

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



KommAustria
Kommunikationsbehörde Austria

Vorname und Familienname oder Nachname sowie Wohnort des/der
Beschuldigten

A

Zahl (Bitte bei Antworten angeben!)	Sachbearbeiter/in	Durchwahl	Datum
KOA 1.965/21-045	Mag. Zykan, LL.M.	454	16.09.2021

Straferkenntnis

Sie haben als Anbieter des Abrufdiensts „Gery kocht – das Beste ganz einfach“ in Gutauerstrasse 1a, 4283 Bad Zell, § 38 Abs. 4 Z 4 Audiovisuelles Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr.86/2015, dadurch verletzt, dass sie die am 20.02.2020 zum Abruf bereitgestellten und Produktplatzierung enthaltenden Sendungen

- a. „Samir kocht Putengeschnetzeltes“ (<https://www.youtube.com/watch?v=pEcfEMo8FH4>) und
- b. „Toast Hawaii aus dem Multidampfgarer“ (https://www.youtube.com/watch?v=FIIK_8sqTQ)

nicht an ihrem Anfang und an ihrem Ende als Produktplatzierungen enthaltend gekennzeichnet haben.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 64 Abs. 2 iVm § 38 Abs. 4 Z 4 AMD-G

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

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
150,-	6 Stunden	-	§ 64 Abs. 2 AMD-G iVm §§ 16, 19 VStG

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

-

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

15,- **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

165,- 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 15.12.2020, KOA 1.965/20-051, stellte die fest, dass der Beschuldigte als Anbieter des audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf „Gery kocht – das Beste ganz einfach“ § 38 Abs. 4 Z 4 AMD-G dadurch verletzt hat, dass er die am 20.02.2020 zum Abruf bereitgestellten und Produktplatzierung enthaltenden Sendungen

- a. „Samir kocht Putengeschnetzeltes“ (<https://www.youtube.com/watch?v=pEcfEMo8FH4>) und
- b. „Toast Hawaii aus dem Multidampfgarer“ (https://www.youtube.com/watch?v=FIIK_8sqTQ)

nicht an ihrem Anfang und an ihrem Ende als Produktplatzierungen enthaltend gekennzeichnet hat.

Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 12.02.2021 leitete die KommAustria ein Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 64 Abs. 2 AMD-G wegen des Vorwurfs, der Beschuldigte habe als Anbieter des audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf „Gery kocht – das Beste ganz einfach“ § 38 Abs. 4 Z 4 AMD-G dadurch verletzt, dass er die am 20.02.2020 zum Abruf bereitgestellten und Produktplatzierung enthaltenden Sendungen

- c. „Samir kocht Putengeschnetzeltes“ (<https://www.youtube.com/watch?v=pEcfEMo8FH4>) und
- d. „Toast Hawaii aus dem Multidampfgarer“ (https://www.youtube.com/watch?v=FIIK_8sqTQ)

nicht an ihrem Anfang und an ihrem Ende als Produktplatzierungen enthaltend gekennzeichnet hat, ein.

Mit Schreiben vom 01.03.2021 nahm der Beschuldigte Stellung und führte im Wesentlichen aus, er rechtfertige sich wie bisher in seiner Stellungnahme vom 07.04.2020 im Administrativverfahren. Ergänzend führe er an, dass die Annahme der Behörde, dass er für meine Sendung Entgelte bekomme, nicht stimme. Wie bereits bekannt gegeben habe er für seine Geräte Rechnungen. Er kaufe auch nicht zum AEG-Listenpreis, keiner seiner Öfen habe über € 900,- gekostet. Er bitte auch zu bedenken, dass es ihm ja nicht möglich sei „ohne Produktplatzierungen“ zu kochen. Denn er sei sicher, auch in der Küche der Mitglieder der KommAustria würden allerhand Logos zu sehen sein. Das sei halt so bei Produkten, dass der Hersteller seinen Namen draufschreibe.

Einen Entgelt habe es aber nicht gegeben und gebe es auch aktuell leider nicht. Um für große Hersteller werblich interessant zu sein, würde der Beschuldigte mehr als 100.000 Abonnenten brauchen. Aktuell habe er gut 1/10 davon. Daher sei er von Entgelten, Sponsorings, etc. leider sehr weit entfernt, aber dass Kochen sei sein erlernter Beruf und aktuell sein liebstes Hobby. Der Beschuldigte habe kein Studio, es handle sich um die private Küche, es gebe auch keine spezielle Beleuchtung, Stativen oder Kameras, sondern mache die Frau des Beschuldigten die Filme mit dem Handy. Die einzigen Einnahmen, die der Beschuldigte habe, seien die Klicks auf die Werbung die auf Youtube von Google eingeblendet würden. Daraus habe der Beschuldigte 2020 einen Jahresumsatz von € XXX bezogen.

Der Beschuldigte ersuche aufgrund dieser Tatsachen um ein Absehen von einer Geldstrafe. Die Zeiten seien aktuell nicht einfach, er betreibe eine Werbeagentur, die auf Tourismus ausgerichtet sei, die Neuausrichtung auf neue Branchen sei nicht einfach. Er sei verheiratet, habe keine Kinder und verdiene im Jahr etwa € XXX netto. Er zahle einen Kredit für sein Haus, monatlich ca. € XXX ab, der mit etwa € XXX noch aushalte.

2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

1. Sendung: „Samir kocht Putengeschnetzeltes“ (<https://www.youtube.com/watch?v=pEcfEMo8FH4>)

In der am 20.02.2020 bereitgestellten Sendung „Samir kocht Putengeschnetzeltes“ (<https://www.youtube.com/watch?v=pEcfEMo8FH4>) ist, wie in den Abbildungen 1,2 und 4 ersichtlich, wiederholt die Marke des Unternehmens „AEG“, einerseits auf der Schürze des Präsentators, andererseits auf dem in der Sendung eingesetzten Herd sowie den zwei Multidampfgarern deutlich zu sehen, ebenso wie auf einem Schneidebrett die Marke der Lachmayr Möbelmanufaktur (Abbildung 3).

Abbildung 1 anonymisiert



Abbildung 2



Abbildung 3

Abbildung 4 anonymisiert

Die Sendung enthielt keinen Hinweis auf Produktplatzierungen.

2. Sendung: „Toast Hawaii aus dem Multidampfgarer“

In der Sendung „Toast Hawaii aus dem Multidampfgarer“ (https://www.youtube.com/watch?v=FIIK_8sqTQ) ist mehrfach die Marke des Unternehmens „AEG“, einerseits auf der Schürze des Präsentators, andererseits auf den in der Sendung eingesetzten Multidampfgarern deutlich zu sehen.

Abbildung 5 anonymisiert

Die Sendung enthielt keinen Hinweis auf Produktplatzierungen.

Schneidbretter aus Zirbenholz wie das im Video „Samir kocht Putengeschnetzeltes“ verwendete sowie Kochschürzen wie die in beiden Videos vorkommenden haben jeweils jedenfalls einen Wert von deutlich unter 1.000 Euro. Es konnte nicht festgestellt werden, dass diese gegen Entgelt in die genannten Sendungen einbezogen wurden.

Multidampfgarer der Marke AEG wie jene zwei, die in den Videos erkennbar sind, kosten laut Angaben auf der Website des Herstellers durchwegs über 1.000 Euro.

2.1. Zum Beschuldigten

Der Beschuldigte betreibt eine Werbeagentur sowie den verfahrensgegenständlichen audiovisuellen Mediendienst. Er ist verheiratet, und hat keine Sorgepflichten für Kinder. Er verdient im Jahr etwa € XXX netto und zahlt monatliche Kreditraten von ca. € XXX für einen Kredit, der mit etwa € XXX noch aushaftet.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Inhalt der genannten Videos ergeben sich aus einer Einsichtnahme in die amtsweig erstellten Aufzeichnungen der KommAustria.

Die Feststellungen zu den Preisen von Multidampfgarern der Marke AEG ergeben sich aus den Angaben auf der Website des Herstellers www.aeg.at, in welche die KommAustria am 30.11.2020 Einsicht genommen hat. Die Feststellungen zum Wert des Schneidbretts und der Schürzen ergeben sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung.

Es konnte nicht festgestellt werden, dass für die Einbeziehung der Schürzen mit dem Logo von AEG und des Schneidbretts mit dem Logo von Lachmayr Möbelmanufaktur in die gegenständlichen Sendungen gegen Entgelt erfolgte. Da, wie in der Begründung unter 4.3 dargestellt, der objektive Maßstab für die Entgeltlichkeit für die Einbeziehung bezüglich der geringwertigen Markenprodukte nicht zum Tragen kommt, war angesichts des Fehlens anderer Beweismittel dem nicht unschlüssigen Vorbringen des Beschuldigten im Administrativverfahren, dass er die Produkte anlässlich des Kaufs der Küche bzw. der Teilnahme an Kochkursen kostenlos erhalten habe, zu folgen.

Die Feststellungen zum Beschuldigten und seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen beruhen auf seinen glaubwürdigen Angaben im Rahmen seiner Rechtfertigung, an denen zu Zweifeln für die KommAustria angesichts der beruflichen Tätigkeit des Beschuldigten kein Anlass besteht.

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 anderem des § 38 AMD-G verletzt. Gemäß § 64 Abs. 5 AMD-G sind die Verwaltungsstrafen durch die KommAustria zu verhängen. Die Strafgelder fließen dem Bund zu.

4.2. Rechtsgrundlagen

§ 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 Mediendiensteanbieters 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.

[...]“

4.3. Objektiver Tatbestand

In den genannten Sendungen ist das Logo des Unternehmens AEG auf Küchengeräten (Abbildungen 4 und

5) sowie auf den Kochschürzen des Moderators (Abbildungen 1,2, 4 und 5) zu sehen. Im Rahmen der Sendung „Samir kocht Putengeschnetzeltes“ ist weiters ein Schneidbrett mit dem Logo des Unternehmens Lachmayr Möbelmanufaktur zu sehen (Abbildung 3).

Es ist zunächst der Frage nachzugehen, ob es sich bei der Einbeziehung der mit Logos versehenen Produkte der genannten Unternehmen um Produktplatzierung im Sinne von § 2 Z 27 AMD-G handelt.

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 einer 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 29 AMD-G gleichlautenden § 1a Z 10 ORF-G).

Weitere Tatbestandsvoraussetzung für Produktplatzierung ist, dass die Einbeziehung der Waren oder Dienstleistungen 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, dass nach der Verkehrsauffassung üblicherweise gegen Entgelt erfolgt. Andersfalls 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. VwGH 28.02.2014, Zl. 2012/03/0019, zu den im Wesentlichen gleichlautenden Bestimmungen des ORF G).

Nicht als Produktplatzierung im Sinne von § 2 Z 27 AMD-G gilt jedoch 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.

Als Produktionshilfen (einschließlich des ausdrücklich genannten Falls von zur Verfügung gestellten Preisen) sind Markenprodukte oder -dienstleistungen anzusehen, die konkret für die Sendungsabwicklung benötigt werden, wie etwa ein Bildschirm oder Laptop im Studio, ein Kfz zur tatsächlichen Fortbewegung von Personen während einer Sendung, Zutaten für eine Kochsendung, die Moderatorenbekleidung oder ein Gewinnspielpreis wie eine Pauschalreise eines bestimmten Anbieters. Eine bloße „Markenpräsentation“, z.B. als physische Anbringung eines Firmenlogos im Studio oder als ebenfalls denkbare Einblendung auf einem Monitor oder einer Rückwand im Studio, scheidet schon begrifflich als Produktionshilfe aus. Es ist daher im Ergebnis zwischen folgenden Varianten zu unterscheiden: Bei der „echten“ Produktplatzierung handelt es sich um eine Form der Einbeziehung von Produkten, Dienstleistungen oder Marken in eine Sendung, die gegen irgendein (auch geringfügiges) Entgelt oder eine sonstige (auch geringfügige) Gegenleistung erfolgt. Bei der „unechten“ Produktplatzierung in Form der Produktionshilfe wird ein für die Sendungsabwicklung notwendiges Markenprodukt (bzw. eine Dienstleistung) einbezogen, dessen Wert nicht geringfügig ist. Als Wertgrenze sind hier ungefähr 1.000,- Euro (vgl. § 15 Abs. 4 ORF-G idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010) zu bezeichnen. Bei der (wertmäßig) geringfügigen Produktionshilfe, die ausdrücklich von der Definition der Produktplatzierung in Z 27 ausgenommen und somit auch von den materiellen Bestimmungen des § 38 nicht erfasst ist, wird ein geringwertiges, für die Sendungsabwicklung notwendiges Markenprodukt (bzw. eine Dienstleistung) in die Sendung einbezogen (vgl. Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, 446f.).

Markenprodukte oder -dienstleistungen von unbedeutendem Wert, die konkret für die Sendungsabwicklung benötigt werden, werden, wie sich schon aus der Bestimmung des § 2 Z 27 AMD G selbst ergibt, zuweilen auch kostenlos an Mediendiensteanbieter zur Verfügung gestellt, damit sie in

Sendungen vorkommen. Vor diesem Hintergrund ist nicht von einem Verkehrsgebrauch auszugehen, dass diese jedenfalls nur gegen Entgelt in Sendungen vorkommen. Auf Grund des Vorbringens im Schreiben vom 07.04.2020 im Administrativverfahren geht die KommAustria davon aus, dass es sich bei dem Schneidbrett sowie den Schürzen des Moderators um geringwertige Produkte handelt; derartige Gegenstände werden zweifellos für die Abwicklung einer Kochsendung benötigt. Da der objektive Maßstab daher hier nicht platzgreift und das Beweisverfahren eine entgeltliche Bereitstellung nicht erweisen konnte, ist davon auszugehen, dass es sich bei diesen Gegenständen allenfalls um Produktionshilfen, jedenfalls aber nicht um Produktplatzierung im Sinne des § 2 Z 27 erster Satz AMD-G handelt.

Im Gegensatz dazu handelt es sich bei der Einbeziehung der mit Logos von AEG versehenen Küchengeräte in die Sendungen um sogenannte unechte Produktplatzierung in Form der Produktionshilfe: Wie sich aus den Feststellungen ergibt, sind die in der Sendung vorkommenden Küchengeräte (zwei Multidampfgarer und ein Kochfeld) jedenfalls in ihrer Gesamtheit, die Dampfgarer auch jeder für sich, nicht als Produktionshilfen von unbedeutendem Wert anzusehen. Dass der Beschuldigte die Dampfgarer, wie er behauptet, um unter € 900,- erworben hat, ist angesichts des anhand der Listenpreise beim Hersteller objektivierbaren Werts von derartigen Geräte von durchwegs über € 1.000,- nicht von Bedeutung.

Eine Zurschaustellung von Produkten, die nicht als Produktionshilfen von unbedeutendem Wert anzusehen sind, in Sendungen erfolgt nach der Verkehrsauffassung üblicherweise gegen Entgelt, sodass nach der zitierten Rechtsprechung von Entgeltlichkeit auszugehen ist. Es liegt daher Produktplatzierung im Sinne von § 2 Z 27 AMD-G für die Marke AEG vor. Vor dem Hintergrund des hier anwendbaren objektiven Maßstabs war daher nicht auf das Vorbringen einzugehen, dass tatsächlich kein Entgelt für die Einbeziehung der Geräte in die Sendung geflossen ist.

Produktplatzierungen sind bei Sendungen der leichten Unterhaltung wie den vorliegenden Kochsendungen gemäß § 38 Abs. 3 AMD-G bei Einhaltung der Voraussetzungen des § 38 Abs. 4 AMD-G zulässig; die gegenständlichen Sendungen weisen jedoch entgegen der Z 4 der genannten Bestimmung keine Kennzeichnung der Produktplatzierung am Sendungsbeginn und –ende auf.

Es ist somit der objektive Tatbestand von § 64 Abs. 2 iVm § 38 Abs. 4 Z 4 AMD-G im Rahmen der Sendungen „Samir kocht Putengeschnetzeltes“ (<https://www.youtube.com/watch?v=pEcEMo8FH4>) und „Toast Hawaii aus dem Multidampfgarer“ (https://www.youtube.com/watch?v=FIILK_8sqTQ) erfüllt.

4.4. Zur subjektiven Tatseite – Verschulden der 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 § 38 Abs. 4 Z 4 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:

„§ 5. (1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zu widerhandeln 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.“

(1a) Abs. 1 zweiter Satz gilt nicht, wenn die Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über 50 000 Euro bedroht ist.

(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.“

Verwaltungsrechtliche Strafbarkeit setzt einen Sorgfaltsverstoß voraus, der grundsätzlich zumindest in der Form der Fahrlässigkeit vorzuliegen hat (§ 5 Abs. 1 erster Satz VStG). § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG stellt eine – widerlegbare – gesetzliche Vermutung auf, dass bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebots im Zusammenhang mit Ungehorsamsdelikten ohne weiteres das Vorliegen von Fahrlässigkeit anzunehmen ist. Die Bestimmung gemäß § 5 Abs. 1a VStG ist im vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil der Strafrahmen für Verwaltungsübertretungen gemäß § 64 Abs. 2 iVm § 43 Abs. 2 AMD-G bei höchstens 8.000,- Euro liegt.

Was die innere Tatseite anlangt, ist somit davon auszugehen, dass es sich bei der vorgeworfenen Übertretung des § 64 Abs. 2 iVm § 38 Abs. 4 Z 4 AMD-G um ein Ungehorsamsdelikt handelt, weil weder der Eintritt eines Schadens, noch einer Gefahr vorausgesetzt ist und nichts über das Verschulden bestimmt wird (vgl. VwGH 03.10.2016, Zl. Ra 2016/02/0150).

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 initiativ alles darzulegen hat, was für seine Entlastung spricht (vgl. etwa VwGH 26.03.2015, Zl. 2013/07/0011 unter Verweis auf VwGH 17.10.2007, Zl. 2006/07/0007). Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (vgl. etwa VwGH 26.03.2015, 2013/07/0011 unter Verweis auf VwGH 17.10.2007, Zl. 2006/07/0007). Das Vorbringen des Beschuldigten im Administrativverfahren wie auch in seiner Rechtfertigung im gegenständlichen Verfahren läuft im Wesentlichen darauf hinaus, dass er nicht davon ausging, dass Produktplatzierung im Rahmen der inkriminierten Sendung vorlag. Soweit das Vorbringen als Behauptung des Vorliegens eines unverschuldeten Rechtsirrtums iSd § 5 Abs. 2 VStG zu verstehen ist, ist folgendes auszuführen:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entschuldigt auch eine irre 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 VwGH 20.10.2004, Zl. 2002/03/0251, VwGH 27.01.2011, Zl. 2010/03/0179, und VwGH 26.04.2011, Zl. 2010/03/0044). Zur Frage des objektiven Maßstabs der Entgeltlichkeit im Zusammenhang mit (hier: unechten) Produktplatzierungen gibt es eine ständige Rechtsprechung des VwGH sowie 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 aus dem Vorbringen des Beschuldigten nicht ersichtlich ist, dass er vorab bei der Regulierungsbehörde nachgefragt hat, wie sich die Rechtslage im Zusammenhang der Kochsendungen aus der eigenen Küche im Rahmen eines Abrufdienstes (Youtube-Kanal) darstellt, scheidet die Berufung auf einen unverschuldeten Rechtsirrtum im vorliegenden Fall aus.

Hinsichtlich des Fehlens von Produktplatzierungen bei mehreren Sendungen ist folgendes auszuführen: der VwGH kam in seinem Erkenntnis vom 03.05. 2017, Zl. Ra 2016/03/0108, zum Ergebnis, dass im Bereich der Fahrlässigkeitsdelinquenz – nach Maßgabe der jeweiligen Eigenart des betroffenen Deliktes – im Verwaltungsstrafrecht sowohl die einfache Tatbestandsverwirklichung (also die Erfüllung der Mindestvoraussetzungen des gesetzlichen Tatbestands, insbesondere bei mehraktigen Delikten und Dauerdelikten) als auch die wiederholte Verwirklichung des gleichen Tatbestands im Rahmen eines noch erkennbaren zeitlichen Zusammenhangs (also die nur quantitative Steigerung (einheitliches Unrecht) bei einheitlicher Motivationslage (einheitliche Schuld), auch wenn höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Träger verletzt werden), sowie schließlich die fortlaufende Tatbestandsverwirklichung (also die Annäherung an den tatbestandsmäßigen Erfolg durch mehrere Einzelakte im Fall einheitlicher Tatsituation und gleicher Motivationslage) als tatbestandliche Handlungseinheit beurteilt werden kann (vgl. auch VwGH 20.12.2017, Zl. Ra 2017/03/0052). Der hier zweitgenannte Fall der wiederholten

Tatbestandsverwirklichung liegt dann vor, wenn eine Reihe von rechtswidrigen Einzelhandlungen aufgrund der Gleichartigkeit der Begehnungsform und der Ähnlichkeit der äußeren Begleitumstände im Rahmen eines noch erkennbaren zeitlichen Zusammenhangs sowie einer diesbezüglichen gesamtheitlichen Sorgfaltswidrigkeit des Täters zu einer Einheit zusammenetreten. Das Vorliegen einer tatbeständlichen Handlungseinheit hat zur Folge, dass der Täter nur eine Tat verwirklicht hat und für diese auch nur einmal zu bestrafen ist. Wie groß der Zeitraum zwischen den einzelnen Tathandlungen sein darf, um noch von einer tatbeständlichen Handlungseinheit sprechen zu können, ist von Delikt zu Delikt verschieden und hängt weiters im besonderen Maß von den Umständen des Einzelfalls ab (vgl. nochmals VwGH 20.12.2017, Zl. Ra 2017/03/0052).

Im vorliegenden Fall geht die KommAustria davon aus, dass eine gesamtheitliche Sorgfaltswidrigkeit des Beschuldigten vorliegt und er somit fahrlässig hinsichtlich beider Verletzungen der Verpflichtung zur Kennzeichnung von Produktplatzierung nur eine Tat im Sinne des § 64 Abs. 2 AMD-G iVm § 43 Abs. 2 AMD-G verwirklicht hat.

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 sowie 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.

Dieser Einstellungsgrund entspricht weitestgehend dem § 21 Abs. 1 aF (vgl. ErläutRV 2009 BlgNR 24. GP 19), sodass die Judikatur des VwGH zu dieser Vorschrift grundsätzlich auf § 45 Abs. 1 Z 4 übertragen werden kann (vgl. *Fister in Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG² § 45 Rz 3; VwGH 21.03.2014, Zl. 2013/06/0246; 05.05.2014, Zl. Ro 2014/03/0052; 24.09.2014, Zl. Ra 2014/03/0012; 18.11.2014, Zl. Ra 2014/05/0008; 17.04.2015, Zl. Ra 2015/02/0044; 08.09.2016, Zl. Ra 2016/06/0099).

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 mwN; VwGH 20.06.2016, Zl. Ra 2016/02/0065; 09.09.2016, Zl. Ra 2016/02/0118; 16.12.2016, Zl. Ra 2014/02/0087). 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. VwGH 09.09.2016, Zl. Ra 2016/02/0118 mwN). Unbedeutende Folgen zöge eine Tat etwa nach sich, wenn der von der betroffenen Norm gewünschte Zustand auf eine andere Weise ohnehin eingetreten wäre.

Im vorliegenden Fall bleibt das tatbildmäßige Verhalten nicht hinter dem in der Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurück. Vielmehr hat der Beschuldigte ein völlig typisches Übertretungsverhalten im Hinblick auf die Verpflichtung zur Kennzeichnung von Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, gesetzt (vgl. BVwG 21.12.2018, W219 2196043-1/7E und W219 2196263-

1/7E). Insofern ist davon auszugehen, dass gerade ein typischer Fall der Verletzungen der Vorschrift des § 64 Abs. 2 iVm § 38 Abs. 4 Z 4 AMD-G vorliegt und daher ein Absehen von der Strafe gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht in Betracht kommt.

Auch andere Strafausschließungsgründe liegen nicht vor.

Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Der Beschuldigte verfügt über ein Nettojahreseinkommen von etwa € XXX, ist verheiratet, hat keine Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern und zahlt monatlich etwa € XXX an Kreditraten für einen mit etwa € XXX aushaftenden Kredit.

Als strafmildernd war anzusehen, dass der Beschuldigte – soweit feststellbar – bisher keine Verwaltungsübertretung begangen hat (absolute Unbescholtenheit). Bei der Strafbemessung waren keine Umstände als erschwerend zu berücksichtigen.

Unter Berücksichtigung der oben genannten Strafbemessungsgrundsätze gelangt die KommAustria in Ausübung des Ermessens im Sinne des Gesetzes zu dem Ergebnis, dass ein Betrag von 150,- Euro für das Fehlen der Produktplatzierungskennzeichnung 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 Verwaltungsübertretung 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 festgesetzten Ersatzfreiheitsstrafen von einem Tag erscheinen der KommAustria mit Rücksicht auf die obigen Ausführungen zur Bemessung der Geldstrafe angemessen.

4.6. Kosten des Strafverfahrens

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.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Rechtsmittelbelehrung:

Sie haben das Recht gegen diesen Bescheid Beschwerde zu erheben.

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

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

Sind Sie außerstande, die Kosten der Verteidigung ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, so kann Ihnen das Verwaltungsgericht auf Antrag einen Verfahrenshilfeverteidiger/eine Verfahrenshilfeverteidigerin beigeben (§ 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 Beigabe 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 eingebbracht ist, zu enthalten.

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

Die Beschwerde kann in jeder technisch möglichen Form übermittelt werden.

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

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

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

Kommunikationsbehörde Austria

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)