

TE Bvwg Erkenntnis 2018/12/21

W120 2197139-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.12.2018

Entscheidungsdatum

21.12.2018

Norm

B-VG Art.133 Abs4
KOG §2 Abs1 Z7
KOG §2 Abs1 Z9
KOG §36
ORF-G §1 Abs1
ORF-G §1a Z11
ORF-G §1a Z5
ORF-G §1a Z8
ORF-G §14 Abs1
ORF-G §14 Abs6 Z1
ORF-G §14 Abs9
ORF-G §17 Abs1 Z2
ORF-G §17 Abs5
ORF-G §38 Abs1 Z2
ORF-G §38 Abs4
VStG 1950 §16
VStG 1950 §19 Abs1
VStG 1950 §19 Abs2
VStG 1950 §21
VStG 1950 §45 Abs1 Z4
VStG 1950 §5 Abs1
VStG 1950 §5 Abs2
VStG 1950 §64 Abs1
VStG 1950 §64 Abs2
VStG 1950 §9 Abs1
VStG 1950 §9 Abs2
VStG 1950 §9 Abs7
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §50 Abs1

Spruch

W120 2197139-1/4E

W120 2197382-1/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Christian Eisner als Vorsitzenden sowie die Richter Mag. Eduard Hartwig Paulus und Mag. Walter Tolar als Beisitzer über die Beschwerde 1. des XXXX., geb. am XXXX, als bestellter verantwortlicher Beauftragter des Österreichischen Rundfunks und 2. des Österreichischen Rundfunks gegen das Straferkenntnis der KommAustria vom 24.04.2018, KOA 1.850/18-016, nach Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

I. Die Beschwerde wird - soweit sich diese gegen den Schulterspruch richtet - als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerde wird - soweit sich diese gegen den Straf-, Verfahrenskosten- und Haftungsausspruch wendet - mit der Maßgabe stattgegeben, dass es in den - soweit vor dem Bundesverwaltungsgericht angefochtenen - korrespondierenden

Spruchpunkten im bekämpften Straferkenntnis zu lauten hat:

"Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird über Sie folgende

Strafe verhängt:

Geldstrafe von Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

Freiheitsstrafe von

gemäß

XXXX,--

XXXX Stunden

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

XXXX,--

XXXX Stunden

§ 38 Abs. 1 Z 2, § 14 Abs. 4 Satz 5 und § 17 Abs. 5 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

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

Gemäß § 9 Abs 7 VStG haftet die zweitbeschwerdeführende Partei für die verhängte Geldstrafe sowie die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand."

B)

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid vom 28.07.2016, KOA 1.850/16-044, im Verfahren zu W219 2135500-1 stellte die belangte Behörde im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht gemäß § 2 Abs 1 Z 7 und Z 9 KOG iVm mit den §§ 35-37 ORF-G fest, dass die zweitbeschwerdeführende Partei am 10.05.2016 im regionalen Hörfunkprogramm XXXX

"a. um ca. 07:28:45 Uhr sowie um ca. 11:25:17 Uhr jeweils im Anschluss an Programmhinweise zur Berichterstattung über die Veranstaltung , XXXX ' einen Hinweis zugunsten von XXXX , XXXX ,

XXXX und XXXX ausgestrahlt hat, wobei diese Werbung an ihrem Beginn nicht durch akustische Mittel eindeutig vom vorangehenden Programmteil getrennt war, wodurch § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G jeweils verletzt wurde;

b. um ca. 13:25:34 Uhr im Anschluss an einen Programmhinweis zur Berichterstattung über die Veranstaltung , XXXX ' einen Hinweis zugunsten von XXXX , XXXX , XXXX und XXXX ausgestrahlt hat, wobei diese Werbung weder an ihrem Beginn noch an ihrem Ende durch akustische Mittel eindeutig von den vorangehenden bzw. den nachfolgenden Programmteilen getrennt war, wodurch § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verletzt wurde;

c. um ca. 07:55:52 Uhr unmittelbar vor einem Programmhinweis auf die Sendung , XXXX ' einen Hinweis zugunsten von XXXX und XXXX ausgestrahlt hat, wobei diese Werbung weder an ihrem Beginn noch an ihrem Ende durch akustische Mittel eindeutig von den vorangehenden bzw. den nachfolgenden Programmteilen getrennt war, wodurch § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verletzt wurde;

d. von ca. 12:09:35 Uhr bis ca. 12:10:43 Uhr einen werblich gestalteten Sendungsteil über das von XXXX veranstaltete XXXX ausgestrahlt hat, wobei diese Werbung weder an ihrem Beginn noch an ihrem Ende durch akustische Mittel eindeutig von den vorangehenden bzw. den nachfolgenden Programmteilen getrennt war, wodurch § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G verletzt wurde;

e. durch die Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von ca. 8 Minuten und 4 Sekunden die Bestimmung des § 14 Abs. 4 Satz 5 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G verletzt hat, wonach in bundeslandweiten Programmen gesendete Werbung und Sponsorhinweise im Jahresdurchschnitt die tägliche Dauer von fünf Minuten nicht überschreiten dürfen, wobei Abweichungen von höchstens 20 vH pro Tag zulässig sind."

2. Mit Schreiben vom 29.12.2016 leitete die belangte Behörde gegen den Erstbeschwerdeführer ein Verwaltungsstrafverfahren wegen des Verdachts ein, er habe als für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs 2 VStG bestellter verantwortlicher Beauftragter für Übertretungen der zweitbeschwerdeführenden Partei zu verantworten, dass diese am 10.05.2016 im regionalen Hörfunkprogramm XXXX

"1. von ca. 12:09:35 Uhr bis ca. 12:10:43 Uhr einen werblich gestalteten Sendungsteil über das von XXXX veranstaltete XXXX ausgestrahlt hat, wobei diese Werbung weder an ihrem Beginn noch an ihrem Ende durch akustische Mittel eindeutig von den vorangehenden bzw. den nachfolgenden Programmteilen getrennt war, und

2. Werbung und Sponsorhinweise im Gesamtausmaß von ca. 8 Minuten und 4 Sekunden ausgestrahlt hat."

Der Erstbeschwerdeführer wurde in weiterer Folge gemäß den §§ 40 und 42 VStG zur Rechtfertigung aufgefordert. Die zweitbeschwerdeführende Partei (Generaldirektor) wurde mit Schreiben vom selben Tag entsprechend in Kenntnis gesetzt.

Der Erstbeschwerdeführer nahm weder die Möglichkeit der mündlichen Rechtfertigung noch jene der schriftlichen Rechtfertigung wahr.

3. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis sprach die belangte Behörde in Bezug auf den Erstbeschwerdeführer Folgendes aus:

"Sie haben als für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idFBGBl. I Nr. 120/2016, bestellter verantwortlicher Beauftragter für Übertretungen des Österreichischen Rundfunks (ORF) nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G, BGBl Nr. 379/1984 idFBGBl I Nr. 120/2016, in XXXX , zu verantworten, dass der ORF am 10.05.2016 im regionalen Hörfunkprogramm XXXX

1. von ca. 12:09:35 Uhr bis ca. 12:10:43 Uhr einen werblich gestalteten Sendungsteil über das von XXXX veranstaltete XXXX ausgestrahlt hat, wobei diese Werbung weder an ihrem Beginn noch an ihrem Ende durch akustische Mittel eindeutig von den vorangehenden bzw. den nachfolgenden Programmteilen getrennt war, und

2. Werbung und Sponsorhinweise im Gesamtausmaß von ca. 7 Minuten und 55 Sekunden ausgestrahlt hat.

[...]

2.) Im Übrigen wird das mit Schreiben der KommAustria vom 29.12.2016, KOA 1.850/16-058, eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG eingestellt."

Es wurde festgehalten, dass der Erstbeschwerdeführer dadurch "[z]u 1.: § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2 VStG [z]u 2.: § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 4 Satz 5 und § 17 Abs. 5 ORF-G iVm § 9 Abs. 2 VStG" verletzt habe. Wegen diesen Verwaltungsübertretungen wurde über den Erstbeschwerdeführer eine Geldstrafe zu 1. in der Höhe von

EUR XXXX (Ersatzfreiheitsstrafe XXXX) und zu 2. in der Höhe von EUR XXXX ,-- (Ersatzfreiheitsstrafe XXXX) verhängt. Samt dem Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von EUR XXXX ,-- (§ 64 VStG) betrug der zu zahlende Gesamtbetrag insgesamt

EUR XXXX Gemäß § 9 Abs 7 VStG wurde verfügt, dass die zweitbeschwerdeführende Partei für die verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand zu haften habe.

3.1. Begründend wurde insbesondere ausgeführt:

3.1.1. Nach Auffassung der belangten Behörde handle es sich bei dem Teil der Sendung " XXXX ", der sich mit dem von XXXX veranstalteten " XXXX " beschäftige, nicht um einen redaktionellen Programmbestandteil, sondern um Hörfunkwerbung iSd § 1a Z 8 lit a

ORF-G.

Im gegenständlichen Sendungsteil führe der Moderator der Sendung ein Gespräch mit der Chefredakteurin des Gourmet-Führers XXXX , XXXX , zur Veranstaltung " XXXX ", welches von XXXX veranstaltet werde. Im folgenden Gespräch werde über Zeit, Ort, Preis und Inhalt der Veranstaltung gesprochen, wobei sich der Moderator positiv wertend über das bei der Veranstaltung Gebotene äußere (arg. "Man wird ihnen die Bude einrennen, oder?" und "Na das schon, na garantiert I maan, na 100 Haubenköche, 50 Winzer, [...]."). Der Moderator frage darüber hinaus gezielt nach dem zu leistenden Entgelt für einen Besuch der Veranstaltung und als XXXX den Preis nenne, schrecke er scheinbar angesichts des Preises zurück (arg. "Viele schrecken jetzt schon zurück [...]", um bei der Erwähnung, dass der Wein gratis sei, wieder Interesse zu zeigen (arg. "Ja. Kommen wieder [...]."). Diese zunächst scheinbare Skepsis über den offenbar hohen Preis und die anschließende positive Bewertung durch den Moderator, als er "erfahre", dass auch der Wein im Preis inkludiert sei, suggeriere gemeinsam mit der begeisterten Bewertung des Veranstaltungsangebots dem durchschnittlichen Konsumenten, dass es sich bei der Veranstaltung um ein günstiges Angebot handle und lege somit unzweifelhaft einen Besuch der Veranstaltung nahe. Insgesamt sei die Darstellung geeignet, das bislang uninformedierte oder unentschlossene Publikum für den Besuch der Veranstaltung zu gewinnen. Die geradezu überschwängliche Begeisterung des Moderators für das Angebot auf der Veranstaltung mache den Werbezweck des Sendungsteils so deutlich, dass dieser offensichtlich sei und der Zuschauer über den Werbezweck nicht in die Irre geführt werde, sodass nach Ansicht der belangten Behörde keine Schleichwerbung, sondern Werbung vorliege. An dieser Einschätzung könne auch der Hinweis der Beschwerdeführer, dass sich die inkriminierte Sendung durch eine saloppe und launige Gesprächsführung auszeichne, nichts ändern, da diese die Eignung, den Absatz der entgeltlichen Veranstaltung " XXXX " zu fördern, in keiner Weise ausschließe.

Es sei weiters davon auszugehen, dass nach dem nach der Rechtsprechung anzuwendenden objektiven Maßstab für eine solche werbliche Präsentation nach dem Verkehrsgebrauch üblicherweise ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung zu leisten sei (vgl. ua VwGH 08.09.2011, 2011/03/0019); insoweit sei auch dieses Tatbestandsmerkmal der kommerziellen Werbung erfüllt.

Es liege iSd Gesagten daher Hörfunkwerbung iSd § 1a Z 8 lit a ORF-G vor, welche jedoch entgegen der Bestimmung des § 14 Abs 1 zweiter Satz ORF-G an ihrem Anfang und an ihrem Ende nicht eindeutig von anderen Programmteilen getrennt worden sei.

Wende man die im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 03.05.2017, Ra 2016/03/0108, niedergelegten Grundsätze auf den gegenständlichen Fall an, bedeute dies: Das Fehlen von Trennelementen vor und nach dem werblichen Inhalt stehe in engem zeitlichen Zusammenhang und beruhe auf einer gesamtheitlichen Sorgfaltswidrigkeit dahingehend, dass der gegenständliche Beitrag zum " XXXX " offenkundig fälschlich nicht als werblich eingestuft und damit nicht vom übrigen Programm getrennt worden sei. Daher sei der objektive Tatbestand einer (einzigsten)

Verletzung des § 38 Abs 1 Z 2 iVm § 14 Abs 1 zweiter Satz ORF-G sowohl am Anfang und am Ende des werblich gestalteten Sendungsteils zum "XXXX" erfüllt.

3.1.2. Nach Auffassung der belangten Behörde seien jedenfalls alle Feststellungen unter 2.1.1, 2.1.4, 2.1.7, 2.1.8, 2.1.12, 2.1.16, und 2.1.17 im angefochtenen Straferkenntnis als Werbespots bezeichneten Ausstrahlungen sowie der im Sachverhalt im bekämpften Straferkenntnis unter 2.1.13 genannte Sendungsteil zum "XXXX" Hörfunkwerbung iSd § 1a Z 8 lit a ORF-G und die im Sachverhalt des vorliegenden Straferkenntnisses unter 2.1.10 und 2.1.14 genannten Sponsorhinweise als solche iSd § 1a Z 11 iVm § 17 Abs 5 ORF-G anzusehen und damit in die für das bundeslandweit ausgestrahlte Hörfunkprogramm XXXX maßgebliche höchstzulässige Werbezeit nach § 14 Abs 4 fünfter Satz ORF-G einzurechnen.

Es seien aber auch folgende Programmelemente in die für das bundeslandweit ausgestrahlte Hörfunkprogramm XXXX maßgebliche höchstzulässige Werbezeit nach § 14 Abs 4 fünfter Satz ORF-G einzurechnen:

Nach Auffassung der belangten Behörde handle es sich bei den im Sachverhalt des angefochtenen Straferkenntnisses unter 2.1.3, 2.1.6, 2.1.11 und 2.1.15 angeführten Hinweisen um eine Vorankündigung von Programminhalten, nämlich der "XXXX" sowie der Sendung "XXXX" am 10.05.2016 von 11:00 bis 13:00 Uhr. Die "XXXX" habe vom 26.05. bis zum 01.06.2016 stattgefunden. Es sei im Programm des XXXX in Radio, Fernsehen und Internet, etwa mit Live-Einstiegen in XXXX und "XXXX" über diese berichtet worden. Die jeweils anschließend an diese Programmhinweise ausgestrahlten Hinweise zugunsten von XXXX, XXXX, XXXX und XXXX würden nach Auffassung der belangten Behörde jeweils ein Sponsoringverhältnis iSd § 1a Z 11 ORF-G zum Ausdruck bringen, wonach also seitens der genannten Sponsoren jeweils ein Beitrag zur Finanzierung dieser Programmbestandteile geleistet worden sei. Gleiches gelte für den um ca. 07:55:52 Uhr ausgestrahlten Hinweis am Beginn des Programmhinweises auf die Sendung "XXXX", die von XXXX und XXXX gesponsert worden sei.

Nach dem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union in der Rechtssache C-314/14, Sanoma Media Finland Oy ua, würden nun ausschließlich am Beginn, während oder am Ende der gesponserten Sendung ausgestrahlte Hinweise unter den Tatbestand der "Sponsorhinweise" iSd Art 23 Abs 2 AVMD-RL fallen. Alle an anderen Stellen des Programms ausgestrahlten Hinweise auf Sponsoren von Sendungen würden demgegenüber unter den Begriff der "Werbung" zu subsumieren seien.

Daraus ergebe sich, dass solche Hinweise abseits der gesponserten Sendung auch den sonstigen Anforderungen an die Werbung zu genügen hätten, insbesondere also dem Trennungs- und Erkennbarkeitsgebot nach Art 19 Abs 1 AVMD-RL. Dies also unabhängig von der Frage, ob eine "werbliche Gestaltung" (etwa in Form verkaufsfördernder Aussagen) vorliege oder sich der Hinweis in einer neutralen Nennung des Sponsors bzw. der Einblendung eines Logos etc. erschöpfe.

Dieses Ergebnis entspreche der bereits 2003 vertretenen Sichtweise des Obersten Gerichtshofes, der in einer Entscheidung zum ORF-G festgestellt habe, dass unter einem "Sponsorhinweis" (in den damaligen verba legalia die "An- und Absage") nur die Kennzeichnung am Anfang oder Ende der gesponserten Sendung zu verstehen sei und demgegenüber die im Anlassfall beanstandeten Spots nicht die gesponserte Sendung (Patronanzsendung), sondern bloß deren Ankündigung gewesen seien, weswegen die Logoeinblendungen als (kommerzielle) Werbung zu werten gewesen seien. Dementsprechend kämen hierfür aber ua auch die Vorschriften hinsichtlich der Trennung und Erkennbarkeit (§ 14 Abs 1 ORF-G) zur Anwendung (vgl. OGH 24.09.2003, 4 Ob 118/03m).

Nach Auffassung der belangten Behörde sei die vom Gerichtshof der Europäischen Union im zitierten Urteil vorgenommene Auslegung (ebenso wie die zitierte Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes) sowohl für Fernsehen als auch für Hörfunk relevant: Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei die Fernsehrichtlinie (nunmehr AVMD-RL) nämlich auch für die Auslegung der werberechtlichen Bestimmungen des PrR-G maßgeblich (vgl. VwGH 22.10.2012, 2009/03/0180, wonach nach der ständigen Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union ein Gemeinschaftsinteresse daran bestehe, die vom Unionsrecht übernommenen Bestimmungen oder Begriffe einheitlich auszulegen).

Dies gelte für die zweitbeschwerdeführende Partei umso mehr, da dem ORF-G in den gesetzlichen Definitionen und materiellen Vorschriften keine relevante Differenzierung nach der Mediengattung zu entnehmen sei und auch die Gesetzesmaterialien keinerlei Hinweise enthalten würden, die eine unterschiedliche Interpretation der einschlägigen

Vorschriften für Hörfunk oder Fernsehen nahelegen könnten. Daran vermöge auch der Hinweis auf vermeintlich unterschiedliche Sendungsbegriffe in Hörfunk und Fernsehen nichts zu ändern: Zwar definiere das ORF-G in § 1a Z 5 den Sendungsbegriff für Fernsehen und audiovisuelle Mediendienste (lit a) einerseits und hinsichtlich Hörfunk (lit b) andererseits; jedoch würden sich diese hinsichtlich des wesentlichen Elements "eine einzelne, in sich geschlossene und zeitlich begrenzte Abfolge [...], die im Fall von Fernsehprogrammen Bestandteil eines Sendeplans [...] ist" bzw. "einzelnen, in sich geschlossenen und zeitlich begrenzten Bestandteil des Programms" nicht wesentlich unterscheiden. Die Auslegung des genannten Tatbestandselements sei sowohl im Fernsehen als auch im Hörfunk gleich; die von der zweitbeschwerdeführenden Partei behaupteten Unterschiede in der Auslegung würden sich also vielmehr als Anwendung derselben Kriterien auf - naturgemäß - unterschiedliche Sachverhalte im Einzelfall erweisen.

Da die genannten Hinweise somit den Anforderungen an Hörfunkwerbung iSd § 1a Z 8 lit a ORF-G genügen müssten, seien diese ebenfalls in die für das bundeslandweit ausgestrahlte Hörfunkprogramm XXXX maßgebliche höchstzulässige Werbezeit nach § 14 Abs 4 fünfter Satz ORF-G einzurechnen.

3.1.3. Der Gerichtshof der Europäischen Union habe in der Rechtssache C-314/14, Sanoma Media Finland Oy ua, ausdrücklich festgehalten, dass aus Art 23 Abs 1 AVMD-RL ein Verbot abzuleiten sei, die Mindestsendezeit, die für die Ausstrahlung von Sendungen oder anderen redaktionellen Inhalten bestimmt sei, zugunsten von Werbeelementen auf unter 80 % innerhalb einer vollen Stunde herabzusetzen. Die Dauer der zwischen einzelnen Werbespots ausgestrahlten Schwarzblenden sei daher in die Werbezeit einzuberechnen.

Weiters sei gegebenenfalls auch eine zwischen dem letzten Werbespot und dem unmittelbar darauf folgenden redaktionellen Programm ausgestrahlte Schwarzblende der Werbezeit zuzurechnen, wenn das nachfolgende Programm - wie im Falle der verfahrensgegenständlichen Werbeblöcke - durch die Gestaltung der Einleitungssequenz eine hinreichend eindeutige Trennung iSd des § 14 Abs 1 zweiter Satz ORF-G verwirkliche.

Dieselben Überlegungen würden dazu führen, dass auch die zur Trennung der Werbung von anderen Programmteilen eingesetzten optischen oder akustischen Mittel den "Werbeelementen" zuzurechnen und daher in die Werbezeit einzurechnen seien. Auch hier gelte, dass diese Trennmittel selbst zwar keinen Werbezweck verfolgen würden, sie umgekehrt aber kausal durch die Werbung bedingt seien und keine "Sendungen oder redaktionelle Inhalte" darstellen würden, da auch diese die für redaktionelle Elemente zur Verfügung stehende Sendezeit herabsetzen würden. Dass ihre Ausstrahlung gesetzlich verpflichtend vorgesehen sei, könne zu keinem anderen Ergebnis führen.

Den Schwarzblenden seien die kurzen "Sendepausen" innerhalb des Werbeblocks gleichzuhalten.

Nach § 14 Abs 6 und 9 ORF-G seien Hinweise des Rundfunkveranstalters auf eigene Sendungen und auf Begleitmaterialien, die direkt von diesen Sendungen abgeleitet seien, Beiträge im Dienst der Öffentlichkeit und kostenlose Spendenaufrufe zu wohltätigen Zwecken nicht in die höchstzulässige Werbezeitdauer einzurechnen.

Im gegenständlichen Fall seien somit die unter 2.1.1, 2.1.4, 2.1.7, 2.1.8, 2.1.12, 2.1.16, und 2.1.17 im angefochtenen Straferkenntnis genannten Werbeblöcke in ihrer Gesamtheit vom Beginn des Anfangtellers bis zum Beginn der darauffolgenden Sendung unter Abzug der Dauer des Werbespots für die ORF-Nachlese, welche im vorliegenden Fall unpräjudiziert als Begleitmaterial iSd § 14 Abs 6 Z 1 ORF-G eingeordnet worden sei, in die Werbedauer einzurechnen.

Da die Dauer der am 10.05.2016 ausgestrahlten Werbung und Sponsorhinweise ca. sieben Minuten und 55 Sekunden betragen habe und die höchstzulässige Werbezeit daher um eine Minute und 55 Sekunden überschritten worden sei, liege eine Verletzung des § 14 Abs 4 fünfter Satz iVm § 17 Abs 5 ORF-G vor. Daher sei der objektive Tatbestand einer Verletzung des § 38 Abs 1 Z 2 iVm § 14 Abs 4 fünfter Satz und § 17 Abs 5 ORF-G erfüllt.

Entgegen der von der belangten Behörde noch im Feststellungsverfahren vertreten Rechtsauffassung seien die im angefochtenen Straferkenntnis unter 2.1.2 und 2.1.5 genannten - nicht werblich gestalteten - Sponsorhinweise zugunsten des ARBÖ im Rahmen der Verkehrsmeldungen nicht in die Werbezeitgrenze des § 14 Abs 4 fünfter Satz iVm § 17 Abs 5 ORF-G einzurechnen.

Im mit Schreiben der belangten Behörde vom 29.12.2016 enthaltenen Tatvorwurf der Überschreitung der höchstzulässige Werbezeit von ca. acht Minuten und vier Sekunden seien die unter 2.1.2 und 2.1.5 im angefochtenen Straferkenntnis genannten Sponsorhinweise zugunsten des ARBÖ eingerechnet worden. Das Verwaltungsstrafverfahren sei somit hinsichtlich dieses Tatvorwurfs, soweit dieser über das Ausmaß von sieben Minuten und 55 Sekunden hinausgehe, gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG spruchgemäß einzustellen.

3.1.4. Bei den festgestellten Verstößen gegen § 38 Abs 1 Z 2 iVm § 14 Abs 1 zweiter Satz

ORF-G handle es sich um sogenannte Ungehorsamsdelikte zu deren Tatbestand der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehöre und zu dessen Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genüge. Es liege daher am Beschuldigten, mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen, widrigenfalls aufgrund der gesetzlichen Vermutung des § 5 Abs 1 VStG von schulhaftem Verhalten in der Schuldform der Fahrlässigkeit auszugehen sei. Dazu bedürfe es der Darlegung, dass der Beschuldigte im Betrieb ein wirksames Kontrollsysteem eingerichtet habe, sodass er unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten lassen habe können.

Der Erstbeschwerdeführer habe sich im Verwaltungsstrafverfahren nicht verantwortet. Selbst wenn man unterstelle, dass er das Kontrollsysteem seines Vorgängers in der Funktion als verantwortlicher Beauftragter für Übertretungen nach § 38 Abs 1 Z 2 ORF G für den gesamten Bereich der zweitbeschwerdeführenden Partei fortführe, sei jedoch jedenfalls mangels entsprechenden Vorbringens nicht dargelegt worden, wieso - trotz Vorliegens eines funktionierenden Kontrollsysteins - die Übertretung nicht verhindert habe werden können. Die gesetzliche Schuldvermutung des § 5 Abs 1 VStG bleibe demnach aufrecht.

Auch das Vorliegen einer unverschuldeten rechtsirrigen Auslegung der Verwaltungsvorschriften in Hinblick auf die sich aus dem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union in der Rechtssache C-314/14, Sanoma Media Finland Oy ua, ergebenden Änderungen, welche der unverschuldeten Unkenntnis derselben iSd § 5 Abs 2 VStG gleichgestellt sei, könne im vorliegenden Fall ausgeschlossen werden: Eine solche irrite Gesetzesauslegung im Sinne eines Rechtsirrtums vermöge den Erstbeschwerdeführer nämlich dann nicht zu entschuldigen, wenn nach seinem ganzen Verhalten nicht angenommen werden könne, dass die irrite Gesetzesauslegung unverschuldet gewesen sei und dass er das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen habe können. Selbst die Berufung auf eine Rechtsauffassung allein vermöge ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen. Nach der Rechtsprechung treffe den Erstbeschwerdeführer auch eine konkrete Erkundigungspflicht und habe er sich bei widersprüchlichen Rechtsauffassungen mit Gewissenhaftigkeit mit dem Für und Wider eingehend auseinanderzusetzen. Der bloße Umstand, dass in einer bestimmten Rechtsfrage Unsicherheit herrsche, berechtige nicht dazu, sich ohne weitere Nachforschungen für die günstigste Variante zu entscheiden und damit gegebenenfalls ungerechtfertigte Rechtsvorteile in Anspruch zu nehmen (vgl. VwGH 15.12.1994, 94/09/0085). Vor dem Hintergrund, dass dem Erstbeschwerdeführer die der eigenen widersprechenden Rechtsansicht der belangten Behörde aus deren Schreiben vom 18.04.2016 bekannt sein müsse, könne daher jedenfalls von keiner unverschuldeten rechtsirrigen Auslegung ausgegangen werden.

3.1.5. Die Strafbemessung habe sich innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens zu bewegen. Dieser reiche gemäß 38 Abs 1 ORF-G bis zu einem Betrag von EUR 58.000,--.

Diese Voraussetzungen des § 45 Abs 1 Z 4 VStG würden nicht vorliegen:

Der Grundsatz der Trennung von Werbung und redaktionellem Inhalt stelle nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes einen "Eckpfeiler der Regelung der Fernsehwerbung" dar (vgl. VfSlg. 18.017/2006). Diese Aussage könne ohne weiteres auf Hörfunk übertragen werden. Die ständige Rechtsprechung zum Trennungsgebot fordere sowohl zu Beginn der Werbeeinschaltung eine eindeutige akustische Trennung, um eine Täuschung über den werbenden Charakter der Einschaltung zu vermeiden, als auch am Ende der Werbeeinschaltung, damit dem Zuhörer der erneute Beginn der fortgesetzten redaktionellen Sendung angekündigt werde. Insofern sei davon auszugehen, dass gerade ein typischer Fall der Verletzungen der Vorschrift des § 38 Abs 1 Z 2 iVm § 14 Abs 1 zweiter Satz ORF-G vorliege und daher ein Absehen von der Strafe gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG nicht in Betracht komme.

Durch die begangene Verwaltungsübertretung werde das durch die entsprechende Strafvorschrift geschützte Rechtsgut - einerseits solle eine Überfrachtung des Programms mit Werbung zulasten des Zuhörers verhindert werden, andererseits stelle die Begrenzung der Werbedauer in bundeslandweit ausgestrahlten Hörfunkprogrammen in einem bedeutenden Maß eine den privaten Mitbewerbern zu Gute kommende Einschränkung der Werbeerlösmöglichkeiten der auch durch Programmentgelt finanzierten (und insoweit privilegierten) zweitbeschwerdeführenden Partei dar - in einem erheblichen Ausmaß beeinträchtigt, sodass der objektive Unrechtsgehalt der Tat nicht als bloß geringfügig eingestuft werden könne. In diesem Zusammenhang sei auch zu beachten, dass, selbst dann, wenn man alle Zeiten nicht berücksichtigen würde, die Gesamtdauer sechs Minuten und 19 Sekunden betrage und die Grenze des § 14 Abs 4 fünfter Satz ORF-G deutlich überschritten werden würde, sodass selbst unter Zugrundelegung der Rechtsmeinung der

zweitbeschwerdeführenden Partei jedenfalls kein bloß geringfügiger Unrechtsgehalt anzunehmen wäre, welcher ein Absehen von der Strafe gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG rechtfertige. Auch andere Strafausschließungsgründe würden nicht vorliegen.

3.1.6. Das Vorliegen von Erschwerungsgründen gemäß § 19 Abs 2 VStG iVm § 33 StGB sei ebenfalls nicht zu Tage getreten. 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 ORF-G iVm den Werbebestimmungen der §§ 13-17 ORF-G rechtskräftig verhängt worden seien und die belangte Behörde auch nicht habe feststellen können, dass gegen den Erstbeschwerdeführer andere Verwaltungsstrafen verhängt worden seien (absolute Unbescholtenheit).

Der Erstbeschwerdeführer habe im Rahmen seiner Stellungnahme keine Angaben zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen gemacht. Der Verfahrensgrundsatz, die Verwaltungsbehörde habe von Amts wegen vorzugehen, enthebe den Erstbeschwerdeführer auch im Verwaltungsstrafrecht nicht von der Verpflichtung zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes beizutragen, wobei dem Erstbeschwerdeführer die Verpflichtung insbesondere dort zukomme, wo ein Sachverhalt nur im Zusammenhang mit dem Erstbeschwerdeführer geklärt werden könne, wenn also der amtswegigen behördlichen Erhebung hinsichtlich der nach den materiell-rechtlichen Verwaltungsvorschriften zu beachtenden Tatbestandsmerkmale faktische Grenzen gesetzt seien. Unterlässt der Erstbeschwerdeführer somit die entsprechenden Angaben über sein Einkommen, so habe die belangte Behörde eine Schätzung des Einkommens vorzunehmen (vgl. VwGH 23.02.1996, 95/02/0174). Der Strafbemessung werde ein Jahresbruttoeinkommen des Erstbeschwerdeführers in der Höhe von ca. EUR XXXX ,-- zugrunde gelegt.

Unter Berücksichtigung dieser Strafbemessungsgrundsätze gelange die belangte Behörde in Ausübung des Ermessens iSd Gesetzes zu folgendem Ergebnis:

Bezüglich der Verletzung des § 38 Abs 1 Z 2 iVm § 14 Abs 1 zweiter Satz ORF-G durch die fehlende Trennung des werblich gestalteten Beitrags zum von XXXX veranstalteten " XXXX " an dessen Anfang und Ende gehe die belangte Behörde davon aus, dass mit einem Betrag von je EUR XXXX ,-- das Auslangen gefunden werden könne. Die verhängte Geldstrafe liege damit am untersten Ende des Strafrahmens des § 38 Abs 1 Z 2 ORF-G, der bis EUR 58.000,- reiche.

Hinsichtlich der Verletzung des § 14 Abs 4 fünfter Satz iVm § 17 Abs 5 ORF-G durch Überschreitung der höchstzulässigen täglichen Werbedauer habe die belangte Behörde insbesondere folgende Faktoren in Erwägung gezogen: Die Intensität der Beeinträchtigung sei angesichts der Überschreitung des gesetzlichen Limits um mehr als ein Drittel als sehr erheblich einzustufen. Zu beachten sei jedoch, dass die zweitbeschwerdeführende Partei im Feststellungsverfahren vorgebracht habe, dass die nach dem Versand des Informationsschreibens der belangten Behörde zum Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union betreffend mehrere Auslegungsfragen der Mediendiensterichtlinie im Bereich der Vorschriften über die kommerzielle Kommunikation vom 08.04.2016 gewährte tatsächliche Zeitspanne zur allfälligen Anpassung der Werbapraxis sehr kurz bemessen gewesen sei, wie die Anwendung der erarbeiteten Grundsätze bereits am 10.05.2016 zeige. Die zweitbeschwerdeführende Partei habe in der täglichen Praxis sehr viele Einzelfälle und unterschiedlichste Sachverhaltskonstellationen zu beurteilen und abzuwickeln, die mit hohem Aufwand an technischen und strukturellen Anpassungen einhergehen würden.

Aufgrund dieses Vorbringens könne davon ausgegangen werden, dass der Erstbeschwerdeführer zwar grundsätzlich Maßnahmen zur Umsetzung einer rechtskonformen Programmgestaltung in die Wege geleitet habe, diese aber im Detail längere Zeit in Anspruch genommen hätten. Die belangte Behörde habe bei der Strafbemessung im gegenständlichen Verfahren vom Unwert der Überschreitung der zulässigen Werbedauer ohne Einrechnung der aufgrund des Urteils des Gerichtshofes der Europäischen Union in der Rechtssache C-314/14, Sanoma Media Finland Oy ua, nunmehr zu berücksichtigenden Elementen im Ausmaß von einer Minute und 34 Sekunden auszugehen, da für die darüber hinausgehenden Zeiten iSd zitierten Aktenvermerks nur ein sehr geringes Verschulden des Erstbeschwerdeführers anzunehmen sei. Insofern wäre die Bemessung anhand der höheren Überschreitung der höchstzulässigen Werbedauer im Ausmaß von einer Minuten und 55 Sekunden, wie sie sich aus dem objektiven Tatbestand ergebe, im vorliegenden Fall überschließend, jedoch ergebe sich selbst bei der Zugrundelegung einer Gesamtdauer der in die höchstzulässige Werbezeit einzurechnenden Elemente von sieben Minuten und 34 Sekunden mit 26,1 % ebenfalls eine sehr erhebliche Überschreitung der höchstzulässige Werbezeit. Daher gehe die belangte

Behörde unter Heranziehung der Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit von 00:01:34 davon aus, dass ein Betrag von EUR XXXX ,-- adäquat sei. Die verhängte Geldstrafe liege noch immer am unteren Ende des Strafrahmens iSd § 38 Abs 1 Z 2 ORF-G.

3.1.7. Es sei daher spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

4. Gegen dieses Straferkenntnis wendet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher im Wesentlichen Folgendes ausgeführt wurde:

4.1. Die belangte Behörde gehe zu Unrecht vom Vorliegen des objektiven Tatbestands der Werbung bzw. der Überschreitung der Werbezeit aus und habe den Erstbeschwerdeführer als verantwortlichen Beauftragten der zweitbeschwerdeführenden Partei zu Unrecht bestraft, da ihn an der angelasteten Übertretung kein Verschulden treffe. Jedenfalls aber hätte die belangte Behörde das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 VStG einstellen müssen.

4.1.1. Die Sendung " XXXX " sei ein unterhaltendes Talkformat mit Gästen aus den verschiedensten gesellschaftlichen Bereichen. Wie auch die konkrete Sendung am 10.05.2016 zeige, sei die Gesprächsführung eher salopp und launig angelegt.

Beim Hören des Sendungsteiles finde man auch die von der belangten Behörde in ihrer rechtlichen Beurteilung angeführten beschreibenden Ausdrücke des Gesprächs nicht. Eine "begeisterte Bewertung" oder eine "überschwängliche Begeisterung" des Moderators sei der Sendung nicht zu entnehmen. Vielmehr sei die Reaktion des Moderators auf den Preis als zurückhaltend, resignierend und abwartend zu beschreiben. Für das durchschnittliche Publikum ergebe sich daher aus diesem Sendungsteil ein ganz anderer als der von der belangten Behörde beschriebene Eindruck. Dass es sich bei der Veranstaltung um ein "günstiges" Angebot handle, sei geradezu das Gegenteil dessen, was er für dieses suggeriere.

Anders als die belangte Behörde seien die Beschwerdeführer auch der Auffassung, dass die Art der Sendung sehr wohl eine entscheidende Rolle bei der Beurteilung einnehme. Die Grenze zur werblichen Präsentation werde bei Berücksichtigung von Inhalt und Ausrichtung der Sendung " XXXX " in diesem Sendungsteil insgesamt und gerade auch durch die als nicht "überschwänglich begeistert" zu beschreibende Reaktion des Moderators nicht überschritten worden. Die Darstellung des " XXXX " im Rahmen des Gesprächs finde als Gestaltungselement im journalistischen Spielraum, der der zweitbeschwerdeführenden Partei in ihrer Programmgestaltung und gerade in einem unterhaltenden Talkformat zur Mittagszeit in XXXX zuzugestehen sei, Deckung.

Es handle sich ausschließlich um einen redaktionellen Programmbestandteil, in dessen Rahmen sich für die Anwendung des objektiven Entgeltmaßstabes kein Raum ergebe. Es existiere kein Verkehrsgebrauch, nach dem üblicherweise ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung zu leisten sei. Auch tatsächlich habe die zweitbeschwerdeführende Partei kein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erhalten.

Ein Verstoß gegen den Trennungsgrundsatz des § 14 Abs 1 zweiter Satz ORF-G liege daher nicht vor.

4.1.2. Anders als die belangte Behörde würden die Beschwerdeführer nicht die Auffassung vertreten, dass Werbung und Sponsorhinweise im Gesamtausmaß von ca. sieben Minuten und 55 Sekunden ausgestrahlt worden seien. Die Dauer der am 10.05.2016 in die Werbezeit einzurechnenden Werbung und Sponsorhinweise betrage in Summe sechs Minuten und 19 Sekunden.

Die Dauer der drei Sponsorhinweise zugunsten von XXXX , XXXX , XXXX und XXXX sei jeweils sechs Sekunden. Es seien daher gesamt 18 Sekunden in die Werbezeit einzurechnen. Auch der Hinweis um ca. 11:25:11 Uhr sei wie in den identischen Fällen sechs und nicht sieben Sekunden lang.

Anzumerken sei, dass die Herangehensweise der belangten Behörde, Sponsorhinweise trotz ihrer Identität ex post mit unterschiedlicher Dauer festzustellen, jede Planung der Einhaltung der Werbezeit ex ante verunmögliche, insofern könne dem Erstbeschwerdeführer diesbezüglich auch kein Verschulden angelastet werden.

Der Sponsorhinweis "Präsentiert von XXXX und XXXX " sei in jedem der drei Fälle zwei Sekunden lang. Es seien daher gesamt sechs Sekunden in die Werbezeit einzurechnen.

Aus der Ausstrahlung von Sponsorhinweisen seien daher gesamt 24 Sekunden für die Werbezeit zu berücksichtigen. Der Sendungsteil zum " XXXX " stelle keine Werbung dar und sei daher nicht in die Werbezeit einzurechnen.

4.1.3. Sponsorhinweise würden entgegen der Auffassung der belangten Behörde bei Programmhinweisen nicht dem Trennungsgebot des § 14 Abs 1 zweiter Satz ORF-G unterliegen.

Die belangte Behörde habe in einem Schreiben vom 08.04.2016 alle Rundfunkveranstalter über die Existenz des Urteils des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 17.02.2016, Rechtssache, C-314/14, Sanoma Media Finland Oy ua, informiert und die "Folgen" mitgeteilt, jedoch sei nach dem Versand ihres Informationsschreibens vom 08.04.2016 gewährte tatsächliche Zeitspanne zur allfälligen Anpassung der Werbepraxis von der belangten Behörde zu kurz bemessen worden.

Schon formal sei dieses Urteil nicht geeignet, die Frage zu beantworten, ob Sponsorhinweise bei Programmhinweisen in Hörfunkprogrammen vom Programmhinweis zu trennen seien, da das Urteil nur Vorgaben zur Einrechnung von Sponsorhinweisen als Fernsehwerbung in die stündliche Werbezeit von Fernsehprogrammen enthalte. Im vorliegenden Fall gehe es aber um Hörfunkprogramme, auf die die AVMD-RL zweifellos nicht anzuwenden sei. Aus den Ausführungen des Gerichtshofes der Europäischen Union erhelle eindeutig, dass die Auffassung der belangten Behörde, der Gerichtshof der Europäischen Union habe Sponsorhinweise als "(Fernseh-)Werbung" eingeordnet, unrichtig sei. Es sei festzuhalten, dass die ganz herrschende Lehre das Urteil als Fehlurteil einordne (vgl. Kogler, Zum Schutz des wehrlosen TV-Publikums, ZUR 2016/2). Der Gerichtshof der Europäischen Union habe nämlich maßgebliche Bestimmungen und Erwägungen der AVMD-RL sowie seine eigene bisherige Rechtsprechung außer Acht gelassen.

Zudem sei darauf hinzuweisen, dass sich die gegenständlichen Sachverhalte auch maßgeblich vom Sachverhalt unterscheiden würden, der die Grundlage der Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Union gebildet habe, da der dort gegenständliche Sponsorhinweis im Fernsehen offenkundig ein Ausschnitt aus einem Werbespot des Sponsors gewesen sei, während die hier gegenständlichen Sponsorhinweise über die Nennung von Namen nicht hinausgehen würden.

Ergänzend bzw. klarstellend sei auszuführen, dass selbst wenn es richtig wäre, dass Sponsorenzeichen bei Programmhinweisen nicht als "Sponsorhinweis" iSd Art 23 Abs 2 AVMD-RL einzuordnen wären, der Schluss nicht richtig sei, dass sie dann analog zu Art 23 Abs 1 AVMD-RL in die Werbezeit einzurechnen wären, sondern würde es sich bei den Sponsorenzeichen dann schlicht um "kommerzielle Kommunikation" (Art 1 Abs 1 lit h AVMD-RL) handeln. Denn dieser Begriff sei als Auffang- oder Überbegriff konzipiert (siehe zB Art 1 Abs 1 lit h dritter Satz AVMD-RL, arg. "Zur audiovisuellen kommerziellen Kommunikation zählen unter anderem Fernsehwerbung, Sponsoring, Teleshopping und Produktplatzierung."). Wenn nun nach dem von der österreichischen Rechtsprechung entwickelten System eine kommerzielle Äußerung mangels Werblichkeit keine Fernsehwerbung bzw. keinen gestalteten Sponsorhinweis darstelle und weder die Definition der Produktplatzierung noch die Definition eines "ungestalteten Sponsorhinweises" erfülle, stelle die Äußerung "kommerzielle Kommunikation" dar. Dieser Begriff erfasse sowohl werbliche als auch nicht werblich gestaltete Äußerungen (arg. Art 1 Abs 1 lit h Satz i AVMD-RL, arg. "die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes"). Für eine analoge Heranziehung des Art 23 Abs 1 AVMD-RL bestehe daher auch insofern kein Raum. Es sei daher unverständlich, warum unter dem Titel der Rechtsrichtigkeit eine eindeutige Fehlentscheidung auf möglichst viele Sachverhalte zur Anwendung gebracht werden sollte und der Fehler gewissermaßen "multipliziert" werde, obwohl Anhaltspunkte eine Differenzierung und Eingrenzung ermöglichen würden.

Auch die Heranziehung der Schlussanträge des Generalanwalts vom 06.10.2015 führe, anders als die belangte Behörde vermeine, nicht dazu, dass Sponsorenzeichen bei Programmhinweisen nicht nur in die höchstzulässige stündliche Werbezeit einzurechnen, sondern auch vom sonstigen Programm zu trennen wären. Denn der Gerichtshof der Europäischen Union habe die Schlussanträge bzw. darin enthaltene Begründungen vielfach nicht übernommen.

Der Gerichtshof der Europäischen Union habe den Begriff "Fernsehwerbespot" in analoger Anwendung auf Sponsorenzeichen bei (bestimmten) TV-Programmhinweisen ausgedehnt, um den Zusehern 80 % an redaktionellen Inhalten pro Stunde zu sichern. Das ORF-G sei im Rahmen von Sponsorenzeichen bei (bestimmten) TV-Programmhinweisen daher in europarechtskonformer Interpretation auszulegen und die Dauer in die höchstzulässige stündliche Werbezeit einzurechnen.

Soweit es allerdings um Bereiche und Beschränkungen gehe, die nicht aus der AVMD-RL stammen würden, falle das entscheidende Gewicht einer europarechtskonformen Interpretation weg und es würden andere Argumente prävalieren.

Aus alldem folge, dass Sponsorhinweise bei Programmhinweisen im Hörfunk nicht iSd § 14 Abs 1 zweiter Satz ORF-G

von anderen Programmteilen zu trennen seien.

4.1.4. Zudem habe der Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil keine Aussage zur Einrechnung von Trennelementen in die Werbezeit getroffen. Die Unrichtigkeit der Ausweitung auf den Hörfunk ergebe sich zusätzlich nun auch aus dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21.06.2017, Ro 2016/03/0011. Der Verwaltungsgerichtshof nehme bei der Anwendung des Unionsrechts sehr wohl unterschiedliche Betrachtungsweisen nach Hörfunk und Fernsehen vor.

Zusammengefasst sei festzuhalten, dass daher der objektive Tatbestand als nicht erfüllt anzusehen sei.

4.2. Dem Erstbeschwerdeführer könne im gegenständlichen Fall kein schulhaftes Verhalten angelastet werden, da ein strafbefreiendes Regel- und Kontrollsyste implementiert sei, weshalb dem Erstbeschwerdeführer weder Fahrlässigkeit noch Vorsatz vorzuwerfen sei.

Aufgrund der Dienstanweisung des Generaldirektors seien sämtliche zu gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Entscheidungen in Werbesachen im weitesten Sinn abgegebenen Einschätzungen, Empfehlungen und Vorgaben der Abteilung Recht und Auslandsbeziehungen (GRA) sowie sämtliche durch den Erstbeschwerdeführer festgelegte Maßnahmen von allen Dienststellen und Tochtergesellschaften zu berücksichtigen bzw. einzuhalten. Weiters gebe es regelmäßig eine vom Erstbeschwerdeführer an alle Direktoren, Landesdirektoren, Dienststellenleiter und mehrere Tochtergesellschaften adressierte "Interne Mitteilung", in der eine Verteilung von Berichten der Abteilung GRA und deren Abrufbarkeit im Internet angeordnet werden würden. Zudem werde verfügt, dass werberechtliche Fragen, die nicht ausjudiziert seien und bisher noch nicht von der Abteilung GRA beurteilt worden seien, ausnahmslos an die Abteilung GRA zur Prüfung und Klärung heranzutragen seien. Einzelfälle, bei denen aufgrund ihrer Komplexität Zweifel über die werberechtliche Zulässigkeit der Vorgehensweise bestehen würden, seien an die Abteilung GRA heranzutragen. Ebenso sei in der internen Mitteilung in Aussicht gestellt worden, dass die Abteilung GRA regelmäßig in allen von den Werbebestimmungen betroffenen Bereichen der zweitbeschwerdeführenden Partei und ihrer Tochtergesellschaften (auch unangekündigte) Kontrollen und Überprüfungen durchführen werde. Von diesem Regel- und Kontrollmechanismus vollumfänglich umfasst sei insbesondere auch das regionale Hörfunkprogramm XXXX .

Speziell für die Landesstudios sei auch eine weitere konkrete Maßnahme gesetzt worden. Um diese zusätzlich zur Rechtstreue zu "motivieren", sei in Absprache mit den wirtschaftlichen Abteilungen der zweitbeschwerdeführenden Partei vereinbart worden, dass Werbeverstöße auch Niederschlag in der sogenannten "Erfolgsbilanz" der Landesstudios finden würden, dh es würden mehrfache Verstöße auch zu einer geringeren Erfolgsbilanz führen. Darauffolgend seien die Landesstudios, unter diesen auch besonders das Landestudio XXXX , aktiv an die Rechtsabteilung herangetreten und es sei eine Art "Skriptum" erarbeitet worden, in dem die wichtigsten einzuhaltenden Regeln in leicht verständlicher Form dargelegt worden seien. Dies sei seit der Bestellung des Erstbeschwerdeführers zum verantwortlichen Beauftragten passiert und stelle einen kontinuierlichen Prozess dar, der auch fortgeführt werde. Das Konvolut habe derzeit rund 20 Seiten. Es würden darin auch die verfahrensgegenständlichen Fragen differenziert nach Mediengattung abgehandelt und mit Beispielen hinterlegt werden.

Im Lichte dieser konkreten Maßnahmen werde ersichtlich, dass der Erstbeschwerdeführer alle ihm möglichen Maßnahmen ergriffen habe und fortgesetzt ergreife, um Regelverstöße zu verhindern.

Selbstverständlich seien nach dem Erhalt des Informationsschreibens vom 08.04.2016 Maßnahmen ergriffen worden, um die Werbepraxis an die von der belangten Behörde dargelegten Rechtsansichten anzupassen.

4.3. Das angefochtene Straferkenntnis sei zudem in Hinblick auf die Strafbemessung in mehrfacher Hinsicht mit Rechtswidrigkeit belastet:

"Insbesondere

geht die belangte Behörde substanzlos, rechtswidriger Weise von einer pauschalen Übernahme der über den Erstbeschwerdeführer verhängten Verwaltungsstrafe durch den Zweitbeschwerdeführer aus;

hat die belangte Behörde im Wege der bloßen Schätzung eine nicht nachvollziehbare und unrichtiger Weise zu hoch gegriffene Annahme der Einkommensverhältnisse der Erstbeschwerdeführers getroffen;

hat es die belangte Behörde unrichtigerweise unterlassen, die konkret vorliegenden mildernden Umstände mit dem ihnen zukommenden erheblichen Gewicht in die Strafbemessung einzustellen;

hat die belangte Behörde die verhängte Verwaltungsstrafe unter Missachtung der Grundsätze der Strafbemessung drastisch überhöht angesetzt."

4.3.1. Die belangte Behörde lege ihrer Würdigung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Erstbeschwerdeführers explizit die Annahme zugrunde, dass "bei einem Unternehmen wie dem ORF, bei dem es regelmäßig zu Übertretungen im Bereich der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten kommt, allenfalls verhängte Verwaltungsstrafen vom Unternehmen getragen werden."

Eine derartige in Hinblick auf die konkrete Fallgestaltung begründungs- und substanzlos getroffene, schlichte Vermutung ob des Bestehens einer tatsächlichen "Strafübernahme" durch die zweitbeschwerdeführende Partei könne als nicht tragfähig angesehen werden, um im Rahmen der Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Erstbeschwerdeführers in irgendeiner Weise eine zulässige Berücksichtigung zu finden.

4.3.2. Es sei der belangten Behörde des Weiteren zum Vorwurf zu machen, dass sie sich bei der Strafbemessung auf die nach eigenem Ermessen geschätzten Einkommensverhältnisse des Erstbeschwerdeführers stütze und es nicht zuletzt aufgrund der unzutreffender Weise zu hoch angenommenen Einkommenslage solcherart ebenfalls unterlasse, ihrer Strafzumessung eine auf die Situation des Erstbeschwerdeführers hin ausgerichtete, konkret fallbezogen-fundierte Würdigung zugrunde zu legen.

Vielmehr hätte die belangte Behörde nachvollziehbar überprüfbar darzutun gehabt, welche konkreten Aspekte es rechtfertigen würden, sich über die ihr vorliegenden Angaben des Erstbeschwerdeführers, es gebe keine Änderungen gegenüber seiner bisherigen, der belangten Behörde bekannten Einkommensverhältnisse, hinwegzusetzen. Diese Rechtsverletzung wiege noch umso schwerer, zumal die geschätzte Einkommenslage des Erstbeschwerdeführers einerseits schon rein rechnerisch nicht nachvollziehbar sei und andererseits im Ergebnis zu hoch greife und daher nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspreche.

4.3.3. Hinzu komme weiters, dass die belangte Behörde als Strafmilderungsgründe jedenfalls die absolute Unbescholtenheit des Erstbeschwerdeführers sowie sein wohlwollendes Nachtatverhalten in entscheidender Weise zu berücksichtigen gehabt hätte. Darüber hinaus könne dem Erstbeschwerdeführer kein Verschulden angelastet werden, wenn überhaupt jedoch nur die geringste Form von leichter Fahrlässigkeit.

Die belangte Behörde nehme in ihren Ausführungen über die Strafbemessung ausschließlich auf den einen mildernden Umstand Bezug, dass der Erstbeschwerdeführer unbescholten sei. Wie sie selbst ausführe, würden demgegenüber keine Erschwerungsgründe vorliegen. Nicht nur würden die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe somit eindeutig überwiegen, sondern würden sogar von der belangten Behörde selbst keinerlei Erschwerungsgründe ausgemacht werden. Umso mehr verwundere es die Beschwerdeführer, weshalb dieser Umstand bei der Strafbemessung de facto keine entsprechende Beachtung erfahren habe. Schon alleine die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Erstbeschwerdeführers wäre mit dem ihr zukommenden, erheblichen Gewicht tatsächlich wirksam in die Strafbemessung einzustellen gewesen, was zu einer deutlichen Reduktion der Strafe hätte führen müssen.

Dies gelte insbesondere angesichts des Umstands, dass die mit der Tat verbundene Schädigung bzw. Gefährdung der Interessen, deren Schutz die Strafdrohung diene, gering gewesen sei, sowie im Lichte des geringen Grades des Verschuldens, das dem Erstbeschwerdeführer zur Last gelegt werden könne.

Nicht zuletzt treffe die belangte Behörde auch keine Aussagen darüber, dass etwa spezialpräventive Gründe die Verhängung einer Strafe in diesem empfindlichen Ausmaß unbedingt erforderlich machen würden.

4.4. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass der objektive Tatbestand erfüllt und eine subjektive Vorwerfbarkeit des Erstbeschwerdeführers gegeben wäre, hätte die belangte Behörde dennoch gemäß § 45 Abs 1 VStG vorgehen müssen.

Die Voraussetzung des geringfügigen Verschuldens erfülle der Erstbeschwerdeführer zweifellos, da ihm aufgrund der Einrichtung des beschriebenen Regel- und Kontrollsystems überhaupt kein Verschulden vorgeworfen werden könne. Die vorgenommenen Kontrollen würden regelmäßig stattfinden, seien meist unangekündigt und würden jedenfalls über bloß stichprobenartige Maßnahmen weit hinausgehen. Selbst wenn man daher davon ausgehe, dass den Erstbeschwerdeführer ein Verschulden treffe, müsse es sich dabei um das geringste Maß an Verschulden handeln.

Nach Lehre und Rechtsprechung könne § 21 Abs 1 VStG und somit auch § 45 Abs 1 Z 4 VStG nicht nur bei leichter Fahrlässigkeit angewendet werden (Sander in N. Raschauer/Wessely [Hrsg], Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz 2 § 20 Rz 6). Daraus folge, dass die Bestimmung hier jedenfalls zur Anwendung gelangen müsse, da in jeder Hinsicht die leichteste Form von Fahrlässigkeit vorliege. Dass die gesetzliche Schuldvermutung des § 5 Abs 1 VStG demnach aufrecht bleibe und deshalb nach Ansicht der belagten Behörde in der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses keine Einstellung des Verfahrens hätte verfügt werden können, entspreche daher weder der Rechtsprechung noch der herrschenden Lehre.

Selbstverständlich seien nach dem Erhalt des Informationsschreibens vom 08.04.2016 Maßnahmen ergriffen worden, um die Werbepraxis an die von der belagten Behörde dargelegten Rechtsansichten anzupassen. Diese hätten explizit auch die künftige Einrechnung der "schwarzen Sekunden" und der zur Trennung der Werbung von anderen Programmteilen eingesetzten Mittel im Hörfunk betroffen.

Die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und die Intensität seiner Beeinträchtigung seien im vorliegenden Fall ebenfalls als gering zu qualifizieren.

4.5. Folglich werde folgender Antrag gestellt:

"Das Bundesverwaltungsgericht möge in der Sache selbst entscheiden, der Beschwerde Folge geben, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufheben und das Verwaltungsstrafverfahren einstellen."

4.6. Ferner werde Folgendes angeregt:

"Wir regen daher für den Fall, dass das BVwG unseren Anträgen nicht stattgibt, an, das Verfahren zu unterbrechen und dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art 267 AEUV folgende für das Verfahren präjudizielле Frage betreffend die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, der RL über audiovisuelle Mediendienste vorzulegen:

Ist Art 19. Abs. 1 der Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) dahin auszulegen, dass ein Sponsorhinweis bei einem Programmhinweis, wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, die nur in der Nennung eines Namens des Sponsors bestehen, wobei der Sponsor den Programmhinweis als eigenständige Sendung gesponsert hat, als Fernsehwerbung durch optische und/oder akustische und/oder räumliche Mittel eindeutig von anderen Sendungsteilen abgesetzt sein muss."

5. Mit Schriftsatz vom 30.05.2018 legte die belagte Behörde die Beschwerde samt Verfahrensakten dem Bundesverwaltungsgericht vor.

6. Am 04.12.2018 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentlich mündliche Verhandlung statt.

7. Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 21.12.2018, W219 2135500-1, entschied dieses über die Beschwerde der zweitbeschwerdeführenden Partei gegen den Bescheid der belagten Behörde vom 28.07.2016, KOA 1.850/16-044, wie folgt:

"A)

I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als

a) Spruchpunkt 1.e. des angefochtenen Bescheides dahingehend abgeändert wird, dass die Wortfolge "Ausstrahlung von Werbung und Sponsorhinweisen im Gesamtausmaß von ca. 8 Minuten und 4 Sekunden" nunmehr zu lauten hat: "Ausstrahlung von Werbung und Spo

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