

TE Bwvg Erkenntnis 2021/11/11 W234 2211664-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.11.2021

Entscheidungsdatum

11.11.2021

Norm

ORF-G §1a Z7
ORF-G §13 Abs1
ORF-G §13 Abs3 Z6
ORF-G §18 Abs1
ORF-G §18 Abs2
ORF-G §38 Abs1 Z2
VStG 1950 §16
VStG 1950 §19 Abs1
VStG 1950 §19 Abs2
VStG 1950 §44a
VStG 1950 §45 Abs1 Z1
VStG 1950 §45 Abs1 Z4
VStG 1950 §5
VStG 1950 §64
VStG 1950 §9 Abs1
VStG 1950 §9 Abs2
VStG 1950 §9 Abs7
VwGVG §29 Abs5
VwGVG §50 Abs2 Z1
VwGVG §52 Abs8

Spruch

W234 2211503-1/20E

W234 2211664-1/20E

GEKÜRZTE AUSFERTIGUNG DES AM 10.11.2021 MÜNDLICH VERKÜNDETEN ERKENNTNISSES

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Thomas Horvath als Vorsitzenden und Richterin Mag. Ingrid Zehetner als Beisitzerin und Richter Mag. Eduard Hartwig Paulus als Beisitzer über die Beschwerden von XXXX und

dem Österreichischen Rundfunk gegen das Straferkenntnis der Kommunikationsbehörde Austria vom XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, soweit sie sich gegen die Bestrafung wegen einer Übertretung von § 13 Abs. 3 Z 6 iVm § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 1a Z 7 ORF-G iVm § 9 Abs. 2 VStG richtet. Insoweit wird das Straferkenntnis aufgehoben und das Strafverfahren eingestellt.

II. Im Übrigen wird der Beschwerde hinsichtlich des Ausspruches über die verhängte Strafe teilweise Folge gegeben und die verhängte primäre Geldstrafe mit EUR XXXX festgesetzt; falls diese uneinbringlich ist, wird eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag festgesetzt. 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 nicht zulässig.

Text

Gemäß § 29 Abs. 5 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013 idGF, kann das Erkenntnis in gekürzter Form ausgefertigt werden, wenn von den Parteien auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof verzichtet oder nicht binnen zwei Wochen nach Ausfolgung bzw. Zustellung der Niederschrift gemäß Abs. 2a eine Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß Abs. 4 von mindestens einem der hiezu Berechtigten beantragt wird. Die gekürzte Ausfertigung hat den Spruch sowie einen Hinweis auf den Verzicht oder darauf, dass eine Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß Abs. 4 nicht beantragt wurde, zu enthalten.

Diese gekürzte Ausfertigung des nach Schluss der mündlichen Verhandlung am 10.11.2021 verkündeten Erkenntnisses ergeht gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG, da auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof durch die beschwerdeführenden Parteien und auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof durch die belangte Behörde ausdrücklich verzichtet wurde.

Gemäß § 50 Abs. 2 Z 1 VStG wird Folgendes wiedergegeben:

Wesentliche

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang

1. Mit dem hier angefochtenen Straferkenntnis der belangten Behörde vom XXXX wurde XXXX (im Folgenden Erstbeschwerdeführer) folgende Übertretung des ORF-G zur Last gelegt:

„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 ORF-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

XXXX

XXXX

§ 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“

Betreffend den Österreichischen Rundfunk (im Folgenden 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.

Denn 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.

Der Erstbeschwerdeführer sei ein nach § 9 Abs. 2 VStG bestellter verantwortlicher Beauftragter. Mangels eines „funktionierenden Kontrollsystems“ bleibe die gesetzliche Schuldvermutung des § 5 Abs. 1 VStG aufrecht.

2. 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. Auch die Strafbemessung der belangten Behörde sei fehlerhaft.

3. Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom XXXX wurde den Beschwerden hinsichtlich des Ausspruches über die verhängte Strafe teilweise stattgegeben und die verhängte Geldstrafe auf EUR XXXX reduziert; korrespondierend dazu wurde der Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde gemäß § 64 VStG auf EUR XXXX reduziert.

Dabei ging das Bundesverwaltungsgericht – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer – insbesondere davon aus, dass die inkriminierte online-Berichterstattung verbotene Schleichwerbung iSd § 1a Z 7 ORF-G enthalten habe und gegen das Erkennbarkeitsgebot für Werbung gemäß § 13 Abs. 1 erster Satz sowie gegen das Verbot irreführender kommerzieller Kommunikation gemäß § 13 Abs. 3 Z 6 ORF-G verstoßen worden sei; beim Erstbeschwerdeführer sei auch die subjektive Tatseite erfüllt, sodass Strafbarkeit wegen Verstößen gegen beide Bestimmungen eingetreten sei. Die Reduktion der Bemessung der Geldstrafe begründete das Bundesverwaltungsgericht im Wesentlichen mit der Sorgfaltspflicht des Erstbeschwerdeführers für zwei minderjährige Kinder und dem Umstand, dass die Strafzahlung nicht durch den Zweitbeschwerdeführer übernommen werde.

Das Bundesverwaltungsgericht erklärte auch die Revision mit der Begründung für zulässig, dass Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 5 Abs. 1a VStG fehle.

4. Gegen dieses Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts führten die Beschwerdeführer mit gemeinsamem Schriftsatz vom XXXX Revision. Gerügt wurde, dass die gegenständliche Online-Berichterstattung weder unter das in § 13 Abs. 1 erster Satz ORF-G verankerte Erkennbarkeitsgebot zu subsumieren sei, noch unter das Irreführungsverbot des § 13 Abs. 3 Z 6 ORF-G. Dass die in Rede stehende Online-Berichterstattung sowohl einen Verstoß gegen § 13 Abs. 1 erster Satz ORF-G als auch gegen § 13 Abs. 3 Z 6 ORF-G darstelle, führe in unzulässiger Weise zu einer doppelten Sanktionierung von Schleichwerbung im Online-Angebot. Weiters habe das Bundesverwaltungsgericht die Bestimmung

des § 5 Abs. 1a VStG fehlerhaft angewandt. Im Regelungskontext von § 5 Abs. 1 und Abs. 1a VStG könne kein Zweifel daran bestehen, dass die Anforderungen an den Beschuldigten zur Darlegung der Wirksamkeit des Kontrollsystems in den Fällen des § 5 Abs. 1a VStG nicht in gleicher Weise an den Beschuldigten überwältigt werden dürften, wie dies in den Fällen des § 5 Abs. 1 VStG angenommen werde. Dies habe das Bundesverwaltungsgericht verkannt.

5. Mit Erkenntnis vom XXXX hob der Verwaltungsgerichtshof das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts auf. Dies begründete der Verwaltungsgerichtshof im Wesentlichen wie folgt:

Nicht zu folgen sei den Revisionen, soweit sie sich gegen die Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter § 13 Abs. 1 erster Satz ORF-G wenden würden. Denn neben dem speziellen Verbot der Schleichwerbung in Programmen und Sendungen gemäß § 13 Abs. 1 zweiter Satz ORF-G beinhalte § 13 Abs. 1 ORF-G in seinem ersten Satz ein allgemein geltendes Erkennbarkeitsgebot von kommerzieller Kommunikation. Dieses Erkennbarkeitsgebot gelte für alle Formen der kommerziellen Kommunikation in allen Inhaltsangeboten des ORF und sei somit auch für Online-Angebote zu beachten. Schleichwerbung, welche bereits nach ihrer Definition den Werbezweck nicht offenlege und eine Werbemaßnahme so „tarnt“, dass sie dem Durchschnittszuseher als solche nicht erkennbar werde (vgl. zu den Voraussetzungen von Schleichwerbung etwa VwGH 14.11.2007, 2005/04/0245), verstoße damit - sofern sie im Online-Angebot aufscheine - jedenfalls gegen das Erkennbarkeitsgebot des § 13 Abs. 1 erster Satz ORF-G. Das Bundesverwaltungsgericht habe den gegenständlichen Sachverhalt sohin zutreffend unter § 13 Abs. 1 erster Satz ORF-G subsumiert.

Jedoch sei die Revision im Recht, soweit die zusätzliche Subsumtion des Sachverhalts unter den Tatbestand des § 13 Abs. 3 Z 6 ORF-G gerügt werde. Denn es sei ein Scheinkonkurrenzverhältnis gegeben. Die gegenständliche kommerzielle Kommunikation sei als solche nicht leicht erkennbar gewesen, weshalb zutreffend ein Verstoß gegen das Erkennbarkeitsgebot des § 13 Abs. 1 erster Satz ORF-G angenommen worden sei. Diese mangelnde Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation habe im gegenständlichen Fall zwangsläufig auch zu einer Irreführung geführt. Die Irreführung sei also die (bloße) Konsequenz der mangelnden Erkennbarkeit der werblichen Berichterstattung gewesen. Die Irreführung habe somit ausschließlich in der Nichterkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation bestanden. Wäre die gegenständliche Online-Berichterstattung hingegen im Sinne des § 13 Abs. 1 erster Satz ORF-G durch eine entsprechende Kennzeichnung als kommerzielle Kommunikation erkennbar gewesen, wäre fallbezogen auch eine Irreführung nicht eingetreten.

Durch die Unterstellung des vorliegenden Sachverhalts unter den Tatbestand des § 13 Abs. 1 erster Satz ORF-G (Verstoß gegen das Erkennbarkeitsgebot) werde schon der gesamte Unrechtswert des Täterverhaltens erfasst. Für eine zusätzliche Anlastung einer Übertretung des § 13 Abs. 3 Z 6 ORF-G bleibe sohin kein Raum. Vielmehr trete in der hier vorliegenden Sachverhaltskonstellation der Tatbestand des Irreführungsverbots hinter den Tatbestand des Erkennbarkeitsgebots zurück.

Jedoch sei dem Bundesverwaltungsgericht keine fehlerhafte Anwendung des § 5 Abs. 1a VStG vorzuwerfen. Es habe das Verschulden nicht ohne weiteres iSd § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG angenommen, sondern ausführlich begründet, weshalb der Erstbeschwerdeführer objektiv und subjektiv sorgfaltswidrig und sohin fahrlässig gehandelt habe. Die objektive Sorgfaltswidrigkeit habe das Bundesverwaltungsgericht darauf gestützt, dass der Erstbeschwerdeführer kein entsprechendes Kontrollsystem eingerichtet habe, was Fahrlässigkeit indiziere. Zur subjektiven Sorgfaltswidrigkeit habe es ausgeführt, dass dem Erstbeschwerdeführer als langjährigem Mitarbeiter der Rechtsabteilung die Einhaltung auch subjektiv möglich gewesen und zumutbar gewesen wäre. Eine Fehlerhaftigkeit des Erkenntnisses sei insoweit nicht zu sehen.

II. DAS BUNDESVERWALTUNGSGERICHT HAT ERWOGEN:

1. FESTSTELLUNGEN

Das Bundesverwaltungsgericht stellt folgende (schon im Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom XXXX enthalten gewesene) Feststellungen als maßgeblichen 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 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).

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).

Abbildung 2: Ausschnitt der Online Berichterstattung unter XXXX

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).

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)

Abbildung 5: Ausschnitt der Online Berichterstattung unter XXXX

Abrufbarkeit

Diese online-Berichterstattung war von XXXX bis XXXX 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 (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/ X X X X möglich sein wird bzw. ist (siehe etwa <https://vorarlberg.orf.at/studio/stories/2868439/>, <https://der.orf.at/unternehmen/aktuell/hd-tv-tirol-vbg-knt100.html>).

In mehreren dieser Artikel wird in diesem Zusammenhang die Notwendigkeit einer XXXX -Box erwähnt (z.B. <https://kaernten.orf.at/news/stories/2868807/>, <https://vorarlberg.orf.at/tv/stories/2872820/>, <https://tirol.orf.at/news/stories/2868596/>).

In einzelnen Artikeln wird darauf hingewiesen, dass lediglich ein „Modul für die jeweilige Plattform“ benötigt werde und nennt (Produkte von) XXXX nur exemplarisch (https://digital.orf.at/cardless/show_content2.php?s2id=170).

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, 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

Der festgestellte Sachverhalt beruht auf folgender Beweiswürdigung (die mit jener des Erkenntnisses vom XXXX übereinstimmt):

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 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,- 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.“

§ 44a VStG:

§ 44a. Der Spruch hat, wenn er nicht auf Einstellung lautet, zu enthalten:

1. die als erwiesen angenommene Tat;

2. die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist;
3. die verhängte Strafe und die angewendete Gesetzesbestimmung;
4. den etwaigen Ausspruch über privatrechtliche Ansprüche;
5. im Fall eines Straferkenntnisses die Entscheidung über die Kosten.

§ 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 BIGNR 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. ZUR ERFÜLLUNG DES OBJEKTIVEN TATBESTANDS GEMÄSS § 13 ABS. 1 ERSTER SATZ ORF-G (WIEDERHOLT DAS BUNDESVERWALTUNGSGERICHT FOLGENDE AUSFÜHRUNGEN SEINES ERKENNTNISSES VOM X X X X – IN ÜBEREINSTIMMUNG MIT DEN AUSSAGEN DES ERKENNTNISSES DES VWGH VOM XXXX):

Auf Basis des bereits von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalts [...] 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 [...].

Die Beschwerdeführer traten der Beurteilung der belangten Behörde entgegen. Sie vertraten 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 denkllogisch 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 [...].

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/Trainer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze4, 2018, S. 14).

Schleichwerbung setzt nach der Judikatur des VwGH „einerseits die Absicht, einen Werbezweck zu erreichen, und andererseits die Eignung zur Irreführung über diesen Werbezweck voraus“ (VwGH 18.09.2013, 2011/03/0156; 18.09.2013, 2012/03/0162).

Zum Werbezweck von (Schleich-)Werbung

Werbung liegt vor, wenn eine Darstellung eines konkreten Produkts oder einer Dienstleistung geeignet ist, das bislang uninformierte oder unentschlossene Publikum für den Erwerb zu gewinnen, sodass darauf auf das Ziel der Darstellung, nämlich den Absatz dieser Produkte oder Dienstleistungen zu fördern, geschlossen werden kann (VwGH 01.09.2017, Ra 2017/03/0007).

Wird etwa nur mit dem Geschäftsführer eines (bestimmten) Unternehmens ein Interview geführt und werden alleine die Vorzüge eines Produkts eines bestimmten Unternehmens herausgestrichen, ist ein Beitrag „jedenfalls“ dazu geeignet, „bislang uninformatiertes oder unentschlossenes Publikum für den Erwerb der Produkte dieses Unternehmens zu gewinnen, woraus auf das Ziel, den Absatz dieses Produkts zu fördern, geschlossen werden kann“ (VwGH 18.09.2013, 2011/03/0156 mHa VwGH 21.10.2011, 2009/03/0183, mwH).

Den Werbezweck bejahte der Verwaltungsgerichtshof etwa auch in einem Fall, wo im Rahmen des Wetterberichts statt bloß Bildern der Skiregion und Informationen über Höhenlage und Wetter zusätzlich „die Besonderheiten dieses Wintersportgebietes wie vor allem die Pistenlängen hervorgehoben und auf bevorstehende Wintersportveranstaltungen mit dem klingenden Namen ‚Firn, Fun und Fire‘ hingewiesen“ wurde. Auch wenn in diesem Fall die Veranstaltungen nicht im Einzelnen beschrieben wurden, sah der Verwaltungsgerichtshof doch die Vorzüge gerade dieser Skiregion herausgestrichen, „sodass die Darstellung geeignet war, bislang uninformierte oder unentschlossene Zuseher für dieses Skigebiet zu gewinnen“; da diese Präsentation als absatzfördernd beurteilt wurde, ging der Verwaltungsgerichtshof auch hier vom Vorliegen eines Werbezwecks aus (VwGH 30.06.2011, 2011/03/0140).

Nichterforderlichkeit eines Entgelts für das Vorliegen von Schleichwerbung

Die Existenz eines Entgelts oder einer ähnlichen Gegenleistung ist keine notwendige Voraussetzung für das Vorliegen von Schleichwerbung (vgl. VwGH 18.09.2013, 2011/03/0156, unter Verweis auf EuGH 09.06.2011, Alter Channel, Rs C-52/10, Slg 2011, I 4973, Rz 34, zu § 14 Abs. 2 ORF-G 2001). Liegt jedoch Entgeltlichkeit vor, vermutet das Gesetz Absichtlichkeit (§ 1a Z 7 zweiter Satz ORF-G).

Bei der Entgeltlichkeit ist – auch bei Schleichwerbung (VwGH 18.09.2013, 2011/03/0156) – von einem objektiven Maßstab auszugehen (vgl. zum an das Kriterium der Entgeltlichkeit anzulegenden objektiven Maßstab etwa VwGH 24.04.2018, Ro 2018/03/0002 oder 01.09.2017, Ra 2017/03/0007, wonach entscheidet, ob nach dem üblichen Verkehrsgebrauch ein Entgelt zu leisten wäre). So ist etwa davon auszugehen, dass ein Fernsehveranstalter einem Unternehmen nur dann werbewirksam gestaltete Programmzeit einräumen wird, wenn dafür eine Gegenleistung erfolgt; in diesem Fall besteht an der Entgeltlichkeit kein Zweifel (VwGH 18.09.2013, 2011/03/0156 mHa VwGH 21.10.2011, 2009/03/0172). Nicht entscheidend ist, ob überhaupt ein Entgelt oder eine Gegenleistung geleistet wurde, weil es sonst im Belieben der Beteiligten stünde, über die Zulässigkeit einer Erwähnung oder Darstellung von Waren, Marken etc. außerhalb von Werbesendungen nach Gutdünken zu disponieren. Ein solcher Standpunkt liegt dem Gesetz aber nicht zu Grunde (vgl. VwGH 08.09.2011, Zl. 2011/03/0019; 21.10.2011, Zl. 2009/03/0173, mit Hinweis auf VwGH 19.11.2008, Zl. 2005/04/0172, mwN).

Das Vorliegen der Absicht, einen Werbezweck zu verfolgen ist nicht iSd§ 5 Abs. 2 StGB auszulegen, wonach es dem Täter gerade darauf ankommen muss, einen Sachverhalt zu verwirklichen. Zur Annahme des Vorliegens von Absicht reicht vielmehr aus, wenn schon aus der Gestaltung des Beitrags auf die Absicht geschlossen werden kann, einen Werbezweck zu erreichen (VwGH 18.09.2013, 2011/03/0156 mHa VwGH 30.06.2011, 2011/03/0140). Diesfalls bedarf es auch keiner Auseinandersetzung betreffend die „innere Tatseite“ der Beschwerdeführer (vgl. VwGH 21.10.2011, 2009/03/0183).

Zur Irreführung von Schleichwerbung

Der Unterschied zur (zulässigen) Werbung liegt darin, dass Schleichwerbung über den Werbezweck irreführt. Der Verwaltungsgerichtshof führte dazu aus (Hervorhebungen hinzugefügt): „Ist der Werbezweck einer Sendung bzw eines Sendeteils offensichtlich und wird der Zuschauer über den Werbezweck nicht in die Irre geführt, so liegt von vornherein keine Schleichwerbung vor. Bei der Beurteilung, ob eine Erwähnung oder Darstellung von Waren und Dienstleistungen über den eigentlichen Zweck, nämlich den Werbezweck, irreführen kann, ist auf den durchschnittlich informierten und aufmerksamen Zuschauer abzustellen (Hinweis E vom 30. September 2010, 2009/03/0174, und E vom 21. Oktober 2011, 2009/03/0172).“ (VwGH 18.09.2013, 2011/03/0156; 18.09.2013, 2012/03/0162).

Bei der Beurteilung des Vorliegens einer Irreführungseignung kommt es maßgeblich auf die Erwartungshaltung des durchschnittlichen Zusehers an:

Eine als redaktionelle Sendung gestaltete Sendung unter dem Titel „Infos & Tipps“ erweckte nach der Auslegung des Verwaltungsgerichtshofs beim durchschnittlichen Seher den Eindruck, Informationen über ein Produkt und dessen Verwendung (bzw. dessen Beschaffung) zu erhalten. Ein durchschnittlicher Seher musste bei so einer Gestaltung aber

nicht damit rechnen, mit den Vorzügen eines bestimmten Produzenten bzw. Vertreibers konfrontiert zu werden, weswegen der Verwaltungsgerichtshof vom Vorliegen von Schleichwerbung ausging (VwGH 18.09.2013, 2011/03/0156).

Bei Wirtschaftssendungen geht die Rechtsprechung davon aus, dass der durchschnittliche Fernsehzuseher eher Informationen über ökonomische Fakten konkreter Unternehmen, Regionen und Länder erwartet, weil diese „Fakten typischer Bestandteil“ der Berichterstattung sind und Irreführung seltener in Betracht kommt (vgl. etwa BKS 26.03.2007, 611.009/0007-BKS/200; VwGH 29.02.2008, 2005/04/0275).

Umgelegt auf den vorliegenden Fall bedeutet dies Folgendes:

Wie schon zutreffend von der belangten Behörde ausgeführt, ist in einem ersten Schritt zunächst das Vorliegen von Werbung bzw. des Werbezwecks zu prüfen, der im vorliegenden Fall klar bejaht werden kann:

Der Inhalt der verfahrensgegenständlichen Berichterstattung [...] weckt Bedarf und streicht die Vorzüge von XXXX sowie des Erwerbs eines XXXX -Moduls hervor: Schon der Lead nach der Artikelüberschrift stimmt darauf ein, dass eine Umstellung des digitalen Antennenfernsehens bevorsteht und näher bezeichnete Sender der Zweitbeschwerdeführerin dann „in bester Bild- und Ton-Qualität mit dem neuen Antennenfernsehen XXXX “ erlebt werden können. Der Text erweckt den Eindruck, dass XXXX notwendig ist, um überhaupt weiter fernsehen zu können, weil „[d]er Empfang von DVB-T ab dem [...] nicht mehr möglich“ ist. Damit wird die Umstellung in einen unmittelbaren, nahezu „notwendigen“, Zusammenhang mit den darauffolgenden Angaben zu den zusätzlich erwähnten Produkten von XXXX gebracht.

Im Folgenden werden die Vorzüge verschiedener XXXX -Produkte dargelegt: „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.“ Es wird ausgeführt, welche Sender dann mit XXXX „erlebt“ werden können. Weiter: „Zusätzlich sind regional die Sender XXXX und XXXX verfügbar. Dafür fallen keine Zusatzkosten an. [...] Um XXXX zu empfangen, wird für den bisher verwendeten Fernseher eine XXXX Box um € XXXX benötigt. [...] 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. [...]“.

Diese Aussagen sind klar geeignet, bislang uninformierte bzw. unentschlossene Personen für den Erwerb des des „ XXXX -Abos“ bzw. für den Erwerb eines sonstigen „ XXXX -Produkts“ zu gewinnen.

Eingangs wird erwähnt, dass das konventionelle (Antennen-)Fernsehen in näherer Zukunft nicht mehr möglich sein wird. Als Lösung für dieses „Problem“ wird der Erwerb von XXXX -Produkten und -Abos präsentiert. Die zusätzliche Erwähnung, dass die genannten Preise für bestimmte XXXX -Produkte nur bis zu einem näher genannten Zeitpunkt gelten, lässt vermuten, dass die Preise danach höher sind. Insbesondere unentschlossene Personen könnten sich vor diesem Hintergrund unter Druck gesetzt fühlen, rasch eine Kaufentscheidung zu Gunsten der Plattform und der Produkte von XXXX zu treffen.

Die belangte Behörde verwies bereits zutreffend darauf, dass die Anpreisung des Leistungsumfangs des Angebots durch Aussagen wie „[...] Dafür fallen keine Zusatzkosten an. [...]“ und „[...] Wer in den Genuss von mehr als 40 TV-Sendern kommen möchte [...] XXXX -Abo [...] ohne Bindung abschließen.“ eindeutig Absatzförderungseignung aufweisen, nicht zuletzt, weil sie sich als qualitativ wertender Leistungsvergleich mit Konkurrenzprodukten, insbesondere klassischen Kabelnetzen und den dort üblichen Bindungen bzw. laufenden Kosten und Zusatzkosten (Service-Pauschale, Herstellungsentgelt etc.) darstellen.

Offensichtlich wird die Absatzförderungsabsicht auch durch die Nennung von Bezugsquellen u.a. in Form der Internet-Adresse („Die Endgeräte sind im Fachhandel oder im Online-Shop XXXX erhältlich.“) ersichtlich. In Zusammenschau mit dem eingangs aufgebauten „Druck“, umzusteigen, um weiterhin fernsehen zu können, kommt dies einem Kaufappell gleich. Zudem wird auf den monatlichen Preis für ein „ XXXX -Abo“ hingewiesen XXXX -Abo um monatlich € XXXX ohne Bindung“). Das Hervorheben besonderer Produktvorteile oder die Herausstellung eines besonders günstigen Preis-/Leistungsverhältnisses eines Angebotes verwirklicht einen Anreiz zur Inanspruchnahme durch den Konsumenten und ist daher Werbung (BKS 30.03.2009, GZ 611.976/0005-BKS/2009; BKS 25.01.2010, GZ 611.009/0017-BKS/2009).

Somit ist der belangten Behörde zuzustimmen, dass aus der Art der Darstellung auf einen Absatzförderungszweck zu Gunsten von XXXX geschlossen werden kann und somit Werbung vorliegt.

An dieser Beurteilung ändert auch nichts, dass vereinzelt Sachinformationen in den verfahrensgegenständlichen Artikel

eingewoben wurden (Stattdessen der Umstellung, „fünffach bessere Auflösung“ mit HD, Erwähnung des Mehrkanalsystems „Dolby Digital 5.1“ oder die Möglichkeit zu prüfen, ob das TV-Programm in „High Definition“ wiedergegeben wird). Diese Sachinformationen mögen zutreffen, problematisch ist aber, dass – wie von der belangten Behörde in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG hervorgehoben – darüber hinaus Produkte von XXXX werblich hervorgehoben werden, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang zum Umstieg stehen. Beispielhaft ist die Bewerbung eines XXXX-Abos „um monatlich € XXXX ohne Bindung“ zu nennen, was eindeutig über die Sachinformation einer bevorstehenden Umstellung hinausgeht – wobei der Abschluss eines solchen Abos auch nicht erforderlich ist, um auch nach der Umstellung fernsehen zu können.

Eine Aussage oder Darstellung ist nach der Judikatur zudem als Ganzes zu beurteilen, selbst wenn Teilen (noch) kein werblicher Charakter zukommt (BKS 19.05.2008, 611.001/0001-BKS/2008). Gerade auch bei gesamthafter Betrachtung der oben bereits erwähnten werblichen Elementen konkret für verschiedene Produkte von XXXX und der Verwendung typisch werblicher Schlagwörter im Zusammenhang mit der angekündigten Umstellung auf „HD“ („Wer in den Genuss [...] kommen möchte [...]“, „Brillant scharfe Bilder [...]“, „[...] Fernsehbild in bis zu fünffach besserer Auflösung [...]“, „[...] ist das Bild gestochen scharf.“, „[...] wird Fernsehen zu einem kristallklaren Hörerlebnis.“, und „[...] in perfekter Bild-Qualität“), ist der Werbezweck zu Gunsten von XXXX-Produkten durch den verfahrensgegenständlichen Bericht klar zu bejahen.

Ebenso zutreffend ist die belangte Behörde nach einer Wiedergabe der relevanten Judikatur zum Ergebnis gelangt, dass die gegenständliche Darstellung und werbliche Hervorhebung der darin angepriesenen Produkte eine ist, die üblicherweise gegen Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung erfolgt. Nach dem objektiven Entgeltbegriff im Zusammenhang mit Werbung ist sohin von einer Entgeltlichkeit auszugehen.

Das Kriterium der „Absichtlichkeit“ des § 1a Z 7 ORF-G ist ebenfalls erfüllt: Schon aus der Gestaltung des Beitrags lässt sich – wie dargestellt – auf einen Werbezweck schließen (vgl. VwGH 30.06.2011, 2011/03/0140). Zudem kann vom Vorliegen der Entgeltlichkeit ausgegangen werden, womit auch die gesetzliche Vermutung für die Annahme von Absichtlichkeit ausschlägt (§ 1a Z 7 zweiter Satz ORF-G).

Im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die Erwähnung oder Darstellung von Waren oder Dienstleistungen geeignet war, über den eigentlichen Werbezweck in die Irre zu führen, wobei auf den durchschnittlich informierten und aufmerksamen Zuseher (bzw. Leser) abzustellen ist (VwGH 18.09.2013, 2011/03/0156). Auch das ist, wie gezeigt wird, der Fall:

Der verfahrensgegenständliche Artikel trägt den Titel XXXX. Dieser Titel weckt den Eindruck, dass tatsächlich (nur) über die wichtigsten Themen im Zuge der erwähnten Umstellung auf DVB-T2 informiert wird. Die Erwartungshaltung ist daher darauf gerichtet, hauptsächlich objektive Sachinformationen über diese Umstellung zu halten. Die Erwartungshaltung eines durchschnittlich informierten und aufmerksamen Zusehers, bzw. im vorliegenden Fall, Lesers, ist hingegen nicht auf eine werbliche Darstellung von Produkt- und Leistungsinformationen eines konkreten Anbieters gerichtet.

Im weiteren – ebenfalls nur scheinbar redaktionell gestalteten – Artikel sind sodann Sachinformationen und werbliche Aussagen zu Gunsten des Angebots von XXXX für den durchschnittlich informierten und aufmerksamen Konsumenten nahezu ununterscheidbar miteinander vermengt. Schon die belangte Behörde führte zutreffend dazu aus, dass „als Art redaktioneller ‚Anstrich‘ zunächst Informationen zu HD und zur DVB-T2-Empfangssituation in XXXX geliefert werden, um dann ‚schleichend‘ zur dargestellten Bewerbung der XXXX-Produkte überzugehen.“ Ein Beitrag, der – wie hier – vorgibt, ein objektives Informationsangebot zu enthalten, tatsächlich aber Werbung für Produkte (nur) eines konkreten Anbieters enthält, ist in besonderem Maße geeignet, den durchschnittlich informierten und aufmerksamen Leser über den eigentlichen Zweck der Erwähnung und Darstellung dieser Produkte irrezuführen. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits die Werbung für ein Skigebiet im Rahmen einer Wetterinformationssendung als verbotene Schleichwerbung qualifiziert, weil hier die durchschnittlich informierten und aufmerksamen Zuseher angesichts ihrer Erwartungshaltung gegenüber einer Wetterinformationssendung nicht mit der werblichen Darstellung eines gewissen Produkts, hier: einem Skigebiet, rechnen mussten (VwGH 14.11.2007, 2005/0245). Diese Judikatur lässt sich auch auf den vorliegenden Fall umlegen, weil die Allgemeinheit bei einem klassischen Artikel der Online-Berichterstattung ebenfalls nicht mit der Werbung für die Produkte eines konkreten Anbieters rechnen muss.

An der Irreführungseignung des gegenständlichen Artikels ändert auch nichts, dass die Beschwerdeführer ausgeführt

haben, vor der Umstellung auf HD-TV habe der Zweitbeschwerdeführer insgesamt und umfassend über die Hintergründe der Versorgung mit ORF-Programmen informiert und ein ausgewogenes Bild über die Empfangsmöglichkeiten vermittelt. Liest ein durchschnittlich informierter und aufme

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at