

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/9/11 W271 2196195-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.09.2018

## Entscheidungsdatum

11.09.2018

## Norm

AMD-G §2 Z30  
AVG §39  
B-VG Art.133 Abs4  
KOG §2 Abs1 Z7  
KOG §2 Abs1 Z9  
KOG §36  
KOG §39 Abs1  
ORF-G §1 Abs1  
ORF-G §1a Z11  
ORF-G §1a Z5 lita  
ORF-G §1a Z8  
ORF-G §14 Abs1  
ORF-G §14 Abs8  
ORF-G §15 Abs2  
ORF-G §17 Abs1 Z2  
ORF-G §17 Abs5  
ORF-G §17 Abs6  
ORF-G §35  
ORF-G §36 Abs1 Z3  
ORF-G §36 Abs4  
ORF-G §37 Abs1  
ORF-G §37 Abs4  
ORF-G §38 Abs1 Z2  
ORF-G §38 Abs4  
ORF-G §8  
VStG 1950 §16  
VStG 1950 §19 Abs1  
VStG 1950 §19 Abs2  
VStG 1950 §21

VStG 1950 §22 Abs2  
VStG 1950 §45 Abs1  
VStG 1950 §45 Abs1 Z1  
VStG 1950 §45 Abs1 Z4  
VStG 1950 §45 Abs1 Z6  
VStG 1950 §5 Abs1  
VStG 1950 §64 Abs1  
VStG 1950 §64 Abs2  
VStG 1950 §9 Abs1  
VStG 1950 §9 Abs2  
VStG 1950 §9 Abs7  
VwGVG §24 Abs1  
VwGVG §28 Abs1  
VwGVG §28 Abs2  
VwGVG §52 Abs8

### **Spruch**

W271 2196047-1/9E

W271 2196195-1/9E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Anna WALBERT-SATEK als Vorsitzende sowie die Richter Dr. Christian EISNER und Mag. Walter TOLAR als Beisitzer über die gemeinsame Beschwerde

1) von XXXX . (Erstbeschwerdeführer) und 2) des Österreichischen Rundfunks (Zweitbeschwerdeführer), beide vertreten durch die Niederhuber & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Wollzeile 24, gegen das Straferkenntnis der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 11.04.2018, GZ XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 24.07.2018 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Beschwerde wird teilweise stattgegeben. Das angefochtene Straferkenntnis wird in den korrespondierenden Passagen wie folgt angepasst:

XXXX , hat es als für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz (VStG),BGBl. Nr. 52/1991 idFBGBl. I Nr. 3/2008, bestellter verantwortlicher Beauftragter für Übertretungen des Österreichischen Rundfunks nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 50/2010, am Tatort 1136 Wien, Würzburggasse 30, zu verantworten, dass im Zuge der am 07.04.2016 von ca. 06:05 Uhr bis ca. 08:59 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 des Österreichischen Rundfunks ausgestrahlten Sendung " XXXX "

1. diese Fernsehsendung

1.1. durch die Ausstrahlung von Werbespots für " XXXX " um ca. 06:59 Uhr und um ca. 07:59 Uhr sowie für " XXXX " um ca. 07:05 Uhr und um ca. 08:05 Uhr

1.2. durch die Ausstrahlung von werblich gestalteten Sponsorhinweisen jeweils für das Produkt " XXXX " um ca. 06:29 Uhr, um ca. 07:29 Uhr und um ca. 08:29 Uhr, sowie

1.3. durch die Ausstrahlung von Werbung für die "ORF Nachlese"

1.3.1. um ca. 06:19 Uhr und

1.3.2. um ca. 08:34 Uhr

jeweils durch Werbung unterbrochen wurde,

2. die durch den Hersteller des Produkts " XXXX " gesponserte Sendung weder an ihrem Anfang um ca. 06:05 Uhr noch an ihrem Ende um ca. 08:59 Uhr als gesponsert gekennzeichnet wurde,

3. während der Sendung Sponsorhinweise in Form von Logoeinblendungen ausgestrahlt wurden, und zwar von ca. 06:59:16 bis 06:59:36 Uhr und von ca. 07:59:03 bis 07:59:23 Uhr

jeweils für XXXX ,

4. Werbung für die Zeitschrift "ORF Nachlese" ausgestrahlt wurde, und zwar

4.1. um ca. 06:19 Uhr und

4.2. um ca. 08:34 Uhr,

die an ihrem Anfang sowie an ihrem Ende nicht von anderen Programmteilen durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig getrennt war.

Damit hat XXXX ., jeweils iVm § 9 Abs. 2 VStG, die Verletzung folgender Rechtsvorschriften zu verantworten:

Zu 1.: jeweils § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 15 Abs. 2 erster Satz ORF-G idFBGBl. I Nr. 50/2010

Zu 2.: § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 1 Z 2 erster Satz ORF-G idFBGBl. I Nr. 86/2015

Zu 3.: § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 1 Z 2 zweiter Satz ORF-G idFBGBl. I Nr. 86/2015

Zu 4.: jeweils § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 zweiter Satz ORF-G idFBGBl. I Nr. 50/2010

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über XXXX . folgende Strafe verhängt:

Zu Spruchpunkt

Gelstrafe von EUR

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

Freiheitsstrafe von

Gemäß

1.1.

6.400

2 Tage

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16, 19 VStG

1.2.

4.800

36 Stunden

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16, 19 VStG

1.3.1.

1.600

12 Stunden

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16, 19 VStG

1.3.2.

1.600

12 Stunden

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16, 19 VStG

2.

1.200

9 Stunden

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16, 19 VStG

3.

6.400

2 Tage

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16, 19 VStG

4.1.

1.200

9 Stunden

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16, 19 VStG

4.2.

1.200

9 Stunden

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16, 19 VStG

Gemäß § 64 Abs. 1 und 2 iVm § 38 Abs. 4 VStG sind als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens EUR 2.440,-, das sind 10 % der Strafe, zu zahlen. Der zu zahlende Gesamtbetrag beträgt daher EUR 26.840,-.

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

II. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

B)

Die ordentliche Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

## **Text**

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE**

#### **I. Verfahrensgang**

1. Dem hier angefochtenen Straferkenntnis ging ein Feststellungsverfahren nach §§ 35 bis 37 ORF-G voraus. Zunächst wurde der nunmehrige Zweitbeschwerdeführer mit Schreiben vom 04.05.2016 (zugegangen am 09.05.2016) zur Stellungnahme zum inkriminierten Sachverhalt aufgefordert. Mit Bescheid vom 14.07.2016, KOA 3.500/16-032, stellte die Kommunikationsbehörde Austria (in Folge: "KommAustria" oder "belangte Behörde") im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk (in Folge: "Zweitbeschwerdeführer" oder "ORF") gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 und Z 9 iVm §§ 35, 36 und 37 ORF-G, zusammengefasst folgende Verletzungen der im Zuge der am 07.04.2016 von ca. 06:05 bis ca. 08:59 im Fernsehprogramm ORF 2 ausgestrahlten Sendung "XXXX" gegen das ORF-G fest:

a) Die Ausstrahlung von Werbespots für "XXXX" und "XXXX", werblich gestalteten Sponsorhinweisen für "XXXX" und Werbung für die ORF-Nachlese während "XXXX" habe jeweils einen Verstoß gegen das Unterbrecherwerbverbot des § 15 Abs. 2 erster Satz ORF-G dargestellt (Spruchpunkte 1.1.1., 1.1.2. und 1.1.3.).

b) Die durch "XXXX" gesponserte Sendung, war weder an ihrem Anfang, noch an ihrem Ende als gesponsert gekennzeichnet, womit § 17 Abs. 1 Z 2 erster Satz ORF-G verletzt worden sei (Spruchpunkt 1.2.).

c) Die während der Sendung erfolgte Ausstrahlung von Sponsorhinweisen in Form von Logoeinblendungen habe § 17 Abs. 1 Z 2 zweiter Satz ORF-G verletzt (Spruchpunkt 1.3.).

d) Die Ausstrahlung von Werbung für die ORF Nachlese, die nicht von den umgebenden anderen Programmteilen getrennt gewesen sei, habe § 14 Abs. 1 zweiter Satz ORF-G verletzt (Spruchpunkt 1.4.).

e) Die im Rahmen der Ausstrahlung von Werbung für die ORF Nachlese erfolgte Bezugnahme auf konkrete Inhalte des Druckwerks habe § 14 Abs. 8 erster Satz ORF-G verletzt (Spruchpunkt 1.5.).

Die belangte Behörde entschied weiters über die Veröffentlichungspflicht des festgestellten Verstoßes (Spruchpunkt 2.) und über die Vorlage der entsprechenden Aufzeichnungen (Spruchpunkt 3.).

Die dagegen am 12.08.2016 erhobene Beschwerde des ORF richtete sich ausdrücklich gegen die Spruchpunkte 1.1.1., 1.1.2., 1.1.3., 1.2., 1.3. und 2. des Feststellungsbescheids. Das Bundesverwaltungsgericht wies diese Beschwerde nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung mit Erkenntnis vom heutigen Tag, W271 2136058-1, ab.

2. Im Zuge dieses Feststellungsverfahrens traten bei der belangten Behörde Bedenken wegen möglicher Verletzungen des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm §§ 14 Abs. 1 zweiter Satz, 15 Abs. 2 erster Satz, 17 Abs. 1 Z 2 erster Satz sowie 17 Abs. 1 Z 2 zweiter Satz ORF-G auf. Daraufhin leitete die belangte Behörde ein Verwaltungsstrafverfahren ein. Mit Schreiben vom 29.12.2016, XXXX, wurde der für die Einhaltung des § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G für den gesamten Bereich des ORF gemäß § 9 Abs. 2 VStG bestellte verantwortliche Beauftragte, XXXX (in Folge: "Erstbeschwerdeführer"), zur Rechtfertigung aufgefordert. Der Generaldirektor des Zweitbeschwerdeführers wurde mit Schreiben vom selben Tag von der Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens gegen den Erstbeschwerdeführer in Kenntnis gesetzt und zur Stellungnahme aufgefordert. Die Möglichkeit zur Rechtfertigung bzw. Stellungnahme wurde nicht wahrgenommen.

3. Daraufhin erließ die belangte Behörde das gegenständlich angefochtene Straferkenntnis vom 11.04.2018, XXXX, und legte dem Erstbeschwerdeführer folgende Übertretungen des ORF-G zur Last:

"Sie haben als für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 120/2016, bestellter verantwortlicher Beauftragter für Übertretungen des Österreichischen Rundfunks nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 120/2016, in 1136 Wien, Würzburggasse 30, zu verantworten, dass im Zuge der am 07.04.2016 von ca. 06:05 Uhr bis ca. 08:59 Uhr im Fernsehprogramm ORF 2 des Österreichischen Rundfunks ausgestrahlten Sendung, XXXX "

1. diese Fernsehsendung

1.1. durch die Ausstrahlung von Werbespots für

1.1.1. , XXXX um ca. 06:59 Uhr,

1.1.2. , XXXX ' um ca. 07:05 Uhr,

1.1.3. , XXXX um ca. 07:59 Uhr, und

1.1.4. , XXXX ' um ca. 08:05 Uhr,

1.2. durch die Ausstrahlung von werblich gestalteten Sponsorhinweisen jeweils für das Produkt , XXXX '

1.2.1. um ca. 06:29 Uhr,

1.2.2. um ca. 07:29 Uhr und

1.2.3. um ca. 08:29 Uhr, sowie

1.3. durch die Ausstrahlung von Werbung für die ,ORF Nachlese'

1.3.1. um ca. 06:19 Uhr und

1.3.2. um ca. 08:34 Uhr

jeweils durch Werbung unterbrochen wurde,

2. die durch den Hersteller des Produkts , XXXX ' gesponserte Sendung weder an ihrem Anfang um ca. 06:05 Uhr noch an ihrem Ende um ca. 08:59 Uhr als gesponsert gekennzeichnet wurde,

3. während der Sendung Sponsorhinweise in Form von Logoeinblendungen ausgestrahlt wurden, und zwar

3.1. von ca. 06:59:16 bis 06:59:36 Uhr und

3.2. von ca. 07:59:03 bis 07:59:23 Uhr

jeweils für XXXX ,

4. Werbung für die Zeitschrift ‚ORF Nachlese‘ ausgestrahlt wurde, und zwar

4.1. um ca. 06:19 Uhr und

4.2. um ca. 08:34 Uhr,

die an ihrem Anfang sowie an ihrem Ende nicht von anderen Programmteilen durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig getrennt war.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

Zu 1.: jeweils § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 15 Abs. 2 erster Satz ORF-G iVm§ 9 Abs. 2 VStG

Zu 2.: § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 1 Z 2 erster Satz ORF-G iVm§ 9 Abs. 2 VStG

Zu 3.: jeweils § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 1 Z 2 zweiter Satz ORF-G iVm§ 9 Abs. 2 VStG

Zu 4.: jeweils § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 zweiter Satz ORF-G iVm§ 9 Abs. 2 VStG

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

Geldstrafe von Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

Freiheitsstrafe von

gemäß

1.1.1. 2.000,-

1 Tag

-

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

1.1.2. 2.000,-

1 Tag

-

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

1.1.3. 2.000,-

1 Tag

-

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

1.1.4. 2.000,-

1 Tag

-

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

1.2.1. 2.000,-

1 Tag

-

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

1.2.2. 2.000,-

1 Tag

-

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

1.2.3. 2.000,-

1 Tag

-

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

1.3.1. 2.000,-

1 Tag

-

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

1.3.2. 2.000,-

1 Tag

-

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

2. 1.500,-

12 Stunden

-

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

3.1. 4.000,-

2 Tage

-

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

3.2. 4.000,-

2 Tage

-

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

4.1. 1.500,-

12 Stunden

-

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

4.2. 1.500,-

12 Stunden

-

§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

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:

Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 33.550,- Euro."

4. Betreffend den Zweitbeschwerdeführer sprach die belangte Behörde im Straferkenntnis aus, dass dieser für die verhängten Geldstrafen sowie für die Verfahrenskosten gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand hafte.

5. Die belangte Behörde begründete ihre Entscheidung im Wesentlichen wie folgt:

Zum objektiven Tatbestand

(i) Betreffend die festgestellte Verletzung gegen das Verbot der Unterbrecherwerbung begründet die belangte Behörde ihre Entscheidung damit, dass es sich bei der Sendung " XXXX " um eine einheitliche Sendung nach der Rechtsprechung des BKS (BKS 02.06.2010, 611.009/0013-BKS/2010) und des BVwG (BVwG 19.02.2016, W194 2013491-1) handle: Es sprächen im gegenständlichen Fall sowohl der inhaltliche Zusammenhang (jeweils ähnlich aufgebaute halbe Stunden zwischen den ZIB-Sendungen, wiederkehrende Sendungsteile und Themen unter unterschiedlichen Gesichtspunkten) als auch die formale Gestaltung der Sendungsteile (An- und Abmoderation sei in Form von Überleitungen gestaltet und es liege gerade keine ausdrückliche Begrüßung oder Beendigung vor) für diese Annahme. Denn wenn auf ein die Sendung abschließendes Ereignis in den vorangegangenen Sendestunden immer wieder verwiesen werde, zeige sich deutlich ein Spannungsbogen (BKS 02.06.2010, 611.009/0013-BKS/2010). Ein jeweils am Ende des Beitrags ausgestrahlter "Abspann" ändere nichts daran, weil solche Elemente auch am Ende von bloßen Sendungsteilen ausgestrahlt werden würden. Ein Hinweis im Bild oder Ton, dass eine Sendung zu Ende gehe und eine neue beginne, liege gerade nicht vor (BKS 04.04.206, 611.009/0057-BKS/2005; BKS 23.06.2006, 611.001/0024-BKS/2005). Dass die Sendung zu jeder halben Stunde von der "ZIB", die nach den oben dargestellten Kriterien eine eigene Sendung sei, unterbrochen werde, sei nicht verboten und faktisch nicht ungewöhnlich. Durch die Ausstrahlung einer "Kurz-ZIB" in regelmäßigen zeitlichen Abständen sei kein derartiger Eingriff in den Zusammenhang der Teile von " XXXX " anzunehmen, dass daraus auf das Vorliegen jeweils einzelner Sendungen zu schließen wäre.

Die Rubrik " XXXX " stelle nach Auffassung der belangten Behörde keine eigene Sendung dar, weil ein derartiger Fitnessstipp ein geradezu typisches Element einer magazinartigen Sendung, wie der gegenständlichen, darstelle und sowohl im Beitrag als auch in der übrigen Sendung wechselseitige Bezüge hergestellt worden seien. Die bloße Einblendung eines Inserts mit Bezug auf die Produktionsform stelle kein Kriterium dar, das auf eine eigene Sendung schließen lasse. Diese "Credits" seien gerade auch in magazinartigen Sendungen typisch.

An dieser Einschätzung ändere auch nichts die Rechtsprechung zum Sendungsbegriff im Hörfunk, wo einzelne Sendestunden jeweils als einzelne Sendung zu beurteilen seien. Es bestehe insbesondere kein Widerspruch zur maßgeblichen Judikatur zum Begriff der "Fernsehsendung" (VwGH 19.11.2008, 2005/04/0172, BKS 02.06.2010, 611.009/0013-BKS/2010). So werde auch in der Entscheidung des BKS ausdrücklich die jeweils erforderliche "differenzierte inhaltliche Beurteilung" betont. Zudem kenne das ORF-G im Zusammenhang mit Fernsehsendungen den Rechtsbegriff der "eigenständigen Sendungsteile", der dem Hörfunkbereich - schon mangels Unterbrechungsverbots - fremd sei.

Es handle sich damit bei " XXXX " um eine "Fernsehsendung" iSd § 1a Z 5 lit. a ORF-G, deren zulässige Unterbrechung durch Werbung am Maßstab des § 15 ORF-G zu prüfen sei. Diese Bestimmung verbiete dem ORF das Unterbrechen durch Werbung, sofern keine Ausnahme nach Abs. 2 zweiter Satz und Abs. 3 vorliege. Eine solche Ausnahme liege schon deshalb nicht vor, weil es sich bei der gegenständlichen Sendung weder um eine Sportübertragung, noch um eine Sendung über ähnlich strukturierte Ereignisse und Darbietungen handle, weshalb die belangte Behörde von mehrfachen Verletzungen ausgehe (Werbespots um ca. 06:59 Uhr, ca. 07:05 Uhr, ca. 07:59 Uhr und ca. 08:05 Uhr; Sponsorhinweise um ca. 06:29, ca. 07:29 Uhr und ca. 08:29 Uhr; als Werbung zu qualifizierende Präsentation der ORF Nachlese um ca. 06:19 Uhr und ca. 08:34 Uhr).

(ii) Bei den Werbespots und werblich gestalteten Sponsorhinweisen handle es sich angesichts der Gestaltung und erkennbaren Absatzförderung unzweifelhaft um üblicherweise gegen Entgelt ausgestrahlte Werbung. Auch die zweimalige Präsentation der ORF Nachlese, die auffällig lange durch die Moderatorin eingeblendet worden sei, sei als



Werbung einzuordnen. Rechtlich irrelevant sei die Einbindung der Präsentation in ein Gewinnspiel (BKS 01.07.2009, 611.009/0011-BKS/2009, 07.09.2009, 611.009/0014-BKS/2009, 19.05.2008, 611.009/0005-BKS/2008, VwGH 08.09.2011, 2011/03/0019).

Der Verstoß gegen das Unterbrecherwerbverbot werde hinsichtlich der Bewerbung der ORF Nachlese auch nicht dadurch konsumiert, dass insofern auch ein Verstoß gegen das Trennungsgebot gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 zweiter Satz ORF-G angenommen worden sei. Nach Ansicht der belangten Behörde würden die Bestimmungen gemäß § 14 Abs. 1 zweiter Satz ORF-G und § 15 Abs. 2 erster Satz ORF-G unterschiedliche Schutzzwecke verfolgen: Während Ziel des Trennungsgrundsatzes sei, für den Zuseher die eindeutige Unterscheidung zwischen redaktionellen und werblichen Inhalten zu ermöglichen, wohne dem (spezifisch den ORF als öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter treffenden) Verbot der Unterbrecherwerbung auch ein wettbewerbsbeschränkender Zweck inne. Demnach könne auch durch rechtskonform von anderen Programmteilen getrennte werbliche Inhalte das Unterbrecherwerbverbot verletzt werden. Es liege somit ein Fall einer Idealkonkurrenz im Sinn des § 22 Abs. 2 VStG vor, wonach eine begangene Tat unter mehrere einander nicht ausschließende Strafdrohungen falle.

An der Unzulässigkeit der Unterbrecherwerbung ändere auch nichts, dass die Spots in zeitlichem Zusammenhang mit den Unterbrechungen durch die "ZIBs", die eigene Sendungen darstellen würden, ausgestrahlt worden seien: Ließe man Werbeunterbrechungen in solchen Konstellationen zu, liefe das Verbot der Unterbrecherwerbung ins Leere, weil es dem ORF freistünde, auf einfache Art zulässige Unterbrechungen in beliebiger Zahl zu schaffen.

Es könne kein "fortgesetztes Delikt" im Sinn der jüngeren Rechtsprechung des VwGH angenommen werden, wonach auch im Fall von Fahrlässigkeitsdelikten zu prüfen sei, ob eine Reihe von rechtswidrigen Einzelhandlungen aufgrund der Gleichartigkeit der Begehungsform, der Ähnlichkeit der äußeren Begleitumstände, des zeitlichen Zusammenhanges und der gesamtheitlichen Sorgfaltswidrigkeit des Täters zu einer Einheit zusammentreten würden (vgl. VwGH 03.05.2017, Ra 2016/03/0108), weil gegenständlich mangels gesamtheitlicher Sorgfaltswidrigkeit gerade keine derartige tatbestandliche Handlungseinheit vorliege, sondern für jeden Sendungsteil (Werbespots bzw. werblich gestaltete Sponsorhinweise) gesondert zu prüfen gewesen wäre, ob seine Ausstrahlung den Anforderungen des ORF-G entsprochen habe.

Die Behörde gelangt sohin zum Ergebnis, dass die Unterbrechungen (Werbespots um ca. 06:59 Uhr, ca. 07:05 Uhr, ca. 07:59 Uhr und ca. 08:05 Uhr; werblich gestaltete Sponsorhinweise um ca. 06:29, ca. 07:29 Uhr und ca. 08:29 Uhr; als Werbung zu qualifizierende Präsentation um ca. 06:19 Uhr und ca. 08:34 Uhr) jeweils § 15 Abs. 2 erster Satz ORF-G verletzt hätten.

(iii) Die belangte Behörde gehe zudem davon aus, dass der ausgestrahlte Beitrag "XXXX" (bei dem es sich nicht um eine eigene Sendung handle) durch den Hersteller des Produkts "XXXX" um ca. 06:29 Uhr, ca. 07:29 Uhr und ca. 08:29 Uhr gesponsert gewesen sei, sodass die Sendung "XXXX" am Anfang und Ende durch den Namen oder das Firmenemblem eindeutig als gesponserte Sendung zu kennzeichnen gewesen wäre. Mangels entsprechenden Sponsorhinweises für "XXXX" am Anfang oder am Ende der Sendung sei § 17 Abs. 1 Z 2 erster Satz ORF-G verletzt worden. Lediglich am Ende der Sendung um ca. 08:59 Uhr finde sich ein - zulässiger - Sponsorhinweis für die im "Wetterpanorama" vorkommenden Tourismusregionen und Seilbahnbetriebe.

Auch hier liege keine tatbestandliche Handlungseinheit vor, aufgrund derer nur eine einzige Tat anzunehmen wäre.

(iv) Da es sich bei "XXXX" um eine einheitliche Sendung handle, würde die Ausstrahlung der Logos u.a. von Unternehmen in der Rubrik "Wetterpanorama" um ca. 06:59 Uhr und ca. 07:59 Uhr, gegen das Verbot von Sponsorenhinweisen während einer Sendung verstoßen. Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH sei Sponsoring von Sendungsteilen unzulässig (VwGH 19.11.2008, 2005/04/0172), weshalb § 17 Abs. 1 Z 2 zweiter Satz ORF-G verletzt worden sei. Lediglich am Ende der Sendung sei der um ca. 08:59 Uhr ausgestrahlte Sponsorenhinweis zulässig und geboten gewesen.

In diesem Zusammenhang verwies die belangte Behörde erneut auf die jüngere Judikatur des VwGH zur tatbestandlichen Handlungseinheit, die zur Folge habe, dass der Täter nur eine Tat verwirklicht habe und auch nur für diese einmal zu bestrafen sei (vgl. VwGH 03.05.2017, Ra 2016/03/0108).

Diese Judikatur sei bisher ausdrücklich nicht auf den Fall mehrerer Verletzungen der Bestimmungen zur kommerziellen Kommunikation durch den ORF in einer Sendung übertragen worden. Die Betonung des übertretenen

Tatbestandes des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm den genannten Bestimmungen des ORF-G liege nicht auf einem gesamthaft rechtswidrigen Verhalten bei der Veranstaltung eines Programms, sondern auf einzelnen Sendungsinhalten, die jeweils für sich den genannten Bestimmungen widersprechen würden (vgl. BVwG W219 2141627-1 und W219 2176999-1).

Vorliegendenfalls könne hinsichtlich der zahlreichen, jeweils am Ende der Sendestunden mittels Sponsorhinweises genannten, Unternehmen und Tourismusregionen von einer tatbestandlichen Handlungseinheit ausgegangen werden. Dies gelte jedoch nicht auch für die gleichartigen Verletzungen in unterschiedlichen Sendungsstunden (06:59 Uhr und 07:59 Uhr), weil diese Sendungselemente jeweils gesondert darauf zu prüfen gewesen wären, ob sie den Anforderungen von § 17 Abs. 1 Z 2 ORF-G entsprechen würden.

(v) Bei der Präsentation der ORF Nachlese um ca. 06:19 Uhr und ca. 08:34 Uhr handle es sich um Werbung, weshalb diese durch optische, akustische oder räumliche Mittel von anderen Programmteilen zu trennen gewesen sei. Mangels entsprechender Abgrenzung sei § 14 Abs. 1 zweiter Satz ORF-G verletzt worden.

Entgegen der Aufforderung zur Rechtfertigung sei hier aber nicht von jeweils eigenständigen Verletzungen durch das Fehlen eines Trennelements jeweils vor und nach dem jeweiligen werblichen Beitrag auszugehen, sondern sei im Hinblick auf die beiden Beiträge jeweils eine tatbestandliche Handlungseinheit dahingehend anzunehmen, dass der jeweilige Beitrag nicht vom übrigen Programm getrennt worden sei. Das Fehlen von Trennelementen vor und nach dem jeweiligen werblichen Inhalt stehe in engem zeitlichen Zusammenhang und beruhe auf einer gesamtheitlichen Sorgfaltswidrigkeit dahingehend, dass der jeweilige Beitrag im gegenständlichen Fall offenkundig fälschlich nicht als werblich eingestuft und damit nicht vom übrigen Programm getrennt worden sei. Diese Einschätzung sei für jeden Beitrag eigens - jedoch nicht getrennt für die einzelnen Trennelemente an dessen Anfang und Ende - zu treffen.

(vi) Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Erstbeschwerdeführers

Der Erstbeschwerdeführer sei ein nach § 9 Abs. 2 VStG bestellter verantwortlicher Beauftragter; sein Verantwortlichkeitsbereich umfasse - mit nicht einschlägigen Ausnahmen - Verstöße gegen § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G.

(vii) Zum Verschulden des Zweitbeschwerdeführers

Zum Verschulden führte die belangte Behörde aus, dass das tatbestandsmäßige Verhalten dem Erstbeschwerdeführer auch vorzuwerfen gewesen sei. Bei den vorgeworfenen Übertretungen handle es sich um Ungehorsamsdelikte, die weder den Eintritt eines Schadens, noch einer konkreten Gefahr voraussetzen würden. Der Erstbeschwerdeführer habe sich im Verwaltungsstrafverfahren nicht verantwortet.

Im Hinblick auf das Vorliegen eines Kontrollsystems sei zu berücksichtigen, dass im Rechtsverletzungsverfahren (mit Ausnahme der Verletzung des Trennungsgebots im Fall der werblichen Beiträge für die ORF Nachlese) das Vorliegen des objektiven Tatbestands bestritten worden und daher nicht anzunehmen sei, dass entsprechende Kontrollen im Hinblick auf die Einhaltung der verletzten Bestimmungen vorgenommen worden seien. Selbst bei Unterstellung, dass der Erstbeschwerdeführer das Kontrollsystem seines Vorgängers fortführe, sei mangels entsprechenden Vorbringens nicht dargelegt worden, wieso - trotz Vorliegens eines funktionierenden Kontrollsystems - die Übertretung nicht verhindert werden habe können; die gesetzliche Schuldvermutung des § 5 Abs. 1 VStG bleibe demnach aufrecht.

(viii) Zur Strafbemessung

Nach einer Wiedergabe der für die Strafbemessung maßgeblichen Bestimmungen § 38 Abs. 1 ORF-G, § 19 VStG, §§ 40 bis 46 VStG) gelangt die belangte Behörde zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG für die Einstellung des Verfahrens nicht vorliegen würden (geringfügiges Verschulden des Beschuldigten und unbedeutende Folgen der Tat bzw. nur geringe Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts, und ebenso geringe Intensität seiner Beeinträchtigung, vgl. z.B. VwGH 16.09.2010, 2010/09/0141).

Hinsichtlich der "Trennerverletzungen" führte die belangte Behörde aus, dass der Grundsatz der Trennung von Werbung und redaktionellem Inhalt nach der Judikatur des VfGH einen Eckpfeiler der Regelung der Fernsehwerbung darstelle (vgl. VfSlg 18.017/2006). Die ständige Rechtsprechung fordere dazu eine Gestaltung, durch die gewährleistet werde, dass für einen durchschnittlich aufmerksamen Konsumenten jeder Zweifel ausgeschlossen sei, ob nach einem bestimmten Trennelement Werbung oder redaktionelles Programm folge (vgl. BKS 10.12.2007, 611.001/0012-BKS/2007). Insofern liege eine typische Verletzung der Vorschrift des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 zweiter Satz ORF-G vor, weswegen ein Absehen von der Strafe gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht in Betracht komme. Dasselbe gelte für die gegenständlich in Verletzung des § 15 Abs. 2 ORF-G ausgestrahlte Unterbrecherwerbung und die festgestellten

Verletzungen von § 17 Abs. 1 Z 2 erster und zweiter Satz ORF-G.

Es lägen weder Strafausschließungsgründe noch Erschwerungsgründe gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm § 33 StGB vor. Als Milderungsgrund sei gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm § 34 Z 2 StGB zu berücksichtigen, dass gegen den Erstbeschwerdeführer bisher keine Verwaltungsstrafen gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 in Verbindung mit den Werbebestimmungen der §§ 13 bis 17 ORF-G oder andere Verwaltungsstrafen verhängt worden seien (absolute Unbescholtenheit).

Weil der Erstbeschwerdeführer keine Angaben zu seinen Vermögensverhältnissen gemacht habe, habe die belangte Behörde eine Schätzung vorgenommen. Der Strafbemessung sei ein Jahresbruttoeinkommen iHv jedenfalls ca. EUR 90.000 zuzüglich einer Erhöhung durch den allfälligen Ersatz von Geldstrafen durch den ORF zu Grunde gelegt worden. Unterhaltspflichten des Erstbeschwerdeführers hätten nicht festgestellt werden können.

Die Strafzumessung hätte sich, stets unter Berücksichtigung des konkreten Unrechtsgehalts, jeweils am untersten Ende des Strafrahmens des § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G orientiert.

6. Gegen diese Entscheidung erhoben die Beschwerdeführer mit gemeinsamem Schriftsatz vom 11.05.2018 die gegenständliche Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Das Straferkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts sowie wegen Mangelhaftigkeit des durchgeführten Verfahrens zur Gänze bekämpft:

(1) Mangels Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale seien den Beschwerdeführern zu Unrecht Verwaltungsübertretungen angelastet worden (vgl. Beschwerde unter Punkt 1.):

(i) So handle es sich bei "XXXX" nicht um eine (einheitliche) Sendung. Die Inhalte und Abfolgen seien mithilfe der für den Hörfunkbereich typischen "Sendeuhr" geplant worden: Etwa sei die Rubrik "Ortsportrait", die täglich vorgesehen sei, in allen drei Sendungsstunden zu sehen; dies gelte auch für die täglich wechselnden Schwerpunktrubriken ("Gesund und Munter", "Aufgeblüht", "Tier mit mir", "Von hier" usw.). Die halbstündlich wiederkehrenden Wetterprognosen würden ebenso wiederholt wie Gesprächsrunden mit Gästen zu aktuellen Themen. Diese so gestaltete Grundkonzeption hänge direkt mit dem typischen Sehverhalten in den Morgenstunden ("Frühstücksfernsehen"; durchschnittliche Verweildauer der Zuseher von 31 Minuten) zusammen und sei durch dieses Sehverhalten zugleich unmittelbar bedingt. Information und Unterhaltung würden daher in kleineren Einheiten vermittelt werden.

Die vom BKS konkret für den Hörfunkbereich aufgestellten Begründungs- und Wertungselemente (vgl. BKS 05.11.2012, 611.804/0002-BKS/2012) seien entgegen der Anschauung der belangten Behörde unmittelbar auf die vorliegende Konstellation - ein konzeptuell zum Hörfunkbereich ohne weiteres vergleichbares "Flächenprogramm" im TV - übertragbar. Nicht einzusehen sei, wie es "auf genuin unterschiedliche Bewertungsgrundsätze ankommen sollte". Dem vom VwGH aufgestellten Grundsatz entsprechend, wonach für die Frage des Bestehens eines zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhangs notwendig eine Einzelfallprüfung stattzufinden habe, hätte die belangte Behörde zur Beurteilung des Vorliegens einer "in sich geschlossenen Sendung" (VwGH 13.09.2016, Ra 2016/03/0047) daher jedenfalls die tragenden Charakteristika von derartigen "Flächenprogrammen" zu berücksichtigen gehabt. Ein Verständnis eines in sich geschlossenen Zusammenhangs bei Fernsehsendungen und Hörfunksendungen sei umso mehr anzunehmen, als die Begriffe "Hörfunkprogramm" und "Hörfunksendung" des § 1a ORF-G in Anlehnung an den Wortlaut der auf Fernsehen bezogenen Regelungen der AVMD-Richtlinie definiert worden seien (dafür nur Kogler/Trainer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze4 [2018] 13).

Formel-1-Übertragungen samt Vor- und Nachberichterstattungen, denen ein einheitliches Sportereignis zugrunde liege, würden sich im Übrigen sowohl inhaltlich-gestalterisch als auch formal ganz prinzipiell von einem TV-Format ("Frühstücksfernsehen"), welches am Prinzip "Flächenprogramm" orientiert sei, unterscheiden. Die belangte Behörde hätte diese grundlegenden Unterschiede erkennen und ihrer Beurteilung zugrunde legen müssen, anstatt jene Wertungen, die für Formel-1-Rennen getroffen wurden, pauschal auf den vorliegenden Fall zu übertragen, der in der Frage der "Geschlossenheit" einer Sendung "die Beurteilung von a priori anderen inhaltlichen und formalen Aspekten erforderlich" mache.

Auch unter Heranziehung einer materiellen Betrachtungsweise, die für die Frage des sachlichen Zusammenhangs auf die Perspektive des "durchschnittlichen Fernsehzuschauers" abstelle (vgl. Nachweise bei Kogler/Trainer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze4 [2018] 22), sei im Ergebnis nichts anderes zu gewinnen: So folge jede Sendestunde

einem inhaltlich vorgezeichneten, im Sendeplan nach der "Sendeuhr" verankerten Ablauf, der sich modulartig aus verschiedenen Rubriken zusammensetzt und zur Mitte jeweils von einer dreiminütigen Kurz-ZIB unterbrochen werde. Begrenzt werde die Sendung in beide Richtungen durch eine fünfminütige ZIB. Jede Sendestunde stehe als eine derartige magazinartige Sendung für sich, bilde ein formal und inhaltlich in sich geschlossenes System und vermittele den Zusehern durch das gleichbleibende, modulare Ineinandergreifen der jeweiligen Programmelemente (Rubriken), dass Stunde für Stunde auf das Neue ein Bogen gespannt werde, in dem sämtliche der bekannten Elemente, die dem Magazin seinen Charakter verleihen würden, wieder vorkommen.

Die strukturelle Kongruenz, welche die einzelnen Sendungsstunden präge, erlaube es, gewisse thematische Schwerpunkte über einen längeren Zeitraum hinweg zu erstrecken und ergänzend zu den Nachrichten im engeren Sinn Hintergrundberichte, Reportagen, Interviews oder Studiotalks zu aktuellen Geschehnissen zu senden. Dies mache gerade die Grundeigenschaft von "Flächenprogrammen", wie hier dem Format "Frühstücksfernsehen", aus. Aus Sicht eines durchschnittlichen Fernsehzusehers könne daher bloß aufgrund dieser wesensimmanenten Konnexität der einzelnen Sendungsstunden nicht (schon) auf einen derart ausgeprägten sachlichen Zusammenhang geschlossen werden, der es geboten erscheinen ließe, von einer einheitlichen (dreistündigen) Sendung auszugehen.

Da im vorliegenden Fall nicht eine einheitliche, sondern drei einzelne Sendungen iSd § 1a Z 5 lit. a ORF-G ausgestrahlt worden seien, handle es sich entgegen der Ansicht der belangten Behörde bei der den Beschwerdeführern zur Last gelegten Ausstrahlung von Werbespots, werblich gestalteten Sponsorhinweisen sowie von Werbung für die ORF Nachlese nicht um unzulässige Unterbrecherwerbung.

Dieser Sichtweise stehe auch der Telos der Norm nicht entgegen. Es sei weder im Interesse des Schutzes der Programmqualität, noch im Lichte des Schutzes der VerbraucherInnen angezeigt, von einer einheitlichen Sendung, welche der Ausstrahlung von Werbung entgegenstünde, auszugehen. Es könne angesichts des beschriebenen, modularen Charakters einer jeden Sendung(sstunde), die je und je von einer fünfminütigen Ausgabe der "ZIB" begonnen und beendet werde, nicht von einer unnatürlichen Zerstückelung von Programminhalten die Rede sein, welche die Programmqualität mindern oder den Verlauf des Fernsehkonsums in übermäßiger Weise durch Werbeeinschaltungen unterbrechen würde. Bei jeder Sendestunde handle es sich um inhaltlich und dramaturgisch eigenständige Sendungen; diese würden einen jeweils selbstständigen Informations- und Unterhaltungswert aufweisen, der für die durchschnittlichen Zuseher auch unmissverständlich wahrnehmbar sei (vgl. in diesem Zusammenhang Laiß, Werberegulierung der österreichischen Rundfunkmedien [2007] 94 f). So könne jede einzelne Sendungsstunde ohne weiteres auch um ihrer selbst Willen konsumiert werden, ohne dass bei den Zusehern der Eindruck erweckt würde, dass der intendierte Informations- und Unterhaltungswert nur dann zur Geltung gelange, wenn alle drei Sendungsstunden in ihrer Gesamtheit gesehen werden.

Die Beschwerdeführer bezweifeln die Einordnung der Präsentation der ORF Nachlese als Werbung; es handle sich hingegen bloß um eine "womöglich werblich wirkende Aussage". Bei d

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)