jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2019/7/22 W273 2214679-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.07.2019

Entscheidungsdatum

22.07.2019

Norm

B-VG Art. 133 Abs4
KOG §2 Abs1 Z7
KOG §2 Abs1 Z9
KOG §36
ORF-G §1 Abs1
ORF-G §16 Abs5 Z4
ORF-G §38 Abs1 Z2
VStG 1950 §1 Abs2
VStG 1950 §16
VStG 1950 §19 Abs1
VStG 1950 §19 Abs2
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

W273 2214634-1/12E

W273 2214679-1/12E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Isabel FUNK-LEISCH als Vorsitzende und den Richter Dr. Christian EISNER als Besitzer und die Richterin Dr. Margret KRONEGGER als Beisitzerin über die Beschwerden 1) des XXXX (Erstbeschwerdeführer) und 2) des XXXX (Zweitbeschwerdeführer), beide vertreten durch XXXX , gegen das

Straferkenntnis der Kommunikationsbehörde Austria vom XXXX , Zl. XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

I. Die Beschwerde wird - soweit sich diese gegen den Schuldspruch 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 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

§ 16 Abs 5 Z 4 ORF-G iVm § 9 Abs 2, §§ 16 und 19 VStG

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

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 XXXX % der Strafe, zu zahlen. Der zu zahlende Gesamtbetrag beträgt daher EUR

XXXX ,--."

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid vom XXXX , stellte die Kommunikationsbehörde Austria (im Folgenden "KommAustria" oder "die belangte Behörde") im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht gemäß § 2 Abs. 1 Z. 7 und Z. 9 KommAustria-Gesetz (KOG) in Verbindung mit den §§ 35-37 ORF-Gesetz (ORF-G) fest, dass der Erstbeschwerdeführer im regionalen Hörfunkprogramm " XXXX " am XXXX im Rahmen der von ca. 06:04 Uhr bis ca. 06:59 Uhr ausgestrahlten Sendung " XXXX " durch fehlende Kennzeichnung der Produktplatzierung am Ende der Sendung die Bestimmung des § 16 Abs. 5 Z. 4 ORF-G verletzt hat, wonach Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, zu Sendungsbeginn und -ende eindeutig zu kennzeichnen sind, um jede Irreführung des Konsumenten zu verhindern (Spruchpunkt I.). Der Bescheid der KommAustria vom XXXX , XXXX , wird im Folgenden als "Feststellungsbescheid vom XXXX bezeichnet. Im Rahmen des Spruchpunktes II. des Feststellungsbescheides vom XXXX wurde dem Erstbeschwerdeführer die Veröffentlichung des Spruchpunktes I. des Feststellungsbescheides aufgetragen.

2. Der Erstbeschwerdeführer erhob gegen den Feststellungsbescheid vom XXXX innerhalb der Beschwerdefrist keine Beschwerde. Der Feststellungbescheid erwuchs dadurch in Rechtskraft.

3. Mit Schreiben vom XXXX informierte die belangte Behörde den Erstbeschwerdeführer sowie den Generaldirektor XXXX über die Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens nach § 38 Abs. 1 Z. 2 i. V.m. § 16 Abs. 5 Z. 4 ORF-G i.V.m. § 9 Abs. 2 VStG gegen den Zweitbeschwerdeführer wegen des Verdachts eines Verstoßes gemäß§ 16 Abs. 5 Z. 4 ORF-G in der am XXXX im regionalen Hörfunkprogramm "

XXXX " ausgestrahlten Sendung. Mit dem Schreiben übermittelte die belangte Behörde dem Zweitbeschwerdeführer die Aufforderung zur Rechtfertigung und zur allfälligen Stellungnahme.

4. Der Zweitbeschwerdeführer nahm zur Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens mit Äußerung vom XXXX Stellung. Der Zweitbeschwerdeführer brachte zusammengefasst vor, dass er nicht bestreite, dass der Produktplatzierungshinweis am Ende der zweiten Sendestunde von " XXXX " in der vom Erstbeschwerdeführer am XXXX im regionalen Hörfunkprogramm " XXXX " von ca. 06:04 Uhr bis ca. 06:59 Uhr ausgestrahlten Sendung gefehlt habe. Die Tat sei dem Zweitbeschwerdeführer aber mangels Verschulden nicht vorwerfbar. Der Zweitbeschwerdeführer verwies zu dem von ihm eingerichteten Kontrollsystem auf eine Niederschrift über seine Vernehmung vom XXXX zu XXXX und legte diese bei. In der Sendung " XXXX " seien in der Woche von Montag, dem XXXX , 05:00 Uhr bis Sonntag, dem XXXX , 20:00 Uhr 122 Produktplatzierungskennzeichnungen erforderlich gewesen, wovon lediglich eine nicht korrekt ausgestrahlt worden sei. Während der zweiten Sendestunde der Sendung " XXXX " habe sich im Tatzeitraum die Verkehrssituation im Zentralraum XXXX dramatisch entwickelt und es seien aufgrund dieser Umstände zahlreiche Anrufe von Hörern eingegangen sowie Verkehrsnachrichten hätten rechtzeitig berichtet werden müssen. In dieser speziellen, sich während des letzten Viertels der Livesendung zuspitzenden, nicht vorhersehbaren und im Detail nicht planbaren Situation habe der Moderator auf den zweiten Produktplatzierungshinweis vergessen. Der Zweitbeschwerdeführer habe alle zumutbaren Maßnahmen getroffen, um die korrekte Ausstrahlung der Produktplatzierungskennzeichnungen sicherzustellen.

5. Mit Straferkenntnis vom XXXX XXXX (im Folgenden "das Straferkenntnis") sprach die belangte Behörde in Bezug auf den Zweitbeschwerdeführer Folgendes aus:

"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 XXXX nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 112/2015, zu verantworten, dass am XXXX im regionalen Hörfunkprogramm " XXXX " bei der von ca. 06:04 Uhr bis ca. 06:59 Uhr ausgestrahlten Sendung " XXXX " am Sendungsende keine eindeutige Kennzeichnung der in der Sendung enthaltenen Produktplatzierung stattgefunden hat. Tatort: XXXX . "

Die belangte Behörde stellte fest, dass der Zweitbeschwerdeführer dadurch die §§ 38 Abs. 1Z2 iVm§ 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G iVm § 9 Abs. 2 VStG verletzt hat.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Zweitbeschwerdeführer eine Geldstrafe in Höhe von Euro XXXX ,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von XXXX Stunden) verhängt. Samt dem Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von Euro 100 (§ 64 VStG) betrug der zu zahlende Gesamtbetrag Euro XXXX ,--. Gemäß§ 7 VStG wurde verfügt, dass der Erstbeschwerdeführer für die verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand zu haften habe.

5.1. Begründend verwies die belangte Behörde im Straferkenntnis auf den zum damaligen Zeitpunkt noch nicht rechtskräftigen Feststellungsbescheid vom XXXX . Aus dem Feststellungsbescheid vom XXXX ergebe sich, dass der Erstbeschwerdeführer im regionalen Hörfunkprogramm " XXXX " am XXXX im Rahmen der von ca. 06:04 Uhr bis ca. 06:59 Uhr Uhr ausgestrahlten Sendung " XXXX durch fehlende Kennzeichnung der Produktplatzierung am Ende der Sendung die Bestimmung des § 16 Abs. 5 Z. 4 ORF-Gesetz verletzt habe, wonach Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, zu Sendungsbeginn und -ende eindeutig zu kennzeichnen sind, um jede Irreführung des Konsumenten zu verhindern. Der Zweitbeschwerdeführer sei Mitarbeiter der Abteilung Recht-und Auslandsbeziehungen des Erstbeschwerdeführers und wurde von diesem mit Schreiben vom XXXX für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 VStG zum verantwortlichen Beauftragten, sachlich begrenzt für Übertretung 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 Tochtergesellschaft nach VStG haftet, für den gesamten Bereich des Erstbeschwerdeführers bestellt.

5.2. Die belangte Behörde ging von einem Jahresbruttogehalt des Zweitbeschwerdeführers von Euro XXXX ,-- aus und hielt fest, dass der Zweitbeschwerdeführer eine minderjährige Tochter habe, für die er sorgepflichtig sei. Die belangte Behörde ging des Weiteren davon aus, dass bei einem Unternehmen wie jenem des Erstbeschwerdeführers, bei dem es regelmäßig zu Übertretungen im Bereich der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten komme, allenfalls verhängte Verwaltungsstrafen vom Unternehmen getragen werden. Dieser Ersatz sei unter Einkünfte aus

nichtselbständiger Arbeit zu subsumieren, sodass davon auszugehen sei, dass verhängte Verwaltungsstrafen die finanzielle Leistungsfähigkeit des Zweitbeschwerdeführers in Zusammenhang mit der Strafbemessung nicht beeinträchtigen würden. Der Zweitbeschwerdeführer habe ein wirksames Kontrollsystem zur Verhinderung von Übertretungen wie jener, die Gegenstand des Straferkenntnisses war, nicht glaubhaft machen können. Die gesetzliche Schuldvermutung des § 5 Abs. 1 VStG bliebe damit aufrecht.

5.3. Zur Strafbemessung hielt die belangte Behörde im Straferkenntnis fest, dass keine Erschwerungsgründe gemäß§ 19 Abs. 2 VStG in Verbindung mit § 33 StGB vorlägen. Als Milderungsgrund sei gemäß § 19 Abs. 2 VStG in Verbindung mit § 34 Abs. 1 Z. 2 StGB zu berücksichtigen, dass gegen den Zweitbeschwerdeführer bisher keine Verwaltungsstrafen gemäß § 38 Abs. 1 Z. 2 i.V.m. den Werbebestimmungen der §§ 13-17 ORF-G rechtskräftig verhängt worden seien und die belangte Behörde auch nicht feststellen habe können, dass gegen den Zweitbeschwerdeführer andere Verwaltungsstrafen verhängt worden wären (absolute Unbescholtenheit). Als weiteren Milderungsgrund wurde berücksichtigt, dass in der schriftlichen Stellungnahme vom XXXX ein reumütiges Geständnis abgelegt worden sei.

6. Gegen das Straferkenntnis wendet sich die vorliegende Beschwerde. Die beschwerdeführenden Parteien führen in der Beschwerde zusammengefasst Folgendes aus:

6.1. Die belangte Behörde gehe ohne Tatsachensubstrat von einer pauschalen Übernahme der über den Zweitbeschwerdeführer verhängten Verwaltungsstrafe durch den Erstbeschwerdeführer aus.

6.2. Die belangte Behörde habe im Wege der Schätzung eine nicht nachvollziehbare und zu hoch gegriffene Annahme der Einkommensverhältnisse des Zweitbeschwerdeführers getroffen.

6.3. Die belangte Behörde habe es unterlassen, die konkret vorliegenden mildernden Umstände mit dem ihnen zukommenden erheblichen Gewicht bei der Strafbemessung zu berücksichtigen. Die belangte Behörde habe die verhängte Verwaltungsstrafe unter Missachtung der Grundsätze der Strafbemessung überhöht angesetzt.

6.4. Hinzu komme, dass die belangte Behörde den Zweitbeschwerdeführer als verantwortlichen Beauftragten des Erstbeschwerdeführers zu Unrecht bestraft habe, weil ihn an der angelasteten Übertretung kein Verschulden treffe. Beim Erstbeschwerdeführer bestehe unter der Verantwortung des Zweitbeschwerdeführers ein strafbefreiendes Regel- und Kontrollsystem, wonach aufgrund der Dienstanweisung des Generaldirektors sämtliche zu gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Entscheidungen in Werbesachen im weitesten Sinne abgegebenen Einschätzungen, Empfehlungen und Vorgaben der Abteilung Recht- und Auslandsbeziehungen (GRA) sowie sämtliche durch den Zweitbeschwerdeführer festgelegten Maßnahmen von allen Dienststellen und Tochtergesellschaften zu berücksichtigen bzw. einzuhalten seien. In der speziellen, im Feststellungsbescheid vom XXXX inkriminierten und sich während des letzten Viertels seiner Livesendung zuspitzenden, nicht vorhersehbaren und daher im Detail nicht planbaren Situation habe der Moderator den zweiten Produktplatzierungshinweis vergessen. Dieser, gemessen am täglichen Ausspielungsvolumen, geringfügige Fehler in der Liveabwicklung hätte trotz Vorliegen des funktionierenden Kontrollsystems durch den verantwortlichen Beauftragten (den Zweitbeschwerdeführer) nicht verhindert werden können.

6.5. Da die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z. 4 VStG vorlägen, sei das Strafverfahren einzustellen.

7. Mit Schreiben vom XXXX legte die belangte Behörde die Verfahrensakten zum Straferkenntnis vor, und erklärte, auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu verzichten.

8. Mit Schreiben vom XXXX legte die KommAustria dem Bundesverwaltungsgericht die Verfahrensakten zum Feststellungsbescheid vom XXXX vor.

9. Am XXXX fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an welcher die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführer sowie die Vertreter der belangten Behörde teilnahmen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Ausgestrahlte Sendung am XXXX im regionalen Hörfunkprogramm "

XXXX "

Am XXXX erfolgte im regionalen Hörfunkprogramm " XXXX " nach den Verkehrsinformationen und vor Beginn der zweiten Sendestunde folgende Ansage durch einen Sprecher: "Die folgende Sendung enthält Produktplatzierungen".

Gegen ca. 06:23:13 Uhr wurde nach einem Werbeblock ein Gewinnspielhinweis ausgestrahlt, der wie folgt lautete:

" XXXX . Energize! Ob Gemeinden, Schulen, Unternehmen oder Privatpersonen, wir suchen Projekte und Lösungen aus Bereichen wie Innovation, Effizienz, Erneuerbare Energie, Mobilität und Wohnen. Schreiben Sie an XXXX welches Energieprojekt Sie umgesetzt haben, dann können Sie eine Spezialenergieberatung vom XXXX des Landes XXXX gewinnen. Infos zur XXXX Anmeldung gibt's beim XXXX Kundenservice unter XXXX ."

Die Sendestunde endete um ca. 06:59 Uhr; es folgten ein Werbespot und anschließend die Nachrichten (die Sendung wird im Folgenden als "Sendung vom/am XXXX " bezeichnet). Es handelte sich um eine Livesendung. Während der Sendung machte ein großes Verkehrsaufkommen (Stau) im Großraum XXXX eine häufige Aktualisierung der Verkehrsmeldungen durch den Moderator erforderlich.

Am Ende der Sendestunde wurde kein Produktplatzierungshinweis gesendet. Der Moderator vergaß am Ende der Sendung am Schaltpult den Schalter zum Einspielen des Produktplatzierungshinweises zu betätigen. Dem Moderator war bewusst, dass der Produktplatzierungshinweis am Ende der Sendung zu spielen ist.

In der Woche der Sendung vom XXXX (XXXX bis XXXX) wurden insgesamt 121 Produktplatzierungskennzeichnungen ausgestrahlt.

1.2. Feststellungsverfahren nach §§ 35 bis 37 ORF-G

Mit Bescheid vom XXXX stellte die die belangte Behörde im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht gemäß § 2 Abs. 1 Z. 7 und Z. 9 KOG in Verbindung mit den §§ 35-37 ORF-G fest, dass der Erstbeschwerdeführer im Rahmen der Ausstrahlung der Sendung vom XXXX durch fehlende Kennzeichnung der Produktplatzierung am Ende der Sendung vom XXXX die Bestimmung des § 16 Abs. 5 Z. 4 ORF-G verletzt hat, wonach Sendungen, die Produktplatzierungen enthalten, zu Sendungsbeginn und -ende eindeutig zu kennzeichnen sind, um jede Irreführung des Konsumenten zu verhindern (Spruchpunkt I.). Im Rahmen des Spruchpunktes II. des Feststellungsbescheides vom XXXX wurde dem Erstbeschwerdeführer die Veröffentlichung des Spruchpunktes I. des Feststellungsbescheides aufgetragen.

Der Erstbeschwerdeführer erhob gegen den Feststellungsbescheid vom XXXX innerhalb der Beschwerdefrist keine Beschwerde. Der Feststellungbescheid vom XXXX erwuchs dadurch in Rechtskraft.

1.3. Bestellung des Zweitbeschwerdeführers zum verantwortlichen Beauftragten

Der Zweitbeschwerdeführer ist Mitarbeiter der Abteilung Recht- und Auslandsbeziehungen GRA der Erstbeschwerdeführerin mit Sitz in Wien, und wurde von dieser mit Schreiben vom XXXX für den gesamten Bereich des Erstbeschwerdeführers 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 VStG haftet.

1.4. Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen des Zweitbeschwerdeführers

Unter der Verantwortung des Zweitbeschwerdeführers besteht ein System, wonach aufgrund der Dienstanweisung des Generaldirektors des Erstbeschwerdeführers sämtliche zu gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Entscheidungen in Werbesachen im weitesten Sinn abgegebenen Einschätzungen, Empfehlungen und Vorgaben der Abteilung GRA sowie sämtliche durch den Erstbeschwerdeführer festgelegte Maßnahmen von allen Dienststellen und Tochtergesellschaften zu berücksichtigen bzw. einzuhalten sind. Auch gibt es regelmäßig eine vom Zweitbeschwerdeführer 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 festgelegt, 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 die Abteilung GRA regelmäßig in allen von den Werbebestimmungen betroffenen Bereichen der Erstbeschwerdeführerin und ihrer Tochtergesellschaften (auch unangekündigte) Kontrollen und Überprüfungen vornimmt. Davon ist auch der Bereich " XXXX " umfasst. Tatsächlich

wurden keine Kontrollen im Landesstudio XXXX zur Sicherstellung der Einhaltung der werberechtlichen Bestimmungen durch den Zweitbeschwerdeführer und/oder die GRA oder in deren Auftrag vor der Sendung am XXXX durchgeführt.

Als "Motivation" für die Landesstudios wurde in Absprache mit den wirtschaftlichen Abteilungen der Erstbeschwerdeführerin vereinbart, dass Werbeverstöße auch Niederschlag in der sogenannten "Erfolgsbilanz" der Landesstudios finden, d.h. mehrfache Verstöße auch zu einer geringeren Erfolgsbilanz führen werden (dies wurde relativ bald seit Übernahme der Funktion des Zweitbeschwerdeführers, ca. März 2016, diskutiert und etwas später eingeführt).

Zusätzlich wurde seit der Bestellung des Zweitbeschwerdeführers zum verantwortlichen Beauftragten ein "Skriptum" mit rund 20 Seiten erarbeitet, in dem die wichtigsten einzuhaltenden Regeln in leicht verständlicher Form dargelegt werden; darin werden auch die verfahrensgegenständlichen Fragen abgehandelt. Die Arbeitsgruppe zur Erstellung des Skriptums wurde Anfang 2017 eingerichtet, und das Skriptum wird als kontinuierlicher Prozess fortgeführt.

Bis zu einem bestimmten Grad wurde das System bereits vom Vorgänger des Zweitbeschwerdeführers eingeführt, wobei alle Elemente, die sich als zweckmäßig erwiesen haben, weitergeführt wurden sowie ergänzt um verschiedene andere Dinge, die als wichtig empfunden wurden (darunter u.a. die Erfolgsbilanz, Skripten zur Schulung, verschiedene Schulungsreisen des Zweitbeschwerdeführers und seiner Kollegen/innen).

Die Landesmarketingleitung des Landesstudio XXXX steht in laufenden Kontakt mit GRA und gibt Informationen über aktuelle Entwicklungen im Werberecht an die Mitarbeiter und Moderatoren weiter.

Die Moderatoren erhalten einen wöchentlichen Plan (Spotplan) zur Übersicht der zu sendenden Produktplatzierungshinweise von der Marketingabteilung. Eine automatisierte Sendung von Produktplatzierungshinweisen am Anfang und Ende von Sendungen durch das von den Moderatoren verwendete Programm ist nicht eingerichtet. Der jeweilige Moderator der Sendung erhält auch keinen automatisierten Hinweis/eine Erinnerung am Anfang oder am Ende der Sendung zur Sendung von Produktplatzierungshinweisen. Die tatsächliche Sendung des Produktplatzierungshinweises bleibt letztlich immer unter der Verantwortung des jeweiligen Moderators einer Sendung.

1.5. Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Zweitbeschwerdeführers

Der Zweitbeschwerdeführer ist für seine zwei minderjährigen Kinder sorgepflichtig. Der Zweitbeschwerdeführer machte zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen sowie zur Höhe seiner zwei Sorgepflichten keine Angaben.

Das Jahresbruttogehalt des Zweitbeschwerdeführers wird auf EUR XXXX ,-- geschätzt.

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

Zum Zeitpunkt der Begehung der Verwaltungsübertretung (XXXX) war der Zweitbeschwerdeführer verwaltungsstrafrechtlich unbescholten.

Im Strafregister der Republik Österreich scheint keine Verurteilung des Zweitbeschwerdeführers auf.

2. Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt der belangten Behörde sowie in den Verfahrensakt zum Verfahren der belangten Behörde betreffend den Bescheid vom XXXX , sowie durch Einvernahme des Moderators Herrn XXXX in der mündlichen Verhandlung als Zeugen. Der Zweitbeschwerdeführer war in der mündlichen Verhandlung durch seine Rechtsvertreterin vertreten, die Fragen zum Kontrollsystem im Auftrag des Zweitbeschwerdeführers beantwortete (OZ 10, S. 5-7).

Die vom Bundesverwaltungsgericht der gegenständlichen Entscheidung zugrunde gelegten Feststellungen zum Ablauf der Sendung vom XXXX entsprechen jenen von der belangten Behörde im angefochtenen Straferkenntnis und im Feststellungsbescheid vom XXXX getroffenen. Die Feststellung, dass ein großes Verkehrsaufkommen (Stau) im Großraum XXXX eine häufige Aktualisierung der Verkehrsmeldungen durch den Moderator während der Sendung am XXXX erforderlich machte, ergibt sich aus den diesbezüglichen Angaben in der Beschwerde und den Angaben des Zeugen XXXX in der mündlichen Verhandlung (OZ 10, S. 11). Hinweise auf eine außergewöhnliche Krisensituation, die eine Umstellung der Sendung und ein Unterlassen der Sendung von Produktplatzierungshinweisen möglicherweise im

Einzelfall - abhängig von den konkreten Umständen - rechtfertigen könnte wurden von den Beschwerdeführern nicht vorgebracht. Hinweise auf solche Umstände haben sich auch sonst im Verfahren nicht ergeben.

Die Feststellung betreffend die Bestellung des Zweitbeschwerdeführers zum verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichen Beauftragten ergibt sich aus den Ausführungen in der Beschwerde mit Verweis auf das Schreiben des Erstbeschwerdeführers vom XXXX .

Die belangte Behörde orientierte sich bei der Einschätzung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Zweitbeschwerdeführers und dessen Sorgepflichten an den vom Zweitbeschwerdeführer in einem früheren Verfahren der belangten Behörde zu XXXX gemachten Angaben (Straferkenntnis Seite 11):

Darin gab der Zweitbeschwerdeführer 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 für eine minderjährige Tochter zu sein. Er sei Eigentümer eines Grundstücks in XXXX , wobei der Wert der Liegenschaft bei rund EUR XXXX liege; es bestünden allerdings ein Veräußerungs- und Belastungsverbot sowie entsprechende Bankverbindlichkeiten in Bezug auf eine Eigenheimerrichtung.

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

Der Zweitbeschwerdeführer bestritt zunächst die Schätzung seines Einkommens der belangten Behörde, gab jedoch in der mündlichen Verhandlung bekannt, sein diesbezügliches Vorbringen zurückzuziehen und die behördliche Schätzung seines Einkommens nicht mehr zu bestreiten (OZ 10, S. 5).

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

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

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

Eine Vereinbarung zwischen den Beschwerdeführern zur Übernahme allfälliger Verwaltungsstrafen ließ sich aus dem Vorbringen des Erstbeschwerdeführers und den getätigten Ermittlungen nicht ableiten; das Vorliegen einer solchen Vereinbarung wurde von der Vertreterin des Zweitbeschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung glaubhaft verneint (OZ 10, S. 5.). Eine entsprechende Feststellung konnte daher nicht getroffen werden.

Die Feststellung, dass der Zweitbeschwerdeführer zum Zeitpunkt der Begehung der Verwaltungsübertretung verwaltungsstrafrechtlich unbescholten war und im Übrigen strafgerichtlich unbescholten ist, ergibt sich aus den glaubhaften Angaben der Vertreterin des Zweitbeschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung (OZ 10, S. 7) sowie aus dem eingeholten Strafregisterauszug vom XXXX .

Die Feststellungen zum beim Erstbeschwerdeführer eingerichteten Regel- und Kontrollsystem ergeben sich aus den Ausführungen in der Beschwerde (Beschwerde S. 3 bis 5), die von der Vertreterin des Zweitbeschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung bestätigt wurden (OZ 10, S. 5-6). Dass tatsächlich keine Kontrollen im XXXX zur Sicherstellung der Einhaltung der werberechtlichen Bestimmungen durch die Abteilung GRA durchgeführt wurden, ergibt sich aus den Angaben des Zeugen XXXX in der mündlichen Verhandlung (OZ 10, S. 10).

Der Zeuge legte zudem nachvollziehbar dar, dass Produktplatzierungshinweise weder automatisiert am Beginn und Ende der Sendung eingespielt werden, noch, dass es eine automatische Warnung/Erinnerung für den Moderator der Sendung gibt, einen vorgesehenen Produktplatzierungshinweis auch tatsächlich zu spielen (OZ 10, S. 10). Auf Basis dieser Ausführungen waren die entsprechenden Feststellungen zu treffen.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt A)

3.1. Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist (im Wesentlichen gleichlautend Art 135 Abs. 1 B-VG sowie § 2 VwGVG). Die entsprechende Anordnung einer Senatszuständigkeit enthält§ 36 KOG, wonach das Bundesverwaltungsgericht über Beschwerden in jenen Fällen, in denen die KommAustria belangte Behörde ist (§ 9 Abs. 2 VwGVG), durch Senat entscheidet.

Gemäß § 38 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art 130 Abs. 1 B-VG in Verwaltungsstrafsachen die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl Nr 52/1991, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des II. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes - FinStrG, BGBl Nr 129/1958, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

3.2. Die im vorliegenden Fall relevanten Bestimmungen des Bundesgesetzes über den XXXX (ORF-G),BGBl Nr 379/1984 idF BGBl I Nr 50/2010, lauten auszugsweise:

"Produktplatzierung

§ 16. (1) Produktplatzierung (§ 1a Abs. 1 Z 10) ist vorbehaltlich der Regelungen der Abs. 2 und 3 unzulässig.

....

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

...

4.-Sie sind zu Sendungsbeginn und -ende sowie im Falle von Unterbrechungen gemäß § 15 bei Fortsetzung einer Sendung nach einer Werbeunterbrechung eindeutig zu kennzeichnen, um jede Irreführung des Konsumenten zu verhindern.

[...]

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;

[...]."

Das Unterbleiben des Produktplatzierungshinweises am Ende der Sendung vom XXXX wurde von der belangten Behörde mit Feststellungsbescheid vom XXXX festgestellt. Dieser wurde vom Erstbeschwerdeführer nicht angefochten und ist rechtskräftig. Die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 38 Abs. 1 Z 3 ORF-G (Zuwiderhandeln gegen § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G) wurde von den beschwerdeführenden Parteien im Beschwerdeverfahren nicht bestritten und steht fest.

Die beschwerdeführenden Parteien bringen in der Beschwerde zusammengefasst vor, dass den Zweitbeschwerdeführer an dem Verstoß gegen § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G kein Verschulden treffe und dass die Behörde die Strafbemessung unrichtig vorgenommen hätte. In eventu sei das Verfahren einzustellen, zumal die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG (Bedeutung und Intensität der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes sind gering) vorlägen. Darüber hinaus lägen die Voraussetzungen für ein Vorgehen nach § 33a VStG (Beraten statt Strafen) vor.

3.3. Zum Verschulden des Zweitbeschwerdeführers

Die Beschwerdeführer bestreiten im vorliegenden Fall nicht die grundsätzliche Verantwortlichkeit des Zweitbeschwerdeführers als verantwortlicher Beauftragter. Die Beschwerdeführer gehen jedoch davon aus, dass dem Zweitbeschwerdeführer kein schuldhaftes Verhalten angelastet werden könne. Es sei ein iSd ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes strafbefreiendes Regel- und Kontrollsystem implementiert worden, weshalb dem Zweitbeschwerdeführer weder Fahrlässigkeit noch Vorsatz vorzuwerfen sei.

Der Erstbeschwerdeführer ist als Stiftung öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 1 ORF-G) eine juristische Person. Da mit dem Zweitbeschwerdeführer ein verantwortlicher Beauftragter für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G für grundsätzlich den gesamten Bereich des Erstbeschwerdeführers bestellt wurde, entfällt insoweit die Verantwortlichkeit

der zur Vertretung nach außen Berufenen. Der Zweitbeschwerdeführer ist daher als ein verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher Beauftragter iSd § 9 Abs. 2 VStG zu qualifizieren.

§ 5 Abs. 1 VStG idF BGBl Nr 52/1991 lautet:

"(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."

§ 5 Abs. 1a VStG idF BGBl I Nr 57/2018, der gemäß § 20 Abs. 2 VStG idF BGBl I Nr 57/2018 am 01.01.2019 in Kraft trat, lautet:

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

Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 erster Satz VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. In einem solchen Fall ist es nicht erforderlich, im Spruch des Strafbescheides neben der Anführung des objektiven Tatbestands auch die subjektiven Tatbestandsmerkmale (die Schuldform) zu nennen (vgl. VwGH 11.06.2014, 2013/08/0096, mit Verweis auf VwGH 23.09.2004, 2002/07/0149).

Im gegenständlichen Fall bestimmt die vorliegende Verwaltungsvorschrift des § 38 Abs. 1 Z 2 iVm §§ 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G über das Verschulden nichts, weshalb zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt.

§ 5 Abs. 1 VStG enthält keine Definition fahrlässigen Verhaltens. Dieses setzt im Sinne eines kriminalstrafrechtlichen Verständnisses einen doppelten Sorgfaltsverstoß voraus: Erforderlich ist zum einen die Verletzung einer den Täter situationsbezogen treffenden objektiven Sorgfaltspflicht; die Einhaltung dieser objektiv gebotenen Sorgfaltsanforderungen muss dem Täter auch zum anderen nach seinen subjektiven Befähigungen zum Tatzeitpunkt möglich gewesen sein. Grundsätzlich lässt sich ein objektiver Sorgfaltsverstoß aus drei Quellen ableiten; aus dem Verstoß gegen eine Rechtsnorm, gegen die Verkehrssitte und gegen das Vergleichsverhalten eines rechtstreuen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage des Täters (so auch Lewisch, in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG2 [2017] § 5 Anm 4).

Tatbestandsmäßig ist nur ein von der Rechtsordnung missbilligtes Verhalten, das für das (jeweilige) geschützte Rechtsgut bzw. die (jeweiligen) geschützten öffentlichen Interessen sozialinadäquat gefährlich - objektiv sorgfaltswidrig - ist (vgl. Wessely, in Raschauer/Wessely, Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz2 [2016] § 5 Anm 4).

Bei der im Beschwerdefall vorgeworfenen Verwaltungsübertretung handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört (vgl. etwa VwGH 03.10.2016, Ra 2016/02/0150).

Damit gibt der Gesetzgeber zu verstehen, das solcherart umschriebene Verhalten (auf das jeweils geschützte Rechtsgut bzw. öffentliche Interesse bezogen) jedenfalls als gefährlich zu betrachten sind. Es besteht sohin eine entsprechende unwiderlegliche Vermutung ihrer (rechtsgutbezogen) objektiven Gefährlichkeit (vgl. Wessely, in Raschauer/Wessely, Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz2 [2016] § 5 Anm 5).

Das zur Strafbarkeit des Zweitbeschwerdeführers erforderliche Vorliegen der objektiven Sorgfaltswidrigkeit ist aufgrund des gegen § 16 Abs. 5 Z 4 ORF-G verstoßenden Unterbleibens des Produktplatzierungshinweises am Ende der Sendung vom XXXX anzunehmen.

Ein wirksames Kontrollsystem liegt vor, wenn es unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten lässt (vgl. VwGH 20.03.2018, Ra 2017/03/0092; 25.03.2009, 2006/03/0010). Belehrungen, Arbeitsanweisungen oder stichprobenartige Kontrollen reichen nicht aus, um die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems glaubhaft zu machen (vgl. VwGH 08.11.2016, Ra 2016/11/0144 mit Hinweis auf VwGH 24.03.2015, 2013/03/0054, und 26.05.2014, 2012/03/0084). Ein geeignetes Kontrollsystem hat zudem nicht nur Vorkehrungen für die Kontrolle durch den Arbeitgeber, sondern auch ein geeignetes Sanktionssystem

bei Zuwiderhandeln des Arbeitnehmers zu enthalten (vgl. VwGH 19.09.2016, Ra 2016/11/0112). Zudem muss dargelegt werden, warum trotz der begangenen Übertretungen ein wirksames Kontrollsystem bestehen soll (vgl. VwGH 28.07.1995, 95/02/0275).

Im gegenständlichen Fall ist davon auszugehen, dass es sich bei der Sendung von Produktplatzierungshinweisen um standardisierte Texte ("Diese Sendung enthält/enthielt Produktplatzierungen") handelt, die zu Beginn und Ende jeder Sendung in gleicher Weise auszustrahlen sind. Diese werden auch nicht vom Moderator persönlich gesprochen, sondern sind durch Anklicken am Sendepult einzuspielen. Es handelt sich somit um einen standardisierten Ablauf, der allein in der Woche der Sendung vom XXXX) 121 Mal erfolgte. Bei standardisierten Abläufen in dieser Menge ist ein Vertrauen auf das Tätigwerden einer Person während der einer Live-Sendung auf Basis von Schulungen und Hinweisen, wie sie durch den Zweitbeschwerdeführer erfolgten, nicht ausreichend, um die Einhaltung der gesetzlichen Hinweispflicht in jedem Fall erwarten zu lassen. Es muss vielmehr sichergestellt sein, dass auch im Fall einer Unachtsamkeit oder in der konkreten Situation bestehenden Überforderung des Moderators der Sendung die Einspielung des Produktplatzierungshinweises zu erwarten ist. Dies kann zB durch eine automatisierte Erinnerung im System erfolgen oder durch das Erfordernis, die Einspielung des Produktplatzierungshinweises zu bestätigen, bevor die Sendung inhaltlich begonnen bzw. abgeschlossen wird. Letztlich hat sich in der Sendung am XXXX genau jenes Risiko verwirklicht, dem ein wirksames Kontrollsystem (auch) entgegenwirken soll, nämlich jenes einer durch externe Faktoren hervorgerufenen Situation, die ein zusätzliches Tätigwerden des Moderators während einer ohnehin schon knappen und durch Anrufe verzögerten Live-Sendung erforderte. Auch in dieser Konstellation muss die Einhaltung der Bestimmungen über die Produktplatzierungshinweise durch den (dem Zweitbeschwerdeführer zuzurechnenden) Moderator in der Sendung sichergestellt sein - andernfalls liegt eben kein wirksames Kontrollsystem vor, welches ex ante betrachtet eine Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen erwarten lässt. Hinzu kommt, dass entgegen den Ausführungen der beschwerdeführenden Parteien mit einem morgendlichen Stau in einem Ballungsraum keine Extremsituation vorlag, die ein Unterlassen einer standardisierten Produktplatzierungskennzeichnung - abhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalles - rechtfertigen könnte. Bei einer morgendlichen Sendung im regionalen Hörfunkprogamm, die in einem Ballungsraum ausgestrahlt wird und regelmäßige Verkehrsmeldungen beinhaltet, stellt auch ein ungewöhnlich hohes Verkehrsaufkommen und ein plötzlich auftretender Stau kein außergewöhnliches, völlig unerwartetes Ereignis dar. Bei der Einrichtung eines Kontrollsystems ist auf derartige, für die Art der Sendung (regional im Ballungsraum, frühmorgens, regelmäßige Verkehrsmeldungen) geradezu typische Ereignisse Bedacht zu nehmen, damit das Kontrollsystem die Einhaltung der anzuwendenden Rechtsvorschriften erwarten lässt.

Von den Beschwerdeführern werden auch keine Umstände aufgezeigt, weshalb der Fehler ungeachtet eines ansonsten funktionierenden Kontrollsystems auftrat. Darauf zu verweisen, dass mehrfache Verstöße durch die Landesstudios zwecks Motivation zu Rechtstreue "Niederschlag in der sogenannten Erfolgsbilanz der Landesstudios finden" würden und deshalb "eine Art ‚Skriptum' erarbeitet worden [sei], in dem die wichtigsten einzuhaltenden Regeln in leicht verständlicher Form dargelegt werden", ist diesbezüglich nicht ausreichend, da Belehrungen, Arbeitsanweisungen oder stichprobenartige Kontrollen nicht ausreichen, um die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems glaubhaft zu machen (vgl. VwGH 08.11.2016, Ra 2016/11/0144 mit Hinweis auf VwGH 24.03.2015, 2013/03/0054, und 26.05.2014, 2012/03/0084). Hinzu kommt, dass im konkreten Fall keine Kontrollen des XXXX im Hinblick auf die Einhaltung der werberechtlichen Bestimmungen des ORF-Gesetzes durch den Zweitbeschwerdeführer selbst und/oder die ihm zuzurechnende Abteilung GRA oder in deren Auftrag durch die Landesmarketingleitung stattfanden.

Ein wirksames Kontrollsystem iSd Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes liegt daher nicht vor. Der objektive Sorgfaltsmaßstab hätte geboten, entsprechend wirksame Maßnahmen einzurichten, damit die Ausstrahlung von Produktplatzierungshinweisen in jeder für die Art der Sendung typischen Situation sichergestellt werden kann und allfällige Verstöße entsprechend zu ahnden. Die Unwirksamkeit des Kontrollsystems indiziert nach der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs fahrlässiges Verhalten. Jenes ist dem Zweitbeschwerdeführer auch subjektiv vorzuwerfen, insbesondere, weil er ein langjähriger Mitarbeiter der Rechtsabteilung des Erstbeschwerdeführers ist und als deren verantwortlicher Beauftragter gerade auch für die Verhinderung von Verwaltungsübertretungen wie der Vorliegenden zuständig ist.

Die Aufwendung der objektiv gebotenen und subjektiv möglichen Sorgfalt war dem Zweitbeschwerdeführer auch zuzumuten.

Da sich nach den vom Bundesverwaltungsgericht durchgeführten Ermittlung ergibt, dass der Zweitbeschwerdeführer

somit subjektiv vorwerfbar handelte und auch keine Hinweise auf eine fehlende Zumutbarkeit des objektiv sorgfaltsgemäßen Verhaltens hervorkamen, ist von einer fahrlässigen Verwirklichung und damit von der Erfüllung des subjektiven Tatbestands auszugehen.

Soweit die Vertreterin der beschwerdeführenden Parteien am Schluss der Verhandlung auf die geänderte Rechtslage zu § 5 Abs. 1a VStG verwies und ausführte, das Verschulden sei vom Verwaltungsgericht nachzuweisen, ist damit für den vorliegenden Fall nichts gewonnen:

Der Verwaltungsgerichtshof hat zu der mit 01.01.2019 in Kraft getretenen Bestimmung des § 5 Abs. 1a VStG festgehalten, dass diese Rechtsänderung keine Änderung hinsichtlich der Strafe bewirkt. Das "Günstigkeitsprinzip" des § 1 Abs. 2 VStG ist folglich auf § 5 Abs. 1a VStG nicht anzuwenden und die Strafe richtet sich nach dem zum Zeitpunkt der Tat geltenden Recht. Die seit Begehung der gegenständlichen Verwaltungsübertretung eingetretene Rechtsänderung in § 5 Abs. 1a VStG ist daher für den vorliegenden Fall nicht erheblich (vgl. VwGH 21.05.2019, Ra 2019/03/0009). Den Zweitbeschwerdeführer trifft somit nach der im Zeitpunkt der Tatbegehung geltenden Fassung des § 5 Abs. 1 VStG eine Obliegenheit der Glaubhaftmachung des mangelnden Verschuldens (vergleiche dazu VwGH 16. 5. 2011, 2009/17/0185; Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG^2 § 5 (Stand 01.05.2017, rdb.at) Rz. 9). Dass ein exkulpierendes Regel- und Kontrollsystem im Unternehmen des Erstbeschwerdeführers nicht besteht, konnte - wie in der Beweiswürdigung dargelegt - anhand der Angaben der Beschwerdeführer in der Beschwerde und anhand der Angaben des Zeugen festgestellt werden.

3.4. Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 VStG

Die Beschwerdeführer bringen des Weiteren vor, das Strafverfahren sei nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG einzustellen.

§ 45 Abs. 1 VStG lautet auszugsweise:

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

[...]

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

[...]

Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten."

Es ist davon auszugehen, dass beide Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG [(1) geringe Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und geringe Intensität seiner Beeinträchtigung sowie (2) geringfügiges Verschulden des Beschuldigten] für eine Vorgehensweise iSd § 45 Abs. 1 Z 4 VStG kumulativ vorzuliegen haben (so auch Fister, in Lewisch/Fister/ Weilguni, VStG2 [2017] § 45 Anm 3; VwGH 07.04.2017, Ra 2016/02/0245).

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist das Verschulden geringfügig, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. VwGH 07.04.2017, Ra 2016/02/0245).

Ein iSd höchstgerichtlichen Rechtsprechung exkulpierendes Kontrollsystem konnte der Zweitbeschwerdeführer mit seinen bloß allgemein gehaltenen Behauptungen und Vorgehensbeschreibungen jedoch nicht darlegen.

Bei Fehlen eines funktionierenden Kontrollsystems zur Verhinderung von Übertretungen kann nicht von einem geringfügigen Verschulden gesprochen werden (vgl. jüngst VwGH 20.03.2018, Ra 2017/03/0092).

Wie unter 3.3. ausgeführt wurde kein im Sinne der Judikatur wirksames Kontrollsystem eingerichtet.

Folglich liegt - entgegen dem Beschwerdevorbringen - kein geringfügiges Verschulden vor und ist allein schon deswegen ein Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht geboten. Die verletzte Norm betrifft das Gebot der Kennzeichnung von Produktplatzierungen am Beginn und am Ende jeder Sendung. Die zu schützenden Rechtsgüter sind demnach - kurzgefasst - der Konsumentenschutz, der Wettbewerb und die Unabhängigkeit des Rundfunks (vgl. BVG Rundfunk). Für das Bundesverwaltungsgericht ist nicht zu erblicken, dass diese Rechtsgüter als geringfügig

eingestuft werden könnten. Folglich kann im Beschwerdefall nicht davon gesprochen werden, dass die Bedeutung der strafrechtlich geschützten Rechtsgüter geringfügig gewesen wäre. Auch, dass die Intensität der Beeinträchtigung der geschützten Rechtsgüter geringfügig gewesen wäre, kann vom Bundesverwaltungsgericht nicht erkannt werden.

Die Wertigkeit eines durch die verletzte Norm geschützten Rechtsguts findet ihren Ausdruck auch in der Höhe des gesetzlichen Strafrahmens. Der Verwaltungsgerichtshof nahm eine entsprechende Bedeutung des geschützten Rechtsguts bereits bei einer Geldstrafe von "immerhin" bis zu EUR 726,-- an (vgl. VwGH 20.11.2015, Ra 2015/02/0167). Umso mehr Bedeutung kommt daher den im gegenständlichen Fall berührten Rechtsgütern zu, deren Verletzung mit Geldstrafen von jeweils bis zu EUR 58.000,-- geahndet wird.

Vor dem Hintergrund, dass im Beschwerdefall nicht davon gesprochen werden kann, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und das Verschulden geringfügig gewesen wären, scheidet die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG daher aus.

Aufgrund des Nichtvorliegens eines geringfügigen Verschuldens und der mangelnden Geringfügigkeit des strafrechtlich geschützten Rechtsguts, kommt auch der Ausspruch einer Ermahnung iSd § 45 Abs. 1 VStG nicht in Betracht (vgl. VwGH 11.05.2018, Ra 2017/02/0247). Die Beschwerde war daher - soweit sich diese gegen den Schuldspruch richtet - als unbegründet abzuweisen.

3.5. Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 33a Abs. 1 VStG ("Beraten statt Strafen")

Soweit die Vertreterin der Beschwerdeführer am Schluss der Verhandlung auf § 33a VStG (Beraten statt Strafen) verwies und ausführte, dem Verwaltungsgericht käme eine Anleitungsfunktion zu, ist dazu Folgendes festzuhalten:

§ 33a Abs. 1 VStG (BGBl I. Nr. 57/2018) lautet:

"Beratung

§ 33a. (1) Stellt die Behörde eine Übertretung fest und sind die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering, so hat ihn die Behörde, soweit die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen, mit dem Ziel einer möglichst wirksamen Beendigung des strafbaren Verhaltens oder der strafbaren Tätigkeiten zu beraten und ihn schriftlich unter Angabe der festgestellten Sachverhalte aufzufordern, innerhalb einer angemessenen Frist den den Verwaltungsvorschriften und behördlichen Verfügungen entsprechenden Zustand herzustellen."

§ 33a VStG setzt wie die Einstellung nach § 45 Abs. 1 Z. 4 VStG voraus, dass das Verschulden des Beschuldigten gering ist. Wie bereits zu den Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 VStG ausgeführt wurde, kann im gegenständlich Fall nicht davon gesprochen werden, dass das Verschulden des Zweitbeschwerdeführers gering ist, zumal er es verabsäumt hat, ein ausreichendes Regel- und Kontrollsystem einzurichten. Ein Vorgehen nach § 33a VStG ist daher ebenso wie nach § 45 Abs. 1 Z. 4 VStG nicht geboten.

3.6. Zur Strafbemessung

Die Beschwerdeführer führen in ihrer Beschwerde diesbezüglich zusammengefasst aus, dass die belangte Behörde von einer pauschalen Übernahme der über den Zweitbeschwerdeführer verhängten Verwaltungsstrafe durch den Erstbeschwerdeführer ausgegangen sei, die belangte Behörde im Wege der bloßen Schätzung eine nicht nachvollziehbare und unrichtiger Weise zu hoch gegriffene Annahme der Einkommensverhältnisse des Zweitbeschwerdeführers getroffen habe, die belangte Behörde es darüber hinaus unterlassen habe, die Milderungsgründe ausreichend zu berücksichtigen und die verhängte Verwaltungsstrafe unter Missachtung der Grundsätze der Strafbemessung zu hoch angesetzt habe.

In Bezug auf die Strafbemessung ist Folgendes zu erwägen:

§ 19 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl Nr 52/1991 idF BGBl I Nr 33/2013, lautet:

"§ 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."

Wird ein ordentliches Verfahren (§§ 40-46 VStG) geführt, sind zusätzlich zu den objektiven Kriterien des § 19 Abs. 1 VStG auch die subjektiven Kriterien des Schuldgehaltes der Tat bei der Strafbemessung miteinzubeziehen. Demzufolge sind folgende drei subjektive, dh in der Person des Täters gelegene Umstände, bei der Strafbemessung zu berücksichtigen: Erschwerungs- und Milderungsgründe, das Ausmaß des Verschuldens sowie Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten (vgl. Weilguni, in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG2 [2017] § 19 VStG Anm 8).

3.6.1. Zu den Milderungsgründen

Das VStG kennt kaum Milderungs- und Erschwerungsgründe (vgl. nur § 3 Abs. 2 VStG), § 19 Abs. 2 VStG verweist daher auf die §§ 32-35 StGB, die unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sinngemäß anzuwenden sind. Die Aufzählung im StGB ist jedoch lediglich demonstrativ. Eine abschließende Auflistung der Erschwerungs- und Milderungsgründe gibt es demzufolge nicht. Gemäß § 34 StGB kommen zB folgende Milderungsgründe in Betracht: bisheriger ordentlicher Lebenswandel, Begehung der Tat aus achtenswerten Beweggründen, aus Furcht oder Gehorsam, reumütiges Geständnis, unverhältnismäßig lange Dauer des Verfahrens aus einem nicht vom Täter zu vertretenden Grund, ein die Zurechnungsfähigkeit nicht ausschließender Rauschzustand. Jedenfalls von Amts wegen zu berücksichtigen ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die Unbescholtenheit des Täters (vgl. Weilguni, in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG2 [2017] § 19 Anm 10 und 14 mwN).

Die belangte Behörde erachtete die absolute Unbescholtenheit des Zweitbeschwerdeführers (keine Strafvormerkungen des Zweitbeschwerdeführers zum Tatzeitpunkt in Bezug auf § 38 ORF-G und keine sonstigen verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen) als mildernd. Als erschwerend wurde kein Umstand gewertet.

Nur die absolute Unbescholtenheit stellt einen Milderungsgrund dar (vgl. VwGH 22.12.2016, Ra 2015/17/0126); die Unbescholtenheit des Beschuldigten ist dann zu verneinen, wenn eine (rechtskräftige) Verurteilung wegen einer Verwaltungsübertretung zum Zeitpunkt der Begehung der (jeweiligen) Verwaltungsübertretung vorliegt, deren Tilgung gemäß § 55 Abs. 1 VStG zum Zeitpunkt der Erlassung des Berufungsbescheides noch nicht eingetreten ist (vgl. VwGH 03.12.1992, 91/19/0169).

Zum Zeitpunkt der Begehung der gegenständlichen Verwaltungsübertretung am XXXX war der Zweitbeschwerdeführer absolut unbescholten. Allfällige danach ein

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at