jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2019/3/14 W271 2211664-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 14.03.2019

Entscheidungsdatum

14.03.2019

Norm

B-VG Art.133 Abs4
KOG §36
ORF-G §1a Z7
ORF-G §13
ORF-G §18 Abs1
ORF-G §38 Abs1 Z2
VStG 1950 §16
VStG 1950 §19 Abs1
VStG 1950 §19 Abs2
VStG 1950 §44a Z2
VStG 1950 §44a Z3
VStG 1950 §45 Abs1 Z4
VStG 1950 §5 Abs1
VStG 1950 §64
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 2211503-1/9E

W271 2211664-1/9E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Anna WALBERT-SATEK als Vorsitzende sowie die Richterin Mag. Ingrid ZEHETNER als Beisitzerin und den Richter Mag. Eduard Hartwig PAULUS als Beisitzer über die Beschwerden des 1) XXXX (Erstbeschwerdeführer) und des 2) Österreichischen Rundfunks (Zweitbeschwerdeführer), beide vertreten

durch XXXX , gegen das Straferkenntnis der Kommunikationsbehörde Austria vom XXXX , KOA XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 27.02.2019 zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird hinsichtlich des Ausspruches über die verhängte Strafe teilweise stattgegeben und die verhängte Geldstrafe auf EUR XXXX ,- reduziert; korrespondierend dazu reduziert sich der Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde gemäß § 64 VStG auf EUR XXXX ,-.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Verfahrensgang

1. Aufgrund einer Anzeige der XXXX S.A. vom XXXX traten bei der Kommunikationsbehörde Austria (in Folge: "KommAustria" oder "belangte Behörde") Bedenken wegen möglicher Verletzungen der Bestimmungen der § 13 Abs. 1 erster Satz (Erkennbarkeitsgebot) sowie § 13 Abs. 3 Z 6 ORF-G (Irreführungsverbot) wegen Schleichwerbung zugunsten von " XXXX " in der unter dem Link XXXX abrufbaren Online-Berichterstattung " XXXX " auf. Die belangte Behörde holte sodann die genannte Berichterstattung beim Österreichischen Rundfunk (in Folge: "ORF" oder "Zweitbeschwerdeführer") ein.

2. Mit Schreiben vom XXXX , KOA XXXX , wurde XXXX (in Folge: "Erstbeschwerdeführer") zur Rechtfertigung aufgefordert, weil er der für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 VStG zum verantwortliche Beauftragte, sachlich begrenzt u.a. für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G, für den gesamten Bereich des Zweitbeschwerdeführers, ist. Ihm wurde vorgeworfen, dass die oben genannte Online-Berichterstattung Schleichwerbung zu Gunsten von XXXX enthalten habe und somit dem Erkennbarkeitsgebot des § 13 Abs. 1 Satz 1 ORF-G und dem Irreführungsverbot nach § 13 Abs. 3 Z 6 ORF-G widersprochen worden sei. Mit Schreiben vom gleichen Tag wurde der Generaldirektor des Zweitbeschwerdeführers über die Aufforderung zur Rechtfertigung und die Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens in Kenntnis gesetzt.

3. Der Erstbeschwerdeführer nahm die Möglichkeit zur mündlichen Rechtfertigung nicht wahr, erstattete aber am XXXX zum Schreiben vom

XXXX eine Stellungnahme. Diese führte zusammengefasst aus, dass ein Verstoß gegen das ORF-G aus mehreren Gründen nicht vorliege:

Vor der XXXX habe der Zweitbeschwerdeführer insgesamt und umfassend über die Hintergründe der Versorgung mit ORF-Programmen informiert. Die Konsumenten seien in diesem Zusammenhang auch über die Möglichkeiten von HD-Empfang via Satellit in Kenntnis gesetzt worden. Dabei seien Beiträge in allen Kanälen und Angeboten des Zweitbeschwerdeführers ausgestrahlt und in Summe ein ausgewogenes Bild über die Empfangsmöglichkeiten vermittelt worden. Es könne aufgrund der Informationsaufgabe des Zweitbeschwerdeführers daher nicht vertreten werden, dass nur völlig "neutralisierte" Formulierungen unter Vermeidung jedweden Superlativs zulässig seien und in Nachrichtensendungen jedwedes vor Ort befindliche Logo abzudecken bzw. unkenntlich zu machen sei.

Der Beitrag sei zudem nicht zur Irreführung des Konsumenten geeignet, weil unter der Überschrift " XXXX " genau dies vermittelt worden sei: Es seien Informationen über das Datum der Umstellung, die betroffenen Programme und Sender, Hinweise auf eine Informations-Hotline, technische Notwendigkeiten, was sich der Zuseher selbst im Vorfeld überlegen könne, sowie für welche Schritte er einen Experten bzw. ein Fachgeschäft brauche, gegeben worden. Auch sei ein Hinweis auf einen konkreten "HD-Infotag" im Landesstudio ersichtlich gewesen. Es liege außerdem keine Entgeltlichkeit vor.

Selbst wenn man vom Vorliegen des objektiven Tatbestandes ausgehen würde, sei die Tat dem Erstbeschwerdeführer mangels Verschuldens aufgrund des eingerichteten Kontrollsystems nicht vorwerfbar: Der Erstbeschwerdeführer verwies dazu auf die Niederschrift seiner Vernehmung vom XXXX zu KOA XXXX . Er habe vor der Umstellung im Oktober 2017 alle zumutbaren Maßnahmen getroffen, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund hätten erwarten lassen; so sei angewiesen worden, dass in etwaigen

Berichten keinerlei "werbliche" Aussagen getätigt werden dürfen, die geeignet wären, Zuseher oder Zuhörer insbesondere für den Erwerb von " XXXX "-Abos oder -Endgeräten zu gewinnen.

Hinsichtlich seiner Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie Sorgepflichten verwies der Erstbeschwerdeführer ausdrücklich auf die Niederschrift über seine Vernehmung vom XXXX zu KOA XXXX .

4. Daraufhin erließ die belangte Behörde das gegenständlich angefochtene Straferkenntnis vom XXXX , 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 1991 (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 0RF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 115/2017, zu verantworten, dass jedenfalls von XXXX bis zumindest XXXX die unter XXXX abrufbare Online-Berichterstattung " XXXX " Schleichwerbung zugunsten von " XXXX " enthalten hat und somit dem Erkennbarkeitsgebot des § 13 Abs. 1 Satz 1 ORF-G und dem Irreführungsverbot nach § 13 Abs. 3 Z 6 ORF-G widersprochen wurde.

Tatort: jeweils in 1136 Wien, Würzburggasse 30.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 13 Abs. 1 Satz 1 iVm § 13 Abs. 3 Z 6 iVm§ 1a Z 7 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

4.000,-

zwei Tagen

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

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

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

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

XXXX 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

XXXX Euro"

5. 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.

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

6.1. Zum objektiven Tatbestand

Bei der Online-Berichterstattung " XXXX " handle es sich um verbotene Schleichwerbung iSd§ 1a Z 7 ORF-G, die dem Erkennbarkeitsgebot des § 13 Abs. 1 erster Satz ORF-G und dem Irreführungsverbot des § 13 Abs. 3 Z 6 ORF-G widerspreche.

Zwar sei Schleichwerbung im sonstigen Online-Angebot vom Wortlaut des§ 13 Abs. 1 ORF-G nicht erfasst, jedoch stelle

§ 18 Abs. 1 erster Satz ORF-G klar, dass auf das gesamte öffentlich-rechtliche Onlineangebot alle Regelungen uneingeschränkt Anwendung finden würden. Abs. 2 leg. cit. schreibe vor, dass in inhaltlicher Hinsicht für das kommerzielle Teletext- und Online-Angebot die Grundsätze des §§ 10 und 13 bis 17 ORF-G Anwendung finden würden, soweit nicht etwas anderes bestimmt sei.

Schleichwerbung erfülle den Tatbestand der Werbung, wozu die Entgeltlichkeit und das Ziel der unmittelbaren Absatzförderung zählen würden. Hinzu komme die Irreführungseignung hinsichtlich des eigentlichen Zwecks der Darstellung. Nach Auffassung der belangten Behörde seien diese drei Elemente gegenständlich gegeben: Das Erwähnen und Darstellen des " XXXX -Abos" sowie der Erwerb der Produkte innerhalb des Aktionszeitraumes seien geeignet, das bislang uninformierte oder unentschlossene Publikum für den Erwerb der Produkte zu gewinnen. Eine derartige Darstellung lasse auch keine Zweifel dahingehend aufkommen, dass diese üblicherweise gegen Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung erfolge. Die werbliche Darstellung von XXXX -Produkten in einer scheinbar redaktionellen Online-Berichterstattung sei zudem geeignet gewesen, über den eigentlichen Werbezweck irrezuführen. Ein Durchschnittsleser rechne bei allgemeinen Informationen zur Umstellung auf DVB-TV2 nicht damit, Werbung für XXXX -Produkte präsentiert zu bekommen. Die Informationskampagne sei sohin nicht ausschließlich dazu verwendet worden, den Konsumenten allgemein über die Umstellung zu informieren.

Schleichwerbung widerspreche jedenfalls dem Erkennbarkeitsgebot sowie dem Irreführungsverbot (vgl. Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze4, 2018, S. 156 und 228 f). Es handle sich damit bei der abrufbaren Online-Berichterstattung " XXXX " um einen Verstoß gegen die Bestimmungen des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 13 Abs. 1 Satz 1 iVm § 13 Abs. 3 Z 6 iVm § 1a Z 7 ORF-G.

6.2. Verantwortlichkeit und Verschulden des Erstbeschwerdeführers

Der Erstbeschwerdeführer sei ein nach § 9 Abs. 2 VStG bestellter verantwortlicher Beauftragter.

Das tatbestandsmäßige Verhalten sei dem Erstbeschwerdeführer auch vorzuwerfen. Bei den vorgeworfenen Übertretungen handle es sich um Ungehorsamsdelikte, die weder den Eintritt eines Schadens, noch einer konkreten Gefahr voraussetzen würden. Zur Strafbarkeit reiche fahrlässiges Verhalten. Der Erstbeschwerdeführer führe zwar das Kontrollsystem seines Vorgängers fort, jedoch sei mangels entsprechenden Vorbringens nicht dargelegt worden, wieso - trotz Vorliegens eines "funktionierenden Kontrollsystems" - die Übertretung nicht habe verhindert werden können; der Erstbeschwerdeführer habe lediglich angegeben, Dienstanweisungen getätigt zu haben, dass in etwaigen Berichten keinerlei "werbliche" Aussagen enthalten sein dürften. Die gesetzliche Schuldvermutung des § 5 Abs. 1 VStG bleibe demnach aufrecht.

6.3. Zur Strafbemessung

Die Verletzung des Schleichwerbungsverbotes beeinträchtige das durch die Strafvorschrift geschützte Rechtsgut in einem erheblichen Ausmaß, sodass der objektive Unrechtsgehalt der Tat nicht als bloß geringfügig eingestuft werden könne. Es lägen keine Voraussetzungen für das Absehen von der Strafe oder Strafausschließungsgründe vor. Selbiges gelte für Erschwerungsgründe gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm § 33 StGB. 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 iVm den Werbebestimmungen der §§ 13 bis 17 ORF-G oder andere Verwaltungsstrafen rechtskräftig verhängt worden seien (absolute Unbescholtenheit).

Da 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 XXXX und eine Sorgepflicht für ein minderjähriges Kind zu Grunde gelegt worden. Die verhängte Strafe von EUR XXXX liege am unteren Strafrahmen des § 38 Abs. 1 Z2 ORF-G, der bis EUR XXXX ,- reiche.

7. Gegen diese Entscheidung erhoben die Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom XXXX Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie bekämpften das Straferkenntnis insbesondere wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes sowie wegen Mangelhaftigkeit des durchgeführten Verfahrens zur Gänze.

7.1. Zum festgestellten Sachverhalt brachten die Beschwerdeführer vor, dass nicht richtig sei, dass der Beitrag bis "zumindest XXXX " abrufbar gewesen sei, sondern seit XXXX nicht mehr auf der Homepage des Zweitbeschwerdeführers zugänglich gewesen sei.

7.2. Der Spruch der belangten Behörde sei unklar gefasst, sodass das Straferkenntnis mit Rechtswidrigkeit belastet

werde: Es sei im Spruch keine Bezugnahme auf die Definition von Schleichwerbung iSd § 1a Z 7 ORF-G erfolgt. Erst im Kasten "Verwaltungsübertretung" sei eine solche angeführt - ein Verstoß gegen eine Definition sei aber denkunmöglich. Schleichwerbung werde zudem in § 13 Abs. 1 zweiter Satz ORF-G verboten, der nach Ansicht der belangten Behörde im Online-Bereich nicht zur Anwendung gelange. Die belangte Behörde sei überdies von einer direkten Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 13 Abs. 1 erster Satz und § 13 Abs. 3 Z 6 ORF-G ausgegangen, weil § 18 Abs. 2 ORF-G als grundlegende Bestimmung nicht zitiert werde. Die Anwendbarkeit der Werbebestimmungen auf das Online-Angebot ergebe sich aber gerade aus dieser Bestimmung.

7.3. Die belangte Behörde habe es unterlassen, die Verletzung des Erkennbarkeitsgebotes nach § 13 Abs.1 erster Satz ORF-G rechtlich zu begründen. Diese habe die Werbung und Irreführung bejaht, aber nicht über die Erkennbarkeit kommerzieller Kommunikation geurteilt. Die Erkennbarkeit der Werbung sei jedenfalls durch die Erwähnung eines besonderen Aktionsraumes, des Vorteils eines begünstigten Preises innerhalb des Umstellungszeitraumes, die Hervorhebung des Angebots, die Nennung von Bezugsquellen und des Preises gegeben.

7.4. Auch hinsichtlich der Anwendbarkeit des Irreführungsverbotes nach§ 13 Abs. 3 Z 6 ORF-G lasse der angefochtene Bescheid eine rechtliche Begründung vermissen. Die Bestimmung stelle - im Gegensatz zum Tatbestandsmerkmal der Schleichwerbung gemäß § 1a Z 7 ORF-G - auf den Schutz der Verbraucher im Rahmen der kommerziellen Kommunikation ab. Der Begriff der "Irreführung" sei damit denklogisch mit jenem des Wettbewerbsrechts gleichzusetzen. All dies sei von der belangten Behörde nicht geprüft worden.

7.5. Dem Erstbeschwerdeführer könne kein schuldhaftes Verhalten angelastet werden, weil im Betrieb des Zweitbeschwerdeführers ein strafbefreiendes Regel- und Kontrollsystem implementiert worden sei. Speziell für die Landesstudios sei eine weitere Maßnahme gesetzt worden, um diese zu einer zusätzlichen Rechtstreue zu "motivieren". So würden mehrfache Verstöße zu einer geringeren "Erfolgsbilanz" des jeweiligen Landesstudios führen. In Folge dessen seien die Landesstudios an die Rechtsabteilung herangetreten und es sei ein "Skriptum" mit rund 20 Seiten erarbeitet worden, in dem die wichtigsten einzuhaltenden Regeln dargelegt werden würden. Auch würden Schulungen vor Ort abgehalten werden. Darüber hinaus sei mit dem Direktor des Landesstudios XXXX das Straferkenntnis der belangten Behörde vom XXXX , KOA XXXX , erörtert worden. Es sei angeordnet worden, keinerlei werbliche Aussagen zu tätigen, die geeignet seien, das Publikum insbesondere für den Erwerb von XXXX -Abos oder -Endgeräten, zu gewinnen. Daraus werde ersichtlich, dass der Erstbeschwerdeführer alle ihm möglichen Maßnahmen getroffen habe und fortgesetzt ergreife, um Regelverstöße zu verhindern.

7.6. Die Strafbemessung der belangten Behörde sei aus mehreren Gründen fehlerhaft:

(i) Diese gehe substanzlos und in rechtswidriger Weise von einer pauschalen Übernahme der über den Erstbeschwerdeführer verhängten Verwaltungsstrafe durch den Zweitbeschwerdeführer aus.

(ii) Die Schätzung der Einkommensverhältnisse des Erstbeschwerdeführers sei zu hoch gegriffen: Die belangte Behörde hätte nachvollziehbar und verwaltungsrechtlich überprüfbar darzutun gehabt, welche Aspekte es rechtfertigen, sich über die vorliegenden Angaben des Erstbeschwerdeführers zu KOA XXXX hinwegzusetzen. Diese beziehe sich zwar im angefochtenen Bescheid auf ein Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes (W271 2196047-1), jedoch sei gerade dieser Punkt Gegenstand einer eingebrachten ordentlichen Revision. Die zu beanstandende Rechtsverletzung wiege umso schwerer, zumal die geschätzte Einkommenslage rein rechnerisch nicht nachvollziehbar sei und auch nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspreche. Es werde zudem auf die bevorstehende Geburt des zweiten Kindes und die anstehenden Karenzzeiten des Erstbeschwerdeführers, die eine Minderung des Einkommens bedeuten würden, hingewiesen.

(iii) Die absolute Unbescholtenheit des Erstbeschwerdeführers, seine uneingeschränkte Kooperation (Mitwirkung an der Aufklärung des maßgeblichen Sachverhalts) sowie sein "wohlwollendes Nachtatverhalten" seien nicht (ausreichend) berücksichtigt worden. Darüber hinaus könne diesem kein Verschulden, wenn überhaupt nur die geringste Form von Fahrlässigkeit, angelastet werden; das angelastete Verschulden sei bloß als geringfügig anzusehen. Die belangte Behörde treffe daneben keine Aussagen darüber, dass etwa spezialpräventive Gründe die Verhängung einer Strafe in diesem empfindlichen Ausmaß unbedingt erforderlich machen würden.

(iv) Die belangte Behörde habe die Grundsätze der Strafbemessung missachtet, indem sie die erheblichen Milderungsgründe (im Verhältnis zu den nicht vorliegenden Erschwerungsgründen) nicht ausreichend gewürdigt habe. Auch die Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit, zumal die belangte Behörde fälschlicherweise von einer

pauschalen Übernahme der verhängten Strafen durch den Zweitbeschwerdeführer ausgehe, hätte zu einer weitaus niedrigeren Strafe führen müssen, weil der Erstbeschwerdeführer über ein niedrigeres Jahresbruttogehalt verfüge als angenommen.

(v) Das Verfahren hätte nach§ 45 Abs. 1 Z 4 VStG eingestellt werden müssen. So überhaupt vom Vorliegen eines subjektiven Sorgfaltsverstoßes auszugehen sei, liege die leichteste Form der Fahrlässigkeit vor. Dass die gesetzliche Schuldvermutung des § 5 Abs. 1 VStG demnach aufrecht bleibe, entspreche weder der Rechtsprechung, noch der herrschenden Lehre. Die Bedeutung des geschützten Rechtsgutes und die Intensität der Beeinträchtigung seien ebenfalls als gering zu qualifizieren, weil sich das Publikum unter der Überschrift " XXXX " genau die dargebotenen Informationen erwartet hätte.

8. Die belangte Behörde erstattete am XXXX die Vorlage der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht; die Beschwerdevorlage langte dort am XXXX ein. Es wurde im Schreiben darauf hingewiesen, dass die Feststellung unter Punkt 2.2. des angefochtenen Straferkenntnisses (pauschale Übernahme der Verwaltungsstrafe durch den Zweitbeschwerdeführer) aufgrund eines Übertragungsfehlers erfolgt sei.

9. Die Beschwerdevorlage der belangten Behörde wurde mit Schreiben vom XXXX an die Beschwerdeführer übermittelt und diesen die Gelegenheit gegeben, binnen einer Frist von zwei Wochen Stellung zu nehmen. Diese erstatteten am XXXX eine Äußerung, in der darauf verwiesen wurde, dass der Übertragungsfehler der belangten Behörde nur zur Stattgabe der Beschwerde führen könne, weil der "Fehler" zentrale Elemente der Strafbemessung betroffen habe.

10. Am 27.02.2019 fand in der Angelegenheit eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der die Einvernahme des Erstbeschwerdeführers und die rechtliche und faktische Erörterung des verfahrensgegenständlichen Berichts erfolgte.

In der mündlichen Verhandlung gab der Erstbeschwerdeführer an, die von der Behörde vorgenommene Einschätzung seines Einkommens nicht mehr zu bestreiten. Zum Regel- und Kontrollsystem verwies er auf sein bisheriges Vorbringen im Verfahren. Weiters verwies der Erstbeschwerdeführer, insbesondere betreffend sein Einkommen und das Regel- und Kontrollsystem, auf seine Äußerungen in der mündlichen Verhandlung am 18.02.2019 betreffend die Verfahren des Bundesverwaltungsgerichts zu den GZ W249 2196046-1 und W249 2196194-1. Er brachte vor, dass keine Übereinkunft mit dem Zweitbeschwerdeführer betreffend die Übernahme der gegenständlichen Verwaltungsstrafe bestehe. Die Beschwerdeführer vertraten die Ansicht, die Bestimmungen zur Schleichwerbung würden nur Sendungen des ORF betreffen; eine Sendung liege jedoch nicht vor. Das Auffinden des verfahrensgegenständlichen Berichts sei nach dem 19.11.2017 über Suchmaschinen zwar möglich, aber unwahrscheinlich gewesen. Der Erstbeschwerdeführer gab an, dass nur ORS die Berechtigung habe, die Programme des ORF über DVBT2 zu senden, glaublich sei die Umstellung auf DVBT2/HD nur über XXXX möglich gewesen.

Die belangte Behörde verwies darauf, dass es auch andere Plattformen gebe, mit denen man Programme des Zweitbeschwerdeführers empfangen könne. Im Kern gehe es im Verfahren um die Berichterstattung, die über die Information betreffend die bevorstehende Umstellung hinausgehe; es seien Produkte hervorgehoben worden, die mit der konkreten Umstellung nicht im direkten Zusammenhang gestanden stünden.

Die Beschwerdeführer vertraten die Ansicht, wenn so deutlich sei, das beim gegenständlichen Bericht Werbung vorliege, könne diese nicht gleichzeitig irreführend sein oder ein Problem mit der Erkennbarkeit bestehen.

Die belangte Behörde verwies neuerlich auf die Judikatur zur Schleichwerbung und auf die Maßgeblichkeit der Frage, welche Erwartungen ein Konsument habe, wenn ein Beitrag als generelle Information präsentiert werde.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen

Zum vorliegenden entscheidungswesentlichen Sachverhalt ist hinsichtlich des Verfahrensgangs auf die unter I. getroffenen Ausführungen zu verweisen.

Aufgrund des von der belangten Behörde und vom Bundesverwaltungsgericht durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

1.1. Online-Berichterstattung " XXXX "

Im Rahmen der Online-Berichterstattung mit dem Titel " XXXX " sind unter dem Link XXXX zur Information über die DVB-T2-Umstellung u.a. folgende Ausschnitte zu lesen:

" XXXX

Am 23. Oktober 2017 wird in XXXX auf das digitale Antennenfernsehen in High Definition umgestellt. XXXX und XXXX , XXXX , XXXX + und XXXX ' sind dann in bester Bild- und Ton-Qualität mit dem neuen Antennenfernsehen XXXX zu erleben. Zusätzlich sind regional die Sender XXXX und XXXX verfügbar. Dafür fallen keine Zusatzkosten an."

(siehe Abbildung 1).

Bild kann nicht dargestellt werden

Abbildung 1: Ausschnitt der Online Berichterstattung unter XXXX

"Wer kann XXXX empfangen?

TV-Experten empfehlen TV-Konsumenten, die sich für XXXX interessieren, einen Empfangscheck unter [...] zu machen. Der Empfangscheck informiert auch über die Antennenart - ob eine Zimmer, Außen- oder Dachantenne benötigt wird. Wer bisher DVB-T empfangen hat, kann das neue Antennenfernsehen mit der XXXX Box oder dem XXXX Modul über die vorhandene Antenne genießen.

Box einfach anstecken und TV-Sender in HD erleben

Um XXXX zu empfangen, wird für den bisher verwendeten Fernseher eine XXXX Box um € XXXX benötigt. Die Box wird mit wenigen einfachen Handgriffen mit einem HDMI-Kabel an den Fernseher angeschlossen. Bei einem DVB-T2-fähigen TV-Gerät wird das XXXX Steckmodul (€ XXXX) auf der Rückseite des TV-Gerätes in den vorgesehenen Schacht geschoben [...]. Die Preise gelten bis 5. November 2017." (siehe Abbildung 2 und 3).

Bild kann nicht dargestellt werden

Abbildung 2: Ausschnitt der Online Berichterstattung unter XXXX

Bild kann nicht dargestellt werden

Abbildung 3: Ausschnitt der Online Berichterstattung unter XXXX

"Mehr TV-Sender inkl. HD mit dem neuen Antennenfernsehen XXXX

Wer in den Genuss von mehr als 40 TV-Sendern kommen möchte, viele davon in HD, kann ein XXXX -Abo um monatlich € XXXX ohne Bindung abschließen.

Brillant scharfe Bilder über die TV-Antenne

Mit HD-TV wird das Fernsehbild in bis zu fünffach besserer Auflösung dargestellt. Somit ist das Bild gestochen scharf. Mit Dolby Digital

5.1 wird Fernsehen zu einem kristallklaren Hörerlebnis." (siehe Abbildung 4).

Bild kann nicht dargestellt werden

Abbildung 4: Ausschnitt der Online Berichterstattung unter XXXX

"[...] dann ist das TV-Programm auch wirklich in High Definition, also in perfekter Bild-Qualität." (siehe Abbildung 5)

Bild kann nicht dargestellt werden

Abbildung 5: Ausschnitt der Online Berichterstattung unter XXXX

Abrufbarkeit

Diese online-Berichterstattung war von 09.11.2017 bis 29.05.2018 über die oben zitierte Internetadresse abrufbar. Seit dem 19.11.2017 konnte sie nicht mehr über die Website des ORF "angesurft" werden, sondern blieb als über Suchmaschinen auffindbare "Archivversion" bestehen.

DVB-T/2-Standard, Produkte und Berichtsumfeld

"DVB-T" und "DVB-T2" bezeichnet ein Format des Antennenfernsehens. XXXX ist Name einer österreichischen DVB-T2-Plattform; mit dem Format DVB-T2 wurde schrittweise der bisherige DVB-T-Standard abgelöst. Anbieter und Betreiber der Plattform XXXX ist die XXXX GmbH & Co KG (kurz: " XXXX "), an der der Zweitbeschwerdeführer indirekt beteiligt ist.

Der Empfang des DVB-T2-Signals setzt ein DVB-T2-kompatibles Gerät voraus. Es gibt verschiedene Anbieter für solche Geräte; manche davon sind mit XXXX kompatibel. Auch XXXX bietet solche Geräte an (XXXX -Box). Darüber hinaus bietet XXXX Steckmodule für DVB-T2-kompatible Fernseher und unterschiedliche entgeltliche Abos für den Empfang verschiedener Fernsehsender, u.a. des Zweitbeschwerdeführers, an, die via Satellit oder eben über Antenne (nunmehr im DVB-T2-Format) empfangen werden können. Mit einer bloßen Registrierung für XXXX können einzelne Fernsehsender auch ohne Zusatzkosten empfangen werden.

Im Vorfeld und im zeitlichen Umfeld der im gegenständlichen Bericht beschriebenen Umstellung veröffentlichte der Zweitbeschwerdeführer online noch weitere Berichte zu diesem Thema.

In den Berichten wird angekündigt bzw. im Nachhinein berichtet, dass der Antennen-TV-Empfang nur noch via DVB-T2/ XXXX möglich sein wird bzw. ist (siehe etwa XXXX/, XXXX).

In mehreren dieser Artikel wird in diesem Zusammenhang die Notwendigkeit einer XXXX -Box erwähnt (z.B. XXXX).

In einzelnen Artikeln wird darauf hingewiesen, dass lediglich ein "Modul für die jeweilige Plattform" benötigt werde und nennt (Produkte von) XXXX nur exemplarisch (XXXX).

1.2. Erstbeschwerdeführer

1.2.1. Bestellung des Erstbeschwerdeführers zum verantwortlichen Beauftragten

Der Erstbeschwerdeführer ist Mitarbeiter der Abteilung "Recht- und Auslandsbeziehungen" des Zweitbeschwerdeführers mit Firmensitz in 1136 Wien, Würzburggasse 30, und wurde von diesem mit Schreiben vom 18.03.2016 für den gesamten Bereich des ORF zum verantwortlichen Beauftragten bestellt, sachlich begrenzt für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 ORF-G, mit Ausnahme des § 38 Abs. 1 Z 6, 9 und 10 ORF-G sowie mit Ausnahme des § 38 Abs. 1 Z 7 ORF-G, sofern der Geschäftsführer der zuständigen Tochtergesellschaft nach dem VStG haftet.

1.2.2. Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen des Erstbeschwerdeführers

Unter der Verantwortung des Erstbeschwerdeführers besteht ein System, wonach aufgrund der Dienstanweisung des Generaldirektors des Zweitbeschwerdeführers 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 festgelegten Maßnahmen von allen Dienststellen und Tochtergesellschaften zu berücksichtigen bzw. einzuhalten sind. Auch gibt 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. Zudem wird angeordnet, dass werberechtliche Fragen, die nicht ausjudiziert sind und bisher noch nicht von der Abteilung GRA beurteilt wurden, ausnahmslos an die Abteilung GRA zur Prüfung und Klärung heranzutragen sind. Einzelfälle, bei denen wegen ihrer Komplexität Zweifel über die werberechtliche Zulässigkeit der Vorgehensweise bestehen, sind an die Abteilung GRA heranzutragen. Ebenso ist in der internen Mitteilung in Aussicht gestellt, dass in der Abteilung GRA regelmäßig in allen von den Werbebestimmungen betroffenen Bereichen des ORF und seinen Tochtergesellschaften (auch unangekündigte) Kontrollen und Überprüfungen durchgeführt werden.

Anlässlich des Straferkenntnisses der belangten Behörde vom XXXX , XXXX , hat der Erstbeschwerdeführer mit dem Direktor des Landesstudios XXXX dieses Straferkenntnis erörtert und angewiesen, dass in etwaigen Berichten keinerlei werbliche Aussagen getätigt werden dürfen, die geeignet sind, das Publikum insbesondere für den Erwerb von " XXXX "-Abos oder -Endgeräten zu gewinnen. Als "Motivation" für die Landesstudios wurde in Absprache mit den wirtschaftlichen Abteilungen des Zweitbeschwerdeführers vereinbart, dass Werbeverstöße auch Niederschlag in der sogenannten "Erfolgsbilanz" der Landesstudios finden, d.h. mehrfache Verstöße auch zu einer geringeren Erfolgsbilanz führen werden.

Zusätzlich wurden ein "Skriptum" mit rund 20 Seiten erarbeitet, in dem die wichtigsten einzuhaltenden Regeln in leicht verständlicher Form dargelegt werden. Weiters werden strukturierte Schulungen vor Ort abgehalten, in denen Themen

wie das verfahrensgegenständliche ("Was führt zur Absatzförderungseignung?") erörtert werden. Diese Maßnahmen werden seit der Bestellung des Erstbeschwerdeführers zum verantwortlichen Beauftragten ergriffen und stellen einen kontinuierlichen Prozess dar.

1.2.3. Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie Sorgepflichten des Erstbeschwerdeführers

Das Jahresbruttogehalt des Erstbeschwerdeführers wird auf EUR XXXX ,- geschätzt. Er ist für zwei minderjährige Kinder sorgepflichtig und war zum Zeitpunkt der Begehung der Verwaltungsübertretung verwaltungsstrafrechtlich unbescholten. Diese Schätzung wird vom Erstbeschwerdeführer nicht mehr bestritten.

Es gibt im vorliegenden Fall keine Vereinbarung zur Übernahme der über den Erstbeschwerdeführer verhängten Verwaltungsstrafe durch den Zweitbeschwerdeführer.

2. Beweiswürdigung

2.1. Ad Online-Berichterstattung " XXXX "

Die Feststellungen zur abrufbaren Online-Berichterstattung des Zweitbeschwerdeführers gründen sich auf die vom Bundesverwaltungsgericht nachgeprüften und für zutreffend befundenen Feststellungen der belangten Behörde im bekämpften Straferkenntnis.

Die Beschwerdeführer brachten vor, dass der verfahrensgegenständliche Beitrag seit dem 19.11.2017 nicht mehr direkt über die Website des ORF "angesurft" werden konnte, jedoch als - grundsätzlich über Suchmaschinen auffindbare - Art "Archivversion" abrufbar blieb. Dies lässt sich als Ergänzung zu den bisherigen Feststellungen der belangten Behörde vereinbaren und konnte daher zusätzlich festgestellt werden.

Die Feststellungen zum DVB-T/2 Standard, den Produkten von XXXX und anderen Anbietern sowie zum Berichtsumfeld in der zeitlichen Nähe zur Umstellung und der verfahrensgegenständlichen Berichterstattung, gründen sich auf die ins Verfahren eingeführten und den Parteien vorgehaltenen Ermittlungen, Informationen und Berichte, die von diesen nicht bestritten wurden.

2.2. Ad Erstbeschwerdeführer

2.2.1. Ad Bestellung des Erstbeschwerdeführers zum verantwortlichen Beauftragten

Die Feststellung zur Bestellung des Erstbeschwerdeführers zum verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichen Beauftragten ergibt sich aus dem zitierten Schreiben des ORF vom 18.03.2016.

2.2.2. Ad Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen des Erstbeschwerdeführers

Die Feststellungen zu den vom Erstbeschwerdeführer vorgesehenen Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen zur Verhinderung von Verwaltungsübertretungen ergeben sich aus dessen Beschwerdevorbringen und dem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung.

2.2.3. Ad Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie Sorgepflichten des Erstbeschwerdeführers

Die belangte Behörde orientierte sich bei der Einschätzung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Erstbeschwerdeführers und dessen Sorgepflichten an den vom Erstbeschwerdeführer in einem früheren Verfahren der belangten Behörde zu KOA XXXX gemachten Angaben:

Darin gab der Erstbeschwerdeführer bekannt, im Jahr 2016 rund EUR XXXX brutto verdient zu haben und geringfügige Einkünfte aus Nebentätigkeiten iHv ca. EUR XXXX bis EUR XXXX zu haben. Er gab an, sorgepflichtig XXXX zu sein. Er sei XXXX , wobei der XXXX .

Auf dieser Basis schätzte die belangte Behörde das Einkommen des Erstbeschwerdeführers auf EUR XXXX ,-,

Der Erstbeschwerdeführer bestritt zunächst die Schätzung seines Einkommens der belangten Behörde, gab jedoch in der mündlichen Verhandlung bekannt, die behördliche Schätzung seines Einkommens nicht mehr zu bestreiten.

Auch für das Bundesverwaltungsgericht war die vorgenommene Schätzung anhand der vorhandenen Informationen (bisherige Angaben des Erstbeschwerdeführers, seine Position beim Zweitbeschwerdeführer) nicht zu beanstanden.

Somit geht auch das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Erstbeschwerdeführer ein Jahresbruttoeinkommen von EUR XXXX ,- erhält und konnte dies festgestellt werden.

Das Vorliegen von Sorgepflichten für nunmehr zwei minderjährige Kinder ist unstrittig.

Mit Beschwerdevorlage vom 18.12.2018 wies die belangte Behörde darauf hin, dass die Annahme einer pauschalen Übernahme der über den Erstbeschwerdeführer verhängten Verwaltungsstrafe durch den Zweitbeschwerdeführer in den Feststellungen (vgl. Punkt 2.2. des angefochtenen Straferkenntnisses) aufgrund eines Übertragungsfehlers passiert sei. Eine Vereinbarung zwischen dem Erst- und dem Zweitbeschwerdeführer zur Übernahme allfälliger Verwaltungsstrafen ließ sich auch aus dem Vorbringen der Beschwerdeführer und den getätigten Ermittlungen nicht ableiten, zumal Vereinbarungen dieser Art vom OGH als nichtig angesehen werden (vgl. statt vieler nur OGH 15.10.1997, 3 Ob 2400/96d). Eine entsprechende Feststellung konnte daher nicht getroffen werden.

3. Rechtliche Beurteilung

Zu A)

3.1. Gesetzliche Grundlagen

3.1.1. Die im vorliegenden Fall relevanten Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Österreichischen Rundfunk - ORF-Gesetz (ORF-G), StF: BGBl. Nr. 379/1984, in der zum Tatzeitpunkt maßgeblichen Fassung (vgl.§ 1 Abs. 2 VStG), lauten auszugsweise:

§ 38 ORF-G, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010 (Hervorhebungen nur hier):

"Verwaltungsstrafen

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

[...]

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

§ 1a ORF-G, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010:

"Begriffsbestimmungen

§ 1a. Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet

[...]

7. "Schleichwerbung" die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen, wenn sie vom Österreichischen Rundfunk oder einer seiner Tochtergesellschaften absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zweckes dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt; [...]"

§ 13 ORF-G, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010:

"Inhaltliche Anforderungen und Beschränkungen

§ 13. (1) Kommerzielle Kommunikation muss als solche leicht erkennbar sein. Schleichwerbung und unter der Wahrnehmungsgrenze liegende kommerzielle Kommunikation in Programmen und Sendungen sind untersagt. [...]

(3) Kommerzielle Kommunikation darf nicht

[...]

6. irreführen und den Interessen der Verbraucher schaden [...]"

§ 18 ORF-G, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2012:

"Anforderungen an Teletext und Online-Angeboten

§ 18. (1) Auf die Veranstaltung von Teletext und die Bereitstellung von Online-Angeboten im öffentlich-rechtlichen Auftrag finden die Regelungen dieses Bundesgesetzes uneingeschränkt Anwendung. [...]

(2) Auf die Veranstaltung von Teletext und die Bereitstellung von Online-Angeboten im Rahmen der kommerziellen Tätigkeiten (§ 8a) finden in inhaltlicher Hinsicht §§ 10 und 13 bis 17 Anwendung, soweit nicht etwas anderes bestimmt

ist. [...]"

3.1.2. Die im vorliegenden Fall relevanten Regelungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 (VStG), StF:BGBl. Nr. 52/1991 idF Nr. 58/2018, lauten auszugsweise:

§ 5 VStG

"Schuld

§ 5. (1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

(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."

§ 9 VStG:

"Besondere Fälle der Verantwortlichkeit

§ 9. (1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

(2) Die zur Vertretung nach außen Berufenen sind berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist, auf Verlangen der Behörde verpflichtet, aus ihrem Kreis eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt. Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden.

[...]

(7) Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in Abs. 3 genannten natürlichen Personen haften für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand."

§ 16 VStG:

"Ersatzfreiheitsstrafe

§ 16. (1) Wird eine Geldstrafe verhängt, so ist zugleich für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen.

(2) Die Ersatzfreiheitsstrafe darf das Höchstmaß der für die Verwaltungsübertretung angedrohten Freiheitsstrafe und, wenn keine Freiheitsstrafe angedroht und nicht anderes bestimmt ist, zwei Wochen nicht übersteigen. Eine Ersatzfreiheitsstrafe von mehr als sechs Wochen ist nicht zulässig. Sie ist ohne Bedachtnahme auf § 12 nach den Regeln der Strafbemessung festzusetzen."

§ 19 VStG:

"Strafbemessung

§ 19. (1) Grundlage für die Bemessung der Strafe sind die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

(2) Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind 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."

§ 45 VStG:

"3. Abschnitt: Ordentliches Verfahren

§ 45. (1) Die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn

1. die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet

[...]

4. die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind; [...]"

Die Erläuterungen zu dem Bundesgesetz, mit dem u.a. das Verwaltungsstrafgesetz 1991 geändert wurde, lauten auszugsweise zu § 5 Abs. 1 VStG (ErläutRV 193 BlGNR XXVI. GP, 5):

"§ 5 Abs. 1 VStG sieht in Bezug auf Fahrlässigkeitsdelikte unter weiteren Voraussetzungen vor, dass ein Verschulden "ohne weiteres anzunehmen" ist; es handelt sich demnach um eine - allerdings widerlegliche - gesetzliche Vermutung, dass den Beschuldigten ein Verschulden trifft. Diese Vermutung soll dann nicht gelten, wenn eine (einzelne) Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über 50 000 Euro bedroht ist. Ist eine Verwaltungsübertretung (als solche) mit einer Geldstrafe von über 50 000 Euro bedroht, erreicht eine entsprechende Tat eine Gravität, bei der ein Verschulden nicht ohne weiteres anzunehmen ist.

Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes trifft eine solche Person allerdings dann kein Verschulden, wenn sie glaubhaft macht, ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet zu haben, das im Ergebnis mit gutem Grund die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften erwarten lässt. Die diesbezüglichen Anforderungen sind nach der Rechtsprechung des VwGH laut Ansicht der hL streng (vgl. Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG2, § 9 Rz 43).

In Abkehr von dieser Rechtsprechung soll ein Verschulden nicht anzunehmen sein, wenn der Verantwortliche nachweist, dass er eine qualitätsgesicherte Organisation eingerichtet und geführt hat, die durch externe Prüfung oder durch interne Überwachung (zB durch Betrauung geeigneter Mitarbeiter mit Kontrollaufgaben, fortlaufende Schulungen, den Einsatz automatisierter Überwachungsinstrumente etc.) regelmäßig kontrolliert wird.

Eine qualitätsgesicherte Organisation liegt etwa vor, wenn ein verlässlicher Mitarbeiter geschult und mit einer entsprechenden Kontrollaufgabe betraut wird. Kontrollsysteme wie beispielsweise die Sicherstellung des Vier-Augen-Prinzips, regelmäßige Stichproben usw. stellen weitere Maßnahmen dar, die geeignet sein können, die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften sicherzustellen. In diesen Fällen ist anzunehmen, dass die juristische Person ausreichende Vorkehrungen getroffen hat, um die Verwirklichung des Tatbildes durch den zuständigen Mitarbeiter (den unmittelbaren Täter) zu verhindern, weswegen eine Strafbarkeit als verantwortliches Organ gemäß § 9 Abs. 1 VStG ausgeschlossen ist (vgl. auch BVwG vom 6.8.2015, W 120 2011394-1)."

3.2. Zum Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht

Nach § 2 Abs. 1 Z 9 KOG und §§ 35 ff ORF-G obliegt der belangten Behörde die Wahrnehmung der Rechtsaufsicht über den Zweitbeschwerdeführer und seine Tochtergesellschaften sowie das Führen von Verwaltungsstrafverfahren nach Maßgabe des ORF-G.

Gemäß § 36 KOG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht über Beschwerden in jenen Fällen, in denen die KommAustria belangte Behörde ist (§ 9 Abs. 2 VwGVG), durch Senat. Im gegenständlichen Fall richtet sich die Beschwerde gegen einen Bescheid der KommAustria, die auch belangte Behörde im vorgenannten Sinne ist. Es besteht daher Senatszuständigkeit.

§ 37 KOG sieht vor, dass, soweit in Bundesgesetzen der KommAustria in erster Instanz Aufgaben und Befugnisse als Regulierungsbehörde zugewiesen sind, diese auch dem Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Wahrnehmung seiner Aufgaben zustehen. In Verbindung mit § 2 Abs. 1 Z 9 KOG und §§ 35 ff ORF-G kommt die Wahrnehmung der Rechtsaufsicht über den Beschwerdeführer dem nunmehr angerufenen Bundesverwaltungsgericht zu.

3.3. Zu den einzelnen Beschwerdegründen

3.3.1. Erfüllung des objektiven Tatbestands

Auf Basis des bereits von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalts (vgl. Punkt II.1.1. oben) ging diese davon aus, dass verbotene Schleichwerbung iSd § 1a Z 7 ORF-G vorliege und diese dem Erkennbarkeitsgebot des § 13 Abs. 1 erster Satz ORF-G sowie dem Irreführungsverbot nach § 13 Abs. 3 Z 6 ORF-G widersprechen würde (vgl. zur Argumentation der belangten Behörde Punkt I.6.1. oben).

Die Beschwerdeführer traten der Beurteilung der belangten Behörde entgegen. Sie vertreten die Ansicht, dass weder ein Verstoß gegen das Erkennbarkeitsgebot noch gegen das Irreführungsverbot vorliegen würde, weil jeweils der objektive Tatbestand nicht erfüllt worden sei. Die Anwendung des Erkennbarkeitsgebots sei nicht rechtlich begründet worden. Die belangte Behörde habe das Vorliegen von Werbung und Irreführung bejaht, jedoch gehe es dabei um die Erkennbarkeit von kommerzieller Kommunikation, was zwei "völlig unterschiedliche Bestimmungen" seien. In der Spruchpraxis sei "in keinem einzigen Fall, in dem Schleichwerbung vorliegt, auch gesagt [worden], dass Erkennbarkeit nicht vorliege". Auch die Anwendbarkeit des Irreführungsverbots sei nicht rechtlich begründet worden. Ein Tatbestandsmerkmal der Schleichwerbung sei die Irreführungseignung "über den eigentlichen Werbezweck". Liege Schleichwerbung vor, was die belangte Behörde bejaht habe, folge logisch, dass es sich nicht um "Werbung" handeln könne. § 13 Abs. 3 Z 6 ORF-G stelle auf den Schutz der Verbraucher im Rahmen kommerzieller Kommunikation ab, wobei der Begriff der Irreführung denklogisch mit dem wettbewerbsrechtlichen Begriff der Irreführung gleichzusetzen sei. Dabei gehe es "um die Täuschung über Unternehmenseigenschaften, täuschende Unternehmensbezeichnungen, Irreführung über Qualifikationen und Befähigungen, unrichtige Angaben wie nichtssagende oder unüberprüfbare Anpreisungen oder marktschreierische Übertreibungen, uä durch Werbetreibende". Dies sei von der belangten Behörde nicht geprüft worden und liege nicht vor. Der dazu von der belangten Behörde zitierte Kommentar enthalte keine rechtlich fundierte Begründung dazu (siehe zur Argumentation der Beschwerdeführer auch Punkte I.7.3. und I.7.4.).

Mit diesem Vorbringen sind die Beschwerdeführer nicht im Recht:

Schleichwerbung

§ 1a Z 7 erster Satz ORF-G definiert Schleichwerbung als "die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen, wenn sie vom Österreichischen Rundfunk oder einer seiner Tochtergesellschaften absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zweckes dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt." Aus dem zweiten Satz leg.cit. ergibt sich, dass eine Absicht "insbesondere" dann angenommen wird, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt.

"Schleichende Praktiken" im Online-Angebot können - wie von der belangten Behörde zutreffend angeführt - aus den Blickwinkeln des Erkennbarkeitsgrundsatzes in § 13 Abs. 1 oder des Irreführungsverbots in § 13 Abs. 3 Z 6 ORF-G aufgegriffen werden (Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze4, 2018, S. 14).

Schleichwerbung setzt nach der Judikatur des VwGH "einerseits die Absicht, einen Werbezweck zu erreichen

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at