des abweisenden Beschlusses an Sie zu laufen.

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

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

Die Beschwerde kann in jeder technisch möglichen Form übermittelt werden.

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

https://www.rtr.at/rtr/Kontakt/kontakt_amtstafel/Amtstafel.de.html

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

Kommunikationsbehörde Austria

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